

**KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

Cengiz ÜNSAL

**İDARİ SÖZLEŞMELER VE BU SÖZLEŞMELERDEN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Yöneticisi

Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ

Kırıkkale - 2000

T 99889

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

ÖZET

İdare Hukukunda yer alan birçok kavramın kapsam ve niteliği, artan toplum gereksinimleri gelişen teknoloji ve çağdaş demokrasi anlayışı karşısında değişikliğe uğramıştır. İdare Hukukunun en önemli kavramlarından biri olan kamu hizmeti de bu değişim içinde yer almıştır. Kamu hizmeti kavramı artık klasik anlamıyla Devletçe veya kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşmış ve kapsamı genişlemiştir. Çağdaş anlamıyla kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kurumun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmetlerdir. Kamu hizmeti niteliğini taşıyan bir görevin yerine getirilmesi özel girişime devredilebilir. Bu kapsamda idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler idari sözleşmedir. Taraflardan birini idarenin oluşturduğu ve konusu kamu hizmeti olan bir hizmetin yürütülmesi için yapılan ve amacı kamu yararı olarak saptanan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmeler idari sözleşme niteliğini taşırlar. Devlet bugün için artan toplum gereksinimleri ve bu kapsamda artan görevlerini tek başına yerine getirmekte zorlanmaktadır. Bu nedenle de idari sözleşmelere başvurma gereği ortaya çıkmaktadır.

İdari sözleşmelerin hukuki niteliklerini ve çeşitlerinin ne olduğu kanunlarla belirlenmekten ziyade, doktrin ve mahkeme içtihatları ile belirlenmesinde fayda vardır. Gelişen zaman içerisinde ölçütlerde ve çeşitlerde değişiklikler olduğu gözlemlenmiş, yeni sözleşme çeşitleri ortaya çıkarken bazılarının günümüzde yürürlükten kalktığı anlaşılmıştır. Özellikle günümüzde birçok alanda uygulama alanı bulmaya başlayan Yap-işlet-Devret modeli üzerinde durmak gerekir. Kamu hizmetlerinin özel girişim eliyle görülmesi yöntemlerinden biri olan yap-işlet-devret modeli ile büyük benzerlikler gösteren imtiyaz sözleşmelerini karşılaştırdığımızda; iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Bir kısım yazarlar değişik bir isim altında düzenlenmiş olsa bile Yap-işlet-devret modeline dayalı sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşme niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Karşı

görüŖte olanlarsa modelin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile ortak yanları olsa bile farklı ve kendine özgü bir kavram olduğunu ifade etmişlerdir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idarenin gerçek veya genel olarak sermaye şirketi olan tüzel bir kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içerisinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel almak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında yürütölen bir yönetim biçimidir. Bu kapsamda yap-işlet-devret modeline dayalı sözleşmelerin unsurlarını değerlendirdirsek ortaya bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi çıkmaktadır. Yap-işlet-devret modelinin konusunu da kamu hizmet ve faaliyetleri teşkil etmektedir. Bu hizmet ve faaliyetlerin kurulması ve işletilmesi idarece sözleşmeyle özel girişime devredilmektedir. Her ikisinde de hasar ve risk özel girişimciye aittir. Özel girişimci hizmeti kurması ve işletmesinin karşılığını sonuç olarak hizmetten yararlananlardan almaktadır. İkisinde de idarenin üstünlüğünü belirleyen unsurlar vardır.

Bu sözleşmelerin uygulanmasından önce doğan uyuşmazlıkların idari işlemlerden kaynaklanması halinde idari yargı makamlarına İptal ve tam yargı davası açılabilir. Sözleşmelerin uygulanmasından sonra doğan uyuşmazlıkların sözleşmeler ve sözleşmelerle ilgili idari işlemlerden kaynaklandığı takdirde, ayrılabilir işlemler teorisine göre bu idari işlemlerden dolayı idari yargıda iptal ve tam yargı davası açılabilir gibi yine sözleşmenin tamamen iptali için de idari yargıda iptal davaları açılabilir.

Menfaat ihlali yani hukuka aykırılık varsa iptal, hak ihlali varsa yani zarar görölmüş tazminat istenecekse Tam yargı davası açılmalıdır. Kesin olmayan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda İYUK m. 11'e göre "Üst makama başvurma" şeklinde bir çözüm yolu da bulunmaktadır.

İdari sözleşmelerden doğan davalar idari yargının görev alanına girip İYUK'na göre idari mahkemelerince çözümlenmesi gerekmektedir. İstisnaen ; imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalarda Danıştay'ın görevli olduğu kanununla belirlenmiştir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan davalar adli yargının görevine girmekte ancak sözleşmelerin uygulanmasından önce idari işlemlerden dolayı açılacak davaların ve uygulanması sırasında yine idari işlemlerden dolayı açılacak davalar ayrılabilir işlemler teorisine göre idari yargının görev alanına girmektedir.

Yetki; bir işi veya görevi yapabilme hakkı yani davayı hangi yerdeki hüküm mahkemesi tarafından bakılacağını belirlenmesidir. İdari yargıda yetki kamu düzenine ilişkin olup yetkili mahkemelerin nereleri olduğunun kanunla düzenlenmiş ve tarafların sözleşmeyle yetkili yargı yerini belirleme imkanları bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın çözüm yollarından biri de Tahkim müessesesidir. Müesseselerin incelenmesinden görülmüştür ki; tahkim usulü bizim hukukumuzda, kendi düzenleme alanında, yani medeni (özel) hukuk alanında bile yeterli, tatmin edici ve istenen seviyede uygulanmamakta, tahkim müessesesi inkişaf edememektedir.

Aslında devlet mahkemelerinin iş yoğunluğu ve usul kuralları sebebiyle davaların olağanüstü şekilde ve kolaylıkla uzayabilmesinin önüne geçebilecek tahkim yolunu, insanlarımızın tercih etmesini sağlayacak bir çok sebep vardır. Mesela, hakemlerin iş yoğunluğundan söz edilemez. Davayı çözümlmek için gerekli maddi ve usul hukuku kuralları taraflarca tespit ve tayin edilebilir. Bu usul daha ucuzdur ve uyuşmazlığın bir an önce çözümlenmesini sağlayıcı tedbirlere sahiptir. Yargıtay'ın temyizi incelemesi daha sınırlı sebeplerle gerçekleşmektedir.

Bu tercihlere rağmen Tahkim usulünün gelişmemesinin en büyük sebebi kanunumuzdaki düzenlemedir. Bizde hakeme gitmek konusunda anlaşılabilir bile hakem bulmak ve hakem heyetini teşekkül ettirmek ciddi bir sorundur. Çünkü bir icap - kabul şartı vardır. Ayrıca hakem gerçekten özel, yani hiçbir resmi yönü ve güvencesi olmayan bir kişidir. Kendisini seçen tarafın hamisi olmadığını bilmelidir. Bu sebeplerle uyuşmazlık, daha güvenli, heybetli ve istikrarlı görülen devlet mahkemelerine gitmektedir.

Yargıtay'ın incelemesi de, kanunun düzenlemesinden ötürü etkin olamamaktadır. Yargıtay'ın birçok kararında, aslında kararın maddi ve şekli açıdan bozulması gerektiğinin ancak kanun gereği onamak zorunda kalındığının ifadesini görüyoruz. Bu sebeple, verilen kararlar içerik açısından insanımızı tatmin edememektedir.

Anlaşılan o ki; tahkim usulüne ilişkin mevzuatımızın yetersiz oluşu, ciddi ve tatminkar düzenlemeler yapılmamasından ötürü bu müesseseye başvuru yolu pek tercih edilmemektedir.

ABSTRACT

Most of the quality and scope of the concepts of the administrative law have been transformed parallel to the requirements of the society, technology and contemporary democratic concepts. The public service, which is the most important concept of the administrative law, has also been changed in accordance with that transformation. Now the meaning of the word public service has enriched and enlarged regarding the classical definition that is the public services realized by the administration. Contemporary meaning of the public service is the service is the service provided for the people directly by the administration or the service, realized by private enterprise under the supervision of administration. Execution of the public service may be transferred to a private enterprise. With that point of view, the contracts by the administrative organ with private enterprises for executing any public service are administrative contracts. The contracts, chartering the administration for having public services realized for the benefit of the public are classified administrative contracts. Presently the state is in difficulty for fulfilling the increased requirements of the public alone. For coping with that problem, the state has been applying for the administrative contracts.

First of all it would be useful to define the qualities and the types of the administrative contracts through case law and publications contrary to the definitions set forth by various laws. In accordance with the developments within the society, some types of the contracts have become dead while new types emerged. Especially the build-operate and transfer model, which is very common in different areas must be emphasized. There are two different point of views if we compare the charter contracts and build-operate-and transfer method that is frequently applied for the realization of the public services. Some of the authors have been defending that the build-operate and transfer contracts have the common elements of the charter contracts whereas the opposing group has been classifying this method different and sui generis contract, despite the two have common features.

Public service charter contracts, is the agreement between the administration and real or legal person that owns capital for fulfilling a public service for a long period with

a definite fee. To attain that aim chartered party provides necessary establishments for the public service and operates it for enduring the loss and profit but under the supervision of the administration.

With this definition if we assess the elements of the build-operate and transfer contracts are public service charter contracts. The subject matter of the build-operate and transfer contracts is to provide public service. However, building required establishments and to service them is transferred to a private enterprise by the state. In both types of the contracts the damage and riské belongs to the private enterprise. The private enterprise gets the cost, spent for building establishments and operation from those, taking benefit from that service. The administration has the dominant role in the two types.

The disputes, arisen before the signature can be solved at the administrative courts with annulment and compensation requests. However, the disputes, arisen after the signature of the contracts may be solved at administrative courts with the request of annulment and compensation as well as the total annulment of the signed contract.

If there is violation of the benefit the annulment of the transact can be requested but if the fact is contrary to the law the compensation of the damage can be requested from the administrative court. Also by virtue of the article 11 of the Administrative Trial Procedure Act (Law no: 2577) the solution can be requested from the hierarchical higher organ for that transact or action.

The disputes, arisen because of the application of the administrative contract shall be solved by the administrative courts. However, exceptionally the disputes, arisen because of the contracts, chartering the execution of the public service shall be solved by the Supreme Administrative Court of Appellations in accordance with the law. The disputes, arisen from the execution of the contracts under the scope of the private law shall be solved at the civil courts. Nevertheless, in accordance with the divisible transact theory the disputes, arisen before and after the signature of the contract shall be solved by the administrative courts.

Competency is empowered authority to execute a duty. In other words at which court the dispute shall be solved. At administrative trial competency is controlled by the principle of the public order and the competent courts can not be determined by the mutual agreement but determined by the law.

One of the possible ways to solve the disputes is the arbitration.

Upon analyze of the methods to solve the disputes the arbitration method has not been used effectively and satisfactorily even in the private law.

On the other hand, there are many facts for the preference of the arbitration method, which lessens the number of the disputes at the courts and prevents the long time taking court procedures. For instance, the evidences and methods for solving the disputes can be determined by the parties. This is more economical and cheap for fast and the appellation review of the Supreme Court of Appeals authority is limited concerning the other disputes.

In spite of these cited preferences, the most important handicap for the development of the arbitration method is the legal regulations. On the other hand if the parties agreed for arbitration who would be the arbitrator. Because there is an offer and accept prerequisite for that method. In addition, the arbitrator is the person, who is not secured by the state and private enterprise. In other words, the arbitrator should aware of the fact that he is not protector of his elector. For that reason the disputes have been taken to the courts at which the parties feel him more secure and stable before their dignity.

The appellation reviews of the Supreme Court of Appeals are in a limited scope due to the law. In most of the Supreme Court decrees it has been confessed, as "The solution is contrary to the law either because of the unfairness of the solution but also not obeying the procedures perfectly but by virtue of the law it has been upheld." Consequently, most of the decisions are not satisfactory.

In short, insufficiency of the Turkish laws and because of not legislating new regulations for that method the arbitration method has not been preferred.

KİŞİSEL KABUL/AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım " İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları " adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım. 07.12.2000

Cengiz ÜNSAL

ÖNSÖZ

İdare hukukunda yer alan birçok kavramın kapsam ve niteliği, artan toplum gereksinimleri ve gelişen teknoloji karşısında değişikliğe uğramıştır. İdare hukukunun en önemli kavramlarından biri olan kamu hizmeti de bu değişimin içinde yer almıştır. Buna paralel olarak idari sözleşme türleri değişikliğe uğramış ve bu sözleşmelerden doğan ihtilafların da çözüm yolları önem kazanmıştır. Bu çalışma ile söz konusu değişiklikleri belirleyip, çıkan sorunların çözümü hususuna katkı sağlayabilmek amaç edinilmiştir. İdari sözleşmelerin hukuki niteliklerini ve çeşitlerinin ne olduğu kanunlarla belirlenmekten ziyade, doktrin ve mahkeme içtihatları ile belirlenmesinde fayda vardır. Gelişen zaman içerisinde ölçütlerde ve çeşitlerde değişiklikler olduğu gözlemlenmiş, yeni sözleşme çeşitleri ortaya çıkarken bazılarının günümüzde yürürlükten kalktığı anlaşılmıştır.

Bu amaç doğrultusunda çok dağınık bir vaziyette bulunan bilgiler bir araya getirilerek okuyucunun kafasında soru işareti bırakmadan sorunları ve çözüm yollarını ortaya koymaya çalıştık. Bu amacımıza bir nebze de olsa ulaşabildiysek kendimizi mutlu, yaptığımızı doğru sayabileceğiz.

Bu eserin hazırlanmasında emeğini esirgemeyen ve her aşamada yardımcı olan Kırıkkale Üniversitesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ'a teşekkürlerimi sunmayı bir borç biliyorum.

Eserin ilgililere yararlı olması dileğiyle saygılar sunuyorum.

Aralık-2000

Cengiz ÜNSAL

İÇİNDEKİLER

Özet	I
Abstarct	IV
Kişisel Kabul/Açıklama	VII
Önsöz	VIII
İçindekiler	IX
Kısaltmalar	XXIII

İDARİ SÖZLEŞMELER VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

BİRİNCİ BÖLÜM İDARİ SÖZLEŞMELER

Giriş.....	1
&1. SÖZLEŞME KAVRAMI.....	5
&2. İDARENİN SÖZLEŞMEELERİ.....	6
I. İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ.....	6
II. İDARİ SÖZLEŞMELER.....	6
III. İDARİ SÖZLEŞME İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYIRIMI.....	6
IV. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA YAPILAN AYIRIM TARTIŞMALARI	8
V. İDARİ SÖZLEŞMELERİN GELİŞİMİ VE TARİHÇESİ.....	10
&3. İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	11

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ.....	11
II. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UNSURLARI.....	12
1. Kamu Tüzel Kişisi Koşulu.....	14
2. Sözleşme Konusunun Kamu Hizmetine İlişkin Olması.....	14
3. İdareye, Özel Hukuku Aşan Yetkilerin Tanınması.....	14
4. Sözleşmenin Belli Bir Süreyi Kapsaması.....	15
&4. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÇEŞİTLERİ.....	15
I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZLARI.....	15
1. İmtiyaz Kavramı.....	15
A. Kamu Hizmeti.....	16
B. Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri.....	17
a. Müsterek Emanet Yöntemi.....	18
b. İltizam Yöntemi.....	18
c. Ruhsat (izin) Yöntemi.....	19
d. İmtiyaz Yöntemi.....	20
aa. Tanımı ve Özellikleri.....	20
bb. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri.....	21
cc. Diğer Usuller ile Farkları.....	22
2. Yasal Düzenlemeler.....	23
A. Anayasa.....	23
B. Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkındaki Kanun.....	25
C. Danıştay Kanunu.....	25
D. Diğer Kanunlar.....	26
3. İçtihat.....	26
4. Genel Değerlendirme.....	27
II.YERALTI VE YERÜSTÜ SERVETLERİNE İLİŞKİN İŞLETME SÖZLEŞMESİ.....	29
1. Maden Kanunu.....	29
2. Petrol Kanunu.....	31

3. Orman işletme Sözleşmeleri.....	31
4. Sıcak ve Soğuk Maden Sularının işletilmesi Sözleşmeleri.....	32
5. Taşocaklarının İşletilmesi İçin Yapılan Sözleşmeler.....	33
III. KAMU EMLAKININ İŞGAL VE KULLANILMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER.....	33
IV. İLTİZAM VE LEVAZIM SATIN ALINMASI SÖZLEŞMELERİ.....	34
V. KAMU ÖDÜNCÜ ALMA (İSTİKRAZ) SÖZLEŞMELERİ.....	34
1. Genel Olarak Kamu Borçlanması.....	34
2. Kamu Harcamaları ve Özel Harcamalar Arasındaki Farkları.....	35
3. Kamu Borçlarının Yapısı.....	35
4. Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	36
5. Yargısal Bağlamda Kamu İstikraz Sözleşmeleri.....	37
VI. KAMU HİZMETİ PERSONELİNİN HİZMET SÖZLEŞMELERİ.....	38
VII. YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMELERİ.....	39
1. Tarihsel Gelişimi.....	39
A. Dünyada Yap İşlet Devret Modeli.....	39
B. Türkiye'de Yap İşlet Devret Modeli.....	40
2. Yap İşlet Devret Modeli Tanımları.....	42
A. Genel Olarak.....	42
B. Yasal Düzenlemelerde Yap İşlet Devret Modeli Tanımı.....	43
C. Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli Tanımı.....	44
a. Doktrinde Yap İşlet Devret Modeli Tanımı.....	44
b. Mahkeme Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli Tanımı.....	45
aa. Danıştay Kararlarında.....	45
bb. Anayasa Mahkemesi Kararlarında.....	47
3. Yap İşlet Devret Modelinin Uygulama Örnekleri.....	48
A. Enerji Sektöründe.....	48
a. Hidroelektrik Santralleri.....	48
b. Termik Santralleri.....	49

c. Nükleer Enerji Sektörü.....	49
B. Diğer Sektörlerde.....	49
C. Uygulamaya Dair Yap İşlet Devret Modellerinin Değerlendirilmesi.....	49
4. Yasal Düzenlemeler ve Mahkeme Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli.....	50
A. Yasal Düzenlemelerde Yap İşlet Devret Modeli.....	50
a. 3096 Sayılı Yasa.....	50
aa. Elektrik Görev ve Üretim Sözleşmesi.....	50
i) Elektrik Görev Verilmesi Sözleşmesi.....	50
ii) Elektrik Üretim Müsaadesi Verilmesi.....	51
iii) Görevlendirme Süresi.....	51
bb. İşletme Hakkının Devri.....	51
b. 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu.....	51
c. 3465 Sayılı Yasa.....	51
d. 3996 Sayılı Yasa.....	52
e. 4283 Sayılı Yasa.....	53
f. Diğer Yasal Düzenlemelerde	53
aa. 2983 Sayılı Yasada Yap İşlet Devret Modeli.....	53
bb. 3974 Sayılı Yasada Yap İşlet Devret Modeli.....	53
cc. 4046 Sayılı Yasada Yap İşlet Devret Modeli.....	54
B. Mahkeme Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli.....	54
a. Danıştay Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli.....	54
aa. Yap İşlet Devret Modeli ile ilgili Yasal Düzenlemelerden Önceki Danıştay Kararları.....	54
bb. Yap İşlet Devret Modeli ile ilgili Yasal Düzenlemelerden sonraki Danıştay Kararları.....	56
b. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yap İşlet Devret Modeli.....	57
5. Yap İşlet Devret Modelinin Unsurları.....	58
A. Yap İşlet Devret Modelinin Konusu.....	59

B. Yap İşlet Devret Modelinin Tarafları.....	59
C. Süre.....	60
D. Satın Alma Garantisi.....	60
E. Devir.....	60
F. Yap İşlet Devret Modelinin Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Hükümleri Aşan Unsurları.....	60
6. Yap İşlet Devret Modeline Dayanan Sözleşmelerin Yapılması.....	61
A. Yap İşlet Devret Modeli Kapsamında İdareye Yetki Verilmesi.....	61
B. Görevlendirme.....	61
a. İlan.....	61
b. Görev Verilecek Şirketlerde Aranılan Özellikler.....	62
c. Şartname Düzenlenmesi.....	62
d. Ön Seçim.....	63
e. Görevlendirme Usulleri.....	63
aa. Kapalı Teklif Usulü.....	64
bb. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulünde Görevlendirme.....	64
cc. Pazarlık Usulünde Görevlendirme.....	64
dd. Görevlendirmede Uyulacak Ortak Esaslar...	65
f. Uygulama Sözleşmesinin Yapılması.....	65
g. Teminat.....	65
h. Sözleşme Dili.....	65
ı. Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi.....	66
7. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Yapısı.....	66
A. Kamusal Etkinliklerin Hukuki Çerçevesi.....	66
B. Kamusal Etkinliklerin Özel Girişime Gördürülmesine Yönelik Yasal Düzenlemeler ve Hukuki Nitelikler.....	67
a. Kamu Hizmeti İmtiyazları.....	67
b. Elektrik Görev ve Üretim Sözleşme Uygulaması.....	69
c. Otoyol Görev Sözleşmesi Uygulaması.....	72

d. Kamu Hizmeti İşletme Hakkı Devri Uygulaması.....	73
e. Serbest Bölgeler Uygulaması.....	75
f. Yap İşlet Devret Modeli.....	75
8. İmtiyaz Sözleşmesi ile Yap İşlet Devret Modelinin Karşılaştırması	76
9. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi.....	79
A. Yap İşlet Devret Modelinin Yasal Dayanakları.....	79
B. Modelin Hukuki Niteliği.....	79

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN HÜKÜMLERİ VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN DAVA VE SULH YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

&1. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDA TARAFLARIN HAK, YETKİ VE SORUMLULUKLARI.....	81
I. İDARENİN YETKİLERİ.....	82
1. Denetim Yetkisi.....	82
2. Sözleşmeyi Tek Taraflı Olarak Değiştirebilme Yetkisi.....	83
3. İdarenin Yargı Kararına Dayanmaksızın Yaptırım Uygulayabilmesi	85
A. Para Yaptırımı.....	86
B. İşletmeye Geçici Olarak El Koyma Yetkisi.....	86
C. Sözleşmenin Feshedilmesi.....	86
4. İdarenin Sözleşmeye Son Verme Yetkisi.....	88
II. KARŞI AKİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	91
III. KARŞI AKİDİN HAKLARI.....	92

1. Kamusal Olanaklar.....	92
2. Mali Haklar.....	92
3. ÖngörülmeYen Hallerin Doğurduğu Güçlükler Nedeniyle Mali Yardımlar İsteme Hakkı.....	95
IV. YAP İŞLET DEVRET MODELİNDE TARAFLARIN HAK, YETKİ VE SORUMLULUKLARI.....	98
1. İdarenin Yetkileri.....	98
A. İdarenin Denetim Yetkisi.....	98
B. Sözleşmenin Süresinden Önce Feshi.....	99
C. Kamulaştırma.....	99
D. Mal ve Hizmetlerin Ücretinin Belirlenmesi.....	99
2. Karşı Tarafın Hak ve Sorumlulukları.....	100
A. Hakları.....	100
a. Üst Hakkı.....	100
b. Garantiler.....	100
c. Köprü Krediler.....	101
d. Muafiyetler.....	101
B. Sorumluluk ve Tazminat.....	101
&2. İDARİ SÖZLEŞMELERİN YAPILMASI.....	102
I. ŞEKİL.....	102
II. SÖZLEŞMENİN OLUŞUMUNA HAKİM OLAN İLKELER.....	102
1. Aleniyet.....	102
2. Serbest Rekabet.....	102
3. En Uygun Fiyatın Bulunması.....	103
4. Sözleşmeyi Yapacak Kimsede Belli Bir Yeteneğin Aranması.....	103
III. HAZIRLIK AŞAMASI.....	103
IV. İLAN VE SÖZLEŞME YAPMAK İSTEYENLERİN BAŞVURULARININ SAĞLANMASI.....	104
V. İHALE KARARININ ALINMASI.....	104

VI. EN UYGUN BEDELİN BULUNMASI VE SÖZLEŞMECİNİN SEÇİLMESİ.....	105
1. Kapalı Teklif Usulü.....	105
2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü.....	107
3. Açık Teklif Usulü.....	108
4. Pazarlık Usulü.....	109
5.Yarışma Usulü	109
VII. SÖZLEŞMENİN YAPILMASI.....	109
&3. İDARİ SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI.....	110
I. GENEL OLARAK.....	110
II. YAP İŞLET DEVRET MODELİNE BAĞLI SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ.....	112
1. Sürenin Sona Ermesi.....	112
2. Fesih.....	112
3. Devir	112
A. Süre Sonunda Tesisin Devri.....	112
B. Sürenin Sona Ermesinden Önceki Devir.....	113
4. Mücbir Sebepler.....	113
&4. İDARİ SÖZLEŞMELERLE İLGİLİ İDARİ İŞLEMLER.....	113
I. TİP SÖZLEŞMELER (KATILMALI SÖZLEŞMELER).....	113
II. ŞARTNAMELER.....	114
III. ZİNCİR İŞLEMLER (BAĞLI İŞLEMLER).....	116
IV. AYRILABİLİR İŞLEMLER.....	117
&5. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR.....	118
I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN ÖNCE DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR.....	119
1. Sözleşmeye Hazırlık Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar.....	119
2. İlan Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar.....	120
3. İhalenin Yapılması Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar.....	120
4. Sözleşmenin Yapılması Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar.....	120

II. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN ÖNCE DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR.....	121
III. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN SONRA DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR.....	125
&6. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ....	126
I. UYUŞMAZLIKLARIN DAVA (YARGI)YOLU İLE ÇÖZÜMÜ.....	126
1. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Görev.....	133
2. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki.....	134
A. Yetkinin Kamu Düzenine İlişkin Bulunması.....	140
B. İdari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Yerinin Sözleşme ile Belirlenmesi.....	141
II. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU (HAKEM USULÜ) İLE ÇÖZÜMLENMESİ.....	143
III. UYUŞMAZLIKLARIN SULHEN ÇÖZÜMÜ.....	143
1. Genel Bütçeye Dahil Daireler.....	143
2. Katma Bütçeli Daireler.....	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

&1. GENEL BİLGİ.....	147
&2. TAHKİMİN ÇEŞİTLERİ.....	148
I. MECBURİ TAHKİM.....	148
1. 3533 Sayılı Kanuna Tabi İdareler Arasındaki Uyuşmazlıklar.....	148
A. Kapsam ve Amaç.....	148
B. Mecburi Hakemler	149
C. Mecburi Hakemde Dava Açılması.....	151
D. Tahkikat.....	151

E. Mecburi Hakem Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları.....	151
F. Kararın İcrası.....	152
G. Mercii.....	152
2. Tütün ve Tütün Tekeli Kanununa Göre Mecburi Tahkim.....	152
3. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Mecburi Tahkim.....	152
4. Diğer Mecburi Tahkim Halleri.....	152
II. İHTİYARİ TAHKİM.....	153
III. HAKEM BİLİRKİŞİLER.....	154
IV. HAKEM-DİSPEÇCİ KARARLARI.....	154
&3. TAHKİM SÖZLEŞMESİ, HAKEM SÖZLEŞMESİ VE HAKEM.....	155
I. TAHKİM SÖZLEŞMESİ.....	155
1. Tahkim Sözleşmesinin Çeşitleri.....	156
A. Müstakil Tahkim Sözleşmesi.....	156
B. Tahkim Şartı.....	156
2. Tahkim Sözleşmesinin Şartları.....	157
A. Yazılı Şekil Şartı.....	157
B. Sözleşme Konusu ile İlgili Şart.....	158
C. Uyuşmazlığın Belirli Olması Şartı.....	160
D. Açık ve Kesin Olarak Tahkim Yolunun Tercihi.....	161
3. Tahkim Sözleşmesinin Etkisi.....	161
A. Tahkim İtirazı.....	161
B. Tahkim Sözleşmesine Rağmen İlamsız İcra Takibi Yapılması.....	163
C. Tahkim Sözleşmesi Sadece Tarafları Bağlar.....	163
D. HUMK. m. 519'un Etkisi.....	163
a. Dava Mahkemede Açılmışsa.....	164
b. Dava Hakemlerde Açılmışsa.....	164
II. HAKEM SÖZLEŞMESİ.....	164
III. HAKEMLER.....	165
1. Hakemler Nasıl Seçilir.....	166

A. Hakemler Tahkim Sözleşmesinde İsmen Gösterilmiş Olabilirler.....	166
B. Hakemlerin Taraflarca Seçileceği Kararlaştırılmış Olabilir.....	166
C. Hakemlerin Seçimi Üçüncü Bir kişiye Bırakılabilir.....	167
D. Hakemlerin Seçimi Hakkında Bir Açıklık Olmayabilir.....	168
E. Hakemlerin Sayısı.....	168
2. Hakemlerin Görevden Ayrılması.....	168
A. İstifa.....	168
B. Azil.....	169
C. Fiil Ehliyetinin Kaybı.....	189
D. Ölüm.....	169
E. Hakemlerin Reddi.....	169
3. Hakem Ücreti.....	171
&4. TAHKİM USULÜ.....	173
I. HAKEMLER ÖNÜNDE DAVA AÇILMASI.....	174
II. HAKEMLERDE UYGULANACAK YARGILAMA USULÜ.....	175
III. TAHKİM SÜRESİ.....	178
1. Başlangıcı.....	178
2. Uzatılması.....	179
A. Taraflar Eliyle.....	179
B. Hakim Eliyle.....	179
3. Durması.....	180
4. Süre Geçtikten Sonra Karar Verilmesi.....	181
IV. HAKEM KARARI.....	181
1. Hakemler Adalet ve Nesafet Esaslarına Göre Karar Verirler.....	181
2. Hakem Kararının İçeriği.....	183
3. Oy Çokluğu ile Karar Verilir.....	159
4. İhtiyati Tedbirin Kalkması.....	186
5. Hakemler Verdikleri Kararı Değiştiremez.....	186
6. Hakem Kararının Mahkeme Kalemine Tevdii Edilmesi ve Tebliği	186

7. Hakem Kararları ile ilgili Diğer Hükümler.....	188
&5. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI.....	188
I. KANUN YOLLARI KONUSUNDA AÇIKLAMA.....	188
II. HAKEM KARARLARINA KARŞI TEMYİZ YOLUNA BAŞVURMA...	189
1. Temyiz Sebepleri.....	189
A. Tahkim Süresi Geçtikten Sonra Karar Verilmiş Olması....	190
B. Hakemlerin Talep Edilmemiş Birşey Hakkında Karar Vermiş Olmaları.....	191
C. Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Olmayan Bir Meselede Karar Vermiş Olmaları.....	191
D. Hakemlerin İki Tarafın İddialarının Her Biri Hakkında Karar Vermemiş Olmaları.....	192
2. Kanun Temyiz Sebeplerini Tahdidi Olarak Saymıştır.....	192
3. Yargıtay'ca Kabul Edilen Başka Temyiz Sebepleri.....	193
4. Temyiz Yoluna Başvuru Şekli.....	194
A. Temyiz Dilekçelerinin İçeriği.....	194
B. Temyiz Süresi.....	194
C. Dilekçenin Tevdii.....	194
5. Temyiz İncelemesi.....	194
6. Yargıtay Kararları.....	194
A. Bozma Kararı.....	195
B. Düzelterek Onama Kararı.....	195
C. Onama Kararı.....	196
III. KARAR DÜZELTME.....	196
IV. YARGILAMANIN İADESİ.....	196
V. HAKEM KARARLARININ TAVZİHİ.....	197
&6. HAKEM KARARLARININ İCRASI.....	198
&7. TAHKİM USULÜNÜN UYGULANMASI.....	199
I. TELİF MECBURİYETİ.....	199

II. HUKUKUMUZDA İDARİ SÖZLEŞMELERDE TAHKİM UYGULAMASI.....	200
1. Sorunun Ortaya Konması.....	200
2. Danıştay'ın Görüşü.....	201
3. Doktrinin Görüşü.....	204
4. Mevzuat Hükümleri.....	208
A- 4446 Sayılı Kanun.....	208
B- 4492 Sayılı Kanun.....	208
C- 4501 Sayılı Kanun.....	209
D- 4575 ve 4577 Sayılı Kanunlar.....	210
5. Sonuç.....	210
III. HUKUKUMUZDAKİ TAHKİM HÜKÜMLERİNİN İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE UYGULANMASI.....	211
1. İdari Sözleşmelerdeki Tahkimin Mahiyeti.....	211
2. Mecburi Tahkim.....	211
3. Tahkim Sözleşmesinin Şartları.....	211
A. Yazıhlık Şartı.....	212
B. Konusu.....	212
C. Belirli Bir Uyuşmazlık ve Tahkim İradesi.....	214
4. Tahkim Sözleşmesinin Etkisi.....	214
A. Taraf Yönünden.....	214
B. Tahkim İtirazı.....	214
C. İlamsız Takip Yapılabilmesi.....	215
D. HUMK.519'da Tartışılan Husus.....	215
5. Hakem Sözleşmesi ve Hakemler.....	216
A. Hakem Sözleşmesi.....	216
B. Hakemler.....	216
6. Tahkim Usulü.....	218
A. Davanın Açılması.....	218
B. Hakemlerde Uygulanacak Yargılama Usulü.....	219

C. Tahkim Süresi.....	221
D. Hakem Kararı.....	221
a. Adalet ve Nesafet Esaslarına Göre Karar.....	222
b. İçeriği.....	222
c. Ekseriyetle Karar Verilmesi.....	222
d. Kararın Değişmezliği.....	223
e. Hakem Kararlarının Mahkeme Kalemine Tevdi Edilmesi ve Tebliği.....	223
f. Zamanaşımı.....	223
7. Kanun Yolları.....	223
A. Temyiz.....	224
B. Karar Düzeltme.....	225
C. Yargılamanın İadesi.....	225
D. Hakem Kararlarının Tavzihi.....	225
8. Hakem Kararlarını İcrası.....	225
9. Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim Yolu.....	226
SONUÇ.....	229
BİBLİYOGRAFYA.....	236
ÖZGEÇMİŞ.....	242

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜ.	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
D.	: Daire
D.D.	: Danıştay Dergisi
D.D.K.	: Dava Daireleri Kurulu
DDUH.	: Dava Daireleri Umumi Heyeti
D.İ.B.K.	: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu
DİK.	: Devlet ihale Kanunu
D.K.	: Danıştay Kanunu
DKD.	: Danıştay Kararları Dergisi
D.M.K.	: Devlet Memurları Kanunu
D.P.T.	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
g.	: Gün
G.B.K.	: Genel Bütçe Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İ.U.M.K.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜ.	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.K.K.	: İktisadi Kamu Kuruluşları
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KİT.	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sahife
SBFD.	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Sk.	: Sayılı karar
T.	: Tarih
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEK.	: Türkiye Elektrik Kurumu
U.M.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Vb.	: Vesaire
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YPK.	: Yüksek Planlama Kurumu

GİRİŞ

Çağdaş yönetim anlayışı; demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri kapsamında toplumda yaşayan insanların daha mutlu ve daha çağdaş yaşamlarını sağlama gereğini ifade etmektedir. İdare Hukuku bu çerçevede devamlı değişen ve gelişen yeni bir hukuk dalıdır.

İdare Hukukunda yer alan birçok kavramın kapsam ve niteliği, artan toplum gereksinimleri gelişen teknoloji ve çağdaş demokrasi anlayışı karşısında değişikliğe uğramıştır. İdare Hukukunun en önemli kavramlarından biri olan kamu hizmeti de bu değişimden nasibini almıştır. Kamu hizmeti kavramı artık klasik anlamıyla Devletçe veya kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşmış ve kapsamı genişlemiştir. Çağdaş anlamıyla kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kurumun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmetlerdir. Kamu hizmeti niteliğini taşıyan bir görevin yerine getirilmesi özel girişime devredilebilir. Bu kapsamda idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler idari sözleşmedir. Taraflardan birini idarenin oluşturduğu ve bir kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan; amacı kamu yararı olarak saptanan, idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmeler idari sözleşme niteliğini taşırlar. Devlet bugün için artan toplum gereksinimleri ve bu kapsamda artan görevlerini tek başına yerine getirmekte zorlanmaktadır. Bu nedenle de idari sözleşmelere başvurma gereği ortaya çıkmaktadır.

İdare hukuku gelişen bir hukuk dalıdır. Bu nedenle idare hukuku ile ilgili meseleler incelenirken mahkeme içtihatlarından ve doktrinden oldukça fazla yararlanılır. Eğer konumuz; uyuşmazlıklar ve davalar gibi tamamen yargıya ilişkin bir konu ise, bu konunun açıklanmasında mahkeme içtihatlarından ve doktrinden faydalanmak oldukça fazla ve kaçınılmaz olacaktır.

Faaliyetlerini yerine getirdiği zamanlar değil de bir aksaklık sebebiyle yerine getiremediği zamanlar fark ettiğimiz ve faaliyetleri her insanla yan yana yürüten idare; genelde tek taraflı icrai kararlar almak suretiyle kamu hizmetlerinin yerine getirir. Bu hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında bazen karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan sözleşmeler de yapabilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, idarenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, karşı akide göre üstün hak ve otorite ile

mücehhez bir halde yaptığı sözleşmeler idari sözleşmelerdir ve bu sözleşmeler idare hukuku ilkelerine tabidir.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar; sözleşmelerin uygulanması sırasında veya uygulanmasından önce taraflar arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklardır. Bu anlaşmazlıkların çözümü için taraflar ilgili yargı yerlerine başvurabileceklerdir. Yani taraflar anlaşmazlıkların çözümü için kanunlarla belirlenmiş çözüm yollarını tercih edeceklerdir.

Hakkına tecavüz edildiği iddiasında olan kişinin, mahkemeye başvurarak hakkının mahkeme eliyle korunmasını istemesine “Dava” diyoruz. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda da taraflar dava yoluna gidebilecektir. Unutulmaması gereken; uyuşmazlıkların çözümü için dava yolu haricinde başka yolların da bulunduğu (Uyuşmazlıkların tahkim ya da sulhen halli gibi yollarla çözümü).

“İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları” konusunu üç bölümde incelemeyi uygun gördük.

Birinci bölümde "İdari Sözleşmeler" başlığı adı altında sözleşme ve idari sözleşme kavramlarını, idari sözleşmelerin hukuki niteliklerini ve çeşitlerini incelemeye çalıştık. Uyuşmazlığın konusunu teşkil eden sözleşmelerin nitelik ve çeşitlerinin bilinmesi bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümü için büyük önem teşkil etmektedir. Bu nedenle ilk bölümde tüm yönleriyle sözleşme türleri ve idarenin yaptığı sözleşmeler teferruatlı bir şekilde incelenmiştir. Özellikle güncel bir konu olan ve yeni bir sözleşme türü olarak kabul edilen Yap-İşlet-Devret modeli üzerinde durulmuş; modelin tarihsel gelişimi, uygulama örnekleri ve yasal düzenlemeler, doktrin ve mahkeme kararları açısından değişik tanımları ele alındıktan sonra modele ilişkin yasal düzenlemeler incelenmiştir. Yap-işlet-devret modelinin unsurlarını modele ilişkin yasal düzenlemeleri genel olarak ele alarak kendimiz belirlemeye çalıştık. Bu kapsamda kamu hizmetlerinin özel girişim eliyle görülmesi yöntemlerini ve bu yöntemlerin hukuki niteliklerini saptayıp yap-işlet-devret modeli ile benzerlik gösteren imtiyaz sözleşmelerini karşılaştırmalı olarak inceledikten sonra bu modelin hukuki niteliğini belirlemeye çalıştık.

İkinci bölümde “İdari Sözleşmelerin Hükümleri ve Bu Sözleşmelerden Doğan uyuşmazlıkların Dava ve Sulh Yolu İle Çözümü” başlığı altında; sözleşmelerin nasıl yapıldığı, sözleşmecinin nasıl seçildiği, sözleşmelerden doğan hak ve yetkiler, sözleşmelerin sona ermesi ve sonuçları ile idari sözleşmelerle ilgili idari işlemler

incelenmeye çalışılmıştır. Sözleşmelerle ilgili idari işlemlerin özellikle sözleşmelerin uygulanmasından önce doğan uyuşmazlıklarda çok önemli olduğunu, ayrıca ayrılabilir işlemler teorisine göre, sözleşmelerin uygulanması sırasında bu işlemlerden dolayı uyuşmazlıklar çıkabileceğini ve tarafların sulh yolu ile anlaşamamaları halinde dava açılabilceğini açıkladı. Uyuşmazlık her aşamada çıkabileceğinden sözleşmelerin yapılması, sona ermesi ve tarafların hak, yetki ve sorumluluklarının bilinmesinde büyük önem olduğu görüşündeyiz.

Uyuşmazlık ve çözüm yollarını incelemekten önce, hangi konudan dolayı bunları inceliyorsanız o konunun genel bir özetini vermelisiniz. Aksi takdirde, okuyucunun kafasında pek çok soru işareti kalması kaçınılmaz olacaktır. Biz de, birinci ve ikinci bölümde konunun genel bir özetini vermeye çalışarak uyuşmazlıklar ve çözüm yollarını incelemekten önce belli bir alt yapı hazırlama, okuyucunun kafasında bazı soru işaretlerinin oluşmamasını sağlamaya çalıştık.

Üçüncü bölümde ise "İdari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü" nı inceledik.

Anlaşmanın olduğu her yerde uyuşmazlık da olabileceği gerçeği göz önünde tutularak, uyuşmazlıkların çözümlenmesi için bazı müesseseler kurulmuştur. Bu müesseseler sayesinde uyuşmazlık ortadan kalkacak ve yerini değişik vasıflı bir anlaşma alacaktır.

İşte idari sözleşmeler sebebiyle çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde toplum menfaati olduğundan, bu uyuşmazlıkları çözümleyecek birçok metot geliştirilmiştir. Bu metotlardan biri de idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesidir.

Tahkim, aslında uyuşmazlığı çözmek konusundaki devlet tekelinin bir istisnadır. Bu usulde ortaya çıkan uyuşmazlık, Devletin bu amaçla kurduğu ve uzmanlaştırdığı mahkemelerde değil de aralarında uyuşmazlık çıkan tarafların anlaşması neticesinde hiçbir resmi sıfatı olmayan, özel üçüncü kişilerde çözümlenir. Hakem denilen bu kişiler uyuşmazlığın niteliğine göre adalet ve nasafet kaidelerine göre karar verecek ve taraflar bu karara uyacaklardır.

Bir usul hukuku müessesesi olarak HUMK'nun 516-536 maddeleri arasında düzenlenen tahkim usulünün önemi, sonuçları ve uygulama alanı sebebiyle ve konunun daha iyi anlaşılması amacıyla gayet geniş ve ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle 13.08.1999 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğinden sonra

Çıkarılan 4492, 4501 sayılı kanunlarla getirilen düzenlemeler, 02.06.2000 tarihli 4575 sayılı kanun ile Danıştay Kanununun 24. maddesinde yapılan değişiklik ve 08.06.2000 tarihli 4577 sayılı kanun ile Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yapılan değişiklik ile Tahkim usulü İdare Hukuku alanına tam olarak girmiş ve doktrinde yapılan bazı eleştiriler de böylece giderilmiştir. Uygulamada da oldukça kısır olan bu yöntem, doktrinin görüşü ve Yargıtay uygulamasından beslenilerek araştırılmış ve hazırlanmıştır.

Bu alışmamızın “İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların zm Yolları” konusuna genel bir bakış açısı kazandıracağını mit ediyoruz.

Kırıkkale- 2000

Cengiz ÜNSAL



BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELER

& 1. SÖZLEŞME KAVRAMI

Borçlar Kanunumuzun 1 inci maddesinde “iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur.”¹ hükmüyle sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Gerçekten, Özel Hukuk alanında çok önemli bir yere sahip olan sözleşmeler Kamu Hukuku alanında da uygulama olanağı bulmaktadırlar.

Birden ziyade şahsın, müştereken arzu ettikleri bir hukuki münasebeti kurmak veya mevcut bir hukuki münasebeti değiştirmek veyahut ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki neticeyi doğurmak, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri şeklinde tanımlanabilen sözleşmeler, özel hukuktaki yerlerinin yanısıra idare hukukumuzda da çokça kullanılagelen tasarruflardır. Nitekim, kamulaştırma, memur atama, askere alma, kolluk gücünü kullanma gibi tek yanlı tasarrufları ile birlikte idare, iki taraflı bazı tasarruflarda da taraf olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte, İdare Hukukumuzun en önemli özelliği, tek taraflı işlem yapabilme yetkisi olmakla birlikte, kamu tüzelkişileri, kamu hizmetlerini ve özel mallarını yönetirken, kendi aralarında veya özel kişilerle, iradelerin uyuşması sonucu sözleşme usullerinden yararlandıklarını görmekteyiz. Şüphesiz sözleşme, özel kişiler arasında hakların kazanılması, değiştirilmesi veya kaldırılması için hemen hemen tek hiç değilse, üstün bir hukuki araç iken, kamu tüzelkişileri ellerinde, haklar veya gerekli yetkileri kazanmak için diğer hukuki araçlara da sahiptirler.²

Aslında sözleşme kuramı ile idare hukuku kavramı arasında bir çelişki olup olmadığı sürekli tartışılmıştır. Yine, bir özel hukuk kurumu olan sözleşmelerin, idare hukuku alanında da varolduğunun kabulü kolay olmamıştır.

¹ 4 Ekim 1926 tarih ve 813 sayılı Borçlar Kanunu, 1 inci maddesi, R.G., 8 Mayıs 1926.

² BİLGİN, Pertev: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri

Durum böyle iken, idari sözleşme kurumu ilk defa Fransız hukukçuları tarafından ortaya atılmış ve o zaman dahi varolan idarenin birtakım sözleşmelerinden bazılarının, gösterdikleri özellikler sebebiyle özel hukuk sözleşmelerinden ayrı niteliklere sahip oldukları ve bunların idare hukukuna has kurallarla kuruldukları, uyumsuzluk halinde, çözüm yerlerinin de idari yargı mekanizmaları olduğu ileri sürülmüştür.³

& 2. İDERENİN SÖZLEŞMELERİ

I. İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

İdarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmeler olup, bireyler arasında yapılan sözleşmeler gibidir. Sözleşmenin taraflardan birisi idare olmasına mukabil karşı tarafa herhangi bir üstünlüğü söz konusu değildir. Bu sözleşmelerden doğan ihtilaflar Adli Yargıda çözülür.

Devlet İhale Kanunu kaidelerine göre, İdarenin yaptığı alım, satım, kiralama gibi sözleşmeler ile, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin alıcı veya satıcı olarak yaptıkları sözleşmeler İdarenin özel hukuku sözleşmelerindendir.

II. İDARİ SÖZLEŞMELER

İdarenin kamusal yetkisini ve genel olarak kamusal tasarruf ehliyetini kullanarak yaptığı sözleşmelerdir⁴. Maden işletme imtiyazı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, kamu istikrazı sözleşmesi, idari hizmet sözleşmesi gibi sözleşmeler birer idari sözleşmedir. İdari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflardan biri olan idareye, bir takım üstünlükler tanınmıştır. İdari sözleşmelerden doğan ihtilaflar, idari yargıda giderilir; ancak idari sözleşmeler kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olmalıdır.

III. İDARİ SÖZLEŞME-İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYIRIMI

İdare hukukunun en önemli özelliklerinden biri, idarenin tek taraflı işlemleri ile hukuk dünyasında değişiklik yapma yetkisinin bulunmasıdır. Buradan hareketle idare, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında, bu hizmetleri başarmak için bazı sözleşmeler yapmaktadır. Ancak bunun yanı sıra idarenin, özel hukuk kişileri gibi özel

(Doktora Tezi), Kurtuluş Matbaası, İstanbul, 1970, s. 1.

³ AYHAN, Önder: "İdari Sözleşmeler", Danıştay Dergisi, S. 32-33, Y. 1979, Ankara.

⁴ AZRAK, Ali Ülkü: "İdari Mukavele kavramının teori ve tatbikatı", İ.Ü.H.F.D., C. 29, S. 3, s. 521.

DURAN, Lütfi: "Türk hukukunda İdari Mukaveleler", İ.Ü.H.F.D., C. 30, S. 1-2, s. 418, Y. 1964.

AYHAN, Önder: a.g.m., s. 87-134.

hukuk çerçevesinde tasarrufta bulunduğu sözleşmeleri de vardır. Alım, satım, kira, istisna vb. Bu sözleşmelerin yapılışı farklı biçim ve usullere bağlı olmakla birlikte, bunlar özel hukuk hükümlerine tabidirler. Çünkü bu tür sözleşmeler, kural olarak, genel hükümler içinde kalır ve konuları itibariyle idarenin ayrıcalık ve üstünlüğünü gerektirmezler. Bunlara idarenin ana sözleşmeleri⁵ ya da idarenin özel hukuk sözleşmeleri⁶ denilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, idare de diğer bütün hukuk sujeleri gibi, kendine lüzumlu olan mal ve hizmetlerin temini ve idare edilenlere arz ettiği kamu hizmetleri sebebiyle sözleşmeler yapmaktadır.⁷ İşte, idarenin bu sözleşmeleri tabi oldukları kuralları yönünden idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak iki gruba ayrılabilir.

Diğer yandan idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden nitelikçe ayrılmaktadırlar Doktrin ve uygulamada idari sözleşme adı verilen bu tür tasarruflar kısmen yasalarla düzenlenmiş ise de genellikle yargısal içtihatlardan oluşan idare hukuku hükümlerine bağlıdırlar.

Buradan da çıkarabileceğimiz gibi, idarece tesis edilen sözleşmelerin hepsi idari sözleşme niteliğinde değildir. Başka bir ifade ile, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Kaldı ki, hangi türe dahil olursa olsun sözleşme, öznel hukuki durumlar yaratan iradelerin uyuşmasıdır.¹⁰ Ancak belirtmekte fayda var ki, özel hukukta sözleşme kavramının ruhu olan taraflar arası eşitlik, idari sözleşmelerde, idare lehine ortadan kaldırılmıştır. Bu, idarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi hususunda haiz olduğu yetkinin doğal sonucudur. Buna dayanarak idare, idari sözleşmelere özel hukuku aşan koşullar koymaktadır.

Bunların yanı sıra, idare hukuku esas olarak statü hukuku olmakla birlikte sözleşmelerin bu hukuk alanında uygulama yeri vardır. Yalnız, kamu hizmetlerinin niteliği, sözleşmenin niteliği üzerine etki yaptığından, idare hukuku alanında, özel hukuk alanından farklı nitelikler taşıyan sözleşme tipi ortaya çıkmıştır. İşte bu idari sözleşmeler, özel

⁵ DURAN Lütfi: İdare Hukuku (Ders Notları), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 178.

⁶ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, C. 1-3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1591.

⁷ MERİÇ, Osman: "İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İncelenmemiş Yönleri", Danıştay Dergisi, Y. 3, S. 11, Ankara, 1973, s. 66.

hukuktaki gibi, yalnız öznel nitelikte basit birer hukuki tasarruf olmayıp, maddi bakımdan karmaşık birer hukuki yapı gösterirler.⁸

Nitekim, idare hukuku alanına özgü olan idari sözleşmeler, özel hukuk ilke ve kurallarından esinlenmekle birlikte, onlardan ayrı ve bağımsız bir hukuki rejime bağlıdırlar.

Bizim, idarenin sözleşmelerini; İdari sözleşmeler-İdarenin özel hukuk sözleşmeleri şeklinde yaptığımız ayırım, iki yönden önem arz etmektedir;

a - Sözleşmeler nedeniyle doğacak uyuşmazlıklara bakacak yargı yerinin belirlenmesi,

b - Sözleşmelere uygulanacak hukuk rejimi.

Bu sorulara cevap verecek olursak hemen belirtebiliriz ki; İdari sözleşmelere idare hukuku hükümleri uygulanır ve bu sözleşmeler idari yargının görev alanı içine girer. Oysa idarenin özel hukuk sözleşmeleri tamamen, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi hukuk dallarından oluşan özel hukuk hükümlerine bağlıdırlar ve, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargı tarafından görüşülüp sonuca bağlanırlar.⁹

Demek ki idarenin sözleşmeleri, “İdari sözleşme” mi, yoksa “İdarenin özel hukuk sözleşmesi” mi olduğu, şeklindeki tartışma bu şekilde çözüme kavuşacaktır. Ancak yeri gelmişken konu ile ilgili yapılan tartışmalara burada değinmeyi yararlı bulduğumuzu belirtmek isteriz.

IV. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA YAPILAN AYIRIM TARTIŞMALARI

Her şeyden önce şunu söyleyebiliriz ki, Türk pozitif hukukunda idari sözleşmeler, yasal düzenleme ve yargı içtihatları ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Kronolojik sıralama ile takip edecek olursak, 669 sayılı “Şurayı Devlet Kanunu”nda, kamu hizmetlerinin birini ifa amacıyla tesis edilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Şurayı Devlet’te çözümleneceği belirtilmiştir.¹⁰

Yine, 3546 sayılı “Devlet Şurası Kanunu”nun¹¹ 23. maddesinin (B) bendi ile 521 sayılı “Danıştay Kanunu”nun 30. maddesinin (C) bendinde¹², genel hizmetlerden

⁸ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1592.

⁹ SERİM, Bülent: Sözleşmeli Personel (Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada), Gümüş Matbaası, Ankara, 1987, s. 5.

¹⁰ 7 Kanunuevvel 1341 tarihinde yürürlüğe giren, 23 Teşrinisani 1341 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu.

birinin yürütülmesi için kurulan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyumsuzluklara ilişkin davaların Danıştay'da çözümleneceği hükme bağlanmıştır.

Nihayet günümüzdeki uygulamasıyla, 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun"un 5. maddesinin 1. bendinin (C) fıkrasında¹³ da aynı hükme yer verilmiş bulunmaktadır.

Bunların yanısıra gerek Uyuşmazlık Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında idari sözleşme kurumunun kabul edilmiş olduğunu belirtmek isteriz. Sırası geldiğinde, konunun akışı içerisinde ilgili kararlara yollama yapacağız.

Öğretide yapılagelen tartışmalar ile ilgili olarak Fransız idare hukukçularının görüşlerine başvuracak olursak, farklı görüşlerin ortaya atıldığını görürüz. Bunlardan Duguit, idari sözleşme-idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayrımını kabul etmemektedir.¹⁴ Duguit'ye göre, sözleşme belli bir hukuki kategoridir. Kurucu öğeleri bir araya geldiği zaman daima aynı niteliklere sahiptir, aynı sonuçları doğurur. Esas bakımdan özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasında hiçbir fark yoktur demek; ancak, yapılmış oldukları amaç sebebiyle idari yargının görevli oldukları sözleşmeler vardır ki bu sözleşmelere idari nitelik veren ve idari yargının görevliliğini tesis eden, yapılmış oldukları kamu hizmeti amacıdır, yaklaşımında bulunmaktadır.

Duguit'in yanısıra aynı doğrultuda tartışmaya boyut getiren Loferriere de, idari sözleşme-idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımını kabul etmemektedir.¹⁵ O'na göre, ancak belli bir yasa hükmü, sözleşme hükümlerinden doğacak uyuşmazlıklarda idari yargı yerini görevli kılabilir. Yani buradan hareketle, yalnız yasaların nitelediği idari sözleşmeler vardır, görüşünü ileri sürmüştür.

Oysa Jeze'e göre, idari sözleşmeler için idari yargının görevli olmasının nedeni, onlara özel bir hukuki rejimin uygulanması gerektiğindendir. Zira, idari sözleşmelerin esaslı nitelikleri, bir özel kurallar bütününe tabi kılınmış olmalarıdır. Bütün bu özel kurallar, idari sözleşmelerin hükümlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle aynı olmaması ile

¹¹ 30.7.1938 tarihinde yürürlüğe giren, 21.7.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu.

¹² 31.12.1964 tarihinde yürürlüğe giren 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu.

¹³ 6.1.1962 gün ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 20.1.1982 gün ve 15580 sayılı R.G.

¹⁴ BİLGİN, Pertev: a.g.e., s. 2.

¹⁵ BİLGİN, Pertev: a.g.e., s. 3.

özetlenebilir¹⁶ yorumu ile, idari sözleşmeler yalnız kamu hizmetinin işlemlerini sağlamış olmaları sebebiyle değil, aynı zamanda idari sözleşmelerin hükümlerini belirlemek için özel kurallar bulunduğundan, idare mahkemelerinin görev alanına girer, karşı görüşünü savunmuştur.

Burada, Jeze ile Duguit'ın karşı görüşlere sahip olduklarını vurguladıktan sonra Marcel Waline'e göre ise, idari sözleşme idareye haklar ve ajanlarına yetkiler tanıyan hususi hukuka tabi olmayan, gayesi kamu yararı, yani bir kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesi olan sözleşmelerdir, şeklindeki yaklaşımını¹⁷ aktarmayı yararlı buluyoruz.

Türk İdare Hukukçularından Prof. ONAR, diğer bir çok özel hukuk kurumu gibi sözleşme kurumunun da idare hukukuna geçtiğini, fakat diğer kurumlarda olduğu gibi bu kurumun da medeni hukuktaki niteliğini değiştirerek kamu hizmetlerinin ve idare hukukunun yapısına uygun bir şekil aldığı görüşündedir.¹⁸ Yine Sayın ONAR'a göre idari sözleşme, "idari usullerin temelini oluşturan idare kudretinin icrai karar, doğrudan hareket etme gibi unsurları ile idari rejimin esasını oluşturan, adliye karşısında idarenin istiklal prensibine dayanmaktadır" demektedir ve bu yönüyle idari sözleşmelerin idari usullerden birini oluşturduğunu savunmaktadır.

V. İDARİ SÖZLEŞMELERİN GELİŞİMİ VE TARİHÇESİ

İdari sözleşmeler kavramı ilk kez 19. yüzyılda Fransız hukukunda kullanılmaya başlanılmıştır. Fransa'da gelişen ve daha çok kamu hizmeti ile sıkı sıkıya ilgili olarak düşünüldüğü için, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla bağtlanabileceği kabul edilen idari sözleşmeler, giderek diğer Avrupa ülkelerinin de dikkatini çekmiştir.¹⁹ Nitekim ülkemize de yansıyan bu gelişim, idari sözleşme teorisi ve uygulaması, esas itibarıyla Fransa'daki öğretisi ve yargısal içtihatların kabul ettiği ilkelerin etkisi altında kalmıştır. Özellikle Osmanlı İmparatorluğundan bu yana sıkça başvurulmuş ve imparatorluğun son devirlerinde kamu hizmetlerinin devlet eliyle görülmesi çeşitli nedenlerle bir hayli zorlaşmış, yapılan idari sözleşmelerle bu hizmetlerin gördürülmesi yoluna gidilmiştir.²⁰ Burada not etmek gerekir ki, idari sözleşmeler ile yabancı sermaye 19. yüzyılın ortalarında

¹⁶ BİLGİN, Pertev: a.g.e., s. 4.

¹⁷ BİLGİN, Pertev: a.g.e., s. 2.

¹⁸ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1590-1645.

¹⁹ SERİM, Bülent: a.g.e., s.7.

²⁰ TAN, Turgut: "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", A.Ü.,

hızla Osmanlı topraklarına yayılmış ve kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yabancılara imtiyaz dağıtmakla gösterilen acelecilik, ciddi koşullar ve garantiler aranmaması, sonradan uzun ve faydasız yakınmalara sebep olmuştur.²¹ İşte İdari sözleşmelerden doğan ihtilafların görülmesi ile ilgili olarak Cumhuriyetten bu yana çeşitli kanuni düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim Cumhuriyet devrinde çıkarılan 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu ile 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunlarında hidameti umumiyeden birini ifa maksadıyla akdedilen mukavelelerden dolayı akitler arasında tekevvün eden ihtilafların Şurayı Devlette çözüleceği belirtilmiş, bilahare yürürlüğe giren mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30. maddesinde de benzer bir hükme yer verilmiştir.

Durum böyle iken, idari sözleşmelerin uygulama alanı, devletin fonksiyonlarının doğal sonucu olarak sürekli gelişmiş ve genişlemiştir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kamu hizmeti anlayışındaki olumlu gelişme, "İdari Sözleşme" kavramının yerleşmesine ve gelişmesine neden olmuştur. Nihayet, 1982 yılında reform düzeyinde yapılan değişiklikler ile konu son şeklini almış, başlı başına bir boyut kazanmıştır. İşte, 1982 yılında çıkarılan ve halen yürürlükte olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi²² İdari Sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin açılacak davaları idari dava türleri arasında sayarak öteden beri süregelen usulü perçinlemiştir.

& 3. İDARİ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ

İdari sözleşmeler kesinlikle idare hukukunun düzenleme alanına dahildirler. Sözleşmenin bir tarafında kamu gücünü elinde bulunduran idare vardır. İdarenin kamu yararına kullanabileceği tek taraflı yetkileri vardır. Sözleşme idare veya kamu kuruluşları ile özel kişi, kurumlar veya başka bir kamu kuruluşu arasında yapılır. Sözleşmenin şekli yazılı olup, şartları önceden şartnamelerle belirlenir. İdare sözleşmeden dönebileceği gibi, belirli bir takım sebeplerle fesih yetkisini kullanabilir. Bu yetkinin kullanılmasıyla sözleşmenin karşı tarafına bir tazminat alacağı hakkı verilmiş olabilir. İdari sözleşmelerin

SBFD., C. 22, Mart 1967, No: 2, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 285.

²¹ Kamu hizmetlerinin gördürülmesi biçimlerinin en önemlilerinden biri hiç şüphesiz imtiyaz verme yoludur. Kısaca tanımlamak gerekirse imtiyaz; Kamu tüzelkişisinin bir kamu hizmetini tüm masraf ve zararlarını yüklenen bir özel kişiye hizmetten yararlanan kadar bir karşılık isteme hakkına sahip olarak belirli bir süre için gördürmesidir.

belirli bir konudaki kamu hizmetinin oluşturulmasında, icrasında, kamu yararı dikkate alınarak yürütülmesi zorunludur²³.

Petrol Kanunda, Maden Kanununda, Taş Ocakları Nizamnamesinde, kanunun nitelediği idari sözleşmeler mevcuttur.

II. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UNSURLARI

İdari sözleşmelerin unsur ve niteliklerini belirlemede Danıştay'ın ve Uyuşmazlık Mahkemesinin önemli kararları bulunmaktadır.²⁴ DÜNDAR konuyla ilgili

²² 25.6.1982 gün ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 20.1.1982 gün ve 17580 sayılı R.G.

²³ DÜNDAR, Erol : "İdari Sözleşmeler hakkında kısa bilgi ", Sayıştay Denetçileri Dergisi, C. 3, Y. 1972 Eylül, S.15, s. 15-18, AYHAN,Önder:a.g.m., S. 98-102.

²⁴ Danıştay D.D.U.H. 24.9.1940 gün ve E. 1940/39, K. 1940/290 sayılı kararı: "İdarenin velev ki amme menfaati ile alakadar bir ihtiyacı temin bakımından olsun akdedeceği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idari mukavele ismi ile anılan şekilde amme hukuku hükümlerine istinat suretiyle akit yapmakta serbesti dolayısıyla yaptığı akitlerinde idari veya adli kaza murakabesine tabi olacağı tabiidir.

İdari kazanın vazifesi mukavelenin amme hukuku rejimlerinin tatbiki sureti ile hazırlanmış olması halinde teessüs eder.

Mukavelenin amme hükümlerine istinat ettiğini tebyin edecek hususa (Mukaveleye umumi bir şartname ilhak edilmesi, müteahhidin şahsen umumi hizmetin işlemesine iştiraki, işin mahiyetinin zaruri olarak amme hizmetine müteallik bulunması ,mukaveleden müteahhidin ihtilafların hallinde idari kazanın salahiyeti saraheten kabul edilmiş olması gibi) akdin metin ve mahiyetinden istidlâl olunur.- Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.1.1946 tarih ve E.1946/5,K.1946/1 sayılı kararı ." Mevzu hukuk muvacehenesinde idari mukavelelerin mevcudiyetinin tanımak ve ancak idari mukavelelerin gayesini teşkil eden (amme hizmeti) tabirinin mana ve medlulünü düşünmek icab eder.

Bir amme hizmetinin tanzim ve işlemesini temin maksadıyla münakız olan ve idari prensip ve kaideleri harekete geçiren idari mukaveleler, Devletin amme kudretine dayanmaksızın tamamen bir fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinde ayrı bir karakter arzeder.

Bu mukavelelerde âkit olan özel veya tüzel kişinin hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vebiceler tahmili, hizmeti, umurun menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle görevli sorumlu olan idarenin alelade bir fert mevkiinde kalmaması, amme hizmetlerinin icap ve zarurelleri icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyyetinin idari otoriteye tanınmaması, hizmetin yürütülmesinde aksaklık husule getiren akit hakkında zecri hükümler vaz'ı ,el koyma ve uzun müddet olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur".

-Danıştay 8.Dairesinin 15.01.1964 gün ve E.1963/9879 ,k.1964/121 sayılı kararı ." Davacı Devlet Tiyatrosu kuruluşu hakkındaki 1541 sayılı kanunun değişik 5. maddesine göre 1 yıl süreli sözleşme ile işe alınmış ve sözleşmenin hitamundan iki gün önce alınan bir kararla sözleşmenin yenilenemeyeceği kendisine bildirilmiştir.

Devlet, güzel sanatların bir dalı olan Tiyatro işini kendisi de yürütmek istemiş, böylece bir kamu hizmeti ortaya çıkmıştır. Kamu hizmetinin yürütülebilmesi için yapılan sözleşmeler idari sözleşmelerdir. İdari sözleşmelerin uygulamasından doğan anlaşmazlıkların çözüm yeri Danıştay'dır. Bu sebeple davalı idarenin göreve ilişkin beyanları yerinde görülmemiştir.

Devlet Tiyatrosu kuruluşu hakkındaki kanunun tümü incelenince sanatkarların sözleşme ile alınma sebebi anlaşılmaktadır. Türkiye'de Tiyatronun, balenin ve operanın tam anlamı ile kurulması ve geliştirilmesinin sanatçılara maaş ve barem yasalarının biçtiği kısa ölçülü aylıklar vermekle başılamayacağını göz önünde tutan yasa yapıcısı iki yanlı sözleşmeler sistemini kurarak sanatçılara başka memurlar ve hizmetlilerinkilerin çok üstünde olduğuna kuşku olmayan giderlerini karşılama imkanı verilmiştir. 5441 sayılı yasanın değişik 5.maddesi hizmetin devamlı görüleceği anlamını da ortaya koymaktadır. Sürekli bir hizmet olduğunu kimsenin reddedemeyeceği Devlet Tiyatrosu işinde çalışan

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bazı kararlarını inceleyerek idari sözleşmelerin unsur ve niteliklerini aşağıdaki şekilde belirlemiştir:

- Sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin bulunmalıdır,
- Taraflardan biri kamu idaresi olmalıdır
- Sözleşmeye bir genel şartname ekli bulunmalıdır,
- Sözleşme uzun süreli olmalıdır,
- Sözleşme devamlı bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yapılmalıdır
- Sözleşmede sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların idari yargı yerinde

çözümleneceğine dair bir hükme yer verilmiş olmalıdır,

-Sözleşmede özel hukuk sözleşmelerinde rastlanılması mümkün olmayan hüküm ve şartlar bulunmalıdır.

DÜNDAR ,yargı kararları ışığında belirlediği bu unsurları daha sonra irdelenmiştir.

Biz bu unsurları dört ana unsura indiriyoruz.

Buna göre idari sözleşmelerin unsurları:

sanatçıların rızalarına bakılmadan bir tarafın kararı ile işinden uzaklaştırılması hukukça da, yasaca da uygun olamaz. Esasen Devlet Tiyatrosu Hakkındaki kanunun amir hükmü karşısında idarenin yenilemeye mecbur olduğu davacıya ait sözleşmeyi (yenilemiyorum) demeye yetkisi yoktur. Kaldı ki davalı idarenin sözleşmeyi yenilememek yolundaki kararının dayanağı olan belgelerde belirtilen olaylar böyle bir işlemin haklı olduğunu göstermekten uzaktır. Yukarıdaki açıklanan sebeplerle hukuk ve yasaya aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline “

- Danıştay 8.Dairesinin 11.1.1966 gün ve E.1965/99,K.1966/44 sayılı kararı: “ İdare ihtilafın sözleşmeden doğduğunu ,bu sebeple bu ihtilafın Adli Mahkemede çözüleceğini ileri sürerek görev del’ine bulunmuş ise de, dava konusu anlaşmazlığı doğuran sözleşmenin niteliğini açıklamamıştır. Bu durumda sözleşme niteliğinin heyetimizce incelenerek belirtilmesi gerekmiştir.

idari sözleşmelerden doğan anlaşmazlıklar idari yargı yerinde çözümlenir.

idari hukuk doktrin ve içtihatlarına göre, idari mukavelenin belirtici vasıfları başlıca ;

a- Konusunun kamu hizmet ve yararı olması;

b- Bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi,

c- Hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamasıdır.

Sözleşmeden bu hususların varlığının anlaşılması takdirinde başkaca kayıtların aranması gerekmez. Bu arada uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olacağının sözleşmede yer alması itibarı değmez. Çünkü Mahkemelerin görevleri sözleşme ile belirtilemez ve değiştirilemez.

Yukarıda kısaca açıklanan ilkeler açısından incelenince söz konusu sözleşmenin bir idari sözleşme olduğu anlaşılıyor çünkü işletme imtiyazı davacıya verilen kaplıca suları; Niteliği bakımından kamu sağlığını ilgilendiren, bu sebeple mülkiyeti ve işletmesi belli kamu kuralları ile düzenlenen ve böylece kamu hizmetinde kamu yararına göre kullanılacak şifalı sulardır. Bu hususlara sahip ve malik olan davalı idare bunları belli süreli bir imtiyaz sözleşmesi ile davacıya işletmek için vermiş ve davacı böyle bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmıştır.

Hizmetin iyi işlemlerini denetleme durumunda olan idare,sözleşmeyi yapan davacıya ceza vermek yetkisini 8.maddesi ile elinde bulundurmaktadır.

Yukarıda açıklanan bu hususlar bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuku aşan hüküm ve şartları taşıdığını açıkça göstermekte olduğundan,anlaşmazlığın çözülmesinin Danıştay’ın görevi içinde bulunduğu o y birliği ile karar verilerek işin esasına geçildi”.

- a) Kamu tüzel kişisi koşulu,
- b) Sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması,
- c) Özel hukuku aşan şartların olması,
- d) Sözleşmenin belli bir süreyi içermesi.

1. Kamu tüzel kişisi koşulu

Burada kamu tüzel kişisinden anlaşılması gereken idaredir. İdari sözleşmenin bir tarafının kat'î şekilde idare olması gerekir. Taraflardan biri kamu hizmeti gören imtiyazlı ortaklık olsa da bunların kamu hizmetleri ile ilgili sözleşmeleri idare sözleşme vasfına haiz olamaz.

2. Sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması

İdare, kamu hizmetlerinin görülmesi için, idari sözleşmeler akdettiği gibi özel hukuk sözleşmeleri de yapabilir. İdarenin akdettiği özel sözleşmelerden taraflardan biri yine idaredir. Bu tür sözleşmelerin konusu da kamu hizmetine müteallik olabilir ki bu unsur idarenin hem idari sözleşmesinin hem de özel hukuk sözleşmesinin müşterek unsurudur. Bu unsur bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için temel koşul iken, idarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından böyle bir durumdan bahsolunamaz. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında kamu hizmetine müteallik olmayanları da vardır.

3. İdareye, Özel hukuku aşan yetkilerin tanınması

İdarenin sözleşmeyi süresi hitamından evvel tek yanlı feshedilebilme yetkisi, sözleşme hükümlerini kamu hizmetinin zorunlu kıldığı halde tek yanlı olarak değiştirebilme yetkisi, hizmetin yürütülmesini engelleyen diğer tarafa talimat verme, zorlayıcı tedbirler alma gibi benzer özel hukuku aşan yetkilerle donatılması, idari sözleşmenin varlığı için zorunludur. Ancak bu hususların sözleşmede de karşı tarafla kararlaştırılması gerekir. Sözleşmenin idari sözleşme vasfını alabilmesi için ²⁵ sözleşmede, idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabulü, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanılması gibi durumlarda, sözleşmede, özel hukuku aşan şartlara yer verildiği anlaşılmalıdır²⁶

²⁵ Uyuşmazlık mahkemesinin 24.2.1946 tarih ve E.1946/5,K.1846-1 sk.

²⁶ GİRİTLİ- BİLGİN :İdare hukuku dersleri, s. 208.

4. Sözleşmenin belli bir süreyi kapsaması

Hizmetlerin sözleşme ile üçüncü kişilere verilmesinde kamu yararı olabilmesi için bu hizmetlerin uzun sürede gerçekleştirilebilecek olması gerekir²⁷.

& 4. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÇEŞİTLERİ

1. KAMU HİZMETİ İMTİYAZLARI

Bir kamu hizmetinin masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, İdare tarafından konulacak şartlar, verilecek yetkiler ve taahhüt olunan mali menfaatler karşılığında özel bir şahıs tarafından ifasını gerektiren bir sözleşmedir.²⁸

Özellikle sosyal devlet fikrinin ortaya çıkmasından sonra toplumun gereksinimlerini karşılamak amacıyla devletin ekonomik hayata daha fazla müdahalesi söz konusu olmuş, çok yönlü ve farklı alanlarda faaliyet göstermesi gerekmiştir. Söz konusu faaliyetleri ya bizzat kendisi yerine getirmekte, bu mümkün olmadığında bu faaliyetlerin yerine getirilmesini özel kişi ve kuruluşlara vermiştir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel kişi ve kuruluşlara verilmesi genellikle “Kamu İmtiyaz Usulü” ile olmaktadır. Bu halde kamu hizmetleri imtiyazları, idari sözleşmenin bir türünü teşkil etmektedir.²⁹

1. İmtiyaz Kavramı

Günümüzde imtiyaz, Osmanlı Devleti zamanından itibaren olduğu gibi, devletin kamu hizmetlerini özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine gördürme biçimlerinden biri olarak uygulanmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde, devletin mali ve teknik yetersizliği ve milli sermaye birikimi olmaması nedenleriyle, pek çok kamu hizmeti yabancı müteşebbislere gördürülmüştür.³⁰ Cumhuriyet döneminde ise, bu imtiyazlar satın alma (rachat, raşa) yolu ile kazandırılmış ve kamu hizmetleri 1950'lere dek daha çok iktisadi kamu kurumları aracılığı ile yürütülmüştür.⁵⁰ 'li yıllardan itibaren, liberal ekonomi politikasının sonucu olarak, kamu imtiyazları yeniden idare hukuku alanında belirilmiş ve 1980'li yıllardan itibaren bu politikanın yoğun olarak uygulanmasıyla hukuk hayatımızda önemli bir yer tutmaya başlamıştır.

²⁷ Danıştay 8.Dairesinin 31.1.1966 tarih ve E.1965/1450,K.1966/343 sk. ; Danıştay içtihadı birleştirme kararı, 4.7.1964, E. 67 K. 344, RG. 5 Mayıs 1965- 11990, BİLGİN, Pertev :a.g.e., s. 100-111.

²⁸ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 536.

²⁹ AYHAN, Önder: a.g.m., s.110.

³⁰ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 3 ncü baskı, Ankara, 1998, s.143-144.

Kamu hizmetinin bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine gördürülmesi usulleri genel olarak dört tanedir: Müşterek emanet, iltizam, ruhsat veya imtiyaz. Bunlara ek olarak özellikle son yıllarda (1982 Anayasası sonrasında) bizim ülkemizin icadı olduğu iddia edilerek yeni ve farklı bir model gibi sunulan yap-işlet-devret modeli de sözkonusudur. Aslında aşağıda da ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere, bu model imtiyaz usulünden farklı değildir.

İmtiyaz usulü açıklanırken, öncelikle kamu hizmetini tanımlamak, sonra da bu tür hizmetleri gördürme şekillerini kısaca açıklayıp, imtiyazı bu usullerden biri olarak ele almak gerekir.

A. Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti, zaman içerisinde organik maddi ve şekli olmak üzere çeşitli ölçütlerle tanımlanmaya çalışılmış, ancak sosyal devlet anlayışının kabul edildiği günümüzde tüm bu ölçütlerin iç içe geçmesi yeni bir tanıma gidilmesi gereğini doğurmuştur. Bu gün için geçerli bir tanım ise “siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler “şeklinde bir tanım olabilir.³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 1994/71 esas ve 1995/23 karar sayılı kararında da kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda bir görüş birliği olduğu teyit edilmiş ve hizmetin “Kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. “ ifadesinin yanı sıra “...devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarı sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” şeklinde bir tanım da yapılmıştır.³²

Unsurları göz önüne alındığında, kamu hizmetinden bahsedebilmek için öncelikle, toplum ya da genel ve ortak bir ihtiyacın belirlenmesinin zorunlu olduğu görülür. Bu ihtiyaç aynı zamanda sürekli yani her zaman duyulan bir ihtiyaç olmalıdır. Ayrıca bu ihtiyacın tatmin edilmemesinden doğan bir huzursuzluğun baş göstereceğinin varsayıldığı hallerde, yani ya bu ihtiyacın giderilmesi için özel kişiler tarafından gerçekleştirilen bir

³¹ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s.219.

³² 1994/71 esas ve 1995/23 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30 Mart 1996 tarihli ve 22586 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

faaliyet olmaması ya da gerçekleştirilen bir faaliyet olsa bile bunun var olan sürekli ihtiyacı karşılamaya yeterli olmaması hallerinde, devlet tarafından bu ihtiyacın giderilmesine yönelik bir etkinliğe girişilmesi de gerekir.³³

Kamu hizmetinin ortaya çıkış nedenleri ve yukarıda sayılan unsurları bazı özellikleri de beraberinde getirir. Bu özelliklerden olarak, süreklilik (bazı yazarlarca “düzenlilik”³⁴ veya “kesintisizlik”³⁵ olarak da ifade edilir.) faaliyetin zaman içinde kesintisiz ve istikrarlı bir biçimde yerine getirilmesini; değişkenlik ve uyarlanma çağın teknik, teknolojik ve bilimsel gerek ve olanaklarına göre sürekli olarak değişiklik ve uyarlamalar yapılması gereğini; kamu hizmetinin meccaniliği (bedelsizliği), ya hiç bir ücret alınmaksızın ya da bir kar amacı güdülmezsizin ve kamu yararı amacıyla vergi, resim ya da harç niteliğinde ele alınabilecek bir ücret karşılığında hizmetin gördürülmesini; yararlanmada eşitlik, hizmetin herkese eşit bir biçimde sunulması ve herkesin hizmetten eşit bir biçimde yararlanmasının sağlanmasını ifade eder.³⁶

B. Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri

Yukarıdaki özellikleri ile belirlenen kamu hizmeti kural olarak kamu tüzel kişilerince yürütülür. Ancak bazı kamu hizmetleri, özel hukuk kişilerince de görülebilir.³⁷

Kamu hizmetinin, kamu tüzel kişilerince yürütülmesinin yolu “Emanet” usulüdür. Bu yolla, kamu tüzel kişisi kendi örgüt, araç, gereç, personel ve mal varlığı ile hizmeti yürütür. Bu usulde önemli olan hizmetin kamu tüzel kişisi tarafından görülmesidir; Yürütme biçimi önem taşımaz, hizmet kamu hukuku kurallarına uygun olarak yürütülebileceği gibi Kamu İktisadi Teşebbüslerinde olduğu gibi özel hukuk kurallarına göre de yürütülebilir.³⁸

Kamu hizmetinin gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesinin ise dört temel yolu olduğu öğretilde kabul edilebilir.³⁹

³³ ÖZAY, İlhan: İkinci Binc Kavuşurken Gün Işığında Yönetim, İstanbul, 1986 s. 241.

³⁴ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 309.

³⁵ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul, 1985,s.64’den aktaran İlhan ÖZAY, a.g.e., s. 251.,Dipnot 425.

³⁶ ÖZAY, İlhan:a.g.e., s. 251-259.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara , 1995, s. 227.

³⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: a.g.e., s. 227.

a. Müşterek Emanet Yönetimi

Bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi şeklinde tanımlanır. Klasik İdare Hukuku kitaplarında , müşterek emanet usulünün ülkemize ilişkin tek örneği olarak Osmanlı İmparatorluğu döneminde sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi devamında Cumhuriyet döneminde de bu hak devam ederken,işletmeciler ile Devlet arasında çıkan uyuşmazlıkta hakem heyetinin bu sözleşmeyi müşterek emanet olarak nitelendirmesi verilir.

Müşterek emanet yönteminde sözleşmenin taraflarından biri idaredir. Bu nedenle de sözleşme bir idari sözleşme sayılır. Sözleşme ile ilgili olarak, sermaye ve hasar idareye aittir; Özel Hukuk Kişisi ise emek ve bilgisi ile hizmeti yürütür ve masrafları da hizmetten yararlananlardan alınan bedelden karşılar. Bu bedellerden arta kalan idare ile özel hukuk kişisi arasında sözleşmede belirlendiği ölçüde paylaşılır. Eğer bir fazlalık söz konusu olmazsa, özel hukuk kişisi ya hiç bir şey alamaz ya da ancak kendi payını alır. Zarar, bu durumda idarenin sermayesi veya payından karşılanmış olur.⁴⁰ Böylece, bu yöntemle kazanç özel hukuk kişisinin iş görmede başarılı olduğu ölçüde değişir.

b. İltizam Yönetimi

İdare ile özel hukuk kişileri arasında kamu hizmetlerine ilişkin olarak imzalanabilecek sözleşmelerden biri de iltizam sözleşmeleridir. Tanım yapmak gerekirse, kamu hizmetinin belli bir bedel karşılığı özel hukuk kişisine yaptırılması ve , sonradan kazandığı dar anlam çerçevesinde düşünüldüğünde de , idarenin gerek duyduğu alt yapı tesisleri ile inşaatların yaptırılması olarak belirlenebilir. Osmanlı döneminde tarım ürünleri vergilerinin toplanması için uygulanmış bir yöntemdir.⁴¹

Mali iltizam, yani bazı vergi toplama işlerinin bazı belediyeler tarafından özel hukuk kişilerine verilmesi ülkemize bu son çerçevenin dışında kalan örnekler olarak çıkmışsa da Adana Belediyesi tarafından yapılan bu tür bir uygulamanın İçişleri Bakanlığınca Mülkiye Müfettişlerine incelettirilmesi ve sonuçta da hukuka aykırı

³⁹ ÖZAY, İlhan: a.g.c., s. 262 vd.

⁴⁰ ONAR, Sıddık Sami: a.g.c., s. 45.

