

**T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı**

Yüksek Lisans Tezi

**İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ,
KAPSAMI VE YARGISAL DENETİMİ**

**Fatih Sultan KESİCİ
2501060618**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ersan ŞEN**

İstanbul 2009



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU YÖNETİMİ** Anabilim Dalında **2501060618** numaralı **FATİH SULTAN KESİCİ'nin** hazırladığı **“İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ, KAPSAMI VE YARGISAL DENETİMİ”** konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **16.11.2009 PAZARTESİ günü saat 14.00'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABUL** ne* **OYBİRLİĞİ/OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF. DR. ERSAN ŞEN	Kabul	
PROF. DR. ZEHREDDİN ASLAN	Kabul	
DOÇ.DR. KAHRAMAN BERK	Düzeltilme	
YRD. DOÇ.DR. ŞEBNEM SAYHAN	Düzeltilme	
YRD. DOÇ. DR. MURAT ÖZLER	Kabul	

ÖZ

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 çıkış 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.

Bu tez çalışmasında idari sözleşmeler konusu ayrıntısıyla incelenerek , bu sözleşmelerin yargısal denetimi konusunda Türkiye ve Fransa’daki farklı uygulamaların yani sıra yargısal içtihatlar ve öğretideki farklı görüşlere de yer verilerek bunların analizini yapmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdari sözleşme, idarenin özel hukuk sözleşmeleri, kamu hizmeti, kamu hizmeti imtiyazı, yargısal denetim.

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.

Public service privilege had a significant effect on constitution of administrative contract category and administrative contract rules were constituted by taking example from the public service privilege.

In this thesis study, the subject of administrative contracts was examined in detail, different implementations in Turkey and France in the issue of judicial auditing of these contract as well as judicial jurisprudences and different views in the doctrine were also included and tried to be analyzed.

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

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	IX

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK İDARENİN SÖZLEŞMELERİ	5
A. ÖZEL HUKUKTA SÖZLEŞME KAVRAMI	5
B. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI VE TÜRLERİ	6
1. Tanımı.....	6
2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri – İdari Sözleşmeler Ayrımı	7
3. İdari Sözleşmeler	10
a. Tarihsel Gelişimi	10
aa. Fransa’daki Gelişimi.....	11
bb. Almanya’daki Gelişimi	12
b. Türk Hukukunda İdari Sözleşme Kavramının Gelişimi	12
aa. Osmanlı Devleti Döneminde	14
bb. Cumhuriyet Döneminde	16
c. Tanımı	17
aa. Doktrin Tarafından Yapılan Tanımlar	18
bb. Yüksek Mahkemelerin Kararları	20
cc. İdari Sözleşme Kavramına Getirilen Eleştiriler.....	21
4. İdari Sözleşmeler İle İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinin Karşılaştırılması	22
II. İDARİ SÖZLEŞMENİN ÖLÇÜTLERİ	23
A. GENEL OLARAK	23
B. İÇTİHAT YOLUYLA BELİRLENEN ÖLÇÜTLER	24

1. Organik Ölçüt	25
a. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşme Kavramı	25
2. Maddi Ölçüt	28
a. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetine İlişkin Olması.....	28
3. Şekli Ölçüt	30
a. Sözleşme İle İdareye Tanınan Üstün Yetkiler ve Ayrıcalıklar Olmalıdır	31
aa. İdareye Tanınan Üstün Yetkiler ve Ayrıcalıklar	32
bb. İdarenin Sahip Olduğu Yetkilerin Ortak Özellikleri.....	34
cc. Karşı Âkide Tanınan Üstünlük ve Ayrıcalıklar	34
C. İDARİ SÖZLEŞMELERİN KANUNLA NİTELENDİRİLMESİ	35
1. Genel Olarak.....	35
2. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı	37

İKİNCİ BÖLÜM

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ.....	39
A. MALİ İLTİZAM SÖZLEŞMELERİ	39
B. KAMU İSTİKRAZ (BORÇLANMA) SÖZLEŞMELERİ	40
C. YERALTI VE YERÜSTÜ SERVETLERİNİN İŞLETİLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER	45
D. İDARİ HİZMET SÖZLEŞMELERİ	46
1. Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşmeli Personel İle İlgili İçtihadı	48
2. Danıştay'ın Sözleşmeli Personel İle İlgili İçtihadı	50
E. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ	51
1. Tanım.....	51
2. Tarihsel Gelişim	53
a. Osmanlı Devleti Döneminde.....	53
b. Cumhuriyet Dönemi.....	55
3. Yetki	64
4. Şekil	66
5. Nitelikleri.....	71
6. Konusu ve Mahiyeti.....	73
7. Süre.....	74

8. Tarafların Hak ve Borçları	75
a. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Borçları.....	75
aa. Öngörülemezlik (Imprévision) Kuramı	75
bb. Fait du Prince Kuramı	76
b. İdarenin Hak ve Borçları.....	78
9. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Sona Ermesi	79
a. Sürenin Sona Ermesi	79
b. Anlaşmayla Sona Erme.....	80
c. Zorlayıcı Nedenlerin Varlığı Halinde Sona Erme.....	80
10. İmtiyaz Sahibinin Kişiliğinde Değişme Halleri.....	81
11. İmtiyazcını Ağır Kusuru Nedeniyle Fesih.....	81
12. Rachat Usulü.....	82
F. YAP-İŞLET- DEVRET SÖZLEŞMELERİ	84
1. Genel Olarak.....	84
2. Yap-İşlet-Devret Modelinin Hukuksal Rejimi	86
a. Sözleşmenin Niteliği	86
b. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	87
c. Sözleşmeden Doğan Haklar	88
G. YAP-İŞLET SÖZLEŞMELERİ	88
II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ VE YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN YARGISAL DENETİMİ.....	92
I. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALAR	92
A. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ YARGI DÜZENİ	92
1. Genel Olarak.....	92
2. Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı	93
B. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARIN NİTELİĞİ	98
C. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARI AÇMA KOŞULU ...	100
1. Sözleşmelerin Yapılmasına Kadar Geçen Hazırlık Aşamasında Doğan Davalar.....	101

a. Sözleşmeden Ayrılabilir İşleme Karşı İptal ve Tam Yargı Davası	
Açılması	101
2. Sözleşmenin Akdedilmesinden Sona Ermesine Kadar Geçen Aşamada	
Açılacak Davalar	105
a. Âkit Taraflarca Açılabilecek İdari Davalar	105
b. Fransa’da Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin İşlemlerin Yargısal	
Denetimi Sorunu	107
c. Türkiye’de Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin İşlemlerin Yargısal	
Denetimi Sorunu	108
d. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılabilecek İdari Davalar	109
e. Danıştay’ın İdari Sözleşmelere Karşı İptal Davası Açılabileceği	
Yolundaki İçtihadı ve Eleştirisi	111
3. İdari Sözleşmeler Sona Erdikten Sonraki Aşamada Açılabilecek Davalar	116
D. SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDAN DOĞAN	
DAVALARDA GÖREVLİ İDARÎ YARGI YERİ	117
E. SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDAN DOĞAN	
DAVALARDA YETKİLİ İDARÎ MAHKEME	118
F. İDARÎ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARDA DAVA AÇMA	
SÜRESİ	120
II. İDARÎ SÖZLEŞMELER VE TAHKİM	121
A. TANIMI	121
B. UNSURLARI	122
C. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ TAHKİM	123
D. 1999 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İLE TAHKİME GETİRİLEN	
DÜZENLEMELER	126
E. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE UYUM KANUNLARINA YÖNELTİLEN	
ELEŞTİRİLER	128
SONUÇ	131
KAYNAKÇA	136

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.k.	: Adı geçen karar
a.g.t.	: Adı geçen tez
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
D	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
Der	: Dergi
ĐİK	: Devlet İhale Kanunu
DK	: Danıştay Kanunu
DKD	: Danıştay Kararları dergisi
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E	: Esas
Fak	: Fakülte
Huk	: Hukuk
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İKT	: İktisadi Kamu Teşekkülü
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü

md	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Anonim Şirketi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
vd	: Ve devamı
vs	: Ve sair
Y	: Yıl
YİD	: Yap-İşlet-Devret
yy	: Yüzyıl

GİRİŞ

İdare, kamu hizmetlerini yerine getirirken çoğunlukla tek yanlı işlemler yapmasına rağmen, tek yanlı işlemler her zaman idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken gerekli olan hareket kabiliyeti açısından yeterli olmaz. Bunun neticesinde idare, tek yanlı işlemler yanında sözleşmeler de akdeder. İdari sözleşmeler, kamu hizmeti kavramının değişerek yayılması neticesinde İdare Hukuku alanına girmiş ve nitelik değiştirerek idari yöntemlerden birini oluşturmuştur¹.

Küreselleşme, artan nüfus ve değişen ihtiyaçlar, insanları daha farklı bir hizmet beklentisi içine sokmuştur. Bu beklentiler de, ülkelerde yapısal değişikliklere ve bu yöndeki yasal reformların yapılmasına sebep olmuştur.

Bu değişimden idare hukuku da nasibini almış, idare hukukunda yerini bulan kamu hizmeti gibi köklü kavramlar, eski anlamlarını önemli ölçüde kaybederek yeniden tanımlanmaya başlamışlardır. Kamu hizmeti kavramı artık klasik anlamından uzaklaşmış, özel sektörün de dahil olduğu bir kavram haline gelmiştir. Devletin son dönemlerde görevlerini adalet, savunma gibi temel ve geleneksel kamu hizmetlerini görmeye indirgemesi, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetlerin özel sektöre devredilmesine neden olmuştur.

İdarenin tarafı olduğu sözleşmeler iki grupta incelenir. Bunlardan ilkinin idari sözleşmeler teşkil ederken, diğerini ise özel hukuk sözleşmeleri oluşturur. Dolayısıyla, idarenin sözleşmeleri her zaman idari sözleşme olarak nitelendirilemez. Zira idarenin sözleşmeleri bu iki grubu da, yani hem özel hem de idari nitelikteki sözleşmeleri kapsar niteliktedir. İdarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler nitelik olarak idari sözleşme, özel kişiler gibi Medeni Hukuk'a göre yaptığı, kendi üstünlüğü söz konusu olmayan ve tüzel kişi ehliyetiyle yaptığı sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi kategorisine girmektedir. Özel hukuk sözleşmeleri Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir ve bunlardan doğan ihtilaflara adli yargı mercileri bakarken, idari sözleşmeler İdare Hukuku'na tabidir ve bunlardan

¹ Siddık Sami ONAR; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Akgün Basım, C.III, İstanbul, 1966, s.1590 vd.

doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür. Taraflardan birinin idare olduğu, kamu yararı amacının güdüldüğü, konusunun kamu hizmeti ve bunun yürütülmesi olduğu ve idareye üstün ayrıcalıkların tanındığı sözleşmeler idari sözleşmelerden sayılmıştır. Dolayısıyla, idari sözleşmeleri belirlemek açısından kesin birtakım ölçütler geliştirilmiş ise de her olayda sözleşmeyi nitelemek farklı yöntemlerle olabilmektedir².

Ülkemizde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri'nin önem kazandığını söyleyebiliriz. Osmanlı Devleti döneminden itibaren uygulanan bu sözleşmeler, Yap-İşlet-Devret gibi modellerin yasal alt yapısının tam olarak hazırlanamaması sebebiyle özellikle yargı kararlarında önümüze çıkmıştır. Yap-İşlet-Devret gibi alt yapısı hazırlanmayan modellere dayanılarak yapılan sözleşmeleri, yargı organları tarafından Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi sayılmış ve böylece özellikle 1999 Anayasa değişikliğinden önce Danıştay'ın devre dışı bırakılarak idarenin bu tür sözleşmeleri yapmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Ancak bu durum 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'yla yabancı yatırımcıyı çekmek için kolaylıklar sağlanması ile çelişki yaratmıştır. Yabancı yatırımcıların büyük finansman gerektiren yatırımlarını karşı tarafla eşit şartlarda olmak koşulu ile sağlamak istemeleri, ülkemizdeki Danıştay incelemesinin zaman olarak uzun sürmesi ve bu incelemeye karşı yabancı şirketlerin taşıdıkları güvensizlik ve kaygılar, bu yatırımcıların çekilmesinde sorun olarak önümüze gelmiştir.³ Bunun yanı sıra, yabancı yatırımcıların bu tür yatırımlarından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak yerine, kendi tercihleri doğrultusunda her iki tarafa da eşit mesafede olduğu varsayılan tahkim mekanizmasını kullanmak istemeleri de, sorunun bir diğer yönü olmuştur. Bu nedenle, Türkiye'de, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri öncesinde yasal düzenlemeler yoluyla yabancı sermaye yatırımcılarının

² Zehreddin ASLAN, Nilay ARAT; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 8, 2005/2, s.6.

³ Bayram KESKİN; **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s.1.

bu yöndeki beklentileri karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak yapılan düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle, kendi yatırımları hakkında yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak istemeyen yabancı yatırımcıları ülkeye çekebilmek güçleşmiştir.

İşte bu güçlüğü aşabilmek için 1999 yılında Anayasa değişikliği yoluna gidilmiş, daha sonra da alt mevzuatta gerekli değişiklikler yapılarak imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidebilmenin yolu açılmıştır.

İdare, sözleşmeleri yapmada tam bir serbestiye sahip değildir. Dilediği özel kişi ile sözleşme yapamaz. Malın, işin veya hizmetin bedelini dilediği gibi belirleyemez. İhalede belli kurallara ve “açıklık ilkesi”, “serbest rekabet ilkesi”, “en uygun bedeli bulma ilkesi” gibi bazı ilkelere uymak zorundadır. Ancak bu konunun ayrı bir tez çalışmasını gerektirecek nitelikte olması nedeniyle bu tez çalışması kapsamına alınmamıştır.

Tez konumuz, idari sözleşmelerin kapsamı, türleri ve yargısal denetimi olarak sınırlandırıldığından , belirtilen çerçeve dışına çıkmamaya özen göstermeye çalıştım.

Tezimiz üç ana bölümden oluşmuştur. Birinci bölümde İdari Sözleşmelerin Kapsamı, birinci bölümün birinci kısmında Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, birinci bölümün ikinci kısmında İdari Sözleşmelerin Ölçütleri, ikinci bölüm İdari Sözleşmelerin Türleri, üçüncü bölüm ise İdari Sözleşmelerin Yargısal Denetimi ana başlıklarında oluşmaktadır.

İdari Sözleşmelerin Kapsamı başlığını taşıyan birinci bölümün birinci kısmında; idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve İdari Sözleşme kavramları ve birbirinden farkları incelenerek İdari Sözleşmelerin tarihsel gelişimi Kara Avrupa’sı ve Türk Hukuku olarak ayrı ayrı ele alınmış, doktrin ve yargı kararlarında İdari Sözleşmelerin tanımı verildikten sonra bu kavrama getirilen eleştiriler belirtilmiş ve İdari Sözleşmelerle idarenin özel hukuk sözleşmeleri karşılaştırılmıştır. Birinci bölümün ikinci kısmında İdari Sözleşmelerin ölçütlerine değinilmiş, genel olarak ve içtihat yoluyla belirlenen ölçütler belirtilirken özellikle Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki içtihadı irdelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde geçmişten günümüze İdari Sözleşme türlerinin neler olduğu açıklanmış ve günümüzde idare tarafından en çok akdedilen sözleşme türleri olan Kamu İstikraz (Borçlanma) Sözleşmeleri, İdari Hizmet Sözleşmeleri ve Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin hukuki mahiyetleri hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modellerine göre akdedilen sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmalarına rağmen Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarında idari sözleşme olarak kabul edildiklerinden, bu sözleşmelere değinilerek Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ile karşılaştırılmış, İdari Sözleşmelerin sona ermesi Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri özelinde ele alınarak ikinci bölüm sonlandırılmıştır.

Üçüncü bölümde ise İdari Sözleşmelerin Yargısal Denetimi ele alınmış, üçüncü bölümün birinci kısmında, İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Görevli Yargı Düzeni ve bu tür davaların niteliği belirtilmiş, dava açma koşulları, sözleşmenin yapılmasına kadar geçen hazırlık aşaması, akdedilmesinden sona ermesine kadar geçen aşamalar ve sona erdikten sonra açılacak davalar ayrılabilir işlem çerçevesinde ve yargı kararları ışığında ele alınmış, İdari Sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda görevli ve yetkili yargı yerleri ve dava açma süreleri belirtilmiştir. Üçüncü bölümün ikinci kısmında ise tahkim konusu irdelenmiş, tahkimin tanımı ve unsurları belirtilerek özellikle 1999 Anayasa değişikliği sonrası süreçle birlikte tahkim konusunda getirilen düzenlemeler anlatılmıştır.

Sonuç bölümünde ise idari sözleşmeler konusunda son yıllarda Anayasa ve alt mevzuatta yapılan değişiklikler üzerine genel bir değerlendirme yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

A. ÖZEL HUKUKTA SÖZLEŞME KAVRAMI

Genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan tarafların, bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da var olan borcu tamamen ortadan kaldırmak için yaptıkları, karşılıklı hak ve hukuki yükümlülük doğuran iradelerini birbirlerine uygun olarak açıklamaları “sözleşme” kavramı ile ifade edilir. Türk hukukunda sözleşme karşılığında akit ya da mukavele kavramı da kullanılmaktadır. Zira, Türk Ticaret Kanunu’nun 1464.maddesinde; “Gerek bu Kanunda, gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aynı manaya gelir” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Borçlar Kanunu’na göre, iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur¹.

Özel hukukta birtakım sözleşmeler kanun ile öngörülmekte, bir kısmı ise kanunda düzenlenmemektedir. Yani tarafların kanunda belirtilen sözleşme türü dışında da sözleşme yapmalarına engel bir durum yoktur. Sözleşmenin temelinde tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları vardır. Bağışlama, alım satım, kira, istisna gibi hizmet sözleşmelerinde iki taraf varken, adi şirket sözleşmelerinde ikiden fazla taraf olabilir. Borçlar Kanunu’ndaki “iki taraf...” tabirini “en az iki taraf” şeklinde anlamak gerekir².

¹ Ali Naim İNAN; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ders Kitabı, 3.Baskı, Ankara, 1984, s.65.

² Fikret EREN; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, İstanbul, 1994, s.263.

B. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ³NİN TANIMI VE TÜRLERİ

1. Tanımı

Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını benimsemiş hukuk sistemlerinde, kamu hukukunun bir dalı olan İdare Hukuku'nun en temel özelliği, idarenin kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı işlemler yapabilmesidir. Bunun dışında idare, kamu yararı amacına yönelik faaliyetleri gerçekleştirirken, gereksinim duyduğu mal ve hizmetlerin karşılanması idarenin tek yanlı işlemleri ile mümkün olmadığı durumlarda özel kişilerle sözleşme yapabilecektir⁴. İdare, bu sözleşmelerle kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü memurları ve muhtaç olduğu gereçleri temin ve tedarik eder.

İdarenin yaptığı sözleşmeler tabi oldukları hukuki rejim bakımından “*İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri*” ve “*İdari Sözleşmeler*” olarak ikiye ayrılır. Bu iki kavram birbirinden farklı anlamlar içermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idarenin yapmış olduğu her türlü sözleşme idari sözleşme değildir. İdarenin idare hukuku kurallarına göre yapmış olduğu sözleşmelere idari sözleşmeler denir⁵. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, özel hukuk kurallarına göre yapılmaktadır ve bireyler arasında yapılan sözleşmeler gibidir. İdarenin yapmış olduğu sözleşmeleri bu ayrıma tabi tutmak iki açıdan önem kazanmaktadır.

³ Celal ERKUT; **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s.20; Önder AYHAN; **İdari Sözleşmeler**, Danıştay Dergisi, S.32-33, 1979, s.92-94; Zehra ODYAKMAZ; **İdarenin Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Profesörlük Tezi, Ankara, 1996, s.2; Meltem KUTLU; **İdare Sözleşmelerinde İhale Sureci**, Doktora Tezi, İstanbul, 1996, s.4.

⁴ Recep BAŞPINAR; **İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar**, Yüzyıl Boyunca Danıştay Dergisi, 1968, s.512.

⁵ Kemal GÖZLER; **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2006, s.431; Metin GÜNDAY; **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, 2004, s.166-167; Zehra ODYAKMAZ; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Haziran-Aralık 1998, Sayı 12, s.146.

2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri – İdari Sözleşmeler Ayrımı

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri Borçlar ve Ticaret Kanunu hükümlerine, idari sözleşmeler ise idare hukuku kural ve ilkelerine tabidir.

Türkiye’de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre akdedilen yapım sözleşmeleri, gerek doktrinin büyük çoğunluğu, gerekse yargı içtihatları tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁶. 5 Ocak 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 4.maddesinin 3.fıkrasındaki; “Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorumlanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur” hükmü ile 36.maddesinde; “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü uyarınca 2286 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uyarınca tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır.

Özel hukuk sözleşmeleri statü olarak, tamamen Borçlar ve Ticaret Kanunlarına tabi olmalarına karşın, idari sözleşmelerin, kısmen kanunlara dayanan ve fakat esas itibariyle mahkeme içtihatlarından oluşmuş bulunduğu söylenebilen İdare Hukuku kurallarına bağlı olduğu hususu, sözleşmelerin yerine getirilmesinde veya getirilmemesinde bazı üstün gücün uygulanmasını gerektirebilir⁷. Bu nedenle idari sözleşmeler incelenirken bu konuda Anayasa ve Kanunlarla getirilen hükümler yanında, içtihatlardan doğan kıstaslardan da bahsedilecektir. İdari sözleşmelerde idare tüzel kişilik sıfatına dayanarak ve kamu yararının temsilcisi olarak yer almaktadır. Sözleşmenin diğer tarafı ise, özel çıkarını temsil eden gerçek ve tüzel kişidir. Bunun

⁶ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Akgün Basım, 1966, s.1599; GÖZÜBÜYÜK - TAN, **İdare Hukuku Genel Esasları**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.588; GÜNDAY, **a.g.e.**, s.200. Karşıt görüş için bkz. Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.470. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 16.5.2005 gün ve E.2005/16 , K.2005 /36 sayılı kararı; Danıştay Onuncu Dairesi, 20.5.2005 gün ve E.2003 2683 , K.2005 1981 sayılı kararı.

⁷ Önder AYHAN; **İdari Sözleşmeler**, Danıştay Dergisi, 1979, s.95.

içindir ki kamu yararı özel yarara göre üstün sayılacağı için özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuki rejime, yani İdare Hukuku rejimine tabi olacaktır⁸.

İkinci olarak da, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda görevli yargı yeri ile ilgilidir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. İdari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm mercii ise idari yargıdır. (İYUK. md.2/1). Bu duruma göre, her iki tür sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri farklıdır. (İYUK. md.32/1).

İdari Sözleşme kavramının ilk defa ortaya atılarak uygulanma olanağı bulduğu Fransa'da gerek öğreti ve gerekse içtihatlar, idare hukukuna özgü sözleşme türleri olarak bayındırlık işleri, taahhüt sözleşmeleri, istikraz sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, müşterek emanet ve imtiyaz sözleşmeleri ve kamu malının işgaline yönelik sözleşmeler olarak belirlenmekte ise de, idarenin yaptığı sözleşmelerin sadece bunlardan ibaret olmadığı, onun bir tüzel kişi sıfatıyla tüm medeni ve ticari sözleşmeleri dahi yapabileceği söylenebilmektedir⁹. Bu sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birisi idare olduğu için idarenin yaptığı bir sözleşme olmakla birlikte, zorunlu olarak idari sözleşme değildirler. Bu nedenle, ne sözleşmenin bir tarafının idare olması, ne konusunun kamu hizmeti bulunması ve ne de sözleşmenin yapılış ve yürütülüş şekilleri, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli değildir¹⁰. Bunların ayırıcı nitelikteki unsurlarına ileride değinilecektir.

İlk bakışta sözleşmelerin, tek yanlı hukuki tasarruflar, icrai kararlar ve statüler hukuku olan idare hukukunun yapısıyla bağdaşmadığı ileri sürülebilir. Çünkü idari tasarruf, üstün bir irade ile ona tabi olmak mecburiyetinde olan irade ve iradeler arasındaki ilişkilere dayanır. Sözleşmeler alanına girilmekle, idare hukuku alanından tamamıyla çıkmış olur. İdare hukuku alanında akitler ve idari sözleşmeler diye bir

⁸ Turgut TAN; **İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri**, 11.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Ankara, 10-14 Mayıs 1993, s.107-116; İl Han ÖZAY; **Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, İstanbul, 1986, s.168-170.

⁹ Pertev BİLGİN; **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, Doktora Tezi, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, s.9.

¹⁰ Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.93.

akit kategorisi olmaması gerekir. Ancak kamu hizmeti kavramının değişmesi ve kamu hizmetlerinin yayılması sonucu birçok medeni hukuk müesseseleri gibi sözleşme müessesesi de idare hukukuna geçmiş, medeni hukuktaki mahiyetini değiştirerek idare hukukunun yapısına uygun bir şekil almıştır¹¹.

İdari sözleşmeler konusunda Fransız öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmüştür¹².

Léon DUGUÏT¹³'e göre, idari sözleşme, özel hukuk sözleşmesi ayrımı yoktur. İdari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında, öz ve öğeler açısından sözleşmeler her zaman aynı özellik ve hükümlere sahip olduğu için, hiçbir ayrım yoktur. Bu düşünceye göre, özel kişiler arasında yapılmış olan sözleşmelerden farklı bir idari sözleşmeler türü yoktur. Bu sözleşmeler kamu hizmetleri amacına yönelik olduğundan doğacak uyuşmazlıklarda idare mahkemeleri görevli olmaktadır ve bu açıdan diğer sözleşmelerden ayrılırlar.

Gaston JÉZE¹⁴, idari sözleşmelerde tarafların eşit konumda olmadıklarını, İdare'nin kamu gücünü kullanan taraf olarak üstün durumda olduğunu belirtmektedir. Yargı kararlarından kaynaklanan idari sözleşme kavramının ve uygulamalarının özerk olduğunu savunan JÉZE, bu sözleşmelerin etki ve sonuçlarının, özel hukuk sözleşmelerinden farklı bulunduğunu kabul etmektedir.

André de LAUBADÉRE¹⁵ ise, sözleşmelerin tanımı ile bunların nitelendirilmesinin karıştırılmaması gerektiğini vurgulayarak, idari sözleşmenin taraflarından birinin tek yanlı işlem yapabilen, düzenleme yetkisine sahip idare

¹¹ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1591.

¹² İsmet GİRİTLİ - Pertev BİLGİN - Tayfun AKGÜNER; **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s.828-829.

¹³ Duguït'nin görüşleri, Pertev BİLGİN; **a.g.e.**, s.2-3, Meltem KUTLU, **a.g.t.**, s.19-20; Nemci OSTEN; **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, Ankara, 1938, s.5 adlı eserlerden derlenmiştir. Her üç eserde de bu görüşlerden, DUGUIT, *Traite, de Droit Constitutionnel*, Tome I, Paris 1927, Tome II Paris 1923, adlı eserlerden yararlandıkları anlaşılmaktadır.

¹⁴ Jéze'in görüşü, BİLGİN, **a.g.t.**, s.3-4; Meltem KUTLU, **a.g.t.**, s.20-21'den derlenerek alınmıştır. Bu yazarların, Jéze G., *Principes généraux du droit administratif*, T.III Paris 1926, s.299-300 adlı eserden yararlandıkları anlaşılmaktadır.

¹⁵ Meltem KUTLU, **a.g.t.**, s.22 (Dipnot 72, DE LAUBADÉRE/MODERNE/DEL VOLVE, *Contrats*, C.I. s.28 vd.)

olduğunu belirtmektedir. Yoksa, sözleşmenin bir kavram olarak tanımının, kamu hukukunda ve özel hukukta değişmediğini savunmaktadır. Yazar, JÉZE gibi, idari sözleşmelerde tarafların iradelerinin eşit olmadığına değinmektedir. Özel kişinin çıkarları ile İdare'nin çıkarı (kamu yararı) çatıştığında, , kamu yararının korunacağını, İdare'nin çıkarlarının ön planda tutulması gerektiğini söylemektedir.

3. İdari Sözleşmeler

a. Tarihsel Gelişimi

İdari sözleşme müessesesi ilk defa 19.yüzyılda Fransız hukukunda kullanılmaya başlanmıştır¹⁶. Bu kavramın doğuş ve gelişmesinde Conseil d'Etat' nın içtihatları büyük ölçüde rol oynamıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1873 yılında verdiği bir kararla¹⁷, idarenin eskiden kamu hukuku alanına dahil edilmeyen bazı faaliyetlerinin artık idari yargı mercilerinin görev alanına girdiğini kabul etmiş, bundan sonra idari faaliyet kavramının çerçevesi günden güne genişlemiştir. İdari sözleşmeler daha sonra İngiltere, İtalya ve Avusturya gibi bazı ülkelerde de benimsenmiştir¹⁸. Bununla beraber, uygulamada, idari sözleşme alanının giderek genişlemesi, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin alanının daralması sonucunu doğurmuştur¹⁹.

¹⁶ Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.95.

¹⁷ Blanco Kararı olarak bilinen karara teşkil eden olay şöyledir: Bordeaux şehrinde, Devlete ait bir bütün fabrikasının iki binası arasındaki caddeden geçen bir çocuk, fabrikanın el arabalarından birinin çarpmasıyla yaralanmıştır. Mahkeme, bu olayda İdarenin eskiden kamu hukuku alanına dahil edilmeyen bazı faaliyetlerinin artık idari yargı mercilerinin görev alanına girdiğini beyan ederek ihtilafın çözümünün Conseil d'Etat' nın görev alanına dahil olduğu içtihadında bulunmuştur.

¹⁸ Bayram KESKİN; **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2008, s.66.

¹⁹ İngiltere, İtalya ve Avusturya gibi bazı ülkelerde idari sözleşme kavramı çok dar tutulmakta ve idarenin daha çok özel hukuk tüzel kişisi olarak diğer akitlere eşit şartlar altında ve genel anlamda sözleşmeler yapmaları kabul edilmekle beraber, örneğin Almanya'da, ilk zamanlarda tereddüt duyulduğu halde, özellikle Otto Mayer in çalışmaları ile başlayan uğraşlar, Jellinek gibi hukukçuların çabaları ile sonuç vermiş ve neticede gerek komün idarelerinin birbirleri ile yaptıkları sözleşmeler ve gerekse idarenin diğer kişilerle yaptığı sözleşmeler, daha açık olarak uygulamada ve içtihatlarda yer almaya başlamıştır. Bkz. Ali Ülkü AZRAK; **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1963, S.29, s.529.

Şüphesiz ki idari sözleşme kavramı, idarenin özel hukuk alanında bazı sözleşmeler akdetme yetki ve imkanını ortadan kaldırmış değildir. Gerçekten İdarenin Sözleşmeleri kavramı İdari Sözleşme kavramından daha geniş olup bu sonuncusuyla birlikte idarenin özel hukuk sözleşmelerini de kapsamaktadır. Uygulamada idari sözleşmelerin alanının genişlemesinin sebebi, Fransa’da 19. yüzyılın sonundan beri kamu hizmeti alanının sürekli genişlemesinde aranmalıdır²⁰.

aa. Fransa’daki Gelişimi

Fransa’da idari sözleşme kavramı, kamu hizmeti kavramı ile sıkıca bağlı olarak ele alınmaktadır. Fransa’da kamu hizmetinin karakteristiği şurada kendini göstermektedir ki; idari fonksiyonlar, bunların sùjelerinden ayrı olarak ele alınmaktadır²¹. Bu idari fonksiyonlar bizzat idare tùzel kişileri tarafından ifa edilebileceği gibi, özel kişiler tarafından da ifade edilebilir (milli güvenlik, adalet gibi hizmetler hariç). Bu halde Fransa’da hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını tayin eden bizatihi hizmetin içeriğidir.

Fransa’da gerek doktrin gerekse içtihatlar kamu hizmetiyle idari sözleşmeler arasındaki ilişkiyi şöyle kurmaktadırlar.²²

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi bir idari sözleşmeyle, özel bir şirkete devredilebileceği gibi özel bir şahsa da verilebilir. Fransız hukuku, idari sözleşmeleri kanununda “numrus claussus” prensibine bağlı kılmadığı için, idari sözleşmeleri sistematize etmek her zaman kolay değildir. Esas itibariyle sözleşme serbestisi vardır.

Yani idare hukuku alanında sözleşme yapıp yapmamak, idareye bırakılmıştır. Kanunda açıkça belirtilen durumlar dışında idare yapacağı sözleşmelere, hizmet gereklerine göre, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi karakteri verilebilir. Kanun, bazı hallerde sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiğini belirtmişse, kanunun bu lafzından, sözleşmenin idari mahiyette olmadığı sonucu doğmaktadır”.

²⁰ Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.523.

²¹ Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.523.

²² Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.523.

bb. Almanya'daki Gelişimi

Kara Avrupa'sı ve bilhassa Fransız hukukunda “İdari Sözleşme Teorisi”nin ortaya atılmasını müteakip, Alman doktrini de bu meslek üzerine eğilmiş ve “İdari Sözleşme” kavramı üzerinde çalışmaları yapan ilk uzman hukukçu, Otto MAYER olmuştur²³. Alman hukukunda “İdari Sözleşme” kavramına karşı menfi davranış, Otto MAYER ile başlamıştır. Yazara göre, İdare hukukunda sùjelerin eşitsizliğı prensibinin hakim olmasına karşılık, özel hukuk alanında doğmuş olan “Akit Teorisi”nde sùjelerin mutlak eşitliğı prensibi geçerlidir. Bu sebeple Akit Teorisi'nin idare hukuku alanına aktarılmasına imkan yoktur. Otto MAYER, “sözleşme” kavramı üzerine idari tasarruf kavramını ilave etmiştir.

Alman kamu hukukunun Paul LABENDve George JELLİNEK gibi diğler otoriteleri ise; sözleşme kavramına, Otto MAYER'in yüklediğinden daha geniş bir anlam yüklemeye çalışmışlardır. Bu yazarlar hiç değılse komün idareleri arasındaki irade eşitliğine dayanan münasebetlerde sözleşme kavramının kabul edilmesi gerektiğini savunmaya başlamışlardır²⁴.

Alman kamu hukukunda idari sözleşme kavramının bir hukuki gerçek olarak doktrin tarafından da kabul edilmesi şeklindeki gelişim, her şeyden önce mahkeme içtihatlarının Birinci Dünya Savaşı'ndan itibaren bu kavrama sık sık yer vermeye başlamasıyla ilgilidir²⁵. Gerçekten önce mahkeme içtihatları ve bunu takiben kanun koyucunun müspet yöndeki yasama faaliyeti, nihayet doktrini de idari sözleşme kavramı konusunda çekimser davranmaktan vazgeçirmiştir.

b. Türk Hukukunda İdari Sözleşme Kavramının Gelişimi

Türkiye'de idari sözleşme teorisi ve uygulaması esas itibariyle Fransa'daki doktrin ve içtihatların kabul ettiğı prensiplerin etkisi altında kalmıştır²⁶.

²³ Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.527.

²⁴ Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.527.

²⁵ Ali Ülkü AZRAK; **a.g.m.**, s.531.

²⁶ Doktrinde tartışılan en önemli sorunlardan biri de, idarenin kanunda bir açıklık olmaksızın sözleşme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığıdır.

Sıddık Sami ONAR; idari sözleşmelerin tipik örnekleri olan müşterek emanet, imtiyaz, taahhüt, iltizam, istikraz ve hizmet sözleşmelerine işaret ederek, idarenin yaptığı sözleşmelerin sadece bunlardan ibaret olmadığı, tüzel kişiliği haiz sıfatıyla bütün medeni ve ticari sözleşmeleri akdedebileceğinin tabii olduğunu, ancak idareye ait bu sözleşmelerin hepsinin idari sözleşme sayılmayacağını, hatta aynı sözleşmenin bazen özel hukuk sözleşmesi bazen de idari sözleşme mahiyetinde görüneceğini belirtmektedir²⁷.

Süheyp DERBİL ise bu konuda şunları söylemektedir:

“Kamusal idareler ile özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin konuları pek çeşitlidir.(bu) sözleşmeler yalnız satış ve imtiyaz sözleşmelerinden ibaret olsa, birincilerine “adi”, ikincilerine “idari” vasıflarını vermek... kolay olurdu. Halbuki bu iki tip arasında satın alma, inşaat sözleşmeleri gibi vesaire bir takım sözleşmeler vardır ki, idari veya adli nitelikte olduklarını kestirmek güçtür...”²⁸

Ali Ülkü AZRAK ise; idarenin herhangi bir kamu hizmetiyle ilgili bir sözleşme akdetmesine (milli savunma ve önemli kültür hizmetleri hariç olmak üzere) ve bu sözleşmeye idari veya özel hukuk sözleşmesi niteliği vermesine hukuki bir engelin olmadığını belirtmektedir²⁹.

Zehra ODYAKMAZ da, idari rejimin bulunduğu bütün ülkelerde, doktrinde ve yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmelerinden ayrı olarak idari sözleşmelerin varlığının kabul edildiğini belirtmektedir.İdari sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinden farklı amaç, vasıf ve karakterlere, farklı yapılış ve uygulamalara sahiptirler.İdari sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir şekilde gün geçtikçe gelişen ve kendine has birtakım hukuk kuralları olan bir hukuki rejime tabidirler.

Yazar bu açıklamalardan sonra bazı sözleşmelerin, üzerinde fikir birliğine varılmış kıstaslara göre idari sözleşme olduğunu, bazılarının bu ölçütlere uymadığı halde kanun tarafından idari sözleşme sayıldığı, birtakım sözleşmelerin de yargı

²⁷ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1213.

²⁸ Süheyp DERBİL; **İdare Hukuku**, C. I., Ankara, 1950, s.186.

²⁹ Ali Ülkü AZRAK; **İdari Mukavele Kavramı**, s.535.

yerleri tarafından sözleşmenin içeriği ve niteliği göz önüne alınarak idari sözleşme sayıldıklarını belirtmektedir³⁰.

Yıldızhan YAYLA'ya göre de, Türk hukukunda bugüne kadar bilinen ve kabul edilen idari sözleşmelerin; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, mali iltizam sözleşmesi, maden işletme imtiyazı, kamu istikraz sözleşmesi ve idari hizmet sözleşmesi olduğu belirtilmektedir³¹

Bu görüşlerden çıkan sonuç şudur ki; doktrinde, idari sözleşmelerin tanımı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Çoğunluğun üzerinde hemfikir olduğu husus; sözleşmelerin, idari ve özel hukuk sözleşmesi olarak iki farklı kategoride değerlendirilmesidir.

aa. Osmanlı Devleti Döneminde

İmparatorluk zamanında özellikle idari sözleşmelerin bir türü olarak nitelendirilen ve nitelikleri ilerideki konularda açıklanacak olan kamu hizmeti imtiyazı geniş ölçüde uygulanmıştır.

