

**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN
AKDEDİLME SÜRECİ VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ravda KEÇEOĞLU YOLCU**

**Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER

ARALIK 2019

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN
AKDEDİLME SÜRECİ VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ravda KEÇEOĞLU YOLCU(127220035)

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Bu tez 13/12/2019 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

	Adı SOYADI	Kanaati			İmza
Jüri Başkanı	Prof. Dr. Ahmet NOHUTÇU	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi (Danışman)	Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	

BEYAN

Tez Başlığı: İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilme Usulü ve Uyuşmazlıkların Çözümü
Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 123 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 10.01.2020 tarihinde aşağıda ismi yazılı öğretim üyesi tarafından şahsıma iletilen turnitin intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı % 21'tir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı SOYADI : RAVDA KEÇEOĞLU YOLCU

Öğrenci Numarası : 127220035

Ana Bilim Dalı :KAMU HUKUKU

Programı :KAMU HUKUKU

Türü : () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Taramayı Yapan Arş. Gör.
(Adı Soyadı, İmzası, Tarih)

Danışman
(Adı Soyadı, İmzası, Tarih)
Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER

İÇİNDEKİLER

BEYAN.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
GİRİŞ	1
Çalışmanın Konusu.....	1
Çalışmanın Önemi	3
Çalışmanın Amacı.....	3
Araştırmanın Hipotezleri	4
Araştırmanın Yöntem ve Teknikleri.....	5
BİRİNCİ BÖLÜM	7
KAMU HİZMETİ İMTİYAZI VE İDARİ SÖZLEŞMELER.....	7
1. Kamu Hizmeti İmtiyazı.....	7
2. Kamu Hukuku- Özel Hukuk Ayrımı.....	9
2.1. Genel Olarak.....	9
2.2. Organik Kriter.....	14
2.2.1. Hakîmiyet ve Temşiyet Tasarrufları Arasındaki Farka Dayanan Kriter	14
2.2.2. Kamu Hizmetlerini Esas Tutan Kriter	14
2.3. Maddi Kriter	17
2.4. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Değişikliği Sonrası Durumu.....	18
3. İDARİ SÖZLEŞMELER	23
3.1 Tanımı	23
3.2. İlkeleri	27
3.3. Çeşitleri	32
3.3.1. Müşterek Emanet.....	33
3.3.2. Kamu İstikraz (Borçlanma)	34
3.3.3. Bayındırlık (Nafia) İşleri Taahhüdü Sözleşmeleri.....	35
3.3.4. İltizam	37
3.3.5. İdari Hizmet Sözleşmeleri	38
3.3.6. Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmesi.....	40
İKİNCİ BÖLÜM.....	43
İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ve AKDEDİLME USULÜ	43
2.1. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ	43

2.1.1. Tanımı.....	43
2.2.2. İlkeleri.....	46
2.2.3. Tarihsel Süreçte Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri.....	48
2.2.3.1. İmparatorluk Dönemi.....	48
2.2.3.2. Cumhuriyet Dönemi.....	51
2.2. SÖZLEŞMENİN AKDEDİLME USULÜ	54
2.2.1. Yetki	54
2.2.2. Şekil	55
2.2.2.1. Danıştay Görüşü.....	56
2.2.2.2. Rekabet Kurulu’ndan İzin.....	59
2.2.3. Hazırlık Safhası	59
2.2.4. İhale Safhası	67
2.2.4.1. Aleniyet.....	70
2.2.4.2. Serbest Rekabet.....	71
2.2.4.3. Saydamlık	73
2.2.4.4. Eşit Muamele	73
2.2.4.5. En İyi Fiyat	74
2.3.5. Tarafların Hak ve Borçları.....	75
2.3.5.1. İdarenin Hakları	75
2.3.5.2. İmtiyaz Sahibinin Hakları	77
2.3.5.3. Sözleşmenin Yeni Durumlara Etkisi.....	79
2.3.6. Sözleşmenin Sona Ermesi	81
2.3.6.1. Olağan Sona Erme	81
2.3.6.2. Muvakkat El Koyma	82
2.3.6.3. İmtiyazın Iskatı	83
2.3.6.4. Geri Alma (Raşa)	83
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	87
UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	87
3.1. Uyuşmazlıkların Tasnifi.....	87
3.1.1. Sözleşme Öncesi Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	87
3.1.2. Sözleşme Sonrası Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	88
3.1.3. Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	89
3.1.4. Üçüncü Kişiler Tarafından Yöneltilen Davalar	90

3.1.5. Ayrılabilir İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü.....	91
3.2. Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri	95
3.2.1 İdari Yargı.....	96
3.2.1.1. İptal davaları	100
3.2.1.2. Tam yargı davaları	105
3.2.2. Adli Yargı	106
3.2.3. Tahkim	108
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	117
KAYNAKÇA.....	125
ÖZGEÇMİŞ.....	131



KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: Aynı eser
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas
HAİUY	: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
İmtiyaz	: Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİB	: Kamu İhale Bülteni
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Kurul	: Kamu İhale Kurulu
Kurum	: Kamu İhale Kurumu
Md	: Madde
No.	: Numara
OJEU	: Avrupa Birliği Resmi Gazetesi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa

Uy. Mahk : Uyuşmazlık Mahkemesi
Vd : Ve devamı
YİİUY : Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
Yy : Yüzyıl



Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilme Usulü ve Uyuşmazlıkların Çözümü	
Tezin Yazarı: Ravda KEÇEOĞLU YOLCU Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER	
Kabul Tarihi:	Sayfa Sayısı: ...(ön kısım)+....(tez)+....(ekler)
Ana bilim Dalı: Kamu Hukuku	Bilim Dalı: Kamu Hukuku
İdarenin egemen güç olması nedeniyle tasarruflarını yaparken kullandığı tek taraflı işlemlerinden ayrı tutulan idari sözleşmelerin en tipik ve en mükemmel örneği olarak kabul edilen, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, İmparatorluk döneminden Cumhuriyet dönemine ve bugüne değin değişen hukuki niteliği, şekil şartları ve akdedilme usulü ile uyuşmazlıkların çözümü çalışmamızda ele alınmıştır. İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmelerin tanımı ile çeşitlerine değinilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinin, idari sözleşme türleri arasındaki farklılıkları ortaya konularak, kamu hukuku özel hukuk ayırımına değinilmiştir. Anayasa hükümlerinde 4446 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış, bunun sonucunda imtiyaz sözleşmeleri özelinde, getirdiği yeni hukuki durumlar Danıştay kararları çerçevesinde inceleme altına alınmıştır. Bu bilgiler ışığında imtiyaz sözleşmesinin geniş tanımı çerçevesinde değişen ve küreselleşen dünya konjonktüründe imtiyaz sözleşmelerinin bugünkü akdedilme usulleri ve uyuşmazlıkların çözümleri yargı kararları, doktrin ve tatbikat penceresinden incelenmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilme usullerinde, özellik taşıyan hususlara değinilerek doktrin, kanun ve tatbikat üçgeninde kabul görmüş uygulamalardan bahsedilmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin doktrinsel ifade ile İdarenin ihale açmadan imtiyazcısını serbestçe seçebilme özgürlüğünü sağlayan sözleşme tanımlamasının yanında, bu serbestinin belli ilkeler çerçevesinde sınırlı olduğunu kabul etmek gerekmiştir. Uygulamada, bu kabul ile uyumlu olarak İdare, imtiyaz sözleşmelerinde izlenecek ihale usulünü şartnameler içerisinde düzenleme altına alarak, hangi ihale usulünün uygulanacağına karar vermektedir. Yürürlükte olan Menafii Umumiyye İmtiyazat Hakkında Kanun ile ihale usulleri hususunda temel birkaç husus dışında düzenleme yoluna gidilmemiştir. Bunun yanında, İdarenin gelir getirici ve sarfiyatlarını düzenleyen her iki ihale kanunu olan; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında da imtiyaz sözleşmesinin yer almaması; imtiyazcının seçimi konusunda serbest olduğu görüşünü destekler niteliktedir. Buna rağmen İdare ihale mevzuatlarında yer alan ilke ve esasları gözeterek imtiyazcısını seçme yoluna gittiğini görmekteyiz. İdarenin bu usul ile ihale aşamalarının denetlenebilir olmasını sağladığını görmekteyiz. Tez kapsamında tartışmaların kaynağı olan imtiyaz sözleşmelerinin, akdedilme usulünün uygulamadaki örneklerini ve hukuki niteliğinin Anayasal hükümler bazında değiştirilmesi ile bu değişikliklerin kamu yararı ilkesi ışığında uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yeri açısından yarattığı tartışmalarına değinilmiştir.	
Anahtar Kelimeler: <i>Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, İmtiyaz, İdari Sözleşmeler, akdedilme usulleri, uyuşmazlıkların çözümü.</i>	

Yalova University Insitute of Social Sciences Master Thesis Summary

Thesis Title: Settlement of Public Service Concession Agreements and Settlement of Disputes	
Thesis Author: Ravda Keçeoğlu Yolcu Advisor: Assist. Prof. Sırrı DÜĞER	
Date of Acceptance:	Total Number of Pages: ... (pre text)+... (main body) + (appendices)
Department: Public Law	Field of Study: Public Law
In our study, the legal nature of the concession contracts, which are accepted as the most typical and perfect example of the administrative contracts that are kept apart from the unilateral transactions used by the administration in making their savings due to being the sovereign power of the administration, have changed from the Imperial period to the Republican period and the procedure of settlement of the disputes. It is discussed. The definition and types of administrative contracts made by the administration are mentioned. The distinction of concession agreement between the types of administrative contract has been put forward and the distinction between public law and private law has been mentioned. The provisions of the Constitution were amended by Law No. 4446 and as a result of this, new legal situations brought under the concession agreements were examined within the framework of the decisions of the Council of State. In the light of this information, in the context of the broad definition of the concession agreement and the globalization of the world conjuncture, the present procedure of concession agreements and the settlement of disputes are examined from the perspective of judicial decisions, doctrine and practice. In the procedures for the conclusion of concession agreements, the practices that are accepted in the triangle of doctrine, law and practice are mentioned by mentioning the particularities. It was necessary to acknowledge that the concession agreements were limited by certain principles, in addition to the doctrinal expression of the concession agreements, which provided the contracting authority with the right to freely choose the concessionaire without the tender. In practice, in accordance with this acceptance, the Contracting Authority regulates the tender procedure to be followed in the concession contracts within the specifications and decides which tender procedure to apply. With the Law on Concession to the General Public Service in force, no regulation has been taken except for a few basic issues regarding the tender procedures. In addition, both the procurement law regulating the revenue generation and consumption of the Administration; The absence of the concession agreement within the scope of the State Procurement Law No. 2886 and the Public Procurement Law No. 4734; supports the view that the franchiser is free to choose. Nevertheless, we observe that the Contracting Entity has chosen to choose its concessionaire by considering the principles and principles in the tender legislation. We see that the administration ensures that the tender stages can be controlled by this procedure. In the scope of the thesis, the constitutional provisions of the concession agreements, which are the source of the debates, are changed in terms of the constitutional provisions in practice and the disputes created by these amendments in the light of the principle of public interest in terms of settlement and view of disputes are mentioned.	
Keywords: Public service concession conditioning and contracts, Concession, Administrative Contracts, Contracting procedures, Settlement of disputes.	