⁴¹ GÜNDAY, Mctin: a.g.c., s. 234.

bulunmasından sonra bu bir örneğin de uygulaması kalmamıştır.⁴² Bu yönetim artık ülkemizde pek uygulanmıyor gibiyse de, emanet usulü ile yürütülen kimi kamu hizmetlerinin alt yapı ve tesislerinin gerçekleştirilmesi alanında “Yap-İşlet-Devret” metodu aracılığı ile bu yola başvurulduğu görülmektedir.

c. Ruhsat (İzin) Yöntemi

Diğer üç yöntemin aksine bu yöntemde kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişisi ile bir sözleşme imzalanmamakta; idarenin tek yanlı iradesiyle gerçekleşen idari bir işlem ile kişiye hizmeti görme yetkisi tanınmaktadır.

Bu yolla gerçekleştirilen hizmetler genellikle yasa ile idarenin tekeline bırakılmayan işlerdir, hatta aynı hizmetin hem kamusal kuruluşlarca hem de aynı zamanda ve her yerde özel hukuk kişilerince görülmesi mümkündür. Ülkemizde bu yönteme en çok rastlanan alanlar toplu taşımacılık, özel eğitim kurumları ve özel hastaneler olarak sayılabilir. Tüm bu alanlarda hem kamu kuruluşunun kendisinin “Emanet” yöntemi ile hizmeti vermesi, hem bazı kuruluşlara “İmtiyaz” tanınması, hem de özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine “izin” vermek suretiyle hizmetin yürütülmesini sağlaması mümkündür.

Örneğin Belediye Kanununa göre toplu taşımacılık için mahalli idare hem de kendi kurduğu yere kamu iktisadi teşebbüsü ile hizmet vermekte hem de minibüs, halk otobüsü ve benzeri araçlara izin vererek aynı alanda faaliyette bulunmalarını sağlamaktadır. Bu halde tek kişi lehine tanınan bir tekel olmadığı için ikili bir durumla karşılaşılır. Öncelikle, kamusal kuruluş tarafından yürütüldüğü için hizmet organik açıdan bir “Kamu hizmeti” niteliği kazanır, ikinci olarak özel hukuk kişilerince yürütüldüğünden bir yandan da “Özel teşebbüs” olur.⁴³

İzin yönteminde, idarenin denetim yetkisi, verilen hizmetin bir kamu görevi olarak yerine getirilip getirilmemesi (virtüel kamu hizmeti⁴⁴ olup olmama) ölçütüne göre

⁴² ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 264.

⁴³ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 265.

⁴⁴ “Virtüel kamu hizmeti” kavranı Fransız İdare Hukukunda geliştirilmiş ve Türkçe karşılığı “Kamu Hizmeti Olma İstidadını bünyesinde bulunduran faaliyetler” olarak verilebilecek bir kavramdır. Buna göre özel teşebbüs halkın günlük kollektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere bazı faaliyetler gösterilebilir ki, bunlardan, bir yandan idare bir yandan da yol, rıhtım, akarsu vs. kamu emlakı ile ilişkili olmalarından dolayı uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilir. Ülkemizde özel öğretim kurumları buna en belirgin örnektir. Milli Eğitim Bakanlığı ile sıkı ilişkileri hatta doğrudan onların denetimi altında çalışmalarını faaliyet gösterecekleri binalarından ders programlarına kadar hemen her konuda bakanlığa tabi olmaları ve bunlara karşı açılacak her hangi bir davanın Milli Eğitim Bakanlığına karşı açılma idari bir iptal davası olması en güzel göstergelerdir.

değişmektedir. Eğer virtüel bir kamu hizmeti söz konusu ise “içerik” yönünden de işlemler denetlenebilirken aksi bir durumda bu yetki “Kolluk” yetkisi ile sınırlı kalmaktadır.

Verilen hizmetin ücreti de kural olarak idare tarafından belirlenmekte, ve yine kural olarak faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun idare olması sebebiyle, en ufak bir aksaklıkta idarenin hizmeti yürüten özel hukuk kişisine müdahale etme ve önlemler alma yükümlülüğü bulunmaktadır. İdare hizmet ile ilgili düzenlemeleri yapma ve özel kişinin bu düzenlemelere uyup uymadığını denetleme yetkisine sahip olmanın yanı sıra, bunlara aykırı bir durum tespiti halinde, yasal düzenlemeler çerçevesinde gerekli tüm idari yaptırımlarla birlikte, adli bir ceza imkanının olması halinde bu yola da başvurulabilmektedir.

Bu üç usulü kısaca açıkladıktan sonra imtiyaz usulünün tanımı ve tüm bu yöntemlerle karşılaştırılmasına geçebiliriz.

d. İmtiyaz Yöntemi

aa. Tanımı ve Özellikleri

Kamu hizmetinin, Türk hukuk düzenine göre kurulmuş bir anonim şirket statüsündeki tüzel kişi tarafından ilgili idare ile bu şirket arasında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak görülmesine “ imtiyaz usulü “ adı verilir.⁴⁵

İmtiyaz usulü idareyle, yazılı bir sözleşmeye dayanarak, belli bir kamu hizmetini bir özel hukuk kişisince görülmesi veya kamu hizmetinin kurularak bir süre işletilmesi ya da hali hazırda kurulu bulunan kamu hizmetinin bir süre işletilmesi şekillerinde uygulanmaktadır.

İmtiyaz sözleşmeleri, önceden idare tarafından hazırlanmış şartnamelere dayanırlar.

1326 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’a göre imtiyaz alabilecekler, sadece Türk Anonim Şirketi Niteliğini haiz tüzel kişilerdir. Dolayısıyla, yabancı özel ve tüzel kişiler ile, Türk özel kişileri ve Anonim Şirket statüsü taşımayan Türk tüzel kişilerine imtiyaz verilemez.

Tekel oluşturma yanısıra, özel hukuk tüzel kişisine aslında idarenin doğal yetki alanında olan yaptırım uygulama, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme gibi üstün

⁴⁵ ÖZAY, İlhan: a.g.c., s. 266.

yetkiler de imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk tüzel kişisine tanınır. Böylece idarenin kendisinde var olan “İmtiyaz “ sözleşme ile özel hukuk tüzel kişisine geçmektedir.

İdari sözleşmelerde, idarenin üstünlüğünün ve özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerinin en güzel göstergesi kabul edilen hizmetin yürütülmesi sırasında bazı yenilikleri talep edebilme ve bunları elde edebilme yetkileri bu usulde özel teşebbüs lehine ortaya çıkan en önemli özelliklerdendir.

İmtiyaz, belli bir sözleşme süresi ile belirlendiğinde genellikle sona ermesi bu sürenin sona ermesiyle olur. Sözleşme süresinin sona ermesi de o hizmete ilişkin tüm mal varlığının kendiliğinden idareye devredilmesi anlamına gelir.

Hizmetin görülmesine ilişkin olarak ortaya çıkan bedel, iki tarafın karşılıklı uzlaşması ile belirlenir ve tek yanlı irade ile değiştirilmesi söz konusu olamaz. Ancak, sözleşmenin uygulanma süreleri genellikle çok uzun olduğundan, bu süre içerisinde , tarafların öngörülere ve iradeleri dışında ortaya çıkabilecek kimi durumlar nedeniyle imtiyaz sahibi şirketin yükümlülükleri de ağırlaşır, idare ya bu mali yükü tazmin ederek giderir ya da katkıda bulunarak şirketin yükünü hafifletir.

bb. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

İmtiyaz usulünde imzalanan sözleşme çerçevesinde, tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenir. Ancak, idari sözleşmelerden biri olarak, imtiyaz sözleşmesi de idare lehine bir takım üstün hak ve yetkiler tanır. Bunun yanı sıra, imtiyaz alan şirkete de mali bazı hak ve normalde özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan kamusal ayrıcalıklar ve olanaklar da sağlanabilir.

İdare, imtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerin yerine getirilişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama hakkına sahiptir. Uygulanabilecek yaptırımlar arasında belli bir miktar para ödenmesini isteme, işletmeye geçici olarak el koyma ve sözleşmeyi fesh etme sayılabilir. Kamu hizmetlerinin değişken olma özelliği nedeniyle, idare , imtiyaz sözleşmesi şartlarında tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Tabidir ki ,imtiyaz sahibinin yükümlülüklerinin bu değişiklik sonucu artması (sözleşmenin mali dengesinin bozulması) halinde kendisine belli bir karşılık verilecektir.⁴⁶

⁴⁶ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 236-237.

İdarenin tamamen idare hukukuna özgü ve idare kudretine dayanan ve tek taraflı yetkilerden biri olarak, imtiyaz sahibinin hiç bir kusuru olmasa dahi hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde sözleşmeyi fesh etme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁷

İmtiyaz sahibi ise imtiyaz sözleşmesi ile üstlendiği kamu hizmetini, sözleşmede belirlenmiş koşullar çerçevesinde yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak sözleşmenin her hangi bir aşamasında, idare tek yanlı iradesi ile sözleşmede bir değişiklik yapar ise , imtiyaz sahibinin sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkı vardır. Ayrıca, sözleşme süresince, tarafların iradeleri dışında ortaya çıkan olaylar nedeniyle imtiyaz sahibinin mahvına sebep olacak derecede yükümlülükleri artarsa, imtiyaz sahibi öngörülmezlik (imprevison) kuramınca sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını ve zararların paylaşılmasını idareden isteyebilmektedir.⁴⁸ Bunlara karşılık, imtiyaz sahibi, kamu hizmetini, kamu hizmetine egemen olan ilkelere ve sözleşme hükümlerine uygun yürütmek zorundadır. Ayrıca, eşitlik ilkesi uyarınca hizmetten yararlanacaklar ve hizmetin bedeli konusunda sözleşme hükümleri ile sıkı sıkıya bağlıdır; bunları serbestçe belirleme olanağına sahip değildir. İdarenin gözetim ve denetimlerine katlanmak, idarenin tek taraflı olarak yapabileceği değişiklikleri kabul etmek, tüm yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek, daha önceden kararlaştırılmışsa kazancının bir kısmını idareye vermek de imtiyaz sahibinin yükümlülükleri arasına girer.⁴⁹

cc. Diğer Usuller ile Farkları

Diğer usullerle karşılaştırdığımızda; müşterek emanetten ayrıldığı en önemli noktanın sermaye ve riskin burada idare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk kişisine ait olması ve faaliyetin zarar etmesi halinde, istisnai durumlar haricinde, özel hukuk tüzel kişinin üzerinde kalması olduğu söylenebilir. İltizam ile farkı ise, özellikle iltizamın idare ile oluşan ilişkide sadece “inşaat” a ilişkin ortaya çıkması ve imtiyazın “ inşaat ve işletme”yi bir bütün olarak kapsamasıdır denilebilir. İltizamda ayrıca , işin özel hukuk

⁴⁷ Burada ağır kusur halinde sözleşmeyi fesh edebilme yetkisinden ayrı olarak idare, imtiyaz sahibinin zararını karşılamak zorundadır. Bu hal , idare hukukunda raşa (racha) olarak adlandırılmakta olup imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında idare tarafından satın alınarak imtiyaz sözleşmesine son verilmesidir.(Metin Günday, a.g.e., s.236-237 ve Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, İstanbul Cilt 3, sayfa 1641 vd.).

⁴⁸ Öngörülmezlik (imprevison) kuramının uygulanabilmesi için 3 koşulun birlikte varolması gerekir; sözleşmenin tarafların ön görmemiş olması, olayın tamamen tarafların iradesi dışında olması ve olayın imtiyaz sahibinin mahvına sebep olacak boyutta olması .

⁴⁹ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 236-238.

kişisine göre götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında gördürülmesi sözkonusudur⁵⁰

İzin ile imtiyaz arasındaki en önemli fark , yürütülen faaliyetin bir “tekel” oluşturup oluşturmadığıdır. Bu aynı zamanda hizmetin imtiyaz yolu ile gerçekleştirilmesinin de en önemli sonuçlarından biridir. Ayrıca, izin usulünde bir sözleşme sözkonu olmayıp, idarenin tek yanlı bir işlemi olan izin (ruhsat) verilmesi bahse konudur.

2. Yasal Düzenlemeler

İmtiyaz sisteminin hukuk düzenimiz içinde dayandığı kurallar söz konusu olduğunda öncelikle Anayasa, sonra Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, Danıştay Kanunu, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap- İşlet- Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ve konu ile ilgili maddeleri barındıran Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, Özelleştirme Kanunu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, İdari Yargılama Usulü Kanunu incelemelidir.

Burada günümüz açısından belirtilmesi gereken en önemli nokta 13 Ağustos 1999 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen 4446⁵¹ sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra uyum yasalarının henüz yürürlüğe sokulmaması sebebiyle, ülkemiz açısından imtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasının hukuk hayatımızda belirsiz hal almış olmasıdır. Bu nedenle Anayasamızın 47, 125 ve 155. Maddesinde yapılan değişiklikler ışığında Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller ile imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ulusal ve uluslar arası tahkim yolu ile çözülmesine imkan tanıyan yasal düzenlemelerin bir an önce yapılması gerekmektedir.

A. Anayasa

Hukuk sistemimiz kapsamındaki her meselede olduğu gibi imtiyaz meselesini de ele alırken öncelikle başvuracağımız meseleye dayanak arayacağımız temel metin anayasa olacaktır. 2709 sayılı Kanunla yürürlüğe giren 1982 Anayasasının imtiyaz konusunda özel olarak düzenlenme yaptığı bir maddesi yoktur ancak bir çok maddesi bu konu ile yakından ilişkilidir. Anayasa mahkemesinin imtiyazın bir uygulama biçimi olan yap-işlet-devret modelini düzenleyen 3996 sayılı Kanunun 5. maddesinin iptali için açılan

⁵⁰ GÜNDAY, Metin: a.g.c., s. 234.

⁵¹ 4446 sayılı Kanun 14 Ağustos 1999 tarihli ve 23786 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

davayla ilgili verdiği 1995/23 sayılı kararında şayılan maddeler bu konuda özellikle yol gösterici sayılabilir.⁵² Adı geçen İptal davasının dava dilekçesinde, iptali istenen 5. maddenin Anayasanın Cumhuriyet in niteliklerini belirleyen 2. devletin temel amaç ve görevlerini gösteren 5. yürütme yetkisi ve görevi ile yargı yetkisini düzenleyen 8. ve 9. Anayasanın bağlayıcılığını düzenleyen 11. yargı yolunu düzenleyen 125. kamu hizmeti görevlilerinin görev ve sorumlulukları ile disiplin koğuşturmasında güvenceyi düzenleyen 129. ve Danıştay hakkındaki 125. maddelerine aykırılığı ileri sürölmüşü. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında bu maddelere ek olarak 5. Maddenin, temel hakların korunması ile ilgili hükümlerden hakların korunması hakkındaki hükümlerde kanuni hakim güvencesi ile ilgili 37. ve Hakim ve Savcılık mesleğini düzenleyen 140. maddelerden de bahsedilmiştir.

Bu maddeler kapsamında, son Anayasa değişikliğinden önce hazırlanan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, 155. madde uyarınca Danıştay tarafından incelemeye tabi tutulup onay aldıktan sonra yürürlüğe konabiliyor ve her hangi bir uyuşmazlık halinde idari yargıda çözümlenmeleri gerekiyordu. Oysa 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 41.,125. ve 155. maddelerinde yapılan değişiklik ile uygulamaya oldukça zıt hükümler getirilmiştir.

Değişiklik sonrasında, “Devlet, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilereği veya devredilebileereği kanunla belirlenir.”(m.47) hükmü ile kamu hizmetlerinden bir kısmının özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere devredilebileereği kabul edilmiş, Danıştay'ın görevi ise 155. madde içinde “... kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek ... “ olarak belirlenmiştir. Ayrıca bu konudaki uyuşmazlıklar için Yargı yeri olarak 125. maddede “... Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümleri öngörölebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir...” hükmü ile , imtiyaz sözleşmeleri açısından idari yargıya tabi olmak yerine , tahkim usulüne başvurulabilmenin yolu açılmıştır.

⁵² 3996sayılı Kanun 8 Haziran 1994 tarihinde kabul edilmiş ve 13 Haziran 1997 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.1994/71 esas ve 1995/23 karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ise 20 Mart 1996 tarih ve 22586 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

B. Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun

İmtiyaz konusunu özel olarak düzenleyen bu kanun, 10 Haziran 1326 tarihinde, Osmanlı İmparatorluğu'nda II. Meşrutiyet döneminde kabul edilmiş ve 24 Haziran 1326 tarih ve 576 sayılı Takvim-i Vekayi'de yayımlanmıştır. Cumhuriyet döneminde de uygulama imkanı kalmamış olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkındaki, 27 Ekim 1988 tarihli ve 3488 numaralı Kanuna ekli listede de ,söz konusu Osmanlı Kanunu ve eki Cumhuriyet Kanunu yer almadığı için özellikle imtiyaz alanlara vergi ve resim bağışıklığı tanınmasını ve bütçelerden ödeme yapılmasını içeren sözleşmeleri TBMM ' nin onayına bağlı tutan 1932 tarihli Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkındaki 10 Haziran 1326 Tarihli Kanuna bazı Maddeler Tezyiline ve Bu Kanunun bazı maddelerinin ilgasına dair 2025 sayılı Kanun'un ek düzenlemesi ile anılan kanun bugüne kadar yürürlüğünü korumuştur.

10 Haziran 1326 tarihli Kanun, imtiyazların ancak Bakanlar Kurulu kararı ile verileceğini belirler. Ayrıca sözleşmede vergi muafiyeti, ileride bütçeden ödeme yapılması gibi hususlar varsa bunlar için Türkiye Büyük Millet Meclisinden onay alınacağı öngörülmüştür. 2025 sayılı Kanunun 1. maddesi de hangi imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerin TBMM onayına sunulacağını gösterir. Ancak 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında halen uyum yasaları çıkarılmamış olduğundan bu kanunun akıbeti meçhuldür.

C. Danıştay Kanunu

Danıştay, Anayasayla görevlendirilmiş bir yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme mercii (2575 sayılı Danıştay Kanunu⁵³, m.1) olarak kurulmuştur. 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden önce Danıştay Kanunu'nun 23. Maddesi "d" bendi ile imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisine sahip kılınarak, imtiyaz meselelerini incelemeye ve karara bağlamaya yetkili tek organ idi. Ancak , Anayasa'nın 155 inci maddesinin 2.fıkrasında yapılan bu değişiklik ile bu inceleme görevi düşünce bildirme görevine dönüştürülmüştür.

Buna ilaveten, Bayındırlık İmtiyazları ile Madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri özellikle birinci dairenin görevleri arasında

⁵³ 2575 sayılı Kanun, 20 Ocak 1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

sayılmıştır. Birinci dairenin imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme ve şartlaşmalarla ilgili kararları idari işler genel kurulu tarafından incelenir, karar bağlanır veya bu konuda düşüncesini bildirir (2575 sayılı Kanun, m.46/b).

D. Diğer Kanunlar

Yukarıda da bahsedildiği üzere mevzuatta 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun ⁵⁴ 1 inci maddesi, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun ⁵⁵ 15,34 ve 35. inci maddeleri, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ⁵⁶ 2.nci maddesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ⁵⁷ 2 inci maddesi imtiyaz Kanunu Hakkında Yol gösterici maddeler olarak değerlendirilebilir.

3. İçtihat

4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, İmtiyaz konusunu denetlemeye yetkili tek mahkeme olarak Danıştay, bu konu ile ilgili bir çok karar verilmiş ve imtiyaz sözleşmelerinin niteliklerini belirlemede yol gösterici olmuştur.

Bu kararlar içinde belki de en bilineni “Aktaş Davası “ ile ilgili olarak verdiği karardır. Bu ünlü davada, Danıştay, henüz 3996 sayılı bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılması hakkında kanun (“3996 sayılı Kanun “) çıkarılmadan önce, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı ile Aktaş elektrik ve Ticaret A.Ş. arasında imzalanan işletme hakkı devir sözleşmesini bir “imtiyaz” olarak nitelenmişti.⁵⁸

Bu karar üzerine hükümet tarafından 3996 sayılı Kanun hazırlandı ve yap-işlet-devret yöntemi adı altında imtiyazlar üzerinde var olan Danıştay incelemesi bertaraf edilmek istendi. Oysa, Anayasa mahkemesi 1995/23 sayılı Kararı ile “imtiyaz mukavelesi,... bir amme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar,temin edilecek salahiyetler ve taahhüt olunan mali menfaatler mukabilinde hususi bir şahıs tarafından ifasını tazammum eden mukaveledir. ... Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin korunması ve / veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı

⁵⁴ 6224 sayılı Kanun 23 Ocak 1954 tarihli ve 8615 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

⁵⁵ 4046 sayılı Kanun 27 Kasım 1995 tarihli ve 22124 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.

⁵⁶ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 18 Haziran 1984 tarihli ve 18435 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

⁵⁷ 2577 sayılı Kanun 20 Ocak 1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.

biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.” şeklinde belirlemeler yapmış ve “... bu nedenlerle 3996 sayılı yasada öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerinin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idari nitelikte sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran 5. Maddenin ikinci tümcesi Anayasa’nın 2.,11.,3.,7. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir. Yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek Danıştay’ın ön denetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle 5. Maddenin birinci tümcesi Anayasa’nın 155. Maddesine aykırıdır. Tümcesindeki “İmtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte” sözcüklerinin iptali gerekir” şeklindeki yukarıda anılan kararı ile bu kanun’un Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini de imtiyaz sözleşmesi olarak denetlemesine imkan verecek şekle girmesini sağlamıştır.

3996 sayılı Kanun’un 5. ve 14.maddelerinin değişikliğinden sonra, imtiyaz uygulaması daha istikrarlı bir hale gelmiş ve Danıştay incelemesi, adı ne olursa olsun, imtiyaz niteliğindeki tüm sözleşmeler için başvurulacak bir aşama olma özelliğini kazanmıştır.

4. Genel Değerlendirme

Türk hukuk hayatında, Osmanlı İmparatorluğu döneminden itibaren uygulama alanı bulunan imtiyaz, 1980’li yıllardan itibaren hukuk hayatımızda oldukça fazla tartışılarak ve eleştirilerek yer tutmuştur. Bu tartışmaların en son adımı, 13 Ağustos 1999 tarihinde kabul edilen Anayasa değişikliği ile atılmıştır.

Anayasa maddelerinde yapılan değişikliklerde öncelikle, Danıştay’ın imtiyaz şartname ve sözleşmelerini denetleme yetkisinin sadece yazılı görüş bildirmeye indirilmesi eleştirilmekte ve bu şekilde Danıştay’ın tecrübe ve bilgisinden uzaklaşmakla idarenin yabancı sermaye karşısında haklarını yeterince koruyacak hükümler getiremeyeceği öne sürülmektedir.⁵⁹

İkinci olarak, imtiyaz sözleşmeleri için getirilen uyuşmazlık halinde tahkime başvurma imkanı için, idari yargının bu sözleşmelerde uygulanması sonucunda kamu

⁵⁸ Danıştay, 1. D. E. no 1994/12 K. no 1994/60.

⁵⁹ KIZILYALLI, Hüsnü: Yeni “Panacea”: Tahkim, Cumhuriyet Gazetesi, 18 Ağustos 1999 ,Aynı yönde ULER, Yıldırım: “Tahkime Direnmek Ödevdir”, Cumhuriyet Gazetesi 10 Ağustos 1999 ve Yekta

yararının gözetilmeyeceği,kamu yararının korunması için getirilen sınırlamalara uyulmayacağı kaygıları dile getirilmektedir.⁶⁰

Anayasa' ya eklenen yeni hükümlerin savunması ise değişiklik için verilen Genel Gerekçede görülmektedir.⁶¹ Genel gerekçede, “Ülkemizin yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü önemli bir yer tutmaktadır.” Görüşlerine yer verilirken,bu sorunun çözülmesi için 125. maddede tahkim ve 155. maddenin de Danıştay'ın denetleme yetkisi yerine düşünce bildirmesi şeklinde değişikliklere gidilmiştir.

Hali hazırda, Anayasa değişikliğinin uygulanması için gerekli olan uyum kanunları çıkarılmadığı ve ilgili kanunlarda gerekli olan değişiklikler yapılmadığından,imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili Anayasa hükümlerinin uygulanması oldukça belirsiz bir durumdadır. Ayrıntılı uyum yasaları çıkarılmadan, bu değişikliklerin hukuk hayatımızda gerçek etkileri görülmeyecektir. Dolayısıyla,yapılmış olan Anayasa değişikliklerinin Türkiye’de 4446 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinde belirtilen yabancı yatırımcıların “çekingen davranışlarının” üstesinden gelmesi de mümkün olmayacaktır.

Genel olarak bakıldığında,imtiyaz sözleşmelerinin Anayasanın değişik 47. maddesi uyarınca bir kısmının özel hukuk sözleşmeleri ile yapılması 1995/23 sayılı Anayasa mahkemesi kararı ile 3996 sayılı kanun’un 5. maddesinin ikinci tümcesini iptal etme gerekçesini bertaraf eder nitelikte görülmektedir.⁶² Ancak , Danıştay'ın denetleme yetkisinin sadece görüş bildirmeye indirilmesi , imtiyaz anlaşmaları çerçevesinde idarenin hukuki açıdan korunmasını güçleştirmektedir. Bunlara ek olarak uyuşmazlıkların çözümünün idari yargıdan alınarak tahkim yolunun açılması da idarenin bu uyuşmazlıklarda gidilen hakem heyeti tarafından kamu yararı gözetilmeden karar alınacağından tanınma ve uygulanma aşamalarından Türkiye’de sorun çıkarması muhtemeldir.

Güngör Özden. Röportaj (Hükümet İşverenin Güdümünde), Cumhuriyet Gazetesi, 8 Eylül 1999.

⁶⁰ SİRMEN, Ali: "Dünyada Bugün,Talan Dönemi", Cumhuriyet Gazetesi, 13 Ağustos 1999.

⁶¹ Hürriyet Gazetesi ,20 Temmuz 1999.

II. YERALTI VE YER ÜSTÜ SERVETLERİNE İLİŞKİN İŞLETME SÖZLEŞMESİ

Yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmelerin uygulanması Türk Hukukunda belli başlı 2 ayrı mevzuatta düzenlenmiştir. Bunlar ; 3213 sayılı Maden Kanunu ile 6326 sayılı Petrol Kanunudur.

1. 4 Haziran 1985 Tarih Ve 3213 Sayılı Maden Kanunu

Anayasanın, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki doğal zenginliklerin ve kaynakların aranıp işletilmesini kamu hizmeti olarak ele alıp düzenlediği görüşü yaygındır.⁶³ Bazı yazarlar ise, 1961 Anayasasından önceki dönemde madenlerin arama ve işletilmesinin kamu hizmeti şeklinde yürütüldüğü fikrini savunmaktadırlar.⁶⁴

Buna karşılık Anayasaya dayanarak madenlerin aranması ve işletilmesinin maddi anlamda bir kamu hizmeti olduğunu savunmanın olanaksız olduğunu söyleyen bazı yazarlara göre de ⁶⁵ “bu etkinliği gösterenin bir özel hukuk süjesi olması halini de kapsamak koşuluyla, teknik ve dar anlamda bir kamu hizmeti olduğunu ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım değildir.”⁶⁶

2712 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun ile idarece yapılmak istenenin gerçek bir devletleştirme olup olmadığının saptanması için doktrinde yapılan tartışmalarda, özel girişime faaliyette bulunma olanağı sağlayan maden işletme imtiyazının hukuki niteliği üzerinde görüş ayrılıkları çıkmış ve adı geçen kanuna göre ilişkinin sona erdirilmesinde yapılmak istenenin devletleştirme olup olmadığı konusunda aşağıda belirtilen fikirler ortaya atılmıştır.

İşletmenin idari sözleşmeler arasında yer alan maden işletme imtiyazı ile gerçekleştiğini kabul edenlere göre ilişkinin sona ermesi de, kamu hizmeti imtiyazının süresinden önce sona erdirilmesi ve imtiyazla bütün teşkil eden taşınır ve taşınmaz malların satın alınmasını ifade eden “rachat” yoluyla olmaktadır. Bu görüşe göre, 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun ile yapılmak istenen budur.

⁶² Anılan karar için bkz. yukarıda s.12.

⁶³ Anayasa Mahkemesinin 21.06.1979 tarih ve E 979/1, K 979/30 sayılı kararı. 14.01.1980 tarih, 16869 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁴ BİLGİN, Pertev: “Kamu Hizmeti Hakkında” İ.H.İ.D., 1 Mart 1990, s. 116.

⁶⁵ AZRAK, Ülkü: “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanuna İlişkin AYM Kararı Üzerine Düşünceler” Yargı, S. 47, Mart 1980, s. 12.

⁶⁶ AZRAK, Ülkü: Türkiye’de Madenlerin İşletilmesi Rejimi Hakkındaki Düşünceler- İ.H.İ.D., 2 Ağustos

Buna karşılık devletle özel kişi arasındaki ilişkinin, kişilere devletin hüküm ve tasarrufu altındaki doğal zenginlikten yararlanma izni veren idari işlem ve sözleşmelerden oluştuğunu kabul eden bazı yazarlar ise, sona ermenin kamu hizmeti imtiyazına özgü “rachat” yoluyla gerçekleşmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi’ne göre de, adı geçen maden kanunu devletin yerine getireceği kamu hizmetinin özel girişimce, devletin gözetim ve denetimi altında nasıl yapılacağını göstermekte ve yasa ile sözleşmeye aykırı davranış halinde de, devlete izni geri alma ve sözleşmeye son verme yetkisi tanınmaktadır. 2172 sayılı yasa ile böyle durumlar gerçekleşmese de devletin bu kamu hizmetini bizzat görmeye zorunlu bulunduğu hallerde izin ve sözleşmeye nasıl son verileceği düzenlenmektedir. Ancak Yüksek Mahkemeye göre, burada bir devletleştirme söz konusu olmayıp özel girişimin elindeki taşınmazları idareye geçiren bir kamulaştırma vardır.⁶⁷

Maden işletme sözleşmelerini düzenleyen 3 Mart 1954 tarih ve 6309⁶⁸ sayılı Maden Kanununun 62 ve 63. maddelerine göre bu kanuna tabi madenlerin işletilmesini özel kişilere bırakan sözleşmeler de idari sözleşme sayılır. Bu tür bir idari sözleşme ile özel kişiye, devlete ödeyeceği belli bir resim karşılığında bir madeni kendi yararına işletme hakkı tanınmaktadır. Pertev Bilgen’in İdari Sözleşmelerin Kriterleri adlı kitabında da adı geçen kanunda maden imtiyazı sözleşmelerinin idari sözleşmeler arasında sayılamayacağı zira maden kanununda, maden imtiyazı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı belirtilmiştir.⁶⁹

Ancak, maden işletme sözleşmelerinde kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Bu tür sözleşmenin idari sözleşme kapsamında değerlendirilmesinin temel nedeninin Anayasanın 168. maddesinin “tabi servet ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belirli bir süre için gerçek veya tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama işletilmesinin, Devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve devletçe yapılacak gözetim,

1980 s. 4.

⁶⁷ AYM kararı 21.06.1979 E.979/1 K. 979/30, 14.01.1980 tarih, 16869 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸ 11.03.1954 tarih ve 8655 sayılı Resmi Gazete.

denetim usul ve esasları ve müeyyideleri kanunla düzenlenir.” şeklindeki kapsamıdır. Bu maddeden, devletin maden işletmesinin bırakıldığı özel kişi üzerinde denetim ve gözetim ödevinin bulunduğu da ortaya çıkmaktadır.

6309 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu⁷⁰ içerisinde maden işletme imtiyazına yer vermemiş başka bir anlatımla, adı geçen kanuna göre maden işletmeleri artık sözleşme ile değil tek yanlı bir işlem olan ruhsatlar ile verilecektir. Aynı kanunun 2. maddesine göre, kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçerli bulunan işletme imtiyazları da 3213 sayılı kanuna göre devam edecektir.

7 Mart 1954 tarih ve 6326 sayılı Petrol Kanununa göre petrol işletme imtiyazı sözleşmesi, imtiyazcı taraf ile Petrol İdaresi arasında yapılmakta idi. Söz konusu sözleşmelerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklar ise aynı kanunun 27-30 maddelerinde gösterilmiş olan başvurular yapıldıktan sonra Danıştay’ca çözümlenecektir.

Bu uygulama ile ilgili olarak yayınlanmış Danıştay kararı bulunmadığı için Danıştay’ın tutumu saptanamamıştır. Ancak Petrol Kanunu 1. maddesinde yeralan “petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altında ...” şeklindeki ibare ile birlikte bu kanunun tamamen kamu hukuku kuralları taşıdığı dikkate alındığında, Danıştay’ın önüne gelen bir uyuşmazlığın petrol imtiyaz sözleşmesinden doğduğunu tespit etmesi halinde, kendisini aynı kanunun 31 ve 32. maddelerine göre doğrudan görevli sayması beklenebilir.

2. 6326 Sayılı Petrol Kanunu

Bugün yürürlükte olan 6326 sayılı Petrol Kanununa göre Türkiye’de bulunan petrol yataklarını işletme hakkı ruhsat ile verilmektedir. Bir başka anlatımla petrol işletme hakkı da tıpkı maden işletme hakkında olduğu gibi idare tarafından tek taraflı bir işlem olan ruhsatname ile verilecektir.

3. Orman işletme Sözleşmeleri

Bir çok kaynakta orman işletme sözleşmesi, idari sözleşmelerin bir alt kolu olarak ancak yer altı ve yerüstü kaynaklarının işletilmesine ilişkin idari sözleşmelerden ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Ancak biz bu sunuş kapsamında orman işletme sözleşmelerini de bu başlık altında kısaca değerlendireceğiz.

⁶⁹ BİLGİN, Perteve: İdari Sözleşmelerin Kriterleri s. 15.

⁷⁰ 15.06.1985 tarih ve 18785 sayılı Resmi Gazete.

Orman işletme sözleşmeleri, idare ile özel kişiler arasında yapılan ve ormanın bakım ve dikimi yükümlülüklerini de ihtiva eden örgütlü ve uzun vadeli idari sözleşmeler niteliğindedir.⁷¹ Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarında adı geçen sözleşme türünün idari sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Ancak 1982 Anayasasının 169/2 maddesine göre “devlet ormanları, kanuna göre devletçe yönetilir ve işletilir” denmektedir. Anılan Anayasa hükmüne göre artık özel kişilerce ormanların işletilmesi söz konusu olamayacağından, günümüzde orman işletme sözleşmeleri akdedilemeyecektir.

4. Sıcak Ve Soğuk Maden Sularının İşletilmesi Sözleşmeleri

“Sıcak ve soğuk maden sularının istismarı ile kaplıcalar tesisatı hakkındaki kanun“ ile verilen imtiyazlar konusunda, uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı için bunların kanundan dolayı idari sözleşme sayılması mümkün değildir. Diğer kıstaslara başvurmak gerekir⁷².

Danıştay 8’inci dairesince verilen 11.1.1966 tarih ve E.65/993, K.66/44 sayılı kararını örnek olarak verebiliriz. Niğde iline bağlı Çifte-han Kaplıca İşletmesini üzerine almış bulunan İmtiyaz sahibi ile idare arasında, idarenin tarife yapması üzerine çıkan uyuşmazlığın Danıştay’a İntikali üzerine verilmiş bulunan kararda; “ Kaplıca suları niteliği bakımından kamu sağlığını ilgilendiren ve böylece kamu hizmetinde kamu yararına göre kullanılacak şifalı sulardır. İdare, bunları belli süreli bir imtiyaz sözleşmesi ile davacıya işletme için vermiş ve davacı böylece bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmıştır. Hizmetin iyi işlemlerini denetleme durumunda olan İdari sözleşmeyi yapan davacıya ceza verme yetkisini 8’inci maddesiyle elinde bulundurmaktadır” demektedir ki. bu kararda hizmetin kamu yararı bulunan bir kamu hizmeti olduğu, sözleşmenin belli süreli yapılmış olduğu ve idareye ceza verme yetkisi de tanındığı şeklinde üç ölçüt belirtilmiş bulunmaktadır⁷³.

Bu karara baktığımızda Danıştay’ın bu sözleşmeleri de idari sözleşme olarak kabul ettiğini görüyoruz.

⁷¹ BALTA, Tahsin: İdare Hukukuna giriş, s. 192.

⁷² AYHAN, Önder: a.g.m., s.103.

⁷³ MERİÇ, Osman: a.g.m., s.71.

4. Taşocaklarının İşletilmesi İçin Yapılan Sözleşmeler

Taşocakları nizamnamesinin 27'inci maddesinde; “alelumum ocakların keyfiyeti tasarrufundan veyahut rusumu aidesinden sureti teati ve tasfiyesinden dolayı tekevvün eden ihtilafat. . . Şurayı Devletçe hal ve faslolunur” şeklinde yer alan hüküm, uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak Danıştay’ı göstermektedir⁷⁴.

Burada, taşocaklarının işletilmesi konusunda idarenin yapacağı sözleşmeler kanundan dolayı idari sözleşme sayılmaktadır.

III. KAMU EMLAKININ İŞGAL VE KULLANILMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Bu sözleşmelerin konusunu, kişilerin kamu emlakını işgal ve kullanılması teşkil etmektedir

Fransa’da 1939 tarihli kararnameden önce doktrin ve içtihat sahasında büyük bir çoğunluk, kamu emlakının işgal ve kullanılmasına ilişkin mukavelelerin, taalluk ettikleri eşyanın hukuki durumu ve statüsü itibarıyla ancak idari mukavele mahiyetinde olabileceklerini kabul etmekteydi. Zira bu tür sözleşmelerin kamu emlakı üzerinde idarenin sahip olduğu yetkiler ve imtiyazların özel hukuk sözleşmelerine konu olamayacağı kabul edilmekte idi.

Gerçekten gerek kamu emlakının niteliği ve gerekse bu emlak üzerinde idarenin haiz olduğu yetkilerin hedef ve mahiyeti bakımından bu emlakın özel hukuk mukavelesine konu olamayacağı kabul edilir. İdarenin kamu hizmetlerinin ihtiyaca göre şekiller alması lüzumu bakımından, bu hizmetlerin görülmesine yönelik olarak yapacağı sözleşmeleri özel hukuk mukavelesi şekil ve mahiyetine konulamayacağı gibi, kamu hizmetinin kamu istifade ve istismalinde ihtiyaçlara göre şekiller alması lüzumu itibarıyla aynı sebepten dolayı bu emlak üzerinde de özel hukuk mukaveleleri akdedilmemesi gerekir.⁷⁵

Kamu emlakı herşeyden önce hizmet ve halkın yararlanması içindir. İdarenin bunlardan maddi yarar sağlaması tamamen arızidir. Böyle bir maddi menfaat için kamu emlakından yararlanmayı sınırlamak veya bunların niteliğini maddi yarar için değiştirmek tamamen hukuka aykırı olur.

⁷⁴ AYHAN, Önder: a.g.m., s.103.

⁷⁵ ONAR, Sıddık Sami : a.g.e., s.1607-1609.

Kısacası, bu tür sözleşmelerin idari sözleşme sayılması sözleşmeye konu teşkil eden emlakın mahiyetinden kaynaklanır.

IV. İLTİZAM VE LEVAZIM SATIN ALINMASI SÖZLEŞMELERİ

Bu sözleşmenin konusu diğer idari sözleşmelerden tamamen farklıdır. Şöyle ki ; Kamu imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya bir kamu hizmetinin ifasıdır.

Kamu emlakının işgal ve kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin konusu kamu emlakıdır. Halbuki, iltizam ve levazım satın alma sözleşmelerinin konusu esas itibarıyla menkul bir malın temininden, satılmasından ve tesliminden ibarettir.⁷⁶

Konusunun bu şekilde olması itibarıyla iltizam sözleşmeleri daha çok özel hukuk sözleşmelerine benzer. Bugün Türk hukukunda idarenin araç-gereç almak amacıyla yaptığı sözleşmeler gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, gerekse Danıştay içtihatlarında özel hukuk sözleşmeleri sayılmıştır.

V. KAMU ÖDÜNC ALMA (İSTİKRAZ)SÖZLEŞMELERİ

Kamu hizmetlerinin ihtiyacı olan parayı ödünç olarak temin etmek maksadıyla yapılan sözleşmelerdir.⁷⁷

1. Genel Olarak Kamu Borçlanması

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ihtiyaç duydukları paraları piyasadan veya doğrudan vatandaştan temin etmek isteyebilirler.

Gerçekten de günümüzde devletlerin yüklenmiş oldukları hizmetlerin artması sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak klasik devlet görevlerinin yanında ekonomik ve toplumsal sorunlara da çözüm getirme zorunluluğu ve özellikle altyapının yenilenmesi ve geliştirilmesi faaliyetleri, devletleri iç ve dış borçlanmaya zorlamaktadır.⁷⁸ Bu nedenle borçlanma da, vergi gelirleri gibi devletin olağan gelir türleri arasında kabul edilmekte ve devletlerin normal şartlarda da borçlanma yoluna gidebileceği görüşü benimsenmektedir.⁷⁹

⁷⁶ ONAR, Sıddık Sami : a.g.e., s. 1611.

⁷⁷ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1612.

⁷⁸ İNCE, Özer: Devlet Maliyesi. Ankara 1980, s. 122-125; Arslan, Ü: TC Devrinde İç Devlet Borçlanmaları, Ankara 1961, s. 13.

⁷⁹ İNCE, Özer: a.g.e., s. 122.

Devletler, giderlerini finansa etmek için borçlanmalarını dış devletlerden ve piyasalardan yapabileceği gibi, iç piyasadan ve kuruluşlardan da yapabilirler. Burada sadece, devletin iç borçlanmaları irdelenecektir.

2. Kamu Harcamaları ve Özel Harcamalar Arasındaki Farklar

- Özel borçlanmalar borç alan kişinin özel yararı gözetilerek ve ticari, sınai, zirai veya mesleki faaliyetlerin yürütülmesi ve geliştirilmesi için yapıldıkları halde kamu borçlanmaları kamu yararı gözetilerek, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılır.⁸⁰

- Kamu borçlanmalarının ödeme süreleri, özel borçlanmalara göre daha uzundur.

- Kamu borçlanmaları, özel borçlanmalara göre daha büyük miktarlara ulaşmaktadır.

- Kamu borçlanmaları iç ve dış kaynaklardan yapılabildiği halde, özel borçlanmalar istisnalar dışında iç kaynaklardan sağlanır.⁸¹

3. Kamu Borçlanmalarının Yapısı

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilen borçlanmalarda esas olarak hazine bonosu ya da devlet tahvili gibi adlarla çıkarılan borçlanma senetlerinin kullanıldığını görmekteyiz.⁸² Devlet borçlarında genel ilke olarak kişi veya kurumlar baskı altında değil kendi istekleriyle borç verirler.⁸³ Karşılıklı rızaya dayanan bu borç ilişkisi kamu hukukuna giren bir sözleşme ile yapılmaktadır. Danıştay yerleşik içtihatlarında bu tür sözleşmeleri idari sözleşme olarak kabul etmektedir. Buna göre “devlet istikrazları, hukuku amme kavaidi ile vücut bulan bir borç olmak itibarıyla” idari niteliktedir.⁸⁴

Doktrinde, devletin borçlandığı kişi ve kurumların rızalarına dayanmayan niteliği itibarıyla cebri borçlanma olarak tanım bulan borçlanma türlerinin (örneğin; 9 Mart 1988 tarih ve 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Yasa⁸⁵, 3182 sayılı Bankalar Kanununun 33. maddesi⁸⁶) kamu istikraz sözleşmelerinden farklı olarak vergi niteliğinde olduğu gözlenir. Ancak bu tür cebri

⁸⁰ İNCE, Özer: a.g.e., s. 123.

⁸¹ İNCE, Özer: a.g.e., s. 123.

⁸² İNCE, Özer: a.g.e., s. 54, 215.

⁸³ KARAYALÇIN, Yaşar: a.g.e., s. 41.

⁸⁴ D.D.G.K. E 38/375 K 44/54.

⁸⁵ 18.03.1988 tarih ve 19758 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁶ 02.05.1985 tarih ve 18742 sayılı Resmi Gazete.

borçlanmalar vergiden farklı olarak, devlet tarafından karşılıksız finansman yöntemi olarak görülmemektedir. Bu tür borçlanma için devletçe belirli bir vadede geri ödeme ve faiz verilmesi taahhüdünde bulunmaktadır.⁸⁷

Cebri tasarruf yaratılması ya da daha önceden kişi ve kurumlarca oluşturulmuş bulunan mevcut tasarruflara el konulması işlemi, devletin hükümlerlik gücüne dayanan, vergi benzeri bir kamusal tasarruf olarak görülmekte, ve bir borçlanma işlemi olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır.⁸⁸ Bu borçlanma türleri dışında devlet veya kamu tüzel kişilerin gerçekleştirmiş olan borçlanmaların isteğe bağlı borçlanmalar biçiminde gerçekleştiği görülür.

4. Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahvil, bono vb. adlarla çıkardıkları senetler karşılığında halktan veya piyasalardan borç almasını sağlayan sözleşmelere kamu istikraz sözleşmeleri denir.⁸⁹ Söz konusu senetler mutlaka özel bir kanunla veya bir kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak çıkarılmış olmalıdırlar. Söz konusu borçlanma senetleri ve kamu gücünden kaynaklanan bazı ayrıcalıklar tanınabileceği gibi (haczedilemezlik vb.), bu senetlerin geri ödenmesi konusunda devlet yönetimine de bazı üstünlük ve ayrıcalıklar tanınabilir.⁹⁰

Ayrıca devlet yönetiminde tek taraflı olarak bu borçlanmanın koşullarını değiştirebilme yetki ve ayrıcalıklarının bulunduğu kabul olunmaktadır.⁹¹ Kamu istikraz sözleşmeleri bütün bu ayrıksı özellikleri dikkate alındığında tam anlamıyla bir idari sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır.

Devlet adına borçlanma yani kamu istikraz sözleşmesi akdetme yetkisi 1985 yılına kadar Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na aitken, 1987 yılında bütçe yasasının 37/g maddesi ile Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığına devredilmiştir.

Daha sonra 9 Aralık 1994 tarih ve 4059 sayılı yasa ile devlet adına iç borçlanma yetkisi tamamen Hazine Müsteşarlığına verilmiştir. 4059 sayılı yasanın 2.

⁸⁷ KANLIGÖZ, Cihan: S.B.F.D. Ocak-Aralık 1997.

⁸⁸ KANLIGÖZ, Cihan: S.B.F.D. Ocak-Aralık 1997.

⁸⁹ DURAN, Sabri: Ders Notları, s. 428.

⁹⁰ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 137.

⁹¹ KARAYALÇIN, Yaşar: a.g.e., s. 59-60.

maddesine göre ⁹² “ Devletin iç borçlanmasını yürütmek devlet tahvili, hazine bonosu ve diğer iç borçlanma senetleri çıkarmak, ihale yöntemi, sürekli satış yöntemi ve diğer yöntemlerle satış yapmak ve yaptırmak, bunların satış miktarını, değerini ve faizlerini belirlemek, devlet borçlarının yönetimine ilişkin olarak her türlü iç borçlanmanın hazırlık, akit ihraç ve dış borçlanma da dahil olmak üzere ödeme, erken ödeme, kayıt işlemlerini yürütme ve devletçe verilen faiz ve ikrazata ilişkin işlemler yapmak ...” Hazine Müsteşarlığı Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğünün görevleri arasındadır.

Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri ve özellikle İktisadi Kamu Kurumlarınca yapılan istikraz sözleşmeleri esas itibarıyla özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Bununla birlikte özel yasaya dayanılarak akdedilmesi veya sözleşmede kamu gücünden kaynaklanan ayrıksı yetkiler olması sözleşmeye idari nitelik kazandırır.⁹³

Ayrıca ülkemizde çeşitli tarihlerde çıkartılan yasalarla devlet dışında DSİ, Tekel Genel Müdürlüğü, PTT Genel Müdürlüğü gibi çeşitli kamu tüzel kişilerine borçlanma yetkisi verilmiştir.⁹⁴

Ayrıca devletin Merkez Bankası ile avans, kredi vb. biçimlerde yaptığı sözleşmeler ile, Belediye Kanununun 19, İl Özel İdare Kanununun 131. maddeleri kapsamında, Belediyelerin İller Bankasından ve İl Özel İdaresinin halktan veya piyasalardan borçlanma yapmalarına imkan sağlanmıştır. Uygulamada bu sözleşmeler de borçlanma sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

5. Yargısal Bağlamda Kamu İstikraz Sözleşmeleri

Özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak bu tür sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda, idare hukuku ilke ve kurallarına uygun olarak çözülür. İYUK 2/1-c maddesinin idari sözleşmelerden doğan davaları ayrı bir dava türü olarak düzenlemiş olmasına karşın, bu tür sözleşmelerin yapılmasından sonra taraflar arasında doğacak uyuşmazlıkların tam yargı davası şeklinde görüleceği kabul edildiği için ⁹⁵ pratikte İYUK 2/1-c düzenlemesinden kaynaklanan bir hukuki sorunun varlığından söz edilir.

⁹² 20 Aralık 1994 tarih ve 22147 sayılı Resmi Gazete.

⁹³ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 161.

⁹⁴ KANLIGÖZ, Cihan: S.B.F.D. Ocak-Aralık 1997.

VI. KAMU HİZMETİ PERSONELİNİN HİZMET SÖZLEŞMELERİ

Kamu hizmetinin ihtiyacı olan personeli temin amacıyla yapılır.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde, kanunun uygulama alanı içinde olan ve kamu kesiminde çalışan kamu görevlileri 4 ana grupta toplanmıştır. Bunlar⁹⁶ ;

- Memurlar. “Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerdir.” Kamu görevlilerinin en ağırlıklı bölümünü oluştururlar.

- Sözleşmeli Personel. Sözleşmeli personel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan ve özel bir mesleki bilgi ve uzmanlığa gereksinim gösteren geçici işlerde, daha yüksek bir ücret vermek suretiyle personel sağlanması için öngörülen bir istihdam biçimidir. Bu personel ile idare arasında akdedilen sözleşmeler bir özel hukuk sözleşmesi olmayıp, idari hizmet sözleşmesidir.⁹⁷

- Geçici Personel. 1 yıldan az süreli veya mevsimlik hizmetlerde sözleşmeli çalıştırılan ve işçi sayılmayan kişilerdir. Geçici personel de memurlar ve sözleşmeli personel gibi idare hukuku hükümlerine tabidir.

- İşçiler. Bir hizmet sözleşmesine dayanarak kamu kesiminde çalışan personeldir. Bu personel özel hukuk (İş Hukuku)hükümlerine tabidir.

İşte, yukarıda izah edilen ve kamu hizmetlerinin görülmesinde çalışan 4 grup arasından, işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır.⁹⁸

Bunlardan bir kısmının mevzularının tabiat ve mahiyetleri itibarıyla idari mukavele sayılması zorunludur : doğrudan doğruya bir kamu hizmetinin ifasını ve bunun için de amme kudretinin kullanılmasını tazammum eden mukavelelerin bu mahiyette oldukları doğaldır. Çünkü bu gibi mukavelelerde konu bir kamu hizmeti ve amme kudretinin kullanılması olduğu için amme hizmeti intiyaz mukavelelerinde veya amme emlakinin işgal ve istimaline müteallik mukavelelerde olduğu gibi akit ferdin hizmet

⁹⁵ ULER, Yıldırım: A.Ü.H.F.D. cilt 22 s. 1.

⁹⁶ ULER, Yıldırım : “ Sözleşmeli personel, İdari sözleşmeler”, AÜHFD., C. 22-23, S. 1-4, s. 217.

⁹⁷ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku Dersleri, Ankara-1996, s. 525.

kaidelerine tabi olması icap eder. Hatta bunlara sözleşmeli memurlar da denilmektedir. Memurların durumu statüye dayandığı ve bununla birlikte memur kelimesi dar anlamda kullanıldığı için bunlara memur durumunda sözleşmeli ajanlar demek daha doğru olur. Mesela, üniversitede öğretim üyesi unvan ve yetkisi ile çalışan ve bu itibarla da üniversite seçimlerine, meclislerine ve dolayısıyla idaresine katılan, sınavlar yapmak, akademik unvanlar vermek, hatta öğretim üyelerinin seçimine ve dolayısıyla inhasma iştirak eden ve bu suretle kamu hizmetini ifa etmek ve kamu kudretini kullanmak hususunda tayin ile görev almış diğer öğretim üyeleri ile aynı durumda bulunan yabancı profesörlerin sözleşmelerinin konu ve dolayısıyla mahiyeti bu nevidendir. Bir Türk profesörün fonksiyon ve yetki bakımından durumuyla, yabancı ve sözleşmeli çalışan bir profesörün durumları arasında, sadece rektör ve dekan seçilebilmek bakımından mevcut ufak bir farktan başka hiçbir fark bulunmamaktadır. Binaenaleyh, burada sözleşmenin konusunun kamu hizmeti, memurluk olması itibarıyla, kamu rejimine tabi olacağı ve idari sözleşme sayılacağı şüphesizdir.⁹⁹

Ancak, bu mahiyet her zaman böyle açık bir şekilde görülmez, özellikle sadece mimarlık, mühendislik gibi teknik işlerle görevlendirilenlerin sözleşmelerinin konu ve içeriği yukarıdaki örnek kadar bariz değildir. Bunların yalnız teknik bir proje hazırlamak ve ya hesaplar yapmak gibi kamu hizmetine yardımcı oldukları, bir mültezimin durumuna benzer durumda bulundukları ve binaenaleyh mukavelelerinin de bir imtiyaz mukavelesinden ziyade bir iltizam mukavelesi gibi medeni bir mukavele, bir hizmet akdi mahiyetinde sayılması icap edeceği düşünülebilir.¹⁰⁰

VII. YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMELERİ

1980 sonrası ülkemiz gündemine giren ve imtiyaz sözleşmesi ile büyük benzerlikler gösteren Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği tartışılmıştır.

1. Tarihsel Gelişimi

A. Dünyada Yap-İşlet-Devret Modeli

Dünyada günümüzdeki anlamıyla uygulamaya konulan Yap-İşlet-Devret Modelinin temeli 19. yüzyılda ortaya çıkan ve günümüz uygulamalarıyla büyük

⁹⁸ GÜNDAY, Metin : a.g.e., s. 193.

⁹⁹ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1613.

¹⁰⁰ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1613.

benzerlikler gösteren “kamu hizmeti imtiyazı” usulüdür. İngiltere’nin sömürgelerinde bazı yatırımların finansmanı için geliştirdiği ve uyguladığı bir yöntemdir.¹⁰¹

Günümüzdeki biçimiyle uygulamaya çalışılan Yap-İşlet-Devret modeli uygulamalarının tarihçesi ise oldukça yenidir. Modelin ilk uygulama çalışmaları 1970’li yılların sonlarında birinci ve ikinci petrol krizlerinden çok etkilenen Amerika Birleşik Devletleri’nde alternatif enerji imkanları yaratabilmek amacıyla yapıldığı belirtilmektedir. A.B.D.’de bu amaçla 1978 yılında bir yasa çıkarılmış ve buna dayanarak Beehtel Limitet adlı şirket değişik projeler hazırlamıştır. Bu şirket günümüzde özellikle enerji sektöründe uluslararası proje hazırlama ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmaktadır. Yine aynı kıtada yer alan Kanada’da ve bu ülke firmaları tarafından Yap-İşlet-Devret modeli, uluslararası yatırımlarda kullanılmaktadır. Kanadalılar ileri teknoloji birikimine ve uluslararası deneyime sahip şirketleri ile uluslararası yatırımları bu modelle gerçekleştirmektedirler. Avrupa’da ise Yap-işlet-Devret modeline ilişkin çok sınırlı uygulama örnekleri vardır. Malezya’da Yap-İşlet Devret modeli ile Güney-Kuzey Otoyolu projesi gerçekleştirilmiştir. Proje toplam 2 milyar dolar tutarında olup Malezya’nın Kuzeyi ile güneyini birleştirmektedir. Malezya modeli kendine özgü bir biçimde uygulamakta olup hidroelektrik santralleri, sulama amaçlı barajları bu yolla gerçekleştirmektedir. Libya’da elektrik enerjisi üreten tesisler Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılmıştır. Diğer yandan Kuzey Denizde petrol çıkarılmasında, Avustralya’da gaz sahalarının kurulmasında ve Hong Kong’da tüp geçit projelerinde olduğu gibi Dünyada pek çok projede bu yöntem kullanılmaktadır.¹⁰²

B. Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de Yap-İşlet-Devret modelinin temeli 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu döneminde ülkemizde imtiyazlı şirketler aracılığıyla oldukça yaygın uygulama alanı bulan ve günümüz uygulamalarına büyük benzerlikler gösteren “kamu hizmeti imtiyazı” usulüdür.¹⁰³

Osmanlı İmparatorluğu Döneminde pek çok kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için kamu hizmeti imtiyaz usulü yoluna başvurulmuş, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin

¹⁰¹ UĞUR, Oktay: Maliye Bakanlığı Araştırma Raporu. 1991. s.249.

¹⁰² UĞUR, Oktay: a.g.m., s. 250.

¹⁰³ ÖZTİN, Akgüç: “Geriye Dönüş”. Milliyet Gazetesi, 25 Şubat 1989, s.2; UĞUR, Oktay: a.g.m., s.250.

kurulmasının ardından imtiyazlı şirketlerin kaldırılması sonucu bu hizmetler kamu kuruluşlarına verilmiştir.¹⁰⁴ 1950 sonrası uygulamaya çalışılan dönemin liberal ekonomik politikaları sonucu kamu hizmeti imtiyazı usulüne yeniden

başvurulduğu görülmekle birlikte önemini yitirmiş görünmektedir. Ancak 1970’li yıllardan başlayarak son yıllarda geliştirilen ve geniş anlamda “Özelleştirme” olarak belirtilen politikalar devleti küçültüp kamu kesimini daraltmaya yönelmiştir. Bu politikaların sonucu Devletin yerine getirmesi gereken görevleri daha hızlı, verimli ve etkili biçimde yerine getirecek idarenin gerekliliği gündeme gelmiş ve idare için hukuksal rasyonelliğin yerini işletmeci rasyonelliğin alması gereği savunulmuş, hukuk kurallarının ağırlığını azaltmaya yönelik görüşler yaygınlaşmıştır.¹⁰⁵ Bu gelişmelerin ardından idare karşısında “idare edilen” veya “kamu hizmetinden yararlanan” değil, özel kesimdeki gibi “müşteri”den söz edilmiştir.¹⁰⁶

Yukarda belirtilen bu gelişmeler klasik kamu hizmeti anlayışını etkilemiş ve üzerinde ortak bir tanıma varılamayan kamu hizmetli kavramındaki belirsizliği de artırmıştır.¹⁰⁷ İdarede yeni işletmeci rasyonellik arayışının gündeme gelmesiyle kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamaları yeniden önem kazanmış, bu konuda bilinen klasik yöntem olan “kamu hizmeti imtiyazı” dışında yeni yöntemlerin arayışına girilmiştir.¹⁰⁸ Bu yeni yöntemler arayışına koşut olarak ülkemizde 1980 sonrası uygulanan politikalar sonucu olarak Yap-İşlet-Devret modeli gündeme gelmiştir. Gündeme geliş nedeni öteki gelişmekte olan ülkelerde olduğu gibi iç finansman kaynaklarının yetersiz kalması sonucu yatırımların gerçekleştirilmeme riski karşısında özellikle yabancı sermayeden yararlanmaktır.¹⁰⁹

¹⁰⁴ TAN, Turgut: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, SBFD, C. XXII, S.2. 1968, s.285 vd.

¹⁰⁵ AKSOY, Ş.: Türkiye’de Özelleştirme: Genel Bir Bakış Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme, ODTU Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara 1991, s.30-31; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bunalımın Azaltılması üzerine”, Türk idare Dergisi, 8.378, Mart 1988. s.78 vd.; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, AÜSBFD, C.47, S.3-4, s.307.

¹⁰⁶ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s.307.

¹⁰⁷ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, 1. Ulusal İdare Kongresi, C.I, Ankara 1991, s. 229, 335; Tan, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, C.8, Ankara 1991, s.233-252.

¹⁰⁸ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s. 307.308.

¹⁰⁹ DERDİYOK, Türkmen: “Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yaklaşım Dergisi, Y. 1, 5.9, Eylül 1993. s.95-96.

Türkiye’de uygulamaya konulmaya çalışılan Yap-İşlet-Devret modeli ileri sürüldüğü gibi Türkiye’de ortaya çıkan yepyeni bir buluş değildir, ancak ülkemizde uygulamaya çalışılan Yap-İşlet-Devret modeli iktisadi mantığı ve uygulama genişliğiyle bazı yenilikler taşımaktadır.¹¹⁰

Model Türkiye’de yasal bir düzenlemeden bağımsız olarak gündeme gelmiştir. Daha sonra aşağıda ayrı başlık altında ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz yasal düzenlemelere konu olmuştur. Ancak yasal düzenlemelerden sonra da model üzerindeki tartışmalar ve eleştiriler sona ermemiştir. Özellikle hukuki niteliği konusundaki tartışmalar hala sürmektedir. Üstelik bu modele ilişkin yasal düzenlemelerden 3974 Sayılı Yasayla¹¹¹ eklenen ek 5 md. Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.¹¹² Yap-İşlet-Devret modeli konusunda temel yasa olan 3996 sayılı yasa¹¹³ hakkında da Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmıştır.¹¹⁴

2. Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımları

A. Genel Olarak

Günümüzde Yap-İşlet-Devret modeli esas olarak kamuya ait bir hizmet veya faaliyetin ya da bayındırlık işinin özel girişim eliyle yapılması ya da yürütülmesine yönelik bir yöntemdir.¹¹⁵ İngilizce “build-operate-transfer” (BOT) kavramından dilimize çevrilen Yap-İşlet Devret modeli, büyük finansman kaynakları gerektiren bayındırlık ve alt yapı tesislerinin büyük çoğunluğu yerli ve/veya yabancı özel sektör katılımı ile oluşturulan ortak girişim şirketleri tarafından gerçekleştirilmesi, belli bir süre işletilip daha sonra işler biçimde kamu yönetimine ve/veya halka devredilmesini ifade etmektedir.¹¹⁶

Yap-İşlet-Devret modeline konu olan hizmet ve faaliyetler kamuya ait hizmet ve faaliyetler olduğundan bu modelde taraflardan birinin idare olması kaçınılmazdır.

¹¹⁰ ULUATAM, Özhan: “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, İşveren Dergisi, C. XXVII. S. 5, Şubat 1987, s.27.

¹¹¹ 3974 Sayılı Yasa 1.3. 1994 tarih ve 21864 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5, C.25, s.243.

¹¹² Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 tarih, 1994/71 esas, 1995/23 sayılı kararı ile 3974 Sayılı yasada yer alan Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin ek. md. 5 iptal edilmiştir. iptal kararı 20 Mart 1996 tarihli ve 22586 Sayılı R.G. yayınlanmıştır.

¹¹³ 3996 Sayılı yasa 13.6. 1994 tarih ve 21959 Sayılı R.G. Düstur: Tertip. 5., C.33.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi yasa hakkındaki kararını vermiştir.

¹¹⁵ UĞUR, Oktay; a.g.m., s. 245.

¹¹⁶ TÜRKMEN, Derdiyok: a.g.m., s. 95.

Belirtilen çerçeve içinde Yap-İşlet-Devret modelini; Bir kamu hizmet ya da faaliyetini ya da bayındırlık işini, kamu kurum ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası şirketler arasında yapılacak bir sözleşme çerçevesinde, sabit bir fiyat üzerinden, tüm masrafları özel teşebbüs tarafından karşılanarak, yatırım yapılan ülkenin üretilen mal ya da hizmetlerin satın alma garantisi altında projelendirilmesi, finanse edilmesi, inşa edilmesi, korunması ve belli bir süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve karının gerçekleştirilmesinden sonra sürenin bitiminde tesisin ve yönetimin borçlarından arınmış ve çalışır durumda bedelsiz olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına devir ve teslimini öngören bir yöntem olarak tanımlayabiliriz.¹¹⁷

Bu genel tanımdan anlaşılacağı gibi Yap-İşlet-Devret modeli ile gerçekleştirilen yatırımlar kamu yatırımlarıdır. Yatırımlarda risk ve sorumluluk özel sektöre aittir. Sonuçta söz konusu yatırımlar ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bedelsiz olarak devredilmektedir. Yap-İşlet-Devret modelinin konusunu genellikle kamu hizmet ve faaliyetleri teşkil etmekte ve söz konusu faaliyetler özel sektör tarafından yapılmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birini sözleşmenin niteliği gereği zorunlu olarak idare oluşturmaktadır. Yatırımlarda kamunun sermaye payı olabilmektedir, ancak bu zorunlu değildir.¹¹⁸

Sonuç olarak ifade edersek modelle gerçekleştirilmek istenen asıl amaç büyük finansman ve ileri teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının yapılmasında kullanılmak istenmesidir.¹¹⁹

B. Yasal Düzenlemelerde Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

Yap-İşlet Devret modeli daha önce de ifade edildiği gibi yasal bir düzenlemeye konu olmadan önce Türkiye’de uygulamada gündeme gelmiştir. Bu konuda Yap-İşlet-Devret kavramına açıkça yer vermeyen ancak uygulamada bu modelin yasal dayanağı olarak belirtilen müteakip yasal düzenlemelerden sonra 3996 Sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanun” yürürlüğe girmiş ve Yap-İşlet Devret modeli yasal bir tanıma kavuşmuştur. 3996 Sayılı Yasa md. 3’de yer alan Yap-İşlet-Devret modeli hakkındaki tanımı aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

¹¹⁷ DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, AÜSBFD, C.47, 8.3-4, 1991, s.150; UĞUR, Oktay: a.g.m., s.245.

¹¹⁸ DERDİYOK, Türkmen: a.g.m., s.95-97; UĞUR, Oktay: a.g.m., s.245-246.

¹¹⁹ TEKELİ, Mine: “Yap-İşlet-Devret Modelinin Ekonomik Yararlılığı”, Muhasebe İşletme ve Finans

“Yap-İşlet-Devret modeli ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare ve hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi”.

C. Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

a. Doktrinde Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

Doktrinde modelin ekonomik ve hukuksal yapısı bakımından tanımlar söz konusu olmaktadır. Türkiye’de oldukça yeni bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve model doktrinde özellikle hukuksal yönü ağırlıklı olarak incelenmemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede içinde ekonomik ve hukuksal açıdan yer alan tanımlar da modelin yasal bir düzenlemeye konu olmasından öncedir. Bu nedenle bu tanımlar uygulamaya ve uygulamada modelin yasal dayanakları olarak belirlenen düzenlemelere dayanan tanımlardır.

Ekonomik bir kavram olarak yap-işlet-devret modeli az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde döviz harcamasında bulunmadan, büyük çaplı tesislerin veya altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesini sağlayacak olan bir finansman modeli olarak ifade edilmiştir.¹²⁰

Modelin hukuki niteliği tartışmalara neden olmuştur. Bu konuda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir kısım yazarlar modelin konusunun kamu hizmeti oluşu, taraflardan birini idarenin oluşturması ve idareye özel hukuku aşan kimi yetkilerin tanınmış olması ve karşı tarafa bazı imtiyaz ve hakların verilmiş olması nedenleriyle söz konusu modelin kamu hizmeti imtiyazının ta kendisi olduğunu ve farklı bir isim verilmiş olmasının önemli olmadığını ifade etmişlerdir.¹²¹ Karşı görüşte olanlarsa söz konusu modelin kamu hizmeti imtiyazı usulüne benzerlikler gösterse de farklı bir kavram olduğunu ileri sürmüşlerdir¹²².

Dergisi. S.31-32, Ekim-Kasım 1989. s.25-26.

¹²⁰ DERDİYOK, Türkmen: a.g.m., s.95; ULUATAM, Özhan: a.g.m., s.27-29.

¹²¹ BILGEN, Pertev: “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri. Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, 1. Uluslararası İdare Hukuku Kongresi. II. Kitap, Ankara 1990, s.799-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.147, 150; ÖZAY İl Han: a.g.e., s.273-275; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet- Devret Modeline”, a.g.m., s.318-321.

¹²² ŞENALP, H. Ergin-Ali Bilir: “Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği”. Türk İdare Dergisi, 8.382. Mart 1989, s.153-154.

Bu kapsamda model, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel girişim tarafından masrafları, hasar ve riski kendisine ait olmak üzere kurulmasını, belli bir süre işletildikten ve yatırılan sermayenin amortismanı ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak kamu kurum ve kuruluşlarına devri ve teslimini öngören bir rejim olarak tanımlanmıştır.¹²³

b. Mahkeme Kararlarında Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

aa. Danıştay Kararlarında Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

Yap-İşlet-Devret modeli oldukça yeni bir kavram olduğundan Danıştay'ın bu konuda verdiği kararlar da çok yeni ve sayısı da azdır. Danıştay'ın Yap-İşlet-Devret modeli ile ilgili kararlarını doğrudan doğruya Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin hükümlerin yer aldığı 3996, 3974, 4046, 4047 ve 4283 Sayılı yasaların yürürlüğünde önce ve bu yasal düzenlemeler sonrası verdiği kararlar olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz.¹²⁴

Yukarda belirttiğimiz yasal düzenlemeler öncesi verdiği kararlarında Danıştay, yap-işlet-devret modeline ilişkin olduğu savunuları sözleşmelerin¹²⁵ konusunu teşkil eden hizmetlerin niteliği üzerinde durmuştur. Danıştay Sağlık Bakanlığına bağlı tedavi hizmet birimlerinin modernizasyonunu sağlamak ve gerekli finansman sıkıntısını gidermek amacıyla “kur-işlet-devret” modelinin uygulanabilirliği konusunda yapılan başvuru sonucu iki yöntem önermiştir. Danıştay kararında özetle: sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği üzerinde durmuş ve sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olduğunu belirledikten sonra kamu hizmeti niteliğindeki görevlerin kamu kurum ve kuruluşlarınca özel kişilere gördürülmesinin kamu hizmeti imtiyazı usulünü teşkil edeceğini, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, eğer yasa koyucu, kur-işlet-devret modelinin uygulanabilirliğini sağlamak istiyorsa, bu amaçla bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁶ Böylece Danıştay ortada bir kamu hizmet ve faaliyeti varsa ve kamu kurum ve kuruluşları bunu özel kişilere devrederse ortada bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olacağını, ancak bu kamu hizmet ve faaliyeti

¹²³ DURAN, Lütfi: a.g.m., s.150.

¹²⁴ 3974 Sayılı Yasa 1.3.1994 tarih ve 21854 Sayılı R.G., Düstur: Tertip. 5, C.25,s.243: 3996 Sayılı Yasa 13.6.1994 tarih ve 21959 Sayılı R.G., Düstur: Tertip.5, C.33: 4046 Sayılı Yasa 27.11.1994 tarih ve 22124 Sayılı RG. Düstur: Tertip.5.C.34: 3996 Sayılı Yasanın değiştirilmesine dair 4047 Sayılı Yasa 3.12.1994 tarih ve 22130 sayılı R.G., Düstur: Tertip. 5., C.33.

¹²⁵ BİLGEN, Pertev: a.g.m., s.799-800.

¹²⁶ Danıştay Birinci Dairesinin 28.04.1990 tarih ve 90/94 E.-90/109 K. Sayılı Karar.

konusunda imtiyaz sözleşmesi yapılmak istenmiyorsa yasa koyucunun olayımızda olduğu gibi bir kamu hizmet ve faaliyetini kur-işlet-devret modeli şeklinde özel kişilere gördürülmesi yolunda bir düzenleme yaptığında Danıştay'ca bu düzenlemenin gözönüne alınacağını belirtmiştir.

Danıştay 3096 Sayılı Yasa kapsamında yer alan üretim ve görev şirketi sözleşmeleri ve işletme devir hakkı sözleşmeleri konusunda verdiği kararlarda, söz konusu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.¹²⁷ 3096 Sayılı yasa kapsamında yer alan sözleşmeler yap-işlet-devret modeline ilişkin olan sözleşmeler olarak değerlendirilmekte ve doktrinde de bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşıdığı görüşü savunulmaktadır.¹²⁸ Danıştay da verdiği muhtelif kararlarda bu görüşü benimsemiştir. Ancak Danıştay yukarda sözü edilen Sağlık Bakanlığı tedavi hizmetlerinin kur-işlet-devret modeli çerçevesinde modernizasyonu ve finansmanı hakkında verdiği kararda olduğu gibi, 3096 Sayılı Yasa ile ilgili kararlarında da yasa koyucunun imtiyaz usulüne son vermek isteyip istemediği üzerinde durmuştur. Danıştay, bir kamu hizmet ve faaliyetinin özel kişilere kamu kurum ve kuruluşlarınca devri halinde ortada bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin varlığını kabul etmiştir. Bunun yanında Danıştay, eğer bir kamu hizmet ve faaliyetinin özel kişilere kamu kurum ve kuruluşlarınca gördürülmesi konusunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yerine başka yöntemler kullanılmak isteniyorsa, çalışma konumuzda olduğu gibi örneğin yap-işlet-devret modeli, yasa koyucunun bu konuda bir yasal düzenleme yapması halinde sözleşmenin niteliğini değil yasa koyucunun nitelendirmesini gözönüne alacağını kabul ederek, aslında Anayasa ile kendisine verilen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevini göz önüne almayarak bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tüm koşullarını taşımasına rağmen sırf değişik bir ad altında yasa koyucu tarafından düzenleme yapıldığında bu düzenlemeyi göz önüne alacağını belirtmiştir.

Yap-işlet-devret modeline ilişkin 3974, 3996, 4046 ve 4047 sayılı yasaların yürürlüğünden sonra verdiği kararlarda,¹²⁹ yap-işlet devret sözleşmelerinin özel hukuk

¹²⁷ Danıştay Birinci Dairesinin 24.09.1992 tarih ve 92/232 E. -92/294 K. Sayılı Kararı; Danıştay Birinci Dairesinin 24.09.1992 tarih ve 92/232 E. -92/2490 K. Sayılı Kararı; Danıştay Onuncu Dairesinin 24.04.1993 tarih ve 91/1 E. 93/1752 K. Sayılı Kararı.

¹²⁸ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s.799-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.152-158; ÖZAY İlhan: a.g.e., s.273-275.

¹²⁹ Danıştay Birinci Dairesinin 26.04.1995 tarih ve 95/49 E.-95/93 K. Sayılı Kararı; Danıştay Birinci

hükümlerine göre taraflarını bağladığını, idare ile şirketin karşılıklı irade beyanları veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece aynı sözleşme konusu kapsamında ve tarafları aynı olan yeni bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi düzenlemesine olanak bulunmadığını belirterek sözleşmenin incelenmeksizin iadesine karar vermiştir.¹³⁰

Böylece Danıştay, yasa koyucunun yap-işlet-devret modeli hakkındaki bu modele dayanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceği yolundaki düzenlemesini göz önüne alarak karar vermiştir. Danıştay kararında hem Yap-İşlet-Devret modeline konu olan hizmetlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine konu olacağını, eğer yap-işlet-devret modeline ilişkin bir sözleşme yapılmazsa, ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmiş, hem de Anayasa güvencesi altında kendisine verilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisini kullanmamıştır. Sonuç olarak Danıştay yap -işlet-devret modeline dayalı olarak yapılan sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi ve imtiyaz teşkil etmeyen sözleşmeler olarak tanımlamıştır.

bb. Anayasa Mahkemesi Kararında Yap-İşlet-Devret Modeli Tanımı

Anayasa Mahkemesi yap -işlet-devret modeline ilişkin yasal düzenlemelerden 3974 sayılı yasayı Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir¹³¹. Anayasa Mahkemesi yap-işlet-devret modeline ilişkin sözleşmelerin, yasa koyucunun nitelendirmesini gözönüne almaksızın, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. 3996 Sayılı Yasa hakkında da Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuş, mahkemece bazı hükümleri iptal edilmiştir.

Mahkeme kararlarının ayrıntılı incelemesi aşağıda ayrı başlık altında çalışmamızda yer aldığından burada kısa bir açıklama yapmakla yetindik.

Dairesinin 26.04.1995 tarih ve 95/49 E-95/100 K Sayılı Kararı.

¹³⁰ Danıştay'ın yap-işlet-devret modeline ilişkin 3974, 3996, 4046 ve 4047 Sayılı yasaların yürürlüğünden sonra (29) nolu dipnotta belirttiğimiz iki kararından başka kararına çalışmamızı hazırladığımız süreçte rastlanmadı.

¹³¹ Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 T. ve E. 1994/71, K. 1995/23 sk. 20.03.1996 T. ve 22586 sayılı

3. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulama Örnekleri

A. Enerji Sektöründe

Yap-işlet-devret modeline özellikle enerji sektöründe uygulanabilirlik kazandırılması amaçlanmıştır.¹³² Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde en büyük talep ve uygulama çalışması enerji sektörü üzerinde olmaktadır.

Ülkemizde yap-işlet-devret modelinin ilk projesi Mersin Akkuyu’da bir nükleer santralin inşası ve iç hizmet projesi olarak kabul edilmektedir. Bu proje 1984 yılında gündeme gelmiş ancak finansman problemleri nedeniyle gerçekleşmemiştir. Enerji sektörüne ilişkin olarak 1990 yılı sonuna kadar 152 adet başvuru olmuştur. Başvurularda yoğunluk hidroelektrik santrallerindedir. Bu başvurulardan 25 şirket ile uygulama sözleşmesi imzalanmış, 6’sı iptal edilmiş ve 19 tanesi hala yürürlüktedir. Enerji sektörüne ilişkin olarak gündeme gelmiş belli başlı projeler yalnızca ismen aşağıda belirtilmiştir.¹³³

a. Hidroelektrik Santralleri

a) İşletmeye Açılanlar

- Aksu-Çayköy Projesi
- Hasanlar Projesi

b) İnşa Halinde Olanlar

- Mudurnu Projesi
- Kısık Projesi

c) Sözleşmesi İmzalananlar

- Lamas-Gökler Projesi
- Porsuk Projesi
- Of-Solaklı Projesi
- Birecik Projesi
- Konaktepe Projesi
- Dilek-Güroluk Projesi
- Beğendik Projesi

RG. de yayınlanmıştır.

¹³² TEKELİ, Mine: a.g.m., s. 25.

¹³³ UĞUR. Oktay: a.g.m., s. 250-251.

- Gürce Projesi
- Kovada 111 Projesi
- Göksu Projesi
- Gömbe Projesi
- Ahiköy Projesi
- Sütçüler Projesi
- Gaziler Projesi

b. Termik Santraller

- Yumurtalık (Serbest bölge uygulaması)
- Aliğa (Serbest bölge uygulaması gerçekleşmedi)
- Tekirdağ Projesi
- Çankırı-Orta Projesi

c. Nükleer Enerji Sektörü

- Mersin Akkuyu Projesi (Gerçekleşmedi)

B. Diğer Sektörlerde

Enerji sektörü dışında gündeme gelen büyük ölçekli belli başlı yap-işlet-devret modeli projeleri aşağıdaki gibi sıralanabilir¹³⁴:

1. Ankara Metrosu (Modelden vazgeçildi)
2. Atatürk Hava Limanı Modernizasyonu ve Dünya Ticaret Merkezi Projesi
3. Ankara-İstanbul Hızlı Tren (Tasarı)
4. Üçüncü Boğaz Köprüsü ve Çevre Yolu Projesi (Tasarı)
5. İstanbul Boğazı Tüp Geçit Projesi (Tasarı)

C. Uygulamaya Dair Yap-İşlet-Devret Modellerinin Değerlendirilmesi

Yetkililer yap-işlet-devret formülünü ortaya atarken ve uygularken bu modelin yasal ve yönetsel kaynağını belirtmemişlerdir. Uygulama örneklerinden bazıları yasal düzenlemeler öncesinde, yetkililer hiç bir noktada sınırlı ve bağlı olmadan tam bir serbestlik ve mutlak takdir yetkisi ile uygulamaya konmaya çalışmışlardır. Nitekim yap-

¹³⁴ UĞUR, Oktay: a.g.m., s. 251-252.

işlet-devret modeli uygulamalarının her biri kendine özgü unsur ve koşullarda oluşmuştur. Yap-işlet-devret modelini uygulamada, yalnızca Devlet değil belediye ve il özel idareleri ile kamu kurumları her türlü kamu hizmet ve faaliyetlerinde kullanmışlardır.¹³⁵

4. Yasal Düzenlemeler ve Mahkeme Kararlarında Yap-İşlet Devret Modeli

A. Yasal Düzenlemelerde Yap-İşlet-Devret Modeli

a. 3096 Sayılı Yasa

Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkındaki 3096 Sayılı Yasa ve bu yasaya bağlı Yönetmelikte yap işlet-devret modeli konusunda hükümler yer almaktadır.¹³⁶ 3096 sayılı yasa yap-işlet-devret modeli kavramına yer vermemekte ancak düzenlediği yöntemler uygulayıcılar ve doktrin tarafından yap-işlet devret modeli olarak nitelendirilmektedir.¹³⁷ Kanunun amacı Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretim, iletim ve dağıtımının düzenlenmesi olarak açıklanmıştır.3096 sayılı yasanın 9. maddesi ile Ek 1. maddesinin bir bölümü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir¹³⁸.

3096 Sayılı Yasada iki model öngörülmüştür:

aa. Elektrik Görev ve Üretim Sözleşmesi

Bu yöntem ülkenin belirli bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki sermaye şirketlerine yaptırılması konusunda uygulanan bir yöntemdir.

Elektrik Görev ve Üretim Sözleşmesi 3096 Sayılı yasanın 3 md. ve 4 md. değişik adlar altında ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir.

i) Elektrik Görev Verilmesi Sözleşmesi

3096 Sayılı yasanın 3 md. göre, elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine Devlet Planlama Teşkilatının görüşü alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca yönetmelikle önceden belli edilmiş görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve

¹³⁵ DURAN, Lütfi: a.g.m., s. 148-158; ŞENALP, H. Ergin-Ali Bilir: a.g.m., s.127- 140.

¹³⁶ 3096 Sayılı Yasa 19.11.1984 tarih ve 18610 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5. C.24. s.12 1; 3096 Sayılı Yasaya dayanarak çıkarılan yönetmelik. 23.2. 1987 tarih ve 19381 Sayılı RG.

