

T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA
İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ

(İDARİ SÖZLEŞMELER HUKUKU DERSİ ÖDEVİ)

Hazırlayan
İ. Halil ASİLBAY

Öğretim Üyesi
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN

KAYSERİ
ARALIK 2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	2
GİRİŞ	3
I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİ	4
A. Kanunla Nitelendirme Ölçütü	4
B. İctihadî Ölçüt	5
1. Danıştay Kararları.....	5
2. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları.....	6
3. Anayasa Mahkemesi Kararları	6
4. İdari Sözleşmelerin Ölçütleri.....	7
a. Sözleşmenin Taraflarından En Az Birisinin İdare Olması Gerekir	7
b. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması Gerekir.....	8
c. Sözleşmenin Özel Hukuku Aşan Hükümler İçermesi Gerekir	9
5. Şartların Birlikteliği (Kümülatifliği)	9
II. İDARİ SÖZLEŞME TÜRLERİ	11
A. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri	11
B. Mali İltizam Sözleşmeleri.....	12
C. Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri.....	12
D. Yeraltı ve Yerüstü Servetlerinin İşletilmesine İlişkin Sözleşmeler.....	13
E. Orman işletme Sözleşmeleri	13
F. İdari Hizmet Sözleşmeleri.....	13
SONUÇ	15
KAYNAKÇA	16

GİRİŞ

İdarenin yaptığı sözleşmeler, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak iki başlık altında incelenmektedir. Sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejim esas alınarak yapılan bu ayırımla, idarenin sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların görüleceği yargı yerleri de belirlenmektedir. Buna göre, idari sözleşmeler kamu hukukuna tabi olarak idari yargının alanına girerken, özel hukuk sözleşmeleri ise özel hukuk hükümlerinin uygulandığı adli yargının görev alanına girmektedir.

Ancak özellikle idari sözleşmeler, nitelikleri itibariyle özel hukuk sözleşmelerinden farklı olmakla birlikte her zaman bunları kolayca özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak mümkün olmamaktadır. İşte bu güçlük nedeniyle öğreti ve yargı kararlarında bu ayırımın esas alınacak bazı ölçütler oluşturulmuştur.

Bu ödev çalışmasında, idari sözleşmelerin belirlenmesinde esas alınan ölçütler Türk hukuku açısından ele alınıp incelenecektir. Bu inceleme yapılırken Türk hukukuna büyük ölçüde kaynaklık eden Fransa uygulaması da dikkate alınacak ve yargı kararlarından örnekler verilecektir.

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİ

A. Kanunla Nitelendirme Ölçütü

İdarenin herhangi bir sözleşmesi bir kanun hükmüyle idari sözleşme olarak nitelendirilebilir.¹ Bu durumda artık başkaca bir ölçüte gerek kalmaksızın o sözleşme idari sözleşme olarak kabul edilir.² Kanunla yapılan nitelendirme, genellikle sözleşmeden doğacak uyuşmazlığın görüleceği yargı yeri gösterilerek yapıldığı gibi, kimi zaman da uyuşmazlığa uygulanacak hukuki rejim belirlenmek suretiyle de yapılabilmektedir.

Ancak bazen kanun koyucu sözleşmeyi doğrudan idari sözleşme olarak da nitelendirebilmektedir.³ Sözgelimi, 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun ile 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun'un çeşitli maddelerinde idare ile ilgililer arasında yapılacak olan sözleşmelerden açıkça "*idari sözleşme*" olarak söz edilmektedir.