GİRİŞ

İdari sözleşmeler, İdarenin egemen güç olması nedeniyle tek taraflı işlemlerinden ayrı tutulan, ancak karar alırken kullanmış olduğu tasarruf yetkilerinden birisi olarak önemli bir yer tutan işlemleri arasındadır. İdari sözleşmelerin en tipik örneği olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini çalışmamız içerisinde diğer idari sözleşme çeşitlerinden ayırarak detaylı şekilde incelemekteyiz.

İdari sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimin özellikleri, kriterleri bu bağlamda imtiyaz sözleşmelerinin diğer idari sözleşmeler arasındaki yerinin incelenmesi söz konusudur.

İmtiyaz sözleşmesinin özellik gösterdiği konulardan olan, imtiyazcının seçimi hususu sözleşmenin akdedilme usulü başlığı altında inceleme altına alınmıştır. İmtiyaz sözleşmelerinin, İdarenin ihale kanunlarına tabi olmamasından kaynaklı olarak ortaya çıkan yasal boşluğun uygulama ile doldurulan akdedilme usullerine değinilmektedir.

İdari sözleşmelerinin en tipik örneklerinden olan imtiyaz sözleşmelerinin mahiyetinin 4446 sayılı Kanun ile değişik Anayasa hükümleri ve devamında Anayasa değişikliğine uyum sağlamak amacıyla yapılan bir dizi kanun değişikliklerinin kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri sahasında meydana getirdiği değişiklikler inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın Konusu

Çalışmamızın konusu “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilme Usulü ve Uyuşmazlıkların Çözümü*” adını taşımakta olup, beş ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde *Kamu Hizmeti İmtiyazı ve İdari Sözleşmeler* başlığını taşımaktadır. Kamu hizmeti kavramı üzerinde durularak, özel hukuk ve kamu hukuku ayırımına değinilmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmeti görme özelliğinden bahsedilerek, sözleşme yapma sınırlarına değinilmiş ve bu bağlamda İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmelerin, diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayırımı noktasında kullanılacak kriterler ele alınmıştır. Doktrinde kabul görmüş bu kriterleri, Organik Kriterler ve Maddi Kriterler başlıkları altında toplayıp, organik kriter başlığı altında alt ayırım açarak “Kamu Hizmetlerini Esas Tutan Kriter” ve “Hakîmiyet ve Temşiyet Tasarrufları Arasındaki Farka Dayanan Kriter” de incelemeye tabi tutulmuştur. Ele alınan kriterlerin doktrin nazarında itibar görenlerine değinilmek ile beraber değişen kanunlar ile birlikte kamu hukuku- özel hukuk ayırımının gitgide zorlaştığı konularda geliştirilen ölçütlere de değinilmiştir.

Yap – İşlet – Devret modelinin hukuki niteliği ve Anayasa değişikliği sonrası durumunu idari sözleşmelerin hukuki durumu açısından özellik arz etmesi sebebi ile ayrıca bir başlık altında inceleme gereği duyduk. Yap – İşlet – Devret modeli 04.12.1984 gün ve 18160 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe sokulan 1984 tarih 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile

Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ile ilk defa literatürümüze girmiş bir sözleşmedir. Kanuni nitelendirmesi itibari ile İdarenin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın çeşitli içtihatlarında hukuki nitelendirme itibari ile idari sözleşme olduğundan bahisle Danıştay’ın “inceleme” yetkisi kapsamında kaldığı yönünde yargı kararlarının sonucunda; 4446 Sayılı yasa ile değiştirilen Anayasa hükümleri ve buna uyumlu olarak yapılan kanun değişikliklerinin sonucunda varılan son değerlendirmelere değinilmiştir.

İdari Sözleşmeler adını verdiğimiz üçüncü yan başlık ile sözleşme kavramı ve idari sözleşmelerin yeri, tanımı, ilkeleri açıklanmış ve idari sözleşme çeşitlerini en tipik örneklerinden olan Müsterek Emanet, Kamu İstikraz (Borçlanma), Bayındırlık (Nafia) İşleri Taahhüdü Sözleşmeleri, İltizam, İdari Hizmet ve İmtiyaz sözleşmelerine değinilmiştir. Tüm bu kriterler nazarında, Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri; Avrupa Birliği Adalet Divanı, Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları ile birlikte top yekün değerlendirmeye tabii tutulmuştur

İmtiyaz Sözleşmeleri ve Akdedilme Usulü, çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturmaktadır. İlk yan başlık ile Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tanımı yapılmıştır. Alt başlıklarında, İmparatorluk Döneminden günümüze kendine uygulama alanı bulmuş olan imtiyaz sözleşmelerinin değişimi, akdedilme usulü üzerine bir değerlendirme yapılmıştır. İdari rejimin kabulü ve Cumhuriyetin ilanı üzerine siyasi politikanın değişmesi ile birlikte kamu hizmetlerinin “İmtiyaz” usulü ile gördürülmesinin yerini raşa yolu ile “Devletleştirme” politikasına bırakmış; bu bağlamda, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yaşadığı değişim mercek altına alınmıştır.

Sözleşmenin Akdedilme Usulü yan başlığı altında, yetki, şekil, hazırlık ve ihale safahatı hakkında bilgiler verilmiştir. Devamında sözleşmenin akdedilmesi ile yükümlülük altına giren tarafların hak ve borçlarını ayırarak; sözleşmenin yeni durumlara etkisi yan başlığı altında, öngörülemezlik “Imprevision” ve Egemen Olgusu “Fait du Prince” ilkeleri incelenmiştir. Sözleşmenin olağan sona ermesi ile birlikte İdarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye biçimlerinden olan *muvakkat el koyma*, *imtiyazın ıskatı*, *raşa (geri alma)* hakkında yargı kararlarından örnekler verilerek detaylı açıklamalarda bulunulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü ve son ana başlığı olan *Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yöntemleri* başlığının ilk kısımda *Uyuşmazlıkların Tasnifi* yoluna gidilmiştir. *Sözleşme Öncesi*, *Sözleşme Sonrası*, *Taraflar Arasında*, *Üçüncü kişiler Tarafından Yöneltilen ve Ayrılabilir İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü* alt başlıkları ile incelenmiştir. Bu bölümde sözleşme öncesi ve sözleşme sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların yanı sıra üçüncü kişilerin başvurabilecekleri hukuki yollar da inceleme altına alınmıştır. Bunun yanında, 4446 Sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa hükümleri ve devamı olarak kanunlarda yapılan değişikliklerle birlikte tahkim de artık kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri için başvurulabilecek bir yol haline gelmiştir. Bu nedenle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinde de değişimine sebep olmuştur. *Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri ile İdari*