Osmanlı Devleti'nin gerileme ve parçalanma devri olarak adlandırılan bu devirlerde, imtiyaz sahiplerinin çoğunluğunu yabancı girişimciler teşkil etmişlerdir³². Bunda hem Osmanlı Devleti'nin o zamanki idari, sosyal ve ekonomik yapısı ve hem de Avrupa'daki sermaye hareketlerinin gelişimi etken olmuştur. 19. Yüzyıl ortalarına gelinceye kadar, imparatorluk, hem hizmetler, hem de teknik ve organizasyon yönlerinden yetersizlik içinde idi. Kamu hizmetleri bir yandan devlet eliyle götürülmeye çalışılmış, diğer yandan da vakıf uygulamaları geniş boyutlara ulaşmıştır. 1854 yılında ilk defa İstanbul'da Belediye teşkilatı kurulmuş ve böylece mahalli idare yönetim ve hizmetleri belirlenmeye başlamıştır. Ancak Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında mali kriz de son haddini bulduğundan, devlet, kamu hizmetlerini yerine getirmek bir yana, borçlarını ödeyemez olmuş ve böylece 1881 yılında, egemenlik kuramı ile bağdaşmayan "Duyun-u Umumiye" idaresi Avrupalılar

³⁰ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.3-4.

³¹ Yıldızhan YAYLA; **İdare Hukuku I**, İstanbul, 1990, s.129.

³² Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.95.

tarafından İmparatorluk bünyesinde kurulmuştur³³. Bu elverişli şartların varlığından yararlanan özellikle Fransa, İngiltere, Almanya ve Belçika gibi devletler daha fazla kâr getireceğini hesapladıkları demiryolu, madenler, liman-tersane hizmetleri ve bankacılık hizmetleri gibi alanlara yatırım yapmaya başlamışlardır³⁴.

Böylece Osmanlı Devleti döneminde;

- İstanbul ve civarı telefon hizmeti (1889)
- Akdeniz, Çanakkale Boğazı ve Karadeniz Sahillerinin Fenerlerini Yakma Hizmeti, (1860)
- İstanbul, Selanik, İzmir, Beyrut, Derince ve Haydarpaşa Liman Hizmetleri (1890-1899)
- İstanbul Tramvay ve Tüzel Hizmeti, (1868)
- Selanik, Şam, Beyrut ve İzmir Tramvay Hizmetleri (1889-1906)
- İzmir Havagazı Hizmeti (1859)
- Beyrut Havagazı Hizmeti (1877)
- İzmir Su Hizmeti (1892)
- Beyoğlu ve İstanbul Boğazının Batı Yakasının Su İhtiyacının Karşlanması Hizmeti, (1874)
- İzmir Elektrik Hizmeti, (1909)
- İstanbul Rumeli Yakasının Elektrik Enerjisi Genel Dağıtım Hizmeti (1910)

şeklindeki hizmetler, belirli yıllarda yerli ve genellikle yabancı girişimcilere imtiyaza verilmişti. Bu imtiyazlar, ancak Cumhuriyet'in kuruluşundan sonra gerekli imtiyaz konusu hizmetin devletçe görülmesinde kamu yararı bulunduğu ve gerekse yabancı sermayenin sömürüsüne son vermek amacıyla sona erdirilmiştir. Osmanlı Devleti'nde bu tür imtiyaz sözleşmeleri ile maden ve petrol imtiyazları dışında başkaca idari sözleşme türüne rastlanmamaktadır³⁵.

³³ Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.95.

³⁴ Turgut TAN; **Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları**, AÜSBFD., Cilt 22, Sayı. 2, 1967, s.285.

³⁵ Osman MERİÇ; **İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İctihatta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri**, Danıştay Dergisi, 1973, Sayı 11, s.66; Turgut TAN; **Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları**, s.301.

bb. Cumhuriyet Döneminde

Bu dönemde ilk pozitif düzenleme, aslında İmparatorluk döneminde imtiyazlar sebebiyle çıkarılan “Menafii Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” adındaki Kanun’un 1932 yılında 2025 sayılı Kanun’la değiştirilmesi ve Kanunun yeni esaslara göre düzenlenmesi olarak görülür³⁶. Bu kanunda imtiyaz sahibine gerekli arazinin nasıl sağlanacağı, bununla ilgili resim, harç ve vergiler, idarenin satın alma hakkı, personel çalıştırılması esasları ve devredilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Daha sonra çıkarılan Belediyeler Kanunu ve Muhasebe-i Umumiye Kanunu’nda idari sözleşmelerle ilgili hükümler yer almaktadır. (Mülga Belediyeler Kanunu Md.19/4, mülga 1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu Md.135). 1050 sayılı Kanun’da; %20 ile sınırlı olmak üzere idareye, sözleşme şartlarında değişiklik yapabilme yetkisi tanınmıştı. Yine mülga 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu’nda da, idari sözleşmelerle ilgili düzenlemeler göze çarpmaktadır. Taşocakları Nizamnamesi ve mülga 3213 sayılı Maden Kanunu’nda da bu konuda düzenlemelere yer verilmektedir. 1950 yılından sonra Türk siyasi hayatında görülen değişmelere paralel olarak başlayan özel teşebbüsçülük akımı sonunda devlet ile özel teşebbüsün yan yana bulunduğu bir sistem kurulmaya çalışılmıştır.

1961 Anayasal düzenlemesinde ise; yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde yerine getirileceği prensibini koyan Anayasa’nın 6. maddesinden hareketle, 130 ve 131. maddelerinde tabii servetler, kaynaklar ve ormanlar hakkında açık hükümler getirilmiştir. Ancak bu hükümler doğrultusunda da Anayasa’nın ve kanunların yasaklamadığı alanlarda idare sözleşme yapabilecektir.

1982 Anayasası’ndan önceki dönemde ormanların işletilmesi, bakım ve onarımını da üstlenen özel kişilerle akdedilen sözleşmeler, idari sözleşme sayılıyordu³⁷. 1982 Anayasasının 169’uncu maddesinin ikinci fıkrası “devlet ormanları kanuna göre devletçe yönetilir ve işletilir” hükmünü getirmiştir. Bu fıkra

³⁶ Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.96.

³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 3.1.1946 tarih E. 1946/2, K. 1946/2, RG; 28.2.1946, Sayı: 6244, Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 26, s.53.

karşısında artık devlet ormanlarının işletilmesinin özel kişilere devri konusunda sözleşme yapılamayacağı kabul edilmektedir³⁸.

1910 tarihli Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun yürürlükte olmasına rağmen, 1980'li yılların başından itibaren özellikle büyükşehir belediyeleri tarafından otogar, metro, doğalgaz şebekesi gibi büyük harcamaları gerektirecek kimi bazı yerel kamu hizmetlerine ilişkin projeler, adına “Yap-İşlet Devret” denilen bir modelle gerçekleştirme yoluna gidilmeye başlandı³⁹. Yap-İşlet Devret usulü ve bu usulün yasal çerçevesinde ileride değineceğim.

c. Tanımı

İdare, faaliyetlerinin büyük bir kısmını tek yanlı işlemler yolu ile yürütse de, kamusal yetkilerini ve genel ehliyetini kullanarak, konuları, hüküm ve şartları özel hukuk alanındaki sözleşme tiplerinden farklı sözleşmeler yapabilmektedir⁴⁰. Son yıllarda özelleştirme eğilimleri doğrultusunda bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yoluna gidilmesi idari sözleşme kuramını güncelleştirmiştir. Bu gelişmeler, yargı organlarını klasik idari sözleşme kuramı ile kamu hizmetlerinin yeni gereklerini bağdaştırma gibi zor bir görevle karşı karşıya bırakmış, bu gelişmeler sonucu idari sözleşme kuramının yeniden ele alınması gereği ortaya çıkmıştır⁴¹.

İdari sözleşmelerin tanımını yaparken karşılaşılan esas sorun; idari sözleşmelerin ölçütlerinin ne olduğunun saptanmaması ve buna gerekçe olarak da idari sözleşmelerin, idare hukukunun prensiplerinin ve kurallarının ortaya konulmasını gerektirmesi, bu prensip ve kuralların ise belli bir formülüzasyona tabi olmayacak kadar dinamik bir yapıya sahip olması gösterilmektedir⁴².

³⁸ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.176; Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, (Genel Esaslar), C.I, Ankara, 1999, s.554, Bu konuda bkz.: Danıştay Sekizinci Dairesinin 11.4.1996 gün ve E. 1994/7528, K: 1996/1096 Danıştay Dergisi, Sayı: 92, s.598 vd. (Nakleden: Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.554.)

³⁹ Metin GÜNDAY; **İdare Hukuku**, s.317.

⁴⁰ Celal ERKUT; **a.g.e.**, s.35.

⁴¹ Turgut TAN; **İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turan GÜNEŞ'e Armağan, Haziran-Aralık 1995, C. 50, S.3-4, s.291.

⁴² Vecihi TÖNÜK; **İdari Sözleşmeler**, İdare Dergisi, C. 28, 1952, s.211-216, s.121; Osman MERİÇ; **a.g.e.**, s.66.

aa. Doktrin Tarafından Yapılan Tanımlar

İdare hukuku öğretisinde, genel olarak bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde, ona verilen adın değil niteliğinin esas alınacağı kabul edilmektedir⁴³. Doktrinde idari sözleşmelerin çeşitli tanımları yapılmıştır. Süheyp DERBİL' e göre idari sözleşmeler; kamu hizmetlerini işletmek amacıyla kamusal idareler tarafından yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere, uygulanan hukuk kurallarından başka ve ayrı hukuk kuralları uygulanır⁴⁴. Kazım YENİCE - Yüksel ESİN, idari sözleşmeyi, "... kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin görülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin ihtiyacı olan para, eşya ve personeli bulmak (tedarik etmek) amacıyla akdedilen ve idare yararına (lehine) olağanüstü hüküm ve şartları kapsayan sözleşmeler" olarak tanımlamaktadır⁴⁵.

Şeref GÖZÜBÜYÜK' e göre idari sözleşmeler, kamu kuruluşlarının yönetim hukuku kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir. İdari sözleşmeler kamu kuruluşları ile kişiler arasında olabileceği gibi, tüzel kişiliği olan kamu kuruluşları arasında da olabilir. İdari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri gibi iki tarafın anlaşması ile yapılır. Taraflar kural olarak hem sözleşme yapmakta, hem içeriğini saptamakta belli koşullar arasında serbesttirler⁴⁶.

Metin GÜNDAY da, GÖZÜBÜYÜK'e benzer bir tanımla idarenin, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmelerini idari sözleşme olarak tanımlamıştır⁴⁷.

Kemal GÖZLER ise doktrindeki diğer görüşlerden biraz daha farklı olarak şöyle bir tanım yapmaktadır: "İdari sözleşme, bir kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması ve kamu

⁴³ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.374.

⁴⁴ Süheyp DERBİL; **a.g.e.**, s.546.

⁴⁵ Kazım YENİCE - Yüksel ESİN; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usûl Kanunu Şerhi**, Ankara, 1983, s.118-119.

⁴⁶ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetim Hukuku**, Güncelleştirilmiş 23. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.267.

⁴⁷ Metin GÜNDAY; **İdare Hukuku**, s.166.

hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan veya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmedir⁴⁸.

Sıddık Sami ONAR, idari sözleşmeleri; idari usullerin temelini teşkil eden idare kudretinin icrai karar, re'sen hareket etme gibi unsurları ile idari rejimin esasını teşkil eden adliye karşısında idarenin bağımsızlığı ilkesine dayanan, kamu hizmetlerinin ifası sırasında bu hizmetlerini yerine getirmek için yaptığı sözleşmeler olarak tahlil etmiş, idareye özgü bu sözleşmelerin hepsinin idari sözleşme sayılmayacağı hatta aynı sözleşmenin bazen özel hukuk sözleşmesi, bazen de idari sözleşmesi mahiyetinde görüneceğini belirtmiştir⁴⁹.

Zehreddin ASLAN da, idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmelerin nitelik olarak idari sözleşme olduğu görüşündedir⁵⁰.

Aslında idari bir sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi temel unsurları bakımından aynı özellikleri taşırlar. Bir sözleşmeye idari olma vasfını veren ve idare mahkemelerini yetkili kılan sebepler sözleşme yapılırken güdülen kamu hizmeti amacıdır⁵¹. Bununla birlikte idari sözleşmeler, özel hukukta temel kural sayılabilen bazı kurallara tamamen zıt olabilen idare hukuku kurallarına tabi olabilirler⁵². İdare, sözleşme yöntemine başvurma yetkisini; hem sözleşme yapma ehliyeti bakımından hem de sözleşme yapacağı karşı tarafı seçme bakımından keyfi olarak kullanamayacaktır⁵³. Kamu tüzel kişileri, ancak, kuruluş yasalarında veya diğer kanunlarla kendi görev alanlarına giren konularda sözleşme yöntemine başvurabileceklerdir.

⁴⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.439.

⁴⁹ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1592-1593.

⁵⁰ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, 2005/2, s.6, (3 Numaralı dipnot)

⁵¹ Süheyy DERBİL; **a.g.e.**, s.547 [DUGUÏT, Leon: Traite de Droit Constitutionne I, Paris 1923, Cilt III, s.41'den naklen.]

⁵² Pertev BİLGİN; **a.g.e.**, s.5.

⁵³ Meltem KUTLU; **a.g.e.**, s.18.

bb. Yüksek Mahkemelerin Kararları

İdari sözleşmeler konusunun Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından ilk kez⁵⁴ enine boyuna incelenmesi, Türk hukuk literatürüne “Zingat Uyuşmazlıkları”⁵⁵ diye geçen bir dizi uyuşmazlık nedeniyle olmuştur⁵⁶. Uyuşmazlık Mahkemesi ilgili kararında idari sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin kurulması ve işlemlerini sağlamak amacıyla yapılmış, idare hukuku ilke ve kurallarına bağlı, devletin kamu gücüne dayanan, tam bir eşitlik esasına göre yapılan özel hukuk sözleşmelerinden ayrı sözleşmeler olarak tanımlamıştır⁵⁷.

Danıştay’ın konuyla ilgili ilk kararı 1935 tarihli İstanbul Tramvay Şirketi ile ilgili karardır⁵⁸. Bu kararında Danıştay, özel hukuk sözleşmelerinden farklı hükümlere tabi olan ve bu farklılığın bir sonucu olarak da doğacak uyuşmazlıklarda idari yargının görevli bir idari sözleşmenin varlığını kabul etmiştir.

Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 15. 1. 1964 tarihli Kutucuoğlu Kararı ve yine Danıştay’ın 4.7.1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda Danıştay, kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeleri, sözleşmelerin mahiyeti gereği idari sözleşme olarak kabul etmiştir.

Danıştay Sekizinci Dairesi’nin bir başka kararında, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, konusunun doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunması ve

⁵⁴ Türk Hukukunda idari sözleşmelere ilişkin ilk saptama Danıştay’ın 26 Şubat 1935 tarihli İstanbul Tramvay Şirketi kararında yapılmış ve idari sözleşmelerin tanımı verilmiş; özel hukuk sözleşmelerinden farklı hükümlere tabi ve bu sebeple doğacak uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğu bir idari sözleşmeler kategorisinin varlığı kabul edilmiştir.

⁵⁵ Olay; Zindan ve Çangal Ormanlarının işletilmesi konusunda Tarım Bakanlığı ile “Zindan ve Çangal Ormanları T.A.Ş.” arasında yapılan ve devlet ormanlarının işletilmesine ilişkin sözleşmenin Bakanlıkça tek yanlı olarak feshedilmesi sonucu, Bakanlık aleyhine müdahalenin önlenmesi ve 100.000 lira tazminatın tahsili talebiyle Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi’nde açılan davada; İdare’nin ileri sürdüğü görevsizlik itirazının Mahkeme’ce reddedilmesi üzerine, usulen, Danıştay Savcısı tarafından Uyuşmazlık Mahkemesi’nden davaya bakan mahkemenin görevsizliğine karar verilmesinin istenilmiş olmasından ibarettir. Uyuşmazlık Mahkemesinin Zindan ve Çangal Ormanları T.A.Ş konusunda verdiği üç karar; E.46/5, K.46/1, T.24/1/1946, R.G 12/3/1946, S.6254, E.46/7, K.46/2, T. 24/1/1946, R.G28/2/1946, S.6244, E.46/8, K.46/3, T.24/1/1946, R.G 4/3/1946, S.6247.

⁵⁶ Kazım YENİCE - Yüksel ESİN; **a.g.e.**, s.408.

⁵⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.1.1946 tarih, E. 1946/8, K. 1946/3 sayılı kararı (R.G. 4.3.1946)

⁵⁸ Dava Daireleri Genel Kurulu, 26/2/1935 tarihli, İstanbul Tramvay Şirketi Davası, Davanın tamamı için bkz. Necmi OSTEN; **a.g.e.**, s.35 vd.

sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde bulunması olanaksız olan bazı ayrıcalık ve yetki unsurlarını ve hükümleri kapsamı gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹

Anayasa Mahkemesi ise “... taraflardan birisinin kamu tüzel kişisi olduğu, kamu hizmeti ile ilgili, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olan ve yönetime üstünlük tanıyan sözleşmeleri...”⁶⁰ idari sözleşme olarak saymaktadır.

cc. İdari Sözleşme Kavramına Getirilen Eleştiriler

İdari sözleşmelerin bir sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışılmaktadır⁶¹. Bu tartışmalarda temel neden, genel olarak tarafların eşitsizliği ve idarenin, sözleşme hükümlerini tek yanlı değiştirme, feshetme gibi yetkilere sahip olması⁶² yanında, yargı yerlerinde idari sözleşmelerin idari işlem gibi iptal davasında konu olabilmeleridir. Bu niteliklerinden dolayı idari sözleşmelerin sözleşme olup olmadığı da tartışma konusudur. İsmet Giritli ve Tayfun Akgüner’ e göre idari sözleşmeler değil “idare mahkemelerinin görevli olduğu sözleşmeler” vardır.⁶³ Yine Léon Duguit’ de, idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımını kabul etmemektedir⁶⁴.

İl Han ÖZAY, idari sözleşmelerin; tarafların sadece mali hükümlerde anlaştıkları, diğer hususlar bakımından ise aslında bir katılma işlem olduğu kanaatindedir⁶⁵.

R. Cengiz DERDİMAN ise, idari sözleşmeleri; idarenin, iki taraflı, idare hukukuna tabi ve ilgili işlemlerden doğan uyumsuzlukların idari yargı mercilerinde çözümlendiği işlemler olarak tanımlar⁶⁶.

⁵⁹ Danıştay Sekizinci Dairesi 16.1.1985 gün ve E.1984 /495, K. 1985 /46 , DD. S.60 -61, s.352.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 22.12.1988 gün ve E. 1988/5, K.1988/55, sayılı kararı. Karar için bkz. 25.7.1989 gün ve 20232 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.68.

⁶² Turgut TAN; **İdari Faaliyetler, İdari Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri**, Ankara, 1976, s.7; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.147.

⁶³ İsmet GİRİTLİ - Tayfun AKGÜNER; **İdare Hukuku Dersleri II**, İstanbul, 1987, s.172.

⁶⁴ Bkz. Jean ROUVIERE (Çev. Vecihi TÖNÜK: **İdari Sözleşmeler**, İdare Dergisi, Y.21, Temmuz-Ağustos 1950, S.205, s.104-108.)

⁶⁵ İl Han ÖZAY; **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1996, s.414.

⁶⁶ Cengiz DERDİMAN; **İdare Hukuku**, Alfa Yayınları, 2007, s.643.

Bununla birlikte idari sözleşmeleri iki yanlı işlem olarak nitelendiren başka yazarlarda vardır. Kemal Gözler; “Sözleşme - Tek Yanlı İşlem”⁶⁷ ayrımı yaparak sözleşmenin iki yanlı işlemler kategorisinde olduğunu belirtmektedir.

Zehra ODYAKMAZ; bütün bu tartışma ve görüşlere karşın halen doktrinde ve yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmelerinden ayrı idari sözleşmelerin varlığının idari rejimin yürürlükte olduğu bütün ülkelerde kabul edildiğini belirtmektedir.⁶⁸

Yukarıda belirttiğimiz tanımlara uymayan veya bu niteliklere sahip olmayan, kanunda idari sözleşme olarak nitelendirilen sözleşmeler de olabilir. Bu konuda yasa koyucuyu sınırlandıran herhangi bir Anayasal hüküm yoktur.

4. İdari Sözleşmeler İle İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinin Karşılaştırılması

Günümüzde idare çok çeşitli sözleşmeler yapmaktadır. İdare tarafından akdedilen bütün sözleşmelere genel olarak idarenin sözleşmeleri denmektedir.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargı düzeni içinde çözümlenir.

İdari sözleşmelerin idari yargı denetimine tabi olması, yalnız bu sözleşmelerin kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmalarından dolayı değil, idari sözleşmeler hakkında ayrı bir hukuk sistemi, idare hukuku rejimi uygulanmak gerektiğinden kaynaklanmaktadır⁶⁹. İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında bazı temel farklar vardır. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

- Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda çözümlenir.

⁶⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.430.

⁶⁸ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.147.

⁶⁹ Süheyy DERBİL; **a.g.e.**, s.547; Turgut TAN; **İdari Faaliyetler, İdari Sözleşmeler**, Kolluk Kuvvetleri, s.7.

İlke bu olmakla beraber, 1999 yılında yapılan Anayasa (m.125) değişikliği ile “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükmü getirilerek, bu konuda ayrıksı bir düzenleme öngörülmüştür.

- İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde taraflar yasaların öngördüğü sınırlar içinde sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık idari sözleşmelerde yasalar yönetimin hareket serbestliğini kısıtlamıştır⁷⁰.

- İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik vardır. İdari sözleşmelerde ise idare üstün taraftır⁷¹.

- İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, statü olarak tamamen Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’na tabidir. İdari sözleşmeler ise kısmen kanunlarla kısmen de içtihatlarla oluşmuş olan idare hukuku esaslarına tabidir⁷².

II. İDARİ SÖZLEŞMENİN ÖLÇÜTLERİ

A. GENEL OLARAK

İdare, faaliyetlerinin büyük bir kısmını tek yanlı işlemler yolu ile yürütse de, kamusal yetkilerini ve genel ehliyetini kullanarak, konuları, hüküm ve şartları özel hukuk alanındaki sözleşme tiplerinden farklı sözleşmeler yapabilmektedir⁷³. Bu sözleşmelerde idare, kamusal yetkisinin vermiş olduğu üstünlük ve ayrıcalıklardan yararlanmaktadır⁷⁴. Bir sözleşmenin idari olup olmadığının belirlenmesinde

⁷⁰ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.69.

⁷¹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.69.

⁷² Önder AYHAN; **a.g.e.**, s.94.

⁷³ Cem Çağatay ORAK; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.25.

⁷⁴ İdareye tanınan söz konusu üstünlük ve ayrıcalıklara örnek olarak, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında İdarenin önceden ve tek taraflı olarak hazırladığı genel şartnameler, bu şartnamelerin karşı tarafça değiştirilmeden ve tamamen kabul edilmesi zorunluluğu ya da sözleşmenin uygulanması sırasında idarenin yapılan işi sürekli denetlemesi, tek taraflı olarak, sözleşmenin özellikle düzenleyici kısmı üzerinde değişiklik yapabilmesi, sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla feshedebilmesi vb. verilebilir.

başvurulan ölçütler hususunda doktrin ile yargı kararları paralellik arz etmektedir. Doktrine göre idarenin yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için aşağıdaki niteliklere sahip olması zorunludur⁷⁵.

B. İÇTİHAT YOLUYLA BELİRLENEN ÖLÇÜTLER

- Sözleşmenin taraflarından en az birisi bir kamu kurum veya kuruluşu, yani idare olmalıdır. (*Organik ölçüt*)
- Sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin amacı ise kamu yararı olmalıdır. (*Maddi ölçüt*)
- Sözleşme idareye, diğer âkide tanımadığı ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanımış olmalıdır. (*Şekli ölçüt*)

Bunların yanında bir sözleşmenin nitelendirilmesi yasama organı tarafından bir kanunla da yapılmış olabilir. Bu nitelendirmenin üç değişik şekilde yapılması mümkündür⁷⁶.

- Doğrudan Nitelendirme
- Sözleşmenin Tabi Olacağı Hukuki Rejimin Belirlenmesi Suretiyle Nitelendirme
- Sözleşmeden Kaynaklanacak Uyuşmazlıkların Tabi Olduğu Yargı Kolunun Belirlenmesi

İleride açıklayacağımız Türk yargı içtihatlarında⁷⁷; idari sözleşmelerin şartlarından sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunması şartlarının birlikte (kümülatif) arandığı⁷⁸; Fransız idare hukukunda ise bu şartların alternatif şartlar

⁷⁵ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.148; Bahtiyar AKYILMAZ; **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.304-308.

⁷⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.431-432.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık 1984 tarih ve E. 1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı.

⁷⁸ Meltem KUTLU; **a.g.e.**, s.31.

olduğu ileri sürülerek, Türk yargı içtihatlarının bu yaklaşımı eleştirilmiştir⁷⁹. Şimdi bu ölçütleri daha yakından inceleyelim.

1. Organik Ölçüt

Organik ölçüt sözleşmenin taraflarına ilişkin bir ölçüttür. Bu ölçüte göre bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan en az birinin idare olması gerekmektedir⁸⁰.

a. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşme Kavramı

İdarenin taraf olduğu her sözleşme idari sözleşme sayılmamakla beraber, bir sözleşmenin idari sayılmasının ilk koşulu taraflardan birisinin idare olmasıdır. Sözleşmenin iki tarafının da kamu tüzel kişisi olması durumunda da, organik ölçüt gerçekleşmiş olur. Ancak iki kamu tüzel kişisi arasında yapılan sözleşme, konusu itibarıyla, taraflar arasında sadece bir özel hukuk ilişkisine vücut veriyorsa, bu sözleşme bir idari sözleşme değil, bir özel hukuk sözleşmesidir⁸¹. Özellikle sınai ve ticari kamu hizmetlerini yürüten kamu tüzel kişileriyle (İKT'lerle) diğer kamu tüzel kişilerinin mal ve hizmet alımına ilişkin olarak akdettikleri sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir⁸². Örneğin, bir kamu tüzel kişinin elektrik, su, doğalgaz alımı konusunda diğer bir kamu tüzel kişisi ile yaptığı abonman sözleşmeleri bir özel hukuk sözleşmesidir⁸³. Yine iki kamu tüzel kişinin özel mallarına ilişkin yaptıkları sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi sayılırlar⁸⁴.

⁷⁹ Bkz. Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.436.

⁸⁰ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Temmuz 1963 tarihli Enterprise Peyrot kararıyla, bir kamu hizmetini yürütmekle görevli bir özel hukuk tüzel kişisi, bir kamu tüzel kişinin “hesabına” hareket ederek bir başka özel kişiyle bir sözleşme akdetmiş ise, bu sözleşmenin idari sözleşme olabileceğine karar vermiştir. (Naklen Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.439).

⁸¹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.433.

⁸² Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.434.

⁸³ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.434.

⁸⁴ Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ihtiyaç duyduğu ve üniversite rektörlüğünün mülkiyetinde bulunan bir binayı, üniversite rektörlüğünden, kira sözleşmesi yaparak kiralayabilir. Buradaki kira sözleşmesi, bir idari sözleşme değil, bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşmeye Borçlar Kanunu’nun hükümleri uygulanır ve bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklara da adli yargıda bakılır.

Bir sözleşmenin idari olabilmesi için, idarenin tam anlamıyla sözleşmeye taraf olması gerekir. İdarenin çeşitli şekillerde müdahalesi veya katılımı bu anlamda sözleşmeye idari vasfını kazandırmamaktadır⁸⁵. İdarenin taraf olmadığı, sözleşmenin karşı tarafının üçüncü kişilerle yaptığı veya idarenin sadece fiyat tespit etmek suretiyle müdahale ettiği sözleşmeler, idareye izafe edilemezler. İdare ile idari sözleşme yapmış olan bir özel hukuk kişinin, üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa; idare ile değil de diğer bir özel kişi ile yapmış olduğu sözleşme, idari sözleşme değildir. Örneğin âkidin, (sözleşmecinin) binalarının bakımı veya onarımı için üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmeler, idare ile irtibatlandırılmaz. Yine özel kişiler arasında yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin konusunu oluşturan hizmete ilişkin ücretin idare tarafından belirlenmesi veya idarenin özel kişilerden birinin yerine geçmesi, sözleşmede özel hukuk sözleşmesi niteliğini kaybettirecek özellikle de değişiklikler olmadığı sürece o sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmaz⁸⁶.

Sözleşmenin taraflardan birinin idare olması ölçütünün, sözleşmede idareye tanınan ayrıcalık ve üstünlüklerle beraber değerlendirilmesi gerekir. Devlet eliyle ve üstelik kanunla kurulan her ünitenin kamu idare veya kurumu niteliğini taşıması, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını belirlerken, sözleşmenin tarafları üzerinde de durulmasını gerektirmektedir⁸⁷. Bu anlamda her hangi bir idari makam değil, sadece kamu tüzel kişiliğine sahip bir makam idari sözleşme akdedebilir⁸⁸.

Burada kamu tüzel kişinin ne olduğu ve hangi kurumların bu tüzel kişiliğe sahip olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Ancak bunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır⁸⁹. Devlet, il, belediye ve köy ile Üniversiteler, TRT, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları⁹⁰, Sermaye Piyasası Kurulu, Rekabet Kurumu gibi bağımsız üst kurulların kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları

⁸⁵ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.148.

⁸⁶ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.306.

⁸⁷ Esin YENİCE; **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, Esas, İkinci Kitap, Ankara, 1973, s.186.

⁸⁸ Esin YENİCE; **a.g.e.**, s.186.

⁸⁹ Pertev BİLGİN; **a.g.e.**, s.22.

⁹⁰ İsmet GİRİTLİ; **Amme İdaresi Teşkilat ve Personeli**, 3. Baskı, İstanbul, 1967, s.115 ve 129.

muhakkaktır⁹¹. Bunun dışında kuruluş kanunlarında kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilen kuruluşlar⁹² da kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmektedir.

İdare ile imtiyaz sözleşmesi yapmış olan özel bir kişinin diğer bir özel kişi ile imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme, üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için olsa bile idari sözleşme değildir⁹³.

Tük hukukunda bir sözleşmenin idari olabilmesi için mutlak bir şekilde taraflardan birinin idare olması şarttır⁹⁴. Bu durum Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında istikrarlı bir biçimde yer almakta ve aranmaktadır⁹⁵. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 4.7.1964 tarih ve 674/344 sayılı kararında, açık olarak idarenin taraf olduğu hallerin, sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinde kıstas olabileceğini belirtmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi' de 5.11.1975 tarih ve E. 1974/112, K. 1975/215 sayılı kararında, Devlet Planlama Teşkilatı'nın bir kamu kurumu oluşu sebebiyle, kurumda çalışanlarla yaptığı iş sözleşmesinin bir idari hizmet sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla çıkan anlaşmazlığın bu sebeple idari yargı yerinde çözümleneceğini belirlemiştir⁹⁶.

Fransız hukukunda ise sözleşmenin taraflarından birinin mutlaka idare olması gerektiği hususu, Conseil d'Etat tarafından yumuşatılmıştır. Mahkeme'ye göre, imtiyaz sahibi özel işletmenin imzalayacağı sözleşme de idari sözleşme olarak kabul edilebilir⁹⁷.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı üzere taraflardan birisinin kamu tüzel kişisi olması idari sözleşmenin en belirgin unsurlarından olmakla beraber, sadece bu kıstas bir sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmaya yetmemektedir. Bunun için diğer bazı unsurların da varlığı gereklidir⁹⁸.

⁹¹ İsmet GİRİTLİ; **a.g.e.**, s.115 ve 129.

⁹² Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Md. 1, Türkiye Adalet Akademisi Kanunu md. 4, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) Kurulması Hakkında Kanun md. 1.

⁹³ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.148.

⁹⁴ Pertev BİLGİN; **a.g.e.**, s.33.

⁹⁵ Ayhan ÖNDER; **İdari Sözleşmeler**, s.105.

⁹⁶ Ayhan ÖNDER; **a.g.e.**, s.105.

⁹⁷ İsmet GİRİTLİ - Tayfun AKGÜNER; **a.g.e.**, s.175.

⁹⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri 20.06.2003 tarih, E. 2002/429, K. 2003/455 sayılı, konu ile ilgili bir kararında da; 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 sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğuna karar vermiştir. (Yayımlanmamıştır)

2. Maddi Ölçüt

Yukarıda bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin taraflarından en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olmasının şart olduğundan bahsettik. Bu şart gerekli ancak yeterli olmayan bir şarttır. Yani taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olduğu bir sözleşme idari sözleşme sayılmaz. Böyle bir sözleşmenin ikinci bir şartı da yerine getirmesi gerekir. Bu da maddi ölçüt olarak nitelendirilen, sözleşmenin taraflarına değil, içeriğine yani konusuna ve hükümlerine ilişkin bir ölçüttür. Yukarıda açıkladığımız organik ölçüt ile şimdi açıklayacağımız maddi ölçüt alternatif ölçütler değil kümülatif ölçütlerdir⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için bu iki ölçüt birlikte aranır¹⁰⁰.

a. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetine İlişkin Olması

İdari sözleşmelerin belirlenmesindeki bu ölçüt, sözleşme konusunun doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu hizmetinin kurulmasına, yürütülmesine ve/veya işletilmesine ilişkin olmasını açıklamaktadır. Hem Anayasa Mahkemesi ve Danıştay¹⁰¹ içtihatlarında ve hem de öğretide, idarenin yaptığı ve karşı tarafın bir kamu hizmetinin kurulmasını yürütülmesini veya böyle bir hizmetin kurulmasına ve/veya yürütülmesine katılmasını, öngören sözleşmeler idari sözleşmeler sayılmaktadır. Burada kamu hizmetinin ne olduğu ve bir sözleşmenin hangi durumlarda kamu hizmetine ilişkin olduğunu tespit etmek gerekmektedir. En geniş tanıma göre kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir¹⁰².

⁹⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.23.

¹⁰⁰ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.24.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 Sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.) S.32, Cilt 1, s.144 vd.; Danıştay 10. Dairesi'nin 6.2.2002 gün ve E: 1999/2407, K. 2002/347 Sayılı Kararı, Karar için bkz. <http://danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

¹⁰² Danıştay 13. Dairesinin 31.03.2008 gün ve E. 2007/4245, K. 2008/3415 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır) Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 gün ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı. Bu karar 24 Ocak 1995 gün ve 22181 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Kamu hizmeti kavramı, idari sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırt eden bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰³. Her ne kadar kamu hizmeti kavramı süreç içerisinde değişse de, bu kavramın kamu yararı ya da çıkarını sağlamaya yönelik sürekli ve düzenli hizmetler olduğu konusunda tereddüt yoktur¹⁰⁴.

Ülkemizde, özellikle idari sözleşme kategorisinin imtiyaz rejimi kısıncında değerlendirilmesinin belki de en baskın sonucu, kamu hizmeti kavramının idari sözleşmelerin en belirgin ölçütü olduğu yolundaki izlenimin doğması olmuştur¹⁰⁵. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için, konusunun kamu hizmeti olması yeterli değildir; sözleşmenin konusu kamu hizmetlerinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesi olduğu takdirde söz konusu sözleşme idari sözleşme niteliği kazanır¹⁰⁶. İdari sözleşmelerin konusu bir kamu hizmetine katılma, kamu hizmetini bilfiil yürütmedir. İdari sözleşmelerde karşı taraf kamu görevinin görülmesine katılmalıdır¹⁰⁷.

Bununla birlikte idarenin kamu hizmetinin gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyduğu bir malzemeyi edinebilmesi, ordunun yiyecek ihtiyacının karşılanması için yaptığı sözleşmeler gibi bazı sözleşmelerde de, sözleşme konusu kamu hizmetini dolayısıyla ilgilendirmektedir¹⁰⁸. Türk hukukunda özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen bu tür sözleşmeler, eğer idare lehine özel hukuku aşan bir takım üstün yetkiler içermekteyse Fransız hukukunda idari sözleşme¹⁰⁹ olarak nitelendirebilmektedir¹¹⁰.

Abonman sözleşmelerinde olduğu gibi, salt bir kamu hizmetinden yararlanmayı sağlayan sözleşmeler idari sözleşme sayılmazlar. Aynı şekilde sadece

¹⁰³ Necip OSTEN; **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, İstanbul, 1938, s.5.

¹⁰⁴ Burada sadece hangi durumlarda bir sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu hususu ön plana çıkmaktadır. Şu durumlarda, bir sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir: Sözleşme bir kamu hizmetinin yürütülmesi görevini bir özel hukuk kişisine veriyorsa, ya da sözleşme yapılan özel hukuk kişisinin bir kamu hizmeti yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa veya sözleşmenin bizatihi kendisi bir kamu hizmetinin yürütülme usulünü oluşturuyorsa, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu söylenebilir.

¹⁰⁵ Cem Çağatay ORAK; **a.g.e.**, s.28.

¹⁰⁶ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.149.

¹⁰⁷ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.513.

¹⁰⁸ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.73.

¹⁰⁹ Nitekim ONAR'da bu görüşü benimsemektedir. Bkz. Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1599.

¹¹⁰ Meltem KUTLU; **a.g.e.**, s.27.

bir kamu hizmetini kurmayı amaçlayan sözleşmeler de bayındırlık sözleşmeleri sayıldığı için idari sözleşme olarak kabul edilmezler¹¹¹.

Amacı kamu yararı olmayan bir sözleşme, idari sözleşme olamaz¹¹².

Bazı durumlarda sözleşmenin konusunu oluşturan sözleşmecinin borcu doğrudan doğruya kamu hizmetinin yerine getirilmesi aşamalarından birisini veya bir kaçını oluşturabilir. Örneğin, bir yolun inşasını üzerine almış bulunan müteahhidin borcu, doğrudan bu bayındırlık hizmeti ve dolayısıyla kamu hizmetinin kendisidir. Bu konuda idare akdettiği sözleşmelere mutlaka idari sözleşme niteliği vermek zorunda değildir. Bunun özel hukuk kuralları içinde kalarak da gerçekleştirebilir¹¹³. Kamu hizmetine ilişkin olma ölçütünün idari sözleşmelerin tamamını açıklamaya yeterli olmadığı tezi doktrinde ileri sürülmektedir¹¹⁴. Nitekim ileride bahsedeceğimiz Orman İşletme ve Maden İşletme Sözleşmeleri, konuları bir kamu hizmeti olmamasına, sadece işletmeciye maden ve ormanlardan yararlanma imkanı vermelerine rağmen, uygulamada idari sözleşme sayılmıştır¹¹⁵. Kamu istikraz sözleşmelerinin de konusu bir kamu hizmetine ilişkin olmamasına rağmen idari nitelikte sayılması bu görüşü desteklemektedir¹¹⁶.

3. Şekli Ölçüt

Bundan önce de değindiğimiz gibi, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenmesi için, sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması şartları her zaman yeterli olmayabilir. Bu durumda idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerini tahlil etmek ve tarafların, idareye, idare ve kamu kudretinden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacını takip edip etmediklerinin araştırılması gerekmektedir. İşte, özel hukuk

¹¹¹ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail MERCAN; **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s.303.