¹³⁷ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s.799-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.152-158; ÖZAY, İl Han:a.g.e.,s.273-275.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesinin 28.09.1995 tarih 1995/24 esas 1995/52 sayılı kararı 11.06.1998 tarih ve 23369

işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verilebilecek, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen çerçevede ilgili görevli şirketle sözleşme yapabilecektir.

ii) Elektrik üretim Müsaadesi Verilmesi

3096 Sayılı yasanın 4 md. düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, DPT'nin görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilebilecektir. Bu tesiste üretilen elektrik enerjisi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tesbit olunacak tarifeyle göre bölgelerinde TEK veya o bölge de faaliyet gösteren görevli şirkete satılacaktır.

iii) Görevlendirme Süresi

3096 Sayılı Yasa md. 7. yukarda belirttiğimiz iki sözleşmenin süresinin 99 yıla kadar olacağını düzenlemiştir. Belli süreyi kapsayan sözleşmeler süre uzatımı talep edilmediğinde son bulacaktır. Bu taktirde tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerinden arı olarak Devlete bedelsiz olarak geçecektir.

bb. İşletme Hakkının Devri

3096 Sayılı Yasanın md. 5. düzenlenmiştir. Bu yöntem de bir kurma ya da yapma faaliyeti söz konusu olmaksızın sadece görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (KİT dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarını görevli şirkete Bakanlar Kurulu tarafından verilebilecektir.

b. 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu

3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'na göre serbest bölgelerin kamu kurum ve kuruluşlarınca veya yerli veya yabancı gerçek veya tüzel kişilerce kurulmasını ve işletilmesine Bakanlar Kurulu izin verebilecektir.¹³⁹

c. 3465 Sayılı Yasa

“Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkındaki” 3465 Sayılı yasada yap-işlet-devret modelinin bir örneği düzenlenmiştir.¹⁴⁰ Bu düzenleme özel

ayılı R.G. de yayınlanmıştır.

¹³⁹ 3218 Sayılı Yasa 15 Haziran 1985 tarih ve 18785 Sayılı R.G., Düstur: Tertip. 5, C.24, s.469.

¹⁴⁰ 3465 Sayılı Yasa 2 Haziran 1988 tarih ve 19830 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5,C.27.

hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süre sonunda yol ve tesislerin Karayolları genel Müdürlüğüne devrine ait esasları kapsamaktadır. Yasa kapsamındaki sözleşmeler 49 yıla kadar süreli olarak düzenlenecektir. Sürenin sona ermesi ile otoyol bütün tesisleri ve müstemilatı ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerinden ari ve kullanılabilir durumda Genel Müdürlüğe bedelsiz olarak kendiliğinden geçecektir.

d. 3996 Sayılı Yasa

“Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki” 3996 Sayılı yasa ve 3996 Sayılı yasanın uygulama esaslarını düzenleyen Bakanlar Kurulu Kararı¹⁴¹ ile 3996 Sayılı yasada değişiklik yapılmasına dair 4047 Sayılı yasa ile Yap-İşlet-Devret Modeli kavramı ilk kez yasal metinde yer almıştır.

Söz konusu 3996 Sayılı yasa hakkında 1 Eylül 1994 yılında Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmıştır. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı RG. de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı ile Kanunun 5. maddesinde yer alan "imtiyazat teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüğü ile 2. cümlelerin tamamı ve 14. maddenin 2. cümlesi Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Yasa köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesislerin, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yer üstü otopark ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında Yap- İşlet-Devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsıyor. 3996 Sayılı Yasa 4047 Sayılı yasayla değiştirilmeden önce enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı da yasanın konuları arasında yer almıştı. 3996 Sayılı yasanın ilk şeklinde 3096 ve 3465 Sayılı yasa hükümleri saklı tutulmuştu. 4047 Sayılı yasayla 3096 ve 3465 sayılı yasa hükümlerinin saklı tutulmasına ilişkin 3996 Sayılı yasanın 13. md. yapılan ilave ile 3096 ve 3465 Sayılı kanunlara tabi işlere 3996 sayılı yasanın 5, 11, 12 ve 14. md. hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

¹⁴¹ 3996 Sayılı Yasanın uygulama esaslarını düzenleyen Bakanlar Kurulunun 94/5907 Karar Sayılı Kararı; 1 Ekim 1994 tarih ve 22068 Sayılı R.G. yayınlanmıştır.

Yine 30.08.1996 günlü 4180 sayılı yasanın 1. maddesi ile 3996 sayılı yasanın 11. maddesinde değişiklik yapılmış ancak Anayasa mahkemesince bu değişikliğin bir bölümü iptal edilmiştir¹⁴².

e. 4283 Sayılı Yasa

Yap İşlet modeli ile Elektrik Enerjisi üretim tesislerinin kurulması işletilmesi ile enerji satışının düzenlenmesi hakkındaki Kanun ile, üretim şirketlerine ülke enerji plan ve politikalarına uygun biçimde elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller belirlenmiştir. Hidroelektrik, Jeotermal, Nükleer Santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yine bu kanun¹⁴³ Yap İşlet Modelinin Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren modeli olarak tanımlamaktadır.

f. Diğer Yasal Düzenlemelerde

aa. 2983 Sayılı Yasada Yap-İşlet-Devret Modeli

“Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun” ve bu yasaya istinaden yürürlüğe konan “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği” kamu hizmetinin işletme hakkının devrini düzenlemektedir.¹⁴⁴

İşletme Hakkının Devri, Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Kuruluşlarına ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzeri tesislerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla belirli bir bedel karşılığında belirli süre ve şartlar dahilinde hukuki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlarına dağıtım yapması şeklinde ifade edilmiştir.

bb. 3974 Sayılı Yasada Yap-İşlet-Devret Modeli

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşebbüslerinin bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni

¹⁴² Anayasa Mahkemesinin 26.03.1997 tarih ve 1996/63 esas 1997/3 sayılı karar 04.04.1997 tarih ve 22954 sayılı R.G. de yayınlanmıştır.

¹⁴³ 4283 Sayılı Yasa 19 Temmuz 1997 tarih ve 23054 sayılı R.G., Düstur 5, C.36.

¹⁴⁴ 2983 Sayılı Yasa 17 Mart 1984 Tarih ve 18344 Sayılı R.G., Düstur Tertip. 5, C.23, s. 47; 2983 Sayılı Yasaya istinaden çıkarılan Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği 19 Eylül 1984 Tarih ve 18514 sayılı R.G. de yayınlanmıştır.

enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutlarının işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlere göre 3. kişilerce yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ve imtiyaz teşkil etmeyeceğine dair 3974 sayılı yasanın ek md. si Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

cc. 4046 Sayılı Yasada Yap-İşlet-Devret Modeli

Özelleştirme uygulamaların düzenlenmesine ve bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin değiştirilmesine ilişkin kanundur.

Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile Kamu İktisadi Kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin imtiyaz addolunacağı, bunların dışındakiler imtiyaz sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye dayanarak imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmelerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi niteliğinde olduğu, ancak diğer kanunların bu hususları düzenleyen hükümlerinin saklı olduğunu ifade etmiştir. Saklı tutulan hükümler yap-işlet-devret modeli ile ilgili yasal düzenlemelerdir.

B. Mahkeme Kararlarında Yap-İşlet-Devret Modeli

a. Danıştay Kararlarında Yap-İşlet-Devret Modeli

Yap-işlet-devret modeli hakkındaki Danıştay kararlarını 3974, 3996, 4046, 4047 Sayılı yasal düzenlemelerden önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırarak inceleyebiliriz:

aa. Yap-İşlet-Devret Modeli İle İlgili Yasal Düzenlemelerden Önceki

Danıştay Kararları

Bu başlık altında Danıştay'ın ilk olarak üzerinde duracağımız kararı Sağlık Bakanlığına bağlı tedavi hizmet birimlerinin modernizasyonunu sağlamak ve gerekli finansman sıkıntısını gidermek amacıyla kur-işlet- devret modelinin uygulanabilirliği hakkındadır. Danıştay 1982 Anayasasının 58 md. gereğince sağlıklı yaşamak ve sağlık hizmetlerinden yararlanmanın temel bir sosyal hak olduğunu ve Devletin bu hakkı sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Devletin görevi olarak belirlenmesindeki temel amaç sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olduğunu bütün boyutlarıyla vurgulamaktır. Sağlık hizmeti Devlet eliyle yürütülen kamu hizmetidir. Kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri de imtiyaz yoludur. Kamu hizmeti niteliğini taşıyan bir

görevin yerine getirilmesi idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse kamu hizmeti imtiyaz usulü söz konusudur. Devletin kamu hizmeti imtiyazı verme işlemi 10 Haziran 1326 günlü Menafii Umumiye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanunla bu yasaya bazı maddeler ilave edilmesine ve bazı maddelerin kaldırılmasına ilişkin bulunan 25 Haziran 1932 günlü 2025 Sayılı yasa hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu yasaya göre imtiyaz Bakanlar Kurulu kararıyla verilir. Anayasanın 155/2. md. imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevini Danıştay'a ait olduğu belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmüyle 2575 Sayılı Danıştay Kanununun 23/d, 42/e ve 46/b hükümlerine göre kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yürütme organı tarafından kararlaştırılmadan önce Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesinin şart olduğunu belirtmiştir.

Danıştay sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini belirledikten sonra aynı konuya ilişkin eğer kur-işlet-devret modelinin gerçekleştirilmesi isteniyorsa bu konuda bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece Danıştay özde ortada bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olsa dahi eğer yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılarak kur-işlet-devret modeli öngörülürse kendisinin bu düzenlemeyi göz önüne alarak söz konusu modele ilişkin sözleşmeleri inceleme yetkisinin olmayacağı yolunda açık kapı bırakan bir karar vermiştir.

Bu başlık altında ikinci olarak 3096 Sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun’ hükümleri çerçevesinde verdiği daha önce de başka vesilelerle değindiğimiz kararlarını inceleyeceğiz.¹⁴⁵

Danıştay 3096 Sayılı yasaya dayanarak verdiği çeşitli kararlarında öncelikle Türkiye’de elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı tesisleri kurmak ve işletmek şeklinde yürütülen hizmetin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda kamu hizmeti kavramı üzerinde durmuştur. Artık kamu hizmetlerinin Devletçe ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşıdığını ve kapsamının genişlediğini belirtmiştir. Çağdaş anlamıyla kamu hizmeti bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kamu kurumunun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmetler olarak tanımlanmıştır. Daha sonraki aşama

¹⁴⁵ Bkz. bu bölümde yer alan 127 nolu dipnot.

olarak TEK'in bir kamu kurumu olduğunu belirlemiştir. Sonuçta elektrikle ilgili hizmetlerin kamu hizmeti, TEK'in bir kamu kurumu olduğunu belirledikten sonra 3096 Sayılı Yasaya dayanılarak yapılan ve yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliği üzerinde durmuştur. Bu kapsamda ilk olarak idari sözleşmeler kavramını tanımlamıştır. Danıştay idari sözleşmeyi idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler şeklinde ifade etmiş ve sözleşmenin unsurlarını içerir şekilde taraflardan birinin idare ve konusunun kamu hizmeti olması, bu hizmetin yürütülmesi için yapılan, amacı kamu yararı olarak saptanan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin idari sözleşme niteliğini taşıyacağını belirlemiştir. Daha sonra kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramını tanımlamıştır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan tüzel bir kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret veya bedel almak ve giderleriyle kâr ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olarak tanımlamıştır. 3096 Sayılı yasada yer alan üretim ve görev sözleşmesini bu tanım ve tanımın unsurları çerçevesinde incelemiştir.

Elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurmak ve işletmenin kamu hizmeti olduğunu ve 3096 Sayılı yasayla 99 yıla kadar öngörülen bir süreyle bu hizmetin özel girişimcilere devredilmesinin öngörüldüğünü bu nedenle söz konusu yasaya dayanarak yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır.

Ancak Danıştay ifade edilen kararlarında da yasa koyucunun imtiyaz usulünü sona erdirmek yolunda bir iradesinin saptanamadığını belirterek daha önce de ifade ettiğimiz özde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olsa bile eğer yasa koyucu farklı bir düzenleme öngörürse bu düzenlemeyi göz önüne alacağı yolunda bir karar vermiştir.

bb. Yap-İşlet-Devret Modeli İle İlgili Yasal Düzenlemelerden Sonraki Danıştay Kararları

Danıştay'ın 3974, 3996, 4046 ve 4047 sayılı yasaların yürürlüğe girmesinden sonra Yap-İşlet-Devret modeli ile ilgili iki kararını belirleyebildik.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Bkz. bu bölümde yer alan 129 nolu dipnot.

Bu kararlarında Danıştay yukarda belirtilen yasalarda yer alan yap-işlet-devret modeline dayanarak yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceği yolundaki düzenlemeleri gözönüne alarak yap-işlet-devret modeline dayanarak yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine göre tarafların bağladığını ve idare ile şirketin karşılıklı irade beyanlarıyla veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece, aynı sözleşme konusunu kapsayan ve tarafları aynı olan yeni bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi düzenlenmesine olanak olmadığına karar vermiştir. Söz konusu sözleşmeleri inceleyemeyeceğini ifade etmiştir.

Danıştay yasa koyucunun iradesini salt olarak gözönüne almıştır. Sözleşmenin adının farklı olması ve bu yoldaki yasa koyucunun iradesi yerine Danıştay önüne gelen olayda sözleşmenin hukuki niteliğini kendisi belirleyerek Anayasa tarafından kendisine verilen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevini yerine getirmeliydi. Çünkü Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi Anayasaya dayanmaktadır. Danıştay'ın burada yapabileceği bir başka şey de dava önüne geldiğinde, inceleme yetkisini ortadan kaldıran yasanın Anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesine müracaat etmektir. Yasa koyucu salt kendi iradesiyle Anayasanın Danıştay'a tanıdığı inceleme yetkisini bertaraf etmiştir. Anayasa Mahkemesi de yap-işlet-devret modeli ile ilgili yasal düzenlemelerden olan 3974 sayılı yasayı iptal ederken bu hususu açıkça belirtmiştir.

b. Anayasa Mahkemesi Kararında Yap-İşlet-Devret Modeli

Anayasa Mahkemesinin yap -işlet-devret modeli hususunda resmi gazetede yayınlanan kararlarından biri 3974 sayılı yasanın Anayasaya aykırı olduğu yolundaki iptal kararıdır. 3974 Sayılı yasada yap-işlet-devret modeline ilişkin ek md.5 yer almaktadır. Bu madde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutlarının işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine ilişkin olarak 3. kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında öncelikle kamu hizmeti kavramı üzerinde durmuştur. Kamu hizmetini en geniş tanıma göre devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri

tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak kamu yararı ve çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlik olarak tanımlamıştır. Bu tanımdan hareketle elektrik üretim iletim ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğunu belirlemiştir.

Ek md. 5. kapsamına giren yasalara göre düzenlenen sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin öngörüldüğünü ifade etmiştir. 3096 Sayılı yasanın yap-işlet-devret modelini içeren belli süre ile tesislerin işletme hakkının devrini öngören yasa olduğunu ve bu tür yasalarda yönetimi üstün kılan hükümler bulunmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kurallarıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız olduğunu belirlemiştir. Çünkü özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerde görevli yargı yeri adli yargıdır. Oysa Anayasanın 155 md./2. fıkrasına göre idari uyuşmazlıkların çözüm yeri Danıştaydır. Bu nedenle yasa koyucunun idari nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idari yargının denetimi dışına çıkarması Anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi ek. md. 5. öngörülen sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayaacağı yolundaki hükmü eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse bu konudaki sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olacağını zira yasal düzenlemelerin bu niteliği değiştirici etki yapamayacağını Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”¹ bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığını yasaya değil niteliğine bakarak saptanacağını belirterek iptal etmiştir.

3996 Sayılı ifade hakkında da Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmıştır. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı RG. de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı ile Kanunun 5. maddesinde yer alan "imtiyazat teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüğü ile 2. cümlenin tamamı ve 14. maddenin 2. cümlesi Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

5. Yap-İşlet-Devret Modelinin Unsurları

Yap -İşlet-Devret Modelinin unsurlarını çalışmamızda söz konusu modeli düzenleyen 3996 Sayılı Yasa 3996 Sayılı Yasanın uygulama esaslarını düzenleyen Bakanlar Kurulu Kararı ve 3996 Sayılı yasada değişiklik yapılmasına ilişkin 4047 Sayılı yasanın genel bir değerlendirilmesini yaparak belirlemeye çalıştık.

A. Yap-İşlet-Devret Modelinin Konusu

Yap-işlet-devret modelinin konusunu kamu hizmet ve faaliyetleri teşkil etmektedir. Yasa koyucu bu faaliyetleri yasada saymıştır. Yap-İşlet-Devret modelinin konusu köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi teşkil etmektedir.

B. Yap-İşlet-Devret Modelinin Tarafları

Yap-işlet-Devret modelinde idare ve şirket olmak üzere iki tarafın varlığı söz konusudur. İdare ve şirket kavramları yasada tanımlanmıştır.

Yasanın 3. md./d. bendinde idare kavramını Yüksek Planlama Kurulunca bu kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet devret modeli çerçevesinde yaptırmak üzere şirket ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan Bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarını (KİT ve fonlar) ifade etmiştir.

Karşı taraf sermaye şirketi ve/veya yabancı şirket olabilecektir. Yasanın 3. md./b. bendinde sermaye şirketi Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulan veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (KİT'ler dahil) ortak olduğu ve yasanın 4. md. sinde belirtilen Bakanlar Kurulu Kararında öngörülen şartları taşıyan anonim şirket olabilecektir. Yabancı şirket yasanın 3 md. /c. bendinde 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen kuruluş olacaktır.

Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde taraflar uygulama sözleşmeleri ve uygulama sözleşmelerine bağlı olarak ve uygulama sözleşmelerine aykırı olmayacak sözleşmeler imzalarlar. Uygulama sözleşmelerinde taraflar yap-işlet-devret modeline dayalı olarak yapılacak projenin uygulama esasları, inşası, işletme ve bakım gibi hususları belirlerler, Uygulama sözleşmesi yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre imzalanacak ve imtiyaz teşkil etmeyecektir.

C. Süre

3996 Sayılı yasanın 7. md. sinde sözleşmeler için yatırımın tamamlanma (inşa dönemi) süresi ve işletme süresi olarak belirlediğimiz süreler öngörülmüştür. İşletme süresi tüm yatırım maliyetinin, öz sermayenin ve karının geri ödenmesinin mümkün olacağı yani tesisin devir anında bedelsiz hale getirecek tarzda belirlenir. Yatırım süresi (proje yapım süresi dahil) ve işletme süresi uygulama sözleşmesinde belirtilen yürürlük tarihinden başlar ve bu süre mücbir sebepler ve idarenin sebep olduğu haller dahil hiç bir şekilde 49 yılı geçemeyecektir. Enerji sektörüne ilişkin düzenlemeyi içeren 3096 Sayılı Yasada azami olarak 99 yıllık bir süre öngörülmüştür. 3096 sayılı yasada öngörülen süre oldukça uzundur. Çünkü yap-işlet-devret modelinde amaç ortalama üretim miktarı dikkate alınarak yatırımın ve karının geri ödenebileceği düşünülen bir nevi değerlendirme süresidir. 3096 Sayılı yasada öngörülen 99 yıllık süre modele tam bir mülkiyet havası vermektedir.

D. Satın Alma Garantisi

Yasanın 11. md. sinde yer almıştır. Şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetlerin idare veya hizmetten yararlananlarca uygulama sözleşmesinde belirlenecek usul ve esaslara göre tespit edilecek ücret karşılığında satın alınması suretiyle ödenmesi garantisini kapsar. Sözü edilen satın alma garantisi modelin özünü teşkil etmektedir.

E. Devir

Yasanın 9. md. sinde devir unsuru düzenlenmiştir. Devir unsuru, sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler sözleşmenin sona ermesiyle birlikte her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçmesini ifade etmektedir.

F. Yap-İşlet-Devret Modelinin Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Hükümleri Aşan Unsurları

Bu unsurlar aşağıda tarafların hak, yetki ve sorumlulukları başlığı altında incelendiğinden burada yalnızca isimleri sayılmakla yetinilecektir.

İdare açısından: idarenin denetim yetkisi, sözleşmenin süresinin sona ermesinden önce, yasada sayılan durumlarda idarenin tek yanlı fesih yetkisi, kamulaştırma yetkisi ve en önemlisi yabancı şirket ve/veya sermaye şirketinin ürettiği mal ve hizmetlerinin ücretinin belirlenmesi olarak bu unsurları sayabiliriz. Karşı taraf lehine de bazı

ayrıcılık lar ö ngörö lmü ştü r. Bunlar ü st hakkı , garantiler, köprü krediler ve muafiyetler olarak sıralanabilir.

Her ne kadar yasada yap-işlet-devret modeline dayanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi ve imtiyaz teşkil etmeyeceği belirtilmişse de hem yap-işlet-devret modeli kapsamına giren faaliyetlerinin kamu hizmet ve faaliyeti olması hem de yukarda saydığımız idare lehine ö ngörö len yetkiler ve özel hukuk kişisi için ö ngörö len ayrıcalıklar bize kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerini anımsatmaktadır.

6. Yap-İşlet-Devret Modeline Dayanan Sözleşmelerin Yapılması

A. Yap-İşlet-Devret Modeli Kapsamında İdareye Yetki Verilmesi

Kanun kapsamına giren yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eliyle gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmenin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretlerinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin ilkelere yer verilmek suretiyle Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlıkları, DPT Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur.

Bu kapsamda yasada ö ngörö len yatırım ve hizmetleri yap-işlet devret modeliyle gerçekleştirmek isteyen İdare, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat eder ve bu kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabilir. Belediyeler Yüksek Planlama Kuruluna yatırım ve hizmetin niteliğine göre ilgili Bakanlık kanalıyla başvuruda bulunacaktır.

B. Görevlendirme

a. İlan

Bakanlar Kurulu Kararının 5. md. sinde düzenlenmiştir. Yap işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmak istenen yatırım ve hizmetler Resmi Gazetede ve Türkiye’de ülke çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede ön seçim için belirlenen son müracaat tarihinden önce en az 30 gün olmak üzere ve en az birer defa ilan yapılarak duyurulacaktır. İşin niteliğine göre ilan yurt dışında son müracaat tarihinden en az 45 gün önce yapılacaktır.

b. Görev Verilecek Şirketlerde Aranacak Özellikler

Yap-işlet-devret modelinde karşı tarafı oluşturacak sermaye şirketi ya da yabancı şirkette aranılacak özellikler Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma, enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlıkları, DPT müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığınca hazırlanacak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konur.

3996 Sayılı Yasanın uygulama usul ve esaslarını düzenleyen Bakanlar Kurulu kararının 6. md. sinde şirketlerde aranacak özellikler şöyle sıralanmıştır; şirketin veya ortaklarının her birinin sağlam bir mali yapıya sahip olduklarını bağımsız denetim firmalarınca tasdiklenmiş bilançoları ile kanıtlamaları ve ortaklardan en az birinin talip olunan yatırım ve işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmasının zorunluğu şeklinde ifade edilmiştir.

Şirketlerin yukarda ifade olunan karar kapsamında gerçekleştireceği yatırım ve hizmetler için getireceği öz kaynak oranı, önerilen toplam sabit yatırımının %20'sinden az olamayacaktır.

Her yap-işlet-devret projesi için ayrı bir şirket kurulacaktır. Bu şirketin ana sözleşmesinde gerçekleştireceği yap-işlet-devret projesi faaliyet olarak belirtilir.

c. Şartname Düzenlenmesi

İdare tarafından görev konusu yatırım veya hizmetlerin özelliklerini içeren şartname hazırlanacaktır.

Şartnamelerde görevin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartların dışında 3986 Sayılı yasaya dayalı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararının 7. md. sinde sayılan hususların yer alması gerekmektedir.

Bu hususlar şu şekilde sıralanmıştır:

- a) Görevin niteliği, nevi ve kapsamı,
- b) Geçici ve kesin teminat oranları ve şartları,
- c) Görev yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları,
- d) Görev konusu işlere başlama ve bitirme tarihleri, gecikme halinde uygulanacak müeyyideler,
- e) Şirketlerde aranan şartlar ve istenen belgeler,
- f) Değerlendirme yapmak üzere şirketlerden istenecek belgeler (görev konusu ile ilgili fizibilite raporu, iş programı ve bunun gibi),

g) Görevlendirme yapıp yapmamakta ve uygun teklifi tesbit etmede idarenin serbest olduğu,

h) Tekliflerin hazırlanması, verilmesi, tekliflerin değerlendirilmesi ve görevlendirme usul ve esasları,

ı) Tekliflerin geçersiz sayılacağı haller,

i) Görevlendirme kararının alındığı tarihten itibaren hangi süre içinde onaylanacağı ve iptal edileceği,

j) Her türlü giderin kim tarafından karşılanacağı,

k) Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları,

l) Ücret belirleme yöntemleri,

m) Kamulaştırma bedeline idarenin iştirak edip etmeyeceği, edecekse iştirak edilecek tutar,

n) İhtilafların çözüm şekli

Göreve ait şartnameler ve ekleri bedelsiz olarak idarede görülebileceği gibi, idarenin takdir edilecek bir bedel karşılığında isteyenlere verilir.

d. Ön Seçim

İdare görevlendirme konusunda ön seçim yapıp yapmamakta serbest bırakılmıştır. Eğer idarece istekliler arasında ön seçim yapılmasına karar verilirse bir ön seçim komisyonu kurulacaktır. Komisyonun kuruluş ve çalışma usulleri ile şirketlerde işin gereği aranacak özellikler idarece belirlenecektir.

e. Görevlendirme Usulleri

Görevlendirmeyi yapacak idarenin birinci ita amirinin onayıyla görevlendirme komisyonu oluşturulur. Komisyona yardımcı olmak için, görevlendirme kararına katılmamak şartı ile gereği kadar idari ve teknik eleman görevlendirilir.

Yap-İşlet-Devret modeli kapsamındaki yatırım ve hizmetler hakkındaki görevlerin verilmesinde şirketler arasında kapalı teklif, belli istekliler arasında kapalı teklif ve pazarlık usulünün uygulanacağı sözü edilen Bakanlar Kurulu kararında belirtilmiştir.

Görevin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı idarece tespit edilir. Gerekteğinde yatırım ve hizmetlerin özelliğine göre Yüksek Planlama Kurulu görevlendirme usulüne karar verebilir.

Yap-İşlet-Devret modeline konu yatırım ve hizmetler hakkında 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁴⁷ uygulanmayacaktır. Ayrıca yap işlet-devret modeline konu yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun¹⁴⁸ ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 Sayılı Kanun¹⁴⁹ hükümleri de uygulanmayacaktır.

aa. Kapalı Teklif Usulü

Kapalı teklif usulünde teklifler yazılı olarak yapılır. İdare, tekliflerin hazırlanması, verilmesi, zarfların açılması, tekliflerin değerlendirilmesi ve görevlendirmenin sonuca bağlanmasına dair usul ve esasları tespit edecektir. Bu usul ve esaslar şartnamede belirtilecektir.

bb. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulünde Görevlendirme

İdare, 3996 Sayılı yasaya dayanarak çıkarılmış olan Bakanlar Kurulu kararı kapsamında gerçekleştirilecek olan yatırım ve hizmetleri diğer görevlendirme usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve mali güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırabilir.

Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif alınırsa, Yüksek Planlama Kurulundan izin alınması şarttır. Bu usulde yapılacak görevlendirmede, görevlendirmeye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle ilgili veya bağlı bulunulan Bakanın onayına sunulur. Bu usulde görevlendirmede ilan yapılması zorunlu değildir. Gerekli görülen hallerde görevlendirmeye davet edilecek isteklilerin seçimi için ilan yapılabilir.

cc. Pazarlık Usulünde Görevlendirme

Bu usul ile yapılacak görevlendirmede, tekliflerin yazılı olarak alınması zorunludur. Teklifler idarece teşkil olunan komisyon tarafından, işin nitelik ve gereğine göre, şartnamede belirtilen yatırım ve hizmetlerin ücretlerinin belirlenmesi esasına uygun olmak üzere değerlendirilir. Bu değerlendirmede ayrıca şartnamede yer alan diğer hususlarda dikkate alınır. Görevlendirme pazarlık ile sonuçlandırılacaktır.

¹⁴⁷ 2886 Sayılı Yasa 10.9.1983 tarih ve ısısı Sayılı RG., Düstur-Tertip. 5, C. 22, s. 573.

¹⁴⁸ 1326 tarihli Menafii Umumiye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun 24.6.1326 tarih ve 576 Sayılı RG., Düstur- Tertip. 2, C. 2, s. 362.

¹⁴⁹ 2025 Sayılı Kanun 2.7.1932 tarih ve 2139 Sayılı R.G.. Düstur-Tertip. 3, Cilt 13, s. 564.

Pazarlığın ne suretle yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunulduğu ve görevlendirilen şirketin neden dolayı tercih edildiği görevlendirme kararında gösterilir.

dd. Görevlendirmede Uyulacak Ortak Esaslar

İki veya daha fazla istekli tarafından yapılan tekliflerin aynı olması ve bunlarında uygun teklif olduğunun anlaşılması halinde Hazineyi en az yükümlülük altına sokacak olan teklif sahibine görevlendirme yapılacaktır.

Görevlendirme komisyonu tarafından alınan görevlendirme kararı ilgili Bakan tarafından onaylanır veya iptal edilir. İstekli çıkmadığı veya tekliflerin uygun görülmediği hallerde, idare aynı yatırım ve hizmetler için yukarda açıklanan usullere yeniden başvurabilir.

f. Uygulama Sözleşmesinin Yapılması

Yap-işlet-devret modeline ilişkin yatırım ve hizmetler konusunda ilgili idare ve görevli şirket arasında uygulama sözleşmesi imzalanacaktır. Uygulama sözleşmesinde yer alacak hususlar söz konusu Bakanlar Kurulunun 16. md. sinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

g. Teminat

Uygulama Sözleşmesinde görevli şirketin işin başlangıcında sözleşmeye esas yatırım tutarının %1'ine kadar geçici ve kesin teminat alınabileceğine dair hükümler yer alacaktır.

Teminat olarak kabul edilecek değerler Bakanlar Kurulu kararının 22. md. sinde belirlenmiştir. Buna göre kabul edilecek değerler:

a) Tedavüldeki Türk Parası,

b) Maliye Bakanlığınca belirtilecek bankaların verecekleri süresiz teminat mektupları,

c) Devlet tahvilleri, ihalelerde teminat olarak kullanılabileceği kabul edilen Hazine Bonosu, her an nakde çevrilebilen Devlete ait gelir ortaklığı senedi gibi menkul kıymetler olarak belirlenmiştir.

h. Sözleşmenin Dili

Uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmeler Türkçe olarak, eğer görevli şirket veya ortağı yabancı ise, Türkçe ve

İngilizce olarak iki dilde hazırlanacaktır. Herhangi bir ihtilaf olması halinde Türkçe metin geçerli olacaktır.

1. Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi

Kanunda belirtilen yatırım ve hizmetlerin niteliğine göre uygulama sözleşmesi dışında başka sözleşmelerinde akdedilmesi gerekir. Bu sözleşmeler uygulama sözleşmesinde belirtilir. Uygulama sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ancak sözleşmede belirtilen diğer sözleşmelerin imzalanması ile mümkündür.

Uygulama sözleşmesi ile diğer sözleşmelerin imzalanmasından ve yatırım kapsamında Hazine garantisi talep edilmesi ve bunun uygun görülmesi halinde, garanti mektubunun verilmesinden önceki bir tarih yürürlük tarihi olarak belirlenemeyecektir.

7. Yap-İşlet-Devret Modelinin Hukuki Yapısı

A. Kamusal Etkinliklerin Hukuki Çerçevesi

Yap-İşlet-Devret Modelinin hukuki yapısını ortaya koyabilmek için, idarenin kamusal etkinliklerini gerçekleştirmeye yönelik ilkeleri ve hukuki çerçevenin ve özellikle de kamusal etkinliklerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine yönelik ilkelerin ve çerçevenin ortaya konması gerekmektedir.¹⁵⁰ Yap-İşlet-Devret Modeli asıl olarak kamu hizmet ve yatırımlarının özel girişime gördürülmesine yönelik bir kamusal etkinliktir.¹⁵¹

Ülkemizde yürütme ve idarenin gerçekleştirdiği kamusal etkinliklerinin hukuki rejimini kamu hukuku teşkil etmektedir. Kamu hukukunda özel hukuktan farklı olarak organ, makam ve görevliler, sözkonusu kamusal etkinlikleri yerine getirirken serbest irade ile hareket edemezler. Yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş olan esas ve usullere uygun olarak eylem ve işlemlerin yerine getirilmesi gerekir. İdare Anayasa veya yasalarda öngörülmeleyen hiç bir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem yapamaz.¹⁵²

Kamu hukukuna göre aslolan, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizzat ilgili kamu kurum ya da kuruluşları eliyle yapılmasıdır. Ancak kamu hizmeti alanının giderek büyümesi, mali ve teknik kaynaklarının sınırlılığı gibi sebeplerle kamu hizmet ve faaliyetlerinden, özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olanların idarece özel girişimcilere gördürülmesini zorunlu kılmıştır. Özel Yönetim biçimiyle yürütülmeye

¹⁵⁰ UĞUR, Oktay: Maliye Bakanlığı Araştırma Raporu, 1991. s.256.

¹⁵¹ ULUATAM, Özhan: 'Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler'. İşveren Dergisi, C. XXVII, S.5, Şubat 1989, s.27-29.

elverişli olan kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel girişime gördürülmesi ise bunun yasalarda öngörülmesine bağlıdır. İdare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz. Genellikle sınai ve ticari nitelik taşıyan kamu hizmetleri ile özel mali yanı ağırlıklı olan faaliyetler, yasalarda düzenlenmiş şekil ve usul kuralları uyarınca değişik statüler çerçevesinde özel kişilere bırakabilirler.¹⁵³

Ülkemizde kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmesi konusundaki en eski ve yaygın olarak uygulanan usul kamu hizmeti imtiyaz usulüdür. Günümüzde artan gereksinimler ve kaynak bulmadaki güçlükler yeni yöntemleri ortaya çıkarmış ve yasal düzenlemelere konu olmuştur. Öncelikle kamu hizmetlerinin günümüzde hangi yöntemlerle özel kişilere gördürüldüğünü ve bu yöntemlerin hukuki niteliklerini inceleyecek, daha sonra da imtiyaz sözleşmesi ile Yap-İşlet-Devret formülünün karşılaştırılmasını yapacak ve bu değerlendirmelerin ışığı altında Yap-İşlet-Devret modelinin hukuki niteliğini belirlemeye çalışacağız.

B. Kamusal Etkinliklerin Özel Girişime Gördürülmesine Yönelik Yasal

Yöntemler ve Hukuki Nitelikleri

a. Kamu Hizmeti İmtiyazları

Liberal ekonomide demiryolu, elektrik, gaz gibi kamu hizmetlerinin görülüş biçimi olarak ortaya çıkan kamu hizmeti imtiyazı XIX. yüzyıl boyunca oldukça yaygın uygulanmıştır. Osmanlı döneminde pek çok kamu hizmeti yabancılara verilen imtiyazlarla sağlanmaya çalışılmıştır. Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin bir sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesini belli bir süre için özel bir kişiye vermesidir. İmtiyaz sahibi gerçekleştirdiği hizmet karşılığında yararlananlardan bir bedel almakla beraber hizmeti kâr ve zarar kendisine ait olmak üzere, şartlaşma hükümleri çerçevesinde idarenin denetim ve sorumluluğu altında yürütmektedir. Kamu hizmeti imtiyazı, bu imtiyazın konusunu teşkil eden kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesislerin yapılmasını da içerdiğinden,

¹⁵² DURAN, Lütfi: 'Yap-İşlet-Devret', AUSBFD, C.46, S.1-2, 1991. s.150.

¹⁵³ DURAN, Lütfi: a.g.m., s.150-151; TAN, Turgut: "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", AUSBFD, C.47, 5.3-4, s.321-324.

uygulamada kamu hizmeti imtiyazının aynı zamanda bir bayındırlık işi imtiyazını da kapsadığı ifade edilmektedir.¹⁵⁴

İmtiyaz işlemi karma nitelik taşıyan bir işlemdir. Tarafların mali hak ve borçlarının yer aldığı sözleşme ile hizmetin kuruluş, işleyiş kuralları ile görev ve yetkileri düzenleyen hükümleri kapsayan şartlaşmadan oluşmaktadır. Şartlaşma sözleşmeden farklı olarak kural işlem niteliğini taşır. Bunun sonucu olarak da idarenin tek yanlı iradesiyle kamu yararının gereklerine göre değiştirilme olanağı bulunmaktadır. Bunun yanında idare, hizmetin şartlaşmada yer alan hükümlere ve kamu hizmetinin genel ilkelerine göre yerine getirilip getirilmediğini de gözetmek durumundadır. İdarenin sözkonusu denetiminin kolluk denetimi sınırlarını aşan bir nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Kamu hizmeti imtiyazı, özellikle bayındırlık işi imtiyazını da kapsadığı durumlarda genelde, imtiyaz sahibinin yatırımını amorti etmesini sağlayacak kadar uzunca bir süre için verilmektedir. Çünkü sürenin sonunda imtiyaz sahibince sağlanan gerekli taşınır ve taşınmaz mallarla tesislerin kendiliğinden ve bedelsiz olarak idareye geçmesi gerekmektedir.¹⁵⁵

Pozitif Hukukumuzda Devletin kamu hizmeti verme işlemi 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanunla, bu yasaya bazı maddeler ilave edilmesine ve bazı maddelerin kaldırılmasına ilişkin bulunan 25 Haziran 1932 günlü ve 2025 Sayılı yasa hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu yasaya göre imtiyaz Bakanlar Kurulu Kararıyla verilir. 2025 Sayılı Yasanın 1 md. hangi imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerin T.B.M.M. onayına sunulacağı da belirlenmiştir.¹⁵⁶

Kamu hizmeti imtiyazı usulü yeniden güncelleştirilmiştir ve günümüz koşullarında bazı değişimler geçirdiği de kabul edilmektedir. Bu değişimleri şu şekilde sıralayabiliriz¹⁵⁷:

1) İmtiyaz özel kişilere olduğu gibi, kamu kurumlarına ve karma şirketlere verilebilmektedir.

2) İmtiyaz endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin yanında idari kamu hizmetlerinin görülmesinde de kullanılmaya başlanmıştır.

¹⁵⁴ DURAN, Lütfi: a.g.m., s.156-158; TAN, Turgut: "Osmanlı imparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, SBFD. C. XXII. S.2, 1968, s.285 vd.; TAN, Turgut: "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", a.g.m., s. 308.

¹⁵⁵ DURAN, Lütfi: a.g.m.,s.151; TAN, Turgut: Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet-Devret Modeline". a.g.m., s.309.

¹⁵⁶ Danıştay Birinci Dairesinin 28.06.1990 Tarih ve 90/94 E.-90/ 109 K. Sayılı Kararı.

¹⁵⁷ TAN, Turgut: "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", a.g.m., s.311.

3) Kamu hizmeti imtiyazında klasik tanımda olduğu gibi, işletme ilkesi yumuşamış ve imtiyaz verenin mali yardımları ile imtiyaz sahibini desteklemesi kabul edilmeye başlanmıştır.

b. Elektrik Görev ve Üretim Sözleşme Uygulaması

Bu yöntem Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile dağıtılması için öngörülen bir yöntemdir. Uygulamanın dayanağı 3096 Sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile görevlendirilmesi Hakkında Kanundur”.¹⁵⁸ Yasada iki model öngörülmüştür. Elektrik Görev ve Üretim Sözleşmesi ve İşletme Hakkının Devri olarak ifade edebiliriz bu yöntemleri. Bu iki model ayrı ayrı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlarına Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesini Belirleyen Yönetmelik”¹⁵⁹ ile “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi esasları Hakkında Yönetmelik”¹⁶⁰ çıkarılarak düzenlenme yoluna gidilmiştir.

Yasada yer alan elektrik ve görev sözleşmesi ikiye ayrılarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Yasanın 3 md. uyarınca, elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılması görevi verilebilecektir. Bu kararı Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu verecektir. Yasanın elektrik üretimi müsaadesi verilmesi başlığıyla düzenlenen 4 md. uyarınca ise, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verebilir.

Yukarda belirtilen 3. ve 4. madde uyarınca yapılacak sözleşmeler 99 yıla kadar süreli olabilmektedir. Sözleşmelerde en az görevlendirme süresi, mevcut ve yeniden kurulacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin amortisman süreleri dikkate alınarak saptanmaktadır. Görev süresinin bitiminde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar,

¹⁵⁸ 3096 Sayılı Yasa, 19.12.1984 Tarih ve 18610 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5.. C.24, s.121.

¹⁵⁹ Yönetmelik, 4.9.1985 Tarih ve 18858 Sayılı R.G.

¹⁶⁰ Yönetmelik, 23.12.1987 Tarih ve 19381 Sayılı R.G.

her türlü borç ve taahhütlerinden arınmış olarak Devlete bedelsiz olarak geçmektedir. Yasa, enerji tarifelerinin görevli şirketin önerisi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe gireceğini belirtmektedir. Tarifelerin saptanmasında dikkate alınacak unsurlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan görevli şirketin yapacağı üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin onaylanmış projelerine göre, kamulaştırma gereksinimi ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydıyla, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı kamulaştırma yapacaktır. Sözleşmeler görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarına ihlal etmesi halinde süresinden önce feshedilecektir. Yasanın geçici maddelerinde, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte bu alanda faaliyette bulunan imtiyaza sahip şirketlerin belirli süre içinde başvurmaları kaydıyla görev şirketine dönüşmeyi, istemeleri halinde Bakanlar Kurulu kararıyla bu Kanun esasları içerisinde 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkının verilebileceği yer almıştır. İmtiyazı sona ermiş olan şirketlere de bu Yasaya göre yeniden görev vermeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Danıştay, 3096 Sayılı Yasaya dayanarak yapılan sözleşmeler hakkında muhtelif kararlar vermiştir.¹⁶¹ Danıştay, Yasa kapsamında yer alan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğunu belirlemiştir. Danıştay öncelikle yasanın kapsamına giren elektrik üretim, iletim ve dağıtım ile ticareti faaliyetinin niteliği üzerinde durmuş; söz konusu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu, bu nitelikteki hizmetlerin kamu kurum ve kuruluşlarınca özel kişilere gördürülmesinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşıyacağını belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi 3974 Sayılı Yasanın¹⁶² iptali nedeniyle verdiği kararında elektrik üretim, iletim ve dağıtım ile ilgili etkinliklerin niteliği üzerinde durmuş ve söz konusu etkinliklerin kamu hizmeti niteliği taşıdığına karar vermiştir.¹⁶³ Bu etkinliklerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçüsünün onu kuranların istenci olduğunun ileri sürüldüğünü, ancak Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki

¹⁶¹ Danıştay Birinci Dairesinin 28.06.1990 tarih ve 90/94 E.-90/109 K. Sayılı Kararı; Danıştay Onuncu Dairesinin 29.04.1993 tarih ve 91/1 E.-93/1752 K. Sayılı Kararı; Danıştay Birinci Dairesinin 24.09.1992 tarih ve 92/232 E.-92/294 K. Sayılı Kararı.

¹⁶² 3974 Sayılı Yasa. 1 Mart 1994 tarih ve 21864 Sayılı R.G.. Düstur:Tertip. 5. C. 25, s.243.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesinin 3974 Sayılı Yasanın iptaliyle ilgili kararı 24 Ocak 1995 Tarih ve 22181

değerlendirmesinin saklı olduğunu ifade etmiştir. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptama olanağı yoktur. Bu değerlendirmenin sonucu olarak da bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken onun niteliğine bakmak gerekecektir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi onun niteliğini etkilemeyecektir. Yukarda ifade edilen değerlendirme ile Anayasa Mahkemesi 3974 Sayılı Yasa ve 3096 Sayılı Yasa kapsamındaki faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna karar verdikten sonra, bu yasalara dayanarak yapılan sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiğini saptamıştır. Anayasa Mahkemesi 3096 Sayılı yasanın “yap-işlet-devret” modelini düzenleyen yasa olduğunu ve bu kapsamda yap işlet devret modeline dayanarak yapılan sözleşmelerle imtiyaz sözleşmelerini karşılaştırmıştır. Mahkeme eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olduğunu ve yasal düzenlemelerin bu niteliği değiştirici etki yapamayacağını, tersi durumun Anayasa’nın yargıya ve ön denetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz demektedir. Hukuk devleti ilkesi yürütmenin ve yasamanın işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa Yargısı ve İdari Yargı bunun için öngörülmektedir. Kuşkusuz düzenleme yetkisi yasama organıdır. Ancak bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay verdikleri kararlarda elektrik görev ve üretim sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, doktrinde de çeşitli yazarlarca dile getirilen görüşlerde söz konusu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu dile getirilmiştir.¹⁶⁴

Bu konuda son olarak yapılan düzenlemeye göre; 16.07.1997 tarihli 4283¹⁶⁵ sayılı "Yap İşlet Devret modeli ile Elektrik Enerjisi üretim tesislerinin kurulması işletilmesi ile enerji satışının düzenlenmesi hakkındaki Kanun" ile, üretim şirketlerine ülke enerji plan ve politikalarına uygun biçimde elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzeri termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve

sayılı R.G. yayınlanmıştır.

¹⁶⁴ BİLGEN, Perlev: “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri. Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması, 1. Uluslararası İdare Kongresi. II. Kitap, 1990, s.799-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.152-156; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”. a.g.m., s.3 14.

¹⁶⁵ Bkz. Dipnot (143).

usuller belirlenmiştir. Hidroelektrik, Jeotermal, Nükleer Santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

c. Otoyol Görev Sözleşmesi Uygulaması

Özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile görevlendirilmesini ve süre sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devrine ait esasları düzenleyen bir yöntemdir. Bu uygulamanın yasal dayanağı 3465 Sayılı Yasadır.¹⁶⁶

Danıştay, 3096 Sayılı Yasaya dayanarak verdiği kararlarında 3465 Sayılı Yasaya da değinmiştir.¹⁶⁷ Danıştay, bir kamu hizmet ve faaliyetinin özel kişilerce gördürülmesi isteniyorsa idarenin bunu ya kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapması gerektiğini ya da farklı bir model, örneğin yap-işlet-devret modeli, bu konuda yasa koyucunun bir düzenleme yapması ve modelin uygulanabilirliğini sağlamasının gerekli olduğunu, bu yasal düzenlemeye örnek olarak da klasik bir kamu hizmeti olan otoyol yapımı ve işletilmesi konusundaki 3465 Sayılı yasayı örnek göstermiştir. Bu karardan çıkaracağımız sonuç 3465 Sayılı Yasaya dayanarak yapılan sözleşmenin yasa koyucunun iradesi doğrultusunda Danıştay'ca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılmadığı yolunda olmaktadır.

Doktrinde ise söz konusu otoyol görev sözleşmesi uygulamasının bayındırlık işi imtiyazını da içeren Kamu hizmeti imtiyazı olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁸

Yasaya göre verilecek görev, bütün tesisleri ile otoyolu veya otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonları gibi yolculukla ilgili tesislerin yapım, bakım ve işletilmesini kapsamaktadır. Sözleşmeler 49 yıla kadar süreli olabilmektedir. Otoyol, bütün tesisleri ve müştemilatı ile birlikte sürenin sona ermesiyle her türlü borçlarından ari ve bedelsiz olarak kendiliğinden Karayolları Genel Müdürlüğüne geçecektir.

Tüm tesislerin mülkiyeti genel müdürlüğe aittir ve Devlet malı hükmündedir. Sözleşmeler gerekli görülürse genel müdürlükçe feshedilecektir. Otoyol geçiş ücret tarifesi ilgili bakanlıkça belirlenecektir.

¹⁶⁶ Bkz. Dipnot (140).

¹⁶⁷ Danıştay Birinci Dairesinin 28.06.1990 Tarih ve 90/94 E.-90/109 K. Sayılı Kararı.

¹⁶⁸ DURAN, Lütfi: a.g.m., s.157-158; TAN, Turgut: "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", a.g.m., s.3 15; BİLGİN, Pertev: a.g.m., s.800.

Yukarda ifade olunan sözleşmenin unsurlarını birlikte değerlendirdiğimizde 3465 sayılı Yasaya dayanarak yapılan sözleşmelerin bayındırlık imtiyazını da içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirlemektediriz. Bayındırlık işi imtiyazı idareye ait taşınmazlar üzerinde kamunun yararlanacağı ve kullanacağı kamusal mallar arasında, yer almak üzere, özellikleri bulunan inşaat ve tesisatın yapılıp, kurulması ve işletilmesi hususlarını içerir ve bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Bayındırlık imtiyazının en belirgin ve farklı yanı inşaatı üstlenen özel hukuk kişisinin, karşılık olarak para yerine, belli bir süre işletmenin gelirini almasıdır.

Bayındırlık imtiyazının prototipi olarak 3645 Sayılı yasaya dayanarak yapılan otoyol görev sözleşmesi bu kapsamda ifade edilmektedir. Kanunda öngörülen yapılar tesisler, cihazlar devlet malı olup, kamusal mal niteliğinde olduklarından özel kişilerce ancak imtiyaz rejimi altında yürütülebilecektir. Çünkü idare 3645 Sayılı yasada sayılan tesislerin işletilmesinden her zaman sorumludur. Dolayısıyla otoyol görev sözleşmesi tüm unsurları ile imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Başka bir ad altında düzenlemesi onun niteliğini değiştirmeyecektir.¹⁶⁹

d. Kamu Hizmeti İşletme Hakkı Devri Uygulaması

Bu yöntem, bir kurma ya da yapma faaliyeti sözkonusu olmaksızın sadece işletme hakkının devrini öngörmektedir.

İşletme hakkının devri konusunda ilk yasal düzenleme 2983 Sayılı Yasa ile bu yasaya istinaden yürürlüğe konan “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği’nin getirdiği düzenlemedir.¹⁷⁰ Anılan kanun ve yönetmelik azami 15 yıl süre ile KİT tesislerinin işletme hakkının özel kişilere devri düzenlemesini getirmektedir.

İşletme Hakkı, KİT tesislerinin, mülkiyet hakkı saklı kılınmak kaydıyla bir bedel karşılığında belirli süre ve şartlar dahilindeki hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesini ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılmasını ifade etmektedir. Yönetmelik işletme hakkı devrinin sözleşmeye bağlanmasını istemektedir.

Bu yasa ve yönetmelik kapsamında işletme hakkı verilmesi usulü bayındırlık tesislerine ve kamu hizmeti gören Kamu İktisadi Kuruluşlarına uygulandığı takdirde bu

¹⁶⁹ DURAN, Lütfi: a.g.m., s.156-158.

¹⁷⁰ 2983 Sayılı Yasa 17 Mart 1984 tarih ve 18344 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5, C.23, s. 47; Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği. 13 Eylül 1984 Tarih ve 18514 Sayılı R.G.

hakkın bayındırlık imtiyazı ya da kamu hizmeti imtiyazı tanınması etkisi ve niteliği taşıyacağı ve bunun işletme hakkının devri adı altında düzenlenmesinin uygulamanın hukuki niteliğini değiştirmeyeceğini ve işletme hakkının devrinin imtiyaz usulü olduğu doktrinde ifade edilmiştir.¹⁷¹

İşletme Hakkının Devri konusundaki düzenlemelerden ikincisi 3096 Sayılı elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere Bakanlar Kurulu tarafından verilmesini düzenleyen yasadır. Söz konusu tesislerin işletilmesi 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımların Hızlandırılması Hakkındaki Kanun” ve bununla ilgili yönetmelik esaslarına göre yapılacaktır. Yukarda bu yasa ve yönetmelikte yer alan düzenlemeleri ifade etmiştik.

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi daha önce değişik vesilelerle değinilen kararlarında elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkının devri sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşme niteliğini vurgulamışlardır.

Doktrinde Lütfi Duran söz konusu faaliyetlerle ilgili işletme hakkı devri sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir.¹⁷² İl Han ÖZAY 3096 Sayılı Yasaya dayanarak verilen işletme hakkı devrini müşterek emanet olarak nitelendirmiştir.

Söz konusu işletme hakkı devri halinde sermayenin idareye ait olduğunu, özel hukuk kişisi emeği ve bilgisi ile hizmeti yürütmekte ve masraflarını yararlananlardan alınan bedelin bir kısmı ile karşılamakta ve en önemlisi hasar imtiyaz usulünden farklı olarak özel hukuk kişisine değil idareye ait bulunmaktadır. Ancak ÖZAY müşterek emanet ya da ortak yararlı işletmesinin imtiyazın değişik bir şekli olduğunu ve sonuçta işletme hakkı devri sözleşmelerinin imtiyaz nitelendirmesinin gerekçe yönünden olmasa da varılan sonuç bakımından doğru olduğunu ifade etmiştir.¹⁷³

Yukarda açıklanan Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’nin nitelendirmesi ve doktrinde yer alan görüşler kapsamında; işletme hakkı devri sözleşmelerinin konusunun kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin özel kişilerce görülmesi teşkil ettiği durumlarda, söz konusu sözleşmeler kanımızca da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olacaktır.

¹⁷¹ DURAN, Lütfi: a.g.m.; s.158-161.

¹⁷² DURAN, Lütfi: a.g.m., s.152-156.

¹⁷³ ÖZAY, İl Han: a.g.c., s. 263. 279-295.

e. Serbest Bölgeler Uygulaması

3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu¹⁷⁴ na göre serbest bölgelerin kurulması ve işletilmesi konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile yerli veya yabancı gerçek ve tüzel kişilere Bakanlar Kurulunca izin verilebilmektedir.

Serbest Bölgeler Kanunu, serbest bölgelerde, iç hukuk mevzuatını sınırlayıcı bir anlayışla, işleticiler ve kullanıcılar hakkında düzenlemelerin yönetmeliklerde yapılacağı öngörmektedir. Bu ise serbest bölgelerde kamu hizmetleri ya da kamusal mallar söz konusu olduğunda bunların hukuki rejiminin idare tarafından serbestçe belirlenebileceği anlamına gelmektedir. Ancak idarenin bu alandaki yetkileri Anayasa kuralları ve Hukukun genel prensipleri ile sınırlıdır. Bu nedenle de serbest bölgeler içinde gerçekleştirilen kamu hizmetleri ya da kamusal mallara yönelik düzenlemelerinin imtiyaz yöntemi ile düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede yapılacak sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olacaktır.¹⁷⁵

f. Yap-İşlet-Devret Modeli

Yap-İşlet-Devret Modelinin yasal dayanağı 3996, 4047, 4046 ve 4283 Sayılı Yasalardır.¹⁷⁶ 3996 Sayılı Yasada yap-işlet-devret modeline dayanarak yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi ve imtiyaz teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Söz konusu düzenlemede Danıştay'ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları konusundaki inceleme yetkisi bertaraf edilmiştir. Danıştay da daha önce değinilen kararlarında yasanın düzenlemesine dayanarak yap-işlet-devret modeline dayanılarak yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmelerin Danıştay'ca incelenemeyeceğine karar vermiştir.¹⁷⁷ Danıştay, taraflarca imzalanmış bulunan sözleşmenin, özel hukuk hükümlerine göre tarafları bağladığını ve idare ile şirketin irade beyanları veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece aynı sözleşme konusunu kapsayan ve tarafları aynı olan yeni bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin düzenlenmesine hukuken olanak bulunmadığını, sözleşmenin bu aşamada Danıştay'ca incelenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

¹⁷⁴ 3218 Sayılı Yasa 15 Haziran 1985 Tarih ve 18785 Sayılı R.G. Düstur:Tertip. 5, C. 24, s. 469.

¹⁷⁵ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s.800; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.161-162.

¹⁷⁶ 3996 Sayılı Yasa, 13.6.1991 tarih ve 21959 Sayılı R.G. Düstur:Tertip. 5., C.33; 4046 sayılı Yasa, 27.11.1994 Tarih ve 22124 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5. C. 34; 4047 Sayılı Yasa, 3.12. 1994 Tarih ve 22130 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5,C.33.

¹⁷⁷ Danıştay Birinci Dairesinin 26.04.1995 tarih ve 95/49 E.-95/93 K. Sayılı Kararı; Danıştay Birinci Dairesinin 26.04. 1995 T. ve 95/49 E.-95/ 100 K. Sayılı Kararı.

8. İmtiyaz Sözleşmesi ile Yap-İşlet Devret Modelinin Karşılaştırılması

Sözlük anlamıyla “imtiyaz” devlet tarafından bazı fertlere menfaatler verilmesidir. Bunlar çoğunlukla idari, mali bir takım muafiyet ve müsaadeler şeklinde olmaktadır.¹⁷⁸

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmeti ya da faaliyetlerin yürütülmesi yöntemlerinden biridir. Bir kamu hizmet ya da faaliyetinin yerine getirilmesi idari bir sözleşmeyle özel girişime devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur. İmtiyaz usulünde kamu hizmeti ve idari sözleşme unsurlarının bir arada bulunması vazgeçilmez bir zorunluluktur.¹⁷⁹

İmtiyaz sözleşmesini, idarenin genel olarak sermaye şirketi olan tüzel bir kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmet ya da faaliyetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında, hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel almak ve giderleriyle kâr ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında yaptığı sözleşme olarak tanımlayabiliriz.¹⁸⁰ İmtiyazcı özel hukuk kişi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir. Bunların bağlı bulundukları kurallar imtiyaz şartnamesinde açıkça gösterilir.¹⁸¹ Buna göre imtiyaz sözleşmelerine ilişkin özellikler konusunda şu belirlemeler yapılabilir¹⁸².

1. İmtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşmedir ve söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir.
2. Bu sözleşme, bir kamu hizmet ya da faaliyetinin kamu yararı çerçevesinde özel girişim eliyle kurulmasını ya da işletilmesini kapsar.
3. Hizmet ya da faaliyet idarenin denetim ve sorumluluğu altındadır.
4. Sözleşmede idarenin üstün hak ve yetkileri vardır.
5. İmtiyaz kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli süre ile sınırlıdır.

¹⁷⁸ UĞUR, Oktay: a.g.m., s. 258.

¹⁷⁹ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s.308-309.

¹⁸⁰ YENİCE, Kazım-YÜKSEL, Esin: “Açıklamalı -İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.119-121; AYHAN, Önder: “İdari Sözleşmeler”, Damşay Dergisi. Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 110,112; ÖZAY, İl Han: a.g.e., s. 477,479.

¹⁸¹ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s.309.

¹⁸² AYHAN, Önder: a.g.m., s.111-112; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s.310; UĞUR, Oktay: a.g.m., s.259.

6. Sözleşmeye konu olan hizmet ya da faaliyet imtiyaz sahibinin kar ve zararına gördürülür. Hasar ve risk imtiyaz sahibine aittir. İmtiyaz sahibi şirketin kamu hizmet veya faaliyetine konu yatırımı gerçekleştirme ve devretme yükümlülüğü vardır. İmtiyaz sahibi gördüğü hizmet karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alma hakkı vardır. İmtiyaz sahibine kamulaştırma isteme, ceza kesme, kolluk yetkilerinden yararlanma gibi kamuya ait hak ve yetkiler tanınmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan imtiyaz sözleşmeleri ile yap-işlet devret modeli arasında büyük benzerlik olduğu anlaşılmaktadır.

Doktrinde genellikle kabul edilen görüş ortada bir kamu hizmeti varsa modelin imtiyazdan başka bir şey olmadığı yolundadır.¹⁸³ İl Han ÖZAY'a göre imtiyaz sayılmamasının nedeni imtiyaz sözcüğünün "kapitülasyonlar" ile çağrışım yapması ve başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen "usul" kurallarının dışlanması isteğidir.¹⁸⁴

Anayasa Mahkemesi yukarıda açıklandığı gibi İmtiyaz Sözleşmelerinin Danıştay'ca incelenmesi konusundaki Anayasa hükmünün yasal düzenlemelerle bertaraf edilemeyeceğine karar vermiştir. Ancak Danıştay Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin olarak verdiği kararlarda modelin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ve incelemesine tabii olmadığına karar vermiştir. Oysa Yap-İşlet-Devret modelinin açıklanan unsurları imtiyaz sözleşmesinin unsurlarıyla aynıdır. Danıştay Anayasa ile kendisine verilen inceleme yetkisini gözeterek modelin esasını incelemeli ve bu nitelendirme üzerine karar vermeliydi. Aynı hususu Anayasa Mahkemesi 3974 Sayılı Yasayı iptal ederken ifade etmiştir. Ancak Yap-İşlet-Devret Modeli ile imtiyaz yöntemi arasında farklar olduğunu savunanlar vardır. Bu farklar şu şekilde ifade edilmektedir¹⁸⁵:

1. Yap-İşlet-Devret Modelinin uygulamasına ilgili kurumun yetkili organları karar verebildiği halde, imtiyazın uygulanması için Bakanlar Kurulu kararı gereklidir. İfade edilen bu durum 3996 Sayılı yasal düzenlemeyle değişmiştir. Söz konusu yasaya göre Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlerle ilgili tüm usul,

¹⁸³ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s.799-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s.162-170; TAN, Turgut: "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", a.g.m., s. 318-321; ÖZAY, İl Han: a.g.e., s. 273.

¹⁸⁴ ÖZAY, İl Han: a.g.e., s.273-274.

¹⁸⁵ ŞENALP, H. Ergin- BİLİR, Ali: "Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği, Türk İdare Dergisi. S.382, Mart 1989, s. 53-154.

esas, kriter ve ilkeler Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacaktır. Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idare, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat eder ve bu kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalar.

2. Yap-işlet-devret modelinde yapılan tesisin mülkiyeti idareye ait olmasına karşılık imtiyazda her türlü alet ve edevat imtiyaz sahibine aittir.

3. Yap-işlet-devret modelinde şirketin işletilmesine verilen tesisin işletilme süresinin üst sınırı yapılan tesisin mali portresi dikkate alınarak saptandığı halde imtiyazda böyle olmamaktadır.

4. Yap-işlet-devret modelinde kurulacak tesisler için gerekli taşınmazlar ilgili kurumca şirkete verildiği ve mülkiyet kuruma ait olduğu halde imtiyazda gerekli taşınmazlar imtiyaz sahibi bedellerini ödeyerek alma durumundadır.

5. Yap-işlet-devret modelinde şirket tarafından yapılan tesisler işletme süresi sonunda hiç bir bedel ödenmeden ilgili kuruma devredilmesine karşılık, imtiyazda tesisler ancak kamulaştırma veya imtiyaz süresi sonunda satın alma yolu ile devlete geçebilir.

6. Yap-işlet-devret modeli ile yapılan tesislerde çalışacak yabancı personelin kısıtlanmasında zorunluluk yoktur, imtiyaz yolunda bu konuda kısıtlamalar getirilmesi zorunludur.

Ancak yukarıda farklılık olarak ileri sürülen hususlara katılmak olanaksız. İşletme süresi her iki yöntemde de yapılacak tesislerin amortismanına yetecek bir süre olarak belirlenmektedir. Her iki yöntemde de yukarıda ifade edilenin aksine tesisler sürenin sonunda bedelsiz olarak idareye geçmektedir. İmtiyaz usulünde karar organının yalnızca Bakanlar Kurulu olmasına karşın, yap-işlet-devret modelinde ise Bakanlar Kurulunun belirlediği esas ve şekil kuralları çerçevesinde Yüksek Planlama Kurulu izin verme yetkisine haizdir. Ancak bu doktrinde ifade edildiği her iki kurum arasında bir farklılık yaratmanın gerekçesi olarak kullanılamaz. Çünkü bazı yazarlarca ifade edildiği gibi bu modelin özü kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğini gösterir ve kamu hizmeti imtiyaz usulü için anayasa ve yasalarda öngörülen usul kurallarını bertaraf etmek için ortaya

çıkıştır. Yabancı personel konusundaki imtiyaz usulünde getirilen kısıtlamalar dönemin niteliği gereği getirilmiştir.¹⁸⁶

Sonuç olarak Yap-İşlet-Devret modeli ile kamu hizmeti imtiyazı ve buna ilişkin idari sözleşmeler arasındaki büyük benzerlikler dikkati çekmektedir.

9. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi

A. Yap-İşlet-Devret Modelinin Yasal Dayanakları

Yap-İşlet-Devret Modelinin yasal dayanakları yukarda ayrıntılı olarak incelendiğinden burada incelemeyeceğiz.¹⁸⁷

B. Modelin Hukuki Niteliği

Yap-İşlet-Devret modeli konusundaki temel yasa olan 3996 Sayılı Yasada Yap-İşlet-Devret modelini iktisadi anlamda bir finans modeli, hukuki bakımdan özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu, imtiyaz teşkil etmeyeceği, 10 Haziran 1326 Tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ve 25.6.1932 Tarihli ve 2025 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacak¹⁸⁸ olduğu, belirtilmiştir.

Dikkati çeken nokta yukarda ifade edilen düzenlemede “imtiyaz” sözcüğünün kullanılmaması yolundaki eğilimdir. Bunun nedenleri de imtiyaz sözcüğünün Osmanlı Dönemi Kapitülasyonlarını anımsatması ve imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili Anayasa ve yasalarla belirlenmiş usul kurallarına uyulmak istenmemesi olarak ifade edilmiştir.¹⁸⁹

Yap-İşlet-Devret modeli konusundaki yasal düzenlemeleri ve yasa koyucunun bu yöndeki iradesini gözönüne aldığımızda bu konudaki sözleşmeler Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmeyecektir. Danıştay'da verdiği kararlarda yasal düzenlemeye dayanarak kendisinin sözleşmeleri inceleyemeyeceğine karar vermiştir.

Oysa yukarda değişik vesilelerle değinilen Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi anayasal bir hükümle güvence altına alınmıştır. Yasa koyucunun düzenlemesi bu nedenle Anayasaya aykırıdır.

¹⁸⁶ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, a.g.m., s. 318-321; ÖZAY, İl Han: a.g.e., s. 273-275.

¹⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm Yasal Düzenlemelerde Yap-İşlet-Devret Modeli.

¹⁸⁸ 24 Haziran 1326 Tarih ve 576 Sayılı R.G., Düstur-Tertip. 2, C.2, s.362; 2025 Sayılı Kanun 2.7.1932 Tarih ve 2139 sayılı R.G., Düstur-Tertip. 2, C. 13, s. 564.

¹⁸⁹ ÖZAY, İl Han: a.g.e., s.273-275.

Doktrinde genellikle yap-işlet-devret modeline dayanarak yapılan sözleşmelerin ortada bir kamu hizmeti varsa ve bu hizmet idare tarafından özel kişilere devredilmişse ortada imtiyaz sözleşmesinin varlığının söz konusu olduğu ve bunun farklı bir isimle nitelendirmenin önemli olmadığı yolundaki görüş hakim grnmektedir¹⁹⁰.



¹⁹⁰ BİLGEN, Percev: a.g.m., s.7 99-801; DURAN, Lütfi: a.g.m., s. 162-170; ÖZAY, İl Han: a.g.e., s. 273-275; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, a.g.m., s. 318-325.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN HÜKÜMLERİ VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN DAVA VE SULH YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

& 1. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDA TARAFLARIN HAK YETKİ VE SORUMLULUKLARI

Sözleşmelerin uygulanmasında, idare karşı tarafa nazaran üstün hak ve ayrıcalıklara sahiptir. Taraflar arasındaki eşitsizliğin mali yönden bir sınırı vardır ki, bu da, sözleşmenin yapıldığı esnada âkidin öngördüğü karşılığı kendisine her halükarda sağlaması gerektiğidir.¹

Özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, İdari sözleşmeler de sadece tarafları bağlar. Üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak veya onları borç altına girdirecek sözleşmeler yapılamaz. Anılan hususlar sebebiyle idari sözleşmelerin, özellik ve kapsamlarından doğan hakların, idare ve karşı taraf açısından irdelenmesi yerinde olur.²

İdarenin, idari sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarının bulunmasına karşın, özel hukuk sözleşmelerinde bu yetki ve ayrıcalıklar söz konusu olamaz. Konuya hakim olmak açısından bu iki sözleşme türünü mukayeseli bir biçimde açıklayacak olursak:

- İdarenin, özel kişiler gibi, Medeni Hukuk çerçevesinde alım-satım, kira, hizmet, istisna vb. akitleri idarenin özel hukuk sözleşmeleridir.³

- İdarenin kamusal yetkilerini kullanarak yaptığı sözleşmeler ise idari nitelikteki sözleşmelerdir.⁴

- İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ihtilaflar adli yargıda giderilirken, idari sözleşmelerinde vuku bulan ihtilaflar idari yargıda giderilir.⁵

¹ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 439.

² AYHAN, Önder: "İdari Sözleşmeler", Danıştay Dergisi, 1979, C. 32-33, s. 122.

³ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 427.

⁴ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 428.

⁵ AYHAN, Önder: a.g.m., s. 94.

- Özel Hukuk sözleşmeleri, statü olarak Borçlar ve Ticaret Kanunlarına tabii iken, İdari sözleşmeler, kısmen kanunlara dayanmakla beraber esas itibariyle mahkeme içtihatlarından oluşmuş İdare Hukuku kurallarına tabidir.⁶

İdari Sözleşmenin uygulanması sırasında âkid, tarafların irade ve tahmini dışında kalan bir takım güçlüklerle karşılaşır ve bu sebeple vecibeleri ağırlaşır, idare bunu tazmin ve telafi etmelidir. Buna “mali denge ilkesi” denilmektedir.⁷

Kamu hizmetinin devamlılığının sağlanması için, öngörülemeyen haller vuku bulduğunda, mahkeme içtihatlarında beliren “bey’in eylemi” (fait du prince) ve “öngörülemezlik” (imprevison) kuramları uygulamaya girmiştir.⁸ Aşağıda yeri geldiğinde bu kuramlara değinilecektir.

I. İDARENİN YETKİLERİ

İdari mukavelelerin karma mahiyeti bunların tatbik ve icra safhasında taraflar arasında, özel hukuk akidlerinde görülmeyen ve özellikle idarenin gücüne dayanan üstün yetkilerinden doğan bazı münasebetlerin mevcudiyetini icap ettirir.⁹

İdare, âkid sıfatıyla, karşı taraftan, ödev ve yükümlülüklerini yerine getirmesini talep edebilir. Karşı taraf, şahsen ifa zorundadır. İdareden izin alınmaksızın iş başkasına devredilemez. Sorumluluk kendi üzerinde kalmak koşuluyla ortak alabilir ve taşeron kullanabilir.¹⁰

Zorunlu sebepler olmadıkça âkid yükümlülüklerinden kurtulamaz.

1. Denetim Yetkisi

İdare, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini yapacağı denetimlerle kontrol edebilir. Karşı akide uygun gördüğü emir ve talimatı verir. Bayındırlık işlerinde kontrol heyeti, kamu imtiyazlarında hükümet komiserleri gibi kanallarla denetim yetkisi yerine getirilir. Bu denetimlerin neticesinde, icrai karar almak ve res’en harekete geçerek bu kararları uygulamak imkanı vardır.

Bu denetim yetkisinin idari sözleşmelerde idareye tanınmış bir yetki olduğunu ve kaynağını da kamu hizmetinin yerine getirilmesinden aldığını belirttik.

Ancak, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de amaç bir kamu hizmetinin ifasıdır. Bu sözleşmelerde idare karşı akid ile özel hukuk hükümlerine göre, özellikle Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine göre sözleşme akdetmekte ve taraflar

⁶ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, C.3, 3. bası, s. 1594.

⁷ DURAN, Lütfi: a.g.e., s.442.

⁸ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 443.

⁹ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1627.

arasında eşitlik söz konusu olmaktadır. Fakat bu eşitlik ve serbesti nereye kadar olacaktır. Karşı âkid kamu hizmetini gereği gibi ifa edemezse, idare denetim yetkim yok bu nedenle sorunu mahkemeler aracılığıyla çözümleyeyim mi diyecektir, yoksa bu sözleşmelerde de idare doğrudan doğruya denetim yetkisini kullanabilecek midir.? Kanaatimizce idareye bu yetki özel hukuk sözleşmelerinde tanınmamalı, çıkacak olan sorunlar mahkeme kanalı ile çözüme kavuşturulmalıdır.

2. Sözleşmeyi Tek Taraflı Olarak Değiştirebilme Yetkisi

İdare, sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapabilir (karşı tarafın ödev ve yükümlülüklerine tek taraflı irade ile arttırıp-azaltma). Doktrinde bu durum; özel hukuk ilişkilerinde, âkitlerden birinin iradesiyle sözleşmelerin değiştirilmesi, bu işlemin özüne ve niteliğine aykırı düştüğünden idarenin tek taraflı olarak böyle bir yetkiyi kullanabileceği itiraz ve tartışma konusu olmaktadır.¹¹ Bir kısım yazarlar bu yetkinin bulunduğunu kabul ederken, aksi görüşte olanlar bulunmadığını savunmaktadırlar. Mevzuat ve içtihatlarda kamu hizmetlerindeki değişkenlik ilkesi gereğince, kamusal ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde idarenin sözleşmelerde değişiklik yapabilmesi uygun görülmektedir.

Bayındırlık işlerinde kontrol heyeti, kamu hizmeti imtiyazlarında hükümet komiserlerinin icra ettiği murakabe neticesinde, icrai bir takım kararlar alınması ve res'en hareket etmek suretiyle tatbiki mümkündür.

İdari sözleşmelerin şart-tasarruf mahiyeti bunların bu kısımlarında tek taraflı değişiklikler yapmak kudretinin idareye tanınmasını icap ettirir.¹²

1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye kanunu m.135 de “ İnşaata müteâllik bir mukavelenin tatbiki sırasında tadil zarureti hasıl olduğu ve binnetice imalat veya levazımın tezyit veya tenkisi icap ettiği takdirde müteahhit taahhüdünün mecmuuna nazaran yüzde yirmi nispetindeki tadilatı aynı şerait dahilinde ifaya mecburdur. Bu takdirde yapılacak fazla işin bedeli ayrıca ilave ve noksanının bedeli tenzil olunur. Bu nispetler fevkinde yapılan fazla işin usulü dairesinde yeniden mukavele akdolunmak lazımdır.” denilmekle değişikliğin şekil ve derecesini göstermektedir.

Akidi kollamak ve güvenceye bağlamak için, sözleşmelerin tek yanlı olarak değiştirilmesinde, yeni ihtiyaçların ortaya çıkması ve değişikliğin belli bir ölçüyü aşmaması şartları aranmaktadır. Bunlara riayet edilmeyerek tek taraflı değiştirme

¹⁰ GİRİTLİ- BİLGİN :İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1970, s. 218.

¹¹ DURAN, Lütfi:a.g.e., s. 439-440.

yetkisinin kullanılması halinde, karşı taraf, mahkemeye başvurarak, sözleşmenin feshini isteyebilir. İdarenin, tek taraflı değiştirme hakkının olduğu durumlarda sözleşmeyi değiştirirken karşı âkide, artan yükümlülüğü oranında karşılığının verilmesi gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken ana tema idarenin sözleşmeyi neden değiştirdiğidir. Değiştirmese ne olur? Sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklikler olsa da, İdare, “ben sözleşme akdettim, yükümlülük altına girdim, üstelik devleti temsil ettiğim için güvenli olmam, karşı tarafa güven vermem için işin sonuna kadar sözleşmeye dokunmadan aynen uygulamam gerekir” mi demelidir? Yoksa yukarıda da değinildiği üzere nihai amaç olan kamu hizmeti ve kamu yararının gerçekleştirilmesi için sözleşmede değişiklik yapmak gerektiğinde, toplum menfaatlerini düşünerek bu değişikliği yapabilmeli midir? Hiç şüphesiz ki idare, toplum için varolduğundan, toplum olmadan idareden bahsolanamayacağından bu toplumun menfaati neyi gerektiriyorsa, kamu yararı hangi doğrultuda ise idare o yönde hareket edebilmeli ve gerektiğinde idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklikler yapabilmelidir. Bu yetki sözleşmenin şart tasarruf niteliğindeki hükümleri üzerinde mevcuttur. Bu değiştirme sözleşmenin konusunu tamamen değiştirmek kadar ağır olamaz. Karşı tarafın üstlendiği yükümlülüklerden bütünüyle ayrı mahiyette değişik yükümlülükler getirmek kadar da ağır olamaz. Şartnamede gösterilen konunun icra tarzı değiştirilebilir, ancak bu konu yerine diğeri ikâme edilemez. Sözleşmenin konusunun mahiyetini değiştirecek tadiller karşısında karşı taraf sözleşmenin feshini isteyebilir. İdarenin yaptığı değişikliğin derecesini hakim takdir eder.¹³ ONAR’a göre idare tek taraflı olarak idari mukavelelerin mali hükümlerinde değişiklik yapamaz.

İdari mukavelelerde idarenin âkide sağlayacağı mali menfaat, iki tarafın anlaşmasıyla, yeni bir akit ile değiştirilebilir.

Zaten idari sözleşmeler karma nitelikli bir tasarruftur (şart işlem-sübjektif işlem). Bu sözleşmelerde, sözleşme karakteri, idare ile diğer taraf arasındaki mali muvazenede belirir.

İdare tarafından yapılan tek taraflı değişiklikle, karşı akidin sözleşmeden beklediği kar azalır yada külfetlerinin arttığı ileri sürülürse ve bu sebeple de bozulan

¹² ONAR, Sıddık Sami:a.g.e., s. 1628.

¹³ ONAR, Sıddık Sami:a.g.e., s. 1630.

mali dengenin iadesi istenirse bu isteklerin dinlenebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır.¹⁴

- İdarenin, mukavelenin kaide-tasarruf (şart tasarruf) niteliğindeki hükümlerinde yaptığı değişikliğin mali dengeye tesir etmesi gerekir.
- Bunun neticesinde âkidin beklediği kârın azalması veya külfetlerinin çoğalması gerekir.
- Ayrıca idarenin akde muhalif hareketleri karşı tarafa tazminat isteme yetkisini verir. Bu tazminat zarar ve ziyanın iki unsuru olan zarar ve kâr mahrumiyetini içerir.
- Bunlardan başka idare kamu hizmeti ve kamu menfaatlerinin zorunlu kıldığı ve bu sebeple akide ifa ettirdiği munzam edimleri de ödemekle yükümlüdür.
- İdare tasarruf ve fiiliyle karşı tarafın vecibelerini ağırlaştırırsa, daha ağır külfetler altına girmesini gerektirecek durum ihdas ederse onun bu yüzden katlanacağı masrafları ve uğrayacağı zararları bütünüyle karşılamak ve bozulan mali dengeyi tekrar kurmak zorundadır.

3. İdarenin Yargı Kararına Dayanmaksızın Yaptırım Uygulayabilmesi

Karşı tarafın ihmal, kötü ifa, gecikme ve hile gibi kusurlu eylemlerine karşı idare yaptırımlar uygulayabilir. İdarenin uygulayacağı yaptırımların aşağıdaki özellikleri taşıması gerekir.¹⁵

- Yaptırım uygulama yetkisi asli ve umumidir, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, gerektiğinde kullanılabilir.
- Tek taraflı işlemlerle ve doğrudan doğruya uygulanır. (Akidin kusurlu olduğunun önceden mahkeme hükmü ile tespiti ve sonradan genel icra yoluyla yerine getirilmesi zorunlu değildir). Belirtmek gerekir ki kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin ıskatı bu söylenenlerden ayrı bir özellik arzeder.
- Yaptırımlar, yalnız zararın tazminini değil, kamu yararı gereğine uygun biçimde fiilen ifayı sağlayacak nitelik ve güçtedir.
- Ancak idarenin haksız yaptırım işlem ve eylemlerinden dolayı akid, bu sebeple uğradığı zararları, mahkemeye başvurarak idareden alabilir.

¹⁴ ONAR, Sıddık Sami:a.g.c., s. 1632.

¹⁵ DURAN, Lütfi:a.g.c., s. 440-441.

A. Para Yaptırımları

Sözleşme ile kararlaştırılır, bazı durumlarda da kanunda öngörölmüş olabilir. Sözleşmede öngörölen cezai şart niteliğindeki para cezaları ile uğranılan zarara mukabil idarece belirlenecek bir miktar tazminat âkit tarafından karşı âkit durumundaki idareye verilir. İdare bu yaptırımı, âkidin teminatını doğrudan irad kaydetmek suretiyle uygular.¹⁶

İdare, kamu alacaklarını İİK. hükümlerine uymaksızın kendi teşkilatı ile tahsil etme yetkisine sahiptir. İdarenin bu yetkisi 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. İdareye tanınmış olan bu yetki sadece kamu hukuku alanındaki alacaklarına ilişkindir. Buna karşılık özel hukuk alanındaki alacaklarını res' en tahsil etme yetkisi bulunmamaktadır.

B. İşletmeye Geçici Olarak El Koyma Yetkisi

İmtiyaz sahibinin haklarını kullanmasını ve imtiyazı işletme yetkisini geçici olarak kaldıran ve idareye imtiyaz sahibi nam ve hesabına işletme gücünü veren bir yaptırımdır. Bu yaptırım imtiyaz tesisatında idarenin geçici bir zilyetliğini ifade eder¹⁷.

İmtiyaz sahibinin geçici bir takım sebeplerle, hizmetini lüzumu gibi yerine getirememesi, hizmetin geçici ve arızı sebeplerden ötürü yapılamaması hallerinde bu yaptırım yoluna başvurulabilir.¹⁸ Bu durumda idare imtiyaz sahibi yerine geçerek kamu hizmetini ifa eder.

Geçici olarak el koyma yaptırımı icrai bir kararla ve re'sen hareket yolu ile uygulanır. İmtiyaz sahibi bu karar aleyhine idare mahkemesine başvurabilir. Yapılan başvuru yaptırımın yürürlüğüne engel teşkil etmez. Ancak yürütmenin durdurulması kararı alındığında yaptırımın tatbikine mani olunmuş olunur.

C. Sözleşmenin Feshedilmesi

Karşı tarafın ağır kusuru sebebiyle (Tek taraflı ve tazminatsız) sözleşmenin idare tarafından feshedilmesidir¹⁹. Bu yetki, yatırılan sermayenin büyüklüğü ve neticede ortaya çıkacak problemler dikkate alınarak imtiyaz sözleşmelerinde kabul edilmemektedir. Bunun yerine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idare, hizmetin gereği gibi yürütölmesini sağlamak için işe geçici olarak el koyar ve daha sonra sözleşmesinin feshedölmesini sağlamak için idari yargıya başvurur. Böylece aynı sonucu

¹⁶ GİRİTLİ-BİLGİN:a.g.e., s. 221.

¹⁷ ONAR,Sıddık Sami:a.g.e., s. 1628-1639.

¹⁸ GİRİTLİ-BİLGİN:a.g.e., s. 222.

elde eder, fakat çok daha az hukuki problem çıkmış olur. Yahut da , tek taraflı fesih sonucu çıkacak bir çok hukuki problem baştan önlemiş olur.

Geçici el koyma muvakkat bir tedbir olduğu ve sadece zilyetliğe tesir ettiği, âkidin hukuki durumu üzerinde bir tesiri olmadığı halde fesih, sözleşmeden doğan hukuki durumları tamamen ortadan kaldırır. Bu müeyyide âkidin ağır kusuruna mukabil olarak tatbik edilir. Kusurun ağır olmadığı ve giderilebilir olduğu durumlarda geçici el koyma müeyyidesi uygulanmalıdır.