Yargı, Adli Yargı ve Tahkim konularına değinilmiş olup, değışen kanunlar çerçevesinde kanuni nitelendirmesi yapılmış olan özel hukuk sözleşmeleri ile idari yargı içerisinde kalan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri ele alınmıştır.

Çalışmanın Önemi

İmparatorluk Döneminde imtiyazlar olarak uygulama alanı bulmuş olan ve bir devrin kapanışına neden olarak gösterilen bu sözleşmelerin 18.yy'dan bu yana incelenmekte olan bir konu olduğu tartışmadan varestedir. Konunun çağlar boyunca tartışma yaratan birçok yönü olmakla birlikte, biz çalışmamızda 1326 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'u milat alarak çalışmamıza başladık. Kanun bu alana ilişkin ilk düzenleme olarak yer almakla, bu alanı düzenleyen yegâne metin olarak İmparatorluk döneminden bu yana varlığını sürdürmektedir. Değışen yüzyıl ile birlikte artan ve giderek değışen kamu hizmeti ihtiyaçlarının giderilme yöntemlerinde de değışiklik meydana getirmiştir. Ancak tüm bu değışim, imtiyaz sözleşmelerinin en tipik ve en mükemmel idari sözleşme türü olarak varlığını devam ettirmesine engel teşkil etmemiştir.

İdari rejimi kabul ettiğimiz, 1868 yılından bu yana geçen zamanda halen İdare Hukuku'nun genel ilkeleri tanımlanmaktadır. İdare Hukuku, Devlet'in, kendi eliyle kendisini koruduğu bir alan iken; zamanla ferdin hukuk dünyasında yarattığı tüm menfaat ve hak ihlalleri karşısında sorumlu tutulduğu bir hukuk dalı haline evrilmiştir. Bu bağlamda İdarenin tasarrufları arasında sayılan işlem ve eylemlerinin yanında, yapmış olduğu sözleşmeler de denetim kapsamında yer almaktadır.

Bunun yanında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin İdare tarafından kullanıldığı alanlar da giderek değışmekte ve artmaktadır. Ancak bu artış kanunun verdiği ad ile "imtiyaz" olarak anılmamakla birlikte, imtiyazın esasları benimsenerek "görevlendirme, yetkilendirme" gibi başka adlarla uygulanmasına devam edilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, dünden bugüne İdare hukuku alanı içerisinde idari sözleşmelere verilebilecek en uygun örneklerden birisi olması sebebi ile önem arz etmektedir. Biz de çalışmamızda, imtiyaz sözleşmelerini, usul ve uyuşmazlık yönü çerçevesinde inceleme altına aldık.

Çalışmanın Amacı

Ülkemizde kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin düzenleme altına alınması İmparatorluk dönemine, 23 Haziran 1910 (1326) tarihinde *Menafi-i Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un* kabul edilmesine dayanmaktadır.

İdari sözleşmeler içerisinde yer alan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin bu bağlamda tanımlayarak, imtiyaz sözleşmelerinin diğer idari sözleşmeler arasında ayrıma düştüğü, ihale mevzuatından hariç tutulma hususunun incelenmesi amaçlanmıştır Kamuda alım, satım, kira, ayni hak tesisi gibi kamuya gelir getirici veya kamu sarfiyatını gerektiren sözleşmelerde uyulması zorunlu olan ihale mevzuatından ve bu mevzuatta yer alan

ilkelerden yola çıkılarak, imtiyaz sözleşmelerinde “intuitu personea” kriterinin kanunlar çerçevesinde uygulamada kabul görmüş sınırlarına değinmeye çalıştık.

Sözleşmenin akdedilme usulünde, karşılaştırmalı hukuk ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararları, İdarenin tatbiki ve 2888 Devlet İhale Kanunu ile daha yeni 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almayan imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinde uygulamada İdare tarafından da kabul görmüş ihale usulleri kapsamında kendi değerlendirmemizi de katarak, bu alanda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu sonucuna ulaştık.

Araştırmanın Hipotezleri

Güncel teknolojik gelişmelere Devlet’in kendi eli ve memurları vasıtası ile büyük yatırımların teknolojik alt yapılarının yapımını üstlenememesi kamu idaresini formül bulma yoluna itmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, İdarenin kamu hizmetini özel hukuk kişileri aracılığı ile gerçekleşmesinde kullandığı en tipik ve bu alanda en mükemmel sözleşmelerden olduğu kabulü mevcuttur. Öyle ki; İmparatorluk döneminden bugüne kadar değişen rejime rağmen kendisini daima güncellemiş ve siyasi politikalara uyum sağlayarak bugün de kullanılmaya devam edilmektedir.

1980’li yılların sonunda liberal ekonomiye geçiş ile birlikte Dünya’nın bir ticaret pazarı haline gelmesi, az gelişmiş ve orta düzeyde gelişmiş ülkelerin kamu hizmeti yatırımlarına olan ihtiyacını ortaya koymuştur. Bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik Devletler, imtiyaz sözleşmeleri aracılığı ile kamu hizmetlerini bahsi geçen çok uluslu büyük ticari şirketler aracılığı ile görmeye başlamıştır.