¹¹² Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail MERCAN; **a.g.e.**, s.303.

¹¹³ Önder AYHAN; **İdari Sözleşmeler**, s.106 - Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1600.

¹¹⁴ Lütfi DURAN; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.431-432.

¹¹⁵ Lütfi DURAN; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.431-433; Tahsin BEKİR; **İdare Hukuku C.I**, (Genel Konular) Ankara, 1972, s.191.

¹¹⁶ Pertev BİLGİN; **a.g.e.**, s.169-170.

sözleşmelerinde düşünülmesi dahi olanaksız bulunan bu üstün yetkinin tanınması, idari sözleşmelerin diğer bir ayırıcı unsuru olarak görülür¹¹⁷.

a. Sözleşme İle İdareye Tanınan Üstün Yetkiler ve Ayrıcalıklar Olmalıdır

Özel hukuku aşan şartlar olarak da tanımlanan, daha çok doktrinde yer verilen bu ölçütler için¹¹⁸, özel hukuku aşan hükümler¹¹⁹, özel hukuk sözleşmelerindeki hükümleri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıklar¹²⁰, olağanüstü hüküm ve şartlar,¹²¹ üstün ve ayrıcalıklı konum¹²², üstün ve ayrıcalık hükümleri¹²³, özel hukuku aşan koşullar¹²⁴, özel hukuk yetkilerini aşan kurallar¹²⁵ gibi nitelendirmeler de yapılmakla birlikte; Danıştay'ın bazı kararlarında "... İdare lehine olağanüstü hüküm ve şartları kapsayan idari sözleşmeler..."¹²⁶ "... Yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanıyan sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğu"¹²⁷, "...İdarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan idari sözleşme niteliğindeki..."¹²⁸ ibareleriyle benimsenen ve kanaatimce de en önemli ve ayırıcı unsur olan "İdare lehine özel hukuk yetkilerini aşan ve idareye kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin verilmiş olması" gibi tanımlar da yapılmaktadır.

Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi mümkün değildir. Oysa idari sözleşmeler idareye özgü düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediğinden, idare kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri

¹¹⁷ Önder AYHAN; **İdari Sözleşmeler**, s.107-108.

¹¹⁸ Tahsin Bekir BALTA; **İdare Hukuku**, C.I, s.189; İsmet GİRİTLİ - Pertev BİLGİN; **ag.e.**, s.204.

¹¹⁹ Kemal GÖZLER; **ag.e.**, s.28.

¹²⁰ Metin GÜNDAĞ; **İdare Hukuku**, s.168.

¹²¹ Şemi Kazım YENİCE - Yüksel ESİN; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu** s.199.

¹²² Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **ag.e.**, s.547.

¹²³ Lütfi DURAN; **İdare Hukuku Ders Notları**, s.432.

¹²⁴ İsmet GİRİTLİ - Pertev BİLGİN - Tayfun AKGÜNER; **ag.e.**, s.633.

¹²⁵ Meltem KUTLU; **ag.e.**, s.31.

¹²⁶ Danıştay 10. Dairesinin 23.05.2001 gün ve E. 1999/4140, K. 2001/1952 Sayılı Kararı, (Yayımlanmamıştır) Danıştay 10. Daire 13.06.2001 gün ve E. 1999/4078, K. 2001/2241 Sayılı Kararı.

¹²⁷ Danıştay 10. Dairesinin 6.2.2002 gün ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

¹²⁸ Danıştay İDDK' nın 20.06.2003 gün ve E. 2002/429, K. 2003/455 sayılı kararı.

dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir¹²⁹. Gerçekten de, idari sözleşmede, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır ve kamu yararı, kişisel yarardan daima üstündür. Bu nedenle idare, özel hukuk sözleşmelerinde taraflardan herhangi birine tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır¹³⁰. İdareye tanınan bu üstünlük, kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Aslında idare kendisine tanınan ayrıcalıkları ve yetkileri kullanabilmek için “hukuki dayanak ilkesi” denilen bir yasal yetkiye muhtaçtır¹³¹. Bu sözleşmelerde idareye tanınan ayrıcalık ve yetki sözleşmeden önce ve sözleşme yapıldıktan sonra her aşamada söz konusu olabilir.

İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran üstünlük ve ayrıcalıklar idare yönünden ve karşı âkit yönünden olmak üzere iki şekilde incelenebilir¹³².

aa. İdareye Tanınan Üstün Yetkiler ve Ayrıcalıklar

Uygulamada idarenin, idari sözleşmelerde şu yetkilerle donatıldığını görmekteyiz:

- a) Diğer âkide, sözleşme ile ilgili emir ve talimat verebilme yetkisi,
- b) Sözleşme hükümlerinde kamu hizmetinin gereklerine göre tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi,
- c) Sözleşmeyi tek taraflı feshedebilme yetkisi,
- d) Herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan sözleşme konusu hizmetin yürütülmesinde veya sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinde kusurlu görülen akide karşı zorlayıcı tedbirler uygulayabilme yetkisi,

¹²⁹ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.169-170.

¹³⁰ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.149-150.

¹³¹ Osman MERİÇ; **İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri**, Danıştay Dergisi, Y.3, S.11, 1973, s.80; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.150.

¹³² Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.75.

- e) Karşı âkide ait araç, gereç ve tedbirleri satın alabilme yetkisi¹³³,
- f) İdarenin teminatı gelir kaydetmesi.

Yukarıda sayılan hak ve yetkiler sözleşmeden değil, “kamu gücü rejimi”nden kaynaklanır. İdarenin bu tür yetkilere sahip olmasının altında, kamu yararını gerçekleştirme düşüncesi vardır. Zira, idari sözleşmeler kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgilidirler. İdarenin bu tür yetkileri kamu gücünden kaynaklandığı için idare bunlardan vazgeçemez. Yine aynı nedenden dolayı bunların kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargının değil, idari yargının görev alanına girer. Kamu gücünden kaynaklandıkları için bunlar aslında bir “hak” değil, “yetki” durumundadır¹³⁴.

Bununla birlikte, idareye tanınan bu ayrıcalıklar, bir hak olarak değerlendirilmese de; mülkiyet hakkını genel nitelikli ilke norm olarak kullanan ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluğu da kararlarında ölçü olarak alan¹³⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin uygulaması anlamında, özellikle kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülme usullerinde, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra dava konusu yapılabilecektir¹³⁶.

İdarenin sahip olduğu bu yetkilerin tümü bir arada aranmayacaktır; bunlardan birinin varlığı sözleşmenin “idari” olduğunun göstergesidir¹³⁷.

¹³³ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.75.

¹³⁴ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.128.

¹³⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin LİTHGOW ve AUTRES/İNGİLTERE Kararı, Nakleden: Şeref GÖZÜBÜYÜK - Feyyaz GÖLCÜKLÜ; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2000, s.426.

¹³⁶ Bu konuda 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun, “Yargılamanın Yenilenmesi” Başlıklı 53. maddesine 19 Temmuz 2003 tarih ve 25173 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 15.07.2003 ve 4928 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 6. maddesiyle (i) bendi ilave edilmiştir: Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” da yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olarak pozitif hukukumuzdaki yerini almıştır. Bu durum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ihlallerinin iç hukuk bakımından ne kadar önemli hale geldiğinin bir göstergesidir.

¹³⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.140.

bb. İdarenin Sahip Olduğu Yetkilerin Ortak Özellikleri

1. İdarenin yukarıda belirttiğimiz yetkilerinin tamamı idare tarafından tek yanlı olarak uygulanır. Yani idare bu konularda karşı âkidle anlaşmak veya bunlar için mahkemeye başvurmak zorunda değildir. Bu özelliğin temelinde idarenin “icrai karar” yetkisi ve “hukuka uygunluk” karinesi yatar¹³⁸.

2. İdare bu yetkilerine sözleşmede öngörülmemiş olsa bile sahiptir. Bunun temelinde “kamu gücü rejimi” vardır¹³⁹.

3. İdarenin yetkileri kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla idare bu yetkilerinden vazgeçemez, bu yetkilerinin kullanılmasını sözleşme yoluyla sınırlandıramaz. Bu yetkilerden vazgeçilmesine veya sınırlandırılmasına ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir¹⁴⁰.

4. İdarenin bu yetkilerinin kullanımı yargısal denetime tabidir. Sözleşme konusunda yetkili ve görevli olan idari yargı mercii, idarenin yetkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda da yetkili ve görevlidir¹⁴¹.

cc. Karşı Âkide Tanınan Üstünlük ve Ayrıcalıklar

İdari sözleşmelerde sözleşmeci (karşı âkid), taahhüt ettiği her şeyi yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmeci bu borcunu şahsen, tam olarak, zamanında, ihale dokümanına ve sözleşmeye uygun olarak ve dürüstçe ifa etmekle yükümlüdür. İdare kendi borcunu yerine getirmese bile, sözleşmeci kendi taahhüdünü yerine getirmek zorundadır¹⁴². Yani sözleşmeci kişi idareye karşı “adem-i ifa def’i”¹⁴³ ileri süremez.

¹³⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.140.

¹³⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.140.

¹⁴⁰ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.140.

¹⁴¹ Bununla birlikte Conseil d’Etat , 19. yüzyıldan günümüze kadar ısrarla sürdürdüğü bir içtihadına göre, idari sözleşmelerde idarenin bu yetkilerine karşı âkid iptal davası açamaz; sadece tazminat isteyebilir, uğradığı zararın tazminini talep edebilir. (Nakleden: Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.141.)

¹⁴² Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.119.

¹⁴³ Bilindiği gibi özel hukukta sözleşmenin bir tarafı kendi taahhüdünü yerine getirmemezse, diğer taraf da kendi taahhüdünü yerine getirmeyebilir. Buna adem-i ifa def’i” denir. Bkz. Fikret EREN; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, Beşinci Baskı, c.II, s.977.

İdari sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafına da bazı üstünlük ayrıcalıklar tanınmış olabilir. Buna, sözleşme konusu işin gerektirdiği araç ve gereçleri gümrük vergisinden muaf olarak ithal edebilme hakkı veya sözleşmenin yürütülmesiyle ilgili bir taşınmaz malın kamulaştırılmasını ya da geçici işgalini idareden isteyebilme yetkisini örnek gösterebiliriz. Fakat diğer tarafa tanınan bu tür hak ve yetkileri idari sözleşmeleri belirleyen zorunlu unsurlar değildir. Bu sözleşmelerde asıl olan, idarenin üstün yetkilerle donatılmış bulunmasıdır¹⁴⁴.

Son zamanlarda, eskiden idari sözleşmelerin esaslı unsurlarından sayılan, sözleşmeye genel bir şartnamenin eklenmesi, sözleşmenin uzun süreli olması ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı mercileri olduğunun gösterilmesi şartları önemini yitirmiş, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için bulunması gerekli unsurlar olmaktan çıkmıştır¹⁴⁵.

C. İDARİ SÖZLEŞMELERİN KANUNLA NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Bir sözleşmenin nitelendirilmesine, o sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi belirleme ve o sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların hangi yargı düzeni içinde çözümleneceğini tespit etmek için ihtiyaç duyulmaktadır¹⁴⁶.

Eğer bir sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejim, daha önceden kanunla belirlenmiş ise, örneğin bir kanun, bir sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu söylüyorsa, burada bir nitelendirmeye ihtiyaç yoktur¹⁴⁷.

Aynı şekilde, eğer bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceği belli ise, yine ortada bir nitelendirme sorunu yoktur¹⁴⁸. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı kolunda çözümleniyorsa bu sözleşme bir idari sözleşmedir, buna karşılık adlî yargıda çözümleniyorsa bu sözleşme bir özel hukuki sözleşmesidir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Kâzım YENİCE - Esin YÜKSEL; **a.g.e.**, s.118.

¹⁴⁵ Recep BAŞPINAR; **a.g.e.**, s.514.

¹⁴⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.9.

¹⁴⁷ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.9.

¹⁴⁸ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.9.

¹⁴⁹ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.10.

Yani, bir sözleşmenin nitelendirilmesi, sadece o sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin ve yargı kolunun belirsiz olduğu durumda yapılır¹⁵⁰.

Bir sözleşme kanunla “idari sözleşme” olarak nitelendirilmiş ise, o sözleşme bir idari sözleşmedir. Yani idare hukukuna tabidir ve bundan kaynaklanacak uyuşmazlıklar idari yargıda görülür. Kanun bir sözleşmeyi “özel hukuk sözleşmesi” olarak nitelendirmiş ise, o sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir ve ondan kaynaklanacak uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır. Bazen kanunlar bir sözleşmeyi nitelendirmek yerine, onun tabi olduğu hukuki rejimi belirtirler. Yani kanunda bir sözleşme hakkında “bu sözleşme idari sözleşmedir” veya “özel hukuk sözleşmesidir” ibareleri bulunmaz; onun yerine doğrudan doğruya “bu sözleşmeye kamu hukuku hükümleri uygulanır” veya “bu sözleşmeye özel hukuk hükümleri uygulanır” ibarelerine yer verilir ise; bu bir durumda ortaya bir nitelendirme problemi çıkmaz. Zira, bir sözleşmenin nitelendirilmesine, o sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirsiz olduğu durumlarda başvurulmaktadır¹⁵¹.

Bazen kanunlar sözleşmeyi nitelendirmek yerine, o sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı kolunu belirtirler. Yani kanun bir sözleşme hakkında “bu sözleşme idari sözleşmedir” ya da “özel hukuk sözleşmesidir” demez; onun yerine doğrudan doğruya “bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır” veya bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür” diyebilir. Eğer bir kanun, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlama görevini idari yargıya vermiş ise, o sözleşmenin “idari sözleşme”; tersine eğer kanun sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkları çözme yetkisini adli yargıya vermiş ise, o sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁵².

¹⁵⁰ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.10.

¹⁵¹ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.11.

¹⁵² Türk doktrinde kanunla nitelendirme kriteri bazı yazarlar tarafından kabul edilmekle birlikte bazı yazarlar tarafından “yasada bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın adli veya idari yargı koluna verilmesi dahi o sözleşmenin niteliğini belirlemede bağlayıcı değildir” şeklinde görüşler dile getirmişlerdir. Lütfi Duran; “her şeyden önce mukaveleyi öngören ve düzenleyen bir kanun hükmü varsa, ona bakılır ve açık bir nitelemde bulunmuşsa buna itibar edilir” diye yazmaktadır. Giritli, Bilgen ve Akgüner; “kimi durumlarda sözü edilen kategori (idari sözleşme kategorisi) görevli yargı yeri gösterilerek ya da sözleşmenin kamu hukukuna bağlı olduğu açıkça

2. Türk Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı

Anayasa Mahkemesi, idare lehine üstünlük tanıyan kuralların varlığını idari sözleşme nitelmesi yapabilmek için zorunlu görmekle birlikte, niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının imkansız olduğunu, yasa koyucunun, bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olarak nitelendirilmesi bakımından serbestiye sahip olmadığına kara vermiştir¹⁵³.

8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5'inci maddesinde; “Yüksek Planlama Kurulu’nca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.” hükmüne yer verilmiş; Anayasa Mahkemesi ise bu düzenlemeyi; bir sözleşmenin hangi yargı organının denetimine tabi olduğu o sözleşmenin nitelik ve özelliklerine göre yapılacak değerlendirme sonucunda belirleneceği, 5. madde kapsamında bulunan ve özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğu, idari sözleşme niteliğinde olan bir sözleşmenin yasa koyucu tarafından adli yargı organının denetimine tabi tutulmasının olanaksız olduğu, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idari yargı tarafından yapılmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁵⁴.

Bir sözleşmenin nitelendirilmesinin yasa ile yapılamayacağını belirten bu hüküm karşısında Anayasa koyucu, 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 47’nci maddesine şu dördüncü fıkrayı eklemiştir:

belirtilerek, kanunlar tarafından çözümlenmiştir.” demektedirler. Metin Günday da; “bazen kanunlar, idarenin taraf olduğu bu uyuşmazlığı çözümleyecek yargı yerini göstermek ya da sözleşmenin özel veya kamu hukukuna tabi olduğunu açıkça belirtmek suretiyle belirleyebilirler” diye yazmaktadır. Kemal Gözler ise, anayasasında idari sözleşmenin tanımı konusunda bir hüküm bulunmayan bir ülkede kanun koyucu, bir sözleşmenin idari nitelikte mi, yoksa özel hukuk sözleşmesi niteliğinde mi olduğunu serbestçe belirleme yetkisine sahip olduğunu, kanun koyucunun bu belirlemeyi doğrudan doğruya yapmayıp, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi veya yargı düzenini göstererek de yapabileceğini” söylemektedir.

Buna karşın Meltem Kutlu (İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci) Tahsin Bekir Balta (İdare Hukukuna Giriş) ve Recep Başpınar (İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar) gibi yazarlar; “yasada bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın adli ve idari yargı koluna verilmesinin o sözleşmenin niteliğini belirlemede bağlayıcı olmayacağını” söylemektedirler.

¹⁵³ 9 Aralık 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/722 ve 28 Haziran 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 Sayılı Kararları.

¹⁵⁴ AYM, 9.12.1994 tarih ve E.1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 31, Cilt 1, s.302. Aynı gerekçe şu kararda da bulunmaktadır. AYM, 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K.: 1995/23 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 32, Cilt , s.162-163.

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.”

Görüldüğü gibi bizzat Anayasa, kanun koyucunun idare ile bir özel gerçek veya tüzel kişi arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi kılabilmesini öngörmüştür¹⁵⁵. Dolayısıyla kanun koyucunun artık idare ile bir özel kişi arasında akdedilecek bir sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi durumunda, bunun Anayasa’ya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme ihtimali yoktur¹⁵⁶. Buradan çıkan sonuç şudur ki; yasama organının özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirdiği sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacak ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülecek; idari sözleşme dediği sözleşmeler de kamu hukukuna tabi olacak ve bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar idari yargının denetimine tabi olacaktır¹⁵⁷.

Anayasa koyucu 1982 Anayasası’nın 125’inci maddesini 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la değiştirerek, kamu hizmetler ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkime tabi kılınabileceği yönünde düzeleme getirmiştir¹⁵⁸. Bu düzenleme ile Türk yargı organlarının yargı yetkisi tahkim karşısında daraltılmıştır.

¹⁵⁵ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.17.

¹⁵⁶ Kemal GÖZLER, **a.g.e.**, s.17.

¹⁵⁷ Bunun nedeni 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasının c bendidir. Bu bentte “... kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar...” İdari Yargıda çözülür denmektedir.

¹⁵⁸ Getirilen yeni düzenleme (m.125/1) şu şekildedir: “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”

İKİNCİ BÖLÜM

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

İdarenin, kamu hizmetlerini kurarken ya da yürütürken sözleşme yoluna başvurması sıklıkla idari sözleşme türleri de artmaktadır. Öğretide klasik idari sözleşme türleri olarak örnek verilen¹ mali iltizam sözleşmesi, kamu istikraz sözleşmesi, maden ve orman işletme sözleşmelerinin uygulama alanlarının daralmasına, hatta bazılarının kaybolmasına karşılık; örneğin sözleşmeli personel uygulamasının yaygınlaşmasına koşut olarak “idari hizmet sözleşmeleri”, özelleştirme uygulamalarına koşut olarak da “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi”nin yerini alan “yap-işlet-devret sözleşmesi” gibi isimli isimsiz pek çok yeni sözleşme türünün ortaya çıktığı görülmektedir². Klasik idari sözleşme türlerine kısaca değinildikten sonra, yeni yeni gelişen, fakat yargı organlarının “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelenmesi nedeniyle hukuki niteliklerinin belirlenmesinde sorunlarla karşılaşılacak yeni sözleşme türleri üzerinde durulacaktır.

A. MALİ İLTİZAM SÖZLEŞMELERİ

Mali iltizam sözleşmeleri, mültezim adı verilen karşı tarafa, götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında, belli bir idari hizmetin gördürülmesini öngörürler³. Bu sözleşme türünde özel hukuk kişisi (mültezim) bir kamu hizmetini kendi kâr ve zararına görmek üzere idare ile sözleşme yapmaktadır⁴. Burada kamu idaresine “iltizam veren”; iltizam alan özel kişiye “mültezim” denir. Mültezim, iltizam veren idareden kamu hizmeti işletme hakkını, idareye ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında alır. Mültezim kamu hizmetini kişilere onlardan alacağı bir ücret

¹ Lütfi DURAN; **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.428; İl Han ÖZAY; **Günışığında Yönetim**, 1994, s.477 vd; Kazım YENİCE - Yüksel ESİN; **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s.119; Pertev BİLEN; **İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, 1970.

² Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **İdare Hukuku**, C.I, Genel Esaslar, 4. Bası, 2006, Turhan Kitabevi, s.552.

³ Metin GÜNDAY; **İdare Hukuku**, 9. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s.170; Bahtiyar AKYILMAZ; **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s.311.

⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.552.

karşılığında sunar⁵. Mültezimin kullanıcılardan aldığı ücretler toplamı ile kendisinin idareye ödediği ücret arasındaki fark mültezimin gelirini oluşturur⁶.

Mali iltizam sözleşmeleri Osmanlı Devleti döneminde “aşar” adı verilen tarım ürünleri vergileri gibi bazı vergilerin tahsilinde uygulanmıştır⁷. Son yıllarda mahalli idarelerde özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, belediyelerin vergi ve harçlarının tarh, tahakkuk ve tahsil işinin ihale yoluyla özel kişilere gördürülmesi konusunda iltizam sözleşmesi benzeri sözleşme uygulamaları olduğuna işaret edilmekte ve bu uygulamaların bazı tartışmalara yol açtığı belirtilmektedir⁸.

Devletin tekelinde bulunan mükerrer sigorta hakkının işletilmesine de, mali iltizam sözleşmesine başvurulmaktadır⁹. Son yıllarda emlak vergisi geliri belediyelere terk edilmiştir. Bazı belediyeler bu verginin tahakkukundan tahsiline kadar her türlü hizmetin yapılmasını özel kişilere devretmektedirler. Devir için yapılan bu sözleşmeler de, mali iltizam sözleşmesi niteliğindedir¹⁰.

B. KAMU İSTİKRAZ (BORÇLANMA) SÖZLEŞMELERİ

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafında tahvil, bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan akdi ilişkiler de idari sözleşme sayılmaktadır¹¹. Sözleşmelerin idari sayılmasının nedenleri arasında, sözleşme konusu senedin haczedilmemesi, bazen para yerine geçmesi gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanması gösterilmektedir¹². Dolayısıyla, sözleşmeler de kamu

⁵ Kemal GÖZLER; **İdare Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ekim 2006, s.69.

⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.69.

⁷ Sıddık Sami ONAR; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Akgün Basım, İstanbul, 1966, s.1593; Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.170; Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.474.

⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.474.

⁹ Zehra ODYAKMAZ; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, Cilt:2, S.1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1998, s.155.

¹⁰ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.155.

¹¹ Erol DÜNDAR; **İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi**, Mali Hukuk, s.15-16, 1972, s.15; Metin GÜNAY; **a.g.e.**, s.170; Cihan KANLIGÖZ; **Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD.) , C. 52, No: 1-4, s.339 vd.

¹² Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.70.

gücü ayrıcalıklarına yer veren hükümler yoksa sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılacaktır¹³.

Kamu borçlanmaları, özel borçlanmalardan farklı olarak mutlaka özel bir kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak yapılmaktadır¹⁴. Ülkemizde, ilgili kanunlar çerçevesinde Devlet adına borçlanma yetkisi 1985 yılına kadar Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na ait iken¹⁵, 1987 yılı Bütçe Yasasının 37.maddesi ile bu yetkinin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'na devredildiği ve daha sonra, 9 Aralık 1994 tarih ve 4059 sayılı, Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile de Devlet adına iç borçlanma yetkisinin Hazine Müsteşarlığı'na verildiği görülmektedir. Söz konusu Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un¹⁶ 2 nci maddesine göre: "...Devletin iç borçlanmasını yürütmek, Devlet tahvili, Hazine bonosu ve diğer iç borçlanma senetleri çıkarmak, ihale yöntemi, sürekli satış yöntemi ve diğer yöntemlerle satışını yapmak ve yaptırmak, bunların satış miktarlarını, değerlerini ve faizlerini belirlemek, Devlet borçlarının yönetimine ilişkin olarak her türlü iç borçlanmanın hazırlık, akit ihraç ve dış borçlanma da dahil olmak üzere ödeme, erken ödeme, kayıt işlemlerini yürütmek ve Devletçe verilen faiz ve ikrazata ilişkin işlemleri yapmak ... " Hazine Müsteşarlığı ana hizmet birimlerinden Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılmaktadır.

Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerince ve özellikle iktisadi kamu kurumlarınca yapılan istikraz sözleşmeleri, esas itibari ile özel hukuk (medeni veya ticari bir borç) sözleşmesi niteliğindedir. Bununla birlikte, özel, bir yasaya dayanılarak akdedilmeleri ya da sözleşmede kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalık hükümlerinin yer alması halinde bu sözleşmeler de idari nitelikte sayılırlar¹⁷.

¹³ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.553.

¹⁴ Bayram KESKİN; **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Basım, İstanbul, 2007, s.78.

¹⁵ Tülay EVGİN; **90'lı Yıllarda İç Borçlanmamızın Ekonomik Açıdan Değerlendirilmesi**, A.Ü.SBFD., Prof. Dr. Latif Çakıcı'ya Armağan, Ocak-Haziran 1995, No: 1-2, s.209-220.

¹⁶ Bkz. 20 Aralık 1994 tarih ve 22147 sayılı R.G.

¹⁷ Siddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1612.

Böylece, Devlet adına borçlanma yetkisinin kullanımında tek yetkili mercii konumunda olan Hazine Müsteşarlığı, iç borçlanmalarını Merkez Bankası Kanununa dayanarak ve Bütçe Kanunlarının verdiği yetki ölçüsünde gerçekleştirmektedir. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin iç borçlanmaları ise Hazine kefaleti ile ve kendi kuruluş kanunlarına dayanılarak gerçekleştirilmektedir¹⁸.

Hazine ve İktisadi Devlet Teşekküllerinin. Merkez Bankasından gerçekleştirdiği bu borçlanmaların yanında, yerel yönetimlerden belediyeler ve il özel idareleri de, merkezi yönetimin gözetimi altında halktan ve piyasalardan borçlanma yoluna gidebilirler. 5393 sayılı Belediyeler Kanunu¹⁹ 18/d. bendinde borçlanma hakkında karar vermek belediye meclislerinin görevleri arasında sayılmıştır. Kanunda belediyenin, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla belirtilen usûl ve esaslara²⁰ göre borçlanma yapabileceği ve tahvil ihraç edebileceği belirtilmiştir. Bu durum karşısında belediyelerin yasanın kendilerine verdiği görevlerin yerine getirilmesi amacı ile kendilerine sağlanan gelir

¹⁸ Tülay EVGİN; **a.g.e.**, s.210, 211.

¹⁹ Bkz. 13 Temmuz 2005 tarih ve 25874 sayılı R.G.

²⁰ Bu usul ve esaslar Kanunda şöyle sıralanmıştır:

- a) Dış borçlanma, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde sadece belediyenin yatırım programında yer alan projelerinin finansmanı amacıyla yapılabilir.
- b) İller Bankasından yatırım kredisi ve nakit kredi kullanan belediye, ödeme plânını bu bankaya sunmak zorundadır. İller Bankası hazırlanan geri ödeme plânını yeterli görmediği belediyenin kredi isteklerini reddeder.
- c) Tahvil ihracı, yatırım programında yer alan projelerin finansmanı için ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yapılır.
- d) Belediye ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin, faiz dâhil iç ve dış borç stok tutarı, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarını aşamaz. Bu miktar Büyükşehir Belediyeleri için bir buçuk kat olarak uygulanır.
- e) Belediye ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları şirketler, en son kesinleşmiş bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam yüzde onunu geçmeyen iç borçlanmayı belediye meclisinin kararı; yüzde onunu geçen iç borçlanma için ise meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapılabilir.
- f) Belediyelerin ileri teknoloji ve büyük tutarda maddî kaynak gerektiren alt yapı yatırımlarında Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kabul edilen projeleri için yapılacak borçlanmalar (d) bendindeki miktarın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Dış kaynak gerektiren projelerde Hazine Müsteşarlığının görüşü alınır.

kaynaklarının yanı sıra, gerek tahvil çıkartmak suretiyle halktan, gerekse bankalardan borçlanma yapabilecekleri kabul edilmektedir²¹.

Yerel yönetimlerden il özel idareleri de, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu²²'nin 51. maddesinde belirtilen usul ve esaslar²³ çerçevesinde borçlanma yapabilir ve tahvil ihraç edebilir. İl özel idaresi adına borçlanmaya karar verme yetkisi İl Genel Meclisine verilmiştir²⁴.

Tüm bu belirtilen kuruluşlarca yapılan borçlanmalar uygulamada bir borçlanma sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir²⁵. Şöyle ki; örneğin belediyeler, kendi yapacakları veya İller Bankası eliyle yaptırılmasını istedikleri kamu hizmetleri ile ilgili tesislerin yapımı için gerekli meblağdan kendi istikraz durumlarına göre belli bir miktarı İller Bankasından borçlanabilmektedir²⁶. Bunun için borçlanmak isteyen belediye ilk önce bir yazı ile bankaya müracaat etmekte ve

²¹ Bkz. 5393 sayılı Belediye Kanunu md.68.

²² Bkz. 4 Mart 2005 tarih ve 25745 sayılı R.G.

²³ Bu usul ve esaslar 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda şöyle sıralanmıştır:

- a) Dış borçlanma, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ve sadece il özel idaresinin yatırım programında yer alan projelerin finansmanı amacıyla yapılabilir.
- b) İller Bankasından yatırım kredisi ve nakit kredi kullanan il özel idaresi, ödeme plânını bu bankaya sunmak zorundadır. İller Bankası hazırlanan geri ödeme plânını yeterli görmediği il özel idaresinin kredi isteklerini reddeder.
- c) Tahvil ihracı, yatırım programında yer alan projelerin finansmanı için ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yapılır.
- d) İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin faiz dahil iç ve dış borç stok tutarı, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarını aşamaz. Bu miktar Büyükşehir Belediyesi bulunan illerin özel idareleri için bir buçuk kat olarak uygulanır.
- e) İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin, en son kesinleşen bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam %10'unu geçmeyen iç borçlanmayı il genel meclisinin kararı; %10'u geçen miktarlar için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapılabilir.
- f) İl özel idarelerinin ileri teknoloji ve büyük tutarda maddi kaynak gerektiren alt yapı yatırımlarında Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kabul edilen projeleri için yapılacak borçlanmalar
(d) bendindeki miktarın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Dış kaynak gerektiren projelerde Hazine Müsteşarlığının görüşü alınır.

²⁴ 5302 sayılı Kanun, md.10/d.

²⁵ Cihan KANLIGÖZ; **Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 52, 1997, Sayı 1-4, s.339-365.

²⁶ Nuri TORTOP; **Mahalli İdareler**, İlk-San Matbaası, Ankara, 1988, s.302.

bu müracaat üzerine İller Bankası'nın ilgili servisleri bu belediyenin ne kadar ve kaç sene vade ile borçlanabileceğini hesap ederek bu hususu belediyeye bildirmektedir. Bu bildirimle birlikte İller Bankası'nca belediyeye iki formül yollanır. Bu formülден birincisi, 5393 sayılı Belediye Kanununun 18/d. maddesine göre; Belediye adına istikraz yapma yetkisi belediye meclisine ait olduğundan, Belediye meclisi adına kimin borçlanma senedini imzalamaya yetkili kılındığını gösteren karar örneğidir. Belediye meclisi toplanarak Belediye adına borçlanma senedini imzalamaya yetkili kılınacak kişiyi tespit eder. Bu kişi belediye başkanı ya da başka birisi olabilir. Meclisin bu kararının mahallin en büyük mülki amirine tasdik ettirilmesi gerekmektedir²⁷. İller Bankası tarafından gönderilen ikinci formül ise borçlanma senedir. Bu borçlanma senesinde borç miktarı, bu borca uygulanacak faiz oranı, ödeme süresi ve vade tablosu banka tarafından doldurulmakta, diğer boş kısımlar ise belediye yetkililerince doldurulup imzalanarak İller Bankası'na gönderilmekte ve böylece belediyenin borçlanma işlemi gerçekleştirilmektedir²⁸.

Diğer taraftan kamu borçlanmaları kamu yararı gözetilerek kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılmaktadır. Bundan dolayı kamu borçlanmalarının geri ödenme süreleri, özel borçlarla karşılaştırıldıklarında çok uzundur²⁹. Kamu borçlanma sözleşmeleri kamu gücünden doğan ayrıcalıkları da bünyesinde taşımaktadır. Bu senetlerin haciz konusu olmamaları, gerektiğinde para olarak da kabul edilmesinin yanında, devlet ihalelerinde teminat olarak da kabul edilmeleri mümkündür. Ayrıca bu tür borçlanmalarda idare, borçlanma koşullarını belirleme ve tek yanlı olarak değiştirme faiz hadlerini düşürme (konversiyon), erken ödeme yapma ya da borcun vadesini erteleme (konsolidasyon) gibi kamu gücünden kaynaklanan üstün yetkilere sahiptir³⁰. Doktrinde; her iki tarafı da idare olan bu borçlanma sözleşmelerinin de idare hukuku rejimine tabi (idari) sözleşmeler olarak kabul edilebileceği, haklı olarak ileri sürülmektedir³¹.

²⁷ Cihan KANLIGOZ; **a.g.m.**, s.350.

²⁸ Nuri TORTOP; **a.g.e.**, s.303.

²⁹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.78.

³⁰ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.78.

³¹ Lütfi DURAN; **a.g.e.**, s.428.

Nitekim Danıştay da 11.4.1944 tarih ve E. 1938-35, K. 1944/54 sayılı kararında, Devlet Borçlanmalarının kamu hukuku kuralları ile oluşan borçlanmalar olmaları nedeniyle, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olamayacağını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Danıştay'ın görevli olduğuna karar vermiştir³².

C. YERALTI VE YERÜSTÜ SERVETLERİNİN İŞLETİLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Anayasa'nın 168. maddesine göre, tabi servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir.

3 Mart 1954 tarihli 6309 sayılı Maden Kanunu'nun 62. ve 63. Maddelerinde, bu kanuna tabi madenlerin işletilmesini özel kişilere bırakan sözleşmeler, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmasa da kanun gereği "idari sözleşme" sayılıyordu³³. Bu sözleşme ile özel bir kişiye, Devlete ödeyeceği belli bir resim karşılığında bir madeni kendi yararına işletme hakkı tanınmaktadır³⁴.

6309 sayılı Kanun, 4 Haziran 1985 gün ve 3213 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 3213 sayılı kanun geçici 2. maddesine göre bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte geçerli bulunan maden işletme imtiyazları devam etmektedir³⁵. 3213 sayılı Kanun, maden işletme imtiyazını kaldırdığından artık idare, madenlerin işletilmesini, işletmeciye bir imtiyaz sözleşmesi³⁶ ile değil tek yanlı bir işlem olan "ruhsat" ile vermektedir.³⁷

³² Nakleden: Cihan KANLIGÖZ; **Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri**, s.351.

³³ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.170; Tahsin Bekir BALTA; **a.g.e.**, s.474-475; Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.657; Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.71; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.153.

³⁴ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.79.

³⁵ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.79.

³⁶ Danıştay 3. Dairesi'nin 23.05.1974 tarih, E. 1974/243, K. 1974/270 Sayılı kararında maden işletme sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp.

³⁷ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, .156; Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.176.

6326 sayılı Petrol Kanunu'na göre, petrol işletme hakkı ruhsatla verilmektedir. Petrol dışındaki yer altı ve yerüstü servetlerin işletilmesi hakkı da ruhsat ile verilmektedir³⁸. Ancak bunlardan kamu hizmeti biçiminde işletilenler için (örneğin kaplıcalar) idari sözleşme usulü uygulanmaktadır³⁹. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42/c maddesinin önceki halinde madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri, Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında sayılmaktaydı. 18.12.1999 gün ve 4492 sayılı yasa ile 2575 sayılı Yasa'da (m.42/c) değişiklik yapılarak maden imtiyazları deyimi Yasa'dan çıkartılmıştır⁴⁰. Yer altı ve yerüstü servetlerini kamu hizmeti biçiminde işletilenler için idari sözleşme usulü uygulanmasının nedeni, servetlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasıdır.

1985 yılından sonra madenlerde imtiyaz usulüne son verilmiştir⁴¹.

D. İDARİ HİZMET SÖZLEŞMELERİ

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler de mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır⁴². Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır. Bu tür sözleşmeyle çalışan kişilere “sözleşmeli personel” denir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen istihdam türlerinden⁴³ biri olan sözleşmeli personel, özel bir mesleki bilgiye ve ihtisasa gerek gösteren geçici işlerde çalıştırılabilir. Bu gibi işlerde çalıştırılacak personel ile idare

³⁸ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.79.

³⁹ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.176.

⁴⁰ 2575 Sayılı Yasa'nın 4492 sayılı Yasa ile değişik 42/c maddesinde; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlarına ve sözleşmelerini incelemek ve gereğine göre karara bağlamak veya düşüncesini bildirmek” Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında sayılmıştır.

⁴¹ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.176.

⁴² Bu konudaki ilk karar Danıştay'ın 4.7.1964 gün ve E. 1964/674, K. 1964/344 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'dır. Bu kararda Devlet Tiyatrolarının kamu hizmeti gören bir kurum ve burada çalışan sanatçıların da kamu ajanı olduğundan hareketle, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü ile sanatçıları arasındaki 5441 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.177.

⁴³ 657 sayılı kanunun 4. maddesine göre “Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.”

arasında akdedilen sözleşmeler, idari sözleşmelerdir⁴⁴. 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 3771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik uyarınca sözleşmeli personel; genel idare esasları dışında yürütülen görevlerde sözleşme ile istihdam olunan ve fakat işçi sayılmayan personeldir. Bu personelin idare ile akdettiği hizmet sözleşmesi Anayasa Mahkemesi’nce idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir⁴⁵. Nitekim bu personel, sendikal faaliyet yasağı, toplu eylem ve faaliyetlerde bulunma yasağı, başka iş ve hizmet görme yasağı gibi yasaklar bakımından kamu görevlilerinin tabi tutulduğu yasaklara tabi tutulmakta ve genel esaslarına göre yürütülmemekle beraber asli ve sürekli görevlerde çalıştırılmaktadır⁴⁶.

1982 Anayasasının 128. maddesine göre “devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler “kamu görevlisi” sayılır. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri, bu kişileri bir sözleşme ile çalıştırıyorsa, söz konusu sözleşme, bir “idari sözleşme”dir⁴⁷. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten sözleşmeli personele kamu hukuku kuralları uygulanır ve bu personel ile idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır⁴⁸.