Bu örneklerden görüldüğü üzere kanun koyucu idarenin bazı sözleşmelerini kanunla idari sözleşme olarak nitelendirmiştir. Benzer olarak 08 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle "*yap-işlet-devret*" sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükmü getirilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi 28 Haziran 1995 tarih, 1994/71 esas ve 1995/23 karar sayılı kararıyla⁴, niteliği gereği idari olan bu sözleşmelerin kanunla özel hukuk hükümlerine tabi tutulamayacağı ve bu sözleşmelerin yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılması gerektiği gerekçesiyle bu hükmü iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu ve benzer kararlarından sonra 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. maddesi değiştirilerek bu maddeye dördüncü bir fıkra eklemiştir. Eklenen bu fıkra hükmüyle, kanun koyucuya idarenin sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yetkisi verilmiş; böylece kanunla nitelendirme

¹ İdari sözleşmelerin bir sözleşme niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışma için bakınız, Bayram KESKİN, "**Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü**", (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ankara 2006).

² Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Cilt II, Bursa 2003, s. 10; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2003, s. 168; İl Han ÖZAY, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1992, s. 284; Ayhan TEKİNSOY, "**İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, s. 181-227.

³ TEKİNSOY, s. 186.

⁴ Bu karar için bakınız, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 32, Cilt 1, s. 144 vd; ayrıca bu karar 20 Mart 1996 tarih ve 22586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ölçütü Türk hukuku açısından anayasal bir dayanağa kavuşarak geçerli hale gelmiştir.⁵ Bu düzenlemeden sonra kanun koyucunun, idare ile özel bir kişi arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi halinde artık bunun Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi mümkün görünmemektedir.

B. İctihadî Ölçüt

İdari sözleşmelerin yukarıda açıklandığı şekilde kanunla belirlenmediği hallerde sözleşmenin niteliği, yargı kararları ve öğretinin kabul ettiği bazı ölçütlere göre belirlenmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin kararlarında ortak bazı ölçütler belirlenmiştir.⁶ Bu nedenle, aşağıda sırasıyla bu mahkemelerin konuyla ilgili kararları incelenecektir.

1. Danıştay Kararları

Danıştay 01.06.1950 tarih ve 50/264 sayılı eski bir kararında idari sözleşmenin ölçütlerini şu şekilde belirlemiştir:⁷

- a. Sözleşme bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin olmalıdır.
- b. Diğer taraf hizmetin yerine getirilmesine bizzat katılmalıdır.
- c. İdare ile diğer taraf kamu kudretine has imtiyaz ve yetkilerle donatılmış olmalıdır.
- d. Sözleşmeye genel bir şartname eklenmelidir.
- e. Sözleşmeye anlaşmazlıkların idari yargıda görüleceğine dair bir hüküm konulmalıdır.
- f. Sözleşme uzun süreli olmalıdır.

Ancak Danıştay 1964 yılındaki içtihadı birleştirme kararında⁸ bunları sadeleştirilmiş ve günümüzde öğretide kabul edilen ölçütlere benzer şu ölçütleri kabul etmiştir.

⁵ GÖZLER, s. 37; TEKİNSOY bu anayasa değişikliğinin, çözmeye çalıştığı sorunu daha da derinleştirdiği görüşündedir. (TEKİNSOY, s. 190).

⁶ GÜNDAY, s. 168; GÖZLER, s. 38.

⁷ Celâl KARAVELİOĞLU, **Değişiklik – Açıklama ve En Son İctihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Cilt I, Kayseri 2001, s. 344.

⁸ Danıştayın 04.07.1964 tarih, 1964/674 esas ve 1964/344 karar sayılı içtihadı birleştirme kararı, 05.05.1965 tarih ve 11990 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

- a. Sözleşme, devamlı bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yönelik olmalıdır.
- b. Sözleşmenin taraflarından en az birisi kamu idaresi olmalıdır.
- c. Sözleşmede, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması olağan olmayan hükümler ve şartlar olmalıdır.