Bu bağlamda, mevzuatımızda 20.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, Milli ve Milletlerarası tahkim yoluna başvurmayı ve başvurulması halinde uyulacak kuralları düzenleme altına almıştır. Bu düzenleme ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yolu açılmıştır.

Bunun yanında idari sözleşme olarak nitelendirilen imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcayı seçme özelinde esasen ihale hukuku alanında yer alan serbestinin uygulamada belli kurallar çerçevesinde 2886 sayılı Devler İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu içerisinde yer alan ihale ilkelerden yararlanılarak seçiliyor olması, tatbikatta incelemeye değer bir alanı oluşturmaktadır. Bu nedenle biz de İdarece, imtiyaz sözleşmelerini bağlarken uydukları ihale usullerini bu çalışmamızda inceledik.

İmtiyaz sözleşmesinin akdedilmesi hususunda ihale kanunlarına tabi olmayan bir idari sözleşmenin, tatbikattaki akdedilme usulüne ilişkin tanınan serbestinin kullanılmadığını görmekteyiz. İdarenin, ihale usullerini kıyasen uygulanmak yolu ile imtiyaz sözleşmelerini akdetme yoluna gitmesi, uygulamada bu hususta düzenlemeye ihtiyaç olduğunu düşündürmektedir.

İdare öyle görünüyor ki, imtiyazcının seçimi hususunda kendisine tanınan yetkiyi daraltarak, ihale mevzuatını uygulamak yolu ile denetimi mümkün kılmak istemektedir. Buradan hareketle imtiyaz sözleşmelerinin akdedilme usullerine ilişkin bağlayıcı mevzuat hükümleri yer almasa da İdare, ihale kanunlarının belirli ilke ve usullerini tatbik etmek yolu ile uygulama oluşturmuştur.

Buradan yola çıkılarak ve yukarıda bahsetmiş olduğumuz 1326 tarihli kanundan bu yana düzenlenmemiş olan imtiyaz sözleşmeleri hakkında yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin halen kullanılıyor olması ile tabi olduğu hukuki düzenlemenin geçen yüzyıldan kalmış olması olguları değerlendirildiğinde, bu alanın tatbikat, yargı kararları ve doktrin üçgeninde yeniden incelenmesini gerektirmektedir. Bu inceleme sonucunda yapılacak düzenlemeler ile imtiyaz sözleşmelerine hak ettiği itibarın teslimi mümkün olacaktır.

Araştırmanın Yöntem ve Teknikleri

Araştırmamızda tümden gelim yöntemi kullanılmıştır. 4446 sayılı Anayasal hüküm değişikliği esas alınarak, 2575 sayılı Danıştay Kanunu uyarınca yapılan değişiklikler incelenmiştir. Daha sonra, 2575 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde, idari sözleşmelerin hukuki niteliği bağlamında, açıklamalarda bulunulmuştur.

İmparatorluk döneminde imtiyaz sözleşmelerinin Türk hukuk tarihindeki başlangıç noktası olan 23 Haziran 1910 (1326) tarihinde yürürlüğe giren *Menafi-i Umumiye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun* üzerinden tanımlaması yapılmıştır. Bu açıklamalar sonucunda, İmparatorluk döneminde, kamu hizmetinin gördürülmesinde yaygın olarak kullanılan imtiyaz sözleşmelerinin önemini yitirdiğini ve Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında aldığı eleştiriler nedeniyle uygulama alanını kaybettiğini görmekteyiz.

Cumhuriyet döneminde değişen siyasi politikalar ışığında raşa hakkının idare tarafından kullanılması ile birlikte benimsenen “devletleştirme politikaları” sonucu 1924 anayasası ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine getirilen sıkı şekil şartları ile birlikte uygulama alanı daralan bu idari sözleşme tipine ilişkin döneme ait değerlendirmelerde bulunulmuştur. 1961 Anayasa ile birlikte imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde aranan şekil şartlarının azaltılması ve nihayet 1982 Anayasası ile birlikte liberal ekonomiye geçişin etkisi ile gündeme tekrar gelen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin geçirdiği değişim süreci ele alınmıştır.

Kamu hizmeti ihtiyaçlarının genişlemesi ve bu ihtiyaçların ileri teknoloji gerektirmesi imtiyaz sözleşmelerinin yerini diğer idari sözleşmeler arasında önem kazanmasına neden olmuştur. İdari sözleşmelerin en tipik ve mükemmel örneği olarak kabul edilen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin, diğer tip idari sözleşmeler olan müşterek emanet, bayındırlık (nafia), iltizam, idari hizmet sözleşmelerinin tanımları yapılarak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri arasındaki farklılıklara değinilmiştir. Bu farklılıklardan yola çıkılarak, imtiyaz sözleşmesi bağlamında yasal düzenleme ihtiyacının giderilmesi sonucuna ulaşılmıştır.