Öte yandan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinin B fıkrasında sözleşmeli personelin tanımı şöyle yapılmıştır: “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici

⁴⁴ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.177; Lütfi DURAN; **Sözleşmeli Kamu Personeli**, Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1968, Lütfi DURAN; **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974, s.78; Bülent SERİM; **Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü**, Amme İdaresi Dergisi, C.21, Mart 1988, s.137, Bülent SERİM; **Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel**, Ankara, 1987, s.24.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, (AMKD), S.24, s.465 vd.

⁴⁶ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.178.

⁴⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.73.

⁴⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.73.

işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.

Ancak, yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yapılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin, mütercimlerin, tercümanların, Milli Eğitim Bakanlığı'nda norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılmaması hallerinde öğretmenlerin, dava adedinin aylığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, kadrolu istihdamının mümkün olmadığı hallerde tabip ve uzman tabiplerin, Adli Tıp Müessesesi uzmanlarının, Devlet Konservatuvarı sanatçıların, bu kanuna tabi kamu idarelerinde ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir.

Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ve verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullanılacak izinler ve bu hususlara ilişkin esas ve usuller Bakanlar kurulunca kararlaştırılır.”

1. Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşmeli Personel İle İlgili İçtihadı

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu hizmetlerinin asli ve sürekli bir görevinde, memur ve işçiden ayrı olan ve kamu hukuku bağlantısı bulunan idare ajanları sözleşmeli personeldir; ve böyle bir görevli “diğer kamu görevlisi” sayılabilir⁴⁹. Bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesi çerçeve ve temel alınarak sözleşmeli personel 657 sayılı Devlet memurları Kanununun 4/B maddesinde düzenlenmiş sözleşmeli personele ödenebilecek ücretlerin üst sınırlarının Bakanlar Kurulu'nca kararlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 7. maddesi ile “sözleşme ile çalıştırılacak personele sözleşme ücreti dışında her hangi bir ad altında ödeme yapılamaz” hükmü Danıştay

⁴⁹ AYM., 19.4.1988, E. 1988/16, K. 1988/8, Resmi Gazete; 23.8.1988, Sayı: 19908, s.53-54.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21.4.2000 gün ve E. 2000/274, K. 2000/581 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

3.8.2005 gün ve 2005/9245 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnameye ek “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar” başlıklı Bakanlar Kurulu Kararı yayınlanmıştır. Söz konusu kararın 2. maddesi ile 7/15754 sayılı Kararnamenin 7. maddesi değiştirilmiş, sözleşmeli personele hangi hallerde iş sonu tazminatı ödenip ödenmeyeceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca daha sonra yapılan değişiklikler ile bu statüdeki personele yıllık izin, doğum izni, süt izni, hastalık izni, mazeret izni, doğum sonrası yenidoğan işe alınma gibi haklar getirilmiş, işe alınmada Kamu Personeli Seçme Sınavına katılma şartı da öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“Yasada, sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin esasların bulunması Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir... Kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler ancak bu biçimde (yasayla) yapılabilir... Anayasa'nın 128. maddesi çerçeve ve temel alınarak, sözleşmeli personel düzenlemesi yasayla yapılmadıkça; ... yasama yetkisinin devri niteliğindedir⁵⁰.

Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasındaki kamu görevlisi kavramının kapsamına dahil ettiği kamu görevlilerinin durumunun önce “statüter” olduğunu, sonra da bu statünün ancak yasa ile düzenlenip oluşturulabileceğine hükmetmiştir⁵¹.

Yasa koyucu belli konularda gerekli kuralları koyarak çerçeveyi çizecek; eğer uygun ve zorunlu görürse onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanarak yasaya aykırı olmayan kuralları koymak suretiyle yasanın uygulanmasını sağlayacaktır⁵². Öte

⁵⁰ AYM., 19.4.1988 tarih ve E. 1988/16, K. 1988/8, Sayılı Kararı Resmi Gazete; 23.8.1988, Sayı: 19908, s.53-54.

⁵¹ Sait GÜRAN; **Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı**, Anayasa Yargısı, S.8, Ankara, 1991, s.54.

⁵² AYM., 18.6.1985 tarih E. 1985/3, K. 1985/8, Resmi Gazete, 18.10.1985, S.18902 ve AYM.,

yandan kişi ile akdedilen hizmet sözleşmesinde ücret ve izin gibi haklar ile mesai saatleri, disiplin, yasaklar gibi yükümlölüklerle ilişkin olarak memur ve diğerk kamu görevlileri hakkında yasal düzenlemelerden esinlenilmiş olması, bu sözleşmeyi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 2/1-c maddesinde tanımlanan “... kamu hizmetlerinden birinin yürütölmesi için yapılan her türlü idari sözleşme” haline getirmeyecektir⁵³.

Anayasa Mahkemesi, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 53. maddesinin değıştirilmesine ilişkin olan ve teşebbüslerde çalıştırılacak sözleşmeli personelin sayısından ücretlerine kadar bir çok konuda karar alma yetkisini Yüksek Planlama Kurulu’na bırakan 308 sayılı KHK’nın 14. maddesine ilişkin olarak verdiği kararda kanunla düzenleme esasını daha da somut hale getirerek bu konudaki ilkeleri açıkça belirtmiştir⁵⁴.

2. Danıştay’ın Sözleşmeli Personel İle İlgili İçtihadı

Sözleşmeli personel hakkında Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 15.01.1964 tarihinde vermiş olduğı “Kutucuoglu Kararı” bir hayli önemli ve içtihat niteliğinde olmuştur⁵⁵. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, Devlet Tiyatrolar Genel Müdürlüğü ile Devlet Tiyatrosu Sanatçıları arasında yapılan hizmet sözleşmesini, kamu hizmetinin yürütölmesi için yapılan bir sözleşme olduğundan idari sözleşme niteliğinde olduğı ve çıkan uyuşmazlığın çözüm yerinin de idari yargı (Danıştay) olduğunu belirtmiştir. Danıştay bu kararında, tiyatro-bale-opera faaliyetlerinin kamu hizmeti sayılmasının “güzel sanatların bir dalı” olmalarından ileri geldiğini ve

22.6.1988, E. 1988/18, K. 1988/23, Resmi Gazete, 26.11.1988, s.2001.

⁵³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1.7.2004 Tarih ve E. 2004/16, K.2004/35 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 29.11.2004, s.25655.

⁵⁴ Kararda şöyle denmektedir. “Bir konunun yasayla düzenlenmesi, yasanın o konuda kavram, ad ve kurum olarak söz etmesi demek değildir. Düzenlemede yetkiyi başkasına bırakmadan kendisinin kurallaştırması gerekir. Bu, yasa koyucunun iradesinin uygunlukla yansımasıdır. Yasayı kabul edip yürürlüğünü belirlemek biçimindeki irade belirtmesi, düzenlemeyi kendisi yapmış olmadıkça yasayı Anayasa’ya 7. maddesine aykırı biçimde yasama yetkisini Yüksek Planlama Kurulu’na devretmiş olmaktadır. Düzenleme, Anayasa’nın 128. ve 7. maddelerine aykırıdır.” Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.12.1988 Tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 28.7.1989, S.19882.

⁵⁵ Danıştay 8. Dairesinin 15.01.1964 tarih, E. 1963/9879 K. 1964/121 sayılı kararı, hakkında, Lütfi DURAN; **Türk Hukukunda İdari Mukaveleler**, s.1.

nihayet bunların kanunla ihdas edilmiş bir kamu hizmeti olduğu sonucuna varmıştır⁵⁶.

Sonuç olarak, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yürütülmesi konusunda kamu tüzel kişileri ile özel kişiler arasında akdedilen hizmet sözleşmeleri, “idari hizmet sözleşmesi”, bu nitelikteki görevler dışındaki hizmetlerin yürütülmesi konusunda akdedilen sözleşmeler ise özel hukuka (İş Kanunu’na) tabi “hizmet akdi” dir⁵⁷. Görev ve yetki bakımından sözleşmeli personel ile memurlar ve diğer kamu personeli arasında bir fark olmamakla beraber sözleşmeli personel, hizmet süresi, ücret ve sosyal güvenlik hakları açısından memurlardan ayrılmaktadır.

E. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

1. Tanım

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir⁵⁸. Doktrinde bu tanım dışında bir çok tanım yapılmıştır:

Ali Ülkü AZRAK: “İdarenin kamu hizmeti teşkil eden bir görevin yerine getirilmesini bir idari sözleşme ile özel bir müteşebbise devretmesine” kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi demektir⁵⁹.

İl Han ÖZAY ise; “Kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usulü denir” şeklinde bir tanım yapmıştır⁶⁰.

⁵⁶ Lütfi DURAN; **Türk Hukukunda, İdari Mukaveleler**, s.5.

⁵⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.79.

⁵⁸ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.171.

⁵⁹ Ali Ülkü AZRAK; **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, s.536.

⁶⁰ İl Han ÖZAY; **Günışığında Yönetim**, s.256.

Sıddık Sami ONAR'ın tarifi ise şu şekildedir:... “İmtiyaz mukaveleleri, bir amme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartları temin edilerek selahiyetler ve taahhüt olunan mali menfaatler mukabilinde hususi bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden bir mukaveledir...”⁶¹.

Süheyp DERBİL'e göre; “... Bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve işletilmesini öngören İdari Sözleşmeler...”⁶². Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesidir.

Turgut TAN ise; “... Kamu tüzel kişinin bir kamu hizmetini tüm masraf ve zararlarını yüklenen bir özel kişiye, hizmetten yararlananlardan bir karşılık isteme hakkına sahip olarak, belirli bir süre için gördürülmesini...”⁶³ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlamaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle ilgili yargı kararlarındaki tanımlar ise şöyledir:

Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihinde verdiği E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararda “... konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi” olarak kabul etmiştir”⁶⁴.

Danıştay İdari İşler Kurulu da 09.10.2000 tarihinde verdiği E. 2000/107, K.2000/76 sayılı kararında imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili şu tanımlı yapmıştır:

“Klasik tanıma göre kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye belli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İç içe geçmiş iki bölümden meydana gelen bir imtiyaz işlemi, imtiyaz veren ile alan arasındaki anlaşmayı belirleyen dar anlamda sözleşme ve imtiyazın konusunu, süresini, tarafların hakları ve borçları il hizmetten yararlananlar ile

⁶¹ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.536.

⁶² Süheyp DERBİL; **İdare Hukuku**, Cilt I (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 4. Bası, Ankara, 1955, s.5939.

⁶³ Turgut TAN; **Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD) C.22, S.2, s.285.

⁶⁴ İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AYMKD), S.31, C.1, s.303.

ilişkilerini belirleyen şartlaşma hükümlerinden oluşmaktadır. Bu biçimiyle bir imtiyaz işleminin, bir yandan akdi nitelikte hükümler, diğer yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici nitelikte hükümler içeren karma işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir”.

2. Tarihsel Gelişim

Devlet fonksiyonlarının günümüzde değişmesi ve gelişmesi idari sözleşmelerin uygulama alanını da değiştirmiş ve genişletmiştir. Devletin yavaş yavaş ekonomik hayattan çekilmesi, bu alanı özel sektöre devrederek sadece gözetmen konumuna geçmek istemesi, idari sözleşme alanını, bu arada da imzalanan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin sayısını artırmıştır⁶⁵.

a. Osmanlı Devleti Döneminde

Kamu hizmetlerinin bazı özel kişiler eliyle gördürülmesi usulü oldukça eskidir ve Fransa’da özellikle bayındırlık hizmetlerinde 16. Yüzyıl’dan beri uygulanmaktadır⁶⁶. Osmanlı Devleti döneminde ise imtiyazların özellikle XIX. yüzyıla doğru ağırlıklı olarak verildiğini görmekteyiz⁶⁷. Bu dönemde Avrupa kapitalizmin altın çağını yaşamakta, sermaye fazlalığı başka ülkelere yatırım yapılarak değerlendirilmektedir. O dönemlerde Osmanlı Devleti savaşımlardan yeni çıkmış ve hazinesi boş durumda olan, mahalli kamu hizmetlerini tam olarak yerine getiremeyen bir devlet durumundadır. Hatta o dönemde bir yabancı Karaköy Köprüsü’nden geçerken tahtalar arasından denizin görüldüğünü fark edince ; “bu köprüye tahammül eden halk her türlü idari fenalıklara mütehammil olur” diyebilmiştir⁶⁸. Bu, bir zamanlar dünyaya damgasını vurmuş bir imparatorluk için hazin ve kabul edilmez bir durumdur. İlk belediye İstanbul’da 1854’de kurulduğu için mahalli hizmetler genellikle vakıflar eliyle gördürülmüştür⁶⁹. Osmanlı’nın içine düştüğü bu durum,

⁶⁵ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.84.

⁶⁶ Necmi OSTEN; **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, İstanbul, 1938, s.17; Osman MERİÇ; **İdari Sözleşme Müessesinin Doktrinde İncelenmiş ve İşlenmemiş Yönleri**, Danıştay Dergisi, Y. 3, 1973, C. III, s.72; Cihan KANLIGÖZ; **Yönetmel Sözleşmeler**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, s.51.

⁶⁷ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.83.

⁶⁸ M. SALZİBORİ’nin sözü için bkz. Osman MERİÇ; **a.g.e.**, s.73.

⁶⁹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.85.

Avrupa'daki sermaye birikimi gibi nedenlerle XIX. yüzyılda Avrupalılara imtiyazların verildiğini görmekteyiz⁷⁰. Özellikle demiryolu, madenler, bankacılık gibi alanlarda İngiltere, Fransa, Almanya gibi ülkelere ekonomik alanda imtiyazlar verilmiş, bunun yanında Fenerler İmtiyazı gibi ekonomik niteliği olmayan imtiyazların da yabancılar tarafından alınmış olduğu bilinmektedir.

Bu dönemde yabancılara verilen belli başlı imtiyazlar şunlardır⁷¹.

Osmanlı Devleti'nde yabancılara verilen imtiyazlarının başında, 1909 (1327) yılında Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan' da kabul edilerek tek maddelik kanunla yürürlüğe giren telefon imtiyazı gelir⁷².

Fenerler konusunda ilk İmtiyaz Sözleşmesi ise 1860 yılında Akdeniz, Çanakkale Boğazı ve Karadeniz sahilleri için imzalanmıştır⁷³. Bu sözleşmeye göre Osmanlı Fenerleri Şirketi'ne verilen imtiyazın süresi 20 yıl olacak ve teftişleri Osmanlı ve Avrupalılardan oluşan bir komisyon tarafından yapılacaktır. Osmanlı Devleti'nin doğal limanlar dışında limanlara pek sahip olamaması, deniz ticaretinin o dönemlerde gelişmiş olması, liman kurulması ve liman hizmetleri açısından birçok imtiyazın verilmesine sebebiyet vermiştir. Bunun sonucunda; 1890'da İstanbul Liman, Rıhtım, Dok ve Antrepo İmtiyazı⁷⁴, 1881'de Selanik Liman İmtiyazı, 1867'de İzmir Limanı İmtiyazı, 1888'de Beyrut Limanı İmtiyazı, 1895'te Derince Limanı İmtiyazı ve son olarak da 1899'da Haydarpaşa Limanı İmtiyazı verilmiştir⁷⁵. Ayrıca 1868'de İstanbul Tramvay ve Tünel İmtiyazları, 1890'da Selanik Tramvay

⁷⁰ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.85.

⁷¹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.85.

⁷² Hükümet ile Western Electric' in başını çektiği bir konsorsiyum arasında imzalanmıştır. Sözleşme hükümlerine göre verilen imtiyazın süresi 30 yıl olacak, imtiyaz sahibi her yıl gayri safi gelirinin %15'ini Hükümete verecektir. Daha fazla bilgi için bkz. Murat ÖKSÜZ; **İdari Sözleşmelerin Çeşitleri ve İdari Sözleşmelerde Sakatlıklar**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), s.15.

⁷³ Osman MERİÇ; **a.g.e.**, s.73.

⁷⁴ Bu imtiyazı alan Mishel Paşa, Sirkeci Vapur İskelesinden Unkapanı Köprüsü'ne kadar, Galata Köprüsü'nden Azapkapı'ya kadar uzanan rıhtımları yapacak ve işletecektir. Sözleşme hükümleri gereğince belirtilecek yerlerde ihtiyaca göre antrepo, dok kuracak, denetimi Hükümet komiseri yapacak ve İmtiyaz Sözleşmesinin süresi 85 yıl olacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Turgut TAN; **a.g.e.**, s.306-307.

⁷⁵ Osman MERİÇ; **a.g.e.**, s.74.

İmtiyazı, 1903'te Şam Tramvay İmtiyazı, 1874'te Beyoğlu Su İmtiyazı, 1892'de İzmir Sular İmtiyazı, 1883'te İzmir Elektrik İmtiyazı verilmiştir⁷⁶.

Osmanlı Devleti döneminde verilen imtiyazların ortak özelliklerine⁷⁷ değinecek olursak; imtiyaz sürerlinin sözleşmeye göre 20 ile 99 yıl arasında değiştiğini, imtiyaz sahibinin sözleşmenin onanmasından başlayarak belli süreler içinde teminat yatırması gerektiğini, hizmetin kurulması için gerekli arazi karşılığını şirkete ödenerek kamulaştırılabildiğini, belirli süreler içinde inşaatla başlanılmaz veya başlanıp da tamamlanamaz veya zorlayıcı sebep olmadığı halde işletmeye ara verilirse, şirketin imtiyazını kaybettiğini, dışarıdan getirilen aletler için gümrük resminin alınmadığını görürüz.

Osmanlı döneminde yabancılara verilen imtiyazlar “Rachat” yöntemiyle satın alınmıştır. Amaç kapitülasyonlardan ve kaynakların sömürülmesinden Devleti kurtarmaktır⁷⁸.

b. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilk yıllarında katı bir Devletçilik ilkesinin uygulandığını görmekteyiz. Bu katı devletçilik anlayışı kamu hizmetlerinin görülmesinde de etkisini göstermiştir⁷⁹. Madencilik alanında Etibank ve Maden Tetkik Arama Enstitüsü kurulmuş ve bir kısım madenlerin çıkarılması ve işletilmesi kamu hizmeti sayılmıştır. 1950'lerde Devletçilik aleyhine başlayan eğilimler neticesinde özellikle madencilik alanında özel mülkiyete cevaz verme ve yabancı sermayeyi iştirak ettirme temayülüne girilmiş ve bu dönemde 6309 sayılı Maden Kanunu çıkarılmıştır⁸⁰. Bu kanunla bir kısım madenlerin işletmesi belli şartlarla imtiyaz olarak verilebilecektir⁸¹. Cumhuriyet döneminde özellikle elektrik, baraj yapımı ve hidroelektrik santralleri konusunda imtiyazlar verilmiştir. Seyhan ve Kepez Hidroelektrik işletmelerinin idari sözleşmeyle özel kişilere verilmesi buna bir örnek

⁷⁶ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.86.

⁷⁷ Turgut TAN; **a.g.e.**, s.323-324.

⁷⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Ali Ülkü AZRAK; **Millileştirme ve İdare Hukuku**, İstanbul, 1976.

⁷⁹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.87.

⁸⁰ Osman MERİÇ; **a.g.e.**, s.77.

⁸¹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.87.

teşkil eder⁸². Yine bu dönemde Sarıyer Barajı Hidroelektrik Santrali da imtiyaz usulüyle bir iktisadi devlet teşekkülü olan Etibank’a verilmiştir⁸³.

Kamu hizmeti imtiyazını düzenleyen ilk kanun 10 Haziran 1326 tarihli (1910) ve 1910 sayılı “Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”⁸⁴dur. On üç maddeden oluşan bu Kanun’da Hükümet’çe hangi konularda imtiyaz verilebileceği, imtiyaz sahibine gerekli arazinin nasıl sağlanacağı, imtiyaz sahibinin hangi vergi ve resimlerden muaf tutulacağı, yöntemin satın alma hakkı, personel istihdamına ilişkin esaslar vb. konular düzenlenmiştir⁸⁵.

“Menafii Umumiye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” ile imtiyaz verebilecekler arasında mahalli idareler belirtilmemiş iken; 1580 sayılı (mülga) Belediye Kanunu ile, belediyelere de bazı hizmetlerin görülmesini teminen imtiyaz verme yetkisi tanınmıştır⁸⁶.

5393 sayılı Belediye Kanununda da bu yetki muhafaza edilmiştir.

1910 tarihli “Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyaz Hakkında Kanun”la II. Meşrutiyet döneminde yasal çerçeveye kavuşan imtiyaz sözleşmeleri, 1924 Teşkilat-ı Esası ile birlikte anayasal temelini de bulmuştur⁸⁷. 1924 Anayasası imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisini, getirmiş olduğu Meclis Hükümeti Sistemine

⁸² Lütü DURAN; **İdare Hukuku Ders Notları**, s.339.

⁸³ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.87.

⁸⁴ 10 Haziran 1426 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 24 Haziran 1326 (1910) gün ve 576 sayılı Takvim-i Vakay-ı da (Resmi Gazete) yayınlanmıştır.

⁸⁵ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.87.

⁸⁶ Uzun yıllar yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediyeler Kanununun 19/4. maddesi, “Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagızı, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevhili müteceavire vapurları nakliyatını deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır. (Ancak belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek ve şeraiti Devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak üzere imtiyaz da verebilirler) hükmünü haiz idi. Yine 1580 sayılı Kanun’un 19/5. maddesine 07.02.1990 tarihinde 3612 sayılı Kanunla yapılan eklentide ise; imtiyazın devrinin İçişleri Bakanlığının iznine bağlı olduğu belirtilmekteydi.

Belediye imtiyaz vermeye yetkili organ ise eski Belediye Kanunu olan 1580 Sayılı Kanunu’nun 70/14. maddesine göre Belediye Meclisi idi.

5393 sayılı yeni Belediye Kanunu’nun 18/j maddesinde de paralel bir hüküm getirilerek bu yetkinin Belediye meclisine ait bir yetki olduğu hususu belirtilmiştir.

⁸⁷ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.88.

uygun olarak TBMM'ye vermiş,⁸⁸ yine aynı Anayasa imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın görüşünün alınacağı hükmünü getirmiştir⁸⁹.

Cumhuriyet tarihinde ilk defa “Kuvvetler Ayrılığı” ilkesini getiren 1961 Anayasası, bu ilkenin bir gereği olarak TBMM'nin yetkilerini daraltmıştır. Bu eğilim dolayısıyla da 1924 Anayasasında TBMM'ye tanınan imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi 1961 Anayasası ile kaldırılmıştır⁹⁰.

1961 Anayasası imtiyaz sözleşmelerindeki TBMM onayını kaldırmakla kalmamış; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini üzerindeki “görüş bildirme” yetkisini “inceleme” şeklinde değiştirmek suretiyle Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki etkinliği artırmıştır⁹¹.

1982 Anayasası'nın kabul edilen ilk şeklinin 155. Maddesinde, 1961 Anayasası'nın 140. maddesinde olduğu gibi Danıştay'ın görevleri arasında “... imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...” sayılmıştır.

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la Anayasa'nın 47,⁹² 125,⁹³ ve

⁸⁸ 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 26 (10.04.1928 tarih ve 1222 Sayılı Kanun'la değiştirilmiş hali), “Büyük Millet Meclisi ahkâmı ser'iyenin tenfizi , kavanının vaz'ı, tâdili, tetsiri, fesih ve ılgası, devletlerle mukavele, muahade ve sulh akdi, harp ilanı, muvazenet umumiye imaleyi ve Devletin umum hesabı, kati kanunların tedkik ve tasdiki, meskûkat darbı inhisar ve mali taahhüdü mutazammın mukavelât ve imtiyazın tasdik ve feshi, umumi af ilânı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücezaatı kanuniyenin tecili, mahkemelerden sadır olup katiyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı gibi vezaifi bizzat bendisi ifa eder.”

⁸⁹ 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 51: “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanunu tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur...”

⁹⁰ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.89.

⁹¹ 1961 Anayasası m. 140 (20.09.1971 tarihli ve 1488 Sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “... Danıştay, idaresi uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşmaları sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir...”

⁹² 1982 Anayasasının 47. maddesi (13.08.1999 tarih ve 4446 Sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “... Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. Devlet Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilir veya devredebileceği kanunla belirlenir...”

⁹³ 1982 Anayasasının 125. maddesi (13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “... Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların Milli ve Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir...”

155,⁹⁴ maddelerinde yapılan değişikliklerle Devlet ve kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özel kişilere devredilebileceği; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebileceği; Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki inceleme yetkisinin 2 ay içinde görüş bildirmeye dönüştürüldüğü şeklinde hükümler getirilmiştir.

Menafii Umumiye Müteallik İmtiyaz Hakkında Kanunun imtiyaz sahibinin belirlenmesine ve imtiyaz verme usulüne getirmiş olduğu kısıtlamalar⁹⁵, serbest piyasa ekonomisi ve liberal devlet politikası ile bağdaşmadığından bu engelleri aşmak amacıyla özellikle 1983'lü yıllardan sonra bazı özel kanuni düzenlemelerin yapıldığını görmekteyiz⁹⁶.

04.11.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir⁹⁷.

Bu Kanun, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsündeki yerli ve yabancı şirketler ile yapılacak ve elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesisi işletme olanağını sağlayacak bir görev sözleşmesi ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerin işletme haklarının görevli

⁹⁴ 1982 Anayasasının 155. maddesinin ikinci fıkrası 13 Ağustos 1999'da 4446 Sayılı Kanunla aşağıdaki gibi değiştirilmiştir: "... Danıştay'ı davaları görmek, başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesine bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir..."

⁹⁵ Menafii Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun imtiyaz verme usulüne getirdiği kısıtlamalar şunlardır:

"İmtiyaz müddetinin inkızasında işletme umuruna mahsus olan edavat ve eşyayı menkule ve levazımatı iştirak olunabileceği mukavelanamenin hini tanzimin hükümete lazım görüldüğü takdirde tasrih olunabilecektir. İmtiyazat mukavelenamerindeki müddet muayene mururunda hükümet iştirak hakkı muhafaza olunacaktır. Edevat ve eşya ve lavazımatı mezkurenin bedeli iştirak ehlihibire marifetiyle ve defatiri hesabiyenin tetkiki ile veya hükümetçe tespit olunacak diğer bir surette takdir ve fayin edilecektir"(m.ç)

⁹⁶ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.90.

⁹⁷ 3096 Sayılı Kanun'un amacı: "... Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektir. "(m.1) Bakanlar Kurulu üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine karar verebilir (m 5). Bu sözleşmeler 99 yıla kadar olabilir (m 7) ve sürelerin bitiminde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütten ari olarak Devlete bedelsiz geçer (m. 8)

şirketlere verilmesine olanak sağlayacak işletme hakkı devir sözleşmesini öngörmektedir⁹⁸.

3096 sayılı Kanun incelendiğinde, işletme hakkı devir sözleşmelerinin imtiyaz usulünün bir çok ögesini taşıdığı görülmektedir⁹⁹. Özellikle 3096 sayılı Kanunun hükümleri ile bu kanuna dayalı olarak çıkarılan Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi olarak ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi ve Dağıtımını Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri¹⁰⁰ ve Enerji Bakanlığı tarafından hazırlanan şartnamelerde¹⁰¹ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tipik özelliği olan idarenin üstünlüğüne rastlanmaktadır.

3096 sayılı Kanun'dan sonra bu Kanun'un tipik bir protipi olan 28.05. 1998 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir¹⁰².

3465 sayılı Kanun'un 3096 sayılı Kanun'dan temel farkı, "bayındırlık imtiyazı" niteliğindeki bu sözleşmeyi akdetme yetkisinin Karayolları Genel

⁹⁸ Metin GÜNDAĞ; a.g.e., s.174.

⁹⁹ Meltem KUTLU; **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997 s.47-48.

¹⁰⁰ Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi İletimi ve Dağıtımını Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete'nin 4 Eylül 1985 gün ve 18858 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 3096 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan bu Yönetmelik, idareye değişik hükümleriyle üstünlük tanımaktadır. Bu Yönetmeliğin 4/c maddesine göre; "üretim şirketi yatırım programını Bakanlığın onayladığı şekilde gerçekleştirmeyi taahhüt eder". Yine 4/e maddesinde; "şartlara göre üretim planlamasının revizyonu Bakanlık adına TEK tarafından yapılır. TEK'in bu hususta aylık, haftalık, günlük ve saatlik süreleri kapsayan üretim programındaki değişikliklere üretim şirketleri aynen uyar". M. 7'ye göre; "Üretim şirketlerinin görev alanlarıyla ilgili faaliyetleri bütün aşamalarda Bakanlık tarafından denetlenebilir. Denetimler sonucu tespit edilen aksaklıklar ilgili şirket tarafından gecikmeye meydan verilmeden giderilir."

¹⁰¹ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca hazırlanan Şartnamede; "şirket, sözleşme kapsamına giren tüm tesisleri görev süresinin sonuna kadar... sağlam ve iyi işler halde bulundurmakla yükümlüdür; bu tesisler şirket tarafından kısmen veya tamamen üçüncü şahıslara kiralanmayacak, izin alınmadan işletme hakkı devredilmeyecek ayrıca bu tesisler üçüncü şahıslara ve Devlet kuruluşlarına teminat olarak gösterilmeyecektir" gibi hükümler vardır.

¹⁰² 3465 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 2 Haziran 1988 gün ve 19830 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Müdürlüğü'ne bırakılmasıdır¹⁰³. Burada Danıştay devre dışı bırakılmıştır. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ise otoyol geçiş tarifelerini onaylamak ve uygulama yönetmeliğini hazırlayıp Bakanlar Kurulu'na sunmakla görevlidir¹⁰⁴.

3096 ve 3465 sayılı Kanuni düzenlemelerden sonra, elektrik ve otoyol dışındaki haberleşme, sulama, limanlar, demiryolları v.s. gibi hizmetlerin de sermaye şirketleri ile yabancılara yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesini sağlamak üzere 08.08.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir.

Tüm bu yasal düzenlemeler gerek Anayasa Mahkemesi'nce ve gerekse Danıştay tarafından kamu hizmet imtiyaz sözleşmeleri olarak değerlendirilmişlerdir¹⁰⁵.

1999 tarihinde 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinden sonra bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılması/devredilmesi mümkün hale getirildikten sonra, 10.12.1999 tarih ve 4493

¹⁰³ 3465 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasında; "... görevlendirme ve yaptırma ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle tespit edilir" denilmiş; yine kanunun 11. maddesinin de; "Bu Kanunun uygulanması ile ilgili hususlar, Bakanlık'ça hazırlanıp Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konularak yönetmelikle düzenlenir" hükmü getirilmiştir.

3465 sayılı Kanunun 11. maddesine dayalı olarak çıkarılan Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği Bakanlar Kurulunun 1.3.1993 tarih ve 93/486 sayılı kararıyla kabul edilerek 14 Nisan 1993 gün ve 21552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 47. maddesine göre; "Bütün görevlendirmeler bu sözleşmeye bağlanır. Sözleşme Genel Müdürlük adına Genel Müdür veya yetkili kıldığı temsilcisi tarafından imzalanır".

Lütfi DURAN, 3465 sayılı Kanun'daki ve uygulama Yönetmeliği'ndeki bu düzenlemeye karşı çıkmış, "yasama politikası açısından bir düzenlemenin yerindeliği ve yeterliliği bir yana "bayındırlık imtiyazı" içeren bir sözleşmenin, Anayasanın 155. maddesi gereğince Danıştay incelemesinden geçirilerek --makale 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın ilgili maddesi değiştirilmeden önce yazılmıştır---. Bakanlar Kurulu'nca kararlaştırılması zorunlu iken, tümü ile bir kamu kurumu olan Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkisine bırakılması izah ve kabul edilemez" görüşünü ileri sürmüştür. İlgili görüş için bkz. Lütfi DURAN; "Yap-İşlet-Devret", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AUSBFD.) C. 46, 1991, S.1-2, s.157.

¹⁰⁴ 3465 sayılı Kanunu m.11: "Bu kanunun uygulanması ile ilgili hususlar Bakanlık'ça hazırlanıp Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konularak yönetmelikle düzenlenir."

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 gün ve 1994/71 E., 1995/23 K. Sayılı Kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.) , S.32, C.144, S.144 v. D.; Danıştay 10. Dairesinin 29.04.1993 gün ve 1991/1E, 1993/1752 K. Sayılı Kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S.88, s.463 v.d.

sayılı Kanun’la elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetleri 3996 sayılı Kanun kapsamına alınarak bu hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılmasına ve / veya devredilmesine olanak sağlanmıştır. Ancak 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹⁰⁶ elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetlerini 3996 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkararak, bu hizmetlerin bundan böyle “ruhsat” yöntemi ile özel kesime gördürülmesi usûlünü benimsemiştir¹⁰⁷.

Dünya çapındaki uygulamalara bakıldığında, geleneksel imtiyaz sözleşmeleri genel olarak ev sahibi devletin sömürge veya koruma altında olduğu, ya da diğer nedenlerle yabancı yatırımcıya karşı koyma gücünün bulunmadığı dönemlerde ve o dönemin şartlarında yoğun uygulama alanı bulmuştur¹⁰⁸.

Bazı dönemlerde ise ülkeyi yönetenler, kendi güçlerini ayakta tutabilmek için yabancı güçlere bağımlı hale gelmişler ve bu koşullar altında imtiyaz sözleşmeleri yapmışlardır¹⁰⁹. Ev sahibi devletler yabancı egemenliğinden kurtulmaya başladıkça, kendi çıkarları ile yatırımcının çıkarlarını dengeleyen yeni tür ve yöntemleri uygulamaya geçirmişler, eski imtiyaz sözleşmelerini yeniden müzakere etme, hatta iptal etme yoluna gitmişlerdir¹¹⁰. Bu gelişmelerin sonucunda, imtiyaz sözleşmelerinin yapısı değişmeye başlamıştır. Yeni uluslararası ekonomik düzen anlayışı ile birlikte, imtiyaz sözleşmelerinin yapısında ve içeriğinde değişiklikler meydana gelmiş ve günümüzde geleneksel imtiyaz sözleşmeleri neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır¹¹¹.

Kamu hizmeti alanlarında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretme işinin sözleşmeyle özel girişimcilere devredilmesinde, farklı unsurlar taşıyan sözleşme çeşitlerine rastlanabilir. Bunların hukuken adlandırılıp kategorileştirilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır¹¹².

¹⁰⁶ 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 03.03.2001 gün ve 24335 sayılı Resmi Gazete’nin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır

¹⁰⁷ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.92.

¹⁰⁸ Buna karşılık 19.yy sonları ve 20. yy başlarında Fransa’da da imtiyaz sözleşmeleri yoğun biçimde uygulama alanı bulunmuştur.

¹⁰⁹ Cem Çağatay ORAK; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, s.38.

¹¹⁰ Cem Çağatay ORAK; **a.g.e.**, s.38.

¹¹¹ Bilgin TİRYAKİOĞLU; **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Ankara, 2003, s.232.

¹¹² Onur KARAHANOGULLARI; **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.331.

İdari rejimi benimsemiş sistemimizde, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan sözleşmeler konusunda, idare hukuku açısından önemli olan bunların hukuki rejimini saptamaktır. Temel ayırım sorusu, bunların idari rejime tabi olup olmadıklarıdır¹¹³.

Konusu kamu hizmet olan ve bunun gereği olarak idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanıyan sözleşmelerin idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla idari rejime tabi olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴.

Kamu hizmetinin yürütülmesinin özel girişimce yerine getirilmesini konu alan sözleşmelerin idari rejim içinde olduğu saptandıktan sonra sorulması gereken ikinci soru, idari rejim içinde sözleşme tiplerine göre bir hukuki rejim farklılaştırılmasına gidilip gidilmediğidir.

Hukuki rejimin belirlenmesi bakımından kamu hizmeti imtiyazı yönteminin iki temel unsuru vardır. Her şeyden önce bu yöntemle bir kamu hizmeti örgütlenmekte ve düzenlenmektedir. İkinci olarak, bu yöntemle özel girişimciyle sözleşme çerçevesinde ilişki kurulmaktadır. Bu iki unsur nedeniyle ortaya çıkan hukuki ilişki de karma nitelik alır¹¹⁵.

Hizmetin örgütlenme ve işleyiş koşullarına ilişkin hususlar sözleşmenin içinde yer alır veya şartname şeklinde ek olarak ortaya çıkarsa düzenleyici nitelikte

¹¹³ Onur KARAHANOGULLARI; **a.g.e.**, s.331.

¹¹⁴ Danıştay bir kararında "... İşletme imtiyazı davacıya verilen kaplıca suları; niteliği bakımından kamu sağlığını ilgilendiren, bu sebeple mülkiyeti ve işletmesi belli kamu kuralları ile düzenlenen ve böylece kamu hizmetinde kamu yararına göre kullanılacak şifalı sulardır. Bu sulara sahip ve malik olan davalı idare bunları belli süreli bir imtiyaz sözleşmesi ile davacıya işletme için vermiş ve davacı böylece kamu hizmetinin yürütülmesine katılmıştır. Hizmetin iyi işlenmesini denetleme durumunda olan idare, sözleşmeyi yapan davacıya ceza vermek yetkisini 8. madde ile elinde bulundurmaktadır. Yukarıda açıklanan hususlar, bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuku aşan hüküm ve şartlar taşıdığı açıkça göstermekte olduğundan, anlaşmazlığın çözülmesinin Danıştay'ın görevi içinde bulunduğu..." şeklinde hüküm kurmuştur. Danıştay 8. Dairesi, E. 1965/933, K.1966/44, Danıştay Kararları Dergisi (1965, 1966, 1967), Ankara, 1967, s.235-236.

¹¹⁵ İmtiyaz sözleşmesinin tam bir sözleşme niteliği taşımadığı,-Danıştay'ın bu konudaki ilk kararı olarak kabul edilen 26 Şubat 1935 tarihli Tramvay Şirketi kararında- idarenin yetkilerini gerekçelendirirken vurgulanmıştır: "Amme hizmeti imtiyaz mukavelesinin illeti tesisi, bu hizmetin görülmesinden ibaret olmasına nazaran, bu türlü mukaveleler, hususi ve ferdi teşebbüsün sureti icraiyesi hakkında tarafların mütekabil taahhütlerin gösteren bir anlaşma mahiyeti arz edemez. Bunlar hakikatte amme hizmetinin temsilet şekli ifade ederler". (Karar yayınlanmamıştır). Aktaran: Nemci OSTEN; **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazların Hukuki Mahiyet**, s.22.

sayılır. Bunun dışında, özel girişimcinin mali haklarına ilişkin bölümler akdi nitelikte kabul edilir. Bu ayrımın önemi, idarenin, kamu hizmetinin işleyiş koşullarına ilişkin tek yanlı değişiklik yapma yetkisini sürdürmesidir. Akdi hükümlerin ise idarece tek yanlı olarak değiştirilmesi mümkün değildir¹¹⁶.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini konu alan sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran temel özellik, imtiyaz sözleşmelerinin karma niteliğidir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerin konusunu “bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya yürütülmesi” oluşturduğundan, kamu hizmetinin asli sahibinin ve sorumlusunun idare olduğu vurgulanmalıdır. Kamu hizmeti herhangi bir etkinlik değil, fakat tatmininde kamu yararı bulunan (bir gereksinimi) karşılayan etkinlik olduğu açıktır¹¹⁷. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit konumda bulunmalarına rağmen, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazı veren idarenin eşit değil üst durumda bulunması, sürekli denetim ve gözetim yetkisinin bulunması, sözleşmeyi imtiyazcının bir kusuru olmasa bile tek yanlı olarak feshedebilmesi gibi hakların olması bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların da çözümünün idari yargı olmasını gerekli kılmıştır.