Fesih, kamu hizmetinin karakterinden çıkmakta ve idare kudretine dayanmaktadır. ONAR'a göre, anılan sebepten ötürü gerek fesih ve gerekse el koyma müeyyidesinin sözleşmede şartname ile kaldırılmasına imkan yoktur. Sözleşme ve şartnamede bunların tatbik edilmeyeceğine dair bir sarahat olsa bile bu sarahat hükümsüzdür. İdare, kamu hizmetinin karakterlerine ve idare kudretine dayanan bu müeyyideden feragat edemez.

Fransız doktrin ve içtihatlarında fesih yaptırımının tatbikinde mahkeme kararına ihtiyaç görülmesi kabul edilmiştir. ONAR'a göre bu usul âkid için bir teminat mahiyetindedir ve doğru bir görüştür. Türk İctihatlarında da bu yaptırımın re'sen hareket yoluyla tatbik edileceğini kabul eden kararlar olduğu gibi idari yargının kararı olmadıkça tatbik edilemeyeceğine dair kararlar da vardır. Fransız doktrin ve içtihadı fesihte hakimin hükmünü ararken hukukun genel kaidelerine dayanmaktadır. Fransa da medeni hukuk alanında bu esas uygulanmaktadır. Yani Fransız özel hukukuna göre akitlerin ancak hakimin hükmü ile fesih edilebileceği, âkidin doğrudan doğruya fesih yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.

Oysa Alman hukuku ile İsviçre ve Türk Borçlar kanunlarında fesih hakkı âkiddedir. Fesih sebebi mevcutsa fesih yetkisine haiz olan taraf kendi fesih iradesini izhar etmekle akit ortadan kalkar, diğer taraf fesih sebebi mevcut olmadığı kanaatinde ise fesih iradesinin yerinde kullanılmadığından ötürü durumun iadesi veya zarar ve ziyanın önlenmesi için dava açar, hakim, tarafın fesih iradesini yerinde kullanıp kullanmadığını inceler, yani fesih hakim kararı ile değil, fesih hakkına haiz tarafın, izhar ettiği irade ile hasıl olur. Bu bakımdan Fransız hukuk sistemiyle; Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri arasında fark vardır.

¹⁹ GİRİTLİ-BİLGİN:a.g.e., s. 223; AYHAN, Önder :a.g.m., s. 127-128; ONAR, Sıddık Sami:a.g.e., s. 1639- 1641;DURAN, Lütüfi:a.g.e., s. 441.

İdare hukuku alanına dönecek olursak, gerek el koyma ve gerekse fesih sebebe dayanan tasarruflardan olduğu için âkidin itirazı halinde, idare mahkemesi idarenin bu yaptırımları tatbik hususunda öne sürdüğü sebep unsurlarını maddi ve hukuki bakımdan inceleyebilir.

Fesih yaptırımının tatbiki halinde âkid bütün haklarını kaybedeceğinden idareden herhangi bir şey talep edemez ve bazı durumlarda idare karşı âkidden tazminat dahi isteyebilir.

El koyma ve fesih yaptırımı, idari yargı tarafından iptal edilirse âkidin zilyetliği ve hakları tekrar vuku bulur.

4. İdarenin Sözleşmeye Son Verme Yetkisi

Kamu yararı gerektiriyorsa âkidin kusuru olmasa dahi idarenin sözleşmeyi tek yanlı feshetmesi halidir. Bu durumda idare, akidin zararını öderken duruma göre beklenen kazanç ve kârı da öder.

Burada üzerinde durulması gereken bir kavram olarak “Raşa (Rachat)” vardır.²⁰

Raşa, idari sözleşme devam ederken, mütemmim cüz ve teferruatı ile birlikte bedeli ödenmek suretiyle imtiyazın satın alma yöntemiyle geri alınmasına ve idari sözleşmeye son verilmesine dair idarenin takdiri bir karardır. Raşa sebep unsuru bakımından takdiri olan icrai karar niteliğinde tek taraflı bir hukuki tasarruftur. İdari sözleşmenin süresi dolmadan önce ortadan kalkması ve verilmiş olan imtiyaza bağlı gayrimenkul ve menkul tesisat ve hakların idareye intikalidir.

Raşa, bütünüyle idare hukukuna özgü olup, idare kudretine dayanan bir yöntemdir. Raşa kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesinde idarenin sahip olduğu yetkinin bir sonucudur. Örneğin, bir kamu hizmetine son vermek yahut belirli bir yerdeki kamu hizmeti tesisatını ve faaliyetlerini milli müdafaa gibi takdiri düşüncelerle kaldırmak “Raşa”dır. Bir hizmeti ve buna ait teşebbüsü millileştirmek, devletleştirmek veya belediyece işletilmek için bütünüyle siyasi ve takdiri sebep ve amaçlarla raşa yoluna başvurulabilirler. Raşa idarenin haiz olduğu ve niteliği itibarıyla feragat ve ıskat edilmesi mümkün olmayan haklardandır. Raşa hakkının kullanılmayacağına dair şartname ya da sözleşmeye konulacak bir hüküm geçerli değildir. Hatta raşa hakkının kullanılmasını imkansız hale getirecek ölçüdeki ağır şartlar dahi bu haktan feragat ve bu hakkı ıskat niteliğinde kabul olunarak geçersiz sayılır.

²⁰ ONAR, Sıddık Sami:a.g.e., s. 1641-1645.

Raşa yoluyla, Anadolu ve Bağdat demiryolları ve başkaca şirketler tarafından işletilen demiryolları, su şirketleri, İstanbul Rıhtım Şirketi, havagazı şirketleri devletleştirilmiş ve daha sonra iktisadi devlet teşekkülü şeklinde işletilmiştir.

Raşa, akdi raşa ve re'sen uygulanan raşa olmak üzere iki çeşittir. Akdi raşa şartname yada sözleşmede kabul edilmiş olan raşadır. Sözleşmede bu türden bir raşa kararlaştırıldığı ve şartları tespit edildiği takdirde bu hükümler uygulanır ve raşa bu hükümler çerçevesinde yapılır. Fakat bu hükümler, re'sen uygulanacak raşadan çok ağırsa ve raşayı imkansızlaştırıyorsa hükümsüz sayılır. Re'sen raşa, sözleşmede raşa hakkında bir hüküm olmadığı yada sözleşme belirli bir sürenin hitamından sonra raşayı kabul ettiği durumlarda uygulanacak olan raşadır. Sözleşmede raşaya dair bir hükmün bulunmaması idarenin raşa hakkını kaldırmaz. Hatta sözleşmenin belirli bir sürenin hitamından sonra raşanın uygulanacağına ilişkin bir hükmü içermesi halinde de bu sürenin hitamından önce raşanın yapılmasına engel teşkil etmez. Böyle bir durumda sözleşmede kabul edilen sürenin hitamından önce de re'sen raşa yolu ile idari sözleşmeye son verilebilir.

Raşa tek taraflı bir hukuki tasarruf ve icrai karardır. Raşanın unsurlarını irdelenecek olursak;

- Sebep: Sebep unsuru bakımından raşa takdiridir. Çeşitli sebeplerle idare raşa kararı verebilir. İhtilaf halinde hakim hukuki sebeplerin hukuki kıymetini takdir edemez.

- Salahiyet: Sözleşmeyi yapan idare tek taraflı olarak raşa yoluyla buna son verebilir.

- Konu: Raşanın konusu imtiyazın konusuna giren kamu hizmetinin görülmesi için zorunlu olan eşyanın mütemmim cüz ve teferruatı ile, idareye intikalidir. Bu intikal sırasında uygun olan bedel karşı akide idare tarafından ödenir.

- Şekil : Raşa icrai bir karar ve re'sen hareket yoluyla uygulanır. İhtilaf vuku bulduğunda idari yargıya müracaat edilir. Bedel karşılığı olarak belirlenmemişse idare tarafından takdir edilir, itiraz olursa idare mahkemesi bu ihtilafı da giderir.

- Amaç: Raşanın çeşitli sebeplerle yapıldığına, mali menfaatler için de raşanın mümkün olduğuna yukarıdaki açıklamalarımızda değinmiştik. Fakat raşa, âkid tarafı ızzar kastıyla yapılır ve kamu menfaatinden söz edilemeyen bir amaç bulunursa ne

olacaktır? ONAR'a göre böyle bir durumda raşa amaç unsuru bakımından sakatlanmış olur.

Bedel ve tazminatın unsurlarını irdeleyecek olursak:

Raşa karşılığı verilecek bedelin ve tazminatın unsurları hukuken bellidir. Bedel ihtilafları üzerinde hakimnin oldukça geniş bir inceleme ve takdir yetkisi vardır.

Raşa sözleşme ile kararlaştırılmış ise ve sözleşmede raşa bedeli hakkında hükümler ihtiva ediyorsa bedel bu hükümler muvacehenesinde takdir edilir. Hilafı takdirde raşa bedeli aşağıdaki unsurlardan oluşur.

- Amortisman çıktıktan sonra tesisat kıymetleri,
- Levazım, mobilya gibi menkul eşya kıymetleri,
- Kâr mahrumluğu tazminatı,
- Şirket memur ve müstahdemlerine verilecek tazminat,

Amortisman çıktıktan sonra tesisat kıymetleri : İmtiyaz sahibi tesisatı yapmakla bunların ayınları üzerindeki haklarını kaybetmiştir. Bunları söküp götüremez. İmtiyaz sahibinin isteyebileceği şey imtiyaz hakkından sözleşmede kabul edilen süreden önce mahrum kaldığı için bu tesislerin amortismandan noksan kalan bedelidir. Eğer raşa olmasaydı imtiyaz sahibi sürenin sonunda kazancından bunların amortismanını temin edeceğinden elde edilmeyen bu amortisman bedelinin ödenmesi hakkaniyet gereğidir. İmtiyaz sahibine tesisat karşılığı olarak verilecek tazminat bunlar için harcanan paradan o ana kadar amorti edilen kısmın düşülmesinden sonra kalacak miktardır.

Bu kuralı sınırlayan iki durum vardır: İmtiyaz sözleşmesinde imtiyaz süresinin bitiminde idarenin tesisat karşılığı olarak bir bedel vereceğine dair bir hüküm varsa bunun da bedeli bu unsuruna ilavesi gerekir. Hilafına olarak da idare bedelin bu unsurundan tesisatın yenilenmesi için ayrılması gereken bir fonun (sınai itfa) indirmek arzusunda olabilir. Anlatılmak istenen şudur: İmtiyaz sahibinin tesisatı iyi bir şekilde muhafaza etmek ve yenilemek için bir para ayırması gerekiyorsa ve bu para ayrılmamış ve tesisat yenilenmemiş ise idare, tesisatı yenilemek için bu masrafları yapmak zorunda olduğundan bahisle bu miktarı tesisat karşılığından indirmek isteyebilir. Fakat imtiyaz sahibi de anılan masraflar yapılmış olduğu takdirde tesisat karşılığının da çoğalmış olması gerekeceğini ve yeniden bir indirim yapmak için bir neden olmadığını öne sürebilir.

Levazım, mobilya gibi menkul eşya kıymetleri: İmtiyazın konusu olan kamu hizmetinin işletilmesi için asıl tesisata eklenmesi, onunla birlikte kullanılması gereken

eşya da raşā konusuna dahil olduğundan raşā bedelinin bir unsurunu da bunların karşılığı oluşturur. Bunlar imtiyaz ve kamu emlakı ile kaynaşarak mütemmim cüz'ü sıfatını almadıklarından dolayı bunlar üzerinde imtiyaz sahibinin aynı hakkı sürmektedir. Bu nedenle, bunların bedelinin takdirinde o zamanki piyasa fiyatları dikkate alınmalıdır.

Kâr mahrumluğu tazminatı: Raşā sebebiyle âkid taraf kârdan mahrum kalmıştır. Bu kâr da; temin edilmekte olan kâr ile, ileride temin edilecek kârdır. Temin edilen kârın karşılığı bir tazminat vermek gerektiği gibi gelecekteki kâr içinde bir tazminat verilir.

Şirket memur ve müstahdemlerine verilecek tazminat: Raşā nedeniyle memur ve müstahdemlerin çalışmalarına imkan olmayacaktır. Bu sebeple de âkid, memur ve müstahdemlerine bir tazminat vermek zorunda olacaktır. İşte bunun karşılığı da raşā bedel ve tazminatının bir unsurunu oluşturur.

II. KARŞI AKİDİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

- Sözleşme konusu kamu hizmetini şahsen ifa etmek,
- Kamu hizmetini sözleşme şartlarına ve şartname esaslarına uygun olarak yürütmek,
- Katlanma yükümlülüğü: İdarenin denetimine, sözleşmede tek yanlı olarak yapacağı değişikliklere, kusurlu davranışı olduğunda uygulanacak yaptırımlara katlanmak,

Olarak sıralanabilir.

Son iki şıkka yazımızın muhtelif yerlerinde değinilmiş olduğundan burada akidın taşeron kullanmasına değinilecektir.

Kural olarak âkid, sözleşme konusu kamu hizmetini şahsen ifa ile yükümlü olmakla birlikte işin niteliği gereği bir alt-müteahhit (taşeron) kullanılmasının kaçınılmaz olduğu hallerle karşı karşıya kaldığında, idareden izin almak koşuluyla anılan bu işi şahsen ifa yerine taşerona gödürebilir.

Bu durumda âkid ile taşeron arasındaki ilişki bağımsız bir istisna sözleşmesi olmaktadır.

Taşerona talimat vermek yetkisi ve hakkı âkide aittir. Akit ile taşeron arasındaki hukuki ilişkiden doğan ihtilaflar Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu muvacehesinde hallolunur.

İdare ile taşeron arasında akdi bir ilişki yoktur. Taşeron idareye karşı üçüncü kişidir. Ancak şartnameye veya sözleşmeye konulacak hükümlerle taşeron direkt olarak idareden de talimat alabilir. İdarenin taşerona karşı ücret ödeme borcu yoktur. Çünkü, taşeronun ücretini, normal koşullar altında akid karşılamaktadır. Ancak sözleşme ile bunun hilafı kararlaştırılmış olabilir. Akit taşeronun verdiği zararlardan dolayı idareye karşı sorumlu mudur?

Bizim de katıldığımız farazi kusur görüşüne göre taşeronun zarar verici davranışını bizzat âkid yapsa idi bu davranış âkide kusur olarak yükletilebilecek idi ise âkid doğacak zarardan sorumludur. Aksi halde sorumlu olmayacaktır. Akit işi idareden izin almaksızın devretmişse ve de taşeron işi yaparken idarenin mallarına (kamu mallarına) zarar vermişse bundan, âkid sorumludur.

III. KARŞI AKİDİN HAKLARI

1. Kamusal Olanaklar

İdare, akdin uygulanmasını sağlamak maksadıyla karşı âkide faaliyet konusunda tekel sağlayabilir, kamulaştırma yapabilir, özel gayrimenkullere geçici olarak işgal etme yetkisi verebilir, yararlanarlardan vergi niteliğinde gelir tahsiline ve suç işleyenler hakkında zabıt tanzimine müsaade edebilir. Bu yetki ve kolaylıklar karşı âkidin çıkarını kollamak ve korumak için değil, kamu yararının gerçekleştirilmesi için idare ile karşı taraf arasında işbirliğini sağlamak amacıyla tanınır²¹.

2. Mali Haklar

Bedel alacağı, avans alacağı, tazminat isteyebilme gibi haklar bu kategoriye dahildir²².

- Bedel alacağı: İmtiyaz sözleşmeleri dışında kalan idari sözleşmelerde, karşı taraf akdi icra etmekle, bu kamu hizmetine karşılık idareden bir bedel alır. Bunun için yapılan işin idarece görevlendirilen bir kişi veya kurul tarafından, sözleşme ve şartname hükümlerine uygunluğunun belirlenmesi gerekir (Hakediş). Aynı şekilde, sözleşme ile çalıştırılan personelin de sözleşmeden doğan hakkını alabilmesi için kendisine tevdi edilen hizmeti yerine getirmesi gerekir.

- Avans alacağı: Kamu hizmetinin tamamı bitirilmeden o ana dek yapılan iş baz alınarak, daha sonraki işler için, idarece müteahhide, alacağından mahsup edilmek üzere bir miktar avans verilebilir.

²¹ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 442.

²² AYHAN, Önder: a.g.m., s. 125; DURAN, Lütfi:a.g.e., s. 443-445; ONAR, Sıddık Sami:a.g.e.,

- Tazminat yetkisi: İdare, tek taraflı tasarruflarıyla, karşı âkidin yükümlülüğünün artmasına veya kârının azalmasına neden olduğunda, âkid tarafın bir tazminat istemek yetkisi doğar. Akidin isteyebileceği bu tazminatın koşulları, yukarıda, idarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisinde incelenmişti.

Sözleşmelerin bedele ilişkin hükümleri, idarenin tek yanlı değiştirme yetkisini kullanamayacağı unsurlardır. Mali konularda taraflar arasında işbirliği esası geçerlidir. Bundan da mali denge ilkesi ortaya çıkıyor. Mali denge ilkesi, bedelin, sözleşmede kesin ve değişmez şekilde kabul edilmeyip, âkide yüklenen gerçek külfetlere göre ayarlanması gerektiği düşüncesine dayanır.²³ Değişik bir ifadeyle sözleşmenin uygulanması sırasında âkid, tarafların irade ve tahmini dışında kalan bir takım güçlüklerle karşılaşarak vecibeleri ağırlaşır, idare bunu telafi etmelidir. DURAN'a göre bu öngörülemeyen yükümler kavramı, mahkeme içtihatlarında beliren bey'in eylemi ve imprevision kuramları ile uygulamaya geçmiştir.

Bey'in eylemi (fait du prince)²⁴: ÖZAY'a göre kelime kelime çevrildiğinde "egemen olgusu" diye anılmak gereken bu kavramdaki "prince " tıpkı Maclavelli'nin aynı isimli baş yapıtında kastedildiği gibi "egemenlik", yani idare hukuku terimleri ile "kamu gücü", başka bir deyişle de "idare" dir. "fait " ise "olgu" ya da "vakıa" anlamını taşımaktadır. Yani "fait du prince" (fe du prens) sözleşmenin uygulanması koşullarının idarenin karar ve işlemleri ile ağırlaşması kavramını anlatmak için kullanılan bir terimdir. ÖZAY eserinde örnekler veriyor; sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisi şirketin kullandığı bir hammadde üzerinde konulan yeni bir vergi, işçi asgari ücretleri veya sosyal güvenlik ödentilerinin arttırılması hep idare tarafından alınan tek yanlı durumlardır. Bununla beraber tazminat ödenerek bozulan dengenin yeniden kurulması ya da yargı yerinin "fait du prince" e dayanarak bunu kararlaştırması için sözleşmenin tarafı idarenin "birel" ya da "genel düzenleyici" bir işlem ve kararı olup olmaması ÖZAY'a göre çok önemlidir. Ona göre karar sözleşmenin tarafı idarenin "genel-düzenleyici işlem" i ise ve yukarıdaki örnekte kullanılan hammaddeye konulmuş yeni bir vergide olduğu gibi diğer tarafın yükünü ağırlatmışsa "fait du prince" uygulanabilir. Sözleşmenin tarafı idare, kolluk, vergilendirme gibi yetkilerine dayanarak yaptığı "birel işlem"i ile diğer tarafın yükünü arttırmışsa bunu gidermekle yükümlüdür. Böylece

s. 1631-1634.

²³ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 442.

²⁴ ÖZAY, İlhan: İkinci Binc Kavuşurken Gün Işığında Yönetim, İstanbul, 1986 s. 269-270; ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1633- 1634; DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 443.

“idari bilinmeyen neden” e bağılı olarak sözleşmenin dengesi bozulmuş ve idare tek yanlı iradesiyle karşı âkidin yükümlülüklerini değıştirdiğinden dolayı “fait du prince” mutlak olarak uygulanmalıdır.

Yine “fait du prince” kavramı yanlış olarak “bey’in eylemi” şeklinde çevrilmiştir. “Fait du prince” için “bey” olarak simgelenen kamu gücüne dayanılarak yapılan genel düzenleyici ya da birel işlemlerden, DURAN da örnekler vermek suretiyle aslında “eylem” değıl de “işlem” lerin söz konusu olduğunu anlatmaktadır.

DURAN’a göre²⁵, bey’in eylemi kuramında kamu gücünün (Bey) işlem ve davranışı sonucu sözleşmenin uygulanması şartları ağırlaşır sa idare âkidine bu farkı tazmin etmelidir. İdari bilinmeyen neden söz konusudur ve sözleşmenin dengesini bozmaktadır.

Sözleşmenin tarafı olan idare, tek yanlı iradesiyle âkidinin vecibelerini değıştirdiğı hallerde, bey’in eylemi kuramı tam olarak uygulanmaktadır. İdare, kolluk, vergileme gibi yetkilerini birel işlemlerle kullanarak karşı tarafın borçlarını arttırır sa, âkidin zararlarını tazminle yükümlüdür.

Sözleşmenin tarafı olmayan bir idarenin aldığı kararlar nedeniyle, karşı âkidin külfeti ağırlaşır sa bey’in eylemi kuramı işlemez, mesela; devlet yetkililerince, genel olarak işçi ücretlerinin yükseltilmesi veya sosyal güvenlik ödentilerinin arttırılması sonucu belediye ve illerin âkidleri, bey’in eylemi kuramına dayanarak idare veya devletten tazminat isteyemezler. Bu durumda, diğ er koşulları gerçekleşmiş se imprevision kuramına göre, zararlarının tazmini imkan dahilindedir.

Sözleşmeyi akdeden idarenin genel düzenleyici işlemleriyle karşı tarafın külfetini arttırmış sa, belirli şartlar dahilinde, bey’in eylemi kuramı uygulanabilir. DURAN’a göre, söz konusu işlem, sözleşmenin esaslı unsurlarından birini doğrudan etkilemelidir. Örnek olarak da idarenin, âkidinin kullandığı ilk maddeler üzerinde yeni bir vergi konulması gösteriliyor.

ONAR’a göre,²⁶ “Fait du prince”nin tatbik sahası, âkid idarenin kendi tasarruf yada fiilleri nedeniyle karşı âkidin durumunun ağırlaşması, borçların, külfetlerinin artması veya kârının azalması sebebiyle mukavele ile kurulmuş mali dengenin bozulması halidir. Mali dengenin bozulmasın da âkid idare mukavelenin kendine verdiği bir yetkiyi kullanmış olsa dahi bozulan mali dengeyi kurmaya mecburdur.

²⁵ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 443.

²⁶ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1633-1634.

İdarenin mali mesuliyetini gerektirir. Bu gibi hallerde akid idare, karşı tarafın teknil zararlarını ve kâr mahrumiyetini ödemek zorundadır. Tazminatın miktarı bozulan mali dengeyi iade edecek şekilde bütün zararlar ve kâr mahrumiyetidir.

İmprevision teorisinde ise ödenecek miktar karşı âkidin umulmayan haller nedeniyle uğradığı güçlük karşısında borçlarını ifa edebilmesi için yapılacak bir yardımdır, umulmayan halin sebebiyet verdiği zararlara iştirak suretiyle karşı âkidi iktisadi bir yıkımdan kurtaracak mali bir yardımdır. Böylece, "Fait du Prince" in, imprevision durumundan çok kapsamlı bir yetki, bir idari sorumluluk sebebi olduğunu görüyoruz.

3. Öngörülme Hâllerin Doğurduğu Güçlükler Nedeniyle Mali Yardımlar İsteme Hakkı (İmprevision)

"Fait du prince" in sözleşmeye dayalı bir sorumluluk esası olması ve bu sebeple bozulan mali dengenin geri gelebilmesi için bütün zararlar ve kâr yoksunluğunu karşılayan tam bir tazminat gerektirmesine karşın, "öngörülemezlik" in sözleşmenin konusunun da dışında tamamen bağımsız gelişen bir durum sayılması sebebiyle bunun dışında bir sorumluluk esasıdır.²⁷

İmprevision²⁸ kuramında, uzun süreli bir sözleşmenin uygulanması sırasında, ortaya çıkan iktisadi büyük değişiklikler dolayısıyla, âkidin zararına neden olabilecek ölçüde yükümlülüğü ağırlarsa, idare zararlarını paylaşmak durumundadır.²⁹ İmprevision kuramı tarihte ilk defa Fransa'da ortaya çıkmıştır. I. Dünya Savaşı içinde kömür fiyatlarının aniden fahiş derecede yükselmesi üzerine Bordo şehrinin havagazı imtiyazı şirketinin eski tarifelere göre, bu kamu hizmetini sürdürmesi halinde iflas edecek olması nedeniyle Fransız Danıştay'ına (Conseil d'Etat) başvurulması üzerine; Fransız Danıştay'ınca 24 Mart 1916 tarihli bir karar verilmiştir. Bordo şehrinin gaz ihtiyacını karşılayan şirketin şartname ve imtiyaz mukavelesine göre abonelere verilecek gazın fiyatları kömür fiyatlarını esas tutan bir formüle göre tespit edilmektedir. Muayyen bir nispet dahilinde kömür fiyatlarında vaki olacak inme ve çıkmalara göre de tarifelerde tadil yapılacak ve gaz fiyatları da inip çıkacaktır. Ancak gaz fiyatlarındaki bu iniş ve çıkış için asgari ve azami bir hat yani gaz fiyatlarının kömür ne kadar inerse veya çıkarsa çıksın, muayyen bir miktardan az veya çok

²⁷ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 270.

²⁸ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 270-272; DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 444-445; ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1635-1637; AYHAN, Önder: a.g.m., s. 125-126.

²⁹ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 444.

olmaması esası da konulmuştur. Harp dolayısıyla kömür fiyatları çok evvelce takdir ve tahmin edilemeyecek bir miktara yükselmiş fakat şartname ve mukavele hükmü,dolayısıyla gaz fiyatlarının azami haddin üstüne çıkarılmasına imkan görülmemiştir. İhtilaf bu hadiseden çıkmış ve Danıştay mukavele ve şartnamenin bu hükmüne rağmen şirkete hak vermiş ve yardım yapılmasını kararlaştırmıştır.³⁰

Özel hukuk ilişkilerinde,bu gibi haller,sözleşmeden doğan hak ve borçlar üzerinde herhangi bir etki yapmaz. Nedeni de³¹ “akde vefa” (pacta sunt servanda) ilkesinin tüm ihtimallerde geçerli olmasıdır. Taraflar taahhütlerini her şeye rağmen ifa ile hükümlüdürler. İdare mahkemesi ise, idari sözleşmeler için, hizmetin sürekliliğinden hareketle, bu kuralı (akde vefa) tam anlamıyla uygulamamaktadır. İdare ile karşı âkid arasında, kamu yararının gerçekleştirilmesi için işbirliği yapılarak, sözleşmenin mali dengesi, bunalım müddetince muhafaza edilmek istenilmektedir.

Türkiye’de de Haliç vapur işletmesini imtiyaz olarak yürüten bir şirket ile İstanbul Belediyesi arasında imzalanmış sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta Danıştay’ın ilginç bir kararı söz konusudur.³²

³⁰ ONAR, Sıddık Sami: a.g.e., s. 1635.

³¹ DURAN, Lütfi: a.g.e., s. 444.

³² Şurayı Devlet, Dava Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937, Haliç Vapur İşletmesi, E. 37/286-K.

37/256, Kararlar Mecmuası, S. 3, Mart 1938. s. 56-61.

Türk Ulusu Adına,

Hüküm veren Şurayı Devlet Dava Daireleri Umumi Heyeti tarafından işin gereği düştüldü:

Vakıa, Şurayı Devlette açılacak davalarda dava mevzuunu teşkil eden hadise hakkında hükümetçe lazım il infaz muamele ve karar bulunması icap ederse de davacının mükerrer müracaatları üzerine idarenin bir cevap vermeyerek uzun müddet sükut etmesinin redde muadi bir muamele suretinde telakki edilmesi zaruri olduğu gibi davacıdan belediyece istenen aidat için idarece verilen tediye müddetinin imhali yolunda davacının mesbuk talebinin redolunmasından, davacı tarafından mukavelenin tadili için evvel veya ahir yapılan müracaatlar mazmununda işbu aidat keyfiyetinin de dahil olması itibari ile yine davacı hakkında zimni bir red muamelesi mahiyetinde olduğundan şüphe edilemez.

Diğer taraftan müstedinin yukarıda yazılan şekilde hükümetçe yapılan ve belediye aidatının imhali talebinin reddini tazammun eden tebligat üzerinden Şurayı Devlet Kanununun 25. maddesinde muayyen idare dava müddeti içinde dava açılmış olmasına göre, ortada davanın tetkikine mani müruru müddet de mevcut bulunmamaktadır.

Bundan başka dava tabii şerait için de münakid bir amme hizmeti mukavelesinin yeni şeraite intibak ettirilmesi beyanı ile yapılan bir talebin reddolunmasına taalluk etmekte olmasına nazaran, davanın gayri muayyen bir mevzuda açılmış bulunması iddiası da varit değildir.

Yine şirketin hizmeti bırakmış olması kendisinin artık bu davayı açmasına mani olduğu iddiası da imtiyazın halen mevsuf olmayıp davacı uhdesinde bulunmasını ve davanın da mukavelenin tadiline matuf olması sebebi ile yerinde bulunmamaktadır.

İş bu davanın halen adli mahkemede görülmekte olması noktasından, verilen arzu halin reddi icap edeceği saadinde ileri sürülen müdafaa dahi, mahkemedeki davanın sadece şirketin belediyece istenen aidatın tediyesinden mahfuz tutulması cihetine münhasır olduğu anlaşılmış olduğu sebebiyle kabule şayan olmadığı zahirdir. Dava edilen tarafından gerek tahriri müdafaanamer de gerekse şifahen cereyan eden mahkeme sırasında esasından hariç olarak sırf şekil ve usule taalluk eden itirazlar şu yukarıda yazılan suretlerle karara bağlandıktan sonra işin esasına gelindikte:

Filhakika amme hizmetleri imtiyaz yoluyla gören imtiyazcılarının evvelce derpiş edilmesi mümkün olmayan fevkalade şariat içinde kaldıkları ve bu yeni şartlarla hizmeti idameleri bunlar için iflasa

İmprevision teorisinde ifayı güçleştiren husus âkid idarenin, akdin konusunun da dışında kalmakta ve müstakil bir mahiyet arz etmektedir. İmprevision tazminatı akdi esasa dayanamaz.

İmtiyaz sahibinin imprevision teorisine göre idareden yardım talebinde bulunabilmek için hizmete fiilen devam etmesi, hizmeti kesintiye uğratmamış olması gereklidir. Bunun aksi bir hareket halinde idare imtiyaza ve işletmeye re'sen hareket yolu ile el koyar. İş bu safhaya gelirse imtiyaz sahibi artık yardım talebinde bulunamayacağı gibi, buna imkanda kalmamış demektir.

Öngörülemezlik kuramının uygulanabilmesi için aşağıdaki üç şartın birlikte bulunması gereklidir:

- Sözleşmenin yürürlüğünü imkansızlaştıran olağanüstü olayların öngörülememiş olması gerekir (Savaş, ağır ekonomik bunalım, büyük afet gibi olaylar).
- Bu olayları tarafların takdir ve tahmin edememesi gerekir.
- Bu sebepler, imtiyazcının mahvına sebep olmalıdır.

ONAR'a göre, bu olayların menşeleri tabii veya hukuki olan mücbir sebeplerden tamamen farklıdır. Tabii mücbir sebepler doğadan çıkarlar ve taahhüdün ifasını maddeten imkansız hale getirirler. Hukuki mücbir sebepler devletten çıkmakla birlikte bunlarda taahhüdün ifasını hukuken kaldırır. Gerek tabii imkansızlıkta olsun, gerekse hukuki imkansızlıkta olsun, mutlak bir imkansızlık hali vardır. Oysa imprevisiona esas olan olaylar idarenin fiil ve kudreti dışında olmakla birlikte mutlak bir imkansızlık doğurmazlar. İktisadi bir imkansızlığa sebebiyet olurlar.

İmprevision halinde, sözleşmenin koşulları gereğince icraya devam edilemeyeceğinden, sözleşme dışı dönemde taraflar anlaşarak uygulanacak kural ve usulleri tespit ederler. Şayet uzlaşamazlarsa mahkeme, uygulanacak kuralları tespit eder.

müntehir bir yol teşkil ettiği halde kendilerinin hizmete iktidarlarını teminen idarece itti haz olunacak hattı hareket, anıne hizmetinin mesela, seferlerin azaltılması gibi imtiyazcı şirketin külfetini tahfif edecek ve halkın zararını mucip olacak surette tadili şeklinde cereyan edemez. Yukarıda yazılan bu gibi bir halin tahakkukunda imtiyazcıların isteyebilecekleri şey, sadece bu gayri tabi ve gayri muntazar şeraitin zevaline kadar idarece kendilerine tazminat verilmekten ibarettir. Mamafih hakkaniyet esaslarından mülhem olan bu knidenin tatbiki de ancak imtiyaz sahibinin anıne hizmetini hiçbir sekteye uğratmaksızın idame etmesiyle meşruttur. Aksine bir hareket, zaten imtiyaz üzerinden seragat manasına mahmul olacağından imtiyazcayı tazminat istemek hakkından da mahrum eder. Davacı şirketin istediği ise, tahriri ve şifahi izahattan anlaşıldığı üzere imtiyaz mukavele ve şartnamenin hizmetten müstefit olan hak zararına tadilinden ibarettir. Halbuki yukarıda yazıldığı gibi hiçbir imtiyazcı mukavelesinde aksine sarahat olmadıkça böyle bir talebe mezun tutulamaz. Davacının hizmeti terk etmiş olmasına göre tazminat istemek hususunda da bir mesnevi olamaz. Hükümetin muamelesin de ne kanunlara nede hakkaniyet esaslarına bir mugayeret bulunmadığından davanın reddine ve peşin alınan yüz kuruş ilam harcının tenzilinden kalan 300 kuruşun da davacıdan alınmasına 23.11.1937 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Fevkalade durum vuku bulduğunda âkidin sözleşmeye göre yükümlerini sürdürmesi gerekir. Ancak mali dengenin sağlanması için kararlaştırılan yeni kurallar da uygulanır.

İmprevision hali hasıl olduğunda, idarenin mali yardımının mutlaka bir tazminat şeklinde olması gerekmez. İdare karşı âkide bazı mali imkanlar temin ederek de yardım edebilir. Yapılan yardımlar geçici niteliktedir. Şöyle ki: Olağanüstü haller ortadan kalkınca yapılan yardıma da gerek kalmayacaktır.

İmprevision halinde idarenin âkidine ödeyeceği tazminatın bey'in eylemi kuramındakinden farkı şu noktada belirlemektedir: Bey'in eylemi kuramında karşı âkidin bütün zararları karşılanırken imprevisionda zararın tamamı karşılanmaz, öngörülemezlik dönemindeki ek yüküm hesaplanır ve bunun idare ile âkidi arasında hangi oranda paylaşılacağı kararlaştırılacağına karar verilir. Uyuşmazlık halinde her ikisinde de sorun idare mahkemesince çözümlenir. İmprevisionda karşı tarafın evvelce sağladığı kârlar da hesaba dahil olunur (amaç sözleşmenin tamamında mali dengenin sağlanmasıdır). İmprevision hali muvakkat kabul olunduğundan hal normale dönünce son bulur. Fakat geçici gibi görünen şartlar süreklilik arz ederse, değişmezlik vasfına haiz olursa taraflar için iki seçenek gündeme gelir: Ya duruma uygun yeni bir sözleşme yaparlar veyahut da mahkemeye başvurarak sözleşmenin feshini isterler.

Bey'in eylemi kuramı ile imprevision kuramı arasındaki bir diğer fark da: Bey'in eyleminde sözleşmenin tarafı olan idare, tek yanlı iradesiyle âkidinin vecibelerini ağırlaştırdığında bu kuram tam olarak uygulanmakta ve âkidin zararları idare tarafından karşılanmaktadır. Oysa imprevisionda vuku bulan olağan üstü durum her iki taraf için de öngörülememektedir.

Ancak, her iki teoride de ana maksat kamu hizmetinin devamı ile kamu yararının sağlanmasıdır.

IV. YAP-İŞLET-DEVRET MODELİNDE TARAFLARIN HAK, YETKİ VE SORUMLULUKLARI

1. İdarenin Yetkileri

A. İdarenin Denetim Yetkisi

İdare, görevli şirketin sözleşme kapsamına giren tüm faaliyetlerini, belge ve kayıtlarını bütün aşamalarda denetler veya denetletebilir. Denetim giderlerinin hangi tarafça ve ne şekilde karşılanacağı uygulama sözleşmesinde belirtilir.

B. Sözleşmenin Süresinden Önce Feshi

Uygulama sözleşmesi, görevli şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya uygulama sözleşmesi şartlarını ihlal etmesi, iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme gücüne düşmesi hallerinde idare tarafından süresinden önce feshedilebilir. Feshe ilişkin hükümler ile feshin sonuçları sözleşmede düzenlenir.

Ayrıca Yüksek Planlama Kurulunun izni alınmadan, yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş ve teknik yeterliliği sahip olan ortağın, şirketin kuruluş sermayesindeki payını yatırım döneminde değiştirmesi halinde idare uygulama sözleşmesini feshedebilecektir.

C. Kamulaştırma

İdare 3996 Sayılı yasada öngörülen yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırma işlemleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu³³ hükümlerine göre yapacaktır. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye aittir. Kamulaştırma bedelini tamamen veya kısmen yerli sermaye şirketi veya yabancı şirketçe ödenmesi hususu idare ile şirketler arasında yapılacak uygulama sözleşmesinde hükme bağlanacaktır.

D. Mal ve Hizmetlerin Ücretinin Belirlenmesi

Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yerli sermaye şirketi veya yabancı şirketçe üretilecek mal ve hizmetlerin ücretleri idarece belirlenecektir. Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sözkonusu olacak usul ve esasları Bakanlar Kurulu belirleyecektir. Bu kapsamda Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca gerekli görülen hallerde mal ve hizmetlerin ücreti idarenin bağlı bulunduğu veya ilgili bulunduğu bakan tarafından belirlenebilir.

Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapılan yatırım ve hizmetlerin ücretlerinin belirlenmesi konusunda 3996 Sayılı yasaya dayanarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararında iki yöntem öngörülmüştür. Bu yöntemler daha çok ekonomik kavramlar olarak karşımıza çıktığından sadece ismen yer verilecektir.

Bu yöntemler aşağıda belirtildiği gibidir:

- a) Maliyet artı kâr yöntemi,
- b) Tavan ücret (fiyat) yöntemi

Ancak yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yatırım ve hizmetlerin niteliği dikkate alınarak YPK yukarıda belirtilen yöntemlerin uygun olmadığını belirlediğinde,

³³ 2942 sayılı Yasa 8.11.1983 Tarih ve 18215 Sayılı R.G., Düstur:Tertip. 5. C. 22, s. 843.

idarece belirtilen yatırım ve hizmet karşılıkları, Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen görevlendirme usullerinden biriyle kesinleştirilecektir.

2. Karşı Tarafın Hak ve Sorumlulukları

A. Hakları

a. Üst Hakkı

Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde öngörülen yatırım ve hizmetler için kamulaştırılan ve kamulaştırma bedeli görevli şirketçe ödenen taşınmazlar için kullanım bedeli alınmaksızın görevli şirket lehine sözleşme süresince Hazine veya ilgili kamu kuruluşlarınca daimi ve müstakil nitelikli üst hakkı tesis edilebileceği uygulama sözleşmesinde gösterilir.

Kamulaştırma bedeli kısmen idare tarafından ödenirse, taşınmaz malın tamamı üzerinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil nitelikli üst hakkı tesis edilir. Ancak bu halde bedeli idarece ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınır. İdare kamulaştırma bedeline maktu bir tutar üzerinden iştirak ettiği zaman, toplam kamulaştırma bedeline isabet eden kesim için karşı taraftan kullanım bedeli alınır.

Taşınmaz malın mülkiyetinin Hazineye veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması halinde, bedeli mukabilinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil üst hakkı tesis edilebilecektir. Uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üst hakkı da sona erecektir. Üst hakkının sona ermesi halinde tüm yapı ve tesisler bedelsiz olarak idareye geçer. Uygulama sözleşmesi eğer süresinden önce sona ererse yapı ve tesislerin mülkiyetinin intikaline ve tazminata dair hükümler uygulama sözleşmesinde yer alır.

b. Garantiler

Yatırım ve hizmetlerin özelliklerine 3996 Sayılı Yasaya dayalı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlar Kurulu Kararının 39. md. sinde yer alan garantileri karşı taraf lehine verebilecektir.

Bu garantilerden en önemlisi, karşı tarafça üretilen mal ve hizmetlerin idarece satın alınacak mal ve hizmet bedellerine ilişkin ödeme yapılacağı garantisidir.

Yabancı finans kuruluşlarından köprü krediler sağlanması durumunda finansör kuruluşlara kısmen veya tamamen geri ödeme garantisi veya görevli şirkete köprü krediler sağlama hususunda mali yükümlülük altına giren fonlar lehine Hazine garanti verebilecektir. Ayrıca finansör kuruluşlara köprü krediler dışında sağlanan ana krediler için ve görevli şirket hisselerinin uygulama sözleşmeleri veya diğer sözleşmelerin

koşullarına uygun olarak süresinden önce devir alınması halinde geri ödeme garantisi verir. Bu garantileri vermeye ve sözkonusu garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir.

c. Köprü Krediler

Köprü Kredi, uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda gerektiğinde görevli şirket hatası dışındaki durumlar nedeniyle, projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, idare adına, fonlar veya diğer uluslararası finans kuruluşlarınca temin edilen ve kısmen veya tamamen Hazine garantisine haiz kısa ve orta vadeli tali kredi olarak Bakanlar Kurulu Kararının 3 md./1 bendinde tanımlanmıştır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının 40 md. sinde hangi hallerde görevli şirket lehine köprü kredi sağlanacağı aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

aa) İlgili idareden kaynaklanan her türlü kayıp ve zararların finansmanı

bb) Görevli şirketin mücbir sebepler nedeniyle ortaya çıkan sınırlarının finansmanı

cc) Uygulama sözleşmesinde her iki tarafın anlaşması ile yapılacak değişikliklerin finansmanı

Yetkili İdare Hazine Müsteşarlığına bağlı Bakanlıktır. Sağlanacak veya garanti edilecek köprü kredi tutarı, görevli şirketin öz kaynakları ile sınırlıdır. Köprü kredi limitine, öz kaynak sınırı üzerinde YPK. belirlemeye yetkilidir.

Görevli şirket hatasından kaynaklanan zararlar ile vergi ve stopajlar hiç bir şekilde köprü krediler ile finanse edilemez.

d. Muafiyetler

Bakanlar Kurulu Kararının 41. md. sinde yer verilen muafiyetler görevli şirket lehine tanınacaktır. Kanuna göre yap,işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımlarla ilgili olarak, idare ve görevli şirketçe ilgili kanun ve sözü edilen Bakanlar Kurulu kapsamında yapılan işlemler 492 sayılı Kanun uyarınca alınan harçlardan ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kağıtlar ise 488 Sayılı Kanuna göre alınan damga vergisinden istisna edilmiştir.

B. Sorumluluk ve Tazminat

Uygulama sözleşmesinde görevli şirketin işin başlangıcında sözleşmeye esas yatırımın %1 kadar geçici ve kesin teminat alınabileceğine dair hükümler yer alabilecektir. Görevli şirket söz konusu teminatları yatırmakla sorumludur.

Görevli şirket yatırım ve hizmeti belirlenen süre içinde projelendirmek, finansmanı sağlamak, tesisi yapmak ve işletmek, bakım ve onarımını sağlamak, süre sonunda tesisi her türlü borç ve taahhütlerinden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye devretmekle yükümlüdür.

Görevli şirket yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur.

Görevli şirketin yükümlülükleri, sorumlulukları ve zararların tazminine ilişkin hükümler uygulama sözleşmesinde yer alacaktır.

& 2. İDARİ SÖZLEŞMELERİN YAPILMASI

I. ŞEKİL

Yazılılık şartı vardır. Resmîlik koşulu aranmaz.

Bilindiği gibi özel hukukta akit serbestisi vardır. Oysa kamu idareleri adına yapılacak sözleşmeleri kamu hizmetini belli bir kalitede en ucuza yapmayı teklif edene yaptırmak zorunluluğu vardır. Başka bir ifade ile idari sözleşmelerin yapılması sırasında karşı tarafın seçiminde idare serbest değildir.

İdari sözleşmelerin yazılı olması gerekli ve şarttır. Şekle bağlı sözleşmelerdendir. İdare adına sözleşme yapacak kimselerin bu konuda yetkili olması da gerekir. İdari sözleşmelere bir şartname eklenmesi, bunun bir geçerlik şartı olmamakla beraber uygulamada sağlayacağı kolaylık ve sözleşmenin niteliği sebebiyle genellikle kabul edilmektedir³⁴.

II. SÖZLEŞMENİN OLUŞUMUNA HAKİM OLAN İLKELER

1. Aleniyet

İdare ilan ³⁵ yoluyla aleniyeti gerçekleştirir. Daha sonraki safhalardaki işlemlerde rakiplerin nezaretinde aleni şekilde yapılır.

2. Serbest rekabet

2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve ihale kanunu kapalı teklif usulünü yeğlerken, bu kanunun yerine kabul olunan 2886 sayılı Devlet ihale kanununda bu kurala istisnalar getirilmiştir. 2886 sayılı kanun madde 35 ile kapalı teklif usulü yanında, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, Pazarlık usulü de benimsemiştir.

³⁴ BAŞPINAR, Recep: 'İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar'. Danıştay Yayını. Y.1968, s.515.

³⁵ GİRİTLİ- BİLGİN: a.g.e., s. 218.

3. En uygun fiyatın bulunması

2886 sayılı kanun madde 4 ile çerçevesi çizilmiştir. Takdir yetkisi bulunan ihale komisyonları m. 28 deki kriterlere göre bu yetkilerini kullanırlar.³⁶

4. Sözleşmeyi yapacak kimsede belli bir yeteneğin aranması

2886 sayılı kanun m.5 e göre ; “Bu kanuna göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanuni ikametgah sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliliği haiz bulunmak, istenilen teminat ve belgeleri vermek zorunludur.” İsteklilerde aranacak nitelik ve istenecek belgeler ise aynı kanunun 16.maddesinde belirtilmiştir

III. HAZIRLIK AŞAMASI

İdarenin sözleşmelerinin şartları, idarenin tek taraflı iradesi ile hazırlanır. Bu nedenle idare ile sözleşme yapmak isteyen kişi, bu şartları idare ile tartışamaz; ya bu şartları bütün olarak kabul eder veya reddedebilir. İdare ile sözleşme yapmak isteyen kişi sadece idareden isteyeceği bedel konusunda iradesini kullanabilir³⁷.

İdarenin sözleşmelerinin şartları, düzenleyici işlem niteliğinden olan şartnamelerle belirlenir. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bayındırlık işlerinde genel ve teknik şartnameler Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanır ve Danıştay’ın incelemesinden geçirildikten sonra (D.K.m.23/d) Bakanlar Kurulu kararı ile bir düzenleyici işlem haline gelir (Tip şartname). Bunlar; bayındırlık işleri yapacak tüm kuruluşları bağlayacakları gibi, özel kişiler de bunlarda değişiklik yapılmasını isteyemezler³⁸.

Genel şartnamenin hazırlanmasından sonra, sözleşmeyi yapacak olan idarenin içindeki hazırlık aşamasına gelinir. İdare, 2886 sayılı kanunun 7’nci maddesi uyarınca; işin nev’i ve miktarını, tahmin edilen bedeli, geçici teminat miktarını, isteklilerde aranacak şartları ve belgeleri, ödeme yeri ve şartları, avans verilip verilemeyeceğini, süre uzatımı verilecek halleri ve şartları vs., gösteren özel ve teknik şartnameyi hazırlar³⁹.

Hazırlık aşamasında yapılması gereken işlerden biri de. sözleşme konusu iş için bütçede ödeneğin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Aslında, öncelikle ödeneğin bulunup bulunmadığının araştırılması ve daha sonra özel ve teknik şartnamenin hazırlanması gerekir. Ödenek bulunup bulunmadığının araştırılmamış

³⁶ GİRİTLİ-BİLGİN: a.g.e., s. 214.

³⁷ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku Dersleri 1. Ankara 1990, s. 164.

³⁸ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 164.

³⁹ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 164.

olması, daha doğrusu ödenek bulunmadığı halde işin ihaleye çıkarılması bazı sorumluluklar doğurabilir⁴⁰.

İhale konusu işin bedelinin tahmin edilmesi de hazırlık aşamasının önemli işlemlerindendir. Bedel tahminini idare kendisi yapabileceği gibi, bilir kişilere de yaptırabilir. Tahmin edilen bedel, bunun gerekçelerinin de eklendiği bir hesap tutanağında gösterilir ve özel şartnamede belirtilir. Ayrıca, hazırlık aşamasında İhale Komisyonunun kurulması da gerekir. 2886 sayılı kanun, hem uzmanlıktan yararlanmak ve hem de ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek için ihaleye ilişkin tüm işlemlerin bir komisyon tarafından yürütülmesini öngörmüştür. İhale komisyonu, ilgili idari kuruluşun ita amirince görevlendirilir⁴¹.

IV. İLAN VE SÖZLEŞME YAPMAK İSTEYENLERİN BAŞVURULARININ SAĞLANMASI

2886 sayılı kanunun 17'nci maddesinin 1 'inci fıkrasının (c) bendine göre; sözleşme (ihale) konusu iş, arttırma ve eksiltmenin yapılacağı günden en az 10 gün önce ve aralıklarla iki defa, arttırma ve eksiltmenin yapılacağı yerde çıkan günlük bir gazete ile ilan olunur. Günlük gazete çıkmayan yerlerde ise ilan ilgili idare ile hükümet ve belediye binaların ilan tahtalarına asılarak yapılır ve belediye yayın araçları ile halka duyurulur. Tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile belirlenecek belli bir miktarı aşan işlerin ise, bu şekilde ilanı yanı sıra, Basın İlan Kurumu'nun tespit edeceği bir başka ilde çıkan günlük gazetede de ihale tarihinden en az 10 gün önce ilan edilmesi gerekir. Tahmin edilen bedeli her yıl G.B.K.'nda belirlenecek belli bir miktarı aşan işlerin ise R.G.'de ilan edilmek suretiyle ihaleye çıkarılması gerekir⁴².

V. İHALE KARARININ ALINMASI

İhale kararı tek yanlı bir idari işlemdir. İhale komisyonu tarafından alınır. Bir işin ihaleye çıkarılarak bu iş için teklif alınmış olması mutlaka bu işin ihale edilmesini yani ihale kararı alınması gerektirmez. İhale komisyonunun ihale kararı alıp almamakta takdir yetkisi vardır. 2886 sayılı kanunun 29'uncu maddesine göre; ihale komisyonu gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta serbesttir. İhale komisyonunun ihaleyi yapmama kararı kesin olup bu karar herhangi bir makamın onayına tabi olmadığı gibi, bu karara karşı idari başvuru yoluna da gidilemez. Ancak, ihale komisyonuna tanınan bu takdir yetkisi de mutlak bir yetki olmayıp kamu yararı ile

⁴⁰ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 165.

⁴¹ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 165.

sınırlıdır. Kamu yararı açısından haklı bir nedene dayanarak ihaleyi yapmama kararı alabilir⁴³.

İhale komisyonun ihaleyi yapmama kararı kesin olmasına karşılık, ihale kararı ita amirinin onamasına bağlıdır. 2886 sayılı kanunun 31 ‘inci maddesine göre; ita amiri, ihale komisyonunca alınan ihale kararını karar tarihinden itibaren 15 gün içinde onaylar veya iptal eder. İta aminine tanınan yetki onama veya onamamadan ibaret olup, kıs-men onama yetkisi mevcut değildir. İta amiri bu yetkisini kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanmak zorundadır⁴⁴.

İta aminince onanan ihale kararı kesinleşir. Onandığı tarihten itibaren 5 iş günü içerisinde üzerine ihale yapılabilecek veya vekiline bildirilir. İhalenin ita amirince iptal edilmesi halinde de 2886 sayılı kanunun 32’nci maddesine göre; durum istekliye bildirilir⁴⁵.

V. EN UYGUN BEDELİN BULUNMASI VE SÖZLEŞMECİNİN SEÇİLMESİ

İlandan sonra en uygun bedelin bulunması ve sözleşmecinin seçilmesi aşamasına gelinmiş olur. 2886 sayılı kanunun 35’inci maddesinde en uygun bedelin bulunmasında uygulanacak usuller belirtilmiştir. Bu usuller; Kapalı Teklif Usulü, Belli istekliler arasında Kapalı Teklif Usulü, Açık Teklif Usulü, Pazarlık Usulü ve Yarışma Usulüdür.

1. Kapalı Teklif Usulü

2886 sayılı kanunun 37., 38., 39., 40., 41., 42. ve 43’üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Yine kanunun 36’ncı maddesinin 1. fıkrasına göre; kural olarak ihalelerde “Kapalı Teklif Usulü” uygulanır. Diğer usuller kanunun belirlediği durumlarda ve istisnaen uygulanır.

Genel olarak kapalı teklif usulünü şöyle anlatabiliriz; idare ile sözleşme yapmak isteyen istekliler, bedel tekliflerini kapalı zarf içinde yani diğer isteklilerden ve idarenin bu işle görevlendirdiği komisyon üyelerinden gizli olarak verirler. Bu zarflar iki tanedir. Birincisi isteklilerin teklif ettikleri bedel konur. Bu zarf isteklilerin ihaleye

⁴² GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 165.

⁴³ KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997, s. 59.

⁴⁴ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 168.

⁴⁵ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 168.

katılma şartlarına sahip bulunduklarını gösteren belgelerle birlikte ikinci bir zarfa konur⁴⁶.

2886 sayılı kanunun 38'inci maddesine göre; istekliler kapalı zarflar içindeki tekliflerini kapalı zarfların açılması için öngörmüş bulunan saate kadar ihale komisyonuna verebilirler veya iadeli taahhütlü olarak da yollayabilirler⁴⁷.

2886 sayılı kanunun 39 ve 40'inci maddeleri dış ve iç zarfların açılmasını düzenlemektedir. Bu maddelere göre; ihale komisyonu ve hazır bulunan istekliler huzurunda önce dış zarflar açılır ve isteklilerin gerekli şartlara sahip olup olmadıkları ve geçici teminatı yatırıp yatırmadıkları tespit edilir. Şartları yerine getirmeyen isteklilerin ikinci zarfları açıklayarak kendilerine iade edilir.

Ayrıca, istekliler de diğer isteklilerin gerekli şartları yerine getirmediklerini ileri sürebilirler. Bu itiraz komisyonunca karara bağlanarak tutanağa geçirilir. Daha sonra gerekli şartları yerine getirenlerin ikinci zarfları açılarak en uygun bedel belirlenir ve böylece idare ile sözleşme yapmak isteyen kişi belirlenmiş olur⁴⁸.

2886 sayılı kanunun 41'inci maddesi ihale sonucunun karara bağlanmasını düzenlemektedir. Bu maddeye göre; "40'inci madde gereği kabul edilen teklifler incelenerek:

- a) İhalenin yapıldığı, ancak ita amirinin onayına bağlı kaldığı,
- b) Tekliflerin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için süreye ihtiyaç duyulduğu ve şartnamelerde daha uzun bir süre öngörülmemiş ise ihalenin 15 güne geçmemek üzere başka bir güne bırakıldığı,
- c) İhalenin yapılmadığı,

Hususlarından birine karar verilir ve bu husus gerekçeli bir karar veya karar özeti halinde yazılarak, komisyon başkan üyeleri tarafından imzalanır ve durum hazır bulunanlara bildirilir."

2886 sayılı kanunun 42'nci maddesi tekliflerin aynı olmasını düzenlemektedir. Madde de; "bir kaç istekli tarafından aynı fiyat teklif edildiği ve bunların da en uygun bedel olduğu anlaşıldığı takdirde, bu oturumda aynı teklifte bulunan isteklilerin hazır olması halinde, bu isteklilerden ikinci bir yazılı teklif alınır ve bunlardan en uygun bedeli teklif edene ihale yapılır. Şayet aynı fiyat teklif eden isteklilerden birisi bu

⁴⁶ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 166.

⁴⁷ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 166.

⁴⁸ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 166.

oturumda hazır bulunuyorsa ihale ona yapılır. Aynı fiyatı teklif eden bir kaç isteklinin oturumda hazır bulunması veya hazır bulunması isteklilerden alınacak ikinci tekliflerin de aynı olması halinde ad çekme suretiyle ihale sonuçlandırılır” denmektedir.

2886 sayılı kanunun 43’üncü maddesi ihale yapılamaması halini düzenlen. Bu maddeye göre; “Kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde, istekli çıkmadığı veya teklif olunan bedel komisyonca uygun görülmediği takdirde, ya yeniden aynı usulle ihale açılır veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde iş pazarlıkla yaptırılır.

İşin pazarlığa bırakılması halinde şartnamede belirtilen nitelik ve şartların aynen muhafazası zorunludur. Yeni ihale yapılınca kadar geçecek günler içinde aynı nitelikleri korunarak günlük ihtiyaçlar oranında pazarlıkla mal alınabilir. Ancak ihale, şartnamede belirtilen nitelikte mal bulunmaması sebebiyle geri kalmış ise günlük ihtiyaçlar şartnameye bağlı kalmaksızın temin edilebilir.

2. Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü

2886 sayılı kanunun 44’üncü maddesinde düzenlenmektedir.“Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri, bedel ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.

Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde, Maliye ve Gümrük Bakanlığı’nın görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulu’ndan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır.

Bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur.

Bu ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Gerekli görülen hallerde ihaleye davet edilecek isteklilerin seçimi için 17., 18., 19uncu maddelerin hükümlerine bağlı kalmaksızın ön seçim ilanı yapılabilir.”

3. Açık Teklif Usulü

2886 sayılı kanunun 45., 46., 47., 48. ve 49'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. "Açık arttırma ve eksiltme usulü" de diyebileceğimiz bu usul, değer ve konu itibariyle daha az önemli olan işlerde uygulanır.

2886 sayılı kanunun 45'inci maddesinde: tahmin edilen bedeli, her yıl G.B.K. ile tespit edilen miktarı geçmeyen işler hakkında açık teklif usulünün uygulanacağı belirtilir.

2886 sayılı kanunun 46'ncı maddesine göre açık teklif usulünün uygulanması şu şekilde olur: "Açık teklif usulüne göre ihaleler, isteklilerin ihale komisyonları önünde tekliflerini sözlü olarak belirtmeleri suretiyle yapılır.

Ancak; istekliler ilanda belirtilen ihale saatine kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla, 37'nci madde hükümlerine uygun olarak düzenleyecekleri tekliflerini iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilir.

Teklif sahibi komisyonda hazır bulunmadığı takdirde posta ile gönderilen teklif son ve kesin teklif olarak kabul edilir."

2886 sayılı kanunun 47'nci maddesinde ise açık teklif usulünde ihalenin nasıl yapılacağı belirtilir. Buna göre; "ilanda belirtilen ihale saati gelince, komisyon başkanı, isteklilerin belgelerini ve geçici teminat verip vermemiş olduklarını inceleyerek, kimlerin ihaleye katılabileceğini bildirir. Katılamayacakların belge ve teminatlarının geri verilmesini kararlaştırır. Bu işlemler, istekliler önünde bir tutanakla tespit edilir.

Tutanaktan sonra, ihaleye giremeyecekleri ihale yerinden çıkartılır. Diğer istekliler, önce şartnameyi imzaya ve daha sonra, sıra ile tekliflerini belirtmeye çağrılır. Yapılacak teklifler ihaleye ait arttırma ve eksiltme kağıdına yazılır ve teklif sahipleri tarafından imzalanır.

İlk teklifler bu suretle tespit edildikten sonra, komisyon başkanı, posta ile yapılmış teklifler ve varsa okutarak bu tekliflerinde ihaleye alt arttırma ve eksiltme kağıdına yazılmasını sağlar. Bundan sonra istekliler sıra ile tekliflerde bulunmaya devam ederler. İhaleden çekilen isteklilerin bu durumları ihaleye ait arttırma ve eksiltme kağıdına yazılır ve imzaları alınır. İlgilinin imzadan çekinmesi halinde durum ayrıca belirtilir.

İhaleden çekilenler yeniden teklifte bulunamazlar. Teklifler yapıldığı sırada, yapılan indirim ve artırımların işi uzatacağı anlaşılırsa, isteklilerden komisyon

huzurunda son tekliflerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir. Daha önce ihaleden çekilmiş olanlar bu durumda yazılı teklif veremezler.”

2886 sayılı kanunun 48’inci maddesine göre ihale 41’inci maddeye göre sonuca bağlanacaktır.

İhalenin yapılamaması halinde 2886 sayılı kanunun 219’uncu maddesine göre; “açık teklif usulüyle yapılan ihalelerde istekli çıkmadığı, isteklilerin belgeleri veya son teklifleri uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılır veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde iş 43’üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen esaslar dahilinde pazarlıkla yaptırılabilir.”

4. Pazarlık Usulü

Pazarlık usulü ile yapılacak işler 2886 sayılı kanunun 51 ‘inci maddesinde sayılmıştır. Bunlar genel itibariyle büyük harcamaları gerektirmeyen kimi bazı işler ile acele olarak yapılması gereken bazı işlerdir.

2886 sayılı kanunun 50nci maddesine göre pazarlık usulü de şu şekilde yapılır: “Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınması belli bir şekle bağlı değildir. İhaleler, komisyon tarafından izin nitelik ve gereğine göre, bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılır.

Pazarlığın ne surette yapıldığı ve ne gibi tekliflerde bulunulduğu ve üzerine ihale yapılanların neden dolayı tercih edildiği pazarlık kararında gösterilir.”

5. Yarışma Usulü

2886 sayılı kanunun 52’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “İdareler ve her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde yarışma ile yaptırılabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.

İdareler kuruluş kanunlarında yer alan işlere ilişkin yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri hazırlarlar.

Mimarlık, mühendislik proje yarışmalarıyla ilgili yönetmelik Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanır.”

VII. SÖZLEŞMENİN YAPILMASI

2886 sayılı kanunun 53’üncü maddesinin 1 fıkrasına göre: tüm ihalelerin bir sözleşmeye bağlanması ve sözleşmenin de ita amiri tarafından onanması gerekmektedir. İhale kararının alınıp onamasından (kesinleşmesinden) sonra, sözleşmenin yapılması gerekir. Çünkü, ihale kararına rağmen, sözleşme henüz yapılmamıştır. Bununla beraber,

ihale kararı ile birlikte gerek en uygun bedeli teklif eden kişi (müteahhit) ve gerekse idare için sözleşme yapma zorunluluğu doğmuştur⁴⁹.

Müteahhit, onaylı ihale kararının ya da Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın vizesi gereken durumlarda, vizenin yapıldığının kendisine tebliğinden itibaren, 15 gün içinde geçici teminatı ihale bedelinin yüzde altı oranında olan kesin teminat miktarına çıkarmak, sözleşmeyi yapmak ve notere tescil ettirerek idareye teslim etmek zorundadır. Aynı şekilde idare de, 15 gün içinde sözleşmenin yapılması, imza edilmesi ve tescili için kendisine düşen tüm görevleri yerine getirmek zorundadır. Müteahhit, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmez ise, protesto çekmeye veya bir mahkeme kararı almaya gerek olmaksızın ihale feshedilir ve geçici teminat Hazineye irad kaydedilir. İdare kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmez ise, müteahhidin ihaleye katılma ve teminat için yaptığı tüm giderleri ödemek zorunda kalın. Bunun için müteahhidin 10 gün müddetli bir noter ihbarnamesini idareye göndermesi gerekir⁵⁰.

& 3. İDARİ SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

İdari sözleşmeler şu hallerde ve şu şekillerde sona erebilir⁵¹.

- İdari sözleşmeler belli süreler için yapılabilir. Bu sürenin sona ermesi ile sözleşme kendiliğinden doğal olarak sona erebilir.
- Sözleşmede karşı tarafa kişisel bir borç yüklenilmişse, karşı tarafın ölümü ile sözleşme sona erebilir,
- Sözleşmede, taraflara belli hallerde sözleşmenin feshedilebilmesi yetkisi tanınmışsa, bu hallerin meydana gelmesi halinde, taraflar bu yetkilerini kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilirler.
- İdare sözleşmede hüküm bulunmasa bile, bazı durumlarda sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. Bunlar karşı tarafın ağır kusuru nedeniyle ve karşı tarafın hiç kusuru bulunmasa bile eğer kamu hizmet ve yararı gerektiriyorsa, idarenin tek taraflı bir tasarruf ile sözleşmeye son vermesi halidir. Bu durum idarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisinden çıkan bir sonuçtur.

⁴⁹ GÜNDAY, Metin: a.g.c., s. 168.

⁵⁰ GÜNDAY, Metin: a.g.c., s. 168-169.

⁵¹ AYHAN, Önder: a.g.m., s.128-129.

- Sözleşme konusunun sözleşme şartlarına uygun olarak karşı tarafın eylemleri ile meydana getirilmesi halinde de idari sözleşme kendiliğinden sona ermiş olur.

- Sözleşme konusu işletmenin idare tarafından tek taraflı bir kararla satın alınması (Rachat) halinde de sözleşme sona erer.

- Bazı nedenlerin ortaya çıkması ile ve mahkeme kararı ile sözleşmenin feshedilmek suretiyle sona erdirilmesi mümkündür.

Bunlar;

a) İdarenin ağır kusuru nedeniyle karşı tarafın sözleşmenin mahkeme kararıyla feshedilmesini istemesi.

b) Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinde, karşı tarafın ağır kusuru nedeniyle idarenin işletmeye el koyup geçici olarak işletmesi ve mahkemeden sözleşmenin feshini istemesi.

c) Beklenilmeyen hallerin devamı halinde, sözleşmenin yerine getirilmesi her taraf için de ağır külfetler doğuruyorsa, tarafların mahkemeye başvurarak sözleşmenin feshine karar verilmesini istemeleri halleridir.

Yukarıda saymış olduğumuz hallerde idari sözleşme kendiliğinden veya mahkemenin kararı ile bütün hükümleri ile sona erer.

İdari sözleşmelerin sonuçlarına ilişkin olarak da şunları söyleyebiliriz ⁵².

- İdari sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, genel olarak sadece tarafları bağlar. Üçüncü şahısların haklarını kısıtlayacak veya onları borca sokacak şartları bulunduran sözleşmelerin yapılması mümkün değildir.

- Üçüncü şahısların hakkını koruyacak hükümlerin idari sözleşmelerde yer alması mümkündür. İdare ile sözleşme yapan tarafa çalıştıracağı kimselere asgari ücret ödeme zorunluluğu konması gibi...

- İdare hukukunda sözleşmeler tarafları kanun derecesinde bağlayıcı değildir. Bu ayrılık idari sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden ayıran başlıca özelliklerden biridir.

- Bir diğer özelliği; idarenin, idari sözleşmeye dayanarak hakimın araya girmesine lüzum kalmadan diğer tarafa ceza şart uygulama yetkisine sahip olmasıdır.

⁵² BAŞPINAR, Rcccp: a.g.m., s. 5 16.

- Özel hukuk sözleşmelerinden bir diğer farkı; genel olarak idarenin şartları tek taraflı olarak değiştirme yetkisine sahip bulunmasıdır.

- İdarenin sözleşmeyi bazı şartların gerçekleşmesi halinde feshetme hakkı da mevcuttur.

- İdare, idari sözleşmelerden dolayı karşı tarafa sorumluluk yükleyebilir ve ceza uygulayabilir. Örneğin teminatın irad kaydedilmesi, yarım kalan işin müteahhit adına yaptırılması gibi.

İdari sözleşmelerden sonuç olarak yukarıda belirtmiş olduğumuz hususları çıkarabiliriz.

II. YAP-İŞLET-DEVRET MODELİNE DAYALI SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ

1. Sürenin Sona Ermesiyle

Uygulama sözleşmesinde belirlenen sürenin sonunda uzatma konusunda anlaşılamazsa sözleşme sona erer.

2. Fesih

Uygulama sözleşmesi, görevli şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, uygulama sözleşmesindeki şartları ihlal etmesi, iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme güçlüğüne düşmesi halinde, idare tarafından süresinden önce feshedebilir. Feshe ilişkin hükümler ve feshin sonuçları sözleşmede düzenlenir. Uygulama sözleşmesinin feshi halinde diğer sözleşmeler de feshedilmiş sayılır.

3. Devir

A. Süre Sonunda Tesisin Devri

Uygulama sözleşmesinde yer alan sürenin sona ermesiyle, yatırım ve hizmetlerle ilgili tesisler her türlü borç ve taahhütlerinden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.

Yatırım ve hizmetlerin devir aşamasında yukarıda sıralanan şartları ve uygulama sözleşmesinde yer alan diğer hususlara haiz olup-olmadığı, oluşturulacak bir devir ve teslim komisyonunca tespit edilir. Komisyon oluşturulması, çalışma usul ve esasları, komisyonca tespit edilen eksiklik ve hataların giderilmesi ve onarımların yapılması ile ilgili hükümler uygulama sözleşmesinde yer alacaktır.

B. Sürenin Sona Ermesinden Önceki Devir

Uygulama sözleşmesinde belirtilen süreden önce, mücbir sebep veya idarenin sözleşmeyi tek taraflı feshedebilmesi sebebiyle tesisin veya görevli şirket hisselerinin devir alınmasına ilişkin hususlar da söz konusu sözleşmede yer alır.

Tesislerin devri ile birlikte sözleşmeler de sona erecektir.

4. Mücbir Sebepler

Mücbir sebep halleri ve bu hallerde uygulanacak hükümler uygulama sözleşmesinde açıkça belirlenecektir.

& 4. İDARİ SÖZLEŞMELERLE İLGİLİ İDARİ İŞLEMLER

Maddi ayırım bakımından “Karma İşlem” niteliğini taşıyan İdari Sözleşmelerin hükümlerinin büyük bir bölümü, yine maddi yönden “kural” yani “düzenleyici genel işlem”lerden oluşmaktadır ve bu düzenleyici genel işlemler sözleşmeye ekli bulunmaktadır. Bu belgelerde sözleşmenin konusu ve yapılacak iş belirlenmekte, buna karşılık sadece “özel” nitelikte olan “mali” hükümler iki taraf arasında varılan anlaşmaya göre tesbit edilmektedir. O noktada da İdarenin iradesi üstün olduğundan, aslında idare ile sözleşme imzalayacak olan taraf, her bir noktası idare tarafından belirlenmiş bir metne katılarak onu imzalamakta ve böylece sözleşme ortaya çıkmaktadır. İşçi niteliğinde olmayan kamu görevlileri ile idare arasında imzalananlar da genellikle “tip sözleşme” olarak anılan, tüm hükümleri bakımından sözleşmenin diğer tarafı için aynı türden hükümler içerdiğinden, burada da, bazılarının “mali” hükümleri de değişmeyen fakat sadece iki tarafı olduğu için “sözleşme” adını alan işlemlerle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir⁵³.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları ve davaları incelemeden önce, genel olarak şartnameler, tip sözleşmeler, ayrılabilir ve Zincirleme işlemleri açıklamamız gerekiyor. Aksi takdirde davaları ve uyuşmazlıkları yeterince açıklamamız mümkün olmayacaktır.

I. TİP SÖZLEŞMELER (İLTİHAKİ- KATILMALI SÖZLEŞMELER)

“Belirli hukuki durumlara uygulanabilen üniform nitelikteki hukuki işlem modelleri” olarak tanımlayabileceğimiz tip işlemler, birçok alanda olduğu gibi, sözleşmeler bakımından da belirli ve birçok kategoride uygulanabilir niteliktedir. Tip işlemler, sadece doldurulacak bir takım boşlukları bulunan, matbu ve hazır bir takım belgelerden oluşmaktadır. Bu bakımdan ister özel hukuk tüzel kişileri, ister idare

⁵³ ÖZAY, İlhan: a.g.c., s. 478-479.

tarafından yapılsın, ilgililere uygulanan işlemler tek bir model şeklinde ise, “tip işlemin varlığından söz edilir”⁵⁴.

Tip işlemlerde birçok durum için sadece tek bir uygulama söz konusudur. Genel düzenlemelerde ise her olay ve her durum karşısında ayrı bir yorumu ve uygulama mümkün olabilmektedir. Tip işlemlerde varolan genellik ve nesnellik özelliği, çeşitli formül ve modeller altında somut bir standart bir tek işlemin ortaya çıkmasına yol açmaktadır ki, bu tek tip işlem bir defada ortaya çıktığından aslında işlemin genellik niteliğini de belirtmektedir. İşlemin nesnelliği ise, kapsamına giren herkese aynı şekilde ve aynı kurallarla uygulanmasından dolayıdır⁵⁵.

İdare, yapmış olduğu idari sözleşmelerde üstün yetkilerle donatıldığından, genellikle sözleşmelerin hüküm ve şartlarını tek yanlı iradesiyle ve prototip işlemler şeklinde hazırlayıp, üçüncü kişilerin olurlarına sunar ki, bu tip sözleşmeler, katımlı sözleşmeler adını alır. İdari sözleşmelerde ve özellikle de imtiyaz ve bayındırlık sözleşmelerinde, bu tip prototip işlemleri oluşturan “Şartnameler” aynı zamanda tip işlemlerin en belirgin özelliğini oluşturmaktadır. Bunlar, idari sözleşmelerin eki olarak, matbu ve tek tip şeklinde hazırlanmış hukuki metinlerdir ve ancak imzalandıktan sonra sözleşme ile bir bütünlük oluştururlar. Bu bakımdan şartnameler, sözleşmelerden bağımsız olarak hukuki değer taşıyan tip işlemlerdir ve bu nedenle de sözleşmeden ayrılabilir özelliktedirler⁵⁶.

Hemen hemen tüm idari sözleşmelerin, katımlı sözleşme şeklinde ilkeleri ve çerçevesi daha önce üst makamlarca çizilmiş olarak gerçekleştiği ve ilgililere sadece ya sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme ya da sözleşmeden vazgeçme seçeneklerinin bırakıldığı söylenebilir. İdari sözleşmelerin büyük çoğunluğunun tip sözleşmeler ile gerçekleştiğini ya da en azından tip işlemler olan şartnamelerin bunların ekinde yer aldığını söyleyebiliriz⁵⁷.

II. ŞARTNAMELER

Şartnameler, hukuki nitelikleri bakımından doktrinde üzerinde en çok tartışılan ve en farklı görüşlerin ileri sürüldüğü işlem türlerinin başında gelmektedir. Bu durum,

⁵⁴ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 40.

⁵⁵ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 38.

⁵⁶ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 38-39.

⁵⁷ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 39.

şartnamelerin gerek yapıları ve gerekse doğurdıkları hukuki sonuçlar nedeniyle çok yönlü işlemler olmalarından kaynaklanmaktadır⁵⁸.

Şartnameler, imtiyaz sözleşmeleri başta olmak üzere hemen bütün idari sözleşmelerin ekinde yer alan ve idare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan belirli tiplerdeki basılı metinlerdir. Bunlar genel ve özel nitelikte olabileceği gibi, idari ve teknik özellikler de taşıyabilir⁵⁹.

Kamu hizmetlerinin birçok aşamadan geçilerek yerine getirilmesinin zorunlu olduğu durumlarda, hizmetin iyi ve verimli bir biçimde yürütülmesini sağlamak için yapılacak sözleşmelerde mutlaka çeşitli ve genel şartların yer aldığı bir şartnamenin varlığı gerekmektedir. Bu durumda şartname hem hizmetin yürütülmesi açısından tarafların karşılıklı olarak sahip oldukları hakları ve yerine getirmeleri gereken yükümlülükleri göstermekte, hem de çeşitli ve genel koşullar içermektedir. Bu özellikleri nedeniyle doktrinin büyük bir kısmı, şartnamelerin sözleşme görünümü taşımakla beraber, tek yanlı ama karma nitelikli işlemler olduğunu kabul etmekte ve bu bakımdan aynı zamanda “karma işlem” teorisinden hareketle, şartnamelerde düzenleyici hükümler ile sözleşme şartlarını içeren kısımların iç içe olduğunu belirlemektedir⁶⁰.

Şartnamelerin sözleşme özelliği ancak sözleşmeye taraf olacak kişi ya da kişilerin “katılma” iradelerinin açıklanması ve şartnamelerin mali hükümlerinin de belirlenerek imzalanması aşamalarında ortaya çıkabilir ki, bu durumda da şartname sözleşmenin bütünleyici bir parçasını oluşturur. Şartnamenin düzenleyici kısmında yer alan kurallar, sözleşmenin tarafı olacak ilgililerin iradesinden tamamen bağımsız ve tek yanlı olarak idare tarafından hazırlanmaktadır; dolayısıyla bu aşamada sözleşme de yoktur⁶¹.

Şartnamelerde, idare tarafından hazırlanan ve verilecek imtiyaz konusun da çeşitli ve tamamlayıcı bilgilerin verildiği bir bölüm ile ayrıca tamamen sözleşmenin taraflarınca ve karşılıklı irade açıklamaları ile oluşturulan ve özellikle de mali konulara (sübvansiyon, bedel, mali garanti vs.) ilişkin sözleşme niteliğindeki bir başka kısmı daha bulunmaktadır. Şartnamelerin bu çok yönlü hukuki görünümü her ne kadar doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmışsa da bugün, şartnamelerin sadece imtiyaz sahibi ile idare arasındaki uzlaşma sonucunda ortaya çıkan mali hükümlere

⁵⁸ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 42.

⁵⁹ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 42.

⁶⁰ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 42.

⁶¹ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 43.

ilişkin kısmının sözleşme niteliğinde olduğu ve bunun dışındaki kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin her konuda taşıdığı hükümler bakımından genel düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁶².

Sonuç olarak; şartnameler taşıdıkları genel düzenleyici hükümler bakımından hem tek yanlı işlemlerdir, hem de sözleşme imzalanmadan önce, bunun hazırlığı aşamasını oluşturdıklarından, bundan bağımsız olarak hukuki değer taşımaktadırlar. Tüm bu özellikler nedeniyle de “ayrılabilir işlemler” kapsamında ele alınması gerekli işlemlerdir⁶³.

III. ZİNCİR İŞLEMLER (BAĞLI İŞLEMLER)

Zincir işlemler ya da bağlı işlemler teorisi yirminci yüzyılın başında ortaya atılmış ve bunun karşısı olan ayrılabilir işlemler teorisinin geliştirilmesi ile, idari prosedür içinde yer alan işlemlerin hukuki niteliğine ışık tutma bakımından en önemli fonksiyonlardan birini üstlenmiştir⁶⁴.

Zincir işlemleri, “belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem’ olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanım çerçevesinde ele alınması gereken ilk belirleyici özellik, zincir işlemlerde bu zinciri oluşturan halkaların, hedeflenen amaç olan nihai işlem ortaya çıkıncaya kadar “belirli bir süreklilik, devamlılık içinde birbirlerini izleme gereği”dir. İdari prosedürün tamamlanması da, ancak belirli işlemlerin ard arda ve zincirleme olarak yapılması ile gerçekleşir. Burada dikkat edilmesi gereken ayırıcı özellik, bu sürekliliğin, idari prosedürün objesi durumunda olan nihai işleme dek sürmesidir. Bu açıdan zincir işlemler aynı zamanda diğer seri işlemlerden de ayrılmaktadırlar. Diğer seri işlemlerde baskın nitelikteki işlem genellikle serinin başlangıcındaki işlem iken, buna karşılık zincir işlemlerde baskın olan işlem, tam aksine nihai işlemdir⁶⁵.

Zincir işlemler teorisinde “halkaları oluşturan işlemlerin birbirleri ile veya nihai işlemle olan bağlarının hem doğrudan hem de zorunlu nitelikte olması gereği” doktrin ve içtihatlarda önemli bir ilke olarak benimsenmiştir. Gerçekten de, nihai işleme kadar uzanan halka işlemler arasındaki bağ ne kadar güçlü ve geniş olursa, zincir de o kadar sağlam ve halkaların koparılması da o kadar güç olmaktadır. Nihai işleme böyle bir hukuki bağ ile bağlı olan işlemlerin de bağımsız olarak iptal davasına konu

⁶² ERKUT, Celal: a.g.e., s. 43.

⁶³ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 44.

⁶⁴ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 121-122.

⁶⁵ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 122.

oluşturabilmeleri mümkün değildir⁶⁶. Ancak bir bütün halinde iptal davasına konu olabilir.

Günümüzde, ayrılabilir işlemler teorisinin doğuşu ve geliştirilmesi ile, zincir işlemler teorisine bağlanan hukuki sonuçların eski önemini yitirdiği söylenebilir. Doktrinde de teorisinin bugün için sadece “halka işlemlerden birindeki hukuka aykırılığın, nihai işlemde sonra ve onunla birlikte ileri sürülebilmesi imkanını da sağlaması” bakımından önem taşıdığı belirtilmektedir⁶⁷.

Buna göre, idari prosedür içinde yer alan ve iptal davasına konu oluşturmayan işlemler, sadece nihai işlemde bağımsız olarak hukuki bir değer taşımayan ya da nihai işleme çözülemez bir hukuki bağ ile bağlı bulunan halka işlemlerden ibarettir ve zincir işlemler teorisi de ancak bu işlemler bakımından uygulanabilir niteliktedir⁶⁸.

IV. AYRILABİLİR İŞLEMLER

Ayrılabilir işlemler teorisi, ilk kez idarenin sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında idare tarafından yapılan tek yanlı hukuki işlemlerin niteliğinin belirlenmesi konusunda ileri sürülen görüşler doğrultusunda biçimlendirilmiş ve giderek çeşitli hukuki statüler ile birçok işlem kategorisi bakımından önemli bir uygulama alanına sahip olmuştur⁶⁹.

Bu teori, idari karar alma süreci içinde gerçekleştirilen işlemler arasında ancak nihai işlemin iptal davasına konu olabileceğini öngören zincir işlemler teorisinin de bu anlamı itibarıyla terk edilmesini sağlamış, bu bakımdan hukuksal prosedür ve statüler içinde yer alan ama doğurdıkları hukuksal sonuçlar açısından farklı özelliklere sahip olan İşlemlerin iptal davasına konu oluşturabilecekleri kabul edilmiştir⁷⁰.

Ayrılabilir nitelikteki işlemlerin, idari prosedür içinde bir sonraki işlem ile ortaya konulamayacak özellikteki bir takım hukuki sonuçları oluşturma gücü bulunmaktadır. Öyle ki, bu etkileri dolayısıyla da ayrı bir kişiliğe sahiptirler ve prosedür ile olan hukuki bağları çözülebilir niteliktedir⁷¹.

