

# YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ SÖZLEŞME KRİTERLERİ

Mehmet TANK<sup>1</sup>

## ÖZET

İdareler çeşitli kamu hizmetlerini yerine getirirken bizzat kendi personel ve maddi olanaklarından yararlanabileceği gibi hizmeti bir özel kişiye ya da özel hukuk tüzel kişisine de gördürebilir. Bu ikinci yol tercih edildiğinde, hizmetin ifası genelde sözleşmeler akdetmek suretiyle gerçekleştirilir. Bu sözleşmeler ise kendi içinde idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesine ilişkin idarenin taraf olduğu bir sözleşme ile karşılaşıldığında, bunun idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu tespit etmek için çeşitli kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır. Sözleşmelerin nitelendirilmesindeki kriterler icra safhasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak norm açısından önem arz eder. Eğer bir sözleşme idari sözleşme olarak nitelendirilmişse idari yargının, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ise bu defa adli yargının görevli olduğu kabul edilmektedir. Bu çalışmanın konusunu da yargısal içtihatlar yoluyla oluşturulan bu kriterlerin irdelenmesi ile sözleşmeye ilişkin kriterlerin yasama organı tasarruflarıyla belirlenmesi karşısında, Danıştay içtihatlarının tartışılması oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İdari sözleşme, Özel Hukuk Sözleşmesi, Yargısal İçtihat, Kamu Hizmeti, Nitelendirme, Kriter, Yasama, Danıştay.

\*\*\*

## GİRİŞ

Türk hukuk sisteminde kamu idaresinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yaptığı sözleşmelerin tabi olduğu hukuksal rejim ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde görevli yargı mercii- nin belirlenmesinde sözleşmedeki hükümler ölçüt alınarak bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Sözleşmenin içerdiği hükümlere göre özel hukuk rejimine tâbi olan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı organları tarafından çözüldüğü idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve kamu hukuku rejimine tâbi olan ve uyuşmazlık durumunda idari yargı organla-

<sup>1</sup> İdari Yargı Hâkimi (Tekirdağ Vergi Mahkemesi Üyesi).

rının görevli olduğu idari sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>2</sup> İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin nitelendirilmesinde o sözleşmenin tabi olacağı hukuksal rejimin belirlenmesi uyumsuzluk durumunda hangi yargı kolunun görev alanına gireceğini tespit için önem arz eder. Zira bir sözleşmenin nitelendirilmesinde kanunla belirleme yapılmış ve sözleşmenin idari sözleşme olduğu kanun metninde belirlenmişse ortada bir sorun yoktur.<sup>3</sup> Ancak kanunla belirlemenin yapılmadığı, dolayısıyla hukuki rejim ve yargı kolunun belirsiz olduğu çoğu durumda ise nitelendirmenin, uyumsuzluk hallerinde konunun intikal ettirileceği yargı mercii ya da mercilerince çözümlenmesi gerekeceği tabiidir.

İdari sözleşmelerin nitelendirilmesi sorunun altında hukuki bir müessese olan sözleşmelere özel hukuktan farklı olarak kendine özgü kurallara tabi, çoğu kez belirleyici ve kurucu konumundaki idarelerin taraf olmasıyla, olayın ve uyumsuzluğun mahiyeti, dolayısıyla çözümünde ele alınacak kriterler değişmektedir. Söz konusu durumun, farklı bir hukuksal rejime sahip olma anlamında büyük ölçüde yargı kararlarıyla yaratılan bu farklı kategorinin, bir hukuksal kurum oluşumunda temel unsurlar olan yasal düzenlemeler, idari uygulamalar, yargı organlarının yorumları ve tüm bunları sistemleştiren öğretinin çalışmasına ilişkin girdilerde ortaya çıkan değişimlerle, devletin ve idarenin işlevlerine ilişkin olarak dönemsel anlayış farklılıkların hukuk sisteminde ortaya çıkardığı çelişkiler nedeniyle 'istikrarlı' bir hale gelmemesinden kaynaklandığı söylenebilir.<sup>4</sup>

İdare kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında bir takım sözleşmeler yapabilir. Özellikle bayındırlık işleri, iltizam sözleşmesi, istikraz (borçlanma) sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, vb şekilde sözleşmeleri, idari sözleşmeler olarak nitelendirirken Sıddık Sami Onar, sözleşmede bir tarafın idare olmasını, konunun idari hizmete ilişkin olmasını ve sözleşme

<sup>2</sup> Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III., Akgün Matbaası, İstanbul 1967, s,1590-1595, Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 186-187; Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2956, İstanbul 1982, s. 427-428; İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2001, s,833-836, Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 167; Güven DİNÇER, "**İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları**", DD, Y. 3, S. 8, 1973, s. 18, Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku C. II**, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s, 9, M. Ayhan TEKİNSOY, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜHFD, 2006, Cilt 55, S, 2,s,183-185

<sup>3</sup> Gözler, age, s,9

<sup>4</sup> TEKİNSOY, agm, s, 183

şeklinin idari sözleşme şeklinde olmasını yeterli görmemekte, idareye tanınmış üstün yetkilerin olmasını, sözleşmenin idarenin kudretine dayanması ve bu sebeple özel hukuk sözleşmelerinden farklılık arz etmesini de gerekli görürken buna rağmen sözleşmelerde idari sözleşme karakterini her zaman kolayca görmeyi mümkün olmayacağını ifade etmiştir.<sup>5</sup>

İdari sözleşmelerin özellikleri zaman içinde değişime uğramış, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için öngörülen şartlardan bir kısmını yitirmiştir. Buna karşılık bir sözleşmenin idari olup olmadığının ayırımı konusunda bazı unsurlar önem kazanmıştır.<sup>6</sup> Örneğin, önceleri sözleşmelerin uzun süreli olması esaslı şartlardan sayıldığı halde Danıştay'ın değişen içtihatlarıyla sözleşmelerin uzun süreli olması yerine yapılması öngörülen kamu hizmetinin sürekli bir kamu hizmeti niteliğinde olması şartı aranır olmuştur. Danıştay'ın 01.06.1950 tarih ve 50/264 sayılı kararında idari sözleşmelerin unsurları şöyle açıklanmıştır; bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin olmalı, diğer taraf hizmetin ifasına şahsen katılmalı, idare ile diğer taraf kamu kudretine has imtiyaz ve yetkilerle donatılmış olmalı, sözleşmeye genel bir şartname eklenmiş olmalı, sözleşmenin bir hükmü ile doğacak anlaşmazlıkların idari yargıda çözümleneceği belirtilmiş olmalı ve sözleşme uzun süreli olmalı.<sup>7</sup>

Bu bakımdan bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin idarenin taraf olduğu bir sözleşme ile karşılaşıldığında, bunun idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu tespit etmek açısından, çeşitli kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır ki işte bu çalışmanın konusunu da yargısal içtihatlar yoluyla oluşturulan bu kriterlerin irdelenmesi ile sözleşmeye ilişkin kriterlerin yasama organı tasarruflarıyla belirlenmesi karşısında, Danıştay'ın konuya ilişkin güncel içtihatlarının tartışılması olmaktadır.

## I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKSAL REJİMİ

İdarenin tek yanlı işlemleri ile hukuk yaşamında değişiklik yapma yetkisi olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için iradelerin uyuşması yolunu, yani özellikle sözleşme yolunu da seçebilir. Bilindiği

<sup>5</sup> ONAR, age, s, 1595

<sup>6</sup> BAŞPINAR, Recep "İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar", Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), Danıştay Matbaası, II. Baskı, Ankara 1986, s, 513

<sup>7</sup> KARAVELİOĞLU, Celal, "Değişiklik - Açıklama ve En Son İchtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu", 5. Baskı, Cilt I, Kayseri 2001, s. 344

üzere devlet bir toplum içindeki en büyük tüketici olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesi için çeşitli mal ve hizmetlere gereksinim duyar. Bu ihtiyacını her zaman tek yanlı işlemlerden olan kamulaştırma ya da istimval yoluyla karşılaması olanaklı olmayabilir. Bu nedenle idare sözleşme yoluna başvurmak zorundadır. Bununla birlikte ‘idarenin sözleşmeleri’ ile ‘idari sözleşmeler’i birbirinden ayırt etmek gerekir. İdarenin yaptığı tüm sözleşmeleri idari sözleşme olarak görmemek gerekir.<sup>8</sup> Bu bağlamda idarenin yaptığı sözleşmeler “idari sözleşme” ile idarenin “özel hukuk sözleşmeleri” olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenirken, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır.

Özel hukuk sözleşmelerinin hepsi borçlar hukuku kurallarına göre düzenlenir ve uygulanırken, idari sözleşmeler bir bölümü kanunlara dayanan ve ancak gerçekte, mahkeme kararları ile oluşmuş idare hukuku kurallarına bağlıdır.<sup>9</sup> Başka bir ifade ile her zaman sözleşmenin türü kanun hükümlerinden anlaşılabilir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin niteliğine bakmak gerektiği ve sözleşmenin niteliği incelenirken de sözleşmenin konusu ve taraflar arasındaki hukuksal ilişkiden hareket etmek gerektiği kabul edilmekte idi.<sup>10</sup>

512

### A. İdari Sözleşme Hükümleri

İdari sözleşmeler çoğu zaman özel hukuk sözleşmeleri gibi öznel ve kişisel hukuksal durumlar yaratırken, kimi durumlarda karma özellik göstererek bir kısım hükümleriyle de sözleşmeye taraf olan özel kişiye daha önce var olan, kanun ve düzenleyici işlemlerle saptanmış bir statüyü uygulurlar. Başka bir deyişle idari sözleşmeler kimi yönden sözleşme, kimi yönden koşul işlemidir.

Bu karmaşık işlemlere bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilgili olarak idarenin yaptığı imtiyaz sözleşmeleri ile hizmet sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Gerçekten idari hizmet sözleşmelerine kimi zaman “memurlar hakkında yürürlükte bulunan mevzuatın uygulanacağı” şeklinde hükümler konulması durumunda bu personel ile idare arasında sözleşmenin ya-

<sup>8</sup> GİRİTLİ, BİLGEN AKGÜNER, age, s, 828

<sup>9</sup> GİRİTLİ, BİLGEN AKGÜNER, age s, 829

<sup>10</sup> ASLAN, Zehreddin, ARAT, Nihat, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*,” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 s.1-25 Konuya ilişkin içtihat değişiklikleri ilerde açıklanmıştır.

rattığı kişisel ve öznel durumun yanı sıra pozitif düzenlemelerle saptanmış bir statü sağlanmış olmaktadır. Bununla birlikte idari sözleşmelerin hukuksal rejimi denildiğinde en başta medeni ve borçlar hukuku kurallarından farklı olarak özerk bir alan olan idare hukuku kurallarının uygulanması söz konusudur. Ancak bazı uyuşmazlık durumlarında idare hukukuyla konunun çözüme kavuşturulması mümkün olmadığı takdirde özel hukuk kurallarından yararlanılmasına da engel bir durum bulunmamaktadır.<sup>11</sup>

Belirli bir hukuksal sonucu doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklaması<sup>12</sup> şeklinde tanımlanan idari sözleşmeler idarenin iki yanlı işlemlerinden biridir. İdarenin iki yanlı işlemlerinde yapılan işlemin hukuki sonuç doğurabilmesi için sadece idare tarafından bir iradenin açıklanması yeterli olmayıp, bunun karşı taraf açısından da kabul edilmiş olması gerekmektedir.

