

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ
AYRICALIKLARI

Sezin ÖZTOPRAK

DOKTORA TEZİ

Danışman
Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Konya-2019



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Adı Soyadı
Sezin ÖZTOPRAK

Numarası
144134002001

Ana Bilim / Bilim Dalı
KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU

Programı Tezli Yüksek Lisans Doktora

Öğrencinin

Tezin Adı
İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Doktora Tezi Kabul Formu

Öğrencinin	Adı Soyadı Sezin ÖZTOPRAK
	Numarası 144134002001
	Ana Bilim / Bilim Dalı KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU
	Programı Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK
Tezin Adı İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI	

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan, “İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları” başlıklı bu çalışma, 27/06/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Doç. Dr. K. Burak Öztürk (Danışman)

Prof. Dr. Zehra Odyaşmaz

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Gül GÖBAN

Dr. Öğr. Üyesi A. İsmail ÇALISKAN

Dr. Öğr. Üyesi M. Artuk Ardicanlı

B. Öztürk
Z. Odyaşmaz
A. G. Göban
A. İ. Çaliskan
M. Ardicanlı



SELÇUK
ÜNİVERSİTESİ



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Adı Soyadı
Sezin ÖZTOPRAK

Numarası 144134002001

Ana Bilim / Bilim Dalı

KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU

Programı Tezli Yüksek Lisans Doktora

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Öğrencinin

Tezin Adı

İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

ÖZET

Türk hukukunda, idari sözleşme niteliğinin tespitinde ve idari sözleşmelerin hukuki rejiminde kamu gücü ayrıcalıkları kavramının özel bir önemi bulunmaktadır. Yargı organı ve doktrin bir yandan kamu gücü ayrıcalıklarını, idari sözleşme niteliğinin tespitinde ölçüt olarak kullanmakta; diğer yandan idari sözleşmelerde idarenin belli kamu gücü ayrıcalıklarını haiz olduğunu kabul etmektedir. Aynı kavramın hem ölçüt hem sonuç olmasından kaynaklanan bu karmaşa, idari sözleşme alanının çözülmesi gereken sorunlarından yalnızca biridir. Ayrıca, sözleşme kavramı ile kamu gücü ayrıcalığı kavramı ve sözleşmecî özel hukuk kişinin bireysel yararı ile kamu yararı kavramları arasındaki bağdaşmazlık da bu alanda çözülmesi gereken diğer bir sorundur. İdari sözleşme kategorisi içinde kabul ediliyor olmalarına rağmen, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idari hizmet sözleşmesi ve diğer idari sözleşmelerin birbirlerinden oldukça farklı nitelikleri haiz olmaları, bu alanda genel sonuçlara ulaşmayı engelleyen başka bir sorundur. Bu doğrultuda, farklı idari sözleşme türlerine ilişkin içtihatlarda farklılık bulunmaktadır.

Bununla birlikte; tüm idari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları açısından eşitliğin bozulmuş olduğunu söylemek mümkündür. Bu eşitsizlikten kaynaklanan dengesizliğin mümkün olduğunca giderilmesi, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için bir gerekliliktir. Böylece bireysel yarar ve kamu yararının dengelenmesi, sözleşme ilişkisinde idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının mümkün olduğunca sınırlandırılması ile söz konusu olabilecektir. Açıklanan sınırlamanın ise, en çok idari sözleşmeler alanında kanunilik ilkesine yaklaşılmasıyla mümkün olabileceği söylenebilir. İchtihatların da, açıklanan sorunların çözümüne katkı sağlayacak şekilde geliştirilmesinin idari sözleşme niteliğinin tespitinde ve hukuki rejiminin belirlenmesinde gelişme sağlayacağı kuşkusuzdur.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı
Sezin ÖZTOPRAK

Numarası
144134002001

Ana Bilim / Bilim Dalı
KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU

Programı Tezli Yüksek Lisans Doktora

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Tezin İngilizce Adı
PUBLIC POWER PRIVILEGES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

SUMMARY

The concept of public power privileges has a special importance in the identification of qualification of administrative contract and juridical regime of administrative contracts in Turkish law. Judicial organ and doctrine, on the one hand use the public power privileges as a criteria in the identification of qualification of administrative contract, on the other hand accept that the administration has certain public power privileges in administrative contracts. The chaos stemming from the fact that the same concept is both the criteria and the result is only one of the problems of administrative contracts area to be solved. Besides, the disharmony of the concept of contract with the concept of public power privilege and private person contracting party's individual interest with public interest is also another problem to be solved in this area. Although all of them are accepted in the category of administrative contracts, the fact that the public service concession contract, administrative employment contract and the other administrative contracts have quite different characteristics is another problem hampering to reach general results in this area. Accordingly, there is discrepancy in the case law related different administrative contracts.

However, it is possible to say that equality is deteriorated in terms of the parties of the contract in all of the administrative contracts. The elimination of the unbalance stemming from that inequality completely is a necessity for the realization of the principle of the state of law. Thus, balancing the individual interest and public interest can be realized by limiting the public power privileges possessed by administration in contractual relationship as much as possible. It can be said that the limitation explained may be possible by getting close to the principle of legality in the area of administrative contracts at most. It is undoubted that developing the case law in a way to contribute to the solution of the problems explained will provide development in the identification of qualification of administrative contract and juridical regime of administrative contracts.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

§ KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I.İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI.....	4
A.GENEL OLARAK.....	4
B. YASAMA ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	8
C. YARGI ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	12
D. YÜRÜTME ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	22
II.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMI	29
A.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ	29
B. İDARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN YARGI KARARLARINDA KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ HEM ÖLÇÜT HEM SONUÇ OLARAK KABUL EDİLMESİNİN ORTAYA ÇIKARDIĞI KARMAŞA	34
III.İDARİ SÖZLEŞME VE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMLARINI AÇIKLAMAKTA KULLANILAN KAVRAMLAR	35
A.KAMU GÜCÜ KAVRAMI.....	36
B.KAMU HİZMETİ KAVRAMI.....	40
C.KAMU YARARI KAVRAMI VE KAMU GÜCÜNÜN SINIRLANDIRILMASI GEREKLİLİĞİ	47

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞME NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜT OLARAK KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

I. İDARENİN SÖZLEŞMENİN KURULMASI AŞAMASINDA KULLANDIĞI KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ETKİSİ... 54	
A.SÖZLEŞMENİN KARŞI TARAFINI BELİRLERKEN BAŞVURULAN YÖNTEMLERİN ETKİSİ..... 55	
1. İhale Yöntemi 56	
2. İdarenin Serbestçe Karşı Tarafı Seçmesi 60	
3. Sınav Yöntemi 66	
B. SÖZLEŞME KOŞULLARININ BELİRLENMESİNDE KULLANILAN YÖNTEMLERİN ETKİSİ..... 67	
1.Şartname..... 67	
2.Tarife..... 70	
3. İdari Hizmet Sözleşmelerinde: “Tıp Sözleşme Uygulaması” 71	
II. İDARENİN SÖZLEŞMENİN UYGULANMASI AŞAMASINDA HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ETKİSİ..... 74	
A.YARGI ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME NİTELİĞİNİ BELİRLEMEDE BAŞVURDUĞU ÖLÇÜTLER..... 76	
1.Sözleşmenin Taraflarından Birinin İdare Olması 76	
2.Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetine İlişkin Olması 84	
a. İdarenin Hizmet Sözleşmelerinde 86	
b. İdarenin Diğer Sözleşmelerinde..... 90	
aa. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Yargı Organı Tarafından Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi Olarak Nitelenmiş Olan Sözleşmeler 91	
bb. Sözleşme Konusunun Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Değerlendirilerek Nitelik Tespiti Yapılmış Olan Sözleşmeler 92	
cc. Sözleşme Konusunun Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Önemsenmeksizin /Değerlendirilmeksizin Nitelik Tespiti Yapılmış Olan Sözleşmeler 98	
c. Ölçütle İlgili Sorunlar 101	

aa. Sözleşmenin Süresinin Önemi/Önemsizliği.....	102
bb. Sınai ve Ticari Kamu Hizmeti-Ticari Faaliyet	103
cc. Tekel Niteliğinde Kamu Hizmeti-İmtiyazcıya Tanınan Tekel Hakkı.....	108
dd. Kamu Hizmetinin Yürütülmesi-Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Amacıyla İhtiyaç Duyulan Edimler.....	110
3.Sözleşme İlişkisinde İdarenin Haiz Olduğu Kamu Gücü Ayrıcalıkları.....	116
a.İdarenin Hizmet Sözleşmelerinde	116
b. İdarenin Diğer Sözleşmelerinde.....	122
B.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARINA SALT SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDE YER ALMASI DURUMUNDA NİTELEYİCİ GÜÇ TANINMASININ YETERSİZLİĞİ.....	125
C.SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDE İDARENİN HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ AYRILABİLİR İŞLEM KURAMI İLE İLİŞKİSİ.....	128
III. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ ÖNE ÇIKAN ÖLÇÜT OLMASI GEREKLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	135
A. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN TARAFLARI ARASINDAKİ EŞİTLİĞİ ORTADAN KALDIRMASI	135
1.Sözleşme Özgürlüğünün İdari Sözleşmelerde Sağlanamaması Karşısında Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Niteleyici Gücü.....	137
2. Genel İşlem Koşulları Taşıyan Özel Hukuk Sözleşmeleri Karşısında Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Ölçüt Olarak Değeri	142
B.SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNİN İDARİ OLARAK BELİRLENMESİNİN ÖNEMİ	147

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİNDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

I.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI.....	154
A. GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI VE KANUNİLİK İLKESİ.....	157
B.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI-KANUN HÜKMÜ -SÖZLEŞME HÜKMÜ ÇATIŞMASI.....	163

C.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMININ TÜM İDARİ SÖZLEŞMELERE UYGULANABİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	167
II.İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDA KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI	170
A.İDARENİN HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI.....	170
1. Denetim, Gözetim ve Talimat Verme Yetkisi	170
2.Yaptırım Uygulama Yetkisi.....	175
3.Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi	177
B.KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDE VE BENZER NİTELİK TAŞIYAN SÖZLEŞMELERDE ÖZEL HUKUK KİŞİSİNE TANINAN KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI.....	185
1. Tekel Hakkı.....	187
2. Hizmetten Yararlanarlardan Bedel Alma Hakkı	193
3.Kamusal Olanaklardan Yararlanma Hakkı	197
III.İDARİ SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDE KAMU GÜCÜ AYRICALIĞI: SÖZLEŞMENİN İDARE TARAFINDAN TEK TARAFLI OLARAK FESHEDİLMESİ	199
A.SÖZLEŞMECİ TARAFIN KUSURU SEBEBİYLE TEK TARAFLI FESİH YETKİSİ.....	203
B.SÖZLEŞMECİ TARAFIN KUSURU OLMAKSIZIN TEK TARAFLI FESİH YETKİSİ.....	206
IV.İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SINIRLANDIRILMASI	210
A.İDARİ SÖZLEŞMENİN KARŞI TARAFI OLAN ÖZEL HUKUK KİŞİSİNİN BİREYSEL YARARININ KORUNMASI AÇISINDAN.....	210
1.Mevzuat Hükümleri İle Sınırlandırma	211
2.İçtihatlarla ve Doktrinde Yer Alan Görüşlerle Ortaya Konan İlkelerle Sınırlandırma	212
a.Kamu Gücü Ayırallıklarının Uygulanma Usulleri İle İlgili Sınırlar	212
aa. Denetim, Gözetim ve Talimat Verme Yetkisinin Sınırları	212
bb. Yaptırım Uygulama Yetkisinin Sınırları.....	212
cc. Tek Taraflı Değişiklik Yetkisinin Sınırları	215

aaa. Kamu Yararı ve Hizmetin Gerekleri	215
bbb. Sözleşmenin Akdi Hükümlerinde Tek Taraflı Değişiklik Yapılamaması	216
dd. Tek Taraflı Fesih Yetkisinin Sınırları	218
b.Sözleşmeci Tarafın Zararının Karşılansması Suretiyle Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması.....	222
aa.Fait Du Prince Kuramı	223
bb. Emprevizyon (İmprevison/ Öngörülemezlik) Kuramı.....	225
B.ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARARLARININ KORUNMASI AÇISINDAN.....	230
1.İdari Sözleşmenin Kurulması ve Uygulanması Aşamalarına Üçüncü Kişilerin Katılımının Sağlanması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması...	231
2.İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar Hakkındaki Karmaşadan Kaynaklanan Sorun Karşısında Üçüncü Kişilerin Durumu.....	235
a.İdari Sözleşmelere Karşı Üçüncü Kişiler Tarafından İptal Davası Açılması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması.....	237
b.İdari Sözleşmelerin Uygulanmasından ve Sona Ermesinden Zarar Gören Üçüncü Kişiler Tarafından Tam Yargı Davası Açılması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması.....	241
SONUÇ	245
KAYNAKLAR	248

KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
A.Ş.	: Anonim Şirket
Bkz./bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
C.E.	: Conseil d'Etat
ÇEAŞ	: Çukurova Elektrik Anonim Şirketi
DDDGGK	: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu
DDDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DHMİ	: Devlet Hava Meydanları İşletmesi
DİBGK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
DİİK	: Danıştay İdari İşler Kurulu
D(X)D	: Danıştay Dairesi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DS	: Dosya Sayısı
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

e.t.	: erişim tarihi
GSM	: Global System for Mobile Communications
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KS.	: Karar Sayısı
KT.	: Karar Tarihi
md.	: madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	: Numara
OYAK	:Ordu Yardımlaşma Kurumu
PTT A.Ş.	:Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi
RGS.	: Resmi Gazete Sayısı
RGT.	: Resmi Gazete Tarihi
RK	: Rekabet Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
vb.	: ve benzeri
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
VDDK	: Vergi Dava Daireleri Kurulu
VwVfG	: Verwaltungsverfahrensgesetz
Y.	: Yıl
YD	: Yürütmenin Durdurulması
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y(X)HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

GİRİŞ

İdari sözleşmeler alanı, idare hukukunun açıklanabilmesi ve üzerinde uzlaşma sağlanabilmesi en zor alanlarından birini oluşturmaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi ile içtihatlarla ortaya konan idari sözleşme rejimi arasında ortaya çıkan çatışmanın, bu alandaki temel sorunlardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Buna ek olarak, idari sözleşmelerin içtihatlarda tüm kamu hukukunun en muğlak kavramları olan kamu hizmeti, kamu yararı ve kamu gücü kavramlarıyla açıklanıyor olması da, idari sözleşme kavramının çerçevesinin tam olarak çizilebilmesinin önündeki engellerden bir diğeridir. Kaldı ki; kamu gücü ayrıcalıkları kavramının da aynı kavramlarla açıklanıyor olması, idari sözleşme niteliği ve hukuki rejimi açısından kamu gücü ayrıcalıklarının değeri hakkında söylenebileceklerin tek bir yorum etrafında toplanamayacağını göstermektedir. Ayrıca; temel bir borçlar hukuku kavramı olan sözleşme kavramı ile idarilik kavramı arasındaki bağdaşmazlığın da idari sözleşmeleri tam olarak açıklayabilmeyi zorlaştıran önemli bir sorun olduğu kuşkusuzdur.

Bu temel sorunlara ek olarak, Türk hukukunda yasama organı ile yargı organı arasında fikir ayrılığına sebep olan ve 1980'li yıllarda başlayıp, 1999 Anayasa değişikliğine kadar devam eden sürecin de idari sözleşme kavramına etkisi oldukça önemlidir. 2017 Anayasa değişiklikleri ile Türk hukukunda geniş bir düzenleme alanına kavuşmuş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, böylece yürütme organının, idari sözleşme kavramına etkisini ise zaman gösterecektir.

İdari sözleşmelerle ilgili olarak yukarıda söylenenler tüm çalışmaya etki etme potansiyelinde olduklarından; çalışmaya öncelikle, söz konusu kavramların çerçevesinin çizilmesi çabasıyla başlanacak ve aynı zamanda bu kavramların anlaşılış şekillerinin, ortaya çıktıkları zaman dilimlerinden günümüze kadar geçirdiği değişim kısaca açıklanacaktır. Kavramsal çerçeve kısmında verilecek bilgilerin, çalışmanın temel iki bölümüne ışık tutması umulmaktadır. Bu doğrultuda; öncelikle idari sözleşme kavramına yasama ve yargı organının etkisi belirlenecektir. Bu belirleme, kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmiş sözleşmelerin çalışmanın birinci bölümündeki açıklamalara, kural olarak, dahil edilmemesini

sağlayacakken; kanunen ya da içtihatla idari olarak nitelenmiş sözleşmelerin, kural olarak, çalışmanın ikinci bölümündeki açıklamalara dahil edilebilmesini sağlayacaktır. İdarenin sözleşmelerinin çeşitliliği ve bu konuda çok sayıda mevzuat hükmü bulunuyor olması, bu şekilde bir tasnifi zorunlu kılmaktadır. Benzer şekilde; bu kısımda kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları hakkında yapılacak açıklamalardan elde edilen veriler, çalışmanın her iki bölümünde yeri geldikçe kullanılacaktır.

Çalışma, kavramsal çerçeve kısmının ardından iki bölümden oluşacak ve her iki bölümde de, büyük ölçüde Türk yargı organının içtihatlarından yararlanılacaktır. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilere ise, çalışmada ihtiyaç duyulduğu ölçüde yer verilecektir.

İdari sözleşme ve kamu gücü ayrıcalığı kavramlarının buraya kadar açıklanmış muğlak durumuna karşın, çalışmanın bölümleri, kendi içlerinde hipotezlere dayandırılacaktır. Bu doğrultuda; birinci bölümün hipotezi, idari sözleşmelerde, borçlar hukuku sözleşmelerinin aksine, tarafların sözleşme ilişkisinde eşit olmadığı; ikinci bölümün hipotezi ise, idari sözleşmelerde idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının, hem bireysel yararın hem kamu yararının sağlanması amacıyla, mümkün olduğunca sınırlandırılması gerekliliğidir.

Birinci bölümde, idarenin sözleşmelerinde kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşme niteliğine etkisi ve yargı organının idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında saydığı diğer ölçütler arasında, kamu gücü ayrıcalıklarının öne çıkan ölçüt olup olmadığı ve öne çıkan ölçüt olması gerekip gerekmediği hususları açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bölümde, ayrıca, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde kamu gücü ayrıcalığı kullandığı durumların da idari yargının denetimine tabi olabildiğini sağlamakta çok önemli bir kuram olarak kabul edilen ayrılabilir işlem kuramının, gerçek işlevini sağlayabilecek ölçüde içtihatlarda değerlendirilip değerlendirilmediği hususu ve idari sözleşmelerin hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıkları ile arasındaki ilişki incelenecektir.

İkinci bölümde, idari sözleşmelerin hukuki rejiminde idarenin ve bazı durumlarda özel hukuk kişinin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları açıklanacaktır.

Bu bölümde açıklanacak olanlar, birinci bölümde açıklananlara göre daha somut nitelik taşıyor olsa da, özellikle genel idari sözleşme kuramının tüm idari sözleşmelere adapte edilemeyecek oluşu ve içtihatlarla çerçevesi belirlenmiş olan bu kuramın mevzuatta yer alan düzenlemeler ve sözleşme hükümleriyle çatışma halinde olduğu durumlar, ikinci bölümdeki açıklamaları zorlaştırabilecek niteliktedir.

Bu şekilde sonlandırılacak olan çalışmada; idarenin sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde sözleşme ilişkisinde idareye tanınmış olan kamu gücü ayrıcalıklarının öneminin ortaya konması ve idari sözleşmelerin hukuki rejiminde idarenin haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarının, bireysel yarar ve kamu yararı arasında mümkün olan en dengeli kombinasyonda kullanılmasını teminen, sınırlandırılması gerekliliğinin vurgulanması amaçlanmaktadır.

§ KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I.İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI

A.GENEL OLARAK

İdari sözleşmelerin idare hukuku uygulamalarındaki varlığı, günümüzde idari rejimi benimsemiş ülkelerde^{1 2} doktrin ve yargı içtihatları ile kabul edilmekte olup³; bu kavrama pozitif hukukta da belli hükümlerle yer verilmekte ve idari sözleşmeler, idarenin faaliyetlerini yerine getirmesini sağlayan hukuki araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte; her türlü faaliyetinde, re'sen kamu gücünü kullanma ve böylelikle yöneldiği kişilerin ya da olguların hukuki durumlarını etkileyebilme yetkisi ile donatılmış olan idarenin, özel hukuk kişileriyle sözleşme yapması ve daha önemlisi bu sözleşmelerden bir kısmının idari nitelikte olduğunun kabul edilmesi, idari sözleşme kavramını, idare hukukunun genel mantığı çerçevesinde açıklayabilmeyi zorlaştırmaktadır.

Bu doğru bir tespit gibi görünse de; aslında özel hukuk kişileri arasında yapılıp, borçlar hukuku hükümlerine tabi olan sözleşmelerden bazıları da son zamanlarda değişime uğramaya başlamıştır. Bunun en belirgin örneği; taraflardan birinin

¹ İdari sözleşmelerin hukuki rejimi açısından; Fransız ve Alman-Avusturyan sistemi olmak üzere temel iki sistem bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu iki sistemden, idari sözleşme kavramının doğuşunu sağlayan Fransız sistemi, Portekiz, İspanya, Belçika, İtalya, Türkiye ve Mısır gibi çok sayıda devletin idari sözleşme rejimini etkilemiş olsa da, Alman-Avusturyan sistemi de, Fransız sisteminden ayrılan yönleriyle, Avrupa'da önemli bir yere sahip olmuştur; LANGROD, Georges, "Administrative Contracts – A Comparative Study", The American Journal of Comparative Law, C. 4, S. 3, 1955, s. 347-351.

² İdari sözleşmeler söz konusu olduğunda; idari rejimi benimsemiş/benimsememiş ülkelerin doktrinlerindeki görüşlerin birbirinden aslında çok farklı olmadığı, Langrod ve Mewett'in çalışmalarında açıkça görülmektedir. Bu çalışmalar, idari sözleşmeler açısından Anglo-Sakson sisteminin Fransız sistemine yaklaşma çabasını ortaya koymakta ve her iki çalışmada da, Fransız sistemi övgüyle karşılanmaktadır; bkz. LANGROD, s. 325-364.; MEWETT, Alan W., "The Theory of Government Contracts", McGill Law Journal, S. 4, C.5, 1958-1959, s.222-223.

³ AZRAK, Ali Ülkü, "İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme", İÜFHM, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 521-539; ODYAKMAZ, Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, C.II, S.1-2, 1998, s. 148; ÖZTÜRK, K. Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000, s. 21 vd; TEKİNSOY, Ayhan, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 30.

belirlediği ve diğer tarafın peşinen kabul etmiş sayıldığı, genel işlem koşullarını taşıyan özel hukuk sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler, giderek idarenin taraf olduğu sözleşmelere benzer nitelik taşımaya başlamıştır. Bu sebeple, idari sözleşmelerin kavramsal çerçevesini belirleyebilmek daha karmaşık hale gelmiştir. Zira; genel işlem koşullarını taşıyan özel hukuk sözleşmelerinde hukuken eşit ancak gerçekte eşit olmayan iki iradenin uyuşması söz konusu olmakta ve bu yönüyle söz konusu sözleşmeler, idarenin üstün gücüne dayanarak yaptığı idari sözleşmelere büyük ölçüde benzemektedir.

İdari sözleşmelerin kavramsal çerçevesini belirlemede yaşanan asıl önemli güçlüğü ise, idari rejimi benimsemiş ülkelerde idari sözleşmelerin hukuki rejimlerinin çoğunlukla yargı içtihatları ile belirlenmiş olmasından^{4 5 6} ve bu

⁴ LANGROD, s. 330; İdari sözleşme kavramı, 19. yüzyılın 2. yarısında, Fransa'da Conseil d'Etat'nın içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Ancak, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 tarihli *Blanco* kararı ile "*idari faaliyet*" alanının tespit edilmiş olması, idari sözleşme kavramının (*contrat administratif*) oluşumuna giden yolda, önemli bir başlangıç olarak kabul edilmektedir; AZRAK (İdari Mukavele...), s. 522; Zira; bu karardan önce, Fransa'da, idarenin yaptığı tüm sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir; TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 62.

⁵ Fransız hukukunda, idari sözleşme kavramının kabulünün ardından, içtihatlarda gelişiminin hızla devam etmiş olmasının temel sebebi olarak, 19. yüzyılın sonlarından itibaren kamu hizmeti alanının giderek genişlemiş olması gösterilmektedir; AZRAK (İdari Mukavele...), s. 523. Yine, Fransız hukukunda içtihat ve doktrin eş zamanlı olarak, idari sözleşme kavramını benimsemiş ve idari sözleşme alanı giderek genişlemiştir. Fransız doktrininin hemen hemen tümü idari sözleşme olgusunu kabul etmiş olsa da; Duguit, bu kabule muhalif kalmıştır. Duguit; idarenin sözleşmeleri arasında kamu hukuku-özel hukuk sözleşmesi şeklinde bir ayırım yapılamayacağını savunmuştur; DUGUIT, Leon, Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren: Süheyy DERBİL), İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1954, s.16; OSTEN, Necmi, İdari Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, s. 5; MEWETT, s. 221-222.

⁶ Almanya'da, doktrin tarafından idari sözleşme kavramının kabul edilmeye başlaması, ancak 2. Dünya Savaşı'ndan itibaren yaşanan gelişmelerle olmuş ve bu gelişme sonucu idarenin idari sözleşme akdedebilmesi için mutlaka kanunla yetkilendirilmiş olması gerektiği fikrinden uzaklaşmaya başlanmıştır; PETERS, Hans, Lehrbuch des Verwaltung, 1949, s. 154'ten ve FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungrechst, 7. Baskı, 1958, s. 250 vd.'ndan aktaran: AZRAK (İdari Mukavele...), s. 529; Alman hukuk doktrininin idari sözleşme kavramını kabullenmesi uzun bir süreç almış olsa da, idari sözleşme kavramının tartışılmaya başlamış olmasında, yargı içtihatlarının önemli bir etkisi olmuş ve içtihatlarda idari sözleşme kavramını kabullenici bir yaklaşım sergilenmiştir. Alman Yüksek İdare Mahkemesi, idare ile özel hukuk kişileri arasında akdedilen; yol inşaatına, okul, hastane gibi kamu emlakına ilişkin inşaat işlerini konu alan sözleşmelerin ve özel hukuk kişinin kamu hukukundan kaynaklanan borçlarına ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme olduğuna karar vermiştir; AZRAK (İdari Mukavele...), s. 532.

ülkelerin idari sözleşmeleri nitelermelerinin aynı şekilde olmamasından⁷ kaynaklandığını söylemek mümkündür.

Türk hukuku, idari sözleşme alanında genel olarak Fransız hukukunu örnek almış olsa da; Fransız uygulamasından önemli derecede sapma gösteren yargı kararlarına rastlanmaktadır. Bununla birlikte; Türk hukukunda da idari sözleşme alanının belirlenmesinde, içtihatlar önemli bir rol üstlenmektedir. Zira; Türk hukukunda idari sözleşme kavramı, anayasal olarak tanınmış olmakla birlikte, kavramın içeriğini ve hukuki rejimini tespit edebilmek için gerekli hükümler ne Anayasada ne de diğer mevzuat hükümlerinde ayrıntılı şekilde yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın 47. maddesinde genel olarak idarenin sözleşmelerine; 125. maddesinin 1. fıkrasında ve 155. maddesinin 2. fıkrasında ise; kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle ilgili hükümlere yer verilmiştir. Ancak; söz konusu hükümler incelendiğinde idari sözleşmelerin tanımına ve söz konusu sözleşmelerin idarenin faaliyet alanı içinde nerede yer aldığına ilişkin temel ölçütlere yer verilmemiş olduğu açıktır. Temel idari yargılama usulü kanunlarında idari sözleşme kavramıyla ilgili hükümlere rastlanmakla birlikte; bu hükümlerin incelenmesinde de, idari sözleşmenin tanımının yapılmadığı ve idarenin faaliyetleri içindeki yerinin tam olarak anlaşılmasını sağlayabilecek ölçütlere yer verilmediği görülmektedir. Bu hükümlerden tek anlaşılabilen “*genel hizmetlerden birinin görülmesi*” için idari sözleşme yapılabileceği olup; idari sözleşme niteliğinin tespitinde bu hükmün önemli ölçüde etkisi olduğu çalışmanın ilgili kısımlarında açıklanacaktır. Böylelikle; Türk pozitif hukuku açısından tartışma olmaksızın yapılabilecek en önemli tespit, doktrin ve içtihatlarda olduğu gibi, mevzuat hükümleri ile de idari sözleşme kavramının ve bu sözleşme türüne özel hukuk

⁷ İdari sözleşme kavramını kabullenme noktasında uzun bir sürece gereksinim duymuş olan Alman hukukunda yukarıdaki dipnotta belirtilmiş olan sözleşmeler idari sözleşme olarak kabul edilmişken; idari sözleşme kavramını daha çabuk içselleştirmiş olan Türk hukukunda bu sözleşmelerin içtihatlarla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiş olması, idari sözleşme alanında yaşanan belirsizliği ortaya koyan işaretlerden yalnızca bir tanesidir. Bu hususta başka örnekler de vermek mümkündür; imtiyaz sözleşmeleri Fransız ve Türk hukukunun aksine, Alman hukukunda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Yine; Fransa'da idari sözleşme olarak kabul edilen bayındırlık sözleşmeleri, Türk hukukunda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.I, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 467.

sözleşmelerinden ayrı bir hukuki rejim uygulanacağını kabul edilmiş⁸ ve idari sözleşme kavramı ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasında sıkı bir bağ kurulmuş olduğudur.

Buna ek olarak; tarafların sözleşmeye vermiş oldukları isimlerin, yargı organı açısından sözleşmenin niteliğini belirlemede önemli olmaması ve yargı organının uzun süre, idari sözleşme niteliği ile ilgili olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde değerlendirme yapmış ve yapmaya devam ediyor olması, Türk hukukunda idari sözleşme niteliği ve bu niteliğin sonuçları ile ilgili olarak söylenebilecekleri dar bir kalıba sıkıştırmıştır.

Oysa; her ne kadar Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyaz usulü, Osmanlı İmparatorluğu döneminde temel bir kamu hizmeti sunma biçimi⁹ olsa da, Cumhuriyet'in ilk yıllarında, bu faaliyetler devlet tarafından üstlenilmiş; ardından yeniden imtiyaz usulüne başvurulmuş ve fakat neo liberal politikaların uygulanmasına kadar, kamu hizmeti imtiyaz modeli eski önemini haiz olamamıştır. Neo liberal politikalar sonucu oluşan yeni düzende, kamu hizmeti imtiyaz modeli yeniden gündeme gelmişse de, bu alanda klasik modelden uzaklaşan yenilik arayışları başlamıştır¹⁰. Buna rağmen, günümüz içtihatlarında dahi, idarenin sözleşmesinin niteliği ya da bu sözleşmenin hukuki rejimi belirlenmeye çalışılırken, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin unsurları aranmaya devam etmektedir.

Sonuç olarak; idari rejimi benimsemiş diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de, idarenin faaliyet araçlarından biri olarak idari sözleşme kavramı kabul edilmiş ve kavram giderek geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bununla birlikte; tüm dünya devletlerinin yapısını, kamu hizmetlerini, kamu yararını ve kamu gücünün kullanım şartlarını etkileyen uluslararası ve ulusal gelişmeler doğrultusunda, idari sözleşme kavramı daha karmaşık hale gelmiş, hatta idari sözleşmelerin konusunu oluşturan pek

⁸ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 85.

⁹ 1860-1910 yılları arasında yabancı girişimcilere, kamu hizmeti sunma hususunda verilen imtiyaz örnekleri için bkz. MERİÇ, Osman, "İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İchtihat İmlenmiş ve İmlenmemiş Yönleri", Danıştay Dergisi, Y.3, S. 11, s. 73-74.

¹⁰ TAN, Turgut, "Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline", AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, s. 308.

çok kamu hizmeti alanında yapılan mevzuat değişiklikleri ile sözleşme yönteminden vazgeçilerek, ruhsat yöntemi benimsenmiştir.

Ayrıca; Türk hukukunda idari sözleşme niteliği ile ilgili olarak yasama organı ve yargı organı arasında fikir ayrılıklarına sebep olan sürecin özel bir önemi bulunduğundan, bu hususta yaşanan gelişmelerin açıklanması gerekmektedir. Zira; bu durumda, bir tarafta idarenin kanuniliği ilkesi, diğer tarafta yargı organının özgün içtihatları bulunmakta ve bu durumda hangisinin diğerine üstün sayılması gerekeceği hususunda bir sonuca ulaşabilmek oldukça zor görünmektedir. Yine; 2017 Anayasa değişiklikleriyle, kamu hukuku açısından yeni bir işlem türü olmasa da, etkinliği oldukça artırılmış olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanı hakkında yaşanan tartışmalar, yeni anayasal düzende yürütme organının idari sözleşme niteliğindeki ve hukuki rejimindeki etkisini açıklamayı gerektirmektedir.

B. YASAMA ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yasama organı, genel ve asli nitelikteki düzenleme yetkisi¹¹ doğrultusunda ve anayasal hükümlere aykırı olmamak şartıyla, idari sözleşmeler alanında da kanun hükümleriyle düzenleme yapabilir. Yasama organı, kanun hükmüyle, idarenin sözleşmesinin niteliğini açıkça ya da dolaylı olarak belirleyebilir. Dolaylı nitelemede, kanun hükmünde idarenin sözleşmesine uygulanacak olan hukuki rejim ya da bu sözleşmelerden doğan uyumsuzlukları çözümlenmeye görevli ve yetkili mahkemenin gösterilmiş olabileceği kabul edilmektedir¹².

Bu doğrultuda, Türk hukukunda yasama organının, idarenin sözleşmesiyle ilgili olarak doğrudan¹³ ya da dolaylı¹⁴ niteleme yaptığı kanun hükümleri bulunmaktadır.

¹¹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2015, s. 236-240.

¹² TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 89-90.

¹³ 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun (RGT.16/6/1949, RGS:7234)-md. 5,6,7,8,9, 18'de ve ek md. 4'te; 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun (RGT. 23/7/1970, RGS.13557)-md. 7,8,10,16 ve 17'de kurumla personeli arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğu açıkça belirtilmiştir. 4628 sayılı Enerji Piyasası

Bunun dışında, genel olarak idari sözleşme kavramına yasama organının etkisine bakıldığında; 669 sayılı Kanun'dan bu yana idari sözleşme kavramına yasama organının kanun hükümlerinde yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu kanunda; genel hizmetlerden birinin görülmesi amacıyla yapılacak idari sözleşmelerden doğan davalarda görevli yargı kolunun idari yargı olduğu belirtilmiştir. 669 sayılı Kanun'un idari sözleşmelerle ilgili olarak getirmiş olduğu bu sistem, günümüzde yürürlükte olan 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanun hükümlerinde de aynı şekilde yer almaya devam etmektedir¹⁵.

Özel olarak idari sözleşmeler alanındaki ilk kanuni düzenleme olan 10 Haziran 1326 tarihli (23 Haziran 1910) Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun¹⁶, günümüzde yürürlükte ve bu kanun hükümleriyle, idari sözleşmelerin temel modeli olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte; bu kanun hükümlerinde açıkça kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme olduğu belirtilmemişse de, bazı hükümlerinin yorumundan, söz konusu sözleşmenin dolaylı olarak idari sözleşme olarak nitelenmiş olduğu düşünülebilir¹⁷.

Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (RGT. 03.03.2001, RGS. 24335) md.9'da ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu (RGT. 23.05.2013, RGS.28655) md.27'de; idare ile personeli arasındaki sözleşmenin niteliği açıkça idari hizmet sözleşmesi olarak belirtilmiştir.

¹⁴ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun (RGT.13.06.1994, RGS.21959) md.5'te ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RGT.09.03.2013, RGS.28582) md.4'te, idare ile yapılacak olan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir.

¹⁵ 669 sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu (RGT.07.08.1341, RGS.238), md. 19/B'de, 521 sayılı Danıştay Kanunu (RGT. 31.12.1964, RGS.11896), md. 30/C'de, 2575 sayılı Danıştay Kanunu (RGT. 20.01.1982, RGS. 17580) md. 24/F'de, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (RGT. 20.01.1982, RGS. 17580) md.5/c'de ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (RGT. 20.01.1982, RGS. 17580) -md.2/c'de; genel hizmetlerden ya da kamu hizmetlerinden birinin görülmesi amacıyla yapılan idari sözleşmelerden bahsedilmiştir.

¹⁶ RGT. 24.06.1326, RGS.576.

¹⁷ Örneğin; 1326 tarihli Kanun-md. 2'de, imtiyazcı lehine kamulaştırma yapılabileceği hükmü yer almaktadır.

Yasama organının idari sözleşmeler alanındaki esas etkisi ise, 1980’li yıllardan itibaren gündeme gelmiş ve bu dönemde¹⁸ kanun hükmüyle birçok kamu hizmeti alanında yapılacak, üstelik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile büyük ölçüde benzer nitelik taşıyan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağı yönünde açık kanun hükümleri kabul edilmiş ve fakat bu kanun hükümleri aşağıda açıklanacağı üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Bu gelişmenin ardından, 1982 Anayasası’nda 1999 yılında 4446 sayılı Kanun¹⁹ ile yapılan değişiklik sonucu, Anayasa’nın 47. maddesine ek fıkra eklenmiştir. Bu hükümlerle, “yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir” kuralını koymak suretiyle yasama organının asli ve genel nitelikteki düzenleme yetkisi, idarenin yatırım ve hizmetlerine ilişkin sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesi açısından, açık bir anayasal yetkiyle pekiştirilmiştir. Böylelikle, yasama organı, idarenin sözleşmesini niteleme hususunda anayasal bir yetkiye de kavuşmuştur. Bununla beraber, kanunla niteleme yapılmayan sözleşmelerin durumu

¹⁸ Bu süreç; doktrinde oldukça fazla sayıda tartışma yaşanmasına sebep olmuş, kamu hizmeti alanının, artan oranda özelleştirme kapsamına alınması idare hukukçuları tarafından endişeyle karşılanmıştır; Bu husustaki örnek görüşler için bkz. DURAN, Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, AÜSBFD, C. 46, S. 1, 1991, s. 147-170; TAN (Kamu Hizmeti...), s. 307-325; Gülan, Türkiye’de, kamu hizmetinin algılanışındaki değişimin 3 nedeni olarak; “-Nitelikli tatmin beklentilerinin karşılanmamış olması, -Kamu hizmetlerinin bütçe açıklarının ve enflasyonun sebebi olarak görülmesi, -Globelleşen sermayenin ve neo-liberal anlayışın etkilediği Özel sektörün büyük ekonomik avantajlar gördüğü, rekabetsiz, hazır müşterisi bulunan, pazarlama sorunu olmayan kamu hizmetlerine katılma taleplerine uygun yeni hukuki rejim arayışları”nı göstermekte ve bu nedenlerin, “daha nitelikli kamu hizmeti arayışı” yerine, özelleştirme kavramını getirmiş olduğunu belirterek, özelleştirmeyi, kamu hizmeti kavramına karşı çok önemli bir tehdit olarak görmektedir: “Ancak sebepleri ne olursa olsun, genel hatlarıyla belirttiğim bu nihai aşama, kamu hizmeti anlayışına ve onun hukuki rejimine karşı açık bir husumeti, daha doğrusu bir ölüm kalım savaşını ifade etmektedir”; GÜLAN, Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHF, C. LVI, S. 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı, 1998, s. 100-101; Bu husustaki tartışmalara başka bir açıdan yaklaşan Ozansoy, şunları söylemiştir: “Türkiye’de kamu hizmeti tartışmalarındaki en büyük engel, kanımca, devletin kamu yararı gerekçesiyle tüm kamusal alanı temellük etmesi ve böylelikle toplum ile devlet arasında hiç bir zemin bırakılmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu, devlet ve resmi alandan ayrı bir kamu kavramı oluşamamış, “varsayılan alanlar” da resmi dilin retoriğince işgal edilmiştir. Böyle bir sonuç da, kamu hizmeti tartışmalarının -hiç bir boyutta toplumun kurucu iradesini içermeyen- devlet ve piyasa dikotomisi içine hapsedilmesine neden olmuştur”; OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, AÜHF, C. 46, S. 1, 1997, s. 99-100.

¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RGT. 14.08.1999, RGS.23786.

ile yasama organına Anayasa ile verilen yetkinin sınırsız bir yetki olup olmadığı hususlarının tartışılır nitelik taşımaya devam ettiği söylenebilir.

Doktrinde, haklılıkla, Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, idarenin sözleşmelerinden kanunla özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmemiş olanların idari sözleşme olarak nitelenmesi gerekeceği²⁰ ve bu değişikliğin tartışmaları “kamu hizmeti” alanından, “kamu yatırımı” alanına taşıdığı ve böylelikle örneğin kamu inşaat işlerini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul eden görüşlerin ve yargı içtihatlarının anayasal temellerinin kalmadığı²¹ yönünde görüşler öne sürülmüştür.

“Yatırım ve hizmetler” kavramının kapsamı açısından ise, doktrinde, Anayasa’nın bu hükmünün, kamu hizmetleri de öncelikle dahil olmak üzere, idarenin üstlenmiş olduğu bütün hizmetleri kapsamına aldığı kabul eden görüş ileri sürülmüştür²². Anayasa Mahkemesi ise 14.03.2013 tarihli kararında, “yatırım ve hizmetler” den anlaşılması gerekenin, devletin asli görevleri dışındaki hizmetleri olduğunu belirtmiştir²³. Görüldüğü gibi, bu kavram geniş ya da dar yorum yapılmasına olanak veren bir kavramdır ve fakat yasama organı 1999 Anayasa değişikliğinin ardından, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek birçok kamu hizmeti alanında, kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi yöntemini benimsemiş ve bu sözleşmelerin niteliği ile ilgili bir tartışma kalmamıştır.

1980’li yıllardan itibaren yatırım ve hizmetlerle ilgili olarak idari sözleşme alanını gittikçe daraltan kanun koyucunun iradesi, idari hizmet sözleşmeleri alanını

²⁰ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 96-97.

²¹ KARAHANOGULLARI, Onur, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)”, AÜSBFD, C.66, S.3, 2011, s. 201; Benzer yönde görüş için bkz. TEKİNSOY, M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 191.

²² ULUSOY, Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör: Ali ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 4.

²³ “...idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürmeleri olanaklıdır...”; AYM, E. 2011/150, K.2013/30, KT.14.03.2013, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 50, C. 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

genişletmeye yönelik olmuştur. Bu sebeple, kanunen idari hizmet sözleşmesi olduğu belirtilmiş olan idarenin hizmet sözleşmelerinin niteliğinde de bir tartişma bulunmamaktadır.

Özetle, idarenin yapmış olduğu sözleşmenin niteliğini açıkça belirleyen bir kanun hükmünün bulunduğu durumlarda, son yıllardaki yargı kararları doğrultusunda artık tartişılacak bir durum kalmamış olup, bu kararlar ışığında şu tespit kolaylıkla yapılmaktadır: Kanunen zel hukuk sözleşmesi sayılmış bir sözleşmeyle ilgili olarak; sözleşmenin konusu kamu hizmetine ilişkin olsa ya da mevzuatla veya sözleşme hükmüyle idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olsa da, bu hususların sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelenmesine etkisi olmamaktadır. Ya da kanunen idari sözleşme sayılmış bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin niteliğini belirlemek için başka bir ölçüte ihtiyaç kalmamakta ve idarenin bu sözleşmelerde doğal olarak kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceği kabul edilmektedir.

Türk idare hukukunda devam eden tartişma; kanunla hiçbir nitelendirme yapılmadığı takdirde, idarenin hangi sözleşmelerinin idari sözleşme, hangi sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına iliřkindir²⁴. Bu sebeple, çalışmanın birinci bölümündeki açıklamalar, genel olarak idarenin kanunen niteliği belirlenmemiş olan sözleşmeleri açısından yapılacaktır.

C. YARGI ORGANININ İDARİ SöZLEşME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Türk hukukunda idari sözleşme niteliği ve idari sözleşmelerin hukuki rejimi konusunda en önemli etki yargı organına aittir. Bu sebeple; çalışma büyük ölçüde Türk yargı organının idari sözleşmelere ilişkin içtihatları incelenmek suretiyle yapılmıştır.

²⁴ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 22-23; ÇAL, Sedat, "İdari Sözleşmelerde lt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım nerisi", GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 227.

Türk hukukunda idari sözleşme olarak kabul edilen²⁵ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, iltizam sözleşmesi, müşterek emanet sözleşmesi, istikraz sözleşmesi²⁶, yeraltı ve yerüstü servetlerin işletilmesi sözleşmesi²⁷, orman işletme sözleşmesi²⁸, idari hizmet sözleşmesi, ilk olarak yargı organının içtihatlarıyla belirlenmiş ve idari sözleşmelerin hukuki rejimleri de, büyük ölçüde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejmi esas alınarak ve yargı organının içtihatlarıyla belirlenmeye çalışılmıştır. Aynı doğrultuda; idarenin yapım sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, abonman sözleşmeleri ve ihale yöntemine başvurarak sözleşmenin karşı tarafını belirlediği sözleşmeler, kanunen niteleme söz konusu olmamasına karşın, yine yargı içtihatlarıyla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Bununla birlikte; 1980’li yıllardan itibaren yürürlüğe giren mevzuat hükümleriyle yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, birçok kamu hizmeti alanı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine nitelik ve hukuki rejim açısından çok fazla benzemesine rağmen, görev sözleşmesi, işletme hakkının devri sözleşmesi, GSM görev sözleşmesi ya da sadece imtiyaz sözleşmesi gibi farklı adlar taşıyan sözleşmelerin konusunu oluşturmaya başlamış olsa da; bu sözleşmelerin çok büyük bir kısmı, içtihatlarla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenmiştir. Örneğin; Danıştay, AKTAŞ kararı olarak anılan kararında işletme hakkının devri

²⁵ GIRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 1334-1341; ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, 2. Baskı’dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 510; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 491-500.

²⁶ Bilgen, devlet istikrazlarının sadece özel hukuku aşan şartlar taşıması durumunda, idari nitelikte olduklarını kabul etmektedir; BİLGEN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1970, s. 110; Aynı yönde görüş için bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım Bursa, 2009, s. 74.

²⁷ Maden işletme faaliyeti 3213 sayılı Maden Kanunu’nun (RGT. 15.06.1985, RGS.18785), yürürlüğe girdiği tarihten itibaren artık ruhsat yöntemiyle özel hukuk kişilerine gördürülüyor olmakla birlikte; bu kavram ile, 3213 sayılı Kanun’dan önce yürürlükte olan 6309 sayılı Maden Kanunu (RGT. 11.03.1954, RGS. 8655) hükümlerine göre yapılmış olan maden imtiyaz sözleşmelerinden, süresi henüz bitmemiş olanlar kastedilmektedir.

²⁸ 1961 Anayasası’nın 131. maddesi ve 1982 Anayasası’nın 169. maddesi hükümleri ile ormanların işletilmesinin devlete ait bir yetki olduğu kabul edilmiş olduğundan; artık bu alanda özel hukuk kişileri ile idari sözleşme yapma imkanı kalmamış olmakla birlikte, 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önceki dönemde yapılmış ve yargı içtihatlarına konu olmuş orman işletme sözleşmelerine, çalışmanın ilgili kısımlarında değinilecektir.

sözleşmesini imtiyaz sözleşmesi niteliğinde görerek, söz konusu sözleşme Danıştay incelemesinden geçirilmemiş olduğu için, sözleşmenin iptaline karar vermiştir²⁹.

Bu dönemde, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları da oldukça önemlidir. Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten önce, Anayasa Mahkemesi, kısaca, niteliği gereği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olan ya da niteliği gereği idari sözleşme olan sözleşmelerin kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenemeyeceği yönünde karar vermiştir^{30 31}. Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra ise Anayasa Mahkemesi, kanun hükmüyle yapılan özel hukuk sözleşmesi nitelenmesini Anayasaya aykırı bulmamış olmakla birlikte, niteliği gereği kamu hizmeti anlayışını devam ettirmiştir. Yeni durumda, Anayasa Mahkemesi, niteliği gereği idari sözleşme sayılan sözleşmelerin kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi sayılması yönünde, yasama organının geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir³². Kanunen nitelendirilmeyen durumlarda ise kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılacağına karar vermeye devam etmektedir³³.

²⁹ D10D, E.1991/1, K. 1993/1752, KT. 29.04.1993; www.hukukturk.com; e.t.08.08.2017.

³⁰ AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, KT.09.12.1994; 1996; AYM, E.1994/70, K.1994/65-2, KT.22.12.1994; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara; AYM,E.1994/71, K.1995/23, KT.28.06.1995; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.32, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1997; AYM, E. 1996/57, K.1997/3, KT.23.01.1997, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 36, C.1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2001; AYM, E. 1996/63, K.1997/40, KT.26.03.1997, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 37, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 2002, s. 128-133.

³¹ Anayasa Mahkemesi'nin "*niteliği gereği kamu hizmeti*" içtihadı doktrinde eleştirilmiştir; ULUSOY (Yeni Anayasal Durumda...), s. 8; Gülan ise, niteliği gereği kamu hizmeti kavramını kabul etmekle birlikte; kamu hizmeti niteliğinin faaliyetin kendisinden değil, toplum tarafından söz konusu faaliyete duyulan ihtiyaçtan doğduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, yasama organının takdir hakkını belirleyen objektif kurallar koymak önemli olmakla birlikte, bu yetkinin tamamen yargı organına verilmesinin de doğru olmadığı görüşündedir; GÜLAN (Türkiye'de Kamu...), s. 105.

³² AYM, E. 2011/150, K.2013/30, KT.14.03.2013, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 50, C. 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014; AYM, E. 2013/50, K.2015/38, KT.01.04.2015, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 52, C. 5, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017.

³³ "...Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı açıktır..."; AYM, E. 2005/110, K.2005/111, KT.29.12.2005, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 43, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.

Danıştay'ın kararları da, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında değişime uğramıştır. Söz konusu Anayasa değişikliğinden önce, Danıştay da niteliği gereği idari sözleşme içtihadı doğrultusunda karar veriyor olmakla birlikte, anayasa değişikliği ve buna bağlı olarak kanunlarda yapılan değişikliklerden sonra kanunen niteleme doğrultusunda karar vermeye başlamıştır³⁴. Bununla birlikte; Danıştay'ın, günümüzde kanunen özel hukuk sözleşmesi nitelenmesi yapılmış olmasına rağmen idari sözleşme olarak nitelik değerlendirmesi yaptığı ayrık kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin; Danıştay 13. Dairesi'nin 26.09.2008 tarihli kararına konu olan sözleşme, 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre, 22.10.2003 tarihinde, yani 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre bu sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanacağına dair 20.12.1999 tarihli değişiklikten sonra yapılmıştır. Söz konusu dava, üçüncü kişi konumundaki acenteler tarafından sözleşmenin iptali amacıyla Danıştay'da açılmıştır. Danıştay 1. Dairesi'nin 07.11.2005 tarihli kararıyla da, dava konusu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olmadığı ve özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmiş olmasına rağmen; Danıştay 13. Dairesi, Danıştay 1. Dairesi'nin kararı karşısında, sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemek mümkün olmasa ve bu sebeple Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevli olmasa da, sözleşmenin idari nitelikte bir sözleşme olduğuna ve bu sebeple idare mahkemesinin görevli

³⁴ Örneğin; Danıştay 13. Dairesi, 08.10.1998 tarihli ve yap-işlet modeli çerçevesinde imzalanmış olan sözleşmenin iptali amacıyla açılan davada yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verdiği 10.06.2005 tarihli kararında; sözleşmeyi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel unsurları çerçevesinde değerlendirmiştir ; "... *Dava konusu sözleşmenin yargı kararıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunun saptanması, bu sözleşmeyi inceleme görevinin Anayasa ile Danıştay'a verilmiş olması ve Anayasa'nın bağlayıcılığı temel ilkesi ve Danıştay Kanunu'nun kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 23/d, 42/c ve 46/b maddeleri hükümleri karşısında, 08.10.1998 tarihli sözleşmenin Danıştay incelenmesinden geçirilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı Kanun'un 27.maddesindeki koşulların birlikte olduğu anlaşıldığından, davalı idare ile...arasında...doğal gaza dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 08.10.1998 tarihli sözleşmenin dava sonuçlanıncaya kadar yürütülmesinin durdurulmasına 10.06.2005 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi...*"; D13D, E.2005/5304, KT. 10.06.2005 tarihli yürütmenin durdurulması kararı. (Yayımlanmamıştır); Bununla birlikte, dava sonucu, 4283 sayılı Kanun'da yapılan değişikliğe bağlı olarak, taraflar, 08.10.1998 tarihli sözleşme yerine yeni bir sözleşme imzalamış ve bu sebeple iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir: "... *ile davalı idare arasında 5539 sayılı Kanun'la değişik 4283 sayılı Kanun hükümleri uyarınca 24.07.2006 tarihinde sözleşmenin imzalanarak yenilediği anlaşılmaktadır. Olayda, ... önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmenin imzalanması nedeniyle, bu davanın konusunu oluşturan...08.10.1998 tarihli sözleşme ortadan kaldırıldığından, bu davada iptal istemi hakkında bir karar verilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.*";D13D, E. 2005/5304, K.2006/4486, KT. 27. 11. 2006; www.hukukturk.com; e.t.01.04.2018.

olduğuna karar vermiřtir³⁵. Danıştay 13. Dairesi'nin yakın tarihli bir başka kararına konu olayda da, 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak olan havalimanı projesi ile ilgili olarak yapılan ihalenin ve idari sözleşmenin iptali için dava açılmış; ilk derece mahkemesi henüz idari sözleşme mevcut olmadığı için, davayı bu yönden incelemeksizin reddetmiş ve söz konusu karar ilk derece mahkemesinin gerekçesiyle, Danıştay tarafından da onanmıřtır³⁶. Bu kararda her ne kadar, dava konusu sözleşmenin niteliği Danıştay tarafından tespit edilmiş olmasa da, davacı ve ilk derece mahkemesi, "idari sözleşme"den söz etmiş, Danıştay da ilk derece mahkemesi kararını onanmış ve sözleşmenin idari sözleşme olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

Danıştay 13. Dairesi'nin bu kararları, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değerliğiğe rağmen yargı organının, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşıyan sözleşmeleri, kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmiş olsalar da, idari sözleşme olarak niteleme yönündeki iradesini göstermektedir.

Bununla birlikte; Danıştay 13. Dairesi, kamu-özel işbirliği sözleşmesinin niteliğinin yönetmelik hükmüyle özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Böylelikle; ilk durumda kanunda açıkça yer alan özel hukuk sözleşmesi nitelmesine rağmen sözleşmenin idari nitelikte olduğunu belirlemişken; ikinci durumda yap-işlet-devret sözleşmelerine büyük lde benzer

³⁵ D13D, E.2008/5151, K.2008/6509, KT.26.09.2008, Danıştay Dergisi, S.120.

³⁶ "...Dava; ".....Havalimanı Projesi" ihalesinin 03.05.2013 günü açık arttırma sonucundaOrtak Girişim Grubuna verilmesine ilişkin ihale işlemi ile Devlet Hava Meydanları Işletmesi ile Ortak Girişim Grubu adına hareket edenA.ř. arasında imzalanan idari sözleşmenin iptali istemiyle açılmış;...sözleşme imzalanmadığından ve ihale süreci henüz tamamlanmadığından yapılan ihalede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın "..... Havalimanı Projesi ihalesine ilişkin kısmının reddine, idari sözleşmenin iptali istemi bakımından incelenmeksizin reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle kısmen reddi, kısmen incelenmeksizin reddi yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 03.12.2014 tarih ve E:2014/838, K:2014/1467 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının ONANMASINA;..."; D13D, E. 2015/1191, K.2017/66, KT. 09.01.2017; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

nitelik taşıyan kamu özel işbirliği sözleşmelerine özel hukuk sözleşmesi niteliği veren yönetmelik hükmünü hukuka aykırı bulmamıştır³⁷.

Görüldüğü gibi, Danıştay henüz kanunla özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmemiş olan durumda, yönetmelik maddesi ile sözleşmenin niteliğinin özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmiş olmasını yeterli görmüş ve sözleşmeyle ilgili olarak hiçbir nitelik değerlendirmesi yapmamıştır. Söz konusu yönetmelik hükmü, 3359 sayılı Kanun³⁸'un 7. ek maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanmış olsa da, dayanak kanun hükmü incelendiğinde, bu model etrafında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına belirtilmediği de görülmekte³⁹ olduğundan, Danıştay 13. Dairesi'nin yukarıda açıklanmış olan iki farklı kararı, idari sözleşmeler alanında yaşanan sıkıntının anlaşılmasına yardımcı olmaktadır.

Sonuç olarak; yargı organının idari sözleşmelerin niteliği ve hukuki rejimindeki etkisi, her zaman çok önemli bir yerde olmuş ve bu önemli etki Anayasa'nın 47. maddesinde yapılmış olan değişiklikten sonra da devam etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay; genel olarak, niteliği gereği idari sözleşme anlayışını bırakarak, kanun hükümleri doğrultusunda karar vermeye başlamıştır.

Bununla birlikte; açıklanan sözleşmelerin kanunen özel hukuk sözleşmeleri olduklarının kabulü, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmelerine benzer nitelikleri bulunmadığını ortaya koyamamaktadır. Günümüzde genel olarak, Kamu-özel

³⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin, kamu özel işbirliği modelinin, 6428 sayılı Kanun'dan önceki dayanağını oluşturan, Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik (RGT. 22.07.2006, RGS. 26236)'in bazı maddelerinin ve bu model doğrultusunda imzalanmış olan sözleşmenin iptali istemiyle açılmış olan davayla ilgili olarak vermiş olduğu 22.11.2011 tarihli kararı şu şekildedir: "...dava konusu sözleşmenin yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca, özel hukuk sözleşmesi olduğu açık olduğundan, sözleşmenin iptali isteminin görüm ve çözümünün adli yargının görevinde olduğu sonucuna varılmaktadır..."; D13D, E. 2011/3899, K.2011/5211, KT. 22.11.2011; emsal. danistay. uyap. gov tr; e.t. 07. 12. 2017; 6428 sayılı Kanun (RGT.09.03.2013, RGS. 28582), bu karardan yaklaşık iki sene sonra yürürlüğe girmiştir ve 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup..." hükmü ile, bu sözleşmeler günümüzde kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmiş olan sözleşmeler arasında yer almaktadır.

³⁸ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, RGT.15.05.1987, RGS. 19461.

³⁹ Bu eleştiriler; Karahanoğulları'nın 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihli çalışmasında da dile getirilmiştir; KARAHANOGULLARI (Eksik İmtiyaz), s. 199-200, 201-202.

işbirliği uygulamaları doğrultusunda gerçekleştirilecek olan yatırım ve hizmetleri konu alan sözleşmeler; 1980’li yıllardan itibaren, devlet yatırımlarında özel sektör sermayesine duyulan yoğun ihtiyaç sonucu, gelişmiş ülkelerde uygulanan bazı finans modellerinin Türkiye’de de uygulanmasına yönelik mevzuat değişiklikleri dayanak alınarak akdedilmektedir. İdarenin akdettiği bu sözleşmelerden çoğunun özel hukuk sözleşmesi sayılacağı kanun hükmüyle kabul edilmiştir. Yargı içtihatlarında da, söz konusu sözleşmelerin kanun hükmü gereği özel hukuk sözleşmesi olacağı kabul edilse de, ayırık kararlara halen rastlanmakta⁴⁰ ve idare hukuku doktrininde de, kanun hükmüne rağmen nitelikleri tartışılmaktadır⁴¹.

Bu tartışmanın sebebi; söz konusu sözleşmelerin tümünün konusunun kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından tamamen ya da kısmen kurulmasına, işletilmesine ya da yürütülmesine ilişkin olması ve idarenin özel hukuk kişisi karşısında kanunen kendisine tanınmış olan kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunmasıdır. Bu sözleşmelerin dayanağını oluşturan mevzuat hükümleri incelendiğinde, aslında bu düzenlemelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin içtihatlarla belirlenmiş olan hukuki rejimlerinden çok farklı olmadıkları da kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Doktrinde; yap-işlet-devret ve yap-işlet modelleri doğrultusunda imzalanan sözleşmeler, aynı zamanda kamu-özel işbirliği uygulamalarının alt başlıkları arasında gösterilmiştir⁴². Kalkınma Bakanlığı da, 2018 yılında yayımlamış olduğu Kamu-Özel İşbirliği Raporu’nda, yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret ve işletme hakkının devri modellerini, Türkiye’de uygulanmakta olan kamu özel işbirliği modelleri arasında saymıştır⁴³. Bu raporda aynı zamanda, 1326 tarihli Kanun’dan,

⁴⁰ Bkz. D13D, E.2008/5151, K.2008/6509, KT.26.09.2008, Danıştay Dergisi, S.120.

⁴¹ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 191; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 144.

⁴² SARISU, Ayhan, Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin Bir Model Önerisi-, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 3.

⁴³ Karahanoğulları, kamu özel ortaklığı modelini eksik imtiyaz olarak tanımlayarak, bu modelde özel girişimci açısından kamu hizmeti alanında tam bir imtiyaz söz konusu iken, idarenin sözleşme ilişkisindeki rolünün sadece çekirdek hizmeti yürütmekle sınırlı olduğunu belirtmiştir; KARAHANOGULLARI (Eksik İmtiyaz), s. 183; Bununla birlikte, bu modelin bir tür imtiyaz olduğunu belirten görüş de bulunmaktadır; bkz. KARASU, Koray, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı”, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, s. 219.

6428 sayılı Kanun'a kadar olan süreçteki bu alana ilişkin mevzuat hükümleri de kamu-özel işbirliği mevzuatı arasında sayılmıştır⁴⁴.

Küreselleşme sürecini takiben kamu hizmetinin tanımı ve görülüş usullerindeki değişim, kamu hizmetinin sözleşmeli yöntemlerle özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin yaklaşımdaki değişimin açıklanabilmesi doğrultusunda anlamlı kabul edilebilse de, idari rejimi benimsemiş ve idarenin sözleşmeleri alanında idari sözleşme kategorisini tartışmasız olarak kabul etmiş olan Türkiye açısından bir dizi sorgulamaya doğal olarak neden olmaktadır.

Dolayısıyla, kanunen özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilen bu sözleşmelerin de nitelikleri gereği idari sözleşmeler oldukları⁴⁵ açıktır. Bu sözleşmelerin konuları kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir ve bu sebeple idare sözleşme ilişkisinde kamu gücü ayrıcalıklarına zorunlu olarak başvurmaktadır.

Ayrıca; Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin yasama organına seçim yapma hususunda vermiş olduğu yetki, sadece konusu yatırım ve hizmetlerle ilgili olan sözleşmeleri kapsamaktadır. İdari sözleşmeler ise, sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ya da benzer nitelikteki sözleşmelerden ibaret değildir. Bu sebeple; idarenin sözleşmesini nitelemek hususunda, kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisi olduğundan söz etmek, doğru bir yaklaşım olmamaktadır.

Aslında Anayasa Mahkemesi de, 14.03.2013 tarihli kararında, kanun koyucunun geniş takdir yetkisini açıklamadan önce; “yatırım ve hizmetler” den anlaşılması gerekenin, devletin asli görevleri dışındaki hizmetleri olduğunu belirtmiş⁴⁶ ve böylelikle yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler açısından bile kanun koyucunun takdir yetkisine bir sınır getirmiştir. Bununla birlikte; söz konusu karara konu hizmetin devletin asli görevleri arasında yer alan sağlık kamu hizmetine

⁴⁴ Kalkınma Bakanlığı Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Kamu-Özel İşbirliği Raporu 2017, Mayıs 2018, s. 21-23.

⁴⁵ Fransız hukukunda ortaklık sözleşmeleri olarak adlandırılmış bulunan kamu-özel işbirliği sözleşmelerinin idari sözleşmeler oldukları kabul edilmiştir; KARAHANOGULLARI (Eksik İmtiyaz), s. 200, dipnot 22; Bu hususta ayrıca bkz.; KAPLAN, Gürsel, “ Fransız İdare Hukukunda İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü İle İlgili Yeni Hukuki Gelişmeler”, DÜHFD, C. 21, S. 35, 2016, s. 6-7.

⁴⁶ Bkz. s. 11, dipnot 23.

ilişkin oluşu, Anayasa Mahkemesi kararının kendi içindeki çelişkisini ortaya koymaktadır.

Böylelikle; her ne kadar Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından içtihatla değişiklik söz konusu olmuşsa da, Türk hukukunda yargı organının, idari sözleşme niteliği ve bu sözleşmelerin hukuki rejimi hususunda oldukça önemli bir rolü ve görevi bulunmaktadır.

Bu sebeplerle; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine benzer nitelik taşıyan sözleşmelerle ilgili olarak, çalışmanın birinci ve ikinci bölümündeki açıklamaların, şu ön kabuller ile yapılacağı belirtilmesi gerekmektedir:

1-3096 sayılı Kanun⁴⁷ ve 3465 sayılı Kanun⁴⁸ hükümlerine göre yapılmış ve yapılacak olan sözleşmeler hakkında, kanunen özel hukuk sözleşmesi oldukları yönünde hüküm bulunmadığı için, bu sözleşmeler, aksi öngörülmediği sürece, idari sözleşme olarak kabul edilmiştir⁴⁹.

⁴⁷ Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun , RGT. 19.12.1984, RGS. 18610.

⁴⁸ Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, RGT. 02.06.1988, RGS. 19830.

⁴⁹ Bu iki kanundan sonra yürürlüğe giren ve elektrik kamu hizmeti ile otoyollara ilişkin kamu hizmetleri de dahil olmak üzere çok sayıda kamu hizmeti alanını kapsamına alan ve çok sayıda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararına konu olduktan sonra bugünkü şeklini alarak, bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin kanunen özel hukuk sözleşmesi sayıldığı 3996 sayılı Kanun karşısında 3096 sayılı ve 3465 sayılı Kanun doğrusunda yapılmış ve bundan sonra yapılacak sözleşmelerin niteliğinin ne olacağı hususunda düşülen kararsızlık sonucunda Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar dikkat çekicidir. Danıştay 1. Dairesi; 14.04.2000 tarihli kararı ile; 3996 sayılı Kanun'daki değişikliklerin ardından, 3096 sayılı Kanun'a göre idare ile şirket arasında hazırlanmış olan, pamuk regülatörü ve hidroelektrik santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin TEDAŞ'a satılmasını konu alan sözleşme tasarısı ile ilgili olarak; bu sözleşmeleri önceki kararlarında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde gördüğü halde ve 3096 sayılı Kanun hükümleri halen yürürlükte ve 3996 sayılı Kanun bu hususta sadece seçimlik bir hak tanıyor olmasına rağmen; bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmadığına ve bu kamu hizmetinin artık özel hukuk sözleşmesi ile yürütülebileceğini belirterek, söz konusu sözleşme taslağı hakkında görüş bildirmemiştir. Danıştay 1. Dairesi'nin, İdari İşler Kurulu'nun 04.05.2000 tarihli kararı (DİİD, E.2000/34, K.2000/28, KT. 04.05.2000; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.) ile aynı şekilde onanan bu kararının (DİD, E.2000/60, K.2000/55, KT. 14.04.2000.) isabetsiz bir karar olduğunu söylemek mümkündür. Zira; 3996 sayılı Kanun'dan sonra yapılacak olan elektrik ve otoyol kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin de, her ne kadar her iki kamu hizmetini kendi kapsamına almış olsa da, mutlaka 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması gerektiğine dair bir kural getirmediği gibi, 3996 sayılı Kanun'a göre özel nitelik taşıyan 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmamıştır. Dolayısıyla; 3996 sayılı

2- Kanunen nitelemenin yapılmadığı, 21.12.1999'dan önce 3996 sayılı Kanun'a ve 01.07.2006'dan önce 4283 sayılı Kanun⁵⁰'a göre yapılmış olan sözleşmelerin de söz konusu dönemlerde idari sözleşme oldukları kuşkusuzdur. Ayrıca; her ne kadar 5809 sayılı Kanun⁵¹ ile birlikte, telekomünikasyon kamu hizmeti alanında yetkilendirme usulüne geçilmiş olsa da, mevcut imtiyaz sözleşmeleri geçerliklerini korumaya devam ettiklerinden⁵², bu sözleşmeler de çalışmanın ikinci bölümünde idari sözleşme olarak incelenecektir.

3-2918 sayılı Kanun⁵³'a göre yapılmış olan tek imtiyaz sözleşmesi ile 406 sayılı Kanun⁵⁴'a ve 6475 sayılı Kanun⁵⁵'a göre yapılmış olan görev sözleşmeleri de

Kanun'dan sonra yapılacak sözleşmeler açısından da; idarenin sözleşmesini 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre ya da 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümlerine göre yapıp yapmayacağı hususunda tam bir serbestisi bulunmaktadır. Bu açıklamalar, Danıştay'ın idari kararlarına katılmayan üyelerin gerekçelerinde de belirtilmiştir. Kaldı ki; idarenin sözleşmesinin niteliğini belirlemede serbest olduğu yönündeki Türk yargı içtihatları hatırlandığında, bu tespit kuvvetlenmektedir. Ayrıca; 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile, 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümlerinin saklı olduğunu açıkça belirtmiş, idareye söz konusu kanun hükümlerine göre yapmış olduğu sözleşmelerde 3996 sayılı Kanun hükümlerinin bazılarında ve özellikle bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağını belirleyen 5. madde hükümünden yararlanabileceğini de hüküm altına almıştır. 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki bu açık düzenleme, aynı kanunun geçici 1. maddesinde yer alan ve 3996 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce başlatılmış olan proje ve işlerin tabi oldukları usul ve esaslar dahilinde sonuçlandırılacağı kuralını koruyarak, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişinin isteği ve idarenin müracaatı ve Bakanlar Kurulu kararı ile bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak hazırlanabileceği şeklindeki düzenlemeyle de güçlendirilmiştir. 3996 sayılı Kanun hükümleri, açıkça, eski sözleşmelerin idari sözleşme niteliğini kural olarak benimsemiş, istisna olarak da özel hukuk kişisine ve idareye bu hususta seçimlik hak tanımıştır. 3996 sayılı Kanun'un, 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmış olan sözleşmelerin 3996 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine tabi olup olmadıklarını seçme hususunda idareye takdir yetkisi tanıdığı çok açıktır. Bu hususta idarenin bağlı yetkisine verilebilecek örnek 3996 sayılı Kanun'un 01.07.2006 tarihinde eklenen geçici 2. maddesi hükmü olup, bu madde hükmü sadece 3996 sayılı Kanun'a göre yapılmış olan eski tarihli sözleşmeleri kapsamaktadır: 3996 sayılı Kanun- Geçici md. 2: “ (Ek: 1/7/2006-5539/1 md.) *Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır.*”

⁵⁰ Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, RGT. 19.07.1997, RGS. 23054.

⁵¹ Elektronik Haberleşme Kanunu, RGT. 10.11.2008, RGS.27050 (Mükerrer).

⁵² Bu doğrultuda; günümüzde Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve diğer sermaye şirketlerinin taraf olduğu imtiyaz sözleşmeleri geçerliğini korumaktadır; Ayrıntılı bilgi için bkz. www.yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme; e.t.31.10.2018.

⁵³ Karayolları Trafik Kanunu, RGT.18.10.1983, RGS. 18195

⁵⁴ Telgraf ve Telefon Kanunu, RGT. 21.02.1924, RGS. 59.

kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmediğinden ve 2918 sayılı Kanun'a ve 406 sayılı Kanun'a göre yapılacak sözleşmeler yargı organı tarafından idari sözleşme olarak kabul edilmiş olduklarından, idari sözleşme olarak çalışmanın ikinci bölümünde incelenecektir.

4-6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan kamu-özel işbirliği sözleşmeleri ise, kanun hükmüyle ve yargı içtihatlarıyla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiş olduklarından, çalışmanın ikinci bölümünde değerlendirilmeyecek, sadece karşılaştırma yapmak için bazı hükümlerinden yararlanılacaktır.

Yukarıda, dört madde halinde belirtilmiş olan açıklama, bu alanda yaşanan karmaşayı biraz olsun toparlayabilmek adına yapılmıştır. Bunun dışında, bütün çalışma boyunca yargı organının idari sözleşmeler alanındaki içtihatları ve diğer mevzuat hükümlerinin değerlendirileceği kuşkusuzdur.

D. YÜRÜTME ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Organik anlamda idarenin, devletin yürütme organının bir devamı niteliğinde oluşu sebebiyle, yürütme organının bu alandaki işlemlerinin idarenin sözleşmeleri ile oldukça yakın ilişki içinde bulunduğu açıktır. Örneğin; 1326 tarihli Kanun'un 1. maddesine göre, devlet adına imtiyaz verme yetkisi, yürütme organına aittir. Yine, kanunen düzenlenmiş olan idari sözleşmelerle ilgili olarak, yürütme organının düzenleme yetkisini⁵⁶ kullanması mümkündür⁵⁷. Bu sebeple; yürütme organının ve onun bir uzantısı olarak idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşmelerdeki etkisi tüm çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Bu kısımda ise, sadece 2017 Anayasa değişiklikleri ile, Türk hukukunda oldukça etkin bir

⁵⁵ Posta Hizmetleri Kanunu, RGT. 23.05.2013, RGS.28655.

⁵⁶ Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin, yasama yetkisinin aksine, türev nitelikte bir yetki olduğu genel kabul görmektedir. Bununla birlikte; aksi yönde görüşler ve içtihatlar da bulunmaktadır; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, K. Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

⁵⁷ Ör: Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (RGT. 29.08.1997, RGS.23095).

niteliğe kavuşturulmuş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari sözleşme alanına etkisi ile ilgili bilgi verilmek istenmektedir.

1982 Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun⁵⁸ ile yapılan Anayasa değişiklikleri 16.04.2017 tarihinde halkoylamasına sunularak kabul edilmiş ve bu değişikliklerin tümü, 09.07.2018 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir⁵⁹. Söz konusu değişikliklerle; yürütme organının yapısı ile görev ve yetkileri önemli ölçüde değişikliğe uğramış olup; bu değişikliklerin, idari sözleşme niteliği ve hukuki rejimi üzerinde etkisinin olup olmadığının/olmayacağına kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; gerek Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin tek görevli ve yetkili organı oluşu, gerek yeni anayasal sistemde uygulama alanı oldukça genişletilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri⁶⁰ ve gerek Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği 09.07.2018 tarihini izleyen günlerde art arda yürürlük kazanmış olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri genel olarak⁶¹ değerlendirildiğinde; idari bir makam olarak Cumhurbaşkanının yetkilerinin oldukça artmış ve merkezi idarenin en üst hiyerarşik amiri konumuna gelmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, bir taraftan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin

⁵⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RGT. 11.02.2017, RGS.29976.

⁵⁹ Değişikliklerin, çalışma konusunu ilgilendiren kısmı ile ilgili olarak 6771 sayılı Kanun md. 18/a/son cümlede: "*Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte*" yürürlüğe gireceği belirtilmiş ve 24.06.2018'de birlikte yapılan milletvekilliği ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucu, Cumhurbaşkanı 09.07.2018 tarihinde yemin ederek göreve başlamıştır; bkz. www.tccb.gov.tr; e.t. 01.04.2019.

⁶⁰ Bu başlık altında incelenecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa'nın 119. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında düzenlenmiş olan (Olağanüstü Hal) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışında kalan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Zira; olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu ve md.104/17'de belirtilen sınırlamalara tabi olmadığı, ayrıca söz konusu kararnamelere karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁶¹ Ayrıntılı değerlendirme, çalışma konusundan uzaklaşmaya sebep olacağından, mümkün olduğunca genel değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Zira; anayasal düzenlemeler ışığında, Türk idari teşkilatının kuruluşu ile yetki ve görevlerinin belirlenmesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çok önemli bir yetkinliğe sahip bulunmaktadır. Bununla birlikte; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile hangi konuların düzenlenebileceği, hangi konuların düzenlenemeyeceği, söz konusu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri vb. çok sayıdaki sorunun kesin ve net bir cevabı bulunmamakta, Anayasa'nın değişmeyen eski hükümleri, değişen hükümleri ile çelişki içinde bulunmaktadır.

konularda asli düzenleme yetkisi tanınmış⁶², diğer taraftan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer aldığını gösteren ifadelere yer verilmiş⁶³ ⁶⁴, bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından⁶⁵ yapılacağı hüküm altına alınmış; böylelikle düzenleyici idari işlem niteliği tartışılır hale gelmiştir. Bu sebeple, bu kısımda sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari sözleşme niteliği ve hukuki rejimi ile ilişkisine dair açıklama yapılacaktır. Çalışma konusu ile ilgili olarak cevaplanmaya çalışılacak iki soru bulunmaktadır:

1- Anayasanın 47. maddesi hükmü karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile idarenin sözleşmesinin niteliği belirlenebilir mi?

Bu sorunun çözümü, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında geçen, “*münhasıran kanunla düzenleneceği*” belirtilen bir alan olup olmadığı sorusunun çözümüne ilişkindir. Bu doğrultuda, Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörölmüş olan birçok alan bulunmakta ve Anayasa Mahkemesi 2013 yılından bu yana, söz

⁶² AY-md.104/17: “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir...*”; Bunun dışında, Yönetmelik, 2017 Anayasa değişikliği ile; Cumhurbaşkanı kararı da, her ne kadar Anayasa'da yer almasa da, birçok kanun hükmünde ve genellikle, Anayasa değişikliğinden önce “Bakanlar Kurulu kararı” olarak geçen hükümlerin yerini alacak şekilde, Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak olan idari işlem türleri arasında yerlerini almışlardır. Bu idari işlemler, yürütme organının asli düzenleme yetkisi kapsamında olmadıklarından, bu kısımda incelenmemiştir.

⁶³ AY-md. 104/17: “*...Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörölen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*”

⁶⁴ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eş değer olmadıklarını kabul eden görüşler (YILDIRIM, Turan, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 23.) ve normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer aldığını kabul eden görüşler (ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 49; GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, 24. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018, s. 225.) yanında, kanuna eş değer olduklarını kabul eden görüşler (ÜLGEN, Özen, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 6-7.) de bulunmaktadır.

⁶⁵ AY-md. 148: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...*”

konusu alanları münhasır kanun alanı olarak kabul etmektedir⁶⁶. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı doğrultusunda, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır.

Bununla birlikte; doktrinde münhasır bir kanun alanı bulunduğunu kabul eden görüşler⁶⁷ yanında, kabul etmeyen görüşler⁶⁸ de bulunmakta ve her iki görüş de, aynı gerekçeye dayanmakla birlikte farklı sonuçlara ulaşmaktadır.

Yukarıda açıklanan ilk görüş ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan alanların münhasır kanun alanı içinde değerlendirilmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Bu doğrultuda; Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan biri de Anayasa'nın 47. maddesi hükmünde⁶⁹ yer almaktadır. Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, idarenin sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesinin kanunla mümkün olabileceği belirtilmiş olduğundan; yürütme organının bu alanda asli düzenleme yetkisinin kalmadığını söylemek mümkündür. Kaldı ki; Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan kanuni hakim güvencesinden de aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Zira; idari sözleşme-özel

⁶⁶ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz.ÜLGEN, s. 28-33; YILDIRIM, s. 26; "...Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir." ; AYM, E. 2013/50, K.2015/38, KT. 01. 04. 2015; Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 52, C. 5, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017; AYM, E. 2017/51, K.2017/163, KT. 29. 11. 2017; www. hukukturk. com; e.t. 01.04.2019.

⁶⁷ "Bu durumda münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların, Anayasada "kanunla düzenlenir" ifadesinin bulunduğu maddelere bakarak belirlemek gerekecektir. Bir maddede bir hususun kanunla düzenlenmesi öngörülmüşse, kanun koyucu temel esasları çerçeveyi çizerek yürütmeyi yetkilendirmelidir. Aksi takdirde, hem 7. hem de 104. maddeye aykırılık gündeme gelecektir. Eğer Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasa(da)n kaynaklanan düzenleme yetkisi verilmesi isteniyorsa, bunun mesela Fransa'da olduğu gibi açıkça yazılması gerekmektedir. 104.maddenin yeni hali, kanuni idare tartışmalarını sonlandırmaya yetmeyecektir."; YILDIRIM, s. 26

⁶⁸ "Kanımızca Türkiye'de "münhasır kanun alanı" yoktur. Türkiye'de münhasır kanun alanının olması için 1958 Fransız Anayasasının 34'üncü maddesi misali "şu şu konular ancak kanunla düzenlenebilir; geri kalan konular ise yürütme organının düzenleyici işlemleriyle düzenlenir diyen bir Anayasa maddesine ihtiyaç vardır...2017 Anayasa değişikliğiyle uygulanması mümkün olmayan bir hüküm getirilmiştir."; GÖZLER/KAPLAN, s. 221.

⁶⁹ AY- md.47: "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir".

hukuk sözleşmesi ayrımı, görevli yargı kolunun değişmesine sebep olacağından ve mahkemelerin görev ve yetkileri de ancak kanunla belirlenebileceğinden, söz konusu hüküm dolaylı olarak, idarenin sözleşmesinin ancak kanun hükmüyle nitelenebileceğini açıklamaktadır. Bu açıklamalar ışığında, şu sonuçlara ulaşılabilir:

a. Yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel hukuk kişilerine devredileceğinin kanunla mümkün olabileceğinin düzenlenmiş olması sebebiyle; idarenin yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmesine özel hukuk sözleşmesi niteliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle verilmesi mümkün değildir.

b. Karahanoğulları ve Tekinsoy'un görüşleri⁷⁰ doğrultusunda, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, artık idarenin, özel hukuk sözleşmesi olduğu kanunla belirlenmemiş olan her sözleşmesinin idari sözleşme olarak kabul edilmesi anayasal bir gereklilik olduğundan ve yürütme yetkisinin de Anayasa'ya aykırı olarak kullanılması mümkün olmayacağından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sözleşmenin niteliğinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün değildir ve aynı sebeplerle; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle idarenin sözleşmesinin idari sözleşme olarak nitelenmesi mümkün olabilir.

c. İdari sözleşme niteliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile verilebileceği düşünülse dahi; Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan hüküm gereğince, kanunun özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiği bir sözleşmenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile idari sözleşme olarak belirlenemeyeceği, belirlense dahi kanun hükmünün geçerli olacağı ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile idari sözleşme niteliği verilen bir sözleşmenin, sonradan bu sözleşmeye kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi niteliği verildiği takdirde, hükümsüz hale geleceğini söylemek mümkündür.

2- Anayasanın 128. maddesi hükmü karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile, idari hizmet sözleşmeli personelin özlük hakları ile üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları düzenlenebilir mi?

⁷⁰ Bkz. s. 11'deki açıklamalar.

Çalışma konusuyla ilgili ve münhasır kanun alanında yer alan diğer anayasal hüküm memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük hakları ile üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla düzenlenebileceğini hüküm altına almış olan Anayasa'nın 128 maddesinin 2. ve 3. fıkraya hükümleridir⁷¹. Bu alanlarda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını, çıkarılsa bile Anayasaya aykırı olacağını ve aynı hususta kanun çıkarılması durumunda ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte; 09.07.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2017 Anayasa değişikliğini takip eden süreçte çok sayıda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmıştır. Bu kararnamelerle düzenlenen konulardan, çalışma konusuyla ilgili olanlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sözleşmeli personelin statüsünün belirlendiği ve idari hizmet sözleşmeli personele uygulanacak hukuki rejimle ilgili olan hükümlerdir⁷².

Ayrıca, Anayasa'da, açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiş olan dört farklı hüküm⁷³ bulunmaktadır. Doktrinde, bu hükümlerde yer alan konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz alanında bulunduğunu ve söz konusu alanların kanunla düzenlenemeyeceğini kabul eden görüşler⁷⁴ yanında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek mahfuz bir alan bulunmadığını,

⁷¹ AY-md. 128/2-3: “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir”

⁷² Örneğin; 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RGT. 10.07.2018, RGS. 30474) md.8/2/a: “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kuruluşların, a) Sözleşmeli personel pozisyonları; sayı, unvan, nitelik, sözleşme ücreti ve sürelerinin belirlenmesi suretiyle merkezde toplam sayı olarak, taşrada ise bölge veya il bazında Cumhurbaşkanınca ihdas edilebilir” (md.8/1’de işçi kadrosundan bahsedilmekte olduğundan; 8/2’de bahsedilen sözleşmeli pesonelden idari hizmet sözleşmeli personelin kastedildiği düşünülmüştür.)

⁷³ AY-md. 104/9: “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”; md. 106/11: “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; md. 108/son: “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; md.118/6: “Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”

⁷⁴ ÜLGEN, s. 18-20; GÖZLER /KAPLAN, s. 222.

söz konusu alanlarda kanunla da düzenleme yapılabileceğini kabul eden görüşler bulunmaktadır⁷⁵. Bu konuda, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığı yönündeki görüşlere katılarak, bu alanlarda kanunla düzenleme yapılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmaması sebebiyle, yasama organının asli ve genel düzenleme yetkisi kapsamında, bu alanlarda da düzenleme yapabileceğini ve bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası gereğince hükümsüz hale geleceğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte; söz konusu dört anayasal hükümden, özellikle üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarına ilişkin ve bakanlıkların görev ve yetkileri ile ilgili alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğinin öngörölmüş olması, çalışma konusunu ilgilendiren hükümlerdir ve bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılmıştır⁷⁶. Bununla birlikte, aynı konularda kanun çıkarılmasını yasaklayan anayasal bir hüküm bulunmadığından, bu alanlarda da kanun çıkarılabileceğini söylemek mümkündür. Şu an itibariyle, üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını belirleyen ve bakanlıkları düzenleyen kanun hükümleri bulunmadığından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükmü arasında bir çatışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, üst kademe yöneticileri ile ilgili olarak hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hem kanun ile düzenleme yapılabilecek alanların bulunması, uygulamada sorunlara yol açma potansiyeline sahiptir⁷⁷.

⁷⁵ ARDIÇOĞLU (Cumhurbaşkanlığı...), s. 37-38.

⁷⁶ Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RGT. 10.07.2018, RGS. 30474.) ve Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RGT. 15.07.2018, RGS.. 30479); 2017 Anayasa değişikliğini takip eden süreçte ilk olarak 09.07.2018 tarihinde 703 sayılı ve Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yayımlanarak, bu KHK ile tüm bakanlıklar kaldırılmıştır. Mevcut durumda, bakanlıkların kuruluşu ile ilgili kanun hükmü bulunmadığından, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri temel norm niteliğinde bulunmaktadır.

⁷⁷ Bu hususta bkz. ARDIÇOĞLU (Cumhurbaşkanlığı...), s. 44.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince, üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esasları konusu hariç olmak üzere, idari hizmet sözleşmeli personelin özlük haklarının ancak kanunla düzenlenebileceğini ve kanunla düzenleme yapılmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağını söylemek mümkündür.

II.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMI

Kamu gücü ayrıcalığı kavramı; hem idare hukukuna özgülenmiş kuralları, hem de idarenin idari süreç boyunca sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıkları ifade etmekte ve genellikle idarenin tek taraflı işlemleri ile bir arada kullanılmakta olsa da; idarenin diğer uygulamalarında ve idari sözleşmeler söz konusu olduğunda da, idare kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Bu tespitlerden yola çıkarak Erkut; kamu gücü ayrıcalığını, “*en geniş anlamı ile kamu yararının sağlanması amacıyla tanınan üstün güç ve yetkiler bütünü*” olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Gözler, kamu gücü ayrıcalığını, “*Özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar*” olarak tanımlamaktadır⁷⁹.