Danıştay, sonraki kararlarında buna benzer değerlendirmeler yapmış, sözgelimi Danıştay 10. Dairesi 29 Nisan 1993 tarih, 1991/1 esas ve 1991/1752 karar sayılı bir kararında⁹ “*Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan en az birinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekir.*” değerlendirmesine yer vermiştir.¹⁰

2. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi eski kararlarında idari sözleşme için bazı ek ölçütler¹¹ aramakla birlikte son kararlarında Danıştayla benzer ölçütleri kabul etmiştir. Gerçekten de Uyuşmazlık Mahkemesi 1964 yılında verdiği bir kararda; sözleşmenin taraflarından birisinin idare olmasını, bir kamu hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin maksadı ile akdedilmiş olmasını ve sözleşmede adi mukaveleler hududunu aşan hükümler bulunmasını idari sözleşme için yeterli saymıştır.¹²

3. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi de idari sözleşmeler için, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kabul ettiği ölçütlere benzer ölçütleri kabul etmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 11.04.1994 tarih, 1994/43 esas ve 1994/42-1¹³ karar sayılı kararında idari sözleşmenin varlığını; sözleşmenin taraflarından birisinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması şartlarına bağlamıştır.

⁹ Danıştay 10. Dairesinin 29 Nisan 1993 tarih, 1991/1 esas ve 1991/1752 karar sayılı kararı için bakınız, Danıştay Dergisi, Sayı 88, s. 465.

¹⁰ GÖZLER, s. 39.

¹¹ Uyuşmazlık Mahkemesinin 1946 tarihli bir kararı için bakınız, KARAVELİOĞLU, s. 345.

¹² GÖZLER, s. 40.

¹³ Bu karar, 15.04.1994 tarih ve 21906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Görüldüğü gibi her üç yüksek mahkeme de idari sözleşmeler için benzer ölçütler öngörmüşlerdir. Öğretide de kabul gören¹⁴ bu ölçütleri yinelemek gerekirse:

1. Sözleşmenin taraflarından en az birisinin idare olması gerekir.
2. Sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin *yürütülmesine* ilişkin olması gerekir.
3. Sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gerekir.¹⁵

Aşağıda bu üç ölçüt genel olarak incelenecektir.

4. İdari Sözleşmelerin Ölçütleri

a. Sözleşmenin Taraflarından En Az Birisinin İdare Olması Gerekir

Yukarıda açıldığı gibi her üç yüksek mahkeme, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için taraflardan en az birisinin idare olmasını ilk şart olarak kabul etmişlerdir. Şu halde Türk hukukunda iki özel kişi arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayılması mümkün değildir ve buna ilişkin bir örnek de bulunmamaktadır.¹⁶ Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 tarihli kararıyla otoyol imtiyazcısı konumundaki karma ekonomik yapılı şirketle müteahhit arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, bu şirketlerin özel hukuk kişileri olmalarına rağmen devlet hesabına hareket ettiklerini dikkate alarak karar vermiştir.

İki kamu tüzel kişisi arasındaki sözleşme açısından ise Türkiye ve Fransa uygulamaları farklıdır. Fransa uygulamasında, iki kamu tüzel kişisi arasındaki sözleşme karine olarak idari sözleşme olarak kabul edilmektedir.¹⁷ Bu karine dolayısıyla sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ya da özel hukuku aşan hükümler içermesi gerekmemektedir. Buna karşın Türk hukukunda Fransa'da olduğu gibi bir karine yoktur; bu nedenle Türk hukukunda iki kamu tüzel kişisi arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayılması için kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi şarttır. Nitekim Danıştay 8. Dairesi 16 Ocak 1985 tarihli bir kararında, belediye sınırları içerisinde mezbaha hizmetlerinin yürütülmesi konusunda bir belediye başkanlığı ile Et

¹⁴ GÖZLER, s. 41; GÜNDAY, s. 169; Zehra ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1–2, s. 141–195.

¹⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *İdare Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1989, s. 199.

¹⁶ GÖZLER, s. 41; TEKİNSOY, s. 194; Zehra ODYAKMAZ, s. 147.

¹⁷ GÖZLER, s. 42.