## **B. İki Yanlı İşlem Olarak İdari Sözleşmeler**

İdari sözleşmeyi tek yanlı idari işlemlerden ayıran öncelikli kriter, birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin iradesinin mevcut olması gereğidir. Doğası gereği bir sözleşmeden bahsedebilmek için tek bir kişinin iradesi yeteri değildir. Ancak tek başına birden fazla iradenin mevcut oluşu da sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Örneğin imar plan değişikliğine ilişkin birden fazla iradenin bir araya gelmesiyle alınan kolektif işlem olan encümen kararı ile müşterek kararname ile vali atanması işlemleri, aynı yönde birden fazla iradenin ürünü olan ancak sözleşme niteliğinde olmayan işlemlerdendir. Birden fazla iradenin bir sözleşme meydana getirmesi için ihtiyaç duyulan şey, bir konuda birden fazla iradenin açıklanmasının ancak karşılıklı olarak açıklanması ile sözleşme ilişkisinin kurulabilmesidir.

Burada ayrıca iki yanlı idari işlemlerden olan sözleşmeleri tek yanlı idari işlemlerden ayıran bir diğer kriter ise, sözleşmenin içeriği konuyla ilgili olan niteliksel kriterdir. Bundan tek yanlı idari işlemler üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade edebilirken, idari sözleşmeler sözleşmenin tarafları üzerinde hüküm ve sonuç doğuracağı anlaşılmaktadır.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> GİRİTLİ, BİLGİN AKGÜNER, age, s, 829-830

<sup>12</sup> GÖZLER, age, s, 2

<sup>13</sup> GÖZLER, age, s, 4

### C. İdari Sözleşmeler ile İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri Ayırımı

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin, tamamen özel hukuk rejimine tabi olması ve dolayısıyla bunların hukuksal denetiminin adli yargı mercilerince yapılmasına karşılık; idari sözleşmeler, idare hukuku rejimine tabi kılınarak bunlar üzerindeki yargısal denetim ise idari yargı düzeninde gerçekleştirilmektedir.

İdari sözleşmelerin idare hukukunun en sorunlu alanlarından biri olduğu genellikle kabul edilmektedir.<sup>14</sup> Özellikle idari sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bu ayırmada kullanılan kriterler, idarenin taraf olduğu her iki sözleşme tipini birbirinden ayırmada çoğu zaman yetersiz kalmaktadır.<sup>15</sup> Hemen her bir kriter bakımından, söz konusu kriterin yetersiz kaldığı bir örnek bulmak mümkündür. İdari sözleşme özel hukuk sözleşmesi ayırımında ilk olarak kanunda sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır.<sup>16</sup> Sözleşmenin hukuki niteliğinin kanunla belirlenmesi, açık veya örtülü bir şekilde gerçekleşebilir. Kanunun sözleşmenin hukuki niteliğinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğunu öngördüğü durumlarda açık belirleme söz konusudur.<sup>17</sup>

514 Buna karşılık sözleşmenin hukuki niteliği ve uygulanacak hükümlerden bahsetmeksizin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için görevli yargı organlarının öngörülmesi durumunda dolaylı bir belirlemeden söz edilmektedir. Eğer bir kanunda sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılıyorsa artık başka bir kriterle irdelemeksizin görev konusu halledilmiş olması gerekir.<sup>18</sup>

İdarenin sözleşmeleri ile idari sözleşmelerin aynı şey olmadığı, idare özel emlakinin idaresi için özel sözleşmeler yapabildiği gibi, bir kısım kamu hizmetleri için de özel sözleşme yapabilmektedir. Tüm bu sözleşmeler, tarafı sırf idare olduğu için idarenin sözleşmeleri olmakla idari sözleşme olarak nitelendirilmez. Onar bu durumu şu cümlelerle ifade etmiştir: "...ne âkidin idare olması, ne konusunun kamu hizmeti olması ve ne de sözleşmenin yapılış şekilleri sözleşmenin idari sözleşme sayılması için

<sup>14</sup> TEKİNSOY, agm, s,183

<sup>15</sup> KLEİN'den aktaran' BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara -2007, s, 51

<sup>16</sup> TEKİNSOY, agm, s,185

<sup>17</sup> TEKİNSOY, agm, 186

<sup>18</sup> GÖZLER, age,, s,13-16, GÜNDAY, age,, s,168

yeterli değildir. İdari sözleşmeler idare kudretine dayanması, bu kudretin unsur ve karakterlerini ihtiva etmesi ve bu sebeple de idari usullerden birini teşkil etmesi bakımından mahiyet itibariyle, medeni ve ticari sözleşmelerden farklı olduğu halde bu idari sözleşmelerin karakterlerini her zaman kolayca görmek ve bunları özel hukuk sözleşmelerinden ayıracak kriterleri bulmak kolay değildir”.<sup>19</sup> Bu konuda ülkemizde gerek doktrinsel gerek yargı içtihatlarıyla yaşanan tartışmalara ilerleyen bölümlerde yer verilecektir.

### 1. Tip Sözleşmeler

Belirli hukuki durumlara uygulanabilen yeknesak nitelikteki hukuki işlem modelleri olarak tanımlayabileceğimiz tip işlemler, birçok alanda olduğu gibi, sözleşmeler bakımından da belirli ve birçok kategoride uygulanabilir niteliktedir. Tip işlemler sadece doldurulabilir birçok boşlukları bulunan, matbu ve hazır bir takım belgelerden oluşmaktadır.<sup>20</sup> Özellikle sözleşmeler alanında çeşitli formüller altında oluşturulan tip sözleşmelerin hemen her usulünü görebilmek mümkündür. Nitekim özel hukuk alanında ticari ilişkiler ve muameleler bakımından birçok tip sözleşme örneğine rastlamak mümkündür.

İdari sözleşmelerde ise üstün ve ayrıcalıklı bir takım yetkilerle donatılmış bulunan idare açısından da çoğunlukla sözleşmelerin hüküm ve şartlarını tek yanlı iradesiyle ve prototip işlemler şeklinde hazırlayıp, üçüncü kişilerin oluruna sunar ki bu tip sözleşmelere katılmalı sözleşmeler denir.<sup>21</sup> İdari sözleşmelerde ve özellikle de imtiyaz ve bayındırlık sözleşmelerinde bu tip prototip işlemleri oluşturan ‘şartnameler’ aynı zamanda tip sözleşmelerin en belirgin özelliğini de oluşturmaktadır. Ayrıca idari sözleşmelerin eki olarak matbu ve tek tip şekilde hazırlanan şartnameler, hukuki bir metin olarak ancak imzalandıktan sonra sözleşme ile birlikte hüküm ifade eder. Bununla beraber sözleşmelerden bağımsız hukuki değer taşıyan tip işlemler sözleşmeden ayrılabilir bir işlem olarak da değerlendirilmek mümkündür.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> ONAR, age, s, 1594- 1595

<sup>20</sup> Pierrette RONGERE, “Le Procédé de L’Acte- Type”, LGDJ., Prés. et sout, Paris 1968, s, 9’dan aktaran, Celal, ERKUT, “İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği” Danıştay Yayınları No:51, s,38

<sup>21</sup> RONGERE, age, s,17’den aktaran, ERKUT, age, s,38

<sup>22</sup> RONGERE, age, s,18’den aktaran, ERKUT, age, s,38

## 2. Sözleşmeden Ayrılabilen İşlemler

Kamu hukukunun bir çok alanında uygulanma yeteneğine sahip olan ‘ayrılabilir işlemler’ kuramı sayesinde idari yargı önünde dava konusu edilemeyecek nitelikteki hukuksal prosedür ve statüler içinde yer alan, ama etkileri bakımından bunlardan farklı özelliklere sahip olan işlemler, idari yargı önünde dava konusu edilebilir hale gelmişlerdir.<sup>23</sup> Diğer taraftan kuram sayesinde iptal davası açılmayan birçok idari işlemin de dava konusu edilebilir hale gelmiştir. Sözleşmeler açısından imzalanıp yürürlüğe konulması aşamasından önceki hazırlık safhasında yapılan tek yanlı işlemlerin sözleşme ile birlikte bir bütünlük oluşturduğuna yönelik teoriler zamanla terk edilmiştir. Fransız Danıştay’ının ‘Martin’ kararındaki gibi, ilk kez ayrılabilir işlem teorisi uygulanarak sözleşmelerden ayrılabilen işlemlerin iptali halinde, otomatik olarak sözleşmenin iptali sonucunun ortaya çıkarmayacağını belirtmek gerekir.<sup>24</sup>

Taraflarının sözleşmeyi imzalamasıyla kurulan sözleşme ilişkisi bazı durumlarda idari sözleşmenin uygulanabilmesi için yeterli olmayabilir. Bazı hallerde, yasal düzenlemeler sözleşmenin kesinleşmesi konusunda, imza sahibi idarenin dışındaki üst mercilerin veya vesayet makamlarının onay iradelerini de gerekli görebilir. İşte bu aşamalardan önceki hazırlık safhalarında ya da sözleşme yürürlüğe konulduktan sonraki dönemde idarenin yaptığı çeşitli tek yanlı işlemlerin sözleşmeye uygulanan hukuki rejime mi tabi olacakları, yoksa bundan ayrılarak tek yanlı idari işlemler için öngörülen hukuki rejim içinde mi mütalaa edilecekleri konusu gerek öğreti ve gerekse içtihatlarda çeşitli tartışmaları gündeme getirmiştir. Ancak her zaman sözleşmenin yürütülmesine ilişkin olarak idarenin yaptığı bazı tek yanlı işlemlerin sözleşmeden ayrılamaz nitelikte kabul edilmeleri, bunların idari işlem sayılmamaları nedeniyle değil, aksine bu tür işlemlerin sözleşmeyle bütünlük içinde olmaları ve dolayısıyla sözleşmenin hukuk rejimine bağlanmaları gerekliliğinin benimsenmesinden ötürü-

516

<sup>23</sup> C. A. Collard “**La Notion De Acte detachable et son rale dans.** La Jurisprudence du Conseil d’Etat, in Mel.Achille Mestre, Paris sirey 1956,s, 115’den aktaran ERKUT, age, s, 39

<sup>24</sup> Bakınız, C.E. Martin 4.8.1905 İn Long-Weil Braibant, s,64, karara konu olayda , Loiret Cher vilayeti Genel meclis üyesi olan Martin “şehir içinde tramvay işletilmesi konusunda verilecek imtiyazlar” hakkında meclisin almış olduğu bir izi kararın hukuka aykırılığı iddiasıyla bunların iptali için dava açmış; Valiliğin konunun sözleşmeler ile ilgili olduğu” şeklindeki savunmasına rağmen, Conseil d’Etat, kendini görevli kabul ederek davayı incelemiştir.(Aktaran, Erkut, age, s,55)



dür.<sup>25</sup> Bu itibarla sözleşmenin çeşitli aşamalarında yapılan tek yanlı işlemler, her halükarda idari işlem olmakla beraber, bunlardan hangisinin sözleşme ilişkisinden ayrı olarak hukuki değer ifade edebileceğine ve bu suretle iptal davasına konu oluşturabileceğine<sup>26</sup> takdir yetkisi kapsamında, mahkemece karar verileceğini de belirtmek gerekir.