Bu tanımlar doğrultusunda; idare faaliyetlerini yerine getirirken, kamu yararını sağlamak amacıyla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmak zorundadır ve kamu gücü ayrıcalıkları kavramı, kamu gücü kavramının idare hukukundaki görünümünden ibarettir. İdari sözleşmelerin nitelenmesinde ve hukuki rejiminde, bu kavram oldukça önemli bir yere sahiptir.

A.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

Çalışmada, kamu gücü ayrıcalıkları kavramı tercih edilmiş olsa da; idari sözleşme niteliğini belirlemeye yönelik Türk yargı kararlarının tümünde “*kamu gücü ayrıcalıkları*” kavramı geçmemektedir.

⁷⁸ ERKUT, Celal, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 37.

⁷⁹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım Bursa, 2009, s. 87.

Yargı organı ve doktrin nitelik değerlendirmesinde, bazen bu kavrama yer verseler de, bazen “*özel hukuku aşan hüküm ve şartlar*” ya da “*kamu hukukundan doğan hüküm ve şartlar*” kavramlarını kullanmaktadır.

Danıştay, son yıllardaki yerleşik içtihatlarında “*kamu hukukundan doğan şart ve hükümler*”in sözleşmede bulunmasını, idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında saymaktadır⁸⁰.

“*Özel hukuku aşan hüküm ve şartlar*” kavramına, çoğunlukla Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında rastlanıyor olmakla birlikte; aşağıda incelenecek olan eski tarihli bir Danıştay kararında da bu kavramın kullanılmış olduğu görülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, son yıllarda vermiş olduğu kararlarında hem “*özel hukuku aşan şart ve hükümler*”e ilişkin verilen örnekleri biraz daha genişletmiş hem de “*kamu gücüne dayanan yetkiler*” kavramı ile “*özel hukuku aşan şart*” kavramını aynı anlamda kullanarak karar vermiştir⁸¹. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da idari sözleşmelerde özel hukuku aşan şartlara örnek olarak; idareye üstünlük ve otorite tanınmasını, idareye gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama,

⁸⁰ ÖR: “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için; sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur...”; D10D, E.1994/3808, K.1994/3582, KT. 14.09.1994 (Yayımlanmamıştır); D14D, E.2015/793, K.2017/525, KT. 06 . 02 . 2017; emsal. danistay. uyap. gov.tr; e.t.12.12.2017.

⁸¹ “İdari sözleşmeler, taraflarından en az birisi bir kamu tüzel kişisi olan ve bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve/veya özel hukuku aşan birtakım hükümler içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.

Davaya konu sözleşme bu itibarla ele alındığında, tarımsal kalkınma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konuda yapılması, sözleşmeye ilişkin içerik ve şartların sözleşme öncesinde Bakanlık tarafından hazırlanmış olması ve diğer tarafın bu şartlara uygun sözleşme ibrazı ile talebinin dikkate alınabilmesi, sözleşmenin devamı süresince idarenin denetim ve teftiş yetkilerinin bulunması, herhangi bir eksiklik halinde sözleşmenin tek taraflı olarak feshine karar verebilmesi ve nihayet, sözleşme gereğinin yerine getirilmemesi ya da haksız olarak hibe ödemesi yapılması halinde iadesi istenen miktara 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen gecikme faizi oranının uygulanmasının öngörülmüş olması nedenleri ile, sözleşmenin sınırları yargı kararları ile belirlenen idari sözleşme niteliklerini taşıdığı sonucuna varılmıştır”; UYM, E.2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017; www. hukukturk.com; e.t.22.06.2018.

sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve feshetme, re'sen hareket etme gibi hak ve yetkileri⁸² göstermiştir.

Kullanılan kavramlar farklı olsa da, doktrinde ve yargı içtihatlarında idari sözleşmelerle ilgili hüküm kurulurken, özel hukuku aşan hüküm ve şartlar ile kamu gücüne dayanan yetkilere verilen örnekler, idari sözleşme rejiminde kamu gücü ayrıcalıklarına verilen örneklerle büyük ölçüde aynı olmaktadır.

Özel hukuku aşan hüküm ve şartlar, özel hukuk ilişkilerinde tarafların özgür iradeleriyle kabul etmeyecekleri şartlar ya da eşitlik ilkesine aykırı ayrıcalıklar olarak tanımlanmaktadır⁸³. Yine, bu şartlardan bir kısmına (vergi muafiyeti tanınması gibi) özel hukuk sözleşmelerinde yer verilemeyeceği, bir kısmına (denetim, tek yanlı değişiklik, tek yanlı fesih, tek yanlı yaptırım uygulama gibi) ise özel hukuk sözleşmelerinde yer verilebilmekle birlikte, bunun çok nadir bir uygulama olacağı belirtilmektedir⁸⁴. Doktrinde verilen örnekler doğrultusunda, özel hukuku aşan hüküm ve şartların, kamu gücü ayrıcalıklarının içeriğinde yer aldığı görülmektedir; Bilgen de, *“Türk hukukunda özel hukuku aşan hüküm ve şartlar yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen şartlardan ibarettir”*⁸⁵ demek suretiyle, bu iki kavramı eş anlamlı olarak kullanmıştır. Yazar bu görüşünü açıklarken, 11.01.1966 tarihli

⁸² *“Özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmayan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmelerin en belirgin özelliğidir. Bu hükümler, özel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur”*; YHGK, E. 2006/9-769, K. 2006/781, KT. 06.12.2006; Y10HD, E. 2014/20305, K. 2015/6413, KT. 02.04.2015; Y22HD, E. 2015/3721, K. 2016/17324, KT. 09.06.2016; Y22HD, E. 2015/21672, K. 2017/27748, KT. 04.12.2017; emsal.yargitay.gov.tr; e.t. 22.06.2018; *“Öğretide ve idari yargı kararlarında genel kabul gördüğü üzere, bir sözleşmenin "idari sözleşme" olarak kabul edilebilmesi için, "Özel hukuku aşan hükümler" in ağırlıklı bulunması gerekir. Bu meyanda, şu ölçütlerin mevcudiyeti aranmalıdır: -İdari sözleşmelerde akid özel kişi idarenin sürekli denetimi ve gözetimi altında olup, idare gerektiğinde ona emir ve talimat verebilir. -İdare, yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya eksik getiren akid özel kişiye doğrudan yaptırım uygulayabilir. -İdarenin, sözleşmenin hükümlerini tek taraflı değiştirme hakkı vardır. -İdare, sözleşmeyi çeşitli nedenlere dayanarak feshedebilir.”*; AYM, E.2005/10, K.2008/63, KT.21.02.2008; www.hukukturk.com; e.t.22.06.2018.

⁸³ GÖZLER (C.II), s. 29-30.

⁸⁴ GÖZLER (C.II), s. 30.

⁸⁵ BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 130.

Danıştay 8. Dairesi kararına atıf yapmıştır. Gerçekten de bu kararda, Danıştay 8. Dairesi, önce idari sözleşmelerin ayırt edici unsurlarını saymış, ardından uyuşmazlık konusu sözleşmede bu şartların bulunup bulunmadığını tek tek çözümlenmiştir. Bu çözümlenmede Danıştay idari sözleşmelerin özellikleri arasında saymış olduğu “*Bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi*” özelliğini açıklarken, “*Hizmetin iyi işlenmesini denetleme durumunda olan idare, sözleşmeyi yapan davacıya ceza vermek yetkisini de 8. maddesi ile elinde bulundurmaktadır.*”

Yukarıda açıklanan hususlar bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuku aşan hüküm ve şartları taşıdığını açıkça göstermekte olduğundan, ifadelerini kullanarak, “*özel hukuku aşan hüküm ve şartlar*” ve “*kamu gücüne dayanan yetki*” kavramlarını eşleştirerek hüküm kurmuştur⁸⁶.

Gözler, başlıca kamu gücü ayrıcalıklarına örnek olarak; tek yanlı işlemler yapma yetkisi, re’sen icra yetkisi, hukuka uygunluk karinesi, kamu malı statüsü, kamu alacakları tahsili^{87 88 89}, bir borç hakkında özel hukuk cebri icra yollarının uygulanamaması, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması, bir tüzel kişinin personelinin kamu personeli sayılması, zorunlu üyelik esas, zorunlu aidat usulü, vergi muafiyeti usulü, bir uyuşmazlığın idari yargıya tabi tutulması, ortaya çıkan

⁸⁶ D8D, E.1965/933, K.1966/44, KT.11.01.1966; Danıştay Kararlar Dergisi, Y. 23, S.100-101-102.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 2015 tarihli kararında idari sözleşmelerden doğan alacakların kamu alacağı sayıldığını belirtmiştir: “*...kamu hizmetleri uygulaması ile idari sözleşmeden doğan alacaklar kamu alacağı sayılmaktadır...*”; AYM, E. 2014/120, K.2015/23, KT.05.03.2015; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.52, C. 4. Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017.

⁸⁸ Danıştay’ın, OYAK’ın kamu tüzel kişisi olduğunun ortaya konmaya çalışıldığı kararlarında; “*...üyelerin iştirakinin zorunlu hâle getirilmiş olması, üye aidatlarının Devlet memuru olan tahakkuk memurlarınca re’sen tahsiline imkân tanınması, kurum aidatının tahakkuk ettirilmemesi hâlinde Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanunu’na göre cebren tahsilinin öngörülmesi, Kurumun mallarıyla gelir ve alacaklarına devlet malı statüsünün kazandırılmış olması ...*” hususlarının kamu gücü ayrıcalıkları olduğu ifade edilmiştir; D13D, E.2011/990, K.2016/2,KT.15.01.2016; D13D, E.2011/2089, K.2016/3, KT.15.01.2016; (Yayımlanmamıştır)

⁸⁹ Doktrinde; idarenin kamu alacaklarını tahsil etme yetkisinin, idarenin kamu gücünden kaynaklanan üstün yetki ve ayrıcalıklarından biri olduğu belirtilerek, bu yetki re’sen icra yetkisinin içinde incelenmiştir; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 1645; GÜNDAY, s. 223, 243.

zararların tazmininin idari sorumluluk rejimine tabi olması gibi ayrıcalıkları örnek olarak göstermiştir⁹⁰.

Doktrinde; kural olarak bu ayrıcalıkların vazgeçilmez olduğu ve fakat idari sözleşmeler alanının bu kuralın istisnalarından biri olduğu ve idari sözleşmeler söz konusu olduğunda, idarenin en çok başvurduğu yöntem olan “*tek yanlı karar alma*” ayrıcalığından, belli durumlarda vazgeçmesi gerekebileceği belirtilerek⁹¹, imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin tek taraflı fesih yetkisini kullanamayacağı ve sözleşmenin feshi için mahkemeye başvurması gerektiğine ilişkin görüşler⁹² bu duruma örnek olarak gösterilmiştir.

Ancak; doktrinde yer alan kamu gücü ayrıcalıkları kavramına ait tanımlamalar ya da idarenin hangi davranışlarının kamu gücü ayrıcalığı sayılacağına dair verilen örnekler, bu kavramı tam olarak açıklamaya yetmemektedir. Ayrıca; kamu gücü ayrıcalıkları kavramının hem özel hukuku aşan bir hüküm ve şart, hem de kamu hukukundan doğan bir hüküm ve şart olarak kabul edilebileceği ve aynı zamanda özel hukuku aşan bir hukuki rejimde var olabileceği açıktır. Bu sebeple; çalışmada, idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu üstün gücü açıklamakta daha kapsayıcı nitelikte olduğu düşünülen, “*kamu gücü ayrıcalıkları*” kavramı tercih edilmiştir.

Bununla birlikte; her ne kadar kapsamının belirlenmesi kolay olmasa da, kamu gücü ayrıcalıkları kavramının çalışma açısından nasıl anlaşılması gerektiği şu şekilde açıklanabilir: İdari sözleşme niteliği ile ilgili olarak, çalışmanın birinci bölümündeki

⁹⁰ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım Bursa, 2009, s. 88-90; Gözler tarafından kamu gücü ayrıcalıklarına örnek olarak gösterilmiş olan yukarıdaki hususlardan; “bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması”, “bir uyuşmazlığın idari yargıya tabi tutulması” ve “ortaya çıkan zararların tazmininin idari sorumluluk rejimine tabi olması” hususlarının kamu gücü ayrıcalığı olarak nitelendirilemeyeceği düşünülebilir. Zira; sözleşme hükümlerinde, idare ya da özel hukuk kişisi lehine kamu gücü ayrıcalığı tanınmışsa sözleşme idari bir sözleşme olarak nitelenebilir ve bu durumda uyuşmazlık idari yargı denetimine tabi tutulur. Ayrıca; ortaya çıkan zararların tazmininin idari sorumluluk rejimine tabi olması”nın da bir kamu gücü ayrıcalığı olarak değil; kamu gücü ayrıcalıklarının etkin bir denetim yolu olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkündür.

⁹¹ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 435; UÇAR, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı Ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, GÜHFD, C.XX, S.3, 2016, s. 360.

⁹² AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 488.

açıklamalar açısından, kamu gücü ayrıcalığı kavramının, idarenin sözleşme ilişkisinde üstünlüğünü sağlayan her türlü mevzuat ve sözleşme hükmü olarak anlaşılması; idari sözleşme niteliğinin sonucu ile ilgili olarak, çalışmanın ikinci bölümündeki açıklamalar açısından ise, kamu gücü ayrıcalıkları kavramının, genel idari sözleşme kuramının belirlediği, denetim, yaptırım, tek taraflı fesih ve tek taraflı değişiklik yetkileri kapsamında sınırlandırılması, gerekmektedir.

B. İDARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN YARGI KARARLARINDA KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ HEM ÖLÇÜT HEM SONUÇ OLARAK KABUL EDİLMESİNİN ORTAYA ÇIKARDIĞI KARMAŞA

İdari sözleşme niteliği tartışmalı olan sözleşmelerde, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olup olmadığı, sözleşmenin niteliğini belirlemede değerlendirme aracı olarak kullanılmaktayken, idari sözleşme niteliği tartışmasız olan sözleşmelerde idarenin sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanacağı kabul edilmektedir. Bu değerlendirme, yargı organın içtihatlarıyla oluşmuş ve doktrin tarafından kabul edilmiştir.

Bununla birlikte; kamu gücü ayrıcalıkları kavramının idari sözleşmelere ilişkin yargı kararlarında hem ölçüt, hem de sonuç olarak ele alınıyor olması, bazı karışıklıkları beraberinde getirmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde de inceleneceği üzere; yerleşik içtihatlarda, idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında, idareye sözleşme hükümleriyle kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması da sayılmaktadır. Bu içtihat doğrultusunda, sözleşmede kamu gücü ayrıcalıklarına yer verilmemişse, sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmemesi gerekecektir. Bununla birlikte; idari sözleşme niteliğinde kabul edildiği halde, sözleşmede bu yöndeki hükümlerin varlığından bahsedilmemiş olan yargı kararları bulunduğu gibi, bu yönde hüküm bulunduğu halde, uyuşmazlık konusu sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul eden yargı kararları da mevcuttur. Bu durum, nitelik belirlenmesi aşamasında ortaya çıkan karmaşadır ve çalışmanın ilk bölümünde örnekler verilerek değerlendirilecektir.

Kanun hükmüyle ya da içtihatla idari sözleşme olarak kabul edilmiş olan sözleşmelerde ise, idarenin, sözleşme hükmünde yer alsa da almasa da, genel idari sözleşme kuramı doğrultusunda belli kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin idari sözleşme niteliği kanun hükmüyle belirlenmiş olan bir sözleşme ilişkisinde idareye sözleşme hükmüyle hiçbir kamu gücü ayrıcalığı tanınmamışsa ve kanunda da bu hususta hüküm yoksa idarenin genel idari sözleşme kuramı doğrultusunda, örneğin tek taraflı değişiklik yetkisini haiz olduğu kabul edilebilecektir. Ancak; hem sözleşme hükmünde kamu gücü ayrıcalığı yer alması, hem de kanunda aynı kamu gücü ayrıcalığının düzenlenmesi ve üstelik bu kamu gücü ayrıcalıklarının genel idari sözleşme kuramı ilkeleri ile çatışıyor olması durumunda, hangi kuralın uygulanması gerekeceği de bir başka karmaşaya örnek olarak verilebilecek olup; bu kısma ilişkin açıklamalar da çalışmanın ikinci bölümünde yapılacaktır⁹³.

Böylelikle; çalışma konusunun çerçevesini, idari sözleşme niteliğinin tespitinde ve idari sözleşmelerin hukuki rejiminde kamu gücü ayrıcalıkları kavramı oluşturmakta olsa da, yukarıdaki paragraflarda açıklanan sorun idari sözleşme rejiminin önemli bir sorunu olarak varlığını sürdürmektedir.

III.İDARİ SÖZLEŞME VE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI KAVRAMLARINI AÇIKLAMAKTA KULLANILAN KAVRAMLAR

Kamu gücü ayrıcalıkları kavramını açıklarken başvurulabilecek üç temel kavram, kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararı kavramlarıdır. Zira; kamu gücü ayrıcalıkları kavramı, kamu gücünün idare hukukundaki somutlaşmış şeklidir ve idare, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı amacıyla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilir. Bu husus, idari sözleşmelerde idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları ile ilgili olarak da içtihatlarda ve doktrinde kabul edilmektedir. Bu sebeple; söz konusu kavramlar hakkında, idari sözleşmeleri de kapsayacak şekilde bilgi verilmesinin, çalışmanın birinci ve ikinci bölümündeki açıklamalara katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

⁹³ Bkz. s. 163-167.

A.KAMU GÜCÜ KAVRAMI

Türk hukukunda amme kudreti⁹⁴, devlet kudreti⁹⁵ ve devlet iktidarı⁹⁶ gibi adlarla da ifade edilmiş olan kamu gücü kavramı; kamu yararı, kamu hizmeti ve kamu gücü ayrıcalıkları kavramlarının temelini teşkil eden ve bu kavramlar arasında en eski geçmişe sahip olan kavramdır.

Her ne kadar bu kavramın belli başlı bir tanımını yapabilmek mümkün olmasa da ve kavramın kökeni ve sınırları hakkında görüş birliği bulunmamakta ise de; Roma hukukundan günümüz modern devlet anlayışına uzanan dönemde, kamu gücü toplum üzerinde hep üstün bir güç olarak kabul edilmiş ve bu kavram genel olarak tüm kamu hukukunun önemli bir parçasını teşkil etmiştir.

Ayrıca; kamu gücü kavramı, kamu hukuku-özel hukuk ayrımının gerekliliğini ortaya koymaya çalışan kriterlerden biri olmuş, Türk hukukunda da kamu hukuku-özel hukuk ayrımı, hakimiyet (*imperium*) olarak adlandırılmış olan bu kriterle açıklanmıştır⁹⁷.

Genel olarak kamu hukuku açısından bir yetkiler bütünü olarak adlandırılabilir ve soyut bir kavram olan kamu gücü kavramı, idare hukuku açısından biraz daha somutlaşmakta ve kamu gücünün üçüncü kişiler üzerindeki etkisi de en çok idare tarafından kamu gücünün kullanılması sırasında ortaya çıkmaktadır⁹⁸. Bu sebeple, kavram idare hukuku uygulamaları açısından, daha anlamlı hale gelmektedir.

Kamu gücü kavramı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus; bu kavramın, ilk çağlardan itibaren, egemenlik kavramı ile oldukça yakın bir ilişki

⁹⁴ ONAR (C. III), s. 1442.

⁹⁵ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.

⁹⁶ OKANDAN, Recai G., “Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar”, İÜHFM, C. XVII, S. 1-2, 1951, s. 3-23.

⁹⁷ ÖZYÖRÜK, Mukbil, Hukuka Giriş, Ege Matbaası, Ankara 1959, s. 40, 49-50.

⁹⁸ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 21.

içinde⁹⁹ bulunmuş olduğudur. Duguit, astlar üzerinde etkili bir üstün gücün bulunduğu fikrinin ilk kez Romalılar tarafından öne sürüldüğünü ve egemenlik kavramı ile açıklanmaya çalışılan tüm hususların “*imperium*” kelimesi ile karşılanmış olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰.

Roma tarihinin tüm aşamalarında, *imperium* yetkisi devlet organlarına tanınmış mutlak bir yetki olarak kabul edilmiştir^{101 102}.

İdarenin faaliyetleri sırasında başvurduğu kamu gücünün, idareye üçüncü kişiler karşısında birtakım imtiyazlar tanıdığı ise, ilk kez Hauriou tarafından ifade edilmiştir. Yazara göre, bu imtiyazlar idarenin işlemlerinin icrailiği ve idarenin yargı organı önünde sahip olduğu avantajlardır¹⁰³.

Erkut, “*ayrıcalıklar bloku*” olarak ifade ettiği kamu gücü ayrıcalıklarını, *imperium* yetkisinin idare hukukundaki bir yansıması olarak görmektedir¹⁰⁴. Roma hukukunda; “*imperium*” imparatora tanınmış olan en kapsamlı yetkileri ifade etmekte olsa da, bu yetki aslında İmparator Emirnameleri’nde belirilmiş ve bu emirnameler aynı zamanda kamu gücü ayrıcalıklarının temelini oluşturmuştur. Zira; zor kullanma hakkı¹⁰⁵, re’sen icra ve yaptırım uygulama gibi yetkiler, *imperium* yetkisinin içeriğinde de yer almaktadır¹⁰⁶.

⁹⁹ UÇAR, s. 340.

¹⁰⁰ DUGUIT (Kamu...), s. 56.

¹⁰¹ KARADENİZ, Özcan, Roma’da Kamulaştırma ve ‘Kamu Yararı’ Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 49-50.

¹⁰² Menemencioğlu da; Roma Hukuku kuramında, “*amme kudreti(potestas)*” ile, “*emretmek iktidarı(imperium)*”nın birbirine sıkı sıkıya bağlı kavramlar olduğunu belirtmiştir MENEMENCİOĞLU, Ethem, Âmme Kudreti ve Şahsiyet Nazariyesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1959, s. 3.

¹⁰³ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 55.

¹⁰⁴ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 58-60.

¹⁰⁵ “*Devlet organlarına tanınmış olan imperium, devletin tüm fonksiyonlarının, bu arada kamu hizmetlerinin görülmesinin bireyler tarafından herhangi bir biçimde engellenmesini, gerektiğinde zor kullanarak önleme yetkilerini içine alacak ölçüde geniş ve mutlak.*”; KARADENİZ, s. 48.

¹⁰⁶ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 43, 45.

Roma hukuku kuramcıları, kamu gücünün halka ait olduğunu (*Manevi şahsiyet nazariyesi*) ve bu gücün kullanımını imparatora vekaleten bıraktıklarını savunmuş olsalar da; imparatorlar kamu gücünü kendi güçleriymişçesine kullanmışlardır¹⁰⁷. Feodalitenin hakim olduğu Orta Çağda, Roma hukukundaki bu anlayışın etkisi azalmakla beraber, sona ermemiştir¹⁰⁸. Feodalite rejimindeki kamu gücü kuramcıları, kamu gücünün akit yoluyla mülkün sahibi olan senyörün iradesine bırakılmış olduğunu savunmuşlardır(*concordadia*)¹⁰⁹.

16. yüzyılın 2. yarısında egemenlik kavramı daha belirgin hale gelmiş¹¹⁰ ve bu dönemde hakimiyet kuramı ortaya çıkmıştır. Bodin, hakimiyet kuramını, “*herhangi bir devletin kendi kuvvetinden üstün hattâ bu kuvvete eşit bir kuvvet tanımayan irade iktidarı*” olarak ifade etmiştir. 16. ve 17. yüzyıllarda kabul edilmiş olan bu kuramın ortaya çıkışının ve günümüze kadar sürüşünün sebebinin, devletlerin kendilerini korumaya çalışma güdüsü olduğu belirtilmektedir¹¹¹.

Gerçekten günümüzde, egemenlik kavramı ulusal egemenlik olarak somutlaşmış durumdadır. Her ne kadar uluslararası metinler dünya devletlerinde iç hukuk kuralları olarak uygulanıyor ve hatta devletler bu uluslararası kurallara uymamaktan ötürü uluslararası mahkemeler tarafından yargılanmayı kabul ediyor olsalar da, söz konusu mahkemelerin kararlarının devletler üzerinde bağlayıcı bir niteliği bulunmaması, egemenlik kavramı ile açıklanan kamu gücü kavramının, günümüzde ulusal egemenlikten kaynaklanan bir güç olduğunu göstermektedir.

Duguit, Fransa’da, 19. yüzyılın ilk çeyreğinde, kamu gücünü açıklamaya çalışan bütün metafizik yaklaşımların, devletin, bireylerden ayrı ve bağımsız bir

¹⁰⁷ MENEMENCİOĞLU, s. 5.

¹⁰⁸ DUGUIT (Kamu...), s. 56.

¹⁰⁹ MENEMENCİOĞLU, s. 5.

¹¹⁰ DUGUIT (Kamu...), s. 56.

¹¹¹ MENEMENCİOĞLU, s. 6.

iradeyle kuşatılmış, dünya üzerinde kendisinden üstün bir güç olmayan, egemen bir kişiliği bulunduğu noktasında birleştiklerini belirtmiştir¹¹².

19. yüzyıl Alman Tabii Hukuk Okulu kuramcılarına göre ise; kamu gücünün hukuk kurallarınca düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kurama, Fransız hukukçu Gény de katılmıştır. Tabii hukuk kuramcıları, her ne kadar kamu gücünün hukuk kurallarınca düzenlenmesi gerektiğini savunmuş olsa da, manevi şahsiyet kuramını benimsemeye devam etmişlerdir. Bu noktada Tabii hukuk kuramcılarından ayrılan Duguit'ye göre; toplumların ya da heyetlerin insanın kendi iradesinden ayrı bir iradesi bulunmamaktadır¹¹³.

19. yüzyılda gerçekleşen Endüstri Devrimi, toplumsal yapıyı ve devlet kuramlarını önemli ölçüde etkileyerek, egemenlik kavramını da geleneksel anlayışından oldukça uzak bir noktaya taşımıştır¹¹⁴. Bu doğrultuda en önemli adımı atmış olan Duguit'ye göre, modern devletin en önemli unsuru egemenlik değil, kamu hizmetidir ve devlet ancak ve ancak kamu hizmeti sunmak için egemenlik hakkını kullanma hakkına sahiptir¹¹⁵.

Duguit'ye göre; gücü elinde bulunduranların subjektif bir kamu gücü hakları bulunmamakta olup, güçlerini, kamu hizmetini organize etmek ve kamu hizmetinin gelişimini garanti ve kontrol etmek yönünde kullanma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunun dışındaki faaliyetlerinin, bağlayıcı gücü ya da siyasi değeri bulunmamaktadır. Kamu hukuku, artık, biri emreden ve üstün olan, diğeri ise uymakla yükümlü ve ast konumunda bulunan birbirinden farklı iradeleri açıklamaya çalışan kuramların toplamından ibaret değildir. Tüm iradeler, bireysel iradedir, hepsi aynı değerdedir ve iradeler arasında hiyerarşi bulunmamaktadır. Bu iradelerin değeri, sadece ulaşmak istedikleri sonuçla belirlenebilir. İdare edenlerin böyle bir gücü bulunmamakta olup, onların gücü ve değeri sadece kamu hizmeti organizasyonunun genişletilmesi içindir. Böylelikle, kamu hizmeti kavramı, egemenlik kavramı ile yer

¹¹² DUGUIT, Leon, “*The Law and The State*”, Harvard Law Review, C. 31, S. 1, 1917, s. 103-104.

¹¹³ DUGUIT (Kamu...), s. 65; MENEMENCİOĞLU, s. 7.

¹¹⁴ ZABUNOĞLU, s. 174.

¹¹⁵ DUGUIT (Kamu...), s. 76.

değiştirmektedir. Devlet, artık emreden bir egemen güç değildir; kamu hizmetini oluşturmak ve kontrol etmek için, kendi güçlerine sahip bireyler topluluğudur¹¹⁶. Duguit'nin, kamu hukukunun temel kavramı olarak kamu hizmeti kavramını kabul etmiş olması ve egemenlik hakkının da sadece kamu hizmeti sunmak amacıyla kullanılabilmesi yönündeki görüşü, Türk hukukunda da dile getirilmiş¹¹⁷ olup, bu görüş, aslında yukarıda açıklanmış olan idari sözleşme-kamu hizmeti-kamu gücü ayrıcalıkları kavramları arasındaki ilişkinin bölünmezliğini kabul eden görüşleri de açıklamaktadır. Bununla birlikte; kamu hizmeti kavramının anlaşılmasındaki zorluklar ve günümüzde kazanmış olduğu yeni anlam göz önüne alındığında, idari sözleşmeler açısından, kamu hizmeti ve kamu gücü ayrıcalığı kavramının ayrılmaz bütünlüğünden söz etmeye olanak kalmamıştır. Zira; idarenin konusu kamu hizmeti olan bir faaliyet alanında özel hukuk sözleşmesi yapabileceği hem kanunen hem de içtihatlarla kabul edilmektedir. Bunun yanında, idarenin kamu hizmeti olarak kabul edilmeyen bir alanda idari sözleşme yapabileceği de içtihatlar ve doktrinde kabul edilmekte ve bu durumda, idari sözleşmelerin ayırt edici unsuru kamu gücü ayrıcalıkları olarak belirlemektedir.

B.KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Tüm kamu hukukunun en önemli ve fakat en karışık ve bulanık kalmış kavramlarından biri¹¹⁸ olan kamu hizmeti kavramı, idare hukukçuları tarafından çeşitli yaklaşımlarla¹¹⁹ ve tanımlarla¹²⁰ açıklanmaya çalışılmış olsa da; bu

¹¹⁶ DUGUIT (The Law...), s. 184-185.

¹¹⁷ “...Bu noktada, Devlet kudretinin sınırlanması bakımından, modern Devlet'in yarattığı yeni postula karşımıza çıkmaktadır: Devlet, egemen olduğu için emretmemektedir; Devlet, iş yaptığı kamu hizmeti gördüğü ve yarattığı için emretmektedir.”; ZABUNOĞLU, s. 175-176; Menemencioğlu'na göre de; “Âmme kudreti müessesesi, realitede toplum içinde yaşayan insanların ayrı ayrı kuvvetlerinin toplamından başka bir şey olmadığı halde, toplumsal bir zaruretin etkisi altında, bugün, devlet adını verdiğimiz “idare edenler” elinde merkezileşmektedir”. Yazara göre; kamu gücü, sadece ve sadece idare edenlerin görevlerini yerine getirmek üzere kullanıldığı takdirde devlet düzeninin önemli bir unsuru olabilecektir; MENEMENCİOĞLU, s. 8-9.

¹¹⁸ DERBİL, Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?”, AÜHFĐ, C. 7, S. 3, 1950, s. 29.

¹¹⁹ Kamu hizmeti; toplum tarafından yoğun şekilde ihtiyaç duyulan bir faaliyetin, o faaliyete kamu hizmeti niteliğini kazandırdığını savunan *Duguit'nin kriteri*; iktisattaki liberal doktrinlerden temel alan *faaliyetin niteliğine dayanan kriter*; Hauriou tarafından savunulmuş olan ve faaliyetin görülüş usulünün, o faaliyete kamu hizmeti niteliği kazandırıp kazandırmayacağını belirten, *hizmetin görülüşündeki usule dayanan kriter* ve nihayet *pozitif hukuka dayanan kriter*,

yaklaşımlardan ya da tanımlardan hiçbiri genel kabul görmemiştir. Bununla birlikte; Türk idare hukuku doktrininde en çok taraftar bulan yaklaşımın, günümüzde pozitif hukuka dayanan kriter olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu kritere göre; kanun koyucu, devletin hangi faaliyetlerinin kamu hizmeti olacağını kanun hükümleriyle ya da anayasal hükümlerle belirleme yetkisine sahip bulunmaktadır¹²¹. Ancak; pozitif hukuka dayanan kriter, kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmaları sonlandırmaya yetmemektedir. Zira; pozitif hukuk hükümlerinde, faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı açıkça belirtilmemişse, bu durumda kanun koyucunun iradesinin yorum yaparak tespit edilmesi gerekeceğinden¹²², yine net bir sonuca ulaşmak mümkün olamayacaktır.

İdari sözleşme kavramı ile kamu hizmeti kavramı arasında kurulan sıkı bağ; doğal olarak, kamu hizmeti kavramını açıklamaya çalışan yaklaşımların, idari sözleşme kavramını açıklamakta da kullanılmasına sebep olmuş ve idari sözleşmenin bir kriteri olarak kabul edilen kamu hizmeti, idari sözleşmelere ilişkin her somut olayda sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olup olmadığının tespit edilmeye çalışılmasına yol açmıştır. Devletin hangi faaliyetlerinin kamu hizmeti sayılacağı hususundaki uzlaşmazlık ise, idari sözleşmeleri doğrudan kamu hizmeti kavramı ile açıklayabilmeyi zorlaştırmıştır.

İdari sözleşme kavramını, konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ile açıklamaya çalışırken ortaya çıkan karmaşa, sadece Türk hukukuna özgü olmayıp,

gibi temel yaklaşımlarla açıklanmaya çalışılmıştır; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 27-32.

¹²⁰ Örneğin; Gülan, kamu hizmetini; “*Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.*” (GÜLAN, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, İHİD, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 148) şeklinde tanımlamışken; Karahanoğulları, kamu hizmetini: “*Kamu hizmeti devlet tarafından, piyasanın işleyiş ilkelerinden/kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimidir.*”; (KARAHANOGULLARI (Eksik İmtiyaz), s. 178.) şeklinde tanımlamıştır.

¹²¹ BİLGİN, Pertev, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, İHİD, C. 1, S. 1, 1980, s. 113; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 13-14; Fransız hukukunda da, kamu hizmeti ile ilgili olarak nitelik değerlendirmesi yapılmaktan vazgeçilerek, subjektif anlayış (pozitif hukuka dayanan kriter) doğrultusunda bir yaklaşım benimsenmeye başlamış olduğu belirtilmektedir; ULUSOY, Ali, “*Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*”, AÜHFD, C. 48, S. 1, 1999, s. 167.

¹²² ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 13-14.

Fransız hukuku açısından da geçerlidir. 1916 yılında vermiş olduğu kararda tiyatro faaliyetini bir kamu hizmeti olarak kabul etmemiş olan Conseil d'Etat'nın, 1923 yılında vermiş olduğu kararında, bu faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmiş olması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹²³.

Buraya kadar yapılan açıklamalara ek olarak; idari rejimin önemli bir parçasını teşkil eden kamu hizmeti kavramının, idari rejimi benimsememiş olan dünya devletlerindeki yaklaşımlarla benzeşmeye başlaması sonucu, kavramdaki belirsizlik daha da artmış; böylelikle, idari sözleşme kavramını neredeyse kamu hizmeti kavramı ile eş anlamlı kullanan baskın görüş, daha da sorgulanır hale gelmiştir.

Küreselleşme ve Avrupa Birliği'nin oluşum süreci, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinin de birbirine benzemesi sonucunu doğurmuş ve bu iki farklı hukuk sistemi belli kavramlarda birbirine yaklaşmıştır. Bu kavramlar içinde, kamu hizmeti kavramının, Anglo-Sakson hukuk sistemine yaklaşmış olduğu görülmektedir. Kendisi zaten muğlak bir kavram olan kamu hizmeti kavramının, Anglo-Sakson hukukuna yaklaşmış olan durumu, kavram üzerindeki belirsizliği daha da artırmıştır. Bunun en önemli sonucu, Kıta Avrupası ülkelerinin klasik idare hukuku yaklaşımında, kamu hizmetini sunmakla görevli olan idarenin artık, bu ülkelerde ve Türkiye'de de işletmeci gibi algılanmaya ve rekabete dayalı kuralların kamu hizmeti alanına daha çok hakim olmaya başlaması olmuştur.

Avrupa Birliği'nin kuruluş anlaşması olan Maastricht Anlaşması'nın genel ilkesi olan ortak pazar kavramı ile klasik anlamdaki kamu hizmeti kavramının ortak bir paydada birleşebilmesindeki zorluk ve Birlik üyesi ülkeler arasında idari rejimi benimsemiş ülkelerin de bulunuyor olması sebebiyle önemli bir güçlük olarak görülmüşse¹²⁴ de; kamu hizmeti kavramına, Birlik düzeyinde, “*genel ekonomik yarar hizmetleri*”, “*evrensel hizmet*”, “*minimum hizmet*”, “*ek hizmetler*”, “*kamusal yarar hizmetleri*”, “*kamu hizmeti zorunlulukları*” gibi değişik adlar verilmiş¹²⁵, hatta bu

¹²³ MERİÇ, s. 67-68.

¹²⁴ ULUSOY, Ali, “*Kamu Hizmeti Anlayışındaki Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, Amme İdaresi Dergisi, S. 31/2, Haziran 1998, s. 22.

¹²⁵ ULUSOY (Kamu Hizmeti Anlayışındaki...), s. 26-29.

yeni kavramlardan bazıları, Türkiye de dahil olmak üzere, devletlerin pozitif hukuk metinlerinde yer almaya başlamıştır.

Bu kavramlardan en yaygın kullanılanı, kökeni Anglo-Sakson hukukuna¹²⁶ dayanan evrensel hizmet kavramıdır¹²⁷. Evrensel hizmet, günümüzde sadece posta hizmetleri ile telekomünikasyona ilişkin hizmetlerde ve enerji sektöründe geçerli¹²⁸ bir kavram olsa da; doktrinde evrensel hizmet kavramının gelecekte kamu hizmeti kavramının yerini alabileceği¹²⁹ ve bu kavramın modern devletin önemli bir unsuru sayılan sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı¹³⁰ yönünde görüşler öne sürülmüştür. Bu yöndeki görüşlerin varlığı, idare hukukunun en önemli kavramlarından olan kamu hizmetinin anlaşılış şeklindeki değişimi gözler önüne sermektedir.

Türk hukukunda ilk kez, 2005 yılında, 5369 sayılı Kanun¹³¹ ile “evrensel hizmet” kavramı kullanılmaya başlamış; 2008 yılında 5809 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte de, 5369 sayılı Kanun’un adı “Evrensel Hizmet Kanunu” olarak değiştirilmiştir. Ardından, 6475 sayılı Kanun ile, evrensel hizmet, posta hizmetleri açısından da geçerli bir kavram olarak kabul edilmiştir.

¹²⁶ Evrensel hizmet kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde Theodore Vail’in 1907 tarihli konuşmasında geliştirilmiş olsa da; bu kavram, 1934 ve 1996 tarihli kanunlarla pozitif hukuk hükümlerinde yer almaya başlamıştır; PARSONS Steven G./BIXBY James, “*Universal Service in the United States: A Focus on Mobile Communications*”, Federal Communications Law Journal, C. 62, S. 1, 2010, s. 123, 125, 130; Evrensel hizmet kavramı ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış olsa da, kavramın tüm dünya devletlerindeki şekillenmesi, Avrupa Birliği direktiflerinin hazırlanması ve üye devletler ile uyum sürecindeki devletlerin, söz konusu kavrama mevzuatlarında yer vermeye başlaması ile olmuştur; KENT, Bülent, “*Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı*”, GÜHFD, C. XVI, S. 2, 2012, s. 181.

¹²⁷ ULUSOY (Kamu Hizmeti Anlayışındaki...), s. 27.

¹²⁸ KENT, s. 182.

¹²⁹ ULUSOY (Kamu Hizmeti Anlayışındaki...), s. 40.

¹³⁰ KENT, s. 182.

¹³¹ Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RGT. 25.06.2005, RGS.25856; Türk hukukunda, 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu’nun 2. maddesinde, evrensel hizmet kavramı, Avrupa Birliği direktiflerinde yer alan ölçütlerle benzer şekilde tanımlanmıştır: “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri.*”; bkz. 2002/22 /EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi; eur-lex.europa.eu.

Avrupa Birliği düzeyindeki gelişmeler, sadece kamu hizmeti kavramının algılanışındaki değişime ilişkin olmayıp, kamu hizmetinin görülüş usullerini¹³² de etkilemiştir. Bu gelişmeler; kamu hizmetlerinin sunumunda devletin daha çok, düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmesi gerektiđi¹³³ ve kamu hizmetlerinin *sektörleşme, rekabete açılma ve yeni bir finansman anlayışı* gibi yaklaşımlarla, ekonomik yaklaşımın bu alana hakim olması gerektiđi¹³⁴ yönünde olmuştur.

Bu doğrultuda; Türkiye’de elektrik kamu hizmeti ve telekomünikasyon kamu hizmetleri önceden idari sözleşmeler ile özel hukuk kişilerine gördürülmekteyken, günümüzde benimsenen sistem yetkilendirme usulü^{135 136} ve bu usulü uygulamakla

¹³² Kamu hizmetinin görülüş usullerinde yaşanan değişime örnek olarak, Anglo-Sakson kökenli bir başka yaklaşım olan kamu özel işbirliği modelinin (Public Private Partnership-PPP) Fransa’da ve Türkiye’de pozitif hukukça tanınmış bir yöntem olmasını da göstermek, konuyu aydınlatmaya yardımcı olmaktadır.

¹³³ Sezginer; idarenin sözleşmeleri arasında yapılan ayırimda yeni bir kategorinin daha kabul edilmesi gerektiğini savunduğu çalışmasında; idarenin sözleşmelerine üçüncü bir kategori olarak “*Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler*”in eklenmesini önermektedir. Zira; düzenleyici ve denetleyici kurumların sayısındaki artışa ve bu kurumların yaptırım uygulama yetkisi gibi yetkilerine bağlı olarak, idare tarafı olmadığı bir sözleşme ilişkisine müdahale edebilmektedir. Bu durumda da, idarenin kamu gücüne dayanarak tesis etmiş olduğu tek taraflı idari işlem; idari yargı denetimine tabi olmakta ve son tahlilde sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına etki etmektedir; SEZGİNER, Murat, “*İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)*”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S, 1-2, s.1593-1594.

¹³⁴ ULUSOY (Fransız ve Avrupa Birliği...), s. 170.

¹³⁵ Elektrik kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemi; 4628 Elektrik Piyasası Kanunu (RGT.03.03.2001, RGS.24335 Mükerrer) ve ardından, 30. maddesi hükmü ile, 4628 sayılı Kanun’un adını “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” olarak değiştiren 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (RGT.30.03.2013, RGS.28603) hükümleri ile tamamen değişerek, günümüzde elektrik kamu hizmeti EPDK kontrolünde ve EPDK tarafından verilen lisans suretiyle gerçekleştirilmeye başlanmıştır. 5809 sayılı Kanun ile de, telekomünikasyon kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi yöntemi olarak bildirim ve kullanım hakkı yöntemleri geçerli yöntemler olmuştur. Bununla birlikte; 5809 sayılı Kanun geçici 2. maddesi hükmü ile yürürlük tarihinden önce imzalanmış olan imtiyaz ve görev sözleşmelerinin geçerliğini koruyacağını açıkça hüküm altına almıştır. 6446 sayılı Kanun’un geçici 12. maddesinden de, mevcut sözleşmelerin geçerliklerini korumakta oldukları anlaşılmaktadır.

¹³⁶ 5809 sayılı Kanun kapsamında bildirim ve kullanım hakkı verilmesi yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; ÖZTÜRK, K. Burak, “*Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 1, 2009, s. 26-42; Ayrıca; Öztürk, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemi olarak ruhsat usulü ile imtiyaz usulü arasında çok önemli farklar bulunmadığını belirtmektedir; ÖZTÜRK (Elektronik Haberleşme...), s. 38; Maden işletme faaliyeti (Maden işletme faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde kabul edildiğine ilişkin açıklama için bkz.s. 85-86, dipnot 255) 6309 sayılı Kanun’a göre işletme ruhsatı alan kişilerin taraf olduğu maden işletme imtiyazı yöntemiyle yerine getirilmekteyken, 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu ile bu alanda imtiyaz

görevli idareler Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) olmuştur. Posta hizmetleri alanında da aynı yönde değişim gerçekleşmiş olmakla birlikte, 6475 sayılı Kanun; hem özel hukuk kişilerinin BTK tarafından verilecek yetki belgesi ile yetkilendirilmesini, hem de PTT A.Ş.’nin BTK ile görev sözleşmesi imzalaması yöntemini öngörmüştür. 6475 sayılı Kanun’a göre posta hizmetleri alanındaki görev sözleşmesine ilişkin mevzuat hükümleri incelendiğinde, bu hükümlerle belirlenmiş olan hukuki rejimin büyük ölçüde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi çerçevesinde şekillenmiş olduğu görülmekte ise de; Danıştay 1. Dairesi söz konusu görev sözleşmesi taslağına ilişkin görüşünde¹³⁷; görev sözleşmesinin tanımını yaparak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden farklı bir sözleşme türü olduğunu açıkça belirtmiş ve fakat bu sözleşmenin idari sözleşme olduğu hususunda açık bir ifade kullanmamıştır¹³⁸. 6475 sayılı Kanun’la birlikte; sermayesinin tamamı Hazine’ye ait olmakla birlikte, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz ve iktisadi devlet teşekkülü niteliğini kaybetmiş PTT A.Ş. ile BTK arasında posta hizmetleri hususunda yapılacak görev sözleşmesi, posta hizmetleri alanını kendine özgü bir niteliğe büründürmüştür.

yönteminden vazgeçilerek, ruhsat usulü benimsenmiş olması da, bu alandaki değişime örnek olarak gösterilebilir.

¹³⁷ 6475 sayılı Kanun’un geçici 3. maddesine göre; görev sözleşmesinin, düşüncesi alınmak üzere, Danıştay’a gönderilmesi gerekmektedir: “Görev sözleşmesi bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde düşüncesi alınmak üzere Danıştaya gönderilir. Danıştayın iki ay içinde düşüncesini bildirmesini müteakip, görev sözleşmesi PTT ile Kurum arasında imzalanarak yürürlüğe girer.”

¹³⁸ “Özel bir yasal düzenleme uyarınca idare ile sermayesinin tamamı Devlete ait özel hukuk tüzel kişisi arasında bir kamu hizmetinin sunulması amacıyla bu hizmetin kurulması ve/veya işletilmesi ve/veya genişletilmesine ilişkin karşılıklı hak, yetki ve yükümlülüklerin düzenlendiği sözleşmeye görev sözleşmesi denilmektedir. Görev sözleşmesinde taraftardan biri özel hukuk tüzel kişisidir, ancak bu özel hukuk tüzel kişisinin sermayesinin tamamı Devlete ait olup idare tarafından kurulan, yönetilen ve temsil edilen, mali ve hukuki sorumluluğu idareye ait bir özel hukuk tüzel kişisidir. Dolayısıyla görev sözleşmesine konu kamu hizmeti, idare tarafından kurulan bir özel hukuk tüzel kişisi eliyle yine idare tarafından kamuya sunulmaktadır. Bu açıdan görev sözleşmesinin idarenin kendi içinde yaptığı bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

İmtiyaz sözleşmesi ise, bir kamu tüzel kişisinin (imtiyaz veren) kendi seçtiği ve kendi gözetim ve denetimi altında bulunan bir özel kişiye (imtiyazcı) kullanıcılardan aldığı ücret karşılığında kar ve zararı kendisine ait olmak üzere bir kamu hizmetini kurmak ve işletmek veya kurulmuş bir kamu hizmetinin işletilmesiyle görevlendirdiği idari sözleşmedir.

Görev sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin sunulmasına yönelik iki farklı sözleşme olması nedeniyle tarafların hak ve yükümlülükleri ile kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin hükümlerinde de farklılıklar bulunmaktadır.”; D1D, E. 2014/596, K. 2014/506, KT. 03.04.2014; www.lexpera.com.tr; e.t. 24.10.2018.

Özel olarak Avrupa Birliği düzeyindeki gelişmeler, genel olarak tüm dünyayı etkisi altına alan neo liberal politikalar, kamu hizmeti alanında devletin rolünü, daha çok gerektiği zaman müdahale eden bir niteliğe dönüştürmüş ve bu dönüşümden kamu hizmeti kavramı önemli ölçüde etkilenmiştir¹³⁹.

Böylelikle; hem kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığıyla yerine getirilmesinde artış gerçekleşmiş, hem bu hizmetlerin görülüş usullerinde kamu hizmeti imtiyaz usulü dışında yeni usul arayışları başlamış¹⁴⁰, hem de kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemlerinden biri olan sözleşme yönteminde, idarenin sözleşmesinin konusunun kamu hizmetine ilişkin oluşunun, sözleşmenin idariliğini öne çıkaran bir ölçüt olma niteliği önemli ölçüde zayıflamıştır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, yasama organının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine benzer nitelik taşıyan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına ilişkin kanunları kabul etmesi, Türkiye'de idari sözleşme alanını önemli ölçüde daraltmış olduğu gibi, idari sözleşme kavramı ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasındaki sıkı ilişki de sorgulanır hale gelmiştir¹⁴¹.

Ayrıca; bu kavrama tek başına bir ölçüt değeri tanınacak olsa bile, kanunla ya da içtihatla özel hukuk sözleşmesi sayılan pek çok sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu hususunda kuşku yoktur. Başka bir bakış açısından; hangi kamu hizmeti anlayışı benimsenmiş olursa olsun, idari faaliyetin son tahlilde kamu hizmeti alanına herhangi bir şekilde dokunacağı gerçeği karşısında da bu kez, idarenin tüm sözleşmelerini idari sözleşme olarak kabul etmek gerekecektir.

Sonuç olarak; kamu hizmeti kavramının, idari sözleşmeleri açıklamaktaki rolü her somut olaya göre değişecek niteliktedir ve mutlak zorunlu bir şart olarak kabul edilemeyeceği ortadadır.

¹³⁹ KARASU, s. 218.

¹⁴⁰ TAN (Kamu Hizmeti...), s. 307-308.

¹⁴¹ Bu husustaki açıklamalar için bkz. s.11 vd.

Zira; kamu hizmetinin idari sözleşme usulüyle gördürülmesi durumunda, kamu yararı ve kamu gücü ayrıcalıkları da zorunlu şekilde idari sözleşme kavramının içinde yer almaya devam etmekte olsa da; kamu hizmeti olarak kabul edilmeyen konularda idari sözleşme yapıldığında, kamu yararı ve kamu gücü ayrıcalıkları yine yapılan sözleşmenin çerçevesini oluşturmaya devam etmektedir. İdare, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla idari sözleşme yaptığı; bu sözleşmenin konusu kamu hizmeti olduğu için, sözleşme ilişkisinde kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanır. Ayrıca; idari sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizliktir. Bu durumda, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi değilse bile, idare sözleşme ilişkisinde üstün duruma getirilmişse, sözleşme ilişkisinde taraflar arasındaki eşitlik bozulacağından, sözleşme yine idari nitelik kazanacaktır. Her iki durumda da, kamu gücü ayrıcalıkları ve kamu yararı kavramları, idari sözleşmelerin vazgeçilmez unsurları olmaktadır.

C.KAMU YARARI KAVRAMI VE KAMU GÜCÜNÜN SINIRLANDIRILMASI GEREKLİLİĞİ

Kamu yararı kavramı, bir yandan kamu gücü ayrıcalıklarının idare tarafından kullanılabilmesinin yegane amacını oluştururken, diğer yandan kamu hizmeti ve kamu gücü kavramları ile birlikte, idari sözleşmelere ilişkin içtihatlarda yer alan temel kavramlardan bir diğeridir.

Bununla birlikte; kamu yararı kavramının tanımlanmasındaki zorluk¹⁴² ve kavramdaki muğlaklık, değişen siyasi iradeye göre kavramın anlaşılışının değişmesine neden olduğundan¹⁴³, idarenin kamu yararını sağlamak üzere kullanmakta olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının dozu ya da kullanıldığı alanlar

¹⁴² Akıllıoğlu, kamu yararı için ancak şu şekilde bir tanım yapılabileceğini belirtmiştir: “*Kamu yararı kavramı, özü ya da içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavramdır.*”; AKILLIOĞLU, Tekin, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, İÜHFİM, C. IX, S.1-3, 1988, s. 11; Akıllıoğlu, bu çalışmada toplumsal yarar ile kamu yararı arasında fark bulunduğunu öne süren görüşlere de yer vermiş ve gerçekte farkın bu iki kavram arasında değil, kamu yararı ve bireysel yarar arasında bulunduğunu belirtmiştir; AKILLIOĞLU (Kamu Yararı...), s. 14-15.

¹⁴³ MERİÇ, s. 69.

değişime uğrayabilmektedir. Kamunun yararına işlem ve eylem yapmak üzere kullanılan kamu gücü ayrıcalıklarının tek tek bireylere ve son tahlilde topluma vermesi muhtemel zararların önlenmesi için, kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlarının belirlendiği ve bireylerin gerçek anlamda haklarını arayabildikleri hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu kuşkusuzdur.

İdare, bütün faaliyetlerinde olduğu gibi, idari sözleşmelerde de kamu yararı amacıyla hareket etmekte ve kamu yararı ile bireysel yararın karşılaşması durumunda, kamu yararının üstün tutulacağı yargı kararları¹⁴⁴ ile kabul edilmektedir.

Kamu yararı ile bireysel yararın karşılaşması, idari sözleşme söz konusu olduğunda, sözleşmenin diğer tarafı açısından aslında daha anlamlı hale gelmektedir. Zira; idare ile sözleşme ilişkisine giren tarafın, idareden beklentisi, idarenin tek yanlı işlemlerinin aksine, bir özel hukuk sözleşmesi ilişkisinden ne bekliorsa, o yönde olacaktır. Örneğin; sözleşmede belirtilen hükümlerin idare tarafından tek taraflı olarak değiştirilemeyeceğini düşünebilecektir. Ayrıca; Danıştay içtihatlarında vurgulanmış olduğu gibi, idarenin imzaladığı sözleşmenin adının ve niteliğinin taraflarca nasıl belirtilmiş olduğunun, sözleşmenin niteliğini belirleme noktasında bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁵. Bu sebeple; kanunla sözleşmenin niteliğinin belirlenmemiş olduğu herhangi bir durumda, idareyle sözleşme imzalayan kişi, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu da pek tabii düşünebilir. Bu durumda, bireysel yararlarının korunması hususunda kişilerin haklı beklentilerinin¹⁴⁶ oluşacağından bahsetmek söz konusu olabilecekse de, Danıştay, kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda haklı beklenti kavramının söz konusu olmayacağına karar vermektedir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ AYM, E. 1992/13, K.1992/50, KT.21.10.1992; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.29, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1994, s.176

¹⁴⁵ Örnek karar için bkz. D1D, E.2008/744, K.2008/834, KT.03.07.2008, www. Hukukturk .com; e.t.11.07.2018; D1D, E.2006/203, K.2006/719, KT.06.07.2006, emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t.11.07.2018.

¹⁴⁶ İdare Hukuku'nda haklı beklenti kavramı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. BOZ, Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

¹⁴⁷ "Gerek yargı kararları, gerek öğretilerdeki ortak tanımlamalara göre "haklı beklenti"; idarenin ister bir taahhüt, isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir. Yeni düzenlemenin hukuki

Yine; Danıştay'ın idari sözleşmelerin konusunun sürekli bir kamu hizmetinin gördürülmesi olduğu yönündeki yerleşik içtihadı göz önüne alındığında; sadece sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişinin değil, sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinden yararlanan herkesin tek tek bireysel yararlarının söz konusu olacağı açıktır.

Bu sebeplerle; idare idari sözleşmelerde kamu yararını gerçekleştirirken, bireysel yararları da gözetmek zorundadır. Bunun yolu ise; kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasından geçmektedir. Kamu gücünün sınırlanmasına ilişkin aşağıdaki açıklamalar, kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanması açısından da geçerlidir.

Söz konusu sınırlanma, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olup, Danıştay kararlarında bu husus istikrarlı şekilde tekrar edilmektedir¹⁴⁸.

Her ne kadar kamu hizmeti sunmak ya da kişi hürriyetlerini belirleyerek koruma altına almak¹⁴⁹, modern devlette devletin kamu gücünü kullanmasının tek sebebi olarak kabul ediliyor olsa da, egemenlik yetkisini kullanan devletin, bu yetkisini sadece bu amaçlara uygun kullanacağına ilişkin inaniş, ulaşılması sadece umulabilecek bir idealdir. Bu sebeple, modern devlette de, kamu gücünün sınırlanmasına yönelik tedbirlerin alınması zorunludur.

istikrarı bozmaması, hakların kullanılmasını zorlaştırmayacak ya da doğmuş olan haklarının hiçe sayılması anlamına gelecek şekilde tasarlanmaması gerekmektedir.

Haklı beklentinin korunması, idarenin takdir yetkisini kullandığı alanlarda söz konusu olduğundan, kamu yararının ağır bastığı bu gibi durumlarda haklı beklentiden söz edilemeyeceği ve idarenin eşitlik ve adalet ilkesine aykırı uygulamalarının yönetilenler açısından haklı beklenti yaratmayacağı da tartışmasızdır”; D15D, E.2016/925 , K. 2016/3945, KT.31.05.2016 ; www.hukukturk.com;e.t.10.08.2017.

¹⁴⁸ “... kamu görevlilerine kamu gücünü kullanmak yetkisi kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla tanınmış bulunduğuna göre anılan yetkinin olumlu yada olumsuz biçimde kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlerin idari yargı yerlerince özellikle sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin kaçınılmaz sonucudur...”;D5D, E.1997/1422, K.1997/2952, KT.10.12.1997; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁴⁹ Jéze, modern devlette, devletin tek amacının kişi hürriyetlerini belirleyerek, koruma altına almak olduğunu belirtmiştir; JEZE, Gaston, “*Ferdî Hürriyetler*”, AÜHFD, (Çeviren: Mukbil ÖZYÖRÜK) C. 3, S. 1, 1946, s. 214.

Günümüzde, kamu gücünün egemen unsur tarafından ulus adına kullanılması ve bu kullanımın da hukukun çizdiği çerçevede gerçekleşebilmesi, kamu gücünü meşru bir güç haline getirmektedir¹⁵⁰. Zabunoğlu, kamu gücünün bir özelliği olarak kabul ettiği egemenlik kavramının ve sınırlanma kavramının uzlaştırılabilmesini bir “ön mesele” olarak görmekte ve bu hususta net bir sonuca varılması gerektiğini savunmaktadır¹⁵¹.

Egemenlik ve sınırlanma kavramlarının uzlaştırılabilmesi hususundaki tartışmalar, genel kamu hukukunun önemli bir konusunu oluşturmaktadır¹⁵². Bu doğrultuda, kimi düşünürler¹⁵³ devletin sahip olduğu kamu gücünün sınırsız bir güç olduğunu, zira bu gücün ulusal iradeye dayandığını savunurken; kimi düşünürler¹⁵⁴ devletin tek amacının kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasından ibaret olduğunu ve bu amacından sapan devlete karşı bireylerin itaat yükümlülüğünün de ortadan kalkacağını savunmuş olsalar da¹⁵⁵, temel alınan bu fikirlerin dahi, artık kamu gücünün sınırsız olmadığı noktasında birleşmiş oldukları, doktrinde ifade edilmiştir¹⁵⁶. Kaldı ki; tüm İlk Çağ ve Orta Çağ düşünürleri dahi kamu gücünün sınırlanamayacak bir güç olduğunu savunmamışlardır¹⁵⁷.

Ayrıca; günümüz modern devletinin kuruluşu, “denge” ilkesine dayanmaktadır¹⁵⁸. Bu denge, kamu gücü ile kamu yararı ya da bireysel yararlar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıyla mümkün olabilecektir.

¹⁵⁰ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 17-18; Ulus egemenliği kavramına karşı çıkan Duguit; demokratik doktrinin ulus egemenliği doktrini olarak anlaşıldığını ifade etmiş ve bu anlayışı eleştirmiştir; DUGUIT (Kamu...), s. 63-64.

¹⁵¹ ZABUNOĞLU, s. 2, 5.

¹⁵² OKANDAN, s. 5-6.

¹⁵³ Bu yöndeki görüşlerin temsilcisi Jean-Jacques Rousseau’ya göre; sosyal sözleşmeyle oluşan irade, “genel irade”dir; GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013, s. 154.

¹⁵⁴ Bu yöndeki görüşlerin temsilcisi John Locke’a göre; devletin bireylere müdahalesi, sadece cezalandırma amacıyla olabilir; GÖZLER (Anayasa Hukukunun...), s. 152-153.

¹⁵⁵ ZABUNOĞLU, s. 2, 5.

¹⁵⁶ OKANDAN, s. 6.

¹⁵⁷ ZABUNOĞLU, s. 31.

¹⁵⁸ Zabunoğlu’na göre; ““Denge” ilkesi, modern Devlet’in faaliyetlerinde, hattâ esas kuruluşunda etkisi görülen bir prensip niteliği kazanmıştır... Kamusal hizmetin sınırsız olmaması, Devlet’in

Kamu gücünün içkin sınırı, tek tek bireylerin ve tüm topluluğun refah ve saadetinin sağlanması olup, her devlet anlayışında devletten öncelikle beklenen, bu olmuştur¹⁵⁹.

Kamu gücünün içkin sınırından bahsedildiğinde; kamu yararı kavramının önemi ortaya çıkmaktadır. Zira; tek tek bireylerin ve tüm topluluğun refah ve saadeti sağlanabildiği takdirde, kamu yararının gerçekleşmediğinden bahsedilemeyecektir.

Kamu gücünün normatif sınırlarını; moral sınırlar ve hukuki sınırlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Modern devlette de, idare edenler, belli ahlak kurallarıyla sınırlanmakta ve hatta bazen idare edenlerin ahlaki sınırları, hukuki sınırlamanın ilerisinde bir olumlu dönüşüm sağlayabilmekte olsa da, bu ahlaki değerler bazen sınırsız bir güç kullanımı halini de kolaylıkla alabilir¹⁶⁰. Bu anlamda, hukuki sınırlamanın daha etkin bir sonuç sağlayacağı söylenebilir. Hukuki sınırlama, ilk olarak anayasal kurallarla sınırlamadır¹⁶¹. Modern devlette, anayasalar aynı zamanda, hukuk devleti ilkesinin gereklerine de metinlerinde yer vermektedir ve bu ilkeler arasında, çalışma konusu açısından özellikle önemli olan idarenin kanuniliği ilkesi ve idarenin yargısal denetiminin sağlanması ilkeleri de yer almaktadır¹⁶². Hukuki sınırlamanın diğer şekli, kanuni sınırlama olsa da, gerek anayasal sınırlamanın, gerek kanuni sınırlamanın teknik yönden zayıflıkları, bu sınırların hayata geçirilebilmesini zorlaştırmaktadır¹⁶³. Kamu gücünün hukuki sınırları arasında zikredilen seçimlerin ve çift meclis sisteminin de, seçim sistemindeki ve anayasa tekniğindeki yetersizlikler sebebiyle, kamu gücünü sınırlayıcı etkisi pratikte gözlenmemektedir¹⁶⁴. Hukuki sınırlamanın diğer şekli, yargı denetimi olup, bundan anlaşılması gereken

ancak kamusal hizmetin gerektirdiği kadar kudrete sahip olması, bu alanda “Denge” ilkesinin yarattığı bir zorunluluktur. Modern Devlet’in esas kuruluşunda da “Denge” ilkesinin etkisi, açıkça görülebilmektedir.”; ZABUNOĞLU, s. 178.

¹⁵⁹ ZABUNOĞLU, s. 180-181.

¹⁶⁰ ZABUNOĞLU, s. 196-197.

¹⁶¹ “Modern Devlet’te, anayasa Devlet kudretini organize eden, onun muhtevasını tâyin eden, bu kudretin kullanılma şartlarını ve şekillerini belli eden ana hukukî metin niteliğindedir”; ZABUNOĞLU, s. 198.

¹⁶² ZABUNOĞLU, s. 200.

¹⁶³ ZABUNOĞLU, s. 203-204.

¹⁶⁴ ZABUNOĞLU, s. 206, 207-208.

yürütme organının kontrolü ve yasama organının denetlenmesidir. Bunlardan yürütme organının kontrolünün gerçekleşebilmesi ve bu denetimin etkinliğinin sağlanması, idarenin eylem ve işlemlerinin mümkün olduğunca idari yargının denetimine tabi tutulması, idarenin kanuniliği ilkesinin gerçekleşmesine oldukça önemli katkı sağlayacaktır^{165 166}.

Sonuç olarak; modern devlette kamu gücü hukuk kuralları ile sınırlandırılmıştır ve bu sınırlandırmaya uyulup uyulmadığının denetimi yargı organı tarafından yapılmaktadır. Türkiye’de de Danıştay, kamu gücü kavramını bu yönde tanımlamaktadır.

Danıştay, hukuk devletini, kamu gücünün hukuk kuralları ile sınırlandırılması olarak tanımlamış¹⁶⁷; kamu gücünün ancak hukuki düzenlemelerin çizdiği sınırdan ve hukuka uygun kullanımının meşru sayılabileceğine hükmetmiş¹⁶⁸; kamu gücünü kullanan idarenin Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi gereğince sınırsız, ölçsüz ve keyfi davranmaması gerektiğini ifade etmiş¹⁶⁹; hukuk devletinin kamu gücüne karşı bireyleri koruyucu etkisini vurgulamış¹⁷⁰; idarenin kamu yararını gerçekleştirmek üzere sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımı sırasında bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi gerektiğini belirtmiş¹⁷¹ ve

¹⁶⁵ ZABUNOĞLU, s. 208-209.

¹⁶⁶ Ayrıca; Zabunoğlu’na göre; günümüzde kamu gücünü asıl sınırlandıran, plural gruplardır: *“Menfaat gruplarının, baskı gruplarının, daha genel bir terimle, bazı özel çeşitleri istisna edilirse, plural grupların modern Devlet’te siyasal kudret sahipleri üzerindeki etkileri fevkalâde yoğun ve ehemmiyetli bir seviyeye ulaşmıştır. Bugün söz konusu olan, Devlet kudretinin plural gruplar tarafından sınırlandırılması değil, belki, idare edilen azınlığın, bu grupların sevk ve kontrolüne bağlı bulunmaları keyfiyetidir.”*; ZABUNOĞLU, s. 221.

¹⁶⁷ D13D, E.2007/1724, K.2010/1168, KT.10.02.2010; www.hukukturk.com; e.t.10.08.2017.

¹⁶⁸ D7D, E.2001/2357, K.2005/402, KT.16.03.2005; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁶⁹ D2D, E.2009/183, K.2009/3413, KT.07.10.2009; D12D, E.2008/7485, K.2010/4338, KT. 21.09.2010; D2D, E.2016/309, K.2016/997, KT.02.03.2016; D2D, E.2016/359, K. 2016/2723, KT.31.05.2016; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁷⁰ İDDK, E.2005/2988, K.2007/555, KT.19.04.2007; İDDK, E.2009/901, K.2010/903, KT. 29.04.2010; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁷¹ *“...İdareye tanınan bu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi gereklidir. Bu bakımdan idare hukukunda kamu gücü kullanımı sonucu doğacak zararların idare tarafından giderilmesi ilkesi benimsenmiştir...”*; D6D, E.2013/1230, K.2016/643, KT.16.02.2016; (Yayımlanmamıştır)

kamu gücü ayrıcalıklarına karşı kişilerin sahip olduğu tek güvencenin, idarenin etkin bir şekilde yargılanması olduğu hususunu vurgulamıştır¹⁷².

Danıştay, idari sözleşmelerle ilgili vermiş olduğu kararlarında da, idarenin sözleşmenin uygulanması sırasında başvurduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırları olduğunu belirtmiştir. İdari hizmet sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin iptaline ilişkin Danıştay içtihadı birleştirme kararı¹⁷³, bu tespiti örnek olarak verilebilecek niteliktedir. Böylelikle, pozitif hukukta kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasına ilişkin hükümler bulunmadığı durumlarda dahi, Danıştay sözleşmenin diğer tarafının yararını koruma altına alabilecek kararlara imza atarak, idari sözleşmelerin uygulanması ve sona erdirilmesinde idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanması yönünde önemli adımlar atmıştır.

Erkut; kamu gücünün her türlü tasarrufunda, kendisini öncelikle hukukla bağlı olarak kabul etmesi gerektiğini ve yargı organının da kamu gücünün aksi yöndeki tutumlarını ortadan kaldırabilecek güce erişmeleri gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁴.

Yazarın belirttiği kamu gücü tasarruflarının, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanılarak yapılan idarenin tüm eylem, işlem ve sözleşmelerini kapsadığı kuşkusuzdur.

Böylelikle, idari sözleşmelerde de, idarenin yararlanacağı kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlarının öncelikle hukuk kuralları ile belirlenmesi, ardından yargı organının, söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının kamu yararı ve bireysel yararlar arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetlemesi, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi adına bir zorunluluktur.

¹⁷² İDDK, E.2006/871, K.2006/759, KT.23.06.2006 (KARŞI OY); D5D, E.2006/2586, K. 2006 / 5740, KT.28.11.2006; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁷³ DİBGK, E. 1964/674, K.1964/344, KT.04.07.1964, RGT.05.05.1965, RGS.11990, <http://www.resmigazete.gov.tr>; e.t. 26.10.2017.

¹⁷⁴ ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 18.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞME NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜT OLARAK KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

İdari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde ölçüt olarak kamu gücü ayrıcalıklarının rolü; kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmemiş olan sözleşmeler açısından söz konusu olduğundan ve böyle bir durumda sözleşmeden doğan uyumsuzluğun hangi yargı kolunda çözümleneceğinin belirlenmesi için yargı organı tarafından öncelikle idarenin sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesi gerekeceğinden; bu bölümde çoğunlukla Türk yargı organının idari sözleşmeleri nitelerken dikkate aldığı esaslar doğrultusunda inceleme yapılacaktır.

I. İDARENİN SÖZLEŞMENİN KURULMASI AŞAMASINDA KULLANDIĞI KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ETKİSİ

İdarenin tüm faaliyet alanlarında sahip olduğu kamu gücünü kullanma yetkisi, sözleşme ilişkisine girdiği durumlarda da doğal olarak devam etmekte ve idare kamu gücü ayrıcalıklarını, sözleşmenin kurulması aşamasında tek taraflı idari işlemleri ile kullanabilmektedir.

İdarenin sözleşmenin kurulması aşamasında başvurduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğine etki edip etmediğinin belirlenmesi oldukça zordur. İlk bakışta, sözleşmenin kurulması aşamasında idare tarafından kullanılan ayrıcalıklı yetkilerin sözleşmeye idari nitelik kazandıracığı düşünülebilecek olsa da, yargı organının sözleşmenin kurulması aşamasında kullanılan kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğine etki ettiğini belirten kararları oldukça az sayıdaki eski tarihli kararlarından ibarettir.

Oysa; sözleşmenin karşı tarafının seçilmesi işlemi ile sözleşmenin konusunu ve kapsamını belirlemeye yönelik tek taraflı idari işlemler, kamu yararının gerçekleşmesi için kullanılan en önemli kamu gücü ayrıcalıklarıdır. Zira; kamu hizmetinin hangi özel hukuk kişisi tarafından ve hangi şartlarda yürütüleceğine ya da

hangi özel hukuk kişinin kamu görevlisi olarak hizmet vereceğine, kamu görevlisi olarak sözleşme imzalanan kişinin seçiminde adil davranılıp davranılmadığına ilişkin tek taraflı idari işlemler; sözleşmenin niteliğine de etki etme potansiyeli olan, esaslı unsurları arasında yer almaktadır.

Bu açıklananlar, hem sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisi, hem de sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler açısından önem taşımaktadır. Örneğin; sözleşme koşullarının idarece tek taraflı olarak belirlenmesine yönelik idari işlemler, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisi ile idare arasında eşitsizlik yaratmaktayken; sözleşmenin karşı tarafının seçilmesine ilişkin idari işlem daha çok sözleşmenin uygulanmasından etkilenecek olan üçüncü kişiler açısından önemli olmaktadır.

İdari sözleşme söz konusu olduğunda, tarafların eşit olmayacağı ve idarenin özel hukuk sözleşmesi söz konusu ise tarafların eşit olacağı düşüncesi, bu iki tür sözleşme arasındaki ayrımın temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple; tarafların sözleşme ilişkisine başlarken eşit koşullarda olup olmamaları, sözleşmenin tümüne etki edecek diğer önemli unsurdur.

Sözleşmenin kurulması aşamasında idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları, sözleşmenin karşı tarafının ve sözleşme koşullarının belirlenmesinde söz konusu olmakta ve fakat bu kamu gücü ayrıcalıkları, yargı organı tarafından idari sözleşme niteliğinin tespitinde çoğunlukla ölçüt olarak kullanılmamaktadır.

A.SÖZLEŞMENİN KARŞI TARAFINI BELİRLERKEN BAŞVURULAN YÖNTEMLERİN ETKİSİ

İdare, yapacağı sözleşmenin karşı tarafını belirlerken ister ihale yöntemine ya da başka bir usule tabi olsun, ister serbest şekilde sözleşmenin karşı tarafını belirlesin; sözleşmenin karşı tarafının idare tarafından seçilmesi bir kamu gücü ayrıcalığıdır ve her iki durumda da, sözleşmenin karşı tarafının ya da üçüncü kişilerin, idare tarafından kullanılan kamu gücü ayrıcalığı karşısında korunması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, idare özel hukuk sözleşmesi de yapsa, idari sözleşme de yapsa, sözleşmenin karşı tarafını seçerken kamu gücünü kullanarak hareket edecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin karşı tarafının seçilmesinde idarenin haiz

olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğini belirleyebilecek bir ölçüt değeri olmadığı söylenebilecek olsa da, bu tespitin mutlak doğruluk değeri taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. İhale Yöntemi

Sözleşmenin karşı tarafının ihale yöntemine başvurularak seçilmiş olup olmaması, idarenin sözleşmesinin niteliği belirlenirken dayanan esaslardan biri olup; Türk hukukunda çoğunluk görüşü ve içtihat¹⁷⁵, sözleşmenin karşı tarafının ihale yöntemi ile belirlenmiş olduğu durumlarda, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiği yönündedir.

Başka bir anlatımla; çoğunluk görüşüne göre, ihale yönteminin, idari sözleşme niteliği açısından negatif bir etkisi bulunmaktadır.

Bu görüş; 2490 sayılı Kanun¹⁷⁶ hükümlerinin yürürlükte olduğu dönem dahil olmak üzere, 2886 sayılı Kanun¹⁷⁷ ve 4734 sayılı Kanun¹⁷⁸ açısından da baskın bir görüştür.

2490 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun hükümlerinde belirtilen ihale usulleri uygulanarak yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi hususunda açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak sözleşmelerle ilgili olarak ise, bu sözleşmelerin kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildikleri değerlendirmesini yapmak, 4735 sayılı Kanun¹⁷⁹ hükümleri¹⁸⁰ doğrultusunda mümkün hale gelmiştir. Ayrıca; günümüzde yürürlükte

¹⁷⁵ Örnek için bkz. BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, 1968/1970, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 187; GÜNDAY, s. 195; D10D, E.2001/5105, K.2003/358, KT.05.02.2003, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

¹⁷⁶ Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, RGT. 10.06.1934, RGS. 2723.

¹⁷⁷ Devlet İhale Kanunu, RGT. 10.09.1983, RGS.18161.

¹⁷⁸ Kamu İhale Kanunu, RGT. 22.01.2002, RGS.24648.

¹⁷⁹ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, RGT. 22.01.2002, RGS.24648.

¹⁸⁰ 4735 sayılı Kanun-md. 2: “Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar.”; md.4: “ 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 yorum ve

bulunan ihale kanunları 2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun olmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanını önemli ölçüde daraltmıştır¹⁸¹. Bu sebeple; ihale-özel hukuk sözleşmesi arasındaki pozitif ilişki ya da ihale-idari sözleşme arasındaki negatif ilişki günümüzde daha etkili şekilde devam etmektedir.

Bununla birlikte; 2490 sayılı Kanun hükümlerinin geçerli olduğu dönemden bu yana, aksi yönde görüş ve içtihatlarla rastlanmakta olduğundan; ihale yönteminin idari sözleşme niteliğine etkisini bu görüşlerle ve içtihatlarla birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

Onar, idarenin, tüm sözleşmelerinde 2490 sayılı Kanun hükümlerine göre ihale usulüne başvurarak, sözleşmenin karşı tarafını belirlemesi gerektiğini ve ihale usulünün sadece idarenin özel hukuk sözleşmelerine özgü bir yöntem olmadığını belirtmiş; bu genel kurala istisna teşkil eden idari sözleşmelerin sadece imtiyaz sözleşmesi ve emanet usulü dahilindeki satın alma ve istisna sözleşmelerinden ibaret bulunduğunu belirtmiştir¹⁸².

Yine; idarenin sözleşme yaparken kural olarak ihale yöntemine başvurması gerektiği, sözleşmenin niteliğinin ise ancak şartnamada yer alan kurallar ve sözleşmenin konusu gibi ölçütlere başvurularak değerlendirilebileceği¹⁸³, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmelerin de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulacağı¹⁸⁴ ve 2886 sayılı Kanun'daki usul izlenerek

uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”; Her ne kadar, bu hükümlerde açık bir “özel hukuk sözleşmesi” nitelmesi yapılmış olmasa da, sözleşmenin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip oldukları açıkça belirtilmiş olduğundan, 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale usulü uygulanarak akdedilen sözleşmelerin kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiğini söylemek mümkündür.

¹⁸¹ 4734 sayılı Kanun-md.68: “a) Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz. b) Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz.”

¹⁸² ONAR (C.I), s. 1601-1602.

¹⁸³ KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:75, İzmir 1997, s. 110.

¹⁸⁴ KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 315.

akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağı yönündeki değerlendirmenin yanlış olduğu zira, sözleşmenin niteliğini, sözleşmenin akdedilmesi sırasında izlenen usulün değil, sözleşmenin konusu ve buna bağlı olarak sözleşmenin içeriğinin belirleyebileceği¹⁸⁵, hem 2886 sayılı, hem 4734 sayılı Kanun hükümlerinde belirlenen ihale yöntemlerinin, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu kadar, idari sözleşmelerde de uygulanabileceği ve salt ihale yöntemine başvurmuş olmanın, idarenin sözleşmesinin niteliğini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmek için yeterli olmadığı¹⁸⁶ şeklinde aksi yönde görüşler de bulunmaktadır.

Danıştay 13. Dairesi de, 16.05.2014 tarihli kararlarında benzer yönde hüküm kurmuştur. Buna göre; kamu ihalesinin ardından akdedilen sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması ve bu kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleri ile görülebilmesine açıkça izin veren bir kanun hükmünün bulunmaması gerekmektedir¹⁸⁷. Bu karara göre; eğer sözleşmenin niteliği kanunla belirlenmemişse ve sözleşmenin konusu kamu hizmeti niteliği taşımaktaysa, salt ihale usulüne başvurulmuş olması, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesine yetmeyecek ve böylece ihale yönteminin idari sözleşme niteliği üzerindeki doğrudan negatif etkisi ortadan kalkmış olacaktır.

Danıştay'ın 4735 sayılı Kanun hükümlerindeki nitelemeyi göz ardı ettiği kararları, bu noktada daha çok dikkat çekmektedir. Örneğin; Danıştay 13. Dairesi'nin 18.11.2015 tarihli kararına konu uyumsuzluk; 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmış olan hizmet alımı ihalesinin ve bu ihaleye dayanarak yapılan sözleşmelerin iptali¹⁸⁸ amacıyla açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi, uyumsuzluğun sözleşmenin iptalini

¹⁸⁵ TAN, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 1995, s. 297.

¹⁸⁶ GÖZLER (C.II), s. 103-104

¹⁸⁷ “..bir kamu ihalesi sonucunda ihaleyi kazanan özel kişi ile idare arasında imzalanan sözleşmenin özel hukuk değil, kamu hukuku rejimine tabi olması ancak bu sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması ve o kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile de yürütülmesine açıkça izin veren bir kanun hükmünün bulunmaması hâlinde söz konusudur...”; D13D, E.2011/3392, K.2014/1943, KT. 16.05.2014; D13D,E.2011/4233, K. 2014 /1944, KT. 16.05.2014;D13D, E.2011/4558, K.2014/1945, KT. 16.05.2014. (Yayımlanmamıştır).

¹⁸⁸ 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan hizmet alım ihalesi sonucu, sözleşmelerin de imzalanmış olduğu, kararda Danıştay Savcısı'nın açıklamalarından anlaşılmaktadır: “Dava konusu olayda, ...Ameliyathaneden Sorumlu Baştabip Yardımcısı tarafından 17 kalemden oluşan toplam 7.250 adet ameliyat hizmetine ihtiyaç bulunduğundan bir lüzum müzekkeresi ile belirlendiği, bu

içeren kısmı hakkında görevsizlik kararı vermeksizin, davayı esastan karara bağlamıştır. Bu karar, buraya kadar yapılan açıklamalara oldukça ters düşen bir karardır. Zira; hem uyumsuzluk konusu sözleşmenin imzalanmasından önce ihale yöntemi uygulanmış, hem de bu sözleşmeler 4735 sayılı Kanun hükümleriyle özel hukuk sözleşmesi sayılmıştır. Buna rağmen kararda, sözleşmenin niteliği hiçbir şekilde tartışılmamış ve dava esastan karara bağlanmıştır¹⁸⁹. Danıştay bu kararı ile, 4734 sayılı Kanun hükümlerinde belirlenen ihale yöntemi sonucu imzalanan sözleşmenin idari bir sözleşme olduğunu kabul ettiğini, düşündürmüştür.

4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan sözleşmelerle ilgili olarak verilmiş olan bu karar göz önüne alındığında; 2886 sayılı Kanun'da ya da başka mevzuat hükümlerinde belirlenmiş ihale yöntemleriyle sözleşmenin karşı tarafının belirlendiği durumlarda; salt ihale yöntemine başvurulmuş olmasının, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabulünü sağlamaması gerekmektedir. Aksine, ihale yöntemi, birçok kamu gücü ayrıcalığını içinde barındıran idari bir usul olduğu için, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitliği önemli ölçüde ortadan kaldırmakta ve sözleşmenin idari niteliğini kuvvetlendirmektedir. Buna rağmen, bu kısmın başında belirtilmiş olduğu gibi, salt ihale yöntemine başvurmuş olmak sözleşmenin niteliğini belirleme noktasında yetersizdir.

Aksi yöndeki görüşler ve içtihatlar incelendiği takdirde de, idarenin idari sözleşmelerde de ihale yöntemine başvurabileceği, hatta başvurması gerektiğinin belirtilmesiyle yetinilmiş olduğu ve salt ihale yöntemine başvurulmuş olmasının

hizmet için 4734 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca açık ihale usulüyle ihale yapılmasının 08.12.2005 günlü onayla kabul edildiği, ihale şartnamelerinin ve ilgili cetvellerinin hazırlanarak 25.01.2006 tarihinde yapılacağı ilan edildiği bunun üzerine davacı tarafından bakılan davanın açıldığı, ihalenin katılan tek firma üzerinde kaldığı, komisyon kararının ihale yetkilisince onaylanarak sözleşmenin imzalandığı anlaşılmaktadır. Sağlık hizmetleri içinde, ameliyat hizmetlerinin kesintiye uğramaması gereken önem arzeden hizmetlerden olduğu gözönünde tutulduğunda, ...Devlet Hastanesi Baştabipliğince 06.02.2006 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan "Ameliyathane Hizmet Alımı" ihalesi ile bu ihaleye ilişkin Tip İdari Şartname, Teknik Şartname, Birim Fiyat Hizmet Alımı Tip Sözleşmesi, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ve ihale sonucunda imzalanan sözleşmelerde hukuka aykırılık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir"; D13D, E. 2010/4476, K.2015/3948, KT. 18.11.2015; emsal. danistay. uyap . gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

¹⁸⁹ "...dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamıştır...Açıklanan nedenlerle; davanın reddine"; D13D, E. 2010/4476, K.2015/3948, KT. 18.11.2015; emsal. danistay. uyap . gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

sözleşmenin idari nitelikte sayılmasını gerektireceği yönünde bir görüş ya da içtihat bulunmadığı görülmektedir.

Bu sebeplerle; halen yürürlükte olan 2886 sayılı Kanun kapsamında kalmaya devam eden konularla ilgili olarak akdedilecek sözleşmelerin, salt ihale yöntemine başvurulmuş olması sebebiyle, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerekir¹⁹⁰. Zira; 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan sözleşmelerin aksine, 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağı yönünde bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple, idarenin, 2886 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir konuda ve bu kanunda öngörülen ihale yöntemine başvurularak yapmış olduğu sözleşmenin salt bu sebeple özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmemesi ve sözleşme hükümlerine ve sözleşmeye uygulanacak hukuki rejime göre sözleşmede taraflar arasındaki eşitlik bozuluyorsa, söz konusu sözleşmenin idari sözleşme sayılması gerektiğini söylemek mümkündür. Bu düşünce doğrultusunda; ihale yöntemine başvurmuş olmanın, idari sözleşme niteliği üzerindeki negatif etkisi de ortadan kalkmış olacaktır.

2. İdarenin Serbestçe Karşı Tarafı Seçmesi

Türk hukukunda, idarenin idari sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafını belirlerken kural olarak serbest olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Bu görüş, kamu hizmeti imtiyaz rejiminin etkisi altında ortaya çıkan bir görüş olup, dayanağı, Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmesinde imtiyazcı tarafın seçiminde geçerli olan ve idarenin imtiyazcı tarafın seçiminde serbest olduğunu kabul eden “*intuitu personae*” ilkesidir¹⁹¹.

¹⁹⁰ Bu husustaki açıklamalar için bkz. s. 64-66.

¹⁹¹ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 65.; KARAHANOGULLARI (Kamu Hizmeti...), s. 340, dipnot. 396; Bu ilkenin Türk idare hukukunda uygulama alanı bulmasına ilişkin bir eleştiri için bkz. ÇAL, Sedat, “ “*Intuitu Personae*” veya *İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3, s. 49-115.

Türk idare hukuku doktrinde, idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk kişisi tarafını oluşturan imtiyazcının seçiminde serbest olduğu ve bu hususta çok geniş bir takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹².

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, uzun süreli kamu hizmetlerinin kurulup işletilmesine yönelik sözleşmeler olması, Fransız ve Türk hukukunda; imtiyazcının seçiminde ihale yöntemine değil, imtiyazcının kişiliğine, güvenilirliğine ve imtiyaz konusu hizmeti yürütüp yürütemeyeceğine ilişkin değerlendirmeler yapıp, müzakere yoluna başvurularak seçilmesi esasının benimsenmesine sebep olmuştur¹⁹³.

Yine, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak 1326 tarihli Kanun da dahil olmak üzere herhangi bir ihale usulü, Türk pozitif hukukunda yer almamakta¹⁹⁴, imtiyaz yöntemini düzenleyen kanun hükümlerinde, sadece imtiyaz vermeye yetkili idari birimler sayılmaktadır¹⁹⁵. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin yeni görünüm şekilleri olan idari sözleşmeleri düzenleyen mevzuat hükümlerinde de, sadece sözleşmenin karşı tarafını seçmeye yetkili idari makamlar belirtilmiş ve fakat ihale usulüne yer verilmemiştir¹⁹⁶.

¹⁹² GÖZLER (C. II), s.428; SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, GÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007, s. 1088.

¹⁹³ SEZGİNER (İmtiyaz Sözleşmelerinde...), s. 1088-1093.