Balık Kurumu Genel Müdürlüğü arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi saymıştır.¹⁸ Bu kararda görüldüğü gibi Danıştay iki kamu tüzel kişisi arasında, üstelik bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılmış olmasına karşın bu sözleşmeyi idari sözleşme saymamıştır.

b. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması Gerekir

İdari sözleşmelerin belirlenmesindeki ikinci ölçüt ise sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve amacının kamu yararı olmasıdır.¹⁹ Burada sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması yeterli değildir.²⁰ Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında²¹, vergi dairesinde çay ocağı işletmesi hakkını ihale ile alan kişi ile idare arasındaki uyuşmazlıkta sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığı gerekçesiyle sözleşmeyi idari sözleşme saymamıştır. Buna karşın Yargıtay, yurtdışı temsilciliklerinde açılış hizmeti yapan kişi ile idare arasındaki sözleşmeyi, idari sözleşme sayarak bir anlamda buradaki açılış hizmetinin kamu hizmetinin yürütülmesi olduğuna hükmetmiştir.²²

Türk hukukunda bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması şartı sadece yargı kararlarına değil, yasal bir hükme de dayanmaktadır. Gerçekten de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (c) bendindeki "... kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşme" ifadesi bu ölçüte bir dayanak olarak yorumlanabilir.²³ Ancak bu hükmün, sadece idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı kolunun alanına gireceğini gösteren bir usul hükmü olduğu, dolayısıyla özel sözleşmeleri idari sözleşmelerden ayırmak için kullanılamayacağı da ileri sürülebilir.

¹⁸ Danıştay 8. Dairesi 16.05.1985 tarih, 1984/495 esas ve 1985/46 karar sayılı kararı ile Manisa İdare Mahkemesinin 22.05.1984 tarih, 1984/211 esas ve 1984/250 karar sayılı kararını onamıştır.

¹⁹ GÜNDAY, s. 169; GÖZLER, s. 43; ODYAKMAZ, s. 148.

²⁰ Aksi görüş için bakınız, KESKİN, s. 79; Bu konuda ayrıntılı bir açıklama için bakınız, TEKİNSOY, s. 196–201.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesinin 18 Kasım 1991 tarih, 1991/41 esas ve 1991/42 karar sayılı kararı 13.01.1992 tarih ve 21110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²² Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.12.1993 tarih, 1993/9709 esas ve 1993/19056 karar sayılı kararı için bakınız, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 20, Sayı 5, Mayıs 1994, s. 749.

²³ GÖZLER, s. 43.

c. Sözleşmenin Özel Hukuku Aşan Hükümler İçermesi Gerekir

Bir özel hukuk sözleşmesinde kural olarak taraflar eşit koşullarda ve özgür iradeleri hareket ederler. Oysa idari sözleşmelerde bu eşitlik taraflardan birisi özellikle idare lehine bozulabilir ve idareye kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için, özel hukuk sözleşmelerinde her hangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanınır. Sözgelimi, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme, feshetme ya da denetleme yapma, ceza verme gibi haklar verilebilir.²⁴ Ancak GÜNDAY'a göre idare dışında karşı tarafa da bazı ayrıcalıklar tanınması mümkündür ve bu da özel hukuku aşan şartlar olarak değerlendirilmelidir.²⁵

İdarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde yargı organlarınca kullanılan ve öğretide kabul gören bu son ölçütün ifade edilmesinde bir terim birliği yoktur. Anayasa Mahkemesi bu ölçütü, “özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler” olarak ifade ederken, Danıştay kararlarında ise “idareye, diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkiler veren hükümler” olarak söz edilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise “adi mukaveleler hududunu aşan şartlar” ifadesini kullanmaktadır.