Öğretinin büyük bir kısmında sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki tüm işlemlerin iptal davasına konu oluşturacağı kabul edilmektedir. Hatta bu açıdan sözleşmenin idari nitelikte ya da özel hukuk sözleşmesi olmasının da bir önem taşımadığı ve her iki tür sözleşmeden de ayrılabilir işlemlere karşı hem üçüncü kişilerce hem de sözleşmenin taraflarınca iptal davası açılabilceği görüşleri egemen durumdadır.

Özellikle henüz idari sözleşmeler oluşmadan önce, sözleşmenin geçerliliği için zorunlu olarak yapılan bir takım idari işlemlerin, sözleşmenin hazırlanmasına katkıda bulunan ve tamamen sözleşmeden bağımsız olarak hukuki sonuçlar doğurabilen tek yanlı işlemler olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Nitekim ayrılabilir işlemler kuramı bu konuda oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu itibarla sözleşme taraflarca imzalanmadan önce idare tarafından yapılan ‘sözleşme için izin verme’, ‘sözleşmenin onayı’, ‘imza için yetkili kılma’, gibi idari işlemler ile daha da önemlisi ‘ihale’ prosedürü içinde yapılan birçok işlem ve şartnameler, her biri sözleşmelerden ayrı olarak hukuki sonuçlar doğurabilir niteliktedir.<sup>27</sup>

## II. SÖZLEŞMENİN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olması, onun bir uyumsuzluk durumunda hangi yargı merciinde çözüme kavuşturulacağına belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Ortaya çıkan bir uyumsuzluğun adli yargının ya da idari yargının görev alanına girmesinin, pratikte taraflar açısından ne gibi yararlar ya da zararlar doğuracağı tartışma konusudur. Örneğin idari yargıda bir idari sözleşmenin tamamının ya da bazı hükümlerinin iptal davasına konu edilebilmesi açısından menfaat kriterine göre dava açılması mümkün iken adli yargıda görülecek olan bir özel hukuk sözleşmesinde, sözleşmeyi imzalayan taraflar dışında konunun yargıya intikali her zaman mümkün olma-

---

<sup>25</sup> ERKUT, age, s, 40

<sup>26</sup> ERKUT, age, s, 41

<sup>27</sup> ERKUT, age, s,40

yabilir. Bu bağlamda özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen bazı idari sözleşme türleri sırf yasa ile özel hukuk rejimine tabi tutulması neticesinde idari yargının objektif denetimi dışında bırakılabilmektedir.

### A. Yargısal İçtihatlarıyla Belirlenme Kriteri

Yasama organının kanunla nitelendirme yapmadığı durumlarda başka bir kriter belirlemek kaçınılmazdır. İdari sözleşmelerinin niteliğinin kanunla belirlendiği durumlar mevcutsa da çoğu durumda kanunlar idareye belirli bir konuda sözleşme yapma yetkisi verirler. Ancak bu sözleşmenin bir 'idari sözleşme' mi yoksa 'özel hukuk sözleşmesi' mi olduğunu belirtmezler. Böyle bir durumda bu sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığına tespitinin nasıl yapılacağına dair idari yargı organlarının ortaya koyduğu içtihatlar yoluyla 'organik' ve 'maddi' olmak üzere iki kriter benimsemiştir.<sup>28</sup>

#### 1. Organik Kriter

Organik kriter sözleşmenin taraflarına ilişkin bir kriterdir. Buna göre, bir sözleşmenin 'idari sözleşme' olabilmesi için sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişiliğini haiz bir idare olması gerekir.<sup>29</sup> Ayrıca idare adına sözleşme yapacak kimselerin bu konuda yetkili olmaları da gerekir.<sup>30</sup> Bu nedenle iki özel kişi arasında yapılan bir sözleşmenin ilke olarak 'idari sözleşme' olmayacağı kabul edilmektedir. Sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi, mahalli idare ya da kamu kurumu değilse, bu sözleşmenin içeriği neye ilişkin olursa olsun isterse kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olsun bu sözleşme bir 'idari sözleşme' olamaz. Örneğin kamu hizmeti gören imtiyazlı ortakların kamu hizmetiyle ilişkili sözleşmeleri, idari sözleşme olmadığı gibi idarenin tam bir taraf durumunda olmadığı ve ancak sadece tarafların sözleşmeyi yapmalarını kolaylaştırıcı müdahalelerde bulunduğu ya da fiyat saptadığı sözleşmeler idari sözleşme sayılmazlar.<sup>31</sup>

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın organik kritere ilişkin müstakar hale gelmiş birçok kararında sözleşmenin taraflarından en az

---

<sup>28</sup> GÖZLER, age, s, 18

<sup>29</sup> De LAUBADERE, André, de MODERNE, Franck, DELVOLVE Pierre: **Traité des contrats administratifs**, L.G.D.J., Tome Premier, Paris 1983, s,180'den aktaran GÖZLER, s,19

<sup>30</sup> BAŞPINAR, Recep, agm, s,515

<sup>31</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, age, s, 832

birinin kamu tüzel kişisi olmadığı durumlarda sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir. Fransa’da, anılan merciler sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup olmadığına bakmamışlardır. Bu da organik kritere verilen önceliği göstermektedir.<sup>32</sup>

Kamu tüzelkişisi şartı temel bir özellik olmakla birlikte bu konuda iki soruna değinilmesi zorunludur: Bunlardan birincisi kamu tüzelkişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerdir. İki tarafın da kamu tüzelkişisi olması durumunda bu sözleşmelerin kural olarak idari sözleşme sayılmasının gerekip gerekmediği düşünülebilir.<sup>33</sup> Ancak kamu tüzelkişisi ölçütü gerçek bir ölçüt olmayıp, yalnızca sözleşmeyle idare arasındaki bağı ortaya koymaya yönelik olduğundan, iki kamu tüzelkişisi arasındaki ilişkinin her zaman kamu hukukuna tâbi bir ilişki gibi düşünmek yanıltıcıdır. Kamu tüzelkişilerinin her türlü faaliyet ve işlemlerinin kamu hukukuna tâbi olmadığı açıktır. İki kamu tüzelkişisi, aralarındaki ilişkinin kamu hukukuna tâbi olmadığı bir alanda sözleşme yapabilirler.<sup>34</sup> İki özel hukuk kişisi arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde güçlü bir karinenin var olduğu kabul edilebilirse de iki kamu tüzelkişisinin yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olduğu yönünde bir karine söz konusu olamaz.

İkinci sorun ise, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari nitelik taşımasının mümkün olup olmadığıdır. Belli koşullarda, iki özel kişi arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme özelliği taşıyabileceği, Fransız hukukunda kabul edilmektedir. Genel kural iki özel kişi arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasıdır. Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 tarihli kararıyla, otoyol imtiyazcısı konumundaki karma ekonomik yapılı şirketle müteahhit arasındaki sözleş-

---

<sup>32</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Gözler age, s, 20

<sup>33</sup> Nitekim Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 21 Mart 1983 tarihli Union des assurances de Paris (UAP) kararında, iki kamu tüzelkişisi arasında yapılan sözleşmenin, konusu itibarıyla taraflar arasında özel hukuk ilişkilerine vücut vermemesi kaydıyla, ilke olarak idari nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Laurent RICHER, **Droit des Contrats Administratifs**, 2 Edition, L.G.D.J., Paris 1999, s. 120’den aktaran TEKİNSOY, agm, s, 193

<sup>34</sup> Sınai ve ticari kamu hizmetlerinde kullanıcılarla yapılan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olduğunun kabul edildiğinden hizmeti sağlayan kamu tüzelkişisinin, hizmetten yararlanan diğer bir kamu tüzelkişisiyle yaptığı sözleşme de özel hukuka tâbi olacaktır (René CHAPUS, **Droit Administratif Général - Tome 1**, 11 Edition, Montchrestien, Paris 1997, s. 492).’den aktaran, TEKİNSOY, agm, s,193

leşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir.<sup>35</sup> Mahkeme, bu şirketlerin özel hukuk kişileri olmalarına rağmen *devlet hesabına* hareket ettiklerini benimserken, genel olarak özel hukuk tüzelkişisinin değil karma ekonomi yapılı bir şirketin söz konusu olmasını, otoyol yapımının aslen devlete ait olmasını ve karma ekonomi yapılı şirketin kamu hizmetini yerine getirdiğini dikkate alarak karar vermiştir.<sup>36</sup> Kamu hizmeti imtiyazları açısından değerlendirildiğinde, imtiyazcıyla hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkinin öteden beri özel hukuk ilişkisi sayılması bu yargıyı güçlendirmektedir. Ancak son dönemde telekomünikasyon alanındaki düzenlemeler nedeniyle tarafların her ikisinin de özel hukuk tüzelkişisi olduğu sözleşmelerin idari sözleşme olup olamayacağı tartışılabilir.

Türkiye’de GSM mobil telefon hizmetleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yoluyla gördürülmektedir. İmtiyazla gördürülen bu hizmette işletmeciler, farklı şebekeler arasında ara bağlantı sağlanabilmesi için de ayrıca sözleşme yapmak zorundadırlar. Ankara 9. İdare Mahkemesi, imtiyaz sözleşmesinin bir türü olan görev sözleşmesi ile telekomünikasyon hizmetlerini yürüten Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile özel işletmeciler arasındaki arabağlantı sözleşmesini (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi) idari sözleşme olarak nitelemiştir.<sup>37</sup> Ancak arabağlantı sözleşmeleri yalnızca, kamu tüzelkişisi olan Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile imtiyazcı özel şirketler arasında değil, GSM hizmeti yürüten özel şirketler arasında da imzalanacaktır. Arabağlantı sözleşmesinin, içerdiği hükümler itibarıyla<sup>38</sup> değil, bir imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle idari sözleşme olduğu kabul edilirse, Türk hukukunda da taraflarının ikisi

<sup>35</sup> TEKİNSOY, agm, s, 194

<sup>36</sup> Jean-François PREVOST, “A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)”, R.D.P., 1971, s. 829.’den aktaran, Tekinsoy, s, 194

<sup>37</sup> Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 1999/577, K. 2000/831, k.t. 4.10.2000 (Yayınlanmamıştır).