¹⁹⁴ Bununla birlikte; idarenin bu hususta sınırsız bir seçim hakkına sahip olmadığı da açıktır. İdarenin, sözleşmenin karşı tarafını belirlerken mutlaka kamu yararına bir tavır sergilemesi zorunludur; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1319; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 66.

¹⁹⁵ Bkz. 1326 tarihli Kanun-md. 1(Devlet adına yürütme organı); 5393 sayılı Kanun- md.18/j (Belediye adına belediye meclisi); 5302 sayılı Kanun- md.10/i (İl özel idaresi adına il genel meclisi).

¹⁹⁶ 3096 sayılı Kanun-md. 3 (Görev verme hususunda Cumhurbaşkanı); 3996 sayılı Kanun-md. 4 (Yetkilendirme hususunda Yüksek Planlama Kurulu); Bu hususta sadece, 01.07.2006 tarihli Kanun değişikliğinden önce Danıştay tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmiş olan yap-işlet sözleşmelerinde sözleşmeci tarafın seçimi ile ilgili olarak ihale usulü kanunda belirtilmiştir; 4283 sayılı Kanun md. 3: “...TEAŞ, üretim şirketini seçme hususunda işin özelliğini belirten şartname hazırlayarak kapalı teklif veya belli istekliler arasında kapalı teklif veya pazarlık usullerinden işin gereğine uygun olanını uygular...”. Ayrıca; kanunen özel hukuk sözleşmesi sayılmış olmakla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine oldukça benzer nitelik taşıyan ve idari sözleşme niteliği baskın olan kamu-özel işbirliği sözleşmelerini düzenleyen 6428 sayılı Kanun, sözleşmeci tarafın seçimi hususunda ayrı bir ihale usulü benimsemiş ve 4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun hükümlerinin bu sözleşmelerde uygulanmayacağını açıkça hüküm altına almıştır; Bkz. 6428 sayılı Kanun-md. 3 ve md. 11.

Böylelikle; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde ve bu sözleşmelere benzeyen diğer idari sözleşmelerde, özel hukuk kişisi, genellikle geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde seçilebilmektedir. Bu hususta alınan kararların kamu gücü kullanılmak suretiyle yerine getirilen idari işlemler oldukları kuşkusuzdur. Söz konusu idari işlemler ise, sözleşmenin en önemli unsuru olan sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafını belirleme niteliğinde olduklarından, idari sözleşmenin uygulanmasının tüm aşamalarına etki edecek niteliktedir.

Sözleşmenin karşı tarafını seçerken idarenin sahip olduğu kabul edilen geniş takdir yetkisi¹⁹⁷, aynı zamanda önemli bir kamu gücü ayrıcalığı olarak somutlaşmakta ve bu seçim sözleşmenin özel hukuk kişisi açısından, sözleşmeyi idari sözleşme olmaktan uzaklaştırırken; sözleşme konusu hizmetten yararlananlar açısından, sözleşmenin idari niteliğini kuvvetlendirmektedir. Zira; ilk durumda, özel hukuk kişinin idare tarafından seçilmek için, ihale usulünde olduğu gibi, diğer özel hukuk kişileriyle rekabete girme zorunluluğu bulunmamakta ve bu suretle oluşan sözleşme ilişkisinde sözleşme özgürlüğünün, sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğünü¹⁹⁸ kapsayan kısmı tam olarak gerçekleşmiş olmaktadır. İkinci durumda ise; idareye tanınmış olan geniş takdir yetkisinin daha üstün bir kamu gücü ayrıcalığı olması sebebiyle, sözleşme konusu hizmetten yararlanacak üçüncü kişiler açısından sözleşmenin idari niteliği kuvvetlenmektedir.

¹⁹⁷ Söz konusu seçim de son tahlilde idari işlemlerle gerçekleşmekte ve bu idari işlemler de idari yargının denetimine tabi olmaktadır; “...Öte yandan, yasa koyucunun, hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu idareye, hizmeti gördüreceği kişileri seçerken söz konusu kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle, mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön plana alarak tercih hakkını kullanması konusunda Bakanlar Kurulunu görevlendirerek takdir yetkisi tanınmasındaki kamu yararı açık olup; Bakanlar Kurulunca, anılan yasanın 3 ve 5. maddelerine göre tesis edilecek işlemlerin ise, hukuka uygunluğu açısından Anayasanın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi bulunduğu ve kamu malları üzerindeki bu tür tasarruflarda açıklık ve rekabetin sağlanıp sağlanmadığı gibi hususların da bu denetim alımı içinde olduğu kuşkusuzdur”; D10D, E.1998/6779, K.2002/4534, KT.28.11.2002. (Yayımlanmamıştır).

¹⁹⁸ Bu hususta bkz. s. 138-139.

İdari sözleşme olduğu hususunda şüphe bulunmayan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından kabul edilen bu ilke ile ilgili olarak, esas sorun bu ilkenin diğer idari sözleşmeleri de kapsayacak şekilde kabul ediliyor olmasıdır¹⁹⁹.

İdari sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafının seçimi ile ilgili olarak pozitif hukukta yeterli düzenlemelerin bulunmaması, idari sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz rejimi doğrultusunda değerlendirmeye tabi tutma eğiliminde olan yargı organı ve doktrin açısından, idari sözleşmelerde de karşı tarafın seçiminde idarenin serbestliği ilkesinin benimsenmesine yol açmış gözükmektedir.

Yukarıda açıklanmış olduğu gibi, ihale usulüne başvurularak yapılan sözleşmeler, doktrin ve yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekte²⁰⁰ ve idari sözleşmelerle ilgili olarak genel bir usul yasası bulunmamaktadır. Bazen mevzuatta bu hususta hükümler yer almakta, bazense hiçbir kurala yer verilmemektedir. Ancak; bu durum, idarenin idari sözleşmeleri akdederken hiçbir kuralla bağlı olmadığı sonucuna ulaştırmamalıdır²⁰¹.

İdarenin hangi tür sözleşme yaparsa yapsın, bir takım usul kurallarına uymak zorunda olduğu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.09.1999 tarihli kararında da

¹⁹⁹ GÜNDAY, s. 196; Buz, idarenin bir ihtiyacının temini için ihale yöntemine başvurup başvurmayacağı hususunda serbest olduğunu ve fakat bu ihtiyacını özel hukuk sözleşmesi yapmak suretiyle karşılamak yönünde irade gösterirse, bu durumda ihale yöntemine başvurmak zorunda olduğunu ve bu zorunluluğun kamu ihale mevzuatından kaynaklandığını (BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 128.) belirtmiştir. Yazarın görüşünde belirtmiş olduğu değerlendirme doğrultusunda; idarenin bir ihtiyacının temini için ihale yöntemine başvurmayı seçmediği durumda yaptığı sözleşme idari bir sözleşme olabilecektir. Yazar, idarenin ihtiyacının temini amacıyla yapacağı sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasını istiyorsa ihale yöntemine başvurmasının zorunlu olduğunu belirtmiş olsa da; bu görüşün sadece 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak sözleşmeler açısından doğru olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

²⁰⁰ Bununla birlikte; kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiş olan tüm sözleşmeler ihale sürecine tabi tutulmamış, hatta bazılarında açıkça 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar'da yer alan ihale usullerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Örneğin; yap-işlet-devret modeli çerçevesinde imzalanacak olan sözleşmelerle ilgili olarak 3996 sayılı Kanun'da, karşı tarafın seçiminde 2886 ve 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiş ve bu kanunda belli başlı bir ihale yöntemine de yer verilmemiştir. Bkz. 3996 sayılı Kanun md.12 ve md.14; Yap-işlet-devret yönteminde, sözleşmenin karşı tarafının seçilmesinde söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiş olması, bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine benzeyen bir başka yönünü daha ortaya koymaktadır.

²⁰¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 517.

belirtmiştir²⁰². Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararı, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden ve 2886 sayılı Kanun'un kapsamının daralmasından önce verilmiş olsa da, idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçerken mutlaka belli usul kurallarına uyması gerektiğini ve 2886 sayılı Kanun'un da genel nitelikli bir kanun olduğunu vurgulaması açısından önemlidir.

Henüz 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmemiş olduğu tarihte yapmış olduğu çalışmada Kutlu, 2886 sayılı Kanun hükümlerinin genel nitelikli kabul edilmesi gerektiğini, bu genel nitelikteki kuralların ise mutlaka açık yasal düzenlemeyle getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, istisnai durumlar dışında, idare ister idari sözleşme, ister özel hukuk sözleşmesi yapsın idarenin sözleşmenin karşı tarafını, rekabet kurallarına uygun olarak, tarafsızlık ve aleniyet ilkeleri doğrultusunda seçmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. İmtiyaz sözleşmelerinde²⁰³, idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçerken sahip olduğu serbesti ise, sözleşmeye konu olan kamu hizmetinin nitelikleri ile ilgilidir ve bu serbesti istisnai niteliktedir²⁰⁴.

4734 sayılı Kanun hükümlerine rağmen, 2886 sayılı Kanun genel nitelikli bir kanun olmaya devam etmekte midir? Bu soruya, 2886 sayılı Kanun'un genel nitelikli bir kanun olam niteliğini korumakta olduğu şeklinde cevap vermek mümkündür. Zira; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş olan birçok mal ve hizmet alımı ile yapım sözleşmesi bulunmaktadır ve bu hükümlerde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmemiş; 2886 sayılı Kanun hükümlerinde ise, herhangi bir istisna hükmüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla; 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilen alanlardaki mal ve hizmet alımları ile yapım sözleşmeleri açısından ve

²⁰² “Ancak idare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorunda olup, bu kurallar 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda gösterilmiştir...”; UYM, E.1999/8, K.1999/17, KT.21.06.1999, RGT.21.09.1999, RGS.23823; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017.

²⁰³ Yazar, Türkiye’de ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören görüş doğrultusunda imtiyaz sözleşmelerinde idarenin, imtiyazcının seçimi hususunda daha geniş bir serbestiye sahip olmasının istisnai nitelikte olduğunu belirtmiş olsa da; idarenin imtiyaz sözleşmelerinde de karşı tarafı seçerken ihale yöntemine başvurması gerektiği görüşündedir; KUTLU, s. 170, dipnot.1.

²⁰⁴ KUTLU, s. 45, 48, 49, 50.

2886 sayılı Kanun kapsamında kalmaya devam eden sözleşme konuları²⁰⁵ açısından, sözleşmenin karşı tarafının seçilmesinde, 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanabilir nitelik taşımaktadır²⁰⁶.

Sonuç olarak; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de dahil olmak üzere, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin idari sözleşmelerde, idare sözleşmenin karşı tarafını seçerken, eğer mevzuatta başka bir usul öngörülmemişse, 2886 sayılı Kanun kapsamına giren konularda-bu konular her ne kadar sınırlı da olsa- mutlaka bu kanun hükümlerine göre hareket etmelidir.

Kaldı ki; Avrupa Birliği düzeyindeki gelişmeler doğrultusunda, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi amacını taşıyan tüm sözleşmelerin ortak yarışma ve rekabet kurallarına bağlanması yönündeki çabaların, idarenin imtiyazcı tarafı seçerken haiz olduğu kabul edilen geniş takdir yetkisini önemli ölçüde zayıflatmış olduğu da, doktrinde dile getirilmiştir²⁰⁷.

Genel kabul gören görüş doğrultusunda, idarenin idari sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafını seçerken serbest olduğunu ve ihale yöntemine başvuru durumunda ise sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul etmek aslında önemli bir çelişkiyi ortaya koymaktadır. Zira; idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki en önemli fark, sözleşmenin tarafları arasında eşitlik olup olmaması ise; genel kabul gören görüş doğrultusunda, idare ve özel hukuk kişisi idari sözleşme imzalamadan önce tamamen serbest iradeleriyle birbirlerini seçmekteyken, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmeleri imzalamadan önce iki tarafın da serbest iradesinden, dolayısıyla taraflar arasında eşitlikten bahsetmek mümkün olmamaktadır.

²⁰⁵ Gözler, 2886 ve 4734 sayılı Kanun hükümlerinin birlikte yorumu ile, 2886 sayılı Kanun kapsamına giren iş ve işlemleri şu şekilde belirtmektedir: Genel bütçeye dahil dairelerle özel bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin mal ve hizmet satımları, idare tarafından kiraya verme işlemi, mülkiyetten gayri aynı hak tesisi ve trampa; GÖZLER (C.II), s. 111.

²⁰⁶ 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabileceği yapım sözleşmeleri hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. s. 110-114.

²⁰⁷ TAN (İdari Sözleşme...), s. 301.

İçtihatlar ve doktrinadaki görüşler doğrultusunda, ihale yönteminin idari sözleşme niteliği üzerindeki negatif etkisinin dolaylı yorumu ile, idarenin sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçmesinin idari sözleşme niteliği üzerinde pozitif bir etkisi bulunduğunu söylemek mümkün hale gelmektedir.

Bununla birlikte; tekrar etmek gerekir ki; idare ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme yapsın ve ister ihale usulüne başvursun, ister serbestçe sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafını belirlesin; bu belirleme işlemi kamu gücüne dayanarak yapılan bir idari işlemdir ve bu sebeple, salt bu belirleme işlemlerinin sözleşmenin niteliği üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır.

3. Sınav Yöntemi

İdarenin taraf olduğu hizmet sözleşmelerinde, karşı tarafın seçimi, idarenin personel rejimi ile ilgili olduğundan; bu seçimde idari hizmet sözleşmeli personel ile iş sözleşmeli personel arasında çok fazla bir fark bulunmamakta, personelin statüsü kanunla belirlenmektedir. Bu seçimlerin çoğunda, merkezi sınavlardan belli bir sınırın üstünde puan alma şartı olduğu ve kurumların ayrıca sözlü ya da yazılı sınav uygulayabilecekleri ya da kura yöntemine başvurabilecekleri görülmektedir²⁰⁸.

İdari hizmet sözleşmelerinde de sözleşmenin karşı tarafı, genellikle merkezi sistemle yapılan yarışma sınavları ya da her idari birimin kendi bünyesinde yaptığı yazılı ya da sözlü yarışma sınavları sonucu seçilmektedir. Merkezi sınav yöntemi

208

ÖR: Kamu Kurumlarına İşçi Alınması Hakkında Yönetmelik (RGT.09.08.2009, RGS.27314)-md. 10/1: “Kamu kurum ve kuruluşlarının ortaöğretim ve daha yüksek eğitim düzeyindeki işçi talepleri KPSS puanıyla; ilköğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar ise noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenir.”; md.17/1: “Kamu kurum ve kuruluşları işe yerleştirilecek kişileri, Kurum tarafından gönderilen listelerdeki adaylar arasında yapacağı sınav ile belirler. Sınav; yazılı veya sözlü yöntemlerinden biri veya ikisi kullanılarak, meslekî bilgi ve becerilere ilişkin konulardan yapılır.”; Sözleşmeli Öğretmen İstihdamına İlişkin Yönetmelik (RGT.03.08.2016, RGS. 29790), md.1: “Bu Yönetmeliğin amacı, öncelikle kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde olmak üzere Millî Eğitim Bakanlığının boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdamına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir”; md.12/1: “KPSS sonucunda her alan için oluşan puan sıralamasına göre en yüksek puan alandan başlamak üzere, alanlar için belirlenen kontenjan sayısının üç katı aday sözlü sınava çağrılır. Son sıradaki adayla aynı puana sahip olan adaylar da sözlü sınava çağrılır”.

objektif bir yöntem olsa da, sözlü sınavda idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu doğrultuda; idarenin, sözlü sınav yöntemine başvurduğu durumlarda sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesinde kamu gücü ayrıcalığı önemli şekilde kendisini göstermekteyse de, bu durum idarenin hizmet sözleşmelerinden hangilerinin idari sözleşme hangilerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olduğunu belirleme noktasında yetersiz bir ölçüt olmaktadır.

B. SÖZLEŞME KOŞULLARININ BELİRLENMESİNDE KULLANILAN YÖNTEMLERİN ETKİSİ

Sözleşme koşullarının belirlenmesi hususunda idarenin kamu gücüne dayanan yetkileri; kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan idari sözleşmeler açısından şartnameler ve tarifeler, idari hizmet sözleşmeleri açısından ise tip sözleşmeler olarak somutlaşmaktadır. Bununla birlikte; bu kamu gücü ayrıcalıklarına idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de rastlanabileceğinden, söz konusu ayrıcalıklı yetkilerin sözleşmenin niteliğine etkisi tartışmaya açık hale gelmektedir.

1. Şartname

İdari sözleşmelerin eki niteliğindeki ve içerdikleri hükümlere göre genel ya da özel şartname, idari ya da teknik şartname olarak adlandırılabilir olan yazılı metinler²⁰⁹ şeklinde tanımlanan şartnameleri, Onar, idari sözleşmelerin karakteristik özellikleri arasında saymıştır. Bu şartnamelerin ortak özelliği, idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanması, tek taraflı olarak değiştirilebilmesi ve özel hukuk kişinin de ancak söz konusu şartnameler doğrultusunda sözleşmenin şartlarının belirleneceğini baştan kabul etmiş olmasıdır²¹⁰.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.03.1946 tarihli kararında, sözleşmenin idari niteliğini belirlerken, sözleşmenin içeriğinde idareye otorite tanınmış olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiş ve sözleşmede özel hukuku aşan şartlara

²⁰⁹ ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, 1990, s. 42.

²¹⁰ ONAR (C.III), s. 1595-1596.

örnek olarak sözleşmenin genel bir şartname içeriyor olmasını da göstermiştir²¹¹. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararında, sözleşmeye ekli şartnamenin, idari sözleşme niteliğini belirleyen ölçütlerden biri olduğunu kabul etmiştir.

Danıştay da, eski tarihli kararlarında, şartnameleri idari sözleşme niteliğini belirleyen ölçütlerden biri olarak kabul etmiştir²¹².

Bilgen, Danıştay'ın idari sözleşmelerin bir ölçütü olarak kabul ettiği şartnameleri, kamu gücü ayrıcalıkları ölçütünün bir başka anlatımı olarak kabul etmekte ve bu ölçütün mutlak bir değer taşımadığını ve bir değer olarak kabul edilebilmesinin tek sebebinin şartnamede de kamu gücü ayrıcalıklarının yer alıyor olması olduğunu kabul etmektedir²¹³.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin eski tarihli kararlarında, şartnamelere, idari sözleşme niteliğini belirleyen bir ölçüt değeri tanınmış olması, günümüzde değerini yitirmiştir. Danıştay 8. Dairesi, 09.12.2016 tarihli kararının²¹⁴ gerekçesinde de açıkladığı üzere, salt sözleşme ekinde şartname bulunmasını değil, sözleşme ve şartname hükümlerinde sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin oluşunu ve idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olmasını, sözleşmenin idari niteliğini

²¹¹ "...ve genel şartnamelere dayanmak gibi âdi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması..."; UYM, E.1946/5, K.1946/1, KT.24.01.1946, RGT.12.03.1946, RGS.6254; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017.

²¹² "...Mukavelenin âme hükümlerine istinat ettiğini tebyin edecek husus ta (mukaveleye umumî bir şartname ilhak edilmesi..."; (Danıştay Dâva Daireleri Umumî Heyetinin 24.9.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı. Kararlar Dergisi, sayı 14, sahife 52)."; ONAR (C.III), s. 1601-1602; Bu hususta ayrıca bkz. ; BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 93.

²¹³ BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 96; Fransız hukukunda, idari sözleşmelerde idarenin üstün yetkilerinin, şartname hükümlerinden anlaşılacak olması kabul edilmiş ("Bu üstünlüğün ne şekilde tezahür ettiğini, Fransız Devlet Şûrasının içtihatları açıkça ortaya koymaktadır. Şöyle ki, bir kere İdare, mukavelenin genel şartlarını tespit eden bir şartname kısmını (cahier des charges = vecibeler defteri) hazırlayarak, bunu mukavelenin muhtevasına ithal eder. Bu şartnamede İdarenin haiz olduğu üstün yetkiler (tek taraflı müeyyide uygulanması, ihtarda bulunulması, direktif verilmesi v.s.) derpiş edilir"; AZRAK, (İdari Mukavele...), s.525-526.) ve böylelikle, sözleşme ekindeki şartnameye dolaylı bir niteleme değeri tanınmıştır.

²¹⁴ "...Yukarıda yer verilen açıklamalar da dikkate alınarak taraflar arasında imzalanan sözleşme ve eki şartname incelendiğinde; sözleşmenin konusunun, kamu malı olan ve kamu hizmetine sunulu kavşak ve refüjlerin özel kullanımına ilişkin olduğu, ve sözleşmede tek taraflı fesih, denetim gibi idareye üstün yetkiler tanıyan kurallar yer aldığı görüldüğünden sözleşmenin "idari sözleşme" olduğu açıktır..."; D8D, E. 2011/7974, K. 2016/10478, KT. 09.12.2016, (Yayımlanmamıştır).

belirleyen bir ölçüt olarak kabul ederek, Bilgen'in yukarıda açıklanan görüşü doğrultusunda bir tavır sergilemiştir.

Duran, sözleşme ekinde bir şartname bulunmasının, sözleşmenin idari niteliğini belirleyen bir ölçüt olarak kabul edilmesinden vazgeçilmesinin, yargı organının iltizam, istikraz ve idari hizmet sözleşmesi türlerini kabul etmesiyle birlikte olduğunu savunmaktadır²¹⁵.

Gerçekten, idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanan şartnameler, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de bulunabilmektedir^{216 217}.

İdari sözleşmelerin eki niteliğindeki şartnamelere, sadece idari sözleşmelerde değil idarenin özel hukuk sözleşmelerinde ve hatta tamamen özel hukuk kişileri arasında akdedilen özel hukuk sözleşmelerinde de sıklıkla rastlanmakta olsa da, idari sözleşme söz konusu olduğunda şartnamenin bulunması bir zorunluluktur²¹⁸.

Sözleşme ekinde bulunan ve idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanmış olan şartnameler, sözleşmenin kapsamını belirleme noktasında, önemli bir kamu gücü ayrıcalığı olarak somutlaşmaktadır. İdarenin bu kamu gücü ayrıcalığından yararlanmasının sebebi, sözleşme konusu kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesidir. Bu sebeple; idari sözleşmelerin eki niteliğindeki şartnameler, idari sözleşmelerin ayrılmaz bir parçasını oluşturmakta olsalar da, sözleşmenin idari niteliğini tek başına belirleyen bir ölçüt olmaktan uzaktırlar. Bununla birlikte;

²¹⁵ DURAN, Lûtfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 430.

²¹⁶ Hatta özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmiş olan bir çok sözleşmenin dayanağını oluşturan mevzuat hükmünde, şartnameye ilişkin hükümler öngörülmüştür. Bkz.5738 sayılı Kanun md.12; 6428 sayılı Kanun md.1/g; 4734 sayılı Kanun md.12.

²¹⁷ "...dava konusu uyuşmazlığın davalı idarenin kamusal yetkisine dayanarak tek taraflı, ayrıcalıklı üstün hak ve yetkilerini kullanmaksızın tarafların serbest iradesine dayalı koşullarda Türk Eczacılar Birliği ile imzaladığı protokol hükümlerine aykırı şekilde ilaç bedelinin ödeme zamanıyla ilgili "özel şartname" düzenlemesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır..."; D6D E. 1998/6220, K. 1999/6364, KT. 09.12.1999, (Yayımlanmamıştır).

²¹⁸ Danıştay 10. Dairesi, idari sözleşme olarak kabul ettiği işletme hakkı devri sözleşmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararını, devri sözleşmelerine ilişkin ayrı ayrı şartname hazırlanmamış olması sebebiyle iptal etmiştir: "...görev bölgelerinin her biri için işletme ve tesis yatırımı ihtiyacı belirlenerek ayrı ayrı şartname hazırlanmamasının işletme hakkı devri için Yasada öngörülen amaca ve anılan Yönetmelikle getirilen kurallara aykırı olduğu anlaşılmaktadır..."; D10D, E.1998/6779, K.2002/4534, KT.28.11.2002, (Yayımlanmamıştır).

idarenin kanunen niteliği belirlenmemiş olan sözleşmelerinde, sözleşme ekinde şartname bulunmasının sözleşmeye idari nitelik kazandırabilecek önemli bir kamu gücü ayrıcalığı olduğunun göz ardı edilmemesi ve sözleşmenin ekinde şartname bulunuyorsa, sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak ilk adımın idari sözleşme olduğu yönünde, ikinci adımın ise şartname hükümlerinin kamu gücü ayrıcalıklarına yer verip vermediğinin araştırılması yönünde atılması gerekmektedir. Böylelikle, idarenin sözleşmesine ekli şartnamede kamu gücü ayrıcalıkları yer alıyorsa, söz konusu şartname idari sözleşme niteliğini belirleyen önemli bir ölçüt olacakken; şartname hükümlerinde kamu gücü ayrıcalıkları yer almıyorsa, sözleşmenin idari nitelikte olmadığı yönünde geri adım atılması gerekecektir.

2. Tarife

Tarifeler, idarenin kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan sözleşmelerinde, hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedeli belirleyen önemli bir kamu gücü ayrıcalığı olup²¹⁹; ilk olarak, yine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tanımında yer almıştır²²⁰.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, özel hukuk kişinin hizmetten yararlanacak olanlardan alacağı bedelin tespiti, şartnamede öngörülmüş olan tarifeye göre belirlenmektedir. Böylelikle, özel hukuk kişisi açısından kâr elde etmeye yönelik bir faaliyet olan sözleşme konusuna ilişkin bedelin tespitinin idare tarafından yapılıyor olması, önemli bir kamu gücü ayrıcalığıdır. İdare bu ayrıcalığı, kuşkusuz hizmetten yararlananlar ve özel hukuk kişisi arasında adil bir denge kurmak amacıyla kullanmakla yükümlüdür.

²¹⁹ Tarifeler, idari sözleşmelerden sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ait bir unsur olmakla birlikte; kanunen özel hukuk sözleşmesi sayılsa da esasen imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan yap-işlet-devret sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümlerinde (3996 sayılı Kanun md.8) tarifelere ilişkin hüküm bulunmaktadır ve kamu özel işbirliği modeli çerçevesinde imzalanacak sözleşmelerde de, hizmetten yararlanacak olanlardan alınacak olan ücretin idare ve yüklenici tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. (6428 sayılı Kanun md1/2-k.)

²²⁰ “...hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek sureti ile bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere “âmme hizmeti imtiyaz mukaveleleri” denir.”; Şûrayı Devlet Deâvi Daireleri Genel Heyeti'nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı; OSTEN, 37-41.

Bununla birlikte; Türk hukukunda²²¹ özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen abonman sözleşmelerinde de, sözleşme konusu kamu hizmetinin sunulmasında, hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel tarifeler ile belirlenmektedir.

Danıştay, bu durumun abonman sözleşmelerini idari sözleşme olarak görmeye yetmeyeceğine ve abonman sözleşmelerindeki tarifelerin, ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda idari yargının denetimine tabi olduğuna karar vermiştir²²².

Anayasa Mahkemesi de, abonman sözleşmelerinde yer alan tarifeler uyarınca yapılan ödemenin kamu gücüne dayanmadığına karar vermiştir: “*Ödemenin hukuksal dayanağı, kamu gücüne değil, tarife ve iki taraf arasında yapılan abonman sözleşmesine dayanmaktadır.*”²²³. Anayasa Mahkemesi, bu kararında açıkça “*kamu gücü*” ve “*tarife*” kavramlarını karşıt kavramlar olarak kullanmıştır.

Oysa; hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedele ilişkin hükümler ihtiva eden tarifeler, üçüncü kişilerden alınacak bedelin tespitini içerdiklerinden, önemli bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Bu ayrıcalık, sözleşmenin idari niteliğini ortaya koyan önemli bir ölçüt olarak gözüke de, idarenin kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak belirlemiş olduğu sözleşmelerde de tarifelere yer veriyor olması gerçeği karşısında, sözleşme konusu hizmetin ücretlendirilmesine ilişkin tarifenin, tek başına sözleşmenin idari niteliğini ortaya koyan bir ölçüt olamayacağı açıktır.

3. İdari Hizmet Sözleşmelerinde: “Tip Sözleşme Uygulaması”

İdari hizmet sözleşmeleri, idare tarafından önceden kapsamı belirlenmiş olan tip sözleşmeler şeklinde yapılmakta ve aslında bu haliyle, idarenin kamu hizmetinin

²²¹ Örnek karar için bkz. s. 87, dipnot 254’de belirtilen kararlar; örnek görüş için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 453; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2010, s. 165-166.

²²² “...idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yönetmelik ile buna dayanan tarife kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerinde -idare mahkemeleri; abonman sözleşmesine dayanan bir alacak- borç ilişkisi kapsamındaki katı atık toplama bedelinin tahsiline ilişkin davaların ise adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği...”; D14D, E.2016/9800, K.2016/6709, KT.24.11.2016; D14D, E.2014/4386, K.2017/861, KT.16.02.2017; D14D, E.2015/785, K.2017/544, KT.06.02.2017. (Yayımlanmamıştır).

²²³ AYM, E. 1990/18, K.1991/4, KT.14.02.1991; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.27, C.1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara 1993, s.148-149.

yürütülmesini konu alan sözleşmelerindeki şartnamelerle benzer bir hukuki nitelik taşımaktadır.

Bununla birlikte; idarenin işçi statüsünde çalıştırdığı personeli ile imzaladığı sözleşmelerin de çoğunlukla tip sözleşmeler şeklinde olması karşısında, tip sözleşme uygulamasının, idarenin hizmet sözleşmesinin niteliği belirlenirken başvurulabilecek temel bir ölçüt olamayacağını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda Uler, şunları söylemiştir: *“idare ile personel arasındaki ilişkinin idarî iş sözleşmesi olarak nitelenmesinin görünür ilk ve önemli faydası bütün ihtilâflarını Danıştay önüne getirebilmek”*²²⁴ olsa da; *“Hukukumuzda Devletin memur sayılmayan personeli arasında hizmete girerken akit serbestisine sahip olduğu düşünülebilecek olanlar pek istisnaidir. Normal olarak, sözleşmelerinin iki yanlılığı sözde kalan, çok halde ortada şekli bir sözleşmenin de mevcut olmadığı bu personelin hizmete alınışlarının tek taraflı atama işleminden farkı ancak farazî olabilir”*²²⁵ ve *“İdarenin personeli ile ilgili işlemleri idarî işlemlerdir. İptal dâvası yolu ile denetlenmelidirler.”*²²⁶.

Yargı kararlarında ise; idarenin hizmet sözleşmesinin niteliği belirlenirken *“tip sözleşme uygulaması”* na, sözleşmenin idari niteliğini öne çıkaran bir değer verildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, KİT personeli ile imzalanan hizmet sözleşmesinin niteliğini belirlerken, her ne kadar KİT’lerin kamu kurumu niteliğine atıf yapmış olsa da, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını da, ayırt edici bir ölçüt olarak ön plana çıkarmış ve bu değerlendirmesinde, idare ile personel arasında imzalanacak olan sözleşmenin tip sözleşme şeklinde olması hususunu vurgulamıştır²²⁷.

Danıştay da, idari hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki farkı ortaya koymaya çalışırken, idari hizmet sözleşmesinin öne çıkan özelliğinin, esas ve

²²⁴ ULER, Yıldırım, *“Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler”*, AÜHFD, C.22, S. 1, 1966, s. 233.

²²⁵ ULER, s. 235-236; Benzer yönde görüş için bkz. ÖZAY, s. 511.

²²⁶ ULER, s. 237.

²²⁷ AYM, E. 1988/5, K.1988/55, KT.22.12.1988; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.24, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara 1989, s.499, 505.

koşullarının idare tarafından tek yanlı olarak belirlenmesi olduğunu vurgulamış²²⁸ ve hizmet sözleşmesinin niteliğini belirlerken, sözleşmenin tip sözleşme olması hususunu da ölçütlerden biri olarak kullanmıştır²²⁹.

Bu durumda, idarenin hizmet sözleşmeleri açısından, idare tarafından hazırlanarak özel hukuk kişinin imzasına sunulmuş olan tip sözleşmelerin, yargı organı tarafından idari sözleşme niteliğini belirleyen önemli bir ölçüt olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Bu başlıkla ilgili olarak noktayı koymadan önce söylenmesi gereken; sözleşmenin kurulması aşamasında idare tarafından kullanılan kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin hem özel hukuk sözleşmelerinde hem de idari sözleşmelerinde söz konusu olabileceğinden, bu ayrıcalıkların, sözleşmenin idari niteliğini tek başına belirlemeye yetmeyecek olmalarıdır. Bununla birlikte; idarenin, kanunen özel hukuk sözleşmesi sayılmamış olan sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulması aşamasında kullanmış olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmeye idari nitelik kazandırma potansiyeli oldukça yüksek belirtiler olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira; idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçerken ya da sözleşme koşullarını belirlerken başvurduğu kamu gücü ayrıcalıkları sonucu, sözleşmenin karşı tarafı ile arasındaki eşitlik tamamen bozulmakta; sözleşmenin karşı tarafının seçimine ve sözleşme koşullarının belirlenmesine ilişkin idari işlemler, sözleşmenin tarafı olmayan ve hizmetten yararlanan üçüncü kişileri de yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple; yargı organının idari sözleşme niteliğini tespit ederken, idarenin sözleşmenin kurulmasından önce kullanmış olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğine etkisini daha çok tartışması gerekmektedir. Ancak; Türk yargı içtihatlarında, idarenin sözleşmesinin niteliği, genel olarak aşağıdaki başlıkta incelenecek olan ölçütler tarafından belirlenmektedir.

²²⁸ D5D, E. 1994/1950, K.1994/4387, KT.06.10.1994; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2018.

²²⁹ D11D, E. 2006/9345, K.2007/6043, KT.15.06.2007; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2018.

II. İDARENİN SÖZLEŞMENİN UYGULANMASI AŞAMASINDA HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ETKİSİ

İdarenin sözleşmenin uygulanması aşamasında haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının, sözleşmenin niteliğine etkisini belirleyebilmek için, yargı organının idari sözleşme niteliğini belirlerken başvurduğu diğer ölçütlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, hem kamu gücü ayrıcalıkları ölçütünün, diğer iki ölçütü de kapsayıp kapsamadığının böylece öne çıkan ölçüt olup olmayacağıının, hem de diğer iki ölçütün, günümüzde geldikleri konum karşısında, işlevlerini yitirmiş olup olmadıkları açısından yapılmalıdır.

Bu açıklamanın ardından belirtmelidir ki; idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde yargı organının başvurduğu üç temel ölçüt bulunmaktadır: Sözleşmenin taraflarından biri idare olmalıdır, sözleşmenin konusu kamu hizmetine ilişkin olmalıdır ve sözleşme ilişkisinde idare kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmalıdır.

Bu üç ölçüte, idari sözleşmelere ilişkin ilk yargı kararlarından itibaren, idarenin sözleşmesinin niteliği belirlenirken başvurulmuştur. Bu hususta; idari sözleşmelerle ilgili olarak verilmiş olan ilk karar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine ilişkin olduğu için, genel olarak içtihatlarda aranan ölçütlerin bu karardaki tanım²³⁰ çerçevesinde

²³⁰ Türk hukukunda idari sözleşmelerle ilgili olarak verilmiş olan ilk yargı kararı, Şûrayı Devlet Deâvi Daireleri Genel Heyeti'nin 26.02.1935 tarihli kararıdır ve bu kararda, İstanbul Tramvay Şirketi ile idare arasında imzalanmış olan sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin bir türü olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bu kararda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılarak, temel özellikleri açıklanmıştır: *“Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden âri olarak bir amme hizmetinin masrafi kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek sureti ile bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere “âmmе hizmeti imtiyaz mukaveleleri” denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müşrak mükellefiyetler tarh etmek itibarile idarî mukaveleler mecmuasına dahil olmakla beraber bunlar, âkitlerini âmmе hizmetini yürütmek ve muntazam bir şekilde işletmek gayesini temin için âmmе kudreti haklarile de techiz ettiklerinden diğer idarî mukavelelerden bir fark arzederler.”*; OSTEN, s. 37-41; Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı ve temel özellikleri, Danıştay'ın günümüzdeki içtihatlarında da aynı şekilde yer almaktadır; D1D, E. 1996/17, K. 1996 /185 , KT. 24.09.1996; İDDK, E.1996/79, K. 1996/83, KT. 03.10.1996; D13D, E. 2014/35, K. 2017 / 691, KT.17.03.2017; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.07.12.2017.

şekillenmiş olduğunu söylemek çok yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden sonra içtihatlarla en çok konu olmuş olan idari hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak verilen yargı kararları incelendiğinde; idari sözleşme niteliği ile ilgili olarak farklı bir içtihat olduğu gözlemlenmiştir ve idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak verilmiş olan yargı kararlarında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olanların aksine, sadece idari hizmet sözleşmesinin değil, genel olarak idari sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Yargı kararlarında, genel olarak idari sözleşmelere ilişkin ölçütler incelendiğinde ise, bu ölçütlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ölçütleri ile büyük ölçüde benzer nitelikte olduğu gözlemlenmiştir. Başka bir ifade ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin içtihatlar ile idari hizmet sözleşmeleri dışındaki idari sözleşmelere ilişkin içtihatlarda, yargı organı aynı içtihadı ortaya koymuştur. Bu sebeple; bu kısımda yer alan ölçütlerden, kamu hizmeti ve kamu gücü ayrıcalıkları ölçütlerini “idari hizmet sözleşmeleri” ve “diğer idari sözleşmeler” olarak iki ayrı başlık altında incelemek uygun bulunmaktadır.

Ölçütlerin tek tek incelemesine geçmeden önce, belirtmek istenen diğer husus, bu ölçütlere verilen değerlerin her koşulda aynı olmadığı ve idari sözleşme niteliğinin belirlenmesi aşamasında bazen tüm ölçütler birlikte aranırken, bazen ölçütlerden bir kısmına ağırlık verilmiş olduğudur²³¹. Bununla birlikte; idari sözleşmelerle ilgili olarak verilmiş olan ilk yargı kararlarından itibaren, idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde, idarenin sözleşmenin uygulanması aşamasında haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına doğrudan ya da dolaylı şekilde önem verilmiştir.

Ancak; günümüzde kamu hizmeti kavramının geldiği konum ve kamu gücünü kullanma yetkisini haiz özel hukuk tüzel kişilerinin sayısındaki artış²³² dikkate

²³¹ Yargı organının, idari sözleşme niteliği ile ilgili farklı değerlendirmelerini göz önünde bulunduran Odyakmaz, bu doğrultuda şunları söylemiştir: “Böyle olunca bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesinde ileri sürülen belli ölçütlerden ziyade kişisel yarar yanında kamu yararının zarar görmemesi ve korunması bakımından, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara ilişkin davaların idarî yargıya tabi tutulup tutulmaması problemi ortaya çıkar”; ODYAKMAZ, s. 148.

²³² ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C, 5, S. 1, 2014, s. 136.

alındığında, bu şartların hepsinin bir arada bulunma zorunluluğunun halen geçerli olup olmadığı ve bunlar arasında öne çıkan ölçütün hangisi olması gerektiği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

A.YARGI ORGANININ İDARİ SÖZLEŞME NİTELİĞİNİ BELİRLEMEDE BAŞVURDUĞU ÖLÇÜTLER

1.Sözleşmenin Taraflarından Birinin İdare Olması

Danıştay'ın idari sözleşmelerle ilgili yerleşik içtihadına göre, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için zorunlu olan şartlardan biri, sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasıdır²³³. Anayasa Mahkemesi'nin, idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine benzer nitelik taşıyan sözleşmeleri ile ilgili olan 09.12.1994 tarihli kararında, idari sözleşme niteliği için saymış olduğu gerekli unsurlar arasında da, bu şart bulunmaktadır²³⁴.

Danıştay'ın bu yerleşik içtihadı, genel olarak tüm idari sözleşmeleri açıklıyor gibi görünmekte olsa da, bu içtihadta zorunlu şart olarak belirtilen taraflarından birinin idare olması şartını, Danıştay idari hizmet sözleşmelerinin niteliğini değerlendirdiği kararlarında çok fazla belirtmemiştir²³⁵. Bununla birlikte; Danıştay'ın

²³³ “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için;... taraflardan birinin idare olması... zorunludur”;D10D, E.1994/3808, K.1994/3582, KT. 14.09.1994; D10D,E.1994/3809, K.1994/3583, KT. 14.09.1994; D10D, E.2002/4416, K.2005/7627, KT. 14.12.2005; D10D, E. 2002/4464, K. 2005/7398, KT. 28.11.2005; D10D,E.2003/1182, K.2005/7630, KT. 14. 12. 2005; D10D, E.2003/3028, K.2006/7397, KT. 25.12.2006; D10D, E.2006/827, K.2007/5180, KT. 19.11.2007; D10D, E.2006/3817, K.2008/7180, KT. 28.10.2008; D10D, E.2009/5813, K. 2012/5659, KT. 13.12.1999; (Yayımlanmamıştır); D14D, E.2015/793, K.2017/525, KT.06 . 02. 2017; emsal. danistay. uyap. gov.tr; e.t.12.12.2017

²³⁴ “...Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; ...gereklidir...”; AYM,E.1994/43, K.1994/42-2, KT.09.12.1994; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1996, s.300.

²³⁵ Danıştay 8. Dairesi'nin 15.01.1964 tarihli kararında (D8D, E. 1963/9879, K. 1964/121, KT. 15.01.1964, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 93-94) benimsenmiş olan idari sözleşme tanımının (“Kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler idari sözleşmelerdir”) idari hizmet sözleşmeleri açısından, günümüzde de, genellikle kullanılmaya devam edildiğini söylemek mümkün olup, bu kararda idari hizmet sözleşmesi niteliği için gerekli zorunlu şartlar sayılmamıştır.

idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak, aynı ölçütü kullandığı²³⁶ ya da benzer nitelikte değerlendirme yaptığı²³⁷ kararları bulunmakta olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi²³⁸ ve Uyuşmazlık Mahkemesi²³⁹ de, idari hizmet sözleşmeleri açısından, bu şartı kararlarında değerlendirmiştir.

Böylelikle; idari sözleşme niteliğinin tespitinde taraflardan birinin idare olması koşulu, tüm idari sözleşmeler açısından yargı organınca değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte; Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi, kararlarında genellikle, “kamu tüzel kişisi” koşuluna yer vermekte, Danıştay’ın da kamu tüzel kişiliğini, idari sözleşme niteliği açısından değerlendirmeye tabi tuttuğu kararları bulunmaktadır. Bu sebeple; öncelikle çözülmesi gereken sorun; bu ölçüt içinde kabul edilen “*idare*”nin kamu tüzel kişiliğine sahip olması gerekip gerekmediğine ilişkindir²⁴⁰.

İçtihatlarda; sözleşmenin taraflarından birinin idare olması gerekliliği açısından idari hizmet sözleşmeleri ile diğer idari sözleşmeler açısından bir fark bulunmamağaysa da; idari hizmet sözleşmelerine ilişkin yargı kararlarında,

²³⁶ “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birinin idare olması...zorunludur...”;D10D,E.2013/868,K.2014/6594,KT.13.11.2014;(Yayımlanmamıştır).

²³⁷ “...Bir sözleşmenin “idari sözleşme” niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı...sözleşmeler olması gerekmektedir...”; D8D, E. 1999/2852, K. 1999/7533, KT. 13.12.1999; www.hukukturk.com; e.t.12.12.2017.

²³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olan 22.12.1988 tarihli kararında, idari sözleşme niteliği ile ilgili olarak şu tespitler yapılmıştır: “...*taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması,...idari sözleşmelerin ana koşullarıdır...*”; AYM, E. 1988/5, K. 1988/55, KT.22.12.1988; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 24, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara 1989.

²³⁹ Vakıf üniversitesinde çalışan personelin sözleşmesi, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olması ile ilişkilendirilerek idari hizmet sözleşmesi olarak nitelenmiştir; UYM, E. 2012/273, K.2012/289, KT.24.12.2012; UYM, E. 2017/15, K.2017/203, KT.10.04.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

²⁴⁰ Zira; merkezi idare içinde yer alan idari birimlerin devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliği olmadığı gibi; merkezi idare içinde yer almamakla birlikte, kanunda açıkça kamu tüzel kişisi olduğu yazmayan idari birimlerin kamu tüzel kişisi olup olmadığı hususunda çok sayıda tartışma bulunmaktadır. Bilgen de, bu doğrultuda şunları söylemiştir: “*Görüldüğü gibi, taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması idari sözleşmelerin kriteri olarak kabul edildiği takdirde, bu bir çözüm olmamakta, tartışmayı bu alandan alarak bir başka alana taşıma sonucunu doğurmaktadır*”; BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 24.

sözleşmenin niteliği belirlenirken sözleşmenin tarafı olan idari birimin kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığı hususu daha çok tartışılmıştır.

Bu kararlar arasında, kuruluş kanununda açıkça kamu tüzel kişisi olduğu belirtilmiş olan idari birimler açısından bir sorun bulunmazken²⁴¹; tüzel kişiliğinin niteliği kanun metninden açıkça anlaşılamayan idari birimler açısından çelişkili kararlar ortaya çıkmış ve bu ikincilerde, kamu tüzel kişiliğinin varlığı ya da yokluğu, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulduğu için, idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları, nitelik değerlendirmesinde daha çok önem kazanmıştır.

Ayrıca; bu açıklamalar, kamu tüzel kişisi olmayan bir idari birimin sözleşme yapma ehliyeti bulunup bulunmadığı sorusunu gündeme getirmekte olsa da, Danıştay, özel hukuk tüzel kişilerinin ve devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmayan idari birimlerin yaptıkları bazı hizmet sözleşmelerinin de idari sözleşme niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, aksi yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır.

Danıştay 12. Dairesi'nin son yıllarda vermiş olduğu kararları, bu açıklananlara ışık tutar niteliktedir:

²⁴¹ Örneğin; Danıştay 11. Dairesi; 29.12.2015 tarihli kararında, Tarımsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu ile personeli arasında imzalanan sözleşmeyi nitelerken hem söz konusu kurumun kamu tüzel kişiliğine, hem de idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına vurgu yaparak, sözleşmenin idari nitelikte olduğuna karar vermiştir: 5648 sayılı Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Kuruluş" başlıklı 3. maddesinde, "Bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip, özel bütçeli, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tâbi ve Bakanlığın ilgili kuruluşu olmak üzere Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu kurulmuştur." Danıştay 11. Dairesi, sözleşmenin niteliğini belirlerken, mevzuat hükümlerini inceleyerek, bu mevzuattan doğan kamu gücü ayrıcalıklarını, dikkate almıştır:

"...Yukarıda metnine yer verilen mevzuat kurallarının birlikte incelenmesinden, davalı Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumunun; Kanunla verilen görevleri yerine getirmek amacıyla, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip, özel bütçeli, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tâbi ve Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak 5648 sayılı Yasa ile kurulan bir kamu kurumu olduğu ve kamu hizmeti gördüğü, anılan kurumda sözleşmeli uzman olarak görev yapan davacılar murisinin kamu görevlisi olduğu, davalı idare ile akdedilen hizmet sözleşmesinin de kamu gücü kullanan davalı idarenin; ilgili mevzuat hükümleri gereğince, re'sen ve tek taraflı olarak, idare hukuku ilkeleri içinde tesis ettiği idari nitelikte bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşıldığından..."; D11D, E.2015/5606, K.2015/6776, KT.29.12.2015, (Yayımlanmamıştır).

Danıştay 12. Dairesi'nin 14.10.2008 tarihli kararı, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın tüzel kişiliği ile ilgili tartışmalara ilişkin verilebilecek bir örnektir. Bu kararda; Danıştay, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın tüzel kişiliğine ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın bu vakıfta sözleşmeli olarak çalışan personelin sözleşmesinin feshedilmesi işlemini kamu gücü kullanılarak tesis edilen bir işlem olarak kabul etmiş, ayrıca sözleşmenin niteliğini de yine, bu vakıfların kamu kurumu niteliğinde olduğu ve personelinin kamu personeli sayılması gerektiğine vurgu yaparak, idari bir sözleşme olarak belirlemiştir²⁴². Bu kararda, Danıştay'ın sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemiş olduğu çok açıktır; zira, aksi yönde düşünseydi, sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak görerek, sözleşmenin feshi işlemini ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda yine idari yargının denetimine sokabilirdi. Ancak; Danıştay, söz konusu kararında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın kamu kurumu niteliğini ve mevzuattaki düzenlemeleri değerlendirmek suretiyle, özel hukuku aşan hukuki rejim ölçütünü kullanarak, uyuşmazlık konusu sözleşmenin idari nitelikte olduğunu ima etmiştir. Danıştay 12. Dairesi'nin bu kararının ardından Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.11.2013 tarihli kararı ile, söz konusu vakıfların, kuruluş kanunu olan 3924 sayılı Kanun'da bu vakıfların kamu tüzel kişisi olacağını belirtmemiş ve aynı kanunda Medeni Kanun hükümlerine tabi olacağını belirtmiş olmasını gerekçe göstererek, özel hukuk tüzel kişisi olduklarına ve yapacakları hizmet sözleşmelerinin de özel hukuka tabi iş sözleşmesi olduğuna karar vermiştir²⁴³. Ancak; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin

²⁴² “...3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca kurulan ve sözleşmeli personel çalıştırma yetkisi verilen Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kamu kurumu niteliğinde oldukları tartışmasızdır. Bu kurumların çalıştırdıkları personelin de kamu hizmeti yürüttükleri ve dolayısıyla kamu personeli oldukları açıktır. Dolayısıyla, sözleşmeli personelin diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu güvencelere sahip olmaları gerekli ve zorunludur. Nitekim davacı ile davalı idare arasında düzenlenen hizmet sözleşmesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen esaslara da yer verilmiştir.

Olayda, davalı idarece tesis edilen dava konusu işlem, kamu gücü kullanılarak tesis edildiğinden ve davacı da kamu görevlisi olarak değerlendirildiğinden uyuşmazlığın görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğu açıktır...”; D12D, E.2007/1854, K.2008/5150, KT.14.10.2008; (Yayımlanmamıştır).

²⁴³ “...3294 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösterecek vakıfların mütevelli heyetleri (çoğunlukla) belli kamu görevlilerinden oluşmasına rağmen, gerek 3294 sayılı Yasa'da, gerek 5263 sayılı Yasa ve gerekse 5263 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldıran 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de söz konusu vakıfların kamu tüzel kişiliği şeklinde kurulduğuna işaret eden özel bir düzenlemeye yer verilmeyip, söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması karşısında, vakıf çalışanlarının işe

kararının ardından verilmiş olan, Danıştay 12. Dairesi'nin 13.03.2014 tarihli kararı incelendiğinde, Danıştay 12. Dairesi'nin eski içtihadı doğrultusunda karar vermeye devam ettiği görülmektedir. Bu kararda, vakıfla hizmet sözleşmesi yapmak isteyen kişinin başvurusunun reddi işleminin, idari bir işlem olduğu değerlendirilmezken, aynı zamanda idari makamlar dışında işlem yapan kişilerin işlemlerinin idari işlem olup olmadığı değerlendirilirken işlevsel ölçütten yararlanılmasının zorunlu olduğunun da altı çizilmiştir²⁴⁴. Bu kararda, hizmet sözleşmesinin niteliği tartışma konusu yapılmamış ise de, Danıştay'ın, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aksine vakfın işlemlerinin kamu hukuku işlemleri sayılması gerekeceğine yaptığı vurgu önemlidir.

Danıştay 12. Dairesi İller Bankası personeli ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında ise, Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 tarihli ve E.2012/29, K.2012/155 sayılı kararını gerekçe göstererek, İller Bankası'nda sözleşmeli olarak çalışan personel ile İller Bankası arasında akdedilen hizmet sözleşmesinin idari hizmet sözleşmesi olmadığına ve uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesini de, İller Bankası A.Ş.'nin kamu tüzel kişisi değil, özel hukuk tüzel kişisi olduğuna ilişkin tespitler oluştursa da, kararın karşı oy gerekçesinde, karara dayanak teşkil eden Anayasa Mahkemesi kararında İller Bankası'nın özel hukuk tüzel kişisi olduğuna dair bir belirleme yapılmadığı ve İller Bankası'nın kamu tüzel kişisi olduğu hususuna vurgu yapılarak, İller Bankası ile akdedilmiş olan hizmet sözleşmesinin idari hizmet sözleşmesi olduğu ve uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁴⁵.

alınması ve bu kişiler ile akdedilen belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin tarafı olması bakımından kaymakamın, Yasadan kaynaklanan vakıf başkanlığı nedeniyle işveren sıfatını taşıdığı kuşkusuzdur...”; UYM, E.2013/1410, K.2013/1600, KT.11.11.2013; www . hukukturk .com; e.t.11.07.2018.

²⁴⁴ “...Bilindiği üzere, idari makamlar dışındaki organlar tarafından yapılan bazı işlemlerin idari işlemler olarak kabul edilmeleri, idare işlevinin yapısal anlamda idarenin dışında kalan organlarca da yürütülebilen bir faaliyet olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, bu faaliyetin yürütülmesini sağlayan işlemlerin gördükleri işlev açısından idari işlemler olarak nitelendirilmesinde işlevsel ölçütten yararlanılması zorunludur...”; D12D, E.2013/6822, K.2014/1612, KT.13.03.2014; www.hukukturk.com; e.t.11.07.2018.

²⁴⁵ “...Anılan karar ile İller Bankası'nın özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği olan, anonim şirket statüsünde kalkınma ve yatırım bankası olduğu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre örgütlendiği, personel rejiminin de bu esaslara uygun olduğu, bankanın hizmetinin

İdari Dava Daireleri Kurulu, 2016 yılında vermiş olduğu kararlarında Danıştay 12. Dairesi'nin aksine, İller Bankası'nın personeli ile imzalamış olduğu sözleşmenin idari sözleşme sayıldığını belirlerken hem bankanın haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına vurgu yapmış, hem de İller Bankası A.Ş.'nin kamu tüzel kişisi olduğunu belirtmiştir²⁴⁶.

Sonuç olarak; Türkiye'de yargı organı, sözleşmenin idariliğini belirlerken, sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasını, bu alanda verilmiş olan ilk

Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmayacağı, personelinin de bu maddeye göre memur ya da diğer kamu görevlileri kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararı göz önünde bulundurulduğunda, memur ya da diğer kamu görevlileri arasında sayılmayan İller Bankası çalışanları hakkında düzenlemeler getiren İller Bankası A.Ş. İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptaline ilişkin istemden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmaktadır...";D12D, E.2011/6553, K.2014/2226, KT.03.04.2014; D12D, E.2011/6554, K.2014/2228, KT.03.04.2014; Aynı gerekçelerle benzer yönde karar için bkz.; D12D, E.2012/7994, K.2014/1224, KT.27.02.2014, (Yayımlanmamıştır); Karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "...çoğunluk kararına gerekçe oluşturan Anayasa Mahkemesi kararında, İLBANK AŞ'nin "özel hukuk tüzel kişisi" olduğu hususunda bir belirlemeye yer verilmemiştir. Kararda, Anayasaya aykırılık itirazına konu olan 11. madde yönüyle yapılan inceleme sonucunda, İLBANK A.Ş. personelinin Anayasanın 128/1. maddesinde belirtilen anlamda "genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten memur yada diğer kamu görevlisi" statüsünde olmadığı saptaması yapılarak, 128/2 . maddede öngörülen, "memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi" zorunluluğunun İLBANK A.Ş. personeli açısından geçerli olmadığı ve 11. maddede bu hususta Yönetmelikle düzenleme öngörülmesinin Anayasaya aykırılık oluşturmadığı vurgulanmaktadır. Bu gerekçeden İLBANK A.Ş.'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu ve personel rejiminin özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğu, buna bağlı olarak personel hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da adli yargıda görülmesi gerektiği sonucunu çıkarmak olanaklı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi ile ilgili 30.03.2011 tarih ve E:2010/46, K:2011/60 sayılı kararında da, geçici personelin; Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında belirtilen memur ve diğer kamu görevlileri kavramı dışında kalan, sözleşme ile çalıştırılan, işçi de olmayan, kendine özgü istisnai bir istihdam türü olduğu yönünde benzer nitelendirme yapılmasına karşılık, 4/C statüsündeki personelin kamu görevlisi olduğundan hareketle bu statüden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklara idari yargıda bakılmasına devam edilmektedir".

²⁴⁶ "...Bu nedenle, örgütsel yapısı kamu ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla oluşturulan ve bu örgütsel yapının organları da yine ilgili kamu idarelerinde görevli kamu görevlileri tarafından oluşturulan Banka'nın sahip olduğu yukarıda belirtilen yetki ve ayrıcalıklar da dikkate alındığında, özel bir banka niteliğinde olmadığı, kamu tüzel kişiliği özelliği taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, kamu kurumu niteliğindeki İller Bankası ile kamu personeli niteliğindeki personeli arasında, idarenin tek taraflı olarak kullandığı kamu gücüne dayanarak tesis ettiği idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara karşı açılan davanın görüm ve çözümü görevi idari yargı yerine ait bulunmaktadır..."; İDDK, E.2015/763, K.2016/3122, KT. 24.11.2016; Benzer yönde karar için bkz; İDDK, E.2015/988, K.2016/3123, KT. 24.11.2016; İDDK, E.2015/994, K.2016/3124, KT. 24.11.2016; (Yayımlanmamıştır).

kararlardan, günümüzdeki kararlara kadar, çok net bir şekilde aramakta olsa da, kamu tüzel kişiliği hususundaki tartışmalar, doğal olarak sözleşmenin tarafı olan idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını da sorgulamayı gerektirdiğinden, bu şartın zorunlu bir şart olarak kabul edilmeye devam etmesinin, günümüzde gelinen noktada doğru bir yaklaşım olmadığını söylemek mümkündür.

Türk yargı organları, muhtemelen, bu şartı bir ölçüt olarak kullanmakla; Fransız uygulaması²⁴⁷ nın aksine özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmeler kamu hizmetine ilişkin olsalar ya da kendilerine sözleşme ilişkisinde kamu gücü ayrıcalığı tanınmış olsa da, bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmayacağını vurgulamak istemiştir. Ancak yine de; vurgunun bu şekilde yapılmış olması yanlışlığa sebep olabilecek niteliktedir.

Doktrinde de, idarenin taraf olmadığı sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyazcısının üçüncü kişilerle yapmış olduğu ya da idarenin müdahale ettiği sözleşmeler söz konusu olduğu durumlarda dahi idari nitelik taşımayacağı belirtilerek²⁴⁸, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması zorunluluğu, sözleşmenin idari niteliğini belirlerken mutlak şart olarak kabul edilmiştir.

Gerçekten de bu şart, aslında idarenin tüm sözleşmeleri için geçerli bir şart olsa da; günümüzde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma yetkisi tanınan özel hukuk tüzel kişilerinin sayısındaki artış; bu şartın zorunlu bir şart olarak değerlendirilmeye devam edip etmemesi hususunda ikinci sorun olarak belirmektedir.

Danıştay 10. Dairesi, sözleşmenin taraflarından her ikisinin de özel hukuk tüzel kişisi olmasının, sözleşmeye özel hukuk sözleşmesi niteliği verdiğini vurgulamıştır. Bu kararlarda dikkat edilmesi gereken, Organize Sanayi Bölgesi'nin sözleşmenin uygulanmasında kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanıp yararlanmadığıdır. Bilindiği gibi, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak özel hukuk kişileri hakkında işlem yapma

²⁴⁷ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 yılında vermiş olduğu kararında otoyol imtiyazcısı ile müteahhit arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu belirtmiştir; TEKİNSOY (Ölçüt Sorunu...), s. 194.

²⁴⁸ GÜNDAY, s. 184-185.

yetkisine sahip olan özel hukuk tüzel kişilerinden biri de Organize Sanayi Bölgeleri'dir^{249 250 251}.

Son yıllarda kanunla kamu gücü ayrıcalıklarını kullanma yetkisi tanınan özel hukuk tüzel kişilerinin diğer özel hukuk kişileri ile ilişkiye girdiği durumlar Danıştay kararlarına da yansımıştır. Bu kararların çoğunda, sözleşmenin niteliği değil, özel hukuk kişinin yapmış olduğu tek taraflı işlemlerin kamu gücüne dayanıyor olması doğrultusunda idari yargının görev alanı belirlenmiş olsa da; kendilerine kanunla tanınan kamu gücü ayrıcalıklarını, sözleşme ilişkisine girdikleri özel hukuk kişilerine karşı, sözleşmenin uygulanması sırasında kullanmaları durumunda, kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğinin idariliğini belirleyen bir ölçüt olarak kabul edilebileceğini düşünmek mümkün hale gelmektedir.

Bu hususta, Danıştay 13. Dairesi'nin, TEDAŞ'ın taraf olduğu işletme hakkının devri sözleşmelerini, taraflarından ikisi de özel hukuk tüzel kişisi olmasına rağmen

²⁴⁹ “...Davacı şirketin, ...Organize Sanayi Bölgesi ile imzalamış olduğu arsa tahsis sözleşmesinin ve sözleşmenin ifasına ilişkin taahhütnamenin gereklerinin yerine getirilmediğinden bahisle tesis edilen dava konusu işlem, iki özel hukuk tüzel kişisi arasında imzalanmış olan sözleşmenin, uygulanması aşamasındaki hükümlere ilişkin olduğundan, özel hukuk hükümlerine tabi olup...”; D10D, E.2011/5528, K. 2014/1682, KT. 19.03.2013; Benzer yönde karar için bkz.D10D, E.2013/2003, K.2013/6199, KT.16.09. 2013; (Yayımlanmamıştır).

²⁵⁰ Danıştay 10. Dairesi, yakın tarihli bir kararında bu hususu vurgulamıştır. Dava konusu olayda, yüksek mahkeme organize sanayi bölgesinin denetim yetkisini kullanıp kullanmadığını belirlemek için organize sanayi bölgesinin de hasım konumuna alınmasını kararlaştırmıştır; “...Buna göre olayda irdelenmesi gereken husus, ... A.Ş.'nin, yetki belgesi dışında, bir diğer ifadeyle kaçak yollarla oksijen tüplerine doğalgaz doldurması olayında davalı idarenin ve şirketin faaliyet gösterdiği organize sanayi bölgesi yönetiminin denetim eksikliğinin bulunup bulunmadığıdır. 4562 sayılı Kanunda her ne kadar organize sanayi bölgelerinin özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmekte ise de, organize sanayi bölgelerinin aynı zamanda kamu gücü ve kudreti ile hareket ettiği nazara alındığında, işbu davada ... A.Ş.'nin faaliyet gösterdiği organize sanayi bölgesinin de hasım konumuna alınarak işin esasının incelenmesi gerekmektedir...”;D10D,E.2012/5960,K.2016/676,KT.10.02.2016;(Yayımlanmamıştır)

²⁵¹ Kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan özel hukuk tüzel kişilerine verilebilecek bir başka örnek, Türkiye Jokey Kulübü'dür: “...Türkiye Jokey Kulübü'nün 6132 Sayılı Kanun ve sözleşme kapsamında yaptığı işlemlerin idari nitelikte ve kamu gücü ayrıcalıklarına dayandığı açıkça anlaşılmaktadır...”; D10D, E.2016/1299, KT. 27.10.2016; (Yayımlanmamıştır).

idari sözleşme olarak nitelendiği yakın tarihli kararı, buraya kadar yapılan açıklamaları destekler niteliktedir²⁵².

Bu durumda; yargı kararlarında sayılan, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması zorunluluğunun mutlak olarak geçerli olmadığını ve buradaki idareden kastın, *kamu gücü ayrıcalığına sahip olan tüzel kişi* olarak anlaşılması gerektiğini söylemek mümkündür. O halde, sözleşmenin taraflarından birinin ya da her ikisinin idare olmasının, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmaya yetmeyeceği ve burada başvurulması gereken ölçütün sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme ilişkisinde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanıp yararlanmadığı olması gerektiği belirtilmelidir.

2.Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetine İlişkin Olması

Kamu hizmeti ve idari sözleşme kavramları arasındaki sıkı ilişkinin temelini, Fransa'da ve Türkiye'de idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde açıklanmaya çalışılması oluşturmaktadır. Zira; bu sözleşmeyle, özel hukuk kişisi kamu hizmetinin sunulmasına katılmış olmaktadır. Bu sebeple; idari sözleşme niteliği ve idari sözleşmelerin hukuki rejimi tespit edilmeye çalışılırken, en çok sözleşme konusunun kamu hizmeti ile ilişkisi değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Yine, Türk pozitif hukukunda, idari yargının görev alanının tespitinde her zaman genel hizmetlerinden birinin görülmesi için yapılan idari sözleşmelerden doğan davaların idari yargının görev alanına gireceğinin hüküm altına alınmış olması²⁵³ sebebiyle, Türk yargı içtihatlarında da idari sözleşme niteliğinin

²⁵² “...her ne kadar temyize konu Mahkeme kararında, davalı şirketin özel hukuk tüzel kişisi ve dava konusu işlemlerin de özel hukuk işlemi olduğu ifade edilmişse de, özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı şirket ile davacı şirket arasındaki ilişkinin ticari bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis edilen dava konusu işlemlerin yargısal denetimini yapma ve bu işlemlerden doğan tazminat istemini (ve diğer istemleri) karara bağlama görevinin idari yargı merciine ait olduğu sonucuna ulaşıldığından...”; D13D, E. 2016/898, K. 2016/4091, KT. 05.12.2016; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

²⁵³ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 68.

belirlenmesinde kamu hizmeti ölçütüne oldukça büyük bir önem atfedilmiş olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Pozitif hukuk metinlerinde yer alan hükümlerle kurulmuş olan bu sıkı bağ; doğal olarak içtihatlarla ve doktrindeki görüşlere²⁵⁴ de yansımış olup; esasen idari sözleşmelerin, kamu hizmetinin sözleşmeli yöntemlerle görülmesi usullerinden birini teşkil ediyor olması, bu sıkı ilişkiyi anlamlı kılmaktadır.

Oysa; Türk pozitif hukukunda kamu hizmetinin yürütülmesi ve idari sözleşme kavramı arasında sıkı bir bağ kurulmuş olduğu önemli bir gerçek olmakla birlikte, bu düzenlemeler idarenin kamu hizmetinin yürütülmesi amacını taşımayan sözleşmelerinin idari sözleşme sayılamayacağına ilişkin yasaklayıcı bir hüküm getirmemiştir²⁵⁵. Ayrıca; modern devletin kamu hizmeti anlayışı doğrultusunda kamu

²⁵⁴ Derbil, kamu hizmeti ile genel olarak idari rejim ve özel olarak idari sözleşmeler arasında kurduğu sıkı bağı, şu ifadelerle dile getirmiştir: *“Bir iş kamu hizmeti ise bu iş dolayısıyla yapılan sözleşmelere artık özel hukuk kuralları değil, belki kamu hukuku kuralları uygulanacaktır. Böyle sözleşmeler dolayısıyla açılacak dâvaları adalet mahkemeleri değil, belki idare mahkemeleri yargılayacaktır. Bir iş bir kamu hizmeti ise bu hizmetten faydalananlar, özel işletmelerin müşterileriyle münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına değil; idare hukukunun “kanunî durum” kuralına göre haklarını arayacaklar ve borçlarını yerine getireceklerdir. Kamu hizmeti olan bir iş dolayısıyla “haksız fiiller”, “gayrikanunî rekabet” gibi hususlarda uygulanan özel hukuk kuralları değil; “hizmet kusuru”, “nasafet = denkserlik”, “beklenmeyen durum — imprevision” kuramları (= nazariyeleri) uygulanacaktır”*; DERBİL (Kamu Hizmeti...), s. 30; Benzer yönde görüş için bkz.; SEZGİNER (“Birleşme Sözleşmeler”...), s.1591.

²⁵⁵ Bunun en önemli ispatı; maden işletme imtiyazları (Örnek karar için bkz; D3D, E.1974/243, K. 1974/270, KT.23.05.1974, Danıştay Dergisi, S.18-19, Y.), orman işletme sözleşmeleri (Örnek karar için bkz. UYM, E.1946/5, K.1946/1, KT.24.01.1946, RGT.12.03.1946, RGS.6254; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017) ve istikraz sözleşmelerinin (DDD GK, E.1938/375, K.1944/54, KT. DKD, S.27; KANLIGÖZ, Cihan, *“Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri”*, AÜSBFD, C. 52, S. 1, 1997, s. 341, dipnot 16) içtihatla idari sözleşme olarak kabul edilmiş olmasıdır. Zira; doktrinde bu sözleşmelerin konularının, kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. (Maden işletme imtiyazlarının ve orman işletme sözleşmelerinin konularının kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı yönünde görüş için bkz; GÜNDAY, s. 186; Maden işletme hakkı alan kişinin kamu hizmeti yerine getirmeyeceği yönünde görüş için bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1341; Kamu istikraz sözleşmelerinin konusunun kamu hizmeti olmadığı yönünde görüş için bkz; KANLIGÖZ (Kamu Borçlanma...), s. 351). Bununla birlikte doktrinde ve içtihatlarda özellikle maden işletme imtiyazlarının konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olduğu yönünde görüş ve yargı kararı da bulunmakta (Anayasa Mahkemesi’nin maden işletme faaliyetinin kamu hizmeti olduğu yönündeki kararı için bkz; AYM, E. 1979/1, K.1979/30, KT.21.06.1979; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.17, 2. Tıpkı Basım , Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991; Aynı yönde doktrinde yer alan görüşler için bkz; TELLİ, Serap, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, 1. Baskı, Ankara 1989, s. 57; TÜRK, Hikmet Sami, *“Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Düşünceler”*, AÜHFD, C. 36, S. 1-

hizmeti oldukları hususunda şüphe olmayan elektrik, su, doğal gaz vb. kamu hizmetlerinden yararlanmayı konu alan abonman sözleşmelerinin, Türk yargı organının içtihat birliğiyle²⁵⁶ özel hukuk sözleşmesi sayılıyor olması da göstermektedir ki; idari sözleşme ve kamu hizmeti kavramları arasında kurulmuş olan sıkı ilişkinin mutlak bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Bu karmaşanın en önemli sebebi, üzerinde hiçbir uzlaşma bulunmayan bir kavram olan kamu hizmeti kavramının, yukarıda incelenmiş olduğu üzere²⁵⁷ günümüzde kazandığı yeni anlam karşısında daha karmaşık bir hale gelmiş olması ve mevzuatta yer alan hükümlerin bu gelişmelere ayak uyduramaması sonucu, içtihatların çok fazla değişime uğramamasıdır. Bu doğrultuda; idari sözleşme olarak benimsenmesi gereken sözleşmelerin önemli bir kısmı özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmeye devam edilmektedir.

Bu açıklamaların ardından, kamu hizmeti kavramına içtihatlarda tanınmış olan değer, idarenin hizmet sözleşmeleri ve diğer sözleşmeleri açısından farklılaşmış olduğundan, bu husustaki değerlendirmelerin iki ayrı başlık altında yapılması gerekmektedir.

a. İdarenin Hizmet Sözleşmelerinde

İdari hizmet sözleşmesi, idari sözleşmelerin günümüzde tartışmasız kabul görmüş bir çeşidi olmak yanında, idarenin personel rejimi içinde yer alan bir istihdam modelini de ifade etmesi sebebiyle, diğer idari sözleşmelerden oldukça farklı bir sözleşme türüdür. Yargı organının, idari hizmet sözleşmesi ile ilgili kararlarındaki nitelermeler de, diğer idari sözleşmelerde vermiş olduğu kararlardan belli noktalarda farklılaşmaktadır.

4, 1979, s. 88) olup; bu yöndeki görüşlere katılarak, maden işletme faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

²⁵⁶ Örnek karar için bkz; D9D, E.1982/744, K. 1982/2159 , KT.20.04.1982; D14D, E.2015/10947, K.2018/ 2673 , KT.16.04.2018 ; YHGK, E.1976/4-1976 ,K.1977/ 480 , KT.13.05.1977; UYM, E.2013/925 ,K.2013/ 1105 , KT.01.07.2013 ; AYM, E.1990/18 ,K.1991/4 , KT. 14. 02. 1991 ; www.hukukturk.com;e.t.10.08.2018.

²⁵⁷ Bu hususta bkz. s. 40-47'deki açıklamalar.

İdari hizmet sözleşmesi türünün, ilk kez ne zaman Danıştay tarafından kabul edildiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler^{258 259 260} bulunmakta olsa da; çalışma konusunun bu kısmı açısından önemli olan; her iki görüşe konu karar^{261 262} ve 04.07.1964 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı²⁶³ ile Anayasa

²⁵⁸ Giritli; devlet tiyatrosu faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul eden ve sanatkarları ile imzalanan sözleşmeleri de idari sözleşme olarak kabul eden ilk kararın, Devlet Şûrası 5. Dairesi'nin 09.03.1954 tarihli kararı olduğunu savunmaktadır; GİRİTLİ, İsmet, “*Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler*”, İÜHFİM, C. XXX, S.3-4, 1964, s. 496; Aynı yönde görüş için bkz. BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 78; Danıştay söz konusu uyuşmazlığı çözümlerken, uyuşmazlık konusu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu açıkça belirtmiş olduğundan ve uyuşmazlık konusu sözleşme de bir hizmet sözleşmesi olduğundan; idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak verilmiş olan ilk kararın 09.03.1954 tarihli karar olduğu yönündeki görüşün daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

²⁵⁹ Duran ise; idari hizmet sözleşmesi türünü, Türk hukukuna tam yargı davası yoluyla getiren ilk kararın, Danıştay 8. Dairesi'nin 15.01.1964 tarihli kararı olduğunu kabul etmektedir; DURAN, Lûtfi, “*Türk Hukukunda İdari Mukaveleler*”, İÜHFİM, C. XXX, S.1-2, 1964, s. 435; Duran; bu kararlar, devlet tiyatrosu faaliyetlerinin kamu hizmeti faaliyeti olduğunun tespit edilerek, salt bu sebeple sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi sayıldığını, sözleşmenin içeriği kararda açıklanmadığından, kamu gücüne dayanan yetkilerin sözleşmede bulunup bulunmadığının da açıklanmadığını (DURAN (İdari Mukaveleler...), s. 428-429; Aynı yönde görüş için bkz. ULER, s. 228.) belirterek; idari sözleşmenin yeni bir tipinin ilk kez bu karar ile açıklanmış ve bu kararın idari sözleşmeler alanında devrim niteliğinde bir karar olduğunu belirtmiştir; DURAN (İdari Mukaveleler...), s. 430.

²⁶⁰ Duran, ayrıca bu karara konu uyuşmazlığın bir sözleşme davası olduğunu, 09.03.1954 tarihli kararın ise, disiplin yaptırımının iptali davası olup, sözleşme davası olmadığını ve eğer salt idari sözleşme kavramından bahsedilmiş olması, idari hizmet sözleşmesi tipinin kabul edilmiş sayılması için yeterli görülüyorsa, bu durumda 15.11.1950 tarihli olan Danıştay 5. Dairesi'nin 15.11.1950 tarihli kararının (“*Âmme idare ve müesseselerinin müstahdemleriyle münasebetlerinin idarî kaza noktasından tetkik edilebilmesi bu müstahdemlerin istihdam tarz ve şartlarının âmme kanun ve tüzükleriyle veya idarî bir mukavele ile tespit edilmiş olmasına bağlıdır*”; D5D, E. 1950/545, K. 1950/2574, KT. 15.11.1950, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 50-53, 1950-1951, s.495-496.) bu alandaki ilk karar olarak görülmesi gerekeceğini ve fakat 15.01.1964 tarihli kararının diğer iki karardan farklı olarak, idari hizmet sözleşmesini Türk hukukuna tam yargı davası yoluyla getiren ilk karar olduğunu savunmuştur; DURAN (İdari Mukaveleler...), s. 433-435.

²⁶¹ “5441 sayılı kanun bir âmme hizmetinin tanzimine mütedair olmasına ve idarenin sanatkârlar ile münasebeti idarî bir mukavele ile tesbit edilmiş bulunmasına ve hadisede muameleyi tasvip yolunda bir işlem mebuk olmasına binaen ileri sürülen vazife ve husumet defî varit görülmiyerek işin esası incelendi. ...”; D5D, E. 1953/1056, K. 1954/809, KT. 09.03.1954, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 64-65, s. 191.

²⁶² “Kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler idari sözleşmelerdir”; D8D, E. 1963 / 9879, K.1964/121, KT.15.01.1964, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 93-94,

²⁶³ “... 5441 sayılı Kanunla Yasa Yapıcı Tiyatroyu, kâmil mânası ile devamlı bir âmme hizmeti kabul ve Devlet Tiyatrosunu âmme hizmeti gören bir âmme idaresi olarak kurmuştur....5441 sayılı Kanununun 5 inci maddesi hükmüne müsteniden 9 uncu madde esasları daimimde tanzim olunan mukavele bir idarî mukavele ve aynı zamanda Memurin Kanununun 3 üncü maddesi hükmüne uygun bir istihdam mukavelesi mahiyetindedir. ...”; DİBGK, E. 1964/674, K. 1964 / 344, KT.04.07.1964, RGT.05.05.1965, RGS.11990, www.resmigazete.gov.tr; e.t. 26.10.2017.

Mahkemesi'nin üniversite öğretim elemanı hakkında vermiş olduğu bir karar²⁶⁴ incelendiğinde, idari hizmet sözleşmesi ve kamu hizmeti arasında önemli bir ilişki kurulmuş olduğudur. Bununla birlikte; söz konusu kararlarda, idari hizmet sözleşmesinin diğer zorunlu şartları sayılmamış ve bu sözleşmelerin kamu hizmeti ile ilişkisi belirlenirken, yürütülmesine katılan kamu hizmetinin süresine ya da niteliğine ilişkin bir şart belirlenmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olan 22.12.1988 tarihli kararında ise, idari sözleşme niteliği ile ilgili ana koşullar sayılmıştır: *"... taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması, idarî sözleşmelerin ana koşullarıdır..."*²⁶⁵.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi idari hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak diğer idari sözleşmelerle benzer tespitler yapmış ve sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilgili olmasını da ana koşullardan biri olarak belirtmiş olmakla birlikte; aşağıdaki başlıklarda inceleneceği üzere diğer idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükümlerinde yer alması gerektiğini belirtmişken, idari hizmet sözleşmelerine ilişkin kararında özel hukuku aşan hukuki rejimden bahsetmiştir.

Yukarıda açıklanan 04.07.1964 tarihli Danıştay içtihadı birleştirme kararına ve 22.12.1988 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına, günümüzde idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili verilen yargı kararlarında atıf yapılmakta²⁶⁶ olduğundan, idari

²⁶⁴ Anayasa Mahkemesi de 25.05.1976 tarihli kararında üniversite hizmetinin kamu hizmeti olduğu yönündeki yerleşik içtihadını tekrar ederek, hizmet sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olamayacağını belirtmiştir; AYM, E. 1976/1, K.1976/28, KT.25.05.1976; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.14, 2. Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991.

²⁶⁵ AYM, E. 1988/5, K.1988/55, KT.22.12.1988; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.24, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara 1989, s.499, 505.

²⁶⁶ Örnek için bkz.; *"... idari sözleşme, Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 04.07.1964 gün ve E:1964/4, K:1964/344 sayılı kararında belirtildiği üzere, bir kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmedir... Anayasa Mahkemesi'nin 25.05.1976 gün ve E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararında, ..., kamusal bir kuruluşun ve bu kuruluşa ilişkin bir kamu hizmetinin söz konusu olduğu hallerde kural olarak, idare hukuku kurallarının uygulanacağı*

hizmet sözleşmesi niteliğinin belirlenmesinde, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkisi hususunda eski tarihli kararlardan günümüze kadar çok fazla bir değişime rastlanmamaktadır. Bununla birlikte; günümüz yargı kararlarında idari hizmet sözleşmelerinin niteliği belirlenirken, çoğunlukla sözleşmenin tarafı olan personelin özlük haklarını düzenleyen mevzuat hükümlerinden yararlanılmakta olduğu gözlemlenmiştir.

İçtihatların bu yönde değişmesinin, 1982 Anayasası'nın, 1924 Anayasası²⁶⁷ ve 1961 Anayasası²⁶⁸, ndan farklı olarak; sadece memurların değil, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenleneceğini hüküm altına almış olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. 1982 Anayasası'nın²⁶⁹ getirdiği sistemde, "diğer kamu görevlileri"nden kimlerin kastedildiği doktrinde tartışılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından farklı değerlendirmelere tabi tutulmuş²⁷⁰ olsa da, günümüzde kamu görevlisi statüsünü belirlemenin kanun koyucunun yetkisinde bulunduğu kabul

belirtilmektedir...Yine, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 gün ve E:1988/5, K:1988/55 sayılı kararında,düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması hallerinde, ortada bir idari sözleşme olduğu belirtilmektedir...Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumu ile davacı arasında yapılan sözleşme, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan,... "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05/11/2012 gün ve E:2012/190, K:2012/235 sayılı kararında da belirtildiği üzere, davalı üniversite ile davacı öğretim üyesi arasındaki istihdam ilişkisi, davalı idarenin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzelkişisi olması ve davacının da kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması nedeniyle idari yargının görev alanında bulunmaktadır..."; D8D, E.2016/2550, K.2016/6102, KT.02.06.2016; D8D, E.2016/8936, K.2017/339, KT.30.01.2017. (Yayımlanmamıştır).

²⁶⁷ 1924 AY-md. 93: "Bütün memurların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, göreve alınmaları ve görevden çıkarılmaları, yükselme ve ilerlemeleri özel kanunla gösterilir".

²⁶⁸ 1961 AY-md. 117: "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür.

Memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir".

²⁶⁹ 1982 AY-md.128: "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."

²⁷⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KANLIGÖZ, Cihan, "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", AÜHFD, C. 43, S. 1, 1993, s. 169-197.

edilmektedir²⁷¹. Bu sebeple; günümüz yargı kararlarında, idarenin yapmış olduğu hizmet sözleşmesinin düzenlendiği mevzuat hükümleri ve bu hükümlerde idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olup olmaması, sözleşmenin niteliğinin tespitinde daha önemli hale gelmiştir. Başka bir ifade ile, Anayasaya göre; kamu görevlilerinin yerine getirecekleri görevler, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli nitelikteki görevler olduğu için, idarenin personelinin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olup olmadığı tartışmasının yapılmasına gerek kalmamaktadır.

b. İdarenin Diğer Sözleşmelerinde

Danıştay'ın günümüzde, idari hizmet sözleşmesi dışındaki idari sözleşmelerle ilgili yerleşik içtihadı doğrultusunda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için zorunlu unsurlardan diğeri, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilgili olmasıdır^{272 273}. Bu koşul, Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin

²⁷¹ KANLIGÖZ (...Kamu Görevlisi), s. 192; “Genelde kabul gören tanımı ile sözleşmeli personel, sözleşme ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personeldir. Bu tür personelin istihdamında "akdi" bir durum söz konusudur. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini, çalışacağı kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece, sözleşme taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır. Bu nitelikteki personelin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalıştırılması olanağının bulunup bulunmadığı, kamu hizmeti görevlileri ile genel ilkeleri saptayan Anayasa'nın 128. maddesine göre belirlenecektir.

128. maddede sözü edilen "diğer kamu görevlileri" kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır...Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde "memur" ve/veya "diğer kamu görevlileri"nden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun takdir alanı içindedir”; AYM, E.1995/11, K.1995/63, KT.13.12.1995; kararlaryeni.anayasa.gov; e.t. 04.04.2019.

²⁷² “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için; sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması...zorunludur...”;D10D, E.1994/3808, K.1994/3582, KT.14.09.1994; D10D,E.1994/3809, K.1994/3583, KT.14.09.1994; D10D,E.2002/4416, K.2005/7627, KT.14.12.2005; D10D,E.2002/4464, K. 2005/7398, KT. 28.11.2005; D10D, E.2003/1182, K. 2005/7630, KT. 14.12.2005; D10D, E.2003/3028, K.2006/7397, KT.25.12.2006; D10D, E.2006/827, K.2007/5180, KT.19.11.2007; D10D,E.2006/3817, K.2008/7180, KT.28. 10.2008; D10D,E.2009/5813, K.2012/5659, KT. 13.12.1999; (Yayımlanmamıştır); D14D, E. 2015/793, K.2017/525, KT. 06 . 02 . 2017; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t.12.12.2017.

²⁷³ Anayasa Mahkemesi, de aynı yönde hüküm kurmuştur: “...Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için,...sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması...gereklidir...”AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, KT.09.12.1994;Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1996, s.300.

26.02.1935 tarihli kararından bu yana aranmakta olan bir koşuldur. Bununla birlikte; konusu kamu hizmeti olduğu halde idarenin, içtihatlarla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiş sözleşmelerinin varlığı, içtihatların çelişkisini ortaya koymaktadır.

Yerleşik içtihatlarda, idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında sayılan kamu hizmeti ölçütünün yargı organı tarafından nasıl uygulandığını tespit edebilmek için, yargı organının farklı sözleşme türlerine ilişkin vermiş olduğu kararlarını aşağıdaki şekilde tasnif etmek mümkündür:

aa. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Yargı Organı Tarafından Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi Olarak Nitelenmiş Olan Sözleşmeler

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, kamu hizmetinin idari bir sözleşme aracılığıyla özel hukuk kişisi tarafından üstlenilmesi söz konusudur ve bu durumda doğal olarak sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması gerekecektir. Ancak; konusunun kamu hizmeti olmasının yanında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin, sözleşme hükümlerinden de anlaşılabilen karakteristik özellikleri bulunmaktadır²⁷⁴. Danıştay'ın sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğini göz önünde bulundurarak vermiş olduğu kararları da, en çok kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine benzer nitelik taşıyan sözleşmeler açısından söz konusu olmuştur. Bu kararlarda, sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliği belirlenmiş olsa da, esas olarak, söz konusu sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine, diğer karakteristik özellikleri ile de benzer nitelik taşımakta olduklarından, idari sözleşme olarak nitelenmişlerdir. 3096 sayılı Kanun²⁷⁵ ve 3465 sayılı Kanun hükümlerine göre akdedilmiş olan sözleşmeler²⁷⁶, 20.12.1999'dan önce 3996 sayılı Kanun'a göre akdedilmiş sözleşmeler²⁷⁷, 01.07.2006'dan önce 4283 sayılı Kanun'a göre akdedilen

²⁷⁴ Bu hususta bkz.; s. 74, dipnot 230.

²⁷⁵ D1D, E.1992/232, K.1992/294, KT.24.09.1992; www. hukukturk. com; e.t.22.06.2018

²⁷⁶ GÖZLER (C.II), s. 83-84; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 142.

²⁷⁷ D1D, E. 1996/17, K.1996/185, KT. 24.09.1996; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017; 20.12.1999 tarihinden sonraki Danıştay kararlarında 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı belirtilmiştir; D1D, E. 2003/108, K.2003/110, KT. 11.09.2003; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

görev ve işletme hakkının devri sözleşmeleri²⁷⁸ ve 406 sayılı Kanun'a göre akdedilmiş olan telekomünikasyon alanındaki görev ve imtiyaz sözleşmeleri^{279 280} yargı organı tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenmiş ve bu sebeple idari sözleşme sayılmışlardır.