Diğer yandan, ayrılabilir işlemler teorisinin uygulama alanının genişliği, bu konuda genel bir tanımlamayı getirmeyi güçlendirmekte ise de, “yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı bir takım hukuki sonuçlar oluşturabilen işlemler,

⁶⁶ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 123.

⁶⁷ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 123.

⁶⁸ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 123-124.

⁶⁹ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 128.

⁷⁰ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 128.

⁷¹ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 129.

söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu oluşturabilirler” şeklinde genel bir gözlemde bulunmak mümkündür. Bu arada, söz konusu teori, ilgililer bakımından şu imkanları sağlar; ya doğrudan doğruya halka işlemi ya da idari sürecin sona ermesini bekleyerek nihai işlemi dava etmek konusunda seçimlik bir hak oluşturur⁷².

Ayrılabilir işlemin sözleşme üzerindeki etkisi hususunda kesin bir çözüme varılamamıştır⁷³. Ayrılabilir işlemlerden ötürü doğan ihtilafa bakan yargıç iptal davası yargıcı, sözleşmeye ilişkin ihtilafa bakan hakim ise sözleşme yargıcı olarak adlandırılabilir. Geleneksel anlayışa göre iptal davası yargıcı sözleşmeyi iptal edemez. Bu konuda karar verecek olan sözleşme yargıcısıdır⁷⁴. Danıştayımız ise idari sözleşmeye karşı açılan iptal davasını kabul etmiştir⁷⁵.

Sonuç olarak, ayrılabilir işlemler teorisi, idari karar alma sürecinde gerçekleştirilen halka işlemlerin - bir sonrakinin varlığına gereksinme duymaksızın - tek başlarına hukuki sonuçlar doğurabilme yeterliliğine sahip olmaları halinde; bunların bu süreçten ayrılmasını ve bağımsız olarak iptal davasına konu yapılabilmelerini sağlamaktadır. Hiç şüphesiz, teori, bu özelliği nedeniyle, iptal davasının konusunu oluşturabilecek nitelikteki işlemlerin belirlenmesi bakımından göz önüne alınması gereken en önemli etkenlerden birisini oluşturmaktadır⁷⁶.

& 5. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

Prof. Dr. Pertev BİLGEN’in, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi’nde belirtmiş olduğu gibi; idari uyuşmazlıklar oldukça teknik bir konudur. Sistematik incelemeye de çok elverişli değildir. Kanunla düzenlenmesine rağmen uygulamada söz konusu olmadığı durumlar görülmektedir⁷⁷.

Danıştay Kanununun Danıştay’ın görevlerini sayan 23’üncü maddesine baktığımızda, “İdari Uyuşmazlıklar”dan söz edilmediğini görürüz. D.K. 26. madde de ise, “İdari uyuşmazlıklar ve davaların, Danıştay’ın dava daireleri ile idari ve vergi dava daireleri Genel Kurullarında incelenip karara bağlanacağı” ifade edilmekte ve bu suretle

⁷² ERKUT, Celal: a.g.e., s. 130.

⁷³ SEZGİNER, Murat: Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 164

⁷⁴ SEZGİNER, Murat: a.g.e., s. 177.

⁷⁵ SEZGİNER, Murat: a.g.e., s. 179.

⁷⁶ ERKUT, Celal: a.g.e., s. 130.

⁷⁷ BİLGEN, Pertev: ‘İdari Uyuşmazlıklar’. II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İçinde) Danıştay Yayını, Y. 1993. s. 148.

“İdari Uyuşmazlık” terimi, Danıştay’ın yargısal iş gören dairelerinin işlerinden biri gibi ve adeta “İdari dava” terimi ile eş anlamda kullanılmaktadır⁷⁸.

Fakat, D.K. m. 4’e baktığımızda; “İdari işlere ilişkin idari uyuşmazlıklar ve görevler, birinci ve ikinci Dairelerle, İdari İşler Kurulunda görülür.” denilerek, “İdari Uyuşmazlık” teriminin “idari dava” teriminden farklı bir anlamı olduğu ifade edilmektedir⁷⁹.

“İdari Uyuşmazlıklar” ile “İdari davalar” arasındaki farkı bu şekilde belirledikten sonra, asıl konumuz olan “İdarenin sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar”ı incelemeye başlayabiliriz.

İdare Hukuku gelişen bir hukuk dalıdır. İdare hukukuna ilişkin esaslar sadece kanunlarla düzenlenmemiş, gelişen şartlara uygun olarak, mahkeme içtihatlarından da yararlanılmıştır. Aynı durum ister istemez idarenin yapmış olduğu sözleşmeler içinde geçerlidir.

İdarenin sözleşmelerinin; İdari Sözleşmeler ve İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri şeklinde genel olarak ikiye ayrıldığını daha önce izah etmiştik. İdarenin yapmış olduğu bu sözleşmelerden dolayı, sözleşmeye hazırlık aşamasında ve sözleşme yapıldıktan sonra uygulamasında uyuşmazlıkların çıkması muhtemeldir.

Bizler de, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları iki bölüme ayırarak inceleyeceğiz.

- 1) İdari sözleşmenin uygulanmasından önce doğan uyuşmazlıklar.
- 2) İdari sözleşmenin uygulanmasından sonra doğan uyuşmazlıklar.

I. İDARİ SOZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN ÖNCE DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

İdari sözleşmelerin uygulanmasından önce doğan uyuşmazlıkları dört bölümde inceleyebiliriz⁸⁰.

1. Sözleşmeye Hazırlık Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar

Burada bilhassa, ihaleye girme belgesi gibi genel mahiyetteki işlemler ve tarafların sahip olması gerekli şartlarla ilgili değerlendirmeler uyuşmazlık konusu olmaktadır.

⁷⁸ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s. 149.

⁷⁹ BİLGİN, Pertev: a.g.m., s. 149.

⁸⁰ AYHAN, Önder: a.g.m., s.130; DİNÇER, Güven: “İdarenin yaptığı mukavelelerden doğan ihtilafların hal yolları”, Danıştay Dergisi, Y. 1973, s.8, s.19-20.

2. İlan Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar

İlanların kanuni şartlara uygun yapılmaması veya fiyata tesir edecek değişikliklerin ilan edilmemesi, ilanların yer aldığı yayın organlarının niteliği gibi hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olabilmektedir.

3. İhalenin Yapılması Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar

İhalenin yapılmasında kanunun emrettiği şekli şartlara ve kanun esaslarına riayetsizlik, komisyonun tasarruflarındaki aksaklıklar ve bunların verdikleri kararlar da uyuşmazlık doğurmakta hatta ihalelerin feshini getirmektedir.

4. Sözleşmenin Yapılması Aşamasında Çıkan Uyuşmazlıklar

İhaleye rağmen idarenin yahut müteahhidin sözleşme akdetmemesi uyuşmazlık konusu olabilmektedir.

İdarenin sözleşmelerinin yapılmasından önce doğacak uyuşmazlıkların sözleşmeden kaynaklanması imkansızdır. Henüz sözleşme akdedilmemiş yani meydana gelmemiştir. Sadece, sözleşmenin geçerliliği için zorunlu olarak yapılan bir takım idari işlemler vardır. Doktrinde, son yıllarda ağırlık kazanan “Ayrılabilir İşlemler Teorisi”ne göre de bu işlemler; sözleşmenin hazırlanmasına katkıda bulunan ve tamamen sözleşmeden bağımsız olarak hukuki sonuçlar doğurabilen tek yanlı işlemlerdir⁸¹.

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 içerisinde yapılan birçok işlem ve şartnameler, her birisi sözleşmelerden ayrı olarak hukuksal sonuç doğurabilir niteliktedir. Gerçekten de, ihale açılmasına ilişkin karar’ ile, arttırma - eksiltme komisyonlarının işlemleri ve arttırmaya katılanların itirazları üzerine verilen kararların tamamıyla tek taraflı idari işlemler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, ihalenin sona ermesi ve “ihale” kararı ile bu kararın onayı hakkındaki işlemler de hiç şüphesiz idari işlemlerdir⁸².

Genel olarak şöyle diyebiliriz; idari sözleşmelerin uygulanmasına kadar geçen bütün aşamalarındaki işlemler idari işlemlerdir ve bu nedenle idari yargının görevine girmektedirler.

⁸¹ ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.40.

II. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN ÖNCE DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

İdari sözleşmeler uygulanmadan, daha doğru bir deyişle akdedilmeden (imzalanmadan) önce, ortada sözleşmeye hazırlık mahiyetinde yapılan idari işlemlerin olduğunu, ayrılabilir işlemler teorisine göre de, bu işlemlerin her birinin uyuşmazlık konusu olabileceğini ve bu nedenle dava açılabilirliğini belirtmiştik.

Nitekim bu husus, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 12/10/1951 tarih ve 951/25 sayılı kararında; "Mukaveleye tekaddümen ittihaz edilen her nevi tedbir ve muamelelerin idari bir tasarruf olduğundan şüphe yoktur" denilmek suretiyle teyit edilmiş bulunmaktadır⁸³.

İdari sözleşmelerde, İdare, kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olarak bazı üstün yetkilerle donatılmıştır. Bu nedenle, idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır. Sözleşme yapılıncaya kadar ve sözleşmenin uygulanmasından sonra ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri; idari sözleşmeler için idari yargıdır.

Ancak, idarenin özel hukuk sözleşmeleri bir özellik arzemektedir. Bu tür sözleşmeler yapılıncaya kadar, sözleşmeye ilişkin esasları idare tek yanlı idaresiyle belirlediği, ihale usullerini kendisi tespit ettiği için, doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi gerekir. Çünkü ortada sözleşme yoktur. İdarenin yapmış olduğu işlemler vardır ve bu idari işlemler uyuşmazlık konusu olmaktadır. Sözleşme yapıldıktan sonra yani uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı olmalıdır. Çünkü, bu aşamadan sonra, idare bir özel hukuk süjesi gibi kabul edilmekte, karşı taraf ile eşit haklara sahip olduğu, özel hukuk kurallarına tabi olacağı belirtilmektedir.

1924 AY. mıza baktığımız da, 51. maddesinde şu hükmü görüyoruz: "İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay Kurulur..." denilmek suretiyle bu AY. döneminde doğacak uyuşmazlıkların Danıştay'ca giderileceği belirtilmiştir.

⁸² ERKUT, Celal: a.g.e., s. 40-41.

⁸³ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 20.

1961 AY.' mıza baktığımız da, 114. maddesinde şu hükmü görüyoruz: “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” denilmek suretiyle idarenin işlemlerinden dolayı uyuşmazlıkların dava konusu olabileceği belirtilmiştir. Yine 1961 AY.' mızın (20.9.1971 ve 1488 sayılı kanunla değişik) 140. maddesinde; “Danıştay idari uyuşmazlıkları görmek ve çözümlmek,..., tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...” hükmü yer almaktadır.

669 ve 3546 sayılı Danıştay Kanunlarında idari sözleşmelerle ilgili olarak açık hükümler getirilmemiş, ancak genel hizmetlerden birini ifa maksadıyla yapılan sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan doğan davaların Danıştay’da çözümleneceği belirtilmiştir⁸⁴.

24.12.1964 tarihli 521 sayılı kanun ile tam bir yüksek idari yargı mercii kimliğini kazanan Danıştay’ın 30’uncu maddesinin “c” bendinde “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların” Danıştay’da görüleceği yazılıdır. Bu hükümle, idari sözleşmeler bakımından düşülecek anlaşmazlıkların çözüm mercii kesin olarak belirlenmektedir.

521 sayılı kanunun 30. maddesinin a ve b bentlerinde; idari işlemlerden dolayı açılacak iptal ve Tam Yargı davalarının Danıştay’da çözümleneceği belirtilmektedir.

1982 AY.' mıza baktığımızda, 125. maddesinde şu hükmü görüyoruz: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” denilmek suretiyle idari işlemlerden doğacak uyuşmazlıkların dava konusu yapılabileceği belirtilmiştir.

20 Temmuz 1982 tarihinde çıkarılan 2576 ve 2577 sayılı kanunlarla, İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemeleri faaliyete geçmiştir.

1924 ve 1961 AY.' larımız döneminde; İdari sözleşmelerin yapılmasına kadar geçen aşamada doğan uyuşmazlıklar Danıştay tarafından giderilmiştir.

1982 AY.'mız döneminde ise; Genel görevli İdari Yargı yerleri olan İdare Mahkemeleri kurulmuş ve idari sözleşmelerin yapılmasına kadar geçen aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar İdare Mahkemelerince giderilmeye başlanmıştır.

2577 sayılı İ.Y.U.K. 2. maddesinin 1 .fıkrasının (a) bendine baktığımızda; “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için...” denilmek suretiyle idari sözleşmelerden

⁸⁴ AYHAN, Önder: a.g.m., s. 129.

ayrılabilen işlemlerin ve sözleşmeye hazırlık aşamasında yapılan idari işlemlerin idari yargıya konu olacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

2577 sayılı İ.Y.U.K. 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde; “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” denilmek suretiyle, idari sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıkların idari dava konusu olacağı yani idari yargıda çözümleneceği belirtilmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun ilgili maddelerine baktığımızda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların ve de idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların Danıştay’da çözümleneceğine dair bir hüküm göremiyoruz. İstisnaen, Birinci dairenin görevlerini sayan 42. maddenin (e) bendinde; “Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini” denilmek suretiyle sadece imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda Danıştay’ın görevli olduğu belirtilmiştir. Bunun haricinde; İdari sözleşmelerden ve idari işlemlerden doğacak uyuşmazlıkları genel görevli mahkemeler olan İdare Mahkemeleri çözümleyecektir. Danıştay temyiz incelemesi yapacaktır.

İdari işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilenler, işlemin ortadan kaldırılması için 2577 sayılı İ.Y.U.K. m.2’nin 1. fıkrasının (a) bendine göre “İptal davası” açmalıdır.

Bu davanın özellikleri ⁸⁵;

a) İptal davası sadece, idarenin tek yanlı iradesi ve kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlere karşı açılabilir.

b) İptal davası hukuka aykırı işlemlere karşı açılır. İdari işlem yetki, şekil, konu amaç ve sebep yönünden hukuka aykırı olabilir.

c) İptal davası sonunda verilen iptal kararından sadece davacı değil, kararın ilgilendirdiği herkes yararlanır. (işlem genel ise).

d) İdare mahkemeleri işlemi ya tamamen ya da kısmen iptalle yetinir ve kendileri iptal edilen işlemin yerine geçerek bir karar veremezler.

e) İptal davasının açılabilmesi için menfaat ihlali yeterlidir. Hak ihlali aranmaz.

⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara, 1995, Gözden geçirilmiş 8.bası, s. 326-338.

Ayrıca, idarenin işlemlerinden dolayı hakları zarar görmüşse, ihlal edilen haklarının yerine getirilmesi ya da uğranılan zararın tazmini için 2577 sayılı İ.Y.U.K. m.2'nin 1 .fıkrasının (b) bendine göre "Tam Yargı Davası" açılabilecektir.

2577 sayılı İ.Y.U.K. m. 11'e göre; "İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içerisinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur" denilmek suretiyle, idari işleminden dolayı iptal davası açmadan önce idareye başvurularak bu uyuşmazlık giderilebilecekse öncelikle bu yolun denenmesi gerektiği belirtilmektedir. Eğer yasayla idari başvuru yolu gösterilmiş ise buna uyulmadan dava açılması "idari merci tecavüzü" olarak adlandırılır.

2577 sayılı kanunun 12'inci maddesine göre. "İptal ve Tam Yargı Davaları birlikte açılabilecektir veya önce iptal davası açarak, bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde Tam Yargı Davası" açabilecekleri belirtilmiştir.

Özetleyecek olursak; idari sözleşmelerin uygulanmasına kadar oları aşamada ortada idari işlemler vardır. Uyuşmazlıklar bu idari işlemlerden kaynaklanmaktadır. Bu idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır. İdari yargıda iptal davası açılmalıdır. Eğer uğranılan bir hak ihlali (uğranılan bir zarar) da söz konusu ise Tam Yargı Davası da açılabilecektir.

Bunlarla ilgili Danıştay kararlarına baktığımız da ⁸⁶ ;

- Usulüne uygun ilan yapılmadığı nedeniyle ihale kararının iptali istenmiştir.

Danıştay 12.D. 20.10.1973 gün ve E. 1972/1 7 K. 1973/2522 sayılı kararı

Danıştay 12.D. 6.5.1976 gün ve E.1975/1956, K 1976/1062 sayılı karar

- Teklif mektubu ve dış zarfı usul ve şekle uygun olduğu ve ihaleye katılmak için aranan tüm niteliklere sahip olduğu halde, ihaleye sokulmadığını iddia eden kişinin, ihale kararının iptali için açmış olduğu dava nedeniyle verilen karar.

Danıştay 12.D. 2.3.1978 gün ve E. 1976/635. K. 1978/458 sayılı kararı

- İhale kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle açılmış olan iptal davalarına ilişkin olarak verilen kararlar.

Danıştay 11.D. 18.4.1978 gün ve E.1977/126, K. 1978/1740 sayılı kararı

⁸⁶ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 169-170.

Danıştay 12.D. 20.6.1977 gün ve E. 1976/1622, K. 1977/1566 sayılı kararı

- İhale kararının onanmamasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin olarak verilen karar

Danıştay 12.D. 21.1.1974 gün ve E. 1971/2784, K. 1974/76 sayılı karar

- İhalenin feshine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin verilen karar

Danıştay 12.D. 22.1.1981 gün ve E. 1979/557, K. 1981/102 sayılı karar

III. İDARİ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASINDAN SONRA

DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

İdari sözleşmelerin imzalanmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Artık ortada, idarenin yapmış olduğu bir sözleşme vardır.

Bu aşamada uyuşmazlıklara çok fazla rastlanır. Bu uyuşmazlıklar gerek nitelik ve gerekse nicelik yönünden oldukça önemlidirler. Taahhüdün zamanında yerine getirilmemesi, idarenin tek taraflı değiştirme yetkisini kullanması, feshi gerektiren durumların ortaya çıkması, olağanüstü haller, fiyat farkları gibi durumlardan dolayı uyuşmazlıklar çıkabilir. Ayrıca, bayındırlık işlerinde yapılan işin kesin kabulünden sonra da bazı uyuşmazlıklar doğmaktadır⁸⁷.

Uyuşmazlık idari sözleşmelerden kaynaklanıyorsa: bunların çözüm yeri idari yargıdır.

Uyuşmazlıklar idarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanıyorsa; bunların çözüm yeri adli yargıdır. Ancak ayrılabilir işlemler teorisine göre bu durumlarda da idarenin sözleşmeyle ilgili bir işleminden dolayı idari yargıda dava açılabilmesi mümkün olmaktadır.

1924 ve 1961 AY.' larımıza baktığımızda: idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların Danıştay'ca çözümleneceği belirtilmiştir. (Daha önce incelediğimiz için teferruatına girmiyoruz.)

669 ve 3546 sayılı DK.' larına baktığımızda da; idari sözleşmelerle ilgili olarak açık hükümler getirilmediğini, ancak genel hizmetlerden birini ifa maksadıyla yapılan sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan doğan davaların Danıştay'da çözümleneceği belirlenmiştir⁸⁸.

⁸⁷ AYHAN, Önder: a.g.m., s.130.

⁸⁸ AYHAN, Önder: a.g.m., s.129.

521 sayılı D.K.' da ise: 30'uncu maddesinin (c) bendinde açık olarak 'Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların Danıştay'da çözümleneceği belirtilmiştir.

1982 AY.' mızda 125. maddede yer alan hüküm; idari sözleşmelerden dolayı çıkacak uyuşmazlıklarda yargı yoluna gidilebileceğini belirtmiştir.

20 Temmuz 1982 tarihinde çıkarılan 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunlarla idari yargılama usulü yeniden düzenlenmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun ilgili maddelerine baktığımızda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Danıştay'da çözümleneceğine dair bir hüküm göremiyoruz. İstisnaen; Birinci dairenin görevlerini sayan 42. maddenin (e) bendinde; "Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini" denilmek suretiyle sadece imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Danıştay'ın görevli olduğu uyuşmazlıkların çözüm yeri 2577 sayılı İ.Y.U.K. 2. maddesinin 1 .fıkrasının (e) bendine göre idare mahkemeleri olacaktır ve temyiz mercii de Danıştay olacaktır.

& 6. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde esas olarak üç yol benimsenmektedir⁸⁹.

- A) Uyuşmazlıkların dava (yargı) yolu ile çözümü.
- B) Uyuşmazlıkların "tahkim usulü" ile çözümü.
- C) Uyuşmazlıkların "Sulhen" çözümü.

Bunları incelerken "İmtiyaz Sözleşmelerini" ayrıca inceleyeceğiz. Ayrıca idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları ayrılabilir işlem teorisine göre çözümlenmeye çalışacağız.

I. UYUŞMAZLIKLARIN DAVA "YARGI " YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

Yukarıda da açıklandığı gibi, 1924 ve 1961 AY.' larımızın 51 ve 114. maddelerine göre; "İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar"ın Danıştay'da çözümleneceği hükme bağlanmıştır. 1982 AY.' mızda ise 125. maddesinde şu hükmü görüyoruz: "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" denilmek suretiyle idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların yargı konusu olacağı belirtilmektedir. 669 ve 3546 sayılı Danıştay kanunlarında idari sözleşmelerle ilgili

⁸⁹ AYHAN, Önder: a.g.m., s.131.

olarak açık hükümler getirilmemiş, ancak genel hizmetlerden birini ifa maksadıyla yapılan sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan doğan davaların Danıştay’da çözümleneceği belirtilmiştir⁹⁰.

Osmanlı Devleti idaresinde, Danıştay genel olarak danışma ve düzenleme hizmetleri görmüştür. Kendisine bugünkü gibi esas olarak yargı görevi verilmemiştir. Gerçi bazı anlaşmazlıkları karara bağladığı tespit edilmekte ise de, bu kararlar kesin değildir (tutuk adalet sistemi). Danıştay da diğer kurumlar gibi bütün yetkileri kendinde toplayan padişah adına hareket eder, onun adına uyuşmazlıkları çözümler ve her kararın sonunda son kararın ve son sözün hükümdarda veya onun adına hareket edebilen kimselerde olduğuna işaret olunurdu. Bu sebeple Danıştay’ın o devirde yerine getirdiği adalet, padişahın uygun bulmasına bağlı, yani kesin adalet olmayan türden bir adaletti. Osmanlı Devleti devrine ait Danıştay kararları elde mevcut olmadığından bu dönemde verilmiş ilanlar arasında idari sözleşmeye ilişkin kararların tam bir listesini vermek mümkün olmamıştır⁹¹.

2575 sayılı Danıştay Kanunumuza baktığımızda; idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Danıştay’da çözümleneceğine dair bir hüküm göremiyoruz. İstisnaen 42. maddesinin (e) bendin de; “Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini” denilmek suretiyle sadece imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Danıştay’ın görevli olduğu belirtilmiştir. 2577 sayılı İ.Y.U.K. 2’inci maddesinin 1 .fıkrasının (c) bendinde; “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” denilmek suretiyle, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari dava konusu olacağı yani idari yargıda çözümleneceği, çözüm mercii olarak İdare Mahkemeleri’nin görevli olduğunu anlamak gerekir. Ancak taraflar idare mahkemesinin bu kararına karşı Danıştay’a temyiz yoluna gidebilirler.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini belirlemiş olduk.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar nasıl çözümlenecektir?

⁹⁰ AYHAN, Önder: a.g.m., s.129.

⁹¹ BAŞPINAR, Recep: a.g.m., s.521.

İdare, özel hukuk sözleşmeleri imzalandığı zaman özel hukuk s jelerinden bir farkı kalmamaktadır. Karşı taraf ile eşit haklara sahiptir. Bu nedenle idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenecektir.

Ancak, burada üzerinde durulması gereken bir konu vardır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasında idarenin işlemleri söz konusu olmaktadır. İdarenin bu işlemlerine karşı adli yargıda mı, idari yargıda mı dava açılmalıdır?

Kanaatimiz, ayrılabilir işlemler teorisine göre idarenin bu işlemleri ayrı dava konusu olabilmeli ve bu işlemlere karşı idari yargıda dava açılmalıdır. İl Han  zay'ın da belirttiğı gibi “İdare, çoğı kez, kendisi üzerinde daha etkili bir biçimde görülebilen idari yargı denetimini bertaraf edebilmek amacı ve kamu hizmeti ilke ve kurallarına daha az “aşına” olan Adliye yargıcı önünde çözümlenecek bir uyuşmazlıkta kendine daha elverişli bir sonuç elde edebilir zannıyla bu alandan kaçma eğilimleri içinde olsa bile, aslında “ayrılabilir işlem” kuramı idarenin yani kamunun yararına olduğından bu konuda İdare Mahkemelerinin çok hassas davranmaları gerekmektedir”⁹².

“Bir il özel idaresi, hüküm ve tasarrufu altında bulundurduğı içinde eski eser niteliğinde ahşap bir köşk bulunan taşınmazı, kamu hizmetine özgülenmiş taşınmaz ve su sporları yapmak ve yaptırmak amacıyla Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğüne 35 yıl süre ile devredilmiştir. Genel Müdürlüğün kararı ile burada spor kamu hizmetini yürüten bir federe amatör kulübün topladığı bağışlarla binayı restore ettirmesinden bir müddet sonra da, taşınmazın değıer kazanması ve konumu itibariyle de büyük bir kira getireceğinin anlaşılmamasıyla özel idare, kamu hizmetine özgülenmesi kararını değıştirip, onu Kira Kanunu kapsamına almış; anılan kanunda yapılan bir değışiklik ile tüm sözleşmelerin geçersiz sayılıp yeniden sözleşme yapılması gibi bir durum ortaya çıktığında da Beden Terbiyesi ve dolayısıyla kulübün çok yüksek bir kira ödemesini, aksi takdirde taşınmazı tahliye etmelerini isteyerek bunu Genel Müdürlüğü bir yazı ile bildirmiştir”⁹³.

“Bu olayda İl  zel İdaresi, dayandığı Kira Kanununun sadece tespit edilen bedele ilişkin ve Adliye yargısı içinde çözümlenecek bir uyuşmazlık  ng rmesinden yararlanarak İdare Hukukunda “tahsis” adı verilen kamu hizmetine özgüleme işlemindeki hukuka uygun olmayan değışikliğı yargı denetiminden bağışık tutmak gibi bir amaçla hareket etmiştir. Buna karşılık, önce kulüp, daha sonra da Beden Terbiyesi, İdare Mahkemesi önünde açtıkları davalarda, uyuşmazlığın Kira Kanunu ve bir özel

⁹² ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 480.

⁹³ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 480.

Hukuk sözleşmesi olan “kira kontratı”ndan değil; Özel İdarenin “tahsis”i kaldırmak suretiyle yararlanma hakkına son vermiş olmasından kaynaklandığını ileri sürerek, arada “İntifa Hakkı” yani Özel Hukuk ilişkisi bulunsa bile, buna son verme anlamını taşıyan “tahsisin kaldırılması ve taşınmazın Kira Kanunu kapsamına alınması” konusunda İl Daimi Encümeninin vermiş olduğu kararın “ayrılabilir işlem” olduğunu ve bu konuda idari yargının görevli bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. İdare Mahkemesi ise, belki biraz uzun bir süre duraksama ve kararsızlıktan sonra, konunun kendi görev alanına girdiğini kararlaştırmış ve davayı kabul etmiştir⁹⁴.

Bu olayda mahkemenin görev kararında dava dilekçelerinde ayrıntılı olarak ele alınmasına karşın, “ayrılabilir işlem” kavramından söz edilmemekle beraber, anlam ve kapsamı bu şekilde nitelendirilebilecek aşağıdaki gerekçe yer almaktadır⁹⁵.

“İstanbul Yüzme İhtisas Kulübü vekili tarafından 3151 sayılı yasa gereğince yapılan kira tespitin iptali istemi ile İstanbul Valiliğine karşı açılmış davada davalı idare avukatı tarafından süresinde verilen savunma dilekçesinde görev itirazında bulunduğu görülerek itiraz incelenip gereği görüldü: Uyuşmazlık 3151 sayılı “18.5.1955 tarihli ve 6570 sayılı gayrimenkul kiralari hakkında kanuna bir geçici madde eklenmesine dair kanun” hükümlerine göre davalı idare tarafından davacının işgalinde bulunan taşınmaz kirasının saptanmasına ilişkin idari işlemin davacının kiracı olmaması nedeniyle kendisi hakkında bu yasa hükümleri uygulanmayacağından iptal isteminden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu idareye bir kanunla veya genel nitelikte bir düzenleme ile kamu gücü kullanma, tek taraflı hareket etme, karar alma ve uygulama görev ve yetkisi tanımış ise bu yetkinin kullanılmasından doğan uyuşmazlıkların idari yargı alanına gireceği açıktır. Davanın açılış şekline göre dava konusu olayda da idarenin kiracı niteliği olmayan sadece intifa hakkı sahibi olan Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü hakkında yasaya aykırı olarak yukarıda belirtilen kamu gücü ve tek taraflı hareketle karar atma ve uygulama yetkisine dayanılarak işlem oluşturduğu mahkememizce benimsendiğinden davalı idarenin dava konusu uyuşmazlığın çözüm yerinin Adli Yargıya ait olduğuna ilişkin görev itirazının reddi ile, 2247 sayılı uyuşmazlık mahkemesinin kuruluş ve işleyişi hakkındaki kanun hükümleri uyarınca kararın taraflara tebliğine., günü oybirliği ile karar verildi⁹⁶.

(İstanbul 3. İdare Mahkemesi 29.5.1986, E. 1985/321.)

⁹⁴ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 481.

⁹⁵ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 481.

Mahkeme daha sonra 14.3. 1988 tarih ve E. 1985/344. K. 1988/300 sayı ile dava konusu işlemi iptal etmiş, bu karar da Danıştay 10. Dairesi'nce 20.5.1991 tarih ve E. 1988/2235, K. 1991/1901 sayı ile onanmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden dolayı İdare ile İmtiyaz sahibi arasında çıkacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Ancak imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar son derece çeşitli olabilir. Bunları incelemeye çalışacağız.

İdarenin sözleşmeyi süresi bitmeden önce tek yanlı iradesi ile feshetmesi halinde, tek yanlı fesih işlemi bir iptal davasına konu teşkil edebilir. Ayrıca, sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümü ile sözleşmenin feshi için açılacak davalar, doktrinde ve uygulamada tam yargı davaları olarak adlandırılmaktadır. İ.Y.U.K. m.36'da bu davalar Tam Yargı davaları olarak adlandırılmaktadır⁹⁷.

Buna karşılık, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibi ile hizmetlileri ve işçileri arasındaki uyuşmazlıklar, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklandıkları için, adli yargıda çözülür. Aynı şekilde, hizmetten yararlananlar ile imtiyaz sahibi arasındaki uyuşmazlıklar da idari nitelikte olmayıp adli yargıda çözülür. Bununla beraber, hizmetten yararlananlar idareye başvurarak imtiyaz sahibinin sözleşmeye uymaya zorlanmasını isterler ve bu istekleri idarece reddedilir ise buna karşı yerine göre iptal veya tam yargı davaları açılabilir⁹⁸.

İdari sözleşmelerden dolayı, idare ile sözleşmecisi arasında çıkabilecek anlaşmazlıklara Danıştay'da "Sözleşme Davası" olarak bakılacağı, ayrıca bu anlaşmazlıkların bir hukuk kuralına aykırılığı söz konusu olduğundan bunun iptal davasına da konu teşkil edebileceği söylenmektedir⁹⁹.

521 sayılı Danıştay kanunumuz döneminde: İdari sözleşmelerin geçerliliği ve bunların uygulanmasından doğabilecek uyuşmazlıklar tam yargı davasına konu teşkil ederler (Sözleşme Davası). Sözleşmelerin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıkla aleyhine Tanı Yargı Davası açılacaktır. Ancak, sözleşmeden ayrılabilen işlemler varsa, bu işlemler aleyhine iptal davası açmak da mümkündür. Unutulmaması gereken;

⁹⁶ ÖZAY, İlhan: a.g.e., s. 481.

⁹⁷ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 234.

⁹⁸ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s. 235.

⁹⁹ BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, s. 196.

sözleşmelerin iptali ancak ve mutlak olarak Tam Yargı Davası (Sözleşme Davası) ile mümkündür¹⁰⁰.

İdarenin Özel Hukuk sözleşmelerinin uygulanmasından doğan davalar Adli yargıda görülecektir. Uygulanması sırasında idari işlemlerden dolayı dava açılırsa (ayrılabilir işlemler teorisine göre) idari yargıda bu davalara bakılacaktır.

İdari sözleşmelerin uygulanmasından önce açılacak davalar idari işlemlerden kaynaklanan davalardır. İdari yargı yerine açılacak dava, menfaat ihlali varsa; İptal Davası, hak ihlali varsa: Tam Yargı Davası (Tazminat Davası) veya her ikisi birden olabilecektir. (İ.Y.U.K. m.2, 12, 13)

İdari sözleşmelerin uygulanması sırasında veya sözleşme süresinin bitiminden sonra taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar da vardır; Örneğin, on yıllık kaplıca işletme süresi biten taraf, sözleşmenin bir maddesine dayanarak, sözleşmenin on yıl için yenilenmesini istediğinde idarenin istemi reddi, Danıştay'da bir iptal davasına konu olmuştur¹⁰¹. İçtihatları Birleştirme Kuruluna kadar giden anlaşmazlıklardan birisi de Devlet Tiyatrosu Sanatçısı Kutucuoğlu'nun süresi biten sözleşmesini idarenin yenilememesi üzerine Danıştay'da açtığı iptal ve tam yargı davasıdır¹⁰².

Taraflar arasında çıkabilecek Tam yargı (Tazminat) uyuşmazlıklarında ise, burada daha önce gördüğümüz sorumluluk kural ve ilkelerinin çoğu kez geçerliliği yoktur. Çünkü bunlar, idari eylem ve işlemlere ilişkin uyuşmazlıklardan çok, özel hukukun iki taraflı borç doğuran sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklara benzerler. Dolayısıyla, tabi oldukları kuralları idare hukuku alanında bulabilmek genellikle mümkün değildir. Bu alanda özel hukukun sorumluluk kurallarına başvurma bir zorunluluk olarak belirir. İdari kural ve ilkeleri, Borçlar Kanunu hükümlerine paralel bir anlayışla her somut olay için ayrıca belirlemek durumundadır. Bu özelliği sorunun belli kurallara göre incelenmesini imkansız kılmaktadır¹⁰³.

Üçüncü kişilerde, sözleşme konusu kamu hizmetiyle ilgili idari sözleşmenin ve şartnamenin iptali için yargı yerinde dava açabilirler. Türkiye Elektrik Kurumu'nun Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na karşı, adı geçen Başkanlığın Çukurova Elektrik Anonim Şirketi ile yaptığı imtiyaz sözleşmesinin iptali için açtığı dava ile Gemlik Belediyesi'nin Türkiye Elektrik Kurumuna ve Türkiye Azot Sanayi T.A.Ş. Genel

¹⁰⁰ AYHAN, Önder: a.g.m., s.132.

¹⁰¹ D.D.U.H. 20.10.1959 g. E.57/946, K.59/268 sk.

¹⁰² 8.D. 15.1.1964 g. E. 63/9897 K. 64/121 sk. ve D.İ.B.K. 4.7.1964 g. E. 64/344 sk. (R.G. 5.5.1965g. 11990 s.).

Müdürlüğüne karşı, aralarında yaptıkları elektrik enerjisi alım-satım sözleşmesinin iptali davası örneklerden sadece ikisidir¹⁰⁴.

Bununla ilgili olarak Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na karşı açılan ve Çukurova Elektrik Anonim Şirketinin müdahil olarak Bakanlık yanında yer aldığı dava da vardır¹⁰⁵.

Üçüncü kişilerin açabileceği davalar yönünden değişik ihtimaller üzerinde durmak gerekir. Hak veya menfaat ihlali, idarenin sözleşmeye ilişkin bir işlem veya eyleminden doğmuşsa. üçüncü kişi idareye karşı idari yargı yerinde dava açacaktır. Uyuşmazlık, sözleşmenin diğer tarafının eylem veya işleminden doğmuşsa ve idari sözleşme sınırı aşıldığı için üçüncü kişi zarara uğramışsa açacağı dava da hasım idare değil, karşı taraf olacaktır ve adli yargıya gidilecektir. Ancak, hak veya menfaat ihlali, üstlenilen idari hizmetle bağlantılı ve onun yerine getirilmesinden doğuyorsa, sorumlu idaredir. Danıştay bir kararında müteahhit eliyle yürütülen hizmette müteahhidin idarenin ajanı sıfatıyla hareket ettiğini kabul ederek "İdare hukuku bakımından tazmin mükellefiyetinin hizmetin asıl sahibi sıfatıyla idareye terettüp" ettiği gerekçesiyle idareyi tazminle yükümlü tutmuştur¹⁰⁶.

Danıştay altıncı dairesi de bir kararında: "Davalı idarenin işi bizzat yapmayıp imtiyazlı bir şirket veya şahsa ihale veya emanet usulü ile gördürmesi, hizmetin kamu hizmeti niteliğini ve davalı idarenin yakın gözetim ve denetim görevini ortadan kaldırmaz... Müteahhit tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı, davalı idarenin de yakın gözetim ve denetim görevinin iyi işlemediği anlaşılmaktadır... Hizmet kötü ifa edildiğine göre davalı idarenin hizmet kusurunun mevcudiyeti açıktır... Maddi tazminatın, davalı idarenin kusurlu şahsa rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, davalı idarece ödenmesine¹⁰⁷ " demektedir. Yukarıda geçen her iki kararda da belirtildiği gibi idarenin sözleşmede taraf olan kişi veya şirkete üçüncü kişiye ödediği tazminat için yönelme hakkı saklıdır¹⁰⁸.

Özetleyecek olursak; idari sözleşmelerden dolayı açılacak davalar; İptal Davası ve Tam Yargı Davasıdır. Bu davalar idari yargıda çözümlenecektir.

¹⁰³ ESİN, Yüksel /Kazım Yenice: Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.123.

¹⁰⁴ ESİN, Yüksel/ Kazım Yenice: a.g.e., s.124-125; 12.D. 2.İ.1976g. E.74/1958, K.76/2 141 sk. (D.D. 26-27. sf.509).

¹⁰⁵ D.D.K. 13.5.1977 g. E.76/456, 1(77/254 sk. (D.D. 28-29. s. 261).

¹⁰⁶ 12 D. 15.10.1966 g. E. 65/3686 K.66/2826 sk.

¹⁰⁷ 6. D. 18.3.1970 g. E. 66/ 2898 K. 70/7 13 sk.

¹⁰⁸ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s.126.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden dolayı açılacak davalar için Adli yargıya gidilecektir. Ancak, Ayrılabilir İşlemler Teorisine göre, bu sözleşmeler imzalanmadan önce ve uygulanması sırasında idari işlemlerden dolayı açılacak davalar idari yargıda çözümlenecektir.

1. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Görev

İdari sözleşmeler için idari yargının görevi mutlaktır. 26/2/1953 tarih ve 953/6 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararında; “İdari mukaveleler ile adi mukavelelerin karakterini tayinde bu mukavelelerde tahaddüs edecek ihtilafların adli veya idari kazada tetkik edileceğinin gösterilmiş olması, kaza mercilerinin vazifeleri amme nizamından bulunması itibariyle ancak kanunlar ile belli edilebileceği ve tarafların bu bapta izhar edecekleri iradenin bu vazifelerinin tebdil ve tahvilinde müessir olamayacağı cihetle sırf bu yoldaki kayda dayanılarak bir mukavelenin idari veya adli mukavele tiplerinden birisine ithal edilmesi doğru ve caiz olmayacağı gibi keyfiyetin sadece Ticaret Kanununun 20’inci maddesi çerçevesi dahilinde mütalaa da mukavele tipinin tespitinde isabetli bir hal çaresi olarak kabul edilmez. Bir mukavelenin vasıf ve karakterini tayin için müessesenin idare hukukunun vazetmiş olduğu esaslar dairesinde bir kül halinde mütalaa ve tetkiki icap eder...” denilmek suretiyle durum tespit edilmiş bulunmaktadır.

Buna göre, idari bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın adliye mahkemesinde dava konusu yapılmasına imkan yoktur, Yani, idari bir sözleşme tarafların rızası olsa da adliye mahkemesinde incelenemez. Ancak, idare ve diğer akitler herhangi bir sözleşmeyi idari bir sözleşme sayarak bundan doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda halledileceğine dair, sözleşmeye hüküm koyabilirler¹⁰⁹. Ancak hemen belirtelim ki yargı yolu sözleşmesi idare hukuku alanında caiz değildir.

İdarenin yaptığı her çeşit sözleşmenin uygulanmasına kadar geçen bütün aşamalardaki işlemler idari işlem olmaları bakımından idari yargının denetimine tabidir. Yani sözleşmenin imzalanmasına kadar idare ile diğer taraf arasında akdi bir bağ yoktur. Fakat idarenin yaptığı işlemler idari tasarruf olduğundan diğer tarafın işlemi iptal ettirmek ve idareden tazminat istemek imkanı vardır. Nitekim bu husus 12/10/1951 tarih ve 951/25 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararında; “Mukaveleye tekaddümen ittihaz edilen her nevi tedbir ve muamelenin idari bir tasarruf olduğundan şüphe yoktur” denilmek suretiyle de teyit edilmiş bulunmaktadır. İdarenin akdettiği sözleşmelerin akid

¹⁰⁹ DİNÇER, Güven: a.g.m., .s. 20.

safhasından sonra meydana çıkacak uyuşmazlıkların ve davaların çözüm merciinin tayininde mukavelenin mahiyeti mutlak bir rol oynar. Eğer sözleşme idari ise 521 sayılı Danıştay Kanununun 32. maddesinin 1. fıkrası gereğince uyuşmazlık ve davalar Danıştay'da çözülür. Eğer sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi ise uyuşmazlığın çözüm yeri Adli mahkemelerdir¹¹⁰.

Unutulmaması gereken; İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması aşamasında da “Ayrılabilir İşlemler Teorisi”ne göre idari işlemlerden dolayı dava açılabilir. Bu davaların çözüm yeri İdari yargıdır.

2577 sayılı İ.Y.U.K. 2'inci maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (e) bentlerinde, idari işlem ve sözleşmelerden doğan davaların idari yargıda çözümleneceğini belirtmektedir.

2. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki

20 Temmuz 1982 tarihi itibarıyla idari yargılama usulümüz değişene kadar idari sözleşmelerden doğan davalarda yetki ile ilgili mesele yoktu. Çünkü, idari davalar için tek yetkili merci Danıştay idi ve davalar Danıştay'ca çözümleniyordu.

2577 sayılı İ.Y.U.K. 32. -37'inci maddeleri arasında idari davalarda yetkiyi düzenledi ve ayrıntılı hükümler getirdi.

İ.Y.U.K.' da düzenlenen yetki kurallarına “İmtiyaz Sözleşmeleri” girmemektedir. Çünkü 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasında; “imtiyaz sözleşmelerinden doğan davaların ilk derecede Danıştay'da görüleceği” hükme bağlanmış ve bu sözleşmeler için yetki meselesi kalmamıştır.

İ.Y.U.K. m.32 genel yetki kuralını düzenler. 1. fıkrasında; ‘göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunla da yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir” denilmektedir.

Bilindiği gibi, ilke olarak genel yetki kuralı; ya tek başına ya da özel yetki kurallarının yanında (onlarla birlikte) davalara uygulanabilir nitelikte olmalıdır. Genel yetkiyi sadece kesin yetki kuralı kaldırabilir. Bir dava veya uyuşmazlık için kesin yetkili yargı yeri gösterilmişse, bu alanda genel yetki kuralı geçerli olmaz¹¹¹.

¹¹⁰ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 20.

¹¹¹ EŞİN, Yüksel/ Kazım Yenice: a.g.e., s. 631.

Tam Yargı (Tazminat) Davaları için 36'ncı maddede yetkili idare mahkemelerinin neresi olacağı belirtilmiştir. Bu madde kesin yetki kuralıdır. Sadece (a) bendinde yer alan hüküm (atıf) nedeniyle 32. maddenin 1. fıkrasındaki kuralın uygulanmasını gerektirmektedir¹¹².

32. maddedeki genel yetki kuralı 33, 34 ve 35. maddelere de uygulanamayacaktır. Bu maddeler de kesin yetki kuralıdır. Bu maddelere ilişkin olan idari sözleşmelerden doğan yetkili yargı yerleri (idare mahkemeleri) bu maddelerde gösterilen yerlerdir. İ.Y.U.K. 32. maddesinin 1. fıkrasındaki genel yetki kuralı bu saymış olduğumuz maddelerin kapsamı dışında kalan davalara uygulanacaktır¹¹³.

33. madde; “Kamu görevlileri ile ilgili davalarda yetki”

34. madde; “Taşınmaz malları ve kamu idarelerine ilişkin davalarda yetki”

35. madde; “Taşınır mallara ilişkin davalarda yetki”

“İdari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi” ifadesinden “o ili yargı çerçevesine alan idare mahkemesini” anlamak gerekir.

İdari sözleşmeleri akdetme yetkisi, kural olarak, Devlet tüzel kişiliği adına bakanlara ve valilere, diğer kamu tüzel kişileri adına da o tüzel kişiliğin başında bulunan idari otoriteye (rektör, genel müdür, belediye başkanı vb.) ait olduğundan, sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yeri ve yetkili idare mahkemesini tespit etmede bir güçlük karşılaşılmayacaktır. Sözleşmeyi yapan idarenin merkezi hangi ilde bulunuyorsa, o “ile bakan idare mahkemesi yetkili olacaktır. (imtiyaz sözleşmeleri Danıştay’da görüleceğinden bu sözleşmelerden doğan davalar yönünden yetkili yargı yerinin belirlenmesi diye bir mesele bulunmamaktadır.)¹¹⁴

Buna karşılık işlemi yapan idari merciin belirlenmesi yönünden bazı güçlüklerin çıkacağı anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi, kamu idare ve kurumlarının görev alanları ve bunların, hangi konularda işlem tesis edebilecekleri kanunda (veya kanunların tanıdığı açık yetkiye dayanılarak çıkarılan diğer kural tasarruflarda) gösterilmiştir. Bu yatay bölünmenin yanında her idare ve kurumun kendi hiyerarşisi içinde de dikey olarak görev ve yetki dağılımı vardır. Bir idare veya kuruma alt görev ve yetkiler onun çeşitli kademelerinde yer alan makam ve organlar arasında bölüştürülmüştür. Ayrıca yetki genişliği, yetki devri, imza yetkisinin devri ve idari vesayet gibi ilişkilerde bu karışık tablonun büsbütün karmaşık bir hal almasına neden

¹¹² ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 632.

¹¹³ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 635.

olmaktadır. Bu yüzden “işlemi yapan idari merciin bulunduğu yeri” tespit etmek her zaman kolay olmayacağından. Türk idare teşkilatının yapısını ve tabi olduğu kuralları göz önüne almak suretiyle bazı çözüm yollarının aranması gerekmektedir¹¹⁵.

Hemen belirtelim ki, kamu idare ve kurumlarının merkez birimlerince veya merkezdeki hiyerarşilerine dahil makam ve organlarca tesis edilen işlemler yönünden bir güçlkle karşılaşmaz. Böyle hallerde, idare veya kurumun bulunduğu ildeki (ya da o “il”e bakan) idare mahkemesinin yetkili olacağında şüphe yoktur. Çünkü bu il aynı zamanda “işlemi yapan idari merciin bulunduğu yer” olmaktadır. Bunun yanında, il özel idareleri, belediyeler ve köyler gibi yerel yönetimlerle, yalnız bir ile hizmet veren tüzel kişilikli kamu kurumlarının (Ankara Sular idaresi, EGO, ESHOT, İETİ’ vb. gibi) işlemleri yönünden de bir sorun çıkmayacağı söylenebilir. Bunların görev ve yetki alanları il sınırları içinde kaldığından, o ili yargı çevresine alan idare mahkemesinin belirlenmesinde güçlük çekilmez¹¹⁶.

Konuyla ilgisi nedeniyle “yetki devri” ve “idari vesayet” ilişkilerine de kısaca değinmek yararlı olacaktır. Bilindiği gibi, idari otoriteler (hiyerarşik amirler) kanunun izin verdiği hallerde sahip oldukları yetkilerden bazılarını daha alt kademede bulunan görevlilere devredebilirler. Biz bu işleme “Yetki Devri” diyoruz. Yetki devrine dayanan işlemler, yetkiyi alan (daha doğrusu kendisine yetki devredilen) makam veya organın işlemi sayıldığından; bu ilişkinin varlığı, gerektiğinde yetkili yargı yerinin değişmesi sonucunu doğurmaktadır¹¹⁷.

İdari Vesayette ise; Devlet tüzel kişiliği adına merkezi idarenin, kanunlarla öngörülen konularda, kamu tüzel kişilerinin işlem ve eylemleri ile organları üzerinde denetim yetkisi vardır. Büyükşehir belediyelerinin de ilçe belediyeleri üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki yerel yönetimler yönünden vali ve kaymakam tarafından kullanılabilir. “İdari Vesayet” diye adlandırılan bu denetimin varlığı denetime tabi olan yerel yönetim veya kamu kurumunun o konuda işlem yapma yetkisini kaldırmaz. Ancak işlemin yürürlüğe girmesi, uygulanabilmesi için idari vesayet makamının onayı gerekir. İdari vesayet makamı, kural olarak, denetimine tabi olan işlemi ya onaylar ya da reddeder. Kanunun gösterdiği istisnai hallerde ise değiştirerek onama yetkisi vardır. Bu üç ihtimale dayanarak “işlemi yapan idari

¹¹⁴ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s.635-636.

¹¹⁵ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s.636.

¹¹⁶ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s.636.

¹¹⁷ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s.640-64 1.

merciin” ve dolayısıyla yetkili yargı yerinin belirlenmesi yönünden ortaya çıkabilecek sonuçları değerlendirelim ¹¹⁸.

Vesayet makamı, yerel yönetimin veya kamu kurumunun (kısacası yerinden yönetim idaresinin) işlemini onayladığında, onaylama tasarrufu asıl işlemin yerine geçmiş olmaz. Vesayet makamınca tesis edilen onay, asıl işlemin yapıcı ve tamamlayıcı bir unsuru değildir. Asıl işlem, yani yerinden yönetim idaresinin işlemi, onamadan önce de hukuki varlığa sahiptir. Yalnızca yürürlüğe girmesi vesayet makamının onayına kadar ertelenmiş durumdadır. Bu nedenle, onaydan sonra da işlemin yerinden yönetim idaresine aidiyeti devam ettiğinden, “işlemi yapan idari merci”de bir değişiklik meydana gelmez. Onaylanan işleme karşı açılacak davanın da, vesayet makamının (merkezi idarenin) bulunduğu yerde değil, işlemin asıl sahibi olan yerinden yönetim idaresinin (yerel yönetimin veya kamu kurumunun) bulunduğu “ile bakan idare mahkemesinde görülmesi gerekir. İkinci ihtimal, işlemin vesayet makamınca onaylanmaması yani reddedilmesidir. Bu halde yerinden yönetim idaresine karşı açılacak bir davadan söz edebilir ki. bunun da vesayet makamının bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde görüleceğine kuşku yoktur. Üçüncü bir ihtimal de işlemin değiştirilerek onaylanmış olmasıdır. Böyle bir durumda yerinden yönetim idaresinin tutumu önem kazanır. İdare bu değişikliği benimserse sorun yoktur. İşlemi yapan idari merci yine kendisi sayılır ve yetkili yargı yeri buna göre belirlenir. Benimsemediği takdirde ise (değişikliğe karşı idari itiraz yoluna gitmesinden veya dava açmasından anlaşılır.) İşlemin sahibi vesayet makamı olur ve davanın da vesayet makamının bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde görülmesi zorunluluğu doğar¹¹⁹.

“Yetki devri” ve “idari vesayet” konularını da inceledikten sonra asıl konumuza kaldığımız yerden devam edelim. Valilik ve kaymakamlık işlemleri bazı özellikler arz etmektedir. Bilindiği gibi illerin yönetimi “yetki genişliği” esasına dayanmakta ve merkezi idareye ait bazı yetkiler illerde valiler tarafından kullanılmaktadır. Valiler, Devlet ve Hükümetin temsilcisi durumundadır ve ayrı ayrı her bakanlığın yürütme organı sıfatıyla, merkezi idareden bağımsız olarak, çeşitli konularda kesin işlem yapmaya yetkili bulunmaktadır. Valilerin hangi konularda kendi başlarına işlem yapabilecekleri genel olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanununda, özel olarak da diğer bazı kanunlarda gösterilmiştir. Kaymakamların bağımsız yetki alanı ise daha dardır.

¹¹⁸ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 641.

¹¹⁹ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 641-642.

Yetki genişliği esaslı ilçe yönetimini kapsamadığından, kaymakamlar ancak 5442 sayılı kanunla ve bazı kanunlarla gösterilen belirli sayıdaki kesin işlemleri yapabilirler. Valilik ve kaymakamlık işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda o ilde bulunan veya o “il”e bakan idare mahkemesi yetkili olacağından, bunun tespitinde bir zorlukla karşılaşılmaz¹²⁰.

Ancak, valilik ve kaymakamlık işlemlerinden bir bölümü merkezi idareye bağımlı olarak yapılan işlemlerdir. Bunlar yönünden vali ve kaymakamların merkezdeki görevlilerden bir farkı yoktur. Ya merkezi idarenin genel veya özel bir emrini yerine getirmek için işlem tesis etmişlerdir ya da kanunların (ve diğer kural tasarrufların) merkezi idare adına (sorumluluğu merkezi idareye ait olmak üzere) tesisin! öngördüğü bir işlemi yapmışlardır. Bu tür işlemlere yönelik iptal davalarında yetkili idare mahkemesi nasıl tespit edilecektir? Yetkili mahkeme, merkezdeki idarenin (ilgili bakanlık veya kamu kurumunun) işlemlerini denetleyen Ankara idare mahkemesi ini, yoksa valiliğin bulunduğu “il”e bakan idare mahkemesi mi olacaktır? Kanundaki “işlemi yapan idari mercii” ibaresi mutlak anlamıyla anlaşıldığında, son aşamada işlemi tesis eden merci valilik (veya kaymakamlık) olarak görüldüğünden, o “il”e bakan idare mahkemesinin yetkili olacağı düşünülebilir. Uygulama da bu yoldadır. Oysa belirtildiği gibi, işlemin asıl sahibi merkezdeki idaredir. Valinin (veya kaymakamın) buradaki rolü, merkezi idarenin direktiflerini veya mevzuatın merkezi idare adına yapılmasını istediği bir işi, kendi iradesine bağlı olmaksızın yerine getirmekten ibarettir. O halde “işlemi yapan idari mercii” valilik (veya kaymakamlık) değil, merkezdeki idare olduğunu kabul etmek uygun düşecektir¹²¹.

Bu çözüm yolunun doğruluğunu anlayabilmek için, ilgililerin 2577 sayılı İ.Y.U.K. m. 11 gereğince ve üst makam sıfatıyla merkezi idareye başvurmaları halinde ortaya çıkacak durumu göz önüne almak gerekir. Gerçekten, valilik (veya valiliğin emri üzerine kaymakamlık) tarafından yapılan yazılı bildirim üzerine ilgili, o olayda valiliğin üst makamı durumunda bulunan merkezi idareye başvurarak, işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını isteyebilmek hakkına sahiptir. Böyle bir başvuru kabul edildiğinde zaten sorun kalmaz ve uyuşmazlık konusu ortadan kalkar. Buna karşılık; merkezi idare, işlemin kendi direktiflerine ve bağlı bulunduğu mevzuat hükümlerine uygun olduğunu görerek başvuruyu reddederse işlemin

¹²⁰ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 636-637.

¹²¹ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 637.

merkezi idareye aidiyeti daha belirgin biçimde ortaya çıkar. İdare, onun aslında kendi işlemi olduğunu ve kendi adına yapıldığını göstermiş olur. Bu halde, yetkili yargı yerinin merkezi idarenin bulunduğu yerdeki (Ankara) idare mahkemesi olduğu tereddütsüz anlaşılır. İlgili, valilik (veya kaymakamlık) işlemine karşı üst makama başvurmadan doğrudan dava yoluna gittiğinde yetkili yargı yeri değişecek ve o “il”e bakan idare mahkemesi mi olacaktır? Cevabımız hayır olacaktır. Aksi halde, yetkili yargı yerinin belirlenmesi ilgililerin tutumuna (üst makama başvurup başvurmamasına) bağlı kalır ki, böyle bir sonucun “yetki kamu düzenindendir” diyen kanun hükmü ile bağdaştırılmasına imkan olmaz¹²². Uygulama yukarıda da belirttiğimiz gibi Esin ve Yenice’nin görüşünün aksinedir.

Kesin olmayan işleme örnek verecek olursak; diyelim ki, bulaşıcı bir hastalığın hüküm sürdüğü bir il merkezinde, valilik 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 77. maddesine göre Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından onay almak suretiyle kapalı salonlarda nişan ve düğün gibi törenlerin yapılmasını yasaklamış olsun. Bu karardan dolayı dava açmak isteyen bir düğün sahibi, işlemi yapan makam olarak ilk planda valiliğı görecektir. Bu kişi, yasaklamanın Bakanlık onayına dayandığını bilmeksizin, o valiliğe karşı o “il”e bakan idare mahkemesine dava açtığında: valilik haklı olarak yetki itirazında bulunacak ve “işlemi yapan idari merciin” aslında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı olduğunu belirterek, davanın onun aleyhine Ankara İdare Mahkemesinde açılması gerektiğini öne sürebilecektir. Davanın açıldığı mahkeme ise, bu itiraz üzerine veya (itiraz olmasa bile) resen yetkisizlik sebebiyle davayı reddetmek durumunda kalacaktır. Gerçekten, sözü edilen yasaklama kararı valiliğın kendi başına alabileceğı kararlardan değildir. Bu konuda asıl yetki sahibi Bakanlık olup, onun onayı bulunmadan valiliğın yasaklama getirmesi mümkün olmamaktadır. Bu halde, düğün sahibinin ya 11. maddeye göre Bakanlığı İdari başvuruda bulunup alacağı red cevabı üzerine ya da doğrudan doğruya Ankara İdare Mahkemesinde Bakanlık aleyhine dava açması gerekecektir¹²³.

Kesin işleme örnek verecek olursak; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 8. maddesinin (d) bendine göre mülki amirler, “Devletin emniyet ve siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerleri” en çok üç ay süreyle kapatma yetkisine sahiptirler. Bu hüküm uyarınca bir özel tiyatro salonunun

¹²² ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 637-638.

¹²³ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 638.

valilik tarafından kapatıldığını düşünelim. Kapatma kararına karşı tiyatro sahibinin olduğu kadar oyun yazarının veya oyunda rolü bulunan sanatçıların da dava açabileceğinde kuşku yoktur. Davanın oyun yazarı tarafından açıldığını düşünelim. Bu kişi davadan önce ve İ.Y.U.K. m. 11 uyarınca üst makam sıfatıyla İçişleri Bakanlığına başvurma hakkına sahip değildir. Çünkü, anılan karar kesin niteliktedir. Nitekim söz konusu 8. maddenin son fıkrasında “mülkiye amirinin kapatma kararına aleyhine ancak idari yargı yerine başvurulabilir” denmiştir. Bu halde doğrudan dava açılması gerekmektedir. Böyle bir davada ise “işlemi yapan mercii” olan valiliğin bulunduğu yerdeki (veya o ile bakan) idare mahkemesinin yetkili olacağı açıktır¹²⁴.

Kamu idare ve kurumlarının merkez hiyerarşisi dışında yer alan idari birimler (özellikle taşra örgütleri) için de aynı ikili durum söz konusudur. Bunlar belirli konularda merkezi idareden bağımsız olacak kesin işlem yapmaya yetkili iseler de daha çok merkezi idarenin genel ve özel emirleri uyarınca ve ona bağımlı olarak hareket etmek durumundadırlar. Dolayısıyla valilik ve kaymakamlık işlemleri yönünden yaptığımız değerlendirmenin bu alanda da geçerli olması gerekir. Buna göre, çeşitli adlar taşıyan alt birimlerin veya taşra örgütlerinin kesin işlemleri için bulundukları yerlerdeki (veya o ile bakan) idare mahkemelerinin, diğer işlemleri için ise, merkezdeki idare veya kurumun işlemlerine bakan Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilir¹²⁵.

A. Yetkinin Kamu Düzenine İlişkin Bulunması

İ.Y.U.K. 32.md'nin 2'inci fıkrası, yetki konusunun “kamu düzenine” ilişkin olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu hükümle, kanunda yer alan her yetki kuralının mutlaka kamu yararını ilgilendiren bir yanı olduğu anlatılmak istenmiştir. Nitekim 32-37 maddelerdeki yetki kurallarının, yerine göre kamu hizmetlerinin gerekleri ve idarenin yararı gözetilerek, yerine göre de yargılamanın daha az giderle, daha hızlı ve güvenli biçimde yürütülmesini sağlamak üzere getirildiği anlaşılmaktadır¹²⁶.

Yetki kamu düzenine ilişkin olduğuna göre, yargılama ancak kanunun yetkili olarak gösterildiği idari yargı yerinde yapılabilir. Taraflar aralarında anlaşarak yetkili yargı yerini değiştiremeyecekleri gibi, yetkisiz yargı yerine itiraz etmeyerek onu yetkili duruma da getiremezler. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için yetki

¹²⁴ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 639.

¹²⁵ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 639.

kamu düzenine ilişkin olduğundan idari yargı yeri, yetkili olup olmadığını kendiliğinden incelemek zorundadır¹²⁷.

Sonuç olarak; yetki konusu hüküm kesinleşinceye kadar yani itiraz ve temyiz aşamalarında da yargı yerlerince resen incelenmesi gereken bir konudur. Tarafların bu hususta üst yargı makamlarına yardımcı olmaları da son derece doğaldır. Taraflar itiraz veya temyiz yollarına başvurduklarında yetki konusuna yine değinebilecekler ve üst yargı makamları da bu uyarıdan yararlanacaklardır. Ancak tarafların öne sürdükleri durum yerinde görülmediği takdirde, bunun kararda karşılanması zorunluluğu olmayacaktır¹²⁸.

Hükümün kesinleşmesinden sonra atık yetki konusu üzerinde durulmaz. Örneğin, taraflar hükmün yetkisiz bir yargı yeri tarafından verildiğini öne sürerek yargılamanın yenilenmesini isteyemeyecekleri gibi, idari yargı yeri de yargılamanın yenilenmesi aşamasında yetki incelemesi yapamaz. Ancak, yargılamanın yenilenmesi isteği kanunda yazılı sebeplerle (m.53) yerinde görülerek davanın yeniden görülmesine karar verildiğinde, gerek resen gerekse tarafların itirazı üzerine yetki incelemesi yapılabileceğine kuşku yoktur¹²⁹.

İdari yargılama usulündeki yetki (veya yetkisizlik) itirazı “ilk itiraz” niteliğinde olmadığına göre, yetki itirazında bulunan tarafın yetkili yargı yerini göstermesi şart değildir. İdari yargı yeri bir itiraz olmasa bile, davanın kendi yetki alanına girip girmediğini, girmiyor ise hangi idari yargı yerinin yetkili olduğunu kendiliğinden inceleyip bir sonuca varmakla yükümlüdür. Öte yandan itiraz edenin göstereceği yer de, idari yargı yerini bağlamaz. İdare veya vergi mahkemesi, İ.Y.U.K. m. 43 uyarınca; gösterilenden başka bir yargı yerini yetkili kabul ederek dava dosyasının ortaya gönderilmesine karar verebilir¹³⁰.

B. İdari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Yerinin Sözleşme İle Belirlenmesi

İ.Y.U.K. m.32. 2’nci fıkrasının ikinci cümlesi 10.6.1994 tarihinde kaldırılana kadar sözleşme ile yetkili yargı yerini belirlemek mümkündü. 2’nci fıkra” yetki kamu düzenindedir” kuralına aynı zamanda bir istisna getirmekte ve idari

¹²⁶ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 642-643.

¹²⁷ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 643.

¹²⁸ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 644.

¹²⁹ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 644.

¹³⁰ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e., s. 645.

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar İçin yetkili yargı yerinin sözleşme ile belirlenebileceğini hükme bağlamaktaydı.

Uygulamada olduğu zamanda da, bu madde hükmünün uygulama alanı çok dardı. D.K. nı. 24'e göre, "İmtiyaz sözleşmeleri" Danıştay'da çözümleneceğine göre, bu alanda tarafların sözleşme ile başka bir yargı yerini yetkili kılmaları mümkün değildi.

İ.Y.U.K. m.33, 34 ve 35 özel yetki kuralları koymaktaydı. Bu özel ve kesin yetki kuralları bulunduğu için sözleşmeyle başka bir yargı yerini yetkili kılma imkanı yoktu.

Bu istisna hükmü şu şekilde uygulanıyordu:

Taraflar ya da idare sözleşme metnine koyacakları bir hükümle ya da ayrı bir sözleşme yaparak aralarındaki uyuşmazlığa bakacak idare mahkemesini belirleyebiliyorlardı. Birinci halde "yetki şartı", ikinci halde ise "yetki sözleşmesi" söz konusu oluyordu. 2. fıkradaki "sözleşme ile belirleyebilirler" ifadesinden, bu iki yoldan birini kullanmanın mümkün olduğu anlamı çıkmaktaydı. Yetki sözleşmesi yapıldığı takdirde, hukuk usulünde olduğu gibi (HUMK m.22) bunun yazılı olması ve taraflarca imzalanması gerekiyordu. Her iki tarafın imzasını içermeyen yetki sözleşmeleri yargı yerleri için bağlayıcı olmuyordu¹³¹.

Yetki hükmü İster idari sözleşme metnine konsun ister ayrı bir sözleşmede yer alsın, yetkili kılınan idare mahkemesinin açıklıkla belli edilmesi zorunlu idi. Öte yandan, yetkili kılınan yargı yeri mutlaka idare mahkemesi olmalıydı. Belirlenen idare mahkemesinin hangi uyuşmazlıkla da yetkili olacağı açıkça gösterilmeliydi. "Zımni yetki anlaşması" geçerli değildi. Yani, kanuna göre yetkili olmayan bir idare mahkemesine açılan davada karşı tarafın yetki itirazında bulunmaması ile o mahkeme yetkili duruma gelmiyordu. (Yetki kamu düzenine ilişkin olduğu için) idare mahkemesi yetki sözleşmesi veya şartının usulüne uygun olup olmadığını resen inceleyebilmekteydi ve usulsüz bulduğunda kendisini onunla bağlı saymayarak yetkisizlik kararı verebilmekteydi¹³².

2577 sayılı İ.Y.U.K. yürürlüğe girene kadar; idari sözleşmelerden doğan davalar Danıştay'da çözümleniyordu. Ancak, bu kanunun yürürlüğe girmesi ile imtiyaz sözleşmeleri hariç, idari sözleşmelerden doğan davalara İdari mahkemelerince bakılmaya başlanmıştır. Danıştay üst derece mahkemesi olarak temyiz incelemesinden

¹³¹ ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e. s. 647.

¹³² ESİN, Yüksel / Kazım Yenice: a.g.e. s. 647-648.

bulunacaktır. 1990 yılında yapılan değişiklik ile; taraflar yetkili yargı yerini sözleşme ile belirleyemeyeceklerdir.10.6.1994 tarihinde yürürlükten kaldırılan hükmün uygulaması da bu şekilde işliyordu.

II. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU (HAKEM USULÜ) İLE ÇÖZÜMLENMESİ

Bu sistem 3533 sayılı kanunda belirlenmiş ve idarenin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklarda, karşı tarafa bir kamu kurumu ise, anlaşmazlığın bu kanuna göre düzenlenen “tahkim” usulüne göre halledileceği hükmü getirilmiştir¹³³.

3533 sayılı kanunun 1. maddesinde “Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete ve belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilir” denilmektedir.

Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun ile Tahkim müessesesi İdare Hukuku alanına tamamen girmiş bulunmaktadır.

Ayrıca, uluslararası tahkim usulü de hukukumıza girmiştir.

Tahkim konusu bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği için bu bölümde teferruata girilmemiştir.

III. UYUŞMAZLIKLARIN “SULHEN ” ÇÖZÜMÜ

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların her aşamada (davadan önce veya sonra) sulhen halli genel bütçeye, katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine ve belediyelere göre değişmektedir¹³⁴

1. Genel Bütçeye Dahil Daireler

Genel bütçeye dahil dairelere ait uyuşmazlıkların sulhen halli Maliye Vekaleti Baş hukuk Müşavirliği Teşkilatı hakkındaki 4353 sayılı kanun hükümlerine tabidir¹³⁵.

4353 sayılı kanunun 30’uncu maddesi dava aşamasında bulunan veya icraya intikal etmiş uyuşmazlıkların, 31’inci maddesi ise davaya veya icraya intikal etmemiş olan ihtilafların sulh yoluyla çözümünü göstermektedir.

¹³³ AYHAN, Önder: a.g.m., s.131.

¹³⁴ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 21.

4353 sayılı kanunun 30'uncu maddesine göre "Genel bütçe içindeki daireleri ilgilendiren ve mahkemelere, hakeme veya icraya intikal eden ihtilafların sulh yoluyla çözümünde hazine menfaati görüldüğü takdirde, Muhakemet Umum Müdürünün teklifi üzerine 10 bin liraya kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinin üzerindeki miktarlar için bu işlem, Danıştay'ın uygundur görüşü üzerine kararname ile olur."

4353 sayılı kanunun 31'inci maddesine göre ise, "bir mukavele mevcut olsun olmasın genel bütçe dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller ve şahıslarla arasında çıkan ve henüz kaza mercilerine ve icraya intikal etmemiş bulunan hukuki ihtilafların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde Baş hukuk Müşavirinin görüşüne dayanılarak bir hakkın tanınması veya bir menfaatin terkinin cihetine veya mukavele tadiline vekaletlerce gidilebilir. Bu miktar 10 bin lirayı geçerse anlaşma ve sözleşme tadilleri Danıştay'ın mütalaası üzerine kararname ile yapılır. Sözleşme tatbikinden karşılıklı olarak vazgeçme ve akdi feshetme, anlaşma hükmündedir."

4353 sayılı kanunun 2'inci maddesinin (b) fıkrasına göre hazineye alt her çeşit sözleşmelerde, sözleşme projelerinin hazırlanması ve kontrolü Maliye Vekaleti Baş hukuk Müşavirliğine aittir. Ancak idari sözleşmelerin en bariz örneği olan imtiyazlarda bu yetki en geniş anlamıyla Danıştay'a aittir. 1961 Anayasamızın 140'ıncı maddesi (20.9.1971 ve 1488 sayılı kanunla değişik) Danıştay vazifeleri arasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin incelenmesini de saymıştır¹³⁶.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinin hazırlanmasında gerekse idarenin yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların sulhen hallindeki vazifelerini Danıştay Üçüncü Dairesi görmektedir. 521 sayılı Danıştay Kanununun 7354 sayılı kanunla değişik 15'inci maddesinde "Nafia imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerinin ve hukuk işlerine ilişkin uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi ve anlaşmalarla sözleşme değişiklikleri hakkındaki tekliflerinin" üçüncü dairece karara bağlanacağı yazılıdır¹³⁷.

2575 Sayılı Danıştay Kanununun 42/c maddesine göre, Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerine 1. Daire bakmaktadır. Bu madde 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı kanunla

¹³⁵ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 21.

¹³⁶ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22.

“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini” şeklinde değiştirilmiştir.

521 sayılı Danıştay Kanununun 15’inci maddesine göre Danıştay’a gelen idari işler şunlardır:

a) İmtiyaz sözleşmelerinin incelenmesi: Bu grupta bugün Danıştay’a gelen sözleşmeler yalnız maden imtiyazlarıdır. Osmanlı Devleti zamanında çok başvuru olan imtiyaz usulüne Cumhuriyetten sonra pek rağbet edilmediğinden, imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili iş azdır¹³⁸.

b) İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerle ilgili işler.

Danıştay’ın görüşüne sunulan işleri dört bölümde inceleyebiliriz¹³⁹.

- Sözleşmenin sulhen tasfiyesi
- Yapılan munzam işlerin aynı şartlarla aynı müteahhide ihalesi
- Sözleşme sürelerinin uzatılması;
- Fiyat farklarının sulhen tediyesi

Danıştay yukarıda dört bölümde topladığımız sözleşmelerle ilgili müspet görüşünü en çok vekaletlerce gerekçeli olarak yapılan ve ilgili daireyi tatmin eden sebepler üzerine vermektedir¹⁴⁰.

521 sayılı Danıştay Kanunumuza göre Üçüncü Dairenin sözleşmelerle ilgili kararlarının Danıştay Genel Kurulunda görüşülmesi imkanı da vardır.

2575 Sayılı Danıştay Kanununun 41. maddesi idari işlerde görevi, 42. madde birinci, 43. madde ikinci Dairenin görev alanını 46. madde ise İdari İşler Kurulunun görevini düzenlemiştir.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin görüşülmesi 4492 sayılı kanunla değişik 2575 sayılı Danıştay Kanunumuzun 48. maddesinde düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulunda idarenin yapmış olduğu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamıştır¹⁴¹.

4353 sayılı Kanunun 31 ‘inci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre “Baş hukuk Müşavirliğinin ve Danıştay’ın mütalaalarına muhalif anlaşma ve mukavele tadillerini Bakanlar Kurulu yapabilir.”

¹³⁷ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22.

¹³⁸ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22.

¹³⁹ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22 .

¹⁴⁰ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22.

Bu fıkra hükmünde yararlanılarak 16.7.1959 tarih ve 4/ 11884 sayılı kararname ile (Resmi Gazetede yayınlanmamış) 4 Ağustos 1958 devalüasyonunun oluşturduğu fiyat farklarının doğurduğu neticelerin genel bir prensip içerisinde çözümü yoluna gidilmiştir¹⁴².

Bu kararname ile kamu sektörüne dahil daire ve müesseseler tarafından 4/8/1958 tarihinden önce ihale edilmiş inşaat, amaliyet ve tesisat işleri müteahhitlerine aşağıdaki esaslar dahilinde fiyat farkı ödenmesi ilgili dairelerin takdirine bırakılmış ve 1/3/ 1959'dan sonra yapılmış işlerde 1959 yıl rayiçleri esas alınıp bundan %20 tenzil edilip ilk ihale bedeli ile aradaki farkın müteahhide ödeneceği kabul edilmiştir ve bu şartlarda işe devamı kabul etmeyen müteahhitlere de teminatları geri verilmek sureti ile işi bırakmalarına ve sözleşmelerini feshetmelerine imkan sağlanmıştır¹⁴³.

Böylece 4353 sayılı kanunun emrettiği uzun işlemler bir tarafa bırakılarak yüzlerce müteahhit ile bir sistem içinde ve aynı şartlarla anlaşmalar yapılmış ve devalüasyonun doğurduğu fiyat yükselmesi fiyat farkı verilerek karşılanmıştır¹⁴⁴.

2. Katma Bütçeli Daireler

4353 sayılı kanunun yukarıda incelediğimiz hükümlerinden bu kanunun yalnız genel bütçeye dahil dairelere alt meseleleri çözümlediği görülmektedir.

“Katma bütçeler için böyle bir hüküm mevcut değildir. Bunun sebebi de Muhasebe-i Umumiye Kanununun 136 ve 137’inci maddelerinin 4353 sayılı kanunla kaldırılmasıdır. 4353 sayılı kanunun yukarıda açıklanan maddeleri ile düzenlenen meseleler daha önce Muhasebe-i Umumiye Kanununun 136 ve 137’inci maddeleri ile düzenlenmek suretiyle Katma bütçelere de sulh yoluyla uyuşmazlıklarının çözümü bu hükümler içerisinde veriliyordu. Fakat 136. ve 137’inci maddelerin kaldırılması ile bu yolun 4353 sayılı kanunda yalnız genel bütçeye dahil dairelere münhasır olarak düzenlenmesi katına bütçeli daireler için hukuki bir eksiklik olmuştur. Bu durum sonradan fark edildiğinden daha sonra çıkan katma bütçeli dairelerin kuruluş kanunlarına 4353 sayılı kanunun 30 ve 31 inci maddelerine paralel hükümler konulmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.¹⁴⁵”

¹⁴¹ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 22.

¹⁴² DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 23.

¹⁴³ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 23.

¹⁴⁴ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 23.

¹⁴⁵ DİNÇER, Güven: a.g.m., s. 23.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

& 1. GENEL BİLGİ

1982 Anayasasının 7. ve 139. maddeleri incelendiğinde, egemenliğin bir unsuru sayılan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere verilmek suretiyle devlet tekelinde tutulduğu görülür.¹ Ancak bu yetkinin devlet tekeline geçmesi sürecinde çok eski zamanlardan beri tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümü devam etmiştir.

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karar bağlanmasına “tahkim”² denir. Uyuşmazlığın çözülmesi kendisine bırakılan bu özel kişilere ise “hakem” adı verilir³.

Tarafların aralarında çıkmış ya da ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkları, uyuşmazlıkların çözümü konusunda tek yetkisine sahip olan ve uzmanlaşmış bulunan devlet mahkemelerinde değil de hiçbir resmi sıfatı olmayan özel kişiler⁴ önünde çözmek istemelerinin en önemli sebebi aralarındaki uyuşmazlığın bir an önce halledilmesini istemiş olmalarıdır. Tahkimle ilgili hükümlerin konulmasında da aynı amaç vardır⁵.

¹ BİLGE, Necip-ERGÜN Önen: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 sayılı kanuna göre yeniden yazılmış 3. baskı, Ankara 1973, s. 741.

² Eski Hukukumuzdan alınma bir kelime olan tahkim kelimesi bir kaç anlamda kullanılmaktadır. Gerçekten tahkim kelimesi bir münasebetin tarafları arasında doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesini üçüncü kişilere bırakma hususundaki anlaşmayı ifade ettiği gibi; tarafların uyuşmazlığı çözmek üzere seçecekleri bir veya daha fazla kişi ile anlaşmalarını da ifade eder. Ayrıca hakem adı verilen bu özel ve üçüncü kişilerin uyuşmazlığı, karara bağlamalarına da tahkim denir. Nihayet tahkim, uyuşmazlıkların resmi sıfatı haiz olmayan özel kişiler tarafından çözümlenmesini sağlayan hukuki müessesenin de adıdır Bkz. BİLGE, Necip - ERGÜN Önen: a.g.e., s. 744; KORAL, Rabi: “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim (Mukayeseli Etüd)”, İHFM, Y. 1947, 5. 3, s. 193.

³ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991. s. 3965.

⁴ Hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek (davayı görmek) hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur. Fakat taraflar uyuşmazlığın çözümünü onlara havale ederek hakem hükmüne razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık için adeta bir mahkeme oluvermiştir. (KURU, Baki: a.g.e., s. 3965).

⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Turgut Tan: İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitapevi, 1999, C. 2, s.125.

& 2. TAHKİMİN ÇEŞİTLERİ

I. MECBURİ TAHKİM

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilmesi, kural olarak ihtiyaridir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 516-536. maddeleri arasında düzenlenen hükümler ihtiyari tahkimi düzenlemektedir.

Bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme gitmek, yani tahkim yoluna başvurmak zorunludur. Buna “mecburi tahkim” adı verilir. Mecburi tahkim yolu özel kanunlarda düzenlenmiş olup, istisnaidir. Mecburi tahkime tabi iş ve davalarda taraflar Devletin mahkemelerinde dava açamazlar; özel kanun hükümlerinde gösterilen hakemlere başvurmak (yani hakemlerde dava açmak) zorundadırlar⁶.

HUMK.’muz ihtiyari tahkim yolu ile ilgili usuli düzenlemeleri yapmasına rağmen; mecburi tahkimi öngören özel kanun hükümleri mecburi tahkim usulüne ilişkin doyurucu hükümler koymamışlardır. Bu sebeple her mecburi tahkime özel kanun hükmü mutlak uygulanacak; özel kanunlarda boşluk bulunan hallerde HUMK’nun ihtiyari tahkime ilişkin 516-536. maddeleri, “önleyici hüküm yoksa” kıyasen uygulanabilecektir⁷.

Mecburi tahkim halleri şunlardır.

1. 3533 Sayılı Kanuna Tabi İdareler Arasındaki Uyuşmazlıklarda Mecburi Tahkim

A. Kapsam ve Amaç

3533 sayılı kanunun⁸ 1. maddesine göre; “Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelere sermayesinin tamamı devlete veya belediyeye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu’nda yazılı tahkim usulüne göre halledilir.

⁶ Yargıtay 4. HD nin 28.3.1980 T., 2169/4159 sk. (YKD. Y1980. S. 11 5. 1479-1482).

⁷ KURU, Baki: a.g.e., s. 3987; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 744.

⁸ Kanunun adı: “Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlet veya Belediyeye veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Haili Hakkındaki Kanun”dur. 30.12.1981 gün ve 2570 sayılı kanunla 3533 sayılı kanunun 3. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve 4. maddesi değiştirilmiştir (31 Aralık 1981 gün 17561 sayılı R.G.) (KURU, Baki: a.g.e., s. 3966; KUTAY, İlhan: “3533 sayılı Kanuna göre Tahkim”(Tahkim Haftası), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 217-324.

Bu kanunun kabul edilmesindeki amaç kanun kapsamındaki kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıkların kısa sürede, az masrafla çözümlenmesi ve genel mahkemelerin işlerinin azaltılmasıdır⁹.

B. Mecburi Hakemler

a) Kanunun 2. maddesine göre genel bütçeye dahil idareler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda Bakanlar Kurulu'nun seçeceği bir Bakanın mecburi hakem olacağı öngörülmüştür.

b) Kanunun 4. maddesine göre ise 3533 sayılı kanunun öngördüğü idareler arasındaki uyuşmazlıklar, O yerdeki yüksek dereceli hukuk (ticaret) mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından mecburi hakem sıfatıyla çözümlenir. Mecburi, hakemlerin söz konusu idarelerin "adliye mahkemesi vazifesi dahilinde bulunan" uyuşmazlıkları çözeceklerini vurgulayalım (3533 s.k.1).

Orman Genel Müdürlüğü ile Hazine arasındaki orman sınırlamasına itiraz davası; PTT Genel Müdürlüğü ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasındaki tazminat davası; Belediyelerin birbirlerine karşı açacakları her türlü özel hukuk davaları, yüksek dereceli asliye hukuk hakimi tarafından mecburi hakem sıfatıyla çözümlenmiştir¹⁰.

Özel hukuka ilişkin bazı davaların mecburi tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceği tartışılmıştır.

Yargıtay ihtiyari tahkimdeki görüşünün aksine kira tespit davalarının mecburi tahkim yoluyla çözümleneceğini kabul etmiştir¹¹.