İdare rejimini benimsemiş olan bir ülkede, imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi doğal ve olağandır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi, taraflar arasında imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlık ve davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da çözümleneceğini hükme bağlamıştır.

¹¹⁶ Onur KARAHANOGULLARI; a.g.e., s.350.

¹¹⁷ Yahya ZABUNOĞLU; **Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s.491.

3. Yetki

1910 Tarihli Menfaii Umumiye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un 1. maddesinde "...menafii umumiyyeye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvet icraiye tarafından verilecektir" hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre Devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir.

3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinde; "Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşüne havi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden Yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verilebilir." hükmü yer almıştır.

3154 Sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde enerji ve tabii kaynakların araştırılması, işletilmesi, geliştirilmesi, değerlendirilmesi, bunların kontrolü ve korunmasına yönelik tesis kurma, işletme ve faydalanma hakları vermek Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

3096 sayılı kanun işletme izni verme yetkisini Bakanlar Kuruluna vermesine karşın aynı yetkinin 3154 sayılı Kanun'la Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na verilmesi bir yetki karmaşasına neden olmuştur¹¹⁸.

Bu karmaşa Danıştay 10. Dairesi'nin, "Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile ilgili tesis kurma, işletme izni verme konusunda yapılacak düzenlemede, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 3154 sayılı Teşkilat Kanunu'nun uygulanmasının mümkün olmadığı, bu

¹¹⁸ Bayram KESKİN; a.g.e., s.94.

yetkinin bu işin özel kanunu olan 3096 sayılı Kanun kapsamında Bakanlar Kurulu'na ait olduğuna" ilişkin kararıyla ortadan kalkmıştır¹¹⁹.

4682 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda ise lisans verilmesi yetkisi Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'na verilmiştir. Kanunun 3. maddesinde; "Bu Kanun kapsamında kurum tarafından verilecek lisansların..." ibaresinin kullanılmasıyla lisans verme yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na ait olduğu belirtilmektedir.

Mahalli İdarelerin İmtiyaz Verme Yetkisi

Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile sadece merkezi idarenin imtiyaz vermesi öngörülmüş¹²⁰, mahalli idarelerin imtiyaz verip vermeyecekleri yönünde herhangi bir hüküm getirilmemiş ve bir boşluk yaratılmıştır¹²¹. Mahalli idareler açısından yaratılan bu boşluk 1580 sayılı eski Belediye Kanunu ile doldurularak belediyelere de imtiyaz verme yetkisi tanınmış¹²², bu husus 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı yeni Belediye Kanunu ile de teyit edilmiştir¹²³.

¹¹⁹ Danıştay 10. Dairesinin 19.2.1997 gün ve E.1996/8792 sayılı kararında; 08.06.1996 günlü ve 22660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkındaki 9.5.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile buna dayalı olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na çıkarılan 96/8269 sayılı Tebliğ'in yürütmesinin durdurulması gerekçesi olarak; "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın genel olarak görev alanı düzenleyen 3154 sayılı Yasa'nın 2. maddesine dayanılmasını ve 3096 sayılı Yasa hükümlerinin göz ardı edilmesini" göstermiştir.

Danıştay tarafından yürütülmesi durdurulan 09.05.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı şu şekildedir.

"1. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi dışında kalan yerli ve/veya yabancı sermaye şirketlerinin (üretim şirketi) elektrik enerjisi üretmek üzere tesis kurmalarına bu kararname hükümlerine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından izin verilir. Kararnamenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na tespit edilir. Hidroelektrik, jeotermal ve nükleer enerji üretimi bu kararname hükümleri dışındadır..."

¹²⁰ Menfaii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun m. 1

¹²¹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.95.

¹²² 1580 Sayılı Kanunun 19/4. maddesi "Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazı, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevhili mütecavire vapurları nakliyatını deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır. Ancak belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek ve şeraiti Devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak üzere imtiyaz da verebilirler" hükmünü haiz idi.

¹²³ 5393 Sayılı Belediye Kanunu m. 15 "... Belediye (e), (f), (g) bentlerinde belirtilen hizmetlerin Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir..."

Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek gibi hizmetler Belediye Kanunu'nda belediyelerin yapmakla yükümlü olduğu hizmetler arasında sayılmıştır.

4. Şekil

Özel hukuk sözleşmelerinde şekil serbestisi esas iken idari sözleşmeler şekle bağlı sözleşmelerdir. İdare her istediği ile istediği gibi sözleşme yapamaz. Başka bir deyişle, idare, kamu hizmetini belli bir kalitede en ucuza yapmak zorunda olduğu için bunun gereğini yerine getirebilecek kişilerle sözleşme yapabilir. Şekil serbestisinin olmaması ilkesi bir idari sözleşme olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi için de geçerlidir¹²⁴.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de yazılı olması gerekli ve şarttır. Bu sözleşmeler şekle bağlı sözleşmelerdir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde aranan bir diğer şekil şartı da; Danıştay'ın bu sözleşmeler üzerindeki yetkisidir. 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Danıştay'a yetki veren hükümler vardır. 1924 Anayasasının 26¹²⁵ ve 51.¹²⁶ maddelerinde kamu hizmeti imtiyazların Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra TBMM onayı ile verilmesi öngörülmüştür.

¹²⁴ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.96.

¹²⁵ 1924 Anayasasının 26. maddesi; “Büyük Millet Meclis ahkâmı şer’iyyenin tenfizi, kavaninin vaz’ı Tâdili, tefsiri, fesih ve ilgası, devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi, harp ilânı, muvazenei ummiyei maliye ve Devletin umum hesabı kati kanunlarının tedkik ve tasdiki, meskûkat darbı inhisar ve mali taahhüdü mutazammın mukave darbı inhisar ve mali taahhüdü mutazammın mukavelat ve imtiyaz tasdik ve feshi, umumi af ilanı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücezaatı kanuniyenin tecili, mahkemelerden sadır olup katiyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı gibi ve zaifi bizzat kendisi ifa eder”.

¹²⁶ 1924 Anayasasının 51. maddesi; “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur...”

1961 Anayasasının 140¹²⁷ ve 1982 Anayasasının “Danıştay” başlığını taşıyan 155. maddesinin ilk şeklinde¹²⁸ Danıştay’ın görevleri sayılırken, bunlardan birinin de “... imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...”¹²⁹ olduğu belirtilmiştir.

1982 Anayasasının 155. maddesinde 4446 sayılı Kanun’la 1999 yılında yapılan değişiklikten sonra Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisi değişmiştir¹³⁰.

2575 Sayılı Danıştay Kanunu’nun¹³¹ 18.12.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun 18.12.1999 Tarih 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 23/d maddesine göre “... imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemek...” görevi Danıştay’a verilmiştir.

2575 sayılı Kanun’un 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerindeki görev ve yetkisi “kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme”¹³² şeklinde belirlenmiştir.

2575 sayılı Kanunun 46/1-b maddesine göre de; “kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme” görevini Danıştay içinde İdari İşler Kurulu ifa edecektir.

Ancak İdari İşler Kurulu, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemeden, bu sözleşme ve şartlaşmalar ilgili daire tarafından incelenir. Bu da Danıştay 1.

¹²⁷ 1961 Anayasasının 140. maddesi “... Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir...”

¹²⁸ 1982 Anayasasının 4446 sayılı değişiklikten önceki 155. maddesi “... Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir...”

Süleyman ARSLAN - Bahtiyar AKYILMAZ - Murat SEZGINER - Cemil KAYA; **İdare Hukuku Mevzuatı**, Konya, 1998, s.60.

¹³⁰ Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki yetkisi “inceleme” den, “2 ay içerisinde görüş bildirmeye” indirgenmiştir.

¹³¹ 2575 Sayılı Danıştay Kanunu 6 Ocak 1982’de kabul edilmiş ve 20 Ocak 1982’de 17580 Sayılı RG.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³² Bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 4492 Sayılı Kanun’la değişik 23/d maddesi

Dairesi'dir. Nitekim 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 42/c maddesinde; "Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirmek " Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında sayılmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri 1999 Anayasal değişikliklerinden önce aynı tüzükler gibi Danıştay incelemesinden geçirilmek zorundaydı. Yargı organları da bu kurala uygun kararlar vermişlerdir.

Danıştay 1. Dairesi 28 Haziran 1990 gün ve E: 1990/109, K: 1990/94 sayılı kararında;

"... Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisinin Danıştay'a ait olduğu" belirtilmiştir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23/d, 42/e ve 46/b hükümlerine göre kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin, yürütme organı tarafından kararlaştırılmadan önce Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi şarttır. Bu durum sözleşmenin yetki unsurunu oluşturur"

şeklinde hüküm kurmuştur.

Yine Danıştay 1. Dairesi 26 Nisan 1995 gün ve E: 1995/93, K: 1995/48 sayılı kararında:

"... Nitekim dairemizin 1992/294 ve Danıştay Onuncu Dairesinin 1993/1752 sayılı kararlarında da, 3096 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır..."

diyerek bu hususu teyit etmiştir.

Anayasa mahkemesinin bakış açısı da o dönemlerde Danıştay'dan farklı değildir. Nitekim Yüksek Mahkeme, 22 Aralık 1994 gün ve E: 1994/65, K. 1994/65 sayılı kararında;

“... sermaye şirketlerinin devir alacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olmak üzere mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, v.b katma değerli hizmetler için tekel oluşturmayacak koşullar gözetilerek Ulaştırma Bakanlığı’nca verilmesi öngörülen işletme lisans ve ruhsatını şirket yönetiminin önerilerinin dikkate alarak vereceği, ancak katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin Türk Telekomünikasyon A.Ş tarafından yapılması durumunda bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği değişmeyeceğinden Danıştay’ın ön denetimine tabi olduğunu...”

açıkça vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise, Danıştay’ın ön denetimi dışında bırakılan sözleşmelerin Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vererek, bu yolda düzenleme getiren kanun hükmünü iptal etmiştir¹³³. Yüksek Mahkeme iptal gerekçesinde:

“... Türkiye Elektrik Kurumu’nun özelleştirilmesi amacıyla düzenlenen 22.2.1994 günlü ve 3974 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 3291 sayılı Kanun’a eklenen 1. maddenin 3. fıkrası ile ek 4. maddede herhangi bir sınır getirilmeden TEK’in teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, fabrika, işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlaması, tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hiçbir düzenlemeye yer verilmemesi ve TEK’in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten birimlerin satışından, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların da işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verilmesinin Anayasanın Başlangıç, 5, 167, 168 ve 172. maddelerindeki ilkelere aykırı olduğu, özel sektörün de yeni enerji retim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini ya da mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını...”

¹³³ Anayasa Mahkemesinin 9 Aralık 1994 gün ve E. 1994/43 K. 1994/42-2 Sayılı Kararı için bkz. 24 Ocak 1995 günlü ve 22181 sayılı Resmi Gazete.

belirtmek iptal istemini reddetmiş; ancak Ek 5. maddenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini Danıştay denetimi dışında bıraktığı, bunun ise Anayasanın 155. maddesine aykırı olduğunu belirtmek iptaline karar vermiştir.

1999 yılında 1982 Anayasasının 155. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda getirilen yeni düzenlemeye göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin akdedilebilmesi için Danıştay'ın düşüncesini almak gerekmektedir. Danıştay bu konudaki düşüncesini iki ay içinde bildirmek zorundadır. Dolayısıyla Bankalar Kurulu, imtiyaz işleminden önce Danıştay'ın düşüncesini almak zorundadır; ama bu düşünce doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir. Bu düşüncüyü beğenmiyorsa Danıştay'ın görüşüne sunduğu kendi imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarısını olduğu gibi kabul edebilir¹³⁴.

Bununla birlikte, bazı durumlarda Rekabet Kurulu'ndan da izin alınması gerekebilir. 7 Aralık 1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna göre; Rekabet Kurulu'nun izni alınmadıkça bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığı yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisab durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”(m.7). Dolayısıyla ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekildeki imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinden önce Rekabet Kurulu'nun izninin alınması gerekmektedir. Uygulamada Rekabet Kurulu, 16 Ekim 1998 Tarih ve 87/693 Sayılı Kararıyla; 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılmış olan TEDAş'a ait elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının özel şirketlere devri

¹³⁴ Kemal GÖZLER; a.g.e., s.543.

sözleşmelerini imtiyaz sözleşmesi olarak görmüş ve bu sözleşmelerin akdedilmesi için kendi izninin alınması gerektiğine karar vermiştir¹³⁵.

5. Nitelikleri

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin niteliklerini incelediğimizde şu al hususlar göze çarpmaktadır¹³⁶.

- İmtiyaz sözleşmeleri bir idari sözleşmedir. Bu nedenle bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı, idari yargıdır.

- İmtiyaz sözleşmelerinin konusu, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesidir.

- Kural olarak tarafların karşılıklı yükümlülükleri sözleşmede belirlenir. İmtiyazcı, sözleşmeyle kendisine tevdi edilen kamu hizmetini görecektir, idarede bunun karşılığı ödeyecektir¹³⁷. Bu karşılık, hizmetten yararlananlardan resim ve harç alınmak suretiyle karşılanır. Sözleşmeyle tespit edilen bedeli idare tadil edebilir; ancak idare imtiyaz sahibinin teklifi ve mütalaasını almak zorundadır. Hizmetten yararlananlar bedelin değiştirilmesine engel olamazlar¹³⁸.

- İşletmeden kural olarak imtiyaz sahibi sorumludur. Diğer taraftan idare, bir hizmet konusunda imtiyaz sözleşmesi yapmakla, o hizmetten yararlananlar önünde sorumluluktan kurtulmuş sayılmaz¹³⁹.

- Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinde, kamu hizmetinin görülmesi için gerekli sermaye imtiyaz sahibi tarafından sağlanmalıdır. Bu unsur sözleşmede yoksa, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi değil, mali iltizam sözleşmesi söz konusudur¹⁴⁰.

¹³⁵ <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/87-693-138.pdf>.

¹³⁶ Süheyp DERBİL; **a.g.e.**, s.563.

¹³⁷ Mehmet AKBULUT; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi**, AYİM. 25. Yıl Armağanı, Ankara, 1998, s.310.

¹³⁸ Necmi OSTEN; **a.g.e.**, s.27.

¹³⁹ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.111.

¹⁴⁰ Süheyp DERBİL; **a.g.e.**, s.563.

- İmtiyaz kâr ve zarar ihtimalleri taşıyan bir sözleşmedir. İmtiyaz sahibi elbette ki kar elde etmek gayesiyle bu işe girer; ancak ne kadar kâr elde edeceği, daha doğru ifadeyle kâr elde edip edemeyeceği kesin olarak bilinemez. Bu nedenle imtiyaz sahibi öngörülemezlik durumu hariç az kazanç veya zarar ederse sözleşmenin değiştirilmesini talep edemez.

- İmtiyaz sözleşmesi imtiyaz sahibinin kişiliği de göz önüne alınıp imzalandığı için kişisel bir sözleşmedir. Bu nedenle imtiyaz sahibi bu sözleşmeyi kendiliğinden bir başkasına devredemez. İmtiyaz sözleşmesinde belirtilmemiş olsa bile devir, idarenin iznine bağlıdır.

- Kamu hizmetinin en belirgin özelliklerinden biri de değişken olmasıdır¹⁴¹. Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi, imtiyaz sözleşmelerine de sirayet eder. İmtiyaz sözleşmesine konu olan kamu hizmeti değişmiş ise, idare bu değişikliği tek taraflı olarak sözleşmeye yansıtabilir. Bu arada imtiyaz sahibinin bir zararı söz konusu olursa idare bu zararı tazminle yükümlüdür.

- İmtiyaz sahibi sözleşmede yazılı olmayan hiçbir hakkı isteyemez, sözleşmeyle kendisine verilmeyen hiçbir hakkı kullanamaz. Örneğin, elektrikli tramvay imtiyazını işleten kimse, sözleşmede belirtilmemişse elde ettiği elektriği satmaya kalkışamaz.

- İmtiyaz sahibi, kamu hizmeti yapmak için vücuda getirdiği tesislerin maliki olmadığı gibi bu tesisler üzerinde bir ayni hak sahibi de değildir. İmtiyaz sahibi, kamu idaresi yerine geçerek kamulaştırma yapma ve idari irtifak haklarından istifade edebilir. Özel kişi lehine yapılacak bu tür kamulaştırmalarda kamulaştırmaya yetkili sözleşmeyi yapan idare veya kamu hizmetinin görülmesinden sorumlu idaredir.

- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sona erince imtiyaz sahibi, mücbir sebep hariç, sahibi olduğu bayındırlık işini, idareye iyi durumda bırakmaya mecburdur.

¹⁴¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN; **a.g.e.**, s.624.

6. Konusu ve Mahiyeti

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu kamu hizmetidir Kamu hizmeti, kamu ihtiyacını karşılamak amacını güder. Kamu hizmeti, imtiyaz sözleşmesinin amacı da budur. Bu nedenle imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin mahiyetini değiştiremez. Kamu hizmeti özel işletme mahiyeti almaz¹⁴².

İmtiyaz sözleşmesinin konusu bir kamu hizmetinin yapılması olduğuna göre, imtiyaz sahibinin durumunu, ödevlerini ve haklarını bir taraftan sözleşme, bir taraftan da ilgili kamu hizmeti hakkındaki kanunlar ve tüzükler gibi genel hükümler belirtir ve sınırlar¹⁴³.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri karma bir hukuki tasarruf mahiyetindedir. Bu sözleşmelerde maddi bakımdan üç türlü tasarruf mahiyet ve karakteri mevcuttur¹⁴⁴.

- **Kaide Tasarruf Mahiyeti:** Kaide tasarruflar idarenin tek taraflı olarak hazırladığı teknik şartnamelerdir. Bu teknik şartnamelere uygun olarak Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri imzalanır.

- **Şart-Tasarruf Mahiyeti:** İmtiyaz Sözleşmesi, kamu hizmetini ifa edecek olan özel kişinin, kamu kudretinden istifade edebilmesinin ön şartını teşkil eder. Örneğin, imtiyazla işletilecek hizmet, bir tramvay veya demiryolu tesis ve işletilmesi ise; idarenin haiz olduğu istimlak, geçici işgal gibi selâhiyetler imtiyazlı şirkete, imtiyaz sözleşmesi ile tanınır¹⁴⁵.

İmtiyaz sahibinin, imtiyazdan faydalananlara karşı sahip olduğu mali yetkiler de imtiyaz mukavelesinin şart tasarruf kısmını oluştururlar. Esas itibarıyla umumi ve parasız olan kamu hizmetinden istifade etmenin bedelini imtiyazcı kendisine göre kararlaştıramaz. Hizmetin bedeli aynı resim ve harçlarda olduğu gibi idare tarafından

¹⁴² Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.113.

¹⁴³ Süheyy DERBİL; **a.g.e.**, s.565.

¹⁴⁴ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.536.

¹⁴⁵ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.537.

veya idareyle yapılacak mülahaza ve anlaşma neticesinde hazırlanacak tarifeye göre tespit edecektir¹⁴⁶.

- **Subjektif Tasarruf Mahiyeti:** İmtiyaz sözleşmesini imzalayan özel şahsın elbette ki gayesi kamu hizmetinin görülmesinden ziyade kâr elde etmektir. Bu menfaatin temini ise idarenin imtiyaz sahibine yapacağı mali yardımlar, imtiyaz sahibinin imtiyazdan istifade edenlerden alacağı ücretler, Devletin imtiyaz sahibine temin edeceği bir takım menfaatlerle ve sair şekillerle karşılanır ve sağlanır¹⁴⁷.

İdare imtiyaz sözleşmesinde karşı sözleşmecinin mali menfaatini temin yükümlülüğündedir. Bu menfaat karşı âkit aleyhine ağırlaştırılırsa, idare bozulan bu dengeyi düzeltmek veya tazmin etmek durumundadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından bir diğer önemli husus şudur ki; idare bir kamu hizmetini, imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla özel bir kişiye gördürse de, hizmetten yararlanan üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulamaz.

7. Süre

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin unsurları sayılırken bu sözleşmelerin uzun müddetli olabileceği belirtilmişti. Bu nedenle kısa müddetli imtiyaz sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Bu, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinden kaynaklanan bir durumdur. Kısa müddetli bir imtiyaz, bu maksadı sağlamaktan uzak kalacağından imtiyazlar 25,30,40,50,60,75 ve nihayet 99 yıl gibi uzun müddetli verilirler¹⁴⁸.

Bu bakımdan imtiyaz sözleşmelerini inşaat sözleşmelerinden ayırt etmek mümkündür. İmtiyaz sözleşmelerinde uzun vadeli kredilere ihtiyaç duyulduğu için inşaat sözleşmelerinden daha uzun sürelidir.

¹⁴⁶ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.537.

¹⁴⁷ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.538.

¹⁴⁸ Süheyp DERBİL; **a.g.e.**, s.566.

8. Tarafların Hak ve Borçları

a. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Borçları

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde, imtiyaz sahibinin hakları ve borçlarıyla, idarenin hak ve borçları açıkça belirtilir. İmtiyaz sahibi, yaptığı kamu hizmetinin bedelini istifade edenlerden alır. Bu aslında bir vergidir. Çünkü idare bu yetkiyi imtiyaz sahibine vermiştir. İmtiyaz sahibi ekonomik dalgalanmaları kestirebilme durumundadır. Bu nedenle kazancının azalması, imtiyaz sahibine tazminat istemek hakkı vermeyeceği gibi, kazancın çoğalması da idareye sözleşme şartlarını değiştirme hakkı vermez¹⁴⁹.

aa. Öngörülemezlik (Imprévision) Kuramı

Öngörülemezlik kuramı, sözleşmenin uygulanması sırasında taraflara yüklenemeyecek ve öngörülemeyecek nitelikte büyük ve köklü ekonomik değişiklikler nedeniyle karşı tarafın sözleşmeyi yerine getiremeyecek duruma gelmesinden dolayı idarenin zararı paylaşmasıdır¹⁵⁰. Öngörülemezlik (beklenmeyen haller) kuramı, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin bir sonucudur.

Öngörülemezlik kuramının uygulanabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekir¹⁵¹.

- Sözleşmenin ifasını olanaksızlaştıran olayların, önceden öngörülemeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Savaş, doğal afetler, devalüasyon gibi.

- Sözleşmenin ifasını olanaksızlaştıran olaylar, tarafların kendi iradeleri dışında olmalıdır ve geçici bir özellik göstermelidir. Zira, durum devamlılık gösterirse taraflar zorlayıcı nedenler nedeniyle ya yeni bir sözleşme yapabilirler ya da sözleşmenin feshini mahkemeden isteyebilirler.

¹⁴⁹ Süheyy DERBİL; **a.g.e.**, s.565. Daha fazla bilgi için bkz. Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.311.

¹⁵⁰ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **Anayasa Hukuku-İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s.379.

¹⁵¹ Halil KALABALIK; **İdare Hukuku Dersleri**, Dersim Yayınları, Sakarya, 2004, s.118.

- Sözleşmenin ifasını olanaksızlaştıran olayların sözleşmenin uygulanma koşullarını önemli ölçüde değiştirmesi gerekir.

İdarenin öngörülemezlik kuramı uyarınca yapacağı yardımlar geçicidir. Sözleşmenin yerine getirilmesini güçleştiren durum sona erdiği zaman idare yardımı keser, olağanüstü durum süreklilik kazanmışsa, ya sözleşme feshedilir ya da güncel koşullara uygun yeni bir sözleşme yapılır¹⁵².

Zorlayıcı nedenler sözleşmenin ifasını mutlak suretle imkânsız hale getirir. Öngörülemezlik kuramının uygulanmasını gerektiren durumlarda sözleşmenin ifası güçleşmekle birlikte hiçbir zaman imkansızlaşmamaktadır¹⁵³.

Öngörülemezlik (imprévision) kuramında, sözleşme şartları, sözleşmeye taraf olan başka bir otoriterin kararı ve işlemi neticesinde imtiyaz sahibinin yükünün ağırlaştırılmasıdır ki; bu durumda imprévision kuramı uygulanarak imtiyazcının zararı tazmin edilir. Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflara yüklenemeyecek nedenlerle öngörülemezlik nitelikte büyük ve köklü iktisadi değişiklikler yüzünden âkit özel kişi aslında uygulayabileceği sözleşmeyi iktisaden yerine getiremeyecek hale gelmişse, imprévision kuramı gereğince idare zararı paylaşmakla yükümlü olacaktır¹⁵⁴.

bb. Fait du Prince Kuramı

Fait du Pirince; idarenin karar ve işlemleri ile sözleşmenin uygulama koşullarını değiştirerek ağırlaştırmasını ifade eder¹⁵⁵. İdarenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin koşullarını ağırlaştırıp ek mali yüklerle (kūlfetlere) neden olması durumunda, sözleşmenin karşı tarafı, “fait du prince” kuramı gereğince ortaya çıkan zararın karşılanmasını isteyebilir¹⁵⁶.

¹⁵² Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.340.

¹⁵³ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.340.

¹⁵⁴ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.168.

¹⁵⁵ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.338.

¹⁵⁶ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.168.

Fait du Pirince kuramının uygulanabilmesi için, alınan tedbirlerin ve işlemlerin kişisel bir nitelik göstermesi, yani sözleşmeye taraf özel kişi üzerinde dolaylı bir şekilde etki yapması; yahut genel bir nitelik arz etmekle birlikte, doğrudan doğruya sözleşmenin konusuna, yani sözleşmenin yapılması anında göz önünde tuttukları durumlara etki edilmiş değiştirilmiş, özel kişinin yükümlerinin artırılmış olması gereklidir¹⁵⁷. Sözleşmeyi yapan idari makam dışında başka bir idari makam ya da organın aldığı bu karar nedeniyle fait du prince kuramı uygulanamaz. Koşulları varsa özel kişi zararını “öngörülemezlik” kuramına dayanarak idareden isteyebilir¹⁵⁸.

Fait du Prince kuramının uygulanmasının dayanağı idarenin karar ve işleminden doğan sözleşmesel (akdî) sorumluluktur. İdare, imtiyazcının bütün zararlarını tazmin eder. Tazminat zarara eşittir¹⁵⁹. Öngörülemezlik kuramının uygulanmasının dayanağı ise, öngörülemeyen olaylar nedeniyle imtiyazcının sözleşmeyi ifa edememesidir. İdarenin öngörülemezlik kuramı uyarınca yapacağı yardımlar geçicidir. Sözleşmenin yerine getirilmesini güçleştiren durum sona erdiği zaman idare yardımı keser. Bu yardım bir tazminat değildir¹⁶⁰.

Bu iki kuramın dışında ayrıca imtiyaz sözleşmesinin yapılması sırasında işletmenin ne dereceye kadar kazançlı olacağını kesin olarak tahmin etme imkanı olmayabilir. Bu takdirde imtiyaz sözleşmesine bir takım hükümler konularak imtiyaz sahibi güçlendirilebilir. Bu hükümler yardım inanca ve kazanca katılma mahiyetinde olabilir¹⁶¹.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde imtiyaz sahibinin en temel yükümlülüğü kamu hizmetini düzgün olarak işletmektir. Ayrıca imtiyaz sahibi, kamu hizmetini görürken gerekli araç ve gereci kendisi sağlayacaktır. İmtiyaz sahibine

¹⁵⁷ Halil KALABALIK; **a.g.e.**, s.272.

¹⁵⁸ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.339; Halil KALABALIK; **a.g.e.**, s.272.

¹⁵⁹ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.340.

¹⁶⁰ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.340.

¹⁶¹ Yardımda imtiyaz sahibinin az veya çok kazancı olup olmadığına bakılmaz. İnancada ise, sözleşmede belli bir miktar gelir ve kazanç sağlamayan imtiyaz sahibine gelirin ve kazancını bu miktara çıkarmak için gereken para kum idaresinden karşılanır hükmü olduğu için kazanç miktarına bakılacaktır. Nihayet gelir ve kazanç çok yüksek olduğunda bunun bir kısmının idareye verileceği hükmünün sözleşmede yer alması ise kazanca katılmadır. Daha fazla bilgi için bkz. Süheyp DERBİL; **a.g.e.**, s.566).

yüklenen bu külfet kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini mali iltizam sözleşmelerinden ayırır. Çünkü iltizam sözleşmelerinde gerekli araç ve gereci idare kendi temin eder ve mültezime verir¹⁶².

b. İdarenin Hak ve Borçları

İdare, hizmeti yüklenen özel hukuk tüzelkişisinin faaliyetlerini her aşamada denetleyebilir ve onu yönlendirebilir. Bunun sonucu olarak idare, belirtilen yükümlülüklerin karşılanmaması durumunda, para cezasından geçici olarak el koymaya varan bir takım yaptırımlar uygulayabilir; hatta sözleşmecinin ağır kusuru halinde sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir¹⁶³.

Kamu hizmetlerine egemen olan değişkenlik ve uyum ilkelerinin bir sonucu ve kamu hizmetinin sahibi yürütücüsü olarak idare, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşı tarafın uğradığı zararları karşılamak şartıyla her zaman tek taraflı olarak, sözleşmede değişiklikler yapabilir¹⁶⁴.

İdare, kamu yararının gerektirdiği hallerde ve kamu hizmetlerinde değişiklik ve uyum ilkesinin bir gereği olarak, fesih yetkisine sahiptir. İdarenin söz konusu fesih yetkisi kamu düzeniyle ilgilidir; ancak idarenin, karşı tarafın fesih nedeniyle uğradığı zararı karşılaması gerekir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi diğer idari sözleşmelerde olduğu gibi kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla yapılır. Bu nedenle kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi idarenin bu görevden tamamen kendisini soyutladığı anlamına gelmez. İdare kamu hizmetini özel sektörle gördürse de işin denetimini yapmak mükellefiyetindedir¹⁶⁵.

İdarenin sözleşmede tek taraflı olarak yapacağı değişiklikler, sözleşmenin kapsamında ve hizmetlerin teknik ayrıcalıklarında, malzemenin kalite ve niteliği,

¹⁶² Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.116.

¹⁶³ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.377.

¹⁶⁴ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.378.

¹⁶⁵ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.116.

birimleri, inşaatın şekli gibi hususlarda, kaide tasarruf kısmını¹⁶⁶ teşkil eden noktalarda olur.

İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir diğer yetki ise sözleşme konusu işletmenin idarece satın alınması (rachat) yetkisidir. Bu konuya kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini sona erdiren nedenler kısmında değinilecektir.

İdarenin değişik yaptırımlar uygulayabilme hakkı ve yetkisi vardır. Yaptırım uygulama hakkı sözleşmede öngörülmemiş olsa bile genel ve asli nitelikte bir hak olduğu için her zaman doğrudan kullanılabilir. Bu yaptırımlar, sözleşme hükümlerinin zamanında yerine getirilmemesinden kaynaklanan para cezaları alabileceği gibi, karşı âkidin edinimi kötü ifası nedeniyle ise geçici olarak el koyma veya tamamen el koyup sözleşmeyi tazminatsız olarak feshetme şeklinde de olabilir¹⁶⁷.

Buna karşılık idarenin temel yükümlüğü sözleşme koşullarına uymak ve imtiyaz sahibinin yükümlülüklerini ifa etmesine, haklarını kullanmasına engel olmamaktır.¹⁶⁸

9. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erebileceği gibi, süre dolmadan da çeşitli durumlarda sona erebilir.

a. Sürenin Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin süresi önceleri, genellikle 99 yıl olarak belirlenirken son zamanlarda bu süre 49 yıla indirilmiştir. Sürenin 25 yıl olarak belirlendiği sözleşmelere rastlamak da mümkündür. Kamu hizmetiyle karşılanacak ihtiyaç konusunda ortaya çıkacak gelişme ve değişikliklerin hizmete yansıtılması anlamına gelen kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi gereğince imtiyaz sözleşmesi sürelerinin de uzun tutulmaması gerekmektedir. Sözleşme süresinin bitmesiyle

¹⁶⁶ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1628.

¹⁶⁷ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.117.

¹⁶⁸ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.378.

imtiyaz son bulur ve işletme bedelsiz olarak idareye geçer. Sonradan kurulan tesislerin amortismanı henüz gerçekleşmemişse, bunların bedeli karşı tarafa ödenir¹⁶⁹. Fakat idare dilerse sözleşme süresini uzatabilir veya hizmeti başka bir şirkete verebilir. İmtiyazın uzatılması durumunda eşit koşulların varlığı halinde eski imtiyaz sahibinin önceliğe sahip olduğu kabul edilir. Ancak öncelik hakkının niteliği, kullanım koşulları, bertaraf edilip edilemezliği hususunda, öğretide görüş belirtilmemiştir.

b. Anlaşmayla Sona Erme

İmtiyaz sözleşmesi tarafların karşılıklı iradeleriyle oluştuğuna göre aynı şekilde sona da erdirilebilir. Bu yöntemle dostane fesih ismi verilmiştir. Dostane fesihte tarafların hak ve borçları, tarafların anlaşmalarına göre belirlenir.

c. Zorlayıcı Nedenlerin Varlığı Halinde Sona Erme

Hizmetin imtiyaz sahibi tarafından yürütülmesini olanaksız kılan zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde imtiyaz sona erdirilebilir. Zorlayıcı nedenlerin kabul edilebilmesi için, olaydan etkilenen tarafın kusurlu bulunmaması, zorunlu halin önlenmesinin mümkün olmaması ve yetkili makamlar tarafından usulüne uygun olarak belgelendirilmiş olması gerekir.

Zorlayıcı nedenlere örnek olarak aşağıdaki durumları sayabiliriz:

- Uzun süreli teknik arızalar,
- Yangın, sel, deprem veya diğer doğal afetler ve salgın hastalıklar,
- Savaş, halk hareketleri, ihtilal, isyan, ayaklanma, terörist hareketleri, grev veya diğer işçi ve memur hareketleri,
- Ağır ekonomik bunalım nedeni ile olağanüstü hal ilanı,

¹⁶⁹ Yıldızhan YAYLA; **İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s.132; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.141-195.

- Sözleşmenin ifasını aksatabilecek ölçüde beklenmeyen jeolojik ve teknolojik olaylarla, teknik bilgilere göre büyük farklılıklarla karşılaşılması.

10. İmtiyaz Sahibinin Kişiliğinde Değişme Halleri

İmtiyaz verilen şirketin yapısında meydana gelen değişme sonucu, imtiyazın verilmesini gerektiren mali, teknik ve diğer güvencelerin ortadan kalkması durumunda da idare, sözleşmeyi tek yanlı olarak sona erdirebilir¹⁷⁰.

11. İmtiyazcını Ağır Kusuru Nedeniyle Fesih

İmtiyazcının ağır kusuru, sözleşmecinin, benzer sözleşmelerde âkidlerinin düşebileceği hatadan daha ağır hataya düşmeleridir. Ağır kusur halinde, işlenen kusurun telafi edilme imkânı yoktur.

İmtiyaz sözleşmesinden doğan hukuki durumları tamamen ortadan kaldıran bu müeyyide; imtiyaz sahibinin tüm haklarını sona erdirir ve idarenin imtiyazın bütününe el koymasını, hukuken de imtiyazın ve bunun bütünleyici parça ve eklentilerini teşkil eden tüm hakların idareye geçmesini içerir. İmtiyazcının kusuru geçici ve giderilebilecek seviyede ise bu müeyyide uygulanmamalı, muvakkaten el koyma müeyyidesi tercih edilmelidir. Muvakkaten el koyma, imtiyazcının haklarını kullanmasını ve imtiyazı işletme yetkisini geçici olarak kaldıran ve idareye imtiyazcı nam ve hesabına imtiyazı işletme kudretini veren bir idari tedbir ve müeyyidedir¹⁷¹.

İmtiyazın ıskatı olarak da adlandırılan bu müeyyide, kamu kudretine dayanmaktadır. Bu nedenledir ki imtiyazcının ağır kusuru nedeniyle fesih yetkisinin, sözleşme ve şartname ile kaldırılması mümkün değildir. Sözleşmeye konulan idarenin bu yetkisini kaldırılan hükümler, geçersizdir. İdare de kamu kudreti kaynaklı bu yetkisinden feragat edemez. Sözleşmede feshin re'sen uygulanacağına dair bir hüküm yoksa, idare sözleşmeyi ancak mahkeme kararıyla feshedilebilir.

¹⁷⁰ Turgut TAN; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Barosu Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları 2000, C.5, s.455-465.

¹⁷¹ Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, 1638 vd.

Fakat gecikmesinde sakınca olan hallerde sözleşmede hüküm olmadığı takdirde idare ancak muvakkaten el koyma yolu ile zilyet durumuna geçtikten sonra ıskat müeyyidesinin uygulanmasını isteyebilir¹⁷².

Sözleşmenin feshi halinde imtiyaz sahibi bütün haklarını kaybedeceğinden idareden bir şey talep edemez, hatta bazı durumlarda idare imtiyazcıdan tazminat isteyebilir. Sözleşmenin feshi halinde, imtiyazcı tarafından daha önce yatırılan kesin teminatlar, idareye irat kaydedilecek ve genelde sözleşmede yer alan hükme göre irat kaydedilen bu kesin teminat, şirketin borcuna mahsup edilmeyecektir.

El koyma ve ıskat işlemleri iptal edilirse imtiyaz sahibinin zilyetliği ve hakları canlanır.

12. Rachat Usulü¹⁷³

İmtiyaz sözleşmesinin uygulanması sırasında idarenin, imtiyazcının herhangi bir kusuru olmadan imtiyazın bütün tesisatını yani bütünleyici parçalarını ve eklentilerini bedeli karşılığında satın almak suretiyle geri almasına ve imtiyaz sözleşmesinin sona erdirilmesine dair idarenin takdiri olarak aldığı karara Rachat denir. Rachat, sebep unsuru bakımından takdiri olan icrai karar mahiyetinde tek taraflı bir idari tasarruftur. Konusu ise imtiyaz sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesi ve imtiyaza bağlı taşınmaz ve taşınır tesisat ve hakların idareye geçmesidir. Bu tesisat ve haklar, Rachat bakımından bir bütündür; idare bunların bir kısmını alıp diğerlerini almaktan kaçınamaz, imtiyazcı da bunları hizmetin işlemesine engel olacak bir hale koyamaz. Rachat, çeşitli sebeplerle yapıldığından ve mali menfaatler elde etme amacıyla da Rachat mümkün olduğu için Rachat'nın amaç unsurunun tespiti çok zordur.

Satın alma hakkı, idarenin kamu hizmetinin asıl sahibi ve sorumlusu olmasından doğan bir imkân olduğundan, kullanılması için sözleşmede öngörülmüş olması gerekmez. Rachat, idare hukukuna özgü ve kamu kudretine dayanan olağan

¹⁷² Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1640.