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özelinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapılarak, idari sözleşmeler bağlamında organik ve maddi kriterleri üzerinde durulmuştur. Bu başlığın altında müstakil bir yan başlık olarak değindiğimiz Yap-İşlet-Devret modelinin çıkış tarihini ve hangi alana ilişkin yaşanan boşluğu doldurmaya çalıştırıldığını bu çalışmamızda açıkladık. Bir idari sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildiği yap-işlet-devret modelinin 8 Haziran 1984 tarih 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ile başlayan tartışmaları ele alarak anayasa mahkemesinin iptal kararları ve Danıştay kararları çerçevesinde incelemelerde bulunduk. Tüm bu tartışmaları Anayasa’nın 155. ve 47. Maddesinde Devletleştirme ve Özelleştirme başlıklı ilgili maddesine eklenen Devlet’in kamu iktisadi teşebbüslerin ve diğer kamu tüzel kişileri tarafında yürütülen kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptıracağının seçiminin kanun aracılığı ile belirlenmesi ve Danıştay’ın “inceleme” yetkisini daraltarak “iki ay içerisinde düşüncesini bildirme” şeklinde değiştirince bu kez Danıştay’ın önüne gelen sözleşmenin kanunla belirlenmemiş olmasının dışında, inceleme yetkisi olmadığından Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi nitelendirmesi ile son durumu belirtir görüşleri yargı kararları ve doktrin görüşleri ışığında incelenmiştir. Bu bölümde yaptığımız araştırmalar sonucunda Danıştay’ın yetkisinin ortadan kalkması ile birlikte yeni nesil sözleşmelerin büyük çaplı kamu hizmetlerinin gördürülmesi usulünde tatbikatta rağbet gördüğü sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışma konumuzun özünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinin tanımını, ilkelerini, yapılışını, hazırlık safhası ve sözleşmenin akdedilmesini aynı bölüm altında toplayıp Avrupa Adalet Divanı, Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları ışığında değerlendirmeye tabi tuttuk. Sözleşmenin akdedilme usulünde İdare tarafından tatbikatta benimsenen ihale ilkelerinden yola çıkılarak imtiyaz sözleşmelerinde uygulanan ilkeler ışığında değerlendirmelerde bulunulmuştur. İhale safhasında, ilan, isteklilerin davet edilmesi, imtiyazcının seçimi hususunda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında uygulanan ilkeler ve imtiyazının bu ilkeler kapsamında seçimine ilişkin uygulamalara yer verilmiştir. Sözleşmenin akdedilmesi ve sözleşmenin sona ermesi ile birlikte idarenin kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri özelinde kamu gücünden doğan haklarına değinilmiştir.

Sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü ayrı başlık altında incelenerek 4446 sayılı kanun ile değişik anayasa hükümlerine eklenen tahkim yolu alternatif çözümünün imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki hukuki niteliğine dair değişimi tartışılmıştır. Taraflar arasında çıkan, üçüncü kişiler tarafından yönlendirilen ve ayrılabilir işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuki durumu bağlamında açıklamalarda bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZI VE İDARİ SÖZLEŞMELER

1.1.Kamu Hizmeti İmtiyazı

Kamu hizmeti, İdarenin genel kabul gören yapmakla ödevli olduğu hizmetlerin tamamına verilen bir kavramdır. Kamu hizmeti kavramının ilk defa Fransa’da ortaya çıkmıştır. Bu kavramın İmparatorluk döneminden sonra idari rejimin kabulü ile birlikte kullanmaya başlandığını söylemek mümkündür.¹

Fransız yazar Duguit’in ilk kez ortaya atmış olduğu “*services publics*” kavramı 23 Ekim 1925 tarih 699 sayılı Devleti Şura Kanunu’nda “hidemati umumiye” olarak çevrilmiş daha sonra “umumi hizmetler” olarak kullanım alanı bulmuş ancak “*public*” kelimesini en iyi karşılayan “*kamusal*” kelimesi ile tam karşılığını bulsa da doktrin arasında “kamu hizmeti” olarak kullanımı yaygınlaşmıştır.²

Duguit, kamu hizmetini “*Bir milletin içinde, milletin işgal ettiği ülkenin sınırı içinde kuvveti elinde tutmak suretiyle idare edilenlerden farklılaşan idare edenler bu kuvveti, "kamu hizmetlerini" (services publics) düzenlemek ve denetlemek için kullanmalıdırlar. Böylece "kamu hizmetleri" (services publics) devletin unsurlarından biridir.*”³ Demekle bu kavramı ilk defa ortaya atmanın yanı sıra İdare hukukunun anahtar kavramını akademi ve uygulamaya sunmuştur.

Bu görüşe göre, kamu hizmetleri İdarenin yani Devlet’in oluşma sebebinin yapı taşıdır. Fertlerin ihtiyacı olan kamu hizmetlerinin çeşitli alanlarda düzenli ve istikrarlı olarak görülmesi İdarenin en temel görevlerindendir. Milli savunma, bayındırlık, milli eğitim ve öğretim gibi kamu hizmetlerinin fertlere eşit, düzenli ve istikrarlı bir şekilde sunumunun İdare hukukunun konusunu oluşturduğu bilinmektedir.⁴

Kamu hizmeti, kamu yararını gözeterek kamunun ihtiyaçlarını istikrarlı ve düzenli bir şekilde Devlet veya kamu tüzel kişiliği eliyle kamuya sunulmasıdır. O halde kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi konusunu inceleme altına almadan önce kamu hizmeti kavramını incelemek gerekecektir. İmtiyaz usulü, bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisinin Devletin denetim ve gözetimi altında düzenli ve istikrarlı şekilde görmeyi taahhüt ettiği bir idari sözleşmedir. Bu sözleşmeler aracılığı ile kamu hizmeti özel hukuk kişisi aracılığı ile görülmektedir. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin özel hukuk kişisi aracılığı ile sözleşme akdetmek suretiyle yürütülüyor olması bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayıran unsuru oluşturmaktadır.⁵

Kamu hizmeti kavramının içeriğinin doldurulması İdare hukuku alanında çalışan yazarların tartışma konusu olmuştur. Kamu hizmetinin torba bir kavram olarak kullanılarak İdare

¹ Derbil, S, (1950), Kamu Hizmeti Nedir? *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3), s.6. 0-0. DOI: 10.1501/Hukfak_0000000213

² Süheyp Derbil, a.g.m., s. 2.

³ Duguit’ten aktaran, Süheyp Derbil, a.g.m., s.2.

⁴ Onar, S. S, (1966), *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul: I. Cilt, Üçüncü Baskı s.13.