<sup>38</sup> ULUSOY’a göre, “Yasal düzenlemelerde arabağlantı sözleşmelerinin hangi hukuksal rejime tâbi olacakları konusunda açık bir hükme yer verilmediğine ve fakat, arabağlantı işletmecilerin aralarında serbest iradeyle yapacakları bir anlaşmaya tâbi tutulduğuna göre, herhangi bir tarafın bu anlaşmada üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadığı, diğer bir deyimle, tarafların eşit konumda olduğu kabul edilmiş demektir. Tarafların kendi rızalarıyla ve tamamen eşit konumda oldukları anlaşmalara dayanan sözleşmelerin ise idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğu tartışmasızdır” (Ali ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 86). Ancak tarafların rızası olmakla birlikte, kanundan kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunması, sorunu farklı bir alana taşıyabilir. ‘aktaran Tekinsoy, s,195

de imtiyazcı özel kişi olan bir idari sözleşme türünün ortaya çıktığı söylenebilir.<sup>39</sup>

## 2. Maddi Kriter

Yukarıda açıklanan organik kriter ile maddi kriter bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı konusunda yapılacak nitelendirme de birbirini tamamlayan iki kriterdir. Maddi kriter sözleşmenin taraflarına değil içeriğine, yani konusuna ve hükümlerine ilişkin kriterdir. Bu kriter gereği taraflardan en az birinin kamu tüzel kişisi olduğu bir sözleşmenin ‘idari sözleşme’ sayılabilmesi için ya bu sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olması ya da bu sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gerekir.<sup>40</sup>

### a. Bir Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olma

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu hizmetin yürütülmesine ilişkin de olması gerekir. Örneğin idarenin özel mülkünün idaresi için yapılan sözleşmeler, kiralama satın alma sözleşmeleri, bir yolun inşası için parke satın alınması gibi sözleşmeler bu kabildendir.<sup>41</sup> Bunlar özel hukuk kişisi gibi piyasa şartlarında yapılan ve özel hukuk rejimlerinin uygulandığı sözleşmelerdir. 521 sayılı Danıştay Kanununun 30’uncu maddesi idari sözleşme kavramına geniş bir yer vermiş ve ‘genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen sözleşmeleri’ bu kategoriye almak suretiyle kamu hizmetinin doğrudan doğruya işletilmesine taalluk eden imtiyaz ve müşterek emanet sözleşmeleriyle sınırlandırmıştır.<sup>42</sup>

521

“...idari kazanın vazifesi ve bir sözleşmenin idari mahiyette olması sözleşmenin kamu hukuku ve rejimlerinin tatbiki suretiyle hazırlanmış olması halinde teessüs eder. Sözleşmenin kamu hukuku hükümlerine dayandığını ortaya koyacak husus ta; sözleşmeye genel bir şartname eklenmiş olması, müteahhidin şahsen kamu hizmetinin işlemesine iştiraki, işin mahiyetinin zaruri olarak kamu hizmetine ilişkin olması, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görev alanına girdiğinin

---

<sup>39</sup> TEKİNSOY, agm, s, 195

<sup>40</sup> GÖZLER, age, s, 24

<sup>41</sup> ONAR, age, s,1600

<sup>42</sup> ONAR, age s, 1601

açıkça kabul edilmiş olması gibi hususların sözleşme metin ve mahiyetinden anlaşılması gerekir”<sup>43</sup>.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kamu hizmetini yürütmek ve kamu yararını sağlamak konusu ve amacıyla yapılan kimi sözleşmeleri idari biçimde ya da özel hukuk sözleşmesi biçiminde yapma konusunda idarenin bir seçimlik hakkı bulunduğu, buna göre, sözleşme metninin incelenerek idarenin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi yapmak istediğinin araştırılması gerektiğini; eğer sözleşme ile idarenin üstünlüğü ve otoritesi kabul edilmişse yani idare sözleşmeye taraf özel kişiye karşı kamu gücünden doğan üstün yetkilerle donatılmışsa, idarenin idari sözleşme yapmak istediği anlaşılmalıdır.<sup>44</sup> Başka bir deyişle idari sözleşme özel hukuku aşan koşullar içermelidir.<sup>45</sup>

Uyuşmazlık mahkemesinin 1950'li yıllarda benimsediği ancak sonraki dönemlerde terk edilen iki kriteri daha mevcuttur ki bunlarda sözleşmenin genel bir şartname içermesi ve yine sözleşmenin uzun süreli olmasıdır.<sup>46</sup>

Danıştay içtihatlarına göre sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması, idari sözleşme sayılması için yeterli görülmemekte, bunun için sözleşmenin 'özüne', 'içeriğine' ve 'biçimine' bakmak gerektiğini; ayrıca bir sözleşme özel hukuku aşan koşullar içeriyorsa yani idareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınmış olması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>47</sup> Ancak Danıştay içtihatlarında uzun süreli olma koşulu pek aranmamıştır.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 24.09.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı, Kararlar Dergisi Sayı, 14 s,52'den aktaran ONAR, age,s,1602

<sup>44</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.1953 tarihli E:1953/2;K:1953/5 sayılı kararı, 08.04.1953 tarih ve 8380 sayılı Resmi Gazete'den aktaran, GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, age, s, 834

<sup>45</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, age, s,834

<sup>46</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.01.1946 tarihli E:1946/5;K:1946/1 sayılı kararı, 11.03.1946 tarih ve 6254 sayılı Resmi Gazete'den aktaran, GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, age, s, 834

<sup>47</sup> Danıştay DDGK'nun 08.07.1941 tarih ve E:1941/141,K:1941/216 sayılı kararı, Danıştay DDGK'nun 24.02.1940 tarih ve E:1940/290,K:1941/210 sayılı kararı; Danıştay 5. Dairesinin 12.04.1944 tarih ve E:1944/1952,K:1944/852 sayılı kararı; Danıştay DDGK'nun 08.07.1941 tarih ve E:1941/141,K:1941/ 216 sayılı kararları aktaran Pertev Bilgen "Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İchtihatlarına Göre İdari Söz-

## b. Özel Hukuku Aşan Hükümler İçermesi

Bir kamu tüzel kişisi ile bir özel kişi arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için ya bu sözleşmenin ‘bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması’ ya da bu sözleşmenin ‘özel hukuku aşan hükümler içermesi’ gerekir. Özel hukuku aşan hükümlerden bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri nitelikteki kayıt ve şartlardır.<sup>49</sup> Bu tür hükümlerin bir kısmının özel hukuk sözleşmelerine konulması hukuken mümkün değildir. Örneğin sözleşme konusu borcun cebri icrasını, bir tarafa bazı vergi muafiyetleri tanınması öngören hükümler bu türdür. Özel hukuku aşan hükümlerin diğer bir kısmı ise kamu yararının korunması amacıyla eşitlik ilkesine aykırı ayrıcalıklar içeren, özel kişiyi denetleme yetkisi, uygulanacak fiyat tarifesini belirleme yetkisi, çalışma saatlerini belirleme yetkisi, sözleşmeci taraf üzerinde tek taraflı yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmeyi fesih yetkisi, sözleşmeyi değiştirme yetkisi, sözleşmeci özel kişiye belirli faaliyetler için idarenin iznini alma zorunluluğu gibi hükümler özel hukuku aşan hükümler olarak sıralanabilir.<sup>50</sup>

İdari sözleşmelerde idareye bu şekilde üstün bir salahiyet tanınmasının nedeni idarenin kamu hizmetinin devam ve sürdürülmesini, muntazam ve kesintisiz bir şekilde yerine getirilmesini temin etmekle yükümlü olması, sözleşmenin diğer tarafların sözleşmeye aykırı hareketleri ve bundan çıkacak uyuşmazlıkların hizmeti aksatmaması, sürüncemede bırakmaması sağlamak zorundadır.<sup>51</sup> Çünkü burada sözleşmeye aykırılık sadece karşı tarafı yani idareyi değil tüm kamuyu ilgilendirir. İdari sözleşmelerde idareye tanınan bu özel hukuku aşan haklar bilhassa icrai karar ve resen hareket edebilme salahiyeti idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran idari usulü ortaya koyan özelliklerdir.<sup>52</sup>

Türk idare hukuku sisteminde de yargı organları genel ifadelerle sözleşmenin, idarenin diğer tarafa göre üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler

---

**leşmenin Kriterleri”** İstanbul, 1970,s,69-110’dan aktaran GİRİTLİ, BİLGE, AKGÜNER, age, s,835

<sup>48</sup> GİRİTLİ, BİLGE, AKGÜNER, age, s,835

<sup>49</sup> GÖZLER, age, s, 29

<sup>50</sup> CHAPUS, Droit ; **Administratif General**, Paris, Montchrestien, 15. Bası,2001, Cilt,1 s, 553’den aktaran GÖZLER, age, s, 29

<sup>51</sup> ONAR, age, s,1597

<sup>52</sup> ONAR, age, s, 1597

taşımını ölçüt olarak kullandığı ilk örneğin Danıştay'ın 11.1.1966 tarihli kararı olduğu, anılan kararda, "özel hukuku aşan hüküm ve şartlar" teriminin kullandığı ve bununla bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesini ifade ettiğini belirtilmektedir. Buna göre, "(... Yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen şartlar Yüksek Mahkemelerce özel hukuku aşan şartlar olarak kabul edilmektedir)"<sup>53</sup>

Özel hukuku aşan hükümler hukuka aykırı hükümler değildir. Bunlar sadece özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan hükümlerdir. Bu hükümler belki özel hukuka aykırı olabilirler ancak kamu hukukuna aykırı değildir. Bununla birlikte, belirli bir konuda yapılan idari sözleşmeye taraflara vergi muafiyeti tanınmasına dair bir hüküm konulması durumunda sözleşmenin bu hükümlerinin de kanuna aykırı olacağını ve dolayısıyla hükümsüz olacağını da söylenebilir.<sup>54</sup>

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

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

---

<sup>53</sup> BİLGİN, Pertev: **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970, s. 131.'den aktaran, TEKİNSOY, M. Ayhan, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜHFD, 2006, Cilt 55, S. 229 s,203

<sup>54</sup> GÖZLER, age, s. 31



sözleşme özel hukuk sözleşmesi olduğundan, sözleşmede yer almadıkça, taraflarca karşılıklı olarak kabul edilmedikçe uygulanamaz.<sup>55</sup>

### c. Özel Hukuku Aşan Rejim

İdari sözleşmelere özel hukuku aşan hükümleri yasama organının çizdiği çerçevede genellikle sözleşmelerin tarafları koymaktadırlar. Ancak bazı istisnai durumlarda özel hukuku aşan bir hukuki rejim uygulanmasını bizzat kanun koyucu öngörmüş olabilir. Fransa'da böyle bir durumda 'özel hukuku aşan hükümler' den değil 'özel hukuku aşan rejim'den bahsedilir ve bir sözleşme için kanunla özel hukuku aşan bir rejim öngörülmüş ise bu sözleşme bir idari sözleşmedir.<sup>56</sup>

Fransız Danıştay bu rejimden ilk kez 19 Ocak 1973 tarihli *Rivière du Sant* kararında bahsedilmiştir<sup>57</sup>. Bu kararda idari sözleşme, "özel hukuku aşan rejim"le tanımlanmış ve özel hukuk sözleşmesinden ayırt edilmiştir. Karara konu sözleşme, E.D.F. (Electricité de France) ile bağımsız bir elektrik üreticisi arasında yapılmıştır ve E.D.F.'in bu üreticiden elektrik satın almasına ilişkindir. Ancak sözleşme ne kamu hizmeti ile ilgilidir ne de özel hukuku aşan şartlar içermektedir. Buna karşın, özel hukuku aşan bir rejime tâbidir. Sözleşmeye uygulanacak özel birtakım düzenlemeler bulunmaktadır ve bunlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde özel hukuku aşan bir rejim oluşturur. E.D.F.'in elektrik alma yükümlülüğü altında olması ve uyuşmazlıkların zorunlu olarak ilgili bakana sunularak Elektrik ve Gaz Üst Kurulunun görüşü alındıktan sonra bakanca karara bağlanması, özel hukuku aşan rejimin saptanmasında kullanılmıştır.