¹⁷³ Bkz. Sıddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1641-1645.

ve sürekli bir yetkidir ve idarenin feragat ve ıskat edilmesi mümkün olmayan haklarındandır. Bu bakımdan bu hakkın kullanılmayacağına dair şartname veya sözleşmeye konulan bir hüküm geçerli olmadığı gibi bu hakkın kullanılmasını imkânsız hale getirecek derecede ağır şartlar da Rachat hakkından feragat ve bu hakkı ıskat niteliğinde kabul edilerek hükümsüz sayılacaktır.

Rachat, Türkiye’de geniş bir uygulama alanı bulmuş, Anadolu ve Bağdat Demiryolları ile diğer imtiyazlı şirketlerle işletilen demiryolları, İstanbul rıhtım şirketi, havagazı şirketleri, su şirketleri ve birçok imtiyazlı kamu hizmeti, Rachat yolu ile devletin mülkiyetine geçmiş ve bundan sonra birer kamu tüzel kişisi veya iktisadi devlet teşekkülü halinde işletilmişlerdir.

Rachat, re’sen (cebri) ve akdi olmak üzere ikiye ayrılır. Akdî Rachat; imtiyaz şartname ve sözleşmelerinde öngörülen şartlar dâhilinde, imtiyaz süresinin dolmasından önce, imtiyaz şartname ve sözleşmesinde öngörülen tazminat karşılığında, imtiyaz veren idarenin, imtiyazcıdan kamu hizmetini devralmasıdır. Ancak sözleşmedeki hükümler, re’sen uygulanacak rachat’dan çok ağırsa ve uygulanmasını fiilen imkânsız kılıyorsa, bu hükümler geçerli değildir. Re’sen rachat ise; sözleşmede rachat hakkında bir hüküm olmadığı veya sözleşme ancak belli bir sürenin dolmasından sonra rachat’yı kabul ettiği hallerde genel hükümlere göre uygulanan rachat’dır. Ancak belli bir süre geçtikten sonra rachat’nın uygulanabileceğine dair hükmün varlığına rağmen, idare sözleşmede kabul edilen süreden önce de re’sen rachat yoluyla imtiyaz sözleşmesine son verebilir ve imtiyaza el koyabilir.

Kamu yararına fesih olarak da adlandırılan re’sen rachat’ya, imtiyazı veren idare yanında yasama organının da bir kanunla karar verebileceği belirtilmektedir¹⁷⁴. Bu gibi durumlarda ilgili kanunun, imtiyazcının zararlarının nasıl karşılanacağını belirtmesi gerekir; belirtilmemişse imtiyazcı Danıştay’da açacağı tam yargı davasıyla tazminat isteyebilir. 20 Şubat 2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; “Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve

¹⁷⁴ Kemal GÖZLER; a.g.e., s.393.

dağıtım tesislerinden işletme hakları devri öngörülenlerden devir işlemlerini 30 Haziran 2001 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmelerinin hükümsüz sayılacağı” hükmü bu tür rachat’ya örnek olarak kabul edilebilir.

Rachat sonucunda imtiyazcıya verilecek bedelin ve tazminatın unsurları hukuken belli olmakla beraber bu konuda çıkacak bedel ihtilafları hakkında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Akdî rachat söz konusu olduğunda sözleşmede rachat bedeline de ilişkin hüküm varsa rachat bedeli bu hükümlere göre tespit edilir. Aksi halde rachat bedeli tespit edilirken şu dört unsur kullanılır:

- Amortisman çıktıktan sonra tesisat kıymetleri,
- Malzemeler, ambar mevcudu ve mobilya gibi menkul eşya kıymetleri,
- Kâr mahrumiyeti tazminatı,
- Şirket memur ve işçilerine verilecek tazminat.

Ayrıca idare, imtiyazcının üçüncü kişilere ve tahvil sahiplerine ödemesi gereken borçları da üstüne alır. Ancak idarenin, imtiyazcının borçlarını üzerine alması borcun nakli muamelesi sayılması gerektiğinden alacaklıların kabulü olmadıkça imtiyazcı, alacaklılarına karşı borcundan kurtulmuş olmaz¹⁷⁵.

F. YAP-İŞLET- DEVRET SÖZLEŞMELERİ

1. Genel Olarak

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil), sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini konu alan sözleşmelerdir. (3996 Sayılı Kanun, m. 3/a)

Yap-İşlet-Devret usulü, bir kamu hizmetine ilişkin tesisin özel girişim tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını yatırılan sermayenin

¹⁷⁵ Siddık Sami ONAR; **a.g.e.**, s.1645.

amortismanı ve belli bir kâr sağlanması amacıyla belli bir süre işletilmesini, daha sonra da bedelsiz olarak ilgili idareye devir ve teslimini sağlayan usuldür¹⁷⁶. Bu usul ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir¹⁷⁷.

Yap-İşlet-Devret Modeli, ülkemizde ilk kez 1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun “ile yasal bir çerçeveye oturtulmuştur¹⁷⁸. Yasa, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini iki biçimde düzenlemiştir. Birincisi, üretim tesisi kurup işletilmesi, ikinci ise mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan tesislerin işletme hakkının verilmesidir¹⁷⁹. Ancak, bu yasal çerçeveden sonra sıkıntılı bir dönem yaşanmıştır. Bu dönemde bu Yasa’ya ve ona bağlı yönetmeliklere göre yapılan sözleşmeler, Danıştay tarafından, sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi nedeniyle Danıştay incelemesinden geçirilmeksizin yapıldığı için iptal edilmiştir¹⁸⁰. Yasa koyucu bu nedenle 3974 sayılı Yasayla, Türkiye Elektrik Kurumu’nun özelleştirilmesini düzenleyen 3291 sayılı Yasa’ya ek hükümler getirerek, 3096 sayılı Yasa’ya göre yapılan sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi” olduğu hükmünü getirmiştir¹⁸¹. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁸². Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra 3996 sayılı yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasına eklenen “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte” ve “bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir” ibareleri de Yüksek Mahkeme tarafından Anayasanın 155. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 47. maddesine 4. fıkra eklenmiş, bu Anayasa değişikliğine paralel olarak, çıkarılan 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı kanunda değişiklik yapılarak bir yandan elektrik üretimi,

¹⁷⁶ Halil KALABALIK; **a.g.e.**, s.276.

¹⁷⁷ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.306.

¹⁷⁸ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.320.

¹⁷⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.675.

¹⁸⁰ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.312.

¹⁸¹ Bahtiyar AKYILMAZ; **a.g.e.**, s.313.

¹⁸² 09.02.1994 tarih ve E:1994/43,K.1994/42-2 Sayılı Karar. AMKD, C.1, s.299 -305.

iletimi, dağıtımı ve ticareti de 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış, diğer yandan ise 3996 sayılı Kanun uyarınca idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur¹⁸³.

Hukuksal rejimi 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun” ile düzenlenen Yap-İşlet-Devret modelinin kabul edilmesinin amacı, kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak ve kamu kesimini büyük harcamalardan ve kaynak israfından korumaktır¹⁸⁴.

2. Yap-İşlet-Devret Modelinin Hukuksal Rejimi

a. Sözleşmenin Niteliği

Yüksek Planlama Kurulu’nca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir (3996 Sayılı Yasa , m. 5)

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 47. maddesine eklenen fıkra, bir yandan kamu tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterileceği, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği öngörülmüş, Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle de; Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5. maddesi, “Yüksek Planlama

¹⁸³ Halil KALABALIK; **a.g.e.**, s.277.

¹⁸⁴ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.308.

Kurulu'nca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” biçiminde değiştirilmiş, gerekçesinde de Anayasanın 47. maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, Kanunun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir¹⁸⁵. Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır. Bu durumda, “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmayan bu tür sözleşmeler üzerinde Danıştay’ın inceleme yaparak görüş bildirme görevi bulunmamaktadır¹⁸⁶. Dolayısıyla, bu sözleşmeler hakkında inceleme yapılmasına ya da düşünce bildirilmesine yönelik idare tarafından yapılan bir istek Danıştay’ca reddedilir.

b. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirket sorumludur. Sermaye şirketi veya yabancı şirket, yaptıkları yatırım ve hizmetleri sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye teslim etmekle yükümlüdür. (3996 Sayılı Yasa , m. 9)

3996 sayılı Yasa ‘da öngörülen yatırım ve hizmetler için kamulaştırma yapılması gerekiyorsa bunu yapmak idarenin yükümlülüğündedir. Gerekli kamulaştırma işlemleri, idare tarafından, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır. Ancak , kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti, şirkete değil, idareye aittir. Kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen sermaye şirketi veya yabancı şirketçe ödenmesi hususu idare ile bu şirketler arasında yapılacak sözleşmelerde hükme bağlanabilir.(3996 sayılı Yasa, m. 10)

¹⁸⁵ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.310.

¹⁸⁶ Danıştay 1. Dairesi, E. 2003/108, K.2003/110. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

c. Sözleşmeden Doğan Haklar

Yap-İşlet-Devret usulünde, sermaye şirketi ya da yabancı şirketin en temel hakkı, elde edilecek kâr dahil olmak üzere, yatırım bedeli alınmaktır.

G. YAP-İŞLET SÖZLEŞMELERİ

Yap-İşlet usulü, elektrik enerjisi santrallerinin yerli veya yabancı sermaye şirketleri tarafından, tesisin mülkiyeti kendisine ait olmak üzere kurulup işletilmesini ve üretilerek enerjinin de TEAŞ'a satılmasını öngören modeldir¹⁸⁷. Yap-İşlet modeli, 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁸⁸ ve “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”¹⁸⁹ ile düzenlenmiştir. 4283 sayılı Kanun’da düzenlenen, Yap-İşlet usulü, Elektrik Enerjisi üretecek tesislerden yalnızca termik santrallerinin kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin uygulama alanı bulabilir. Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller yap-işlet usulüne konu edilemez¹⁹⁰.

TEAŞ ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır¹⁹¹.

Üretim şirketi ile TEAŞ arasında imzalanacak sözleşme, bir imtiyaz sözleşmesi değildir; ancak, idari bir sözleşmedir¹⁹². İmtiyaz usulünde sözleşme süresinin dolmasıyla birlikte işletme bedelsiz olarak idareye geçer. Oysa, Yap-İşlet usulünde, kurulacak tesisin mülkiyeti üretim şirketine aittir ve bu tesisin mülkiyetinin daha sonra idareye geçmesi zorunlu değildir¹⁹³.

¹⁸⁷ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.330 .

¹⁸⁸ Kabul Tarihi: 16.07.1997:RG 19.07.1997, Sayı:23054.

¹⁸⁹ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 1.8.1997 S.97/9853; RG. Tarihi: 29.8.1997 S.23095.

¹⁹⁰ 4283 Sayılı Yasa, M.1.

¹⁹¹ 4283 Sayılı Yasa, m.3/6.

¹⁹² Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.330.

¹⁹³ Zehra ODYAKMAZ - Ümit KAYMAK - İsmail ERCAN; **a.g.e.**, s.315.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ VE YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Yap-İşlet-Devret modeli ile; genellikle büyük sermaye ve ileri teknoloji gerektiren yollar, köprüler, limanlar, havaalanları gibi kamu yatırımların Devlete; uzun dönemde mali kaynak sağlayıcı metro yapımı, turizm tesisleri, alışveriş kompleksleri gibi projelerinde belediyelere doğrudan mali ve teknik bir yük getirmeden gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir¹⁹⁴. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21 Ocak 1994 günlü ve E. 1993/358, K. 1994/10 sayılı kararı ile bu yönde atılan adımlar sekteye uğratılmış ve 3096 sayılı Kanun'la deyim yerindeyse, omurgası belirlenmemiş Yap-İşlet-Devret Modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin tüm sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Danıştay ilgili dairelerin benzer kararları da bu kararı teyit eder niteliktedir¹⁹⁵.

Kamu hizmeti kavramı çok geniş bir kavramdır. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu imtiyaz değildir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, kamu hizmetini özel kişiye gördürmenin tek hukuki yöntemi olarak veya değişik sözleşme türlerini kapsayan bir şapka kavramı olarak görmek yanıltıcı sonuçlara götürebilir¹⁹⁶.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi'nin de, kamu hizmetinin, özel sektöre ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle devredilebileceği görüşünde olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Yüksek Mahkeme, 24 Mart 1996'da 22586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 28 Haziran 1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 Sayılı,

¹⁹⁴ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.117.

¹⁹⁵ Danıştay 1. Dairesinin 26.4.1995 gün ve E.1995/49, K.1995/93; 24.9.1992 gün ve E. 1992/232, K.1992/294; 5.2.1998 gün ve E. 1997/94; K. 1998/14; E.1999/2407, E:1999/4140. K. 2001/1952, E. 1999/1838, K. 2001/1189 K.2002/8707 sayılı kararları ile Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin E. 2007/1448, K.2007/4090; E. 2007/1624, K.2007/8707; E. 2007/4245, K.2008/3415 Sayılı kararlarında; Yap-İşlet-Devret modelinin aslında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinden başka bir şey olmadığı belirtilmiştir.

¹⁹⁶ Turgut TAN; **İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**, s.28.

kamuoyunda PTT'nin T'sinin özelleştirilmesi olarak bilinen 4107 Sayılı Kanunla ilgili vermiş olduğu kararında;

“... mobil telefon çağrı cihazı, data şebekesi v.b katma değerli hizmetler konusunda Bakanlıkça, sermaye şirketlerine, tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate alarak, işletme lisans ve ruhsatı verilebileceğini, bunun ise idari sözleşme ve özel olarak da imtiyaz sözleşmesi olduğu” belirtilmiştir¹⁹⁷.

Tüm bu mahkeme kararlarına rağmen Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden farklı olduğunu savunan yazarlar¹⁹⁸, imtiyaz müessesesi ile Yap-İşlet-Devret Modeli'nin karıştırılmaması için aralarındaki farklılıkların ana hatlarıyla ortaya konulması gerektiğini ileri sürmektedir. Yap-İşlet-Devret Modeli ile ilgili olarak bazı belediyeler ve Devlet Planlama Teşkilatı tarafından yapılan çalışmalar dikkate alındığında ikisi arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁹⁹.

- Yap-İşlet-Devret Modelinde, ilgili kurumların yetkili organlarının alacağı kararların uygulanmasının mümkün olmasına karşılık, imtiyaz müessesesinin herhangi bir hizmete uygulanması için Bakanlar Kurulu'nun kararına ihtiyaç vardır.

- Yap-İşlet-Devret de sözleşmenin süresinin üst sınırının tespitinde, yapılan tesisin mali portresine bakıldığı halde, imtiyaz sözleşmesinde verilen hizmetin mali portresine bakılır. Zira imtiyaz da, tesisten ziyade ön planda olan hizmetin kendisidir.

- Yap-İşlet-Devret Modelinde hizmetin gereği olarak kurulacak olan tesisler idare tarafından temin edildiği halde, imtiyaz işlemi, imtiyazda imtiyaz sahibi bedellerini ödemek suretiyle almak durumundadır.

- Yap-İşlet-Devret Modeli, ilgili kurumun tabi olduğu ihale usulüne göre kurulabildiği halde, imtiyaz işlemi Bakanlar Kurulu'nun belirlediği esaslar doğrultusunda uygulanabilecektir.

¹⁹⁷ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.118.

¹⁹⁸ H. Engin ŞENALP - Ali BİLİR; **Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği**, Türk İdare Dergisi, S.382, Mart 1989, s.153-154.

¹⁹⁹ H. Engin ŞENALP - Ali BİLİR; **a.g.e.**, s.153.

- Yap-İşlet-Devret Modelinde şirket tarafından yapılan tesisler bedelsiz olarak idareye geçmekte iken, imtiyazda idarece satın alınmaktadır.

- Tesislerde çalışacak yabancı personel sayısı bakımından Yap-İşlet-Devret de bir sınırlama söz konusu olmazken, imtiyaz da yabancıların sayısı bir tahdide tabidir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu kararlarından sonra 3096 Sayılı Kanuna göre gerçekleştirilmesi düşünülen tüm projeler çakmaza girmiş, bu nedenle de anılan yasaya göre yasama geçirilmiş bir Yap-İşlet-Devret Modeline rastlamak da neredeyse imkansız hale gelmiştir²⁰⁰.

²⁰⁰ Bayram KESKİN; **a.g.e.**, s.119.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN YARGISAL DENETİMİ

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yollarını inceleyeceğimiz bu bölümde, idari sözleşmelerden doğan davaların hangi tür davalar olduğu ve bu davaların görüleceği yargı koluna ilişkin açıklamaların yanı sıra idari sözleşmelerin yargısal denetiminde başvurulabilecek yargısal usuller ve bu usullere ilişkin tartışmalara değinmeye çalışacağım.

BİRİNCİ KISIM

I. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALAR

A. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ YARGI DÜZENİ

1. Genel Olarak

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılır. Ancak idari sözleşmeler idare hukukuna tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür. Bu sonuca Türkiye’de pozitif hukuk bakımından da ulaşabiliriz. 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre; “tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma için ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” bir idari dava türüdür. Keza 6 Ocak 1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının c bendi bu tür davaları çözümleme görevini idare mahkemelerine devretmiştir. Yine 6 Ocak 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde “.. tahkim yolu öngörülme

kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.” hükmüne yer verilmiştir.

Bir ülkede idari yargının görev alanı anayasa ile belirlenmiş ve bu belirlemeye göre idari sözleşmelerden doğan davalar idari yargının görev alanına giriyorsa, yasama organı kanunla idari sözleşmelerden doğan davaları adli yargının görev alanına sokamaz¹.

2. Anayasa Mahkemesi’nin İçtihadı

Anayasa Mahkemesi 28 Haziran 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararıyla, kanun koyucunun, idari sözleşmelerden kaynaklanacak davaları adli yargının görev alanına sokamayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmet Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5’inci maddesi hakkında şöyle demiştir:

“5. madde kapsamında bulunan ve özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idari yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile bu sözleşmeler İdari Yargı’nın görev alanından çıkarılmakla maddenin ikincisi tümcesi Anayasa’ya aykırı düşmektedir”².

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki kararında 1982 Anayasası’nda idari yargının görev alanın koruyan hükümler olduğu kanısındadır³. Mahkeme bu kararında şöyle demektedir:

“Anayasa’nın yargı yolu başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır biçimindeki kuralı kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren her türlü eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem

¹ Kemal GÖZLER; **İdare Hukuku**, C.I-II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.169.

² Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23, Sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 32, Cilt 1, s.162-163. Aynı satırlar Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 31, Cilt 1, s.302’de de bulunmaktadır.

³ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.170.

ve işlemler için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idare eylem ya da işleme karşı adli yargı yolu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın “kanuni hakim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin, birinci fıkrasında hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında idari uyuşmazlıkları çözümleme, Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.

Bu nedenle 3996 sayılı Yasa'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idari nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran 5. maddenin ikinci tümcesi, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir”⁴.

Anayasamızın 125'inci maddesinde; “idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” denmekte, ancak bu denetimin adli yargı organlarınca mı yoksa idari yargı organlarınca mı yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 125'inci maddesinde idari yargı alanının korunduğu sonucu çıkarılamaz⁵.

Anayasa Mahkemesi, yasama organının, idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığı yolundaki görüşünü, ikinci olarak Anayasa'nın 37'nci maddesinde düzenlenen “kanuni hakim güvencesi”ne dayandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; “tersine bir düzenleme, Anayasa'nın kanuni hakim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında ‘hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmaz’ biçimindeki kurala aykırılık oluşturur.” Anayasa Mahkemesi bu görüşü ile ceza hukuku alanında bireyleri korumaya yönelik bir “ferdi hürriyet” olan kanuni hakim güvencesini, idari yargının da görev alanını koruyan bir ilke olarak

⁴ Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 tarih ve 1994/71, K. 1995/23, Sayılı Kararı, AYMKD, S.32, C. 1, s.163.

⁵ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.171.

yorumlamıştır. 37’nci madde Anayasa’nın ikinci kısmının “kişinin hakları ve ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde bulunmaktadır. Bu bölümde bireyin temel hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir. Zaten 37’nci maddenin kendi metninde de “hiç kimse” denerek bu hakkın süjesinin idare değil birey olduğu vurgulanmaktadır⁶. Bununla birlikte Anayasa’nın 37’nci maddesi mahkemenin kanunla belirlenmesini öngörmekte iken, Anayasa Mahkemesi kanunla böyle bir belirlemenin yapılamayacağını söylemektedir.

Anayasa Mahkemesi yasama organının, idare hukuk alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu görevlendiremeyeceği yolundaki görüşünü, üçüncü olarak Anayasa’da Danıştay’ın düzenlendiği 155. maddesine dayandırmaktadır. Anayasa 155. maddede:

“Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncelerini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir”.⁷ denmektedir.

Anayasanın yukarda yazılı 155. maddesinde, idare hukukundan kaynaklanan davaların, Danıştay’da veya İdare Mahkemeleri’nde çözümleneceğine dair bir hüküm yoktur. Birinci fıkrada, Danıştay’ın görevinin “kanunda gösterilen belli davalara” ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak şeklinde açıklanmış, bu davaların idare hukukundan kaynaklan davalar mı oldukları yoksa idari eylem veya işlemlerden kaynaklanan davalar mı oldukları belirtilmemiştir⁸. İkinci fıkrada geçen “idari uyuşmazlıkları çözümlmek” görevindeki “idari uyuşmazlık” tan kastedilen şey, “idari işlere ilişkin idari uyuşmazlıklar” dır. Bir an bu “idari uyuşmazlık” tan

⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.171.

⁷ İkinci fıkra 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanundan önceki haliyle yazılmıştır.

⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, 1998, C. II, 5, s.122-123.

kastedilen şeyin “idari dava” olduğu kabul edilse bile değişen bir şey olmaz, çünkü Anayasa’da hangi davanın veya hangi uyuşmazlığın idari nitelikte olduğunu belirten bir hüküm yoktur⁹.

Bu durumun aksine Anayasamızda askeri idari yargının görev alanını koruyan hüküm vardır. Zira Anayasanın 157. maddesine göre; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir”. “Dolayısıyla kanun koyucu, “asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini” adli yargıya veremez. Verirse bu kanun Anayasa’ya aykırı olur. Bu şekilde, Anayasa’da idari yargının görev alanını net olarak ortaya koyan ve koruyan bir hüküm olmadığından, idari yargının görev alanının Anayasal koruma altında söylemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda açıklamaya çalıştığım kararında;

“... İdarenin kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemleri için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir...”

demektedir.

Bir idari işlemten kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü kanunla adli yargıya verilebilir. Türk hukukunda birçok idari işlem ve eylemden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargı kolunun görevli kılındığını görebiliriz¹⁰. Örneğin, Türk Medeni Kanunu’nda, İcra İflas Kanunu’nda, 1587 sayılı Nüfus Kanunu’nda, 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nda, 766 sayılı Tapular Kanunu’nda, 2942 sayılı İş Kanunu’nda, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda ve 5526 sayılı Kabahatler Kanununda çeşitli idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan davaların adli yargı yerlerinde çözümlenmesini öngören hükümler

⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.122-123.

¹⁰ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.173.

vardır¹¹. Bununla birlikte gerek Danıştay, gerekse Yargıtay, yasama organının çıkaracağı bir kanunla bir idari işleme karşı açılacak davada görevli yargı yerini belirleyebileceğine karar vermişlerdir¹².

Danıştay 13. Dairesi, 31.03.2008 tarih ve E. 2007/4245, K. 2008/3415 sayılı yakın zamanda vermiş olduğu bir kararında; yap-işlet-devret modeli ile yapılan bir sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olarak düzenlendiği gerekçesiyle sözleşmenin Danıştay’ca incelenemeyeceğine yönünde Danıştay Birinci Dairesince verilen karara rağmen, şu şekilde hüküm kurmuştur:

“Bahsi geçen sözleşmenin Danıştay incelemesine sunulması üzerine, Danıştay Birinci Dairesinin 20.04.1995 tarih ve E. 1995/44, K.1995/94 sayılı kararıyla: Ahiköy HES Sözleşmesinin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte, özel hukuk hükümlerine tabi olarak düzenlendiğinin anlaşıldığı, bu sözleşmenin Danıştay’ca incelenemeyeceği gerekçesiyle iadesine karar verilmiş, bu karar Danıştay İdari İşler Kurulunca onanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında ise “Anayasa Yargısı alanında bir hizmetin ‘kamu hizmeti’, bir sözleşmenin de ‘imtiyaz sözleşmesi’ olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapmaz. Tersî durum Anayasa’nın yargıya ve ön denetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz.”

Bu durumda, uyumsuzluğun özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklandığı ve görüm ve çözümünün, adli yargı yerine ait bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine ilişkin olarak İdare Mahkemesi’nce verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

¹¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.187-208; Celal KARAVELİOĞLU; **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C.I, Trabzon 1993, s.751-777.

¹² Danıştay 8. Dairesi, 7 Kasım 1991 tarih ve E. 1991/1400, K. 1991/1753, Sayılı Karar, Danıştay Dergisi, Sayı 84-85, s.613; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17 Kasım 1986 Tarih ve E. 1986/4898, K.1986/7786 Sayılı Karar, Yargıtay Kararlar Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, s.201.

Danıştay'ın bu kararında, aslında Anayasa Mahkemesi'nden çok da farklı düşünmediğini, 14 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın 47. maddesinde yapılan değişikliği¹³ ve 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanunun 2. maddesi ile yapılan değişikliği¹⁴ göz önüne almadığı, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklamış olduğumuz içtihadına bağlı olarak hüküm kurduğunu görmekteyiz. Danıştay 13.Dairesi bu kararında, 1999 da yapılan Anayasal ve yasal değişikliklerden ziyade Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılındaki içtihadını esas almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğim kararı ve benzer kararlarından sonra, 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra hükmüyle, kanun koyucuya idarenin sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yetkisi verilmiş, böylece kanunla nitelendirme ölçütü Türk hukuku açısından anayasal bir dayanağa kavuşarak geçerli hale gelmiştir¹⁵. Bu düzenlemeden sonra kanun koyucunun, idare ile özel kişi arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi halinde artık kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi mümkün görülmemektedir.

B. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARIN NİTELİĞİ

İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmeler karşı iptal davası açılmayacağı, bu durumun bir tam yargı uyuşmazlığı oluşturduğu doktrinde¹⁶ genel olarak kabul görmekle birlikte, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

¹³ 1982 Anayasası'nın 47. maddesi 14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali: "... Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. Devlet kamu iktisadi teşebbüsleri ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir...".

¹⁴ 3991 sayılı Kanunun 5. maddesinin: 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun'la değiştirilmiş hali "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir."

¹⁵ Ayhan TEKİNSOY; **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, TEKİNSOY, bu anayasa değişikliğinin, çözmeye çalıştığı sorunu daha da derinleştirdiği görüşündedir. TEKİNSOY, s.190.

¹⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.177: Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.417.

Kanunun'un ikinci maddesinin birinci fıkrasına¹⁷ bakarsak, idari yargıda üç çeşit dava türü olduğu düşünülebilir:

1. İptal davaları
2. Tam yargı davaları
3. İdari sözleşmelerden dolayı taraflar arsında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar

Böyle bir düzenleme ve sınıflama yanıltıcı olabilir. Çünkü üçüncü tür dava çeşidi olarak verilen “idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında oluşan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” aslında “tam yargı davaları”ndan başka bir şey değildir¹⁸. 2577 sayılı Yasa ile getirilen bu kuralın (m.2/1-c), sözleşmeden doğan tam yargı davalarını karara bağlamanın da yönetsel yargının görevi içinde olduğunu göstermek ve konuya biraz daha açıklık getirmek için konduğu belirtilmektedir¹⁹.

O halde idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında tarafların açtığı davalar bağımsız bir dava türü olmayıp tam yargı davasıdır. İdari sözleşmelere karşı, ancak bu sözleşmelerin tarafları tam yargı davası açabilirler²⁰.

Doktrinde genellikle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Tam yargı davalarında yetki” başlıklı 36. maddesinde²¹ geçen” İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme” ibaresine dayanılarak, sözleşmelerden doğan davalar tam yargı davası sayılmaktadır. Oysa bu ibare yetki

¹⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 1. fıkrası şöyledir: “1. İdari dava türleri şunlardır:
a. İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları
b. İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c. Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

¹⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.178, Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.614.

¹⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetsel Yargı**, Ankara, 2001, 14. Baskı, s.163-164.

²⁰ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.178.

²¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 36. maddesi şöyledir. Madde 36. İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme, sırasıyla:

a. Zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlemeye yetkili
b. Zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer
c. Diğer hallerde davacının ikametgahının bulunduğu yer, İdare Mahkemesidir.

bakımından idari sözleşmelerden doğan tam yargı davalarını genel yetki kuralından istisna ettiği anlamında da kullanılmış olabileceği gibi, aslında idari sözleşmelerden doğan davaların niteliğini de belirtir açıklıkta değildir²².

Bu davaları tam yargı davası olarak nitelendirenler arasında da açılacak davalar bakımından görüş birliği yoktur. Uyuşmazlıklar üzerine yalnız tam yargı davası açılabilip, iptal davası açılmayacağı görüşünü ileri sürenler yanında²³, hem iptal, hem de tam yargı davası açılabilmesi görüşünde olanlar da vardır²⁴.

Bu konuda kesin bir sonuca varabilmek için, idari sözleşmelerin başından sonuna kadar geçen aşamalar üzerinde durmak gerekir. İdari sözleşmede; sözleşmenin yapılmasına kadar geçen hazırlık aşaması, sözleşmenin yapılmasından sonra sözleşmenin yürütülmesi ve uygulanması aşaması, sözleşmenin son bulmasından sonraki aşama olarak üzere üç aşama vardır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu böyle bir ayırım yapma yoluna gitmemiş olduğu için, açılacak dava ve tabi olacağı yargı yeri bakımından sözünü ettiğimiz üç aşamanın her birinde çıkacak uyuşmazlıklardan doğan davalar ayrı ayrı ele alınması gerekir²⁵.

C. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARI AÇMA KOŞULU

İdari yargıya tabi bir davanın doğabilmesi için, İdari sözleşmenin, “kamu hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan bir sözleşme” olması gerekmektedir.

İdare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında yapılan sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklar, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi nedeniyle çıkmamışsa, bu uyuşmazlıklardan. doğan davalar, idari bir dava değildir ve idari

²² Zehra ODYAKMAZ; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, Cilt:2, S.1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1998, s.211.

²³ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK - Dinçer GÜVEN; **İdari Yargılama Usulü, Kanun, Açıklama, İhtihat**, Ankara, 1996, s.145.

²⁴ Kazım YENİCE - Esin YÜKSEL; **Açıklamalı-İhtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s.122 vd.

²⁵ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.212.

yargıya tabi olamaz²⁶. Ancak 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanunla değiştirilen İdari Yargılama Usulü Kanunu 2/1-c fıkradaki “genel hizmetler” ibaresi “kamu hizmetlerinden...” şeklinde değiştirilmiştir.

1. Sözleşmelerin Yapılmasına Kadar Geçen Hazırlık Aşamasında Doğan Davalar

a. Sözleşmeden Ayrılabilir İşleme Karşı İptal ve Tam Yargı Davası Açılması

Yapılacak sözleşme; ister özel hukuk hükümlerine bağlı olsun, ister idari sözleşme niteliğinde bir sözleşme olsun, sözleşme yapılıncaya kadar geçen aşamada idarenin bütün tasarrufları idare hukuku kurallarına tabidir. Çünkü sözleşme yapılıncaya kadar geçen aşamada alınan kararlar ve birbirini izleyerek sürdürülen işlemler, birer idari karar ve idari işlemdir²⁷. Bu aşamada çıkacak uyuşmazlıklar sözleşmeden değil, birbirini izleyen idari işleminden doğar. Bu nedenle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1-c fıkrasında ifadesini bulan” Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlarına ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar...” söz konusu değildir; çünkü henüz ortada sözleşme yoktur. Burada söz konusu olanlar, sözleşmeden “ayrılabilir işlem”lerdir.

Ayrılabilir işlem kuramının temel amacı; “belirli bir süreç içinde yer alan işlemlerin başlı başına hukuksal sonuçlar yaratmaları halinde, bu süreçten bağımsız olarak ve oluştukları anda iptal davasına konu edilebilmeleri”dir²⁸.

Sözleşmeden ayrılabilir işlemler, sözleşmenin akdedilmesine ilişkin olabileceği gibi sözleşmenin uygulanmasına da ilişkin olabilir²⁹. İdarenin özel hukuk

²⁶ Zehra ODYAKMAZ’ya göre: “İdari yargıya tabi bir davanın doğabilmesi için idari sözleşmenin” genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan bir sözleşme olması gerekmektedir. “Genel hizmetler” deyimini dar anlamda kamu hizmetini de içeren geniş kavramdır.” Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.213.

²⁷ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.213.

²⁸ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.213.

²⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.189.

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmekle beraber, bu tür sözleşmelerin akdedilmesine ilişkin olan ayrılabilir idari işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açılabilir.

Sözleşmenin akdedilmesine ilişkin ayrılabilir işlemlere karşı gerek üçüncü kişiler, gerekse sözleşmenin tarafları iptal davası açabilirler. Sözleşme konusuyla güncel, meşru ve aktüel menfaati ihlal edildiğin öne süren üçüncü kişiler, sözleşme yapılmadan önceki ayrılabilir işlemlere karşı iptal davası açabilirler. Örneğin, bir belediyenin yaptığı bir sözleşmede, bu sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlere karşı o belediyenin sınırları içinde yaşayan, belediyeye vergi ödeyen kişiler iptal davası açabilirler.

Sözleşme akdedilmeden önce ortaya çıkabilecek ve ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde iptal davasına konu olabilecek işlemlere örnek olarak;

- Usulüne uygun ihaleye çıkılmaması yönündeki işlem,
- İhaleye girecek olan kişinin şartları taşıdığı halde ihaleye katılmasına izin verilmemesine ilişkin işlem,
- İhalenin usulüne uygun yapılmaması,
- İhale kararının onanmasına ilişkin işlem³⁰,
- Belediye meclisinin belediye başkanına bir sözleşme akdetmesine izin ve yetki vermesine dair işlem³¹,
- İdarenin sözleşme akdetmeme yönünde aldığı karar,
- Sözleşme yapılacak kişinin belirlenmesine ilişkin işlemler gösterilebilir.

Türkiye’de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu usulleri işlenerek yapılan idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmektedir³². Ancak, ihale sözleşmelerinin akdedilmesine ilişkin olarak idare tarafından yapılan, ihale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin

³⁰ Metin GÜNDAĞ; **İdare Hukuku**, 9. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2004, s.155.

³¹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.189.

³² Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.190.

hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı ve iptali gibi işlemler, sözleşmeden ayrılabilir bir idari işlem olarak görülüp, idari yapıda denetleneceği, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, gerekse Danıştay tarafından kabul edilmektedir³³.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 3 Şubat 1997 tarih ve E. 1995/5, K. 1007/4 sayılı kararında; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre sözleşme aşamasına kadar idare tarafından yapılan işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğuna ve konulara karşı idari yargıda dava açılabilmesine karar vermiştir:

“2886 sayılı İhale Yasası bir kamu yasasıdır. Bu yasaya dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliktedir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı veya iptali gibi tüm hazırlıklar idarenin, yasanın verdiği yetkiye dayanarak tesis ettiği tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemlerdir”³⁴.

Danıştay’ın içtihadı da aynı yöndedir. Danıştay Onüçüncü Dairesi 02.04.2008 tarih ve E. 2007/10032, K. 2008/3545 sayılı kararında:

“Kamu ihaleleri nedeniyle sözleşme aşamasına kadar Yasa’ya (2886 sayılı Devlet İhale Yasası) dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yarinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların is özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerektiği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali

³³ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.511.

³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 3 Şubat 1997 Tarih ve E. 1995/5, K. 1997/4 Sayılı Kararı Resmi Gazete, 4 Mart 1997, Sayı 22923, s.29 Nakleden: Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.511.

istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir.”³⁵

diyerek bu durumu teyit etmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 19.02.2008 tarih ve E. 2007/2818, K. 2008/2545 sayılı kararında da:

“... İdarenin sözleşme hükümlerine dayanmaksızın 2886 sayılı Yasa hükümlerine aykırılıktan bahisle ve ihale sürecine ilişkin bazı karar ve işlemlerin hukuka uygun olmadığını öne sürerek ve kamu gücüne dayanılarak, tek yanlı olarak tesis ettiği ve icrai nitelik taşıyan bu işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisini verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmadığından, idari yargının görevinde bulunan uyuşmazlığın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yolundaki temyize konu kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır”

diyerek İdare Mahkemesi’nce;

“ ...özel hukuk hükümlerine tabi bir ilişkinin davalı idare tarafından tek taraflı feshedilip kira süresinin 10 yıl olarak yeniden belirlenmesinden ibaret olan kararın uygulanmasından doğan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı mercilerinin görevli olduğu gerekçeyle davanın görev yönünden reddine...”

ilişkin verilen kararı bozmuştur³⁶. Yargı içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, idarenin sözleşmenin hazırlanması aşamasındaki idari karar ve işlemleri dava konusu olmaktadır.

³⁵ Danıştay Onüçüncü Dairesi 03.04.2008 tarih ve E. 2007/10032, K. 2008/355 Sayılı Kararı, (Yayımlanmamıştır.)

³⁶ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 19.02.2008 tarih ve E. 2007/2818, K. 2008/2545 sayılı kararı yayımlanmamıştır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, ayrılabilir işlemler kuramı uyarınca dava konusu edilebilecek işlemler, yürütülebilir (icrai) özelliğe sahip, kesinleşmiş işlemdir³⁷. Buna göre, keşin ve icrai nitelik taşımayan, hazırlık işlemleri ile görüş bildiren işlemler, ayrılabilir işlem kuramının kapsamı içinde düşünülemez³⁸.

2. Sözleşmenin Akdedilmesinden Sona Ermesine Kadar Geçen Aşamada Açılacak Davalar

Sözleşmenin uygulanması döneminde idarenin müeyyide uygulama, sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma ve sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme yetkileri vardır. İdare bu yetkilerini kullanarak sözleşmenin uygulanması sürecinde bir çok idari işlem yapabilir ve bunların bir kısmı sözleşmeden ayrılabilir işlem niteliğinde olabilir. Bu durumda bunlara karşı iptal davası açılması mümkündür. Ancak burada üçüncü kişilerin başvurusuyla sözleşmenin taraflarının başvurusu arasında ayrım yapılmaktadır³⁹.

a. Âkit Taraflarca Açılabilir İdari Davalar

Sözleşme akdedildikten sonra, uygulanırken taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin davalar 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun değişik madde 2/1-c fıkrasında belirtilen davalardır. İdari sözleşmeye ilişkin bu tür davalar sözleşme yürürlükte kaldığı sürece açılabilir⁴⁰.

Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemler, sözleşmenin tarafları bakımından ayrılabilir işlem olarak kabul edilmezler⁴¹. Bu tür işlemler, sözleşmeden ayrılamaz ve iptal davasına konu olamaz. Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili

³⁷ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 21.04.2008 tarih ve E. 2006/5610, K. 2008/3843 sayılı kararında; “Bir idari işlemin, kesin ve yürütülmesi gereken nitelikte işlem olması iptal davasına konu edilebilmesi için zorunlu şartlardan olan işlemin kesin oluşu, idari karar olma sürecinde nihai sonucun ortaya çıkması bakımından önem taşımaktadır. “Kesinlik” kavramı, işlemi tesis eden idarenin nihai iradesini ortaya koymasını gerektirmekte, “yürütülmesi gereken” kavramı ise, işlemin uygulanmaya hazır, tamamlanmış bir işlem niteliğinde olduğunu göstermektedir”, diyerek bu konuya açıklık getirmiştir. (Karar yayımlanmamıştır.)

³⁸ Bkz. Celal ERKUT; **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s.128.

³⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.195; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.214.

⁴⁰ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.214.

⁴¹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.196.

işlemlere karşı açılmış bulunan davalar, tam yargı davası niteliğindedir⁴². Sözleşmenin nihai olarak sonuçlanmasından sonra sözleşme ilişkileri çerçevesinde yapılan işlemler ayrılabilirlik özelliğine sahip değildir⁴³. Bu çerçevede sözleşmenin feshi, iş sahibine yapılan ihtarlar, müeyyideler, ödemelerin reddi gibi sözleşmenin uygulanmasına yönelik işlemler, sözleşmeden ayrılarak iptal davasına konu olamazlar; dolayısıyla bunlara karşı sözleşmenin tarafları iptal davası açamazlar. Bunun sebebi “Paralel Dava Kuramı”dır⁴⁴. Yani davacının hakkını elde edebileceği herhangi bir dava var ise, iptal davası açamaz. O halde sözleşmenin uygulanması döneminde idarenin yaptığı işlemlere karşı sözleşmeci özel kişi, iptal davası değil, bir tam yargı davası türü olarak kabul edilen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu değişik madde 2/1-c fıkrası ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasının son bendinde öngörülen “idari dava”yı açabilecektir⁴⁵.

Sözleşmenin uygulanmasına yönelik herhangi bir işlemlerden kaynaklanan tam yargı davasına bakan hâkim, bu işlemleri iptal edemez; bu işlemlerin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, idareyi sözleşmeciye tazminat ödemeye mahkum eder. Veya idarenin yaptığı tek kanlı değişiklikler sonucunda sözleşme kanununda büyük değişiklikler olmuş ise sözleşmecinin talebi üzerine sözleşmenin feshine karar verebilir⁴⁶.

⁴² Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, 196.

⁴³ Murat SEZGİNER; **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000. s.154.

⁴⁴ “Paralel dava kuram, ilgili için herhangi bir dava mikanı varsa, iptal davası açılmayacağını öngörmektedir. İdarenin sözleşmeleriyle ilgili olarak da görevli bulunan bir sözleşme yargıcı mevcuttur. O halde sözleşmeye karşı bir iptal davası açılması söz konusu olamayacaktır. Sözleşmenin geçersizliği sözleşmesel işlemlerinin tamamının ortadan kalkmasına yol açtığına göre, sözleşme hakimi sözleşme ilişkisiyle bağlantılı tüm işlemlerin doğal yargıcıdır ve bu sebeple iptal davası yargıcının yetkisinden söz edilemez”. Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.138-139.

⁴⁵ Kemal GÖZLER; sözleşmenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin davayı “sözleşme davası” olarak görmektedir. Bkz. Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.196.

⁴⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.197.

b. Fransa’da Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin İşlemlerin Yargısal Denetimi Sorunu

Fransa’da, iki istisna dışında, sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin işlemlere karşı iptal davası açılmamaktadır⁴⁷. Birinci istisna, 2 Mart 1982 tarihli Yerel Yönetimlerle ilgili bir Kanun⁴⁸ dur ve yerel yönetimler tarafından imzalanan bazı sözleşmelere karşı valinin iptal başvurusunda bulunabileceğini öngörmüştür⁴⁹.

Genellikle valiliklerin kanuna göre açtıkları dava, Fransız doktrinde iptal davası olarak anılmakta ise de; kanunun valilikler için öngördüğü davanın bir iptal davası olmayıp, sözleşmenin feshine ilişkin teknik bir dava olduğu, ancak iptal davası ile elde edilebilecek olan hukuki sonuçları doğurduğu görüşündeki gerçek de yadsınamaz⁵⁰.

1982 tarihli Kanun’a göre valilik; yerel yönetimlerin özel hukuktan kaynaklanan işlemleri hakkında idari yargıda dava açamaz. Bu nedenle özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan satın alma sözleşmeleri ile istikraz sözleşmeleri iptal davalarına konu olamazlar⁵¹.

İkinci istisnayı oluşturan, ayrılabilir işlem kuramı gereği açılabilen iptal davalarına gelince; Fransa’da 1964 yılına kadar süregelen içtihat, sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin işlemlere karşı iptal davalarının kabul edilemeyeceği yolunda idi. Conseil d’Etat, ilk olarak sözleşme ve sözleşme öncesi yapılan tek yanlı işlemlerin bir bütün oluşturduğu ve sözleşme ile onun ayrılmaz parçalarının iptal davasına konu olamayacağı kararına varmıştır⁵². Bu karardan sonra, sözleşme öncesi yapılan tek yanlı işlemler ile sözleşmenin bütün oluşturduğu yönündeki “ilhak kuramı” (théorie de

⁴⁷ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.215.

⁴⁸ Söz konusu kanun yerel yönetimlerin kamu hukuku nitelikli tüm sözleşmelerini kapsayacak şekildedir. Özel hukuk sözleşmeleri ise idare mahkemesi yargıcının yetkisiz olduğu bir sözleşmedir. Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.113.

⁴⁹ Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.114.

⁵⁰ Celâl ERKUT; **İdari İşlemin Kimliği**, s.41.

⁵¹ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.215.

⁵² CE.30 Avr.1863, De Boulogne, Schwartz, s.1092 Nakleden: Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.114.

Incorporation)⁵³ düşüncesinden 1964 yılına kadar vazgeçmeyerek, sözleşme ve ayrılmaz parçaların iptal davasına konu olamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, 1964 yılında verdiği bir kararla, üçüncü kişilerin, sözleşmesinin yürütülmesi konusunda alınan tek yanlı idari kararlara karşı iptal davası açabileceklerini kabul etmiştir. Bu karar ayrılabilir işlem kuramının alanını genişletmiştir.

Kural olarak idari sözleşmelerin feshi kararı için iptal davası açılmaz ve mahkeme feshin iptaline karar veremez. Ancak feshin bir tazminat ödenmesine hak verip vermediğini araştırabilir⁵⁴.

c. Türkiye’de Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin İşlemlerin Yargısal Denetimi Sorunu

Türkiye’de Danıştay içtihatlarına göre, kamu ihaleleri nedeniyle, sözleşme yapıldıktan sonra tarafların iradeleri ile ortaya çıkan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargının görevinde olduğu kabul edilmektedir. Danıştay Onüçüncü Dairesi, 19.02.2008 tarih ve E. 2007/2818, K. 2008/2545 Sayılı Kararı’nda;

“2886 sayılı Devlet İhale Kanununda sayılan işlerle ilgili olarak yapılan ihalelerde, kanunilik ilkesi gereği, idarenin yasa kurallarına uyması zorunlu bulunmaktadır. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re’sen ve tek yanlı olarak tesis edilen ihale işlemlerinin yargısal denetimi, idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerinin görevinde olup, ancak ihale safhası tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra tarafların iradeleri ile ortaya çıkan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ise adli yargının görevine girmektedir...”⁵⁵

⁵³ İlhak Kuramı’na göre; sözleşmeler sadece iki yanlı bir irade uyuşması şeklinde ortaya çıkmazlar. Sözleşmenin imzalanmasından önce (sözleşme yapma izni gibi) veya sözleşme imzalandıktan sonra (sözleşmenin onayı gibi) tamamen idare tarafından yapılan tek yanlı işlemler de yoğun şekilde söz konusu olurlar. Bu tür işlemlerin sözleşmeyle bir bütünlük oluşturdukları düşüncesi, sadece nihai, final işleme bir hukuki değer atfeden buna karşılık dayanak, destek işlemi olarak adlandırılan işlemlerin ise ayrıca bir hukuki değere sahip olmadığı ifade eden görüşten kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre dayanak işlemleri birer hazırlık işlemi niteliğindedir ve iptal davası yargıcı önüne götürülemez. Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.137-138.

⁵⁴ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.216.

⁵⁵ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 19.02.2008 tarih ve E. 2007 tarih ve E. 2007/2818, K. 2008/2545 sayılı Kararı (*Yayımlanmamıştır*).

demiş; 3 Ekim 2007 tarih ve E. 2007/4348, K. 2007/5660 sayılı bir başka kararında Danıştay Önüçüncü Dairesi, aynı yönde;

“... olayda uyuşmazlığın sözleşme aşamasından önceki aşama ile bir ilgisinin bulunmadığı, alınan kararın davacıya ihale yapıldıktan sonra davacının, sözleşmeden doğan ifa yükümlüğüne aykırı hareket ettiği, sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmediği iddiasıyla sözleşmenin feshedilerek teminatın irat kaydedilmesi yönünde oluşu; dava konusu işlem her ne kadar idarece tek taraflı tesis edilmiş olsa da, eşitlik ilkesine uygun olarak kamu gücü kullanılmadan anlaşma yoluyla kurulan özel hukuk ilişkisinden doğan taahhütlerin sözleşme ve eki şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle tesis edilen dava konusu işlemin özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiği...”

gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar veren İdare Mahkemesi kararını onamıştır⁵⁶.

d. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılabilir İdari Davalar

Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemler, üçüncü kişiler bakımından ayrılabilir işlem niteliğindedir; bunlara karşı üçüncü kişiler iptal davası açabilirler. Zira, bu tür işlemlere karşı, bu tür işlemlerden etkilenebilecek olan üçüncü kişileri korumanın başka bir yolu yoktur⁵⁷. Fransız Danıştay’ı ilk defa 24 Nisan 1964 tarihli “S.A.des livraisons industrielles et commerciales” kararında, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı üçüncü kişilerin iptal davası açabileceğine karar vermiştir⁵⁸. Örneğin, sözleşmenin feshedilmesi veya feshedilmesinin reddi ile sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin işlemler üçüncü kişiler bakımından ayrılabilir işlem niteliğindedir; bunlara karşı üçüncü kişiler iptal davası açabilirler. Ancak sözleşmenin uygulanması döneminde idare tarafından yapılan her işlem ayrılabilir işlem niteliğinde değildir. Örneğin, idarenin sözleşmenin akdi hükümlerine dayanarak müeyyide uygulama işlemi, tarafların mali ilişkilerine ilişkin

⁵⁶ Danıştay Önüçüncü Dairesi, 03.10.2007 tarih ve E. 2007/2818, K.2007/5660 Sayılı Kararı. (Yayımlanmamıştır).

⁵⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.195.

⁵⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.195; Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.216.

işlemlerin sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olmadıkları ve dolayısıyla bunlara karşı üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılmayacağına ilişkin Fransız Danıştay'ının kararları vardır⁵⁹.

İdari sözleşmelerden dolayı açılacak davaların yalnız âkit taraflarca açılması gerekmemektedir. Kamu hizmetinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi, hak veya menfaatinin ihlali halinde, sözleşmenin konusu olan kamu hizmeti ile ilgili olarak idari sözleşmenin iptali için dava açabilir⁶⁰.

Üçüncü kişi sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinden yararlanan bir kişi olabileceği gibi, vergi yükümlüsü, kararının alındığı kurul üyesi, malları elinden alınan işletmeci gibi gerçek ve tüzel kişiler de alabilir. Ancak bu kişilerin dava açabilmesi için sübjektif ehliyeteye sahip olmaları gerekir. Yani dava açanın, sözleşmenin akdi ile ilgili bir işlemin iptal edilmesiyle de menfaati olmalıdır. Eğer ayrılabilir işlem kuramına göre iptal halinde sözleşmenin hukuka aykırılığı sonucu doğarsa, butlan davasını sadece taraflar açabilir, üçüncü bir kişi açamaz⁶¹.

Üçüncü kişinin hak veya menfaatinin ihlali, idarenin sözleşmeye ilişkin bir işlem veya eyleminden doğmuş ise, üçüncü kişi davayı idari yargı yerinde idareye karışı açacaktır. Uyuşmazlık idarenin değil de âkidin eylem veya işleminden doğmuşsa dava, adli yargıda o âkide karşı açılacaktır.

Danıştay, üçüncü kişilerin, idari sözleşmelerden dolayı mevcut, meşru ve aktüel menfaatleri ihlal edilmişse sözleşmenin mevzuata aykırılığından dolayı dava açabileceklerini kabul etmiştir.

Danıştay Onuncu Dairesi, 6.2.2002 tarih ve E. 1999/2543, K.2002/348 sayılı kararında:

“Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince

⁵⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.196.

⁶⁰ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.217.

⁶¹ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.217.

belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğunun anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır.

Bu durumda, davacı (...) Vakfın vakıf senedinde yer alan ve Vakfın Genel Amaçları başlıklı 3. maddesinde “özelleştirme uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek, bu konularda çalışanların örgütleri ve başkaca kamusal ve özel kuruluşlarla işbirliği yapmak” şeklinde yer alan amacı doğrultusunda, doğal gaza dayalı termik santral kurma ve işletilmesi konusundaki sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada; davacı vakfın sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir...”

diyerek menfaat ilişkisinin varlığı halinde üçüncü kişilerin sözleşmeye karşı iptal davası açabileceğine karar vermiştir.

Üçüncü kişinin hakkı veya menfaatinin ihlâli, sözleşmenin konusu idari hizmetle bağlantılı olarak ve bu idari hizmetin yerine getirilmesinden doğuyorsa, hizmetin asıl sahibi sıfatıyla idare sorumludur⁶².

Fransa’da idari sözleşmeden zarar gören üçüncü kişiler 1982 tarihli Kanun’a göre validen idari işlemler için dava açmasını isteyebilirler. Böylece mahalli idarelerin bütün sözleşmeleri ve mahalli otoritelerin sözleşmeye ilişkin bütün işlemleri, özellikle sözleşmenin uygulanması ile ilgili yerel yürütme organı kararları üçüncü kişilerin inisiyatifi ile dava konusu olabilmektedir⁶³.

e. Danıştay’ın İdari Sözleşmelere Karşı İptal Davası Açılabileceği Yolundaki İçtihadı ve Eleştirisi

Danıştay, 25-30 yıldır idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabileceğini kabul etmekte, idari sözleşmelere karşı açılan davalara bakmakta ve idari sözleşmeleri iptal edebilmektedir⁶⁴.

⁶² Danıştay Altıncı Dairesi’nin 18.03.1970 gün ve E. 1966/2898, K.1970/713 Sayılı Kararı. Bkz. Kâzım YENİCE - Ersin YÜKSEL; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usul Kanunu Şerhi**, s.216.

⁶³ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.217.

⁶⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.261.

İdari sözleşme, idarenin tek yanlı bir işlemi değil, idare ile bir özel kişinin iradesinin birleşmesiyle oluşan bir işlemdir. İptal davası ise, idarenin tek yanlı iradesiyle oluşan idari işlemlere karşı açılabilen bir davadır. Demokratik bir hukuk sisteminde idari yargı organlarının özel kişilerin değil, idarenin iradesini denetlemeye yetkileri vardır. Bu nedenle idari yargı organlarının, yarısı itibariyle özel kişilerin iradesiyle oluşmuş bir işlemi denetlemeleri, hukuki işlem teorisi çerçevesinde hukuk mantığına aykırıdır⁶⁵.

Keza idari sözleşmeler, taraflar arasında subjektif bir ilişki, karşılıklı hak ve borçlar yaratır. Objektif bir dava türü olan iptal davasının bu tür subjektif durumlar üzerinde hüküm doğurması beklenemez. İdari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilirse, bu dava sadece sözleşmenin taraflarınca değil, üçüncü kişiler tarafından da açılabilecektir. Oysa tarafların arasında hak ve borç doğuran bir işlem üçüncü kişileri ilgilendirmez⁶⁶.

Bununla birlikte, idari sözleşme bir hukuksal işlemdir ve iptal davasına konu olabilecek “idari bir işlem” değildir⁶⁷. Bilindiği gibi idari işlem, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile yaptığı hukuksal işlemlerdir; ancak bu tür işlemler iptal davasına konu olabilir. İdari bir sözleşmenin, iptal davası yolu ile iptal edilmesi söz konusu değildir. İdari sözleşmeler ancak tam yargı davası yolu ile feshedilebilirler. Bunun için de menfaat ihlali yetmez, hakkın ihlali gerekir⁶⁸.

Ayrıca sözleşmeler, içerdikleri hükümler bakımından sadece taraflar için geçerli kuralları ifade ederler. Sadece belli kişilere yönelmiş bir emri ifade ettiği için özel norm olarak adlandırılırlar ve genel bir emir olmaması ve uygulanması durumunda son bulacağı için düzenleyici işlem ya da kural olarak değerlendirilemez⁶⁹.

⁶⁵ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.202.

⁶⁶ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.202.

⁶⁷ Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetmelik Yargı**, s.161-162.

⁶⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetmelik Yargı**, s.162 Yazar, idari sözleşmede değişiklik yapan sözleşmeye karşı değil, idarenin imtiyaz sözleşmesinde değişiklik yapılmasına ilişkin işlemine karşı iptal davası açılması gerektiğini ve sözleşmeden ayrılabilir bir işlemin gerektiğini belirtmektedir (s.162).

⁶⁹ Mukbil ÖZYÖRÜK; **İdari Hukuku - İdari Yargı Ders Notları**, Teksir, Ankara, 1977, s.19.

Danıştay, 1976 yılında Türkiye Elektrik Kurumu ile Türkiye Azot Sanayi Genel Müdürlüğü arasında yapılan enerji sözleşmesinin iptali istemiyle Gemlik Belediye Başkanlığı tarafından açılan davayı kabul etmiştir⁷⁰. Aynı şekilde TEAŞ Genel Müdürlüğü ile özel bir şirket arasında Ankara Bölgesinde doğal gaz dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada, ehliyet yönünden davanın reddi yolunda verilen kararı bozmuştur. Bozma gerekçesinde;

“..4283 sayılı Yasa ile düzenlenerek Yap-İşlet-Devret Modeliyle getirilen, üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu anlaşıldığından, 2575 sayılı Yasa’nın 24. maddesi uyarınca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptaline ilişkin bulunan davanın görüm ve çözüm yerinin, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir”⁷¹.

Ankara Dokuzuncu idare Mahkemesi, 4.10.2000 tarih ve E. 1999/577, K. 2000/831 Sayılı Kararı ile; İdare ile GSM işletmecisi özel şirketler arasında imzalanan şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmesi (Ara Bağlantı Sözleşmesi) ni iptal etmiş ve karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir⁷².

⁷⁰ Danıştay Onikinci Dairesi’nin 2.11.1976 tarih ve E. 1974/1958, K.1976/2141 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi, S.26-27, s.509: “...devamlı ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı idareler arasında akdedilen idari sözleşmeden dolayı, davacının menfaatinin ihlali iddiasıyla ve mevzuata aykırılığından bahisle anılan sözleşmenin iptali istemiyle açılan işbu dava Danıştay’ın görevine girdiğinden görev ve ehliyetle ilişkin def’iler yerinde görülmeyerek işin esasının incelenmesine geçildi.”

⁷¹ Danıştay Onuncu Dairesinin 6.2.2004 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 Sayılı Kararı. Bu kararda Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin bir imtiyaz sözleşmesi olduğu da kabul edilmiştir. Karar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr>.

⁷² Mahkeme karar gerekçesinde; GSM Şebekeler arası İrtibat ve İşbirliği sözleşmesi (Ara Bağlantı Sözleşmesi)’nin konusunun kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilere idarece kamu yararı çerçevesinde gördürülmesi olduğuna göre, imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşmelerin kamu yararına aykırı olmaması gerektiğine vurgu yapmış ve sözleşmeyi iptal etmiştir. Bu karar doktrinde ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Kemal GÖZLER; idare ile özel kişinin yaptığı bir sözleşmede, sözleşmenin bazı mali hükümlerinin bir üçüncü kişinin açtığı iptal davası sonucu iptal edilmesi karşısında, ülkede ne hukuk güvenliğinden ne de hukuk devletinden bahsedilemeyeceğini söylemektedir. Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.206; (Kararı nakleden: Ali ULUSOY; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milletlerarası Tahkim Seminerine Sunulan Tebliğ, Dipnot 23)

Danıştay Onuncu Dairesi, 29 Nisan 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 Sayılı Kararı ile (AKTAŞ kararı) de; İstanbul İli Anadolu yakasında elektrik dağıtımına ilişkin işletme hakkının AKTAŞ Elektrik Ticaret Anonim Şirketi'ne verilmesine dair Türkiye Elektrik Kurumu ile bu şirket arasında 30 Mart 1990 tarihinde akdedilen sözleşmeye karşı bir üçüncü kişi tarafından açılan iptal davasında Türkiye Elektrik Kurumu ile AKTAŞ⁷³ Elektrik Ticaret A.Ş. arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptaline karar verilmiştir. Danıştay bu kararında:

“İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması ve sona ermesinde çıkacak her türlü uyuşmazlık, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi, idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir.

İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olmaları nedeniyle açılan iptal davalarında, idari yargı yerlerince yapılan re’sen inceleme sırasında, işlemlerin belirtilen hallere aykırılık taşıyıp taşımasına göre karar verilebileceği tartışmasız olup; dava konusu idari sözleşmelerin yargı yerince incelenmesi sırasında yukarıda değinilen hususların dikkate alınacağı tabidir.”⁷⁴

demıştır.

Yukarıdaki alıntıdan da görüleceği gibi, Danıştay, iptal davası bakımından idarenin tek yanlı işlemleri ile idari sözleşmeler arasında bir fark görmemekte; idari sözleşmelerin de “idari işlem niteliği taşıdığını” vurgulamakta ve bir idari sözleşmelere karşı açılan iptal davasının da idari işlemler de olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırı olup olmadığını incelenebileceğini söylemektedir.

⁷³ Danıştay Dergisinde yayınlanan karar metninde “AKTAŞ” yerine... “Elektrik A.Ş” ibaresi geçmekte, ancak bu kararda geçen A.Ş’nin AKTAŞ olduğu bilinmekte ve genellikle de bu karar “AKTAŞ” kararı olarak anılmaktadır. (Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN; **a.g.e.**, s.262; İl Han ÖZAY; **Günışığında Yönetim**, s.262).

⁷⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, 29 Nisan 1993 Tarih ve E: 1991/1, K. 1993/1752 sayılı AKTAŞ kararı, Danıştay Dergisi, s.88, s.465.

Oysa ki idari sözleşmeler tek yanlı değil, idarenin iki yanlı işlemidir. İptal davası ise, idarenin iki yanlı işlemlerine karşı değil tek yanlı işlemlerine karşı öngörölmüş bir usuldür. Özel kişinin iradesinin de katılımıyla oluşan iki yanlı bir işlemin iptal edilmesi de düşünölemez⁷⁵.

İptal davasının kabul edilebilirlik şartı olarak tek yanlı – çok yanlı işlem ayırımına dayanılmasının şekli bir ayırım olduğu, bu işlemler arasında nitelik farkı olmadığı, mantiki olarak uyumsuzlukların ayırımının işlemlerinin dış niteliklerine dayandırılmayacağını belirten yazarlar da vardır⁷⁶.

Türk idari yargı organları , idari sözleşmelere karşı açılan iptal davalarında, ayrılabilir işlem veya düzenleyici işlem teorisini uygulamadan doğrudan doğruya sözleşmenin kendisinin hukuka uygunluğunu araştırıp iptal etmektedirler. Yukarıda da açıklandığı gibi sözleşmenin kendisi, sözleşmenin akdi hükümleri, özellikle mali hükümleri, iki taraflı bir işlemdir; tarafların karşılıklı iradeleriyle oluşmuştur ve bu nedenle iptal davası denen davaya konu olamaz⁷⁷. Keza tarafların mali nitelikte hak ve borçlarına ilişkin idari sözleşmelerin akdi hükümleri, taraflar arasında sübjektif durum yaratır⁷⁸. Tarafların arasındaki bu durum üçüncü kişilerin menfaatini ihlal etmez. Dolayısıyla üçüncü kişilerin iptal davası açabilmeleri için gerekli olan sübjektif ehliyet koşulu da oluşmayacağından, üçüncü kişilerin bunlara karşı iptal davası açması genel hukuk mantığıyla da bağdaşmaz. İdarenin eylem ve işlemlerini

⁷⁵ İptal davasının sadece idarenin tek yanlı işlemlerine karşı açılacağı, sözleşmenin ise iki yanlı niteliğı dolayısıyla iptal davasına konu olamayacağı görüşü yeni tartışmalar da beraberinde getirmiştir. Bu tartışma idarenin sözleşmelerinin tek yanlı olup olmadığı hususudur. Böyle bir tartışma idarenin sözleşmelerinin idarenin sözleşmelerinin, bir müzakere sonucunda oluşan , iki eşit iradeye sahip tarafların imzalamış bulunduğu sözleşmelerden farklı olmasından kaynaklanan doğal bir sonuçtur. Gerçekten de idarenin normal bir sözleşmede bulunmayan yetkilere sahip olduğu idari sözleşmeler, hatta genelde tip sözleşme şeklinde gerçekleşen özel hukuk alanındaki sözleşmeler böyle bir tartışmayı kaçınılmaz kılıyor. Bkz. Murat SEZGİNER; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.117.

⁷⁶ İl Han ÖZAY; sırf iki taraf arasında imzalanmış olduğu için sözleşme adını taşıyan bu türün, aslında bir “katılma-işlem” olduğunu belirtmiştir. (İl Han ÖZAY; **Günışığında Yönetim** s, 414; SEZGİNER, Murat; **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.123) Onur KARAHANOGULLARI; Türkiye’de idari sözleşmelere karşı sadece iptal davası açılabilmesini “Fransız İdare Hukuku’na nazaran Türk Hukuku’nun ileriliğı” olarak nitelendirmiştir. (Onur KARAHANOGULLARI; **Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim**, Ankara, Turhan Kitabevi yayınları 2002, s.327)

⁷⁷ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.205.

⁷⁸ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.205.

hukuka uygunluğunu denetlemek için var olan idari yargı organlarının, tarafların arasında olan bir şeye müdahale etmeleri sonucuna ulaşmak oldukça güçtür.

İdari yargı organlarının bu tutumu, hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecektir. Bir hukuk devletinde tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşumu ile akdedilen bir sözleşme “tarafların kanunu” yerine geçer⁷⁹. Bu sözleşmeye baki kalır ve ahde vefa ilkesi uyarınca buna uyulur. Böyle bir sistemde, bu sözleşmede ancak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla değişiklik yapılabilir veya böyle bir sözleşme ancak tarafların ortak rızalarıyla sona erdirilebilir. Türkiye’ de ise Danıştay’ in idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilmesine izin veren bu içtihadı nedeniyle, idare ile özel kişinin yaptığı bir sözleşme, özel kişinin haberi dahi olmadan bir üçüncü kişinin açtığı bir iptal davası sonucunda sona erdirilebilir veya bu sözleşmenin bazı hükümleri iptal edilerek sözleşmenin bütünlüğü bozulabilir. Böyle bir durumda, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinden bahsetmek oldukça güçleşecektir.

Bununla birlikte iptal davası objektif bir davadır; dolayısıyla taraflar arasında sübjektif haklar ve ödevler doğuran bir işlem olan idari sözleşmeye karşı üçüncü kişilerin iptal davası açması muhakeme hukuku uyarınca mümkün değildir⁸⁰.

İdari sözleşme, idare ile özel kişinin iradelerinin uyuşumuyla ortaya çıktığına göre, idari sözleşmeye karşı iptal davası açılabilmesi, sadece idarenin iradesinin denetlenmesi değil, aynı zamanda özel kişinin iradesinin de idari yargı organları tarafından denetlenmesi anlamına gelir ki, demokratik bir hukuk devletinde özel kişilerin iradesi, sadece genel yargı düzeni olan adli yargı tarafından denetlenebilir⁸¹.

3. İdari Sözleşmeler Sona Erdikten Sonraki Aşamada Açılacak Davalar

Bu aşamada da; aynen sözleşme akdedilmeden önce, sözleşmenin hazırlık aşamasında taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan doğan davalar gibi açılacak davalar birer idari davadır ve idari yargı yerlerinde çözümlenir. Örneğin, sözleşme

⁷⁹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.205.

⁸⁰ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.205.

⁸¹ Kemal GÖZLER; **a.g.e.**, s.207.

süresi bittikten sonra uzatılmaması veya isteğe rağmen sözleşmenin yenilenmemesi gibi hallerde iptal veya tam yargı davası açılabilir⁸². İdarenin takdirinde olan Rachat halinde ise amaçsal yönden iptal davası düşünülebileceğini belirten yazarlar vardır⁸³.

D. SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDAN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ İDARÎ YARGI YERİ

Yukarıda da açıkladığımız gibi sözleşmeler bakımından üç aşama söz konusudur. Birincisi sözleşmenin yapılması ile ilgili hazırlık aşaması, ikincisi sözleşme yapıldıktan veya uygulanmaya başlandıktan sona erinceye kadar olan sözleşmenin yürürlükte bulunduğu aşama, üçüncüsü sözleşmenin sona ermesinden sonraki aşamadır.

Görevli yargı yeri ve görevli mahkeme bu üç aşamaya göre belirlenir. Sözleşme ister özel hukuk sözleşmesi, ister idarî sözleşme olsun, genellikle sözleşmenin akdinden önceki hazırlık aşamasında ve sözleşmenin sona ermesinden sonraki aşamada çıkacak uyuşmazlık ve anlaşmazlıklardan doğan davalarda görevli yargı yeri idarî yargıdır. Çünkü bu aşamalarındaki çıkan uyuşmazlıklar, idarenin işlem ve eylemlerinden doğarlar. Bu işlem ve eylemlere karşı açılacak davalar, iptal ve tam yargı davalarıdır. Davaların çözüm yeri de idare mahkemeleridir (BİM. md.5/1, a-b).

Sözleşme akdedildikten sonra görevli yargı yeri ve mahkemeyi belirlemek için sözleşmenin niteliği göz önünde bulundurulur. Sözleşme, özel hukuk sözleşmesi ise görevli yargı yeri adlî yargıdır.

Osmanlı Devleti döneminde de idare tarafından özel hukuk hükümleri uyarınca yapılan sözleşmeler, adlî yargının inceleme ve denetimine tâbi tutulmuştur⁸⁴.

⁸² Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.218.

⁸³ Sıddık Sami ONAR; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Baskı, İstanbul, 1966, s.1638, Yüksel ESİN - Kazım YENİCE; **Açıklamalı – İctihath – Notlu İdari Yargı Usulü**, Ankara, 1983, s.123.

⁸⁴ Rüştü ARAL; **Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi – İdarî Davalar – İmparatorlukta İdarî Sözleşmeler**, Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868 - 1968), Ankara, 1968, s.421.

Sözleşme İdarî sözleşme ise o takdirde görevli yargı yeri idarî yargı ve görevli mahkeme de idare mahkemesidir (BİM md. 5/1 c).

İdarî sözleşmelerin idare tarafından tek yanlı olarak feshinden dolayı çıkan anlaşmazlıkların idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerekir⁸⁵.

Ancak imtiyaz sözleşmelerinden doğan idarî davalarda görevli mahkeme idare mahkemesi değil, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay' dır (DK. md.24/1 son cümle).

E. SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDAN DOĞAN DAVALARDA YETKİLİ İDARÎ MAHKEME

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan davalarda yetkili mahkeme problemi söz konusu değildir. Çünkü davaya ilk derece mahkemesi olarak bakmaya görevli olan Danıştay, aynı zamanda yetkili mahkemedir. İmtiyaz sözleşmelerinden başka idarî sözleşmelerden doğan iptal ve tam yargı davalarında yetkili mahkeme, idarî sözleşmeyi yapan merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir (İYUK md.32/1, 36). Kural olarak idarî sözleşmeleri yapmaya yetkili olanlar devlet adına bakanlar ve valiler, diğer kamu tüzel kişileri adına o kurum veya kuruluşun başında bulunan genel müdür, belediye başkanı, üniversite rektörü gibi idare âmirleridir. İşte bu mercilerin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi veya bulunduğu yerin dahil olduğu yargı çevresindeki idare mahkemesi davayı çözümlemekle yetkilidir. Ancak bu kural, başka bir deyişle İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun değişik 32. Maddesinin 1.fıkrası hükümleri, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun kamu görevlilerine ilişkin 33. maddesi ile taşınmaz mallara ilişkin 34. maddesi ve taşınır mallara ilişkin 35. maddesi kapsamına giren idarî sözleşme uyuşmazlıklarından doğan davalarda uygulanmaz.

“İşlemi yapan idarî merciin bulunduğu yer” i tespit etmek bakımından merkez birimlerince veya merkez hiyerarşilerine dahil makam ve organlarca tesis edilen

⁸⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü'nün) 27.11.1989 gün ve E.1989/28, K.1989/32 Sayılı Kararı. 24 Aralık 1989 gün ve 20382 sayılı RG.

işlemler yönünden bir güçlükle karşılaşılmaz. Ancak merkezdeki birimler adına yapılan işlemlerde ise yetkili merciin tespiti zorlaşır. Örneğın, valilik ve kaymakamlık işlemlerinin bir bölümü merkez  idareye bağımlı olarak yapılan işlemlerdir. Valinin veya kaymakamın buradaki rolü merkez  idarenin direktiflerini, kendi iradesine bağı olmaksızın yerine getirmektir. Böyle olunca “işlemi yapan idarî merci, valilik veya kaymakamlık değıl, merkezdeki idare” dir. Bu durumda ilgilinin üst makam sıfatıyla İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 11. maddesi gereğince üst makama başvurup alacağı cevap üzerine o makamın bulunduğı yer idare mahkemesine dava açması gerekecektir⁸⁶.

Fransa’da ise pozitif hukuka göre normal olarak idarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda yetkili mahkeme, sözleşmenin uygulandığı yer mahkemesidir. İkinci olarak da sözleşmenin imza yeridir⁸⁷.

Bizde de yetkili mahkemenin sözleşmenin uygulandığı yer mahkemesi olması halinde merkezdeki birimler adına yapılan işlemlerde yetkili mahkemenin imza yeri olmasının yarattığı güçlük ortadan kalkacaktır. Sözleşme akdedildikten sonra henüz uygulanmaya başlanmadan çıkacak uyuşmazlıklardan doğan davalarda ise, yetkili mahkeme imza yeri mahkemesi olabilir.

“Görev”, “Yetki” den önce gelir. İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 32.maddesi “göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla” demek suretiyle bu hususu belirtmiştir. Örneğın, imtiyaz sözleşmesinden doğan bir idarî davayı ilgili, yetkisiz bir idare mahkemesine a mışsa, idare mahkemesi işi yetki bakımından değıl, önce görev bakımından inceler ve davayı yetki yönünden değıl, davaya bakmaya Danıştay’ın görevli olduğı gerekçesiyle görev yönünden reddeder.

⁸⁶ Fazla bilgi için bkz.Kâzım YEN CE - Esin YÜKSEL; **a.g.e.**, s.631 vd.

⁸⁷ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.222.

F. İDARÎ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN DAVALARDA DAVA AÇMA SÜRESİ

İdarî Yargılama Usulü Kanunu, idarî sözleşmelerden doğan davalarla ilgili, özel dava açma süreleri saptamamıştır. Bu nedenle iptal ve tam yargı davaları için konmuş olan dava açma süreleri, idarî sözleşmelerden doğan davalarda da uygulanacaktır. Bilindiği gibi dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay da ve idare mahkemelerinde altmış gündür ve bu süre idarî uyuşmazlıklarda yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başlar (İYUK md.7/1, 2).

İlân gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi ilân tarihini izleyen günden başlar. İlân edilen düzenleyici işlem uygulanmaya başlanmışsa, o takdirde ilgililer düzenleyici işlem veya uygulanan işlem ya da her ikisi aleyhine birden dava açabilirler (İYUK md.7/4).

Tatil günleri süreye dahildir, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar (İYUK md.8/2).

Sürenin bitmesi, çalışmaya ara verme zamanına (İYUK md.61) rastlarsa, süre, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır (İYUK md.8/3).

İdarî sözleşmeler âkit taraflara bazı haklar tanır. Eğer sözleşme bu hakkın karşı taraftan istenebilmesi için bir süre belirlememişse veya kanunlarda herhangi bir süre konulmamışsa, kendisine hak tanınan âkit taraf o hakkın tâbi olduğu zamanaşımı süresi içinde veya bitiminde hakkın yerine getirilmesini karşı taraftan ister. Olumsuz cevap aldığı takdirde dava açma süresi başlar.

Eğer idarî sözleşmede hakkın istenmesi yolunda bir süre belirlenmişse, o takdirde ilgili bu süre içinde veya bitiminde bu hakkını ister ve alacağı cevaba göre gerekiyorsa dava açar⁸⁸.

⁸⁸ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetmelik Yargı**, Gözden geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 1997, s.457-458. Bu konuda fazla bilgi için bkz. Yıldırım KUZUM; **İmtiyaz Sözleşmeleri ve Şartlaşmalarının Danıştay’ca İncelenmesi**, Yüzyıl boyunca Danıştay (1868-1968), Ankara, 1968, s.758-774.

İKİNCİ KISIM

II. İDARİ SÖZLEŞMELER VE TAHKİM

A. TANIMI

Anayasa'nın 9. maddesi hükmü gereği; yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu nedenle hak arayan kimse kural olarak sadece mahkemelere başvurabilir. Bu kuralın istisnasını özel yargı, yani tahkim (l'arbitrage, arbitration) oluşturur. Tahkim, tarafların ya uyuşmazlık çıkmadan evvel, daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine beraberce kararlaştırdıkları özel kişilere yani hakemlere başvurdıkları ve bu kişilerce alınacak karara uymayı riayet ettikleri kurum, olarak adlandırılır⁸⁹.

Öğretide tahkim kavramının farklı biçimlerdeki tanımlandığını görüyoruz. POSTACIOĞLU, tahkimi; “tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizami hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesi” olarak tanımlamıştır⁹⁰. KURU'ya göre tahkim; “bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır⁹¹. DAYINLARLI'ya göre ise tahkim; iki veya daha çok kişi arasındaki ilişkilere ait sorunları, devlet tarafından görevlendirilmeksizin, yetkilerini özel bir sözleşmeden alan ve bu sözleşmeye dayanarak karar tesis eden bir veya birden çok şahıs-hakem veya hakemler tarafından çözüme kavuşturmayı amaç edinen bir tekniktir⁹².

Kökleri çok eskiye dayanan bir kurum olan tahkim, küreselleşmeyle birlikte uluslararası ticari ilişkilerin artması neticesinde popüler bir kavram ve pratik bir araç haline gelmiştir. Devlet yargısının kurumsal olmadığı dönemlerden beri varlığını sürdürmüş olan tahkim, yargının devlet eliyle organize bir biçimde görülmeye

⁸⁹ Zehra ODYAKMAZ; **a.g.e.**, s.220.