Benzer şekilde öğretide bir terim birliği yoktur. Bu şart için, “hususî hukuk mukavelelerinde emsaline tesadüf edilmeyecek şartlar”, “özel hukuk sözleşmelerindeki hükümleri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıklar”, “özel hukuku aşan koşullar” gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır.²⁶

5. Şartların Birlikteliği (Kümülatifliği)

Türk yargı kararlarında, idari sözleşme ölçütlerinden “sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” ile “özel hukuku aşan hükümler” içermesi şartları birlikte (kümülatif olarak) aranmaktadır. Gerçekten de yukarıda değinilen yargı kararlarında bu iki ölçüt “veya” değil “ve” bağlacı ile kullanılmıştır. Bu nedenle Türk hukukunda idari sözleşmeden söz edebilmek için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Oysa Fransa'da bu iki şart birlikte aranmamakta aksine, biri diğerinin alternatifi olarak kullanılabilir. Yani Fransa'da taraflarından birisi kamu tüzel kişisi olan bir sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi ise ya da sözleşme özel hukuku aşan

²⁴ ODYAKMAZ, s. 150.

²⁵ GÜNDAY, s. 170; KESKİN, s. 82.

²⁶ GÖZLER, s. 44-45.

hükümler içeriyorsa idari sözleşme sayılmaktadır. Buna göre sözgelimi sadece kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan ancak özel hukuku aşan hükümler içermeyen bir sözleşme Fransa'da idari sözleşme sayılırken, Türk hukukunda özel hukuk sözleşmesi kabul edilecektir.

Türk uygulamasındaki bu katı anlayış idari sözleşme alanını daraltmış, çok az sayıdaki sözleşmenin idari sözleşme kabul edilmesine yol açmıştır. Nitekim gerek Yargıtayın gerekse Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde verilmiş kararları bulunmaktadır.

Türk yargısınca benimsenen bu kümülâtif görüşe katılma imkanı yoktur. Zira bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılan bir sözleşmenin özel hukuk rejimine tabi tutulması doğru bir yaklaşım değildir. Devamlılık, eşitlik, uyarlılık gibi özel hukuk ilişkilerinde görülmeyen niteliklere sahip kamu hizmetinin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesi yerine getirilmesi mümkün değildir.

Aynı şekilde özel hukuku aşan hükümler içeren bir sözleşmenin, salt kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılmadığı için özel hukuk sözleşmesi sayılması da isabetli bir görüş değildir.²⁷

²⁷ GÖZLER, s. 45-46; TEKİNSOY, s. 206.

II. İDARİ SÖZLEŞME TÜRLERİ

Türk hukukunda aşağıdaki sözleşmeler idari sözleşmeler olarak kabul edilerek bunlara kamu hukuku hükümleri uygulanmakta, bunlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir.²⁸ Bu sözleşmeler genel olarak aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- A. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri
- B. Mali iltizam sözleşmeleri
- C. Kamu borçlanma (istikraz) sözleşmeleri
- D. Yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler
- E. Orman işletme sözleşmeleri
- F. İdari hizmet sözleşmeleri

Aşağıda bu sözleşmelere kısaca değinilecektir.

A. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini ya da kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir. Bu sözleşmede idare imtiyaz veren, karşı taraf ise imtiyaz sahibi (imtiyazcı) olarak adlandırılır. Bu sözleşmelerde imtiyaz sahibi hizmetten yararlananlardan ücret ya da bir bedel alarak kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere kamu hizmetini kurar ya da işletir. Ayrıca idarenin özel kişi üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunur ve imtiyaz sahibi tarafından kurulan ve işletilen kamu hizmeti tesisi sözleşmenin sonunda bedelsiz olarak idareye geçer.²⁹

Danıştay bir kararında, kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denildiğini belirterek, *imtiyaz sözleşmesini; konusu, bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan ve 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* olarak tanımlamıştır.³⁰

²⁸ GÜNDAY, s. 170; GÖZLER, s. 47; GÖZÜBÜYÜK, s. 199; KARAVELİOĞLU, s. 348.

²⁹ GÖZLER, s. 68; GÜNDAY, s. 172; KESKİN, s. 86; KARAVELİOĞLU, s. 348.