⁵ Memiş, E, (2014), *Genel İdare Hukuku Notları*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.209.

hukukunun sınırlarının tespitini engelleyen görümlerin yanı sıra; objektif hukuk kuralları ile sınırların tespiti sayesinde İdarenin sunmuş olduğu hizmetlerin tamamının kamu hizmeti olarak adlandırılmayacağına ilişkin görüş de bulunmaktadır.⁶

Kamu hizmeti sınırları önceleri daha keskin olarak belirlenmiş olsa da günümüzde bu keskin sınırlardan söz etmek mümkün görünmemektedir. Başlarda kamu hizmeti yalnızca Devlet eliyle yürütülebilen faaliyetler olarak tanımlanmaktaydı. Kamu hizmeti faaliyeti Devlet tarafından temin edilen teşkilat ile yürütülmesi zorunlu olan faaliyet olarak görülmekteydi. Hatta bu hizmetler kişiler, özel teşebbüsler eliyle gördürülüyor ise bunların, kamu hizmeti sahasında olması da mümkün görünmemekteydi.⁷

Değişen çağ, ferdin artan ihtiyaçları ile birlikte bu temel kamu hizmeti ihtiyaçları genişleyerek, sosyal devlet politikası gereği hizmetlerin sosyal alana da yayılmasına sebep olmuştur. Artık İdare, ferdin sosyal ihtiyaçlarını da kamu hizmeti kapsamında görmekte ve bu alana yönelik hizmetler sunmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu, İş Bulma Kurumu, Belediyelerin yapmış olduğu Sosyal Gelişim Merkezleri ferdin kamu yararını gözetleyen kamu hizmetlerine örnek gösterilebilmektedir.⁸

Kamu hizmetlerinden her bir kişi kayıtsız ve şartsız olarak faydalanabileceği gibi bazı durumlarda objektif olarak sınır konulması gerekebilir. Bu sınırın kişilerce önceden öngörülerek kamu hizmetinden yararlanıp yararlanamama hakkının tespitinin de mümkün olması gerekmektedir. Aksi halde, sübjektif olarak konulan sınırlamalar ile ferdin kamu hizmeti alma hakkının hukuka aykırı olarak engellenmesi hali olurdu ki, kamu hizmetinin kamuya ait olma tanımı ile uyuşmazdı.

Kamu hizmetini gördüğü hizmet alanı açısından da alt başlıklara ayırmak mümkündür. Yargısal kamu hizmeti, Yasama kamu hizmeti ve İdari kamu hizmeti şeklinde ancak İdari teşkilatın içinde yer alan kamu hizmeti kavramının özelinde incelemiş olduğumuz imtiyaz sözleşmeleri İdari kamu hizmeti kavramının içinde değerlendirmek doğru olacaktır.⁹

Kamu hizmetinin taşınması gerektiği unsurlar bakımından doktrin birtakım tanımlamalara gitmiştir. Tanımlama açısından güncel kamu hizmeti kavramına uyum sağlayabilecek unsurları belirlemek gerekir ise; “*süreklilik, eşitlik, hasbılık ve değişkenlik*”¹⁰ olarak sayılabilmektedir.

Doktrin, kamu hizmetinin konusunu tanımlarken bir kısmı daraltıcı bakış açısı ile belirlerken bir kısmı genişletici olarak tanımlamıştır. Ancak değişkenlik unsuru bizce de çağın ve koşulların gerektirdiği ölçüde İdarenin kamu hizmeti olarak belirlediği bir alanı ihtiyaç kalmaması halinde kaldırabileceği gibi, kamu hizmeti alanında yer almayan bir hizmeti doğan ihtiyacı karşılayacak şekilde kamu hizmeti alanı olarak ihdas edebilmelidir.

⁶ Kamu hizmeti anlayışı için bkz: Memiş, E, (2017), *Genel İdare Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.34 vd.

⁷ Sıddık Sami Onar, a.g.e., I. Cilt, s.14.

⁸ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*. s.37.

⁹ Derbil, S, (1959), *İdare Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından:133, s.444.

¹⁰ A.g.e., s.447.

Kamu hizmetinin sürekli ve muntazaman yürütülmesinin yanında sunulan bu hizmetten eşit şekilde faydalandırılması da önem arz etmektedir. Kamu hizmeti özel hukuk toplulukları gibi kar gütmeye amacı ile yapılan bir ticari faaliyet halini de almamalıdır. Burada amaç kamunun ihtiyacını karşılamaktır.

Buradan hareketle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi de tabi olduğu hukuk bakımından idare hukuku alanında kalmaktadır. Yapılan iş sebebi ile kamunun yararına olan kamu hizmetini sürekli, istikrarlı ve muntazam şekilde özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesini ifade etmektedir. İmtiyaz sözleşmesi ile İdarenin faaliyet alanında kalmakta olan kamu hizmetinin; ekonomik, teknolojik gibi çeşitli nedenler ile özel hukuk kişisine devretmesini ifade etmektedir. İdare bu alana ilişkin yetkisini devretmiş olsa da bu hizmeti sürdüren özel hukuk kişisini denetim ve gözetim altında tutmaya devam edecektir.

1.2. Kamu Hukuku- Özel Hukuk Ayrımı

1.2.1. Genel Olarak

Kara Avrupası Hukuk sistemi olarak nitelendirilen ve bizim de dahil olduğumuz hukuk sistemi, özelliği itibari ile kamu hukuku ve özel hukuk ayrımına dayanmaktadır. Kara Avrupası hukuk sisteminde kamu idarelerinin dahil olduğu doğmuş ve/veya doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, idare hukuku olarak belirlenmiştir. Bu sınırların belirginliği zamanla silikleşmiş olsa da kamu idarelerinin münhasıran idare hukuku alanı içerisinde kalan işlem, eylem ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara idari yargı alanı içerisinde bakılmaktadır. Buna karşın Anglosakson hukuk sisteminde bulunan yargı birliğinin de nispeten idari yargı, adli yargı ayrımına doğru seyrettiği gözlemlenmektedir. Her iki sistemde de eksiklik hissedilen parçalara doğru kayma söz konusudur. Ancak bu geçişkenlik uygulamada, kamu ve özel hukuk ayrımının keskin sınırları olması gerektiğini düşünenler ile düşünmeyenler arasında tartışma yaratmıştır.¹¹