Sonuç olarak; bu sözleşmelerin idari nitelikte kabul edilmelerinin sebebi, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olmasından çok, sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilmesidir.

bb. Sözleşme Konusunun Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Değerlendirilerek Nitelik Tespiti Yapılmış Olan Sözleşmeler

Yargı organı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ilk kararının ardından vermiş olduğu kararlarında da, sözleşme konusunun kamu hizmeti ile ilişkisini değerlendirmeye tabi tutmuş²⁸¹ ve sözleşme konusunu kamu hizmeti olarak kabul ettiği durumlarda, çoğunlukla sözleşmenin idari sözleşme olduğuna;

²⁷⁸ D13D, E. 2006/975, K.2008/1274, KT. 23.01.2008; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017; 01.07.2006 tarihinden sonra kanunen niteleme yapıldığı için, söz konusu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir; D13D, E. 2005/5304, K.2006/4486, KT.27.11.2006; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017

²⁷⁹ AYM, E.1994/70, K.1994/65-2, KT.22.12.1994; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1996.

²⁸⁰ Telekomünikasyon kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından sunulmasındaki sözleşmeli yöntemler, 406 sayılı Kanun'da; 4000 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun (RGT. 18.06.1994, RGS. 21964.) ve 4502 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RGT. 29.01.2000, RGS. 23948.) ile eklenen hükümlerin ardından hukuki dayanak kazanmıştır.

²⁸¹ 20.12.1937 tarihinde Fenerler İdaresinin imzalamış olduğu sözleşmeden doğan uyumsuzlukla ilgili olarak verilmiş olan Hakem Heyeti kararına konu sözleşme müşterek emanet sözleşmesidir; ONAR (C.III), s. 1602, BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 71, dipnot.4. Bu karar, konusu bir kamu hizmetinin gördürülmesi amacını taşıyan idari sözleşmelerin sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden ibaret olmadığını göstermesi açısından önemlidir; OSTEN, s. 42-46. Osten, s. 46'da, bu hakem kararı ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin dışında bir idari sözleşme kategorisinin varlığının tespit edilmiş olduğunu belirtmiş olsa da; aslında 26.02.1935 tarihli Danıştay kararında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin üst başlığını teşkil edecek şekilde bir idari sözleşme türünün varlığı açıkça belirtilmiştir. Zira; 1935 tarihli kararda, Danıştay, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin diğer idari sözleşmelerden farkını açıklamıştır.

sözleşmenin konusunu kamu hizmeti olarak kabul etmediği durumlarda ise çoğunlukla sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.

Ayrıca bu kararlardan bazılarında sadece sözleşme konusunun kamu hizmeti olup olmadığına bakılarak, bazılarında ise başka ölçütler de kullanılarak değerlendirme yapılmıştır.

Örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi, orman işletme sözleşmelerinin niteliğini belirlerken, orman işletme faaliyetinin bir kamu hizmeti olduğunu tespit ederek, idarenin sözleşmede sıradan bir birey gibi hareket etmediğini, sözleşmeyle idareye özel hukuk sözleşmesi kayıt ve sınırlarını aşan yetkilerin ve özellikle tek taraflı fesih hakkının verilmiş olmasının da sözleşmeye idari nitelik kazandırdığını vurgulamıştır²⁸².

Yargı organın idari sözleşme olarak nitelendiği diğer bazı sözleşmeler incelendiğinde ise; sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının, sözleşmenin niteliğinin tespitinde doğrudan etkili olduğu görülmektedir.

Örneğin; 2918 sayılı Kanun'a göre akdedilmiş olan araç muayene hizmeti imtiyaz sözleşmesi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından idari sözleşme olarak nitelenmiş, Danıştay 1. Dairesi, bu sözleşmenin konusu her ne kadar kamu hizmeti olsa da, sözleşme konusu faaliyetin tekel niteliği ortadan kalkmış olduğu için kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olmadığına karar vermiştir²⁸³. Bu doğrultuda, araç muayene hizmeti hususunda idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşme, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olmasa da, idari bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Zira; her ne kadar söz konusu kamu hizmeti özelleştirme kapsamına alınmış olsa da, mevcut sözleşmenin taraflarından biri idaredir, sözleşmenin

²⁸² “.....âmmeye hizmetleri arasına girmiş olan orman işlerinin Devletin esaslı fonksiyonlarından sayılması lâzımgeleceğini müeyyit bulunmuştur... Mukavelede idareye resen fesih hakkının tanınmış olması...bahis mevzuu olan İşletme mukavelesinin karakteristik vasfını tâyin ve bir idari mukavele olarak kabulüne kifayet edebilir...”; UYM, E.1946/5, K.1946/1, KT.24.01.1946, RGT.12.03.1946, RGS.6254; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017.

²⁸³ AYM, E. 2005/110, K.2005/111, KT.29.12.2005, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 43, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006; D13D E.2006/1471, K.2008/2913, KT. 29.02.2008; www.hukukturk.com; e.t.22.06.2018; D1D, E.2005/307, K.2005/668, KT. 18 . 05. 2005; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

konusunun kamu hizmetine ilişkin olduğu Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında kabul edilmiştir, sözleşme 20 yıllığına yapılmıştır ve en önemlisi söz konusu sözleşme ilişkisini düzenleyen mevzuat hükümleriyle idareye üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmıştır²⁸⁴. Bu açıdan değerlendirildiğinde; Danıştay 1. Dairesi'nin, söz konusu imtiyaz sözleşmesinin konusunun özelleştirme kapsamına alınarak, tekel niteliğini kaybetmiş olması sebebiyle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılamayacağına ilişkin gerekçesinin yerinde olmadığını söylemek mümkündür. Zira; aşağıda açıklanacağı gibi²⁸⁵ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcıya tanınan tekel hakkı ile tekel niteliğindeki kamu hizmeti kavramı aynı kavramlar değildir. Kaldı ki; Danıştay kararında yer alan Rekabet Kurumu kararında, söz konusu kamu hizmetinin tekel niteliğinde olduğu belirtilmiştir. 4046 sayılı Kanun²⁸⁶'un 15. maddesine göre imtiyaz sözleşmesi yapılabilmesi için, sözleşme konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olması gerekmektedir. İdare de, bu sebeple kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi hakkında görüş bildirmesi için imtiyaz sözleşmesini Danıştay'a göndermiştir. Bu sebeplerle ve yukarıda açıklanmış olan diğer sebeplerle, ayrıca imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisine tekel hakkı tanınmış olduğuna ilişkin açıklamalar²⁸⁷ karşısında, araç muayene hizmetine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde sayılması gerekeceği söylenebilir. Bununla birlikte; araç muayene hizmetine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin idari nitelikte olduğuna karar verirken, yargı organı, sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğine vurgu yapmıştır.

²⁸⁴ Bu hususta bkz.; www.tuvturk.com.tr; e.t.16.10.2018.

²⁸⁵ Bu hususta bkz. s. 108-109'daki açıklamalar.

²⁸⁶ Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, RGT. 27.11.1994, RGS. 22142.

²⁸⁷ “TÜVTÜRK;Türkiye’de periyodik araç muayenesinde yetkili ve görevli tek kuruluş olarak uluslararası standartlarda gerçekleştirdiği periyodik araç muayenesi hizmeti ile trafik ve araç güvenliğine katkı sağlamayı hedefleyen, konusunda uzman bir kuruluştur.”; www.tuvturk.com.tr; tuvturk.com.tr/soru-ve-cevaplar.aspx; e.t. 16.10.2018; “...Bu çerçevede, Tüvturk, tekel konumunda bulunduğu araç muayene hizmetinin verilmesinin... Bununla birlikte, üzerinde durulması gereken temel kaygı, araç muayene hizmetleri pazarında sahip olunan tekel gücünün...TÜVTURK Kuzey/Güney Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş’ler(TÜVTURK) araç muayene istasyonlarının yapımı, bakımı ve işletilmesi imtiyazına sahiptir. Diğer bir deyişle, bu pazarda hukuki tekel konumundadır...”; RK, DS. : 2012-4-304 (Muafiyet) KS. : 12-62/1616-593 KT. : 06.12.2012; www.rekabet.gov.tr; 16.10.2018.

Günümüzde yargı organının salt sözleşme konusunun kamu hizmeti olup olmadığını değerlendirerek nitelik tespiti yaptığı bir diğer sözleşme türü, idarenin taraf olduğu bayilik sözleşmeleridir. Danıştay, bayilik sözleşmelerine konu faaliyetin, kamu hizmeti niteliğinde olmadığı²⁸⁸ gerekçesiyle özel hukuk sözleşmesi olduğuna ve ruhsat iptali işleminin de özel hukuk sözleşmesinde karşı tarafın yükümlülüğüne uymaması sonucu ortaya çıkan özel hukuk kurallarına tabi bir işlem olduğuna²⁸⁹ karar vermektedir.

Bu hususta verilen kararlardan birinde ilk derece mahkemesinin, bayilik sözleşmelerinin idari nitelikte olduğuna ilişkin ısrar kararı ile ilgili olarak yaşanan süreç, idari sözleşme niteliğinin tespitinde yaşanan güçlükleri ortaya koymaktadır²⁹⁰. Söz konusu uyuşmazlıkta, ısrar kararını inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu kararında²⁹¹ yer alan karşı oy gerekçesinde de, bayilik sözleşmesi kamu hizmeti niteliğinde kabul edildiği için idari sözleşme sayılmış ve bu açıklamanın ardından söz konusu sözleşmenin kamu gücüne dayanılarak yapıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, İDDK bayilik sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir²⁹².

²⁸⁸ “...Öte yandan, spor toto ya da milli piyango gibi şans oyunları ile ilgili hizmetlerinin gelir getirici nitelikte olduğu, kamu hizmeti niteliğinde olmadığı açıktır...”; D10D, E.2009/5868, K.2009/7325, KT. 01.07.2009; (Yayımlanmamıştır).

²⁸⁹ “...İdarenin, davacı ile yapmış olduğu bayilik sözleşmesinin, idarenin özel hukuk alanında gerçekleştirdiği bir hukuksal işlem olduğu ve bu ilişkiden doğan hakların kullanılmasına ve takibine ilişkin davaların da özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceği dikkate alındığında, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümlü adli yargının görevinde bulunmaktadır...”; D10D, E. 2006/3817, K. 2008/7180, KT. 28.10.2008; (Yayımlanmamıştır).

²⁹⁰ İlk derece mahkemesinin ısrar kararının gerekçesi şu şekildedir: “...davacı ile davalı idare arasında sözleşme yoluyla kurulan bayilik ilişkisi; anılan sözleşmenin hukuki niteliği incelendiğinde; taraflar arasında eşit hukuki güce dayalı olarak ve özel hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceği, genel bir hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme niteliğinde olduğu anlaşıldığından,...”; İDDK, E. 2011/290, K. 2012/2407, KT. 03.12.2012; (Yayımlanmamıştır).

²⁹¹ Karşı oy kullanan üyeler, ilk derece mahkemesinin yukarıdaki dipnotta yer alan ısrar kararındaki gerekçelerin ayrılarını belirtmişlerdir; İDDK, E.2011/290, K.2012/2407, KT. 03.12.2012 (Yayımlanmamıştır).

²⁹² “...İdarenin, davacı ile yapmış olduğu bayilik sözleşmesinin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve bu ilişkiden doğan hakların kullanılmasına ve takibine ilişkin davaların da özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceği dikkate alındığında, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümlü adli yargının görevinde bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, bayilik sözleşmelerinin konusunun kamu hizmeti olması sebebiyle idari sözleşme olduğunu belirtmiştir²⁹³.

Böylelikle; gerek ilk derece mahkemesinin ısrar kararının gerekçesi, gerek İDDK'nın karşı oy gerekçesi, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının gerekçeleri incelendiğinde; yargı yerleri öncelikle bayilik sözleşmelerine konu olan faaliyetin genel hizmetlerden birinin görülmesi olduğu hususunu tespit etmiş, ardından kamu gücü ayrıcalıklarının da bir ölçüt olarak kullanmışlardır. Danıştay ise, söz konusu faaliyeti kamu hizmeti niteliğinde görmediği için, kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımını özel hukuk sözleşmesinin uygulanması olarak görmüştür. Sonuç olarak; gerek söz konusu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul eden Danıştay, gerek idari sözleşme olarak kabul eden diğer yargı yerleri sözleşmenin niteliğini belirlerken kamu gücü ayrıcalıklarına tek başına bir ölçüt değeri tanımamıştır.

Oysa söz konusu kararlar incelendiğinde, kararların dayanağını oluşturan mevzuat hükümlerinde idarenin denetim yapma ve yaptırım uygulama yetkilerinin düzenlenmiş olduğu ve söz konusu mevzuat hükümlerinde, bu sözleşmelerin niteliğinin özel hukuk sözleşmesi olarak belirtilmemiş olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁴.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen 30/11/2010 günlü, E:2010/2185, K:2010/1439 sayılı kararın BOZULMASINA..."; İDDK, E.2011/290, K.2012/2407, KT. 03.12.2012 (Yayımlanmamıştır).

²⁹³ "...bayilik sözleşmesinin, bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme olduğu açıktır..."; UYM, E. 2008/7, K.2008/279, KT.17.11.2008; www.hukukturk.com; e.t. 30. 11. 2017; Benzer yönde karar için bkz. "...buna ilişkin bayilik sözleşmesinin, yasayla tekel olarak kamu idaresine verilmiş bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme olduğu açıktır..."; UYM, E.2010/73, K.2011/6, KT.07.02.2011, RGT.14.10.2011, RGS. 28084 (Mükerrer); www.resmigazete.gov.tr; et.30.11.2017.

²⁹⁴ Bununla birlikte; söz konusu kararların verildiği tarihlerde yürürlükte olan 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun (RGT.27.02.2008, RGS.26800)'un 1. ve 21. madde hükümleri değerlendirildiğinde; başbayilik sözleşmelerinin niteliğinin kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmiş olduğu görülmektedir. Yine bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerde sözleşmenin idare olan tarafı, söz konusu Kanunun 2. maddesine göre; Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'dır. Bu hükümlerden çıkan sonuç; kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen sözleşmelerin, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı ile imzalanmış ve başbayilik iş ve hizmetlerinin görülmesini konu alan sözleşmelerden ibaret olduğudur. İncelenmiş olan Danıştay kararlarına konu uyuşmazlıklara konu bayilik sözleşmeleri ise başbayilik sözleşmesi değil, sabit bayilik sözleşmeleri (bkz. D10D, E.2011/2231, K.2014/3693, KT. 02.06.2014; D10D,E.2006/5506, K.2009/2209, KT. 24.03.2009; D10D, E.2008/9026, K.2009/4, KT. 19.01.2009; D10D, E.2009/1020, K.2009/5004, KT. 27.05.2009; D10D, E.2009/5868, K.2009/7325, KT. 01.07.2009; (Yayımlanmamıştır)) ya da sanal ortam bayilik sözleşmeleridir

Danıştay, bayilik sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği kararlarının bir kısmında söz konusu bayilik sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümlerine kararında değinmiş²⁹⁵, bir kısmında ise hiçbir şekilde mevzuat hükümlerinden bahsetmemiştir²⁹⁶. Söz konusu kararların tümünde, yerleşik içtihadındaki idari sözleşmelerin zorunlu şartlarını saymış ve salt sözleşme konusunu kamu hizmeti olarak kabul etmediği için, bayilik sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.

Sonuç olarak; idarenin bu başlık altında incelenen sözleşmelerine ilişkin içtihatlarda, sözleşmenin konusu kamu hizmeti olarak kabul edildiği takdirde,

(bkz. D10D,E. 2007/1403, K. 2010/8386, KT. 26.10.2010; (Yayımlanmamıştır)) ve söz konusu sözleşmelerle ilgili olarak, dayanak mevzuat hükümlerinde özel hukuk sözleşmesi sayılacaklarına dair hüküm bulunmamaktadır.

²⁹⁵ İncelenen kararlardan bir kısmında (D10D, E.2011/2231, K.2014/3693, KT. 02.06.2014; D10D, E.2006/5506, K.2009/2209, KT. 24.03.2009; D10D,E.2007/1403, K.2010/8386, KT.26.10.2010; D10D, E.2008/9026, K.2009/4, KT. 19.01.2009; D10D, E.2009/1020, K. 2009/5004, KT. 27.05.2009; D10D, E. 2009/5868, K. 2009/7325, KT. 01.07.2009; (Yayımlanmamıştır).) kararlara dayanak alınan mevzuat metinleri, 29.04.1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun (RGT. 09.05.1959, RGS.10201) ve Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği'dir. (RGT.28.02.2009, RGS. 27155) ve söz konusu mevzuat hükümlerinde idareye çok sayıda kamu gücü ayrıcalığı tanınmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 15. maddesinde sabit bayilik sözleşmesine, 27 maddesinde sanal ortam bayilik sözleşmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Buna göre; her iki sözleşmede de, 10 yılı geçmemek üzere yapılan bayilik sözleşmesi yapılmasının ön koşulu idareden ruhsat almaktır. Sözleşmeler ruhsat geçerli olduğu sürece yürürlükte kalacak olup, ruhsatın iptali durumunda sözleşmeler kendiliğinden feshedilmiş sayılacaktır. Bu hükümlerle, idareye özel hukuk ilişkilerinde geçerli olmayan kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olduğu açıktır. Ruhsatı veren idare de, sözleşmenin tarafı olan idare de Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'dır. Bu kararların diğer bir kısmında (D10D, E.2006/3817, K.2008/7180, KT. 28.10.2008; D10D,E.2006/7539, K.2008/7141, KT. 27.10.2008; D10D, E.2007/1726, K.2008/8285, KT. 25.11.2008; (Yayımlanmamıştır))ise, davalı idare Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü olup, kararlara dayanak teşkil eden mevzuat hükmü Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliği'dir. (25.04.2001, RGS.24383). Bu hükümlerde de, bayilerin idareden ruhsat almak suretiyle faaliyetlerini yerine getirecekleri öngörülmüş, bayilik sözleşmeleri ayrıca düzenlenmemiş, yönetmeliğin bir tek hükmünde (md.27) ve bayilerin uymak zorunda oldukları kurallar arasında "*sözleşmeye uyma zorunluluğu*" ndan bahsedilmiştir.

²⁹⁶ D10D, E.2006/5692, K.2008/9482, KT. 29.12.2008; D10D, E.2007/3556, K.2010/4049, KT. 28.04.2010; D10D, E.2007/6057, K.2010/4052, KT. 28.04.2010; D10D, E.2007/6069, K. 2010/4050, KT. 28.04.2010; D10D, E.2007/6906, K.2010/4051, KT. 28.04.2010; D10D, E. 2008/1793, K.2008/5988, KT. 24.07.2008; D10D, E.2008/4039, K.2012/1554, KT. 17. 04 . 2012; D10D, E.2008/5843, K.2011/5091, KT. 23.11.2011; D10D, E.2008/7948, K. 2009 /26, KT. 20.01.2009; D10D, E.2008/8606, K.2009/3061, KT. 21.04.2009 ; D10D, E. 2009/3218, K.2009/3537, KT. 29.04.2009; D10D, E.2010/6324, K.2011/2312, KT. 15. 06. 2011; D10D, E.2010/9361, K. 2011/440, KT. 07.02.2011; D10D, E.2009/7952, K. 2012 /6400, KT. 12.12.2012; D10D, E.2009/9731, K.2013/5078, KT. 12.06.2013; D10D, E. 2013/1308, K.2013/6038, KT. 09.09.2013 ; (Yayımlanmamıştır).

idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanacağı da peşinen kabul edilmiş olduğu²⁹⁷ ve sözleşmenin konusu kamu hizmeti olarak kabul edilmediği takdirde ise, sözleşme salt bu sebeple özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiği için, her iki durumda da idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına ölçüt olarak değer tanınmamıştır. Oysa, bunlardan, kamu hizmeti ile negatif ilişki kurulmuş olan sözleşme türlerinde, mevzuat hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıkları da nitelik tespitinde dikkate alınmış olsaydı, söz konusu sözleşmeler idari nitelikte de kabul edilebilirdi.

cc. Sözleşme Konusunun Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Önemsenmeksizin /Değerlendirilmeksizin Nitelik Tespiti Yapılmış Olan Sözleşmeler

Yargı organı, idarenin sözleşmelerinden bazılarının niteliğini tespit ederken; ya sözleşmenin konusunun kamu hizmeti niteliğinde olduğunu kabul ettiği halde, sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemekte ya da kamu hizmeti ölçütüne hiçbir şekilde başvurmamaktadır. Her iki durumda da, kamu hizmeti ölçütü, idari sözleşme niteliğinin tespitinde anlamsız hale gelmektedir.

Örneğin; Danıştay, abonman sözleşmelerinin konusunun kamu hizmeti olduğunu kabul ettiği halde, sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermektedir²⁹⁸. Uyuşmazlık Mahkemesi de, ilaç teminine yönelik protokolün, konusu kamu hizmetine ilişkin bulunsa da, bunun idarenin üstün yetkilerle donatıldığı anlamına gelmeyeceğine ve ilaç temini sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir²⁹⁹.

²⁹⁷ Gülan, kamu gücü ayrıcalıklarını, özellikle özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin tespitinde vazgeçilmez bir unsur olarak görenlerin görüşlerine karşı, kamu gücü ayrıcalıklarının kamu hizmetinin bir unsuru olamayacağı, kamu hizmetinin bir sonucu olacağı görüşündedir; GÜLAN (Kamu Hizmeti...).

²⁹⁸ “elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılmakta ve bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirlemektedir. Bu açıdan, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bulunan abonman sözleşmeleri...”; D13D, E.2012/1871, K. 2013/276, KT.06.02.2013, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; Benzer yönde karar için bkz;D8D, E.1992/3333, K. 1994/79, KT.13.11.1994, emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; D8D, E.1994/4339, K. 1995/2783, KT.02.10.1995, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

²⁹⁹ “İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi; kamu hizmetine ilişkin bulunsa da

Danıştay, bazı kararlarında ise, sözleşmenin kamu hizmeti niteliğini kararında değerlendirmeye tabi tutmamaktadır. Örneğin; Danıştay idarenin taraf olduğu yapım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar verirken, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olup olmadığını tartışmamıştır³⁰⁰.

Bu hususta; son yıllarda Danıştay'ın ilaç temini sözleşmeleri ve protokolleri ile ilgili olarak verdiği kararlar³⁰¹ ile Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği³⁰² ve

idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır.”; UYM, E.2008/104, K.2009/103, KT.04.05.2009; kararlar.uyusmazlik.gov.tr; e.t. 20.11.2017; Benzer yönde karar için bkz. UYM, E.2012/131, K.2013/471, KT.08.04.2013; kararlar.uyusmazlik.gov.tr; e.t. 20.11.2017; Yargıtay da, bu protokolleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemiştir; “...protokol hükümleri...idari sözleşmeler kapsamına girmemektedir...anılan protokol idarenin ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içermemekte, akdin diğer tarafı yönünden serbest iradeye dayanmaktadır...”;YHGK, E.2003/4-693, K.2003/740, KT.10.12.2003; emsal.yargitay.gov . tr; e.t. 20.11.2017.

³⁰⁰ 24.05.1939 tarihli kararın hüküm kısmında Danıştay, adli yargının görevli olduğuna ilişkin sözleşme hükmünü de belirttiğinden, bu kararda görev hükmüne ilişkin, kararın verildiği dönemdeki içtihatlar doğrultusunda nitelik tespiti yaptığını düşündürmüştür.; “...Hadise, hukuku hususiye sahasına dahil bir mukavelename hükmünün yerine getirilmemesinden mütevellid olup, esasen idareye fesih selâhiyeti mezkûr mukavelenamenin 7 inci maddesile tanınmış ve 11 inci maddesile de mukavelenamenin tatbikatından mütevellid davaların Yozgat mahkemesinde görüleceği tasrih edilmiş olduğundan davanın vazife noktasından reddine...”; D5D, E. 1939/1038, K. 1939/822, KT. 24.05.1939, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 10, 1939; Ayrıca, bkz. : “PTT ile yaptığı idari sözleşmeyle yer altı telefon kablo güzergahı yapımı taahhüt işini yüklenen belediyenin, taşeronu olan ilgili ile yaptığı sözleşme, idarenin özel hukuk sözleşmesi olup özel hukuk hükümlerine tabidir”; D9D, E.1987/531, K. 1989/822, KT.14.03.1989, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

³⁰¹ “...Bu durumda, taraflar arasında kamu gücü kullanılarak ve kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılmış olmayan özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan ...”; D10D, E.2009/3618, K.2009/8007, KT. 15.09.2009; (Yayımlanmamıştır); İdare ile eczaneler arasında yapılan ve ilaç teminine yönelik sözleşmeler Danıştay'ın eski tarihli kararlarında özel hukuk sözleşmesi sayılmış olmakla birlikte; sosyal güvenlik kurumlarının SGK çatısı altında birleşmesinin ardından, kurumların tek tek eczanelerle sözleşme yapması usulü ortadan kaldırılarak, SGK ile Türk Eczacılar Birliği arasında protokol imzalanmaya başlamıştır. Danıştay 15. Dairesi, ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmış olduğu yakın tarihli uyuşmazlıklarda, Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacılar Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol ile ilgili uyuşmazlıkları karara bağlamıştır.

Bu kararlardan birinde Danıştay savcısı, bu protokollerin idari sözleşme olduğunu ve bu sebeple iptal davasına konu olamayacağını belirtmiştir. Danıştay 15. Dairesi ise, protokolün idari sözleşme niteliğinde olup olmadığını tespit etmeksizin, protokolün bazı maddelerinin iptaline karar vermiş ve kararında birçok mevzuat hükmüne de atıf yapmıştır. Diğer kararlarından farklı olarak, bu kararında Danıştay eczacıların birer sağlık hizmeti sunucusu olduklarına karar vermiştir; “...Sözü edilen Yasa hükümlerine göre, eczanelerin birer sağlık hizmeti sunucusu olduğu, davalı kurumun eczaneler ve diğer sağlık hizmeti sunucuları ile sözleşme veya protokol yapmak suretiyle sağlık hizmeti satın aldığı ve böylece dava konusu protokolün kapsamında bulunan kişilerin sağlık hizmetlerinin karşılanması yoluna gidildiği hususunda bir duraksama bulunmamaktadır...”; D15D, E.2013/3072, K.2014/3946, KT. 20.05.2014; D15D,E.2013/3077, K.2014/3947, KT. 20.05.2014; (Yayımlanmamıştır). Eczacıların birer sağlık hizmeti sunucusu olmaları, aynı zamanda ilaç teminine ilişkin

Kimlik Paylaşım Sistemi Üzerinden Alınan Bilgilerin Ücretlendirilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Tebliğ³⁰³ uyarınca yapılmış olan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğuna dair vermiş olduğu kararlarında³⁰⁴ da, sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliği hiçbir şekilde değerlendirilmemiştir. Bununla birlikte; ilaç teminine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasına gerekçe olarak sözleşme ilişkisinde tarafların eşit olması gösterilmişken; kimlik paylaşımı sözleşmeleri ile ilgili olarak hiçbir gerekçe belirtilmemiştir.

Danıştay, halde yapılan yer tahsis işleminin idare ile yararlananlar arasında idari sözleşme niteliği taşıdığına ilişkin 30.04.1986 tarihli³⁰⁵ kararında da, konusu kamu malından yararlanma olan sözleşmelerin idari nitelikte olduğuna karar vermiş ve kamu hizmeti ölçütünü değerlendirmemiştir³⁰⁶.

sözleşmelerin konusunun da, sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilişkisini ortaya koymakta olduğu halde, Danıştay'ın ilaç temini sözleşmeleri açısından, yerleşik içtihatlarından sapma gösteren bir içtihat ortaya koyduğunu göstermektedir; Danıştay 15. Dairesi'nin, uyuşmazlığa konu protokollerin iki tarafının da idare olduğu idari sözleşmeler olduğunu, uyuşmazlığa bakarak kabul etmiş olduğu düşünülebilse de; Danıştay 15. Dairesi daha sonraki kararlarında, söz konusu protokollerin düzenleyici işlem olduğunu tespit ederek, uyuşmazlıkları karara bağlamıştır “...Kamu tüzel kişiliğini haiz ve genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ilaç ve diğer sağlık hizmetlerini karşılamakla yükümlü olan Sosyal Güvenlik Kurumu ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türk Eczacıları Birliği'nin, ilaç teminine ilişkin usul ve esasları belirledikleri protokolün düzenleyici işlem olduğu...”; D15D , E.2013/2608, K.2016/2399, KT. 08.04.2016; (Yayımlanmamıştır).

³⁰² RGT. 08.12.2006, RGS. 26370.

³⁰³ RGT. 21.09.2006, RGS. 26296.

³⁰⁴ “...İdarenin, davacı ile Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği ve 21.09.2006 tarih ve 26296 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kimlik Paylaşım Sistemi Üzerinden Alınan Bilgilerin Ücretlendirilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Tebliğ uyarınca 04.12.2006 tarihinde yapmış olduğu sözleşmenin, idarenin özel hukuk alanında gerçekleştirdiği bir hukuksal işlem olduğu ...”; D10D, E.2010/4765, K.2013/9322, KT. 23.12.2013; Benzer karar için bkz.; D10D, E.2012/7223, K.2015/5401, KT. 30.11.2015; (Yayımlanmamıştır).

³⁰⁵ “...kamu emlakinden yararlanma konusunda idare ile yararlananlar arasında yapılan bir idari sözleşme niteliği taşıdığı...”; D9D, E.1985/823, K. 1986/1746, KT.30.04.1986; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

³⁰⁶ Doktrinde de, konusu bir kamu malından yararlanma olan sözleşmelerin idari nitelik taşıdığını kabul eden görüşler bulunmaktadır; Bkz.GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s. 219-220; YAYLA, s. 168.

Bu doğrultuda verilebilecek bir başka örnek; bir sonraki başlıkta da inceleneceği üzere, Danıştay'ın IPARD³⁰⁷ fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmeleri, kamu gücü ölçütüne göre idari sözleşme olarak nitelendirdiği ve bu sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını değerlendirmemiş olduğu kararlarıdır³⁰⁸.

Görüldüğü gibi; sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olmasına ilişkin koşul, idarenin tüm sözleşmeleri açısından aynı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır. Bunun dışında, kamu hizmeti ölçütünün aşağıda örneklere çalışılan şekilde sorunlara yol açtığı da gözlemlenmiştir.

c. Ölçütü İlgili Sorunlar

Kamu hizmeti kavramındaki muğlaklık ve günümüzdeki gelişmelerle, bu kavramın daha da zor anlaşılır hale gelmiş olması, çalışmanın ilk kısmında belirtilmiş olduğu gibi, kamu hizmeti ölçütünün, idari sözleşme niteliğini belirlemedeki ilk sorunu³⁰⁹ olmakla birlikte, ölçütün içtihatlardaki ele alınışı incelendiğinde, kamu hizmeti ölçütü daha karmaşık hale gelmektedir. Zira; idari sözleşme niteliğinin değerlendirildiği tüm kararlarda olmasa da, özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin ölçütleri dikkate alınarak değerlendirme yapılan yargı kararlarında, aşağıdaki başlıklarda açıklanacak olan sorunlar ortaya çıkmaktadır.

³⁰⁷ “IPARD, Avrupa Birliği'nin Ortak Tarım Politikası, Kırsal Kalkınma Politikası ve ilgili politikalarının uygulanması ve yönetimi için uyum hazırlıklarını ve bu kapsamda politika geliştirilmesini desteklemeyi amaçlamaktadır. IPARD desteğinin 2014-2020 dönemini içeren çok yıllık “Kırsal Kalkınma Programı” kapsamında uygulanması gerekmektedir. Bu süreçte Avrupa Komisyonu ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilecek destek programları uygulanacaktır”; www.ipard.gov.tr; e.t.05.12.2017.

³⁰⁸ D10D, E. 2016/3099, K. 2016/4300, KT. 05.12.2016; (Yayımlanmamıştır)

³⁰⁹ YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY da, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine katılmak olmasının idari sözleşme niteliğini belirlemede yetersiz olduğu ve idareye tanınan kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmeye idari nitelik vereceği hususunda görüş bildirmişlerdir; YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY, Özge, İdare Hukuku II, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 80.

aa. Sözleşmenin Süresinin Önemi/Önemsizliği

Yargı kararlarında, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkisi belirlenirken, aynı zamanda bu kamu hizmetinin “uzun süreli” ya da “sürekli bir kamu hizmeti” olması gerekliliği de birlikte aranmaktadır.

Sözleşmenin uzun süreli olmasına ilişkin koşula, ayrıca, eski tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında yer verilmiş olup³¹⁰, günümüzde Uyuşmazlık Mahkemesi bu içtihadını değiştirmiştir³¹¹. Danıştay açısından ise, uzun süreli bir idari sözleşme koşulu sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi tanımının yapıldığı kararlarda yer almaktadır. Bu koşulun, idari sözleşmelerden sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin ya da benzer nitelik taşıyan sözleşmelerin niteliği belirlenirken dikkate alınması anlamlı sayılabilir. Zira; Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelediği yap-işlet-devret sözleşmeleri ile yap-işlet sözleşmeleri ve diğer görev sözleşmelerinin tümünün uzun süreli sözleşmeler olacağı, ilgili mevzuat hükümlerinde de yer almaktadır³¹².

Ancak; süre koşulunun tüm idari sözleşmeleri niteleyemeyeceği açıktır. Zira; idarenin kısa süreli ve fakat sözleşmenin karşı tarafı ile eşit koşullar altında olmadığı bir sözleşme ilişkisinin idari sözleşme olarak nitelenemeyeceğini söylemeyi gerektiren bir mevzuat hükmü ya da içtihat bulunmamaktadır. Aksine, örneğin idari hizmet sözleşmeleri, 1, 2 ya da 3 yıl gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ya da benzer nitelikteki sözleşmelere göre oldukça kısa süreler için yapılmaktadır.

Bu sebeple; sözleşmenin süresinin uzun ya da kısa oluşu, sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi noktasında ölçüt

³¹⁰ Bu hususta bkz.; BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 100, 111.

³¹¹ Örnek karar için bkz: “İdari sözleşmeler, taraflarından en az birisi bir kamu tüzel kişisi olan ve bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve/veya özel hukuku aşan birtakım hükümler içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.”; UYM, E.2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t. 22.06.2018.

³¹² 3096 sayılı Kanun md. 7’ye göre 99 yıl; 3465 sayılı Kanun md.5/2’ye göre 49 yıl; 3996 sayılı Kanun md. 7’ye göre 49 yıl; Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (RGT. 29.08.1997, RGS.23095) md. 4/g’ye göre 20 yıl.

değeri taşımayan bir koşuldur. Zira; idarenin oldukça uzun süreli olan ve fakat kanunen özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilen sözleşmeleri de bulunmaktadır.

Danıştay, günümüzde genellikle, idari sözleşmelere ilişkin olarak, sözleşmenin uzun süreli olması şartını değil, sözleşmenin konusunun “*sürekli bir kamu hizmeti*” olması şartını aramaktadır. Danıştay’ın bu içtihadının da, günümüzde, Anayasa’nın 128. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “...*kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*” hükmünün yorumuyla, idari hizmet sözleşmeli personel için geçerli olabileceği düşünülebilecek olsa da; günümüz yargı içtihatlarında genellikle idari hizmet sözleşmesi niteliğini belirlemede kamu hizmetine ilişkin değerlendirmeler yapılmamakta, bu yönde değerlendirme yapılsa bile kamu hizmetinin sürekliliğine ilişkin değerlendirme yapılmamaktadır. İdari hizmet sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler açısından ise, yürütülen kamu hizmetlerinden hangilerinin “*sürekli*” sayılacağına ilişkin tek bir belirleme yapılamayacağı da ortada olduğu gibi; borçlar hukukuna tabi sözleşmeler de, sürekli sözleşmeler şeklinde olabileceği gibi, ani sözleşmeler şeklinde de olabilmektedir³¹³.

Bu sebeplerle; Danıştay içtihatlarında aranan süreklilik şartı da, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmeye yetecek bir şart olarak kabul edilmemelidir.

bb. Sınai ve Ticari Kamu Hizmeti-Ticari Faaliyet

Danıştay kararlarında, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkisi kurulurken, başvuru bir başka ölçüt, sözleşme konusunun “*ticari faaliyet*”e ilişkin olmamasıdır³¹⁴. Ancak; idarenin hangi faaliyetlerinin ticari faaliyet sayılabileceği hususu açık olmayıp, bu kavram idarenin sunduğu sınai ve ticari kamu hizmetleriyle karıştırılmaya oldukça müsaittir. Bu sebeple; idarenin “*sınai ve ticari kamu hizmetleri*” ile “*ticari faaliyetleri*” kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir.

³¹³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2015, s. 213.

³¹⁴ Örnek karar için bkz. “...*Davacı tarafından davalı idare ile yapılması talep edilen sözleşmenin tarafların serbest iradesine dayalı ticari nitelikte olduğu ...*”; D6D, E. 2000/123, K. 2000/2610, KT. 08.05.2000; (Yayımlanmamıştır).

İdare hukuku doktrininde, kamu hizmetinin konusuna göre yapılan tasnifte yer alan türlerden biri olan sını ve ticari kamu hizmeti kavramı ile bir özel hukuk kavramı olan ticari faaliyet kavramını birbirinden ayırabilmek kolay değilse de; sını ve ticari kamu hizmetleri ile ilgili olarak belirtilmesi gereken en önemli husus, özel faaliyetlere benzemekte olsalar da, bu hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini kaybetmedikleri ve her iki alana ait özellikleri de taşımaları sebebiyle, hem kamu hukuku hem de özel hukuk rejimine tabi olduklarıdır³¹⁵.

Sını ve ticari kamu hizmetleri, işleyişleri ve dış ilişkileri bakımından özel hukuk kurallarına tabidirler³¹⁶. Bu bağlamda, günümüzde çoğunluk görüşü, sını ve ticari kamu hizmetleri ile yararlananlar arasındaki ilişkinin³¹⁷, özel hukuk sözleşmesi sayılan abonman sözleşmeleri ile gerçekleştiği yönündedir³¹⁸. Abonman sözleşmelerine ilişkin bu kabul, içtihatlarda ve doktrinde benimsenen genel eğilim olsa da, aslında abonman sözleşmelerinin idari niteliğinin daha ağır bastığını söylemek mümkündür³¹⁹.

³¹⁵ DURAN (İdare Hukuku), s. 318-319; AZRAK, Ali Ülkü, “Millileştirme ve Kamu hizmeti”, İÜHFİM, C. XXXVI, S. 1-4, Ord. Prof. M. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 45; GÜLAN (Kamu Hizmeti...), s. 152.

³¹⁶ GÜNDAY, s. 339.

³¹⁷ Genel kabul bu yönde olsa da; Duran, Yargıtay’ın kamu hizmetlerinden yararlananlar ile idare arasında akdedilen sözleşmelerin sadece sını ve ticari nitelikteki kamu hizmetleri değil, idari kamu hizmetleri açısından da özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiği yönündeki içtihatlarını eleştirmiştir. Gerçekten de bu kararlardan biri (Y13HD, E. 1982/6438, K. 1982/6996, KT. 18.12.1982) idari kamu kurumu olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ile çiftçi arasında yapılan ve su sağlanmasına yönelik sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğine ilişkindir; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz; DURAN, Lûtfi, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar(III)”, AİD, S. 18/4, 1985, s. 63-68; Yargıtay’ın bu tutumu, sını ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinin algılanışındaki karmaşayı da açıkça göstermektedir.

³¹⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 478; Bilgen, abonman sözleşmelerinin tarafı olan iktisadi devlet teşekküllerinin yürütmekte oldukları kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin kanunen özel hukuk sözleşmesi sayıldığını; zira bunların kuruluş kanunlarında dış ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tabi olacaklarının belirtilmiş olduğunu gerekçe göstererek açıklamaktadır; BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 104.

³¹⁹ Doktrinde, abonman sözleşmelerinin idari nitelik taşıdığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Duran, 23.03.1962 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararını incelemiş olduğu çalışmasında, abonman sözleşmelerinin idari nitelik taşıdığını şu sözlerle ifade etmiştir: “...Yargıtay, *Tevhid i İctihat Kararında. Borçlar Kanununun mezkûr maddelerine istinat etmekle abonman mukavelesinin alelade bir hususi hukuk akdi olduğunu zımnen kabul etmiş ise de; hakikati halde bu nevi âmme hizmetlerinde istifadeyi temin eden mukaveleler idarî mahiyettedir. Sadece, ameli mülâhazalarla ve bir takım yakıştırma mucip sebeplerle bu çeşit akitlerden*

Bununla birlikte; sını ve ticari kamu hizmeti sunan idari birimlerin, abonman sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi sayılacağıın peşinen kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Doktrinde de, sını ve ticari kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi amacıyla yapılan sözleşmelerin hukuki rejiminin idari olduğu belirtilmiş³²⁰; hatta bu kamu hizmetlerine uygulanacak kamu hukuku kurallarına örnek olarak, idari sözleşme yapma yetkisi de gösterilmiştir³²¹.

Danıştay 1. Dairesi'nin, 2008 yılında vermiş olduğu istişari görüş³²², yukarıda açıklanmaya çalışılan karmaşayı ortaya koymaktadır. Danıştay 1. Dairesi, "*Kaynak Suyu İşletme ve İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı*" hakkında düşünce bildirilmesi istemini içeren yazıya cevap olarak, sözleşmenin adının imtiyaz sözleşmesi olarak belirtilmiş olmasının, sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesine yetmeyeceğini ve imtiyaz sözleşmelerinde mutlaka bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi amacı bulunması gerektiğini, söz konusu sözleşmenin ise ticari faaliyete ilişkin bir sözleşme olduğunu bildirmiştir. Oysa, bu karara konu sözleşme, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasında, belediyenin yetkileri arasında gösterilen "*kaynak suyu işletmek veya işlettirmek*" yetkisine ilişkin olup, aynı maddenin 2. fıkrasında da bu yetki, imtiyaz yöntemiyle gördürülebilecek faaliyetlere ilişkin yetkiler arasında sayılmıştır. Danıştay, kararında bu hususu da belirtmiş, bununla birlikte söz konusu imtiyaz sözleşmesine ilişkin belediye meclisi kararında, "*Olayın hareket noktasını teşkil eden 4.1.2008 günlü ve 1/10 sayılı Meclis kararında, 400 Lt/sn debili içme suyu kaynağının 7 Lt/sn'lik kısmının 40 yıl süreyle imtiyaz ve üst kullanım hakkının kiraya verilmesi için Belediye Encümenine yetki verilerek ihaleye*

mütevellit ihtilâfların Adliye Mahkemeleri tarafından rüyet ve haledilmesi Fransız Jürisprüdans ve Doktrini tarafından tensip ve terviç edilmiştir..."; DURAN, Lûtfi, Mahkeme Kararları Kroniğı, İÜHFM, C. XXVIII, S. 1, 1962, s. 301; Onar, abonman sözleşmelerinin şart idari işlemler olduğunu savunmuştur: "*Yani mevcut umumî hukukî durum bir şart-tasarrufla fert ve idare arasında hukukî rabita husule getirmiş ve fert lehine sübjektif bir ämme hakkı doğurmuştur; araya giren ikinci ferdî tasarrufun mahiyet ve hükmü bundan ibarettir. Yoksa akit taraftarlarının iddia ettikleri gibi akdî bir durumun yani ferdî bir hukukî durumun husule geldiğı fikri hukukî ve iktisadî vaziyetlere ve realitelere uymamaktadır.*"; ONAR (C.I), s. 524.

³²⁰ KARAHANOGULLARI (Kamu Hizmeti...), s. 298.

³²¹ GÜNDAY, s. 339.

³²² D1D, E.2008/744, K.2008/834, KT.03.07.2008, www.hukukturk.com; e.t.11.07.2018.

*çıkarılmasına şeklinde karar alındığı, böylece, “imtiyaz ve üst kullanım hakkı ifadeleriyle” su kaynağının belediyeye ait olduğunun ve belediyenin tekelinde bulunduğu anlatılmaya çalışıldığı, ihalenin ise kiraya vermek üzere yapıldığı”*nı belirterek, bu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşımadığına ve sadece pet su şişeleme tesisi kurularak piyasaya sürülmesini konu alan, ticari nitelikte bir sözleşme olduğuna karar vermiştir.

Danıştay 1. Dairesi'nin söz konusu kararından anlaşıldığı üzere, sözleşme konusu kolaylıkla, sınıai ve ticari nitelikte bir kamu hizmeti, üstelik sözleşme süresi 40 yıl olarak belirlendiği için, *sürekli/uzun süreli* bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilme potansiyeline sahiptir. Zira; sözleşme konusu sadece pet su şişeleme tesisi kurularak işletilmesini içeriyor olsa da, bu faaliyetin, kaynak suyu işletirme kapsamına alınıp alınmayacağı tartışılabilir nitelikte olup; bu durum ticari faaliyet kavramının idarenin sözleşmeleri açısından sorunlu bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu doğrultuda şunları belirtmek gerekmektedir:

İdarenin, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla sözleşme ilişkisine girdiği durumlarda; değişmeyen gerçeklerden biri, idarenin amacının kamu hizmetinin yürütülmesi, özel hukuk kişinin amacının ise ticari faaliyette bulunmak olduğudur. Bu durum, idari sözleşmeler açısından da, idarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından da aynıdır. 6102 sayılı Kanun³²³,un 3. maddesinde yapılan ticari iş tanımı da, oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır: *“Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”*.

Değişmeyen diğer gerçek ise, idarenin hep kamu yararının temsilcisi, özel hukuk kişinin de hep tacir olarak sözleşmenin taraflarını oluşturuyor oldukları ve idarenin hiçbir zaman sadece ticari faaliyette bulunamayacak olmasıdır³²⁴. Doktrinde

³²³ Türk Ticaret Kanunu, RGT. 14.02.2011, RGS. 27846.

³²⁴ DURAN (...Mülahazalar (III)), s. 66; *“...idare hukuku , özel hukukun sahip olmadığı ve asla sahip olamayacağı iki büyük güce sahiptir. Bunlar kamu gücü ve kamu yararidir. İdare hukuku devlet gücünü kullanarak toplum yararı için çalışır. Bu itibarla idare hukukunun arkasında devlet ve toplum vardır, özel hukukta olduğu gibi tacir, kiracı, alacaklı yoktur ...”*; ÇAKMAK, N. Münci, *“İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi”*, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s.714.

de; bir kamu hizmeti kategorisi olarak kabul edilen sınai ve ticari kamu hizmetlerinde idarenin asıl amacının kâr elde etmek olamayacağı³²⁵ haklılıkla savunulmuştur. Aksi bir düşünce, idare hukukunun ve idari rejimin varlığını anlamsız hale getirmektedir.

Bununla birlikte, idare hukuku doktrininde idarenin ticari nitelikte faaliyetlerde bulunabileceğinin ve bu alanda yapmış olduğu sözleşmelerin özel hukuk kurallarına tabi olacağına kabul ediliyor oluşu ve 6102 sayılı Kanun'da idarenin tacir olabileceğinin açıkça kabul edilmesi³²⁶ karşısında, yukarıdaki açıklamalar zayıflar görünse de, idarenin hangi faaliyetlerinin ticari faaliyet sayılacağı hususunda objektif bir kriter belirlemenin imkansızlığı karşısında, yargı organınca idarenin sözleşmesinin niteliği belirlenirken, salt sözleşme konusuna bakılarak karar verilmesi yetersiz bir değerlendirme yapılmasına sebep olmaktadır.

Bu sebeple; Danıştay kararlarında belirtilmiş olan bu şart sözleşmenin niteliğini tek başına belirlemeye yetecek bir ölçüt olmaktan çok uzaktır. İdarenin sözleşmesinin konusunun ticari nitelikte olduğunu belirleyebilmek için, sözleşme hükümleriyle idarenin, kendisini sözleşmenin diğer tarafıyla eşit duruma getirip getirmediğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

Aksi takdirde, sınai ve ticari nitelikte bir kamu hizmetini özel hukuk kişisine gördürmek amacıyla sözleşme yapan idarenin sözleşmesinin niteliği kolaylıkla özel hukuk sözleşmesi olarak sayılabilecektir. Günümüzde, özel hukuk kişileri ile idarenin benzer alanlarda faaliyet gösteriyor olması, paragrafın başında da belirtilmiş olduğu gibi, bu iki kavramın birbirinden ayırt edilebilmesini oldukça zor bir hale getirmiştir.

³²⁵ KARAHANOĞULLARI (Kamu Hizmeti...), s. 302; DURAN (İdare Hukuku...), s. 318; AZRAK, sınai ve ticari kamu hizmetlerini sunan teşebbüslerle ilgili olarak şunları söylemiştir: *"Millileşmiş teşebbüslerin kollektif ihtiyaçların sürekli ve en iyi şekilde tatmini amacıyla saparak, bir kapitalist kuruluş gibi, özel teşebbüslerle ticari rekabet rejimi içersine girmesi, bunların kuruluş amacına da aykırı olacağından, böyle bir davranış aleyhine ilgililerin, idari yargı mercilerine başvurabileceklerinde şüphe yoktur."*; AZRAK (Millileştirme...), s. 78.

³²⁶ 6102 sayılı Kanun- md. 16/1'e göre; kamu tüzel kişileri, kuruluş kanunlarında özel hukuk hükümlerine tabi olacakları belirtildiği takdirde, tacir sayılmaktadır.

cc. Tekel Niteliğinde Kamu Hizmeti-İmtiyazcıya Tanınan Tekel Hakkı

Danıştay, sözleşme konusunun kamu hizmeti ile ilişkisini kurarken, sözleşme konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olmasını sözleşmeye idari nitelik veren bir başka ölçüt olarak kullanmaktadır. Bu kararlarda; tekel niteliğindeki kamu hizmetleri, yukarıdaki başlıkta anlatılmış olan, sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinin zıddı olarak belirtilmiştir.

Örneğin; Danıştay 10. Dairesi, 05.12.2008 tarihli kararında; idarenin ticari ve sınai nitelik taşımayan ve tekel niteliğindeki hizmetleri için yapacağı sözleşmelerin idari sözleşme sayılması gerektiğini belirtmiştir³²⁷. Benzer şekilde; yukarıda da açıklanmış olan bayilik sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olduğunu tespit eden Uyuşmazlık Mahkemesi de, sözleşme konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmeti oluşunu vurgulamıştır³²⁸.

Bu yöndeki içtihatlar, imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi içinde, imtiyaz sahibine tanınan tekel hakkı göz önünde bulundurularak ortaya çıkmış olsa da, sözleşmenin konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmetine ilişkin olması durumu ile imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibine tanınan bir hak ve ayrıcalık olarak ortaya çıkan tekel hakkının aynı şeyi ifade etmediğini belirtmek gerekmektedir. Zira; sözleşme konusu tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olmasa dahi, kamu hizmetini tekel olarak yürütme hakkı, imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibinin rekabete karşı korunmasını sağlamak üzere, imtiyaz sahibine tanınabilmektedir. Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerinin konusunun mutlaka tekel niteliğinde bir kamu hizmetine ilişkin olması gerekmemektedir³²⁹.

³²⁷ “...uyuşmazlığa konu iş, Yasanın yukarıda aktarılan istisna hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek ticari ve sınai faaliyet niteliğindeki bir iş olmayıp, tekel olarak yürütülen yükleme işine ilişkin bulunmaktadır...dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan idare mahkemesine gönderilmesine, dava konusu idari sözleşme yönünden oyçokluğuyla,...”; D10D, E.2006/6812, K.2008/8819, KT.05.12.2008; (Yayımlanmamıştır).

³²⁸ “...bayilik sözleşmesinin, yasayla tekel olarak kamu idaresine verilmiş bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme olduğu açıktır...”; UYM, E.2010/73, K.2011/6, KT.07.02.2011, RGT.14.10.2011, RGS.28084 (Mükerrer); www.resmigazete.gov.tr; et. 30. 11. 2017.

³²⁹ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 78-80.

İmtiyaz sözleşmeleri için dahi kabul edilen bu görüş doğrultusunda, bu alandaki diğer idari sözleşmelerin konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olup olmamasının ölçüt olarak kabul edilemeyeceğini söylemek gerekmektedir. Sözleşmenin konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmetine ilişkin olması, sözleşmenin idari sözleşme sayılması için bir karine değeri taşısa da; sözleşmede taraflar arasında eşitlik gözlemleniyorsa, sözleşme idari niteliğini kaybedecektir.

Ayrıca; bu kararların dayanağını oluşturabilecek mevzuat hükmü olan 4046 Sayılı Kanun'un 15. maddesinde, sadece kamu iktisadi kuruluşlarının değil, diğer idari birimlerin de ve fakat sadece tekel niteliğindeki faaliyetlerinin imtiyaz yöntemiyle özel hukuk kişilerine gördürülebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, sadece tekel niteliğindeki faaliyetleri ve sadece imtiyaz yöntemini öngörmekte olup, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi alanını daraltmıştır³³⁰. Bu durumda; tekel niteliği taşıyan faaliyetler idari sözleşmelerden sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine konu olabilecektir³³¹.

Tekel niteliği taşımayan faaliyetlerin ise, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi dışındaki idari sözleşmelerin konusunu oluşturması kanun hükmüyle yasaklanmamış olduğundan; sözleşme konusu ticari nitelikte kabul edilse ya da sözleşme konusu tekel niteliğinde bir kamu hizmetine ilişkin olmasa da; eğer sözleşme ilişkisinde taraflar arasındaki eşitlik, mevzuat ya da sözleşmede yer alan hükümlerle idare lehine bozulmuşsa, sözleşmenin idari sözleşme sayılması gerekmektedir.

³³⁰ TAN (İdari Sözleşme...), s. 301; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 79.

³³¹ Bu hükümlerin tam bir yorumunu Danıştay, yakın tarihli bir kararında şu şekilde yapmıştır: “ Kamu iktisadi kuruluşları, tekel niteliğindeki hizmetleri yerine getirmekte olup, bu hizmetler özel hukuk kişilerine ancak imtiyaz sözleşmesi imzalanmak suretiyle gördürülebilecektir. DHMİ'nin kamu iktisadi kuruluşu olarak tekel niteliğindeki havaalanlarının işletilmesi, meydan yer hizmetlerinin yapılması, hava trafik kontrol hizmetlerinin ifası, seyrüsefer sistem ve kolaylıklarının kurulması ve işletilmesi, bu faaliyetler ile ilgili diğer tesis ve sistemlerin kurulması, işletilmesi ve modern havacılık düzeyine çıkarılması hizmetlerini yerine getirmek için kurulduğu, 4046 sayılı Kanun'un aktarılan hükmü gereğince faaliyet alanı imtiyaz addolunacağından, bu hizmetin üçüncü kişilere gördürülmesinin de ancak imtiyaz sözleşmesi yapmak suretiyle mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”; D13D, E.2014/35, K. 2017/691, KT.17.03.2017, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

dd. Kamu Hizmetinin Yürütülmesi-Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Amacıyla İhtiyaç Duyulan Edimler

Doktrinde; idarenin kamu ihaleleri, bir başka deyişle özel hukuk sözleşmeleri yapma yoluna gitmesindeki amacının kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ihtiyaç duyulan edimlerin temin edilmesi olduğu ifade edilmektedir³³².

Ancak; nelerin kamu hizmetinin yürütülmesi, nelerin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla ihtiyaç duyulan edimlerin temin edilmesi sayılacağını belirleyebilmek kolay değildir.

Bilindiği gibi, 4734 sayılı Kanun'un kapsamına, idarenin mal ve hizmet alımları ile yapım sözleşmeleri girmektedir. İdare hangi işleri, 4734 sayılı Kanun hükümlerine başvurmak suretiyle özel hukuk sözleşmesi sayılan yapım sözleşmesi ile hangilerini imtiyaz sözleşmesi ile ya da imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımayan bir idari sözleşme ile yapacaktır? 4734 sayılı Kanun, idarenin yapım sözleşmesini, idari bir sözleşme ile yapabilmesine engel midir?

Öncelikle; 4734 sayılı Kanun'a göre ihale yöntemine başvurularak yapılan sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun'a göre özel hukuk sözleşmesi sayılacağını ve fakat idarenin 4734 sayılı Kanun dışında kalan ihale usullerine başvurarak ya da ihale usulüne başvurmadan yapacağı sözleşmelerin nitelik değerlendirmesinde esas ölçütün, sözleşme ilişkisinde tarafların eşitliği/eşitsizliği olduğuna ilişkin değerlendirme tekrar edilmelidir. O halde, idare ihale yöntemine başvurmaksızın bir müteahhitle yapım sözleşmesi yapar³³³ ve sözleşmede idare lehine kamu gücü

³³² BUZ, s. 125.

³³³ 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan çok sayıda istisna iş arasında farklı alanlarda yapılacak olan mal ve hizmet alımı ile yapım sözleşmeleri (ÖR: md.3/u: "(Ek: 6/2/2014-6518/45 md.; Değişik: 18/6/2017-7033/73 md.) Yenilik, yerleşme ve teknoloji transferini sağlamaya yönelik sanayi iş birliği uygulamalarını içeren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri", md.3/b: "(Değişik: 20/11/2008-5812/1 md.) Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine Cumhurbaşkanlığı veya ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri") bulunmaktadır. Bu hükümlerde sayılan istisnaların, ceza ve ihaleden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadıkları belirtilmiştir. Bu durumda, burada sayılan istisnalar arasında yer alan bir yapım işine ilişkin sözleşmenin karşı tarafı 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenmeyeceğinden, söz konusu sözleşmenin, 4735 sayılı

ayrıcılıkları tanınmış olursa, yapılan sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğu önermesinde bulunmak mümkündür.

Ayrıca; 4734 sayılı Kanun ile 2886 sayılı Kanun arasında temel fark olarak kabul edilen, ilkinde kamunun para harcaması yapması gereken işlerin, ikincisine kamuya gelir getirici işlerin dahil olduğu kabulü³³⁴ karşısında, yapılan sözleşmede kamunun para harcama yükümlülüğü altına girmemesi durumunda, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması zorunluluğunun bulunmadığını^{335 336} da söylemek mümkündür.

Bu doğrultuda; idarenin yapım sözleşmesi söz konusu olduğunda, bu sözleşmenin konusu 4734 sayılı Kanun hükümlerine başvurulmadığı takdirde; kamu hizmetinin yürütülmesi sayılabilecekken; bu yapım sözleşmesinde 4734 sayılı Kanun

Kanun gereğince, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmeyeceği de açıktır. Kaldı ki; doktrinde yer alan ve kamu ihaleleri açısından bildirilmiş olan idarenin bir ihtiyacının temini için ihale yöntemine başvurup başvurmayacağı hususunda serbest olduğu yönünde, Buz tarafından belirtilen görüş (BUZ, s. 128) göz önüne alındığında, idarenin ihale yöntemine başvurmaksızın yapım sözleşmesi yapabileceği de söylenebilir.

³³⁴ UZ, Abdullah, “İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamı Ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: “İDDAA” Örneği”, AÜHFD, C.57, S.1, 2008, s. 186.

³³⁵ Doktrinde bu durum, idarelerin yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından tartışılmış ve bu sözleşmelerde kamu harcaması yapılmadığı için 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekeceği söylenebilse de, son tahlilde bu sözleşmelerde de müteahhite arsa verilmesi suretiyle kamu kaynağının kullanımı söz konusu olduğundan, bu sözleşmelerin 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gereken bir yapım sözleşmesi olarak da değerlendirilebileceği belirtilmiş ve bununla birlikte Kamu İhale Kurumu’nun bu hususta, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına karar verdiği belirtilmiştir; UZ, s. 187-189.

³³⁶ “Hazineye ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almamaktadır”; (Kamu İhale Kurumu’nun (Kamu İhale Kurulunun 10.04.2003 tarih ve 2003/DK.D-115 sayılı kararı), UZ, s. 189; ayrıca bu hususta bkz. Kamu İhale Genel Tebliği (RGT.22.08.2009, RGS 27327)-.md.3.1: “Kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır”. Söz konusu tebliğin (md.3.2: “Kamu kaynağı kullanılmayan, bedeli okul idaresi tarafından ödenmeyen ve sadece talep edenlerin faydalandığı öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımları, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır”; md.3.3:“İdarelere Kanun kapsamı dışındaki kişilerin tasarrufunda bulunan kaynaklardan yapılacak şartlı bağışlarda, bağış şartlarının 4734 sayılı Kanunun uygulanmasını olanaksız hale getirmesi halinde, söz konusu bağış miktarı ile sınırlı olarak yapılacak alımlar, Kanun kapsamında bulunmamaktadır.”) şeklindeki diğer hükümleri de, mal ve hizmet alımı ile yapım sözleşmelerine ilişkin tüm işlerin 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığını göstermesi açısından önemlidir.

hükümlerine başvurulduğu takdirde, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan edimlerin temini olarak görülecektir.

Gözler; 4734 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun'a göre özel hukuk sözleşmesi sayılmasının zorunlu olmadığını, zira söz konusu kanunda bu sözleşmelerin açıkça özel hukuk sözleşmesi olduğunun belirtilmemiş olduğunu kabul etmekte ve bu doğrultuda 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan mal ve hizmet alımı ile yapım sözleşmelerinin idari sözleşme sayılması gerektiğini, Fransız hukuku'ndaki uygulamalardan örnek vererek açıklamaktadır³³⁷.

İçtihatlarda ise, genel olarak, idarenin akdetmiş olduğu yapım sözleşmeleri, bu sözleşmelerin 4734 sayılı Kanun'a ya da başka bir ihale yöntemine uyulmak suretiyle yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Bununla birlikte; idarenin yapım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul eden yargı kararlarından, yapım sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan edimlerin temin edilmesi olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Hatta, yapım sözleşmelerine ilişkin yargı içtihatlarında, genellikle, sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliği dahi değerlendirilmemiştir.

Bu kararlara konu sözleşmelerden bazıları belli ihale usullerine başvurularak yapılmış olsa da³³⁸, bazılarında sözleşmenin karşı tarafı ihale usulü ile belirlenmemiştir.

Örneğin; Danıştay 10. Dairesi 30.03.2015 tarihli kararında, yerleşik içtihatlarında yer alan, idari sözleşmelerin zorunlu unsurlarını sayarak; okul yapım işine ilişkin protokolün, tarafların eşit irade açıklamalarıyla meydana gelmiş olduğu

³³⁷ GÖZLER (C.II), s. 90-93.

³³⁸ “*Dava, İhale ile...devlet yolunun belirlenen kilometreler arası sanat yapıları işini üstlenen davacı şirkete...Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirketin 26.11.2001 tarihli sözleşmeyi imzalayarak ...devlet yolunun belirlenen kilometreler arası sanat yapıları işini üstlendiği...Bu durumda, taraflar arasında kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılmayan ve kamu gücü kullanılmayan özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzluğa ilişkin davanın, görüm ve çözümünün adli yargının görevine girdiği...*”; D10D, E.2004/9793, K.2006/1838, KT.10.03.2006; (Yayımlanmamıştır); Benzer yönde karar için bkz; D10D, E.2004/7316, K.2007/1519, KT.27.03.2007; (Yayımlanmamıştır).

gerekçesiyle özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir³³⁹. Danıştay 10. Dairesi, bağışçı kişi ile idare arasında akdedilen sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar verirken, söz konusu sözleşmenin idari sözleşmelerde var olması gereken şartlardan sadece taraflarından birinin idare olması şartını taşıdığını, diğer şartların ise sözleşmede bulunmadığını belirtmiştir. Oysa; sözleşme konusu yapım işi, eğitim kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan okul binasının yapılması işine, dolayısıyla eğitim kamu hizmetine ilişkindir. Zira; yapım işi bittikten sonra söz konusu okul binasının kullanım hakkı Milli Eğitim Bakanlığı'na, mülkiyeti Hazine'ye bırakılacaktır. Ayrıca; uyuşmazlık konusu sözleşmede sözleşmenin karşı tarafı ihale yöntemine başvurularak belirlenmemiştir, çünkü sözleşmenin diğer tarafı bağıştta bulunmak isteğiyle idareyle sözleşme yapmıştır. Bu durumda, uyuşmazlık konusu olayda eğer ihale yöntemine başvurulmuş olsaydı, yapım işi 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre de söz konusu sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılabilecekti. Ayrıca, sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişisi, sözleşme konusu yapım işini bağıştta bulunmak iradesiyle üstlenmiş olduğunu göstermiş olduğu için, bu irade sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafının tacir olmaktan çok, kamu hizmetine katkıda bulunmak isteğini ortaya koyduğunu göstermektedir.

Bu doğrultuda; idarenin faaliyetlerinden hangilerinin kamu hizmetinin yürütülmesi, hangilerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan edimlerin temin edilmesi olduğu hususunu tespit edebilmek çok zordur. Dahası, kamu hizmeti alanını bu şekilde ikiye bölmeye çalışmak hatalara sebep olabilecek niteliktedir. Zira; kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan edimler, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin ön koşuludur ve birbirlerinden ayrılabilmeleri çoğu zaman imkansızdır.

³³⁹ “... Olayda, uyuşmazlık esas itibariyle okul yapımı amacıyla taraflar arasında imzalanan protokolün uygulanmasından kaynaklanmakta olup, uyuşmazlığın çözümünün de yine karşılık olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği protokol hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davacı ile idare arasında, idarenin kamu gücünü kullanmaktan kaynaklanan ayrıcalıklı yetkilerine dayanmaksızın, tarafların eşit irade açıklamaları (özel hukuk ilişkisi) sonucunda yapılan protokol hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın, görüm ve çözümü adli yargının görevinde bulunduğundan...”; D10D, E. 2011/11337, K.2015/1477, KT.30.03.2015, (Yayımlanmamıştır)

Aslında, idari sözleşmelerle ilgili ilk yargı kararlarında da bu husus vurgulanmıştır. Danıştay, 24.09.1940 tarihli kararında, sözleşmenin konusunun doğrudan ya da dolayısıyla kamu hizmeti ile ilgili olmasını³⁴⁰, idari sözleşme niteliği için yeterli kabul etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.1953 tarihli kararına konu olan ve üniversitenin kalorifer ve diğer tesisatlarının yapım işine ilişkin sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılmasının sebebi olarak, sözleşme hükümlerinde kamu gücü ayrıcalıkları tanınmamış olması gösterilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararında, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilgili olmasının sözleşmenin niteliğini belirlemeye yetmeyeceğini ve sözleşme hükümleriyle idareye üstünlük tanınmış olup olmadığının da incelenmesi gerektiğini belirterek kamu gücü ölçütünü kullanmış ve sözleşme hükümlerinde idareye üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmamış olduğundan bahisle, uyuşmazlık konusu yapım işi sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğine karar vermiştir³⁴¹.

Görüldüğü gibi; sözleşme niteliğinin belirlenmesinde kamu hizmetinin ölçüt olarak kullanılmasında, yargı organının sadece görünürde içtihat birliği bulunsa da, gerçekte farklı idari sözleşme türleri açısından yargı organının kamu hizmeti ölçütünü değerlendirmesi farklı olmuştur. Bununla birlikte; içtihatlardan yola çıkarak, şu tespitleri yapmak mümkündür:

1-Danıştay'ın görüşünün alınmış olduğu klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliğini belirlemek noktasında günümüzde yargı organı tarafından herhangi bir ölçüt belirleme çabasına gerek bulunmamaktadır. Zira; Danıştay 1. Dairesi'nden görüş alınmış ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu bu şekilde belirlenmiş olup, tahkim yolu öngörülmemiş olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idari yargı denetimine tabi olacağı, hem Anayasada hem de idari yargı mevzuatında açıkça kabul edilmiştir³⁴².

³⁴⁰ “...mukavelenin doğrudan doğruya veya dolayısıyla âmme hizmetlerini alâkalandırması...”; (Danıştay Dâva Daireleri Umumî Heyetinin 24.9.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı. Kararlar Dergisi, sayı 14, sahife 52).”; ONAR (C. III), s. 1601-1602.

³⁴¹ UYM, E.1953/2, K.1953/6, KT.26.02.1953, RGT. 08.04.1953, RGS.8380; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017.

³⁴² Buradaki tartışma ancak; tahkim yolu öngörülmüş olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla mı çözümleneceği, yoksa bu

Yine önemle belirtmek gerekir ki; yargı organının, görev hususunda vereceği kararla ilgili olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliğini belirleme noktasında bir ölçüte ihtiyacı olmasa da, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hem idare hem de imtiyazcı lehine kamu gücü ayrıcalıkları yetkisi tanımakta ve sözleşme kamu hizmeti ve kamu gücü ölçütlerinin birarada değerlendirilmesi suretiyle doğal olarak idari sözleşme sayılmaktadır.

Bir başka anlatımla; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması, sözleşmenin idari niteliğini belirleyen bir ölçüt olarak değil, sözleşmenin idari niteliğinin zorunlu bir sonucu olarak belirmektedir³⁴³.

2-İdarenin hizmet sözleşmesinin niteliği tespit edilirken, ayrık kararlar olmakla birlikte, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti niteliği çok fazla değerlendirilmemekte ve idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları daha çok dikkate alınmaktadır.

3-Danıştay kararlarında; idarenin diğer sözleşmeleri açısından ise; eğer sözleşme konusu kamu hizmeti niteliğinde görülmüşse³⁴⁴, kamu gücü ayrıcalıkları yine sözleşmenin idari niteliğinin bir sonucu olarak ele alınmaktadır. Sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkisi kurulmadığı durumlarda ise, mevzuatla ya da sözleşme hükümleriyle idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olmasının, sözleşmenin idari niteliğine etkisi genellikle kabul edilmemektedir. Bazı durumlarda ise, yargı organı

sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan bir kısmının idari yargı denetimine tabi olup olmayacağı noktasında söz konusu olabilecektir. Bu hususta Günday, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı konduğunda, bu şartın sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıklarda ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulanabileceği; tek taraflı fesihden kaynaklanan uyuşmazlıkların ise ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda idari yargının denetimine tabi olması gerektiğini belirtmektedir.; GÜNDAY; s.355; Aslan/Arat da; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine tahkim şartı konmasının, sözleşmenin idari niteliğini ortadan kaldırmadığını, bu şartın sadece sözleşmeden kaynaklanan ve taraflar açısından bağlayıcı nitelikte olan hususlar açısından geçerli olduğunu, bu sebeple ayrılabilir nitelikteki işlemlere karşı ve hizmetin görülmesi sırasında menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari yargıda dava açılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir; ASLAN, Zehreddin/ARAT, Nilay, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4 S. 8, Güz 2005/2, s. 21-22.

³⁴³ BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), 110.

³⁴⁴ Bu tutumun Fransız idari yargı organları açısından da geçerli olduğu, Fransız doktrininde de dile getirilmiştir. Bkz. DEBBASSCH Charles/RICCI Jean-Claude, Contentieux Administratif, 4. Baskı, Paris, Dalloz 1985, s. 125'ten aktaran: ERKUT(Kamu Kudreti...), s. 39.

sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğini kabul ettiği halde ya da hiçbir şekilde bu hususu değerlendirmeksizin, idarenin sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermektedir. Bunun hatalı bir yaklaşım olduğunu ve idarenin sözleşmesine idari nitelik kazandıran asıl ölçütün, idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları olduğunu söylemek mümkündür.

3.Sözleşme İlişkisinde İdarenin Haiz Olduğu Kamu Gücü Ayrıcalıkları

Sözleşmenin niteliğinin idari olarak belirlenmesinde kamu gücü ayrıcalıklarının ölçüt olarak daha fazla kullanılmaya başlaması, idari yargının görev alanının tespitinde başvuru alan ölçütlerin değişime uğramış olması ile de yakından ilgilidir. Genişleyen ve giderek özel hukuk ilişkilerinin hakim olmaya başladığı kamu hizmeti alanı karşısında, idari yargının görev alanını tespit edebilmek için, Danıştay da kamu gücü ölçütüne daha çok başvurmaya başlamıştır³⁴⁵. Bununla birlikte; idarenin hizmet sözleşmelerinde daha çok kanunda yer alan kamu gücü ayrıcalıkları doğrultusunda değerlendirme yapılırken, idarenin diğer sözleşmelerinde genellikle sözleşme hükümlerindeki kamu gücü ayrıcalıkları doğrultusunda değerlendirme yapılmakta ve fakat her iki sözleşme alanında da ayrık kararlara rastlanmaktadır.

a.İdarenin Hizmet Sözleşmelerinde

İdari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak verilmiş olan ilk yargı kararlarında, ölçüt olarak kamu hizmeti ölçütünün öne çıkan ölçüt olduğu ve söz konusu kararlara günümüz yargı kararlarında da atıf yapılmakta olduğuna yukarıda³⁴⁶ da değinilmiştir.

³⁴⁵ “...Günümüzde birçok kamu hizmeti, idare hukuku kurallarına göre değil özel hukuk kurallarına göre yürütülmeye başlanmıştır. Örneğin elektrik, doğalgaz dağıtım, iletim ya da elektronik haberleşme gibi. Bu sebeple, günümüzde idari yargının görev alanının tespitinde yürütülen faaliyetin niteliğinden daha ziyade, faaliyeti yürüten ya da işlemi tesis eden ve uygulayan kuruluşun özel hukuku aşan, özel hukukta rastlanmayacak yetkiler kullanıp kullanmadığı önem taşımaktadır. İdarenin özel hukuku aşan, özel hukukta rastlanmayacak yetkiler kullanarak yaptığı işlem ve eylemlerinin denetiminin idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir...”; D13D, E.2016/1992, K.2016/3088, KT.29.09.2016 (Yayımlanmamıştır); Her ne kadar bu ölçüt, son yıllarda yargı kararlarında daha çok yerini bulmaya başlamış olsa da, esasen bu ölçütün, kamu gücü kavramının Roma hukukuna uzanan kökenlerinin günümüze yansıyan bir biçimi olarak tezahür ettiği doktrinde ifade edilmektedir; ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 41.

³⁴⁶ Bkz. s. 88-89'daki açıklamalar.

Bununla birlikte, kamu gücü ayrıcalıklarını öne çıkaran kararların günümüzde artmış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu kararlarda, sadece sözleşme hükümlerinde değil, mevzuat hükümlerinde de idareye kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmış olması, bir ölçüt olarak değer kazanmıştır.

Ancak, idarenin hizmet sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması önemli bir ölçüt olmakla birlikte, bu ölçütün her koşulda geçerli bir ölçüt olarak kullanılamayabileceği de söylenebilir.

Zira; idarenin işçi statüsündeki personeli ile imzalamış olduğu iş sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, işçinin işverene bağımlılığı unsurunu da ihtiva ettiğinden, taraflar arasındaki eşitlik iş sözleşmelerinde de bozulmuş olabileceğinden, bu noktada kamu gücü ayrıcalıklarının ölçüt niteliği başka ölçütlerle birlikte değer kazanabilecektir.

Örneğin, 6098 sayılı Kanun³⁴⁷, nun 399. maddesinde, işçinin düzenleme ve talimatlara uyma borcu düzenlenmiştir³⁴⁸. Bu durumda, idarenin yapmış olduğu hizmet sözleşmesine düzenleme ve talimatlar hakkında idareye ayrıcalık tanıyan bir hüküm eklenmesi durumunda, bu yetkinin idarenin idari sözleşmelerdeki denetim ve talimat verme ya da tek taraflı değişiklik yetkisi ile karıştırılabilmesi mümkündür.

Onar; idare ile imzalanmış olan hizmet sözleşmesinin idari nitelikte olup olmadığının belirlenmesi için; idareye üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olup olmadığı, hizmete katılımın devamlı olup olmadığı ve kişinin bu sözleşme sonucu kazandığı konumun niteliği ölçütlerine başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçütler arasında yer alan; üstün yetki ve ayrıcalıkların ise; hizmete alınmak ve çıkarılmak şartlarında, ücret hakkında ya da denetim ve disiplin hususlarında olabileceğini ve fakat bunların hiçbirinin tek başına ölçüt belirlemede yeterli olamayacağını belirtmiştir³⁴⁹.

³⁴⁷ Türk Borçlar Kanunu, RGT. 04.02.2011, RGS. 27836.

³⁴⁸ 6098 sayılı Kanun- md. 399: “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”.

³⁴⁹ ONAR (C.III), s. 1613-1614.

Danıştay kararlarında da, idari hizmet sözleşmesi niteliği belirlenirken birden fazla hususun altı çizilse de genellikle kamu gücü ayrıcalıkları öne çıkan ölçüt olmaktadır. Örneğin, Danıştay bir kararında kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükümlerinde bulunmasının sözleşmeye idari nitelik vereceğini belirtmiş olsa da; sözleşmenin tip sözleşme olmasını ve mevzuattaki düzenlemeleri gerekçe göstererek idari sözleşme niteliğini, aslında özel hukuku aşan hukuki rejim ölçütü doğrultusunda belirlemiştir³⁵⁰. Başka bir kararında ise, Danıştay, hem sözleşmenin tarafı olan idarenin kamu tüzel kişisi olması, hem sözleşme konusu faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması, hem de mevzuat hükümleriyle idareye tanınmış olan kamu gücü ayrıcalıkları çerçevesinde değerlendirme yaparak sözleşmenin idari nitelikte olduğunu belirtmiştir³⁵¹.

Bununla birlikte; Danıştay, bazı kararlarında genel olarak idari sözleşmelerle ilgili olan yerleşik içtihatlarındaki zorunlu unsurları sayarak, hizmet sözleşmesinin idari nitelikte olmadığına karar vermekte ve böylece idari hizmet sözleşmesi niteliği açısından günümüzde benimsemiş olduğu özel hukuku aşan hukuki rejim ölçütünü değerlendirmemektedir. Örneğin; Danıştay, işyeri hekimi ve belediye arasında imzalanan sözleşmenin niteliğini değerlendirirken, yerleşik içtihadındaki zorunlu unsurları aramış ve sözleşmenin idari sözleşme olmadığına karar vermiştir. Ancak,

³⁵⁰ “...Bir sözleşmenin "idari sözleşme" niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı ve kendisine üstünlük ve ayrıcalık tanıyarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler olması gerekmektedir. Dava konusu olayda, belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca davalı idarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmakla, kamu hizmeti yürüttüğü, davacının kadro karşılığı olarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir görev karşılığında, koşulları idarece belirlenen bir sözleşme imzalandığı açık olduğundan yapılan sözleşme idari bir sözleşme niteliğindedir...”; D8D, E. 1999/2852, K.1999/7533, KT.13.12.1999; www.hukukturk.com; e.t.12.12.2017; Benzer yönde bir başka kararda hem mevzuatta hem sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıkları doğrultusunda nitelik değerlendirmesi yapılmıştır:“...Bu kapsamda, sözleşmeli personel olarak görev yapacak olanların çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar ile 2009 yılı T.C. Sağlık Bakanlığı Sözleşmeli Sağlık Personeli Hizmet Sözleşmesinin sözleşmesi incelendiğinde; hizmet sözleşmesinin, özel hukuk hükümlerine dayalı olduğunun kabulü mümkün olmayan, idareye tek taraflı kamu gücü kullanma imkanı veren ve idari yargıda dava konusu olabilecek bir işlem olduğu sonucuna varılmıştır...”; D9D, E.2014/8064, K.2016/5929, KT. 09.06.2016; (Yayımlanmamıştır).

³⁵¹ “ Bu durumda, bir kamu tüzelkişisi olan TÜBİTAK ile davacı arasında imzalanan sözleşmenin, koruma ve güvenlik gibi bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunması, sözleşmenin düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok, kamu hukuku esaslarına uygun olması karşısında, hizmet sözleşmesinin idari bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır...”; D11D, E. 2006/9345, K.2007/6043, KT.15.06.2007; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2018.

bu kararını gerekçelendirirken, sözleşme konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup olmadığını sorgulamamış, sözleşmede yer alan “*bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçerli olduğu*” hükmünü, kararına dayanak olarak göstermiştir³⁵². Oysa, belediyede kadrolu olarak çalışmakta olan doktor ile belediye arasında imzalanan işyeri hekimliği sözleşmesi, doktora hiçbir seçim hakkı tanımayan, 5538 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 4857 sayılı Kanun’un 81. maddesinin sonuna eklenen fıkrada yer alan, “*Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatına göre çalıştırılmakta olan hekimlere, ikinci fıkrada öngörülen eğitimler aldırılmak suretiyle ve aslî görevleri kapsamında, çalışmakta oldukları kurum ve kuruluşların asıl işveren olarak çalıştırdıkları işçilerin iş yeri hekimliği hizmetleri gördürülür.*” hükmü sebebiyle gündeme gelmiş ve böylelikle idare ile doktor arasındaki eşitlik bozulmuştur. Ayrıca; sözleşmeye eklenmiş olan hükmün, sözleşmeye özel hukuk sözleşmesi niteliği vermeye yetmeyeceği Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 20.02.2017 tarihli kararında da belirtilmiştir³⁵³. Danıştay kararında geçen, “*bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçerli olduğu*” hükmü ile; Uyuşmazlık Mahkemesi kararında geçen “*hizmet sözleşmesinin 4. maddesi ile davacı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi kılınmış*” olmak hükümleri tam olarak aynı anlamı içermese de, birbirlerine benzer nitelik taşıyan hükümler olduğu ve bu anlamda Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin idarenin hizmet sözleşmesinin niteliğini

³⁵² “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur...Dosyanın incelenmesinden,...Büyükşehir Belediyesinde kadrolu doktor olarak çalışan davacı ile adı geçen Belediye arasında, Belediyede işçi olarak çalışan personelin işyeri hekimliği hizmetlerinin, işyeri hekimliğine ilişkin mevzuata uygun olarak yürütülmesi amacıyla özel hukuk hükümlerine tabi iş sözleşmesinin imzalandığı; bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçerli olduğunun sözleşmede kurala bağlandığı; taraflar arasında imzalanan ve dava konusu işlemle iptal edilen sözleşmenin, idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan şartların tamamına sahip olmadığı anlaşılmaktadır...”; D10D, E.2013/868, K.2014/6594, KT.13.11.2014; (Yayımlanmamıştır).

³⁵³ “Anılan yasal düzenlemeler gözetildiğinde davacının işçi sayılmayan “kamu görevlisi” olduğu, öte yandan, idare hukuku esaslarına göre düzenlenen hizmet sözleşmesinin de “idari sözleşme” niteliği taşıdığı kuşkusuzdur...Her ne kadar, hizmet sözleşmesinin 4. maddesi ile davacı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi kılınmış ise de, personelin bağlı olacağı sosyal güvenlik kurumunu belirleyen bu hüküm, taraflar arasındaki kamu hukuku ilişkisini değiştiremez ve ortadan kaldıramaz...”; UYM, E. 2016/463, K.2017/7, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

belirlerken farklı yöntemler benimsemiş oldukları değerlendirilebilmektedir. Danıştay, sözleşme hükmünü, Uyuşmazlık Mahkemesi ise, taraflar arasındaki kamu hukuku ilişkisini ölçüt olarak kullanmıştır.

Danıştay, işyeri hekimliği sözleşmesini nitelerken, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olmasını ve mevzuat hükümlerini değerlendirmemiş, sözleşme hükmünün sözleşmeye özel hukuk sözleşmesi niteliği verdiği karar vermiştir. Bununla birlikte; Danıştay, aile hekimleri ve aile hekimliğinde çalışacak olan diğer personel ile ilgili olarak, hem kamu hizmeti ölçütünü hem de mevzuat hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının ölçüt olarak kullanmış ve bu sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi olduğuna karar vermiştir³⁵⁴. Danıştay'ın sağlık kamu hizmetine ilişkin bu sözleşmelerle ilgili olarak, iki ayrı içtihat ortaya koymuş olması, idari sözleşmelerin ölçütlerini belirleyebilmedeki zorluğu, bir kez daha göstermektedir.

Aile hekimleri ile diğer aile sağlığı elemanlarının idare ile akdettiği sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi³⁵⁵ ya da özel hukuk sözleşmesi³⁵⁶ sayılmasına

³⁵⁴ “Dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun hükümleri incelendiğinde; sözleşmeli olarak istihdam edilecek aile hekimleriyle imzalanacak olan sözleşmenin, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğu...sonucuna varılmaktadır.”; D11D, E.2005/4287, K. 2008/10605, KT.30.12.2008, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; “Bu durumda, 5258 sayılı Kanun’un bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davası sonucunda, tüm sözleşmeli aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının kamu görevlisi statüsünde oldukları ve bunların yerine getirdikleri birinci basamak sağlık hizmetlerinin de kamu hizmeti niteliğinde olduğunun açıkça ortaya konulduğu göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının İdare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması.”;D11D, E.2015/4633, K.2016/2625, KT.23.05.2016, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

³⁵⁵ “...sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.5258 sayılı Yasa’ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir...şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı’nın önerisi, Maliye Bakanlığı’nun uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir.”; AYM, E.2005/10, K.2008/63, KT.21.02.2008; www.hukukturk.com; e.t.22.06.2018; “...Aile hekimleri ile idare arasında isteğe bağlı sözleşme yapılırsa da bu idari nitelikte bir sözleşmedir. Bu durum kamu gücü ayrıcalığını kullanma hakkı sağlamaktadır...”; AYM, E. 2012/103, K.2013/105, KT.03.10.2013; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.51, C.2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s.1450-1452.

³⁵⁶ “(...Yargıtay 22.Hukuk Dairesi;9.6.2016 gün ve E:2015/3721, K:2016/17324 sayı ile, ... Somut olayda, davacının davalı Sağlık Bakanlığına ait Aile Sağlığı Merkezi işyerinde, 5258 sayılı Kanun kapsamında hemşire olarak çalıştığı hususu tartışmasızdır. Yukarıda belirtilen maddi

ilişkin değerlendirme yaparken, diğer yargı organları da hem sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğini hem de 5258 sayılı Kanun³⁵⁷, da yer alan düzenlemeleri dikkate almışlardır.

5258 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmelerle ilgili olarak kanunen niteleme yapılmamış, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay tarafından bu sözleşmeler idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Buna rağmen, Uyuşmazlık Mahkemesi, söz konusu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararının idari sözleşme kavramı ile uyumsuz bir karar olduğunu söylemek mümkündür. 5258 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmeler idari hizmet sözleşmesidir. Zira; sözleşmenin taraflarından biri idaredir, sözleşmenin konusu sağlık kamu hizmetidir ve idare, 5258 sayılı Kanun hükümleriyle üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmıştır.

Böylelikle; tekrar etmek gerekir ki, yargı içtihatlarının genelinde idarenin hizmet sözleşmelerinin niteliği belirlenirken, kamu gücü ayrıcalıkları daha önemli bir ölçüt olarak belirmiş; ayrıca sözleşme hükümleriyle ya da mevzuat hükümleriyle idareye kamu gücü ayrıcalıkları kullanma yetkisi tanınmış olmasına değer atfedilerek, idari hizmet sözleşmelerinde özel hukuku aşan hukuki rejim, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde önemli hale gelmiştir.

ve kanuni olgular gözetildiğinde, davacının "sözleşmeli personel" olarak görev yaptığı, taraflar arasında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği anlaşılmakta olup, anlaşmazlığın çözüm yeri idari yargı olduğundan davanın yargı yolu caiz olmaması sebebiyle usulden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA..." karar vermiştir.)... 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun, yukarıda yer verilen "Personelin statüsü ve mali haklar" başlıklı 3. Maddesi hükmü irdelendiğinde; sağlık uygulamasında, kamu görevlilerinin yanı sıra diğer sağlık görevlilerinin de kamu görevlisi sıfatı olmadan istihdamına olanak sağlandığı; bu açıdan, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin diğer kamu görevlisi sayılamayacakları, bunların, farklı bir kategoriye oluşturduğu ve kamu hukukundan çok özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir.