⁹⁰ İlhan E POSTACIOĞLU; **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İstanbul, 1975, s.783.

⁹¹ Baki KURU; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, İstanbul, 2001, s.5875.

⁹² Kemal DAYINLARLI; **HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim**, 2. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004.

başlanmasıyla geri planda kalmış ancak günümüzde yeniden tercih edilir konuma gelmiştir⁹³. Bu tercihi, işin niteliği gereği uyuşmazlığın özel ve teknik bilgilerle donatılmış hakemlerce ele alınıp incelenmesi; taraflarca seçilen hakemler müzakerelere iştirak etmek ve oy kullanmak suretiyle hakem kararının oluşmasını sağladıklarından, tarafların iddialarını ve savunmalarını daha ayrıntılı olarak inceleme ve sonuca varma imkanına sahip olmaları,⁹⁴ yargılama sürecinin daha hızlı olması gibi nedenlere dayanmaktadır.

B. UNSURLARI

Tahkim kurumuna yukarıda getirilen tanımlamalar ışığında bu kurumun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1) Tahkim, hukuki bir ihtilafın çözümü için geliştirilmiş bir yöntemdir.

2) Devlet yargısı yanında ve bunun dışında bir alternatif yargıdır. Bu unsur gereği, ihtilafın çözümünde kullanılacak metodu, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, ihtilafi çözecek özel kişileri, bunların yetkilerini, hakemlerin toplanma yerlerini, yargılama dilini taraflar belirlemektedir.

3) Tahkim yargılamasına başvurmak neticesinde bir sözleşmeler ilişkisi ortaya çıkar. Taraflar arasında uyuşmazlığa sebebiyet veren sözleşme, uyuşmazlığı tahkime götürmek üzere akdedilen özel hukuk sözleşmesi ve ihtilafi çözecek hakemlerin ve bunların hak ve yetkilerinin belirlendiği özel hukuk sözleşmesi söz konusudur.

4) Tarafların, uyuşmazlığın çözümü için başvurdukları hakemlerin uyuşmazlığı kesin karara bağlaması niyetiyle bu işe girdiklerinden bu karara uymaları gerekmektedir. Bu gereklilik, uygulamada karar aleyhine çıkan tarafın, bazen kararı uygulamada isteksiz davranması, yabancılık unsuru taşıması nedeniyle diğer bir ülkede tanıma ve tenfiz gereken kararların tenfiz aşamasında “kamu düzeni”

⁹³ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4, Sayı: 8, Güz 2005/2, s.1.

⁹⁴ Kemal DAYINLARLI; **a.g.e.**, s.3.

engeline takılmaları nedeniyle tahkimin bir unsuru olmaktan uzaklaşmaktadır⁹⁵. Şöyle ki; yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi için dava açılmalıdır. Tanınma ile yabancı hakem kararı ülkede kesin hüküm kuvvetini kazanırken; tenfiz ile icra edilebilir hale gelir. Aslında tanıma ve tenfiz davalarında kural olarak mahkeme, hakem kararını esastan inceleyemez. Bu kurala revizyon yasağı (revision au fond) denilir. Ancak esastan inceleyememenin istisnasını kamu düzeni oluşturur⁹⁶.

C. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ TAHKİM

Milli ve Milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler hukukumuzda öteden beri yer almaktadır. Ancak 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa Değişikliğinden evvel Anayasa Mahkemesi ile Danıştay, hem kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine gördürülmesine mutlak olarak karşı çıkmaktaydı ve kamu hizmetinin özel kişilere sadece imtiyaz sözleşmesi ile, yani kamu hukuku rejimine tabi olarak gördürülebileceğini benimsemektedir; hem de imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolunu kategorik olarak reddetmekteydi⁹⁷. Fransa’ da ise tahkim şartını içeren imtiyaz sözleşmesi 1986 yılında Amerikan Disneyland Şirketi ile imzalanmıştır. Ardından bu konuda özel bir kanun çıkarılarak, imtiyaz sözleşmesi için tahkim öngörülmüştür.

Ülkemiz Yap-İşlet-Devret modeliyle kamu finansman sıkıntısının yaşandığı 80’li yıllarda tanışmıştır. YİD, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belirli bir süre işletilerek yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir⁹⁸. Bu konuda ilk yasal düzenleme enerji sektöründe gerçekleştirilmiştir. 04/12/1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ile özel sektöre de elektrik enerjisi alanında faaliyette bulunma olanağı

⁹⁵ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **a.g.e.**, s.2,3.

⁹⁶ Ergin NOMER - Nuray EKŞİ - Günseli ÖZTEKİN GELGEL; **Milletlerarası Tahkim**, Cilt I, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.9,10.

⁹⁷ Ali ULUSOY; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, 1. Bası, Ülke Kitabevi, İstanbul, 2004, s.148.

⁹⁸ Ziya AKINCI; **Milletlerarası Tahkim**, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s.39.

tanınmıştır. Bu kanun uyarınca enerji alanı imtiyazlı bir alan kabul edilerek görevli şirketlerle imzalanan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmıştır. Kanunun yürürlüğe girdiği 1984 yılından 1993 yılına kadar bu konudaki tüm sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmış iken 1993-1996 yılları arasında yaptırılmasına karar verilen 3 adet doğalgaz santrali⁹⁹ ile ilgili olarak görevli şirketlerle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında özel hukuk sözleşmesi niteliğini taşıyan uygulama anlaşmaları imzalanmıştır. İmtiyaz sözleşmesinin tüm koşullarını taşıyan bu anlaşmalar, imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlükteki Anayasa ve Danıştay Kanununa aykırı olarak imtiyaz sözleşmesi yerine özel hukuk sözleşmesi olarak bağitlanmış ve idari yargı denetimi dışında tahkim usulü getirilerek sözleşmeler üzerindeki Danıştay'ın ön denetimi kaldırılmıştır¹⁰⁰.

YİD modeli kapsamında görevli şirketlerle yapılan ve yapılacak anlaşmaların, imtiyaz sözleşmesi dışına çıkarılması yönündeki ilk yasal düzenleme, 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir. Bu kanunla 3291 sayılı eski özelleştirme kanununa getirilen ek 5. maddede enerji alanında yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir¹⁰¹.

8 Haziran 1994 tarih ve 3966 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun çıkarılarak 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında İmtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi 1995 yılında verdiği kararla¹⁰², altyapı yatırımlarının yap-işlet-devret modeli ile yaptırılmasına imkan veren 3974 ve 3966 sayılı Kanunların; kamu kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde üçüncü kişilerle yapacakları uygulama sözleşmelerinin “imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasını öngören hükümlerini yani yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk kapsamına

⁹⁹ Esenyurt, Marmara Ereğlisi Trakya ve Marmara Ereğlisi Üni-Mar Doğalgaz Santralleri.

¹⁰⁰ 26/02/2004 tarihli Sayıştay Enerji Raporu, Sayıştay Dergisi, Sayı:52, s.169-170.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin, 09/12/1994 tarih ve E.1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı Kararı.

¹⁰² Anayasa Mahkemesi'nin, 28/06/1995 tarih ve E. 1994/71 ve K. 1995/23 Sayılı Kararı.

alınarak tahkim yolunun açılmasını sağlayacak olan hükümlerini iptal ederek yeni bir kamu hizmeti tanımı yapmıştır. Buna göre yap-işlet-devret yöntemi kullanılarak gördürülen kamu hizmetini imtiyaz kapsamına dahil etmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ise idare hukukuna tabidir. İdare hukukunda tahkime yer verilmediğinden imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenen YİD uygulama sözleşmelerinde anlaşmazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkim öngörülemezdi¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumu; Danıştay'ın kendisine gönderilen imtiyaz sözleşmesi taslaklarını istisnaen de olsa çok geç inceleyebilmesi, sözleşme tasarısındaki idare aleyhine olabilecek hükümleri tamamen veya kısmen sözleşme metninden çıkarabilmesi ve bu nedenle güvenilir yabancı yatırımcıların ülkemizi tercih etmemesi ya da olası riskler yüzünden normalden çok fazla olan bedeller talep etmeleri nedenleriyle eleştirilmiştir¹⁰⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini göz ardı etmiştir¹⁰⁵.

Neticede “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilen YİD sözleşmelerinde, olası ihtilafların çözümü için uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören hükümlerin konulamaması yüzünden 1995'ten 1999'a kadar YİD sözleşmeleri askıda kalmış ve yapımı öngörülen yatırımlar tamamlanamamıştır¹⁰⁶. Çözüm için yeni bir model arayışına gidilmiş ve Yap-İşlet modeli geliştirilmiştir. 16/07/997 tarih ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” ile, enerji alanındaki sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmadığı yönündeki yargı kararları nedeniyle, Bakanlık tarafından yapılan tüm işlemlerin, şirket statüsünde olan TEAŞ tarafından yapılması öngörülerek ticari şirketler arasında bağitlandığı için bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasına yasal zemin hazırlanmıştır.

¹⁰³ Cahit ÖZKAN; **İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim**, www.cahitozkan.av.tr

¹⁰⁴ Ali ULUSOY, bu bağlamda yabancı yatırımcılar açısından ülkemizdeki asıl sorunun Türk İdare Hukukuna karşı duyulan bir güvensizlik değil, Türk İdari Yargısına oluşan güvensizlik olduğunu belirtmektedir. (s.149).

¹⁰⁵ Cahit ÖZKAN; **a.g.e.**, s.5-6.

¹⁰⁶ Sedat ÇAL **Anayasa Değişikliği sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi**, AÜHFD, 2002, s.164.

D. 1999 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İLE TAHKİME GETİRİLEN DÜZENLEMELER

13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla Anayasa değişikliğine gidilerek, devleştirme ve özelleştirmenin düzenlendiği 47. maddesi, devleştirme ve özelleştirme başlığında yeniden düzenlenmiştir;

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü getirilerek, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafında görülmesini sağlayan sözleşmelerin çıkarılacak bir kanunla yasa koyucunun iradesine bağılı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir, idare için yargı yolunun düzenlendiği 125. maddenin ilk fıkrasının sonuna, “ Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.

Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” hükmü eklenmiştir.

Yine aynı anayasa değişikliği ile Anayasanın “Danıştay”ı düzenleyen 155. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için daha önce herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın sahip olduğu “inceleme” yetkisi, “iki ay içinde düşüncesini bildirmek” olarak değiştirilmiştir.

ULUSOY, bu Anayasa değişikliklerini, “kamu hukuku öğretisinde ve idari yargı yerlerinde etkisi şiddetli bir deprem kadar hissedilen küçük bir devrim” olarak nitelendirmektedir¹⁰⁷.

ASLAN ise Anayasada yapılan bu değişiklikleri tahkim açısından milat sayılabilecek dönüm noktası olarak görmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ali ULUSOY; **a.g.e.**, s.151.

¹⁰⁸ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **a.g.e.**, s.11.

Anayasal düzenlemelerin hemen ardından “uyum kanunları” olarak anılan çeşitli kanunlar çıkarılmıştır. Bunlar;

- Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri haline getiren ve elektrik hizmetlerini(üretim, iletim, dağıtım ve ticaret) de 3996 sayılı Kanun kapsamına dahil eden 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun,

- Danıştay ve idari yargılamaya ilişkin kanunlardaki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin Danıştay’ın inceleme yetkisi yerine iki ay içinde görüş bildirme ve tahkim yolu öngörülmüş olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay’ın yargısal yetkisinden çıkarılmasını düzenleyen 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı ve 02.06.2000 tarihli ve 4577 Sayılı Kanunlar,

21.01.2000 tarih ve 4051 sayılı, “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” dur.

Bu yasal düzenlemelerin anlamı şudur: Eğer bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesi tercih edilirse, zaten sözleşme özel hukuk rejimine tabi olacağı için, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için taraflar isterlerse genel hükümlere göre milli ya da milletlerarası tahkim yolu öngörebileceklerdir.

Buna karşın idare, kamu hizmetini, imtiyaz sözleşmesi ile yani kamu hukuku rejimine tabi idari sözleşmeyle özel kişilere gördürmeyi tercih ederse öncelikle imza aşamasından evvel sözleşme Danıştay’ın görüşüne sunulacak, Danıştay da görüşünü iki ay içinde verecektir. Ayrıca taraflar bu sözleşmeye çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin hüküm de koyabileceklerdir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yani tahkim şartı bulunmasa dahi taraflar daha sonra akdedecekleri bir tahkim sözleşmesi ile yine tahkim yolu öngörebilirler. Fakat her durumda, söz konusu tahkimin uluslararası tahkim olabilmesi için yabancılik unsurunun bulunması gerekmektedir.

E. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE UYUM KANUNLARINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Kamu hizmeti ve idari sözleşmeler başka bir deyişle İdare Hukuku için öngörülen bu yeni düzenlemeler yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Bunlardan ilki, Anayasaya göre İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesinin zorunlu olduğu, söz konusu anayasa değişikliklerinin Anayasanın metninde bulunmasa da, ruhunda bulunan bu genel ilkeye aykırılık oluşturduğu, ayrıca bu değişikliğin yapılmasıyla sanki Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getiremediği yönünde bir izlenime yol açmasıdır. Anayasada idarenin her türlü faaliyetinin denetime açık olduğu hüküm altına alınmışsa da, bu denetimin mutlaka idari yargı organlarıncaya yapılacağı yönünde bir hüküm olmadığından, Anayasada idari yargının görev alanı ve bu alanın sınırları belirlenmiş değildir.

GÜNDAY, Anayasanın 157. maddesindeki askeri idari yargının görev alanına ilişkin belirleme evleviyetle sivil idari yargı içinde söz konusu olacağından tüm idari işlem ve eylemlerin idari yargı mercileri tarafından denetlenmesinin Anayasal bir zorunluluk olduğunu savunmaktadır¹⁰⁹. Buna karşın genel kabul gören görüş, Anayasa, Danıştay'ı da yüksek mahkemeler arasında saydığına ve böylece sivil idari yargı düzeninin varlığına Anayasal bir güvence sağladığına göre, sivil idari yargıya Anayasal olarak rezerve edilmiş minimum bir alanın bulunduğu söylenebileceği, fakat bu alanın tüm idari faaliyetler olarak genişletilmesinin herhangi bir Anayasal dayanağı olmadığı için mümkün görünmediği yönündedir¹¹⁰. Bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getiremediği yönünde bir izlenim yaratması eleştirisine gelince, bir uyuşmazlığın özel mahkemelerce düzenlenmesine karar verilmesi, eğer resmi devlet organlarına karşı alınmış bir tavır olarak düşünülürse, bu durum sadece idari yargı için değil, adli yargı içinde geçerli olacaktır. Çünkü tahkim,

¹⁰⁹ Metin GÜNDAY; **İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları**, Anayasa Yargısı, No.14, Ankara, 1997, s.347 vd.

¹¹⁰ Turgut TAN; **İdare Hukuku ve Tahkim**, AİD, C.32, S.3, Eylül, 1999, s.5 vd.

özel hukuk alanında çok uzun süreden beri uygulanmaktadır. Hatta tahkimin devlet yargısından bile eski olduğu söylenmektedir¹¹¹.

ÇAL, adli konuda yabancılara tanınan kapitülasyonlar ile uluslararası tahkimi birbirine benzetmektedir. Yazara göre; 1999 Anayasa değişikliği sonucunda Osmanlı Dönemi kapitülasyonlarına karşı getirilen savunma mekanizmalarının, özellikle de yargı (Danıştay) denetiminin bertaraf edilmiş olduğunu vurgulamaktadır¹¹².

ASLAN, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin herhangi bir devlet makamı tarafından yapılacak bir denetim, inceleme gibi bir takım engellere takılması, yapılan tüm yasal ve anayasal düzenlemeler ile imkansız hale getirilmişse de taraflar arasındaki sözleşme uyarınca tahkim yoluyla çözülen uyuşmazlık hakkındaki karar, neticede Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırlarında icra kabiliyetine kavuşmak gerekeceğinden buna ilişkin olan ve büyük önem arz eden tenfiz aşaması resmi yargı mercilerini bu sürece dahil etmektedir. Nitekim, verilen bir tahkim kararının tenfizi aşamasında karar, ülke mahkemeleri önüne giderek burada incelendikten sonra icra kabiliyeti kazanabildiğinden önceki aşamalardaki tüm engellerin bertaraf edilmesinin yanında tenfiz aşaması her zaman bir güvence teşkil etmektedir. Zira yine ülke mahkemesi, tahkim kararının uygulanması için son noktayı koymakta ve - kamu düzeninin ihlali, konunun tahkime konu edilemeyecek uyuşmazlıklardan olması gibi sebeplerden - tenfize karar vermesi ya da vermemesinin söz konusu olduğunu belirlemektedir¹¹³.

Düzenlemelere getirilen diğer eleştiri, idare ile özel kişiler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda kamu yararına en uygun çözümü idari yargının bulacağı, idari hizmetin gereklerinin değerlendirilmesi konusunda idari yargının uzmanlaşmış olduğudur.

Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasının, idarece bir çok tek yanlı işlemin tesisini de gerekli kıldığı ve idari yargı dışında bir yargı yeri bu bireysel

¹¹¹ Ali ULUSOY; **a.g.e.**, s.52.

¹¹² Sedat ÇAL; **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazının Dönüşüm Öyküsü**, TOBB Yayınları, Ankara, 2008, s.70.

¹¹³ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **a.g.e.**, s.22-23.

işlemleri iptal edemeyeceği için, tahkim yargılamasının etkin bir yargılama olamayacağı ve daha büyük sorunlara yol açabileceği eleştirisi getirilmiştir. Bu eleştirinin haklılığı ortadır. Çünkü hakemler sadece sözleşme hükümlerini yorumlayarak, haklı olan tarafı belirleyip haksız çıkan tarafı tazminat ödemekle yükümlü tutabilirler. Yoksa sözleşmeye ilişkin olarak idarece yapılan tek taraflı değişiklikleri iptal edemezler¹¹⁴. Üstelik idarenin ayrılabilir işlem kuramı gereğince, uyuşmazlığı tahkime götürme kararı gibi sözleşmeden ayrılabilen tek yanlı işlemleri ve üçüncü kişilerin sözleşmenin iptali için açtıkları davalar idari yargıda görüleceğinden¹¹⁵ idari yargıda bu konuda verilen bir iptal kararı da önemli sonuçlar doğurabilmektedir.

Bir başka anlatımla, tahkim şartı ya da sözleşmesi yalnızca sözleşmeden doğan ve tarafları bağlayan hususlar açısından olduğundan, hizmetin görülmesinde menfaati ihlal edilenler, sözleşmeye taraf olmadığından, tahkim hükmü ile bağlı değildir; (zira sözleşme hükümleri ile tarafların anayasal hakları olan hak arama özgürlükleri ortadan kaldırılamaz) ve hizmetin esas sahibi olması dolayısıyla idareye kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümleri için idari yargıda idari dava, hizmeti görmesi dolayısıyla özel hukuk kişisine karşı idari kamu hizmetlerinden doğan ihtilaflarda idari yargıda, sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinden doğan ihtilaflara ve hizmetin bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda da adli yargıda hak aramaları mümkündür¹¹⁶.

¹¹⁴ Ali ULUSOY; **a.g.e.**, s.156.

¹¹⁵ Metin GÜNDAY; **a.g.e.**, s.317.

¹¹⁶ Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **a.g.e.**, s.21-22.

SONUÇ

Türk hukuk sisteminin temelini oluşturan adli yargı - idari yargı ayrımı, temelde devlet birimlerinin (idare) kamu hizmeti alanında kendilerine üstün hak ve yetkiler veren ve kamu yararına yönelik faaliyetlerinin tabi olduğu kuralların, özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerinin farklı kılınmasına dayanmaktadır. Devlet, toplum gereksinimlerini karşılamak için kamu yararı maksadıyla kamu hizmetlerini yerine getirmekle mükelleftir. İdarenin bu anlamda yaptığı eylem ve işlemler idari yargıya konu olmaktadır. Ancak bazen özel hukuk kişileri aracılığı ile bir kamu hizmetinin gördürülmesi, bu ilişkinin tabi olacağı hukuk kurallarının tanımlanmasını gerektirmektedir. Bu anlamda ülkemizde, idarenin özel hukuk kişileri ile yapmış olduğu sözleşmeler, idare lehine bir eşitsizlik yaratan sözleşme olduğu için idare hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle de, kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin sözleşmeler, idare hukuku kapsamında idari sözleşme olarak kabul edilmiştir.

İdarenin yaptığı sözleşmelerin, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ayrımı öncelikle bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim ve uyumsuzluk halinde başvurulacak yargı yerinin tespit açısından önemlidir. İdari sözleşmelerden doğacak uyumsuzluklarda görevli yargı düzeni idari yargı iken; özel hukuk hükümlerine göre akdedilen sözleşmelerde taraflar arasında çıkacak uyumsuzlukların çözümünde görevli yargı düzeni adli yargı olacaktır.

1982 Anayasası'nda 1999 yılında yapılan düzenlemeler ile 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın devletleştirmeyi düzenleyen 47' nci, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu düzenleyen 125' inci ve Danıştay a ilişkin 155' inci maddelerinde ek ve değişiklikler yapılmıştır. Anayasanın 47' nci maddesinin kenar başlığına “ve özelleştirme” kelimesi ile madde metnine iki fıkra eklenmiştir. Yapılan ekler ile özelleştirmenin esas ve usullerinin kanunla belirlenebilmesi ve Devlet, KİT' ler ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesinin kanunla belirlenebilmesi imkanı getirilmiştir.

Anayasanın 47.maddesinin son fıkrasında yapılan bu değişiklikle kamu hizmetleri özel hukuk hükümlerine göre özel kişilere gördürülebilirken 128.madde uyarınca, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer ve kamu görevlileri eliyle yürütülür. Oysa 657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde düzenlenen “sözleşmeli personel”, memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında sayılmadığı halde asli ve sürekli kamu hizmetlerini yürütmektedirler. Bununla birlikte birçok asli ve sürekli kamu hizmetinin idare ile yapılan sözleşmelere dayanılarak özel kişiler tarafından yerine getirilmesi usulü her geçen gün yaygınlaşmaktadır.

İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve bunların yargı denetimine tabi olacağı hususlarını düzenleyen 125 inci maddeye ek bir hüküm getirilerek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda uluslar arası tahkime başvurma imkanı getirilmiştir. Özellikle yabancı yatırımcıların çok sık dile getirdiği tahkim konusu böylece Anayasa’da yer bulmuş ve yapılan yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ile ortaya çıkan sıkıntıların giderilmesi amaçlanmıştır. Yapılan değişikliğe göre uluslararası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Yabancılık unsuru ile neyin kastedildiği, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2’ nci maddesi ile açıklanmıştır.

Anayasanın 125 inci maddesindeki değişiklikle özel hukuk kapsamına alınan kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri konusundaki Danıştay’ın inceleme yetkisi de fiilen kalmadığından, bu değişikliğe paralel olarak Anayasa’nın Danıştay’ı düzenleyen 155’inci maddesi de değiştirilmiştir. Maddenin ilk halinde var olan Danıştay’ın kamu hizmeti ile ilgili şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi, iki ay içerisinde düşüncesini bildirme olarak değiştirilmiştir. Böylece, bünyesinde tahkim şartını içeren imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay tarafından reddi de engellenmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 3974 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanunun 5' inci ve 11' inci maddeleri hakkında vermiş olduğu iptal kararları, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde önemli faktör olmuştur. İptal kararlarının ana sebebini, anılan kanunlardaki kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin özel hukuk hükümleri doğrultusunda sermaye şirketleri eliyle yerine getirilmesine yönelik yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır.

Mahkeme konuya ilişkin olarak verdiği iptal kararlarında, imtiyaz, kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı kavramlarına dayanmıştır. Bu kavramlardan yola çıkarak Mahkeme, kamu hizmeti niteliğindeki hizmet ve yatırımların imtiyaz kapsamında bulunduğunu ve bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idare hukuku kapsamında bulunduğunu vurgulayarak bu tür sözleşmelerin kanun yoluyla özel hukuk kapsamına alınıp, Danıştay denetimi dışına çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle de anılan Kanunların bu yöndeki hükümlerini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararlarına dayanarak Danıştay da incelediği sözleşme tasarılarında yer alan uluslararası tahkime ilişkin maddeleri sözleşme metninden çıkarmıştır. Bu durumda var olan tek alternatif, Anayasa Mahkemesi'nin adına denetim yaptığı Anayasa'da bu yönde değişiklik yaparak bu engeli aşmaktır. Nitekim, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile de bu engel aşılmaya çalışılmış ve tahkim yolu da ilk kez anayasal bir statüye kavuşturulmuştur.

Her ne kadar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafların halli için tahkim yolu açılmışsa da; yargı alanının idari yargı düzeni dışına çıkarılmış olması sözleşmenin hukuki niteliğini etkilememektedir. Nitekim, ihtilaf çözüm yolunun idari yargı dışına çıkması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin niteliğini özel hukuk sözleşmesi yapmaz, sözleşme yine idari sözleşmedir. Değişen sadece tarafların asıl sözleşmeleri ile kararlaştırdıkları uyuşmazlık çözüm yolunun eskiden kararlaştırma serbestileri olmadan idari yargı olmasıyken bu halde, idari yargı alanı içinde değil de özel bir ihtilaf çözüm yolu olan tahkimde çözümlenmesi yolunun açılmış olmasıdır.

Bunun en büyük kanıtı, hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin hizmetin islemesiyle ilgili konularda, hizmeti gören özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıya gidebilecekleri gibi hizmetin asıl sahibi idare olduğundan menfaatlerinin ihlali sebebiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptali için idari yargıya (Danıştay) gidebilmeleridir¹.

Tahkim şartı ya da sözleşmesi yalnızca sözleşmeden doğan ve tarafları bağlayan hususlar açısından olduğundan, hizmetin görülmesinde menfaati ihlal edilenler, sözleşmeye taraf olmadığından, tahkim hükmü ile bağlı değildirler².

İdari Sözleşmeler alanında iptal davası yüzyılın başından itibaren büyük bir gelişme göstermiştir. Sözleşmenin oluşum sürecinde yer alan işlemlerle ilgili uyuşmazlıklarda tam yargı davasının yanında iptal davası da kabul edilmiş, sözleşmenin uygulama işlemleri konusunda iptal davası yargıcının yetkisi özellikle ülkemizde tanınırken, Fransa'da sözleşmeye karşı iptal davası yargıcının yetkisi tanınmamıştır. Türkiye'de üçüncü kişiler tarafından sözleşmeye karşı iptal davası açılabilmesi yargı içtihatları sonucunda kabul edilmiş olsa da, bu durum, sözleşmelerin iptal davasının ön şartı olan tek yanlı idari işlem olmadığı gerekçesiyle doktrin tarafından genel kabul görmemiştir.

Bununla birlikte, idari sözleşmelerin gerek hazırlık gerekse de uygulanma aşamasında yapılan bir takım işlemler de idari işlem olmakla beraber bunlar içinden sözleşmeden ayrı olarak hukuki değeri olanlar sözleşmeden ayrı olarak iptal davasının konusunu oluşturabilirler³.

Kamu hizmeti imtiyazı şartlaşmalarında yukarıda da bahsedildiği üzere karma nitelikli bir işlem olma özelliği görüldüğünden bu tip sözleşmelerin hizmete ilişkin kuralları belirleyen ve idare tarafından tek taraflı olarak oluşturulan düzenleyici işlem kısmı ile bu isleme katılma ile bu aşamada sözleşmelerin mali hükümlerinin

¹ Süha TANRIVER; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim**, s.1082.

² Zehreddin ASLAN - Nilay ARAT; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, s.22

³ Celal ERKUT; **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s.40

tarafarla karşılıklı olarak belirlendiğı ve sözleşme olarak nitelenen kısımdan oluştuğı ve böylece bir bütün olarak kabul edilen imtiyaz sözleşmelerinin kural koymaya ilişkin olan kısmının sözleşme özelliğı gösteren mali hükümler kısmından ayrılarak “ayrılabilir işlem kuramı” gereğı ayrıca iptal davasına konu olabileceğı kabul edilmektedir⁴. Bunun sonucu olarak da ayrılabilir işlem kuramı gereğı sözleşmeden ayrılarak idari karar niteliğı taşıyan tek yanlı irade tahkimin konusu dışında kalmalıdır, zira, idari sözleşmenin olduğu yerde kamu yararı olduğundan ve “kamu yararına faaliyeti düzenleyen bir sözleşme” de hizmetin görülüş yöntemine ilişkin olarak kamu düzeni ve kamu yararını gerektirdiğinden bu gibi önemli sorunlarla ilgili ihtilaflar hakem tarafından görülmemelidir⁵.

⁴ Celal ERKUT; **a.g.e.**, s.42-43

⁵ Ali Ülkü AZRAK; **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim**, s.26-38,60-62

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Mehmet; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi** AYİM.25.Yıl Armağanı, Ankara, 1998.
- AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- AMAÇ, Ekrem - AMAÇ, Fevzi; **İdari Sözleşmelerden Doğan Anlaşmazlıklarda Usul Hukuku Yönünden Karşılaşılan Sorunlar**, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara, 1971.
- ASLAN, Zehreddin - ARAT, Nilay; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, 2005/2.
- ASLAN, Zehreddin - BERK, Kahraman; **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, Alfa Yayınları, Güncellenmiş 4.Baskı, Aralık 2006.
- AYHAN, Önder; **İdari Sözleşmeler**, Danıştay Dergisi, S.32-33, 1979.
- AZRAK, Ali Ülkü; **İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXIX, Sayı 1-2, 1963.
- AZRAK, Ali Ülkü; **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim**, Türkiye Barolar Birliği Paneli, Ankara, 16 Temmuz 1999.
- AZRAK, Ali Ülkü; **Türkiye’de Madenlerin Hukukî Rejimi Üzerine Düşünceler**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Yıl 1, Sayı 2, Ağustos 1980.
- BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukuku, Genel Konular** I.Cilt, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.
- BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE, Ankara, 1968-1970.

BAŞPINAR, Recep; **İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar**, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, (1868-1968), Ankara 1968.

BİLGE, Necip; **Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri**, (Tahkim Haftası), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

BİLGİN, Pertev; **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri**, Doktora Tezi, Önsöz Prof. Dr. İsmet Giritli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 29.2.1968, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından Hukuk Fakültesi, İstanbul 1970.

BİLGİN, Pertev; **Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında**, Kamu Hukuku Bülteni, Sayı 3, Mart 1990.

CANDAN, Turgut; **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2006.

ÇAL, Sedat; **Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi**, AÜHFD, 2002.

ÇAL, Sedat; **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazının Dönüşüm Öyküsü**, TOBB Yayınları, Ankara, 2008.

DAYINLARLI, Kemal; **HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Bası, 2004.

DERBİL, Süheyp; **İdare Hukuku**, Cilt I (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Dördüncü Bası, Ankara 1955.

DERBİL, Süheyp; **İdare Hukuku**, Cilt II (İdarî Faaliyet), Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Yeni Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Temmuz 1952.

DERDİMAN, R. Cengiz; **İdare Hukuku**, Alfa Aktüel, 2007.

DERDİYOK, Türkmen; **Yap-İşlet-Devret Modeli**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 9, Eylül 1993.

DİNÇER, Güven; **İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları**, Danıştay Dergisi, 1973.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DURAN, Lütfi; **İdarî Mukavele**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXII, Sayı 1, 1966.

DURAN, Lütfi; **Sözleşmeli Kamu Personeli**, Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1988.

DURAN, Lütfi; **Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXX, Sayı 1-2, 1964.

DURAN, Lütfi; **Yap-İşlet-Devret**, AÜSBFD, C.46, 1991.

EMEK, Uğur; **Kamu Hizmeti İmtiyazı Ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliklerinin Getirdikleri**, Vergi Dünyası, Sayı 218, Ekim 1999.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, İstanbul, 1994.

ERKUT, Celal; **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Ankara, 1990.

EROL, Gülhanım Sızlı; **Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması**, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Yayın No:DPT:2487, Ankara, 1999.

ESİN, Yüksel; **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas,İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluğu Doğuran Sebepler,Sorumluluğu Gideren Sebepler, Sorumluluğun Kapsamı, Ankara 1973.

EVGİN, Tülay; **90"lı Yıllarda İç Borçlanmamızın Ekonomik Açıdan Değerlendirilmesi**, A.Ü.SBFD., Prof.Dr. Latif Çakıcı'ya Armağan, No: 1-2, Ocak-Haziran 1995.

FEYZİOĞLU, Turhan; **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi**, Millî Eğitim Basımevi. Ankara 1947.

GİRİTLİ, İsmet - BİLGİN, Pertev - AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.

GİRİTLİ, İsmet - BİLGİN, Pertev; **İdare Hukuku, İdarenin Patrimuanı, İdarî İktisap Usulleri, İdarenin Faaliyetleri, İdarenin İşlemleri**, Kervan Yayınları, Hukuk Serisi: 4, İstanbul 1973.

GİRİTLİ, İsmet; **‘Henri Capitant’ Derneği’nin İstanbul Toplantısı ve İdarî Mukaveleler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXX, Sayı 3-4.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, 4.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, C.I, II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - DİNÇER, Güven; **İdarî Yargılama Usulü, Kanun, Açıklama, İçtihat**, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları. Ankara, 2001.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; **Yönetim Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; **Yönetimsel Yargı**, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1997.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref , TAN, Turgut; **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÜLAN, Aydın; **Kamu Hizmeti Kavramı**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), (Prof.Dr.Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Sayı 1-3, Yıl 9, 1988.

GÜLAN, Aydın; **Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karsısında Tahkimin Geleceği, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 9.Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.

GÜRAN, Sait; **Anayasanın 114 ve 140. Maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik**, İÜHFD, C.30.

GÜRAN, Sait; **Yönetimde Açıklık**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi.

İNAN, Ali Naim; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, 1984.

KALPSÜZ, Turgut; **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1.Bası, 2007.

KANLIGÖZ, Cihan; **Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 52, 1997, Sayı 1-4.

KANLIGÖZ, Cihan; **Yönetmel Sözleşmeler-Uygulama Alanı, Hukukî Rejimi ve Yeni Gelişmeler**, Ankara Üniversitesi Ankara 1990. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi).

KARAHANOGULLARI, Onur; **Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

KARAVELİOĞLU, Celal; **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Cilt 1, 5. Baskı, 2001.

KARAYALÇIN, Yaşar; **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara, 1992.

KESKİN, Bayram; **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Basım, İstanbul 2007.

KOÇAK, Yüksel; **Türk Hukukunda İdarî Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar**, İstanbul 1997, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, [Basılmamış Yüksek Lisans Tezi].

KURU, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, İstanbul, 2001.

KUTLU, Meltem; **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75. İzmir 1997.

KUZUM, Yıldırım; **İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştay’ca İncelenmesi**, s.758-774, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968.

MERİÇ, Osman; **İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İctihatta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri**, Danıştay Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 11, 1973.

NOMER, Ergin - EKŞİ, Nuran ÖZTEKİN, Günseli; **Milletlerarası Tahkim**, Cilt I, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

ODYAKMAZ, Zehra - KAYMAK, Ümit - ERCAN, İsmail; Anayasa **Hukuku-İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 6.Baskı, Ankara, 2006.

ODYAKMAZ, Zehra; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, GÜHFD, Cilt:2, S.1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1998.

OKUTAN, Cevat; **Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulü Olarak Yap İşlet Devret**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, Akgün Basım, 1966.

ORAK, Cem Çağatay; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

OSTEN, Nemci; **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1938.

ÖNEN, Turgut; **İdarî Faaliyetler, İdarî Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri**, 1975-1976 Yılı Ders Notları, Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi, Ankara, 1976.

ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZGEN, Eralp; **İdari Tasarruftaki Sakathıklar**, AÜHFD, C.17, 1960.

ÖZKAN, Cahit; **İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim**, www.cahitozkan.av.tr

ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973.

POLATKAN, Vahit; **Yap İşlet Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2000.

POSTACIOĞLU, İlhan E.; **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İstanbul, 1975.

ROUVIERE, Jean (Çeviren Vecihî Tönük); **İdarî Sözleşmeler**, İdare Dergisi, Yıl 23, Sayı 215, Mart-Nisan 1952.

ROUVIERE, Jean (Çeviren Vecihî Tönük); **İdarî Sözleşmeler**, İdare Dergisi, Yıl 21, , Sayı 205, s.103-113, Temmuz-Ağustos 1950.

ROUVIERE, Jean (Çeviren Vecihî Tönük); **İdarî Sözleşmeler**, İdare Dergisi, Yıl 25, Sayı 230, Eylül-Ekim 1954.

ROUVIERE, Jean (Çeviren Vecihî Tönük); **İdarî Sözleşmelerin Nitelik ve Özellikleri**, İdare Dergisi, Yıl 20, Sayı 201, Kasım-Aralık 1949.

SARICA, RAGIP; **İdari Kaza**, İstanbul Üniversitesi Talebe Cemiyeti Yayınları No:2, İstanbul, 1942.

SERİM, Bülent; **Sözleşmeli Personelin Hukukî Statüsü**, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, Mart 1988.

SEZGİNER, Murat; **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

ŞENALP, H. Engin - Ali BİLİR; **Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahallî İdareler Yönünden Hukukî Geçerliliği**, Türk İdare Dergisi, Sayı 382, Mart 1989.

TAN, Turgut; **İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler**, AÜSBFD, C.50, 1995.

TAN, Turgut; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünyü ve Bugünü**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

TAN, Turgut; **Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-işlet-Devret Modeline**, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Bedri Gürsoy'a Armağan, C.47, S.3-4, 1992.

TAN, Turgut; **Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları**, AÜSBFD, C.XXII, 1967.

TANRIVER, Süha; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000.

TEKİNSOY, Ayhan; **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006.

TORTOP, Nuri; **Mahalli İdareler**, İlk-San Matbaası, Ankara, 1988.

ULER, Yıldırım; **İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, 1970, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: No:281.

ULER, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdarî Sözleşmeler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXII, Sayı 1, 1965-1966.

ULUSOY, Ali; **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

YENİCE, Kazım - ESİN, Yüksel; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usulü**, Ankara, 1983.

YET, Orhun; **İdari Yargıda Yapısal Değişim, Danıştay Başkanlığı Tarafından Düzenlenen, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, konulu Sempozyumda sunulan tebliğ (11-12 Mayıs 2001, Ankara).

ZABUNOĞLU, Yahya; **Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000-Ankara).

ZABUNOĞLU, Yahya; **Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli**, s.45-54, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Ankara 16 Haziran 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Yayın No:308.

Yararlanılan İnternet Siteleri

- 1- www.adalet.gov.tr
- 2- www.anayasa.gov.tr
- 3- www.bumko.gov.tr
- 4- www.dpt.gov.tr
- 5- www.danistay.gov.tr
- 6- www.oib.gov.tr
- 7- www.tbmm.gov.tr