Özel hukuku aşan rejimi öngörmeyen farklı bir örnek olarak ülkemizdeki arabağlantı sözleşmelerinin durumu irdelenebilir. Telekomünikasyon hizmetlerinin hukuksal rejimini yeniden düzenleyen ve telekomünikasyon konusundaki kanunlarda değişiklikler öngören 4502 sayılı Kanunun, lisans sözleşmelerinin aksine, arabağlantı sözleşmelerinin kamu hukuku rejimine mi özel hukuk rejimine mi tabi olacakları konusunda açık bir hüküm içermediği görülmektedir.

---

<sup>55</sup> TEKİNSOY, agm, s, 204

<sup>56</sup> Dupuis ve Guedon (Maria -Jose) **Droit Administratif**, Paris, Armand Colin ,1993' s, 366'dan aktaran GÖZLER, age, s,32

<sup>57</sup> LAUBADERE, André de -MODERNE, Franck -DELVOLLE Pierre: "**Traité des contrats administratifs**", L.G.D.J., Tome Premier, Paris 1983. s. 158-159'den'aktaran, TEKİNSOY, agm , 204

Kanun, arabağlantı sözleşmelerinin hangi hukuksal rejime tabi olacakları konusunda açık bir hükme yer vermediğine<sup>58</sup> ve fakat arabağlantıyı işletmecilerin aralarında serbest iradeleriyle yapacakları bir anlaşmaya tabi tuttuğuna göre, herhangi bir tarafın bu anlaşmada üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadığını, diğer bir deyimle, tarafların eşit konumda olduğunu kabul etmiştir. Tarafların kendi rızalarıyla ve tamamen eşit konumda oldukları anlaşmalara dayanan sözleşmelerin ise idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğu tartışmasızdır.

Ülkemizde telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren işletmecilerin şebekelerinin ve hizmetlerinin birbirleriyle iribatlandırılması ve değişik işletmecilerin abonelerinin aralarında haberleşebilmelerinin sağlanmasını ifade eden ara bağlantı, AB’de olduğu gibi tüm dünyada telekomünikasyon sektörünün en önemli konularından biri olarak kabul edilmektedir. Özellikle AB hukukunda işletmeciler arasında ara bağlantının tarafların, şartlarını aralarında serbestçe ve eşit konumda kararlaştıracakları ticari bir sözleşme uyarınca, yani özel hukuk rejimine tabi olarak gerçekleşmesi, telekomünikasyon alanında serbest rekabetin sağlanabilmesinin en önemli koşullarından biri olarak benimsenmiştir. Bu bağlamda, değişik AB düzenlemelerinde ara bağlantının ‘ticari bir anlaşma’ olduğu vurgulanarak, bu konuda imzalanacak sözleşmelerin ‘özel hukuk sözleşmeleri’ niteliğinde olduğuna işaret edilmiş ve arabağlantı sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yasa ve diğer mevzuatta açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.<sup>59</sup>

526

## B. Kanunla Niteleme Kriteri- Kanunla Nitelemenin Anlamı

İdarenin bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla yapacağı sözleşmenin niteliğini yasama organı eliyle çıkaracağı bir kanunla idari sözleşme yahut özel hukuk sözleşmesi olarak belirlemesi mümkündür. Kanun bir sözleşmeyi “idari sözleşme” olarak belirlemişse, o sözleşme idari sözleşmedir, dolayısıyla idare hukukuna tabidir ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü idari yargıda yapılır. Diğer taraftan bazen kanunlar bir sözleşmenin türünü özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirebilir ki bu durumda, o sözleşme bir ‘özel hukuk sözleşmesi’dir,

<sup>58</sup> Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinde (RG, 28 Mart 2001, S.24356, s.15 vd.) de bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

<sup>59</sup> ULUSOY, Ali, “Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat Ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği”, AÜHFĐ, Yıl 2001, C.50 ,S, 2 s, 157

dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tabidir. Ve o sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır. Bu şekilde sözleşmenin nitelendirilmesi kanunla yapıldığı durumlarda başkaca bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın nitelendirme sorunu doğrudan çözülmüştür.

Fakat kanunla yapılan sözleşme rejiminin belirlenmesi durumunun Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmemesi bir başka sorun olarak ele alınıyorsa da<sup>60</sup> mevcut Anayasamız göz bulundurulduğunda, bir sözleşmenin kanunla nitelendirilmesine yönelik kısıtlayıcı bir hüküm olmadığından idarenin ya da yasama organının bu konuda serbestiye sahip olduğu, dolayısıyla böyle bir tartışmanın da gereksiz olduğu Gözler tarafından ileri sürülmektedir.<sup>61</sup> Bu nedenle öncelikle kanunla sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi konusu irdelendikten sonra, yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisi tartışılmaya çalışılacaktır.

Türk doktrininde kanunla nitelendirme kriteri (teşrii kriter) genel olarak kabul edilmektedir.<sup>62</sup> Örneğin Duran'a göre "her şeyden önce mukaveleyi öngören ve düzenleyen bir kanun varsa, ona bakılır ve açık nitelirmede bulunulmuşsa buna itibar edilir" demektedir.<sup>63</sup> Diğer taraftan kanunla bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın adli yada idari yargı koluna verilmesi dahi o sözleşmenin niteliğini belirlemede bağlayıcı olmadığına dair görüşler de mevcuttur.<sup>64</sup>

## 1. İdari Sözleşme Türü Olarak Yap İşlet Devret Sözleşmeleri

Türkiye'nin Yap İşlet Devret (YİD) modeli ve bunun uygulaması ile tanışması 1980'li yıllara rastlamaktadır. Bu konuda ilk yasal düzenleme enerji sektöründe ortaya çıkmış olup, 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışında ki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" Türkiye Elektrik Kurumu'nun (TEK) tek üretici olmasına dair tekelci yapısı değiştirilmiş, elektrik enerjisi alanında özel sektöre de üretim, iletim,

<sup>60</sup> TEKİNSOY, agm, s,185

<sup>61</sup> Bu konudaki geniş açıklama için bakınız, GÖZLER, age, s,14

<sup>62</sup> GÖZLER age, s,13

<sup>63</sup> Kanunla nitelendirme kriterini benimsediklerine dair görüşleri için bkz., GİRİTLİ, BİLGİN VE AKGÜNER, age, s, 832; GÜNDAY age, s,168, GÖZLER,age s,13

<sup>64</sup> KUTLU, Meltem, "İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci", DEÜ Yayını, İzmir, 1997 s,17; Tahsin Bekir BALTA, "İdare Hukukuna Giriş", Ankara, 1970, s,190'den aktaran GÖZLER, age, 14; BAŞPINAR, age,s,14 (Uyuşmazlık Mahkemesinin 26 Şubat 1953 tarihli "Sungurlu" kararının gerekçesini açıklayan görüşüne dayandırarak)

dağıtım ve ticaretiyle ilgili yatırım yapma ve bu konularda faaliyette bulunma olanağı tanınmıştır.

YİD modeli çerçevesinde yapılmış yasal düzenlemeler ağırlıklı olarak enerji sektörüne yönelik olmakla birlikte diğer önemli bir altyapı yatırımı olan OTOYOL'lar da bu model kapsamında dikkate alınmıştır. 1990'lı yıllarda kamu altyapı yatırımlarına finansman bulma sıkıntısı daha da artınca, YİD konusunda daha genel bir çerçevede uygulanabilecek bir yasanın çıkarılabilmesi gündeme gelmiştir. Nitekim 13.6.1994 tarihli 3996 sayılı Yasa çıkarılarak bir yasal temel kazandırma yoluna gidilmiştir. 3996 sayılı Kanunun 3. maddesinin a bendinde YİD sözleşmeleri yatırım bedelinin elde edilecek kâr dâhil sermaye şirketine veya yabancı şirkete şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal ve veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini konu alan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

528 Ancak kısa bir süre sonra 3.12.1994 tarih ve 4047 sayılı Yasa ile enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı 3996 sayılı Yasanın kapsamından çıkartılmıştır. Enerji alanındaki faaliyetlerin yine eskiden olduğu gibi 3096 sayılı Yasa çerçevesinde yürütülmesi kararlaştırılmıştır. 3996 sayılı Yasanın kapsamına giren yatırım ve hizmetler; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanımına yönelik deniz ve havalimanları vb. yatırım ve hizmetler görüldüğü gibi birçok belediye hizmetinin bu Yasa çerçevesinde YİD modeli ile gerçekleştirilmesi olanağı doğmuştur.<sup>65</sup> 3996 sayılı Yasa 20.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Yasa ile yeniden değişikliğe uğramış “Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti” ibaresi ile taraflar arasında yapılacak sözleşmelerin “Özel Hukuk” hükümlerine tabi olduğu maddesi eklenmiştir.

YİD konusunda 15 yılı aşkın bir süredir yayınlanmış olan çeşitli yasa ve yönetmelikler zaman zaman siyasi tartışma konusu olmuştur. Özel sektörün bu model çerçevesinde gerçekleştirmek istediği yatırımlar ve bu amaçla yönelik olarak yapılan sözleşmelerin ‘İmtiyaz Sözleşmesi’ değil ‘Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı Sözleşmeler’ olduğu söylenmiş ve bu husus yasa maddelerinde de yer almışsa da Anayasa Mahkemesi bu maddeleri

---

<sup>65</sup> İMRE, Erol, “Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması,” Yüksek Denetleme Kurulu, 10-11.01.2001 [www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede\\_yid\\_modeli.htm](http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm)

1999 Anayasa değişikliğine kadar iptal etmiş ve yapılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle de bu sözleşmeler idari sözleşme kabul edilmiş, Danıştay'ın sözleşmeleri incelemesi ve anlaşmazlıklar halinde idari yargının bu davalara bakması söz konusu olmuştur. Ancak yabancı yatırımcılar esas itibariyle uyuşmazlık halinde idari yargıya gidilmesine itiraz etmişler, uyuşmazlıkların 'Uluslararası Tahkim' yoluyla çözümlenmesini istemişlerdir. Yabancı yatırımcıların YİD modeli çerçevesinde yatırım yapmak isteklerinin bir ön koşulu olarak görünen 'Uluslararası Tahkim' sorunu, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı yasa ile aşılmıştır. <sup>66</sup> Önemli bir idari sözleşme türü olan yap işlet devret sözleşmelerine kısaca değindikten sonra kanunla belirleme kriterine ilişkin hukuki sürece aşağıda yer vereceğiz.