Acaba 3533 sayılı kanuna tabi kamu kuruluşları arasındaki özel hukuka ilişkin bulunan tescil davası nasıl ve nerede görülecektir? Yargıtay'a göre¹² mahkemede tescil davası açılırsa mahkeme, mülkiyet sorununun hakemde çözümlenmesini bekletici sorun yapar ve çözüm geldiğinde tescil hakkında karar verir. KURU ise, tescil davasının da, yüksek dereceli asliye hukuk hakimi tarafından, mecburi hakem sıfatıyla görülebileceği

⁹ Tapulama işlerinde bu kanun uygulanmaz. Ayrıca 2942 sayılı kamulaştırma kanununun 30. maddesinde öngörülen bir idareye ait gayri menkulün başka bir idareye devrinde, bedel konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık da mecburi hakem yoluyla çözülemez.

¹⁰ KURU, Baki: a.g.e., s. 3969-3970.

¹¹ Belediye ile Tekel Genel Müdürlüğü arasındaki kira tespiti davasıyla ilgili olarak bkz. HGK'nun 20.4.1979 T., 3/504-3939 sk. (YKD. Y. 1980, S. 4, s 491-492).

¹² Yargıtay 8 HD. nin 30.9 1980 T., 6682/8520 sk. (YKD. Y. 1981, S. 1, s. 48-49).

kanısındadır¹³. Kanaatimizce tescil davasını görecek hakem, mecburi tahkim müessesesinden beklenen azami faydanın sağlanabilmesi amacıyla tescile de karar verebilmelidir. Davanın uzatılmasına gerek yoktur.

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 30. maddesine göre, kamu tüzel kişilerin ve kurumların sahip oldukları taşınmaz mallar diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz. Kurumlar kendi aralarında anlaşma yoluna gider. Anlaşamazlarsa sorun Danıştay tarafından çözülür. Taraflar bedelde anlaşamadıkları takdirde uyuşmazlık taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından çözülür. 2942 Sayılı Kanunun 30/son maddesine göre ihtilafın çözümünde 3533 Sayılı Yasa hükümleri uygulanmaz.

Mecburi hakemde açılan bir davada, davalı olarak 3533 sayılı kanuna tabi idarenin yanında, bu kanuna tabi olmayan bir kişi de davalı (hasım) olarak gösterilmişse; davaya bakan hakem, mecburi tahkime tabi olmayan kişi hakkındaki dava için görevsizlik kararı verir. Mecburi tahkime tabi kuruluşlar arasındaki davayı ise karara bağlar¹⁴. Aynı şekilde bir dava genel mahkemede açılmışsa, genel mahkemenin davanın kamu kuruluşlarına ilişkin bölümünü ayırıp görevsizlik kararı vermesi anlayışı Yargıtay'ca terkedilmiş bulunmaktadır. Artık genel mahkemeler bu şekilde bir davayı, bütünüyle inceleyip karara bağlayacaklardır¹⁵.

Davanın taraflarından biri 3533 sayılı kanunda yazılı kamu kuruluşu değilse, davaya mecburi hakemde bakılamaz, genel mahkemelerde bakılır. Ezcümle, Köyler 3533 sayılı kanunun kapsamı dışındadırlar. İki köy arasındaki dava, ya da köyün Hazine ya da orman idaresi aleyhine açtığı dava, mecburi hakemde değil genel mahkemelerde görülecektir.

Sosyal Sigortalar Kurumu da 3533 sayılı kanun kapsamında değildir. Bu sebeple SSK ile Belediye arasındaki müdahalenin önlenmesi davasının genel mahkemelerde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁶.

¹³ KURU, Baki a.g.e., s. 3970-3971.

¹⁴ Yargıtay 4. HD. nin 28.3.1980 T., 2169/4159 sk. (YKD. Y. 1980, 5. 11, s. 1479-1482).

¹⁵ Karar metinleri ve doktrinin yönlendirici görüşleri için bkz. KURU, Baki: a.g.e., s.3972-3974.

¹⁶ Yargıtay 14 HD. nin 29.9.1975 T., 3861/4076 sk. (YKD Y. 1980. S. 7, s. 86-87)Devlet Tiyatrosu Genel Müdürlüğü, Ticaret Odası ve Denizcilik Bankası'nın 3533 sayılı kanun kapsamına girmedikçe, dolayısıyla bu Kuruluşların taraf olduğu davaların genel mahkemelerde çözümleneceğine ilişkin karar örnekleri için bkz. KURU, Baki: a.g.e. s. 3975-3977.

& 3. TAHKİM SÖZLEŞMESİ, HAKEM SÖZLEŞMESİ VE HAKEMLER

I. TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Tahkim kelimesinin eski hukukumuzdan kaldığına ve birden fazla müessesenin bu kelimeye ifade edildiğine değinmiştik³⁰. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin tanımı konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür³¹.

Bizim de kabul ettiğimiz tanıma göre; Tahkim sözleşmesi tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığın (Devlet mahkemelerinde değil de) hakemlerde çözümlenmesi hususunda irade uyumlarını tespit eden bir usul hukuku sözleşmesidir³². Ancak sözleşmenin Kurulması Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir³³. Yargıtay da tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu ve Kurulması bakımından Medeni Hukuka ve Borçlar Hukukuna tabi olduğunu kabul etmektedir³⁴.

Tahkim sözleşmesinin bu niteliği hakem kararlarının akit niteliğinde olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Hakem kararları mahkemeye tevdi' edildikten ve kesinleştikten sonra tıpkı mahkeme kararı gibi icra edilebilir. Bu yüzden yargısal (kazai) bir karardır,³⁵

Tahkim müessesesinin mahiyeti gereği kanun tahkim sözleşmesini bazı özel şartlara tabi tutmuştur. Amaç, bu usulün kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Bu özel şartlara örnek olarak³⁶:

²⁹ Bkz. Yargıtay T. D. nin 3.3.1951 T. 1243/1257 s. kararı (KURU, Baki: a.g.e. s. 3995-3997).

³⁰ Bkz. Dipnot 2.

³¹ KORAL, Batı Hukukunda tahkim müessesesini incelemiş, Fransız Hukuk Usulü Kanununun müesseseyi düzenlerken "Arbitrage ve Compromis" kelimelerini kullandığını ifade etmiştir. Compromis ile tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebileceğine ilişkin anlaşmaları ifade edilirken; Arbitrage, taraflarla hakem arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder. KORAL bu sebeple compromis karşılığı hakem sözleşmesini, arbitrage karşılığı ise tahkim akdini kullanarak doktrinde ayrı bir çizgide durmuştur (KORAL, Rabi: a.g.m., s. 196-198) POSTACIOĞLU da aynı hususları dile getirmiş ancak compromis karşılığı "tahkim akdi", arbitrage karşılığı ise hakem mukavelesi tabirini kullanmayı tercih etmiştir. (POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri 1711 sayılı kanuna göre yazılmış 6. Bası, İstanbul 1975, s. 783).

³² KURU, Baki: a.g.e., s. 3998; BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 744; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 771.

³³ KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim" İHFM, Y. 1947, S. 3, s. 1040; Geniş bilgi ve tartışma için Bkz. BİLGE, Necip: "Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri (Tahkim Haftası, s. 81-108); BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN, a.g.e., s. 745, ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 770; KURU, Baki: a.g.e., s. 3998.

³⁴ Yargıtay T.D. nin 13.5.1958 T. 724/1311 Sk. ve 15. HD. 10.3.1976 T. 1617/1052 sk. (KURU Baki: a.g.e., s. 3998); ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e. s. 769; KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim", a.g.m., s. 1049; Ayrıca Bkz. Tekinalp, BİLGE, Sebük ve Özsunay'ın Tahkim Haftasında Sunduğu Tebliğler.

³⁵ Yargıtay da aynı görüştedir. 15. HD 10.3.1976 T.1617/1052 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 3999); Aynı görüşte BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 764; karşı görüşte.

³⁶ BELGESAY, Mustafa Reşit: "Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti" (Tahkim Haftası. s. 43,45);

Görevli ve yetkili mecburi hakemlerin kim olduğuna gelince;

Görevli mecburi hakem, 3533 sayılı kanunun 4. maddesinde yazılı kamu kuruluşları arasında çıkan uyuşmazlıklarda o yerdeki yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimidir. Bu hakim o yerdeki en kıdemli asliye hukuk ya da ticaret mahkemesi hakimi şeklinde anlaşılmaktadır¹⁷.

Yetkili mecburi hakem ise gayri menkullerin (aynına) ilişkin uyuşmazlıklarda (HUMK m. 13) gayri menkulün bulunduğu yerdeki yüksek dereceli asliye hukuk hakimidir¹⁸. Gayri menkule ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda ise davalı ve davacı idarenin “bulunduğu yer” yüksek dereceli hukuk hakimidir. Davalı ve davacı aynı yerde ise bu yer; ayrı yerlerde ise davalı kurumun bulunduğu yer kıdemli hukuk hakimi yetkilidir. Davalılar birden çok ise herhangi birinin bulunduğu yerin yüksek dereceli asliye hukuk hakimi yetkilidir¹⁹.

C. Mecburi Hakemde Dava Açılması

3533 sayılı kanunun 5. maddesine göre dava bir dilekçe ile açılır. Yazılı deliller dava dilekçesine eklenir. Dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilir ve cevap vermesi için uygun bir süre verilir.

D. Tahkikat

Mecburi hakem HUMK ile kayıtlı olmaksızın tahkikatın şeklini ve sürelerini tayin eder, hakimin sahip olduğu yetkileri kullanabilir²⁰ ve lüzum görürse tarafları dinleyebilir (3533 s.k. m. 5).

E. Mecburi Hakem Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları

3533 sayılı kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre mecburi hakem kararları aleyhine hiçbir makam ve mahkemeye başvurulamaz. Yani bu kararlar kesindir, temyiz edilemez²¹.

¹⁷ Katma bütçe ile idare edilen daireler arasındaki uyuşmazlıklarda Yargıtay'ın bir Daire Başkanı'nın hakem olmasını öngören 3533 sayılı kanunun 3. maddesi 30.12.1981 gün 2570 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸ Bu yetkinin kamu düzenine ilişkin ve kesin olduğu kanısını vardır. Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 3978.

¹⁹ Gayri menkule ilişkin olmayan yetki kuralları kamu düzenine ilişkin (ve kesin) değildir Bu davalarda yetki itirazı ilk itirazdır ve taraflar yetki sözleşmesi yapabilirler (KURU, Baki: a.g.e., s. 3979).

²⁰ Anayasa Mahkemesi mecburi hakemin, bir kanun maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuramayacağına karar vermiştir. Bkz. An. Mhk. sinin 28.2.1963 T., 46/43 sk. (6 Nisan 1963 gün 11375 sayılı R.G.) kararın eleştirisi için Bkz. KURU, Baki: a.g.e.,

6. maddenin 2. fıkrasına göre bu kararlara karşı yeniden incelemeyi gerektirecek haklı sebeplerin varlığı halinde kararı vermiş olan hakeme itiraz edilebilir. İtiraz kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde yapılmalıdır.

İtirazı, kararı veren mecburi hakem inceler. Mecburi hakemin itiraz üzerine verdiği karar kesindir²².

F. Kararın İcrası

Mecburi hakem kararlarının icrası, İcra İflas Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen ilamların icrasına mahsus yolla, genel hükümlere göre²³ (icra-infaz) olunur (3533 s.k. m. 7).

G. Mercii

Mecburi hakemler Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu anlamında bir "adli yargı merciidir". Mecburi hakem sıfatlı hakimlere karşı HUMK 573-576 hükümlerine göre tazminat davası açılabilir.

2. Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'na Göre Mecburi Tahkim

Tütün ekicisi ile alıcısı arasında yazılı alım-satım sözleşmesinin (1177 sayılı) Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'na göre uygulanma ve yürütümünden doğacak uyuşmazlıklar, hakemler eliyle çözümlenir. Bu da bir mecburi tahkim çeşididir.

3. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Mecburi Tahkim

Yüksek Hakem Kurulu'nun Mecburi hakem olması²⁴

4. Diğer Mecburi Tahkim Halleri

- 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu'na göre mecburi tahkim²⁵.

- 1615 sayılı Gümrük Kanunu'na göre mecburi tahkim.

s. 3980.

²¹ Bu kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilebilir.

²² Yani bu tür dava dosyalarının Yargıtay'ın incelemesinden geçmesi mümkün değildir. Uygulamada bu dosyalar Yargıtay'a gönderilmiş ve Yargıtay kendi yapacağı işlem olmadığı gerekçesiyle dosyayı mahkemesine (hakeme) geri göndermiştir. (KURU, Baki: a.g.e., s. 3981).

²³ Buna göre paraya taalluk eden kararlar kesinleşmeden icra edilebilir. Fakat Maliye Bakanlığı kamu kurumlarının icra yoluyla sıkıştırılmasının ve külfetlerinin artırılmasının hoş olmadığına ilişkin bir bildiri yayımlanmıştır. (KURU, Baki: a.g.e., s. 3982).

²⁴ OĞUZHAN, Kemal: "Toplu İş Uyuşmazlıklarında Mecburi Tahkim" (Tahkim Haftası, 5. 263-297); KURU, Baki: a.g.e., s. 3985-3987; BİLGE, Necip - ERGUN Ören: a.g.e., s. 743.

²⁵ OHRI, İskender: "1447 Sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanununa Göre Tahkim" (Tahkim Haftası, s. 327-334)

- 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu'na göre mecburi tahkim.
- Avukatlık Kanunu'nun 42. maddesindeki mecburi tahkim.
- Noterlik Kanunu'nun 49. maddesindeki mecburi tahkim.

II. İHTİYARİ TAHKİM

Yukarıda sayılan haller dışında tahkim ihtiyaridir. Yani taraflar aralarında çıkacak uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunda değildirler, davalarını devletin mahkemelerinde de açabilirler.

Tahkim sadece çekişmeli yargıya giren uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilir. Çekişmesiz yargıda, ceza yargısında ve idari yargıda tahkim mümkün ve caiz değildir. İdare hukuku alanında yapılan ve ileride değinilecek olan değişikliklerle Tahkim müessesesinin uygulama alanı genişlemiştir. Uygulamada idari sözleşmelere konan tahkim şartı geçerli sayılmaktadır²⁶.

İhtiyari tahkim, tarafların uyuşmazlığın çözümünün tahkim yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin anlaşmaları ile olur, bunun için önce tahkim yoluna gitmek hususunda aralarında anlaşmaları ve daha sonra uyuşmazlığı çözecek hakemlerle anlaşma yapmaları gerekir.

Bazı özel kanunlar, çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğine ilişkin hükümler koymuşlardır. Bu tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde önce bu özel kanun hükümleri, boşluk olan durumlarda ise HUMK 516-536. maddeleri arasında düzenlenen genel hükümler uygulanır²⁷.

İhtiyari tahkime ilişkin genel hükümleri biraz sonra açıklayacağız Şimdi benzer iki müesseseye değinelim.

²⁶ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 434; AMAÇ, Ekrem – Feyzi Amaç: "İdari Sözleşmelerden Doğan Anlaşmazlıklarda Usul Hukuku Yönünden Karşılaşılan Sorunlar" Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler. Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1972, s. 17-18; ÜSTÜNDAĞ Saim Medeni Yargılama Hukuku, Cilt 1-II, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s. 774; AYHAN, Önder: "İdari Sözleşmeler", Danıştay Dergisi, Y. 1979. 5. 32-33, s. 131; DİNÇER. Güven: "İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları". Danıştay Dergisi Y. 1973, 5. 8, s. 21; KURU, Baki: a.g.e., s. 3988; BİLGE, Necip: Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri" (Tahkim Haftası, s. 114-115).

²⁷ Toplu İş Uyuşmazlıklarında, Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununda, Odalar Birliği Kanununda ve Kooperatifler Kanununda "özel ihtiyari tahkime ilişkin" hükümler vardır. Bkz.: KURU, Baki: a.g.e., s. 3989- 3993; dipnot 23; KALPSİZ, Turgut: "Ticaret Odalarında Cereyan Eden Tahkim" (Tahkim Haftası, s 209-254)

III. Hakem Bilirkişiler

Hakem bilirkişiler, hakemlerden tamamen farklı kişilerdir. Hakem tıpkı hakim gibi, vakıaları kanun veya tarafların kararlaştırdıkları norm çerçevesinde icra ederek bir hüküm vermekle mükellef olan kimsedir. Halbuki, hakem bilirkişi, bir hukuki meselenin, halli kendisine bağlı bulunduğu bir vakıayı tayin ve tespit etmekle vazifelendirilen kimsedir. Hakem bilirkişiler, haklar ve hukuki münasebetler üzerinde karar vermezler. Bunlar ancak bir zararın vukuunun miktarını, bir şeyin kıymetini, bir kararın mevcudiyetini ihtisaslarına binaen tayin ve tespit ederler. Bu itibarla bunlar alelade bilirkişilerden (ehlivukuf) bu noktada farklıdır.

Hakem bilirkişilerin görevi, sadece kendilerine havale edilen hususu (mesela hasarı) tespiti münhasırdır. Hakem bilirkişiler mesela sigortalı malın hasarını tespit ettikten sonra, bu hasarı kimin ödeyeceğine karar veremezler, Hakem bilirkişilerin yaptıkları iş sadece bir tespitten ibaret olduğundan, kararları doğrudan doğruya icra ve infaz edilemez. Bu nedenle hakem bilirkişilerin kararları temyiz de edilemez. Hakem bilirkişilerin yaptıkları tespit sadece mahkemede açılan davada, hakim hümüne esas teşkil eder.

Görüldüğü gibi hakem bilirkişiler hakemlerden tamamen farklı kişilerdir ve kararları da bir hakem kararı değildir²⁸.

IV. Hakem - Dispeç Kararları

Dispeç Gemi, yük ve navlun ile alakalı kimselerin zararlarını, alacak ve borçlarını tesbit ve tayin etmek maksadıyla aralarında yaptıkları hesaplaşmayı tevsik eden vesikadır. Büyük ve küçük avaryalarda, sigortacı ile sigortalı arasında yapılan hesaplaşmalara da dispeç denilmektedir. Dispeçi tanzim eden memura da dispeççi denir.

Burada sadece hakem - dispeççi kararlarının HUMK, m 516-536 hükümlerine göre verilmiş hakem kararı niteliğinde sayıldığına değinmekle yetinelim²⁹.

²⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 1986-1999; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 773; SEBÜK, Tahir: "Hakem, Hakem-bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı" (Tahkim Haftası), s. 61-71.

- Vekilin, vekaleten tahkim sözleşmesi yapabilmesi için vekaletnamesinde özel bir tahkim yetkisinin bulunması gerekir (HUMK. m. 63. Bk. m. 388).

- Hazine avukatlarının tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için Maliye Bakanlığından yetki belgesi almaları gerekir.

- Vasinin, vesayeti altındaki mahcur adına bir sözleşmeyi yapabilmesi MK. m. 405/8'e göre Sulh Hukuk Mahkemesinden izin almasına bağlıdır. Buna karşılık velinin, velayeti altındaki küçük adına tahkim sözleşmesi yapabilmesi için herhangi bir makamdan izin alınması şartı yoktur.

-Ayrıca iflas idaresine ilişkin İcra İflas Kanunu'nun 226/11 maddesinde; kollektif şirketlere ilişkin Ticaret Kanunu'nun 165. ve 219/11. maddelerindeki özel şartların bulunmadığına ve gemi kaptanının³⁷ belli şartlarla tahkim sözleşmesi yapabileceğine sadece değinelim.

1. Tahkim Sözleşmesinin Çeşitleri

Tahkim sözleşmesi iki şekilde yapılabilir³⁸.

A. Müstakil Tahkim Sözleşmesi

Taraflar doğmuş olan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü için ayrı (müstakil) bir tahkim sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşmenin konusu sadece tahkimdir. Müstakil tahkim sözleşmesine, dar anlamda tahkim sözleşmesi ya da tahkim name denir.

B. Tahkim Şartı

Taraflar aralarında yaptıkları (asıl) sözleşmeye (satış, kira, istisna, trampa sözleşmesi gibi); bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir hüküm (madde) koyabilirler. Bu duruma ve sözleşmenin bu hükmüne tahkim şartı³⁹ denir.

ÜSTÜNDAĞ Sami: a.g.e., s. 770.

³⁷ KURU, Baki: a.g.e., s. 3999-4000; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 784; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 746; KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim", a.g.m., s. 1043-1044; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 772.

³⁸ Bkz. Okay, Sami: "Navlun Mukavcelelerinde Tahkim Şartı" (Tahkim Haftası, s. 425-446). KURU, Baki a.g.e., s. 4000; POSTACIOĞLU, İlhan E.; a.g.e., s. 784; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 745; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 771-772.

³⁹ Buradaki şart borçlar hukukundaki (condition) anlamında teknik bir şart olmayıp belli bir hukuki münasebeti tesis eden bir anlaşmanın özel bir hükmü (clause) anlamındadır. (BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 745); "Tahkimin Şarta Taliki" konusundaki tafsilat için bkz. KORAL, Rabi: "Yeni ve Eski Hukuk Tahkim", a.g.m., s. 209.

Burada sözleşmenin konusu sadece ve münhasıran tahkim değildir. Tahkim o sözleşme hükümlerinden sadece biridir. Fakat sözleşmede bulunan bu şart yalnız başına bir tahkim sözleşmesidir ve tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir. Ancak bu şart bir asıl sözleşmenin de parçası olduğundan, asıl sözleşme geçerli değilse tahkim şartı da geçersizdir⁴⁰.

Müstakil tahkim sözleşmesinin uygulanması azdır. Uygulamada daha çok tahkim şartlarına rastlanır.

2. Tahkim Sözleşmesinin Şartları

Tahkim usulünün kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla öngörülen bazı özel şart ve düzenlemeleri yukarıda görmüştük⁴¹. Tahkim sözleşmesi Borçlar Hukuku hükümlerine tabi, usuli bir sözleşme olduğu için Borçlar Hukukunun sözleşme için aradığı genel şartların tahkim sözleşmesi için de aranacağı açıktır⁴². Biz burada sadece HUMK. un aradığı ek şartları inceleyeceğiz.

A. Yazılı Şekil Şartı

HUMK. m. 517'ye göre: "Tahkimin tahriri olması lazımdır." Adi yazılı şekil tahkim sözleşmesi (ve tabiki tahkim şartı) için gerekli ve yeterlidir. Yazılı olmayan⁴³ tahkim sözleşmesi (ve şartı) m. 517/2. gereğince keensizdir⁴⁴.

Fakat taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığı halde, taraflar hakemlerini seçerler ve hakemler de açılan davayı takip ederlerse tahkim sözleşmesi geçerli sayılmaktadır⁴⁵.

⁴⁰ Yargıtay Hük. 12.1.1966 T. 428/6 sk. (ABD. Y: 1966, 5. 2, s. 337); Karşı görüş için bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 778.

⁴¹ Bkz. yukarıda dipnot 34 civarı.

⁴² Tafsilat için bkz. KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim", a.g.m., s. 1043-1048

⁴³ Tahkim sözleşmesinde iki tarafın da imzası bulunmalıdır. Yargıtay'a göre paraf imza yerine geçmez. Taraflardan biri sözleşmedeki imzasını inkar ederse imzanın o kişiye ait olup olmadığı, hakem tarafından değil mahkeme tarafından incelenir (m. 519) (KURU, Baki: a.g.e., 4002).

⁴⁴ Şekil kaydı anlaşmanın özü bakımından olup isbata müteallik değildir. Karşılıklı olarak teati edilen mektuplarda kabul edilen tahkim sözleşmesinin geçerliliği tartışmalıdır (POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 784). BİLGE ve Önen savunmaktadırlar (BİLGE, Necip-ERGÜN ÖNEN: a.g.e., s. 746); KORAL, Keensiz olmak gibi ağır bir sonucun tarafların mahkemelerinin sağladığı güvenceden feragat etmeleri sebebiyle öngörüldüğünü belirtmiştir. Bkz. "İç Hukukumuzda Tahkim" s. 1047.

⁴⁵ Yargıtay T D 8 6 1966 T., 1287/1951 sk. (ABD Y. 1966. S. 4. s. 272); ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s.

B. Sözleşme Konusu ile İlgili Şart

HUMK. m. 518'e göre: "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez."

Dolayısıyla tahkim, tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Bundan maksat tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın giderilmesi için serbestçe anlaşma yapabiliyor, (özellikle sulh olabiliyorlar) ve bu anlaşma mahkeme kararına gerek olmaksızın geçerli olabiliyor ise o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir⁴⁶.

Alacak⁴⁷ (mesela satış sözleşmesinden doğan alacak) davaları için tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Manevi tazminat davaları⁴⁸ ve menkul (mal) davalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılabilir.

Gayrimenkul davalarının tahkim sözleşmesine konu olabilmesi hususu tartışmalıdır. Postacioğlu gayri menkullere ait tahkim sözleşmelerinin resmi şekle bürünmedikçe muteber olamayacağı neticesine varmıştır,⁴⁹ BİLGE ve Önen de gayrimenkul üzerindeki haklarda tarafların sulh, kabul ve feragat yoluyla tasarrufta bulunma hakları olduğunu belirtmiş, olsa olsa resmi şekle ihtiyaç duyulabileceğini ama bunun da tartışılabilirliğini söylemişlerdir⁵⁰ KURU⁵¹ ise gayrimenkul davalarının tahkim sözleşmesine konu olabileceği görüşündedir. HMUK m. 13'deki, kamu düzenini ilgilendiren kesin yetki kuralı ile tahkim konusunun ayrı hususlar olduğu KURU tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay ise kamu düzenini ilgilendiren durumlardan biri olması sebebiyle önceleri tahkim sözleşmesini geçersiz sayarken⁵² daha yeni kararlarında tarafların serbestçe tasarruf edebileceklerine dayanarak tahkim yolunu mümkün kılmıştır⁵³.

772

⁴⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4003; POSTACIOĞLU, İlhan E: a.g.e., s. 787; BİLGE, Necip – ERGUN Önen: a.g.e., s. 747; ÜSTÜNDAĞ Saim: a.g.e., s. 774-776.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD. 28.12.1978 T., 5258/5916 sk. (Yargı Dergisi, Y. 1979. S. 36, s. 28).

⁴⁸ Yargıtay bir manevi tazminat davasında, davanın kabulü hakimi bağlayacağı için bu davanın tahkim sözleşmesine konu olabileceğine karar vermiştir (4. HD. 9.11.1964 T., 8868/5220 sk.) (AD Y. 1965- S. 11-12, s. 1378).

⁴⁹ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 778, POSTACIOĞLU, İlhan E: a.g.e., s. 778.

⁵⁰ BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 748.

⁵¹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4005.

⁵² Yargıtay 4. HD. 9.11.1964 T., 8868/5220 sk. (AD. 1965, S. 1-12, s. 1378).

⁵³ Yargıtay 15 HD. 31.5.1979 T., 1195/1330 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4005) 4. HD. nin de ilke olarak

518. madde gereğince, tarafların dava konusu üzerinde sulh, kabul ve feragat yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Bu sebeple boşanma davaları, iflas davaları, çekişmesiz yargı işleri ve takip hukukuna ilişkin davalar⁵⁴ hakemlerde görülemez⁵⁵.

Yargıtay'a göre iş uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinden ayrı bir merciide çözülmesi, işçi ve işverenin arzularına tabi olmayan hallerden olduğundan İş Kanunu'na tabi bir hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi hakkında (işveren ve işçi tarafından) sözleşmeye konulmuş tahkim şartı geçersizdir⁵⁶. Üstündağ ve Alangoya da farklı gerekçelerle aynı görüşe varmışlardır⁵⁷. BİLGE ve Önen ise münferit iş uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözümünü mutlak olarak engelleyen bir hüküm olmadığını işverenin işçiyi sömürebilmesi akla gelebilir ise de MK m. 2'deki iyiniyet kurallarına dayanarak tahkim sözleşmesinin iptal edilebileceğini belirtmişlerdir⁵⁸. KURU ise Yargıtay'ın gerekçesinin olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğunu fakat, pozitif hukuka göre tarafların iş davası üzerinde serbestçe tasarruf yetkileri olduğundan bu davalarda da tahkim yoluna gidilebileceğini savunmuştur⁵⁹.

Kanaatimizce de iş davaları tahkim yoluyla çözümlenebilmelidir. Çünkü iş davaları kamu düzeni ile ilgili olmakla beraber iki tarafın arzularına tabi olan koşullara ilişkindir. İşverenin işçiyi sömürmesi tehlikesine karşı hem müessesenin mahiyeti, hem de sözleşmenin iptali imkanı, gerekli güveni temin edecek güçtedir.

Yargıtay'a göre kira bedelinin tespitine ilişkin davalar da tahkim yoluyla çözümlenemez⁶⁰. Oysa BİLGE ve Önen bu düşüncenin çok aşırı bir düşünce olduğunu

gayrimenkul davaları konusunda tahkim sözleşmesi yapılabileceğine ilişkin karar için Bkz. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4006).

⁵⁴ Ezctimle itirazın kaldırılması davası, istihkak davası hakkında hakeme gidilemez (ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 778). Fakat İİK. nun maddi hukuka ilişkin kısımlarında hakeme gidilebilir. Bkz. dipnot 76 civarı.

⁵⁵ KURU, Baki: a.g.e., s. 4007.

⁵⁶ Yargıtay. 9. HD. 14.9.1964 T., 4983/5429 sk. (ABD.. Y. 1965, S. 1.. s. 89-90).

⁵⁷ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 777'deki 26 nolu dipnottan.

⁵⁸ BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 748.

⁵⁹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4008.

⁶⁰ Yargıtay 4. HD., 11.11.1969 T., 7792/5764 sk. (İBD., 4 HD/2, S. 29, 10-111).

söylerken⁶¹ KURU, kira bedeli üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceklerini göz önüne alarak bu hususta hakeme başvurulabileceğini belirtmiştir⁶².

Kanımızca kira bedelinin tespitine ilişkin davaların tahkimle çözümlenmesi mümkündür. Çünkü bu davalarda da tarafların serbest tasarruf yetkileri vardır. Yargıtay'ın bazı düzenlemeleriyle, müessesede etkili olması başka bir sorundur. Bu etki tarafların dava üzerindeki serbest tasarruf yetkilerini kaldırıcı mahiyette olamaz. Çünkü taraflar Yargıtay'ın koyduğu sınırları etkisiz bırakacak şekilde anlaşma yapabilirler.

Gayrimenkulün tahliyesi davaları tahkim yoluyla çözümlenemez diyen Yargıtay görüşüne karşı⁶³, ilk kira sözleşmesiyle verilen tahliye taahhüdü geçersiz olduğu için ilk kira sözleşmesine konulan tahkim şartı geçersiz olacak; buna karşılık tahkim şartı, kira sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin sonraki bir kira sözleşmesine konmuşsa, bu sonraki kira sözleşmesiyle verilen tahliye taahhüdü geçerli olacağı için tahkim şartı da geçerli olacaktır, şeklinde doktrin görüşü vardır⁶⁴.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözümlenebilir mi? Yargıtay HGK ve 5. HD. bu tür çözümün mümkün olmadığı görüşündedir. 4. HD. ise bunu engelleyen hüküm bulunmadığına karar vermiştir. KURU'ya göre ise kat malikleri arasında çıkan uyuşmazlıklar m. 518'deki mesailden olmadığı için tahkim yoluyla çözülebilirler⁶⁵.

İdari Sözleşmelerle de ilgili olmak üzere devlet ile fertler arasındaki sözleşmelerde ana kanun olan 2886 (eski 2490) sayılı kanunun tayin ettiği muhtevanın tahkim şartına yabancı olduğu kabul edilmektedir⁶⁶.

C. Uyuşmazlığın Belirli Olması Şartı

Uyuşmazlığın belirli olmasından kasıt tarafların hangi sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar hakkında tahkime gittiklerini bilmeleri ve belirlemeleridir. Bir satış ya da istisna sözleşmesinden doğacak uyuşmazlık belirli sayılır ve bu uyuşmazlık tahkim sözleşmesine konu olabilir.

⁶¹ BİLGE, Necip - ERGUN Öncü: a.g.e., s. 748.

⁶² KURU, Baki: a.g.e., s. 4008, KURU, Necmettin Berkin'in de aynı görüşte olduğunu haber vermektedir.

⁶³ Yargıtay 6. HD. 10.7.1970 T., 3032/3170 sk. (IBD., Y 1971, S. 1-2, s. 144).

⁶⁴ KURU, Baki: a.g.e., s. 4009).

⁶⁵ KURU, Baki: a.g.e., s. 4009.

⁶⁶ ÜSTÜNDAĞ Saim: a.g.e., s. 778.

Buna karşılık bundan sonra aramızda çıkacak tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir, şeklindeki genel bir tahkim sözleşmesi geçerli sayılmamaktadır. Çünkü tahkime konu, belirli bir uyuşmazlık yoktur⁶⁷.

D. Açık ve Kesin Olarak Tahkim Yolunun Tercihi

Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi ve tarafların aralarında çıkacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için açık ve kesin tahkim iradelerini beyan etmeleri gerekir.

Asıl olan bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin mahkemelere ait olmasıdır. Bu sebeple tahkim sözleşmesi ve şartının geçerli sayılabilmesi için, tarafların, uyuşmazlığın hakemlerde çözülmesi konusundaki iradelerinin kesin olarak anlaşılması gerekir⁶⁸. Bu sebeple mesela hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemede çözümleneceğine dair sözleşmeye konan kayıt⁶⁹, hem tahkim şartının hem genel mahkemelerin yetkisini kabul eden kayıt⁷⁰, önce hakem, olmazsa mahkemelerin yetkisini öngören kayıt⁷¹ geçersizdir.

Tahkim sözleşmesinde, uyuşmazlığın çözüm yeri olarak hem mahkeme hem de hakem Kurulu gösterilirse, taraflardan biri ancak diğer tarafın itiraz etmemesi halinde hakem Kurulunda dava açabilir. Diğer taraf davanın mahkemede açılması gerektiği yolunda bir itirazda (tahkim itirazı) bulunursa hakemler davaya bakamaz⁷².

Böylece tahkim sözleşmesine ilişkin genel, özel ve ek şartları incelemiş olduk. Şimdi tahkim sözleşmesinin etkisini (hükmünü) incelemeye geçebiliriz.

3. Tahkim Sözleşmesinin Etkisi (Hükmü)

A. Tahkim İtirazı

Taraflar tahkim sözleşmesinin konusu olan uyuşmazlık hakkında dava açmak isterlerse, tahkim yoluna başvurmak zorundadırlar; yani davayı genel mahkemelerde değil,

⁶⁷ KURU, Baki: a.g.e., s 4010; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 771. KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim" a.g.m., s. 1046; BİLGE ve Önen'e göre belirli bir veya bir kaç konu hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir. (BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 749).

⁶⁸ Yargıtay HGK. 5.5.1965 T., 776-198 sk. (ABD., Y.1965. S. 5, s. 643).

⁶⁹ Yargıtay 13. HD. 21 .5.1980 T., 3055/3312 sk. (Yasa Dergisi, Y. 1981, S. 3, s. 411).

⁷⁰ Yargıtay 15. HD. 25.12.1978 T., 2090/2486 sk. (Yasa Dergisi, Y. 1979, S. 7, s. 1080).

⁷¹ Yargıtay 15. HD. 25.12.1978 T., 2364/2479 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4011).

⁷² Yargıtay T D 166 1961 T., 473/2023 (ABD. Y. 1961, S 4, s. 57-59).

hakemlerde açabilirler. Buna rağmen dava mahkemede açılırsa; davalı, tahkim itirazında bulunabilir⁷³.

Davacı tahkim sözleşmesine rağmen davasını mahkemede açarsa, mahkeme tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. Mahkemenin tahkim sözleşmesini gözetebilmesi ve bu nedenle görevsizlik kararı verebilmesi için davalının “davanın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerekir” şeklindeki bir tahkim itirazında bulunması gerekir.

Davalının bu tahkim itirazını esasa cevap süresi içinde ileri sürmesi gerekir. Bu hali ile tahkim itirazı bir “ilk itiraz”a benzemekte ise de; teknik anlamda bir ilk itiraz⁷⁴ değil, esasa ilişkin bir savunma vasıtasıdır. Çünkü ilk itirazlar karşı taraf muvafakat etse bile esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemez. Buna karşılık davalı esasa cevap süresi geçtikten sonra da tahkim itirazında bulunabilir. Davacı, süresinden sonra yapılan tahkim itirazına karşı savunmanın genişletildiğini ve bu duruma muvafakat etmediğini bildirmezse (savunmanın genişletilmesine itiraz etmezse) savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat etmiş olur ve mahkeme tahkim itirazını inceler. Mahkeme tahkim itirazını haklı bulursa dava dilekçesini “davaya hakemlerde bakılması gerektiği” gerekçesiyle reddeder⁷⁵. Bu ret kararı temyiz edilebilir.

Davacı bu ret kararının kesinleşmesinden itibaren m. 193’e göre on gün içinde hakemlerde dava açarsa, hakemlerde açılan bu dava mahkemede açılmış olan (ilk) davanın devamıdır. Bu on gün içinde davacı hakemlerde dava açmazsa mahkemede açmış olduğu bu (ilk) dava açılmamış sayılır ve dava açılmasıyla meydana gelen zamanaşımı kesilmesi hükümsüz hale gelir⁷⁶.

⁷³ KURU, Baki: a.g.e., s. 4013; Tafsilat için bkz. s. 4013-4017).

⁷⁴ KURU, Baki a.g.e., s. 3033-3037.

⁷⁵ KURU, Baki a.g.e., s. 4013. Yargıtay ise “tahkim itirazının bir görev ya da yetki itirazı niteliğinde olamayacağı, fakat mahkemece resen nazara alınamayacağından zamanaşımı definde olduğu gibi taraflarca ileri sürülmesinin bir süre ile sınırlanması gerektiği; ancak bu sınırı davalının cevap layihasını ıslahına engel olmayacağı, nihayet tahkim itirazı teknik anlamda bir itiraz olmadığı için bu itirazın definden feragat hususunda yapılacak sözleşmelerin geçerli olduğunu” kabul etmiştir. (BİLGE, Necip - ERGUN Önem a.g.e., s. 750-751); Aynı tespitlerin tafsilatı için bkz. KORAL, Rabi “İç Huk Tahkim”. a.g.m., s. 1050-1053; POSTACIOĞLU ve ÜSTÜNDAĞ ise bu itirazın maddi hukuka ilişkin bir itiraz olduğunu savunmuş ve usule ilişkin itiraz olarak inceleyen Yargıtay uygulamasını eleştirmiştir. (ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 783; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 792).

⁷⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 237-250.

Tahkim itirazını incelemek yetkili mahkemeye ait olduğu için, davalının her iki itirazı birlikte ileri sürmesi durumunda, önce yetki itirazı incelenir.

B. Tahkim Sözleşmesine Rağmen İlamsız İcra Takibi Yapılması

Bir davada davacı (borçlu); davalı (alacaklı) ile aralarında kira sözleşmesi nedeniyle davalının sözleşmedeki hakem şartına uymaksızın hakkında icra takibi yapıldığını bildirerek, hakeme gidilmeden icra takibi yapılamayacağı gerekçesiyle borçlu olmadığının tespitini istemiştir. Davalı ise icra takibinin haklı olduğunu ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme davacının talebini gerekçesiyle kabul etmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır⁷⁷.

Yargıtay'ın bu görüşü ve onama kararı doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. İlamsız icra takibi yapabilmek için elde bir belge bulunmasına gerek bile yoktur. Yargıtay'ın görüşü kabul edilirse hakemlerden borçlunun borcu olduğuna dair karar alınacak ve bu karara dayanarak icra takibi yapılacaktır. Ancak bu takip artık ilamlı takip olmuştur.

Tahkim sözleşmesi tarafların mahkemede dava açmasını önler. İlamsız takip ise “mahkemede açılan bir dava” değildir⁷⁸.

C. Tahkim Sözleşmesi Sadece Taraflarını Bağlar

Tahkim sözleşmesi sadece sözleşmenin tarafları hakkında hüküm ifade eder. Ayrıca tarafların cüzi ve külli halefleri de sözleşmenin tarafları gibidir. Buna karşılık tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisi yoktur. Müsterek borçlu ve kefil, üçüncü kişidir⁷⁹.

D. HUMK. m. 519'un Etkisi

519. maddeye göre: “Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme⁸⁰ ile hallolunur”.

⁷⁷ Yargıtay 13 HD 3 111978 T., 4625/4623 sk. (Yasa, Y. 1979, S. 6. s. 931).

⁷⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 4018. Fakat ilamsız takip sırasında mahkemeye başvurmak gerekirse (itirazın iptali, istirdat, borçtan kurtulma, itirazın geçici kaldırılması gibi) bu halde hakeme gidilebilir. Fakat itirazın kaldırılması için İcra Tetkik Mercii'ne gitmek zorunluluğu vardır. Kıstas ise İHK. nun işlemlerinin maddi hukuka ya da takip hukukuna ilişkin olmasıdır. Aynı görüşte: ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 778, bkz. dipnot 52 civarı.

⁷⁹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4019; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 751. Bu konuda tafsilat için bkz. KORAL, Rabi: “İç Huk. Tahkim” a.g.m., s. 1050-1059.

⁸⁰ Her ne kadar seri yargılama usulünden söz edilmekte ise de bunu HUMK m. 507/1 ve dolayısıyla 176/8 ışığında basit yargılama usulü olarak anlamak gerekir (BİLGE, Necip. ERGUN Önen: a.g.e., s.

Bir davanın hakemlerde (tahkim yolu ile) görülüp görülemeyeceği hakkında taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa, bu uyuşmazlık hakemler tarafından değil, mahkeme tarafından çözülür. Bu tür uyuşmazlıklar başlıca şu hallerde olabilir: Tahkim sözleşmesinin o davayı kapsayıp kapsamadığı, tahkim sözleşmesinin ya da şartının geçersiz olduğu, sahte olduğu, o konuda tahkim yoluna gitmenin caiz olmadığı gibi. Bütün bu hallerde önce o davanın tahkim yoluyla çözülüp çözilemeyeceği tespit edilmelidir. Bu konuda değişik ihtimallerle karşılaşılabilir.

a. Dava Mahkemede Açılmışsa

Davalının süresinde yapılan tahkim itirazı ilk önce incelenir. Reddedilirse davanın esasına geçilir. Kabulüne karar verilirse “uyuşmazlığın çözümünün hakeme ait olduğu” gerekçesiyle dava reddedilir. Bu karar m. 519 niteliğinde bir karardır.

b. Dava Hakemlerde Açılmışsa

Hakemde açılan bir davada davalı davaya mahkemede bakılması gerektiği şeklinde itirazda bulunursa, bu itirazın m. 519 gereğince hakemde değil, mahkemede çözümlenmesi gerekir. Hakemler davalının, davanın mahkemede görülmesi gerekir, şeklindeki itirazını kendileri inceleyip karara bağlayamazlar⁸¹.

II. HAKEM SÖZLEŞMESİ

Hakem sözleşmesi, taraflar ile hakem (veya hakemler) arasında yapılan bir sözleşmedir⁸². Bu sözleşme de Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir⁸³. Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin aksine yazılı şekle tabi değildir. Hakemler, mahkeme tarafından

749).

⁸¹ Hakemler itiraz etmiş olan davalıya m. 519 gereğince mahkemede tespit davası açması için süre verirler. Mahkemenin bu konudaki kararını ise bekletici sorun yaparlar. Mahkeme, tahkimin caiz olduğuna karar verirse hakemler o davayı çözümlerler. Tahkim yolunu caiz olmadığına karar verilirse, bu kararın kesinleşmesi üzerine hakemler davayı reddederler. (Red kararı üzerine davacı on gün içinde mahkemede dava açarsa dava hakemde açılan (ilk) davanın devamı sayılır, dava açmazsa hakemde açılan ilk dava açılmamış sayılır.) Buna karşılık davalı mahkemede tespit davası açması için hakemlerin kendisine verdiği sürede dava açmazsa kendisine ikinci bir süre verilmeli ve bu sürede de dava açmazsa itirazdan vazgeçmiş sayıldığına karar verilerek, dava hakemlerce görülmelidir. Tartışma ve tafsilat için bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4019-4025.

⁸² KORAL, hakem sözleşmesinden az önce anlattığınız tahkim sözleşmesini anlamaktadır. Ona göre tarafların hakemle yaptıkları sözleşmeye tahkim akdi denir. bkz. dipnot. 29 civarı.

⁸³ Hakem sözleşmesinin de tahkim sözleşmesi gibi usulce ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilir. Yargıtay HGK. bu sözleşmeyi vekalet sözleşmesi olarak tavsif ederken 4. HD. bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğunu belirtmektedir POSTACIOĞLU'na göre hakimlerle taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. (a.g.e., 795); KURU ise hakem sözleşmesi ücretli ise (Kural) bir hizmet sözleşmesi, ücretsiz ise (istisna) bir vekalet sözleşmesidir. (a.g.e., s. 4027) demektedir.

seçilse bile,⁸⁴ taraflar ile hakemler arasında bir hakem sözleşmesi yapılmış (var) sayılır. Bunun gibi taraflardan herbiri kendi hakemini seçse bile, bunu yaparken aynı zamanda diğer tarafın temsilcisi olarak (seçtiği hakem ile) hakem sözleşmesi yapmış sayılır⁸⁵.

Hiç kimse hakemliği kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle bir kimsenin taraflarca hakem seçilmesi, sadece hakem sözleşmesini hazırlayıcı bir icaptır. Hakemin kabulü ile de hakem sözleşmesi meydana gelir. Hakem bir kere hakemliği kabul etti mi artık bizzat (BK m. 390/111 gereğince) hakemlik yapmak zorundadır. Hakem sözleşmesini gereği gibi yerine getirmeyen hakem BK. m. 321'e göre sorumludur. Fakat hakem verdiği karardan dolayı ancak hakim gibi sorumlu tutulabilir. Hakemlerin ceza sorumluluğu memurlar gibidir⁸⁶.

III. HAKEMLER

Hakem sözleşmesiyle, iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığı çözmek görevini üstlenen kimseye (veya kimselere) hakem denir⁸⁷.

Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan herkes hakem olabilir. Yani kanunumuz hakemlik için ek vasıflar aramamaktadır. Tüzel kişiler kanuni organları aracılığı ile hakemlik yapabilirler. Yabancı gerçek kişiler de hakem olabilir fakat yabancı resmi bir makam hakem olamaz⁸⁸.

Hakemin üçüncü kişi olması gerekir. Şu halde taraflar, vekilleri veya kanuni temsilcileri o uyuşmazlıkta hakem olamazlar⁸⁹.

Hakimler de ihtiyari tahkimde hakemlik yapamazlar⁹⁰. Buradaki hakim deyimi bütün hakimleri kapsar⁹¹. Savcılar da hakimler gibi hakemlik yapamazlar. Buna karşılık avukatlar ve noterlerin hakem olmasına mani bir hüküm yoktur.

⁸⁴ Taraflardan birisi hakemini seçmekte temerrüt gösterirse o tarafın hakemi hakim tarafından seçilir. (HUMK. m. 520). Hakimin hakemi seçebilmesi için ise tarafların yetkili ve görevli mahkemeden bir talepte bulunmaları (dava açmaları) gerekir. Bu talep de m.519 gereğince basit yargılama usulüyle görülür. (BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 752).

⁸⁵ KURU, Baki: a.g.e., s. 4027.

⁸⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4028.

⁸⁷ Kendisine açılan davanın hakimi olan hakem, hiçbir resmi sıfatı haiz değildir, tamamen tarafların iradesi ile tayin edilmiştir. Hakemlik bir serbest meslek faaliyetidir ve hakem ücretli gelir vergisine tabidir. Bkz. KURU Baki: a.g.e., s. 4028.

⁸⁸ BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 752; KURU, Baki: a.g.e., s. 4028.

⁸⁹ Yargıtay 4. HD. 9.11.1964 T., 8868/5220 sk. (Adalet Dergisi, Y. 1965, S. 11-12, s. 1378).

⁹⁰ Bilge, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 752; KURU, Baki: a.g.e., s. 4028.

⁹¹ Bu nedenle Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Askeri Yüksek idare Mahkemesi başkan ve üyeleri, ihtiyari tahkimde hakemlik yapamaz (KURU,

1. Hakemler Nasıl Seçilir?

Bu konu değişik ihtimallere göre incelenebilir.

A. Hakemler, Tahkim Sözleşmesinde İsmen Gösterilmiş Olabilirler

Bu halde tahkim sözleşmesinde ismen gösterilen kişi hakem olacaktır. Sözleşmede ismen gösterilen kimse veya bunlardan biri hakemliği kabul etmezse veya istifa, ölüm gibi bir sebeple hakemlik yapamayacak duruma düşerse ve bu gibi hallerde nasıl hareket edileceği konusunda tahkim sözleşmesinde açıklık yoksa, tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır, yoksa yeni bir hakem seçilmesi yoluna gidilemez⁹². Fakat tahkim sözleşmesinin belirtilen sebeplerle hükümsüz hale gelmesi, tarafların tekrar anlaşarak yeni bir tahkim sözleşmesi yapmalarına engel olamaz.

Tahkim sözleşmesinde hakem olarak bir hakim tayin edilmişse hakimler hakem olamayacağından tahkim sözleşmesi hükümsüz hale gelir ve davanın mahkemede açılması gerekir⁹³.

B. Hakemlerin Taraflarca Seçileceği Kararlaştırılmış Olabilir

Tahkim sözleşmesinde taraflar hakemi ismen belirtmemiş olabilirler. Ancak sözleşmede, hakemin taraflarca seçileceği kararlaştırılabilir. Bu halde taraflar arasında eşitlik bulunması gerekir. Bir taraf diğer taraftan fazla sayıda hakem seçemez.

Genellikle tarafların birer hakem seçecekleri kararlaştırılır⁹⁴. Bu halde hakemlerde dava açmak isteyen taraf, kendi hakemini seçer ve karşı tarafa hakemini seçmesi için yedi günlük⁹⁵ süre verir. Karşı taraf bu yedi günlük süre içinde hakemini seçip ismini bildirmezse, onun hakemi, (kendi hakemini daha önce seçmiş olan tarafın başvurusu üzerine) mahkeme tarafından seçilir⁹⁶. (m.520)

Baki: a.g.e., s. 4030-4031).

⁹² BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 753; KURU, Baki: a.g.e., s. 4031; ÇENBERCİ, Mustafa: 'Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti' (Tahkim Haftası, s 119-150); Yargıtay T D 192 1960 T., 27/564 sk. (İBD., Y. 1961, S. 2, s. 47) ve bu kararın tahlili için bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: İHFM, Y. 1962 S 1, s. 281-285).

⁹³ KURU, Baki: a.g.e., s. 1034.

⁹⁴ Hakemlerin sayısı konusu aşağıda incelenecektir.

⁹⁵ Hakemini seçen taraf ayrı bir süre belirtmemişse, yedi günlük kanuni süre uygulanır. (BİLGE, Necip -ERGUN, Önen: a.g.e., s. 754) Hakemini seçen tarafın tayin edeceği sürenin yedi günden az olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

⁹⁶ Mahkeme, hakemi seçmeden önce tarafları davet edip dinlemelidir. Karşı taraf kendisine verilen yedi günlük süre içinde hakemini seçmezse artık bu hakkı düşer. Yedi gün geçtikten sonra yapılan hakem seçimi geçersizdir, artık hakem mahkeme tarafından seçilecektir. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4035); BİLGE, Necip -ERGUN, Önen: a.g.e., s. 754; POSTACIOĞLU'na göre mahkeme hakemi

Bazen tarafların birer hakem seçecekleri ve tarafların seçtiği bu hakemlerin üçüncü hakemi seçecekleri kararlaştırılır. Bu halde üçüncü hakemi hakemler seçer. Hakemler bu hususta anlaşamazlarsa üçüncü hakem taraflarca seçilir. Taraflar da üçüncü hakemin seçiminde anlaşamazlarsa üçüncü hakem (taraflardan birinin başvurusu üzerine)⁹⁷ mahkeme tarafından seçilir⁹⁸.

Tahkim sözleşmesinde hakemin taraflarca seçileceği kararlaştırılmış ancak taraflar bu hususta anlaşamamışlarsa hakem yine mahkeme tarafından seçilir⁹⁹.

Vekilin hakem seçebilmesi için vekaletnamesinde açık bir tahkim yetkisinin bulunması gerekir. Vekaletnamedeki tahkim yetkisi hakem seçme yetkisini de içerir¹⁰⁰.

C. Hakemlerin Seçimi Üçüncü Bir Kişiye Bırakılabilir

Tahkim sözleşmesinde (veya daha sonra) hakemlerin (veya üçüncü hakemin) bir üçüncü kişi tarafından seçileceği kararlaştırılabilir. Bu halde hakemler (veya üçüncü hakem) bu üçüncü kişi tarafından seçilir¹⁰¹.

Hakemleri seçmesi kararlaştırılan üçüncü kişi hakem seçiminden kaçınırsa ya da ölürse; taraflar hakem seçimi hakkında başkaca ek anlaşmaya da varamazlarsa tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır¹⁰².

seçmeden önce, temerrüde düşen tarafı davet etmezse bu seçimde yolsuzluk yoktur, Bkz.

POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 793.

⁹⁷ Bu halde hakemler üçüncü hakemin seçimini mahkemeden isteyemez. Bu yetki taraflarıdır. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4035).

⁹⁸ Hakemler kura yoluyla da üçüncü hakemi seçemezler. Bkz. Yargıtay 15. HD. 26.2.1981 T., 2760/404 sk. (Yasa, Y. 1981. S. 2, s. 270-274).

⁹⁹ Yargıtay 11. HD. 17.03.1977 T., 669/1262 sk. (YKD. Y. 1979, S. 3.s. 370-371).

KURU, Baki: a.g.e., s. 4038; BİLGE, Necip – ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 754 Yargıtay'a göre seçimi yapacak üçüncü kişi, hakim olamaz. Bkz. 15. HD 1 3 1976 T 3653/53 sk. (YKD. Y. 1976, 8. 4, s. 534)

¹⁰⁰ Çünkü hakimler (ve savcılar) kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar. Bu HUMK. m. 63 ve BK. m. 388/111. gereğidir. Ayrıca Yargıtay da bunu teyit etmiştir. Bkz. yukarıdaki 96 nolu dipnottaki karar. Şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz. Davacı tarafın vekili karşı tarafa (davalıya) hakem seçmesi için davet mektubu gönderirken bu davet mektubuna vekaletnamesini de eklemelidir. Aksi halde karşı taraf yedi gün içinde hakemini seçmek zorunda değildir. Bkz. Yargıtay TD 17.6.1969 T., 1905/2024 sk. (ABD. Y. 1966, S. 2, s. 386).

¹⁰¹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4038; BİLGE, Necip – ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 754 Yargıtay'a göre seçimi yapacak üçüncü kişi, hakim olamaz. Bkz. 15. HD 1 3 1976 T 3653/53 sk. (YKD. Y. 1976, S. 4, s. 534) Çünkü hakimler (ve savcılar) kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

¹⁰² Hakem seçecek üçüncü kişinin hakim olması durumunda da taraflar ek anlaşmaya varamazlarsa tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır. (Bkz. 15. HD. 21.5.1981 T., 1071/1198 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4039).

D. Hakemlerin Seçimi Hakkında Bir Açıklık Olmayabilir

Bu halde m. 520 hükmü devreye girer. Buna göre hakemler üç kişi olmak üzere “davayı rüyete selahiyettar” hakim tarafından intihap olunur. Yani bu halde hakemi, davaya bakmaya yetkili ve görevli olan mahkeme seçer¹⁰³.

E. Hakemlerin Sayısı

Taraflar tahkim sözleşmesinde hakemlerin kaç kişi olacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Bu sayının belirli olması gerekir.

Tahkim sözleşmesinde hakem sayısı iki olarak kararlaştırılmışsa ve bu iki hakem süresi içinde uyuşmazlığı çözemelerse tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır. Fakat bu halde üçüncü bir hakem seçilmesi kararlaştırılmışsa ya da taraflar üçüncü bir hakem seçilmesi için mahkemeye başvurarak, mahkeme huzurunda beyanlarını havi tutanağı imzalamışlarsa yeni bir tahkim sözleşmesi yapılmış olduğundan davaya üç hakem tarafından bakılır¹⁰⁴.

Tahkim sözleşmesinde hakem sayısı belli edilmemişse üç hakem seçilir (m. 520)¹⁰⁵. Ancak sözleşmede iki ya da dört hakem seçileceği kararlaştırılmışsa, bu hakemlerin kararlarında ise ittifak ya da oy çokluğu sağlanamazsa ne olacaktır? Doktrinde bu konuda bir fikir yoktur. Yargıtay’a intikal eden bir davaya da rastlamadık. İki hakemin davayı kabul kararı; diğer iki hakemin ise davanın reddi kararı vermesi mümkün olabilir. Kanımızca bu halde taraflar anlaşarak bir çözüm yolu bulmak durumundadırlar. Ya beşinci bir hakem seçip, bu beşinci hakemin sözkonusu uyuşmazlığı gidermesi kararlaştırılabilir ya da mahkemeye müracaatla hakemler arasındaki bu ihtilafın giderilmesi istenebilir.

2. Hakemlerin Görevden Ayrılması

A. İstifa

Hakemler, hakemlik görevinden istifa edebilirler. Ancak bunun için haklı bir neden olması gerekir. Haklı bir nedene dayanmaksızın istifa eden hakem, hiçbir ücret

¹⁰³ Mahkemenin hakim tayin ederken tarafları dinlemesi gerekir. Bkz. dipnot 94 civarı.

¹⁰⁴ KURU, Baki: a.g.e., s. 4040.

¹⁰⁵ 520. m. hükmü hakemlerin mahkeme tarafından seçilmesi hali için ise de hakem seçiminin üçüncü kişiye bırakılmış ve hakem sayısının belli edilmemiş olduğu hallerde de uygulanır. Bkz. 4. HD. 19.2.1957 T., 6772/846 sk. (AD. Y. 1957. S. 7. s. 689-690).

isteyemeyeceği gibi peşin aldığı ücreti de geri vermek ve tarafların istifa yüzünden uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır¹⁰⁶.

İstifa eden hakemlerin yerine, yenisi seçilir. Bu seçimi istifa etmiş hakemi seçen kişi ya da makamın yapması uygun olur,¹⁰⁷ Hakemlerden birinin karar verildikten sonra istifa etmesi halinde, yeni bir hakem seçilmez. Karar ekseriyette verilmiş sayılır.

B. Azil

Hakemler, kendilerini seçen tarafın temsilcisi değildir¹⁰⁸. Ayrıca tarafların hakemleri seçme prosedürünün tamamlanmasıyla, her iki tarafın her iki hakemle sözleştiği kabul edilmektedir. Bu sebeple hakemler hangi usulle seçilmiş olurlarsa olsunlar, ancak iki tarafın muvafakati ile azlolunabilirler. Kanunun deyimiyle “iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azledilemez”. Postacıoğlu’na göre taraflardan biri sözleşme ile tek taraflı azil yetkisini kazanamaz¹⁰⁹.

C. Fiil Ehliyetinin Kaybı

Hakemler medeni hakları kullanma ehliyetini kaybederlerse hakemlikleri son bulur.

D. Ölüm

Hakemlik, ölümle de son bulur.

E. Hakemlerin Reddi

Hakemlerin reddi HUMK. m. 521’de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre: “Hakemler reddi hakim sebeplerine müsteniden reddolunabilir.”

Hakemlerin kendilerini seçen tarafın mümessilleri olmadığına değinmiştik. Hakemler de hakimler gibi görev yaptıklarından önlerine gelen davada tarafsız olmak zorundadırlar. Bu sebeple tarafsız olmasından endişe edilen hakemin reddi talep edilebilir.

¹⁰⁶ KURU, hakem toplantılarına kasıtlı olarak katılmayan hakemin istifa etmiş sayılması ve yerine yenisinin seçilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz.: a.g.e., s. 4041.

¹⁰⁷ BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 755: Yargıtay ve KURU da aynı görüştedir Bkz. 4. KD. 6.4.1981 T., 1117/4445 sk. (Yasa, Y. 1981, S. 6. s. 808): KURU, Baki: a.g.e., s. 4042; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 795.

¹⁰⁸ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 789; BİLGE - Necip - ERGUN, Önen: a.g.e., s. 755.

¹⁰⁹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4041; KORAL, Rabi: “İç Huk. Tahkim” a.g.m., s. 1058; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 795.

Red sebepleri, hakimler hakkındaki red sebeplerinin¹¹⁰ aynıdır¹¹¹. Hakemin reddini talep etme süresi 521 maddenin 2. fıkrası gereğince 5 gündür. Taraflar hakemin seçildiğini öğrendikleri tarihten itibaren 5 gün içinde red talebinde bulunabilirler.

Hakem, tahkim sözleşmesinde ismen gösterilmiş ise 5 günlük süre sözleşmede ismi yazılı hakemin, o davaya hakem olarak bakacağını öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Beş günlük sürenin geçmesi halinde bu hak düşer¹¹².

Hakem hakkındaki red sebebi sonradan, yani hakemlerin davaya baktıkları sırada öğrenilmiş ise taraf en geç öğrendiği tarihten sonraki ilk celseye kadar usule ilişkin yeni bir işlem yapmadan önce hakemin reddi talebinde bulunmalıdır. En yakın ilk celseye kadar yapılmayan red isteği dinlenmez¹¹³.

Hakemleri red talebi, davaya bakmaya yetkili ve görevli olan mahkeme tarafından incelenir. (m. 521, III.) Maddeye göre hakim, red talebini incelerken hakemin ve iki tarafın mütalaalarını dinler¹¹⁴.

Hakemin reddi talebi hakkında mahkemece karar verilinceye kadar hakemlerin davayı ertelemeleri gerekir¹¹⁵.

Kanun, hakemlerin reddi konusunda açıkça hakimlerin reddine atıfta bulunurken; hakemlerin davaya bakmaktan memnuniyeti konusunda sessiz kalmıştır. Doktrinin büyük çoğunluğu menfaatler durumunun aynı olması sebebiyle hakimin davaya bakmasının yasak olduğu hallerde hakemin de davaya bakmasının yasak olduğunu ve

¹¹⁰ HUMK. 'nuru 29. maddesi gereğince: davada iki taraflar birine nasihat edip yol gösteren; taraflar veya üçüncü şahıslar önünde kanunen gerekmediği halde ihsası reyde bulunan; davada hakim, tanık, bilirkişi sıfatıyla hareket eden veya dinlenen, davanın tarafları dördüncü dereceye kadar civar hısımlarından olan, dava sırasında taraflardan biri ile aralarında dava veya düşmanlık bulunan ve genel olarak tarafsızlığından şüphe edilen hakem taraflardan birinin talebi üzerine reddedilebilir. Geniş bilgi için Bkz. KURU, Baki a.g.e., s. 86 vd.

¹¹¹ Hakimlerin davaya bakmaktan memnuniyeti sebepleri ise hakemler için evleviyetle red sebebi sayılmalıdır. Bkz. dipnot 114 civarı: Karşı görüş için Bkz. KORAL, Rabi: 'İç Huk. Tahkim', a.g.m., s. 1057.

¹¹² BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 756; KURU, Baki: a.g.e., s. 4042; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 789; KORAL, Rabi: "İç Huk. Tahkim" a.g.m., s. 1057.

¹¹³ BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 756; KURU, Baki: a.g.e., s. 4042. ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 789; Koral, Rabi: "İç Huk. Tahkim" a.g.m., s. 1057.

¹¹⁴ KURU, hakemin reddi talebine ilişkin mahkeme kararının HUMK. m. 361A'ya göre temyiz edilebileceği kanısındadır. Buna göre esas hüküm bakımından temyiz yolu açık bulunsa da işlerce işlerde, ret istemi hakkındaki mercii kararları tefhim veya tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde temyiz edilebilir. Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4043.

¹¹⁵ Davanın ertelendiği bu dönemde tahkim süresi işler. Fakat bu durum tahkim süresinin uzatılması için haklı sebeptir. Taraflar tahkim süresinin uzatılması talebinde bulunmazlarsa ve erteleme devam

hakemin kendiliğinden çekinmek (istinkaf etmek) zorunda olduğunu kabul etmektedir¹¹⁶. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹¹⁷. Koral ise tahkimin itimat üzerine Kurulu olduğunu belirterek tarafların hakeme itimat etmelerinden sonra hakemin istinkafa mecbur olacağını iddia edilmeyeceğini savunmaktadır¹¹⁸.

KURU, bu konudaki görüşünü şu şekilde yumuşatmaktadır. M. 28'deki nedenlerden biri ile davaya bakması yasak olan hakem, iki tarafın açık ve yazılı muvafakatlari ile hakemlik yapabilir (m. 30). Bu muvafakat taraflar arasında uyuşmazlık çıktıktan ve hakemlerde dava açıldıktan sonra verilirse geçerlidir. Tahkim sözleşmesinde davaya bakması yasak olan kişinin hakem olarak seçilmesi bu anlamda bir muvafakat sayılamaz¹¹⁹.

Kanımızca davaya bakması yasak olan hakem reddedilebileceğinden taraflardan birinin red talebi neticesinde davadan elini çeker. Fakat m. 28'deki yasaklılık sebepleriyle malul olduğunu öğrenen hakem hemen istinkaf etmemelidir. Bu durumu taraflara tebliğ etmeli ve görüşlerini almalıdır.

Hakem hakkındaki red talebinin mahkemece kabulü veya hakemin m. 28'deki sebeplerden biri nedeniyle çekinmesi (istinkaf etmesi) üzerine onun yerine bir başkası hakem olarak seçilir (m. 522, II). Fakat mahkemeden hakemin reddiyle birlikte ikame yeni hakem tayini istenemez¹²⁰.

3. Hakem Ücreti

Hakemler gördükleri hizmete karşılık bir ücret alırlar.

Hakemlerin ücreti¹²¹, tahkim yahut hakem sözleşmesiyle tespit edilebilir. Bu halde hakemler görevlerini yerine getirdiklerinde bu ücreti almaya hak kazanırlar. Tahkim ya da hakem sözleşmesinde, hakemlerin ücreti tespit edilmemişse ne olacaktır? Bu konuyu Yargıtay'ın bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla birlikte açıklayalım. 13.5.1964 T., 1964/1 E.,

¹¹⁶ ederken tahkim süresi dolarsa; karar 533/1. maddesi gereğince bozulur. Bu konu ileride incelenecektir. KURU, Baki: a.g.c., s. 4044; BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN a g c . s. 755; ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960, s. 412.

¹¹⁷ Yargıtay 4. HD. 6.4.1981 T., 1117/4445 sk. (Yasa Y. 1981, S. 6, s. 808).

¹¹⁸ KORAL, Rabi. "İç Huk. Tahkim" a.g.m., s. 1057; bkz. dipnot 109 civarı

¹¹⁹ KURU, Baki: a.g.c., s. 4045.

¹²⁰ KURU, Baki: a.g.c., s. 4046.

¹²¹ SAVCI, Bülent: "Hakem Ücreti" (ABD. Y. 1953, S. 5, s. 419-420); ÇENBERCİ Mustafa: 'Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti" (Tahkim Haftası, s. 119-150).

1964/3 K. sayılı İctihadı Birleştirme Kararına¹²² göre ‘hakem sözleşmesinde hakem ücreti kararlaştırılmışsa mesele yoktur. Aksi halde hakemler kendi ücretlerini tayin edemezler. Zira hiç kimse kendi işinin hakimi olamaz. Ancak hakemlerin kendi ücretlerini tayin etmeleri kamu düzenini ilgilendirmedığından bu durum kararın temyizi halinde Yargıtay’ca re’sen gözönünde tutulamaz. Yani taraflardan birinin bu durumu temyiz nedeni yapması gerekir¹²³. Hakem ücretinin sözleşme ile tayin edilmemiş olduğu hallerde, hakemlerin genel hükümler uyarınca¹²⁴ yetkili mahkemelere başvurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödenmesi için dava açmaları gerekecektir.” Bu karar Yargıtay uygulamasına şekil vermiş ve istikrar kazandırmıştır¹²⁵.

Taraflar, hakemlerin kendi ücretlerini tayin edebileceklerine dair sözleşmeye hüküm koymuş olabilirler. KURU’ya göre taraflar hakem ücretinin nasıl hesaplanacağını objektif esaslara göre tespit etmişler, hakemlerin buna göre yapacakları iş sadece bir hesap işleminden ibaret ise hakemler kendi ücretlerini tespit edebilirler. Bu sebeple taraflar müddeabih üzerinden Avukatlık Ücret Tarifelerine göre hakem ücretinin tespitini kararlaştırabilirler. Bu geçerlidir. Fakat ücretin, mahkumunbuh üzerinden aynı tarifeyle göre hesaplanacağını kabulü mümkün değildir¹²⁶.

Fakat Yargıtay böyle bir ayırım yapmadan hakem ücretinin tespitinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin uygulanamayacağına karar vermiştir¹²⁷.

Taraflar hakemlerin kendi ücretlerini tespit edebilecekleri konusunda anlaşıp, tespitte bir azami miktar belirlemişlerse bu miktar aşılmadan hakemlere yapılan ücret

¹²² 8 Temmuz 1964 gün 11748 sayılı R.G. nin 6. sayfası.

¹²³ Taraflardan biri bu hususu temyiz nedeni yaptığında; hakem kararı doğru ise hakem kararı yalnız ücret nedeniyle bozulmamalı ve hakem ücretine ilişkin kısım çıkarılarak hakem kararı düzeltilerek onanmalıdır. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4047) Yargıtay bu doğrultuda kararlar vermiştir. 11. HD. 2.10.1979 T., 3855/4351 sk. (YKD. Y. 1980, 5. 2, s. 245-246).

¹²⁴ ÜSTÜNDAĞ ücret konusunda kanunlarımızdaki boşluğun vekalet akdi hükümlerine göre doldurulması gereğine işaret etmiştir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 796.

¹²⁵ Bu içtihadı birleştirme kararından önce hakemler kendi ücretlerini Avukatlık Ücret Tarifelerini dikkate alarak tespit ediyorlardı, Yargıtay ise buna dokunmamakta idi. Bkz. BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 757.

¹²⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4048.

¹²⁷ Yargıtay T.D. 13.12.1968 T., 2453/6771 (KURU, Baki: a.g.e., s. 4049) Aynı görüşte ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 796.

takdiri geçerli sayılmıştır¹²⁸. Fakat hiçbir objektif ölçü yoksa hakemler kendi ücretlerini tespit edemezler¹²⁹.

Hakemlerin taraflardan yalnız biriyle yaptıkları ücret sözleşmesi geçersizdir. Çünkü hakem ücreti hakem sözleşmesinin bir unsurudur ve hakem sözleşmesi gibi hakemle her iki taraf arasında yapılmalıdır¹³⁰.

Hakem ücreti bir sözleşme ile belirtilmiş değilse, hakemlerin genel mahkemede taraflara karşı bir ücret davası açmaları gerekir¹³¹.

Ücret davasının hakemlerin asıl davayı karara bağlamalarından sonra açılması gerekir. Çünkü hakem ücretinin tayini için getirilen kıstaslar, hakemlerin davayı karara bağlamalarını gerektirmektedir¹³².

Ücret davası müddeabihin miktarına göre genel mahkemede açılmalıdır. Bu davada hakemler (ihtiyari dava arkadaşı) davacılarıdır. Hakemlerde çözümlenen davanın tarafları ya da bir tarafı ücret davasının davalılarıdır. Bunlar müteselsilen hakem ücretinden sorumludurlar¹³³. Dava eda davası niteliğindedir. Çünkü bu hususta tespit davası açmanın hukuki yararı yoktur.

Hakemlerin görevi, kararı vermekle sona erdiğinden hakem kararı Yargıtay'ca bozulsa bile hakemler ücret isteyebilirler¹³⁴.

Haklı neden olmaksızın istifa eden hakem, ücret isteyemez. Azledilen hakem ise kusuru olmaksızın azledilmesi şartıyla, yaptıkları işlemler için ücret isteyebilir.

& 4. TAHKİM USULÜ

Hakemlik özel bir sözleşmeye dayanmakla birlikte; kanunen hakemler de hakimler gibi çekişmeli bir işi çözümleme yetkisini haiz bulunmaktadır. O halde

¹²⁸ Yargıtay 9. HD. 28.6.1965 T. 5538/5703 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4049).

¹²⁹ Yargıtay 11. HD. 1.7.1975 T. 1836/4532 sk. (YKD., Y. 1976, S. 5, s. 683-686).

¹³⁰ Yargıtay HGK. 2.6.1976 T. 4/548-2100 sk. KURU da bu fikri desteklemektedir. Bkz. a.g.e., s. 4050; Hakemler davayı görürken avans da isteyebilirler

¹³¹ Hakemlerin açtıkları ücret davası evrak üzerinden karara bağlanamaz. Mahkeme işin nitelik ve kapsamını gözönünde tutacak, uyuşmazlığı iki tarafın iddia ve savunması doğrultusunda, olayların olağan yürüyüşüne göre çözümleyecektir. Bkz. 15. HD.16.12.1977 T., 1677/2286 sk. (YKD., Y. 1978, S. 12, s. 2010).

¹³² Karşı görüş için Bkz. ÇENBERCİ, Mustafa: a.g.m., (Tahkim Haftası, s.147).

¹³³ ÜSTÜNDAĞ Saim: a.g.e., s. 797.

¹³⁴ Tahkim süresi geçtikten sonra verilen karar bu sebeple bozulursa hakemin ücret isteyebilmesi için sürenin geçirilmesinde kusuru olmaması gerekir. Ayrıca hakkındaki yasağa rağmen hakemlik yapmış olan hakim ücret isteyemez.

hakemin faaliyeti de bir yargı görevinin ifası şeklinde tecelli etmektedir¹³⁵. Bu itibarla hakemler önünde davanın açılması, hakemlerde uygulanacak yargılama usulü, tahkim süresi ve hakem kararı inceleme konusu yapılmak gerekir.

I. HAKEMLER ÖNÜNDE DAVANIN AÇILMASI

Hakemler önünde açılacak dava da asliye hukuk mahkemelerindeki gibi iki nüsha dava dilekçesiyle açılır¹³⁶.

Davanın açıldığı tarihin tespitine gelince;

Hakemlerin tayini taraflara aitse, davacının hakemini seçip, davalıya hakemini seçmesini tebliğ ettiği tarihte dava açılmış sayılır (m. 523).

Hakemleri mahkeme tayin edecekse; hakemlerin tayini için mahkemeye başvurulduğu tarihte dava açılmış sayılır.

Hakemlerin tayini bir üçüncü kişiye aitse; tayin hususunda üçüncü kişiye müracaat edildiği tarihte dava açılmış sayılmalıdır¹³⁷.

İlk bakışta bu düzenlemenin garipliği dikkat çeker. Gerçekten dava (kural olarak) hakemlerin belli olması ve hakem Kurulunun teşekkülünden sonra açılmalıdır. Kanunun bu tarihten daha önceki bir tarihi davanın açılma tarihi olarak kabul etmesi, hakem Kurulunun oluşmasının uzunca bir zaman alması ve bu arada dava sürelerinin kaçırılması ihtimalinin bulunması ve bu durumun sakıncalar doğuracak olmasıdır.

Davanın açılma zamanı konusundaki uygulamayı andıktan sonra hakem Kurulunun oluşması ya da tek hakemin belli edilmesinden sonra davacının hakem Kuruluna ya da tek hakeme (iki nüsha) dilekçe ile davasını açması gerekir. Davacı, hakem Kurulunun ilk toplantısına kadar davasını açmamışsa, hakem Kurulu ilk toplantısında davacıya

¹³⁵ BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 758.

¹³⁶ Aslında davanın açılma şeklini belirten bir hüküm yoktur. HUMK. nun 525/II. maddesi 2. cümlesinde evrak üzerinde inceleme yapılacağı öngörüldüğünden davanın yazılı şekilde açılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak taraflar başka bir şekil de kararlaştırabilirler. (BİLGE, Necip - ERGUN ÖNEN: a.g.e., s. 759); Yargıtay. Usul Kanununun 179. ve Tebligat Kanununun 8.ve 9. maddesindeki yazılı kayıtları ihtiva eden bir dava dilekçesinin varlığını aramaktadır. Bkz. 15. HD. 28.6.1978 T. 1397/1421 sk. (Yasa Y. 1978. S. 10, s. 1783-1784).

¹³⁷ KURU, Baki: a.g.e., s. 4055; Ayrıca KURU ve Berki hakemlerin tahkim sözleşmesinde ismen gösterilmesi halinde hakemlerin işe başlamalarının kendilerine tebliğ edildiği tarihte davanın açılmış sayılacağını belirtmektedirler. (a.g.e., s. 4055); BİLGE Necip -ERGUN Önen: a.g.e., s. 759; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 789.

davasını açması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde dava dilekçesini vermezse davası açılmamış sayılır ve artık m. 523 hükmünden yararlanamaz¹³⁸.

Hakemlerde dava açılmasının bazı sonuçları vardır. Mesela hakemlerde dava açılmasıyla zamanaşımı kesilir. derdestlik hali meydana gelir, davacı davalının rızası olmadıkça hakemlerde açtığı davayı geri alamaz, davayı genişletme yasağı ise uygulanmayabilir¹³⁹.

Dava dilekçesini alan hakemler bir cevap süresi tayin ederek dava dilekçesinin bir nüshasını davalıya tebliğ ederler. Davalının, cevap süresi içerisinde (asliye hukuk mahkemesine verilen bir cevap dilekçesi gibi) cevap dilekçesi vermesi gerekir¹⁴⁰.

Mahkemelerde, vekaleten dava takip etme yetkisinin yalnız avukatlara ait olduğu hallerde, hakemler önünde dava takip yetkisi Baroda yazılı avukatlardadır.

II. HAKEMLERDE UYGULANACAK YARGILAMA USULÜ

Tahkim sözleşmesinde hakemlerin uygulayacakları yargılama usulü tayin edilebilir. Çünkü tahkim tarafların arzu ve iradesine dayanır. Bu halde hakemler tarafların tayin ettikleri bu kuralı uygularlar¹⁴¹.

Taraflar tahkim sözleşmesinde bir yargılama usulünün uygulanacağını kararlaştırmamışlarsa, HUMK. m. 525 devreye girer. Maddeye göre: "Hakemler, hilafına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin ederler." Hakemler bu tayinde tercihlerini HUMK lehinde kullanabilecekleri gibi, başka bir yargılama usulü lehinde de kullanabilirler. Fakat hakemlerin bu noktada dikkat etmeleri gereken husus; her iki tarafa eşit işlem yapmak ve taraflara iddia ve savunma haklarını kullanma imkanı vermek zorunda olmasıdır¹⁴². Şunu belirtelim ki hakemlerin kendi tespit ettikleri yargılama usulüne uymamış olmaları bir bozma sebebi değildir.

¹³⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 4056.

¹³⁹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4057; BİLGE - Necip - ERGUN Öncü: a.g.e., s. 759, BİLGE ve ÖNEN dava açılmasının bir sonucu olarak, davacının davasını değiştiremeyeceğini ve genişletmeyeceğini belirtmişlerse de bu görüşe ihtirazi kayıtlı yaklaşıyoruz.

¹⁴⁰ Davalı esasa cevap süresi içerisinde vereceği cevap dilekçesi ile bir karşılık dava açabilir. Hakemler bu halde asıl dava ile Karşılık davayı birlikte çözüme bağlarlar Karşılık davanın değerlendirilmemesi bozma sebebidir. Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4057.

¹⁴¹ Uygulamak zorundadır diyemiyoruz. Çünkü hakemlerin tarafların kararlaştırdıkları bu usule uymamış olmaları bir temyiz sebebi sayılmamıştır. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4058).

¹⁴² POSTACIOĞLU ve ALANGOYA hakemlerin eşitliği korumak kaydıyla yargılama sırasında bazı usulleri değiştirebileceklerini kabul etmektedirler. POSTACIOĞLU, usule muhalefet, tarafların müdafaa hakkını ihlal edecek mertebeye ulaşırsa ve artık bu muhalefet neticesinde kararın kazai

Yargılama usulü, gerek tahkim sözleşmesinde belirlensin, gerekse hakemlerce belirlensin; iki halde de hakemler bir yargılama usulünün ana ilkelerine uymak zorundadırlar. Yargıtay'ın kimi kararlarıyla, "davalının savunması alınmadan"¹⁴³ verilen karar bozulmuştur. Tahkikatın şeklini, sürelerini, prosedürün uygulandığını gösteren bir tutanak düzenlenmemiş olması da Yargıtay'ca bozmaya konu olmuştur¹⁴⁴. Bir görüşe göre taraflar anlaşarak, usul hukukunun ancak yedek hukuk kaidelerini bertaraf edebilirler. Emredici hukuk kaidelerine hakemler de riayet etmek zorundadırlar¹⁴⁵.

Hakemler (duruşma yapmadan) dosya üzerinde karar verebilirler. Ancak duruşma yapılmasına mani bir hüküm de yoktur¹⁴⁶.

Deliller konusunda kanun, açık hüküm koymuştur. HUMK.'nın 526 maddesine göre: "Deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler hakemler huzurundaki tatbikatta dahi tatbik olunur."

KURU maddedeki atfı tüm olarak anlamakta ve gerek delillerin ispat gücü ve gerekse delillerin incelenmesi hakkındaki HUMK. hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir¹⁴⁷. BİLGE ve Önen'de atfı küll halinde anlayanlardandır¹⁴⁸. Ansay'da bu görüşü savunmaktadır. Postacıoğlu ise hakemlerin uzlaştırmacı niteliklerine değinerek Kanuni delil sistemiyle bağlı olmadıklarını, karşı görüş olarak savunmaktadır¹⁴⁹. Mehaş kanunda kanuni delil sisteminin kabul edilmediğini, ancak bizim usul yasamıza bu ilkenin alındığını belirtirken Postacıoğlu, delil konusunda tarafların anlaşma yapabilecekleri fikrine de yatkındır.

Kanaatimizce madde metninin yorumundan hem delillerin ibrazı hem de incelenmesi konularında atıf yapıldığı sonucuna varılabilir. Yani 20.000 TL'nden fazla

mahiyetteki tasarruf mahiyeti zedelenirse, bu durumun kamu düzeni icabı bozma sebebi yapılması gerektiği kanaatindedir. Bkz. a.g.e.s 798. KORAL, Rabi: 'İç Huk. Tahkim'. a.g.m., s. 1061.

¹⁴³ Yargıtay TD. 8.11.1960 T., 1745/2938 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s 4058)

¹⁴⁴ Yargıtay TD. 4.11.1965 T., 3223/3144 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4059).