Anılan Yasa kapsamında düzenlenen Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesine bakıldığında da, bu kategoridekilerin idare karşısında güçsüz bırakılmadıkları, karşılıklı iradelerin uyuması esasına dayanan ve özel hukukun öngördüğü bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğu anlaşıldığından; bu durumdaki personelle idare arasında imzalanan sözleşmenin, idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir." ; UYM, E. 2018/41, K. 2018/136, KT. 26.03.2018; kararlar.uyusmazlik.gov.tr; e.t. 02.11.2018.

³⁵⁷ Aile Hekimliği Kanunu, RGT. 09.12.2004, RGS. 25665.

b. İdarenin Diğer Sözleşmelerinde

İdari hizmet sözleşmesi dışında kalan idari sözleşmelere ilişkin yargı kararlarında, idareye sözleşme hükümleriyle kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olmasının yerleşik bir içtihat³⁵⁸ olduğu yukarıdaki başlıklarda da belirtilmiştir.

Bu sözleşmelerde, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, sözleşme konusunun kamu hizmeti ile ilişkisi öncelikle belirlenmeye çalışılmakta ve bu doğrultuda eğer sözleşmenin niteliği idari sözleşme olarak belirlenmişse, sözleşme hükümlerinde kamu gücü ayrıcalıkları yer alıp almaması genellikle incelenmemektedir. Böylelikle; yerleşik içtihatlarda sayılmış olan “*İdareye sözleşme hükümleriyle kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması*” şartı da, kararların hüküm kısımlarında, çoğunlukla şeklen sayılmakla yetinilen bir şart olarak tekrar edilmekten öteye gidememekte, mevzuatla idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olup olmaması ise, bu alandaki sözleşmelerde dikkate alınmamaktadır. Oysa, bu alanda yapılan sözleşmelerde de, idareye mevzuat hükümleriyle kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olabilir ve bu

³⁵⁸ Danıştay Dâva Daireleri Umumî Heyetinin 26.02.1935 tarihli kararı: “... bunlar, âkitlerini âmme hizmetini yürütmek ve muntazam bir şekilde işletmek gayesini temin için âmme kudreti haklarıyla de techiz ettiklerinden diğer idarî mukavelelerden bir fark arzederler.” ; OSTEN, s. 37-41; “...idarî mukavelelerin kriterlerini de bir tek veya bir kaç karakterde bulmak kabil değildir. Âmme hizmeti mefhumunda olduğu gibi hukukî rabita ve durumları tahlil etmek ve elde edilecek emarelerden idarenin maksadını anlamak lâzım gelecektir. Bu emareler mukavelede idarî mukavele karakterlerinin kuvvetine yani idarenin diğer âkide karşı haiz olduğu salâhiyetlerin medenî hukuk hududunu aşıp aşmamasına ve aşma derecesine göre mukavele mahiyetini belirtirler...” ; (Danıştay Dâva Daireleri Umumî Heyetinin 24.9.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı. Kararlar Dergisi, sayı 14, sahife 52).”; ONAR(C.III), s. 1601-1602; “...Bu mukavelelerde âkit olan özel veya tüzelkişinin, hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara âdi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti, umurun menfaatına uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelade bir fert mevkiinde kalmaması, âmme hizmetlerinin icap ve zaruretleri, icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salâhiyetinin idari otoriteye tanınması, hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkit hakkında zecrî hükümler vaz’ı, el koyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi âdi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur...” ; UYM, E.1946/5, K.1946/ 1, KT.24.01.1946, RGT.12.03.1946, RGS.6254; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017; “...Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için...kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.”; D10D, E.1994/3808, K. 1994/3582, KT. 14.09.1994 (Yayımlanmamıştır); “...Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, ...yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir...” ; AYM, E.1994/43, K. 1994/42-2, KT.09.12.1994; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara 1996, s. 300.

ayrıcılıklar, idareyi özel hukuk kişisi karşısında ya da özel hukuk kişisini idare karşısında üstün konuma getirebilir.

Bu söylenenler, aslında Türk hukukunda Danıştay Dâva Daireleri Umumî Heyeti'nin 24.09.1940 tarihli kararı³⁵⁹ ile ortaya konmuştur. Danıştay, bu eski tarihli kararı ile, idari sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesinde kamu gücü ayrıcalıklarının etkisini çok net şekilde kabul etmiştir. Şöyle ki; öncelikle idari sözleşme niteliğinin belirlenmesi için mutlaka bir kamu hizmetinin yürütülmesinin şart olmadığına ve sözleşme konusunun doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmeti ile ilgili olmasının ve bunun ötesinde tarafların sözleşme hükümleriyle sözleşmeye idari nitelik verme yönünde irade gösterip göstermediklerinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu hükümlerin de, idareye sözleşme hükmüyle tanınan yetkilerin özel hukuku aşan yetkiler olup olmaması ya da aşma derecesine göre değerlendirilmesi gereken hükümler olduğunu belirtmiştir. Günümüzde de, sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıkları doğrultusunda nitelik tespiti yapılmaktadır³⁶⁰.

Bununla birlikte; mevzuatta yer alan hükümler değerlendirilmek suretiyle nitelik değerlendirmesi yapılmış olan yargı kararları da bulunmaktadır.

Örneğin, Danıştay IPARD fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmeleri, kamu gücüne dayalı olarak yapılan idari sözleşmeler olarak nitelerken, aslında ilk başta idari sözleşmelerde bulunması gereken zorunlu unsurları da saymıştır. Ancak, idari sözleşme niteliğini belirlerken, sadece idarenin kamu gücüne vurgu yapmıştır³⁶¹.

³⁵⁹ ONAR (C.III), s. 1601-1602.

³⁶⁰ "...taraflar arasında imzalanan sözleşme ve eki şartname incelendiğinde;"... sözleşmede tek taraflı fesih, denetim gibi idareye üstün yetkiler tanıyan kurallar yer aldığı görüldüğünden sözleşmenin "idari sözleşme" olduğu açıktır..."; D8D, E.2011/7974, K.2016/10478, KT.09.12.2016; (Yayımlanmamıştır).

³⁶¹ "...Dava konusu olayda, milletlerarası anlaşma ile düzenlenmiş ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen, sözleşme maddelerinin belirlenmesinde tarafların serbest iradesi söz konusu olmayan, kamu yararı esaslı, IPARD programı fonları kapsamında tesis edilmiş bir hibe sözleşmesi'nin, sözleşmenin tarafı olan idare tarafından tek yanlı olarak feshedildiği görülmektedir...Kamu gücüne dayalı bir sözleşme olan IPARD fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmenin İdare Hukuku'na tabi bir idari sözleşme olduğu ve dolayısı ile dava konusu IPARD fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmenin feshinden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün İdari Yargı'nın görev alanına girdiği sonucuna varılmıştır...";D10D, E. 2016/3099, K.2016/4300, KT.05.12.2016; D10D, E.2015/392, K.2016/4296, KT.05.12.2016;

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, son yıllarda, hibe sözleşmelerinin idari nitelikte olduğuna ilişkin kararları, idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde başvurulabilecek oldukça önemli kararlardır³⁶². Söz konusu kararlarda Uyuşmazlık Mahkemesi; hem özel hukuku aşan hükümler ile kamu hizmetine ilişkin olmak koşullarını birbirinin alternatifi koşullar olarak kabul etmiş, hem de idari sözleşmelere ilişkin pek çok koşulu yenilemiş ve böylelikle idari sözleşme alanını genişletmiştir. Bu kararlarda, öncelikle sözleşmeyi düzenleyen mevzuat hükümleri incelenerek, açıkça ifade edilmese de, özel hukuku aşan bir rejim olup olmadığı belirlenmeye çalışılmış; ardından sözleşme hükümleri incelenmiş ve sözleşme hükümlerinde idareye tanınan kamu gücü ayrıcalıklarının da sözleşmeye idari nitelik kazandırdığı tespit edilmiştir. Böylelikle, aslında idari sözleşmelerde temel ölçütün taraflar arasındaki eşitsizlik olduğunu öne çıkarmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararında yaptığı değerlendirmelerin, bütün idari sözleşmeleri kapsamına alabilecek nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç olarak; Danıştay yerleşik bir tek idari sözleşme tanımı yapmış ve idari sözleşmenin zorunlu unsurlarını saymış gibi gözükse de, bu tanım ve zorunlu unsurlar tüm idari sözleşmeleri kapsayıcı nitelikte olmadığı gibi, Danıştay'ın farklı dairelerinin kararları da, bu tespiti doğrulamaktadır. Bununla birlikte; kamu gücü

D10D, E.2015/4033, K.2016/4298, KT.05.12.2016; D10D, E.2016/1169, K.2016/4299, KT. 05.12.2016; D10D, E.2016/3712, K.2016/4297, KT.05.12.2016; (Yayımlanmamıştır)

³⁶²

“Davaya konu sözleşme bu itibarla ele alındığında, tarımsal kalkınma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konuda yapılması, sözleşmeye ilişkin içerik ve şartların sözleşme öncesinde Bakanlık tarafından hazırlanmış olması ve diğer tarafın bu şartlara uygun sözleşme ibrazı ile talebinin dikkate alınabilmesi, sözleşmenin devamı süresince idarenin denetim ve teftiş yetkilerinin bulunması, herhangi bir eksiklik halinde sözleşmenin tek taraflı olarak feshine karar verebilmesi, sözleşmede yapılacak değişikliklere ilişkin kısıtlar öngörülmesi ve 'yer' yönünden yapılacak değişikliğin Bakanlığın onayına tabi tutulması ve nihayet, sözleşme gereğinin yerine getirilmemesi ya da haksız olarak hibe ödemesi yapılması halinde iadesi istenen miktara 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen gecikme faizi oranının uygulanmasının öngörülmüş olması nedenleri ile, sözleşmenin sınırları yargı kararları ile belirlenen idari sözleşme niteliklerini taşıdığı sonucuna varılmıştır.”; UYM, E. 2014/1138, K.2014/1179, KT.29.12.2014; “İdari sözleşmeler, taraflarından en az birisi bir kamu tüzel kişisi olan ve bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve/veya özel hukuku aşan birtakım hükümler içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idari sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır”; UYM, E.2016/461, K.2017/6, KT. 20.02.2017; UYM, E. 2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017;www.hukukturk.com;e.t.22.09.2017.

ayrıcılıkları, sözleşmenin niteliği belirlenirken tek başına ya da diğer koşullarla birlikte, sözleşmenin ayırt edici unsurları arasında sayılmaktadır.

B.KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARINA SALT SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDE YER ALMASI DURUMUNDA NİTELEYİCİ GÜÇ TANINMASININ YETERSİZLİĞİ

Yargı organın yerleşik içtihatlarıyla, sözleşmenin idari niteliğinin sözleşme hükümleriyle idareye verilen kamu gücü ayrıcalıklarıyla söz konusu olacağının benimsenmesi, esasen idare hukukunun genel ilkeleriyle çelişkili bir durumu ortaya koymaktadır. Zira; böyle bir durumda idarenin kullanacağı kamu gücü ayrıcalıklarının dayanağı kanun değil, sözleşme hükümleri olmaktadır.

Bununla birlikte; yargı organının bu çözümlmeyi tercih etmesinde, Fransa'da ve Türkiye'de idari sözleşme niteliğini belirleme hususunda, idarenin serbestliği ilkesinin benimsenmiş olmasının önemli bir rolü bulunmaktadır^{363 364 365}.

³⁶³ Fransız doktrininde, kural olarak, idarenin idari sözleşme yapma konusunda serbest olduğu kabul edilmektedir. Kanunla idareye bağlı yetki verilmiş olan durumlar dışında, idarenin hangi hallerde idari sözleşme, hangi hallerde özel hukuk sözleşmesi yapacağı hususunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir; AZRAK (İdari Mukavele...), s. 524-525.

³⁶⁴ Türk hukukunda da, Fransa'da olduğu gibi, idarenin idari sözleşme yapma hususunda, kural olarak serbest olduğu kabul edilmiş ve bunun için kanunen idareye yetki verilmiş olması şartı aranmamıştır. “*idare velev ki âmme menfaati ile alâkadar bir ihtiyacı temin bakımından olsun aktedeceği mukavelelerde hususî hukuk hükümlerine veya idarî mukavele ismi ile anılan şekilde âmme hukuku hükümlerine istinat suretiyle akit yapmakta serbesttir.*”; Danıştay Dâva Daireleri Umumi Heyetinin 24.9.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı. Kararlar Dergisi, sayı 14, sahife 52.”; ONAR (C. III), s. 1601-1602; Benzer yönde karar için bkz. Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1941/141, K. 1941/216, KT. 08.07.1941, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 19, 1941: “*Amme hizmetinin işlenmesi için salâhiyetli makamlar (meselâ imtiyaz mukaveleleri gibi âmme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir amme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde ammenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette mukavelelerini dilerlerse hususi hukuk hükümlerine uygun ve medeni bünyede, dilerlerse âmme hukuku hükümlerine tabi idarî mahiyette tanzim edebilirler.*”.

³⁶⁵ Almanya'da ise; idari sözleşme kavramı doktrin tarafından dirençle karşılanmıştır. Bu direncin temelinde; idarenin bütün faaliyetlerini tek taraflı idari işlemler ile yapılabileceği (LANGROD, s. 351.) ve idarilik unsuru ile özel hukuka ait bir kavram olan sözleşme kavramının bağdaşamayacağı düşüncesi yer almıştır. Alman hukuk doktrininde Otto Mayer tarafından başlatılan ve uzun süre devam eden, idari sözleşme kavramına mesafeli duruşun temel sebebi, idare ile kişiler arasındaki eşitsizlik ve idarenin kendisini sözleşme ilişkisi ile bağlamasının kamu yararının zarar görmesine sebep olabileceği endişesidir; MAYER, Otto, Theorie des Fransösizchen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886, s. 290 vd. 'ndan aktaran: AZRAK (İdari Mukavele...), s. 527-528; Fritz Fleiner de, idari sözleşme kavramının kabulü için, idarenin bu

İdarenin sözleşme ilişkisinde haiz olacağı kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükümlerinde belirtilmiş olmasının, idari sözleşmeler açısından zorunlu bir şart olarak kabul edilmiş olmasının iki sonucu vardır:

1-Sözleşme hükümlerinde, idareye birtakım üstün yetkiler tanınmış olması gerçekten de sözleşmenin idari niteliğini belirleyebilmede önemli olacaktır. Zira; bu şekilde idarenin ve sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişinin iradelerini hangi tür sözleşme yapmak yönünde kullanmış oldukları ortaya çıkacaktır.

Bununla birlikte, Balta; sözleşme hükümlerinde, idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olmasının, sözleşmenin idari niteliğini ortaya koyamayacağını, zira bu ayrıcalıkların sözleşmeyle belirlenebilmesinin ve bu şartların geçerliliğinin, kanunun idareye bu hususta yetki vermiş olmasına bağlı bulunduğunu belirtmiştir³⁶⁶.

Kanuni idare ilkesinin varlığı³⁶⁷ ve gerekliliği karşısında, yazarın tespiti doğru olmakla birlikte, idari de olsa bir sözleşme ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, kanunda bir hüküm olmamasına rağmen, taraflar sözleşmede idare lehine bir takım üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanımışlarsa, bu hüküm ve şartların sözleşmeye idari nitelik kazandırmak için düzenlenmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği

hususla açıkça kanunen yetkilendirilmiş olmasını ve sözleşme konusunun idare dışındaki sülhlerin rızasının arandığı hakimiyet tasarrufu niteliği taşıması gerektiğini savunmuştur; FLEINER, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Baskı, 1928, s. 210 vd.'ndan aktaran: AZRAK (İdari Mukavele...), s. 527-528; Bu doğrultuda, Alman hukukunda, idarenin idari sözleşme niteliğini belirleme hususunda serbestliği ilkesinin kabulü, Fransız ve Türk hukukundaki gibi olmamıştır. Bu açıklananlar, Türkiye'de ve Türk idare hukukunun temelini oluşturan Fransa'da bulunmayan genel nitelikli bir idari usul kanununun, 1976 yılından bu yana Almanya'da bulunuyor ve bu kanununun 4. bölümünde kamu hukuku sözleşmelerinin (*Öffentlich-rechtlicher Vertrag*) düzenleniyor olmasının sebebini de ortaya koymaktadır. Almanya'da idarenin idari sözleşme yapması için aranan kanuni yetki, 1976 tarihli Genel İdari Usul Kanunu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) 54. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin ilk cümlesinde, kanunen yasaklanmadığı sürece, kamu hukuku alanında kamu hukuku sözleşmeleri ile hukuksal ilişki kurulabileceği, değiştirilebileceği ve iptal edilebileceği belirtilmiştir. İkinci cümlede ise, yetkili idari makamların idari işlemin muhatabı olacak kişilerle idari işlem yerine kamu hukuku sözleşmesi de yapabileceği belirtilmiştir. Bu hususta ayrıca bkz.; GEMALMAZ, Mehmet Semih/ DOĞRU, Osman, "Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)", İHİD, C. 9, S. 1-3, Ocak 1998, s. 138.

³⁶⁶ BALTA, s. 190; Duran da benzer görüşte olup, idarenin sözleşmeye idari nitelik verip vermeme hususunda serbest olmadığını, bu hususta kanun hükümleriyle ve sözleşme konusunun niteliği ile bağlı olduğunu kabul etmektedir; DURAN (İdare Hukuku...), s. 435.

³⁶⁷ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanuni idare ilkesinin önünde bir engel oluşturmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. s.158-159'daki açıklamalar.

düşünülebilir. Zira; yukarıda açıklanmış olduğu gibi, Fransız ve Türk Hukuklarında, idarenin akdedeceği sözleşmeye idari nitelik vermek ya da vermemek hususunda serbest olduğu kabul edilmektedir. Kaldı ki; eski tarihli Danıştay kararlarında³⁶⁸, sözleşmeye eklenen görev hükmü dahi, sözleşmenin idari niteliğini belirleyen ölçütler arasında sayılmıştır.

2-Bununla birlikte; bu ölçüt sadece sözleşme hükümlerine bağlandığında, kanunen idareye tanınmış olan kamu gücü ayrıcalıkları, sözleşme ilişkisinde idareyi diğer tarafa karşı güçlü konuma getirirse de, bu ayrıcalıklar dikkate alınmayabilmektedir.

Açıklanan ikinci durumun ortaya çıkardığı açık çelişki sebebiyle; Tekinsoy, idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde ölçüt olarak “*özel hukuku aşan hukuki rejim*” ölçütünü kullanmayı önermektedir. Tekinsoy, özel hukuku aşan şartları, kamu gücü ayrıcalıklarına bağlanabilen şartlar olarak nitelemenin sadece sözleşmenin idari niteliği belirlenirken dikkate alınabileceğini ve fakat bu şartların sözleşmede yer alıp almamasının, idari sözleşme rejimi açısından bir etkisi olmayacağını belirtmektedir: “*Özel hukuku aşan şartları kamu gücü ayrıcalıklarına yani kamusal usullere bağlayan bu yaklaşım, ancak sözleşmeyle kurulan ilişkinin niteliğini dikkate alması yönüyle anlamlı sayılabilir. Bu niteliği temel belirleyici sayan “özel hukuku aşan rejim” ise bir ölçüt olarak kullanılma açısından basit ve net olmamakla birlikte idari sözleşmenin açıklanmasında daha gerçekçidir*”³⁶⁹.

Conseil d’Etat, bazı kararlarında özel hukuku aşan hukuki rejim ölçütünü idari sözleşme niteliğini belirlemede kullanmıştır³⁷⁰. Türk yargı kararlarında ise, “özel hukuku aşan hukuki rejim” kavramına rastlanmamakla birlikte, aslında “özel hukuku aşan hukuki rejim” dikkate alınarak sözleşmenin idari niteliğinin belirlendiği çok sayıda karar yukarıda da incelenmiştir.

³⁶⁸ D5D, E. 1939/1038, K. 1939/822, KT. 24.05.1939, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 10, 1939.

³⁶⁹ TEKİNSOY (Ölçüt Sorunu...), s. 225.

³⁷⁰ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 119-120.

Dolayısıyla; kanunla sözleşme ilişkisine ait hukuki rejimin tespit edildiği durumlarda ve eğer söz konusu hukuki rejim idare hukukunun uygulanmasını gerektiren bir hukuki rejim ise, bu durumda artık sözleşme hükümleriyle idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınmamış olduğundan bahisle, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılmaması gerekmektedir.

Açıklanan sorunun, idari sözleşmelerin çerçevesinin içtihatlarla belirlenmiş olmasından ve kanunla bu alanda yeterli düzenlemeler yapılmamış olmasından kaynaklanmış olduğu kabul edilebilse de, yargı organının içtihatlarında aramakta olduğu *“kamu gücü ayrıcalıklarına sözleşme hükümlerinde yer verilmiş olma zorunluluğu”* şartının, *“kanunen hukuki rejimin belirlenmiş olduğu durumlar haricinde, kamu gücü ayrıcalıklarına sözleşme hükümlerinde yer verilmiş olması”*, şeklinde değiştirilmesinin, idari sözleşme niteliğinin tespit edilmesinde daha işlevsel bir yaklaşım olacağını belirtmek gerekir.

Sonuç olarak; idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükümlerinde belirtilmiş olması, sözleşmenin niteliğinin belirlenebilmesi için her zaman zorunlu şart olarak kabul edilmemelidir. İdarenin, sözleşme ya da mevzuat hükümleriyle, sözleşmenin uygulanmasında kamu gücü ayrıcalıklarına sahip kılınması, sözleşmenin idari niteliğini belirlemede temel ölçüt olarak kabul edilmelidir. Zira; sözleşmenin uygulanması sırasında kullanılan kamu gücü ayrıcalığı, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitliği tamamen ortadan kaldırarak, doğrudan sözleşmenin niteliğine etki etmektedir.

C.SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDE İDARENİN HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ AYRILABİLİR İŞLEM KURAMI İLE İLİŞKİSİ

Ayrılabilir işlem kuramı, ilk kez Conseil d’Etat’nın 1905 tarihli *“Martin”* kararıyla, idarenin sözleşmeleri açısından kabul edilmiş bir kuram olsa da, daha sonra başka idari işlemler açısından ve özellikle, ancak nihai işleme karşı iptal davası

açılabilirliğini öngören zincir işlemler kuramının yerine geçecek şekilde uygulanmaya başlanmış³⁷¹ ve bu kuram Türk hukukunda da benimsenmiştir.

Günümüzde ise, doktrinde idari sözleşmelerden doğan davaların, Conseil d'Etat'nın; 04.04.2014 tarihli “*Département de Tarn-et-Garonne*” kararıyla önemli ölçüde değişime uğramış olduğu belirtilerek, ayrılabilir işlem kuramının son bulduğu, zira artık üçüncü kişilerin, idari sözleşmenin kendisine karşı da tam yargı davası yoluyla dava açabileceğinin kabul edilmeye başlandığı açıklanmakta³⁷² ve idari sözleşmelerde ayrılabilir işlem kuramının Fransız hukukundaki uygulamasının bu kararla birlikte sona ermiş olduğu ifade edilmektedir³⁷³.

Ayrılabilir işlem kuramının, Fransız hukuku açısından sona ermiş olduğu doktrinde, bu şekilde ifade edilmiş olsa da, Türk hukukunda kuramın uygulanma koşulları devam etmektedir. Zira; ayrılabilir işlem kuramının uygulanışı açısından Fransız ve Türk hukuku aynı yöntemi izlememektedir. Fransız hukukunun aksine, Türk hukukunda idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabilirliği ve ayrılabilir işlem kuramının da idarenin özel hukuk sözleşmelerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda söz konusu kuramın idari sözleşmelerde de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde, bu kuramın idarenin bütün sözleşmelerinde uygulanabileceği yönünde görüşler³⁷⁴ yanında, ayrılabilir işlem kuramının sadece idarenin özel hukuk sözleşmeleri

³⁷¹ ERKUT (İdari İşlemin Kimliği...), s. 128.

³⁷² BRISSON, Jean-François, “*Recent Changes in Administrative Litigation Concerning Contracts: On Third-Party Remedies Against Administrative Contracts*”, *Montesquieu Law Review*, S. 1, 2015, s. 8; KAPLAN, s. 33.

³⁷³ KAPLAN, s. 33.

³⁷⁴ ERKUT (İdari İşlemin Kimliği...), s. 40; Aynı yönde görüş için bkz. ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, “*İdarenin Sözleşmelerinden Ayrılabilir İşlemler*”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 180, 187; Günday, tahkim şartı konmuş olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, tek taraflı fesih kaynaklı uyuşmazlıkların ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda idari yargının denetimine tabi olması gerektiğini belirtmektedir; GÜNDAY; s.355.

alanında uygulanabileceğini; Türk hukukunda idari sözleşmelerin iptaline ilişkin davaların kabul edilmesini gerekçe göstererek açıklayan görüşler³⁷⁵ bulunmaktadır.

Bu hususta; birinci yöndeki görüşlere katılarak, idarenin tüm sözleşmelerinde ayrılabilir işlem kuramının uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür. Zira; öncelikle; idari sözleşmenin iptali ile, idari sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemin iptali arasında fark bulunmaktadır. İlk durumda; idari sözleşme tamamen hukuk dünyasından silinirken, idari sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemin iptali her koşulda sözleşmenin de hukuk dünyasından silinmesini gerektirmeyebilecektir. Ayrıca; Türk hukukunda idari sözleşmelerin iptali amacıyla dava açabilecek olan kişilerin, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler olduğu kabul edilmekteyken, idari sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan idari işleme karşı sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisi de iptal davası açma olanağına kavuşabilecektir.

Türk yargı içtihatlarında ise, ayrılabilir işlem kuramı, genellikle idarenin özel hukuk sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu kuram gereğince; idarenin, özel hukuk sözleşmelerinin kurulmasından önceki aşamada ya da sözleşmenin uygulanması aşamasında olmakla birlikte, sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan tek taraflı idari işlemlerinin idari yargının denetimine tabi tutulacağı kabul edilmektedir. Bu yönüyle ayrılabilir işlem kuramı, idarenin sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul edildiği durumlarda dahi, haiz olduğu kamu gücünün idari yargıda iptal davası yoluyla denetlenebilmesi imkanını sağlayan, oldukça önemli bir kuramdır.

Bununla birlikte; ayrılabilir işlem kuramı ile idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında gösterilen, sözleşme hükümleriyle idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması koşulu arasında, bazen çelişki ortaya çıkabilmektedir.

Şöyle ki; idari sözleşmelerin hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarından bazılarının ve özellikle tek taraflı fesih yetkisine, borçlar hukuku

³⁷⁵ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 112; SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 182.

hükümlerine tabi olan özel hukuk sözleşmelerinde de yer verilebildiğinden³⁷⁶, idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşme hükümlerinde de idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanınabilmektedir. Bu durumlarda, yargı organı idarenin sözleşmesinin niteliğini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmişse, idarenin sözleşme hükmüyle kendisine verilmiş olan kamu gücü ayrıcalığını kullanmasını, sözleşmenin uygulanması niteliğinde görerek, söz konusu tek taraflı idari işlemi idari yargı denetimine tabi tutmamakta, adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir. Söz konusu sözleşmeler açısından, sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir yetki kullanımı olarak kabul edilmekte olduğundan³⁷⁷, ayrılabilir işlem kuramı bu durumda uygulanmamaktadır ve bu durum mantıklı olarak kabul edilebilir. Burada söylenebilecek tek şey; çalışmanın bu kısmına kadar belirtilmiş olduğu gibi, her ne kadar bu sözleşmeler, yargı organının, yerleşik içtihatlarında yer alan zorunlu koşulları değerlendirmeksizin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul ettiği sözleşmeler olsa da, sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının söz konusu sözleşmelere idari nitelik kazandırabileceğinin gözden kaçırılmaması gerekliliğidir.

³⁷⁶ “Özel hukuk işlemi niteliği yasaca belirlenmemişse, bu belirleme yargıç tarafından yapılmaktadır. Bu tür işlemlerin genellikle, bir özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasına ya da feshine ilişkin işlemler olduğu söylenebilir. Öğretide belirlendiğine göre bunların, özel hukuk işlemi sayılması ve adli yargı tarafından denetlenebilmesi için sözleşmeden ayrılamaz nitelikte olmaları gerekir. Başka deyişle, sözleşmeden ayrı olarak hukuki değer taşıyorlarsa (ayrılabilir işlem sayılıyorsa) bunlar özel hukuk işlemi değil, yönetim hukuku alanına giren yönetsel işlemlerdir. Bu ayırımın yapılmasında, işlemin sözleşme ile bütün oluşturup oluşturmadığına, hukuka aykırılığının sözleşme kuralları çerçevesinde belirlenip belirlenmediğine bakılır.; ...Adli yargının bu anlayışı genişleterek uyguladığı göze çarpmaktadır. Genişleme, sözleşme öncesi evreyi de özel hukuk kapsamına alma yönündedir”; AKILLIOĞLU Tekin, “Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkarıldığı Yönetim Hukuku Sorunları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, S. 2, 1979, .s. 464.

³⁷⁷ “...Hadise, hukuku hususiye sahasına dahil bir mukavelename hükmünün yerine getirilmemesinden mütevellid olup, esasen idareye fesih selâhiyeti mezkûr mukavelenamenin 7 inci maddesile tanınmış ve 11 inci maddesile de mukavelenamenin tatbikatından mütevellid davaların Yozgat mahkemesinde görüleceği tasrih edilmiş olduğundan davanın vazife noktasından reddine...”; D5D, E. 1939/1038, K. 1939/822, KT. 24.05.1939, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S.10, 1939; “...kiralama ilişkisinin kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik bir amaç taşımadığı, sözleşmede davalı idarenin fesih yetkisinin karşı taraftan üstün olmasının sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmadığı, sözleşme hükümlerinin tarafların serbest iradesiyle belirlendiği, kamu gücü ve usulleri uygulanarak yapılan bir idari sözleşme kapsamında olmayan ve özel hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargının görevine girdiği...”; D8D, E.2003/5012, K.2004/1605, KT.06.04.2004; Aynı gerekçelerle benzer yönde karar için bkz. D8D, E.2003/5034, K. 2004/1277, KT.15.03.2004; (Yayımlanmamıştır).

Bununla birlikte; ayrılabilir işlem kuramının en çok uygulama alanı bulduğu özel hukuk sözleşmeleri de, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında yer alan zorunlu koşulları değerlendirmeksizin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmiş olduğu, ihale yöntemine başvurarak yaptığı sözleşmeler³⁷⁸ ile abonman sözleşmeleri, yapım sözleşmeleri ve kira sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklar olup, sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının, sözleşmenin uygulanması olarak kabul edilmesi, yargı organın içtihatları değerlendirildiğinde, kendi içinde mantıklıdır.

Bununla birlikte; söz konusu sözleşmelerin hükümlerinde idareye hiçbir kamu gücü ayrıcalığı tanınmamış olduğu halde idarenin kamu gücü ayrıcalığından yararlanması durumunda ise, Danıştay benzer durumlarda bazen ayrılabilir işlem kuramını uygulamakta³⁷⁹, bazense kullanılan kamu gücü ayrıcalıklarını, sözleşme hükümlerinde yer almadığı halde, özel hukuk sözleşmesinin uygulanması olarak kabul etmektedir³⁸⁰.

³⁷⁸ “...2886 sayılı Devlet İhale Kanununa dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler yasanın kamu yasası olma niteliği nedeniyle idari niteliktedir ve bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların görüm ve çözümünde idari yargı görevlidir. Ancak taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir. Belirtilen bu duruma göre 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 istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi zorunludur...”; D10D, E.2001/5105, K.2003/358, KT.05.02.2003, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; Benzer yönde karar için bkz; D13D, E.2007/10031, K. 2008/1767, KT. 01.02.2008; D13D, E.2007/15026, K. 2008/4975, KT. 20.06.2008; D13D, E.2015/6358, K. 2016/2873, KT. 28.06.2016; (Yayımlanmamıştır).

³⁷⁹ Abonman sözleşmesinde ayrılabilir işlem kuramının uygulandığı uyuşmazlıklara örnek için bkz.; D8D, E.1998/2595, K.1998/4026, KT. 03.12.1998; D8D, E.1997/185, K.1997/2229, KT. 23.06.1998; D8D, E.1995/3292, K.1997/4323, KT.30.12.1997; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 10.08.2017.); Kira sözleşmesinde ayrılabilir işlem kuramının uygulandığı uyuşmazlıklara örnek için bkz.; D8D, E.1989/1004, K.1990/1154, KT.18.10.1990; D8D, E.1995/1503, K. 1996/716, KT.15.03.1996; D8D, E.1995/2074, K.1995/2286, KT.19.06.1995; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.10.08.2017.

³⁸⁰ Abonman sözleşmesinde sözleşme hükümleri açıklanmaksızın ayrılabilir işlem kuramının uygulanmadığı karar örnekleri için bkz; “...Bakılan davada uyuşmazlık, telefon aboneliğine son vermeye, yani sözleşmenin feshine ilişkin olup; sonuç itibarıyla telefon sahibiyile idare arasında yapılan abonman sözleşmesinin uygulanmasından doğmakta ve bu haliyle uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir”; D10D, E.1995/472, K.1995/4377, KT. 12.10.1995; (Yayımlanmamıştır); “...katı atık toplama ücretine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, Uyuşmazlık Mahkemesinin, 09.05.2016 günlü, E:2016/266, K:2016/305 sayılı kararıyla söz konusu ücretin, idareyle kişi

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması aşamasında ayrılabilir işlem kuramına ilişkin söz konusu çelişkili uygulamalar, henüz sözleşme kurulmadan önce, özel hukuk sözleşmesi yapmak amacıyla idareye yapılan başvurulara ilişkin uyuşmazlıklar açısından da söz konusu olmuştur. Danıştay bazı durumlarda, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen bir sözleşme yapmak amacıyla idareye yapılan başvurunun reddine dair idari işlemi ayrılabilir işlem olarak kabul etmişken³⁸¹, bazı durumlarda sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir işlem olarak kabul etmiştir³⁸².

Erkut, idarenin sözleşme ilişkisinde yapmış olduğu tek taraflı işlemlerin tümünün idari işlem olduğunun kuşkusuz olduğunu ve fakat bunların idari yargıda iptal davasına konu edilebilmesi için, sözleşmeden ayrı bir hukuki değer taşıması gerektiğini ve bu hukuki değerın tespiti hususundaki geniş takdir ve yorum yetkisinin hakime ait olduğunu belirterek³⁸³, bu çelişkili kararların sebebini açıklamış bulunmaktadır.

arasında abonman sözleşmesi ile kurulan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kar esasına göre idarece belirlenen tarifeye dayanılarak alınan bir ücret olduğu, idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yönetmelik ile buna dayanan tarife kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerinde -idare mahkemeleri; abonman sözleşmesine dayanan bir alacak- borç ilişkisi kapsamındaki katı atık toplama bedelinin tahsiline ilişkin davaların ise adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği...”; D14D, E.2016/9800, K.2016/6709, KT.24.11.2016; D14D,E.2014/4386, K.2017/861, KT.16.02.2017; D14D, E.2015/785, K.2017/544, KT.06.02.2017; (Yayımlanmamıştır).

³⁸¹ “...Belirtilen duruma göre; davacının, 3713 sayılı Yasa uyarınca yeniden işe başlatılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin davalı idare ile davacı arasında henüz bir özel hukuk ilişkisinin kurulmamış olması nedeniyle kamu gücüne dayanılarak tesis edildiğinde ve bu işlemin de idari nitelikte bir işlem olduğunda kuşkuya yer bulunmadığından...”; D12D, E. 1997/1498, K.1997/2155, KT.13.10.1997; emsal.danistay.uyap.gov. tr; e.t.10.08. 2017; “...Özel sektör işçilerinin iş hukukundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları ile kamuda çalışan işçilerle iş akdi imzalandıktan sonraki iş mevzuatına dair uyuşmazlıkların, iş hukukuna ve dolayısıyla adli yargının görev alanına girdiği açık olmakla birlikte, kamu işçiliği için iş akdinin imzalanması öncesindeki sürecin tamamen idare hukuku alanında bulunduğu ve idarelerce; kamu gücü kullanılarak re'sen ve tek taraflı olarak, idare hukuku ilkeleri içinde tesis edildiği, nazara alındığında; davacının yeniden kamu işçisi olarak atanmak için yaptığı başvurunun reddine dair işlemin idari işlem niteliğinde olduğu ve uyuşmazlığın çözümünün de idari yargı mercilerinin görevinde bulunduğu kanaatine varılmıştır...”; D12D, E.2015/1627, K.2016/1382, KT.16.03.2016, (Yayımlanmamıştır).

³⁸² “...Davacı tarafından davalı idare ile yapılması talep edilen sözleşmenin tarafların serbest iradesine dayalı ticari nitelikte olduğu ve bu nitelikteki sözleşme kamu hukuku çerçevesinde yapılmadığı gibi kamu gücüne de yer verilmediği açıktır...”; D6D, E.2000/123, K.2000/2610, KT. 08.05.2000; (Yayımlanmamıştır).

³⁸³ ERKUT (İdari İşlemin Kimliği...), s. 40.

Danıştay'ın bu alandaki farklı içtihatları karşısında; idarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşme ilişkisine etki eden kamu gücü ayrıcalıklarının idari yargı denetimine tabi olabilmesi için benimsenmiş olan ayrılabilir işlem kuramı da gerçek işlevini yitirmektedir.

Bununla birlikte; Danıştay bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda kamu gücü kullanımını gördüğü durumlarda genellikle, ayrılabilir işlem kuramını uygulayarak uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermektedir. Ancak; idarenin sözleşme ilişkisinde kullanmış olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükümlerinde bulunup bulunmadığı, kararlarda genellikle belirtilmemiştir. Oysa; yerleşik içtihadı doğrultusunda, söz konusu uyuşmazlıklarda kullanılan kamu gücü ayrıcalıklarına, uyuşmazlık konusu sözleşmelerde de yer verilmiş olsaydı, idari sözleşmelerde bulunması gereken zorunlu şartlardan biri gerçekleşmiş olacak ve diğer zorunlu şartlar da bulunduğu takdirde, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olması, idarenin sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemi sebebiyle değil, idarenin idari sözleşmesinden doğan bir dava olması sebebiyle olacaktır.

Danıştay'ın bu tutumu; idari sözleşmelerden doğan davaların içeriğinin tam olarak anlaşılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira; ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda, idarenin tek taraflı işlemini iptal davasına konu etmenin, yargı organının daha alışık olduğu bir uygulama olduğu açıktır ve bu durum, idari sözleşme rejiminin temel sorunlarından birini de ortaya koymaktadır.

Görüldüğü gibi, Danıştay, idari sözleşme niteliğinin belirlenebilmesi için; kamu hukukundan doğan şartların sözleşmede yer almasını zorunlu bir şart olarak yerleşik içtihatlarında sayıyor olsa da, nitelik belirleme aşamasında, her durumda sözleşme hükümlerine atıf yapmamakta, genellikle önce sözleşmenin niteliğini belirlemede ve eğer sözleşmenin idari nitelikte olduğuna karar verirse, zaten kendini görevli kabul etmekte; eğer sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak görürse, idarenin tek taraflı işlemlerini ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde idari yargının denetimine tabi tutmakta, bazense bu işlemleri sözleşmenin uygulanması niteliğinde görerek adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir.

III. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ ÖNE ÇIKAN ÖLÇÜT OLMASI GEREKLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SÖZLEŞMENİN TARAFLARI ARASINDAKİ EŞİTLİĞİ ORTADAN KALDIRMASI

İdari sözleşmelerin ayırt edici özelliğinin, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizlik olduğu, genel kabul gören görüştür. Bu eşitsizliğe sebep olan, sözleşme ilişkisinde tarafların ve daha çok idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanıyor olmasıdır³⁸⁴. Kamu gücü ayrıcalıklarının, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitliği ne şekilde bozduğunun belirlenmesi ise, borçlar hukuku alanında yapılan sözleşmeler çerçevesinde bir çözümleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Borçlar hukuku doktrininde; sözleşme kavramı, “*belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki işlem*”³⁸⁵ şeklinde tanımlanmakta olup, bu tanım ele alındığında; idare hukuku alanında yapılan sözleşmelerin de, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı açıklamalarını içerdikleri ve böylece sözleşmenin kuruluş aşamasının borçlar hukukundaki sözleşmenin görünümüyle büyük ölçüde benzerlik gösterdiği görülmektedir. Yine, idare hukuku alanında yapılan sözleşmelerin de, kamu

³⁸⁴ DURAN (İdare Hukuku...), s. 433; ASLAN/ARAT, s.7; Waline’e göre, özel hukukta sözleşme, kişilerin bir hak elde etmek amacıyla başvurduğu genel bir usul olduğu halde, idare hukukunda sözleşme idare tarafından idari faaliyet sürecinde yapılan usullerden sadece bir tanesini oluşturmakta ve bu usule başvurduğunda da, idare kişilerden daha fazla yarar sağlamaktadır; WALINE, Marcel, “*İdari Mukaveleler*” (Çeviren: Hâmide UZBARK), AÜHFD, C.1, S. 4, 1944, s. 563; Özay; idari sözleşmelerin aslında “katılma-işlem”ler olduğunu belirtmiştir. Zira; idari sözleşmeler maddi ayırım açısından yapılan tasnifte karma işlemler olarak kategorize edilmekte ise de, aslında sözleşme ilişkisinin büyük kısmı şartnamelerle, yani idarenin kural işlemleriyle belirlenmektedir. Mali hükümlerin özel nitelikte olduğu kabul edilse bile, bu hükümler belirlenirken dahi idarenin üstünlüğü söz konusu olduğundan, sözleşmenin her alanına idare etki etmektedir; ÖZAY, s. 511; Fransız sisteminde, idari sözleşmelerde tarafların eşit olmadığı kabullenilmişken; Alman-Avusturyan sisteminde, sözleşme ilişkisi olduğunda taraflar arasında eşitsizlik olamayacağı kabul edilmiştir; LANGROD, s. 357; bu hususta ayrıca bkz: “...idarenin taraf olduğu sözleşmelerle diğerleri, aynı hukuksal özellikleri taşımadıklarından bunların aynı hukuksal konumda bulunmayan tarafları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz...”; AYM, E. 2005/138, K.2008/124, KT.19.06.2008; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.45, C.2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2008, s.1320 vd; MERİÇ, s. 66.

³⁸⁵ EREN, s. 199-200.

hizmetinin yürütülmesi, kamu hizmetinin yürütülmesine katılımın sağlanması gibi, belli bir hukuki sonuca yöneldikleri açıktır.

Waline, özel hukukta ve kamu hukukunda sözleşmenin kuruluş aşaması açısından hiçbir fark bulunmadığını, her iki sözleşme türünün de icap ve kabulden oluşan ve belli bir amaca yönelen iradelerin uyuşması sonucu kurulduğunu belirtmiştir³⁸⁶.

İdari sözleşmelerin kuruluşu ve sözleşmenin hukuki bir sonuca yönelmesi açısından, borçlar hukukundaki sözleşme anlayışı ile şeklen bir benzerlik olduğu, bu şekilde söylenebilse de gerçekte durumun aynı olmadığı ortadadır. Zira; karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının gerçek anlamda uyuşabildiğinden söz edebilmek için, her şeyden önce, sözleşme yapma iradesini açıklayacak olan tarafların birbiriyle eşit durumda olduklarına içsel olarak inanmış olmaları gerekmektedir. Kamu gücünün temsilcisi olan idare ile bireysel yarar sağlamaya çalışan özel hukuk kişinin her koşulda eşit olduklarını hissettiklerini söyleyebilmek imkansızdır. Ayrıca, idarenin sözleşme ilişkisiyle somut bir hukuki sonuç elde etmesi yanında ve bu hukuki sonuçtan daha fazla, kamu yararının gerçekleşmesini amaçlıyor olması, idari sözleşmelerin borçlar hukukundaki sözleşmelerden büyük ölçüde farklı değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koyan bir diğer gerçektir³⁸⁷.

Bu söylenenler; borçlar hukukuna hakim olan genel ilkelerden özellikle irade özerkliği ilkesi ile temellendirilerek açıklandığında daha anlamlı hale gelmektedir.

Doktrinde irade özerkliği ilkesinin; sözleşme özgürlüğü ilkesinin, liberal hukuk felsefesinden temel alan ideolojik esasını oluşturduğu ve bu özerkliğin kişiyi her türlü dış baskıdan ve özellikle de devletin baskısından korumayı amaçladığı, dolayısıyla irade özerkliğinin kural, irade özerkliğine getirilen sınırlamaların ise istisna olması gerektiği, sınırlamanın ölçüsünün ise birey yararıyla toplum yararı arasındaki uyumlu denge olduğu belirtilmiştir³⁸⁸.

³⁸⁶ WALINE, s. 567.

³⁸⁷ MEWETT, s. 223-224.

³⁸⁸ EREN, s. 16.

İrade özerkliğinin alt ilkeleri olan sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkelerinin borçlar hukuku açısından anlamları açıklandığında, idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki fark ve bu ilkelerin idari sözleşmelere mutlak şekilde adapte edilemeyecek olması daha görünür hale gelmektedir.

1.Sözleşme Özgürlüğünün İdari Sözleşmelerde Sağlanamaması Karşısında Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Niteleyici Gücü

Borçlar hukuku açısından sözleşme özgürlüğü, kural olarak sözleşmenin her iki tarafı için de geçerliyken, idari sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü birden fazla değişkene bağlı olarak ne idare açısından ne de sözleşmenin özel hukuk kişisi açısından tam olarak gerçekleşebilmektedir.

Konuya öncelikle idarenin sözleşme özgürlüğü açısından bakıldığında; idarenin faaliyetlerini sözleşme yapmak suretiyle gerçekleştirmesi hususunda mevzuatta yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı; aksine, Anayasa'nın 125. maddesi ve 155. maddesi hükümlerinde açıkça idari sözleşmelerden ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden bahsedilmiş olması karşısında, yasama organının anayasal düzeyde idari sözleşme alanını tanıdığını ve bu alanda yasaklayıcı bir hüküm koymadığı için de idareyi idari sözleşme yapma hususunda serbest bırakmış olduğunu belirtmek gerekmektedir³⁸⁹.

Bu hususta, 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin, idarenin sözleşmesinin niteliğini belirlemede serbest olduğuna ilişkin kabulle ilgili olarak bir etkisinin bulunup bulunmadığının da kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Önceden de açıklanmış ve doktrinde öne sürülmüş olan³⁹⁰ Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, artık idarenin, özel hukuk sözleşmesi olduğu kanunla belirlenmemiş olan her sözleşmesinin idari sözleşme olarak kabul edilmesinin anayasal bir gereklilik olduğu yönündeki görüş

³⁸⁹ Özay, idarenin tek taraflı işlem yapmasının kural, sözleşme yapmasının ise istisna olması gerektiğini ve fakat günümüzde bu istisnanın giderek yaygınlaştığını belirtmiştir. Yazara göre, idarenin tüzel kişilik olarak hak ehliyetine sahip oluşu, idareye sözleşme yapabilme yetkisi de vermektedir; ÖZAY, s. 508.

³⁹⁰ Bkz. s. 11'deki açıklamalar.

doğrultusunda, idarenin faaliyetini sözleşme yapmak suretiyle gerçekleştirmeyi tercih etmesi hususunda serbest olduğu ve fakat söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin bir kanun hükmünün bulunmadığı her durumda, idarenin sözleşmenin niteliğini belirleme hususunda serbest olmadığı söylenebilir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda öne sürülmüş olan bu görüş dışında, genel olarak içtihatlarda idarenin, sözleşmesinin niteliğini belirleme hususunda serbest olduğuna ilişkin kabulün devam ettiğinin³⁹¹ ve aşağıdaki açıklamaların da bu kabul çerçevesinde yapılacağı belirtilmesi gerekmektedir.

Bu durumda; idarenin faaliyetini yerine getirirken uygulayacağı usulün tek taraflı bir idari işlem, özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olacağı açıkça belirtilmiş olduğu bir kanun hükmünün bulunmadığı her durumda; idare idari sözleşme yapmak suretiyle faaliyetini yerine getirmek hususunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. İdarenin takdir yetkisini, idari sözleşme yapmak yolunda kullanması yönündeki iradesi ise bir idari işlem yoluyla gerçekleşmektedir ve bu idari işlem de, diğer idari işlemler gibi kamu gücü ayrıcalığından yararlanmak suretiyle yapılmaktadır.

Bununla birlikte; sözleşme özgürlüğü kavramı, bir taraftan esaslı bir özel hukuk kavramı olup, idare hukukuna uzak bir kavram; diğer taraftan da temel işlevi kişileri devlete ve idareye karşı korumak üzere kabul edilmiş ve Anayasa'nın 48. maddesi ile de güvence altına alınmış olan bir temel hak ve hürriyettir. Bu iki husus, idarenin sözleşme yaparken ve özellikle idari sözleşme yapması durumunda, özgür iradesini ne kadar kullanabileceği hususunu daha karmaşık hale getirmektedir.

Borçlar hukuku doktrinde hakim görüşe göre; sözleşme özgürlüğünün, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını belirleme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmeyi değiştirme veya sona erdirmeye özgürlüklerini kapsadığı belirtilmektedir³⁹².

³⁹¹ Yerleşik yargı içtihatlarında, sözleşme hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşme niteliğini belirleyen bir ölçüt olarak varlığını sürdürmesi, bunun en önemli ispatıdır.

³⁹² EREN, s. 17; BUZ, s. 116.

Anayasa Mahkemesi'nin 20.01.1971 tarihli kararında, sözleşme özgürlüğü ile ilgili olarak başlıca gereklerden birinin, sözleşme yapmaya zorlanamama olduğu belirtilmiştir³⁹³. Danıştay 8. Dairesi de 04.10.1984 tarihli kararında, hiç kimsenin kamu gücü kullanarak sözleşme yapmaya zorlanamayacağını vurgulamıştır³⁹⁴.

Bu kapsamda değerlendirme yapıldığında; idari sözleşmeler söz konusu olduğunda, idare tam anlamıyla sözleşme özgürlüğüne sahiptir diyebilmek kuvvetle muhtemel iken; sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişisi açısından tam tersi bir durum söz konusu olmaktadır. Her şeyden önce, idarenin, kanuni bir zorunluluğun olmadığı durumlarda, idari işlevini idari sözleşme ile yerine getirip getirmemek hususunda tamamen serbest olduğu kabul edilmektedir.

Sözleşmenin karşı tarafının seçilmesi hususunda da, idari sözleşmeler söz konusu olduğunda, özel hukuk sözleşmelerinin aksine, idarenin ihale usulüne başvurmak zorunda olmadığı genellikle kabul edildiğine göre; idarenin bu açıdan da tam bir serbesti içinde bulunduğunu söylemek mümkündür.

Yine, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi, sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi ve sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda da idare tam bir serbesti içinde hareket etmektedir.

Bu bakış açısından hareketle; idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu bu geniş sözleşme özgürlüğüne karşın, sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişisinin en iyi ihtimalle sözleşmeyi yapıp yapmamaya karar verirken sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu söylenebilecektir. Sözleşme özgürlüğünün diğer unsurlarının ise, özel hukuk kişisi açısından var olduğunu söylemek çok iyimser bir yaklaşım olmaktan öteye gidemeyecektir. Dolayısıyla; idari sözleşmelerde idare için çok geniş olan

³⁹³ “...Bir kimsenin bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamaması sözleşme hürriyeti ilkesinin başlıca gereklerinden biridir...”; AYM, E. 1969/56, K.1970/4, KT.20.01.1971; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.8, 2. Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1991, s.193.

³⁹⁴ “...Hiç kimse kamu gücü kullanılarak sözleşme yapmaya zorlanamaz...”; D8D, E.1984/65, K.1984/1246, KT.04.10.1984; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; Bununla birlikte Eren, borçlar hukukunda sözleşme yapma zorunluluğunu tamamen reddetmemekte ve bu zorunluluğun borçlar hukukunda istisna olduğunu belirterek, bu istisnalara örnek olarak kanundan doğan sözleşme zorunluluğu, güdümlü ekonominin getirdiği sözleşme zorunluluğu ve fiili tekel nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğunu göstermektedir; EREN, s. 301-306.

sözleşme özgürlüğünün, sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişisi için bu kadar daralmış olması durumunda, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitsizlik görünür hale gelmektedir³⁹⁵.

Başka bir açıdan bakıldığında ise; özü itibarıyla bir temel hak ve hürriyet olan sözleşme özgürlüğünün, idare açısından geçerli olamayacağını söylemek de mümkündür. Her şeyden önce, idarenin idari sözleşme yaparken tek amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Ayrıca; sözleşme özgürlüğünün anayasal teminata sahip bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmesinin amacı, bireylerin bu haklarını devlete ve idareye karşı koruma altına alabilmektir. O halde, idarenin sözleşme özgürlüğünün idare açısından, borçlar hukukunda ve anayasa hukukunda tanımlanan sözleşme özgürlüğüne göre oldukça sınırlanmış olduğunu söylemek gerekecektir. Bu durum ise, bazen kamu yararının bazense bireysel yararların zarar görmesine sebep olabilecektir.

Her iki bakış açısının ortak yanı; idareye tanındığı varsayılan bu geniş ya da sınırlandırılmış özgürlüğün sebebinin kuşkusuz kamu yararının sağlanması olduğudur.

Duran, idari sözleşmelerin hukuki rejiminin idareyi bir taraftan güçlü kılarken, diğer taraftan sınırlamakta olduğunu ve böylelikle idare açısından olumlu ve olumsuz her iki yönden de eşitsizlik bulunduğunu belirtmiştir³⁹⁶.

³⁹⁵ Bununla birlikte; sözleşme özgürlüğü açısından idare ve özel hukuk kişisi arasında çıkan dengesizlik, doktrinde ve yargı kararlarında, olması gereken bir durum olarak kabul edilmiştir. Bir sözleşme ilişkisi söz konusu ise, sözleşme özgürlüğünün, sözleşmenin her iki tarafı için de eşit olarak sağlanması gerekip gerekmediği hususunu, idarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından değerlendiren Buz, "Sözleşme taraflarından birinin hareket alanının sınırlandırılmış olmasına özel hukukta ve tarafların her ikisinin de özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişi olduğu durumlarda da rastlanır. Örneğin, sınırlı ehliyetli bir şahıs kendisini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcisinin iznini veya onayını almadan yapamaz." şeklindeki ifadelerle açıklamaktadır; BUZ, s. 124. Anayasa Mahkemesi de, 26.06.1996 tarihli kararında, sözleşme özgürlüğü ile ilgili olarak özel hukuk sözleşmelerinde bile yer alan sınırlamaların, kamu hizmetleri söz konusu olduğunda zaten var olması gerektiğini belirtmiştir: "...Özel kişiler arasındaki ilişkilerde bile sözleşmelerle ilgili bazı temel düzenlemeler yasayla kurula bağlanmışken, kamu hizmetinin düzenlenmesinde gerekli yasalar ve idarî düzenleyici metinlerle, idarî usullerin bir parçası olarak sözleşmelerin hukuksal alanını etkileyici bir kısım kuralların konulması da doğaldır..."; AYM, E. 1996/5, K.1996/26, KT.26.06.1996; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.37, C. 1, Gazi üniversitesi İletişim Fakültesi Basimevi, Ankara 2002, s.42-43.

Bu sebeple; kamu yararını sağlamak amacı dışında bir amaçla hareket etmesi mümkün olmayan idare, idari sözleşme ilişkisine girdiğinde sözleşmenin konusunu dilediği gibi belirleyemeyecektir. Örneğin; idarenin tek taraflı işlemle idari faaliyette bulunması gereken durumlarda, sözleşme ilişkisine girebilmesi söz konusu olamayacaktır. Kutlu, bu duruma örnek olarak, kolluğa ilişkin yetkilerin sözleşme yapmak suretiyle özel hukuk kişilerine kullanılamayacağını göstermiş³⁹⁷ ve böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde, söz konusu sözleşmenin yokluk yaptırımına tabi olacağını belirtmiştir³⁹⁸.

Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk; idari sözleşmelerin hukuki rejimini özel hukuk sözleşmelerinin hukuksal rejiminden ayıran temel sebebin, idarenin bir yandan kamu yararı sebebiyle sınırlandırılmış bir irade ile sözleşme yaparken, diğer yandan yine kamu yararı sebebiyle kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması olduğunu şu şekilde ifade etmişlerdir: *“Böylece idari sözleşmeler hukuksal düzeni, kamu yararı düşüncesiyle, bir yanda idarenin imtiyazları, öte yanda bağımlılıkları nedeniyle, özel hukuk sözleşmeleri hukuksal düzeninden tamamen ayrılmaktadır.”*³⁹⁹.

Sonuç olarak; idari sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü, idare ve özel hukuk kişisi açısından tam olarak geçerli bir kavram olamamaktadır. Bunun temel sebebi ise, idarenin kamu yararı sebebiyle haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarıdır ve bu durum taraflar arasındaki eşitliği tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Borçlar hukukunda da, sözleşme özgürlüğüne, taraflardan biri lehine sözleşme özgürlüğü kısıtlamaları getirilebilmesi mümkün olmakla birlikte; borçlar hukuku açısından bu kısıtlamalar istisnai nitelikte iken; sözleşme yapma iradesinin doğması anından itibaren kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan idarenin sözleşmeleri açısından bu durum istisna değil, kural niteliğindedir.

³⁹⁶ DURAN (İdare Hukuku), s. 434.

³⁹⁷ Aynı doğrultuda görüş için bkz; DURAN (Yap-İşlet-Devret) s. 151; ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Atlas Akademi, Konya 2012, s. 71.

³⁹⁸ KUTLU, s. 17-18.

³⁹⁹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1315.

2. Genel İşlem Koşulları Taşıyan Özel Hukuk Sözleşmeleri Karşısında Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Ölçüt Olarak Değeri

Yukarıdaki başlıkta; idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme özgürlüğünün sağlanmasının önündeki engel durumundan bahsedilirken, taraflar arasında sözleşmenin bütün unsurları yönünden eşitsizlik ortaya çıkıyor olması hususu tartışılmıştır.

Bu başlık altında ise; özel hukuk sözleşmeleri açısından günümüzde yaygın bir uygulama alanı olan genel işlem koşulları taşıyan sözleşmeler ile idari sözleşmelerin temel uygulama şekli olan tip sözleşmeler ve idari sözleşmelere ekli şartnamelerin karşılaştırılması yapılarak, özel hukuk sözleşmelerinin gelmiş olduğu bu son durum karşısında, kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşmelerdeki ayırt edici niteliğinin önemini yitirmiş olup olmadığı belirlenmeye çalışılacaktır.

İdari sözleşmelerin hatta idarenin özel hukuk sözleşmelerinin büyük çoğunluğu idarenin hazırlamış olduğu tip sözleşmeler şeklinde oldukları için, sözleşme metninin topyekün kabul edilmesi ya da edilmemesinden ibaret olan kabul beyanının, özel hukuk kişinin gerçek iradesini yansıtmadığı, cevaplanması zor bir sorudur.

Bununla birlikte; tip sözleşmelere, günümüzde özel borç ilişkilerinde de rastlanmakta olduğundan, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edebilmek için bu gerekçeye dayanmak, bir şüpheyi de beraberinde getirmektedir.

Tip sözleşmelere, borçlar hukukundaki katımlı (iltihaki) sözleşmeler ile genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler örnek olarak gösterilebilir.

Bunlardan katımlı (iltihaki) sözleşmelerde sözleşmenin içeriği taraflardan biri ya da üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmakta, diğer taraf ise bu şartları ya tamamen kabul ya da tamamen reddetmektedir. Bu yönüyle, idari sözleşmelerdeki durumun aynısının, bu sözleşmelerde de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte; doktrinde bu sözleşmelerin içerdiği hizmetlerin genellikle su, doğalgaz, elektrik vb. kamu hizmetleri niteliğinde olduğu da ifade edilmiş⁴⁰⁰ ve böylelikle idare

⁴⁰⁰ EREN, s. 214.

hukuku uygulamaları açısından da özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen abonman sözleşmeleri kastedilmiştir.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeleri açıklayabilmek için, öncelikle genel işlem koşullarından anlaşılması gereken şeyin ne olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Doktrinde, Endüstri Devriminin bir ürünü⁴⁰¹ olarak kabul edilen genel işlem koşulları, 6098 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasında açıkça tanımlanmıştır: *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”*.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu özel borç ilişkilerinde de tek taraflı hazırlanan sözleşme içeriklerini kabul etmektedir. Bununla birlikte, aynı kanunda, bu koşulları görüşme yapmaksızın ya da katılmaksızın kabul etmek durumunda kalan tarafı korumaya yönelik hükümlere yer verilmiştir. Kanunda yer verilen bu düzenlemelerin amacı, klasik anlamdaki özel hukuk sözleşmesi kavramına önemli ölçüde aykırı düşen genel işlem koşulları içeren sözleşme türünün ekonomik hayattaki artışının sonucu, güçlü kuruluşlara karşı kişilerin koruma altına alınabilmesidir⁴⁰².

Gerçekten, klasik anlamdaki borçlar hukuku sözleşmelerinin aksine, genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarının eşit olduklarının kabulü mümkün değildir⁴⁰³.

Bu açıklamalar ışığında; borçlar hukukunda özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alan genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin, idari sözleşmelerle belli ölçüde benzerliği bulunmaktadır. Her ikisinde de; sözleşme koşulları güçlü tarafça hazırlanmakta, zayıf olan tarafça kayıtsız ve şartsız kabul edilmekte, çoğunlukla

⁴⁰¹ EREN, s. 215; AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 606.

⁴⁰² EREN, s. 216.

⁴⁰³ AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 184-186.

zayıf olan taraf, hizmet alabilmek için bu sözleşmeleri yapmak zorunda kalmaktadır. Kaldı ki, genel işlem koşullarını içeren özel hukuk sözleşmelerinin bir bölümünün konusunu da aslında kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler oluşturmaktadır. Örneğin, mobil haberleşme abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin her iki tarafı özel hukuk kişisi olsa da, işletmeci olan yani sözleşmenin güçlü tarafını oluşturup, genel işlem koşullarını tek taraflı olarak hazırlayan taraf, BTK tarafından yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişisidir. Dolayısıyla, bu kamu hizmetinden yararlanmak isteyen herkes, işletmeciyle ve işletmecinin belirlemiş olduğu koşullar altında, aynen idare ile yapılan ve idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen abonman sözleşmelerinde olduğu gibi, bu sözleşmeyi yapmak zorunda kalmaktadır⁴⁰⁴.

Bununla birlikte; özel hukuk sözleşmeleri açısından geçerli olan genel işlem koşulları ile idari sözleşmelerde geçerli olan kamu gücü ayrıcalıklarının tam olarak aynı olup olmadığının ve genel işlem koşulları ile ilgili olarak, 6098 sayılı Kanun'da sözleşmenin diğer tarafını korumaya yönelik getirilmiş olan hükümlerin idari sözleşmelerde de uygulanıp uygulanamayacağını irdelenmesi gerekmektedir. Uygulamada özellikle banka, sigorta, seyahat, taşıma, iletişim, ulaştırma ya da elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim mallarına ilişkin taksitli satış sözleşmelerinde rastlanmakta ve “*standart, tip, formüller veya kitlesel sözleşmeler*” olarak adlandırılmakta olan⁴⁰⁵ bu sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümler, 6098 sayılı Kanun'un, 20 ilâ 25. maddeleri arasında belirtilmiştir⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ AÇIKGÖZ, s. 63-34.

⁴⁰⁵ EREN, s. 219; AÇIKGÖZ, s. 204.

⁴⁰⁶ Genel işlem koşulları taşıyan tüm sözleşmeleri kapsayıcı nitelikte olan 6098 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenlemelerden önce 4077 sayılı Kanunu'na 2003 yılında 6. madde olarak “*Sözleşmedeki Haksız Şartlar*” başlıklı hüküm eklenmiş ve bu madde hükmüne dayanarak da, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Tüketici hukuku mevzuatında düzenlenmiş olan bu hükümler 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almakta ve burada sayılan “haksız şartlar” kavramı, genel işlem koşullarından daha geniş bir kapsamı ifade etmektedir. Ancak; “*haksız şartlar*” sadece tüketici sözleşmelerine ilişkin olduğundan genel işlem koşulları taşıyan tüm sözleşmeler açısından uygulanabilir nitelik taşımamaktadır; AKÇAAL, Mehmet, “*Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, GÜHFD, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 51-51.

Ancak; bu sorunun çözümüne geçmeden önce, Borçlar Hukuku hükümlerinin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanabilirliğine ilişkin kısa bir açıklama yapmak gerekmektedir. Doktrinde, genel olarak idare hukuku uyuşmazlıklarında⁴⁰⁷ ve özel olarak idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda⁴⁰⁸ idari yargı hakiminin borçlar hukuku hükümlerinden yararlanabileceğini kabul eden görüşler bulunmakta olup, bu yöndeki görüşlerin, özellikle idari sözleşmeler açısından haklılığı ortadadır. Zira; idari sözleşme kavramının içeriğini bir yandan idarenin üstün yetki ve ayrıcalıkları oluşturmaktayken, diğer yandan temel bir borçlar hukuku kavramı olan sözleşme kavramı oluşturmaktadır. İdari sözleşmenin, borçlar hukukunun en temel kavramıyla şekillenen ve fakat idarenin kamu gücüyle donanmış olan bu durumu, ortaya çıkan uyuşmazlığa uygulanabilecek bir idare hukuku kuralı bulunamadığında ya da borçlar hukuku kuralı, uyuşmazlığa daha adil bir çözüm getirdiğinde, uygulanabilmelidir⁴⁰⁹.

Açıklanan genel nitelikteki görüşlere ek olarak; 6098 sayılı Kanun'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanıp uygulanmayacağı, doktrinde özel olarak tartışılmıştır. 6098 sayılı Kanun hükümlerinin sadece özel hukuk sözleşmelerinde yer alan “*genel hükümler*” ya da “*şartnameler*” hakkında uygulanabileceğini; zira, özel hukuk sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları için geçerli olan kaygıların, idari sözleşmelerde yer alan şartname hükümleri açısından da geçerli olabileceğini ve fakat şartnamelere ilişkin çözümün idare hukuku kuralları arasında aranması gerekeceğini savunan görüşler⁴¹⁰ yanında, bu hükümlerin kamu gücü tarafından hazırlanan “*şartnameler*” hakkında da hayat bulması gerektiğini, en azından kıyasen

⁴⁰⁷ DURAN (İdare Hukuku...), s. 16-17; ATAY, s. 25; AKILLIOĞLU (Ticaret...), s. 467-472.

⁴⁰⁸ DURAN (İdare Hukuku...), s. 17; ATAY, s. 25; YILMAZ, Dilşat, “*İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2013, s.171; BRISSON, Jean-François, “*The Impact of Civil Code Reform on Administrative Contracts*”, Montesquieu Law Review, Özel S. 6, 2017, s. 165.

⁴⁰⁹ “...idari rejimin benimsenmiş olduğu bir ülkede, gerek aynen gerek yorumlanarak uygulansın özel hukuk kurallarının idari yargılamada yardımcı nitelikte olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, idari uyuşmazlığı çözecek derecede olmalıdır...”; YILMAZ, s. 170; “...özel hukuk esasları, İdare alanına olduğu gibi aktarılmayıp, işlenerek adapte edilmiş (uyarlanmış) bulunmaktadır.”; DURAN (İdare Hukuku...), s. 17.

⁴¹⁰ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 166.

uygulanması gerektiğini savunan görüş de bulunmakta olup, bu görüş kendisine dayanak olarak, 6098 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 4. fıkrasının gerekçesini almaktadır⁴¹¹. Söz konusu gerekçe incelendiğinde, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu sözleşmeleri de kapsadığı görülmektedir: “ *Maddenin son fıkrasında, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kurumların hazırladıkları sözleşmeler, her durumda tip sözleşme olarak kabul edilmekte, böylece mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine bağlı tutulmuş olmaktadır. Genel işlem koşullarının tâbi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmamaktadır*”⁴¹².

Kanun gerekçesinde yer alan bu hükümler çerçevesinde; idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğu farketmeksizin, kamu tüzel kişileri tarafından yapılan tüm sözleşmelerin genel işlem koşullarına karşı, sözleşmenin diğer tarafını korumaya yönelik hükümlerin uygulanabileceğinin kabul edilmesi, idari sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafının kamu gücü karşısında korunabilmesi açısından oldukça önemlidir.

Böyle bir durumda, idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki benzerlik daha da artacağından, kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde, ölçüt olarak daha zayıf hale geleceği ileri sürülebilse de; bu iddia ancak idarenin hazırlamış olduğu şartname ya da tip sözleşme hükümleri ile genel işlem koşulları arasında tam bir benzerlik bulunması halinde geçerli olabilecektir.

Zira; idarenin sözleşmesinin tip sözleşme şeklinde düzenlenmiş olması ya da sözleşme aslına ekli bir şartnamenin bulunması, idarenin sözleşmesinin idari niteliğini kuvvetlendiren kamu gücü ayrıcalıklarına verilebilecek örneklerden sadece biridir. Bunun dışında, idarenin sözleşme ilişkisindeki üstünlüğünü gösteren çok sayıda kamu gücü ayrıcalığı bulunmaktadır.

⁴¹¹ AYDOĞDU, s. 590-591, dipnot. 61.

⁴¹² kgm.adalet.gov.tr; e.t. 21.06.2018.

Bu sebeple; genel işlem koşulları ile sözleşmeye idari nitelik kazandıran kamu gücü ayrıcalıkları mutlak şekilde aynı olmayıp; aralarındaki benzerlik ve bu doğrultuda idarenin sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesindeki zorluk, sadece yargı organının önüne gelen uyuşmazlık konusu olayda, tip sözleşme ya da şartname dışında bir kamu gücü ayrıcalığı bulunmaması durumunda olabilecektir. Bunun dışındaki durumlarda ise, idareye sözleşme ya da mevzuat hükümleriyle, sözleşme ilişkisinde kullanmak üzere tanınan kamu gücü ayrıcalıklarının ölçüt niteliği önemini korumaya devam etmektedir.

Dolayısıyla; idari sözleşme niteliğini belirlerken kamu gücü ayrıcalıklarını bir ölçüt olarak kullanmak, genel işlem koşullarını taşıyan özel hukuk sözleşmelerinin sayısındaki artışla birlikte, daha zor bir hal almış gibi gözüküyor olsa da; kamu gücü ayrıcalıkları halen önemli bir ölçüt olarak varlığını sürdürmektedir.

Sonuç olarak; idarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kökeni devletin sahip olduğu kamu gücü ve kamu gücünün de temelini oluşturan devlet egemenliğidir⁴¹³ ⁴¹⁴ ve bu egemen güç, idari faaliyetin gerçekleştirilmesinde başvurulan idari sözleşmeler alanında da etkin şekilde kendisini göstererek, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitliği tamamen ortadan kaldırmaktadır.

B.SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNİN İDARİ OLARAK BELİRLENMESİNİN ÖNEMİ

Özay, idarenin sözleşmesinin idari nitelikte sayılmasının kamu yararı ve idare açısından sayısız faydalar sağlayacağını ve idarenin kamu yararının temsilcisi olması ve idare mahkemelerinin de idare hukuku ilke ve kurallarına daha çok hakim olmaları sebebiyle, uyuşmazlıkların idare mahkemeleri tarafından çözümlenmesinin,

⁴¹³ “İdare kudreti bir âmme kudreti, Devlet kuvveti olduğu ve hâkimiyetin karakterlerini haiz bulunduğu için elinde bu kudreti tutan idare sadece bir vazifenin ifasıyla mükellef bir uzuv değil aynı zamanda âmme kudretine de mâlik bir teşkilâttir”; ONAR (C.III), s. 1454.

⁴¹⁴ Anglo-Sakson hukuk sisteminde idari sözleşmelerin içtihat doktrin ve pozitif hukuk metinlerindeki kabul edilişindeki değişim açıklanırken de, idari sözleşme kavramının bu ülkelerdeki kabul edilme sürecinin devlet egemenliği ile ilişkisi, başka bir açıdan değerlendirilmiştir. Buna göre; devlet egemenliğinin klasik teorisinden başlayan değişimin, idari sözleşmeleri ve devletin sözleşmeden doğan sorumluluğunu kabul etme yönünde olduğu belirtilmiştir; LANGROD, s. 332-334.

“kişisel hakların korunması yanında asıl kamu yararının zarar görmemesinin sağlanması gereken bu alanda hakkaniyetin daha etkin bir biçimde gerçekleşmesine ulaşmanın tek ve en güvenceli yolu” olduğunu belirtmektedir⁴¹⁵. Yazarın bu düşüncesi, idari rejimi benimsemiş olan ülkelerin tümü açısından doğru bir düşünce olarak kabul edilmelidir. Zira; adli yargı-idari yargı ayrımının yapıldığı bir hukuk sisteminde her iki yargı kolunun uzmanlaşmış olduğu kabul edilen belli kavramlar bulunmaktadır.

Bu düşünce her ne kadar doğru bir düşünce olsa da; idari sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırmanın kolay olmadığı, çalışmanın bu kısmına kadar incelenmiş olan yargı kararlarından anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte; sözleşme ilişkisinde idarenin ya da diğer tarafın haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları, temel ölçüt olarak benimsendiği takdirde, idari sözleşme olarak nitelenecek sözleşmelerin sayısı önemli ölçüde artacaktır.

Duran, idari sözleşme niteliğinin en belirgin ölçütünün, idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan hüküm ve şartlar olduğunu, zira tarafların bu şekilde özel hukuk sözleşmesi yapmak istemedikleri yönündeki iradelerini ortaya koymuş olduklarını ve fakat özel hukuktaki sözleşme serbestliği ve irade özgürlüğü ilkeleri doğrultusunda, taraflar özel hukuk sözleşmelerine de benzer hükümler koymakta serbest olduklarından, idari sözleşme niteliğini belirleyen hüküm ve şartların tespit edilebilmesinin zor olduğunu belirtmiştir⁴¹⁶.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeleri arasındaki farkı belirlemek; sözleşmeye hangi hukuk dalının uygulanacağı sorununun çözülerek, uyuşmazlık çıkması durumunda görevli yargı kolunun belirlenmesi ve görevli yargı kolunun doğru belirlenmesinin de Anayasada ifadesini bulan “kanuni hakim” güvencesi⁴¹⁷ ile doğrudan ilgili olması sebebiyle oldukça önemlidir.

⁴¹⁵ ÖZAY, s. 511.

⁴¹⁶ DURAN (İdare Hukuku...), s. 432-433.

⁴¹⁷ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 94.

Bununla birlikte; sözleşmenin niteliği idari olarak belirlenmiş olsa bile, idari sözleşmelerden doğan davaların türü hususundaki karmaşa, ikinci sorun olarak belirmektedir. Doktrinde idari sözleşmelerden doğan davalar tam yargı davaları içinde kabul edilmekte olsa da, Danıştay'ın idari sözleşmelerin iptaline dair kararları bulunmaktadır ve bu davaların kabul edilmesinin temel sebebi, idari sözleşmelerin hukuki niteliğinin idari işlem olarak kabul edilmesi olmakla birlikte; aksi yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. Doktrinde ise; idari sözleşmeleri, idari işlemlerin bir alt kategorisi olarak gören görüşler⁴¹⁸ bulunmakla birlikte, ayrı bir kategori altında inceleyen yazarlar da bulunmaktadır⁴¹⁹.

Bu hususta; vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki hizmet sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık örneğinde değerlendirme yapmak, idari sözleşmelerden doğan davaların Türk hukukundaki durumunu açıklamaya yardımcı olacaktır. Bu uyuşmazlık; vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında imzalanmış olan tip sözleşmenin 7. maddesinde yer alan “*öğretim elemanı, bu anlaşma hükümlerine uymamaktan ötürü görevine son verildiği veya öğretime devamına en az 10 ay mani ve yetkili kuruldan tevsik edilmiş sıhhi sebep olmaksızın ayrıldığı takdirde okul idaresine 5.000,00.-TL (beşbintürklirası) tazminat ödemeyi kabul ve*

⁴¹⁸ Günday; idari işlemleri bireysel idari işlemler ve idari sözleşmeler olmak üzere iki başlık altında incelemektedir. Bkz. GÜNDAY, s. 121-222; Gözler de, idari işlemleri tek yanlı idari işlemler ve iki yanlı idari işlemler(idari sözleşmeler) olarak ikiye ayırarak incelemektedir; GÖZLER (C.I), s. 664-666.

⁴¹⁹ İdari işlemler ile idari sözleşmeler arasındaki temel fark; yargı kararlarında her iki hukuki işlem türü ile ilgili olarak yapılmış olan tanımlar doğrultusunda, birincilerin tek taraflı irade beyanı ile oluşmasına rağmen, ikincilerin iki farklı irade beyanın uyuşmasıyla oluşmuş olmalarıdır. Bu durumda her ne kadar memur atama ya da emekliye sevk edilme işlemlerinin isteğe bağlı idari işlemler kategorisinde yer alan tek taraflı idari işlemler oldukları hususunda günümüzde görüş birliğine varılmış olsa (GÜNDAY, s. 133) da; söz konusu tek taraflı idari işlemlerin ancak tarafların başvurularıyla oluştuğu ortadadır. Son tahlilde; isteğe bağlı idari işlemler söz konusu olduğunda, işlemin oluşması aşamasında kişinin iradesi ile idarenin iradesi arasında bir uyuşma olmadığı takdirde, idari işlem oluşmayacaktır. Doktrinde, bu şekildeki idari işlemlerde, işlemin oluşmasına özel hukuk kişinin katkısı kabul edilse bile, özel hukuk kişinin idari sözleşmede olduğu kadar söz hakkı sahibi olamayacağı belirtilmiş ve idari sözleşme ile özel hukuk kişinin katkısı ile oluşan tek taraflı idari işlemler bu şekilde ayırt edilmiştir; BUZ, s. 49; Waline, idare hukukunda hiçbir şekilde sözleşme niteliği taşımayan ve fakat birden çok iradenin oluşumu ile ortaya çıkan işlemler de bulunduğunu belirterek, bu işlemlere örnek olarak, vesayet makamının işlemleri sonucu ortaya çıkan idari işlemler ile birden fazla idari makamın iradesinin birleşmesi sonucu ortaya çıkan idari işlemleri göstermiştir; WALINE, s. 566.

taahhüt eder.” hükmündeki şartların hiçbiri bulunmamasına rağmen, öğretim elemanının istifa etmesinden doğmuş ve tazminatı ödemeyen öğretim elemanına karşı, vakıf üniversitesi dava açmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, uyuşmazlık konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasını gerekçe olarak göstermemiş, davayı sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık olarak kabul etmemiş ve iptal ve tam yargı davalarının ancak idare aleyhine açılabileceğini gerekçe göstererek, uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine karar vermiştir⁴²⁰. Oysa, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında akdedilen sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul eden Uyuşmazlık Mahkemesi⁴²¹, söz konusu uyuşmazlığın sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık olduğuna karar vermiş olsaydı, idari yargının görevli olduğuna karar vermesi gerekcekti. Zira; idari sözleşmelerden doğan davalarla ilgili olarak, pozitif hukuk düzenlemelerinde, davacının idare olamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca; dava konusu uyuşmazlıktaki iddia, özel hukuk kişinin sözleşme hükümlerinden birine uymamış olmasına ilişkindir ve uyuşmazlığın idari sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık olarak kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki; uyuşmazlık konusu madde hükmünde yer alan “5.000-TL tazminat”, idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu yaptırım uygulama yetkisinin somut bir şekli de oluşturmaktadır. Bu örnek doğrultusunda, yargı organının da, idari sözleşmelerden doğan davaların içeriğini tespit etmeye çalışmadığını söylemek mümkündür.

Böylelikle; idarenin sözleşmesinin niteliği idari olarak belirlense dahi, idari sözleşmelerin hukuki niteliği hususunda devam eden tartışma ve bu sözleşmelere karşı açılacak olan davanın türü hususundaki belirsizlik, idarenin sözleşmelerinde kamu gücü ayrıcalıklarının bazı durumlarda denetlenememesine sebep olmaktadır. Yukarıda verilmiş olan örnekte yer alan hizmet sözleşmesi, yerleşik içtihatlarda idari hizmet sözleşmesi olarak nitelenmiş olduğu halde, bazı hükümleri idari yargı denetimi dışına çıkarılmıştır.

⁴²⁰ UYM, E. 2015/41, K.2015/29, KT.26.01.2015; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

⁴²¹ Örnek karar için bkz.; UYM, E. 2012/273, K.2012/289, KT.24.12.2012; UYM, E. 2017/15, K.2017/203, KT.10.04.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

Diğer sorun ise; idarenin sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğinde dahi idarenin tek taraflı işlemlerinin idari yargı denetimine tabi tutulması için başvuruyla ayrılabilir işlem kuramının uygulanması sonucu; bir taraftan idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımının pratikte bir önemi kalmamış gibi gözükmesine karşın, diğer taraftan Danıştay'ın bazı kararlarında idarenin özel hukuk sözleşmesinden ayrılabilir nitelikte kabul ettiği işlemlerini, diğer bazı kararlarında özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından doğan yetkiler olarak kabul etmesi ve idari yargı denetiminin dışına çıkarması sonucu, idarenin sözleşmesinde kamu gücü ayrıcalığı kullandığı her durumun idari yargı denetimine tabi olamayışıdır.

İdari faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetin kamu hizmeti ile ilişkisinin herhangi bir şekilde kurulabilmesi mümkündür. Kaldı ki; idari sözleşmelerde her ne kadar, yargı kararları doğrultusunda sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olmasının da gerekli bir şart olduğu belirtiliyor olsa da, idarenin özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşmesi ayrımının gerçek sebebinin tarafların eşit olmaması oluşturmaktadır. Bu durumda; kanunen özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen idarenin sözleşmelerinde de idare lehine sözleşmede taraflar arasında eşitliğin bozulmuş olduğu karşı tez olarak sunulabilecek olsa da, kanunen nitelemenin günümüz yargı kararlarındaki kabul edilmiş şekli karşısında, söz konusu sözleşmelerin idari niteliği sadece teorik bir tartışma olarak varlığını sürdürebilmektedir.

Yine, kanunen niteleme olmasa da yargı organının içtihat birliğiyle özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği idarenin abonman sözleşmelerinde ve ihale usulüne başvuruyla hazırlanan sözleşmelerinde de, taraflar arasında gerçek bir eşitlik bulunmamakta ve idare sözleşme ilişkisinde kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olsa da; içtihatlarla hukuki rejimi belirlenmiş olan idari sözleşmeler alanında, bu hususta söylenebilecekler de teorik tartışmaların ötesine gidememektedir. Bununla birlikte; kanunen niteliği özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmiş olan sözleşmelerin aksine, abonman sözleşmeleri ve ihale yöntemine başvuruyla imzalanan sözleşmelerle ilgili olarak yargı organının içtihat değişikliğine gitme ihtimali daha fazladır. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, hibe sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olduğuna dair yakın tarihli kararları dikkate alındığında, bu öngörü kuvvetlenmektedir.

Bu sebeple; kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin herhangi bir konuda ya da kamu hizmeti olmadığı düşünülen alanlarda idare sözleşmeden ya da kanundan doğan kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunuyorsa, söz konusu sözleşmelerin idari sözleşme sayılması gerekmektedir. Böylelikle, idarenin açıklanan özellikleri taşıyan sözleşmelerinde, kamu gücü ayrıcalıkları sözleşmenin niteliğini belirleyen esas ölçüt olarak kabul edilmelidir.

Bilgen; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve idari hizmet sözleşmesi dışındaki tüm idari sözleşmelerde, ayırt edici kriterin “özel hukuku aşan şartlar” olduğunu ve özel hukuku aşan şartların, kamu gücü ayrıcalıklarından ibaret olduğunu kabul etmektedir: *“Türk hukukunda, özel hukuku aşan şartlar, yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanan şartlar, yani idarenin icrai karar ve re’sen hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan şartlar olarak tanımlanmak gerektiğine göre, sözleşmenin idari karakteri, özel hukuk sözleşmeleri ile arasındaki hüküm farkından, sözleşmenin bünyesinden doğmaktadır: kriter özel hukuku aşan şartlardır.”*⁴²².

Sonuç olarak; idari sözleşme niteliği ve özel hukuk sözleşmesi niteliği tartışmasız olan tüm idari faaliyet alanları dışındaki alanlarda; idarenin yapmış olduğu sözleşme ilişkisinde mevzuat ya da sözleşme hükmüyle idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınarak, idare sözleşme ilişkisinde daha güçlü bir konuma getirilmişse, kamu gücü ayrıcalıkları sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde ayırt edici unsur olarak belirmektedir ve bu hususun yargı organı tarafından da bu şekilde yorumlanması umulmaktadır.

Zira; idarenin sözleşmesinin nitelenmesinin sonucu olarak görevli yargı kolu değişmektedir. Görevli yargı kolunun değişmesinin ise, iki önemli sonucu bulunmaktadır.

Birincisi; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda idare hukukundaki iptal davasının⁴²³ yerine geçebilecek bir dava türünün olmaması ve idari yargı alanının

⁴²² BİLGİN (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...), s. 136; Gözler de aynı yönde görüş bildirmiştir: *“...kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunduğu sözleşme, bir “idari sözleşme”dir...”*; GÖZLER (C.I), s. 91; Bu hususta ayrıca bkz.; YAYLA, s. 167.

⁴²³ İdari rejimi benimsemiş ülkelerde idari yargının günümüzdeki varlık sebebi, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı bireylerin koruma altına alınabilmesidir. Bu korumanın en etkin

adli yargı alanından ayrılan yönleridir⁴²⁴. Her ne kadar, doktrinde idari sözleşmelerden doğan davalar genel olarak tam yargı davaları içinde görülmekte olsa da, idari sözleşmelerden doğan davaların hem iptal davası, hem de tam yargı davası ya da her ikisini içerebileceği yönünde görüşler⁴²⁵ ve Danıştay'ın idari sözleşmelerin iptaline dair kararları bulunmaktadır. Ayrıca, idari sözleşmelerden doğan davalar tam yargı davalarının bir türü olarak kabul edildiğinde de, bu davalarda hakim in idare hukuku ilke ve kurallarını uygulayacağı açıktır.

İkinci sonuç ise; adli yargının görevine girecek tüm özel hukuk sözleşmelerinde, tarafların tahkim yoluna gidebilmesi mümkün hale gelebilecek ve idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin tahkim yoluyla çözümlenmesi, kamu yararı amacına aykırı sonuçlara sebep olma olasılığını da beraberinde getirecektir.