## 2. Anayasa Mahkemesi'nin Kanunla Nitelendirme İçtihadı

Türkiye'de kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar 1980'li yıllara kadar izlenen ekonomi politikası çerçevesinde, temel gibi uygulanmasına pek te rastlanmayan 'imtiyaz sözleşmeleri'ne karşı yeni bir uygulama olarak tanıtılan 3096 sayılı Kanun çerçevesindeki YİD modeline dayanan elektrik enerjisi santrallerine dair sözleşmelerin Anayasa Mahkemesi'nin 1995/42-2 sayılı kararı<sup>67</sup> uyarınca 'imtiyaz sözleşmesi' olarak nitelendirilmesi ile ortaya çıkmıştır.

529

Söz konusu karar öncesinde özellikle enerji, bayındırlık işleri gibi büyük altyapı projelerinin özel sektör katılımının sağlanması suretiyle gerçekleştirilmesi amacıyla başlatılan girişimler neticesinde 3096 sayılı Kanun ile Yap İşlet Devret (YİD) modeli çerçevesinde yasal zemin oluşturulmaya çalışılmıştır.<sup>68</sup>

Nitekim enerji sektörü ile ilgili YİD projelerinde yaşanmış olan sıkıntının temel kaynağı, elektrik enerjisine ilişkin uygulama sözleşmeleri tahtında çıkması muhtemel ihtilafların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi önerisinin Türk yargı çevrelerince muhalefetle karşılanmasıdır. Yabancı kreditorler, büyük miktarlara ulaşan ve yerli hukuka tabi bir özel hukuk kişisi olan enerji şirketine açılan proje kredilerinin geri dönüşünü mümkün olduğunca güvenceye almak istemektedir ve bu meyanda karmaşık bir

---

<sup>66</sup> İMRE, age, [http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede\\_yid\\_modeli.htm](http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm)

<sup>67</sup> 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>68</sup> ÇAL, Sedat, "Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdenilmesi" AÜHFD, Yıl 2002, s, 164

yapı içeren ve uzun dönemde gerçekleştirilebilen altyapı projelerinde Türk yargısına tabi olmayı benimsememektedir. Esasen, ülkemizin borçlu veya garantör sıfatıyla taraf olduğu dış kredilere ilişkin anlaşmalarda, kreditorlerin ısrarlı taleplerine istinaden hemen daima yabancı hukuk ve yargı yerinin amir hükümlerine yer verilmiştir. Bu itibarla, klasik finansmana göre kreditorler için kredi süresi ve borçlunun kimliği açısından daha riskli olan YİD projelerinde kreditorlerin Türk yargı yetkisini ve Türk hukukunu kabul etmeleri fevkalade güç olmuştur. Esasen, yabancı kreditorlerden finansman teminini öngören hemen hiçbir YİD enerji projesinde bugüne kadar uluslar arası tahkim maddesi bulunmaksızın finansman sağlanamamıştır<sup>69</sup>

530  
Yabancı yatırımcıların ve kreditorlerin bahse konu endişelerini bertaraf etmek üzere, YİD modeli çerçevesinde enerjinin özel sektör tarafından üretilmesinin imtiyaz teşkil etmeyeceği 3996 sayılı Kanun'da yer alan 5. madde ile münhasıran belirtilmiş ve böylece Anayasa'nın 155. maddesi gereği sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi ve idari sözleşme kabul edilerek Türk idari yargısına tabi tutulmasından kaçınılmak istenmiştir. Zira, aksi halde sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmak imkanını kaybedecek ve dolayısıyla bir özel hukuk müessesesi olan tahkime de yer verilemeyecektir. Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun'un imtiyazla ilgili bu maddesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 1995/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bahse konu kararında bir kamu hizmetinin imtiyaz teşkil edip etmemesinin ancak hizmetin niteliğinden çıkarılabileceğini ve bu hususta kanun hükmü ile düzenleme getirilemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeleri 5. madde kapsamında bulunan ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen sözleşmelerin kanundaki nitelendirmenin aksine 'idari sözleşmeler' olduğunu vurgulayarak Anayasaya aykırı görmüştür.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> ÇAL, agm, s, 175

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesinin K:1994/42-2,K:1995/23 sayılı kararlarının eleştirisi için bakınız, İl Han ÖZAY, **Günişığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004, s. 257 vd.; GÖZLER, age, s,15; ÇAL, agm, s,176-177 deki eleştirisi: "Anayasa Mahkemesi'nin kararında önemli ve sonucu etkileyen nitelikte algılama hatalarına düşüldüğünü belirtmiştik. Nitekim, kararda "bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir" denilmekte, üstün yetkilerin ise "... yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin belirlenmesinde uygulanacak kriterler..." ile açığa çıktığı vurgulanmaktadır. Bu ölçütün gerekli açıklığı havi olduğunu iddia

Bunun dışında yasal düzenlemelerde sözleşmenin idare hukuku kuralları- na ya da özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı yönünde bir belirlemenin yapılması durumunda, sözleşmenin hukuksal rejimi saptanmış demektir. İdare hukuku kurallarına tâbi sözleşmeler idari sözleşme niteliği taşıyacak ve hükümleri bu çerçevede yorumlanacaktır. Bazen de yasada sözleşmenin idari sözleşme olarak adlandırılması mümkündür. Örneğin 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun ve 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanunun çeşitli maddelerinde idare ile ilgililer arasında yapılacak olan sözleşmelerden açıkça idari sözleşme olarak bahsedilmektedir. Ayrıca 4054 sayılı Reketin Korunması Hakkında Kanunun 34. maddesinde de “idari hizmet sözleşmesi”nden bahsedilmektedir. 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”un 3. maddesine göre “Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir”.<sup>71</sup> Bu tür nitelemeler, doğrudan niteleme özelliği taşır.

Yasayla niteleme, farklı biçimlerde ortaya çıkabilir, ancak bu tür nitelemenin temel özelliği açık bir niteleme olmasıdır. Yasalarda sözleşmeye uygulanacak bazı kurallar öngörülmesi ve bu kuralların yorumuyla, sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varılması mümkündür. Bu kurallar, yalnızca idari sözleşmeler için geçerli olabilecek türden kurallar olabilir. Yasa koyucunun belli tür bir sözleşmeyi düzenlerken buna uygulanacak özel bazı kuralları da saptaması olağandır. Ancak bu durumda, söz konusu kurallardan yola çıkarak bir yorum yapılması ve sözleşmenin niteliğinin saptanması gerektiğinden, yasanın bu tür düzenlemeleri açık niteleme özelliği taşımaz.

etmek fevkalade güçtür. Zira ülkemizde örneğin özel sektörde üretilen ekmeğin fiyatı 507 sayılı Kanun öncesinde idare tarafından belirlenmekte idi; bu ise ekmek üretiminin bir imtiyaz konusu olmasını gerektirmemiştir. ... ülkemizde petrol ürünlerinin fiyatı devletçe belirlenmekte ve ilan edilmektedir. Bu piyasada, sıvılaştırılmış petrol gazının (LPG) fiyatı da idarece tespit olunmaktadır. Bilindiği gibi LPG büyük oranda meskenlerde kullanılmakta ve bu yönüyle geniş halk kitlelerini etkilemekte, hatta vazgeçilmez bir nitelik kazanmaktadır ki fiyatın devletçe tesbiti zorunluluğu da esasen bu niteliğinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, LPG üretimi özel sektör kuruluşlarınca tamamen serbest piyasa şartları altında, idarece verilen ruhsata binaen gerçekleştirilmektedir.

<sup>71</sup> Bu hüküm, 1.7.2006 tarih ve 5539 sayılı Yasa ile eklenmiştir. 4283 sayılı Yasaya bu hüküm eklenmeden önce, Danıştay Yap-İşlet sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir (Dan. 10. D., E. 1999/2407, K. 2002/347, k.t. 6.2.2002, www.danistay.gov.tr).

Yargı organlarının görev alanlarını düzenleyen genel hükümler de bunlar açık nitelene özelliği taşımadığı sürece, sözleşmenin yasayla nitelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesinin 1999 yılındaki değişiklikten önceki biçiminde yer alan “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”ın idari davalar arasında sayılması yasayla açık nitelene değil, genel bir görev hükmü niteliğindedir. Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24/1. maddesinde yer alan, 1999 değişikliğinden önceki biçimiyle, Danıştay’ın ‘imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümleneceği hükmünün imtiyaz sözleşmeleri açısından yasayla yapılan bir nitelene olduğu düşünülebilir. 1999 yılındaki değişiklikler sonrasında ise, her iki hüküm de kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinin, tahkim yolu öngörülmemişse, idari yargının görevine girdiğini belirtmekte ve yasayla nitelene özelliği taşımaktadır.<sup>72</sup>

### 3. Yasama Organının Tepkisi-1999 Anayasa Değişikliği

532 — Anayasa Mahkemesi’nin, ‘niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız’lığına hükmettiği 1994 ve 1995 tarihli kararlarına karşılık 13.08.1999 tarihli 4446 sayılı Kanunla Anayasanın 47. maddesine dördüncü fıkra olarak şu fıkra eklenmiştir. “Devlet Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği **kanunla** belirlenir.”

Aslında bu değişiklik olmasa dahi Anayasada yapılan bir sözleşmenin kanunla özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olarak nitelendirilmesine engel açık bir hüküm bulunmuyordu.<sup>73</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi’nin anılan içtihatları ile kanunla nitelendirme kriterinin yargısal içtihadın önüne geçemeyeceğini vurgulamış olmakla birlikte, buna aşmak amacıyla yasama organı, yukarıda yer verilen maddedeki Anayasa değişikliğiyle yetinmeyerek hiç te gerekmediği halde idari yargının görev alanını daha da daraltacak bir adım atarak, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmalıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin önünü açmıştır.