¹⁴⁵ BİLGE, Necip: 'Hak. Yar. (Tahkim Haftası, s. 101-102); ÜSTÜNDAĞ ise bu görüşü desteklerken şu açıklamayı da yapıyor: Taraflar usul kanunu hükümlerine riayeti öngörmüşlerse, bağlayıcılık hem emredici, hem yedek hukuk kaideleri bakımındandır Bkz. a.g.e., s. 792.

¹⁴⁶ Hakemler uygulamada ekseriyetle duruşma yapmaktadırlar. Bu halde tüm hakemlerin duruşmada hazır bulunması gerekir. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4059) Taraflar hakem tarafından duruşmaya davet olunur. Taraflardan biri mazeretsiz olarak duruşmada hazır bulunmazsa gıyap hükümleri uygulanmaz, ancak HUMK. m. 409'a göre dosyanın işlemde kaldırılması hükmü de uygulanmaz. (KURU, Baki: a.g.e., s 4060; BİLGE, Necip-ERGÜN, Önen: a.g.e., s. 760).

¹⁴⁷ KURU, Baki a.g.e., s 4060.

¹⁴⁸ BİLGE, Necip - ERGÜN, ÖNEN: a.g.e., s. 761.

hukuki işlemlerin, hakemlerde de tanıkla ispat edilemeyeceği ve kesin delille ispat gerektiği madde metninin lafzi yorumunun sonucudur. Fakat bizim işaret etmek istediğimiz husus, hakemlerin hak ve nesafete göre karar vermesi ilkesi karşısında m. 526 hükmünün ne derece geçerli olduğudur. Çünkü m. 526'nın atfından kanuni delil ilkesinin uygulanması gerektiğini anlıyoruz. Oysa hakemleri kanun delil ilkesiyle bağlı tutmak, onların hak ve nesafete göre karar vermelerini engellemektir. Bu sebeple 526. maddenin amacının, uyuşmazlığı hak ve nesafete göre çözümlemek hususundaki hakem yetkisinin kaldırılması olmadığının kabulü gerekir.

Hakemler m. 527'de sayılı işler için sulh hukuk mahkemesini istinabe ederler. 527. maddeye göre; yemin icrası, şahitlere yemin verilmesi ve şahitlikten kaçınanların dinlenmesi,¹⁵⁰ bir yabancı devlet mahkemesinin istinabesi ve HUMK'nun 322, 323 ve 333. ve sonraki maddelerinde yazılı olan belgelerin ibrazı hususlarında hakemler, Sulh Hukuk Mahkemesinin hukuki yardımına başvururlar.

Bir davada, bilirkişi tarafından istenilen belgelerin tayin edilen kesin mehil içerisinde davalı tarafından ibraz edilmemesi halinde, davanın kabul edileceğine dair bir ara kararı verilmiş, davalı söz konusu belgeleri süresinde ibraz edemeyince de hakem tarafından dava kabul edilmişti. Yargıtay bu kararı; "istenilen evrakın ibrazı için Sulh Hukuk Mahkemesine müracaat edilmesi" gerekirken bundan zühul edilmiş olması sebebiyle bozmuştur¹⁵¹.

HUMK.'muzun 528. maddesine göre; hakemlerin baktıkları bir davada tahkikat sırasında ceza kovuşturmasına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi ileri sürülürse, hakemler ceza (veya hukuk) mahkemesince bu sahtelik hususu hakkında bir karar verilinceye kadar tahkikatı ertelerler. Bu arada tahkim müddeti (otomatikman) durur.

Hakemler *ihtiyati tedbir kararı* veremezler. Hakemlerde görülecek davalara ilişkin ihtiyati tedbir kararını mahkemeler verir. Mahkemeden ihtiyati tedbir kararı aldıktan

¹⁴⁹ POSTACIOĞLU İlhan E: a.g.e., s. 799.

¹⁵⁰ POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 800. Hakemler kendiliklerinden gelen tarafları isticvap edebilirler ve kendiliklerinden gelen şahitleri dinleyebilirler. Fakat bunlar kendiliklerinden gelmezse ihzar yoluna gidemez. (BİLGE, Necip – ERGUN, ÖNEN; a.g.e., s. 761).

¹⁵¹ Yargıtay 11. HD. 23.11.1975 T., 86/336 sk. (YKD., Y. 1977. S. 8, s. 1109).

sonra on gün içinde hakemde dava açılmalıdır, aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı düşer. *İhtiyati haciz kararı* da aynı anlayışla mahkemece verilir¹⁵².

Hakemlerde açılmış davanın üçüncü kişilere ihbarının ve davaya müdahalenin caiz olup olmadığı konusunda tartışma vardır. KURU, BİLGE ve Önen ihbar ve müdahaleyi mümkün görürken¹⁵³; Üstündağ davanın ihbarı kurumunun ve davaya müdahalenin hakem yargılamasında uygulanamayacağını söylemektedir¹⁵⁴.

Adli tatil hükümleri hakemlerde bakılan davalarda uygulanmaz.

III. Tahkim Süresi

Tahkim süresi uyuşmazlığın çözümü için tayin edilen azami süredir. Bu süre, tarafların özgür iradeleriyle, tahkim sözleşmesiyle (veya daha sonra yapılacak bir sözleşme ile) kararlaştırılabilir. Sözleşmede hüküm yoksa, HUMK'nun 529. maddesi gereğince tahkim süresi, altı aydır. Yani taraflar aralarında (altı aydan uzun yahut kısa) bir tahkim süresi kararlaştırmamışlarsa kanuni tahkim süresi olan altı ay içinde hüküm verilmelidir¹⁵⁵.

1. Başlangıcı

Kanunun 529. maddesine göre, “hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeye mecburdurlar.” Maddeyi açmaya çalışırsak:

a) Birden fazla hakemin bulunması halinde tahkim süresi (maddede belirtildiği üzere) hakemlerin ilk toplantılarını yaptıkları tarihte işlemeye başlar İlk toplantının mahiyeti tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılabilir. Bu konuda sözleşmede açıklık yoksa hakemlerin uygulayacakları yargılama usulünü (tahkikatın şeklini ve sürelerini) tespit etmek üzere yaptıkları ilk toplantıdır¹⁵⁶.

b) Hakemin tek kişi olması halinde; tek hakemin içtiması söz konusu olamayacağına göre tahkim süresinin başlangıcı hakemin bazı usul işlemleri için ilk tensip kararını verdiği tarihtir¹⁵⁷.

¹⁵² KURU, Baki: a.g.e., s. 4061; BİLGE, Necip - ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 761; BİLGE ve Önen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları için sulh mahkemesine gidilebileceğini belirtmiştir, (m. 527'e kıyasen); ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 793.

¹⁵³ KURU, Baki: a.g.e., s. 4062; BİLGE, Necip - ERGUN, Önen: a.g.e., s. 761.

¹⁵⁴ ÜSTÜNDAĞ, Saim a.g.e., s. 793.

¹⁵⁵ Tahkim süresinin son günü resmi tatil gününe rastlarsa, tahkim süresi tatili takip eden iş günü mesai saatinin bitimine kadar devam eder. Ayrıca adli tatilde tahkim süresi durmaz, işlemeye devam eder.

¹⁵⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4063; BİLGE, Necip - ERGUN, Önen: a.g.e., s. 762.

¹⁵⁷ Yargıtay TD. 13 11961 T., 2975/1 26 sk. (ABD., Y. 1962. 5. 1, s 92-93); KURU, Baki: a.g.e., s. 4063; BİLGE, Necip - ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 762; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s 791;

2. Uzatılması

A. Taraflar Eliyle

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatabilirler. Burada dikkat edilmesi gereken hususlar; uzatılan sürenin de belirli olması, süre uzatımı konusundaki anlaşmanın da açık ve yazılı olmasıdır¹⁵⁸. Vekilin, tahkim süresinin uzatılması konusunda vekaletnamesinde özel yetki bulunması gerektiği hususu tartışmalıdır. KURU, tahkim süresinin uzatılması için özel yetki bulunması gerektiğini düşünürken, Yargıtay karşı görüştedir¹⁵⁹.

Tahkim süresinin bittiği tarihten sonra, taraflar süreyi uzatmışlarsa; bu aradaki sürede hakem bazı usuli işlemler yapmış olabilir, tahkim süresi uzatılmakla bu işlemlere icazet verilmiş sayılır¹⁶⁰.

B. Hakim Eliyle

Taraflar aralarında süre uzatımı konusunda anlaşamazlarsa, taraflardan birinin süresinde yaptığı talep üzerine, hakim de tahkim süresini uzatabilir. Bu hakim ticaret mahkemelerinde başkan, asliye mahkemelerinde hukuk hakimidir.

Hakemler hakimden tahkim süresinin uzatılmasını isteyemezler¹⁶¹.

Burada önemli olan husus ise, tarafların hakimden tahkim süresinin son gününe kadar (en geç tahkim süresinin son günü), sürenin uzatılması için talepte bulunmaları şartıdır. Eğer tahkim süresi bitmiş ve süre uzatılması istenmemişse artık tahkim sözleşmesi (veya şartı)nın geçerliliği ortadan kalktığından; hakimden istenebilecek bir konu kalmamıştır¹⁶².

Tahkim süresinin uzatılması için, “haklı bir neden” olabilir. (Hakemin reddi için yargılama yapılması gibi). Fakat bu neden süreyi kendiliğinden (otomatikman) uzatacak bir sonuç doğurmaz, sadece sürenin uzatılması için tarafların taleplerinin

POSTACIOĞLU'na göre ise hakem tek kişiye ilk içtimadan anlaşılan tarafların huzuru ile yapılan celsedir (Bkz. a.g.c., s. 797).

¹⁵⁸ KURU, Baki: a.g.c., s. 4064.

¹⁵⁹ Yargıtay T.D., 10.5.1958 T., 728/1288 sk. (ÜSTÜNDAĞ, Saim a.g.c., s. 790).

¹⁶⁰ Yargıtay T.D., 12.5.1959 T., 295/1404 sk. (BİLGE - ÖNEN: a.g.c., s. 763) KURU, Baki: a.g.c., s. 4065

¹⁶¹ Bu imkan münhasıran taraflara aittir. Ayrıca hakemler kendileri bir karar vererek de tahkim süresini uzatamazlar. Yani hakemlerin tahkim süresinin uzatılması konusunda irade talepleri dinlenmez, kararları batıldır. Bkz. Yargıtay 15. HD., 15.4.1977 T., 781/896 sk. (YKD., Y. 1978, S. 9, s. 1525-1526); SEBÜK (Bkz. Tahkim Haftası a.g.m., 73-79) ve KURU'da aynı görüştedir. Bkz. KURU, Baki: a.g.c., s. 4065.

¹⁶² Yargıtay 15. HD. 4.3.1976 T., 5159/920 sk. (YKD., Y. 1979, S. 9, s. 1279-1281).

kabulünde hakimın nazara alacağı (haklı) bir nedendir, Bu sebeple mesela hakemin reddi yargılaması yapılırken tahkim süresi biterse, (ve taraflar tahkim süresi içerisinde bu nedenle bir süre uzatımı istememişlerse) verilen karar Yargıtay'ca bozulur¹⁶³.

Yukarıda değindiğimiz gibi hakimın, taraflardan birinin başvurusu üzerine tahkim süresinin uzatılmasına karar verebilmesi için, bu talebi haklı gösterecek bir nedenin olması gerekir¹⁶⁴.

Tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin değerlendirilmesi tamamen hakime bırakılmıştır. Hakimın bu konudaki (kabul ya da red) kararı temyiz edilemez¹⁶⁵

Taraflar sözleşmeye; sürenin ancak anlaşma ile uzatılacağına ilişkin bir kayıt koyarlarsa, tarafların anlaşmamaları halinde süre sona erer. Bu halde hakimden sürenin uzatılması istenemez¹⁶⁶.

3. Durması

Kanunun 528 maddesine göre; hakemlerin baktıkları bir davada tahkikat esnasında ceza kovuşturmasına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse, hakemlerin ceza (veya hukuk) mahkemesince bu hususta bir karar verilinceye kadar tahkikatı erteleyeceklerine değinmiştik. İşte bu bekleme sırasında tarafların talebi olmaksızın tahkim süresi (otomatikman) durur, işlemez.

KURU'ya göre hakemlerin, kanunun 519. maddesine göre¹⁶⁷ mahkemede tespit davası açması için süre vermeleri (daha doğrusu o davayı bekletici sorun yapmaları) ile, mahkemenin 519. maddeye göre açılan davada vereceği kesinleşmiş kararın, hakemlere ulaşmasına kadar ki geçecek dönemde de tahkim süresinin durması (işlememesi) gerekir¹⁶⁸.

Yargıtay daha önceleri bu görüşü destekler mahiyette kararlar veriyordu¹⁶⁹. Fakat Yargıtay yeni kararlarında m. 519'a göre açılan davaların tahkim süresini

¹⁶³ Bkz. dipnot 160'daki karar. Ancak bu halde taraflar süre bittikten sonra bile anlaşarak süreyi uzatabilirler.

¹⁶⁴ Mesela hakemlerden birinin red, istifa, azil veya ölüm sebebiyle vazifeden ayrılması ya da hakemlerin m. 519'a göre mahkemede açılmış davayı bekletici sorun yapması, haklı bir neden olarak sayılabilir.

¹⁶⁵ 6.6.1956 T., 3/11 s. YIBK. (16 Ağustos 1956 T., 9383 sayılı R.G.).

¹⁶⁶ Yargıtay 15. HD. 4.5.1976 T., 4247/2044 sk. (YKD., Y. 1977, S. 11, s. 1594).

¹⁶⁷ 519. madde aynen: "Bir nizan hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüd eden ihtilaflar mahkemece, seri usulü muhakeme ile hallonulur.

¹⁶⁸ KURU, Baki: a.g.e., s 4070.

¹⁶⁹ Yargıtay TD. 12 3 1959 T., 454/756 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4070).

(otomatikman) durdurmayacağına, ancak, süre uzatımı konusunda haklı bir neden teşkil etmesi sebebiyle mahkemece göz önüne alınacağına hükmetmiştir¹⁷⁰.

Kanımızca; Yargıtay'ın kararında 519. madde gereğince mahkemeye başvurulması halinde; (528. maddede -sahtelik iddiası- olduğu gibi) sürenin işlemeyeceğine dair açık kayıt bulunmaması ve bu sebeple tahkim süresinin durmayacağı gerekçesi yer aldığından ve fakat böyle bir açık hüküm bulunmasa bile hakemin konumunun her iki madde uygulamasında da aynı olduğu nazara alınarak bu dönemde sürenin durduğunun kabulü gerekir. Hatta; 528. madde gereğince mahkemeye gidildiğinde uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur, fakat 519. madde gereğince mahkemenin yapacağı tahkikat ile o konunun hakemde görülüp görülemeyeceğine karar verilecektir. Hakemin durumu açısından bakarsak; hakem, 519. madde gereğince yargılama yapılırken, hiç bir konuya el süremezken; 528. madde gereğince yargılama yapılırken (süre durmasa idi) sahtelik iddiasının dışındaki bazı tür konularla ilgili tahkikat yapabilecekti. Bu sebeple 519. madde gereğince tahkim süresinin belki evveliyatla durması gerekir.

4. Süre Geçtikten Sonra Karar Verilmesi

Tahkim süresi geçtikten sonra hakemlerin yaptıkları işlemler batıldır. Tahkim süresi içinde dava sonuçlandırılmazsa artık davanın yetkili ve görevli mahkemede görülmesi gerekir¹⁷¹.

İleride göreceğimiz gibi tahkim süresi geçtikten sonra karar verilmiş olması (m. 533/1) gereğince bir bozma sebebidir.

IV. HAKEM KARARI

Hakemler hakimler gibi (yaptıkları yargılama sonunda) karar verirler. Hakem kararının özelliklerine bakacak olursak:

1. Hakemler Adalet ve Nesafet Esaslarına Göre Karar Verirler.

Türk Hukukunda hakemlerin esas itibariyle maddi hukuk (ezcümle BK. MK. TK.) kurallarına bir hakim gibi uyararak karar vermeleri zorunluluğu yoktur¹⁷². Hatta tahkim

¹⁷⁰ Yargıtay 15. HD. 16.2.1976 T., 3947/617 sk. (YKD., Y. 1976, S. 8, s. 1192).

¹⁷¹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4072; ÜSTÜNDAĞ, Saim a.g.e., s. 790; POSTACIOĞLU, İlhan E: a.g.e., s. 804. BİLGE, Necip - ERGUN, Önen: a.g.e., s. 766; KORAL, Rabi iç Huk. Tahkim", a.g.m., 5 1074-1075).

¹⁷² KURU, Baki: a.g.e., s. 4073; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 794; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 764; POSTACIOĞLU, İlhan E: a.g.e., s. 800; BİLGE, Necip: "Hak. Kar. Uyg. (Tahkim Haftası, s. 106); KORAL, Rabi: "İç Huk. Tahkim", a.g.m., s. 1061: Fakat doktrinin bu ilkeye karşı getirdikleri cleştiriler vardır. Yargıtay uygulamasına ise değineceğiz.

sözleşmesinde hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar verecekleri yazılı olsa bile¹⁷³, hakemlerin buna uymamış olmaları, bir bozma sebebi olarak sayılmamıştır (m. 533). Yargıtay'ın bir kararına göz atalım.

“Tarafların, hakemlerin mer’i kanunlar dairesinde karar vereceklerini şart koşmadıkları tebeyyün eylemesine ve Türk Hukuku’nda hakemlerin mer’i hukuk kaidelerine uyarak nizamı çözmek mecburiyetinde olmayıp kanundan ziyade adalet ve nesafet esasları dairesinde karar vermeğe yetkili bulunmalarına binaen yerinde olmayan ve usulün 533. maddesine hasren tayin edilen tadat ve sebeplerden hiçbirisine uymayan temyiz itirazlarının reddiyle usul hükümlerine uygun olan hakem kararının tasdikine karar verildi¹⁷⁴.”

Kararın ilk cümlesinin mefhumu muhalifinden sanki taraflar hakemleri maddi hukukla karar vermek zorunda tutsalardı ve hakemler buna rağmen adalet ve nesafete göre karar verselerdi, bu kararın bozulacağı anlamı çıkmaktadır¹⁷⁵.

Acaba Yargıtay bu kararını, müesseseye yeni bir yorum getirmek için özel bir kasıtle mı vermiştir?

Bu karardan daha sonraki tarihli bir kararında Yargıtay 15 HD.¹⁷⁶ tarafların maddi hukuka göre karar verileceğini kararlaştırmalarına rağmen kararın maddi hukuka uygun olup olmadığını incelememiştir.

Fakat 15. HD. daha yeni tarihli bir kararında¹⁷⁷ aynen:

“... taraflar ister tahkimnamede ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gerekli hukuk kurallarını ve yargılama usulünü tespit ve tayin yetkisine sahiptir. ... tahkim sözleşmesinde taraflarca karşılaştırılan maddi hukuka uymak koşulunun hem

¹⁷³ Sebük ve ÜSTÜNDAĞ’a göre tarafların hakemleri maddi hukuk ile bağladıkları hallerde hakemlerin buna uyması yerinde olur. Çünkü tarafların maddi hukukla bağlı olmasına rağmen buna aykırı olarak verdikleri karar HMUK. m. 533/3 gereği bozulabilecektir. Bkz. Sebük, M. Tahir: “Hakem, Hakem - bil.” (Tahkim Haftası, s. 63); ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 795). BİLGE ve ÖNEN ise neredeyse hakemlerin maddi hukuka uygun karar vereceklerini ve sözleşmede kararlaştırılması şartına bağlı olarak adalet ve nesafet kurallarının uygulanabileceğini söyler. “Sözleşmede uygulanacak hukuk kuralları bakımından bir şart yoksa ve tarafların hal ve şarta göre mefruz iradelerinden (mesela hukukçu olmayan ve mevzuata vakıf olmayan kişilerin seçilmesi adalet ve nesafete göre karar verilmesini istemektir diyor) bir sonuç alınamıyorsa hakemlerin mevcut mevzuata göre karar vermeleri uygun olur. Aksi halde hakemlerin keyfi hareketlerine engel olunamaz.” (BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 762; Ayrıca BİLGE, Necip: “Hak. Kar (Tahkim Haftası, s. 81-108).

¹⁷⁴ Yargıtay 3. HD. 31.3.1961 T., 1215/2321 sk. (İBD., Y. 1961. S. 5-7. s. 202).

¹⁷⁵ KURU, bu kararın mefhumu muhalifinin memnuniyet verici bir gelişme olduğunu kaydetmiştir.

¹⁷⁶ Yargıtay 15. HD 28 12.1973 T., 379/425 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4074).

tarafları hem de hakemleri bağlayacağı kuşkusuzdur.... Yapılan uygulamada hakemlerin iddia ve savunmaların değerlendirilmesi konusunda gerek usul hükümlerini gerekse maddi hukuk hükümlerinin dışına çıkarak hüküm kurdukları görülmüştür. ... O halde hakem Kurulunun gerek Türk Maddi Hukukunu gerekse usul kanununu uygulamamak suretiyle¹⁷⁸ yetkileri dahilinde olmayan konuda karar vermiş olmaları... karşısında temyize konu karar HUMK'nun 533/3 ... hükmünce bozulmalıdır.” denilmiştir.

Bundan sonra diyebiliriz ki artık taraflar tahkim yargılamasının maddi hukuk kurallarına göre yapılacağı hususunda anlaşmışlarsa hakemler bu kurallara uygun karar vermek zorundadırlar. Aksi halde karar m. 533/3 gereğince¹⁷⁹ bozulur.

2. Hakem Kararının içeriği

HUMK. m. 530 hakem kararının içeriği¹⁸⁰ belirlemiştir. Buna göre hakem kararında aşağıdaki hususların bulunması gerekir:

- a) Uyuşmazlığın neden ibaret olduğu,
- b) Maddi ve hukuki esbabı mucibe (gerekçe)yi,
- c) Davanın esası (ve yargılama masrafı) hakkındaki karar ile yargılama masrafının miktarı¹⁸¹.

Yukarıda sayılan hususları içermeyen hakem kararı (533. madde de sayılmamış olsa bile) Yargıtay'ca bozulur.

Hakem kararının altına, verilme tarihi yazıldıktan sonra karar hakemler tarafından imza olunur. Hakem kararına tahkimname de eklenir (m. 530).

3. Oyçokluğu İle Karar Verilir

531. madde gereğince “hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir.”

¹⁷⁷ Yargıtay 15 HD 156 1989 T.. 1023/2841 sk. (YKD, Y. 1989. S. 9 s. 1298-1301).

¹⁷⁸ Olayda taraflar arasında bir ek sözleşme yapılmış ve sözleşmeye göre HUMK. hükümlerine göre ve Türk Maddi Hukuk kuralları uyarınca uyuşmazlığın, hakemde çözümleneceği kararlaştırılmıştır.

¹⁷⁹ 533/3'e göre: Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan bir meseleye karar vermeleri bir temyiz sebebi.

¹⁸⁰ Bir hakem kararının Yargıtay'ca bozulmaması için iki tarafın iddia ve savunmalarının tamamını karşılaması ve kendilerinden talep edilmemiş birşey hakkında karar verilmemiş olması gerekir. Bu hususlar hakem kararının içeriği ile ilişkilidir.

¹⁸¹ Ücreti vekalet yargılama masraflarına dahildir. Hakem kararında karar ve ilam harcına hükmedilemez. Yargılama gideri konusunda sözleşmede hüküm yoksa davada haksız çıkan tarafa bu masraflar yükletilir. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4077).

Madde gereğince hakemler kararlarını oy çokluğu ile verebilirler. Fakat hakemlerin toplantılarını hep birlikte yapmamaları (ekseriyetle yapmaları) bozmayı gerektirmiştir¹⁸².

Uygulama incelendiğinde hakemlerin tamamının, kararın verildiği toplantıda hazır bulunması gerekli ve yeterli gömülmüş, böyle bir toplantı sonunda verilen ve fakat hakemlerden birinin muhalif kaldığı karar¹⁸³ "ekseriyetle ittihaz edilen bir karar" sayılarak bozulmamıştır¹⁸⁴.

Geçerli olarak yapılan bir toplantıdan sonra verilen kararı hakemlerden birinin imzalamaması kararın geçerliliğini etkilemez¹⁸⁵.

Acaba tahkim sözleşmesine hakemlerin oybirliği ile karar vermelerini öngören bir hüküm konabilir mi?

Uygulamada konmuş ve 4. HD. ilgili kararı bozmuştur. Olayda tahkim sözleşmesine hakemlerin kararlarını oybirliği ile verecekleri aksi halde uyuşmazlığın İstanbul mahkemelerinde görüleceğine ilişkin bir hüküm konmuştur. Yargıtay, 531. madde hükmünü emredici nitelikte görmüş ve oybirliğinin, bir tarafın haksızlığının tespiti veya yararlarının halele uğratılabilmesinin ön koşulu olduğunu belirterek, hakem sözleşmesinin bütünüyle geçersiz olduğunu ve kararın m. 533/3 gereğince bozulması gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁸⁶.

Bu hükmü Karayalçın gibi KURU'da eleştirmiştir. KURU böyle bir tahkim sözleşmesinin geçersiz sayılamayacağını; çünkü hakemlerin, (tarafların iradesi gibi) oybirliği ile karar vermeleri halinde bu kararın geçerli olacağını, oybirliği sağlanamamışsa, kararın süresinde verilmeyen hakem kararı sayılması gerektiğine işaret etmiştir.

¹⁸² Yargıtay T.D. 16.12.1958 T., 2396/3065 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4077) karar eski bir karar olmasına rağmen kanun hükümleri karşısında cüretkardır. 533. maddede böyle bir temyiz sebebi öngörülmemesine ve bu sebebin 533. maddede sayılan sebeplerle telifi güç olmasına rağmen Yargıtay "bu şekilde bir karar addine usul hükümlerinin müsait olmadığı" gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yüksek mahkeme aynı anlayış ile - bizce daha mühim konularda - yeni kararlar vermektedir. Bu durum tahkim müessesesinin gelişmesi açısından önemlidir.

¹⁸³ Muhalif hakemin muhalefet şerhini hakem kararına eklemesi HUMK gereğince zorunlu değildir. Muhalif hakemin muhalefet şerhini doğruca hakem kararının tevdi edildiği mahkemeye verebileceği de kabul edilmektedir.

¹⁸⁴ Örnek Yargıtay kararları için Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4077-4081.

¹⁸⁵ Yargıtay TD. 3.7.1972 T., 1949/3316 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4078).

¹⁸⁶ Yargıtay 4. HD. 4.10.1973 T., 15806/8615 sk.; Bu kararın eleştirisi için Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: "Tahkim sözleşmesinde oybirliği kaydı" (YD. 1979/3, s. 629-634) (KURU, Baki: a.g.e., s. 4081); ÜSTÜNDAĞ da Yargıtay gibi, oybirliği kaydı taşıyan hakem sözleşmelerini geçersiz saymaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü hususunda, taraflar ile hakemler bir hakem sözleşmesi yaparlar. Hakemler hakemliği kabul ederken oybirliği şartını görmüş ve icabı bu haliyle kabul etmişlerdir. Zaten tahkim sözleşmesine böyle bir şartın konması da işin ve uyuşmazlığın nazik bir mahiyeti olduğunu akla getirebilir. O halde Yüksek Mahkemenin öngördüğü sakıncaların doğup doğmadığının, her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Böyle bir tahkim sözleşmesini bütünüyle hükümsüz sayarak oybirliği ile karar almak isteyen tarafların, bu ihtiyaç ve iradelerini hiçe saymak; belki “bir tarafın haksızlığının tespiti veya yararlarının halele uğratılabilmesi ihtimalinin doğurduğu sakıncadan daha büyük sakıncalar doğurabilir. Bu yüzden olayın somut veri ve mahiyetine göre bu durumun tartışılması gerekir.

Fakat yukarıdaki olayda kararın (sözleşmede oybirliği kaydı bulunduğundan değil de) tahkim sözleşmesinden tarafların tahkim iradelerinin, açık ve kesin olarak anlaşılmaması sebebiyle bozulabileceği kanısındayız. Çünkü uyuşmazlık tahkim yoluyla çözümlenemezse İstanbul Mahkemelerinde çözümlenecektir.

Daha önce değindiğimiz başka bir konuyla ilgili şu soruyu sormak istiyoruz. Taraflar iki ya da dört (gibi çift sayıda) hakem seçileceğini kararlaştırmışlarsa ve hakemler karar konusunda ekseriyeti sağlayamamışlarsa ne olacaktır? İki hakemin kararı yazıp imzaladığını ve diğer iki hakemin imzalamadığını farz edersek önce 531. madde gereğince ortada muteber bir karar olmadığını tespit ederiz. Kanaatimizce bu halde taraflar anlaşarak, söz konusu düğüm çözümlmelidir. Taraflar arasında bu konuda anlaşma sağlanamamışsa, taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemenin anlaşmazlığı gidereceği (genel tahkim hükümlerine kıyasen) kabul edilebilir.

Hakemlerin yargılama süresince verdiği ara kararları hakkında genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Ara kararın verilmesi, tebliği, ara karara itiraz usulü, itirazın incelenmesi ve sonuçlandırılması, ara kararından dönme, ara kararları ile taraflara yükümlülük verilmesi ve müeyyidesi vs., gibi konularda usul kanunumuzun genel hükümleri, tahkim müessesesinin mahiyeti elverdiğince uygulanabilmelidir¹⁸⁷.

Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 795.

¹⁸⁷

Hakemlerin yargılama usulü seçimine dair kararı da bir ara karardır. Bu sebeple hakemlerin seçtiği yargılama usulüne itiraz edilecekse bu esaslara göre değerlendirilmelidir. Ara kararı ile hakem davadan

4. İhtiyati Tedbirin Kalkması

Hakemlerde görülen bir dava ile ilgili olarak mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilmişse hakem kararının verilmesi (ve davacıya tebliğ edilmesi) ile ihtiyati tedbir kararı (kendiliğinden) kalkar. Davacı, bunu önlemek için ihtiyati tedbir kararı veren mahkemeden, ihtiyati tedbirin devamına ilişkin bir karar almalıdır¹⁸⁸.

5. Hakemler Verdikleri Kararı Değiştiremez

Tahkim müessesesinin sözleşme kaynaklı olmasına rağmen hakemlerin yargılama yaptıklarına ve verdikleri kararın (akdi değil), artık kazai (yargısal) bir nitelik taşıdığına değinmiştik. Bu sebeple mahkeme kararları gibi hakemler de verdikleri kararlarla bağlıdırlar ve kararın yanlış olduğu kanısına varsalar bile davayı tekrar ele alıp yeni (ve başka) bir karar veremezler¹⁸⁹.

6. Hakem Kararının Mahkeme Kalemine Tevdi Edilmesi ve Tebliği

HUMK. nun 532. maddesi 1. fıkrası 1. cümlesine göre hakemler, hakkında karar verdikleri o uyuşmazlık (kendilerinde çözülmeseydi) hangi yetkili ve görevli mahkemede çözülecek idi ise o mahkeme kalemine, kararı verirler¹⁹⁰ (tevdi ederler).

Hakemler altı aylık kanuni (yada sözleşmede tayin edilen veyahut talep üzerine uzatılan) tahkim süresi içinde karar verecektir. Acaba yine bu süre içerisinde mi, karar ve dosya mahkeme kalemine verilecektir?

Hakemlerin kararının ve dosyanın mahkeme kalemine tevdi edilmesi için belli bir süre yoktur¹⁹¹. Yargıtay'a göre kararın mahkeme kalemine geç tevdii edilmesi süresinde verilen kararın m. 533/1.¹⁹² gereğince bozulmasını gerektirmez¹⁹³.

Bir başka olayda davalı vekili temyiz dilekçesinde hakem kararının, kararın altına yazılıp imzalanan tarihte verilmediğini iddia etmişti. Ayrıca sunduğu belgelerden bu hususun doğru olduğu anlaşılmış ve hakem kararının m. 533/1 gereğince bozulmasına karar verilmiştir¹⁹⁴.

clini çekmediği için ara kararının temyizi kabil değildir.

¹⁸⁸ KURU, Baki a.g.e., s. 4081

¹⁸⁹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4081.

¹⁹⁰ Kaleme tevdi edilen, sadece karar metninin yazılı olduğu kağıt değil, kararın verildiği dava dosyasıdır. Çünkü Yargıtay bu dosya üzerinde inceleme yapacaktır.

¹⁹¹ KURU, Baki: a.g.e., s. 4082; BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s 765.

¹⁹² 533/1 gereğince "Tahkim müddetinin bitiminden sonra karar verilmiş olması" bir bozma sebebidir.

¹⁹³ Yargıtay TD. 30.1.1959 T., 171/296 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4082).

¹⁹⁴ Yargıtay TD. 18.5.1972 T., 1684/2514 sk. (KURU, Baki: a.g.e. s. 4083).

Kanunun 530. maddesi “Hakem kararı zirine tarihi itası yazıldıktan sonra hakemler tarafından imza olunur.” dese de bazen hakemler tahkim süresi geçtikten sonra karar vermelerine rağmen, kararlarına tahkim süresi içerisindeki bir tarihi koyabilmektedirler. KURU, bu sebeple hakemlerin, kararlarını tahkim süresi içinde mahkeme kalemine tevdi etmek zorunda olduklarını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁵.

Kanaatimizce mevzuat karşısında hakemlerin kararlarını tahkim süresi içinde mahkemeye vermelerinin şart olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat tahkim müessesesinin amacına ulaşabilmesi için maddi ve şekli prosedürün en çabuk şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinden hakemleri, kararlarını tahkim süresi içinde mahkeme kalemine tevdi etmek zorunda bırakacak bir düzenlemenin yapılması gerekir. Bu halde sürenin bitimini, resmi bir makam olan mahkeme kalemi tespit edip zapt altına almalı ve artık bu konudaki itirazlar dinlenmemelidir. Böyle bir düzenlemeyle hakemler de ataletten kurtulup uyuşmazlığı daha çabuk çözümleyecek, verilen kararın yazdırılması imzalanması ve götürüp kaleme tevdi edilmesi hususundaki savsaklamanın önüne geçilebilecektir.

Mahkeme kalemine tevdi edilen hakem kararı, mahkeme kalemince evrak mahzeninde saklanır ve isteyen tarafa bir sureti (fotokopisi) verilir (m.532).

Hakem kararını alan mahkeme; karar ve dosya üzerinde herhangi bir inceleme ve işlem yapmadan,¹⁹⁶ durumu (yani hakemlerin kararlarını kaleme tevdi ettiklerini) ve kararın bir suretini taraflara tebliğ etmekle yetinir.

Hakem kararı iki taraf için ancak yukarıdaki şekilde mahkemece tebliğ edildiği tarihte varsayılır (m. 533). Kanunun bu ifadesi, temyiz süresinin bu tebliğden itibaren başlayacağı şeklinde anlaşılmaktadır¹⁹⁷.

Hakem kararının mahkeme eliyle tebliğ edileceğine ilişkin HUMK. nun 532. maddesinin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç şudur: Hakemlerin kararlarını (mahkeme kalemine tevdi edecek yerde) doğrudan doğruya posta yoluyla (ya da elden) tebliğ vermeleri geçersizdir. Bu durum kararın taraflar için m. 532 anlamında “mevcut

¹⁹⁵ KURU, bunu destekleyen 192 nolu dipnottaki Yargıtay görüşüne katılmaktadır Bkz. a.g.e.

¹⁹⁶ Mesela mahkeme, kararın süresi geçtikten sonra verildiğini ya da imza eksikliğini anlasa bile, kararı kabul etmekten ya da tebliğ göndermekten kaçınmaz Çünkü henüz Yargıtay temyiz üzerine dosyayı incelememiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD.15.1.1975 T., 4233/1 32 sk. (YKD. Y. 1977. S. 11, s. 1570).

¹⁹⁷ KURU, Baki: a.g.e., s. 4085; KORAL, Rabi “İç Huk. Tahkim” a.g.m, s 1079; BİLGE, Necip

addolunması"nı sağlamaz ve temyiz süresini başlatmaz, çünkü henüz tarafların temyiz hakları doğmamıştır¹⁹⁸.

7. Hakem Kararıyla İlgili Diğer Hükümler

a) Zamanaşımı: Hakem kararı yargısal bir nitelik taşıdığından mahkeme ilamları gibi on yıl geçmekle zamanaşımına¹⁹⁹ uğrar. On yıllık süre kararın (mahkeme kalemine tevdi edildiği ya da taraflara tebliğ edildiği tarihte değil) verildiği tarihten itibaren işlemeye başlar²⁰⁰.

b) Hakem kararları temyiz edilebilir.

c) Hakem kararı Yargıtay'ca onanırsa kesinleşir. Ayrıca süresi içinde temyiz yoluna başvurulmamışsa karar yine kesinleşir. Ancak bu halde hakem kararı mahkeme başkanı ya da hakimince tasdik olunur.

d) Hakem kararları ancak kesinleştikten sonra icra edilebilir.

e) Kesinleşen hakem kararları "maddi alanda kesin hüküm" teşkil eder. Aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan yeni bir davada ise kesin delildir.

Şimdi, (b), (c) ve (d) şıklarında zikrettiğimiz hususları incelemeye geçebiliriz.

& 5. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

I. KANUN YOLLARI KONUSUNDA AÇIKLAMA²⁰¹

Mahkeme veya hakem tarafından davaya son veren hükmün, davayla ilgili olaylar, ispat konusunda verilen belgeler ve uygulanan kanun hükümleri yönünden doğru olup olmadığının bir defa daha incelenmesi, inanç, güven ve tarafların yararları yönünden bir zorunluluktur. İşte bu nedenle usul hukukumuzda, kanun yolları adı altında kurallar konulması gerekmiştir.

Kanun yolları; temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın iadesidir. Hükümlerin tavrı, kanun yollarından sayılmamaktadır²⁰².

ERGÜN ÖNEN: a.g.e., s. 765.

¹⁹⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 4085; Ayrıca Bkz. Yargıtay 4. HD. 30.12 1975 t 10026/12981 sk. (YKD., Y. 1976, S. 12, s. 1660-1661).

¹⁹⁹ Zamanaşımına uğrama konusunda geniş bilgi için Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 2177 vd.

²⁰⁰ Yargıtay İBK., 11.4.1940 T. (9 Eylül 1940 günlü R.G.) Ayrıca TD. 103 1952 T 7392/1344 sk. (BİLGE, Necip – ERGÜN, Önen: a.g.e., s. 765); KURU, Baki: a.g.e., s.4086; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 800.

²⁰¹ OLGAC, Sezai: "Hakem Kararlarına karşı Kanun Yolları" (Tahkim Haftası: s. 181).

²⁰² ANSAY ve KURU hükümlerin tavrının kanun yollarına ait babın bir farkı olarak gösterilmesini tenkit etmektedirler: ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara 1960, s.390. Ancak biz

Kanun yolları ancak davaya son veren (nihai) kararlar yönünden tanınmıştır. Ara kararları aleyhine kanun yoluna başvurulamaz²⁰³.

Kanun yolları da adi ve fevkalade kanun yolu olarak ikiye ayrılır. Nihai bir kararın kesinleşmesine engel olan (temyiz, karar düzeltme gibi) kanun yolları adi nitelikte iken; kesinleşen hükümler aleyhine gidilen (yargılamanın iadesi gibi) kanun yolu fevkalade kanun yolu sayılmıştır.

II. HAKEM KARARLARINA KARŞI TEMYİZ YOLUNA BAŞVURULMASI

Hakem kararları temyizi kabil kararlardır. Bu sebeple tarafların karar henüz verilmeden temyizden (ve yargılamanın iadesinden) feragat etmeleri mümkün değildir.

Miktar veya değeri on milyon lirayı geçmeyen menkul mal ve alacak davalarına ilişkin kararlar nihai karar oldukları için temyizi kabil değildir (m. 427/II). Bu kural hakem kararları için de geçerlidir²⁰⁴.

Hakem kararlarının temyizen incelenme yeri Yargıtay'dır. Hakemlerin gördüğü dava mahkemede açılrsa ve karara bağlansaydı o davaya Yargıtay'ın hangi dairesi bakacak idiyse; hakem kararı da o daire tarafından incelenir.

Ancak, Yargıtay'ın hakem kararlarını temyiz mercii olarak incelemesinin (yani 533. maddenin) Anayasanın 139/2. maddesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür²⁰⁵. Fakat genel olarak müellifler yorum yoluyla Anayasaya uygunluğu tespit ederken Yüksek Mahkeme uygulaması da tereddüde mahal bırakmamaktadır.

1. Temyiz Sebepleri

HUMK. hakem kararlarının ancak 533. ²⁰⁶ madde de yazılı sebeplerden birinin varlığı halinde temyizen bozulacağını hükme bağlamıştır²⁰⁷. Fakat Yargıtay bu maddede

hakem kararlarının tazyihini bu başlıkta inceledik.

²⁰³ Bazı ara kararları aleyhine aynı mahkemeye itiraz yetkisi tanınmıştır. Ancak bu itiraz kanun yolu değildir. itiraz ceza usulünde ise, bir kanun yolu sayılmıştır.

²⁰⁴ KURU, Baki: a.g.e., s. 4087.

²⁰⁵ Gerçekten OLGAC, Anayasanın 139. maddesine göre Yargıtay'ın adliye mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenme mercii olduğunu ve hakemlerin bir adliye mahkemesi olmadığını iddia etmiş ve bu iddia ilk kez ortaya atıldığından biraz şaşkınlık biraz da hayretle karşılanmıştır. Bu sebeple bu tazyiğ ve tartışmalar kayda değer. Bkz. OLGAC, Sezai: "Hak. Kar. "(Tahkim Haftası, s. 170-197).

²⁰⁶ Doktrinde 533. madde çok fazla işlenmiş ve incelenmiştir. Bizce de tahkim müessesesinin gelişebilmesini temin hususunda bu maddenin (yani Yargıtay incelemesinin) çok büyük önemi vardır.

sayılmayan sebepleri de (m. 533/3 muhtevasında değerlendirerek) temyiz incelemesinde nazara almaktadır.

Burada 533. madde gereğince öngörülen temyiz sebepleri incelenecek, bilahare daha başka sebeplerle de hakem hükmünün bozulup bozulamayacağı incelenecektir.

A. Tahkim Süresi Geçtikten Sonra Karar Verilmiş Olması (m. 533/1)

Hakemlerin tahkim süresi geçtikten sonra karar vermiş olmaları bir özellik arzeden temyiz sebebidir.

Yargıtay hakem kararlarını incelerken ilk içtima tarihini tespit etmekte ve tahkim süresi içinde karar verilip verilmediğini araştırmaktadır. Tahkim süresi içinde (altı ay ya da sözleşmede belirtilen yahut uzatılan sürede) karar verilemem iş ise işin esasına girmeden, kararı m. 533/1. gereğince bozmaktadır.

Tahkim süresi uzatılmışsa, uzatılan süre içinde verilen karar, tahkim süresi içinde verilmiş sayılır ve m. 533/1 gereğince bozulamaz.

529. madde hükmü gereği, tahkim süresinde uyuşmazlığın çözülmesi kamu düzenine ilişkin bir husustur. Bu sebeple tahkim süresi geçtikten sonra verilen karar Yargıtay’ca (tarafardan birinin temyiz dilekçesinde ileri sürmüş olması şartı aranmaksızın) re’sen ve sadece bu nedenle bozulur²⁰⁸.

Hakem kararının tahkim süresi içinde verilmemesi durumunda Devlet mahkemelerinin görev ve yetkisi avdet eder. Eski hakemler davaya bakamayacakları gibi yeniden hakem seçimine gidilemez²⁰⁹.

Bu halde davacı Yargıtay’ın bozma kararını tebellüğünden itibaren on gün içinde görevli ve yetkili mahkemede davasını açmışsa; açılan bu dava, hakemlerde açılan

Belki de bizde tahkimin inkişaf etmemesinin sebebi bu maddenin düzenleniş şeklidir. Temyiz konusunda Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4087-4100; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 802-808; BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 765-769; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 1073-1076; OLGAÇ, Sezai: ‘Hak. Kar (Tahkim Haftası, s. 179-197); Karafakih, İsmail Hakkı: ‘Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu’, ABD., 5. 90-91, s. 2-9; Başaklar, Emin: ‘Devletin Taraf Olduğu Hakem Davalarında Yargıtay İncelemesi’, ABD., Y. 1971, S. 5, s. 625-627; Kayalar, Mazlum: ‘Hakem Kararlarının Temyizinde Resen Bozma ve Düzeltmek Onama’, ABD

²⁰⁷ 1970’li yıllardaki yeni HUMK tasarısının 702. maddesi hakem kararlarının temyizen incelenmesi için yeni ve değişik sebepler öngörmüş ama kanunlaşamamıştı Bkz. OLGAÇ, Sezai (Tahkim Haftası, s. 191).

²⁰⁸ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 798; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s. 806; KURU, Baki: a.g.e., s. 4088

²⁰⁹ KURU, Baki. a.g.e., s. 767; POSTACIOĞLU İlhan E: a.g.e., s. 806; Karşı görüş: BİLGE, Necip – Ergun ÖNEN: a.g.e., s. 767; BİLGE ve ÖNEN bu halde tekrar tahkim sözleşmesi yapılabileceği

(ilk) davanın devamı niteliğinde sayılır (m. 193'e kıyasen). Bu on gün içinde mahkemede dava açılmaz ise hakemde açılan dava da açılmamış sayılır ve hakemlerde dava açılması ile meydana gelen zamanaşımı kesilmesi hükümsüz hale gelir²¹⁰.

B. Hakemlerin Talep Edilmemiş Bir şey Hakkında Karar Vermiş Olmaları

533/2. madde gereğince hakemlerin talep edilmemiş bir şey hakkında karar vermeleri bozma sebebidir. Bu bend hakemlerin de Usul Kanunu'nun 74. maddesiyle bağlı olduklarını göstermektedir²¹¹.

Buradaki bozma sebeplerine örnek verecek olursak:

Dava dilekçesinde faiz talebi yer almamasına rağmen, hakemin faize hükmetmesi²¹², talepten fazla miktara hükmedilmiş olması²¹³, malın aynen teslimi davasında bedele hükmedilmesi²¹⁴ bu paragrafta incelenebilir.

C. Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Olmayan Bir Meselede Karar Vermiş Olmaları

HUMK'nun 533/3. maddesine göre "hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meselelerde karar vermeleri" bir bozma sebebidir²¹⁵.

Burada salahiyetten anlaşılması gereken yer itibariyle salahiyet değil, madde itibariyle salahiyet, yani "görev"dir. Bu sebeple hakemler görevleri dahilinde olmayan meselelerde karar veremezler²¹⁶. Bu benddeki bozma sebeplerine örnek verecek olursak:

Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi olmamasına rağmen, hakemlerin davayı çözerek karara bağlaması²¹⁷, tahkim sözleşmesinin kapsamına girmeyen bir konuda karar verilmesi; şirketin feshi davasında fesih ile beraber bir de tasfiye memuru tayinine

kanısındadırlar. KARAFAKİH, İsmail Hakkı: a.g.m., s. 54.

²¹⁰ KURU, Baki: a.g.e., s. 4089.

²¹¹ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 798.

²¹² Yargıtay 15. HD. 6.12.1973 T., 277/317 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4089).

²¹³ Yargıtay T.D. 14.6.1971 T., 1899/4585 sk. (ABD., Y 1971, S. 5. s. 630-631).

²¹⁴ Yargıtay HGK. kararında anılan (11 H.D.) kararı: HGK. 19.12.1973 T., 711/1212 sk. (İBD. Y. 1975, S. 3-4, s. 351-352).

²¹⁵ KORAL 533. maddenin 2. ve 3. bendlerinin aslında aynı konuyu başka bir açıdan düzenlediklerini ve bu sebeple bu iki bendi tek bend saymak gerektiğini düşünmektedir. Bkz. "İç Huk. Tahkim" a.g.m., s. 1075-1076; karafakih ise müesseseyi tanımlarken "hakemlerin tahkimnamenin mefhumu dışında karar verdikleri takdirde salahiyetlerini tecavüz etmiş olurlar" demektedir. Mesela tediyeinin tarzını tayine

²¹⁶ KURU, Baki: a.g.e., s.40; Yargıtay bu bent hükmünü geniş yorumlamaya çalışmaktadır.

²¹⁷ Yargıtay 4 HD 25.3 1971 T., 2152/2829 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 401).

karar verilmesi²¹⁸ hakemlik yapması şarta bağlanan bir kişinin şart gerçekleşmemesine rağmen hakem olarak karar vermesi²¹⁹ sayılabilir.

Ayrıca tahkim yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı bazı uyuşmazlıklarda hakemin karar vermesi de bu madde bendi gereğince bozulur²²⁰. Bu sebeple boşanma, nesep, iflas gibi davalarda verilen hakem kararları bozulur²²¹.

Hakemlerin yetkisiz olduğuna dair, davalının tahkim itirazında bulunabileceğine dair inceleme daha önce yapıldığından burada tafsilata lüzum görmüyoruz.

D. Hakemlerin İki Tarafın İddialarının Her biri Hakkında Karar Vermemiş Olmaları

Bu temyiz sebebi de 533/4. maddede düzenlenmiştir.

Buna göre hakemler iki tarafın iddialarından her birini kararlarında karşılayacaklardır. Aksi halde karar bozulur. Örnek verecek olursak:

Dava dilekçesinde faiz istendiği halde, bu konuda hiç karar verilmemesi²²² davalının açtığı karşılık davanın karara bağlanmaması²²³ davalının savunması alınmadan karar verilmesi²²⁴, cezai şart talebinin incelenmemesi gibi hususlar sayılabilir.

Dikkat edilirse 533/2 ve 533/4. maddeler birbirinin zıddı gibidir²²⁵.

2. Kanun, Temyiz Sebeplerini Tahdidi Olarak Saymıştır

HUMK'nun 533. maddesinin 1. cümlesi aynen:

‘Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur’ şeklindedir. Metindeki ‘ancak’ kelimesinden bu sebeplerin tahdidi olarak sayıldığı anlamı çıkarılmaktadır²²⁶. Zaten Yargıtay bu bentlerde sayılmayan bir aykırılığı, kararın

²¹⁸ Yargıtay TD. 83 1958 T. 370/659 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4091).

²¹⁹ Yargıtay TD. 24.2.1959 T.. 2954/594 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4091).

²²⁰ Bkz. m. 518: Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.

²²¹ BİLGE, Necip – ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 767.

²²² Yargıtay 11. HD. 11.4.1974 T., 737/1315 sk. (YKD, Y. 1975, S. 11, s. 62-63).

²²³ Yargıtay T.D. 28.10.1958 T., 1917/2571 sk. (KURU Baki: a.g.e., s. 4093).

²²⁴ Yargıtay TD. 1.12.1960 T. li kararı (ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 789).

²²⁵ KORAL, bu durumu eleştirmiştir. Ancak bizce bu eleştiri de gerekçesi açısından cerhedilebilir.

²²⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4093; Koral, Rabi: “İç Huk. Tahkim” a.g.m., s. 1063-1064; BİLGE, Necip – Ergun, ÖNEN: a.g.e., s. 767-768.

bozulmasını gerektirecek kadar ağır nitelikli gördüğünde bu bentlerden birine (özelikle 3. bende) dahil ederek kararı bozmaktadır²²⁷.

3. Yargıtay'ca Kabul Edilen Başka Temyiz Sebepleri

Yukarıdan beri ara örneklerle izah etmeye çalıştığımız gibi Yargıtay aşağıda derlenen hallerin, hakem kararları için bozma sebebi teşkil edeceğine karar vermiştir²²⁸.

a) Hakemlerin bir yargılama usulünün ana ilkelerine uymamış olmaları bozma sebebidir. Bu sebep incelenirken 'bir tarafın savunmasının alınmamış olması gelişmelerin tutanakla zabtedilmesi gibi örnekler zikredilmektedir. Buna karşılık hakemlerin tarafların ya da kendisinin tayin ettiği yargılama usulüne aykırı hareket etmeleri temyiz sebebi sayılmamaktadır.

b) Hakem kararı m. 530'da sayılan²²⁹ hususları içermese (m. 533'te açıkça zikredilmemesine rağmen) karar bozulur.

c) Hakemlerin kararlarında kendilerine hakem ücreti tayin etmiş olmaları temyiz sebebidir.

d) Hakimlerin (ve savcılarının) hakemlik yapmış olmaları temyiz sebebidir. Bu sebep ileri sürülmesine de Yargıtay re'sen nazara almaktadır.

e) Tarafların (veya vekillerinin) kendi işlerinde hakemlik yapmış olmaları da bir bozma sebebidir.

f) Yargılamanın iadesi için öngörülen bütün sebepler evleviyetle temyiz sebebidir.

g) Tahkim sözleşmesinde, hakemlerin maddi hukuk kurallarıyla bağlı olduğu kabul edilmesine rağmen bu kurallara uymadan verilen hakem kararları (artık) bozulmaktadır.

²²⁷ Yargıtay önceleri bu maddelerin tahdidiliği kuralına sıkı sıkıya bağlı idi. Bu suretle tarafların iradelerine ve hatta kanunun amir hükümlerine aykırılıktan ötürü hakem kararlarının temyiz edilemeyeceği sonucuna varılıyordu. Böylece esas ve usul bakımından taraflara tanınan irade serbestliği tamamen mücyyidesiz hale geliyordu. Bu durum doktrinde tenkit edildiği gibi Yargıtay da görüşünü yumuşatmak cihetine gitmiştir (BİLGE - ÖNEN: a.g.e., s. 768) Yargıtay'ın ilk önceleri mevcut uygulamasıyla ilgili kararları için Bkz. KURU, Baki: a.g.e., s. 4093-4095.

²²⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 4095-4096; Fakat bu sebeplerin bile 533. maddedeki 4 bendden birinin bünyesine dahil edildiğini belirtmeliyiz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 800. BİLGE ve ÖNEN'de benzer sebeplerde uzlaşmaktadırlar.

²²⁹ Bkz. Hakem kararının içeriği.

4. Temyiz Yoluna Başvuru Şekli

Bu konuda kanunda bir açıklık yoktur. Fakat genel olarak asliye hukuk mahkemesi kararlarının temyizine dair hükümler uygulanmaktadır.

A. Temyiz Dilekçesinin İçeriği

Hakem kararlarını temyiz eden dilekçelerin de, asliye hukuk mahkemesi kararlarını temyiz eden dilekçede bulunması gereken muhteviyata sahip olmaları gerekir (m. 435)

B. Temyiz Süresi

Hakem kararlarına karşı onbeş gün içinde temyiz yoluna gidilebilir. Hiç işlenmemiş olmakla beraber, tahkim sözleşmesinde temyiz süresi belirlenmişse, bu sürenin kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Üçüncü bölümde bu konuya başka bir vesileyle tekrar değineceğiz. Süre kararın taraflara tebliği gününden başlar. Ancak temyiz süresi adli tatilde de işler.

C. Dilekçenin Tevdii

Temyiz dilekçesi hakem kararının tevdi edildiği mahkemeye verilir. Temyiz dilekçesi karşı tarafa mahkeme eliyle tebliğ edilir ve karşı tarafın “katılma yolu ile temyiz” hakkı vardır²³⁰.

5. Temyiz incelemeesi

Hakem kararını temyizen inceleyen Yargıtay dairesi kamu düzenine ilişkin olmayan hususlarda, tarafların temyiz ve temyize cevap dilekçelerinde bildirmiş olduğu temyiz sebepleri ile bağlıdır. Yargıtay kamu düzenine ilişkin olmayan bazı temyiz sebeplerini resen fark etse bile, taraflardan birinin o hususu temyiz sebebi yapmamış olması, hakem kararının bozulmasını engeller²³¹.

Buna karşılık kamu düzenine ilişkin temyiz sebepleri taraflarca ayrıca ileri sürülmemiş olsa bile Yargıtay tarafından resen gözetilir. Tahkim süresine ilişkin temyiz sebepleri bu sebeplerden biridir.

6. Yargıtay Kararı

Yargıtay mahkeme kararlarının incelemesinde olduğu gibi üç şekilde karar verebilir.

²³⁰ KURU, Baki: a.g.e., s. 4097.

A. Bozma Kararı

Yukarıdaki sebeplerden dolayı Yargıtay bir hakem kararını bozabilir. Ancak eğer karar 533/1. madde gereğince, tahkim süresi geçtikten sonra hüküm verilmesi sebebiyle bozarsa davaya bir daha hakemlerde bakılamaz. Artık dava yetkili ve görevli mahkemede görülecektir. Bu 533. maddenin son cümlesinin mefhumu muhalifinden çıkan bir sonuçtur²³². Eğer karar 533.maddenin 2, 3 ve 4. bentlerine göre bozulursa hakemler yeniden seçilir, yeni bir tahkim süresi tayin edilir ve tahkim prosedürü yeniden işlemeye başlar (m 533/son).

Yargıtay'ın bozma kararından sonra eski hakemler yeniden seçilebilir. Ancak bu hakemlerin yeniden seçilmeden davayı inceleyip karara bağlamaları yolsuzdur²³³.

Yargıtay'ın bozma kararına karşı gerek eski hakemlerin gerek yeniden seçilen hakemlerin direnme hakkı olmadığı kabul edilmektedir²³⁴.

Hakem kararının, bozma kararının kapsamı dışında kalan kısımları, bozma lehine olan taraf için usuli müktesep hak teşkil eder. Bu nedenle yeniden seçilen hakemler bozma kararının kapsamı dışına çıkamazlar, bozma kararı çerçevesinde inceleme yapıp karar verirler²³⁵.

Bozma kararı sonrasında yeniden hakemlerde görülen dava, eski davanın devamı niteliğindedir. Bu sebeple eski davanın açılması ile meydana gelen zamanaşımı kesilmesi hükmü devam eder, faiz ilk dava tarihine göre hesap edilir²³⁶.

B. Düzelterek Onama Kararı

Yargıtay hakem kararını bozacak yerde düzelterek onamaya ilişkin m. 438. hükmüne göre hakem kararını düzelterek onayabilir. Mesela talepten fazlaya hüküm verildiği için bozulabilecek bir karar, fazla kısım çıkartılıp düzeltilerek onanabilir. Faiz

²³¹ Yargıtay TD. 14.6.1971 T., 1899/4585 sk. (ABD., Y. 1971, S. 5, s. 630-631).

²³² BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s 767; KURU Baki: a.g.e., s. 4099.

²³³ KURU, Baki: a.g.e., s. 4099.

²³⁴ Yargıtay HGK. 19.12.1973 T., 711/1212 sk. (IBD., Y. 1975, S. 3-4, s. 351), Bilge Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 768; Olgaç'ın bildirdiği usul yasası tasarısı da direnme hakkını kabul etmemiştir: Bkz. OLGAC, Sezai: (Tahkim Haftası, s. 192); ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 802.

²³⁵ KURU, Baki: a.g.e., s. 4100; POSTACIOĞLU, İlhan E.: a.g.e., s 804, ÜSTÜNDAĞ'a göre bozma, hakemin tarafsız olmaması veya ehliyetsizliği gibi bir sebebe dayanmış olsa idi yeni seçilen hakemlerin bozmanın şümülünü aşarak davadaki bütün meseleleri karara bağlaması gerekirdi. Bkz. TD. 26.4.1955 T., 954/3064 sk. (ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 802), Daha sonra ÜSTÜNDAĞ'ın bu görüşünü destekleyen bir İBK'da verilmiştir. 23.10.1972 T., 2/12 s. İBK. (18 Aralık 1972 gün, 14395 s. R.G.) BİLGE, Necip- ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 768.

istenmediği halde faize hükmedilmesi halinde bozulabilecek bir karar, faiz kısmı çıkartılarak onanabilir, KURU'ya göre bu tahkimin amacı olan çabukluk ilkesine uygun düşeceği gibi usul ekonomisine de uygundur. Ayrıca yeni seçilen hakemlerin direnme kabiliyeti olmadığından Yargıtay bu yetkisini kullanırken geniş bir alana sahiptir.

C. Onama Kararı

Yargıtay usul ve kanuna uygun bulduğu hakem kararını onaylar. Bazen kararın usule ya da kanuna aykırı olduğu belli bile olsa, bu durumun gerek temyiz sebebi olarak öngörülmemesi, gerekse tarafların ileri sürmemesi sebebiyle bozulmayıp onandığı görülmektedir. Bu konular yukarıda etraflıca incelenmeye çalışıldığı için burada sadece değinmekle iktifa ediyoruz.

Hakem kararı onandığında kesinleşir. Çünkü Yargıtay'ın onama kararına karşı, karar düzeltme yoluna gidilemez.

III. KARAR DÜZELTME

1711 sayılı kanundan önceki metinde açıkça müsaade edici bir hüküm bulunmamakla beraber, yasaklayıcı bir hükümde bulunmadığı için, hakem kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yolunun caiz olduğu ve bu hususta müddeabih miktarının nazara alınmayacağı görüşü kabul edilmekte idi. Ancak 1711 sayılı kanun HUMK.'nın 440.maddesini "Hakemlerin verdiği hükümlerin ve bu kanunun tahkim hükümlerine göre mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlar hakkında karar düzeltilmesi yoluna gidilemez" şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle hakem kararları bakımından karar düzelme yolu artık kapalı bulunmaktadır²³⁷.

IV. YARGILAMANIN İADESİ

Kanun hakem kararları aleyhine yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceğini açıkça belirtmiştir. Bu sebeple kesinleşmiş hakem kararlarına karşı m. 534'ün açık atfına göre m. 445-454 hükümleri gereğince yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.

Doktrinimizde yargılamanın iadesi konusunda tartışılan hususlar şunlardır. Acaba yargılamanın iadesi gerekip gerekmeyeceğini hangi mercii inceleyecektir. Yani

²³⁶ KURU, Baki: a.g.e., s. 4100: geniş bilgi için Bkz. KAYALAR, Mazlum: a.g.m., s. 627-632.

²³⁷ Bilge, Necip – ERGUN, ÖNEN: a.g.e., s. 769.

yargılamanın iadesi talebi nereye yapılacaktır? Bir başka husus yargılamanın iadesi talebi kabul edilirse davanın esası hangi mercii tarafından görülecektir?

Bu konuda HUMK.'da bir açıklık yoktur.

KURU²³⁸, BİLGE-Önen²³⁹ ve Olgaç'a²⁴⁰ göre yargılamanın iadesi talebi mahkemeye yapılacak, talebin kabulü halinde işin esası hakemlerde görülecektir. Karafakih, burada da mahkeme kararlarına karşı iade-i muhakeme usulünün aynısının tatbik edileceğini belirtmiş; Koral ve Üstündağ bir açıklamada bulunmamışlardır. Postacıoğlu mevzuatımızdaki boşluğu tenkit etmiş ancak boşluğun nasıl doldurulacağını belirtmemiştir. Belgesay ise hem yargılamanın iadesi talebinin, hem de esas hakkındaki işin mahkemelerde çözümleneceğini savunmaktadır.

Yargıtay ise önceleri²⁴¹ yargılamanın iadesi talebinin hakemlerde görüleceği (ve işin esasının da hakemlerde çözümleneceği) kanaatinde iken daha yeni tarihli bir kararında²⁴² yargılamanın iadesi talebinin mahkemede çözümleneceğine ve bu talep kabul edilirse işin esasının yine hakemlerde görüleceğine karar vermiştir. Biz de Yargıtay'ın bu son görüşünün doğru olduğu kanısındayız.

V. HAKEM KARARLARININ TAVZİHİ

HUMK. m. 455-459 hükümlerine göre hakem kararlarının tavzihi istenebilir. Tavzih yetkisi (456. maddeye kıyasen) tahkim süresi içinde, kararı vermiş olan hakemlere aittir. Tahkim süresi geçtikten sonra hakemlerin kararlarını tavzih etme yetkileri yoktur. Bu dönemde karar kendisine tevdi edilen mahkeme, hakemleri de dinlemek suretiyle hakem kararını (icrasına kadar) tavzih edebilir²⁴³. Tavzih bir kanun yolu olmamakla beraber bu paragraf altında incelenmiştir.

²³⁸ KURU, Baki: a.g.e., s. 4102-4103.

²³⁹ BİLGE, Necip – ERGUN, Önen: a.g.e., s. 770.

²⁴⁰ OLGAÇ, Tahkim Haftasında sunduğu tebliğde tüm görüşleri saymış ve kendi değerlendirmesine geçmiştir. Bu sebeple tafsilat için Bkz. (Tahkim Haftası, s., 193-195).

²⁴¹ Yargıtay TD. 3.7.1934 T., 3314 sk.: Olgaç; Erkuyumcu ve Arısoy'ın Yargıtay'ın bu görüşünü destekler nitelikte görüş bildirdiklerine dikkat çeker.

²⁴² Yargıtay 15. HD. 2.7.1981 T., 1255/1565 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4103).

²⁴³ KURU, Baki: a.g.e., s. 4103.

& 6. HAKEM KARARLARININ İCRASI

Hakem kararlarının icra edilebilmesi için m. 536 gereğince kesinleşmesi şarttır.

Hakem kararı temyizden incelendikten sonra Yargıtay'ca onanırsa kesinleşir. Dosya mahkemeye intikal ettiğinde onanmış karara kesinleşme şerhi verilir ve icrası, madden ve şeklen mümkün hale gelir²⁴⁴.

Hakem kararı süresinde temyiz edilmediği için Yargıtay'dan geçmeden kesinleşirse, kararın icraya konabilmesi için mahkeme başkanı veya hakimi tarafından tasdik edilmesi gerekir²⁴⁵.

Bu tasdik sadece süresi geçtiği için, kararın kesinleştiğini belirten bir şerh değildir aynı zamanda usule, şekle ve kamu düzenine uygunluğu bakımından hakem kararına kesin hüküm niteliği veren ve hakem kararını icra edilebilir bir ilam haline getiren, yargısal bir karardır. Bu sebeple mahkeme başkanının veya hakiminin hakem kararının tasdikine ilişkin kararına karşı usule, şekle ve kamu düzenine aykırılığı sebebiyle temyiz yoluna gidilebilmektedir.

HGK, tasdik kararının keyfiyetini açıklamış ve "HUMK.'unda aksine bir sarahat ve delalet bulunmadığına göre mahkeme başkanının tasdik kararı aleyhine usule, şekle ve amme intizamına aykırılık bakımından temyiz yoluna gidilebileceğine" karar vermiştir²⁴⁶.

536. madde gereğince tasdik kararı temyiz edildiğinde Yargıtay tasdik kararının kamu düzenine, usule ve şekle aykırı olup olmadığını inceleyecektir.

Yargıtay, tasdik kararını bozarsa mahkeme tasdik kararında direnebilir²⁴⁷.

Mahkeme hakem kararını 536. madde gereğince tasdik ettikten sonra, yanlış tasdik ettiğinden bahisle bu tasdik kararından dönemez. Bu yanlışlık ancak temyiz edilirse Yargıtay tarafından düzeltilebilir.

²⁴⁴ İMREGÜN, Oğuz: "Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü" (Tahkim Haftası, s. 163-173).

²⁴⁵ KURU, Baki: a.g.e., s. 4109; ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 806; BİLGE, Necip - ERGUN Önen: a.g.e., s. 771; Temyiz süresi geçmesine rağmen temyiz edilmediği için kesinleşen böyle bir karar için, mahkemece tasdik kararı verilmesi zorunlu hale gelmektedir. Yani mahkeme kararda usule, kanuna ya da maddi hukuka aykırılık görse bile tasdik kararı vermekten kaçınmamalıdır. ÜSTÜNDAĞ karşı görüştedir. (Bkz. a.g.e., s. 805).

²⁴⁶ HGK. 7.11.1951 T.. 126/109 sk. (ABD. Y. 1952. S. 101-102. s. 58-60).

²⁴⁷ Tasdik kararının Yargıtay'ca bozulması üzerine mahkemece direnilmezse ya da direnme talebi de reddedilirse icra edilemez mahiyette bir hakem kararıyla karşı karşıya gelineceği kanısındayız. Bu durumun doğuracağı müşküllat ise ortadadır.

Süresinde temyiz edilmediği için kesinleşen hakem kararı ancak mahkemenin tasdik kararının kesinleşmesinden sonra icra edilebilir. Böyle bir tasdik kararı olmadan hakem kararı icraya konamaz²⁴⁸.

& 7. TAHKİM USULUNUN UYGULANMASI

I. TELİF MECBURİYETİ

İdari sözleşmeler ve tahkim usulü hakkında ayrı ayrı geniş bilgiler sunduktan sonra şimdi sıra bu iki müessesesinin nasıl telif edileceğinin, yani idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulünün nasıl uygulanacağını incelenmesine gelmiş bulunmaktadır.

Gerçekten idari sözleşmeler; idarenin idare hukukuna tabi sözleşmeleri idi. İdari sözleşmeler kavramının doktrin ve içtihatla işlenerek yüksek seviyede bir açıklık ve netliğe kavuşturulması aynı zamanda idare hukuku ile (bir özel hukuk müessesesi olan) sözleşmenin telif edilmesi anlamını taşıyordu. Artık, idare hukuku tek yanlı tasarruflar hukukudur, bu sebeple idarenin sözleşme yapması mümkün değildir şeklinde tek bir iddianın bile, ileri sürülmemesi, bahsettiğimiz telifin başarılmış olmasındandır.

Uyuşmazlıkların çözümü ise klasik anlamda yargı gücünün yetkisi dahilindedir ve devletin bağımsız mahkemelerince yerine getirilir. Fakat geniş olarak izah etmeye çalıştığımız tahkim usulü ile bağımsız devlet mahkemelerinin tekelindeki bu yetki (bir özel hukuk müessesesi olan) sözleşme ile özel, üçüncü ve hiçbir resmi sıfatı bulunmayan kişilere devredilmektedir. Burada da aslında devletin üzerine aldığı bir yetkinin sözleşme ile devletten alınması ve özel kişilere bırakılması şeklinde gelişen mantık; kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlık çözümü ile, (bir özel hukuk müessesesi olan) 'sözleşme'nin telif edilmeye çalışıldığının alametidir.

Peki idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulü nasıl uygulanacaktır? Yani idari sözleşme müessesesiyle tahkim müessesesi nasıl bağdaştırılacaktır? İlk bakışta her ikisinin de sözleşme temeline oturması sebebiyle telifin kolay olabileceği düşünülebilir. Fakat kolay görülen bir şeyin başarılabilmesi her zaman için mümkün müdür?

²⁴⁸ Yargıtay 12. HD. 4.10.1979 T., 7100/7605 sk. (KURU, Baki: a.g.e., s. 4107).

II. HUKUKUMUZDA İDARİ SÖZLEŞMELERDE TAHKİM UYGULAMASI

1. Sorunun Ortaya Konması

Acaba Türk mevzuat ve uygulamasında idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulünün uygulanabilirliği kabul edilmiş midir?

Bu soruya cevap ararken şu konuları hatırlatmayı gerekli görüyoruz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzda tahkim müessesesi düzenlenmemiştir. Ancak 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı kanun, 08.06.2000 tarih ve 4577 sayılı kanun ile 2575, 2576, 2577 sayılı kanunlarda yapılan değişiklikler neticesinde tahkim kavramı İdari Yargılama alanına girmiştir. Tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun 516-536. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 518. madde hükmüne göre "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez. Türk doktrini bu maddeyi incelerken tahkim usulünün medeni hukuk uyuşmazlıklarının bir kısmında, yani tarafların üzerinde serbestçe tasarrufa yetkili oldukları davalarda uygulanabileceğini; buna karşılık idari yargıda, ceza yargısında ve çekişmesiz yargıda tahkimin cereyan edemeyeceğini sözbirliği etmişçesine belirtmektedirler. Ardından da uygulamada idari sözleşmelere konan tahkim şartının geçerli sayıldığını belirterek Danıştay'ın 1961 tarihli bir kararına atıf yapmaktadırlar.

Peki Danıştay'ın bu kararından çıkarılabilecek ne gibi sonuçlar vardır? İdari sözleşmelere konan tahkim şartının "geçerli" sayılması, tahkim usulünün uygulandığı idari uyuşmazlıkta HUMK.'nın 516-536. maddelerinin aynen uygulanmasını gerekli kılar mı? Yoksa İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (kasten ya da unutma sonucu) düzenlenmeyen ve adı geçen kanunun 31. maddesi gereği HUMK'daki uygulamaya atıf da yapılmayan tahkim usulü idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanırken. idare hukukunun ilkeleri ve mahiyetiyle telif edilmek suretiyle yeni ve değişik bir mahiyete mi bürünecektir? Yoksa İYUK hükümleri karşısında, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim, uygulanamayacak mıdır? Acaba bu soruların cevabını söz konusu Danıştay kararının içeriğinden çıkarmak imkan dahilinde midir?

2. Danıştay'ın Görüşü

Sorunu ortaya koyduktan sona Danıştay kararını²⁴⁹ incelemeye geçebiliriz.

Danıştay önüne gelen olayda davacı, tasfiye halinde bulunan Cenup Demiryolları İşletme Anonim Şirkettir. Davalı ise Ulaştırma Bakanlığı'dır.

Dava: Davacı şirket, 2285 sayılı kanunla verilen mezuniyete dayanarak Nafia Vekaleti ile bir sözleşme yapmış, sözleşmenin 6. maddesi gereğince Türkiye'de yapılacak beher tren kilometrik için 18.5 kilo Türk kömürü kullanılmakla mükellef tutulmuştur. 1940 yılına kadar serbest piyasadan gerekli kömürü sağlayan şirket 1939 senesinden itibaren kömür tevziinin Hükümet eliyle yapılmasını öngören düzenlemeden sonra Türk kömürü tedarikinde müşkülata düşmüştür. Şirket, Hükümetten gerekli kömürün bir kısmını almıştır. İşletmenin idaresi için gerekli fazla kömürü ise Bağdat -Suriye işletme idaresinden ithal etmek konusunda Hükümetten izin almış ve ithale başlamıştır. Doğacak borç, bilahare verilecek Türk kömürü ile kapatılacaktır. Şirketin bu aşamada sıkıntıya düştüğünü gören Münakalat Vekaleti (Ulaştırma Bakanlığı) yetkili makam ve mercilerle temasa geçerek 1944 senesinden itibaren şirkete 12 bin ton kömür verilmesi lazım geldiğini tespit etmiş, ayrıca şirketin Suriye'den ithal ettiği kömürlerin gümrük resminden muafiyetinin sağlanması için gerekli mevzuat çalışmasının yapıldığını beyan ederek şirketin faaliyetine devam etmesini istemiştir. Ulaştırma Bakanlığının söz konusu tespitine rağmen 1.6.1941 tarihinden 31.12.1947 tarihine kadar şirketin ihtiyacı olan Türk kömürü verilmediğinden 60.991.153 tonluk kömür, Bağdat-Suriye işletme idaresinden ithal edilmiştir. İthal sırasında da fiyat farkı olarak 675.075 Lira; muafiyet konusunda gerekli mevzuat hazırlığının yapıldığının söylenmesine rağmen gümrük resmi olarak 158.238,62 Lira ödenmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin davacı tarafından yapılan yorumuna göre Türk kömürünü tedarik etmek Türk Hükümetine ait bir yükümlülüktür. Hükümet de birçok işlemleriyle böyle bir yükümlülük altında olduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple hükümetin yükümlülüklerine riayetsizliği sebebiyle Suriye'den ithal edilen kömürlerin fiyat farkından doğan 675.075 Liranın ve gümrük resmi olarak ödenen 158.238,62 Liranın toplamı olan

²⁴⁹

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 24.11.1961 T., 1958/667 E., 1961/526 K. sayılı kararı (Yasama ve Yargı Dergisi, Kasım 1962, S. 8, s. idare Rejim 93-96).

833.311,62 Liranın faiz masraf ve ücret vekaletle birlikte tahsili talebiyle dava (sözleşmenin 16. maddesi hükmüne göre hakemlerde) açılmıştır.

Çünkü sözleşmenin 6 maddesine göre sözleşmenin uygulanmasından çıkacak uyuşmazlıklar Hakem Heyetinde halledilecektir.

Taraflar hakemlerini seçmişler; şirket 21.3.1952 tarihli dava dilekçesiyle hakemlerde davasını açmıştır. Hakem işin esasına dair karar vermeden 6 aylık tahkim süresi dolmuş; Ankara Ticaret Mahkemesinden tahkim süresinin uzatılması talep edilmiş ancak talep reddedilmiştir. Tahkim süresinin uzatılması talebine ilişkin mahkemenin verdiği karar, temyizi kabil bir karar olmadığı halde temyiz edilmiş ve temyiz talebi bu sebeple reddedilmiştir. Karar düzeltme talebi de bilahare reddedilmiş ve buna ilişkin karar 5.12.1958 tarihinde şirkete tebliğ edilmiş ve bunun üzerine Danıştay'da dava açılmıştır.

Savunma: Davalı kurum, usule ve esasa ilişkin itirazda bulunmuştur. Biz burada sadece usule ilişkin itirazı alacağız Çünkü esasa ilişkin itiraz konumuzla pek alakalı değildir.

Davalı idare, 7.1 1949 tarihinde taraflar arasında bir ibra anlaşması yapıldığını, bilahare şirketin Bakanlığa, Türk kömürü verilmemesi sebebiyle zarara uğradığını iddia ve Suriye'den ödünç alınan kömürlere karşılık kömür verilmesine dair talebini içeren 2.3.1950 ve 22.3.1951 tarihli müracaatları olduğunu, ancak bu taleplerin Bakanlıkça 14.3.1950 ve 3.7.1951 tarihli yazılarla reddedildiğini; dolayısıyla davacı şirketin 7.11 .1949 tarihinden önceki faaliyeti döneminde zarara muttali olduğunu; ayrıca zararın tazmini taleplerinin en son 13.7.1951 tarihinde reddedildiğini, dolayısıyla zarara muttali olunan tarihle; hakemlerde, idari dava açılan tarih olan 21 .3.1953 tarihi arasında 90 günlük idari dava açma süresinin geçirildiğini, dolayısıyla davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Kanun sözcüsü de 90 günlük sürenin geçirildiği sonucuna (bizce pek hukuki olmayan) bir gerekçe ile varmıştır. Ayrıca kanun sözcüsü, sözleşmenin 6. maddesinden; Hükümetin, şirkete kömür temini hususunda bir mükellefiyeti olduğu sonucu çıkarılamayacağını da (haklı olarak) düşünmekte ve davacının bu iddiasını çürütmektedir.

inceleme ve Karar

Danıştay önce sözleşmedeki tahkim şartını ve görevli olup olmadığını değerlendirmekte, hakem heyetine yapılan müracaatın sonuç vermediğini ve bu sebeple HUMK m. 519 (529 olmalı) gereğince davanın uyuşmazlığı görmeye yetkili ve görevli

mahkemede çözümleneceğini tespit etmektedir. Danıştay Kanunu'nun 23/B. maddesi gereğince umumi hizmetlerden birini ifa maksadıyla akdedilen mukavelelerden dolayı akitler arasında çıkacak ihtilafların hallinin Danıştay'a ait olduğu ve ihtilafın bu tür bir sözleşmeden kaynaklandığı gerçeği karşısında işin tetkikinin kendi görev alanında bulunduğuna karar vermiştir.

Bilahare Danıştay'da açılacak davaların; her nevi muamele ve kararların ilgiliye tebliğinden itibaren 90 günlük süre içinde açılması gereğine değinmiş ve şöyle demiştir. "İdari Mukavelelerden doğan ihtilafların halli de Danıştay'a ait olduğu cihetle bu davalar, gerek doğrudan doğruya Danıştay'da açılmış, gerek mevzuatında hususi hüküm bulunması sebebiyle Hakem heyetinde açılın 90 günlük idari dava süresi içinde açılması iktiza eder. Hadisede olduğu gibi mukavelelerinde ihtilafların Hakem marifetiyle halledileceği yazılı olup da "Hakeme müracaat için süre tespit edilmeyen hallerde"²⁵⁰, 90 günlük idari dava süresinin cereyan etmeyeceğini kabul etmek; bu gibi ihtilaflarla, mukavelelerinde hakeme müracaat hakkında bir hüküm bulunmadığından dolayı doğrudan doğruya Danıştay'da açılan davaların farklı nitelikte olduğunu kabul etmek neticesini doğurur ki bu da Kanun Koyucunun maksadına aykırı düşer."

Danıştay daha sonra şirketin dava açma süresinin hangi tarihte başladığını tespit etmek yoluna gitmiştir. Bu sebeple davacının zarara muttali olduğu tarihi araştırmış ve bu tarihin, şirketin Bakanlığa 13.7.1951 tarihli son müracaatına verilen red cevabını tebellüğ ettiği tarih olan 8.8.1951 tarihi olduğunu tespit etmiştir. O halde davacı 8.8.1951 tarihinden itibaren 90 günlük süre içinde hakemlerde davasının açmak zorundadır. Ancak davacı 21.3.1952 tarihinde hakemde davasını açtığından 90 günlük idari dava süresinin geçirilmesi sebebiyle dava hakkının sakıt olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Danıştay şu tespiti de yapmıştır. "İşin hakem heyetince tetkiki sırasında, süre aşımı (hak düşümü olmalı) olup olmadığı tetkik edilmeden işin esasının incelenmesi için layiha teati edilmesi, süre aşımı (hak düşümü olmalı) sebebiyle sukut eden dava hakkının ihyasına vesile olamaz. Bu sebeplerle tetkik kabiliyeti bulunmayan davanın süre aşımı (hak düşümü olmalı)

²⁵⁰

Bu cümlelerin mefhumu muhalifinden tahkim sözleşmesinde hakeme müracaat için kanuni 90 (şimdi 60) günlük süreden daha uzun ya da kısa bir sürenin Kararlaştırılabileceği, böyle bir süre Kararlaştırılmamış ise 90 (şimdi 60) günlük kanuni süre içinde hakeme müracaat etmek (davayı açmak) zorunluluğunun kabul edildiği sonucunu çıkarıyoruz.

bakımından oy çokluğu ile reddine...” Görüldüğü gibi Danıştay kararında tahkim usulünün nasıl uygulanacağına ilişkin pek fazla bir ipucu yoktur.

3. Doktrinin Görüşü

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü hususunda tahkim şartının geçerli sayılmasında doktrinin dayanak aldığı Danıştay kararı bu şekilde incelendikten sonra KURU’nun bu konudaki Danıştay kararına göre şekillenen kanaatini buraya almayı uygun görüyoruz.

KURU: “Tahkim, sadece çekişmeli (medeni) yargıya giren uyuşmazlıklar (davalar) için mümkündür. Ceza yargısında, idari yargıda ve hatta çekişmesiz yargıda tahkim mümkün (caiz) değildir” dedikten sonra idari yargı konusunda aşağıdaki dipnotu düşmüştür.