Bu sonuçların doğurabileceği sakıncaların önüne geçilebilmesi ve idari sözleşme alanının daha fazla daralmaması için, bu yaklaşımın benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir.

yollarından biri de; iptal davasının varlığıdır; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIŞ, Hande Sena, İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

⁴²⁴ İdari rejimi benimsememiş ülkelerde dahi, doktrin Fransa'nın öncülük ettiği idari sözleşme rejiminin, özel hukuk kişilerinin korunması açısından daha iyi bir rejim olduğunu, common law sisteminde de idarenin yaptığı sözleşmelerde idarenin üstün yetkileri bulunduğunu belirtmektedir. Mewett, idarenin tarafı olduğu sözleşmeler açısından Fransa'da idari sözleşmelerin hukuki rejimi ile Birleşik Krallık ve Amerika'da hükümetin tarafı olduğu sözleşmelerin hukuki rejimlerinin karşılaştırmasını yapmış olduğu çalışmasında, Fransa'da idari sözleşme rejiminin temelini, sözleşmenin tarafları arasındaki çıkar çatışmasının dengelenmesinin oluşturduğunu (MEWETT, s. 224) ve temelde her üç sistemde de, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmeleri ile aynı nitelikte olamayacağını ve bu bağlamda hukuki rejimlerinin de aynı olmaması gerektiğini ve common law sisteminde idarenin taraf olduğu sözleşmelerin özel hukuk kuralları ile açıklanmaya devam etmesi durumunda, karışıklıkların ortadan kalkmayacağını (MEWETT, s. 246.) belirtmiştir; Langrod da; Fransız idari sözleşme rejiminin, idare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk kişisi açısından daha koruyucu bir sonuç ortaya çıkardığını belirtmiştir; LANGROD, s. 334.

⁴²⁵ YENİCE, Kâzım/ESİN, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, Ankara 1983, s. 122-123.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİNDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

İdari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıkları kavramının ikinci önemi; idari sözleşme niteliğinin sonucu olarak idarenin bu sözleşmelerin uygulanmasında ve sona erdirilmesinde kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğunun kabul edilmesidir⁴²⁶. Bu kabul, aynı zamanda söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılma sebebi olan kamu yararı ile sözleşmenin karşı tarafının bireysel yararlarının karşılaşması durumunda; çatışan menfaatlerin mümkün olduğunca dengelenmesine yönelik olarak, içtihatlarda, doktrinde ve mevzuat hükümlerinde getirilen çözümleri de incelemeyi gerektirmektedir. Fransız doktrini ve içtihatları tarafından kabul edilmiş ve Türk hukukunda da büyük ölçüde benimsenmiş olan genel idari sözleşme kuramı, bu çözümlenmeden yararlanmaktadır.

I.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI

İdari sözleşmelerin hukuki rejiminde esas etkili olan kuram, idari sözleşmenin uygulanması ve sona ermesi aşamasında idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını, bu ayrıcalıkların kapsamını ve sınırlarını açıklayan genel idari sözleşme kuramıdır.

Türk hukukunu önemli ölçüde etkilemiş olan Fransız hukukunda, tüm idari sözleşmelere uygulanacak nitelikte bir kuram, Jèze'e atfedilen, "*Genel idari*

⁴²⁶ İdari sözleşmenin kurulması aşamasında, idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçerken ve sözleşme şartlarını belirlerken kullandığı tek taraflı üstün yetkiler, çalışmanın birinci bölümünde açıklanmış olduklarından (Bkz. s. 54-73.) bu bölümde tekrar edilmeyecek olsa da; söz konusu ayrıcalıkların da idari sözleşmelerin hukuki rejimine dahil oldukları açıktır. İdarenin şartname ya da sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirlemesi ya da sözleşmenin karşı tarafını seçmesine yönelik tek taraflı işlemleri, her ne kadar sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin işlemleri olmasa da, bu işlemler idari sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmakta ve hem sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişisini, hem de üçüncü kişileri etkilemektedir. Bu sebeple; bu bölümde sadece söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. (Bkz. s. 231-235.)

sözleşme kuramı” (*Théorie générale du contrat administratif/general theory of administrative contract*) adlandırması ile oluşturulmaya çalışılmıştır⁴²⁷. Söz konusu kuram, Fransız içtihatlarında benimsenerek, genel idari sözleşme kuramının tüm idari sözleşme türlerine uygulanabilecek nitelikte bir kuram olduğu kabul edilmiştir⁴²⁸. Bu kuramın uygulanması için, bir kanun hükmüne ya da sözleşme hükmüne ihtiyaç bulunmadığı kabul edilmektedir. Salt idari sözleşme niteliği, idarenin belli kamu gücü ayrıcalıklarına sözleşme ilişkisinde başvurabilmesi için yeterli görülmektedir.

Genel idari sözleşme kuramı; bir yandan kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda ve kamu yararının gerçekleşmesi için, idarenin sözleşmenin uygulanmasında ve sona ermesinde belli kamu gücü ayrıcalıklarını haiz olmasını gerekli görmekteyken, diğer yandan ve bundan daha önemlisi, kamu yararı ile bireysel yararlar arasında bir denge oluşması fikrine dayanarak oluşturulan ilkelere yer vermektedir⁴²⁹. Modern devletin, kamu gücünün sınırlanması noktasında benimsemiş olduğu *denge ilkesi*⁴³⁰, idari sözleşmeler alanında da, böylelikle kendisini göstermektedir.

Ancak; bu ilkeler, sadece sözleşmenin mali dengesinin korunmasına yönelik olmak üzere *fait du prince* ve *emprevizyon* kuramları doğrultusunda geliştirilmiştir. İdari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafı olan idarenin, sözleşmenin tarafı olmayan idarenin veya diğer devlet organlarının kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaları sonucu sözleşmenin mali dengesinin bozulması durumunda, sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafının zararlarının, bu kuramların uygulanması sonucu giderilebilmesi mümkün ise de, idari sözleşmelerin uygulanmasında idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasına yönelik başka çözümler getirmemektedir. Zira; bu kuramlar, sadece sözleşmenin taraflarına ve sadece mali dengeye yönelik hükümler içermektedir.

⁴²⁷ Söz konusu kuramı destekleyen ve bu yönde çalışmalar yapan diğer Fransız yazarlar, Georges Péquinet ve André de Laubadère olmuştur; BRISSON (*The Impact...*), s. 168, dipnot. 2.

⁴²⁸ BRISSON (*The Impact...*), s. 163, 164.

⁴²⁹ MEWETT, s. 224; SHALEV Gabriela, “*Government Contracts in Israel*”, *Public Contract Law Journal*, C. 18, S. 1, 1988, s. 40, dipnot. 11.

⁴³⁰ Bkz. s. 50-51, dipnot. 158.

Türk hukukunda Danıştay kararları incelendiğinde, bu kuramların isimleri kullanılmak suretiyle uygulandığı kararlara, tek bir karar dışında ulaşabilmek mümkün olamamış ise de; söz konusu kuramların uygulama alanı bulduğu az sayıda karara rastlanmıştır. Bununla birlikte; Türk hukukunda idari sözleşmelere karşı, üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılabileceğinin kabul edilmiş olmasının, kamu gücü ayrıcalıklarına getirilmiş bir sınır olarak, genel idari sözleşme kuramına göre daha işlevsel bir çözüm getirmiş olduğu ortadadır.

Ayrıca; Türk hukukunda da kabul edilmiş olan⁴³¹ bu kuram; idari sözleşmelere uygulanacak farklı hukuki rejimin sadece sözleşmenin yürütülmesi ve sonuçları aşamalarında söz konusu olacağını ve tüm idari sözleşmelere uygulanacak olan ortak kuralları belirlemekte, bununla birlikte her idari sözleşmenin kendine özgü tarafları gereğince uygulanacak diğer kuralları dışlamamaktadır⁴³².

Böylelikle; genel idari sözleşme kuramının Türk hukukundaki gelişimi açısından, Danıştay içtihatlarının oldukça önemli bir görevi olsa da, Danıştay içtihatları incelendiğinde, bu alanda çok fazla bir değişim yaşanmamış olduğu ve Türk idare hukukunda tüm idari sözleşme türlerini içerecek şekilde genel bir idari sözleşme rejimi bulunmadığı açıkça görülmektedir.

Türk hukukunda da, genel olarak, idari sözleşme niteliğinin sonucu olarak, kanun hükmüyle ya da sözleşme hükmüyle yetkilendirilmesine gerek kalmaksızın idarenin, idari sözleşmelerin uygulanmasında ya da sona erdirilmesinde bazı kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceği kabul edilmekte⁴³³ ve söz konusu kamu

⁴³¹ “Fransa’da Danıştay ve Uyuşmazlık mahkemesi içtihatları ve doktrinle beliren ve gelişen idari mukaveleler teorisi, Türkiye’de de gerek mevzuat ve gerekse içtihat sahasında kabul edilmiş bulunmaktadır”; ONAR (C.III), s. 1593; Derbil ise, Onar’ın aksine, idari sözleşme kuramını tanımlarken, (“Kanunlar ve tüzükler, idari sözleşmelerde uygulanacak ayrı kuralları pek belirtmezler. Bu kurallar Danıştayın kazaî kararlarına dayanılarak belirtilir ki buna idare hukukunda “İdari Sözleşmeler Kuramı” (=nazariyesi=theorie) adı verilmektedir”), mevzuatta bu konuda çok fazla hüküm bulunmadığının da altını çizmiştir; DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, C.II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazaetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara 1952, s. 546.

⁴³² TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 51-52.

⁴³³ GÖZLER (C.II), s. 173; GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER / BERK, s. 1342; YAYLA, s. 173; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C. I), s. 532 –533; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 460; “...Oysa idari sözleşmeler, yukarıda da belirtildiği gibi, idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf

gücü ayrıcalıkları, tamamen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejimi referans alınarak açıklanmaktadır.

Doktrin ve yargı organının kalıplaşmış tavrı bu yönde olsa da, aslında aşağıda da inceleneceği üzere, salt söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarına ilişkin genel bir kuram ortaya çıkmasını sağlayabilecek bir içtihat birliğinden söz etmek mümkün olmadığı gibi; yargı organının, aksi yönde değerlendirmelerine de rastlanmaktadır.

Genel idari sözleşme kuramının bir yansıması olarak Türk hukukunda, idari sözleşmelerde idarenin haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarının nelerden ibaret olduğu, idari hizmet sözleşmeleri ve idarenin diğer sözleşmeleri açısından da bazı mevzuat hükümleri dışında, tamamen içtihatlar, doktrindeki görüşler ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıkları temel alınarak belirlenmiştir. Bu ayrıcalıkları, idari sözleşme ilişkisinde kullanılabilmesi için sözleşmede ya da kanun hükmünde idareye yetki verilmiş olmasının gerekmediği de, doktrinde ve içtihatlarda kabul edilmektedir. Söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımı sırasındaki menfaat çatışmalarına bulunan çözümler de büyük ölçüde söz konusu kuram çerçevesinde şekillenmiştir. Oysa, böylesi bir kabulün hukuk devleti ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı, tartışılmaya muhtaçtır. Bilindiği gibi, hukuk devleti ilkesi, kamu gücünün hukuk kuralları ile sınırlandırılmasını öngörmektedir. Bu doğrultuda, idarenin kanuniliği ilkesi de, idarenin keyfi davranışlarının önüne geçebilmeyi amaçlayan, önemli bir anayasal ilkedir.

A. GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI VE KANUNİLİK İLKESİ

Doktrinde; idarenin idari sözleşmelerde sahip olduğu ve kamu gücünden kaynaklanan yetkilerinin *denetim, gözetim ve talimat verme, tek taraflı değişiklik, tek taraflı fesih* ve *yaptırım uygulama* yetkileri olduğu; bu yetkilerin kamu düzeninden

hakkında işlemler yapabilir. Bu nedenle, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması, örneğin tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılması idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir..."; D8D, E.2011/7974, K. 2016/10478, KT.09.12.2016; (Yayımlanmamıştır); “*İdare hukuku alanına giren idari sözleşmeler, idarenin ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir*”; UYM, E. 1991/41, K.1991/42, KT.18.11.1991, RGT. 13.01.1992, RGS.21110; www.resmigazete.gov.tr; et.20.11.2017.

olduğu ve idarenin de bu yetkileri kullanmaktan vazgeçemeyeceği, bu yetkilerle ilgili olarak sözleşmede hüküm bulunmasına gerek olmadığı, idarenin tek taraflı olarak bu yetkileri kullanacağı ve bu yetkilerin kullanılmasının da yargı denetimine tabi olacağı belirtilmektedir⁴³⁴.

Aslında, idarenin kamu gücünü kullanabilmesi yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. Yakın tarihli Danıştay kararlarında da, yetki unsuru, bu doğrultuda tanımlanmıştır: "... *“yetki”, idari makamların kamu gücü kullanarak tek taraflı irade ile idari işlem tesis edebilme iktidarını ifade eder...*”⁴³⁵. Bu doğrultuda; idare yetkilendirilmemişse, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanamaz ve bu yetkinin dayanağı, günümüzde ancak bir kanun hükmü ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olabilir. Bu kural, idare hukukunun en temel ilkelerinden biri olan, idarenin kanuniliği ilkesi ile açıklanmaktadır.

Bu noktada; 2017 Anayasa değişikliğinin ardından, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idarenin kanuniliği ilkesi önünde bir engel olup olmadığı hususunun kısaca açıklanması gerekmektedir.

Çalışmanın ilk kısımlarında da açıklanmış olduğu gibi, 2017 Anayasa değişikliği ile yürütme organına, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisinin tanınmış olması ve özellikle bakanlıklarla ilgili olan Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrası kapsamında yaşanan tartışmalardan biri de, idarenin kanuniliği ilkesinin anlamının değişip değişmediğine ilişkindir. Çalışmanın birinci bölümünde de açıklanmış olduğu gibi, her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konularda artış olmuşsa ve özellikle Anayasanın 106. maddesinin 11. fıkrasında yer alan, *“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”* hükmü ile idari teşkilatın merkez ve taşra teşkilatlanmasında ve bu teşkilatların görev ve yetkilerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılabilecek olsa da,

⁴³⁴ GÖZLER(C.II), s. 160-174.

⁴³⁵ D13D, E.2013/397, K.2016/2172, KT.10.03.2016; D7D, E.2013/4814, K.2016/3963, KT.10.03.2016; (Yayımlanmamıştır); D7D, E.2012/4237, K.2012/7610, KT.21.12.2012, Danıştay Dergisi, Y.2013, S. 133, s. 366.

idarenin kanuniliği ilkesinin Türk hukuku açısından anayasal değerini yitirmediğini⁴³⁶ söylemek mümkündür. Zira; öncelikle Anayasanın, kanuni idare ilkesini düzenleyen 123. maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır⁴³⁷. Ayrıca, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatıştığı ya da karşılaştığı her durum için, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası hükmü kanuna üstünlük tanımıştır⁴³⁸.

Bu açıklamaların ardından; idarenin kanuniliği ilkesine dönüldüğünde, aslında tüm kamu hukuku açısından özel bir öneme sahip olan kanunilik ilkesinin, idare hukuku açısından, “*kanuni idare ilkesi*” adıyla, daha belirgin bir nitelik kazanmış ve bu ilkenin Anayasa’nın 123. maddesi ile güvence altına alınmış olduğu görülmektedir. Bu ilkenin özü, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan idarenin karşısında bulunan bireylerin hukuki güvenliklerinin sağlanabilmesidir⁴³⁹.

⁴³⁶ ARDIÇOĞLU (Cumhurbaşkanlığı...), s.37-38.

⁴³⁷ Bununla birlikte; mevcut durumda Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile 106. maddesinin son fıkrası hükmü açık bir çelişki içinde bulunmaktadır.

⁴³⁸ Bu hususta bkz. ARDIÇOĞLU (Cumhurbaşkanlığı...), s. 37-38; Bununla birlikte, AY –md. 104/17’de yer alan sınırlamaların, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek olan alanlarda uygulanamayacağını kabul eden görüşler bulunmaktadır; “*Bu dört madde, Anayasa’nın 104/17.maddesinde yürütmeye ilişkin konularda verilen genel yetkiye göre göre özel hüküm niteliğindedir. Yine de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin 104/17.maddede yer alan sınırlamaların, bu dört madde bakımından geçerli olup olmadığı sorusu ayrıca cevaplandırılmalıdır. ...Bu sırada iki normdan hangisinin uygulanacağı sorununun, Anayasa’nın 104/17.maddesinin öngördüğü gibi kanuna öncelik verilerek çözülmesi, bu dört maddedeki yetkilerin mahfuz niteliği ile çelişir. Dolayısıyla, 104/17.maddede yer alan bu sınırlama, mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından geçerli olmamalıdır...*”; ÜLGEN, s. 20-21; Bu hususta, şu şekilde de düşünmek mümkündür: Anayasa koyucu isteseydi, aynen olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde olduğu gibi, mahfuz yetki kapsamında olduğu kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından da AY-md.104/17’deki sınırlamaların söz konusu olmayacağını hüküm altına alabilirdi. Ancak; anayasa koyucu böyle yapmamıştır. Bu sebeple; AY-md.106/11’deki düzenlenen konular açısından yasama organı kanun çıkardığı takdirde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini ve idarenin kanuniliği ilkesi ile ilgili olarak yoruma açık bir alan söz konusu olmuş olsa bile, bu ilkenin anayasal olarak ortadan kalkmış olduğu düşüncesinin gerçeği yansıtmadığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte; 10.07.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile, idari teşkilata ve kamu görevlilerine ilişkin çok sayıda hususun düzenleme altına alınmış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca; 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce, 703 sayılı KHK ile tüm bakanlıklar kaldırılmış ve 09.07.2018’i takip eden günlerde, tüm bakanlıklar yeniden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiştir. Mevcut durumda, bakanlıkların kuruluşu ile ilgili kanun hükmü bulunmadığından, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri temel norm niteliğinde bulunmaktadır.

⁴³⁹ KARABULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2013, s. 5, 10.

İdarenin her türlü eylem ve işleminin tek amacı kamu yararının gerçekleşmesidir. İdare, tek taraflı işlem tesis ederken, sözleşme ilişkisine girerken ya da eylemde bulunurken kamu yararı amacı dışında bir amaçla hareket edemez. Bu sebeple; idareye, özel hukuk ilişkilerinde rastlanmayan bir takım kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır. Ancak; idare bu ayrıcalıkları kendisine yetki tanınması suretiyle ve yetkilendirmenin sınırlarına saygı duyarak kullanmakla yükümlüdür. Çünkü; idare kamu gücü ayrıcalıklarını kullanırken, kolaylıkla bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edebilir⁴⁴⁰. İşte bu sebeple, idareden öncelikle beklenen idari faaliyetin her adımında, kamu gücünü kullanırken kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı olmasıdır.

Bu doğrultuda; idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanma yetkisinin kanundan doğması gerektiği söylenebilse de; idari sözleşmeler söz konusu olduğunda, örneğin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin kullanılması için hiçbir kanun hükmüne gerek olmadığı da doktrinde genel kabul gören görüştür. Bununla birlikte; idari sözleşmeler açısından dahi kanunilik ilkesinin önemini ve tek taraflı değişiklik yetkisinin mutlak şekilde tüm idari sözleşmeler açısından kabul edilebilir nitelik taşımadığını vurgulayan görüşler de bulunmaktadır⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Jeze, kamu gücü ile kişi hak ve hürriyetleri arasında sürekli ihtilafı, “*Her memlekette, her devirde, ferdî hürriyetler, âmme otoriteleri tarafından ihmal edilmeğe, ihlâl edilmeğe maruzdur. Bu tehlike çok büyüktür. İdareciler, âmme otoriteleri, ahvalin tazyiki altında, ferdî hürriyetlere şu veya bu şekilde dokunmağa mütemayildirler. Gerçekten bunların vazifesi de, nizamı devam ettirmektir. Bu ise, ferdî hürriyetlere dokunulmaksızın olmaz. Bütün memleketlerde, hattâ en hürriyetseverlerde bile, bütün ferdî hürriyetlerin zımnî bir hududu olarak kabul edilen “âmme nizamına/saygı”, bir temel prensip teşkil eder. Bundan dolayı da, ferdî hürriyetlerden birini ileri süren fert ile, âmme nizamını muhafaza ve teminle mükellef âmme otoritesi arasında mütemadiyen anlaşmazlık çıkar.*”; (JEZE, s. 214) şeklinde açıkladıktan sonra kamu gücünün kişi hak ve hürriyetleri üzerindeki etkisinin en çok idarenin kullandığı kamu gücüyle tehdit altında olduğunu belirtmiştir: “*Ferdin üzerine çöken tehdit ciddîdir. En tehditkâr olan yürütme kuvvetidir. Yürütme kuvveti, sadece, önünde durulamaz olan âmme kuvvetini ve ferde büyük ve tamiri imkânsız zararlar verme imkânını elinde bulundurmakla kalmaz, fakat üstelik de, halin icabı dolayısıyla, kendisine, âmme nizamını bozar ve devletin gayelerini tahakkuktan alıkoyar gibi gelen ferdî mukavemetleri ezmek için bu kuvveti derhal kullanmağa da mütemayildir. Ferdin, kendisini ezecek olan kuvveti durdurabilmek için kolay, sür'atli ve ucuz vasıtalarla mâlik olması lâzımdır. Buna mukabil de, bu korunma vasıtalarının, fertlere, âmme hizmetlerinin muntazam işleyişini sıkıntıya koymak imkânını vermemeleri, bozgunculuk vasıtaları teşkil etmemeleri icabeder.*”; JEZE, s. 222.

⁴⁴¹ “*Hiç şüphesiz idarî sözleşmelerde idareye üstünlük tanınan haller vardır. Bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da geçici olarak el koyma ve Raşada olduğu gibi kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Hukukî statüleri ve mahiyetleri tıpatıp aynı olmamakla beraber bunlar maden işletme ruhsat ve imtiyazları için de geçerlidir. Bunların dışında idare edilenin*

Gerçekten de, içtihatlarla doğmuş bir idari faaliyet alanı olan idari sözleşmeler söz konusu olduğunda bu alanın çerçevesinin ya da sınırlarının kanunla yeterince çizilmemiş olduğu çok açıktır. İdari sözleşmeler açısından temel model olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen 1326 tarihli Kanun da dahil olmak üzere idari sözleşmeler alanında kanunilik ilkesi tam anlamıyla gerçekleşmemektedir⁴⁴².

Bununla birlikte; genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde açıklanan, idarenin tek taraflı üstün yetki ve ayrıcalıklarının bir çoğuna, günümüzde idari sözleşme olarak kabul edilen bir çok sözleşme çeşidini düzenleyen mevzuat hükümlerinde⁴⁴³ yer verilmektedir.

Yine; her ne kadar, klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi büyük ölçüde içtihatlarla belirlenmiş olsa da, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin değişime uğramış şekilleri olan yeni idari sözleşme tiplerini düzenleyen mevzuat hükümlerinde de, genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde açıklanan kamu gücü ayrıcalıklarının birçoğu düzenlenmiştir. 3096 sayılı Kanun, 3465 sayılı Kanun, 406 sayılı Kanun, 2918 sayılı Kanun ve 6475 sayılı Kanun hükümlerinde, genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde kabul edilmiş olan kamu gücü ayrıcalıklarına belli ölçüde yer verilmiştir.

Bu doğrultuda; günümüz idari sözleşmelerinin çoğunda, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kanuni dayanak kazanmış olması açısından, idari

hak alanına karışma bahsa konu olamaz. Çünkü idare belli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanunî yetkiye muhtaçtır. Buna kanunî dayanak ilkesi diyoruz. Kanunî yetki isteyen konular Anayasanın ilgili kurallarından anlaşılır. Bu konuların başında idare edilenlerin özgürlüklerine ve öteki hak alanlarına dokunan bir davranışta bulunmaya, onlara kişisel veya malî bir yüküm yüklemeye yalnız bir kanun kuralının cevaz verdiği hallerde ve koyduğu şart ve ölçü içinde yetkilidir. Bu, Hukuk Devleti anlayışı ile birlikte özgürlüklere ve haklara bağlılığın bir gereğidir. Anayasanın (1961 Anayasası) 40 ıncı maddesi sözleşme hürriyetini bir hak olarak tanımış ve bu hürriyetin ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini açıkça tesbit etmiştir. İdare sözleşme şartlarını tek taraflı olarak değiştirmeye tevessül ederken elbette kamu yararını ileri sürecektir. Zaten bunun aksini kimse düşünemez. Şu var ki, kamu yararı kavramı sınırsız tutulduğu ve takdir hakkı da kontrolsüz bırakıldığı takdirde bunun kötüye kullanılması da varittir. Bu olasılığı da hiçbir zaman unutmamalıdır.”; MERİÇ, s. 80.

⁴⁴² Bu doğrultuda doktrin görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; KARABULUT, s. 321-329; YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN /OKAY, s. 79.

⁴⁴³ Örneğin, 5441 sayılı Kanun-md. 10/C’de, idarenin tek taraflı fesih yetkisi düzenlenmiştir: “Sanatkarlar içkili gazino ve buna benzer yerlerde çalışamazlar. Aksi halde sözleşmeleri Genel Müdürlükçe re’sen feshedilir”.

sözleşmeler alanında kanunilik ilkesine yaklaşılmış olduğunu söylemek mümkün olsa da; bu hususta ayrıntılı düzenlemelerin bulunmadığını belirtmek gerekmektedir.

Balta, kanunun idaredeki düzenleme alanı ile ilgili olarak; kanunun idari davranışların tümüne egemen olmasının mümkün olamayacağını, aksi takdirde kamu hizmetlerinin aksayacağını, bu sebeple de kanunla düzenlemenin zorunlu olduğu tek alanın, “*idare edilenler ya da idare açısından özel güven ve istikrar isteyen konular*”dan ibaret olduğunu belirtmiştir. Düzenlenmesi kanuna ait olduğu halde, kanunla düzenlenmemiş olan alanlar arasında idari sözleşmeleri de örnek olarak gösteren yazar, böyle durumlarda idarenin hareketsiz kalmayarak genel hukuk ilkeleri çerçevesinde duruma uygun bir çözüm bulması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴⁴.

Bu açıklamalar ışığında, idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıkları, kamu hizmetlerinin gerekleri karşısında, kural olarak kanuni idare ilkesine aykırılık taşımasa da, idareden beklenen bu ayrıcalıkların kullanımı sırasında keyfi tutumlardan uzak durması ve sınırlı sayıda da olsa, kanunda yer alan düzenlemelere aykırı davranmamasıdır.

Ancak; idare kanununun düzenlemediği ve idari sözleşme niteliği gereğince sahip olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarını kullanırken kanunda düzenleme yoksa ya da sözleşmede hüküm bulunmuyorsa, ya da içtihatlarda genel olarak kabul edilen sınırlardan biri uyuşmazlıkta söz konusu değilse, kamu gücü ayrıcalığının kullanımındaki sınır neye göre belirlenecektir?

Bu hususta; idari yargı yerlerinin, idarenin tek taraflı fesih ya da tek taraflı değişiklik yetkisini kullanması durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, 6098 sayılı Kanun’da yer alan sözleşmeden dönme hakkı ve tek taraflı fesih hakkına ilişkin hükümlerini, idare hukukunun genel ilkeleri ile uyumlaştırmak suretiyle karar vermeleri de, kararlarının kanuni bir temele dayanmasını sağlayabilecektir⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ BALTA, s. 80-81.

⁴⁴⁵ Borçlar Kanunu hükümlerinin idari sözleşmelerde uygulanabilirliğine ilişkin açıklamalar için bkz. s. 145-146.

Akdi uyumsuzluklarda, Medeni Kanun hükümlerine başvurmanın, idare hukuku kuralının meşrulaştırılmasında önemli bir faktör olduğunun Conseil d'Etat'nın bir üyesi tarafından ifade edilmiş olduğu, Fransız doktrininde de belirtilmiştir⁴⁴⁶.

Ayrıca, mevzuatta ve sözleşmede, kullanılan kamu gücü ayrıcalığına ilişkin bir hüküm bulunsa bile, kamu gücü ayrıcalığının kullanımındaki olası hukuka aykırılık kanun hükümlerine mi sözleşme hükümlerine mi aykırılık olarak değerlendirilecektir? Bu sorunun cevabı, sözleşme hükümlerinin birer hukuk kuralı sayılıp sayılmayacaklarına göre değişecektir. Zira; Fransız uygulamasında⁴⁴⁷ sözleşme hükümleri hukuk kuralı sayılmamaktadır ve Türk hukukunda Danıştay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır⁴⁴⁸. Bununla birlikte; sözleşme hükümlerini tek yanlı iradesiyle hazırlamış olan idare açısından, sözleşme hükümlerinin birer hukuk kuralı olmadıklarını söylemek ne derece doğru kabul edilebilecektir? Bu ve benzeri çok sayıda soru, idari sözleşmelerde idarenin haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarının kanuni idare ilkesi karşısında meşru olmadığı sonucuna ulaştırabilecek niteliktedir.

Bu sebeple; en azından genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde kabul edilen denetim yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi, tek taraflı fesih yetkisi ve tek taraflı değişiklik yetkisi gibi kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlarının kanun hükmüyle çizilmesi, sözleşmeye de kanun hükmüyle uyumlu hükümlerin eklenmesinin zorunlu hale getirilmesi önemli bir adım olabilir.

B.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMI-KANUN HÜKMÜ -SÖZLEŞME HÜKMÜ ÇATIŞMASI

Genel idari sözleşme kuramı, idarenin sözleşme ilişkisinde kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarının dayanağının idari sözleşme niteliği olduğunu kabul ettiğinden; bu doğrultuda mutlaka bir kanun ya da sözleşme hükmüne gerek duymamaktadır.

⁴⁴⁶ BRISSON (The Impact...), s. 165.

⁴⁴⁷ ERKUT (İdari İşlemin Kimliği...), s. 36; ULER, s. 233-234.

⁴⁴⁸ "...sözleşmeler, birer hukuk kuralı olmadığından, bunların ihlali de hukuka aykırılık değil, sözleşme hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır..."; D14D, E.2015/793, K.2017/525, KT. 06.02.2017; emsal. danistay. uyap. gov.tr; e.t.12.12.2017.

Gözler de, idari sözleşmelerde idarenin kamu gücünden kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanması için sözleşmede bir hüküm yer almasına gerek olmadığını, idarenin bu yetkileri kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkeleri ve kamu hukuku rejimi doğrultusunda kullanmakta olduğunu ve idarenin bu yetkileri kullanmaktan vazgeçemeyeceğini belirtmiştir⁴⁴⁹.

Yazarın görüşü her ne kadar doktrindeki baskın görüşü ifade etmekte olsa da, bilindiği gibi, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için aramakta olduğu zorunlu unsurlardan biri de, *sözleşme hükmüyle idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması*'dir.

Danıştay'ın bu içtihadı ile doktrindeki baskın görüşün ve mevzuat hükümlerinin karşılaşması, birden fazla soruyu ve sorunu da beraberinde getirmektedir:

1-Sözleşme hükmüyle, idareye tek taraflı fesih yetkisi tanınmış olabilir ve bu durumda diğer zorunlu şartlar da tamamsa, sözleşme idari niteliktedir. Bu durumda tek taraflı fesih yetkisinin kullanımı zaten sözleşme hükmüyle tanınmış olacaktır ve fakat sözleşme idari olarak nitelendiği için, idare artık bu sözleşmenin uygulanmasında, kendiliğinden, örneğin tek taraflı değişiklik yetkisini de haiz olacaktır.

2- Sözleşme hükmüyle, idareye hiçbir kamu gücü ayrıcalığı tanınmamışsa ve fakat sözleşme, örneğin konusunun kamu malı sayılması sebebiyle idari olarak nitelenmişse; idare doğal olarak genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde kabul edilen tüm kamu gücü ayrıcalıklarını haiz olacaktır.

3-Sözleşme hükmüyle idareye hiçbir kamu gücü ayrıcalığı tanınmaması durumunda, bu şart idari sözleşme niteliği için zorunlu bir şart olarak kabul edilmiş olduğu için, bu durumda sözleşme de idari olarak nitelenemeyeceğinden, mevzuatla idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olsa dahi, genel idari sözleşme kuramının uygulanması söz konusu olmayacaktır.

⁴⁴⁹ GÖZLER (C.II), s. 160-161.

4-İdareye hem sözleşme, hem de mevzuat hükmüyle aynı nitelikte kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış ve fakat bunların kapsamaları ve sınırları her iki hükümde farklı şekilde düzenlenmişse, genel idari sözleşme kuramı mı, sözleşme hükmü mü yoksa mevzuat hükmü mü geçerli olacaktır?

Yukarıda örneklenmeye çalışılan ihtimaller ve sorular; genel idari sözleşme kuramının, günümüz idari sözleşme anlayışındaki değişim ve mevzuatta yer alan düzenlemelerin artışı karşısındaki ilk sorununu ortaya koymakta olup, aşağıdaki başlıklarda inceleneceği üzere, yargı kararları da, bu sorulara net cevap verememektedir.

Bu konuda öncelikle; günümüzde artık bu kuram doğrultusunda şekillenmiş çok sayıda mevzuat hükmü ve idari sözleşme hükmü bulunuyor olduğunu belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla, burada sorun, idari sözleşmeden doğan bir uyumsuzlukta, yargı organının aynı konuyu düzenlemiş olan kanun hükmü ile sözleşme hükmünün çatışması durumunda, hangi hükmü uygulaması gerektiği yönünde yoğunlaşmaktadır. Bu soruya verilecek cevabın, kanun hükmünün sözleşme hükmüne tercih edilmesi gerekeceği yönünde olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira; herşeyden önce, sözleşme hükümleri birer hukuk kuralı değildir. Ayrıca, bu sözleşme hükümleri de idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanmaktadır. Dolayısıyla, idarenin sözleşme hükümlerini tek taraflı hazırlarken kanun hükümlerine uygun davranması gerekliliği açıkça ortadadır.

Bu durumda; idari sözleşmeyi düzenleyen mevzuat hükümlerinde ya da sözleşme hükümlerinde düzenleme bulunmadığı takdirde, genel idari sözleşme kuramı, kural olarak, uygulama alanı bulabilecekken, mevzuatta ya da sözleşme hükümlerinde bu kurama ilişkin kurallar yer aldığı takdirde, öncelikle mevzuat hükümleri olmak suretiyle sözleşme hükümlerinin geçerli sayılması gerekmektedir.

Burada ortaya çıkabilecek diğer bir sorun ise; sonradan çıkan kanun hükmünün, sözleşme hükmüyle çatışması durumunda, nasıl bir uygulama yapılması gerekeceği sorunudur. Danıştay 10. Dairesi, sonradan yapılan kanun değişikliğinin, sözleşme hükmünü ortadan kaldıracağına hükmetmiştir. Bu karara konu uyumsuzlukta, özel hukuk kişisi zararının tazminini de istemiş ve fakat bu talebi

uygun görülmemiştir. Tazminat istemine ilişkin olarak, Danıştay ayrıca, bu gibi durumlarda tazminat ödeneceğine dair bir sözleşme hükmü bulunmadığını da belirterek⁴⁵⁰, genel idari sözleşme kuramının mali denge ilkesine ilişkin ilkelerini de kararında tartışmamıştır. Böylelikle, sözleşmenin uygulanma koşullarını etkileyen kanun değişikliğini ilk sırada uygulamış, ardından sözleşme hükmünü incelemiş ve genel idari sözleşme kuramını kararında uygulamamıştır.

Bu doğrultuda ortaya çıkan diğer bir sorun ise; genel idari sözleşme kuramı doğrultusunda kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarının, sözleşme hükmüyle kaldırılıp kaldırılamayacağıdır.

Örneğin; idari sözleşmelerde, idarenin doğal olarak sahip olduğu kabul edilen tek taraflı değişiklik yetkisinin sözleşme akdedilirken, sözleşme hükmüyle kaldırılıp kaldırılamayacağı tartışmalıdır⁴⁵¹. Bu yetkiyi idari sözleşmelerin ana karakteristiği olarak gören ve bu yetkinin dayanağını ne sözleşme hükümleri ne de mevzuat hükümlerinde bulan ve idari sözleşmelerde doğal olarak var olduğunu kabul eden baskın doktrin görüşü esas alındığında; sözleşme hükümleri ile bu yetkinin kaldırılmış olmasının, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idare açısından yok hükmünde sayılacağını söylemek mümkündür. Zira; idari sözleşmelerin belirleyici unsuru, kamu hizmeti ve kamu yararı gereğince idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğunun kabul edilmesidir. Aksi takdirde, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etme çabasının hiçbir anlamı kalmamaktadır.

Tek taraflı değişiklik yetkisi çerçevesinde ele alınan bu tartışma, idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu diğer kamu gücü ayrıcalıklarına da genişletilebilir. İdarenin, sözleşme hükümlerinde denetim yetkisini, tek taraflı fesih yetkisini ya da yaptırım uygulama yetkisini kaldırmasının da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi kabul edilebilir nitelik taşımamaktadır. Zira; idarenin sözleşme özgürlüğünün sınırı, temsilcisi olduğu kamu yararadır. İdarenin kamu yararı amacına

⁴⁵⁰ “...davacı firma ile yapılan sözleşmenin Kanuna aykırı hale gelmiş bulunan hükmünün, Kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanabilirliği kalmamıştır...mevcut sözleşmede bu gibi durumlarda tazminat ödenmesini öngören herhangi bir hükümde yer almamıştır...”;D10D, E.2004/502, K.2005/3919, KT.04.07.2005;www.hukukturk.com;e.t. 22.06.2018.

⁴⁵¹ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 77-78.

yönelik hareket kabiliyetini sağlayan kamu gücünden kendi koymuş olduğu sözleşme hükmüyle vazgeçmesi ve kendisini yetkisiz hale getirmesini, kamu düzenine aykırı bir idari davranış olarak kabul etmek mümkündür.

C.GENEL İDARİ SÖZLEŞME KURAMININ TÜM İDARİ SÖZLEŞMELERE UYGULANABİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel idari sözleşme kuramı, her ne kadar tüm idari sözleşmelere uygulanacak olan genel kurallardan oluşmakta ve her idari sözleşme türünün kendine özgü yanlarına ilişkin diğer kuralları dışlamıyor olsa da; bu kuramın Fransa'da da, Türkiye'de de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejimi çerçevesinde şekillenmiş ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin, günümüzde oldukça farklı bir niteliğe bürünmüş olması, kuramın genel ilkelerinin tüm idari sözleşmelere uygulanabilirliğini önemli ölçüde etkilemiştir.

Bununla birlikte; genel idari sözleşme kuramının, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve benzer nitelik taşıyan idari sözleşmeler açısından günümüzde de uygulanabilirliği bulunmaktadır.

Ancak; bu kuramın bütün idari sözleşmelere uygulanabileceği kabul edilen temel ilkelerinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile hiçbir benzerlik taşımayan idari sözleşmelere tam olarak adapte edilebilmesi mümkün değildir. Örneğin; idari hizmet sözleşmeleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden önemli ölçüde farklı bir idari sözleşme çeşidi olduğu için, genel idari sözleşme kuramı en çok bu alanda etkisini yitirmektedir.

İdari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak ifade edilmesi gereken en önemli husus, iş kaygısı taşıyan personelin idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları karşısında oldukça güçsüz bir durumda bulunmasıdır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve benzer nitelik taşıyan sözleşmelerde ise, genellikle imtiyaz sahibinin ya da görevli şirketin sermayesine duyulan ihtiyacın bir sonucu olarak, bu sözleşmelerde aslında sermaye sahibi daha güçlü bir konumda bulunmaktadır. Böylelikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve benzer nitelikteki idari sözleşmelerde, bozulan güç dengesinin idare lehine, dolayısıyla kamu hizmeti ve

kamu yararı lehine güçlendirilebilmesi amacıyla, genel idari sözleşme kuramı doğrultusunda idarenin doğal olarak haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıkları oldukça anlamlı hale gelmektedir.

İdari hizmet sözleşmelerinde ise, taraflar arasındaki eşitsizlik, personel aleyhine olarak, diğer idari sözleşme türlerinin tümünden daha çok var olmakta ve bu sebeple, idari hizmet sözleşmeli personel için daha etkin bir koruma mekanizması öngörülmesi gerekmektedir. Böyle bir koruma mekanizmasının ise, mevzuatta yer alan düzenlemelerle var olabileceği açıktır.

Kaldı ki; Anayasa'nın 128. maddesi hükmünde sözü geçen "*diğer kamu görevlileri*" arasında yer alan idari hizmet sözleşmeli personelin özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerekeceğinden, mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, genel idari sözleşme kuramı ilkelerinin idari hizmet sözleşmelerine de doğrudan aktarılması, hukuka aykırı olacaktır.

İdari hizmet sözleşmeli personel ile ilgili olarak kanunla düzenlemenin gerekliliği, Anayasa Mahkemesi'nin 25.05.1976 tarihli kararında da vurgulanmıştır⁴⁵². Anayasa Mahkemesi, öğretim üyelerinin özlük haklarına ilişkin düzenleme yapma yetkisini mütevellî heyetine veren kanun değişikliğinin anayasaya aykırı olduğuna karar verirken; sürekli olarak sözleşmesine son verilebileceği endişesi taşıyan öğretim üyesinin, işini gereği gibi yapmasının söz konusu olamayacağına da vurgu yapmıştır.

İdari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak genel idari sözleşme kuramının, kural olarak ancak kanuni düzenlemeyi de içermesi halinde uygulanabilir nitelik taşıdığını söylemek mümkünken; idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ya da benzer nitelik taşıyan sözleşmeleri ile idari hizmet sözleşmeleri dışında kalan idari sözleşmeleri açısından, genel idari sözleşme kuramının günümüzde de etkilerinin sürmekte olduğunu söylemek mümkündür.

⁴⁵² AYM, E. 1976/1, K.1976/28, KT.25.05.1976; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.14, 2. Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, s. 170 vd.

Örneğin; Danıştay 8. Dairesi 09.12.2016 tarihli kararında; idarenin idari sözleşmelerde sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını, idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereği ortaya çıkan yetkiler olarak ifade etmiş ve bu ayrıcalıklara örnek olarak da tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkileri göstermiştir⁴⁵³. Bu karara konu olay, ihale sonucu reklam panosu yapım işini üstlenip, ardından söz konusu reklam panolarını 10 yıllığına kiralayan davacının reklam panolarının başka bir yere taşınmasını konu alan idari işlem sonucu doğan uyuşmazlığa ilişkindir. İlk derece mahkemesi, ihale sonucu yapılan uyuşmazlık konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiş, Danıştay 8. Dairesi ise, sözleşmenin konusunun kamu malı olması sebebiyle, idari bir sözleşme olduğunu belirlemiş ve fakat uyuşmazlık konusu sözleşme, klasik imtiyaz sözleşmesinden oldukça farklı bir sözleşme olmasına rağmen, idarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını kararında sayarken, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejimi ile büyük ölçüde benzer ayrıcalıkları saymıştır. Konusu itibariyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden farklı olan bu yakın tarihli karar, idari sözleşmelerde idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kabulünde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejiminin etkisinin önemli ölçüde devam ettiğini açıkça göstermektedir.

Sonuç olarak; Türk hukukunda, yukarıda sayılan ve sayılmayan tüm idari sözleşme türleri için geçerli ve ortak bir hukuki rejim bulunduğunu söylemek bir yandan zorken; diğer yandan, eskiden bu yana kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejimini tüm idari sözleşmelere adapte etmeye çalışan içtihatlar dikkate alındığında, yine de ortak birtakım hükümlere başvurulmaya devam ediliyor olduğu gözden kaçmamalıdır. Bu durum; doktrinde de dile getirilmiş ve idari sözleşme rejiminde imtiyaz rejimi dışında bir genel idari sözleşme kuramı bulunmadığı ve imtiyaz rejiminin temel olarak bir sözleşme kuramı değil, kamu hizmetinin

⁴⁵³ D8D, E.2011/7974, K. 2016/10478, KT.09.12.2016; (Yayımlanmamıştır)

gördürülmesi yöntemi olmasının genel bir idari sözleşme rejiminin ortaya çıkmasını zorlaştırdığı ifade edilmiştir^{454 455}.

Buraya kadar yapılan açıklamalar doğrultusunda, her ne kadar genel idari sözleşme kuramının tüm idari sözleşme türlerine adapte edilmesi mümkün değilse de, doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla bu kuram çerçevesinde değerlendirme yapılmaya devam edilmekte ve fakat aksi yönde görüş ve içtihatlarla da rastlanmaktadır. Bu sebeple; aşağıdaki başlıklarda genel idari sözleşme kuramı ve Türk yargı içtihatlarındaki değerlendirmelerin sentezi yapılarak, idari sözleşmelerin uygulanmasında ve sona erdirilmesinde idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları ve söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasına yönelik çözümler ayrı ayrı incelenecektir.

II.İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDA KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

A.İDARENİN HAİZ OLDUĞU KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

1. Denetim, Gözetim ve Talimat Verme Yetkisi

İdare, denetim, gözetim ve talimat verme yetkisini, idari faaliyetin birçok alanında kullanabilmekte olduğundan; idarenin tüm sözleşmelerinde bu yetkiyi kullandığını öncelikle belirtmek gerekmektedir.

İlk olarak; bu yetki, idari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafı olan idarenin sözleşme ilişkisinden doğan bir yetkisi olmaktadır; özel hukuk sözleşmelerinde de idare kolluk yetkisi kapsamında denetim yetkisini kullanabilmektedir ve sonuçta yapmış olduğu işlem sözleşmenin uygulanmasına etki etmektedir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 61.

⁴⁵⁵ Söz konusu haklı eleştiri, Fransız doktrininde de dile getirilmiş ve genel idari sözleşme kuramının, tamamen imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde temellendiriliyor olduğu belirtilmiştir; BRISSON (The Impact...), s. 164.

⁴⁵⁶ Buna ilişkin karar örneği için bkz: "...belediye park içerisindeki dükkandan kira geliri sağlarken diğer yandan da bu yerde kamu hizmeti yapmaktadır. Bu bakımdan belediyenin, kamuya ait olan yer üzerindeki işyeri için kamu gücünü kullanarak bu işyerinin çalışma kurallarını denetleyebilmesi gerekir..."; D8D, E.1988/217, K. 1989/756, KT. 11. 10.

İkinci olarak; doktrinde ve yargı içtihatlarında çoğunlukla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen kamu ihale sözleşmelerinin temelini oluşturan 4734 sayılı Kanun'un 27. maddesinde dahi, "*Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar*", idari şartnamede yer alması zorunlu şartlar arasında sayılmıştır. 4735 sayılı Kanun'un 7. maddesinde de, "*Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar*", sözleşmede yer alması zorunlu hususlar arasında sayılmış; aynı kanunun 11. maddesinde "*Ancak sözleşmesinde hüküm bulunması halinde; imalat veya üretim süreci gerektiren işler, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaması şartıyla, ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere göre yapılp yapılmadığı hususunda, ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla denetlenebilir*" denilmek suretiyle, idarenin bu kanun hükümlerine göre yapılan özel hukuk sözleşmelerinde, denetim yetkisinin varlığı kabul edilmiştir. Gerçi 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'ın incelenen hükümlerinde, denetim yetkisinin varlığı, sözleşmede ya da şartnamede öngörülmesi gereken zorunlu hususlar arasında sayılmış ve idarenin aralıklarla ve belli aşamalarda denetim yapabilmesi ise, ancak sözleşmede böyle bir hükmün yer alması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla, taraflar sözleşmede idarenin aralıklarla ve belli aşamalarda denetim yapacağını kararlaştırmamışsa, idarenin idari sözleşmelerde olduğu gibi doğal olarak denetim yetkisine sahip olduğu kabul edilemeyecektir. Sözleşmeye bu yönde hüküm konulduğu durumlarda da, bu yetkinin kullanımı kamu gücü ayrıcalığı olarak değil sözleşmenin uygulanmasından doğan bir yetki olarak kabul edilecektir.

Bu açıklamaların ardından; tarafların eşit olmadığı idari sözleşmelerde, idarenin sözleşmenin her aşamasında, özel hukuk kişinin edimlerini denetleme yetkisinin varlığı gayet doğal olduğundan; idarenin, idari sözleşmelerde kural olarak

1989; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; İdarenin denetim yetkisinin hem özel hukuk sözleşmelerinde hem de idari sözleşmelerde söz konusu olması sebebiyle; idarenin kullandığı denetim yetkisinin hukuka uygunluğunu incelemekle görevli idari yargı yeri açısından önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Zira; söz konusu denetim yetkisinin idari sözleşmeden doğan bir kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul edilmesi durumunda, idari sözleşmeden doğan bir davanın çözümlenmesi gerekeceken, bu yetkinin kullanımı kolluk yetkisi kapsamında görüldüğü takdirde idarenin tek taraflı işleminin hukuka uygunluğunun denetleneceği bir iptal davası söz konusu olacaktır.

sürekli denetim yapma ve özel hukuk kişisine emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunduğu doktrinde de tartışmasız kabul edilmektedir⁴⁵⁷.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi rejimi çerçevesinde doğal olarak idarenin haiz olduğu kabul edilen denetim yetkisi, zamanla kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla imzalanmış olan tüm idari sözleşmeleri kapsayacak şekilde anlaşılmaya başlamış ve idarenin haiz olduğu denetim yetkisi, diğer idari sözleşmelerin hükümlerinde de yer almaya başlamıştır^{458 459}.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak, şartnamede ya da sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi idare tarafından kullanılabilir ve kullanılması gereken bir yetki ve hatta bir görev olduğu genel olarak kabul edilmekte olan⁴⁶⁰ denetim yetkisi kolaylıkla idari faaliyetin her alanında kabul edilebilecek nitelikte bir yetkidir.

Conseil d'Etat'nın 15.08.1927 tarihli kararında bu husus açıkça belirtilerek, kanalizasyon yapım işine ilişkin sözleşme hükmünde belirtilmemiş olmasına rağmen, idare tarafından yapılan denetim sonucu yöneltilen talimatlara tam olarak uymayan özel hukuk kişisi sözleşmenin ihlalden sorumlu tutulmuştur⁴⁶¹.

Türk hukukunda da, Zingal, Zindan ve Çangal ormanlarının işletme sözleşmesine ilişkin Danıştay 5. Dairesi'nin 22.04.1944 tarihli kararında, idarenin denetim ve gözetim yetkisinin idarece re'sen kullanılabilir ve sınırsız bir yetki olduğu kabul edilmiş ve bu yetkinin dayanağı olarak da, idarenin kamu hizmetinin

⁴⁵⁷ GIRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK,s. 1342; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 532; MEWETT; s. 225.

⁴⁵⁸ “...Dava dosyasının incelenmesinden; davalı idarenin yürütmekte olduğu bir kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtımının içinde yer alan elektrik sayaç endeksinin okunması, endeksin abone föyüne işlenmesi, aboneye ihbarname bırakılması gibi işlerin davacı şirkete gördürülmesi için bir sözleşme imzalandığı; bu sözleşmede davalı idarenin denetleme ve ceza verme yetkilerinin bulunduğu, idarenin icrai karar alma ve re'sen hareket etme gücüne sahip olduğu...”; D10D, E. 1999/4140, K. 2001/1952, KT. 23.05.2001; (Yayımlanmamıştır).

⁴⁵⁹ “...gerek konusu ve süresi, gerekse idareye tanınan denetim ve sözleşme feshi yetkileri açısından idarî nitelikte ve idare hukuku alanına ilişkin bir sözleşme olduğu açık olup,...”; D13D, E.2013/328, K. 2015/727, KT. 24.02.2015; (Yayımlanmamıştır)

⁴⁶⁰ GÖZLER (C.II), s. 437

⁴⁶¹ Ministre de la Guerre v. Association Coopérative des Ouvriers Paveurs; C.E. 15.08.1927, R. 966; MEWETT, s. 225.

gerçek sahibi olması ve sözleşmeyle bu hizmetin ifasının özel hukuk kişisine devredilmiş olmasının bu gerçeği değiştirmeyeceği hususları gösterilmiştir⁴⁶².

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yeni görünüm şekilleri olan idari sözleşmeleri düzenleyen mevzuat hükümlerinde de denetim, gözetim ve talimat verme yetkisine ilişkin hükümler bulunmaktadır⁴⁶³.

İdari hizmet sözleşmelerinde ise, idarenin bu yetkisinin varlığı, Anayasa'nın 123. maddesi hükmünde ifadesini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamaya yönelik araçlardan biri olan hiyerarşi yetkisi ile kolaylıkla açıklanabilmektedir⁴⁶⁴. Bu hükmün ve kamu görevlisi statüsünün bir sonucu olarak, idari hizmet sözleşmeli personel, idarenin sürekli denetimi ve gözetimi altında bulunmakta ve yine anayasal bir hüküm olan “*kanunsuz emir*” istisnası dışında, kendisine verilen talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu doğrultuda, idarenin idari hizmet sözleşmesinin tarafı olan personelinin işlem ve eylemlerini denetlemek ve personeline talimat vermek hususunda mutlaka kanundan bir yetki alması gerekmeyeceği, *hiyerarşi yetkisinin olağan ve genel niteliği*⁴⁶⁵ ile, kural olarak açıklanabilecektir. Bununla birlikte; tüm idari hizmet sözleşmeli personel için, idarenin genel ve olağan bir hiyerarşik denetim yetkisine sahip olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira; doktrinde, merkezi idare içinde yer alan kamu görevlilerinden teknik uzmanların uzmanlık konuları ile ilgili olarak ve üniversite öğretim elemanlarının eğitim ve öğretim faaliyetleri ile ilgili olarak hiyerarşik denetim altında bulunamayacağı

⁴⁶² “...Hizmetin ifası hususunu mukavele ile bir ferde tevdi, ne hizmetin mahiyetini tebdil, ne de idarenin bu babdaki selâhiyet ve mes'uliyetini tahdit eder. Bu sebeptendir ki idareyi sadece bir ferdin hak ve iktidarı ile değil, hizmetin hakikî sahip ve nazımı sıfatıyla kendisini geniş ve hudutsuz bir murakebe ve tanzim selâhiyetiyle mücehhez tanımak zaruridir....”; D5D, E. 1944/1522, K. 1944/831, KT. 22.04.1944; AKURAL, Sami/ZİYLÂN, Çetin, Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963), s. 20-23.

⁴⁶³ Örneğin, bkz; Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik (RGT. 04.09.1985, RGS.18858)-md. 7; Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (RGT. 14.04.1993, RGS 21552)- md. 74.

⁴⁶⁴ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. YAYLA, s. 284-285.

⁴⁶⁵ Hiyerarşik yetkilerin kullanımı için mutlaka açık bir kanun hükmünün bulunması gerekmediği, idare hukuku doktrininde kabul edilmektedir; GÜNDAY, s. 83; GÖZLER (C.I), s. 204.

yönündeki görüşler⁴⁶⁶ değerlendirildiğinde; idari hizmet sözleşmeli personel üzerindeki denetim yetkisini tam olarak hiyerarşi yetkisi ile açıklayabilmek zorlaşmaktadır.

Bununla birlikte; idari hizmet sözleşmelerini düzenleyen bazı mevzuat hükümlerinde sözleşmenin tarafı olan idarenin denetim yetkisi de ayrıca yer almaktadır. Örneğin 5258 sayılı Kanun'un 6. maddesi, açıkça, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının, sözleşmelerinin tarafı olan Sağlık Bakanlığı'nın, ilgili mülki idarenin ve sağlık idaresinin denetimine tabi olduklarını düzenlemiştir⁴⁶⁷.

İdarenin denetim yetkisi, diğer idari sözleşmelerde de bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari sözleşme niteliğinde kabul etmiş olduğu hibe sözleşmeleri ile ilgili kararında, denetim yetkisi hem ilgili mevzuat, hem de sözleşme hükümleriyle kabul edilmiştir. Bu hükümlerle idarenin denetim yetkisi oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir⁴⁶⁸.

Danıştay 8. Dairesi'nin 09.12.2016 tarihli kararında; sözleşme, konusu kamu malından özel yararlanmaya ilişkin olduğu için, idari sözleşme olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin uygulanması sırasında idarenin, sözleşmeci tarafa vermiş olduğu bir talimatın iptal edilmesi talep edilmiştir. Danıştay, bu kararda idari sözleşmelerde

⁴⁶⁶ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 605; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1315; GÖZLER (C.I), s. 206-207.

⁴⁶⁷ 5258 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi sayılması gerektiği yönündeki değerlendirme için bkz. s. 121.

⁴⁶⁸ "2018 sayılı tebliğ; "Denetim başlıklı" 53. maddesinde; "(1) Program kapsamında yapılan tüm işlemler Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından denetlenir. Bu denetimler sırasında yapılan işlemlere ait talep edilen tüm bilgi ve belgeler kendilerine sunulur." denilmek sureti ile proje kapsamında yapılacak işlemlerin Tarım Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

Ayrıca davaya konu sözleşme maddeleri incelendiğinde; 4. Maddesinin 8. Bendinde; "Yatırımcılarca gerçekleştirilecek projelerin amaçlarına uygun olarak yapılmasından, uygulamaların hibe sözleşmesinde belirtilen usul ve esaslara göre gerçekleştirilmesinin izlenmesinden, İl Müdürlükleri sorumludur." denilmek sureti ile, sözleşme konusunda denetim yetkisinin Bakanlığa bağlı il müdürlüklerinde olduğunu belirtmiştir;"; UYM, E.2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.06.2018

idarenin sözleşme ilişkisini tek taraflı olarak etkileyebilme yetkisine sahip olduğu hususunun altını çizmiştir⁴⁶⁹.

Görüldüğü gibi; tüm idari sözleşmeler açısından, idarenin sözleşmenin uygulanmasında denetim, gözetim ve talimat verme yetkisi tartışmasız kabul edilen bir kamu gücü ayrıcalığıdır ve bu yetkinin kullanımı sonucunda ulaştığı sonuçlara göre idare, aşağıda açıklanacak olan diğer kamu gücü ayrıcalıklarını da kullanabilecektir.

2.Yaptırım Uygulama Yetkisi

Yaptırım uygulama yetkisi; idarenin denetim ve gözetim yetkisini kullanması sonucu ulaştığı sonuçlara göre ve kamu hizmetinin düzgün işlenmesini ve son tahlilde kamu yararını sağlamak amacıyla başvurabileceği önemli bir kamu gücü ayrıcalığıdır.

Doktrinde; yaptırım uygulama yetkisinin idari sözleşmelerin karakteristik özelliklerinden biri olduğu⁴⁷⁰, idari sözleşmelerde idareye tanınan bu yetkinin kaynağının; idarenin kamu hizmetinin asli sorumlusu olması olduğu⁴⁷¹, amacının; kamu hizmetinin aksamaya uğramadan, devamlı ve düzenli işlenmesinin sağlanması⁴⁷² ve sözleşmenin kamu yararının gereklerine göre yürütülmesinin sağlanması olduğu⁴⁷³ belirtilerek; idarenin yaptırım uygulama yetkisine, sözleşmede yer verilmemiş olsa bile, sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁴.

Bu görüşün dayanağını oluşturan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin uygulayabileceği yaptırımlar genel olarak şartname hükümlerinde yer

⁴⁶⁹ D8D, E. 2011/7974, K. 2016/10478, KT. 09.12.2016, (Yayımlanmamıştır).

⁴⁷⁰ ONAR (C.III), s. 1597.

⁴⁷¹ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 74.

⁴⁷² ONAR(C.III), s. 1597; GÖZLER (C.II), s. 162.

⁴⁷³ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1344.

⁴⁷⁴ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1344; GÖZLER (C.II), s. 437, 163.

almakla birlikte, sözleşmede ya da şartnamede öngörülme dahi, idarenin bazı yaptırımlar uygulayabileceği idare hukuku doktrininde kabul edilmektedir⁴⁷⁵ .

Bu yetkinin varlığı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dışındaki idari sözleşmeler açısından da aynı şekilde kabul edilmekte ve idarenin idari sözleşmelerde uygulayabileceği yaptırımlara örnek olarak, teminatın irat kaydedilmesi, işe el konarak işin bizzat idare tarafından yerine getirilmesi ya da getirtilmesi, özel hukuk kişinin tesisatına el konulması⁴⁷⁶ , parasal yaptırımlar, cebri yaptırımlar ve yaptırım niteliğinde fesih⁴⁷⁷ gibi yaptırımlar gösterilmektedir. Kaldı ki; bu tür yaptırımlara, idarenin özel hukuk sözleşmelerini düzenleyen mevzuat hükümlerinde⁴⁷⁸ dahi rastlanmakta olduğundan, idari sözleşmelerde idarenin, doğal olarak yaptırım yetkisi bulunduğuna ilişkin kabul daha makul hale gelmektedir⁴⁷⁹ .

Bununla birlikte, idari hizmet sözleşmelerinde, idarenin yaptırım uygulama yetkisi aynı zamanda, disiplin yaptırımı olacağı için, bu hususun mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir ve buna ilişkin açıklamalar, yaptırım yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kısımda⁴⁸⁰ yapılacaktır.

⁴⁷⁵ MERİÇ, s. 75; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 74.

⁴⁷⁶ ONAR(C.III), s. 1597

⁴⁷⁷ GÖZLER (C.II), s. 164-168.

⁴⁷⁸ Örneğin; 4735 sayılı Kanun md. 21.

⁴⁷⁹ Bu noktada, Ulusoy'un idari yaptırımları, *İdari Cezalar* (-Regülatif Cezalar(Regülatif Para Cezaları-Faaliyete Nihai veya Uzun Süreli Son Verme), -Kabahat Cezaları(Kabahat Para Cezaları-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi), -Disiplin Cezaları (Personel Disiplin Cezaları-Mesleki Disiplin Cezaları-Öğrenci Disiplin Cezaları)) ve *İdari Tedbirler* (-Geçici Engelleme, -İdari İzin(Ruhsat, Lisans) Geri Alınması, -Eşyaya Geçici El Koyma, -Atipik İdari Tedbirler) şeklinde ikiye ayırarak (Bkz.ULUSOY, Ali, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013, s. 33) incelemiş olduğu çalışmasındaki açıklamalara da kısaca değinmek gerekir. Yazar, bu çalışmasında, idari suçların belirlenmesinde kanunilik ilkesinin daha esnek şekilde uygulanabileceğini, idari cezaların ise mutlaka kanunla belirlenmesi gerekeceğini, temel bir ceza hukuku ilkesi olan "suçların ve cezaların kanuniliği" ilkesinden yola çıkarak açıklamaktayken; bu ilkenin idari tedbirler açısından kural olarak uygulanmadığını belirtmektedir; ULUSOY (İdari Yaptırım...), s. 85-98.

⁴⁸⁰ Bkz. s. 212-215.

3.Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi

Tek taraflı değişiklik yetkisinin diğer kamu gücü ayrıcalıklarından ayrılan yönü, bu ayrıcalığın sadece idari sözleşmelere özgü bir ayrıcalık olması⁴⁸¹ ve özel hukuk sözleşmelerinde kullanılması mümkün olmayan, özel hukuk kurallarına tümüyle aykırı bir yetki^{482 483 484} olmasıdır. Bu yetki doğrultusunda idarenin tek taraflı işlemiyle, sözleşmenin diğer tarafının yükümlülüklerini artırabileceği, azaltabileceği ve yükümlülüklerine son verebileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁵.

Fransız hukukunda, tüm idari sözleşmeler açısından idarenin tek taraflı değişiklik yetkisinin uygulama olanağı bulunduğu kabul edilmektedir. Conseil

⁴⁸¹ Onar; kamu hizmeti ve kamu yararı kavramlarının idari sözleşme kavramı ile ilişkisi sebebiyle bu yetkinin zorunlu bir yetki olduğunu da belirtmiş ve bu yetkinin kullanımını, idari sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmeye yetecek nitelikte bir kriter olarak görmüştür; ONAR(C.III), s. 1596, 1630; TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 69; Aynı doğrultuda, imtiyaz sözleşmelerini , özel hukuk sözleşmelerinden ayırmada da, tek taraflı değişiklik yetkisi en önemli unsur olarak kabul edilmektedir; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 76.

⁴⁸² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1343.

⁴⁸³ Uygulamada genel işlem şartları taşıyan özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmelerin, belli ölçüde benzer nitelik kazanmış olduklarına, çalışmanın birinci bölümünde değinilmiştir. Aralarındaki benzerliklere rağmen, genel işlem şartı taşıyan özel hukuk sözleşmelerinde yapılacak tek taraflı değişiklikler, 6098 sayılı Kanun hükümleri ile yasaklanmıştır: “Uygulamada, sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki veren kayıtlarla sıkça karşılaşmaktadır. İşte, bu kayıtların önüne geçebilmek adına, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde genel işlem koşullarını değiştirme yasağı öngörülmüştür. Gerçekten, söz konusu hükümde, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmaması sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmaması sayılma yaptırımına tâbidir. Bir başka ifadeyle, değiştirme yasağının yaptırımı da, bu yasağa aykırı kayıtların yazılmaması sayılmasıdır”; AKÇAAL, s. 60.

⁴⁸⁴ Bu durum, 4734 sayılı Kanun’a göre yapılmış olan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu kabul eden 4735 sayılı Kanun’un, sözleşmenin uygulanması sırasında yapılacak değişiklikleri iki tarafın da rızasına bağlayan 15. maddesi hükmüyle de açıklanabilir; 4735 sayılı Kanun md. 15: “Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir”.

⁴⁸⁵ MEWETT, s. 226.

d'Etat, idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yetkisini, farklı idari sözleşme türlerine ilişkin uyuşmazlıklarda kabul etmiştir⁴⁸⁶.

İdarenin idari sözleşmelerde haiz olduğu bu yetkinin dayanağı, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesidir⁴⁸⁷.

Baskın doktrin görüşü doğrultusunda, idari sözleşmelerin karakteristiği olarak tek taraflı değişiklik yetkisi kabul edildiği takdirde ve böylece genel idari sözleşme kuramı göz önüne alındığında, bu yetkinin kullanımı için idarenin kanunla ya da sözleşmeyle yetkilendirilmiş olmasına gerek olmayacağı söylenebilecek olsa da, aksi yönde doktrin görüşleri ve içtihatlar bulunmaktadır.

Türk hukukunda eski tarihli Danıştay kararlarında tartışılan hususlar ve azınlık oyu görüşleri değerlendirildiğinde, her ne kadar tek taraflı değişiklik yetkisi, idari sözleşme rejiminin en önemli unsuru olarak kabul ediliyor olsa da, bu genel kabule yönelik çok sayıda karşı oy da söz konusu kararlarda yer almıştır. Bu kararlara konu olay; Başbakanlık'ın, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın taraf olduğu maden işletme imtiyaz sözleşmesinde, kanunda bu hususta düzenleme bulunmadığı için tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunup bulunmadığı hususunda tereddüte düşmesi sonucu Danıştay'dan görüş istenmesine ilişkindir.

Söz konusu olayda, Danıştay 3. Dairesi'nin oybirliği ile kabul etmiş olduğu görüşü, idarenin imtiyazlı maden işletme sözleşmelerinde tek taraflı değişiklik yapamayacağı, böyle bir değişiklik yapabilmesi için mutlaka kanunen yetkilendirilmiş olması gerektiği yönünde olmuştur⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Yapım işi sözleşmesine ilişkin karar için bkz. C.E., 14.04.1948, *Ministre des Armies*, R. 159; Levazım sözleşmesine ilişkin karar için bkz. C.E. 14.11, 1902, *Olmer et Hibert*, R 665; Toplu taşıma hizmetinin işletilmesine yönelik imtiyaz sözleşmesine ilişkin karar için bkz; C.E. 11.03. 1910, *Compagnie Générale des Tramways*, S. 1911.III.1; MEWETT, s. 226.

⁴⁸⁷ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 76; TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 70

⁴⁸⁸ Bu kararın gerekçesinde 6309 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri değerlendirilmek suretiyle şu tespitlere yer verilmiştir: "...*Madde metninden de anlaşılacağı üzere, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının kesin şeklini alması kanunen bazı işlemlere tâbi kılınmış olup, bu şekilde kesinleşen sözleşme ve şartlaşmaların hükümlerine taraflar aynen uymak zorunda oldukları gibi, onu tek taraflı değiştirmek yetkisini de haiz değildirler...İdarenin işletme imtiyazı sahibi ile ilişkileri, Maden Kanunu ile tespit ve hükümlenmiş olup, bunun dışında ve tek taraflı olarak*

Danıştay 3. Dairesi'nin, 23.05.1974 tarihli kararını inceleyen, Danıştay Genel Kurulu ise, 24.10.1974 tarihinde oyçokluğu ile vermiş olduğu kararında, idarenin, maden işletme imtiyazlarının asgari istihsal ve imrar miktarında, kamu yararının gerektirdiği hallerde tek taraflı değişiklik yapabileceğini belirtmiştir. Danıştay Genel Kurulu, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından bu yetkinin varlığının duraksamasız kabul edilen bir yetki olduğunu, her ne kadar maden işletme imtiyazları ile kamu hizmeti imtiyazı aynı nitelikte olmasa da, maden işletme imtiyazlarının asgari istihsal ve imrar miktarında, kamu yararının gerektirdiği hallerde idarenin tek taraflı değişiklik yapabileceğini belirtmiştir⁴⁸⁹.

Danıştay'ın bu kararındaki değerlendirmeleri; maden işletme imtiyazlarının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine benzerliği doğrultusunda yapılmış, idarenin kanunda hüküm bulunmasa dahi sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabileceği ve fakat bu yetkisinin sınırını da kamu yararının oluşturduğu kabul edilmiştir. Söz konusu kararda yer alan karşı oy gerekçeleri ise, maden işletme imtiyaz sözleşmelerinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile aynı nitelikte sözleşmeler olmaması çerçevesinde olmuş ve idarenin tek taraflı değişiklik yetkisini kullanabilmesi için mutlaka kanunla yetkilendirilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu karşı oylardan birinde, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 05.12.1952 tarihli kararında belirtmiş olduğu, şartnamede yapılacak olan

şartlaşma değişikliği yapılabileceğine dair kanunla bir hüküm de getirilmemiştir...”; D3D, E.1974/243, K. 1974/270, KT.23.05.1974, Danıştay Dergisi, S.18-19, Y.5.

489

“Belirtildiği gibi kamu hizmeti imtiyazları yönünden duraksamasız kabulü gereken idarenin değişiklik yapma yetkisi, maden işletmeciliğinin teknik açıdan bir kamu hizmeti olamayacağı bir an için kabul edilse bile, yine de geçerliliğini korumalıdır. Çünkü kamu yararı düşüncesi ile arama ve işletilmesi birinci derecede Devlete görev olarak verilmiş olan madenlerin, gerekirse 99 yıl gibi çok uzun bir süreyle imtiyaz sözleşmesine bağlanması halinde, kamu yararına aykırı ve belki kamuya zararlı bir biçimde işletilmesine Devletin göz yumması ve sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma olanağından faydalanamaması gibi bir durumu, gerek Anayasa, gerekse idare hukukunun genel ilkeleri ve idari sözleşmelerin özellikleri ile bağdaştırma olanağı yoktur...Maden Kanunu maden imtiyazı müessesesini bütün ayrıntıları ile hükme bağlamış olmayıp, sırf uygulamada duraksamaya neden olabilecek konuları düzenlemekle yetinmiştir. O halde kanunla düzenlenmeyen diğer hususlarda üstün hukuk kurallarının ve idare hukukunun genel ilkelerinin uygulanması gerekli ve zorunlu olacaktır...77 inci maddede idarenin sözleşmeyi değiştirme yetkisinden söz edilmemiş olmasını, idarenin böyle bir hakkının bulunmadığı yolunda yorumlamak da olanak dışıdır. Çünkü zorunlu hallerde imtiyaz sahibinin dahi sözleşmenin değiştirilmesini istemek hakkı varken, sözleşmede diğer tarafı teşkil eden idarenin de en az bu kadar bir hakkının bulunmadığı düşünülemez...”; DGK, E.1974/33, K. 1974/62, KT.24.10.1974, Danıştay Dergisi, S.18-19, Y.5.

değişikliklerin ya iki tarafın rızasıyla ya da imtiyaz sahibine tazminat ödenmek suretiyle idare tarafından tek taraflı olarak yapılabileceğine ilişkin tespitlere de yer verilmiştir⁴⁹⁰.

Görüldüğü gibi, eski tarihli Danıştay kararlarında, tek taraflı değişiklik yetkisinin dayanağının ne olması gerektiği ve idarenin doğal olarak bu yetkiye sahip bulunuyor olduğu yönünde görüş ve içtihat birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Günümüzde ise; tek taraflı değişiklik yetkisi, tüm idari sözleşmeleri kapsayacak şekilde içtihatlarla tekrar edilmektedir.

Hatta, uyuşmazlık konusu sözleşmenin neden özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesi gerektiği açıklanırken, idari sözleşmelerin hukuki rejimine de, tek taraflı değişiklik yetkisi telaffuz edilerek, değinilmektedir. Danıştay 13. Dairesi'nin 30.05.2016 tarihli kararından⁴⁹¹, tek taraflı değişiklik yetkisinin idari sözleşme hükümleriyle idareye tanınabileceği anlaşılmaktayken; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 18.11.1991 tarihli kararından⁴⁹², tek taraflı değişiklik yetkisinin, idari sözleşme niteliğinin bir sonucu olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁴⁹⁰ DGK, E.1974/33, K. 1974/62, KT.24.10.1974, Danıştay Dergisi, S.18-19, Y.5.

⁴⁹¹ "...idari sözleşmelerin, idarelerin tek yanlı kamusal yetkiye dayanarak kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile bağutlanan idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan sözleşmeler olduğu..."; D13D, E.2016/674, K. 2016/2040, KT. 30.05.2016; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.20.11.2017.

⁴⁹² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararına konu sözleşmenin konusu çay ocağı işletmesi olup, sözleşmenin karşı tarafı 2886 sayılı Kanun'da yer alan ihale usulüne göre belirlenmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelerken, idari sözleşmelerle ilgili olarak da şu açıklamayı yapmıştır: "*İdare hukuku alanına giren idari sözleşmeler, idarenin ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir*"; UYM, E. 1991/41, K.1991/42, KT.18.11.1991, RGT. 13.01.1992, RGS.21110; www.resmigazete.gov.tr; et.20.11.2017; Bu karardan, tek taraflı değişiklik yetkisine sözleşme hükmünde yer verilmesinin zorunlu olup olmadığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira; Uyuşmazlık Mahkemesi, idari sözleşmelerde idarenin üstün hak ve yetkilerine yer verildiğini belirttikten sonra, tek taraflı değişiklik yetkisini ya da fesih yetkisini bu hak ve yetkilere örnek olarak göstermemiş; bu yetkilerin idari sözleşmelerde kullanılabileceğini belirtmiştir.

Dolayısıyla; eskiden olduğu gibi günümüzde de, idarenin idari sözleşmelerdeki tek taraflı değişiklik yetkisinin dayanağına ilişkin net bir görüş ve içtihat birliğinin bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Bununla birlikte; Türk hukukunda idarenin sözleşmedeki tek taraflı değişiklik yetkisini düzenleyen mevzuat hükümleri bulunmaktadır. Örneğin; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ilke kararının⁴⁹³ verilmesinden önce yürürlüğe girmiş olan 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu⁴⁹⁴, nun halen yürürlükte olan 135. maddesi⁴⁹⁵, inşaat işlerine ilişkin sözleşmelerin⁴⁹⁶ uygulanması sırasında idarenin belli bir oranda değişiklik yapabileceğini ve bu değişikliğe de sözleşmeci tarafın katlanması gerekeceğini hüküm altına almıştır⁴⁹⁷.

İdarenin tek taraflı değişiklik yetkisine karşı özel hukuk kişinin sahip olduğu kabul edilen başlıca hakkı ise, bu yetkinin kullanılmasından doğan zararlarının tazminini isteme hakkıdır⁴⁹⁸. Böylelikle; tek taraflı değişiklik yetkisinin kullanımından doğan zararların karşılanmasını sağlamaya yönelik olan sözleşmenin mali dengesinin korunması ilkesi de, idari sözleşmelerin karakteristik özelliklerinden biri olup, bu ilkenin tam bir karşılığı da özel hukuk sözleşmelerinde bulunmamaktadır⁴⁹⁹.

Sonuç olarak; Türk hukukunda her ne kadar idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yetkisini haiz olduğuna ilişkin çok sayıda yargı kararı bulunsa da;

⁴⁹³ Şûrayı Devlet Deâvi Daireleri Genel Heyeti'nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı; OSTEN, 37-38.

⁴⁹⁴ RGT. 09.06.1927, RGS. 606.

⁴⁹⁵ 1050 sayılı Kanun md. 135: “İnşaat mütâallik bir mukavelenin tatbiki sırasında tadil zarureti hasıl olduğu ve binnetice imalat veya levazımın tezyit veya tenkisi icap ettiği takdirde mütâahhit taahhüdün mecmuuna nazaran yüzde yirmi nispetindeki tadilatı aynı şerait dahilinde ifaya mecburdur. Bu takdirde yapılan fazla işin bedeli, ayrıca ilave ve noksanın bedeli tenzil olunur. Bu nispetler fevkında olan tadilat için usulü dairesinde yeniden mukavele akdolunmak lazımdır”.

⁴⁹⁶ Yapım sözleşmelerinin, idari sözleşme niteliğinde de yapılabileceği hususundaki açıklamalar için bkz. s. 110-114.

⁴⁹⁷ Tek taraflı değişiklik yetkisinin mevzuattaki düzenleme şekli ile ilgili olarak bkz. SEZER, Yasin, “İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi”, AÜEHFD, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 156-161.

⁴⁹⁸ MEWETT, s. 227.

⁴⁹⁹ LANGROD, s. 343.

sınırlı sayıda ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ya da benzer nitelik taşıyan sözleşmelerle ilgili yargı kararında bu yetkinin kapsamına ve sınırlarına yer verilmiş olduğunu ve diğer idari sözleşmelerde idarenin bu yetkisinin kullanımının tartışılmamış olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Kaldı ki; idari sözleşme rejiminin ana karakteristiği olarak kabul edilen tek taraflı değişiklik yetkisinin kullanıldığı durumlara ilişkin uyuşmazlıklarda yargı organının önceki paragraflarda açıklanan çelişkili yaklaşımı göz önüne alındığında - ki söz konusu uyuşmazlıklar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ya da benzeri nitelikte sözleşmelere ilişkindir- özellikle idari hizmet sözleşmelerinde idarenin sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişikliğe gidip gidemeyeceği önemli bir sorun olarak belirmektedir.

Personelin özlük haklarında değişiklik yapma potansiyeline sahip olduğu için, idari hizmet sözleşmelerinde, kural olarak, idarenin bu yetkiyi kullanamayacağı değerlendirilmesini yapmak mümkünken; mevzuat değişikliklerinin ise, belli ölçüde sözleşmede tek taraflı değişikliğe yol açacağı açıktır. İdarenin tek taraflı değişiklik yetkisinin idari hizmet sözleşmeleri açısından tartışılmış olduğu kararlar tespit edilememiştir.

Bununla birlikte; Danıştay, çalıştığı kurumun başka bir idareye bağlanması sonucu, sözleşmenin yeni tarafı olan idari kurumca, idari hizmet sözleşmeli personel hakkında eski ücretinden daha düşük bir ücret belirlenmesi işlemini hukuka aykırı bulmuştur. Bu kararda her ne kadar kazanılmış hak ilkesine vurgu yapılarak bir karar verilmiş ve idarenin idari hizmet sözleşmesindeki tek taraflı değişiklik yetkisi tartışılmamış olsa da, Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunan idari davranışın temelini, eski idari kurumdaki personelin yeni idari kuruma devrini öngören kanun değişikliğinde ücretlere ilişkin bir tespit yapılmaması ve bunun sonucunda Devlet Personel Başkanlığı'ndan alınan görüş doğrultusunda ücretin, dolayısıyla sözleşmenin akdi hükmünün, tek taraflı olarak değiştirilmiş olması oluşturmaktadır ve bu değişiklik hukuka aykırı bulunmuştur⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ “...davacının sözleşme ücretinin eski kurumunda ödenen miktardan daha düşük belirlenmesine ilişkin işlemin, davacının hukuka uygun olarak elde ettiği kazanılmış hakkının yitirilmesine

Danıştay 12. Dairesi'nin 15.10.2007 tarihli kararına konu olan uyuşmazlıkta da dava konusu sözleşmede yer alan ücret idarece, tek taraflı olarak değiştirilmiştir. Danıştay, bu uyuşmazlıkta da idarenin tek taraflı değişiklik yetkisi bulunup bulunmadığı hususunu tartışmamış, yapılan işlemin hukuka uygun yapılıp yapılmadığını başka açılardan değerlendirmiştir⁵⁰¹.

Oysa, ücrette yapılan değişikliğin, personelin özlük haklarına ilişkin bir değişiklik olduğu ve dolayısıyla bu hususta ancak kanunla değişiklik yapılabileceği ve aynı zamanda bu değişikliğin sözleşmenin akdi hükümlerine ilişkin bir değişiklik olduğu çok açıktır. İdari sözleşmelerin genel karakteristiği olarak kabul edilen tek taraflı değişiklik yetkisinin ise sözleşmenin akdi hükümlerinde de uygulanacak şekilde genişletilmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle, Danıştay 11. ve 12. Daireleri, idarece kullanılmış olan tek taraflı değişiklik yetkisini, kararlarında irdelenmiş olsalardı, bu alanda yaşanan karmaşanın çözümlenmesine katkı sağlayacakları kuşkusuz olacaktı. Örneğin; genel idari sözleşme kuramının bu uyuşmazlıklara uygulanması durumunda, idari hizmet sözleşmeli personelin ücretinin azaltılmasına yönelik yapılan tek taraflı değişikliğin kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi ile açıklanabilecek bir yönü olmadığı ya da idarenin böyle bir yetkisinin bulunmadığının altının çizilmiş olduğu bir karara imza atılmış olması Danıştay'ın idari sözleşmeler alanına sağlayacağı önemli bir katkı olabilecekti.

Anayasa Mahkemesi ise; aile hekimleri ile idare arasında akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme olduğunu belirttikten sonra; idari sözleşme niteliğinin

sebeplere dayanarak hukuka uygun olduğundan söz edilemeyeceğinden..."; D11D, E.2005/2927, K. 2006/1625, KT. 04.04.2006; emsal. Danıştay . uyap.gov.tr; e . t . 25 . 09 2017; Kazanılmış hakların sözleşmelerden de doğabileceği yönünde görüş için bkz; ATİK ÇOBAN, Ayşegül, "İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı", SÜHFD, C. 21, S. 1, 2013, s. 26, dipnot 53.

⁵⁰¹ *"...davacının 2002 yılı sicilinin hukukiliği incelenerek, sonucuna göre davacının anılan sicilinin sözleşme ücretindeki düşüş ile maaşından yapılan kesintilerin hukuka uygunluğu konusunda karar verilmesi gerekirken, Mahkemece dava açılmadığı gerekçesiyle davacının anılan yıl sicili incelenmeden verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır..."; D12D, E.2005/2175, K.2007/3846, KT.15.10.2007, Danıştay Dergisi, S.118.*

bir sonucu olarak, idarenin bu sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunduğunu belirtmiştir⁵⁰².

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari sözleşme olduğuna karar verdiği hibe sözleşmeleri ile ilgili kararları, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisine ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili olmamakla birlikte; uyuşmazlık konusu sözleşmenin dayanak mevzuat hükmü incelendiğinde, idare tarafından hibe sözleşmesinde yapılabilecek değişikliklere yer verildiği görülmektedir⁵⁰³. Bu hüküm her ne kadar idarenin, genel idari sözleşme kuramı çerçevesinde haiz olduğu tek taraflı değişiklik yetkisi ile birebir aynı nitelikte olmasa ve yaptırım olarak anlaşılabilir nitelikte olsa da, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararındaki ifadelerden, bu yetkinin tek taraflı değişiklik yetkisi kapsamında değerlendirilmiş olduğu anlaşılmaktadır⁵⁰⁴.

Görüldüğü gibi; tek taraflı değişiklik yetkisi, idari sözleşmelerin hukuki rejiminde ayırt edici bir kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul ediliyor olsa da, bu yetkinin kullanımı ile ilgili olarak, tüm idari sözleşmeleri kapsayıcı nitelikte temel kurallara ulaşabilmek mümkün olamamaktadır. Bu durumda, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisini mümkün olduğunca sınırlı bir yetki olarak kabul etmek gerekmektedir.

Bu doğrultuda, Tekinsoy, tek taraflı değişiklik yetkisinin idari sözleşmeler açısından istisnai nitelikte bir yetki olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu yetkinin

⁵⁰² “...Aile hekimleri ile idare arasında isteğe bağlı sözleşme yapılırsa da bu idari nitelikte bir sözleşmedir. Bu durum kamu gücü ayrıcalığını kullanma hakkı sağlamaktadır...Bu nedenle idare, tek taraflı düzenleyici işlemlerle değişiklik yapabilir...”; AYM, E. 2012/103, K.2013/105, KT.03.10.2013; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.51, C.2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.

⁵⁰³ Tebliğ-md.43: “(1) Proje sahibi, projeyi hibe sözleşmesi koşullarına uygun olarak icra etmediği takdirde Bakanlığın ödemeleri askıya alma ve/veya hibe sözleşmesini feshetme hakkı saklıdır. Bu durumda Bakanlık, ayrıca hibe miktarını azaltabilir ve/veya hibe kaynaklarından ödenmiş olan meblağların tamamen veya kısmen geri ödenmesini talep edebilir.”

⁵⁰⁴ “...Görüldüğü üzere bu düzenlemelerde sözleşme üzerine görüşme yapma, karşılıklı uzlaşma ile maddeleri belirleme gibi, tarafları özgür iradesi ve sözleşme serbestisine dayalı imkanlar tanınmamakta ve idarenin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği hibe miktarını azaltabileceği veya geri ödemesini talep edebileceği hususları düzenlenmiştir...”; UYM, E.2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.06.2018.

idari sözleşme rejiminin ana unsuru olarak kabul edilmesinin, idari sözleşmelerin yanlış anlaşılmasına sebep olacağını belirtmiştir⁵⁰⁵.

B.KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDE VE BENZER NİTELİK TAŞIYAN SÖZLEŞMELERDE ÖZEL HUKUK KİŞİSİNE TANINAN KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARI

Konusu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olan idari sözleşmelerde, sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafına da birtakım üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olabileceği ve bu durumun kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesi için zorunlu olduğu doktrin⁵⁰⁶ ve içtihatlarda⁵⁰⁷ kabul edilmektedir.

Bu genel kabulün dayanağı, Danıştay'ın 26.02.1935 tarihli ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine dair temel kuralları belirlemiş olduğu ilke karardır. Bu karar ile Danıştay, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin diğer idari sözleşmelerden ayrılan yönünün; imtiyazcı tarafa da tanınan kamu gücü ayrıcalıkları olduğu hususunun altını çizmiştir⁵⁰⁸. Bu kararda belirtilmiş olan, sözleşmenin, “İstimplâkler için İstanbul Belediyesine (200.000) lira vermek”, “Muayyen yerlerde tarifeli otobüs işletmek” şeklindeki hükümleri; kamu mallarından yararlanma ve lehe kamulaştırma

⁵⁰⁵ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 84; aynı yönde görüş için bkz. SEZER, s. 172.

⁵⁰⁶ DERBİL (İdare Hukuku, C.II), s. 563.

⁵⁰⁷ “...Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır...”; D13D, E.2008/5151, K. 2008/6509, KT. 26.09.2008; Danıştay Dergisi, S.120; “...Kamu hizmetinin uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine "imtiyaz" denilmekte; konusu bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yerine getirenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıyan ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olduğu uzun süreli sözleşmeler " kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır...”; D1D, E.2013/860, K. 2013/864, KT. 19.06.2013; (Yayımlanmamıştır).

⁵⁰⁸ “Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müşrak mükellefiyetler tarh etmek itibarile idarî mukaveleler mecmuasına dahil olmakla beraber bunlar, âkitlerini âmme hizmetini yürütmek ve muntazam bir şekilde işletmek gayesini temin için âmme kudreti hakleriyle de techiz ettiklerinden diğer idarî mukavelelerden bir fark arzederler.” ; Şûrayı Devlet Deâvi Daireleri Genel Heyeti'nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı; OSTEN, 37-38.

yapılmasını isteme hakkı gibi, kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükmüyle imtiyazcı tarafa tanınmış olduğunu göstermektedir⁵⁰⁹.