---

<sup>72</sup> TEKİNSOY, age, s,187

<sup>73</sup> GÖZLER, age, s,16



### III. 2000 YILI SONRASI İDARİ SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN YARGI KARARLARI İNCELEMELERİ

İdari Sözleşmelerin hukuksal yapısının ve nitelendirilmesinin incelenmesine yönelik yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, özellikle sözleşmelerin nitelendirilmesi konusunda belirleyici nitelikteki yargı içtihatlarının başlıcalarına aşağıda yer verilmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda, yargı kararlarında sadeleştirme yapılmasına rağmen kararın bir kısmının aktarılması, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve teknik yönünün oldukça önemli ve kapsamlı olması dolayısıyla zorunluluktan kaynaklanmıştır.

#### A- Yap-İşlet-Devret Türü Sözleşmelerine İlişkin Danıştay Birinci Dairesinin Kararı<sup>74</sup>

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji üretim ve dağıtım işiyle iştigal eden iki şirketin ortak girişimi arasında pamuk regülatörü ve hidroelektrik santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'ne satışına ilişkin olarak düzenlenen sözleşme tasarısı hakkında Danıştay 1. Dairesinden yasa gereği görüş istenilmiştir. Bu bağlamda firmanın özel hukuk hükümleri ve tahkim içeren herhangi bir talebi olmadığı, bu nedenle 3096 ve 4047 sayılı Kanunlar çerçevesinde YİD modeline göre hazırlanan söz konusu sözleşme taslağının incelenmesini talep edilmiştir.

Danıştay 1.Dairesi'nce yapılan inceleme sonucunda, özellikle ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve kamu hizmeti niteliğini taşıyan bazı yatırım ve hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesi amacıyla çıkarılan 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'a hakkındaki Dairenin 24.9.1992 günlü E: 1992/232, K: 1992/294 sayılı Kararına atıfta bulunarak, 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve bu nedenle Anayasanın 155. maddesiyle Danıştay Kanununun ilgili maddelerine göre Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği vurgulanmış, açılan bir davada Danıştay 10.Dairesince verilen 29.4.1993 günlü E:1991/1, K: 1993/1752 sayılı kararlar da aynı nitelendirme ve gerekçelerle Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulan bir sözleşme iptal edildiğini vurgulamıştır.

<sup>74</sup> Danıştay Birinci Dairesinin 'nin 14.04.2000 tarih ve E:2000/60;K:2000/55 sayılı kararı (www.danistay.gov.tr)

Ancak Danıştay'ın bu kararı üzerine yasama organı tarafından çıkarılan 22.2.1994 tarihli ve 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanuna eklenen Ek 5 .maddede, 3096 sayılı Kanuna göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu ve imtiyaz oluşturmayacağı belirtilmiş, böylece bu sözleşmeler idari yargı denetimi ve Danıştay'ın incelemesi dışına çıkarılmıştı. Bu defa Anayasa Mahkemesince, yapılan sözleşmelerin idari sözleşme ve aynı zamanda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu gerekçesiyle bu yasa maddesini Anayasa'ya aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

Buna karşılık aynı konuya ilişkin 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun, 3096 sayılı Kanunda yer alan elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım konularını da kapsamına alarak yürürlüğe konulmuş ve 5. maddesinde de, Kanunda belirtilen yatırım ve hizmetlerle ilgili olarak idare ile özel hukuk kişileri arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin de özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmış, böylelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler bir defa daha Danıştay'ın inceleme ve yargısal denetimi dışında tutulması amaçlanmıştı. Anayasa Mahkemesi' de aynı gerekçelerle 28.6.1995 günlü E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı kararı ile bu maddeleri de iptal edilmiştir.

534

Böylece, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlara göre akdedilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu hususu netleştikten sonra, bahse konu kanunlar kapsamında taraflarca düzenlenen sözleşme taslakları Danıştay'a gönderilmiş ve Danıştay incelemesinden sonra taraflarca imzalanarak yürürlüğe konulmuştur.

Nihayet konuya ilişkin Danıştay ile yasama organı arasındaki nitelendirmeye ilişkin görüş farklılıklarına bir son verme düşüncesi ile 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; Anayasa'nın 47. maddesine eklenen iki fıkra ile bir yandan kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına eklenen hükümle, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çö-

zülmesinin öngörülebileceği belirlenmiş, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliklerle de Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.

Bu Anayasa değişikliklerinin gereği olarak önce 18.12.1999 tarihli ve 4492 sayılı Kanunla 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddelerinde değişikliğe gidilmiştir.

20.12.1999 tarihli ve 4493 sayılı Kanunla da, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun 2 nci maddesine 3096 sayılı Kanuna göre yürütülen "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" ibaresi eklenmiş, 5. maddesi de "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir." biçiminde değiştirilmiştir.

Kanunun genel gerekçesinde "Bu Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılması hedeflenmiştir.". 5. madde gerekçesinde de "Getirilen düzenleme ile Anayasanın 47.maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir." denilmektedir.

Bu kapsamda Birinci Daire kararında "3996 sayılı Kanunun 4493 sayılı Kanunla değişik 2 ve 5 inci maddelerinin bu açık hükümleri ve gerekçesi karşısında, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" ile ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilere yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliği değiştirilerek özel hukuk sözleşmesi sayıldığı ve özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı; bu tür sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi olanağı kalmadığı, dolayısıyla bu sözleşmeler üzerinde Danıştay'ın idari denetiminin ortadan kalktığını" belirtilmiştir.

Söz konusu kararın ardından 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 24 Ocak 2000 tarihinden önce, idare ile görevli şirket arasında Danıştay incelemesinden geçirmek suretiyle akdedilen sözleşmelerin ilgili firmanın başvurusu üzerine özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmesinin mümkün olduğunu belirtildikten sonra "özel hukuk hükümlerine göre taraflar arasında düzenlenmesi gereken sözleşmenin kamu

*hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilerek Danıştay'ca incelenmesine ve bu sözleşmeyle ilgili olarak düşünce bildirilmesine olanak bulunmadığından istemin reddine, sözleşme tasarisının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına iadesine” oyçokluğu ile karar vermiştir.<sup>75</sup>*

Söz konusu kararla, geçmiş dönem Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla belirlenen içtihadi kritere göre sözleşmenin nitelendirilmesine ilişkin tartışmalara, yasama organının 1999 tarihinde yaptığı Anayasa Değişikliğinden sonra bir anlamda nokta koyarak, artık konunun daha fazla tartışılır olmaktan çıkarmak gayesiyle Danıştay Birinci Dairesi de ‘kanunla belirleme’ kriterinin içtihadi kritere olan üstünlüğünü kabullenmiş oldu.

### **B. İmtiyaz Sözleşmesi Yerine Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalanmasına İlişkin 2006 Tarihli Danıştay 13. Daire Kararı<sup>76</sup>**

4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapan ve 18.07.2006 tarih ve 26232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5539 sayılı Kanunda; bu Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu belirtilerek, 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

536

<sup>75</sup> Ayrışık Oy; Böylece; 4047 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yap-işlet-devret modeline göre başlatılmış projeler ve işlerle 4501 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 22.1.2000 tarihinde 3096 ve 3465 sayılı kanunlara tabi işlere ait sözleşmelerin de, başvuru süresi ve Bakanlar Kurulu kararı alınması gibi koşulların yerine getirilmesi koşuluyla (geçmişe dönük olarak) özel hukuk hükümlerine tabi yeni sözleşmeler halinde düzenlenebilmesi olanağı yaratılırken, Danıştay incelemesinden geçmemiş ve henüz taraflar arasında imzalanmamış sözleşmeler de dahil olmak üzere, süresi içinde başvurulmaması ya da Bakanlar Kurulu Kararı alınmaması durumunda, başlamış işlerin 3096 sayılı Yasada tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağı belirtilmekle kamu hizmeti niteliği tartışmasız olan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı işlerinin kamu imtiyazı sözleşmeleriyle gördürülmesi rejiminin ayrıca devam etmekte olduğu ve yeni projeler bakımından da devam edebileceği, bu kapının tamamen kapatılmadığı kabul edildiği vurgulanarak İdare ile şirket arasında 3096 ve 4047 sayılı Kanunlar çerçevesinde yap-işlet-devret modeline göre hazırlanan İmtiyaz Sözleşmesi Taslağının incelenmesi gerektiği yönündedir.

<sup>76</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 27.11.2006 tarih ve E:2005/5304; K:2006/4486 sayılı kararı [www.danistay.gov.tr].

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 imzalanacağı, bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan hazine garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütnameler ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmelerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılacağı hükümleri düzenlenmiştir.

Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. ile İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. arasında İzmir bölgesinde doğal gaza dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşme hakkında; 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un Anayasa'ya aykırı bulunduğu, 4283 sayılı Kanun'la getirilen yeni yöntemin Anayasa'ya aykırı biçimde düzenlenmiş imtiyazı içerdiği, Yap-İşlet modelinin, yalnızca kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesini öngörmediği, kamu mallarının özel kesime devrini, yani kamu mallarının özelleştirilmesini de öngördüğü, dava konusu sözleşmenin Danıştay incelemesinden geçirilmediği ileri sürülerek iptali istemiyle dava konusu edilmiştir.

Söz konusu Kanun değişikliği doğrultusunda İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. tarafından 21.07.2006 tarihli yapılan başvuruyla, yeniden sözleşme imzalanma talebinde bulunulması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. Yönetim Kurulu'nun 24.07.2006 tarihli kararına istinaden, Genel Müdürlüğe verilen yetki çerçevesinde İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. ile davalı idare arasında 5539 sayılı Kanun'la değişik 4283 sayılı Kanun hükümleri uyarınca 24.07.2006 tarihinde sözleşme imzalanarak yenilenmiştir. 5539 sayılı Kanun'la Değişik 4283 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tabi yeni bir sözleşmenin imzalanabileceğine Danıştay 13. Dairesi karar vermiştir.

Söz konusu kararda, Yap İşlet Modeli çerçevesinde önceden imzalanan idari sözleşmenin yerine geçmek üzere, aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk sözleşmesinin imzalanmasını öngören yasa değişiklikleri yapıldıktan sonra ve bu değişiklikler doğrultusunda özel hukuk sözleşmeleri imzalandıktan sonra artık eski sözleşmenin yeni tarihli özel hukuk

sözleşmesi ile hükümsüz hale geldiği gerekçesi ile eski sözleşmenin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.

Bu kararla da bir sözleşmenin nitelendirilmesinde öteden beri uygulanan içtihadi kritere geçmeden önce, kanunla belirleme kriterinin somut olayda mevcut mu, değil mi buna bakılacağı, yani bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin olarak yapılacak bir sözleşme öncesinde bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair bir kanun hükmü çıkarılmış ise diğer idari sözleşme kriterlerine hiç bakılmadan bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna hükmetmek gerektiği sonucu çıkmaktadır.