“Kamımca idari yargıya giren uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Fakat uygulamada, idari sözleşmelere (Bkz. İYUK m. 1 .c.) konulan tahkim şartı geçerli sayılmakta ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için idari mahkemeler yerine, hakemlerde dava açılmaktadır. Bu halde hakemlerde açılacak davanın süresi de idari davalarda olduğu gibi (Bkz. İYUK m. 7) altmış gündür. Hakemlerin, kendilerine açılan böyle bir davada altmış günlük dava açma süresinin geçip geçmediğini re’sen nazara almaları gerekir.”²⁵¹ Hakemler altı ay içerisinde kararlarını veremezlerse, bu halde davaya idari mahkemelerde bakılması gerekir. (Karş., HMUK m. 529) Dava altmış gün geçtikten sonra hakemlere açılır. hakemler dava süresinin geçtiğini nazara almadan davaya bakarlar ve fakat altı ayda karar verememeleri nedeniyle dava idari mahkemeye gelirse; idari mahkeme, hakemlerde altmış günlük dava açma süresi geçtikten sonra dava açılmış olması nedeniyle dava hakkı düştüğünden, davayı süre aşımından (hak düşümü olmalı) reddeder. (Bkz. mesela DDK. 24.11.1961, 958/667 - 691/526: Yasama ve Yargı Dergisi, Kasım 1962, Sayı 8, s. İdari rejim 93-96).”²⁵²

Üstündağ, Tahkime genel olarak hangi konularda başvurulabileceğini yazarken aynen şunları söylemektedir.

²⁵¹ Ancak KURU, tarafların tahkim sözleşmesinde bu süreyi daha uzun ya da kısa olarak tayin etme yetkileri olup olmadığını belirtmemiştir. Dipnot 248’de belirlemeye çalıştığımız gibi Danıştay kararının ifadesinin mefhumu muhalifinden tarafların bu süreyi tayin yetkilerinin var olduğu sonucu çıkmaktadır.

²⁵² KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1991. s. 3988 deki 74 nolu dipnot.

“Hakeme, hukuk mahkemelerinin yetkisine giren ihtilaflar hakkında başvurulabilir. Ancak tatbikatta idari mukavelelerde de tahkim şartı vaaz edilmektedir. Bu duruma göre, Danıştay’a intikal etmesi gereken bir ihtilaf için tahkim şartı konulmuş olmaktadır. (24.11.1961 tarihli Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararı, Yasama ve Yargı Dergisi, 1962/8, s. 93-96) Bu takdirde Usul Kanunu’nun hükümleri kıyasen uygulanmak gerekir. Zira idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesine göre, kanunda hüküm bulunmayan hallerde usul kanununun umumi hükümleri uygulanmak gerekecektir. O halde tahkim konusunda idari yargıda teferruatlı hükümler bulunmadığı sürece, bu genel atıf sebebiyle HUMK’nun tahkime ilişkin hükümleri kıyasen (BİLGE, Hafta: s.114-115) uygulanmak gerekecektir.”²⁵³

Üstündağ aynı konuyu incelemeye devam ederken konumuzla ilgili olarak şunları yazmaktadır.

“Devlet ile fertler arasındaki sözleşmelerde ana kanun olan 2490 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olup yerine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu konmuştur (Bu kanun değişikliği için Bkz. RG. 18344). Artık mukavelelerin muhtevası bu kanun uyarınca tespit edilecektir. Bu sebeple, bu mukavelelere tahkim şartı konulamaz. Zira tahkim şartı, 2490 (şimdi artık 2886) sayılı kanunun tespit ettiği muhtevaya yabancıdır (4HD. 27.5.1958) E. 6875, K.3689, Demirhan, Tüzebay, No: 4250 ve Öztürk / Eruluş / Akçollu / Şentürk, 4HD. Emsal kararları, (1 934-1 958, s. 487-88).”²⁵⁴

“2886 sayılı kanunun tespit edildiği muhteva” ile neyin kastedildiği net olarak anlaşılamıyor ise de tartışacağız. İdari sözleşmelerin yapılması bahsinde değindiğimiz gibi, bugün idari sözleşmeler yüksek mahkemelerimizin içtihatlarında imtiyaz sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri ile kanunun nitelemesi nedeniyle idari sözleşme sayılan sözleşmelere kadar indirgenmiştir. Bu sebeple idarenin her çeşit alım-satım, taşıma, yaptırma hatta bayındırlık sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun da idarenin sözleşme yapma usulleri belirtilmektedir. İdarenin hem özel hukuka ilişkin sözleşmeleri hem de idari sözleşmeleri bu kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Tahkim şartının 2886 sayılı kanunun tespit ettiği

²⁵³ ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt. I-II gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s. 744.

²⁵⁴ ÜSTÜNDAĞ, Saim: a.g.e., s. 778.

muhtevaya yabancı olduğu iddiasını değerlendirirken ilgili bölümlerde değindiğimiz gibi sözleşmenin yapılmasına kadar olan safhalarda (hazırlık, ilan, sözleşmenin yapılması gibi) çıkacak uyuşmazlıklar idarenin bir işlemi sebebiyle çıkacağı için iptal davası şeklinde tezahür ederler. Burada iptal davasında tahkim şartının uygulanmasının mümkün olup olmadığını ileride tartışacağız. Ancak sözleşmenin icrası ve devam eden safhalarında çıkan uyuşmazlıkları “2886 sayılı kanunun tespit ettiği muhteva” dahilinde görecektik kadar genişletmek müessesenin amacını aşan bir düşünce olacağından bu dönemlerde çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği kanaatindeyiz.

Postacıoğlu HUMK m. 518 hükmünü incelerken idari sözleşmelere uygulanan tahkimden bahsetmemiştir. Diğer bölümlerde de Postacıoğlu’nun bu konudaki görüşüne rastlayamadık.

BİLGE ve Önen’in eserinde ise “Yargıtay ve Danıştay içtihatlarında idari mukaveleler bakımından da tahkim yoluna gidilebileceği kabul olunmaktadır” denilmiş ve dipnotta Üstündağ’a, TD’nin ve HGK’nun bir kararlarıyla az önce incelediğimiz Danıştay kararına atıf yapılmıştır²⁵⁵.

BİLGE, Tahkim haftasında sunduğu tebliğde ise:

“Şu halde Adalet Mahkemeleri dışında kalan, yani diğer yargı kollarına mensup olan mahkemelerin bakmaya mezun oldukları işler hakkında Usul Kanunu’nun 8. babı hükümlerine göre tahkim yoluna gidilemez. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin, idare veya askeri yargı mercilerinin görevine giren işler için HMUK’nun düzenlediği tahkim yolu kapalıdır, keza ceza yargısına giren işler bakımından da tahkim yoluna gidilemez. Çünkü bu yargı kollarında çözülebilecek olan işler HMUK m. 516’daki anlamda bir özel hukuk çekişmesi niteliğinde değildirler” şeklinde görüş bildirdikten sonra şöyle bir dipnot düşmüştür.

“Bu sözlerimizle idare yargısında hakemlik mevcut olmadığını ifade etmek istemiyoruz. Bünyesi itibarıyla Anayasa ve Ceza Yargısında tahkim yoluna gidilemez ise de, idare yargısında tahkim tecviz edilmektedir, Bkz. TD 2.X. 1942 - Karaok: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu s. 801, HGK. 9.111.1955 - Türk İç. Kül. 1955, s. 394”

²⁵⁵ BİLGE, Necip - ERGUN, ÖNEN: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 sayılı kanuna göre yeniden yazılmış 3. Baskı, Ankara 1973. s. 748.

Tebliğin tartışılması bölümünde KURU'nun sorduğu bir soru üzerine BİLGE HUMK' da düzenlenen tahkim hükümlerinin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanamayacağını belirtmiştir²⁵⁶.

İdare Hukukunda konuya yaklaşım pek tatmin edici değildir. Usul hukukçuları konuyu dipnotlarda incelerken; idare hukukçuları sadece “değinmekle yetinmekte” ve tafsilatın konularının kapsamı dışında kaldığını zikretmektedir.

Fakat Duran'ın bu konudaki açıklaması kayda değer. Duran, idari sözleşmelere ilişkin bütün uyuşmazlıkların (idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi) idari yargı görevi içinde kabul edildiğini belirtir. Bu uyuşmazlıkların “ayrılabilir idari karar” kuramı saklı kalmak kaydıyla tümü ile tam yargı davasına yol açacağından söz eder. Sadece idari sözleşmelerin yorumundaki anlaşmazlıkların, Adliye Mahkemeleri önünde görülmekte olan bir davada ortaya çıkabileceğini, aslında bu ihtilaflı noktanın da 521 sayılı Danıştay Kanununun 30/E maddesi gereğince yine Danıştay'da görülmesi gerektiğini belirtir. Çünkü idari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık idare niteliktedir ve bu nedenle idare mahkemesinin görev ve yetki alanına girer. Bu bakımdan idari sözleşmelere konan “tahkim şartı”nın yani uyuşmazlıkların hakem tarafından çözümlenmesini öngören hükmün Fransa'da geçersiz sayıldığını söyler. Çünkü bu konudaki görev kuralı özel sözleşmelerden farklı olarak, kamu hizmeti ve kamu yararı dolayısıyla, kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedirler ve Türkiye'de bu hususa hiç dikkat edilmediğine, ve birçok idari sözleşme uyuşmazlığının hakem eliyle' çözümlendiğine dikkat çekmektedir. Duran'a göre bu uygulama, belki de idarenin, sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda adi mukavele niteliği görme eğiliminden ve alışkanlığından ileri gelmektedir²⁵⁷.

Önder Ayhan ve Güven Dinçer tahkime değinirken idari sözleşmelerdeki tahkime değil, idarenin özel hukuk alanındaki tahkim müessesesine değinirler (3533 s.k. daki Mecburi Tahkim)²⁵⁸.

²⁵⁶ BİLGE, Necip: Hakem Yargılamasında Hukuki Kaideler, (Tahkim Haftası, s 87 ve 114-115).

²⁵⁷ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 454.

²⁵⁸ AYHAN; Önder: “İdari Sözleşmeler”. DD., Y. 1979 S. 32-33, s. 131; DİNÇER, Güven: “İdarenin

4. Mevzuat Hükümleri

Tahkim HUMK m. 516-536 arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme medeni (özel) hukuka giren uyuşmazlıklar içindir.

İYUK ve CMUK'da tahkimle ilgili bir düzenleme (çalışma sırasında çıkartılan 4446, 4492, 4501, 4575 ve 4577 sayılı kanunlar ile yapılan değişiklikler dışında) yoktur. İYUK.'un 31. maddesi "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." hükmünü getirmiştir. Maddede sayılan hususların tahdidi olduğu kabul edilmektedir²⁵⁹.

Ayrıca Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri ile ilgili olarak tahkim yoluna gidilebileceğine dair, ilgili mevzuatta hüküm vardır.

Çalışmanın hazırlanması sırasında yapılan değişiklikleri belirtecek olursak;

A- 4446 Sayılı Kanun

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanun²⁶⁰ ile Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." hükmü eklenmiştir. Yine Anayasamızın 155. maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir. "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

B- 4492 Sayılı Kanun

Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 4492 Sayılı Kanun²⁶¹ ile Danıştay Kanunumuzun 23, 24, 42, 46 ve 48. maddelerinde Anayasamızda yapılan değişikliklere uyum sağlanması açısından düzenlemeler yapılmış, 23. maddede yapılan değişiklik ile Danıştayın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisi bunlar hakkında düşüncesini bildirir şeklinde

Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları', DD.. Y. 1973, S. 8, s 21

²⁵⁹ ALVER, Cemil: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4. Baskı, Ankara, 1994, s. 202-203.

²⁶⁰ 13.08.1999 Tarih ve 4446 Sk. 14.08.1999 Tarih. ve 23786 sayılı R.G.

değiştirilmiştir. Yine 24. maddede ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalardan olan imtiyaz sözleşmelerinden doğan ihtilafların tahkim şartı öngörülmemiş olmaları koşulu getirilmiştir. Danıştay 1. Dairesi ile İdari İşler Kurulunun görevlerini düzenleyen 42 ve 46. maddelerine “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini” ibaresi eklenmiştir. 2577 sayılı kanunun 2. maddesinin c bendinde yapılan değişiklik ile Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç tutulmak suretiyle idare mahkemelerinin sözleşmelere ilişkin görev alanı belirlenmiştir.

C- 4501 Sayılı Kanun

Kamu Hizmeti ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair 4501 Sayılı Kanun²⁶² Anayasa değişikliğinden sonra tahkim hususundaki en önemli uyum yasası olarak dikkat çekmektedir. Bu kanunun amacı, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektir. Bu kanunun 4. maddesi tahkim yoluna ilişkin ilkeleri düzenlemiştir. Buna göre; tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun deli toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.

Yine bu kanunun 5. maddesine göre; sözleşmelere ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay’da, tanıma ve tenfizi ise asliye hukuk mahkemelerinde görülür.

²⁶¹ 18.12.1999 Tarih ve 4492 Sk. 21.12.1999 Tarih. ve 23913 sayılı R.G

D- 4575 ve 4577 Sayılı Kanunlar

Danıştay Kanununda değişiklik yapılmasına dair 2.6.2000 tarih ve 4575 sayılı kanun ile Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin kurumu ve görevleri hakkında kanun ile idari yargılama usulü kanununda değişiklik yapılmasına dair 08.06.2000 tarih ve 4577 sayılı kanunlarla yukarıda bahsedilen değişikliklerle uyum sağlayacak düzenlemeler yapılmıştır.

5. Sonuç

Bütün bu açıklamalarımızdan çıkardığımız sonuç şudur:

Anayasamızda yapılan değişiklikten sonra çıkarılan 4492,4575, 4577 ve özellikle 4501 sayılı yasaların getirdiği yeni düzenlemeler, Danıştay'ın ilgili içtihadı ve doktrin görüşleri nazara alınarak idari sözleşmelere tahkim şartı konulduğunda bu şart geçerli sayılmalı ve uyuşmazlık idare mahkemelerinde değil hakemlerde çözülmelidir. Hakemler yargılama sırasında HUMK.'nun hükümlerini kıyasen uygulamak zorunda kalacaklardır. Ancak bu durumun sakıncalarını gidermek için HUMK.'da düzenlenen tahkime ait hükümler idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara kayıtsız şartsız ve büyük bir rahatlıkla uygulanmamalıdır. Yani tahkim şartının geçerli sayılması HUMK.'nin hükümlerinin aynen uygulanmasını gerektirmez. Yani bu kıyasen uygulama zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Aslında bu konu münhasır bir düzenlemeye ihtiyaç gösterecek kadar önemli ve sui generis bir konudur. Ancak bu konuda bir düzenleme yapılmamış olduğundan en yakın müessese hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Kıyas yaparken ise idari sözleşmelere özelliklerini veren idare hukuku kural ve kaideleri gözetilmeli ve tahkim ile bu kural ve kaideler bağdaştığı ölçüde kıyas yapılmalıdır. Kanaatimizce İdare Hukuku ilkeleri ile tahkim kuralları arasında çok yerde telif yapmamız gerekecektir ve bu mümkündür. İdari yargıda tahkim usulünün uygulanması için müesseseler birbirine uyarlanmalıdır. Bu sonuç idare hukukunun yargısal kararlarla geliştiği ilkesine de uygundur. Ancak yine de en kısa zamanda ilgili düzenleme yapılmalıdır.

IYUK.'nda bir düzenleme yapılmaması kanaatimizce kasıtlı susma değil, unutturmadır. Çünkü bu kanun, idarenin sözleşmelerinin tahkim yoluyla çözümlenebileceğini öngörmeden hazırlanmıştır. Nitekim 13.08.1999 da yapılan anayasa değişikliğinden sonra

²⁶² 21.01.2000 Tarih ve 4501 Sk. 22.01.2000 Tarih. ve 23941 sayılı R.G

çıkarılan 4492, 4501, 4575 ve 4577 sayılı kanunlarla yapılan değişiklikler neticesinde ilk defa tahkim kavramı İdari Yargılamaya ilişkin kanunlara girmiştir.

Danıştay Kanununun 24. maddesi 02.06.2000 tarih ve 4575 sayılı kanun ile değiştirilmiş, bu kanunun 2. maddesi ile 2575 sayılı kanunun 24. maddesinin ikinci bendine göre Danıştay "tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar" hükmü getirilerek tahkim müessesesinin idari yargı alanında da uygulanabilen kanuni bir yol olarak kabul edilir hale gelmiştir.

III. HUMK’UNDAKİ TAHKİM HÜKÜMLERİNİN İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE UYGULANMASI

Bu konuyu incelerken tahkimle ilgili her müesseseyi kısaca ve tekrar incelemeyi, üzerinde yorum yapılması uygun olacak konuları ise daha geniş olarak incelemeyi uygun görüyoruz.

1. İdari Sözleşmelerdeki Tahkimin Mahiyeti

İdari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir. İdarenin sözleşmeden doğan üstün hak ve otoritesi karşı tarafı tahkim yoluna gitmek zorunda bırakamaz, yani idare tek taraflı iradesi ile tahkim yoluna gidilmesini öngöremez.

2. Mecburi Tahkim

3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu, idari sözleşmelerde uygulanamaz. Sözleşmenin her iki tarafı kanun kapsamında bir idare olsa bile “adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde” bir uyuşmazlık söz konusu olamayacağı için bu kanun idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanamaz.

İdari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlığın Mecburi Tahkimle çözümlenebilmesi için, yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü tahkim, kural olarak ihtiyaridir. Yani, tahkimin ihtiyari olması kural, zorunlu olması istisnadır. İstisna hükümlerinin dar yorumlanması ise, bir genel hukuk prensibidir.

3. Tahkim Sözleşmesinin Şartları

Sözleşme olması sebebiyle BK.nda düzenlenen genel şartlar burada da geçerlidir. Ayrıca idari sözleşmenin yürürlüğe girmesi konusundaki nihai imza sahibinin

müstakil tahkim sözleşmesini de imzalamaya yetkili olduğunu düşünüyoruz. Ancak yetki devri veya imza devri söz konusu ise idare hukuku ilkelerine göre kim yetkili ise o kişi tarafından müstakil tahkim sözleşmesi imzalanmalıdır. Tahkim şartı ise zaten asıl idari sözleşmenin bir paçasıdır. Bu sebeple o idari sözleşme nasıl ve ne zaman yürürlüğe girerse tahkim sözleşmesi de geçerlik kazanır.

A. Yazılılık şartı

Yine geçerlilik şartıdır.

B. Konusu

Tahkim sözleşmesi (yalnız) tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Taraflar uyuşmazlığın konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebiliyorlarsa (uyuşmazlığı gidermek için özellikle sulh yolu ile serbestçe anlaşma yapılabiliyor ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise) o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Acaba hakemler bir idari işlemin iptaline; ya da idarenin tazminat ödemekle sorumlu tutulmasına karar verebilirler mi? Yani bu tür uyuşmazlıklar tarafların arzularına tabi olan ve üzerinde serbestçe tasarruf edilen uyuşmazlıklardan mıdır?

İlk bakışta iptal ve tam yargı davalarının idare mahkemeleri ile özdeşleştiğini ve idare mahkemelerinin bütün görevinin bu uyuşmazlıkların çözümü olduğunu düşünürsek hakemleri yetkili kılmak biraz sakıncalı gelebilir. Ancak tahkim bahsini anlatırken değindiğimiz gibi hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur. Fakat taraflar uyuşmazlığın çözümünü onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık (dava) bakımından adeta bir mahkeme oluvermiştir. Bu nedenle hakemlere, hakem mahkemesi de denilmektedir²⁶³.

İptal ve tam yargı davaları tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklardan mıdır? sorusunun cevabına gelince; Akidin, (dava açarak uyuşmazlık çıkardığı konusunda) dava açmadan idareyle görüşüp anlaşabilmesi mümkündür. Ya da dava sırasında, davadan

²⁶³ KURU, Baki: a.g.e., s. 3965.

feragat, davanın kabulü yollarıyla uyuşmazlığı sona erdirmeleri mahkemeyi bağlar. Çünkü İYUK. m. 31 bu iki konuda HUMK.'na atıf yapmıştır. O halde bu hususta da sorun yoktur.

Meseleye bu iki açıdan baktığımızda hakemler iptal ve tam yargı davalarına bakabilmelidirler. Ancak idari yargıda görev ve yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olduğunu düşünürsek, tarafların, uyuşmazlığın hakemde çözülmesi hususunda anlaşmış olmaları ve uyuşmazlığı hakemin çözmesi: kamu düzenini ihlal etmez mi sorusu ile karşılaşırız. Ancak idari yargıda idare mahkemelerinin sadece iptal ve tam yargı davalarına baktığını nazara almak ve hakemlerin bu konularda karar veremeyeceğini kabul etmek aynı zamanda tahkimin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanamayacağını da kabul etmek demektir. Kanaatimizce bundan doğabilecek sakıncayı Danıştay'ı Yargıtay'a nazaran daha etkin bir konumda değerlendirerek giderebiliriz. İşin bir de şu yanı vardır. İdari sözleşmelerin yapılması safhasına kadar ortada henüz bir idari sözleşme olmadığından, tahkim sözleşmesi bu dönemde doğmuş olamaz. Bu dönemde idarenin işlemleri idare mahkemesinde iptal yaptırımına tabidir. Ayrıca ortada bir başka akit henüz yoktur Sözleşmenin yapılmasında sonra ise 'ayrılabilir işlem teorisi" gereğince karşı akit tarafından hukuka aykırı işlemlerin iptali hakemden istenebilir. Çünkü artık bir idari sözleşme mevcut olduğundan tahkim sözleşmesinin geçerli olmaması için sebep de kalmamıştır.

Hakemler yürütmeyi durdurma kararı verebilirler mi? Esasa karar verme yetkisi bulunanın, ara karar verebileceğinin kabulü ile iptale karar verebilecek olan hakemin, yürütmeyi durdurmaya da karar verebileceğini düşünülse de ihtiyati tedbir kararı veremeyen hakemlerin yürütmeyi durdurma kararı vermelerinin mümkün olamayacağını düşünüyoruz.

İdareler, idare hukuku ilkeleri gereğince ve mevzuat hükümlerine göre idare mahkemeleri tarafından çok sıkı bir şekilde kontrol edilmektedir. İdareler bu kontrolden kaçmak için tahkim yoluna gidebilirler. Yani kamu yararı ve hizmet gerekleri denetiminde uzman olmayan hakemler önünde yargılanmak idarelerin işine gelebilir. O halde hakemler öyle karar vermelidirler ki idarenin böyle muhtemel bir kastını boşa çıkarsın. Bu sebeple hak ve nesafeti de gözeterek her somut olaya göre mevzuat hükümlerini değerlendirerek karar vermelidirler. Tekrar etmek gerekir ki bu da ancak Danıştay eliyle sağlanabilecek bir süreçte meydana gelir. Hakemler Danıştay içtihatlarına dayanarak idari işlemleri

denetleyeceklerdir. Burada maddi hukuk ve adalet ve nesafet kurallarının yanında kamu yararı da hakemi bağlayacaktır.

C. Belirli bir uyumsuzluk ve Tahkim İradesi

Bu şart da aynen aranacaktır. Tahkim sözleşmesinde hangi uyumsuzluk için bu yola gidileceği açık ve kesin bir şekilde anlaşılmalıdır. Bu konuda önceki bilgilere uymak gerekecektir. Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin 4501 sayılı kanunun tahkim yoluna ilişkin ilkeleri düzenleyen 4. maddesine uygun olarak yapılması gerekmektedir.

4. Tahkim Sözleşmesinin Etkisi

A. Taraf Yönünden

Tahkim sözleşmesi burada da sadece tarafları bağlar. Sözleşmeyi yapan idare kendi hiyerarşik yapısı içinde alt birimlerine tahkim sözleşmesi ile ilgili emir ve talimat verebilir. Bu konuda Merkez ve taşra örgütünün durumu incelenirken taşranın aldığı kararın ve yaptığı sözleşmenin merkezin kontrol, denetim ve onayından geçip geçmediğine göre; Merkezin de sözleşme ile bağlandığının ya da sadece taşranın sözleşmeyle bağlandığının kabul edilmesi gerekir. Bir sözleşmeci taraf olarak idarenin iç hiyerarşik yapısı, idare hukuku ilkelerine tabiidir. Tahkim sözleşmesinin bu hususta, idareye etkisi olamaz.

Tahkim sözleşmesinin tarafların külli ve cüzi haleflerini bağladığını (bunun gerçek kişi karşı akit yönünden mümkün olabileceğini), buna karşılık tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisi olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin idari sözleşmenin iptali ya da tam yargı davası açmaları mümkün idi. Bu sebeple üçüncü kişilerin aynı sebep. mantık ve gerekçeyle tahkim sözleşmesinin iptalini dava etmesi mümkün gözükmemektedir.

B. Tahkim İtirazı

Mümkündür. Konuyla ilgili önceki bilgilere bakılabilir. Ancak idare mahkemesinde açılan bir davada tahkim itirazı yapılmışsa ve bu itiraz haklı bulunarak davanın çözümünün hakemlerin görevine girdiği gerekçesiyle dava reddedilmişse, bu red kararını davacıya tebliğinden itibaren 30 gün içinde hakemlerde dava açması gerekir. 30 gün içinde bu dava hakemlerde açılırsa, hakemlerde açılan bu dava, idare mahkemesinde açılan davanın devamı niteliğindedir. 30 gün içinde hakemlerde dava açılmamışsa idare mahkemesinde açılan dava açılmamış sayılır.

Hakemlerde açılan bir idari davada tahkim itirazında bulunulmuşsa bu halde hakemler davacıya HUMK. m. 519. gereğince yetkili ve görevli idare mahkemesinde tespit davası açması için süre verirler. Burada bundan sonraki hükümler kıyasen uygulanabilir. M. 519'a göre açılan dava sırasında geçecek sürede tahkim süresi işlememelidir. Mahkeme davaya hakemlerde bakılamayacağına karar verirse kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde yetkili ve görevli idare mahkemesine dava açılmalıdır. Bu 30 günlük süre içinde dava açılırsa bu dava, hakemlerde açılan davanın devamı sayılır. 30 gün içinde mahkemede dava açılmazsa, hakemlerde açılan dava açılmamış sayılır. Bu konuya az sonra sistematigi sağlamak endişesiyle tekrar değineceğiz.

C. İlamsız Takip Yapılabilmesi

Tahkim sözleşmesine rağmen ilamsız takip yapılamayacağına karar veren Yargıtay görüşü eleştirilmişti. Burada 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanuna tabi alacaklar varsa: bu kanun hükümlerine göre tahsil edilebilir. İlamsız takip ise İİK hükümlerine göre mümkün olmalıdır.

D. HUMK. m. 519'da Tartışılan Husus

HUMK m. 519'a göre;

'Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece, seri usulü muhakeme ile hallolunur.' Seri yargılama usulü, aslında yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmış bir şeklidir. Seri usulde süreler daha kısadır. Hakim yargılamayı en yakın bir göne erteler. Taraflara delillerini sunmaları için bir defa süre verilir.

Buradaki ihtilafı çözecek mahkemeden davayı görmeyi yetkili ve görevli mahkeme anlaşıyordu. Burada davayı görmeye yetkili ve görevli mahkeme idare mahkemesidir. O halde idare mahkemesine dava açılmışsa ve tahkim itirazında bulunulmuşsa idare mahkemesi m. 519 hükmü gereğince araştırma yapacaktır. Dava hakemde açılmışsa ve davalı, hakemde bu davanın görülemeyeceğın (tahkim) itirazında bulunursa, hakemin davacıya görevli ve yetkili idare mahkemesinde tespit davası açması için süre vermesi gerekir. Tafsilat için üst paragraflara ve önceki bilgilere müracaat etmek gerekecektir.

5. Hakem Sözleşmesi ve Hakemler

A. Hakem Sözleşmesi

Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için taraflarla hakemler arasında yapılan sözleşmedir. Bu husus idari sözleşmeler için bir özellik arz etmez. Bu nedenle genel hükümlere tabiidir.

B. Hakemler

Hakemler için HUMK. önemli vasıflar aramamaktadır. Ancak bu durum idari sözleşmelerin yargılamasında önemli sakıncalar doğurabilir. İdari sözleşmelerin mutlaka hukuk bilgisine sahip, konuya vakıf ve vereceği kararın öneminin idrakinde olan uzman hakemler elinde çözümlenmesi gerekir. Ancak mevzuatımız karşısında söyleyebilecek pek bir şeyimiz yok. Bu hususta da Danıştay'ın içtihatlarıyla hakemlerde belli vasıflar aranacağını kabul etmesi müessesenin sıhhati açısından olumlu tesirler meydana getirir.

Hakemlerin seçimi, hakemlerin sayısı, hakemlerin görevden ayrılması hakem ücreti ile ilgili hususlar genel hükümler çerçevesinde değerlendirilebilecek, bir özellik arz etmeyen konulardır.

Fakat hakemin reddi konusunda bazı tespitler yapmamız gerekecektir. HUMK.'nın 521 maddesine göre hakemler, hakimın sebeplerine göre reddolunabilirler. Maddeye göre taraflar hakemin seçildiğini öğrendikleri günden itibaren 5 gün içinde davayı görmeye yetkili ve görevli mahkemeden hakemin reddi talebinde bulunabileceklerdir.

İYUK m. 31 ile hakimın reddi hususunda açıkça HUMK'na atıf yapılmıştır. O halde İYUK. m. 31'in atfı gereğince HUMK. m. 521 uygulanacak. HUMK m. 521 gereğince de HUMK m. 28 ve 29 (memnuiyet ve red ile ilgili sebepler) madde hükümleri uygulanacaktır. Örnek olarak kamu imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili bir dava hakemde görülüyorsa ve hakemler red ya da memnuiyet sebepleri ile malül iseler, taraflar o hakemlerin seçildiklerini öğrendikleri günden itibaren 5 gün içinde Danıştay'ın ilgili dairesinde hakemin reddi talebinde bulunacaklardır. Çünkü kamu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin düzenlemeye yetkili mahkeme Danıştay'dır. Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla bu hususu karara bağlar.

Danıştay bir kararında "Reddi hakim isteminin kabulü yolunda verilen Bölge idare Mahkemesi Kararı'nın, ileri sürülen sebeplerin. 1096 Sayılı HUMK.'nın 29.

maddesinde sayılan sebeplerden olmaması nedeniyle bozulması”²⁶⁴na karar vermişti. Bu usul HUMK. 'a ait atıf yaptığı için tahkim müessesesi ile bağdaşması zor olmayabilir.

Ancak reddi hakem talebinin yetkili ve görevli idare mahkemesine mi yoksa Bölge İdare Mahkemesine mi yapılacağı tartışılabilir. İYUK. nun 57. maddesine göre tek hakimle görülen davalarda hakimin reddi istemi, reddedilen hakimin katılmadığı idare mahkemesince incelenir. Doğrudan davaya bakmakta olan Bölge İdare Mahkemesi başkan ve üyelerinin reddi istemi, reddedilen başkan ve üyenin katılmadığı bölge idare mahkemesince incelenir. İdare mahkemelerinde reddedilen başkan ve üye birden çok ise istem bölge idare mahkemesince incelenir. Bölge İdare Mahkemelerinde reddedilen başkan veya üye birden çok ise istem Danıştay’ca incelenir.

Hakem ücreti konusunda ise şunları söyleyebiliriz.

Hakemler kendi ücretlerini kendileri tespit edemiyorlardı. Bu durum Yargıtay’ca bozma sebebi sayılıyordu. Ancak tarafların biri bu durumu temyiz sebebi olarak ileri sürmezse Yargıtay kararı re’sen bozamıyordu. Çünkü 13.5.1964 günlü İBK gereğince bu yön kamu düzenini ilgilendirmemekte idi.

Danıştay’ın da aynı şekilde bir anlayışla hareket etmesinin uygun olacağı kanısındayız. Hiç kimse kendi işinin hakimi olamaz ama bu yön kamu düzeniyle ilişkili değildir. Bu sebeple taraflar bu hususu temyiz sebebi olarak ileri sürse bile Danıştay kararı düzelterek onayabilmelidir.

İkinci husus hakemlerin ücret tayini için genel mahkemelerde bir ücret davası açması hususudur. Acaba idari sözleşmeden doğan bir uyuşmazlıkta hakem olmuş kişi ücret davasını idare mahkemesinde mi açacaktır?

Kanaatimizce hakemler, ücret davasını adli yargı içerisinde ve müddeabih miktarına göre görevli mahkemede açmalıdır. Çünkü burada hakemin gördüğü uyuşmazlığı rüyetle selahiyettar mahkeme şartı söz konusu değildir. Hakem ücreti davasının ise idari mevzuat çerçevesinde bir idari dava olarak görülmesi mümkün değildir.

Hakemlerin seçimi konusunda da şunları söyleyebiliriz.

Hakemler tahkim sözleşmesinde ismen gösterilebilir, taraflarca seçileceği kararlaştırılabilir, hakemlerin seçimi bir üçüncü kişiye bırakılabilir. Bu konular genel

²⁶⁴ Danıştay 10.0. 17.11.1986 T. 1986/1381 E., 1986/2375 K. sk. (ALVER, Cemil: a.g.e., s. 206.).

hükümlere tabidir. Taraflar eşit olarak hakemlerini seçerler. Eğer tahkim sözleşmesinde hakemlerin seçimi hakkında bir açıklık yoksa m.520 gereğince davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda davayı görmeye yetkili ve görevli mahkeme idare mahkemesi olduğundan, tahkim sözleşmesinde hakemlerin seçimi hususunda bir açıklık yok ise taraflardan birinin başvurusu üzerine idare mahkemesince hakem seçimi yapılır. Mahkeme tarafları dinlemek zorunda olmalıdır. Taraflar dinlenmeksizin bir tarafın başvurusu üzerine hakemlerin re'sen seçilmesi yolsuz sayılmalıdır.

6. Tahkim Usulü

A. Davanın Açılması

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hakemlerde çözülmesi halinde de dava (idare mahkemesinde dava açmada olduğu gibi) iki nüsha dava dilekçesi ile açılır.

Davanın açılma zamanı hususundaki HUMK uygulaması burada da elverdiğince uygulanmalıdır. Dava sürelerinin geçirilmesinin önlenmesi için; kural olarak hakemler tamamen belli olup hakem Kurulu teşekkül ettikten sonra dava açılması gerekse bile HMUK iki ayrı düzenleme getirmiştir. Eğer hakemler mahkemece seçilecekse hakemlerin tayini için idare mahkemesine (veya mesela kamu imtiyaz sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkta Danıştay'a) başvurulduğu tarihte dava açılmış sayılmalıdır. (Karşılaştırınız. m. 520). Hakemleri taraflar tayin edecekse, davacının hakemini seçip davalıya hakemini seçmesini tebliğ ettiği tarihte dava açılmış sayılmalıdır (523 maddeye kıyasen). (248) numaralı dipnotta da belirttiğimiz gibi; idari yargıda idare mahkemelerinde açılan davanın dinlenmesi için idari işlemin tebliği ya da idari eylem üzerine idareye müracaatın red tarihinden itibaren altmış gün içinde davanın açılması şartı vardır. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 22.11.1961 T, 667/526 s.k. da tarafların bu süreyi belirleyebilecekleri öngörülmüştür. Biz bu konuyu incelerken hakemlerin yetkilerini kamu düzeni gerekçesiyle sınırlama çabası içindeyiz. Acaba Danıştay tahkim yolunda böyle bir sınırlama yapmayacak mıdır? Bu konuya bir cevap vermemiz şimdilik mümkün değildir. Ama şu sonucu çıkarmaya mani bir durum da yoktur. Danıştay dava açma sürelerini tarafların belirleyebileceğini öngörmüştür. Dava açılması için kanunda öngörülen altmış günlük süre

hak düşürücü süredir, idare mahkemesince re'sen nazara alınır ve kamu düzeniyle ilgili olduğuna şüphe yoktur. Ancak buna rağmen bu sürelerin bile taraf iradeleriyle değiştirilebileceğinin Danıştay'ca kabulü, müessesedeki idare hukuku ilkelerinden çok karşılıklı iradelerin uyuşması ilkesine önem verilmesi ilginç ve bizce beklenilmeyen bir bakış açısidir.

Burada Danıştay'ın aksi düşünce ile verilmiş bir kararını da zikrederim: "İdari yargıda re'sen araştırma ilkesinin esas olduğu 2577 sayılı İYUK,'nun 31 maddesinin göndermede bulunduğu HUMK.'nun 415. madde hükmü karşısında, mahkemenin re'sen bilirkişi incelemesi yaptırma imkanının bulunmadığı yolundaki kararın yerinde olmadığına karar verildi"²⁶⁵.

Davanın açılma zamanı konusunda geniş bilgi için ilgili bölümlere bakılması faydalı olacaktır.

Hakemlerde dava açılmasıyla meydana gelen sonuçlar (zaman aşımı kesilmesi, derdestlik vs.) burada da meydana gelir.

B. Hakemlerde Uygulanacak Yargılama Usulü

İdari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar hakemlerde çözülürse, hakemlerin uygulayacakları yargılama usulü taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu halde hakemlerin bu usule uymamış olmaları Danıştay tarafından bozma sebebi sayılmalıdır. Hukuk usulündeki tahkimde bu durumda tarafların tayin ettikleri yargılama usulüne uymamış olmaları bozma sebebi sayılmıyordu. Ancak idari sözleşmelerin yargılanması usulünün kamu düzeni ile ilişkisi büyüktür. Bu sebeple tarafların, mesela İYUK. uygulanacağına dair şart koymaları halinde İYUK hükümlerine uymadan karar verilmiş olması kanaatimizce bozmayı gerektirmelidir.

Taraflar tahkim usulünü kararlaştırmamışlarsa hakemler kendi tayin edecekleri bir usulle uyuşmazlığı çözerler. Kanımızca hakemlerin bu usule uymamaları, yahut taraflara eşit olarak iddia ve savunma hakkı vermeyen bir usulü seçmiş olmaları bozmayı gerektirmelidir. Böylece en azından yargılama usulü konusunda keyfilik önlenabilir ve daha doğru bir karar verilebilir.

²⁶⁵ Danıştay 7.D. 15.2.1985 T. 1985/91 E., 1985/483 K. sk. (ALVER, Cemil: a.g.e., s. 203).

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilmesinde en önemli amaç uyuşmazlığın bir an önce çözülmesi olduğundan ve kanuni tahkim süresi altı ay olduğundan yargılama usulü seçilirken buna göre bir tercih yapılmalıdır.

Hakemler duruşma yapmadan dosya üzerinde karar verirler. Ancak tahkim sözleşmesinde belirlenen usulde ya da hakemin tayin ettiği usulde duruşma yapılmasına cevaz veriliyorsa duruşma da yapılabilir. Duruşma yapılmasını amir bir yargılama usulüne rağmen duruşma daveti yapılmaması kanaatimizce bozma sebebi olmalıdır. Bu esnada bir taraf davete rağmen duruşmaya gelmezse gıyap hükümleri uygulanmamalı, iki taraf birden duruşmaya gelmezse dosya işlemiden kaldırılmamalıdır.

Deliller hakkında acaba HUMK'daki 526. madde hükmü nasıl uygulanacaktır?

526. maddeye göre “delililer hakkında kanunen tayin olunan kaideler hakemler huzurundaki tahkikatta dahi tatbik olunur.”

İYUK m. 31 ‘de bir kısım delillerin değerlendirilmesi konusunda HUMK.’na atıf yapılmıştır.

HUMK'daki bu atfın tüm olarak anlaşıldığı, delillerin gerek ispat gücü gerekse incelenmesi hakkında uygulanacağı konusundaki görüşleri yukarıda incelemiştik. Bizce bu atıf yani hakemlerin HUMK.'daki (kanuni) delil sistemi ile bağlı olmaları, onların adalet ve nesafet ilkelerine göre karar vermeleri ilkesiyle telif edilemez. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde delil değerlendirilmesi nasıl olacaktır? Taraflar bu konuda bir anlaşma yapmışlarsa hakemler buna uymak zorundadırlar. Böyle bir anlaşma yoksa hakemler idare hukuku ilkelerini göz önünde tutarak (kanuni delil ilkesiyle) bağlı olarak karar vermelidirler. Bu durum kamu düzenine ilişkindir. Ancak hakemlerin kanuni delil ilkesini uygulamaları halinde adalet ve nesafetle taban tabana zıt bir durum meydana gelecekse, telif yoluyla menfaatleri dengelemeleri uygun olur.

HMUK. 527. maddesinde Sulh Hukuk Mahkemesinin istinabesi düzenlenmiştir. Yemin icrası, şahit dinlenmesi ve şahitlere yemin verilmesi, yabancı devlet mahkemesinin istinabesi ve nihayet üçüncü şahıslarda ya da resmi makamların elinde bulunan belgelerin istenmesi konularında Hakemler Sulh Hukuk Mahkemesini istinabe ederlerdi.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları çözen hakemler de aynı mahkemeyi istinabe etmelidirler. Gerçi idari sözleşmelerle ilgili davalarda yemin, şahit beyanı ve yabancı bir mahkemenin istinabesi ender rastlanılacak olaylardandır. Bu hususlarda istinabe

gerekmiŖse davayı görmeye yetkili ve görevli idare mahkemesinin değil yine Sulh Hukuk Mahkemesinin istinabe edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hakemlerin baktıkları bir davada, tahkikat sırasında ceza kovuŖturmasına konu teŖkil eden bir sahtelik hadisesi ileri sürülürse hakemler bu hususta (sahtelik iddiası hakkında) ceza veya hukuk mahkemesi tarafından bir karar verilinceye kadar tahkikatı ertelerlerdi. Aynı düzenlemenin idari s zleŖmelerden doğan uyuŖmazlıklardaki tahkim incelemesi sırasında da uygulanması gerekir.

Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı ve ihtiyati haciz kararı veremeyecekleri kabul olunmuŖtur. Burada zaten bu tür kararlar verilemez. Ancak hakemlerin yürütmenin durdurulmasına karar vermeleri mümkün olmalıdır. Hakemlerin bu konudaki kararlarına karŖı Bölge İdare Mahkemesine itiraz mümkün olabilir. KesinleŖen yürütmeyi durdurma kararları, ilgili idarece 30 gün içinde uygulanmak zorundadır.

Davanın ihbarı, üçüncü kiŖilerin davaya müdahaleleri, hakem yargılamasında kabul edilmektedir. İdari s zleŖme uyuŖmazlıklarında, hakem yargılama sırasında İYUK. m. 31 atfı gereğince HUMK.'un genel hükümleri gereğince hareket edilir.

C. Tahkim Süresi

Tahkim süresi konusunda, sürenin taraflarca belli edilmemesi halinde altı ay olması, sürenin baŖlangıcı, sürenin taraflarca uzatılması, sürenin hakim tarafından uzatılması, sürenin durması, ve süre geçtikten sonra karar verilmesi gibi konular HUMK'daki genel hükümler ile telifi kabil olduğundan idari s zleŖmelerin tahkim usulü ile c z mlenmesi esnasında da uygulanır. Sadece tahkim süresinin mahkeme tarafından uzatılmasına iliŖkin söyleyebileceğimiz Ŗey, uzatmaya yetkili mahkemenin davayı görmeye yetkili mahkeme olan idare mahkemesinin (duruma göre DanıŖtay Dairesinin) baŖkanıdır. BaŖkan'ın kararları kesindir. Temyizi kabil değildir. Ancak tek hakimle verilen bir karar olduğu için Bölge İdare Mahkemesine bu karar aleyhine itiraz yoluna gidilebileceği d Ŗ n lebilir.

D. Hakem Kararı

İdari s zleŖmelerden doğacak uyuŖmazlıęı c z mleyecek olan hakem kararının bazı özellikleri olmalıdır.

a. Adalet ve nesafet esaslarına göre karar

Öncelikle adalet ve nesafet hükümlerine göre karar vermenin keyfi karar verme anlamına gelmeyeceğini belirtelim. Acaba idari sözleşmelere tahkim usulünü uygulayan hakem mevzuatla bağlı kalmalı mıdır?

İptal davasını inceleyen hakem, işlemin yetki, şekil, sebep konu ve maksat yönlerinde hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Bu denetlemeyi kanun ve mevzuat dairesi dışına çıkararak gerçekleştirebilmesi mümkün değildir. Aslında hakemlerin iptal davalarına bakamaması; bu davaların münhasıran idare mahkemelerince görülmesi gerektiği de ileri sürülebilir ve bu görüş hafife alınacak bir görüş değildir. Ancak bu sefer idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların hakem eliyle çözümlenmesini sadece tam yargı davalarına münhasır kılmış oluruz ki bu da müessesenin mahiyetini daraltma anlamındadır. Bu sebeplerle hakemlerin iptal davasına da bakacağı kabul edilmeli ancak hakemi belli mevzuat ve ilkelerle bağlı kılarak, keyfi ve mesnetsiz karar vermesi engellenmelidir. Ya da bu tür davalar Danıştay’ca daha sıkı şekilde kontrol edilmeli ve müesseseye yön verilmelidir.

Hakemler tam yargı davalarında biraz daha takdir hakkı sahibidirler. Bu tür davaları görürken adalet ve nesafete göre karar vermelerinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak taraflar tahkim sözleşmesinde hakemin maddi hukuk kurallarıyla bağlı bulunduğunu kararlaştırırlarsa artık hakemler adalet ve nesafet kaidelerine göre karar veremezler. Maddi hukuk hükümlerine göre karar verme zorundadırlar. Aksi halde verilen karar Danıştay’ca bozulmalıdır.

b. İçeriği

Hakem kararını içeriği konusunda; HUMK m. 530 hükmünde aranan unsurların mutlak bulunması gerektiğini aksi halde kararın temyizen bozulabileceğini belirtelim.

c. Ekseriyetle karar verilmesi

Hakemlerin kararın verildiği son toplantısı (ve ara toplantılarını) tam sayıyla yapmaları gerekir. Aksi, bozma sebebidir. Tam sayıyla yapılan toplantıda ekseriyetle verilen karar muteberdir. Bu toplantıda bulunan ve fakat karara muhalif kalan hakemin kararı imzalamaması kararın geçerliliğini engellemez.

Tarafların, oybirliği ile karar verilmesi gerektiğine dair bir sözleşme yapmalarının mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Danıştay bu halde oybirliği ile verilmeven kararı bozacaktır.

d. Kararın değışmezliği

Genel hükümlerin burada da kıyasen uygulanabileceğini değinmekle yetinelim.

e. Hakem kararının mahkeme kalemine tevdi edilmesi ve tebliği

Bu karar idare mahkemesi (veya duruma göre Danıştay Dairesi) kalemine verilir. Kalemin yapacağı işlemler aynıdır.

Mahkeme kalemince tebliğe çıkarılan hakem kararı taraflarca tebellüğ edildiği anda varsayılır. Hakemler doğrudan doğruya posta ile kararı tebliğe veremezler.

f. Zamanaşımı

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluyla verilen kararlar da 10 yılda zamanaşımına uğrar. 10 yıllık süre kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu kararlar da temyiz edilebilir

Süresinde temyiz yoluna gidilmezse hakem kararı mahkeme (ya da daire) başkanı tarafından tasdik olunur.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülmüşse, verilen hakem kararının icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekir.

Kesinleşen hakem kararları maddi anlamda kesin hüküm ve gerektiğinde kesin delil teşkil eder.

7. Kanun Yolları

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulüne göre verilen karar aleyhine temyiz, ve yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.

Öyle düşünüyoruz ki idari sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi usulünün ana çizgilerini, ilkelerini, şartlarını, hakemlerin yetkilerini, kararın usul ve kanuna uygunluğunu ya da aykırılığını, “Danıştay Uygulaması” belirleyecektir. Danıştay İYUK m. 31 ‘de atıf yapılmamış olmasına rağmen HMUK 516-536 hükümlerinin müessesenin bünyesine göre uygulayacaktır ya da bu düzenlemelerin aksine hükümler tesis ederek içtihadı bir usul oluşturacaktır.

A. Temyiz

HUMK'un 533 maddesinde sayılan temyiz sebeplerinin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim usulüyle çözümlenmesi neticesinde verilen hakem kararları içinde geçerli olduğunu belirtelim.

Temyiz süresi sözleşme ile kararlaştırılabilir diye dönüyoruz kararlaştırılmamışsa 30 gündür.

Yargıtay'ın 533. maddedeki sebeplerin haricinde kabul ettiği temyiz sebeplerinin burada da geçerli olduğunun düşünüyoruz. Mesela, taraflarca seçilen veya hakem tarafından tayin edilen yargılama usulü kurallarına uyulmamış olması, kararın 530. maddede sayılan içerikte olmaması, hakemlerin kendilerine hakem ücreti tayin etmeleri, hakimlerin hakemlik yapmış olmaları, yargılamanın iadesini gerektiren sebeplerin varlığı, sözleşme de maddi hukuk kurallarına uyuşacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen bu kurallar uyulacağına karar verilmiş olması gibi haller idari sözleşmelerde uygulanan tahkim usulünün neticesinde verilen hakem kararlarının da temyiz sebepleridir.

Yargıtay, yukarıda örnek olarak sayılan hususlar kamu düzenini ilgilendirmede için temyiz dilekçesinde bir temyiz sebebi olarak ileri sürülürse kararı bozmaktadır. Yani tarafların temyiz dilekçeleriyle bağlıdır.

Acaba Danıştay için de böyle bir bağıllık söz konusu mudur? İdari sözleşmeler kamu hizmetinin sağlanması amacıyla yapılıp yürütüldüğü için, bu sözleşmelerden doğacak ihtilafların kamu düzenini mutlak surette ilgilendirdiği ileri sürülebilir. Buna göre Danıştay geniş bir kamu düzeni anlayışıyla hareket edecek ve kamu düzenine ilişkin konularda tarafların temyiz dilekçeleriyle bağlı olmayacaktır. Bu düşünüş tarzının, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulünün uygulanmasını geliştireceği ve müesseseyi daha hukuki ve istikrarlı bir konuma getireceği söylenebilir.

Hakemlerde görülen dava idare mahkemesinde görülseydi o davaya temyizen hangi daire bakacak idiyse hakem kararı da o daire tarafında incelenir, İmtiyaz sözleşmeleri İdari Dava Daireleri Genel Kurulunda temyizen incelenir.

Danıştay; temyiz incelemesi sonucu hakem kararını bozabilir. Bozmaya ilişkin hükümlerin özel hukuktaki düzenlemeye göre uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Yani 533/1 gereğince tahkim süresi geçtikten sonra verilen karar bozulursa artık dava hakemlerde çözümlenemeyecektir. Görevli ve yetkili idare mahkemesi davaya bakacaktır.

Bozma kararı kendisine tebliği edilen davacı 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açarsa idare mahkemesinde açılan bu dava, hakemlerde açılan davanın devamı niteliğindedir. Eğer 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açılmazsa, hakemlerde açılan dava açılmamış sayılır. Bu sonuçların özellikleri incelenmiş bulunduğu için tafsilata girmiyoruz.

Danıştay bir kararı bozmadan, düzelterek onayabilir ve nihayet doğrudan onayabilir. Burada onama kararı hakem kararının kesinleşmesini sağlar.

Temyize ilişkin tüm bu açıklamalarımız 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinde öneye aittir. Bu yasanın 5. maddesi hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizini düzenlemiştir. Buna göre; sözleşmelere ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay'da, tanıma ve tenfizi ise asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.

B. Karar Düzeltme

Karar düzeltme mümkün değildir.

C. Yargılamanın İadesi

Bu yola HUMK m. 445-454 arası hükümler gereğince gidilebilir. Hükümler özel hukukta uygulanan hükümlerin paraleli bir şekilde uygulanır. Bu nedenle Yargılamanın iadesi talebinin yetkili ve görevli idare mahkemesine yapılacağını; bu talep kabul edilirse işin esasının hakemlerde çözümleneceğini düşünüyoruz.

D. Hakem Kararlarının Tavzihi

İYUK m. 29 hükümleri gereği hakem kararlarını tavzih edilebileceği kabul edilmelidir. Tavzihte özel hukuktaki hükümler uygulanmalıdır. Yani hakem kararları, tahkim süresi içinde hakem tarafından tavzih edilebilir. Tahkim süresi geçtikten sonra ise kararın tevdi edildiği idare mahkemesi başkanı, tarafları ve hakemi dinlemek suretiyle (kararın icrasına kadar) tavzih edebilir.

8. Hakem Kararlarının İcrası

Burada da hakem kararlarının, kesinleşmeden icraya konamaması gerekir. İdari sözleşmelerin uygulanması sırasında idarenin mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın icrai kararlar alması mümkündür. Ancak iş tahkim usulü ile uyuşmazlık çözümü aşamasına geldiğinden artık idarenin de hakem kararının kesinleşmesini beklemesi gerektiği kanısındayız.

Hakem kararlarının temyiz edilmeden ya da Yargıtay’ca onanarak kesinleşmesi üzerine, kararlara, birincisinde tasdik kararı, ikincisinde ise kesinleşme şerhi verilir. Tasdik kararının temyizi kabildir. Bu kararlar Temyizen Yargıtay’da incelenir.

Karara, kesinleşme şerhi verildiğinde ya da tasdik kararının kesinleşmesinden sonra karar icraya konabilir. Kısaca özel hukuktaki düzenlemeler kıyasen uygulanır.

9- Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim Yolu

İlk defa Uluslararası tahkim kavramı 13.08.1999 tarihli Anayasa değişikliği ile hukukumuzda girmiştir. Gerçi Yasal bir düzenleme olmamasına rağmen Uluslararası tahkim konusunda bazı sözleşmeler yapılmış olup Türkiye de bu sözleşmeleri onaylamıştır. 1958 New York sözleşmesi, 1961 Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre Sözleşmesi bu cmlerden sayılabilirler. Türkiye bu sözleşmelerden birincisini 1991 yılında 3731 sayılı kanun ile ikincisini ise aynı yıl 3730 sayılı kanunlarla onaylamıştır²⁶⁶.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanun ile Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” hükmü eklenmiştir. Yine Anayasamızın 155. maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir. “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

Kamu Hizmeti ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair 4501 Sayılı Kanun Anayasa değişikliğinden sonra tahkim hususundaki en önemli uyum yasası olarak dikkat çekmektedir. Bu kanunun amacı, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektir. Bu kanunun 4. maddesi tahkim yoluna ilişkin ilkeleri

²⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Turgut TAN: a.g.e., C. 2, s. 127-128.

düzenlemiştir. Buna göre; tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun deli toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.

Yine bu kanunun 5. maddesine göre; sözleşmelere ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay'da, tanıma ve tenfizi ise asliye hukuk mahkemelerinde görülür.

Milletlerarası tahkim anlaşması ve yabancılık unsuru kavramlarını 4501 sayılı kanun tanımlamıştır. Bu Kanunun 2. maddesinin (b) bendine göre milletlerarası tahkim anlaşması; yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlama ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı ifade ettiği,(c) bendine göre de, yabancılık unsuru;sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini ifade ettiği hüküm altına alınmıştır.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözüm şeklini aynı kanunun 3. maddesi belirlemiştir. Buna göre;

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde bunlardan doğan uyuşmazlıkların;

a) Türkiye'de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,

b) Yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,

c) Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda,
Çözölmesinin kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Burada şunu da belirtelim ki Uluslararası tahkim müessesesi hukukumuza ilk defa Anayasa değişikliği ile girmiş olup bu değişikliğe uygun uyum yasaları tam anlamıyla çıkarılamamış en önemli adım 4501 sayılı yasa ile atılmıştır. Çalışmanın tamamlandığı güne kadar sözkonusu yasanın uygulanmasına rastlanmamıştır.



SONUÇ

“İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları” konusunu üç bölümde incelemiş olduk.

Birinci bölümde “İdari Sözleşmeler” başlığı adı altında, sözleşme ve idari sözleşmenin ne olduğunu, idari sözleşmelerin hukuki niteliklerini ve çeşitlerini incelemeye çalıştık.

İdari sözleşmelerin hukuki niteliklerinin ve çeşitlerinin ne olduğu kanunlarla belirlenmekten ziyade, doktrin ve mahkeme içtihatları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Gelişen zaman içerisinde ölçütlerde ve çeşitlerde değişiklikler olduğu gözlemlenmiş, yeni sözleşme çeşitleri ortaya çıkarken bazılarının günümüzde yürürlükten kalktığı anlaşılmıştır. Özellikle günümüzde birçok alanda uygulama alanı bulmaya başlayan Yap-işlet-Devret modeli üzerinde durulmuş, modelin tarihsel gelişimi ile mahkeme kararları ve doktrin ışığında hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda kamu hizmetlerinin özel girişim eliyle görülmesi yöntemlerini ve bu yöntemlerin hukuki niteliğini saptadıktan sonra yap-işlet-devret modeli ile büyük benzerlikler gösteren imtiyaz sözleşmelerini karşılaştırdık. Bu karşılaştırma sonucu iki farklı görüş ortaya çıkmıştır: Bir kısım yazarlar değişik bir isim altında düzenlenmiş olsa bile Yap-işlet-devret modeline dayalı sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Karşı görüşte olanlarsa modelin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile ortak yanları olsa bile farklı ve kendine özgü bir kavram olduğunu ifade etmişlerdir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idarenin gerçek veya genel olarak sermaye şirketi olan tüzel bir kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içerisinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel almak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında yürütülen bir yönetim biçimidir. Bu kapsamda yap-işlet-devret modeline dayalı sözleşmelerin unsurlarını değerlendirirsek ortaya bir kamu hizmeti imtiyaz

sözleşmesi çıkmaktadır. Yap-işlet-devret modelinin konusunu da kamu hizmet ve faaliyetleri teşkil etmektedir. Bu hizmet ve faaliyetlerin kurulması ve işletilmesi idarece sözleşmeyle özel girişime devredilmektedir. Her ikisinde de hasar ve risk özel girişimciye aittir. Özel girişimci hizmeti kurması ve işletmesinin karşılığını sonuç olarak hizmetten yararlananlardan almaktadır. İkisinde de idarenin üstünlüğünü belirleyen unsurlar vardır.

İkinci bölümde “İdari Sözleşmelerin Hükümleri ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Dava ve Sulh Yolu ile Çözümü” başlığı altında; sözleşmelerin nasıl yapıldığı, sözleşmecinin nasıl seçildiği, sözleşmelerden doğan hak ve yetkiler, sözleşmelerin sona ermesi ve sonuçları ile idari sözleşmelerle ilgili idari işlemler incelendikten sonra sözleşmenin uygulanmasından önce ve sonrasında çıkanlar şeklinde uyuşmazlıkları iki bölümde ve çözüm yollarını göstererek incelemeye çalıştık. Sözleşmelerin uygulanmasında önce doğan uyuşmazlıkların idari işlemlerden kaynaklandığını ve bu işlemlerden dolayı idari yargı makamlarına İptal ve tam yargı davası açılabilceğini gördük. Sözleşmelerin uygulanmasından sonra uyuşmazlıkların sözleşmeler ve sözleşmelerle ilgili idari işlemlerden kaynaklandığını, ayrılabilir işlemler teorisine göre bu idari işlemlerden dolayı idari yargıda iptal ve tam yargı davası açılabilceğini ve yine sözleşmenin tamamen iptali için de idari yargıda iptal ve tam yargı davaları açılabilceğini gördük.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda sözleşmelerin nasıl yapıldığı ve sözleşmecinin nasıl seçildiği konuları düzenlenmiştir. Bu kanunumuzun ilgili maddelerinden faydalanarak bu konuyu açıklamaya çalıştık. İdari sözleşmelerden doğan hak ve yetkiler sözleşmelerin sona ermesi ve sonuçları konuları, ölçütleri ve çeşitlerinde olduğu gibi kanunlarla düzenlenmediği için, doktrin ve mahkeme içtihatlarından faydalanarak açıkladık. Sözleşmelerle ilgili idari işlemlerin özellikle sözleşmelerin uygulanmasından önce doğan uyuşmazlıklarda çok önemli olduğunu, ayrıca ayrılabilir işlemler teorisine göre, sözleşmelerin uygulanması sırasında bu işlemlerden dolayı uyuşmazlıklar çıkabileceğini ve dava açılabilceğini açıkladık.

Ayrıca, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasına kadar doğan uyuşmazlıkların idari işlemlerden kaynaklandığı için idari yargının konusuna girdiğini, idarenin bu özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasından sonra açılacak davaların adli yargının konusuna girdiğini, ancak ayrılabilir işlemler teorisine göre uygulanmaları sırasın-

da idari işlemlerden dolayı çıkan uyuşmazlıklar varsa ve bu işlemler tek başına dava konusu olabilecekse bu işlemlerden dolayı sözleşmeden bağımsız olarak idari yargıda dava açılabileceğini gördük.

Menfaat ihlali yani hukuka aykırılık varsa iptal, hak ihlali varsa yani zarar görülmüş ve tazminat istenecekse Tam yargı davası açılacağını inceledik. Kesin olmayan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda İYUK m. 11'e göre "Üst makama başvurma" şeklinde bir çözüm yolunun bulunduğunu gördük.

Görev ve Yetki konularını elimizden geldiğince teferruatlı olarak inceledik. İdari sözleşmelerden doğan davaların idari yargının görevine girdiğini ve İYUK'na göre idare mahkemelerince çözümleneceğini istisnaen ; imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalarda Danıştay'ın görevli olduğunu gördük. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan davaların adli yargının görevine girdiğini ancak sözleşmelerin uygulanmasından önce idari işlemlerden dolayı açılacak davaların ve uygulanması sırasında yine idari işlemlerden dolayı açılacak davaların ayrılabilir işlemler teorisine göre idari yargının görev alanına girdiğini gördük.

Yetki; bir işi veya görevi yapabilme hakkı yani davaya hangi yerdeki hüküm mahkemesi tarafından bakılacağını belirlenmesidir. İdari yargıda yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğunu yani yetkili mahkemelerin nereleri olduğunun kanunla düzenlendiğini ve tarafların sözleşmeyle yetkili yargı yerini belirleyemeyeceğini gördük. Daha önceleri sözleşme ile yetkili yargı yerinin belirlendiğini ancak bunun yetkinin kamu düzeninden olduğu hükmü ile çeliştiği için yürürlükten kalktığını gördük. Ancak biz yine de bu uygulamanın nasıl işlediğini inceledik.

Üçüncü bölümde ise "İdari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü" başlığı altında; idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın çözüm yollarından biri olan ve diğer yollara göre özellik arzeden Tahkim müessesesini doktrin ve yargı kararları ışığında incelemeye çalıştık.

Müesseselerin incelenmesinden görülmüştür ki; tahkim usulü bizim hukukumuzda, kendi düzenleme alanında, yani medeni (özel) hukuk alanında bile yeterli, tatmin edici ve istenen seviyede uygulanmamakta, tahkim müessesesi gelişmemektedir.

Aslında devlet mahkemelerinin iş yoğunluğu ve usul kuralları sebebiyle davaların olağanüstü şekilde ve kolaylıkla uzayabilmesinin önüne geçebilecek tahkim

yolunu, insanlarımızın tercih etmesini sağlayacak bir çok sebep vardır. Mesela, hakemlerin iş yoğunluğundan söz edilemez. Davayı çözümlmek için gerekli maddi ve usul hukuku kuralları taraflarca tespit ve tayin edilebilir. Bu usul daha ucuzdur ve uyuşmazlığın bir an önce çözümlenmesini sağlayıcı tedbirlere sahiptir. Yargıtay'ın temyiz incelemesi daha sınırlı sebeplerle gerçekleşmektedir. Hasılı tahkim yararları çoğaltıla bilinir.

Peki neden bizim hukukumuzda tahkim müessesesi gelişmemiş, insanlarımız bu usulle uyuşmazlığı çözmek yolunu tercih etmemişlerdir.

Bizce bunun bir sebebi, bu müessesenin güven veren resmi bir sahibi olmamasıdır. Gerçekten taraflar hiçbir vasıf aramadan sokaktaki herhangi bir insanı hakem tayin etse; bu kişinin hakemlik yapmasına hukuken engel yoktur. Amerika Birleşik Devletleri'nde tahkim müessesesi sırtını devlete dayamış özel bir yargılama usulüdür. Hakemleri devlet seçer ve alanlarında uzman ve yetkin kişilerin seçilmesine dikkat edilir. Bilirkişiye hakemlik teklif edilmesi o kişinin uzmanlık ve kalitesini tescil ve taltiftir. Hakem olarak tayin edilen kişiler, federal tahkim bürosunun organizasyonunda listelenirler ve aralarında uyuşmazlık çıkan taraflardan sadece birinin bu yolu tercih ederek uzman bir hakem seçmesi tahkim usulünün uygulanması için gerekli ve yeterlidir. Hakemler ise bir kere seçildikten sonra o davaya bakmak zorundadırlar.

Bizde ise, yıllardan beri teklif edilip konuşulmasına rağmen, bir tahkim bürosu halen kurulamamıştır. Ayrıca hakemlik hem bir angarya olarak görülmekte hem de sosyal açıdan onure edici bir yanı bulunmamaktadır.

Tahkim usulünün gelişmemesinin bir başka sebebi de kanunumuzdaki düzenlemedir. Bizde hakeme gitmek konusunda anlaşılabilirse bile hakem bulmak ve hakem heyetini teşekkül ettirmek ciddi bir sorundur. Çünkü bir icap - kabul şartı vardır. Ayrıca hakem gerçekten özel, yani hiçbir resmi yönü ve güvencesi olmayan bir kişidir. Kendisini seçen tarafın hamisi olmadığını bilmelidir. Bu sebeplerle uyuşmazlık, daha güvenli, heybetli ve istikrarlı görülen devlet mahkemelerine (aylarca, belki yıllarca süreceği biline biline) gitmektedir.

Yargıtay incelemesinin de, kanunun düzenlemesinden ötürü etkin olamadığını tespit ediyoruz. Yargıtay'ın birçok kararında, aslında kararın maddi ve şekli açıdan bozulması gerektiğinin ancak kanun gereği onamak zorunda kalındığının ifadesini görüyoruz. Bu sebeple, verilen kararlar içerik açısından insanımızı tatmin edememektedir.

Kanunun düzenleme şekli itibariyle tahkim müessesesinden neyin amaçladığı bilinmemektedir. Acaba kanunumuz tahkimle, uyuşmazlıkların bir an önce çözümlenmesini mi, usul ve kanunun sınırlamalarından azade bir içerik ve yöntemle çözümlenmesi mi, yahut her ikisini birlikte mi veyahut tarafları uzlaşmaya ve sulh olmaya teşvik edici bir usulü mü amaçlamaktadır? Bizce bu düzenlemeyle hepsi amaçlanırken hiçbirisi gerçekleştirilememiştir. Bugün tahkim müessesesi taraflarıyla, hakemleriyle, mahkemeleriyle, doktriniyle, Yargıtay'ıyla içinden çıkmaya çalıştığımız, bir çok yönüyle revizyona muhtaç ve belki bu yüzden pek iltifat etmediğimiz bir müessese halini almıştır.

Anlaşılan o ki; mevzuatımızın tahkim usulüne önem vermediğini, ciddi ve tatminkar düzenleme yapılmadığını ve bu sebeple insanımızın bu müesseseyi küçümsediğini söylemek mümkündür.

Kendi özel sahasında bile gerekli itibarı göremeyen tahkim usulü idari hukuku sahasında itibar görebilecek midir? İdari Yargılama Usulü Kanunu'muz idari sözleşmeleri düzenlemesine rağmen tahkim diye bir müesseseyi düzenlememiştir. Hatta kendisinde boşluk olduğunu kabul ettiği hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı atfı, tahkim usulünden esirgemiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun dünyasında tahkim diye bir şey yoktu. Anayasa değişikliğinden sonra çıkarılan bir takım uyum yasalarından sonra tahkim kavramı idare hukuku alanına girmiştir. Bu kanunlardan en önemlisi 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı kanundur. 4492 sayılı kanun ile 02.06.2000 ve 08.06.2000 tarihli 4575 ve 4577 sayılı kanunlarla Tahkim kavramı idare Hukuku alanına kanunen girmiş bulunmaktadır.

Bu konuda Danıştay'ın görüşü nedir? Acaba idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklara tahkim usulü bu haliyle uygulanabilecek midir? Danıştay'ın bu kuralların idare hukukunda uygulanması sorununu tartışan, uygulanacaksa nasıl uygulanacağı konusunda yol gösteren tatmin edici kararları mevcut değildir. Doktrinin yaslandığı tek içtihattan çıkardığımız sonuç ise telifin zorunlu görüldüğüdür.

İdari sözleşmelerin bünyesinin tahkim usulüne uygun olduğunu düşünüyoruz. Her ikisinin de sözleşme kavramından temel alması bu düşüncemizi desteklemektedir. Fakat işin içine bir de kamu yararı, kamu hizmeti, kamu düzeni gibi - tahkimin pek alışık olmadığı - kavramlar girince, bünyeler arasında uyumun zorlaşması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu halde bazen idare hukuku ilkelerinden bazen de tahkim

müessesesi ilkelerinden feragat etmedikçe idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla halledilemez hale gelmektedir.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarının, bugün idari sözleşmelerin sayılarını kamu hizmeti imtiyazları ve idari hizmet sözleşmeleri olmak üzere ikiye kadar düşürmesi sonucu; idarenin alım-satım . taşıma, yaptırma, hatta bayındırlık sözleşmeleri bile idarenin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeleri durumuna gelmiştir. Bu tür sözleşmeler için tahkim daha rahat ama adli yargı bünyesi içerisinde uygulanabilir.

İdari sözleşmelerde tahkim usulünün uygulanması nasıl olacaktır? Burada zorluk çıkaran bir durum HUMK.'nun 518. maddesi, diğeri de hakemlerin iptal kararı verip veremeyeceği hususudur.

Gerçekten 518. madde hükmüne göre “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.” İdare hukuku kurallarına tabi olan idari sözleşmeler, bünyesinde bu tür pek çok “mesail” barındırmaktadır. İdarenin tek yanlı ve icrai karar alma yetkisine karşı akit ses çıkaramaz. İdare tazminatla ya da bilatazmin sözleşmeyi feshedebilir. Karşı akit ise ancak mahkemeye başvurabilir. Karşı akit idarenin Rachat hakkının önüne geçemez. Bu gibi ‘mesail’ler, acaba idari sözleşmelerde tahminin “cereyan etmeyeceği”ne yorumlanabilir mi? Sayılan sebepler ve hususlar sebebiyle idari sözleşmelerde tahkimin uygulanması zorluk gösterse de Danıştay’ın içtihatlarından mülhem ama mutlaka uzman hakemler, bu konuları ve sorunları aynı yargılamada, hak ve yetkileri ayrı ama sıfatları eşit olan taraflar arasında çözebileceklerdir.

Hakemlerin iptal kararı verme yetkisi de şüphelidir. Bu aslında, sadece idare mahkemelerine ait bir yetkidir. Ancak taraflar, hakemin vereceği hükme razı olduklarını beyan ederek o hakem şahsında bir hakem mahkemesi kurduklarından, bu yeni mahkemenin de maddi hukuk kurallarından yardım alarak iptal davalarını çözmeye yetkili olduğunun kabulü gerekir.

Danıştay’ın oynayacağı rol, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi müessesesini geliştirici nitelikte çok önemli bir görev ifa edecektir. Danıştay’ın “sözleşme” eksenli bir uygulama getireceğine dair ipuçları verdiğini düşünüyoruz.

Sonuç olarak; mahiyeti gereği idari sayılan sözleşmelerin azaltılması bu müessesenin gittikçe silinmesine sebep olduğundan idari sözleşme alanının daraltılmasını öngören anlayış tekrar gözden geçirilmelidir.

Tahkim müessesesi önce kendi sahasında daha etkili popüler ve verimli bir hale getirilmeli ve idari sözleşmeler uygulanması için bazı düzenlemeler yapılmalıdır. Son zamanlarda yapılan yasa ve anayasa değişiklikleri tahkim müessesesinin önemini daha da artırmış özellikle 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile anayasamızda yapılan değişiklik ile uluslararası tahkim yolu da açılmış bulunmaktadır. Ancak uyum yasaları kısmen çıkartılmış olduğundan henüz uygulama alanı bulamamıştır. Adalet Bakanlığı tarafından milletlerarası tahkim yolunun uygulama biçimleri üzerine yurt dışında araştırma yaptırılmaktadır.

Kanaatimizce idari sözleşmelere tahkim usulü uygulanırken maddi hukuk ilkelerinden feragat edip, adalet ve nesafete yönelmek yerine bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların biran önce çözümlenmesi için; usulü kolaylaştırıcı ve pratik hale getirici bir takım tedbirler alınmalıdır.

Ayrıca bir tahkim bürosu kurulmalı ve bu müessese insanlara itimat telkin eder hale getirilmelidir. Bu sebeple hakemlerde belli bir vasıf ve uzmanlık aranmalıdır. İnsanımız ise hakem seçerken ya da hakem olurken hangi tarafı temsil ediyorsa o tarafın menfaatinin hamisi olmayıp; uyuşmazlığı tarafları tatmin edecek şekilde çözmek için çalışan bir anlayışa sahip olmalıdır ki bu müessese hak ettiği yeri alsın.

İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde en çok izlenen yol dava yoludur. Bunu uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümü ve ender de olsa tahkim yolu ile halli izlemektedir.

BİBLİYOGRAFYA

1. GENEL ESERLER

- Alangoya, Yavuz:** Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul Y. 1973, s. 246.
- Alver, Cemil:** İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4. Baskı, Ankara 1994, s. 517.
- Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri 7. Bası, Ankara 1960, s. 427.
- Balta, Tahsin Bekir:** İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970.
- Balta, Tahsin Bekir:** İdare Hukuku C. 1, Genel Konular, Ankara 1972, s. 240.
- Berki, Şakir:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959, s.135.
- Berkin, Necmettin M.:** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi İstanbul 1982, s.1028.
- Bilge, Necip - Ergun Önen:** Medeni Yargılama Dersleri 1711 Sayılı Kanuna Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, s. 806.
- Derbil, Süheyy:** İdare Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 6. Bası, Ankara 1959, s. 731.
- Duran, Lütfi:** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 516.
- Duran, Sabri:** Ders notları, s. 428.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994.
- Giritli, İsmet:** İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1985.
- Gözübüyük, A. Şeref:** Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara, 1995.
- Gözübüyük, A. Şeref-Turgut Tan:** İdare Hukuku, idari Yargılama Hukuku Turhan Kitapevi, 1999, C. 1-2, s. 1135.
- Günday Metin:** İdare Hukuku 3. Baskı, Ankara, 1998.

- İnan, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 515.
- İnce, Özer:** Devlet Maliyesi, Ankara, 1980, s. 122-125.
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Cilt, İlaveli 5. Baskı, İstanbul, 1991. s. 4518.
- Kutlu, Meltem:** İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997, s.272.
- Onar, S. Sami:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. baskı, C. 1-3, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.857.
- Östen, Necmi:** İdari Mukavele ve Amme İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, İstanbul 1938, s. 48.
- Özay, İl Han:** İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, Alfa Basım, s.766.
- Postacıoğlu, İlhan E.:** Medeni Usul Hukuku dersleri 1711 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış Altıncı Bası, İstanbul 1978, s. 828.
- Scrim, Bülent:** Sözleşmeli Personel (Öğretide, Yargı Kararlarında ve uygulamada), Ankara, 1987, s. 5
- Sezginer, Murat:** Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin yayınları, Ankara, 2000, s. 198.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, Evrim Yayınları, İstanbul 1990.
- Tikveş, Özkan:** İdare Hukuku, İzmir, 1983.
- Uygur, Turgut:** Açıklamalı - İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993, s.1055.
- Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku Cilt 1-2, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s. 829.
- Yayla, Yıldızhan:** İdare Hukuku, İstanbul, 1985.
- Zevkliler, Aydın:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Savaş Yayınları, Ankara 1987.

2. MONOGRAFİLER

- Aksoy, Ş.:** Türkiye’de Özelleştirme: Genel Bir Bakış, Dünya’da ve Türkiye’de Özelleştirme, ODTÜ Kamu Yönetimi Bölümü, 1991.

Bilgen, Pertev: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, Doktora Tezi, Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1970.

Erkut Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990.

Osten, Necmi: İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, İstanbul, 1938.

Yenice, Kazım-Yüksel Esin: Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, Ankara 1983.

3. MAKALELER

Amaç, Ekrem-Fevzi Amaç: ‘İdari Sözleşmelerden Doğan Anlaşmazlıklarda Usul Hukuku Yönünden Karşılaşılan sorunlar’, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Y. 1971 s. 3-21

Ayhan, Önder: “İdari Sözleşmeler”, Danıştay Dergisi, S. 32-33, 1979, s. 84-134.

Azrak, Ülkü: “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler”, Yargı, S. 47, Mart 1980, s. 12-15.

Azrak, Ülkü: “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İHFM., Y. 1963, S. 29, s. 521-539.

Başaklar, Emin: “Devletin Taraf Olduğu Hakem Kararlarında Yargıtay İncelemesi”, ABD. Y. 1971, S. 8, s. 625-627.

Başpınar Recep: “İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1868-1968, Y. 1986, s. 512-536.

Belgesay, Mustafa Reşit: “Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti”, Tahkim Haftası s. 43, 45.

Bilge, Necip: “Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri” (Tahkim Haftası, s. 81-108) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 709.

Bilgen, Pertev: “Yap-İşlet-Devret Modeli Sözleşmeler”, 1. Uluslararası İdare Hukuku Kongresi, II. kitap, 1990, s. 799-804.

Bilgen, Pertev: “İdari Uyuşmazlıklar”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, (125. Yıl) Y. 1993, s. 148-193.

- Bilgen, Pertev:** "Kamî Hizmeti Hakkında" İHİD., Mart 1990, S. 116.
- Bulgu, Şevket:** "Hukukta Tahkim Müessesesi", ABD., Y. 1954. S. 3. s. 231 -236.
- Çenberci, Mustafa:** "Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti" (Tahkim Haftası. s.119-150).
- Derdiyok, Türkmen:** "Yap-işlet-Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, S.9, Eylül 1993, s.95-103.
- Dinçer Güven:** "İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları I", Danıştay Dergisi, S. 8, Y. 1973, s. 18-32.
- Duran, Lütfi:** "Yap-İşlet-Devret", AUSBFD, C. 46, S. 1-2, 1991, s. 147-170.
- Duran, Lütfi:** "İdari Mukavele", İHFM, Y. 1966, S. 32, s. 351-359; "Türk Hukukunda İdari mukavele", İHFM, Y. 1964-1 965, S. 30. s. 418-447.
- Dündar, Erol:** "İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi", Sayıştay Denetçiler Dergisi, C. 3, Y. 1972, S. 15, s. 15-18.
- Giritli, İsmet:** "Henry Capitant Derneği'nin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler" İHFM., C. 30, S. 34, s. 493-497.
- İmregün, Oğuz:** "Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü", (Tahkim Haftası,s.163-173).
- Kalpsüz, Turgut:**"Ticaret Odalarında Cereyan Eden Tahkim", (Tahkim Haftası,s.209-254).
- Karafakih, İsmail Hakkı:** "Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu" ABD., Y 1951,S. 90-91., s. 2-9.
- Karayalçın, Yaşar:** "Tahkim Sözleşmesinde Oybirliği Kaydı", YD.1979/3, s. 629-634.
- Koral, Rabi:** "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim" (Mukayeseli Etüt), İHFM, Y. 1947, s. 193-218; "İç Hukukumuzda Tahkim", İHFM, Y. 1947, S. 3, s. 1038-1081.
- Kızılyallı, Hüsnü:** "Yeni –Panacea- Tahkim", Cumhuriyet Gazetesi, 18.08.1999.
- Kutay, İlhan:** "3533 Sayılı Kanuna Göre Tahkim" (Tahkim Haftası, s. 317-324).
- Kuzum, Yıldırım:** "İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştay'ca İncelenmesi" Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1868-1968, Ankara 1968, s. 758-774, s. 964, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Meriç, Osman:** "İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", Danıştay Dergisi, C. 3, S. 11, Y. 1973, s. 66-81.

- Oğuzman, Kemal:** “Toplu İş Uyuşmazlıklarında Mecburi Tahkim”(Tahkim Haftası, s. 263-297).
- Ohri, İskender:** “1447sk. ile Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanununa göre tahkim (Tahkim Haftası, s.327-334)
- Okay, Sami:** “Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı” (Tahkim Haftası, s425-446).
- Olgaç, Sezai:** “Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları” (Tahkim Haftası, s.179-197).
- Özgen, Eralp:** “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, AHFM, Y. 1960, S. 7, s.1-4, s. 255-289.
- Öztin, Akgüç:** “Geriye Dönüş”, Milliyet Gazetesi, 25 Şubat 1989, s.2.
- Savcı, Bülent:** “Hukukta Tahkim Müessesesi” ABD., Y. 1954, S. 3, s. 231 -236.
- Sebük, M. Tahir:** “Hakem, Hakem Bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, (Tahkim Haftası, s. 61-71).
- Sirmen, Ali:** "Dünyada bugün talan dönemi", Cumhuriyet Gazetesi, 13.08.1999.
- Şenalp, H. Ergin-M. Bilir:** “Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği”, Türk İdare Dergisi, S. 382, Mart 1989, s. 127-171.
- Şener, Burcu:** "Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Biri Olarak İmtiyaz", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Kasım 1999, S. 104, s. 54-63.
- Tan, Turgut:** “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, Türk İdare Dergisi, S. 378, mart 1988, s.73-90.
- Tan, Turgut:** “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, Ankara 1991, s.229-335.
- Tan, Turgut:** “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş İmtiyazlar”, SBFD, C. XXII, S. 2, 1968, s. 285-326.
- Tan, Turgut:** “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara 1991, s. 233-252.
- Tan, Turgut:** “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, C. 47, AÜSBFD, S. 3-4, s. 307-324.
- Tekeli, Mine:** “Yap-İşlet-Devret Modelinin Ekonomik Yararlılığı”, Muhasebe İşletme ve Finans Dergisi, S. 31-32, Eylül-Kasım 1989, s. 25-26.
- Uğur, Oktay:** Maliye Bakanlığı Araştırma Raporu, 1991.

Uler, Yıldırım: "Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 22. S. 1-4, Y. 1965, s. 2-23

Uler, Yıldırım: "Tahkime Direnmek Ödevdir", Cumhuriyet Gazetesi, 10.08.1999.

Uluatam, Özhan: "Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler", İşveren Dergisi, C. XXVII, S. 5, Şubat 1987, s. 27-29.



ÖZGEÇMİŞ

Evli ve bir çocuk babası olan Cengiz ÜNSAL Ankara 1966 doğumludur. İlk ve orta dereceli tahsillerini Kastamonu ilinde tamamladıktan sonra 1984 senesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğrenimine devam etti, 1988 senesinde Fakülte'deki öğrenimini tamamlayarak Kastamonu ilinde bir müddet Avukatlık yaptı, daha sonra sırasıyla Diyarbakır ili Hani ilçesinde, Kastamonu ili Küre ilçesinde ve Kırıkkale ili Keskin ilçesinde Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptı. Halen Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığında Adalet Müfettişi olarak görev yapmaktadır.