³⁰ Bakınız, Danıştay 1. Dairesinin 20.03.1997 tarih, 1996/84 esas ve 1997/30 karar sayılı kararı.

B. Mali İltizam Sözleşmeleri

Mali iltizam sözleşmeleri, mültezim adı verilen karşı tarafa, götürü ücret ya da orantılı bir kazanç karşılığında, belli bir kamu hizmetinin gördürülmesini ya da bir teslimin yapılmasını içerirler.³¹

Bu tür sözleşmeler Osmanlı imparatorluğu döneminde “aşar” adı verilen tarım ürünleri vergileri gibi bazı vergilerin tahsilinde uygulanmıştır. Bugün ise, mali iltizam sözleşmeleri daha ziyade göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki hazineye ait dalyanlardan yararlanmak için yapılmaktadır.³²

Ayrıca devletin tekelinde bulunan mükerrer sigorta hakkının işletilmesinde de mali iltizam sözleşmesine başvurulmaktadır. Son yıllarda emlak vergisi geliri belediyelere terk edilmiştir. Bazı belediyeler bu verginin tahakkukundan tahsiline kadar her türlü hizmetin yapılmasını özel kişilere devretmektedirler. Devir için yaptıkları bu sözleşmeler, mali iltizam sözleşmesi niteliğindedir.³³

C. Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri

Devletin veya tüzel kişiliğe sahip kamu kurum ve kuruluşlarının genel giderlerini veya bazı ihtiyaçlarını karşılamak üzere, tahvil, bono,... çıkarmak suretiyle halka ya da sermaye sahiplerine borçlanmasını sağlayan sözleşmelere kamu istikraz sözleşmesi denir.³⁴

Kamu borçlanmaları, özel borçlanmalardan farklı olarak mutlaka özel bir kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak yapılmaktadır. Kamu borçlanmaları kamu yararı gözetilerek, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapıldığından geri ödenme süreleri, özel borçlara göre çok uzundur. Ayrıca, kamu borçlanma sözleşmelerine ilişkin tahvil ya da bonolar haczedilemezler ve devlet ihalelerinde teminat olarak kabul edilmek gibi ayrıcalıklara sahiptirler.³⁵

³¹ GÖZLER, öğretide her ne kadar mali iltizam sözleşmesi olarak adlandırılrsa da bu sözleşmenin, “iltizam sözleşmesi” olduğu ve mali iltizam sözleşmesinin ise bu sözleşmenin bir alt türü olduğu görüşündedir. (GÖZLER, s. 69.)

³² GÜNDAY, s. 170.

³³ ODYAKMAZ, s. 155.

³⁴ GÖZLER, s. 69; GÜNDAY, s. 171; ODYAKMAZ, s. 155.

³⁵ KESKİN, s. 86.

D. Yeraltı ve Yerüstü Servetlerinin İşletilmesine İlişkin Sözleşmeler³⁶

03 Mart 1954 tarihli 6309 sayılı Maden Kanunu'nun 62 ve 63. maddelerinde, bu kanuna tabi madenlerin işletilmesini özel kişilere bırakan sözleşmeler de idarî sözleşme sayılmaktadır. Bu sözleşme ile özel bir kişiye, devlete ödeyeceği belli bir resim karşılığında bir madeni kendi yararına işletme hakkı tanınmaktadır.³⁷ Her ne kadar 6309 sayılı Kanun, 04 Haziran 1985 gün ve 3213 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmışsa da bu kanunun geçici 2. maddesine göre, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış maden işletme imtiyazları devam edecektir.