Dolayısıyla, bu başlık altında yapılacak olan açıklamalar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile bu sözleşmelere benzer nitelik taşıyan idari sözleşmelere ilişkindir. Zira; bu sözleşmelerde özel hukuk kişisi kamu hizmetini gereği gibi sunabilmek amacıyla bu ayrıcalıklardan zorunlu olarak yararlanmakta, aksi halde kamu hizmetini sunamama tehlikesi söz konusu olmaktadır.

Bununla birlikte; özel hukuk kişinin idari sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarından farkı, kanunda ya da sözleşme hükmünde belirtilmemiş olan bir kamu gücü ayrıcalığının özel hukuk kişisi tarafından kullanılamayacak olmasının kabul edilmekte olmasıdır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi rejimi temelinde yapılan değerlendirmelerde dahi, özel hukuk kişinin, sözleşme hükümlerinde belirtilmemiş olan bir kamu gücü ayrıcalığını kullanmasının mümkün olmadığı ortaya konmuştur⁵¹⁰. Derbil, kanunda imtiyaz sahibinin yararlanabileceği kamu gücü ayrıcalıkları yer alsa bile, sözleşmede bu yönde hüküm yoksa, bu kamu gücü ayrıcalıklarından imtiyaz sahibinin yararlanamayacağını belirtmiştir⁵¹¹.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı tarafa kamu gücü ayrıcalıkları tanınmasının nedeni, kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak işlenmesinin sağlanmasıdır. Kaldı ki; bu kamu gücü ayrıcalıklarının bir kısmı kamu hizmetini

⁵⁰⁹ OSTEN, s. 39.

⁵¹⁰ “...Bu sözleşmede tanınan yetkilerle, özel kişi, kamu kudretinden istifade edebilmekte, kamu kudreti statüsüne girebilmekte, ayrıca idare, imtiyaz sahibine bazı mali menfaatlerin teminini taahhüt etmektedir. Ancak bütün bu zikredilen hususların nelerden ibaret ve nelere münhasır bulunduğu imtiyaz sözleşme ve şartlaşmasında açıkça gösterilir. İmtiyaz sahibinin bu konuyla ilgili olarak belirtilen hususlar dışında herhangi bir yetkisi ve menfaati söz konusu olamaz...”; D3D, E.1967/371, K.1967/451, KT.17.11.1967; www.hukukturk.com; e.t. 10. 08. 2017; “...Davalı şirketin, Telekomünikasyon Kurumu ile Türk Telekom arasında imzalanan Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi ile belli bir kamu hizmetini yürütmek görev ve yetkisi ile donatıldığı, bu görev ve yetkiler dahilinde bazı kamusal ayrıcalıkları ve yükümlülükleri bulunduğu yukarıda belirtilmiştir. Belirtilen statüsü ve özel yasa hükümleri gereğince bazı kamusal ayrıcalıklara ve yükümlülüklerle sahip olması nedeniyle davalı şirketin, herhangi bir özel hukuk tüzel kişisinden farklı bir hukuki statü içinde bulunduğu anlaşılmaktadır.”; D5D, E.2010/7881, K.2011/5109, KT.10.11.2011; (Yayımlanmamıştır); ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s.78.

⁵¹¹ DERBİL (İdare Hukuku, C.II), s. 569.

ruhsat ya da izin usulüyle görmekte olan özel hukuk kişilerine de tanınmaktadır. Örneğin; günümüzde ruhsat usulüyle yürütülen maden işletme faaliyetinde, işletme ruhsatı sahibinin lehine kamulaştırma yapılmasını isteme hakkı 3213 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir⁵¹².

1. Tekel Hakkı

Tekel hakkı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcı tarafı rekabete karşı koruma altına alabilmek amacıyla tanınmış bir kamu gücü ayrıcalığı olup; bu hak imtiyazcı tarafı, diğer sermaye sahipleri karşısında önemli ölçüde üstün duruma getirmektedir. Zira; bu hak, idarenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi konusuna ilişkin alanda başkalarının da faaliyette bulunmasını engellemesine olanak vermektedir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak, sözleşmede hüküm bulunmasa da, doğal olarak varlığı kabul edilen⁵¹³ bu hakla ilgili olarak Türk pozitif hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte; aşağıda örnekleri verileceği üzere bazı kamu teşebbüslerinin yasal tekel hakkı bulunmakta ise de, bu örneklerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı tarafın doğal olarak tekel hakkına sahip olduğunu gösteren genel nitelikte mevzuat hükümleri olmadığı açıktır.

Aksine, Anayasa'nın 167. maddesi⁵¹⁴, devlete tekelleşmeyi önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğünü vermiştir. Söz konusu anayasal hüküm ve 4054 sayılı Kanun⁵¹⁵ hükümleri ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde imtiyaz sahibini rekabete karşı korumak için varlığı kabul edilmiş olan tekel hakkının belli bir çelişkiyi barındırdığı düşünülebilir.

4054 sayılı Kanun, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde imtiyazcı tarafa tekel hakkı tanınmasını açıkça yasaklayan bir hüküm getirmiş olmasa da; 1. maddesi

⁵¹² Bkz. 3213 sayılı Kanun-md.46.

⁵¹³ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 79-80; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 535.

⁵¹⁴ AY-md.167: "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."

⁵¹⁵ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, RGT.13.12.1994, RGS. 22140.

hükümünde açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarında rekabeti bozucu davranışları önlemektir. 4054 sayılı Kanun'un kapsamının belirtilmiş olduğu 2. maddesi incelendiğinde de, kanun hükümlerinin kapsamı açısından kamu teşebbüsü, özel teşebbüs ayrımı yapılmamış olduğu görülmektedir. Bu durumda, ilk bakışta, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı tarafın, rekabete karşı korunmasını teminen sahip olduğu kabul edilen tekel hakkının, 4054 sayılı Kanun hükümleri karşısında hukuken geçerli bir hak olamayacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte; doktrinde, imtiyaz sahibinin piyasada faaliyet gösteren bir girişimci sayılmayacağı ve 4054 sayılı Kanun hükümlerinde vurgulanan piyasa ve ticari faaliyet kavramları birlikte değerlendirildiğinde, 4054 sayılı Kanun'un imtiyaz konusu faaliyetleri dolaylı olarak kapsam dışı tuttuğunu belirten görüşler⁵¹⁶ yanında, kanunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile görüleceği kabul edilmiş olan kamu hizmetleri açısından imtiyazcının hukuki tekel hakkı bulunduğunu ve bu durumda rekabetin korunması hükümlerinin daha çok hakim durumun kötüye kullanılması ve doğal tekellerde izlenen *ex ante* yöntem⁵¹⁷ doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler⁵¹⁸ bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiş olan "*hakim durumun kötüye kullanılması*" na ilişkin hükümler değerlendirildiğinde, daha anlamlı hale gelmektedir. Zira; bu madde hükümünde düzenlenmiş olan hakim durumu kötüye kullanma hallerinden bazıları⁵¹⁹, tekel yasağını ima etmektedir.

⁵¹⁶ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 80.

⁵¹⁷ Rekabet hukukunda, rekabeti korumada kullanılan yöntemlerden biri, rekabete aykırı durumları, ortaya çıkmadan önleme yöntemi olan *ex ante* yöntemdir. Bu hususta bkz. "...rekabet hukuku, rekabete aykırı durumları *ex ante* önleyerek (öncül müdahale) veya *ex post* ortadan kaldırarak (ardıl müdahale) rekabeti korur.", ÖZKAN, Ahmet Fatih, "Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu'nun Basın Bültenleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 518.

⁵¹⁸ ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2011, s. 327.

⁵¹⁹ 4054 sayılı Kanun-md.6: " Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, "

Bununla birlikte; hakim durum⁵²⁰ ve tekel kavramları aynı anlamı içermemektedir. Aralarındaki farkı şu şekilde açıklamak mümkündür: Piyasada tekel hakkına sahip olan bir teşebbüs, aynı zamanda, piyasada hakim durumdadır. Ancak; rekabet hukuku açısından, piyasada hakim durumda olan birden fazla teşebbüs bulunabilir⁵²¹. Bu açıklama doğrultusunda, imtiyaz sözleşmesinde imtiyazcının sahip olduğu kabul edilen tekel hakkının, imtiyazcının rekabet hukuku açısından hakim durumda olmasını da sağlayacağını ve imtiyazcının hakim durumunu kötüye kullanmaması gerekeceğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte; Rekabet Kurulu, 3096 sayılı Kanun'a göre ÇEAŞ ile imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesinde, sözleşme hükmüyle ya da 3096 sayılı Kanun hükümleriyle, ÇEAŞ'a tekel hakkı tanınmamış olduğunu belirterek, ÇEAŞ'ın hakim durumu kötüye kullandığına karar vermiştir. Rekabet Kurulu'na göre; imtiyazcı tarafın tekel hakkına sahip olabilmesi için, bu hakkın sözleşme hükmüyle ya da mevzuat hükmüyle tanınmış olması gerekmektedir⁵²².

⁵²⁰ 4054 sayılı Kanun-md. 3: "*Hakim Durum : Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*"

⁵²¹ ORAK, s. 301.

⁵²² RK, KS. 03-72/874-373, KT.10.11.2003; RK, KS 07-13/101-30 KT. 8.2.2007 (Bu iki karar aynı konuya ilişkin olup; ilk karar, ÇEAŞ'ın iptal istemli açtığı davada, Danıştay 13. Dairesi'nin 26.12.2006 tarih, 2005/5050 E. 2006/4942 K. sayılı Kararı ile soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması gerekçesiyle iptal edilmiştir ve Rekabet Kurulu yeni bir karar daha vermiştir. Her iki kararda belirtilen gerekçeler aynıdır.): "...ÇEAŞ'ın, eski müşterileri konumundaki Enerjisa ve Toros'un ortaklarını kendi ürettiği elektriği almaya mecbur bırakmaya ve ilgili pazarda alternatif arz kaynağını kısıtlamaya yönelik uygulamaları, İmtiyaz Sözleşmesi ile verilen yetkilerini üretimde tekelleşme amacıyla kullandığına işaret etmektedir. Nitekim, anılan teşebbüsün savunmasının önemli bir bölümü, kamu hizmeti ifasına yönelik teşebbüse tanınan imtiyazın bir tekel hakkı içerdiği savına dayanmaktadır. Yapılan incelemeler sonucunda ise, kamu hizmeti kavramının kendiliğinden bir tekel hakkına işaret etmediği, gerek teşebbüsün taraf olduğu İmtiyaz Sözleşmesinin gerekse Sözleşmenin yasal dayanağını teşkil eden 3096 sayılı Kanun'un bu tür bir hak tanımadığı, aksine bahsi geçen Kanun ve Sözleşme'de yer alan hükümlerin "birden fazla üretim şirketinin Bakanlığın izni doğrultusunda aynı bölgede faaliyet göstermesine" cevaz verdiği tespit edilmiştir. Esasen teşebbüsün konuya ilişkin söz konusu savunması da bölgede üretim seviyesindeki tekelleşme gayesini ortaya koymaktadır. ÇEAŞ'ın alt pazardaki hakim durumunu üst pazarda kötüye kullanması yalnızca fiili rekabeti değil, aynı zamanda olası yeni üretim şirketlerinin veya otoprodüktörlerin pazara girişini caydırmakta ve bu yönüyle potansiyel rekabeti de engellemektedir. ..."

Bu durumda, Rekabet Kurulu imtiyazcının tekel hakkına sahip olamayacağını ifade etmiş olmasa da; kanunda ya da imtiyaz sözleşmesinde yer almayan tekel hakkına, imtiyazcının doğal olarak sahip bulunmadığını kabul etmektedir.

Danıştay, kamu teşebbüsleri ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, yasal tekel hakkının kullanıldığı her durumun 4054 sayılı Kanun'da belirtilmiş olan hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceğine⁵²³ ve fakat yasal tekel hakkından kaynaklanan hakim durumun kötüye kullanılması durumunun tespit edilmesi halinde rekabet hukuku kurallarının uygulanması gerektiğine karar vermektedir⁵²⁴.

Mevzuattaki düzenlemelere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile benzer nitelik taşıyan idari sözleşmeler açısından bakıldığında ise, iki örnek üzerinde değerlendirme yapmak anlamlıdır.

Bilindiği gibi, telekomünikasyon alanında yapılan görev sözleşmeleri, içtihat birliği ile imtiyaz sözleşmesi niteliğinde kabul edilmişlerdir. Söz konusu sözleşmeleri düzenleme altına almış olan 406 sayılı Kanun'un, 5809 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış olan ek 18. maddesinde açıkça, işletme lisans ve ruhsatı almak suretiyle hizmet sunacak şirketlere tekel oluşturmayacak şekilde düzenleme yapılması hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte; 406 sayılı Kanun'da daha sonra getirilen değişikliklerle öngörülen sistemde bir yandan, görev sözleşmesi ve GSM imtiyaz sözleşmesi yöntemlerinin benimsenmesiyle, kamu hizmeti alanı rekabete açılırken, bir yandan da Türk Telekom A.Ş. ile imzalanacak olan görev sözleşmesi doğrultusunda, bazı hususlarda Türk Telekom A.Ş.'ye tekel hakkı tanınmış ve Danıştay da, diğer GSM operatörleri ile imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin, söz konusu tekel hakkına aykırılık taşıyan hükümlerinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁵²⁵. Bununla birlikte; Danıştay, Türk Telekom A.Ş.'nin taraf olduğu görev sözleşmesine ilişkin bir başka kararında, yasal tekel hakkının rekabet kurallarına

⁵²³ İDDK, E. 2003/659, K.2005/2178, KT.16.05.2005; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

⁵²⁴ D10D, E.2001/4817, K. 2003/4770, KT. 05.12.2003; emsal. danistay. uyap. gov. tr; e.t. 08 . 08. 2017.

⁵²⁵ D13D, E.2005/6236, K. 2005/5902, KT. 13.12.2005; emsal. danistay. uyap. gov.tr ; e.t. 08. 08. 2017.

aykırı kullanılmayacağına karar vermiştir⁵²⁶. Rekabet Kurulu'nun, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine ilişkin yaptırım politikasını inceleyen bir çalışmada da, "Kamu ve özel teşebbüslere ilişkin verilen kararların analizi" yapılmış ve buna göre, analiz edilen 205 kararın yaklaşık 1/3'nin kamu teşebbüsleri ile ilgili ve kamu teşebbüsleri ile ilgili olarak verilmiş olan kararların yaklaşık 1/4'nin ise Türk Telekom A.Ş. hakkında verilmiş olduğu belirtilmiştir⁵²⁷. Söz konusu çalışmada aynı zamanda, hakkında en fazla 6. madde incelemesi yapılan sektör telekom sektörü ve bu sektör içinde de en çok Türk Telekom A.Ş. olmuş ve hakkında, 2002, 2005 ve 2008 yıllarında ihlal kararı verilmiştir⁵²⁸.

Görüldüğü gibi; Rekabet Kurulu da, Danıştay da, imtiyazcı tarafın tekel hakkına sahip olabileceğini kabul etmiş ve fakat hakim durumunu kötüye kullanmaması gerektiğine karar vermiştir.

406 sayılı Kanun'un getirdiği sistem, 6475 sayılı Kanun ile büyük ölçüde benzer şekilde posta hizmetleri açısından da geçerli hale gelmiştir. Bununla birlikte; 406 sayılı Kanun'a göre Türk Telekom A.Ş. ile imzalanmış olan görev sözleşmesi yargı organı tarafından imtiyaz sözleşmesi niteliğinde görülmüşken, 6475 sayılı Kanun'a göre PTT A.Ş. ile imzalanmış olan görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda, imtiyaz sözleşmesine özgü bir kamu gücü ayrıcalığı olan tekel hakkının, günümüzde diğer idari sözleşmeler açısından da yasal olarak tanınmış olduğunun belirtilmesi mümkündür.

6475 sayılı Kanun'a göre; PTT A.Ş. ve BTK arasında yapılacak olan görev sözleşmesinde, posta hizmeti sunacak ve özel hukuk tüzel kişisi olan PTT A.Ş.'nin, bazı hizmet alanlarında tekel hakkı bulunmaktadır⁵²⁹. Ancak; bu hükümlerde tanınan

⁵²⁶ D10D, E.2001/2561, K. 2004/5848, KT. 29.06.2004; emsal. danistay. uyap. gov. tr; e.t. 08. 08. 2017.

⁵²⁷ SANLI, Kerem Cem, "Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme", Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22 Haziran 2010, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2011, s. 29.

⁵²⁸ SANLI, s. 31-32, 53.

⁵²⁹ 6475 sayılı Kanun'un "Posta tekel" başlıklı, 6. maddesi, PTT A.Ş.'nin tekel hakkını haiz olduğu hizmetleri belirtmektedir.

tekel hakkının, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde kabul edilen tekel hakkı ile tam olarak aynı olmadığı ortadadır. Zira; 6475 sayılı Kanun, posta hizmetlerinin sunulması ile ilgili olarak, PTT A.Ş.’nin sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafını oluşturacağı görev sözleşmesi yöntemini ve diğer özel hukuk kişilerinin BTK’den alacakları yetki belgesine dayanarak yetkilendirme yöntemini öngörmüştür. Böylelikle, diğer özel hukuk kişileri de PTT A.Ş. ile birlikte, aynı alanda faaliyet gösterecektir ve PTT A.Ş.’ye tanınmış olan tekel hakkının kapsamı kanunda saymak suretiyle belirtilmiştir. Yukarıda örnek olarak verilen Danıştay ve Rekabet Kurulu kararları ile PTT A.Ş.’nin kamu iktisadi kuruluşu olduğu dönemde verilen Rekabet Kurulu kararı⁵³⁰ kıyasen değerlendirildiğinde; PTT A.Ş.’nin 6475 sayılı Kanun’da yer alan tekel hakkının kullanılması durumunun, yasal tekel hakkının kullanılması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun’a aykırı sayılmayacağını ve fakat PTT A.Ş.’nin tekel hakkının hakim durumda olmasını sağladığı durumları kötüye kullanmaması gerektiğini söylemek mümkündür.

Bu hususta, günümüzden verilebilecek diğer örnek, 2918 sayılı Kanun kapsamında akdedilmiş ve özelleştirme kapsamına alınmış olan araç muayene hizmetine ilişkin imtiyaz sözleşmesi olup, bu sözleşme tekel hakkının sorgulanması açısından önemli bir örnektir⁵³¹.

2918 sayılı Kanun’a göre tek bir özel şirketle yapılmış olan imtiyaz sözleşmesi ile ilgili olarak, Rekabet Kurumu söz konusu faaliyetin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğuna karar vererek⁵³², sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak yapılması, 4046 sayılı Kanun’un 15. maddesi hükmüne göre uygun hale gelmiştir. Bununla

⁵³⁰ RK, KS. 03-07/74-29, KT. 30.01.2003; www.rekabet.gov.tr; e.t.11.04.2019.

⁵³¹ 2918 sayılı Kanun’a göre; araç muayene hizmetini sunma hususunda tek bir şirketin yetkili hale getirilmiş olması, doktrinde eleştirilmiştir: “... açıktır ki rekabete açık olabilecek bir alanda özel sektör tekel kuruluşunda kamu yararının ne derece bulunduğu hususu ciddi kuşku davet etmeye elverişlidir...”; ÇAL, Sedat, “Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi””, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 104.

⁵³² “...Rekabet Kurumu IV Nolu Daire Başkanlığının 2918 sayılı Yasada, 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce 4.5.2004 günlü ve 150 sayılı yazısındaki bu hizmetin tekel niteliğinde olduğu ve bu nedenle verilecek hizmetin imtiyaz niteliği taşıdığı görüşüne istinaden, 4046 sayılı Kanununun 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşmenin, Dairemizin görüşü alınmak üzere Danıştay Başkanlığına gönderildiği anlaşılmıştır...”; D1D, E.2005/307, K.2005/668, KT.18.05.2005; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

birlikte; söz konusu sözleşme, yargı organı tarafından idari sözleşme olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmemiştir⁵³³.

Gerçekten de, söz konusu imtiyaz sözleşmesi, 20 yıllığına ve tek bir şirketle yapılmış ve Rekabet Kurumu da, bu hizmetin tekel niteliğinde bir hizmet olduğunu belirlemiştir. Ve yine bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk kişisi tarafı ihale sonucu oldukça yüksek bir bedel ödemiştir. Dolayısıyla; söz konusu idari sözleşme bir yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine benzer, diğer yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden oldukça farklı nitelikleri haizdir.

Sonuç olarak; araç muayene hizmetinin, 4054 sayılı Kanun hükümlerine rağmen rakipsiz olarak yürütülmesi, açıkça kanun hükmüyle çelişen bir uygulamaya sahne olmuş olsa da; bu örnek tüm idari sözleşmeler açısından, tekel hakkının geçerli bir hak olduğunun kabul edilmesini gerektirmemektedir.

Dolayısıyla; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı tarafa tanınan tekel hakkının günümüzde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin değişime uğramış şekillerinden ibaret olan idari sözleşmelerde tam olarak aynı şekilde geçerliği bulunmamaktadır. Zira; günümüzde mevzuat değişiklikleri ile tekel hakkı mümkün olduğunca kısıtlanmış ve kamu hizmeti alanında da rekabete dayalı bir ortam öngörülmüştür.

Bu açıklamalar doğrultusunda; tekel hakkının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından dahi, doğal bir hak niteliğinde görülmesi tartışılırken, böyle bir hakkın kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan diğer idari sözleşmeler açısından, kural olarak, özel hukuk kişisine tanınan ayrıcalıklardan biri olamayacağına altının çizilmesi gerekmektedir.

2. Hizmetten Yararlanarlardan Bedel Alma Hakkı

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibi hizmetin kurulması ve işletilmesi için harcamış olduğu sermayesinin karşılığı olarak, hizmetten

⁵³³ Bkz. s.93, dipnot 283'te yer alan yargı kararları.

yararlananlardan belli bir bedel almaktadır ve bu ayrıcalık, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin önemli bir karakteristiğidir. Bununla birlikte, imtiyazcının hizmetten yararlananlardan alacağı bedel, idare tarafından hazırlanan tarifeye göre belirlenmektedir⁵³⁴.

Bunun sebebi, kuşkusuz, her ne kadar kamu hizmeti görmek amacıyla idareyle sözleşme imzalamış olsa da, ticari kaygıları ortadan kalkmamış olan özel hukuk kişinin, sözleşme ilişkisinden bir yarar sağlayabilmesi; bedelin tamamen özel hukuk kişinin inisiyatifine bırakılması da kamu hizmeti alanında söz konusu olamayacağından, özel hukuk kişisi, idare tarafından belirlenen bedeli alma hakkına sahip bulunmaktadır. Bu durumda, hizmetten yararlananlardan bedel alma hakkının, imtiyazcının sözleşme ilişkisinde yararlanmakta olduğu kamu gücü ayrıcalıklarından biri olma niteliği de zayıflamaktadır. Kaldı ki; hizmetten yararlananlardan bedel alma hakkının bir kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul edilmesinin en önemli sebebi, söz konusu bedelin; “vergi niteliğinde” olduğunu kabul eden görüşler⁵³⁵ olsa da, doktrinde söz konusu bedelin niteliği ile ilgili olarak görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bedelin, “fiyat niteliğinde” olduğunu kabul eden görüşler⁵³⁶ ve bu bedelin ne vergi ne de fiyat niteliğinde sayılabileceğini⁵³⁷ ve bu bedelin sadece “kamu hizmetine katılma karşılığı” olarak adlandırılabileceğini kabul eden görüşler⁵³⁸ bulunmaktadır.

Bu hususta, hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedelin hukuki niteliğinin vergi ya da fiyat olmadığı ve bu bedelin özel hukuk kişisi açısından bir kamu gücü ayrıcalığı olarak nitelendirilemeyeceği, böylelikle söz konusu bedelin 6183 sayılı Kanun⁵³⁹ hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre tahsil edilebileceği⁵⁴⁰ yönündeki görüşlerin daha isabetli olduğu düşünülmektedir.

⁵³⁴ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s.81-83.

⁵³⁵ DERBİL (İdare Hukuku, C.II), s. 565, DURAN (İdare Hukuku...), s. 438.

⁵³⁶ GÖZLER (C.II), s. 436-437.

⁵³⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 538-539; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s.81-82.

⁵³⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 539.

⁵³⁹ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, RGT. 28.07.1953, RGS. 8469.

⁵⁴⁰ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s.82.

Bununla birlikte; teknik olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemese de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile belli ölçüde benzerlik taşıyan bazı idari sözleşmelerde de özel hukuk kişisi, hizmetten yararlananlardan belli bir bedel almaktadır.

3096 sayılı Kanun'un 9. maddesi, 3465 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 3996 sayılı Kanun'un 8. maddesi hükümlerinde de, hizmetten yararlananlardan alınacak bedele ilişkin temel esaslar idare tarafından belirlenmektedir. Yine; araç muayene istasyonlarının alacakları bedel de, 2918 sayılı Kanun'un 35. maddesinde düzenlenmiş olup, bu bilgi ayrıca idare ile bu hususta yapılan imtiyaz sözleşmesinin tarafı ve periyodik araç muayenesinde yetkili tek kuruluş olan TÜVTÜRK'un internet sitesinde yer almaktadır⁵⁴¹. 6475 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de tarife, posta hizmetinin sunulması karşılığında alınacak bedeli gösteren liste olarak tanımlanmıştır.

Böylelikle; hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedelin, kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan diğer idari sözleşmelerde de söz konusu olabileceğinin Türk pozitif hukukunda kabul edilmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Burada önemli olan bir başka husus, elektronik haberleşme ve posta hizmetleri ile ilgili olarak, mevzuatlarında evrensel hizmet kapsamına⁵⁴² alınmış olan kamu hizmeti alanlarında alınacak bedelin, herkes tarafından karşılanabilecek ve makul bir bedel olması gerektiğidir⁵⁴³. Böylelikle, söz konusu kamu hizmetleri alanında hizmetten alınacak olan bedele, evrensel hizmet anlayışı doğrultusunda şekillenmiş olan mevzuat hükümleri ile de bir sınır getirilmiş olmaktadır.

⁵⁴¹ “Araç Muayene ücretleri yıllık olarak T.C. Ulaştırma ve Alt Yapı Bakanlığı Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğü'nün genelge ve emirleri doğrultusunda belirlenmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik kanununun 35. maddesinde belirtilen esaslar uygulanmaktadır; Gelirler İdaresi Başkanlığı tarafından yıllık olarak yayımlanan sirküler baz alınmaktadır. TÜVTÜRK, tamamen belirlenmiş rakamlara göre işlem yapmak durumundadır”; tuvturk.com.tr /soru-ve-cevaplar.aspx; e.t. 16.10.2008

⁵⁴² 5369 sayılı Kanun-md. 5'te ve 6475 sayılı Kanun-md. 14'te, evrensel hizmet kapsamındaki hizmetlerin hangi hizmetler olduğu belirtilmiştir.

⁵⁴³ 5369 sayılı Kanun-md. 2'de ve 6475 sayılı Kanun-md. 3/g'de, bu husus belirtilmiştir.

Ayrıca; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde, hizmetten yararlananlardan alınacak bedel dışında, imtiyazcı tarafa başka bir maddi destek sağlanmayacağı kabul edilmektedir. Zira; idare sözleşme konusu kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesinde özel hukuk kişinin sermayesine gereksinim duyduğu için imtiyaz yöntemine başvurmaktadır. Bu husus; 20.12.1999 tarihinden önce 3996 sayılı Kanun'a göre imzalanmış olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine ilişkin görüş istemine karşılık, Danıştay 1. Dairesi tarafından da vurgulanmıştır⁵⁴⁴. Bununla birlikte; uygulamada kâr garantili⁵⁴⁵ ya da faiz garantili⁵⁴⁶ imtiyaz sözleşmelerine rastlanmaktadır. Örneğin; Danıştay 1. Dairesi, 28.06.1990 tarihli kararına⁵⁴⁷ konu olan imtiyaz sözleşmesi tasarısında, idarece imtiyazcı tarafa garanti sağlanan bazı hükümler⁵⁴⁸ bulunuyor olmasına rağmen, bu garanti hükümleri Danıştay 1. Dairesi tarafından imtiyaz rejimine aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Ardından İdari İşler Kurulu, inceleme konusu imtiyaz sözleşmesinin sağlık kamu hizmetine ilişkin olması ve sağlık kamu hizmetinin anayasal niteliğinin, bu hizmetin imtiyaz yöntemi ile gördürülmesine engel olduğunu belirtmiştir⁵⁴⁹; dolayısıyla İdari İşler Kurulu'nun kararında idarece taahhüt edilen garanti hükümleri tartışılmamıştır.

Sonuç olarak; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejiminde yer alan, hizmetten yararlananlardan bedel alma hakkı, her ne kadar bir kamu gücü ayrıcalığı olarak nitelendirilemeyecek olsa da, günümüzde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine benzer nitelik taşıyan diğer idari sözleşmeler açısından da kabul edilmektedir.

⁵⁴⁴ DİD, E.1998/267, K. 1998/481, KT. 16.12.1998; emsal. danistay. uyap. gov.tr;e.t.08.08.2017.

⁵⁴⁵ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 88.

⁵⁴⁶ DURAN (İdare Hukuku...), s. 339.

⁵⁴⁷ DİD, E.1990/94, K. 1990/109, KT. 28.06.1990; TAN (Kamu Hizmeti...), s. 316, dipnot. 28.

⁵⁴⁸ “Sözleşme tasarısına göre, ... Ücretlerin tahsilinde Bakanlık Vakfa yardımcı olmayı kabul ettiği gibi; sistemin verimli çalışması için gerekli hasta sayısını da garanti etmektedir.”; TAN (Kamu Hizmeti...), s. 316.

⁵⁴⁹ DİİK, E.1990/90, K. 1990/73, KT. 25.10.1990; TAN (Kamu Hizmeti...), s. 317.

3.Kamusal Olanaklardan Yararlanma Hakkı

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde, imtiyaz sahibinin yararlandığı kamusal olanaklardan en çok karşılaşılanları; lehine kamulaştırma yapılmasını isteme, bazı vergilerden muafiyet ya da kamu mallarından yararlanma imkanlarıdır.

Gölan, kamu hizmetinin görülüş usullerine ilişkin idari sözleşmelerde, özel hukuk kişisinin kamu mallarından yararlanmaya da ihtiyaç duyabileceğini ve bu ihtiyacın ise söz konusu idari sözleşmeyle, ruhsatla ya da ayrı bir sözleşmeyle yapılacak tahsis sonucu karşılanmış olabileceğini belirtmektedir⁵⁵⁰. Böylelikle, kamu mallarından yararlanmak için mutlaka bir kanun hükmüne gerek olmadığı kabul edilmektedir.

Lehe kamulaştırma⁵⁵¹ işlemi ise, bir temel hak olan mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle, bu alanda yapılacak sınırlandırmaların mutlaka kanun hükmüyle yapılması gerekmekte olup; bu hak ve ayrıcalık, 1326 tarihli Kanun'un 2. maddesinde, 3096 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, 3465 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ve 3996 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer almaktadır.

Bu düzenlemelere bakıldığında, kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin idareye ait olduğu, 3465 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 3996 sayılı Kanun'un 10. maddesinde açıkça belirtilmiş; buna karşılık 3465 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 3096 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kamulaştırma bedelinin özel hukuk kişisi tarafından kısmen ya da tamamen ödeneceği hususunun sözleşmede hükme bağlanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte; kamulaştırma bedelinin kim tarafından ödeneceği hakkında, 1326 tarihli Kanun'un 2. maddesinde ve 3096 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, açıkça bu bedelin özel hukuk kişisi tarafından karşılanması gerektiği belirtilmişken; 1326 tarihli Kanun'da ve 3096 sayılı Kanun'da kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin idareye ait olduğu açıkça belirtilmemiştir. Böylelikle, açıkça kanun hükmüyle düzenlenmemiş alanlar, yoruma açık hale gelmiştir.

⁵⁵⁰ GÜLAN (Kamu Mallarından...), s. 219.

⁵⁵¹ Türk hukukunda, özel hukuk kişileri lehine yapılan kamulaştırma hakkında ayrıntılı ilgi için bkz. ATİK ÇOBAN, Ayşegül, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 46-54.

Bu hususta, 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan bir kamulaştırma işlemine ilişkin uyuşmazlık örneğinde; sözleşme hükmüyle taşınmazın Hazine adına tescil edileceği belirlenmiş olmasına rağmen özel hukuk kişinin söz konusu taşınmazı kendi adına tescil ettirmesi üzerine, idare sözleşmeyi feshetmiştir. Danıştay sadece sözleşme hükmüne vurgu yaparak, özel hukuk kişinin sözleşme hükmünü ihlal ettiğine karar vermiş, imtiyaz sözleşmesinde, kamulaştırılan taşınmazın, sözleşmede ya da kanun metninde yer alsa da almasa da, Hazine adına tescil edilmesi gerektiğine ilişkin bir belirleme yapmamıştır⁵⁵².

Oysa; doktrinde haklılıkla savunulmuş⁵⁵³ olduğu gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve benzer nitelik taşıyan idari sözleşmelerde, sözleşmenin özel hukuk kişisi tarafına, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme hakkı tanınmasının tek sebebi kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesi olduğundan, kamulaştırma işleminin bedeli özel hukuk kişisi tarafından ödense de, kamulaştırılan taşınmazın idare adına tescil edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, lehe kamulaştırma işleminin kamu yararı amacını aşar nitelikte sonuçlara sebep olma ihtimali gündeme gelebilecektir.

Bu sebeplerle; özel hukuk kişinin lehine kamulaştırma yapılmasını isteme ayrıcalığı ve bu ayrıcalığın kullanımı hususunda, imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen mevzuat hükümlerinde farklı yöntemler benimsenmiş olmasa da; söz konusu mevzuat hükümlerinin bir kısmı yoruma açık olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, idarenin üstün kamu gücünün en çok hissedildiği alanlardan biri olan kamulaştırma işlemi alanında, mevzuattaki düzenlemelerin açıkça ve çelişkileri ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmesi, kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşmelerdeki sınırsız kullanımının engellenmesine önemli bir katkı sağlayabilecektir.

Uygulamada Danıştay'ın, lehe kamulaştırılması istenen taşınmazın mutlaka sözleşme konusu kamu hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan bir taşınmaz mal olması ve mutlaka kanundaki düzenlemeye göre kamulaştırma

⁵⁵² D13D, E. 2005/5390, K. 2005/2879, KT. 31.05.2005; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 13. 04. 2019.

⁵⁵³ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 86.

işleminin yapılması gerektiği⁵⁵⁴ ve 3096 sayılı Kanun'a göre yapılmış olan görev sözleşmesi, Danıştay incelemesinden geçmemiş olduğu için, imtiyaz sözleşmesi sayılamayacağı gerekçesiyle, sözleşmenin uygulanmasında, görevli şirket lehine kamulaştırma yapma olanağı bulunmadığı⁵⁵⁵ yönünde kararları bulunmaktadır. Bu kararlardan ilkinde Danıştay, lehe kamulaştırma işleminin amacından sapmaması gerektiğini, ikincisinde ise, 3096 sayılı Kanun'da tanınmış olan lehe kamulaştırma olanağının, ancak geçerli bir imtiyaz sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.

İmtiyaz sahibine, sözleşme hükmüyle, sözleşmenin uygulanması sırasında bazı vergi ve harçlardan muafiyet tanınması da mümkündür⁵⁵⁶. Bununla birlikte, 1982 Anayasası'na göre; söz konusu muafiyetin tanınabilmesi için bu hususta mutlaka bir kanun hükmünün ya da kanunun belirttiği sınırlar dahilinde ve yetki verilmişse Cumhurbaşkanı tarafından yapılmış bir işlem bulunması gerekmektedir⁵⁵⁷.

Bu ayrıcalık; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin günümüzde değişime uğramış şekillerine ilişkin mevzuat hükümlerinde de yer almaktadır. Örneğin; 3996 sayılı Kanun'un 12. maddesinde böyle bir muafiyet düzenlenmiştir ve Danıştay 7. Dairesi, bu muafiyetin imtiyaz sözleşmesini devralan şirket için de geçerli olacağına karar vermiştir⁵⁵⁸.

III. İDARİ SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDE KAMU GÜCÜ AYRICALIĞI: SÖZLEŞMENİN İDARE TARAFINDAN TEK TARAFLI OLARAK FESHEDİLMESİ

İdari sözleşmenin sona ermesinde, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalığı, tek taraflı fesih yetkisidir. Ancak; idari sözleşmeyi sona erdiren tek taraflı fesih

⁵⁵⁴ D1D, E.1996/51, K. 1996/89, KT. 07.05.1996; emsal. danistay. uyap. gov.tr;e.t.08.08.2017.

⁵⁵⁵ İDDK, E.1996/79, K. 1996/83, KT. 03.10.1996; emsal. danistay. uyap. gov.tr;e.t.08.08.2017.

⁵⁵⁶ D1DD, E. 1937/199, K. 1938/727, KT. 31.03.1938, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 6.

⁵⁵⁷ 1982 AY-.md.73: “...Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.”

⁵⁵⁸ D7D, E. 1998/154, K. 1999/1936, KT.06.05.1999; emsal. danistay. uyap. gov.tr;e.t.08.08.2017.

yetkisinin tek bir kullanım şekli söz konusu olmayıp, bunlar, hüküm ve sonuçları itibariyle birbirinden ayrılmaktadır.

Ayrıca; idare tek taraflı fesih yetkisini, özel hukuk sözleşmelerinde de kullanabilmekte⁵⁵⁹ olduğundan, tek taraflı fesih yetkisinin anlaşılabilmesindeki karmaşa bir kat daha artmaktadır.

Bu karmaşanın, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından ilke kararı olarak kabul edilen 26.02.1935 tarihli karardan itibaren var olduğunu söylemek çok da yanlış olmayacaktır.

26.02.1935 tarihli ilke kararına konu uyuşmazlıkta, imtiyazcı şirket sözleşme konusu olan tramvay hatlarının inşaatı işini tamamlamamış ve idare de imtiyazcı tarafa ait iki sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmiştir. İmtiyazcı şirket, tramvay hatlarının inşaatına başlayamamasına sebep olarak, belediyenin gerekli kamulaştırmaları yapmamış olmasını ve bu durumda sözleşme konusunun yapılması için imkansızlık durumunun söz konusu olduğunu göstermiş⁵⁶⁰ olsa da; Danıştay, sözleşme konusu kamu hizmetinin imtiyazcı tarafından yerine getirilmemesinin sebebi ne olursa olsun, sözleşmenin hükümsüz hale geleceğini belirterek, idarenin tek taraflı fesih işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir: “...her imtiyazlı âmme hizmeti mukavelesinin aktindeki gaye âmme hizmetinin muntazam ve daimî surette işlemesi olmakla bu gaye, her ne sebeple olursa olsun hasıl olmadığı takdirde mukavele zaten hükümsüz kalır. Hizmetin yapılmış olması için ileri sürülebilecek sebepler mukavelelerin bu hükümsüzlüğünü izaleye müessir olmaz. Zira mukavele bizzat bu hizmetin ifası için vücutte getirilmiş bulunmaktadır...”⁵⁶¹. Danıştay’ın bu kararda, “hükümsüz” kavramını kullanması ve sözleşme konusunun ifa edilememesinin sebebi imkansızlık olsa dahi, bunun sözleşmenin hükümsüzlüğünü ortadan kaldırmayacağını kabul etmesi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu

⁵⁵⁹ “... taraflar arasında kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılmayan ve kamu gücü kullanılmayan özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan sözleşmenin feshine ilişkin davanın...”; D10D, E.2004/8794, K.2005 /7874,KT. 19.12.2005; (Yayımlanmamıştır).

⁵⁶⁰ OSTEN, s. 36.

⁵⁶¹ OSTEN, s. 40.

hizmeti ile sıkı bağına açıklamak adına oldukça önemli bir yaklaşım olsa da, Danıştay'ın bu kararına konu uyuşmazlıkta kullanmış olduğu tek taraflı fesih yetkisinin raşa yetkisini mi yoksa imtiyazın ıskatı yetkisini mi kapsadığı anlaşılammaktadır. Zira; hükümsüzlük kavramından bahsedilmiş olması ve tazminata hükmedilmemiş olması karşısında, bunun imtiyazın ıskatı olduğu düşünülebilse de; imtiyazcının kusurundan hiçbir şekilde bahsedilmediği ve idarenin her koşulda bu yetkiyi kullanabileceği belirtildiği için bu kez raşa yetkisi kapsamında olduğu da düşünülebilir hale gelmektedir. Zira; Danıştay hem her ne sebeple olursa olsun, sözleşme konusunun ifa edilmemiş olmasının sözleşmeyi hükümsüz hale getireceğinden bahsetmiş, hem de tazminata ilişkin hiçbir açıklama yapmayarak, aslında idarenin gerekli kamulaştırmaları yapmaması sebebiyle sözleşme yükümlülüğünü yerine getirememiş taraf açısından raşa yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek olan bir yetkiye dönüşmüş olan fesih yetkisi de kararda söz konusu edilmemiştir.

Aynı zamanda, eğer bu şartlar altında sözleşmenin hükümsüz olduğu Danıştay'ca kabul ediliyorsa, bu durumda idare tarafından kullanılmış olan tek taraflı fesih iradesinin de teknik anlamda bir fesih işlemi değil, hükümsüzlüğü tespit eden bir idari işlem olacağı açıktır. Bunun yanında, tramvay hatlarının inşa edilmemiş olmasında, imtiyaz sahibinin kusurunun bulunması da ihtimal dahilindedir, zira idare imtiyaz sahibi şirketin kusursuz olduğu iddialarını kabul etmemektedir. Ancak, Danıştay tarafların kusura ilişkin iddialarını değerlendirme kapsamına almamıştır. Sonuç olarak, bu kararda idarenin tek taraflı fesih yetkisiyle ilgili olarak ortaya çıkan tek sonuç, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin, sözleşme konusu kamu hizmetinin yerine getirilemediği her durumda, bir mahkeme kararına gerek olmaksızın sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmek yetkisine sahip olduğu kabul edilerek, aslında raşa hükümlerinden bahsedilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, raşa yetkisinin kullanımı, imtiyazcı tarafın tüm zararlarının da tazminini gerektirdiği halde, buna ilişkin hiçbir açıklama yapılmamış olması, imtiyazcı tarafın talebinin sadece tek taraflı fesih işleminin iptaline yönelik olması ve fakat tazminat talebini içermemesi olarak açıklanabilir.

Tüm idari sözleşmeler açısından idarenin haiz olduğu kabul edilen tek taraflı fesih yetkisinin kullanım şartlarının belirlenmiş olduğu genel kuralların mevcut olmadığı, yakın tarihli ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle hiçbir benzerlik taşımayan idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar incelendiğinde de anlaşılmaktadır.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari sözleşme niteliğinde kabul ettiği hibe sözleşmelerine konu uyuşmazlıklar idarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme işlemine yönelik olduklarından, idarenin idari sözleşmelerdeki tek taraflı fesih yetkisinin oldukça geniş bir uygulama olarak kabul edildiği yönündeki tespit doğrulanmaktadır. Bununla birlikte, uyuşmazlığı çözümlen söz konusu kararlardan tek taraflı fesih yetkisinin idarece kullanımına yönelik tespitler yapabilmek oldukça zordur.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 20.02.2017 tarihli kararında hibe sözleşmesinin idari niteliği hem mevzuatta hem de sözleşmede yer alan hükümlerin idare lehine kamu gücü ayrıcalıkları tanımış olması temelinde belirlenmiştir. Bu kararda yer alan kamu gücü ayrıcalıkları arasında idarenin tek taraflı fesih yetkisi de sayılmış ve uyuşmazlık konusu sözleşmeyi düzenleyen mevzuat hükmünde idarenin tek taraflı fesih yetkisini kullanabileceği haller belirtilmiş, sözleşme hükmünde de idareye herhangi bir bildirimde bulunmaksızın tek taraflı fesih yetkisi tanınmıştır. Burada önemli olan; mevzuattaki düzenlemede idarenin fesih yetkisi, sözleşmecinin tarafın kusurlu bir davranışına dayanmaktayken, sözleşme hükmünde yer alan fesih yetkisinde kusur şartının aranmamış olmasıdır⁵⁶². Her ne kadar, Uyuşmazlık Mahkemesi, sözleşmede yer alan fesih yetkisinin raşa yetkisi ile arasındaki benzerlik ya da farklılığa ilişkin bir çözümlen yapmamış olsa da, bu yetkinin, idareye sözleşmecinin tarafın kusuru olmasa da kullanılabilir bir yetki şeklinde tanınmış olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Aynı konu ile ilgili olarak, Danıştay 10. Dairesi'nin vermiş olduğu kararda da, idarece kullanılmış olan tek taraflı fesih yetkisinin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, bu kararda sözleşme hükmündeki düzenlemeye de yer

⁵⁶² UYM, E.2016/461, K.2017/6, KT.20.02.2017; UYM, E. 2017/2, K.2017/74, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

verilmemiştir. Dolayısıyla; tüm idari sözleşmeler açısından tek taraflı fesih yetkisinin sadece sözleşmeci tarafın kusuru halinde mi, yoksa her halde mi kullanılabilmesine ilişkin kesin bir yargıya ulaşabilmek mümkün olamamaktadır⁵⁶³.

Ancak yukarıda açıklanan kararlar, sadece genel idari sözleşme kuramının bütün idari sözleşmeleri kapsayacak şekilde günümüzde mevzuat hükümlerinde ve yargı kararlarında da kabul edilmekte olduğunu ortaya koyuyor olsa da, bu yetkilerin dayanakları ve sınırlarının tam olarak anlaşılmasını sağlayacak içtihat birliğinden söz etmek olanaksızdır.

İdari hizmet sözleşmelerinde idarenin tek taraflı fesih yetkisini kullanabilmesinin ise, diğer idari sözleşme türlerinden çok daha sınırlandırılmış bir yetki olması gerekliliği sebebiyle, idari hizmet sözleşmelerinde idarenin tek taraflı fesih yetkisine ilişkin açıklamalar, daha çok aşağıda, tek taraflı fesih yetkisinin sınırları başlığı altında yapılacaktır⁵⁶⁴.

A.SÖZLEŞMECİ TARAFIN KUSURU SEBEBİYLE TEK TARAFLI FESİH YETKİSİ

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi içinde imtiyazın düşürülmesi/ıskatı olarak adlandırılan bu yetki; idarenin sözleşmede *ağır kusuru* bulunan taraf hakkında uygulayabileceği, bunun sonunda söz konusu tarafa tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı ve imtiyazcı tarafın da imtiyaz sözleşmesinden doğan bütün haklarını kaybedeceği kabul edilen⁵⁶⁵ tek taraflı fesih yetkisidir.

Sözleşmecinin ağır kusuru halinde idarenin tek taraflı fesih yetkisinin kullanımı, aynı zamanda bir yaptırım türü olarak da kabul edilmektedir. Bu yaptırımın uygulanması için sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunmasının zorunlu olmadığı da kabul edildiğinden; ikili bir ayrıma gidilerek, sözleşme hükmüyle

⁵⁶³ “...Kamu gücüne dayalı bir sözleşme olan IPARD fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmenin İdare Hukuku'na tabi bir idari sözleşme olduğu ve dolayısı ile dava konusu IPARD fonlarının tahsisine ilişkin sözleşmenin feshinden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün İdari Yargı'nın görev alanına girdiği sonucuna varılmıştır ...”; D10D, E. 2015/392, K. 2016/4296, KT. 05.12.2016; (Yayımlanmamıştır)

⁵⁶⁴ Bkz. s. 218-222.

⁵⁶⁵ ONAR (C.III), s. 1598; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 75.

idareye bu yönde yetki tanınmışsa, idarenin imtiyazı düşürme yaptırımını uygulayabileceği, bu yönde yetki tanınmamışsa, ancak mahkeme kararı ile imtiyazın düşürülebileceği idare hukuku doktrininde kabul edildiği gibi⁵⁶⁶; doktrinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmede bu yetkinin düzenlenmiş olup olmadığı konu edilmeksizin, idarenin tek taraflı fesih yetkisini ancak mahkemede dava konusu ederek kullanabileceğini kabul eden ve imtiyazcının kusuru olsa dahi, idari yargıda sözleşmenin feshinin talep edilmesi gerektiği yönünde görüşler⁵⁶⁷ de bulunmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin güncel halini teşkil eden idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda ise, “*ağır kusur*” değil sadece “*kusur*” kavramı irdelenmiştir. Danıştay 13. Dairesi, idare tarafından imtiyaz sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedilmesi işleminin hukuka uygunluğunu, hem 3096 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri, hem de sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan hükümleri göz önünde bulundurarak değerlendirmiştir⁵⁶⁸. Bu karardan da anlaşıldığı gibi; bir kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini içeren idari sözleşmelerin idarece tek taraflı olarak feshedilmesinin bir sonucu olarak, kamu hizmetinin kesintisiz şekilde sunulmaya devam edilmesi gerekeceğinden, aynı zamanda işletmeye el koyma yaptırımını da birlikte uygulanmaktadır. İncelenen uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idarece yapılan tek taraflı fesih işleminin iptali için açılmış olup, bir sözleşme davası şeklinde görülmemiş olduğu için, bunun sonucunda karşı tarafın tazminata hak kazanmış olup olmadığı hususu, söz konusu kararda tartışılmamıştır. Bununla birlikte; uyuşmazlık konusu sözleşmenin, “*Bakanlığın yukarıda belirtilen yazılı uyarısına ve geçici olarak aldığı önlemlere rağmen, Şirket, işlerini tamamen ihmal eder, umumun emniyet ve سلامتini bozacak hallerin tekrarına veya devamına meydan verirse, Bakanlık işletmeye elkoymak ve sözleşmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir. Şirket bu durumda Bakanlıktan hiçbir ödeme ve tazminat talebinde bulunamaz*”, hükmü söz konusu kararda zikredilmiş olduğundan; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin klasik şeklinde açıklanan imtiyazın düşürülmesi yönteminin,

⁵⁶⁶ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 75-76; MEWETT, s. 229.

⁵⁶⁷ GÖZLER (C.II), s. 440; Aynı yönde görüş için bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1344.

⁵⁶⁸ D13D, E.2005/5390, K. 2005/2879, KT. 31.05.2005; emsal.danistay.uyap.gov.tr;e.t.08.08.2017.

kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin güncel görünüm şekillerinde de devam ettiği yönünde bir karineye ulaşmak mümkün olmaktadır.

Bu karineyi, ilgili mevzuat hükümleri de desteklemektedir. Zira; 3096 sayılı Kanun'da da, 3465 sayılı Kanun'da da, idarenin tek taraflı fesih yetkisi düzenlenmiştir.

3096 sayılı Kanun'un 8. maddesi, görevli şirketin acze düşmesi ya da sözleşme hükümlerini ihlal etmesi durumunda, idarenin sözleşmeyi süresinden önce feshedebileceğini hüküm altına almış, sona ermenin sonuçları hakkındaki düzenlemeyi sözleşme hükümlerine bırakmıştır. Böylelikle; 3096 sayılı Kanun, "sözleşme şartlarının ihlali" ifadesi ile, bu fesih yetkisinin görevli şirketin kusuru durumunda kullanılabilir bir yetki olduğunu kabul etmiş, tazminat ödenip ödenmeyeceği hususunu ise sözleşme hükümlerine bırakmıştır.

3465 sayılı Kanun 6. maddesi ile, görevin sona ermesi ile ilgili olarak, 3096 sayılı Kanun'daki esasları benimsemiş, aynı zamanda 2014 yılında eklenen 5/A maddesi ile, sözleşmenin uygulanmasında fesih hususunda 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür⁵⁶⁹. 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesi ve bu maddenin gönderme yaptığı 25. maddesi hükümleri incelendiğinde, idarenin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği durumların, görevli şirkete kusur olarak atfedilebilecek durumlar olarak kabul edilebileceği görülmektedir⁵⁷⁰.

Günümüzde de yürürlükte olan bu hükümlerden ortaya çıkan sonuç, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar'a tabi sözleşmelerde, idarenin tek taraflı fesih yetkisinin mevzuatla da kabul edilmiş olduğudur.

Dolayısıyla; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin klasik şeklinde, imtiyazın düşürülmesi adını taşıyan bu tür tek taraflı fesih yetkisinin her ne kadar aynı isimle,

⁵⁶⁹ 3465 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde kabul edilmiştir ve salt bu kanunda, sözleşmenin feshine ilişkin olarak 4735 sayılı Kanun hükümlerine atıf yapılmış olması, söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılmasını gerektirmemektedir. Bu hususta, idari sözleşmelerde özel hukuk hükümlerinin uygulanabilirliği hakkında açıklama için bkz. s. 145-146.

⁵⁷⁰ Örnek için bkz. 4735 sayılı Kanun- md. 25/d) : "Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek"

diğer tüm idari sözleşmeler için uygulanabilir bir yöntem olmadığı açık olsa da; bu yöntemin içeriğinde bulunan “kusur” ve “kusurlu tarafa tazminat ödenmemesi” kavramları ışığında; sözleşmeci tarafın kusuru halinde idarenin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme yetkisini haiz olması, genel olarak tüm idari sözleşme türleri açısından kabul edilebilir nitelik taşımaktadır.

B.SÖZLEŞMECİ TARAFIN KUSURU OLMAKSIZIN TEK TARAFLI FESİH YETKİSİ

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı tarafın kusuru olmaksızın, idarenin sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak feshedebileceğine ilişkin genel kabul, idarenin raşa yetkisiyle açıklanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde raşa yetkisi, idarenin kamu yararına her zaman kullanılabilceği tek taraflı fesih⁵⁷¹ yetkisi olup, sonuçları itibariyle imtiyazın düşürülmesi ya da sözleşmecinin kusuru sebebiyle tek taraflı fesih yetkisinden oldukça farklı bir yetkidir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşme hükümlerinde yer verilse de, yer verilirse de, bu yetkiye, idare tarafından hizmetin örgütlenmesinde ve işleyişinde değişiklik yapmak amacıyla başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bu yetkinin kullanımı ile de, sözleşme sona ermekte ve fakat imtiyazcı tarafın uğramış olduğu zarar idarece tazmin edilmektedir⁵⁷².

Onar, idari sözleşmelerde idarenin tek taraflı fesih yetkisinin doğal olarak bulunduğunu, idarenin takdir yetkisini kullanarak idari sözleşmeyi her zaman sonlandırabileceğini, zira idari sözleşmenin idari bir tasarrufla oluştuğunu ve idarenin tek taraflı feshinin de, söz konusu idari tasarruflun geri alınmasından ibaret olduğunu belirtmiştir. Bu durumda, özel hukuk kişinin zararının tazminat ödenmek suretiyle karşılanması gerektiğini ve fakat özel hukuk kişinin tazminat hakkına

⁵⁷¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 533-534.

⁵⁷² ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 95-96.

sahip oluşunun, idarenin tek taraflı fesih yetkisini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir⁵⁷³.

Duran, Fransız hukukunda idarenin tek taraflı fesih yetkisinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde mahkemeye başvuru suretiyle kullanılabilir, diğer idari sözleşmelerde ise her zaman tek taraflı olarak kullanılabilir bir yetki olduğunun kabul edildiğini; Türk hukukunda ise, doktrin ve doktrini takip eden içtihatlarda- Kutucuoğlu kararındaki farklı yaklaşıma kadar- bu yetkinin her zaman tek taraflı olarak kullanılabilir bir yetki olduğunun kabul edildiğini belirtmiştir⁵⁷⁴.

Gözler; idari sözleşmelerde bu konuda hüküm olsa da olmasa da idarenin takdir yetkisine dayanarak tek taraflı fesih yetkisine sahip olduğunu, idarenin de, kamu düzenine ilişkin bir yetki olması sebebiyle, bu yetkiyi kullanmaktan vazgeçemeyeceğini ve burada kastedilen tek taraflı fesih yetkisinin sadece “*hizmet yararına fesih*”i kapsadığını, sözleşmecinin kusuru sebebiyle tek taraflı feshi kapsamadığını belirtmiştir⁵⁷⁵.

Ancak; idarenin, tüm idari sözleşmeler açısından ve her koşulda, tamamen takdir yetkisine dayanarak idari sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceğini kabul etmek, uygulamada bu yetkinin kötüye kullanılabilmesine neden olabilecek niteliktedir. Kaldı ki; özellikle tek taraflı fesih yetkisinin, idari işlemin geri alınmasına benzetilmesi⁵⁷⁶ durumunda, idari işlemin geri alınmasına ilişkin Danıştay kararları dikkate alındığında; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından dahi olsa, bu yetkinin her zaman kullanılabilir bir yetki olarak genelleştirilmesi önemli bir yaklaşım hatasıdır. Bu doğrultuda; idarenin sadece hukuka aykırı işlemlerini geri alabileceği göz önüne alındığında, tek taraflı fesih yetkisini de belki idari işlemin kaldırılmasına benzetmek daha doğru olabilecektir. Ayrıca; idare, aynen tek taraflı değişiklik yetkisinin kullanımında olduğu gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, raşa yoluyla sözleşmeyi sona erdirirken de mutlaka sözleşmenin

⁵⁷³ ONAR (C.III), s. 1598.

⁵⁷⁴ DURAN (İdari Mukaveleler...), s. 444-445.

⁵⁷⁵ GÖZLER (C.II), s. 171-172.

⁵⁷⁶ ONAR (C.III), s. 1598.

sona ermesindeki kamu yararını gösterebilmelidir. Zira; sözleşme konusu hizmetten yararlananlar da raşa yoluyla sözleşmenin sona ermesinden etkilenmektedirler.

Böylelikle; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde raşa yetkisi, kural olarak, kamu hizmetinin gerçek sorumlusu olan idarenin doğal olarak sahip olduğu bir yetki olarak kabul edilse de, bu yetkinin sadece kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı doğrultusunda kullanılabilen bir yetki olduğu hususunun altının çizilmesi, kamu hizmeti, kamu yararı ve imtiyazcı tarafın bireysel yararı açısından zorunludur.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile birebir aynı nitelikleri taşımamalarına rağmen; kamu hizmetinin sözleşmeli yöntemlerle özel hukuk kişileri tarafından gördürülmesi yöntemlerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili içtihatlar incelendiğinde, raşa yetkisinin tüm idari sözleşmeler açısından geçerli olamayacak, idari sözleşmeler alanında sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine özgü bir yöntem olduğu hususu daha net anlaşılmaktadır.

İdarenin raşa yetkisi, Fenerler İdaresi'nin taraf olduğu müşterek emanet sözleşmesi açısından Hakem Heyeti'nin 20.12.1937 tarihli kararında⁵⁷⁷ tartışılmıştır. Bu uyuşmazlıkta, sözleşme hükmü gereğince talep edilen tazminatın, raşa usulünde kamu hizmeti imtiyazcısına verilecek tazminat olmadığı hususu açıkça belirtilmiştir. Zira; uyuşmazlık konusu sözleşmenin 7. maddesi hükmü şu şekildedir: “*İmtiyaz müddetinin hitamına kaç sene kalırsa kalsın, iki taraf arasında kararlaştırılacak tazminatın Hükümet tarafından tediye veya temin edilmesi suretiyle bu işin Hükümet tarafından deruhte edileceği ve tazminat miktarında uyuşulmaz ise bunun hakem yolile tesbit olunacağı*”. Görüldüğü gibi; bu hüküm, idareye özgü bir yetki olan raşa yetkisinin aksine, sözleşmenin her iki tarafına da, kusur şartı aranmaksızın ve tazminat ödemek suretiyle, her zaman sözleşmeyi sona erdirmek yetkisi tanımaktadır. Bu karara konu sözleşme hükmü, çok açık şekilde idarenin raşa

⁵⁷⁷ “Fenerler İdaresi imtiyazlarına verilecek tazminat miktarı menfaati müşterek rejî tarzında bir iş gören bir müteşebbise verilecek bir tazminattan ibaret olmak lâzım gelir. Esasen hâdiseye tatbik olunan 1879 mukavelesinin 7 inci maddesi de bir âmme hizmeti imtiyazının Rachat'sından bahsetmemekte, istenildiği zaman ve peşinen ve tazminat verilmek suretile Hükümetin hususî şahıslar elinde bulunan “Fenerler İdaresini deruhte etmek hak ve selâhiyetini haiz” olduğunu tasrih ederek bu rejî mahiyetini tebarüz ettirmektedir.”; OSTEN, s. 42-46.

yetkisinden bahsetmemekle birlikte, hakem heyeti kararında kamu hizmeti imtiyazı ile müşterek emanet arasındaki fark ortaya konarak, üstü kapalı şekilde raşa yetkisinin de kamu hizmeti imtiyazına özgülünen bir yöntem olduğu hüküm altına alınmış olduğundan; raşa yetkisinin tüm idari sözleşmelere uygulanabilecek bir kamu gücü ayrıcalığı olmadığı yönünde önemli bir adım atılmıştır.

Maden işletme imtiyazları açısından da, idarenin raşa yetkisi, hem 21.06.1979 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında, hem de doktrinde tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi maden işletme imtiyazı ile ilgili olarak vermiş olduğu söz konusu kararında, idari sözleşmelerin idare tarafından her zaman tek taraflı olarak feshedilebileceğini kabul etmiş olmakla birlikte, bir kanun hükmü olmaksızın raşa yetkisinin, maden işletme imtiyazlarında kullanılamayacağını ve iptali istenen kanun hükmünün de bu sebeple getirilmiş olduğunu belirtmiştir⁵⁷⁸. Anayasa Mahkemesi'nin raşa yetkisinin, tüm idari sözleşmelere mutlak şekilde uygulanamayacağı yönündeki bu kararı, yukarıdaki hakem heyeti kararı ile büyük ölçüde uyumludur. Bilgen de, söz konusu yargı kararına ilişkin açıklamalarda bulunduğu çalışmasında, maden işletme imtiyazı kamu hizmeti imtiyazı olmadığından ve raşa usulü de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir usul olduğundan, bu yetkinin maden işletme imtiyazlarında kullanılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir⁵⁷⁹.

Orman işletme imtiyaz sözleşmesi açısından ise, raşa yetkisi kapsamında bir yetkinin kullanılmış olduğunu söylemek mümkündür⁵⁸⁰.

Sonuç olarak; idarenin, tüm idari sözleşmelerde ve her koşulda tek taraflı fesih yetkisini haiz olduğu kabul edilemez bir yaklaşımdır. Tek taraflı fesih yetkisinin kullanımına ilişkin sınırlar, aşağıda inceleneceği üzere, özellikle idari hizmet

⁵⁷⁸ AYM, E. 1979/1, K.1979/30, KT.21.06.1979; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.17, 2. Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991.

⁵⁷⁹ BİLGİN (Kamu Hizmeti...), s. 116.

⁵⁸⁰ “...Davacı şirketin, imtiyazını haiz olduğu Zingal, Zindan ve Çangal Ormanlarındaki bircümle tesisatına el konmak suretiyle işletmenin Devlet fonksiyonları arasına alınması âmm kanunlarından bulunan Millî Korunma Kanununun verdiği yetkiye binaen Koordinasyon Heyeti kararıyla vukubulmuş ve bu tesisat için takdir edilen tazminat dahi koordinasyon kararı unvaniyle tezahür eden aynı idari tasarrufun hukuki bir neticesi bulunmuştur ...”; UYM, E. 1946/25, K.1946/11, KT.05.07.1946, RGT. 06.08.1946, RGS.6378; www.resmigazete.gov.tr; et.03.10.2017.

sözleşmelerinin tek taraflı feshine ilişkin uyuşmazlıklarda, yargı organı tarafından kabul edilmiştir.

IV.İDARİ SÖZLEŞMELERDE KAMU GÜCÜ AYRICALIKLARININ SINIRLANDIRILMASI

İdari sözleşmelerde, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılması, sözleşmenin karşı tarafının bireysel yararları ile sözleşme konusu hizmetten yararlananların bireysel yararları açısından ayrı incelemeye tabi tutmak gerekmektedir.

Bu doğrultuda; genel idari sözleşme kuramı sadece sözleşmenin mali dengesinin sağlanması suretiyle sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişinin bireysel yararı ile sözleşme ilişkisinden umulan kamu yararı arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Türk hukukunda ise, kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan idari sözleşmelerde hizmetten yararlananlar açısından iptal davası açma olanağı da kabul edilerek, genel olarak kamu gücü ayrıcalıklarının olası olumsuz sonuçları üzerinde daha etkin bir yargılama yapılabilmesi sağlanmıştır.

İdari sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasına yönelik olarak; mevzuattaki düzenlemelerde, içtihatlarda ve doktrinde önemli değerlendirmeler bulunmaktadır.

A.İDARİ SÖZLEŞMENİN KARŞI TARAFI OLAN ÖZEL HUKUK KİŞİSİNİN BİREYSEL YARARININ KORUNMASI AÇISINDAN

Özel hukuk kişinin, idare ile idari sözleşme ilişkisi içine girmesi buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, özel hukuk kişisi açısından özel hukuk sözleşmelerinden daha ağır sonuçlara sebep olabilecek niteliktedir. İdare, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapacağı idari sözleşmelerde kesin olarak kamu yararını amaçlamaktadır ve özel hukuk kişinin bireysel yararı ile kamu yararı karşılaştığı takdirde, kamu yararının üstün sayılması gerekeceği, idare hukukunun genel kurallarından biridir. İdare açısından durum böyle olmakla birlikte, özel hukuk kişinin bireysel yararlarının da göz ardı edilmemesi, idarenin sözleşme yapmak

iradesinin bir sonucu olarak, özel hukuk kişinin mümkün olduğunca korunması ve sözleşme ilişkisinden beklentilerinin karşılanması gerekmektedir.

Bu hususta, kabul edilmiş belli idare hukuku ilkeleri bulunmakta olsa da, bu usulün de kanunda açıkça belirtilmiş olmasının hakkaniyete aykırı uygulamaların mümkün olduğunca önüne geçeceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

1.Mevzuat Hükümleri İle Sınırlandırma

Günümüzde klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak, mevzuat hükümleri ile bir sınırlama getirilmemiş olsa da, kamu hizmetinin güncel halini teşkil eden idari sözleşmelere ilişkin mevzuat hükümlerinde bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Örneğin; 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesinin sebep unsurunun, “*sözleşmeci tarafın acze düşmesi ya da sözleşme şartlarını ihlal etmiş olması*” olduğunu belirtmiş olduklarından; idarenin bu sözleşmelerde her koşulda tek taraflı fesih yetkisini kullanamayacağını söylemek mümkündür.

İdari hizmet sözleşmeleri ile ilgili olarak ise Anayasa'nın 128. maddesi ile getirilmiş olan hüküm doğrultusunda şekillenen mevzuat hükümleri, önemli sınırlamalar içermektedir. Örneğin; her ne kadar yaptırım uygulama yetkisi, idari sözleşmelerde doğal olarak var olduğu kabul edilen bir yetki olsa da, idari hizmet sözleşmeli personelin özlük haklarını düzenleyen mevzuat hükümleri, idarenin yaptırım uygulama yetkisi açısından en önemli sınırı oluşturmaktadır.

Bu şekildeki sınırlara, idarenin diğer sözleşmeleri açısından da yer verildiği görülmekte olup mevzuat hükümleri ile kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılması, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi adına oldukça önemli olsa da, bu hususta genel nitelikli bir mevzuat hükmü bulunmadığı için, mevzuatla sınırlama açısından verilecek örnekler de, her idari sözleşme türüne ait mevzuat hükümlerine göre değişeceğinden, genel bilgilere ulaşabilmek açısından anlamlı değildir.

Bu sebeple; idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasına yönelik olarak, içtihatlar ve doktrindeki görüşler daha genel sonuçlara ulaşmayı sağlamaktadır.

2.İçtihatlarla ve Doktrinde Yer Alan Görüşlerle Ortaya Konan İlkelerle Sınırlandırma

a.Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Uygulanma Usulleri İle İlgili Sınırlar

aa. Denetim, Gözetim ve Talimat Verme Yetkisinin Sınırları

İdarenin denetim ve gözetim yetkisi ile bu yetkinin kullanımının bir sonucu olarak talimat verme yetkisinin, kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan idari sözleşmeler açısından tam bir geçerliliği bulunup, yetkinin varlığı hususunda herhangi bir tartışma olmasa da; bu yetkinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde dahi, hiyerarşik denetim sınırlarına ulaşmaması gerektiği, idare hukuku doktrinde ifade edilmiştir⁵⁸¹.

Böylelikle, idarenin denetim yetkisini kullanabilmesi adına, mevzuatta ya da sözleşmede denetime ilişkin bir hüküm bulunmasına gerek olmadığı genel kabul gören görüş olsa da, idarenin kullanacağı denetim yetkisinin kapsamının ve sınırlarının yer aldığı bir mevzuat hükmü, kanuni idare ilkesi gereğince mutlaka bulunmalı ve idare yapacağı denetimin hukuki dayanağını gösterebilmelidir. Aksi durum; idareden beklenen etkin denetimin amacında sapmalara yol açma potansiyeline sahiptir. Zira; denetim, gözetim ve talimat verme yetkisi, bir yandan idari sözleşme ilişkisinden beklenen kamu yararının gerçekleşmesi için oldukça önemli bir yetki, diğer yandan idarenin, sözleşme ilişkisinde haiz olduğu diğer kamu gücü ayrıcalıklarını kullanabilmesinin somut verilerine ulaşma yöntemidir.

bb. Yaptırım Uygulama Yetkisinin Sınırları

İdari yaptırımlar, sözleşmenin uygulanması ile ilgili olsa dahi, son tahlilde idari ceza alanına dair birer idari işlem olduklarından; yaptırım uygulama yetkisinin mümkün olduğunca sınırlanmış bir yetki olması gerekmektedir.

Doktrinde de, her ne kadar, sözleşmede idarenin yaptırım uygulama yetkisine yer verilmese dahi, idarenin bu yetkiyi haiz olduğu kabul edilmekle birlikte; idarenin

⁵⁸¹ ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 76.

özel hukuk kişisini uyararak ya da savunmasını almak⁵⁸² gibi belli usul kurallarını uygulamak suretiyle yaptırım uygulama yetkisini kullanması gerektiği ifade edilmek⁵⁸³ ve idarenin sözleşmede ya da kanunda belirtilmeyen bir yaptırımı uygulama yetkisinin olduğunu kabul etmenin yanılısamaya sebep olacağı belirtilmek⁵⁸⁴ suretiyle, bu hususa dikkat çekilmiştir.

Konusu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olan Danıştay 8. Dairesi'nin 11.01.1966 tarihli kararında da bu hususun altı çizilmiştir. Danıştay, sözkonusu uyuşmazlıkta, imtiyazcı taraf hakkında, idare tarafından savunması alınmaksızın uygulanan para cezasının iptaline karar vermiş ve gerekçe olarak da idari yaptırımların uygulanmasından önce ilgilisinin savunmasının alınmasının hukukun ana ilkelerinden olduğunu belirtmiştir⁵⁸⁵.

Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2005 tarihli kararında da, GSM imtiyaz sözleşmesi ile hizmet sunan şirket hakkında uygulanan idari para cezası, bu cezanın dayanağı olan ve idare tarafından tek taraflı hazırlanmış olan "hüküm ve şartlar" Danıştay tarafından iptal edilmiş olduğu için, hukuka aykırı görülerek, iptal edilmiş⁵⁸⁶ ve böylelikle idare tarafından uygulanan yaptırımın mutlaka bir dayanağının olması gerekliliği vurgulanmıştır.

İdari sözleşmelerde idarenin yaptırım uygulama yetkisindeki bu hassasiyet, idari hizmet sözleşmeleri sözkonusu olduğunda daha belirgin hale gelmektedir. İdare, idari hizmet sözleşmesinin uygulanması sırasında da, disiplinin sağlanması amacıyla kamu gücüne dayanarak personeli hakkında yaptırım kararı alabilir. Ancak, bu durumda yaptırıma sebep olan fiilin ve bu fiil karşılığı uygulanacak olan yaptırımın

⁵⁸² İdari cezalarda, ilgilinin savunmasının alınması gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; ULUSOY (İdari Yaptırım...), s. 50-65.

⁵⁸³ GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 533.

⁵⁸⁴ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 69.

⁵⁸⁵ D8D, E.1965/933, K.1966/44, KT.11.01.1966; Danıştay Kararlar Dergisi, Y. 23, S.100-101-102.

⁵⁸⁶ D13D, E. 2005/1716, K.2005/5892, KT. 13.12.2005; emsal. danistay. uyap.gov.tr; e.t. 07. 12. 2017.

mutlaka mevzuatta düzenlenmiş olması gerekmektedir⁵⁸⁷. Zira; diğer kamu gücü ayrıcalıklarından farklı olarak, idari hizmet sözleşmelerinde idarenin yaptırım uygulama yetkisi, bir disiplin işlemi olduğu için disiplin hukukuna ilişkin bütün idare hukuku kurallarının, idari hizmet sözleşmesi ile çalışan personel açısından da uygulanması gerekmektedir.

Yine, içtihatlarda idari hizmet sözleşmeli personel hakkında disiplin yaptırımı uygulanmadan önce, usulüne uygun bir disiplin soruşturması yapılması⁵⁸⁸ ve usulüne uygun bir şekilde savunma hakkı tanınmış olması gerektiği de hüküm altına alınmaktadır⁵⁸⁹. Kaldı ki, idari hizmet sözleşmesi ile çalışan kamu görevlilerine, savunma hakkı tanınmadığı sürece disiplin cezası verilemeyecek olması, anayasal bir gerekliliktir⁵⁹⁰ ve içtihatlarda da söz konusu anayasal hüküm gerekçe olarak gösterilmektedir.

Böylelikle; idari hizmet sözleşmelerinde, idarenin yaptırım uygulama yetkisi açısından kanunilik ilkesine sıkı bir şekilde bağlı olması gerektiğini ve içtihatlarda da bu yönde bir kabul olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari sözleşme olarak kabul etmiş olduğu hibe sözleşmelerine ilişkin kararı; her ne kadar, göreve ilişkin bir karar olsa da, bu karardan yola çıkarak idarenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ya da idari hizmet sözleşmesine benzemeyen idari sözleşmelerinde yaptırım uygulama yetkisinin kullanımının sınırına ilişkin belli bir fikir edinmek mümkün olmaktadır. Zira; hem söz konusu karara konu uyuşmazlık sözleşmenin tek taraflı feshine ve teminatın irat kaydedilmesi yaptırımına yöneliktir, hem de kararda sözleşmeyi düzenleyen mevzuat ve sözleşme hükümlerine yer verilmiştir.

⁵⁸⁷ D8D, E.2007/1207, K.2008/1829, KT.11.03.2008, Danıştay Dergisi, S.118; D5D, E. 1953/1056, K. 1954/809, KT. 09.03.1954, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 64-65.

⁵⁸⁸ D12D, E. 2014/6656, K.2015/672, KT.25.02.2015; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2018.

⁵⁸⁹ D12D, E.2007/1614, K.2010/1439, KT.15.03.2010, Danıştay Dergisi, S.124.

⁵⁹⁰ AY-md. 129/2: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”

Bu kararda, teminatın irat kaydedilmesi yaptırımının hukuki dayanağına yer verilmemiş olsa da; kararının tümündeki çözümlenmelerde yer alan 2018/9 sayılı Tebliğ'in "*Hibe sözleşmelerinde teminat alınması*" başlıklı 40. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, "*Hibe sözleşmesinin, sözleşmede yer alan nedenlerle fesih edilmesi halinde teminat mektubu veya hesapta bulunan meblağ Hazine adına irat kaydedilir.*", hükmü idarenin uygulamış olduğu teminatın irat kaydedilmesi yaptırımının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Sözleşmenin idarece tek taraflı feshini düzenleyen 14. maddesi hükmünde ise, sözleşmenin hangi nedenlerle tek taraflı feshedileceği, sınırları belli bir şekilde düzenlenmemiştir. Böylelikle; söz konusu sözleşmeye ilişkin mevzuatta teminatın irat kaydedilmesi yaptırımı, sözleşmenin feshedilmesi şartına bağlanmış olsa da, sözleşme hükmüyle, tek taraflı fesih hususunda idareye tanınmış olan geniş takdir yetkisi, mevzuatla getirilen sınırlamayı ortadan kaldırır nitelik taşımaktadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda; idarenin mevzuat ya da sözleşme hükmünde yer almasa da yaptırım uygulama yetkisini haiz olduğuna ilişkin genel kabul, tüm idari sözleşmeler açısından geçerli nitelik taşımadığı gibi, bunu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için dahi mutlak olarak kabul etmenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı ortada olup, yaptırım uygulama yetkisi mümkün olduğunca kanuni düzenlemelerle sınırlandırılmalı, kanunda düzenleme olmayan hallerde ise, idari yaptırımlara ilişkin usul kurallarına idare tarafından riayet edilmelidir.

cc. Tek Taraflı Değişiklik Yetkisinin Sınırları

aaa. Kamu Yararı ve Hizmetin Gerekleri

İdare, tek taraflı değişiklik yetkisini, öncelikle, kamu yararı amacıyla kullanabilir ve bu doğrultuda sözleşme hükümlerinde değişiklik yaratan tek taraflı işlemiyle amaçlanan kamu yararının neden ibaret olduğunu, her somut olayda gösterebilmelidir.

Conseil d'Etat, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisiyle amaçladığı kamu yararını gösteremediğı durumlarda, bu değişikliklere uymayan sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmediğine karar vermiştir⁵⁹¹.

Danıştay da, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisini sadece kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda⁵⁹² kullanabileceğine karar vererek, bu amacı taşımayan ve sözleşmede tek taraflı değişiklik yapan işlemleri hukuka aykırı bulmaktadır⁵⁹³.

bbb. Sözleşmenin Akdi Hükümlerinde Tek Taraflı Değişiklik Yapılamaması

İkinci olarak; idare tek taraflı değişiklik yetkisini, sözleşmenin sadece düzenleyici işlem niteliğindeki hükümlerinde kullanabilir⁵⁹⁴ ve akdi hükümlerinde kullanamaz. Kaldı ki; sözleşmenin düzenleyici işlem niteliğindeki hükümlerinde kullanabileceğı kabul edilen tek taraflı değişiklik yetkisi, sözleşmenin tümüne etki ederek sözleşmenin mali dengesini bozacak şekilde kullanılamaz⁵⁹⁵. Böyle bir durumda, özel hukuk kişisi, idareden zararının tazmin edilmesini⁵⁹⁶ ya da sözleşmenin feshini isteme hakkına sahiptir⁵⁹⁷.

Bununla birlikte, 2886 sayılı Kanun'un 63. maddesi hükmünün⁵⁹⁸, 2886 sayılı Kanun'a göre yapılmış ve yapım işlerine ilişkin idari sözleşmelerde⁵⁹⁹, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisini kullanabilecek olmasının, idari sözleşmelerde idarenin

⁵⁹¹ MEWETT, s. 227.

⁵⁹² D13D, E.2005/6586, K. 2007/693, KT. 13.02.2007; emsal. danistay. uyap. gov.tr; e.t. 20. 11. 2017.

⁵⁹³ D13D, E.2007/1056, K. 2009/7041, KT. 23.06.2009; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 20. 11. 2017.

⁵⁹⁴ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 70; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 76.

⁵⁹⁵ GÖZLER (C.II), s. 170; TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 76.

⁵⁹⁶ TEKİNSOY (İdari Sözleşme Rejimi...), s. 76, 77; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 532-533.

⁵⁹⁷ GÖZLER (C.II), s. 170.

⁵⁹⁸ 2886 sayılı Kanun md. 63: "Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin % 30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür".

⁵⁹⁹ Yapım sözleşmelerinin, idari sözleşme niteliğinde de yapılabileceğı hususundaki açıklamalar için bkz. s. 110-114.

sözleşmenin akdi hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapamayacağı kuralının istisnasını oluşturduğunu belirtmek gerekmektedir.

İdari Dava Daireleri Kurulu da, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile ilgili olarak vermiş olduğu 16.09.2009 tarihli kararında⁶⁰⁰, tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin sınırlarını açıklamış ve bu yetkinin sadece sözleşmenin düzenleyici hükümlerinde kullanılabileceğini belirtmiştir. Bu kararda, idarenin sözleşme konusu tarifede yapmış olduğu ve vergi kanunlarındaki değişikliğin tarifeye yansıtılmasına ilişkin tek taraflı değişikliklerin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu kararda aynı zamanda sözleşme hükümleri de incelenmiştir. Karara konu olan olayda, sözleşme hükmüyle; şirketin yatırım programında değişiklik yapılması durumunda, idareye tarifede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Danıştay, yatırım programında yapılan değişiklikte imtiyazcı şirketin kusuru olmaması sebebiyle, tarifede yapılan değişikliğin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yine; imtiyaz sözleşmesinde, imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı tarihten sonra, mevzuatta meydana gelecek ve tarafları etkileyen değişikliklerin tarifeye de yansıtılacağını öngören hükme rağmen, sözleşme imzalanmadan önce yürürlüğe girmiş olan mevzuat değişikliğinin tarifeye yansıtılmış olmasına ilişkin işlemin de hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Danıştay, mevzuattaki değişiklikten, özel olarak kanun değişikliğinin dikkate alınması gerektiğini, kanundan sonra idarenin iç işleyişinde önemli olan tebliğin mevzuat değişikliği olarak görülemeyeceği hususunun da altını çizerek, mevzuat değişikliği sonucu idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisine, sözleşme hükmüyle sınır getirilebileceğini belirtmiştir.

Danıştay 13. Dairesi, GSM imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili 12.03.2015 tarihli yürütmenin durdurulması kararlarında; yapılan kanun değişikliğinin ardından, idare tarafından tek taraflı olarak alınan ve imtiyaz sözleşmesini etkileyen kararını, tek taraflı değişiklik yetkisinin, kanun değişikliğinin sözleşmeye uygulanması niteliği

⁶⁰⁰ İDDK, E.2009/1533, K. 2009/1729, KT. 16.09.2009; emsal.danistay.uyap.gov.tr;e.t.25.09.2017.

taşısa dahi, sözleşmenin dengesini bozacak şekilde uygulanamayacağı gerekçesiyle, hukuka aykırı bulmuştur⁶⁰¹.

dd. Tek Taraflı Fesih Yetkisinin Sınırları

Tek taraflı fesih yetkisi ile ilgili olarak içtihatlarla getirilmiş olan sınırlar; en çok idari hizmet sözleşmeleri açısından söz konusu olmuştur.

İdare, personelinin kusuru sebebiyle tek taraflı fesih yetkisini idari hizmet sözleşmelerinde de kullanmaktadır⁶⁰². İdari hizmet sözleşmelerinin tek taraflı feshi ile ilgili olarak, mevzuatta da düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin; 4924 sayılı Kanun⁶⁰³'un 7. maddesinde, hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin hükümler düzenlenmiş, sözleşmeli personele de tek taraflı fesih yetkisi tanınmış, hatta idarenin tek taraflı fesih yetkisi, sözleşmeli personele göre daha sınırlı bir yetki olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte; bu hüküm çerçevesinde idarenin sözleşmeyi tek taraflı fesih yetkisini kullanabileceği durumlar sayılmış olmakla, bu durumlar hem sözleşmeli personele kusur olarak atfedilebilecek durumları, hem de kusuru olmadığı durumları kapsamaktadır. Bu doğrultuda, idarenin tek taraflı fesih yetkisini kullanacağı durumlarda, tek taraflı fesih iradesini kullanmadan bir ay önce yazılı ihbarda bulunması ve fesih gerekçesini bildirmesi gerektiği, mevzuatla idarenin tek taraflı fesih yetkisine getirilmiş bir sınırdır. Ayrıca, idarenin tek taraflı fesih yetkisini kullanabileceği durumlar tek tek sayılmış olduğundan, bu haller dışındaki bir sebeple sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesi hukuka aykırı sayılabilecektir. Sözleşmeli personel ise, iki ay önceden yazılı ihbarda bulunmak şartıyla ve fakat gerekçe belirtmeksizin tek taraflı fesih yetkisini her zaman kullanma yetkisini haizdir.

⁶⁰¹ “... İmtiyaz Sözleşmesi'nin imzalandığı tarihten sonra yürürlüğe giren kanun hükümlerinin, davacı şirketin edimini, yatırım planlarını ve sonucu itibarıyla sözleşmenin dengesini bozacak bir şekilde, davalı idare tarafından tek taraflı olarak ve kamu gücü kullanılmak suretiyle İmtiyaz Sözleşmesi'ne uygulanmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır...”; D13D, E.2014/4996, KT.12.03.2015; E.2014/5159, KT.12.03.2015, E.2014/4931, KT.12.03.2015 tarihli YD kararı; (Yayımlanmamıştır).

⁶⁰² İdari hizmet sözleşmesinin idare tarafından feshedilmesinden doğan uyuşmazlık örnekleri için bkz; D8D, E.2005/1337, K.2005/4464, KT.28.10.2005, Danıştay Dergisi, S.11; D11D, E.2006/9345, K.2007/6043, KT.15.06.2007, Danıştay Dergisi, S.116.

⁶⁰³ Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılmasına İlişkin Kanun, RGT. 24.07.2003, RGS. 25178.

İdari hizmet sözleşmeli personelin kamu görevlisi sayılmasına bağlı olarak, Anayasa'nın 128. maddesi hükümlerine tabi olması sebebiyle, idari hizmet sözleşmesini sona erdiren tek taraflı fesih yetkisinin kullanımına ilişkin koşulların kanun hükmüyle düzenlenmesinin anayasal bir zorunluluk olduğunu söylemek gerekir.

Buna bağlı olarak; idari hizmet sözleşmeleri ile ilgili içtihatlar incelendiğinde, yargı kararlarının da bu doğrultuda verilmiş olduğunu ve personelin kusuru olmaksızın idari hizmet sözleşmesinin feshedilmesinin genel olarak kabul edilmemiş olduğunu, hatta süresi biten idari hizmet sözleşmesinin yenilenmemesi durumunun bile tek taraflı fesih yetkisi kapsamında değerlendirilmiş olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Danıştay 8. Dairesi'nin 15.01.1964 tarihli kararı, devlet tiyatrosu sanatçısının sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin iptal edilmesine ilişkin olup, bu karar, idarenin sözleşmenin yenilenmemesi suretiyle sözleşmeye son vermesine ilişkin olarak kullanacağı kamu gücü ayrıcalığını önemli ölçüde sınırlar niteliktedir⁶⁰⁴. Danıştay, bu uyuşmazlıkta idarenin, sözleşmenin yenilenmemesine yönelik işleminin iptaline, böylece idari hizmet sözleşmesinin devamına, ayrıca davacıya tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Süresi biten idari hizmet sözleşmesinin yenilenmemesi suretiyle, personelin görevine son verilmesinin tamamen idarenin takdir yetkisine dayanarak kullanılacak bir kamu gücü ayrıcalığı olamayacağı, 04.07.1964 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ile de hüküm altına alınarak, Danıştay 5. Dairesi'nin kararıyla, Danıştay 8. Dairesi'nin kararı, Danıştay 8. Dairesi'nin kararı doğrultusunda birleştirilmiştir⁶⁰⁵. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında; Danıştay, süresi dolmuş olan idari hizmet sözleşmesinin idare tarafından

⁶⁰⁴ “...Esasen devlet tiyatrosu kuruluşu hakkındaki kanunun âmir hükmü karşısında idarenin yenilemeye mecbur olduğu davacıya ait sözleşmeyi yenilemiyorum demeye yetkisi yoktur...”; D8D, E. 1963/9879, K. 1964/121, KT. 15.01.1964, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 93-94.