### C. Göreve İlişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı<sup>77</sup>

Çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde anlatıldığı üzere, enerji iletimi, üretimi dağıtımı vb amaçlarla idareler ile özel hukuk tüzel kişileri arasında imzalanan sözleşmeler idari sözleşmeler olarak nitelendirilmekte ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların da bu doğrultuda idari yargının-Danıştay'ın görevine girdiği kabul edilmekteydi. Ancak söz konusu yasal ve anayasal düzenlemelerle Danıştay 1.Dairesi'nin anılan kararından sonra artık Danıştay Dava Dairesinin de görüşü netleşmiştir. Bu doğrultuda örneğin eczacılık faaliyetiyle işgal eden bir şahsın idareye müracaat ederek bir ilaç sözleşmesi yapılmasını istemesi üzerine söz konusu başvurunun reddedilmesi üzerine açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesi 30.11.2000 günlü, E:2000/766, K:2000/1342 sayılı kararla, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 6.Dairesinin 15.5.2002 günlü, E:2001/2147, K:2002/2890 sayılı kararıyla, "*davanın idare mahkemesinde görülebilmesi için davacı tarafından yapılması istenilen sözleşmenin bir idari sözleşme niteliğinde olması gerektiği, idari sözleşmelerin, idarenin kamusal yetkisine dayanarak kamu hizmeti gerekleri için kamu yararı nedeniyle yaptığı sözleşmeler olduğu, bu tür sözleşmelerin idarenin tek taraflı olarak ayrıcalıklı üstün hak ve yetkilerini içerdiği, bu nitelikte olmayan sözleşmelerin ise idarenin özel hukuk kurallarına göre akdettiği sözleşmeler olduğu, bunlardan doğan uyuşmazlıkların adliye mahkemelerince görülüp çözümlendiği, davacı tarafından davalı idare ile yapılması talep edilen sözleşmenin tarafların serbest iradesine dayalı*

<sup>77</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.06.2006 tarih ve E:2003/ 183; K:2004/ 679 sayılı kararı (www.danistay.gov.tr).

*ticari nitelikte olduğu ve bu nitelikteki sözleşme kamu hukuku çerçevesinde yapılmadığı gibi kamu gücüne de yer verilmediğinin açık olduğu, bu nedenle, davacının davalı idare ile aralarında sözleşme yapılması yolundaki isteminin reddine ilişkin işlem nedeniyle doğan **uyuşmazlığın adli yargı yerinde** çözümlenmesinin gerektiği”* gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozulmuştur.

Ankara 10. İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak 31.12.2002 günlü, E:2002/1728, K:2002/1772 sayılı kararıyla, *bir kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan mal veya hizmet temini sırasında "idarede kanunilik" ilkesi gereğince idarenin belirli usul ve esaslara uyması zorunlu olup, işin sözleşmeye bağlanmasından önce geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olması nedeniyle idari işlem niteliği taşıması karşısında, yargısal denetimin idari hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız olduğu, olayda, davacı tarafından ilaç sözleşmesi yapılması için davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarece sözleşme yapılamayacağı bildirildiği, bu duruma göre her ne kadar davacının yapılmasını istediği sözleşme özel hukuk sözleşmesi ise de, davacının sözleşme yapmak için başvurusu sonucu isteminin reddi yolundaki işlemin idarece tek yönlü tesis edilmiş, kamu gücüne dayalı ve **henüz sözleşme imzalanmadan ve uygulamaya geçilmeden ortaya çıkmış bir idari işlem niteliğinde olduğundan, uyuşmazlığın** görüm ve çözümünün idari yargının görev alanına girdiği”* gerekçesiyle işin esasının incelenmesi suretiyle ilk kararında ısrar etmiştir. Söz konusu ısrar kararı da temyiz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca mevzuata uygun bulunarak onanmıştır.

Ankara 10.İdare Mahkemesinin verdiği ısrar kararında; *“bir kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan mal veya hizmet temini sırasında "idarede kanunilik" ilkesi gereğince idarenin belirli usul ve esaslara uyması zorunlu olup, işin sözleşmeye bağlanmasından önce geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olması nedeniyle idari işlem niteliği taşıması karşısında, yargısal denetimin idari hukuku ilkelerine göre **idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız olduğu”** şeklinde bir hükme varılmışsa da yapılmak istenen özel hukuk sözleşmesi imzalanmadan önce idarenin tesis ettiği işlemin, ayrılabilir işlemler teorisi bağlamında irdelenmesi gerektiğini vurgulamaktır. Bu bağlamda uyuşmazlığın idari yargının görevinde olduğuna dair ısrar kararının Danıştay Dava Dairelerince onanması bizce de yerindedir*

Karar yazım tekniği açısından şu hususu da belirtmek yararlı olacaktır. Her ne kadar ilk derece idare mahkemesi ısrar kararında konunun tartışmasız olduğu belirtilmişse de, Danıştay Dava Daireleri Kurulunda incelendikten sonra idari yargının görevinde olduğu yönünde bir hükme varılması, konunun tartışmasız olduğu yönündeki ifadeyi yadsımaktadır. Aksi düşüncenin Danıştay Dava Dairesinin görüşünün tartışma dışı ya da tartışmaya değmeyecek bir şey olduğu sonucuna götürür ki, sanırım mahkeme de bunu kastetmemiştir.

## SONUÇ

Taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için yukarıda açıklandığı gibi ya bu sözleşme konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya bu sözleşmenin özel hukuku aşan rejimler içermesi gerekir. Bu iki şart (kamu hizmeti ve özel hukuku aşan hükümler şartı) alternatif şartlardır. Yani bu iki şartın aynı sözleşmede birlikte gerçekleşmesine gerek yoktur.

Bazı özel hukukçular tüm dünyada kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü şahıslara gördürülmesine imkân tanıyan bir eğilim gözlemlendiğini, buna göre idarelerin özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmetlerini gördürebileceğini, bunun için mutlaka idari sözleşmeler yapılmasının gerekli olmadığını savunmaktadırlar.<sup>78</sup> Ayrıca konuya ilişkin Vedat Buz, bir sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi veya özel hukuku aşan rejime tabi tutulmasının idarenin taraf olduğu bir sözleşmeyi “idari sözleşme” olarak nitelendirilmesine yetmeyeceğini, bu iki kavramın aslında bir farklılık yaratmadığını, buna göre Türk hukukunda ‘sözleşme serbestisi’ ilkesi uyarınca kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir sözleşmede hizmet gereklerini göz önünde tutarak sözleşmede dilediği gibi bir düzenleme yapmasının önünde özel hukuk açısından hiçbir engel bulunmadığını vurgular. Buna ilaveten, emredici hukuk kullarına aykırı bir sözleşmenin aynı zamanda hem özel hukukta hem de kamu hukukunda geçersiz bir sözleşme olacağını öne sürerek bu kriterlerin bir sözleşmeyi nitelendirmede özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmeye yeterli nitelikte kriterler olmadığını savunmaktadır.<sup>79</sup>

Ancak bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Salt özel hukuktaki sözleşme serbestisinden hareketle yargılama rejimleri ve uygulanan

---

<sup>78</sup> BUZ, age, s, 55

<sup>79</sup> Daha geniş değerlendirme için bkz. BUZ, age, s, 55-57



usul kuralları birbirinden farklı idari sözleşmeler alanının tek tek kriterler bakımından irdelenmek suretiyle anlamsızlığına hükmetmek kabul edilemez. Bu şekilde bir düşünce her şeyden önce adli yargı idari yargı ayırımının olduğu bir ülkede idarenin tüm işlemlerinden/sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların özel hukuk ilkeleri bağlamında çözüme kavuşturulabileceğinin de kabulüne içerdiğinden, bu ayırımı temel mantığı olan ve Kıta Avrupası'nda özellikle Fransa'da sistemli bir şekilde uygulanan sistemin klasik bir eleştirisinden başka bir şey değildir. İdari yargı sistemini kabul eden bir ülkede idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde bu kriterlerin kullanılmasından daha doğal bir şey olamaz. Bizatihi idari yargının mevcudiyeti kamu hizmeti kavramı etrafında şekillenen idari sistemin başarılı şekilde uygulanabilmesinin hem teminatı hem de güvencesidir. Gerek kamu hizmetinden yararlananlar açısından gerekse de kamu hizmetini sunanlar tarafından bu kamusal alanda kendi özel usul kurallarının uygulandığı bir sistemin yararları, zararlarından daha fazladır. Yeter ki yargı denetiminde kullanılan objektif kriterler pozitif hukuk normları ile evrensel hukuk ilkeleri göz önünde bulundurularak büyük bir açıklık ve istikrarla uygulanabilsin.

\*\*\*

### KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesinin K:1994/42-2,K:1995/23 sayılı kararı.  
Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin, 4.10.2000 tarih ve E.1999/577;K.2000/831 sayılı kararı.  
ASLAN, Zehreddin, *Nihat, ARAT Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005.  
BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.  
BAŞPINAR, Recep, *İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar*, Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), Danıştay Matbaası, II. Baskı, Ankara 1986.  
BİLGİN, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970.  
BUZ, Vedat, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları", Yetkin Yayınları, Ankara -2007.  
ÇAL, Sedat, *Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdenilmesi AÜHFD*, Yıl 2002.  
Danıştay 1. Dairesi'nin 14.4.2000 tarih ve E:2000/60;K:2000/55 sayılı kararı.  
Danıştay 10. Dairesinin 6.2.2002 tarih ve E.1999/2407, K.2002/347 sayılı kararı.

Danıştay 13.Dairesi'nin 27.11.2006 tarih ve E:2005/5304;K:2006/4486 sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesininin 12.04.1944 tarih ve E:1944/1952,K:1944/852 sayılı kararı.

Danıştay DDGK'nun 08.07.1941 tarih ve E:1941/141,K:1941/216 sayılı kararı.

Danıştay DDGK'nun 08.07.1941 tarih ve E:1941/141,K:1941/216 sayılı kararı.

Danıştay DDGK'nun 24.02.1940 tarih ve E:1940/290,K:1941/210 sayılı kararı.

Danıştay İDDK'nun 26.06.2006 tarih ve E:2003/183;K:2004/679 sayılı kararı.

DİNÇER, Güven, İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları, Danıştay Dergisi, Y. 3, S. 8, 1973.

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2956, İstanbul 1982.

ERKUT, Celal, İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, Danıştay Yayınları, No:51.

EROL, İmre, Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, Yüksek Denetleme Kurulu, 10-11.01.2001 [www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede\\_yid\\_modeli.htm](http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm).

GİRİTLİ, İsmet, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, "İdare Hukuku", Der Yayınları, İstanbul 2001.

542 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku C. II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

— GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.

KARAVELİOĞLU, Celal, "Değişiklik – Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu", 5. Baskı, Cilt I, Kayseri 2001.

KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜ Yayını, İzmir, 1997

ONAR, Sıddık Sami, İdare hukukunun Umumi Esasları, C. III, Akgün Matbaası, İstanbul 1967.

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004.

TEKİNSOY, M. Ayhan, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, 2006, Cilt 55, S, 229.

ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği AÜHFD, Yıl 2001, C.50, S, 2.

ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002,

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.01.1946 tarihli E:1946/5;K:1946/1 sayılı kararı.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.1953 tarihli E:1953/2;K:1953/5 sayılı kararı.