3213 sayılı Kanun, maden işletme imtiyazını kaldırdığından artık madenlerin işletilmesi imtiyaz sözleşmesi ile değil, tek yanlı bir işlem olan “*ruhsat*” ile yapılmaktadır.³⁸

E. Orman İşletme Sözleşmeleri

1982 Anayasası'nın kabulünden önce idare ile özel hukuk kişileri arasında, ormanların bakımı ve onarımı ile yükümlü olunmak üzere yapılan sözleşmeler Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari sözleşme olarak kabul edilmekteydi.³⁹ Ancak, 1982 Anayasası'nın 169. maddesiyle; devlet ormanlarının mülkiyetinin, yönetiminin ve işletilmesinin özel kişilere devredilemeyeceği öngörüldüğünden, artık orman işletme sözleşmesi yapma imkânı bulunmamaktadır. Ancak önceden yapılmış olan orman işletme sözleşmeleri geçerli olup halen yürürlüktedir.⁴⁰

F. İdari Hizmet Sözleşmeleri

İdarenin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde çalışan ve işçi statüsünde olmayan kamu görevlileri ile yaptığı sözleşmelerdir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesine göre, dört istihdam şeklinden birisi olan sözleşmeli personel, özel bir mesleki bilgiye ve ihtisasa gerek

³⁶ Bu sözleşmeler öğretilerde “*Maden İşletme İmtiyazı Sözleşmeleri*” olarak da adlandırılmaktadır. Bakınız, ODYAKMAZ, s. 156.

³⁷ GÖZLER, s. 70–71; GÜNDAY, s. 175–176; ODYAKMAZ, s. 156.

³⁸ GÜNDAY, s. 176; KESKİN, s. 87.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.01.1946 tarih, 1946–7/2 esas ve 1946/2 karar sayılı kararı için bakınız, Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 26, s. 53; GÖZLER, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. (GÖZLER, s. 71).

⁴⁰ GÜNDAY, s. 176; ODYAKMAZ, s. 157.

gösteren geçici işlerde çalıştırılabilir. Bu gibi işlerde çalıştırılacak personel ile idare arasında yapılan sözleşmeler, idari sözleşmelerdir.⁴¹

Görev ve yetki bakımından sözleşmeli personel ile memurlar ve diğer kamu personeli arasında bir fark olmamakla beraber sözleşmeli personel, hizmet süresi, ücret ve sosyal güvenlik hakları açısından memurlardan ayrılmaktadır.

⁴¹ GÖZLER, s. 72; GÜNDAY, s. 177-178.

SONUÇ

İdarenin yaptığı sözleşmelerin, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ayırımı öncelikle bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim ve uyumsuzluk halinde başvurulacak yargı yerinin tespit açısından önemlidir.

Ödev konusu bu çalışmada, idari sözleşmeler ölçütleri, öğreti ve yargı kararları açısından ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

İdari sözleşme bir görüşe göre, bir yandan “*idari*” kavramı ile kamu hukukunun etkisi altında iken, bir yandan da özel hukukun temel kavramı “*sözleşme*” ile bir karışma/kaynaşma meydana getirmektedir. Bu özgün tespite bakarak idari sözleşmeleri tam olarak saptayacak ölçütleri ortaya koymanın kolay olmayacağı söylenebilir.

Hiç kuşkusuz bu zorluğa rağmen idari sözleşmelerin ölçütlerinin tespit edilmesi bir gerekliliktir ve özellikle yargı uygulamasının dar bir alana sıkıştırdığı bu sözleşme türünün bilinip yaygınlaşması açısından da bir zorunluluktur.

Bu çalışma, tam da bu amaçla, en azından konuya ilişkin kavramların derli toplu biçimde ortaya konulmasını için hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

1. GÖZLER Kemal,
İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003
2. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref,
Yönetim Hukuku, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1989
3. GÜNDAY Metin,
İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003
4. KARAVELİOĞLU Celâl,
Değişiklik – Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Cilt I, Kayseri 2001
5. ÖZAY İl Han,
İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992
6. KESKİN Bayram,
“Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, (*Doktora Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ankara 2006*)
7. ODYAKMAZ Zehra,
“Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1–2, s. 141–195
8. TEKİNSOY Ayhan,
“İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, s. 181–227