⁶⁰⁵ “...Bu sebeplere binaen hizmeti, mukavele süresi ile mukayyet geçici bir hizmet olarak kabule ve sanatkâra “Hizmetin sona ermiştir idare seni alıp almamakta muhtardır” demeye mevzuat ve hukuk esasları muvacehesinde imkân yoktur...”; DİBGK, E. 1964/674, K.1964/344, KT.04.07.1964, RGT.05.05.1965, RGS.11990, www.resmigazete.gov.tr; e.t. 26.10.2017.

yenilenmemesi işlemini, sözleşmenin idarece tek taraflı feshedilmesi olarak görerek yorum yapmıştır. Bu doğrultuda; öncelikle, idari hizmet sözleşmesi hükümlerini de incelemiş ve sözleşmede hangi hallerde sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilebileceğinin yazılı olduğunu, bu sebepler dışında bir sebeple idari hizmet sözleşmesine son verilecek ise, bu durumda idarenin mutlaka dayandığı sebepleri göstermesi ve bu işlemin kamu yararı amacına uygunluğunu ispatlaması gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay 11. Dairesi, idari hizmet sözleşmesi yenilenmemek suretiyle görevine tazminat ödenmeksizin son verilmiş olan yabancı uyruklu öğretim görevlisinin açmış olduğu tam yargı davasına ilişkin kararında, mevzuatta, Bakanlar Kurulu kararında ya da sözleşmede yer almasa dahi, idari hizmet sözleşmeli personelin tazminata hak kazanmış olacağına karar vermiştir⁶⁰⁶.

Böylelikle; devlet tiyatrosu sanatçıları ile idare arasında akdedilmiş olan idari hizmet sözleşmelerinde ve diğer idari hizmet sözleşmelerinde idarenin tek taraflı fesih hakkını mutlak bir şekilde kullanma hakkı olmadığına altı çizilerek, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi çerçevesinde şekillenmiş olan klasik idari sözleşme anlayışındaki tek taraflı fesih yetkisinin kullanımı önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır.

Zira; Türk hukukunda idarenin idari sözleşmeleri her zaman tek taraflı feshedebileceği, genel kabul gören görüş⁶⁰⁷ olmasına ve içtihatlarda bu yetki idari sözleşmelerde, sözleşme hükmünde yer alsa da almasa da, idarenin kullanmaya yetkili olduğu bir kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul edilmesine rağmen, idari hizmet sözleşmelerine ilişkin verilmiş olan bu kararlar oldukça önemlidir.

Bununla birlikte, aksi yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay 12. Dairesi, 31.01.2017 tarihli kararı ile, sözleşmeli personelin sözleşme süresinin dolmasının ardından sözleşmesinin yenilenmemiş olmasının idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay'ın bu

⁶⁰⁶ D11D, E. 2010/4718, K.2010/11636, KT.27.12.2010; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2018.

⁶⁰⁷ DURAN (İdari Mukaveleler...), s. 437.

kararına konu uyuşmazlıkta yenilememe işleminin iptaline karar veren ilk derece mahkemesinin gerekçeleri ise, yerleşik içtihatlarla daha uyumludur. İlk derece mahkemesi, idari hizmet sözleşmesinde, sözleşmenin hangi hallerde tek taraflı olarak feshedileceğinin açıkça yazdığını ve bu sebeplerden hiçbirinin oluşmadığını, ayrıca sözleşmeli personelin sözleşmenin yenilenmesi hususunda haklı beklentisinin bulunduğunu ve idareyi sözleşmenin yenilenmemesine ilişkin iradesini kullanmaya iten somut verilerin dosyaya sunulmamış olduğunu belirterek, yenilememe işleminin iptaline karar vermiştir⁶⁰⁸.

Diğer idari sözleşmelerle karşılaştırıldığında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine oldukça benzer nitelik taşıyan, müşterek emanet sözleşmesi ve maden işletme sözleşmelerine ilişkin yukarıda yapılmış olan açıklamalar⁶⁰⁹ doğrultusunda; tüm idari sözleşmeler açısından ve özellikle idari hizmet sözleşmelerinde, idarenin, kanun ya da sözleşme hükümleriyle yetkilendirilmemiş olduğu durumlarda, kayıtsız şartsız tek taraflı fesih yetkisini haiz olmaması ve her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği kuşkusuzdur.

Fransa’da da, son yargı kararları ile, tek taraflı fesih yetkisinin artık kural değil, istisnai bir nitelik kazanmış olduğu doktrinde dile getirilmiştir. Conseil d’Etat’nın 27.02.2015 tarihli kararına konu uyuşmazlık, iki kamu tüzel kişisi arasında imzalanmış olan idari bir sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesine ilişkindir. Bu kararda, her koşulda geçerli olduğu kabul edilen tek taraflı fesih hakkının, ancak sözleşmenin ekonomik dengesinin bozulması ya da konusunun kalmaması gibi bir kamu yararı sebebiyle kullanılabilceğinin altı çizilerek, bu yetkinin sınırsız bir yetki olmadığı hüküm altına alınmıştır⁶¹⁰.

Sonuç olarak; tüm idari sözleşmelerde idarenin mutlak bir tek taraflı fesih yetkisi bulunduğu kabul edilemez bir yaklaşımdır. Bu yetkinin, en fazla, *“idarenin kamu hizmetinin asli sahibi olduğu kabulünden hareketle sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin yeni görünüm şekilleri*

⁶⁰⁸ D12D, E.2016/8868, K.2017/66, KT.31.01.2017; www. hukukturk. com;e.t.10.08.2017.

⁶⁰⁹ Bkz. s.209-210.

⁶¹⁰ KAPLAN, s. 21.

açısından ve sadece kamu hizmetinin gereği gibi ifa edilmesini sağlayabilmek amacıyla” kullanılabilecek bir yetki olduğu söylenebilse de, bu durum açısından da kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu kuşkusuzdur.

b.Sözleşmeci Tarafın Zararının Karşılanması Suretiyle Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması

İdarenin, idari sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasının ikinci yönü, idarenin sorumluluğuna ilişkin temel idare hukuku kuralları doğrultusunda ve özel hukuk kişinin söz konusu tek taraflı işlemlerden doğan zararlarının giderilmesi⁶¹¹ suretiyle, kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasıdır.

Bu doğrultuda, idarenin, idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarını kullandığı durumlarda, özel hukuk kişinin uğradığı zararları “*mali denge*” ilkesi gereğince karşılaması gerektiği ve bu noktada özel hukuk kişinin, özel hukuk sözleşmelerinde mevcut olmayan bazı imkanlara sahip bulunduğu genel idari sözleşme kuramının kabul ettiği ilkelerden biri olup, Türk hukukunda da bu ilke kabul edilmektedir⁶¹².

Bu ilke, *fait du prince* ve emprevizyon kuramı adı verilmiş olan iki kuramdan temellenmekte ve bu kuramlar, farklı görüşlerle de olsa, Türk idare hukuku doktrini tarafından kabul edilmektedir. Ayrıca, her iki kuramın da Türk hukukunda, anayasal

⁶¹¹ Kamu gücünün sınırlandırılmasına yönelik görüşlerden ferdiyetçi doktrin, her ne kadar pek çok açıdan eleştiriye tabi tutulmuş olsa da, kamu gücünün sınırlandırılması başlığı altında “*Devletin Organlarının Mesuliyeti*” ni de kabul etmektedir. Bu hususta, Zabunoğlu, şunları söylemiştir: “*Yasama organı gibi, yürütme ve yargı erklerinin de, üstün hukuk kaidesine ya da anayasaya aykırı hiçbir tasarrufta bulunamayacakları farzolanmakta, Devlet, hukukun ihlâline yolaçan herhangi bir idarî ya da kazaî tasarrufun iptâli için bir mekanizma bulmakla görevli sayılmaktadır; aynı gerekten dolayı, hukuku ihlâl eder nitelikte hareket eden Devlet memurlarının sorumluluklarını ortaya koymak, bundan bir zarar doğmuşsa bunun tazmini yollarını belirtmekle de Devlet görevli sayılmaktadır; bunlara, idarenin sözleşmelerden dolayı sorumluluğunu da ilâve etmek yerinde olur. Belirtilen sorumluluk çeşitleri, aslında ferdin üstün ve tabii haklarının korunması için düşünülmektedir ve bunlar birlikte, “idarenin sorumluluğu” başlığı altında, idare hukukunun çok önemli bir kesimini teşkil etmektedirler. Devlet’in organlarının sorumluluğunu belirten ya da teknik adı ile “idarenin sorumluluğu”nu ortaya koyan kuruluşların, kanun yollarının mevcudiyeti ile, kişi hakları da bir başka çeşit etkili inancaya kavuşmuş olmaktadır; böylece, fert hakları, Devlet kudretinin karşısına daha etkili sınır noktaları olarak çıkabilmektedir.”; ZABUNOĞLU, s. 91.*

⁶¹² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1342.

bir hükümle temel kazanmış olduğunu belirtmek gerekmektedir. İdarenin her türlü eylem ve işleminden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirten Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrası hükmü ışığında; idari sözleşmelerde de, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak yapmış olduğu tek taraflı işlemlerinden dolayı sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişisine vereceği zararları tazmin etmesi gerekeceği açıktır.

Bununla birlikte; idarenin tek taraflı işlemi ile sözleşmenin mali dengesini bozmuş olduğu durumlarda, hangi kuramın uygulanacağı hususunda doktrinde tek bir görüş bulunmamaktadır. Türk yargı içtihatları da, bu kuramların uygulanma esaslarına ilişkin temelleri belirleyecek düzeyde karara imza atmamışlardır.

Dolayısıyla, bu kısımda açıklanacak olanlar çoğunlukla doktrinde yer alan görüşlere ilişkindir.

aa.Fait Du Prince Kuramı

Fait Du Prince kuramı gereğince, idari sözleşmenin tarafı olan idarenin yapmış olduğu tek taraflı işlem sonucunda, sözleşmenin mali dengesi özel hukuk kişisi aleyhine bozulmuşsa, özel hukuk kişisinin ortaya çıkan tüm zararının idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte; sözleşmenin mali dengesini bozan idari işlemi, idarenin hangi sıfatı ile yapmış olması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş; söz konusu idari işlemin idarenin idari sözleşmenin tarafı ya da başka bir sıfatıyla yapılmış olması durumunda, fait du prince kuramının uygulama alanı bulabileceğini kabul etmekten⁶¹³; diğer görüş, bu kuramın uygulanabilmesi için,

⁶¹³ Onar , bu kuramın, sözleşmenin tarafı olan idarenin kusurlu ya da kusursuz tek taraflı idari işlemi ile sözleşmenin mali dengesini bozduğu durumlarda, uygulama alanı bulabileceğini ve bu kuram doğrultusunda, idarenin özel hukuk kişisinin ortaya çıkan zararı ile yoksun kaldığı karını tazmin etmesi gerekeceğini kabul etmiştir; ONAR (C.III), s. 1634; Duran, idarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmecî tarafın yükümlülüklerini değiştirmiş olduğu her durumda, bu kuramın mutlak surette uygulandığını belirtmiştir; DURAN (İdare Hukuku), s. 443; Mewett de, bu kuramın, idarenin sözleşmenin tarafı sıfatıyla ya da başka bir sıfatla tek taraflı değişiklik yetkisini kullanması sonucunda, özel hukuk kişisinin, idari sözleşmenin imzalanması aşamasında öngöremediği yükümlülük artışının ortaya çıkması durumunda bu kuramın uygulama alanı bulabileceğini belirtmiştir; MEWETT, s. 232; Öztürk, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz konusu kamu hizmetinin örgütlenmesinde ve işleyişinde idare tarafından tek taraflı değişiklik yetkisinin kullanılması sonucu, imtiyaz sahibinin borçlarının sözleşmede

sözleşmenin mali dengesini bozan idari işlemin, idarenin idari sözleşmenin tarafı olma sıfatı dışındaki bir sıfatıyla yapılmış olması gerektiğini kabul etmektedir⁶¹⁴.

Böylelikle; birinci görüş, idari sözleşmenin tarafı olan idarenin her türlü işlemi ile sözleşmenin mali dengesinin bozulması durumunu fait du prince kuramının uygulama alanına sokarak, özel hukuk kişinin ortaya çıkan tüm zararının karşılanmasını ve böylelikle bireysel yarar ile kamu yararı arasında ortaya çıkan dengesizliğin ortadan kaldırılmasını sağlayan oldukça kapsamlı bir koruma getirmekte ve idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu kamu gücü ayrıcalığı da, sınırlanmış olmaktadır.

Bununla birlikte; ikinci görüş, idarenin sözleşmeden doğan yetkilerini kullanması suretiyle mali dengeyi bozması durumunu korumasız bırakmamakta ve idarenin kusuruyla sebep olduğu zararların genel hükümlere göre tazmin edilebileceği; idarenin kamu yararı amacıyla sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirmesi ya da tek taraflı olarak feshetmesi gibi idarenin kusursuz olduğu durumlarda da özel hukuk kişisine tazminat ödeme sorumluluğu bulunduğunu⁶¹⁵ ya da bu durumda öngörülemezlik kuramının uygulanabileceğini⁶¹⁶ belirtmektedir.

Ancak; idarenin, kusurlu ya da kusursuz, sözleşmeden doğan ya da sözleşme dışı, tek taraflı iradesi ile kamu gücü ayrıcalığı kullandığı her durumun bu kuram çerçevesinde tazmin edilmesine yönelik olan birinci görüşün, yargı içtihatlarında da yaygın bir şekilde kullanılarak geliştirilmesinin, Türk hukukunda idari sözleşmeler alanına katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

Böylelikle, idari sözleşmelerin tümünde, idarenin tek taraflı değişiklik yetkisini kullanması sonucu uğranılan zararın idare tarafından tazmini, bu kuram doğrultusunda açıklanabilir nitelik taşımaktadır.

öngörülemeyecek şekilde ağırlaşması durumunda, ortaya çıkan zararların tümünün fait du prince ilkesi gereğince tazmin edilebileceğini belirtmiştir; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 921-92.

⁶¹⁴ GÖZLER (C.II), s. 181; Aynı yönde görüş için bkz; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 536; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 553.

⁶¹⁵ GÖZLER (C.II), s. 157.

⁶¹⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 553.

bb. Emprevizyon (İmprevisiion/ Öngörülemezlik) Kuramı

Emprevizyon kuramı, Türk hukukunda adli yargı uyuşmazlıklarında çokça anılmakta ve günümüzde, bu ilke özel hukuk sözleşmelerinde oldukça fazla uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca; 6098 sayılı Kanun'da, "Aşırı İfa Güçlüğü" başlığı altında bir düzenlemeye de yer verilmiştir⁶¹⁷. Bu düzenleme, idare hukukunda kabul edilmiş olan emprevizyon kuramından farklı olmakla birlikte, özel hukuk sözleşmelerinde karşılaşılabilecek aşırı ifa güçlüğü durumuna bir çözüm getirmiş olması dolayısıyla önemlidir.

Türk idare hukuku doktrininde de kabul edilmiş olan bu kuramla ilgili olarak, idari yargı alanında eski tarihli bir karar dışında, bu kurama ilişkin temel değerlendirmeler yapılmamıştır.

Bu sebeple; öncelikle söz konusu eski tarihli kararın incelenmesi faydalı olacaktır.

Danıştay Daavi Daireleri Umumi Heyeti'nin 23.11.1937 tarihli kararına konu uyuşmazlıkta, imtiyazcı şirket, imtiyaz sözleşmesinde emprevizyon kuramı doğrultusunda değişiklik yapılmasını talep etmiş ve bu arada kamu hizmetini ifa etmeyi sonlandırmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta; gerek müddeiumumînin görüşleri, gerek Danıştay kararı bu kuramın Türk yargı organı tarafından anlaşılışına ilişkin önemli tespitler içermektedir. Emprevizyon kuramının Fransa'daki uygulama şekline ilişkin açıklamalar yapan Danıştay müddeiumumî, görüşünde, ilk olarak emprevizyon kuramının sadece karşı tarafa tazminat ödenmesini içerdiğini, sözleşmede değişiklik yapılmasını içermediğini; ayrıca özel hukuk hükümlerinin idari sözleşmelerde uygulanamayacağını belirlemiştir. Danıştay da, bu kararında emprevizyon kuramına ilişkin temel ilkeleri belirlemiştir⁶¹⁸. Buna göre:

⁶¹⁷ Bkz. 6098 sayılı Kanun- md. 138.

⁶¹⁸ Danıştay müddeiumumînin görüşü şu şekildedir: "...kanaatimce burada tetkik edilecek nokta, emprevizyon nazariyesini hadiseye tatbik ederek mukavelenin tadili cihetine gidilmek lâzım gelip gelmeyeceği noktasıdır. Evvelden kesdirilemeyen zarar nazariyesi denebilen bu nazariye bilhassa umumî harbin doğurduğu iktisadî malî buhranların ortaya çıkardığı bir nazariyedir ki, hukukun tevsiiine medar olmaktadır. Fransada doğmuş olan bu nazariyei idarî kaza sahasında, umuru nafia ve âmme hizmeti imtiyazlarına tatbik edilmektedir. Nazariyenin esası,

1-Bu kuram, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, önceden öngörülemeyen olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde uygulanabilir.

2-Kuramın uygulanabilmesi için, önceden öngörülemeyen durumların, imtiyazcının iflası ile sonuçlanacak bir yol teşkil etmiş olması gerekir.

3-Kuramın uygulanmasının amacı, kamu hizmetinin kesintiye uğramaması olduğu için, imtiyazcı içinde bulunduğu ağır şartlar sebebiyle kamu hizmeti sunmayı bırakırsa, bu kuram uygulama alanı bulmaz.

bir mukavele yapıldığı zamanda tahmin edilmesi mümkün olmayan eshabı mücbirenin sonradan baş göstererek mukavelenin icrasına, iktisadî ve malî zorluklar, imkânsızlıklar hasıl eylemesi takdirinde, imtiyazı işletenin sermayeden vaki olacak zararına diğer tarafın âdilâne bir şekilde iştirakini temin suretile mukavelenin bozulan müvazenesini düzeltmekten ibarettir.

Nazariyenin Fransadaki tatbikatı daima tazmin suretile vaki olmakta ve hiçbir zaman idarî mahkeme tarafından idareyi yeni bir akid yapmak veya mevcut bir akdi tadil etmek hususunu icbar için tatbik edilmemektedir. Davacının kanunu medenimizde bu nazariyenin yer bulmuş olduğundan bahsile hadiseye tatbiki suretile mukavelenamenin kazaî müdahale ile tadili caiz olduğu yolundaki iddiasına gelince; burada hukuku âmme mukaveleleriyle hukuku hususiye mukavelelerini tefrik etmek lâzımdır. Diğer kriteriyümlerden sarfinazar, hukuku âmme mukavelelerinin mevzuu âmmeyi alâkadar eden bir âmme hizmeti olduğuna ve âmme hizmetlerinin de müstemirren işleyen inkitaa mütehammil bulunmayan hizmetler bulunduğuna göre, âmme hizmeti mukavelelerinin bu hususiyetleri yalnız tarafeyni alâkadar eden hukuku hususiye mukaveleleri için mevzu olan kanunu medenin bu bapta hükümlerinin hadiseye tatbikine mani teşkil eder. Bu itibarla davacının davasında enprevizyon nazariyesine istinaden tazminat talebinde bulunmayarak hizmeti terk ettikten sonra imtiyaz mukavelesinin tadili yolundaki dileği kabule şayan görülmediğinden..”; Danıştay’ın kararı ise şu şekildedir: “ Filhakika âmme hizmetlerini imtiyaz yolu ile gören imtiyazcıların evvelce derpiş edilmesi mümkün olmayan fevkalâde şerait içinde kaldıkları ve bu yeni şartlarla hizmeti idameleri bunlar için iflâsa müntehi bir yol teşkil ettiği halde kendilerinin hizmete iktidarlarını teminen idarece ittihaz olunacak hattı hareket, âmme hizmetinin meselâ, seferlerin azaltılması gibi imtiyazcı şirketin külfetini tahfif edecek ve halkın zararını mucib olacak surette tadili şeklinde cereyan edemez. Yukarıda yazılan bu gibi bir halin tahakkukunda imtiyazcıların isteyebileceği şey, sadece bu gayri tabii ve gayri muntazar şeraitin zevaline kadar idarece kendilerine tazminat verilmekten ibarettir. Maamafih hakkaniyet esaslarından mülhem olan bu kaidenin tatbiki de ancak imtiyaz sahibinin âmme hizmetini hiçbir vakfeye uğratmaksızın idame etmesi ile meşruttur. Aksine bir hareket, zaten imtiyaz üzerinden feragat manasına mahmul olacağından imtiyazcüyü tazminat istemek hakkından da mahrum eder.

Davacı şirketin istediği ise, tahriri ve şifahî izahattan anlaşıldığı üzere imtiyaz mukavele ve şartnamenin hizmetten müstefid olan halk zararına tadilinden ibarettir. Halbuki yukarıda yazıldığı gibi hiçbir imtiyazcı mukavelesinde aksine sarahat olmadıkça böyle bir talebe mezun tutulamaz. Davacının hizmeti terk etmiş olmasına göre tazminat istemek hususunda da bir mesnedi olamaz.; DDDUH, E. 1937/286, K. 1937/256, KT. 23.11.1937, Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, S. 3, s. 59-60.

4-Bu kuram, sadece, imtiyazcı tarafa içinde bulunduğu olağanüstü durum düzelene kadar, tazminat ödenmesini kapsar⁶¹⁹.

Bununla birlikte; Danıştay, tarafların önceden öngöremediği olağanüstü şartların, mutlaka sözleşmenin tarafı olan idare dışında bir sebeple ortaya çıkması gerekip gerekmediğine ilişkin bir açıklama yapmamıştır.

Danıştay'ın bu kararında vurgulanan bir diğer husus; imtiyazcı tarafından sözleşmede yapılmak istenen değişikliğin, hizmetten yararlananlardan alınacak ücretin artmasına sebep olacağı ve bu durumun hakkaniyete aykırı olacağı yönündedir. Danıştay'ın bu tespiti de aslında, idarenin kamu gücü ayrıcalığının sınırlandırılmasına yönelik oldukça önemli bir tespittir. Zira; sözleşmecinin tarafın tarifedeki değişiklik talebinin idare tarafından kabul edilmesi durumunda idarenin bu değişikliği kamu gücüne dayanarak tek taraflı işlemi ile yapacağı ortadadır ve bu durum sözleşmenin mali dengesini koruma yönünde özel hukuk kişisi lehine bir koruma sağlayacakken, hizmetten yararlananlar açısından zarara sebep olacaktır. Danıştay, bu kararı ile bir yandan kurama ilişkin temel esasları belirlemiş, diğer yandan da sözleşme konusu hizmetten yararlananları etkileyecek şekilde kamu gücü ayrıcalığı kullanımını sınırlandırmış olmaktadır.

Danıştay'ın yukarıdaki eski tarihli kararı doğrultusunda, Türk idare hukuku doktrininde de, emprevizyon kuramı, büyük ölçüde aynı şekilde kabul edilmiştir. Onar, bu kuramın bütün idari sözleşmeler açısından uygulanabilir nitelik taşıdığına, Danıştay tarafından kabul edilmiş olduğunu belirtmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁹ Fransız hukukunda, emprevizyon ilkesi doğrultusunda hakimin sadece tazminat ödenmesine karar verebileceği ve fakat sözleşmenin tadiline karar veremeyeceği doktrinde de belirtilmiştir; ÖZTÜRK (Kamu Hizmeti...), s. 94; Bununla birlikte; emprevizyon ilkesinin sadece tazminat ödenmesini değil, sözleşmede değişiklik yapılmasını da kapsayacağı belirtilerek, kararın bu kısmının hatalı olduğunu belirten doktrin görüşleri de bulunmaktadır; ONAR (C.III), s. 1638; GÖZLER (C.II), s. 183.

⁶²⁰ “Danıştay İkinci umumî harp sırasında istişarî bazı kararları ile bu teorinin diğer idare mukavelelerine de tatbikini tavsiye etmiş ve hükümetçe de bu görüş kabul olunmuştur. Şu suretle imtiyaz mukavelelerinde ortaya çıkan imprevisión teorisi diğer idare mukavelelerinde de tatbiksahası bulmuştur.”; ONAR (C.III), s. 1638.

Bununla birlikte; 1937 tarihli kararın ardından, emprevizyon kuramının adının geçtiği ya da bu kuramın açıklanmış olduğu içtihatlarla ulaşabilmek mümkün olamamıştır⁶²¹.

Doktrinde, bu kuramın, sözleşme kurulurken öngörülmemiş olan ve sözleşmenin tarafı olan idare dışında bir idarenin ya da başka bir devlet organının işlemi ile, sözleşmenin mali dengesinin özel hukuk kişisi aleyhine ve kamu hizmetini sunmasının aşırı derecede güç hale gelecek ve fakat tamamen sunamaz hale getirmeyecek şekilde bozulması durumunda, sözleşmenin tarafı olan idare tarafından ödenecek olan geçici nitelikteki bir tazminatla giderilmesini öngördüğü kabul edilmektedir⁶²². Bu kuram, I. Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkan ağır ekonomik krizin, Fransa'da bir havagazı şirketi ile yapılmış olan imtiyaz sözleşmesinde sözleşmeci özel hukuk kişisinin zararının karşılanması amacıyla Conseil d'Etat tarafından benimsenmiş olsa da, kuramın uygulama alanı oldukça geniştir ve günümüzde, başka öngörülemez olaylar hakkında uygulanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu kuram, ilk bakışta, idari sözleşmenin tarafı olan idarenin bir işleminden kaynaklanmadığı için, idarenin kullanacağı kamu gücü ayrıcalığını sınırlandırıcı etkisi olan bir kuram olarak gözükmemekte ve doktrinde genel olarak, bu kuramın sözleşmenin tarafları dışındaki bir etkenin sözleşmenin mali dengesini bozması durumunda kullanılabileceği kabul edilmektedir. Kaldı ki; baskın görüş bu yönde olsa da, idarenin sözleşme ilişkisine atfedilen bir işleminin mali dengeyi bozması durumunda öngörülemezlik kuramının uygulanabileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁶²³.

⁶²¹ Feyzioğlu, 1947 yılında yapmış olduğu çalışmasında, bunun sebebi olarak; Türk hukukunda idari sözleşme olarak kabul edilen davaların Fransa'ya göre daha az olmasını göstermiştir: “...bizde yalnız imtiyaz sözleşmelerinden doğan ihtilâflar idari kazaya intikal etmektedir. İaşe, levazım ve nafia taahhütleri dolayısıyla çıkan dâvalara ise adliye mahkemeleri bakmaktadır. Bu bakımdan, emprevizyon nazariyesinin Danıştay tarafından tatbiki imkânları, Fransa'dakine nispetle mahduttur.”; FEYZİOĞLU, Turhan, İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947, s. 30-31.

⁶²² GÖZLER (C.II), s. 184-189; GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.I), s. 536-537; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 553-554.

⁶²³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA (İdare Hukuku...), s. 553.

Ayrıca; özel hukuk kişinin idari sözleşme ilişkisini sürdüremeyecek derecede zarara uğradığı öngörülemeyen olayın karşısında idarenin hareketsiz kalması da kamu gücü ayrıcalığını barındıran bir idari eylem⁶²⁴ olarak kabul edilirse; idarenin bu tutumu, sözleşmenin amacı olan kamu yararının gerçekleşmesinin önünde önemli bir engel oluşturacağından ve bu kuram doğrultusunda özel hukuk kişisine ödenecek olan geçici nitelikte tazminat sözleşmenin tarafı olan idare tarafından ödeneceğinden; bu kuramın dolaylı ve fakat sınırlandırıcı bir etkisi bulunduğu kabul edilebilir. Zira; idari sözleşmelerde taraflar eşit değildir ve bu kuramın, taraflar arasında eşitsizliğe sebep olan kamu gücü ayrıcalıklarının idarece sınırsız bir şekilde kullanılmasının tazminat ödemek şeklinde bir karşılığı olacağını benimseyen yönüyle, tüm idari sözleşmeler açısından, yargı kararlarında daha çok irdelenmesi ve geliştirilmesi gereken bir kuram olduğu kuşkusuzdur.

Bu kuram, idare ile sözleşme ilişkisine girmiş olan ve sözleşme konusu kamu hizmetini kesintisiz olarak devam ettirmekle yükümlü bulunan özel hukuk kişinin - sözleşmenin tarafı olan idarenin eyleminden ya da işleminden kaynaklanmasa da- ortaya çıkan zararının idare tarafından tazmin edilmesine ilişkin olup; taraflar arasındaki eşitsizliğin özel hukuk kişisi aleyhine yaratmış olduğu durumu dengeleyici bir nitelik taşımaktadır.

Ayrıca, emprevizyon kuramı doğrultusunda sözleşmenin tarafı olan idarenin, özel hukuk kişinin zararına belli oranlarda katılması gerekliliğinin, özel hukuk kişinin söz konusu öngörülemeyen olaylar sonucu kamu hizmetini ifa edemeyecek duruma gelmesinin önlenmesi ve böylece kamu hizmetinin devamlılığının sağlanması amacıyla yönelik olduğu⁶²⁵ da doktrinde kabul edilmiş olduğundan, bu kuramın uygulanması ile hizmetten yararlananların da yararları tam olarak sağlanmış olacak ve böylelikle, idari sözleşmelerde idare lehine bozulmuş olan güç dengesi, hem özel hukuk kişisi hem de hizmetten yararlananlar açısından dengelenmiş olacaktır. Bu kuram gereğince, sınırlandırılacağı düşünülen kamu gücü ayrıcalığı, sözleşme ilişkisinde özel hukuk kişinin mahvına sebep olacak

⁶²⁴ İdari eylem kavramı ile ilgili açıklama için bkz.s. 242-243.

⁶²⁵ FEYZİOĞLU, s. 47; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1344.

öngörülemez olay karşısında, idarenin hareketsiz kalmak yönünde kullanmış olduğu kamu gücü ayrıcalığıdır.

Sonuç olarak; fait du prince ve emprevizyon kuramları, idarenin sözleşmeden doğan sorumluluğunun dayandırılabilceği oldukça önemli kuramlardır. Zira; bu kuramlar doğrutusunda, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının tümü sonucu oluşan zararlar tamamen ya da kısmen karşılanabilme olanağına kavuşabilmektedir.

B.ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARARLARININ KORUNMASI AÇISINDAN

Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin idari sözleşmeler, son tahlilde sözleşmenin tarafı olmayan ve fakat sözleşme konusu kamu hizmetlerinden doğrudan ya da dolaylı olarak yararlanacak olan kimseleri yakından ilgilendirmektedir. İdarenin herhangi bir kamu hizmetini idari sözleşme yapmak suretiyle yerine getirme kararı alıp, bu sözleşmelerin uygulanması sırasında başvurduğu ya da başvurmadığı kamu gücü ayrıcalıklarından, hizmetten yararlanan kişilerin olumlu etkilenmeleri söz konusu olabileceği kadar olumsuz etkilenmeleri de söz konusu olabilecektir. İkinci durumda, kamu yararını sağlama amacının gerçekleştiğinden bahsetmek de imkansız hale gelecektir.

İdari sözleşme bakımından, üçüncü kişi ile idare arasındaki ilişki, bir idari işleminden ya da idari sözleşmeden kaynaklanmamaktadır. Bununla birlikte, örneğin; idarenin tarifede yapmış olduğu tek taraflı değişiklik, üçüncü kişinin zararına sebep olabilecektir. Ya da, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin konusu olan hizmetten yararlanan ve hizmetin imtiyazcı tarafından yürütülmesinden memnun olan üçüncü kişilerin, bu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin raşa yetkisi kapsamında sonlandırılması durumunda da hukuki yararlarının zedelenmesinin söz konusu olabileceğini söylemek mümkündür. Ya da, idari hizmet sözleşmesiyle çalışan kamu görevlisinin sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedilmesinin, sözleşme konusu kamu hizmetinden yararlanan üçüncü kişileri etkileme potansiyeli bulunmaktadır.

Türk pozitif hukukundaki düzenlemelere bakıldığında; mevzuatta bu hususta çok fazla bir düzenleme yer almadığı görülmekte olsa da; içtihatlarla belirlenmiş

temel ilkeler ve kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasına ilişkin genel kamu hukuku görüşleri doğrultusunda söylenmesi gerekenler bulunmaktadır. Aslında, mevzuatta özel nitelikte bir düzenleme olmasa da, genel nitelik taşıyan anayasa ve kanun hükümlerinin, bu durumlara uygulanmasına engel bir durum bulunmadığını da belirtmek gerekmektedir.

1.İdari Sözleşmenin Kurulması ve Uygulanması Aşamalarına Üçüncü Kişilerin Katılımının Sağlanması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması

İdari sözleşmeye konu olan hizmetten yararlanacak olanların sözleşmenin yapım aşamasına katılımlarının sağlanması yönündeki kanuni düzenlemeler ve bu hususta ortaya konan içtihatların, idarenin idari sözleşmelerde kullanacağı kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasını sağlayacağı kuşkusuzdur.

Bu hususta; idari sözleşme ilişkisinden etkilenen üçüncü kişiler açısından, sözleşmenin tarafı olan idari makama 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında başvuru yapılabilmesi imkanı bulunduğu kuşkusuz olup, üçüncü kişiler idareye bu şekilde başvurarak, idarenin sözleşmenin kurulmasına, uygulanmasına ya da sona ermesine yönelik işlem yapmasını talep edebilir ve talepleri kabul edilmediği takdirde dava açma haklarını kullanabilirler. Bu genel başvuru usulü dışında, mevzuatta özel nitelikli hükümler de bulunmaktadır.

Mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu⁶²⁶, 5393 Sayılı Belediye Kanunu⁶²⁷ ve 2872 sayılı Çevre Kanunu⁶²⁸,nda, üçüncü kişilerin idari sözleşmelerin kurulması ve uygulanması aşamasına katılması imkanını veren düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, daha çok kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve benzer nitelikteki idari sözleşmelerin uygulanmasına ve sona ermesine ilişkindir.

2872 sayılı Kanun'un 3. maddesi, çevre politikalarının oluşmasında tüm vatandaşların çevre hakkını kullanmalarına ilişkin katılım haklarının sağlanması yükümlülüğünü, idareye görev olarak vermiş bulunmaktadır. Yine, 2872 sayılı

⁶²⁶ RGT. 14.04.1930, RGS. 1471.

⁶²⁷ RGT.13.07.2005, RGS.25874.

⁶²⁸ RGT.11.08.1983, RGS.18132.

Kanun'un 10. maddesine dayanılarak hazırlanmış olan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği⁶²⁹'nin 4. ve 9. maddelerinde, halkın katılımı toplantısı düzenlenmiştir. Söz konusu kanun ve yönetmelik hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilecek olan halkın katılımı toplantısı, idari sözleşmelerin kurulması aşamasında, idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalığını önemli ölçüde sınırlama potansiyeline sahiptir. Her ne kadar, bu toplantı sonucu alınacak olan karar, mevzuat hükmünde, idareyi bağlayıcı bir karar olarak düzenlenmemiş olsa da, idarenin bu toplantıda öne sürülen görüş ve önerileri dikkate alma zorunluluğu bulunduğu kuşkusuzdur. Aksi takdirde, idari sözleşme ilişkisiyle amaçlanan kamu yararının gerçekleşmeyeceği ortadadır.

Sonuç olarak; idarenin yatırımlarına ilişkin sözleşmelerinden doğan çevre zararlarına karşı da, yukarıda açıklanmış olduğu gibi, üçüncü kişilerin 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde idareye başvurmaları mümkündür.

Danıştay da, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda kararlar vermiştir. Danıştay 13. Dairesi' nin 11.03.2008 tarihli kararında; 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmış olan, "*Hazar I ve Hazar II Hidroelektrik Santrallerinin (HES) Rehabilitasyonu ve İşletilmesi İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi*"nin, imtiyazcının çevrenin korunmasına aykırılık taşıyan hareketlerinin ağır kusur teşkil ediyor olması sonucu, sözleşmeyle de hüküm altına alınmış olan tek taraflı fesih yetkisinin idare tarafından kullanılması amacıyla üçüncü kişiler tarafından yapılmış olan başvuruya idare cevap vermemiş ve oluşan zımni red işleminin iptali amacıyla dava açılarak, idarenin idari sözleşme hükmüyle belirlenmiş olan tek taraflı fesih yetkisinin kullanılmaması yönündeki kamu gücü ayrıcalığı, yargı denetimine tabi tutulmuştur. Bu karar, her ne kadar idareye yapılmış olan zımnen ret işleminin iptaline yönelik olsa da, kararda yer alan değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, bu iptal işlemi karşısında idarenin sözleşme ilişkisinde haiz olduğu yetkileri tekrar gözden geçirme zorunluluğu bulunduğu açıkça ortada

⁶²⁹ RGT. 25.11.2014, RGS. 29186.

olup; bu kararlar, idarenin kamu gücü ayrıcalığının denetlenmiş olduğu kuşkusuzdur⁶³⁰.

Bu doğrultuda mevzuattan verilebilecek diğer örnek; yerel yönetim hizmetlerine yerel halkın katılımını düzenleyen belediye mevzuatıdır. 1580 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile bu kanunu yürürlükten kaldırmış olan 5393 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan düzenlemeler, belediye tarafından verilecek olan hizmetlerin tümünün kurulması ve uygulanması aşamasında, belde halkının katılımını öngörmektedir.

Danıştay da, bu doğrultuda üçüncü kişiler tarafından açılmış olan davalardaki menfaat ihlalini, yukarıdaki mevzuat hükümleri doğrultusunda belirlemiştir⁶³¹. Bu kararlara ilişkin uyuşmazlıklarda, belediyelerin özel hukuk kişileri ile sözleşme yapmaya ilişkin kararlarının iptali talep edilmiştir. İptali talep edilen kararlara konu sözleşmeler aslında içtihatlarla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşme türlerine ilişkin olsalar da, Danıştay bu kararlarda sözleşmelerin niteliğine ilişkin hiçbir tespit yapmamıştır.

Bununla birlikte, 5393 sayılı Kanun'un 13. maddesi tüm belediye hizmetlerini kapsamına almaktadır. Belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında belediye adına imtiyaz vermek ve belediye yatırımlarının yap-işlet ve yap-işlet-devret yöntemleri ile yapılmasına karar vermek de⁶³² bulunmaktadır. Ayrıca, seçim konusunda karar vermeye yetkili olan belediye meclisinin toplantıları da kural olarak halka açıktır ve kesinleşen meclis kararlarının halka duyurulması esası benimsenmiştir⁶³³. Bu açıklamalar ışığında; belediyenin taraf olduğu tüm idari sözleşmelerin kurulması ve uygulanması aşamalarına, tüm belde halkının katılması mümkündür. Ayrıca, bu aşamadaki işlem ve eylemlere karşı belde halkının dava açma haklarının bulunduğu

⁶³⁰ D13D, E.2007/4148, K. 2008/3133, KT. 11.03.2008; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.20.11.2017.

⁶³¹ D13D, E.2007/4549, K.2008/5019, KT.23.06.2008; D13D,E.2008/10609, K.2009/2685, KT. 06.03.2009; D10D, E.2002/4860, K.2002/8, KT.08.01.2003; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t. 21.11.2017.

⁶³² Bkz. 5393 sayılı Kanun-md. 18/j.

⁶³³ Bkz. 5393 sayılı Kanun-md. 20 ve md. 23.

ve idarenin de bu davalar sonucu verilecek yargı kararları doğrultusunda davranmak zorunda olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Böylelikle, gerek katılım sırasında idarenin vereceği olumlu cevaplarla, gerek uyumsuzluk çıktığı takdirde yargı kararlarıyla, belediyelerin idari sözleşmelerin başlangıcından, sona ermesine kadar haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları sınırlanmış olacaktır.

5393 sayılı Kanun'un 13. maddesi gerçekten de, belediye sınırları içinde yaşayan herkese belediye karar ve hizmetlerine katılma hakkı tanımış ve Danıştay da, isabetli şekilde bu hükmü kararlarında gerekçe olarak kullanmıştır. Gerek Danıştay'ın söz konusu kararları, gerek 5393 sayılı Kanun'un ilgili hükmü dikkate alındığında; belediyelerin taraf olduğu idari sözleşmelerin kurulması ve uygulanması aşamalarına, belde sakinlerinin katılımını sağlayan kanuni bir dayanak bulunmakta ve bu katılım Danıştay içtihatlarıyla da desteklenmektedir. Böylelikle, en azından belediyelerin taraf olduğu idari sözleşmelerde, idarenin sözleşmenin kurulması ve uygulanması aşamalarında haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıkları üçüncü kişiler lehine kanunen sınırlandırılmıştır.

Türk pozitif hukukunda sadece yerel yönetimlerin hizmetleri ve çevre hakkı açısından tanınmış olan ve üçüncü kişilere bağlayıcı karar alma yetkisi tanımayan katılım hakkının; Almanya'da, üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek olan tüm idari sözleşmeler açısından uygulaması bulunmaktadır. Almanya Genel İdari Usul Kanunu'nun 58/1 maddesi hükmünde⁶³⁴; üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek olan kamu hukuku sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için, üçüncü kişinin yazılı onayı şartı aranmaktadır.

Türk hukukunda da, tüm idari sözleşmeler açısından ve üçüncü kişilerin bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan tüm haklarının korunmasını sağlayacak genel nitelikli düzenlemeler yapılması; kamu yararı amacıyla kullanılabilir olan kamu gücü ayrıcalıklarının, bu üstün amacından sapmadan kullanılabilmesinin sağlanabilmesi adına önemli bir gelişme olacaktır.

⁶³⁴ Bkz. VwVfG-md. 58/1; GEMALMAZ/DOĞRU, s. 139.

2.İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar Hakkındaki Karmaşadan Kaynaklanan Sorun Karşısında Üçüncü Kişilerin Durumu

Türk hukukunda idari sözleşmelerden doğan davaların kapsamı ile ilgili olarak temel idari yargılama usulü kanunlarındaki farklı ifadeler, idari sözleşmelerden doğan davaların iptal davası mı, tam yargı davası mı, bunlardan farklı bir dava türü mü olduğu hususundaki tartışmayı da beraberinde getirmiştir⁶³⁵.

Gerçekten de; 2575 sayılı Kanun⁶³⁶ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalardan söz etmişken; 2576 ve 2577 sayılı Kanunlar⁶³⁷, bu davaları sadece sözleşmenin taraflarınca açılacak davalar olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemelere göre; idari sözleşmelerden sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak, üçüncü kişilerin de dava açma hakkı bulunduğu ve fakat diğer idari sözleşmeler açısından sadece sözleşmenin taraflarınca dava açılacağını ve sözleşmenin taraflarınca açılacak olan davaların, doğal olarak, sübjektif nitelik taşıyan bir tam yargı davası olacağını, bununla birlikte 2575 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre de, üçüncü kişiler tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar her aşamada, sözleşmenin tümüne ya da bazı hükümlerine ya da sözleşmenin uygulanması ile ilgili olan ya da olmayan ve fakat üçüncü kişilerin menfaatlerini ya da kişisel haklarını ihlal eden tek taraflı idari işlemlere karşı iptal ya da tam yargı davası açılmasına engel bir durum bulunmadığını⁶³⁸, ilk bakışta söylemek mümkündür. Kaldı ki; bu hükümler, üçüncü kişiler tarafından, idari sözleşme ile ilgili olarak dava açma hakkı bulunmadığına ilişkin bir kural da getirmemiştir.

⁶³⁵ DURAN, Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti...", İHİD, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 80-81; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.II, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 250.

⁶³⁶ 2575 sayılı Kanun-md. 24/f: "...tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."

⁶³⁷ 2576 sayılı Kanun- md. 5/c ve 2577 sayılı Kanun-md.2/c: "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar..."

⁶³⁸ KARAHANOĞULLARI (Kamu Hizmeti...), s. 327.

Bu doğrultuda; aşağıdaki başlıklarda inceleneceği üzere, Danıştay, idari sözleşmelere karşı üçüncü kişiler tarafından açılan davaları yerleşik içtihatları ile kabul etmekte ve bu tutumu ile, idari sözleşmelerde üçüncü kişilerin menfaatlerini ihlal eden kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırılmasına önemli bir katkı sağlamaktadır.

Gözler, bu doğrultudaki görüşlerin hukuk teorisi, muhakeme hukuku ve liberal demokratik mantık açısından uygun olmadığını belirtmektedir. Yazara göre; idari sözleşmelere karşı iptal davası açılması durumunda, idari sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel hukuk kişinin iradesi de idari yargı yeri tarafından denetlenmiş olacaktır ve idari hakimin böyle bir yetkisi liberal demokratik hukuk düzeninde bulunmamaktadır; ayrıca objektif nitelikte bir dava olan iptal davası, subjektif haklar ve ödevler doğuran idari sözleşmelerde söz konusu olamaz ve iptal davası ancak tek taraflı idari işlemlere karşı açılabilir⁶³⁹.

Yazarın bu görüşlerini, başka bir açıdan şu şekilde değerlendirmek de mümkün olabilir: Özel hukuk kişisi, idari sözleşmenin tarafı olmakla aynı zamanda kamu hizmeti sunucusu olma statüsü de kazanmaktadır. İdari yargıda açılan iptal davası ile, idari sözleşmeden beklenen kamu yararı denetlendiği ve kamu yararı ile bireysel yararın karşılaşması durumunda kamu yararının üstün olacağı kabul edildiği için⁶⁴⁰, dava sonucu sözleşmenin iptal edilmesinin, özel hukuk kişinin iradesinin denetlenmesi olarak değil, kamu gücü ayrıcalıklarının hukuka ve kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. Kaldı ki; bu dava sonucunda zarar görme ihtimali olan özel hukuk kişinin dava sürecine, davanın ihbarı yoluyla dahil edilebilmesi ve bu suretle kendisini ifade etme hakkının tanınmasına da hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Ayrıca; liberal hukuk felsefesinden temel almış olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin, idari sözleşmelerde ne kadar kısıtlanmış olduğuna çalışmanın ilgili kısımlarında değinilmiştir.

⁶³⁹ Gözler, (GÖZLER (C.II), s. 239-240'da) ; Karahanoğulları'nın, (KARAHANOGULLARI (Kamu Hizmeti...), s. 327'de), idari sözleşmelere karşı iptal davasının kabul edilmesini, Türk hukukunun Fransız hukukuna göre ileriliği olarak kabul eden görüşünü eleştirmektedir.

⁶⁴⁰ ODYAKMAZ, s. 151.

Bu doğrultuda; devletin taraf olduğu sözleşmelerdeki durum, kamu gücünün sınırlandırılmasına yönelik görüşleri içeren ferdiyetçi doktrinde de tartışılmış olmakla birlikte idarenin sözleşmelerinde, bireylerin sözleşme özgürlüğü açısından getirmiş olduğu çözüm⁶⁴¹, günümüz modern devlet anlayışına tam olarak adapte edilebilir nitelikte değildir. Ferdiyetçi doktrin, devletin taraf olduğu sözleşmeleri bozamayacağını ve sözleşme hükümleriyle devletin bağlı olduğunu, üstün gücünü bu sözleşmeleri bozmak amacıyla kullanamayacağını savunmuştur ve bu tespit, günümüz modern devlet anlayışında da geçerlidir. Bununla birlikte, idarenin idari sözleşme yapması durumunda, söz konusu sözleşme artık sadece iki tarafı ilgilendiren bir sözleşme olmaktan çıkarak, tüm kamuya mal olmakta ve devletin sahip olduğu kamu gücünün idareyi teşkil eden kısmı, yargıyı teşkil eden kısmı tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Zaten, modern devletin benimsemiş olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesinin en önemli amaçlarından biri idarenin yargı denetimi altında olmasının sağlanarak kamu gücünün mümkün olduğunca herkes yararına sınırlandırılabilmesidir. Böylelikle; ferdiyetçi doktrin sözleşme özgürlüğüne özel bir önem tanımış olsa da, idari sözleşme kavramının kabul edilmiş olduğu bir hukuk düzeninde, bu fikre dayanarak da idari sözleşmelerin iptal edilemeyeceğinin söylenemeyeceği düşünülmektedir.

a.İdari Sözleşmelere Karşı Üçüncü Kişiler Tarafından İptal Davası Açılması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması

Danıştay idari sözleşmelerin ya da şartnamelerin bazı hükümlerinin ya da tümünün iptali amacıyla üçüncü kişiler tarafından açılan davaları kabul etmektedir⁶⁴². İdari sözleşmelere karşı üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılabilmesinin kabul edilmesi, sözleşmenin uygulanmasında menfaatleri ihlal

⁶⁴¹ “Devlet, taraf olduğu sözleşmelerle bağlıdır; çünkü, bu çeşit sözleşmeler de, üstün fert iradeleri ile Devlet’in iradesinin uyuşması, bir noktada birleşmesi suretiyle meydana getirilmektedir. Devlet, fert iradelerinin üstünlüğüne hürmet etmek durumunda bulunduğuna göre, kendisinin taraf olduğu sözleşmeleri bozamaz.”; DUGUIT (The Law...), s. 20-21’den aktaran ZABUNOĞLU, s. 95.

⁶⁴² İmtiyaz sözleşmesinin iptali talebiyle açılan dava örneği için bkz.; D13D, E.2014/35, K. 2017/691, KT.17.03.2017, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017; İşletme hakkının devri sözleşmesinin iptali talebiyle açılan dava örneği için bkz D13D, E.2005/7150, K. 2006/1231, KT.28.02.2006, emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

edilenler açısından tam bir koruma sağlayarak, idarenin sözleşmenin devamı yönünde kullanacağı kamu gücü ayrıcalığını önemli ölçüde sınırlandırıcı etkiye sahiptir. Böyle bir dava türünün özel hukuk sözleşmeleri açısından kabul edilebilir bir yönü bulunmamakta olsa da⁶⁴³, kendisine idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanacağını kabul edilmiş olduğu idari sözleşmeler alanında, bu dava türünün kabul edilmesi hukuk devleti ilkesinin sağlanması doğrultusunda çok önemli bir gelişmedir.

Danıştay'ın bu davaları kabul etmesinin temel sebebi, idari sözleşmelerin hukuki niteliğini idari işlem olarak kabul ediyor olmasıdır⁶⁴⁴.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 13.05.1977 tarihli, imtiyaz tadil sözleşmesi ve şartlaşmasını iptal etmiş olduğu kararında şu gerekçelere yer vermiştir: “...İdari işlem niteliğinde bulunduğu kuşkusuz bulunan imtiyaz sözleşmelerinin yargı denetimi dışında bırakılması düşünülemez, hak ve menfaatleri ihlal edilen üçüncü kişilerin bu

⁶⁴³ Kaldı ki; borçlar hukukunda tam üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmelerde, üçüncü kişinin sözleşmeden doğan dava hakkı bulunmaktadır, “davacı şirketin sözleşmenin tarafı olmadığı, bu hali ile anılan sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiye, onun yararına bir edim kararlaştırılması halidir. Kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşmeleri, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayırmak mümkündür. Aralarındaki temel fark ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin, sözleşme ile borç altına giren taraftan talepte bulunamamasına karşın tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde bunun mümkün olmasıdır.”; Y11HD, E. 2014/12621, K. 2014/20139, KT. 19.12.2014; emsal.yargitay.gov.tr; e.t. 22.06.2018.

⁶⁴⁴ Bununla birlikte; idari sözleşmelerin iptal edilemeyeceğine dair az sayıda Danıştay kararı da bulunmaktadır. Danıştay 8. Dairesi'nin aynı yıl içinde vermiş olduğu iki farklı karar, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu kararlardan ilkinde Danıştay 8. Dairesi, idari işlem ve idari sözleşme niteliğini birleştirmek suretiyle hüküm kurmuşken; diğer kararında iptal davaları ile ancak idari işlemlerin denetlenebileceğini, idari sözleşmelerin ise iptal davasının konusunu oluşturamayacağını hüküm altına almıştır: “...İdarenin görevinde bulunan kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak anılan Yasa ve Yönetmelik hükümleri uyarınca ...A.Ş tarafından işletilmesine izin verilmesi yolunda yapılan sözleşmenin kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı tesis edildiği, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşıdığı, bu haliyle idari işlemlerde ve sözleşmelerde bulunması gereken özelliklere sahip olduğu açıktır...”; D8D, E.2006/634, K. 2006/1378, KT. 05.04.2006; (Yayımlanmamıştır) “... İki iradenin yarışmasıyla vücut bulan sözleşmeler, iptal davasına konu olabilecek nitelikli idari işlem değildir (A.de Laubadere, *Traite'de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1973)...”; D8D, E.2006/3747, K. 2006/2993, KT. 03.08.2006; (Yayımlanmamıştır); Benzer yönde karar için bkz: “...Oysa, idarenin tarafı olduğu sözleşmeler, idare edilenlerin iradesiyle idarenin iradesinin uyuşmasının ürünüdür. Böyle bir hukuki işlemin iptal davasına konu edilmesi, idare edilenlerin faaliyetlerinin de idari yargı tarafından denetlenmesi sonucunu doğurur ki, bu, idari yargı denetiminin amacını aşan, adli yargı denetimi alanına giren bir sonuçtur. ...”; VDDK, E. 2000/70, K. 2000/272, KT. 29.09.2000; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.08.08.2017.

*işlemlere karşı dava hakkının bulunduğu açıktır...*⁶⁴⁵. İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.06.2003 tarihli kararında da; imtiyaz tanınan şirketin kabulüyle yürürlüğe giren imtiyaz sözleşmelerinin, sözleşmenin tarafları açısından çok yönlü idari işlem; söz konusu sözleşmelerden iradeleri dışında doğrudan etkilenen ve hizmetten yararlananlar açısından ise tek yanlı idari işlem oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu nitelemeyle, İDDK dava konusu imtiyaz sözleşmesinin iptali istemiyle dava açılmasına engel bir usul hukuku kuralı olmadığını da belirterek hüküm kurmuştur⁶⁴⁶.

Yargı organının yerleşik idari işlem⁶⁴⁷ ve idari sözleşme⁶⁴⁸ tanımı da, idarenin bu iki faaliyet aracı arasında tam bir benzerlik kurmaya çalıştığını ortaya koymaktadır. Zira; her iki tanım da, “idare tarafından yapılmış olmak” ve “kamu hizmetlerine ya da idari faaliyete ilişkin olarak yapılmış olmak” şartları ortaktır. Aralarındaki tek fark; idari işlem tanımında öne çıkan unsurlardan birinin “tek taraflı irade ile ortaya çıkmış olmak” unsuru olduğudur. Bununla birlikte; idari sözleşme tanımında ise, “birden çok iradenin birleşimiyle ortaya çıkmış olmak” unsuruna yer verilmemiş; bu unsur, idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında sayılmamıştır.

⁶⁴⁵ DDDK, E.1976/456, K. 1977/254, KT. 13. 05. 1977, Danıştay Dergisi, Y. 8, S. 28-29, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1978, s. 276; Danıştay 10. Dairesi'nin 29.04.1993 tarihli kararı da benzer yöndedir. Bu kararında Danıştay; idari sözleşmelerin idari işlem niteliğinde olduğunu ve idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden doğan her türlü uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir. Bkz; D10D, E.1991/1, K. 1993/1752, KT. 29.04.1993; www.hukukturk.com; e.t.08.08.2017.

⁶⁴⁶ İDDK, E.2002/429, K.2003/455, KT. 20.06.2003; (Yayımlanmamıştır)

⁶⁴⁷ Bu hususta bkz.D7D, E.1997/2994, K.1997/4176, KT. 21.11.1997; emsal.danistay.uyap.gov.tr; e.t.10.08.2017;İDDK,E.2008/1357,K.2009/2191,KT.12.11.2009; e.t.10.08.2017; AYM, E. 2004/26, K.2004/51, KT.15.04.2004; UYM, E. 2016/524, K.2017/14, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

⁶⁴⁸ Bu hususta bkz. “ ... İdari sözleşmeler; idarenin kamusal yetkisine dayanarak kamu hizmeti gerekleri için kamu yararı nedeniyle yaptığı sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler idarenin tek taraflı olarak ayrıcalıklı üstün hak ve yetkilerini içerirler... ”; D10D,E.1996/1282, K. 1996 / 5560,KT.10.12.1996; D10D,E.1996/1569, K.1997/134, KT.13.01.1997; D10D, E. 1996/2142, K.1997/135, KT. 13.01.1997; D6D, E. 1998/1562, K.1999/2414, KT. 10.05.1999; D6D, E. 1999/2950, K. 2000/4568, KT. 19.9.2000; D6D,E.2000/123, K. 2000 / 2610, KT. 08.05.2000; (Yayımlanmamıştır); AYM, E. 2005/110, K.2005/111, KT.29.12.2005; UYM, E. 2017/2, K. 2017/74, KT.20.02.2017; www.hukukturk.com; e.t.22.09.2017.

Bu açıklamalar ışığında; idari işlemlerin hukuki rejiminin büyük ölçüde ve özellikle üçüncü kişiler açısından, idari sözleşmelere de uygulanması mantıklı bir yaklaşımdır.

Türk idare hukuku doktrini ise, idari sözleşmelere karşı üçüncü kişiler tarafından dava açılması ile ilgili olarak görüş birliği içinde değildir. Doktrinde, idari sözleşmelere karşı iptal davası açılabileceğini kabul eden görüşler bulunduğu gibi, idari sözleşmelere karşı, kural olarak, iptal davası açılmayacağını, idari sözleşmelerle ilgili olarak, sadece sözleşmenin taraflarınca tam yargı davası açılabileceğini kabul eden görüşler⁶⁴⁹ de bulunmakta olup, bu yöndeki görüşlerin dayanağını, Fransız hukukunda idari sözleşmelere karşı açılmış olan iptal davalarının Conseil d'Etat tarafından kabul edilmemesinin oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Conseil d'Etat, 1899 yılında vermiş olduğu “*Levieux*” kararı ile sözleşmenin iptali için açılan davayı, sözleşmenin çok yanlılığını gerekçe göstererek reddetmiştir⁶⁵⁰. İdarenin sözleşmenin imzalanmasından önceki süreçte ya da sözleşmenin uygulanması sırasında idare tarafından yapılan tek taraflı işlemlerin iptal davasının konusunu oluşturup oluşturmayacağını kabulü de, belli bir gelişim sürecinden geçmiş ve bu süreç Fransa’da idari sözleşmelerin iptal davasının konusunu oluşturamayacağını ve idarenin tek taraflı işlemlerinin, sözleşmenin dışında ayrı bir hukuki değeri bulunduğunun kabul edilmesiyle birlikte sonlanmıştır⁶⁵¹.

Bununla birlikte, Conseil d'Etat'nın 04.04.2014 tarihli “*Département de Tarn-et-Garonne*” kararında⁶⁵², idari sözleşmelerden doğan davalarla ilgili olarak önemli ve farklı tespitlere yer verilmiştir. Buna göre; sözleşme süreciyle hiçbir ilgisi olmayan ve fakat sözleşmenin imzalanmasından ya da uygulanmasından doğrudan ve kesin bir menfaati ihlal edilmiş olan tüm üçüncü kişilerin sadece haklarını ihlal eden hukuka aykırılıkla bağlı olmak kaydıyla, tam yargı davası açma hakları bulunmakta,

⁶⁴⁹ GÖZLER (C.II), s. 218-219.

⁶⁵⁰ ERKUT (İdari İşlemin Kimliği...), s. 36.

⁶⁵¹ SEZGİNER (Ayrılabilir İşlem...), s. 137.

⁶⁵² Bu kararla birlikte, ayrılabilir işlem kuramının, Fransız hukukundaki uygulamasının son bulmuş olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. s. 129-130.

mahkemece sözleşmenin askıya alınmasına karar verilebilmekte ve mahkemenin, sadece doğrudan tarafların menfaatini ihlal eden hukuka aykırılıkları değil, kamu düzenine ilişkin hukuka aykırılıkları da gözetmek⁶⁵³ ve dava sonucunda sözleşmenin geçersizliğine⁶⁵⁴ ya da zararın tazminine karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Fransız doktrininde, bu kararın dayanağının, ihale sürecinde başarısız olmuş üçüncü kişilerin, ihale sonrası imzalanmış olan idari sözleşmenin iptali davası açma hakkının bulunduğuna dair 16.07.2007 tarihli Conseil d'Etat kararı olduğu ve fakat 04.04.2014 tarihli kararda getirilen yöntemin, Conseil d'Etat'nın geleneksel çözümlerinden oldukça farklı yeni bir dava türü öngördüğü belirtilmiştir⁶⁵⁵. Fransa'da ayrıca üçüncü kişiler tarafından idari hizmet sözleşmelerine karşı açılan iptal davaları ile idari sözleşmenin düzenleyici hükümlerine karşı açılan iptal davaları da içtihatlarla ve Vali tarafından yerel yönetimlerin yapmış oldukları idari sözleşmelere karşı iptal davası açılması ise mevzuat hükmüyle kabul edilmiştir⁶⁵⁶.

Sonuç olarak; idari sözleşmelere karşı kural olarak, üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılmayacağını kabul eden Fransız hukukunda dahi, üçüncü kişilerin, idari sözleşmelerde idarenin haiz olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına karşı korunmasını sağlayacak çözümler getirilmiştir.

b.İdari Sözleşmelerin Uygulanmasından ve Sona Ermesinden Zarar Gören Üçüncü Kişiler Tarafından Tam Yargı Davası Açılması Yoluyla Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Sınırlandırılması

Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 13.05.1977 tarihinde idari sözleşmelerden hak ve menfaatleri ihlal edilmiş olanların bu işlemlere karşı dava açma haklarının bulunduğuna dair vermiş olduğu karar, iptal davalarını da tam yargı davalarını da

⁶⁵³ KAPLAN, s. 30-31.

⁶⁵⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2018, s. 121.

⁶⁵⁵ BRISSON (Recent Changes...), s. 9.

⁶⁵⁶ BRISSON (Recent Changes...), s. 8-9; Bu hususta ayrıca bkz.; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA (İdari Yargılama...), s. 121-122; KAPLAN, s. 10, 25, 27.

kapsayıcı nitelikte bir karardır⁶⁵⁷. Her ne kadar bu karara konu sözleşme imtiyaz sözleşmesi olsa da, kararda belirlenmiş ilkenin diğer idari sözleşmelerin kurulması, uygulanması ve sona ermesi aşamalarında, idari sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin hukuki yararlarının zedelenmesi durumunda da uygulanabilmesi hakkaniyet gereğidir.

Böylelikle; Danıştay'ın idari sözleşmeleri idari işlem olarak kabul eden yerleşik içtihadı doğrultusunda, üçüncü kişilerin bu sözleşmelerin kurulması, yapılması ya da sona ermesinden doğan zararlarının da tam yargı davası yoluyla tazmin edilmesi mümkün hale gelmektedir.

İdari sözleşmelerin uygulanmasından ya da sona ermesinden üçüncü kişilerin maddi ya da manevi zarara uğraması söz konusu olabilir. Sözleşmenin uygulanması aşamasının tümünde yer alan ve sona ermesine neden olan irade, idare tarafından kullanılan kamu gücü ayrıcalığı olduğuna göre; üçüncü kişilerin zararlarının da giderilmesi gerekmektedir.

İdari sözleşmelerin idari işlem niteliğinde olmadığı yönündeki görüşler ve içtihatlar açısından dahi; bu kez sözleşmenin uygulanmasının ya da sona erdirilmesinin, idare ile üçüncü kişi arasındaki ilişki açısından hukuki niteliği, Danıştay'ın yerleşik idari eylem tanımı doğrultusunda⁶⁵⁸, idari bir eylem olarak değerlendirilebilir. Zira; pozitif hukuk metinlerinde herhangi bir tanımı yapılmamış olan idari eylem kavramı, Danıştay içtihatlarında, idarenin bir işlemine ya da

⁶⁵⁷ DDDK, E.1976/456, K. 1977/254, KT. 13. 05. 1977, Danıştay Dergisi, Y. 8, S. 28-29, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1978, s. 276; Benzer yönde karar için bkz.; D10D, E.1991/1, K. 1993/1752, KT. 29.04.1993; www.hukukturk.com; e.t.08.08.2017.

⁶⁵⁸ “İdarenin, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyeti (fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar) veya hareketsiz kalması ise idari eylem olarak tanımlanmaktadır. İdari işlemlerin, hukuk aleminde değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları olmalarına karşın; idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuç doğurmaktadırlar.”; İDDK, E.2006/109, K.2006/353, KT. 02.12.2005; Aynı yönde tanım için bkz; D6D, E.2006/931, K.2006/6661, KT.30.12.2006; D10D, E.2005/9126, K.2007/3069, KT.28.05.2007; “İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir”; D15D, E.2016/972, K.2016/2762, KT.21.04.2016; www.hukukturk.com; e.t.12.04.2019.

sözleşmesine dayanmayan her türlü işlevi ve hareketsiz kalmasını da kapsayacak şekilde geniş tanımlanmaktadır.

Kaldı ki; yukarıda da açıklanmış olduğu gibi, yerleşik Danıştay içtihatları doğrultusunda, idari sözleşmeler idari işlem niteliğinde kabul edilmektedir. Bunların üçüncü kişiler açısından, düzenleyici işlem mi, bireysel işlem mi oldukları kararlarda belirtilmiş olmasa da, düzenleyici işlem olduklarını ve bu düzenleyici işlemin her uygulandığında yeni bir dava açma hakkının bulunacağını düşünmek mümkündür.

Bu açıklanan durumlara örnek olarak verilebilecek nitelikte, üçüncü kişinin idari sözleşmeden doğan zararının tazmini talebiyle açmış olduğu dava sonucu verilmiş bir içtihada ulaşmak mümkün olmamış olmakla birlikte; sayılan ihtimallerin tümünde kişisel hakları ihlal edilen üçüncü kişilerin zararlarını tazmin amacıyla idari yargıda tam yargı dava açmalarına hukuki bir engel olmadığı gibi, idarenin her türlü eylem ve işleminden doğan zararı tazmin etme yükümlüğünü veren anayasal hüküm ile 2577 sayılı Kanun'un 12. ve 13. madde hükümleri, idari sözleşmelerden doğan zararlarının tazmini amacıyla üçüncü kişilerin dayanabilecekleri mevzuat hükümleridir.

Böylelikle, idari sözleşmelerden sadece taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların idare mahkemelerince çözümleneceğine ilişkin hüküm getirmiş olan 2576 ve 2577 sayılı Kanun'lardaki düzenlemeden anlaşılması gereken, sadece idari sözleşmenin taraflarınca açılacak olan tam yargı davaları olmalı⁶⁵⁹ ve bu hüküm üçüncü kişilerin kişisel haklarının ihlali durumunda, bu sözleşmelere karşı tam yargı davası açamayacakları şeklinde daraltılmamalıdır.

Zira; idarenin idari sözleşme yapmasının amacı kamu yararındır⁶⁶⁰ ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, sözleşmenin tarafları açısından subjektif bir

⁶⁵⁹ Bu durumlar, bir önceki kısımda açıklanan durumlardan ibaret olup; bu davalar sonucu verilen kararlar dahi kamu gücü ayrıcalıklarını sınırlandırıcı nitelikte olduğundan, son tahlilde kamu yararı gerçekleşecektir.

⁶⁶⁰ “... İdari sözleşmeler; idarenin kamusal yetkisine dayanarak kamu hizmeti gerekleri için kamu yararı nedeniyle yaptığı sözleşmelerdir.”; D10D,E.1996/1282, K.1996/5560, KT.10.12.1996; D10D,E.1996/1569, K.1997/134, KT. 13.01.1997; D10D, E.1996/2142, K.1997/135, KT. 13.01.1997; D6D, E. 1998/1562, K.1999/2414, KT. 10.05.1999; D6D, E.

nitelik taşısalar da, söz konusu uyuşmazlıklar sonucu verilen kararlar, aynen yapıma amaçlarında olduğu gibi, kamu yararı ile ilişkilendirilebilir ve böylece objektif bir niteliğe dönüşebilir.

Kaldı ki; günümüzde, “*objektif tam yargı davası*” kavramının da idare hukuku doktrininde kabul edilmeye başladığına ve bu doğrultuda, tam yargı davası sonucunda idari yargı hakiminin sadece tazminata değil, başka bir takım kararlara da hükmedebileceğine işaret edilmektedir. Buna göre; tam yargı davası, en geniş şekilde, “*İdarenin hukuk kuralları içinde kalmasını ve şayet idare tarafından bir sübjektif hak ihlali varsa ihlal edilen hakkın iadesini sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması*” olarak tanımlanmış ve bu tanım doğrultusunda verilecek kararların tek sınırının idari yargı hakiminin veremeyeceği kararlar olduğu belirtilerek, idari yargı hakimlerinin bu tanım doğrultusunda karar vermelerinin bireylerin haklı beklentilerini karşılamada çok önemli bir rol oynayacağı belirtilmiştir⁶⁶¹.

Bu görüş doğrultusunda; idarenin idari sözleşme yapması ve bu sözleşmelerin çoğunun konusunun kamu hizmetine ilişkin olması, söz konusu kamu hizmetlerinin yürütülmesinden etkilenen herkese, bu kamu hizmetlerinin asıl sahibi olan idareye karşı dava açma hakkı tanımaktadır ve Danıştay’ın da bu davaları esastan karara bağlaması hukuk devleti ilkesi doğrultusunda kamu gücü ayrıcalıklarının sadece kamu yararı amacıyla kullanılması yönünde sınırlandırılmasına katkı sağlayacaktır.

İdari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımının sonucunu, idari sözleşmelere idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanması oluşturduğuna göre, bu tespitler anlam kazanmaktadır. Zira; ancak bu koşullar altında, hem sözleşmenin özel hukuk kişinin yararı, hem üçüncü kişilerin yararı hem de kamu yararı mümkün olan en dengeleyici kombinasyonda birleşerek korunmuş ve kamu gücü ayrıcalıklarının, hakları kısıtlayan yönü mümkün olduğunca sınırlandırılmış olacaktır.

1999/2950, K. 2000/4568, KT. 19.9.2000; D6D, E.2000/123, K.2000/2610, KT. 08.05.2000; D6D, E.2000/123, K.2000/2610, KT. 08.05.2000; (Yayımlanmamıştır).

⁶⁶¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN (C.II), s. 251-252; Bu hususta ayrıca bkz. ERKUT (Kamu Kudreti...), s. 94-106.

SONUÇ

Türk hukukunda, idari sözleşmelerin ölçütleri ve hukuki rejimi, temel olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde şekillenmiş olsa da, idari hizmet sözleşmelerine ilişkin içtihatlar, ayrı kararlarla rastlanmakla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine ilişkin içtihatlardan farklılaşmıştır. Bu iki sözleşme türü dışındaki sözleşmelerin ölçütleri ve hukuki rejimi hususunda ise genel sonuçlara ulaşılabilecek bir içtihat birliğinden söz edilememektedir.

Genel olarak idari sözleşmelerle ilgili içtihatların değerlendirilmesinde, idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde kamu gücü ayrıcalıklarına, eski tarihli yargı kararlarından itibaren, kamu hizmeti ölçütü ile birlikte ya da tek başına, her zaman önem verilmiş olduğu görülmektedir. Günümüzde de, ayrı kararlarla rastlanmakla birlikte, yerleşik içtihatlarda, tüm idari sözleşmeleri açıklayacak şekilde idari sözleşmelerin zorunlu unsurları arasında, sözleşme ilişkisinde idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması sayılmakta ve idarenin idari sözleşmelerde bazı kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceği kabul edilmektedir.

Böylelikle; kamu gücü ayrıcalıkları kavramının, idari sözleşme kavramı ile ilk ilişkisi; idarenin sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesi aşamasında olmaksızın da, idarenin sözleşmesinin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması, günümüzde dahi yargı organının kimi uyuşmazlıklarda tek başına değer tanıdığı bir ölçüt olma niteliğini korumaktadır. Oysa, kamu hizmeti kavramındaki belirsizliğe ek olarak, kavramın günümüzde kazandığı farklı anlamlar karşısında ve özellikle Türk hukukunda Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, kamu hizmeti-idari sözleşme kavramlarının ayrılmaz bütünlüğünden bahsetme olanağı kalmamıştır. Bu sebeple, idari sözleşme niteliği ile ilgili olarak, içtihatlarda daha fazla değerlendirilmesi gereken ölçüt, idarenin sözleşme ilişkisinde kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunup bulunmadığı olmalıdır. Zira; idarenin sözleşmesinin idariliğine işaret eden en önemli ölçüt, idarenin sözleşme ilişkisindeki üstün gücünün anlaşılmasıdır. Bununla birlikte; idari sözleşme niteliğini belirlemeye yarayan kamu gücü ayrıcalıkları, içtihatlarda örnek olarak gösterilmiş olduğundan, bu ayrıcalıkların tek tek saymak suretiyle açıklanması olanaksızdır. Bu sebeple, idari sözleşme

niteliğinin tespitinde değerlendirilebilecek kamu gücü ayrıcalıklarından, idarenin, sözleşmenin kurulması, uygulanması ve sona ermesi aşamalarında, re'sen ve tek taraflı olarak kullanabileceği yetkilerin tümünün anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca, sözleşmenin niteliğinin tespitinde önem arzeden söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme hükmüyle ya da mevzuat hükmüyle idareye tanınmış olması açısından bir fark olmaması gerekmektedir. İdarenin sözleşmesinin niteliğinin, bu açıklamalar ışığında tespit edilmesi halinde, idarenin idari sözleşme olarak nitelenen sözleşmelerinin sayısı önemli ölçüde artacak ve bu gelişme, idari sözleşmelerden doğan davaların kapsamı ve türü hususundaki değerlendirmeler açısından da ilerleme sağlayacaktır.

Kamu gücü ayrıcalıkları kavramının, idari sözleşme kavramı ile ikinci ilişkisi; kanun hükmüyle ya da içtihatlarla idari sözleşme niteliği belirlenmiş olan sözleşmelerde, idarenin, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, tek taraflı değişiklik yetkisi ve tek taraflı fesih yapma yetkisi gibi bazı kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanacağını kabul ediliyor olmasıdır. Ayrıca; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve benzer nitelik taşıyan sözleşmelerde, özel hukuk kişisine de, kamu hizmetinin daha iyi sunulabilmesinin sağlanması amacıyla bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınabileceği kabul edilmektedir. İdari sözleşmelerin kamu yararı amacıyla yapılıyor olması, idarenin ve bazı durumlarda özel hukuk kişinin idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarını haiz olmasını anlamlı kılmaktadır. Bununla birlikte; çalışmanın ikinci bölümünde incelenmiş olan kamu gücü ayrıcalıklarının hem çeşit olarak genel idari sözleşme kuramının benimsediği ya da mevzuat hükümlerinde belirtilmiş olan kamu gücü ayrıcalıkları ile sınırlı olduğu, hem de söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanım koşullarının belli sınırlarının bulunması gerektiği, kuşkusuzdur. Bu sebeple, öncelikle içtihatlar, söz konusu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımına ilişkin sınırları belirlemiştir. Ayrıca, günümüzde idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlanmasına yönelik mevzuat hükümleri bulunmaktadır.

Bunun dışında, genel idari sözleşme kuramı kapsamında, idarenin haiz olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarının tamamının, bütün idari sözleşme çeşitlerinde, özellikle idari hizmet sözleşmelerinde uygulanamayacağı açıktır. Bu

sebeple, bu alanda kanun hükümleriyle daha ayrıntılı düzenleme yapılması gerekmektedir.

İdari sözleşmelerde, idareden beklenen, mevzuatta, sözleşme hükümlerinde ve içtihatlarda belirlenmiş olan sınırları aşmadan, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmasıdır. Yargı organının da, idari sözleşmelerden doğan davalarla ilgili olarak üçüncü kişiler tarafından açılan iptal davalarını kabul ediyor olmasının yanısıra, ayrılabilir işlem kuramını idari sözleşmelerde de uygulaması durumunda, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisinin de sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan idari işleme karşı iptal davası açabilmesi mümkün hale gelebilecektir.

Sonuç olarak; idarenin sözleşmesinde idare lehine eşitsizlik açıkça görülüyorsa ve sözleşmenin niteliğini özel hukuk sözleşmesi olarak belirleyen bir kanun hükmü bulunmuyorsa, sözleşmenin idari nitelikte sayılması, özellikle sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin ya da kişisel haklarının ihlal edilmesi durumunda, idari yargı kolunda dava açma haklarının bulunması açısından önemli hale gelmektedir. Danıştay da, bu hususta önemli kararlara imza atmıştır. Bu doğrultudaki içtihatların gelişiminin, idari sözleşmeler alanında, sözleşmenin kurulması aşamasından sona ermesi aşamasına kadar idarenin kullanacağı kamu gücü ayrıcalıklarını sınırlandırarak, hukuk devleti ilkesinin gelişimine katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

KAYNAKLAR

AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

AKÇAAL, Mehmet, “*Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, GÜHFD, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 49-69.

AKILLIOĞLU, Tekin, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, İÜHFM, C.IX, S.1-3, 1988, s. 11-22. (Kamu Yararı...)

AKILLIOĞLU Tekin, “*Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, S. 2, 1979, s. 459-478. (Ticaret...)

AKURAL, Sami/ZİYLÂN, Çetin, Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963).

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018. (İdare Hukuku...)

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2018. (İdari Yargılama...)

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “*Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C, 5, S. 1, 2014, s. 119-138.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3 s. 21-51. (Cumhurbaşkanlığı...)

ASLAN, Zehreddin/ARAT, Nilay, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4 S. 8, Güz 2005/2 s.1-25.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2018.

ATİK ÇOBAN, Ayşegül, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, SÜHFD, C. 21, S. 1, 2013, s. 11-53.

ATİK ÇOBAN, Ayşegül, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 571-621.

AZRAK, Ali Ülkü, “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İÜHFM, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 521-539. (İdari Mukavele...)

AZRAK, Ali Ülkü, “Millileştirme ve Kamu hizmeti”, İÜHFM, C. XXXVI, S. 1-4, Ord. Prof. M. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, 1970, s. 44-78. (Millileştirme...)

BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, 1968/1970, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

BİLGİN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1970. (İdari Sözleşmelerin Kriterleri...)

BİLGİN, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, C. 1, S. 1, 1980, s. 113-116. (Kamu Hizmeti...)

BRISSON, Jean-François, “The Impact of Civil Code Reform on Administrative Contracts”, Montesquieu Law Review, Özel S. 6, 2017, s. 163-170. (The Impact...)

BRISSON, Jean-François, “Recent Changes in Administrative Litigation Concerning Contracts: On Third-Party Remedies Against Administrative Contracts”, Montesquieu Law Review, S. 1, 2015, s. 7-14. (Recent Changes...)

BOZ, Selman Sacit, İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ÇAKMAK, N. Münci, “İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi”, İÜHFM, C. LXIX, S.1 -2, 2011, s. 707-718.

ÇAL, Sedat, “Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi””, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 63-113.

ÇAL, Sedat, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 223-274.

ÇAL, Sedat, ““Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3, s. 49-115.

ÇALIŞ, Hande Sena, İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, “İdarenin Sözleşmelerinden Ayrılabilir İşlemler”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 179-198.

ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Atlas Akademi, Konya 2012.

DEBBASSCH Charles/RICCI Jean-Claude, Contentieux Administratif, 4. Baskı, Paris, Dalloz 1985.

DERBİL, Süheyp, “Kamu hizmeti Nedir?”, AÜHFD, C. 7, S. 3, 1950, s. 29-36. (Kamu Hizmeti...)

DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, C.II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara 1952.(İdare Hukuku, C.II)

DUGUIT, Leon, “*The Law and The State*”, Harvard Law Review, C. 31, S. 1, 1917, s. 1-185. (The Law...)

DUGUIT, Leon, Kamu Hukuku Dersleri(Çeviren: Süheyp DERBİL), İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1954.(Kamu...)

DURAN, Lûtfi, Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFM, C. XXVIII, S. 1, 1962, s. 292-319.

DURAN, Lûtfi, “*Türk Hukukunda İdari Mukaveleler*”, İÜHFM, C. XXX, S.1-2, 1964, s. 418-447. (İdari Mukaveleler...)

DURAN, Lûtfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982. (İdare Hukuku...)

DURAN, Lûtfi, “*İdari Yargı Adlileşti...*”, İHİD, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 53-83.

DURAN, Lûtfi, “*Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar(III)*”, AİD, S. 18/4, 1985, s. 63-82. (...Mülâhazalar(III))

DURAN, Lûtfi, “*Yap-İşlet-Devret*”, AÜSBFD, C. 46, S. 1, 1991, s. 147-170. (Yap-İşlet-Devret)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2015.

ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, 1990. (İdari İşlemin Kimliği...)

ERKUT, Celal, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.(Kamu Kudreti...)

FEYZİOĞLU, Turhan, İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947.

FLEINER, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, B. 8, 1928.

FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungrechst, B. 7, 1958.

GEMALMAZ, Mehmet Semih/ DOĞRU, Osman, “*Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)*”, İHİD, C. 9, S. 1-3, Ocak 1998, s. 127-146.

GİRİTLİ, İsmet, “*Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler*”, İÜHFİM, C. XXX, S.3-4, 1964, s. 493-497.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2013.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009. (C.I).

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009. (C.II).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2013.(Anayasa Hukukunun...)

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2015.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, 24. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.I, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013. (C.I)

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.II, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.(C.II)

GÜLAN, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, İHİD, C. IX, S. 1-3, 1988, s. 147-159.(Kamu Hizmeti...)

GÜLAN, Aydın, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, İÜHFİM, C. LVI, S. 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı, 1998, s. 97-107. (Türkiye’de Kamu...)

GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999. (Kamu Mallarından...).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.

JEZE, Gaston, “*Ferdî Hürriyetler*”, AÜHFD, (Çeviren: Mukbil ÖZYÖRÜK), C. 3, S. 1, 1946, s. 214-227.

KALKINMA BAKANLIĞI, Kalkınma Bakanlığı Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Kamu-Özel İşbirliği Raporu 2017, Mayıs 2018.

KANLIGÖZ, Cihan, “*1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı*”, AÜHFD, C. 43, S. 1, 1993, s. 169-197. (...Kamu Görevlisi)

KANLIGÖZ, Cihan, “*Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*”, AÜSBFD, C. 52, S. 1, 1997, s. 339-357. (Kamu Borçlanma...).

KAPLAN, Gürsel, “*Fransız İdare Hukukunda İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü İle İlgili Yeni Hukuki Gelişmeler*”, DÜHFD, C. 21, S. 35, 2016, s. 1-36.

KARABULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2013.

KARASU, Koray, “*Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı*”, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, s. 217-262.

KARADENİZ, Özcan, Roma’da Kamulaştırma ve ‘Kamu Yararı’ Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002 (Kamu Hizmeti...)

KARAHANOĞULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, C.66, S. 3, 2011, s. 177-215. (Eksik İmtiyaz)

KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:75, İzmir 1997.

LANGROD, Georges, “*Administrative Contracts- A Comparative Study*”, The American Journal of Comparative Law, C. 4, S. 3, 1955, s. 325-364.

MAYER, Otto, *Theorie des Fransösizchen Verwaltungsrechts*, Strassburg 1886.

MENEMENCİOĞLU, Ethem, *Amme Kudreti ve Şahsiyet Nazariyesi*, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1959.

MERİÇ, Osman, “*İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri*”, Danıştay Dergisi, Y.3, S. 11, s. 66-81.

MEWETT, Alan W., “*The Theory of Government Contracts*”, McGill Law Journal, S. 4, C.5, 1958-1959, s.222-246.

ODYAKMAZ, Zehra, “*Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*”, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, C.II, S.1-2, 1998, s. 141-195.

OKANDAN, Recai G., “*Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar*”, İÜHFM, C. XVII, S. 1-2, 1951, s.3- 23.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966. (C.I)

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası , İstanbul 1966. (C.III)

ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2011.

OSTEN, Necmi, İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.

OZANSOY, Cüneyt, “*Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*”, AÜHFD, C. 46, S. 1, 1997, s. 85-100.

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, 2. Baskı’dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

ÖZKAN, Ahmet Fatih, “*Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu’nun Basın Bültenleri*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 515-558.

ÖZTÜRK, K. Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000. (Kamu Hizmeti...)

ÖZTÜRK, K. Burak, “*Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 1, 2009, s. 26-42. (Elektronik Haberleşme...)

ÖZTÜRK, K. Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, Hukuka Giriş, Ege Matbaası, Ankara 1959.

PARSONS Steven G./BIXBY James, “*Universal Service in the United States: A Focus on Mobile Communications*”, Federal Communications Law Journal, C. 62, S. 1, 2010, s. 119-152.

PETERS, Hans, Lehrbuch des Verwaltung, 1949.

SANLI, Kerem Cem, “*Rekabet Kurulu’nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme*”,

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22 Haziran 2010, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2011.

SARISU, Ayhan, Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin Bir Model Önerisi-, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2007.

SEZER, Yasin, “İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi”, AÜEHFD, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 172.

SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000. (Ayrılabilir İşlem...)

SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, GÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007, s. 1079-1093.(İmtiyaz Sözleşmelerinde...)

SEZGİNER, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S, 1-2, s.1589-1621.(“Birleşme” Sözleşmeler...)

SHALEV, Gabriela, “Government Contracts in Israel”, Public Contract Law Journal, C. 18, S. 1, 1988, s. 34-53.

TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, AÜSBFD, C. 47, S. 3, Prof. Dr. Bedri Gürsoy’a Armağan, 1992, s. 307-325. (Kamu Hizmeti...)

TAN, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, AÜSBFD, C. 50, S. 3, 1995, s. 291-309. (İdari Sözleşme...)

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TEKİNSOY, M. Ayhan, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Lisans Tezi, 2002. (İdari Sözleşme Rejimi...)

TEKİNSOY, M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 181-227. (Ölçüt Sorunu...)

TELLİ, Serap, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, 1. Baskı, Ankara 1989.

TÜRK, Hikmet Sami, “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kamun Üzerinde Düşünceler”, AÜHFD, C. 36, S. 1-4, 1979, s. 88-119.

UÇAR, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı Ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, GÜHFD, C.XX, S.3, 2016, s. 331-373.

ULER, Yıldırım, “Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler”, AÜHFD, C.22, S. 1, 1966, s. 215-238.

ULUSOY, Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışındaki Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, S. 31/2, Haziran 1998, s. 21-40. (Kamu Hizmeti Anlayışındaki...)

ULUSOY, Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFD, C. 48, S. 1, 1999, s. 165-176. (Fransız ve Avrupa Birliği...)

ULUSOY, Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör: Ali ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 1-22. (Yeni Anayasal Durumda...)

ULUSOY, Ali, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013. (İdari Yaptırım...)

UZ, Abdullah, “İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: “İDDAA” Örneği”, AÜHFD, C.57, S.1, 2008, s. 183-223.

ÜLGEN, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 3-39.

WALINE, Marcel, “İdari Mukaveleler” (Çeviren: Hâmide UZBARK), AÜHFD, C.1, S. 4, 1944, s. 563.-570.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2010.

YENİCE, Kâzım/ESİN, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, Ankara 1983.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY, Özge, İdare Hukuku II, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 13-28.

YILMAZ, Dilşat, “İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2013, s.163-180.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.