İdarenin yapacağı sözleşmelerin özel hukuka mı, yoksa idare hukukuna mı tabi olacağına ilişkin belirleme, ilgili yasalar tarafından yapılabilir. *Yasa koyucunun nitelemesi doğrudan bir niteleme olabileceği gibi, dolaylı bir niteleme de olabilir.*¹²

Yargı yerinin tespiti hususunda kanun hükmü bulunabilir. Bu halde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların ilgili yasa maddesi ile yargı yerinin tespit edilmiş olması uygulanacak hukuk kurallarının da tespiti anlamına gelebilmektedir. “*Kanun görevli yargı merciinin idari yargı yerleri olduğu hükmünü koymuşsa, sonuç olarak, ortada, kanunun nitelediği idari sözleşme var demektir.*”¹³ Aynı zamanda kanun bazen idari sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi, doğrudan niteleme ile sözleşmenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olup olmadığını ya da sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hangi yargı

¹¹ Düğer, S, (2019), *Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.102.

¹² Gözler, K, (2003), *İdare Hukuku Cilt II*, Bursa: 1.Baskı, Ekin Kitapevi s.181.

¹³ Bilgen, P, (2011), Kamu Hizmeti Hakkında, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1(1), s.114. <http://dergipark.org.tr/iuihid/issue/1261/14817>

düzeninde çözüleceği sorunsalına açıklık getirerek de bu sözleşmelerin hukuksal rejimini saptayabilmektedir.¹⁴

Kamu hizmetinin kapsadığı alan oldukça geniştir. Kapsadığı alanın geniş olmasından dolayı, bu alanın tek bir kanun ile düzenleme altına almak mümkün olmamıştır. Bunun yanında idare hukukunun tedvin edilemeyeşi, devamlı değişkenlik arz eden ölçütleri, kapsadığı alanın daraldığına veya genişlediğine dair doktrin tartışmaları kamu hukuku-özel hukuk ayrımının girift bir hal almasını sağlamaktadır.¹⁵

Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesi her şeyden önce bunları oluşturan kanunlar ile tespit edilmektedir. Bu hususta kanunda yargı merciinin tespitinin olması pozitif hukuk gereğince çözümlenmesini sağlayacaktır. Örnek vermek gerekir ise, ihtisas mahkemeleri olarak kurulan İş Mahkemelerinin ihdası hakkındaki 7036 sayılı 12.10.2017 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1.maddesinde görevli, yetkili mahkeme ve tabi olduğu yargılama usulü peşinen düzenlenmektedir. Burada ilgili kanun ile ihtisas mahkemesinin görevli olduğu alanı tayin ederek, yetkili yargı merciini tespit etmiş olmaktadır.

İdari yargı organlarından, konumuz gereği Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatı ile imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri olması sebebi ile görev sahasına giren uyuşmazlıkların tespiti hususunu incelememiz gerekmektedir. 1982 Anayasası "idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmelerden kaynaklanan" uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerini yüksek yargı mercii olan Danıştay'ı göstermiştir. Bununla uyumlu olarak 2575 Sayılı Danıştay Kanunu 24. Maddesi ile idari sözleşmelerden olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tahkim yolu öngörülmeleyen sözleşmeler için ilk derece yargı mercii olduğuna ilişkin olumlu bir görev nitelemesi yapmıştır.¹⁶ Ancak kanunla bahsi geçen idari sözleşmelerin tespiti hususu yargı kararları ve doktrine bırakılmıştır.

Bir sözleşmenin özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı tabi olduğunu belirleyebilmek için çeşitli kriterlere dayanılarak bu konuyu izah etmek gerekecektir. Bu kriterler içtihadı ve idare hukuku prensipleri göz önünde tutularak zamanla yerleşik uygulama haline gelmiştir.

Eğer bir sözleşmenin nitelendirmesini, yani tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi kanun ile yapılmış ise uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri bellidir. Anayasa'nın 47.maddesi gereğince "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" Hükmü gereğince yasama organının İdarenin yaptığı veya yapacağı sözleşme anlamında kanun ile niteliğini belirleme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkiyi kullanırken kanunda açıkça "idari sözleşme" olduğuna dair lafzi ibare kullanmakla, bazen yalnızca tabi olduğu hukuku da belirtebilmektedir. Aşağıda incelediğimiz idarenin yapmış olduğu sözleşme türlerinden olan Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin 3996 Sayılı Kanun'un 5.maddesi, kanuna göre

¹⁴ Kemal Gözler, a.g.e., s.181.

¹⁵ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s.34.

¹⁶ Siddık Sami Onar, a.g.e., s.1869.

yapılacak sözleşmelerin “özel hukuk hükümlerine” tabi olduğunu belirtmek sureti ile türünü işaret etmektedir. Yine kanun maddesi ile İdarenin taraf olduğu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlığın yargı yerini işaret etmek yolu ile sözleşmenin türü tespit edebilmektedir.

Bu durumda, idari bir sözleşmenin hükümleri içerisinde sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri belirlenmiş ise bu durumda da niza bulunmamaktadır. Örnek vermek gerekir ise, adı geçen sözleşmede, iş bu sözleşmenin uyuşmazlıklarının görevli mahkemesi adli yargı makamlarını gösteriyorsa, adli yargıda; idari yargı makamlarını gösteriyorsa idari yargıda çözümlenmesi gerekecektir.¹⁷ Bunun aksi yönde doktrin görüşü¹⁸ bulunmakla bu hususu tartışmaya açmak, saptanacak hukuki rejimin belirlenmesinde mefhumu muhalifinden sağlama yapılması yönünden değerlidir. Yapılan sözleşmede hukuki nitelime yapılmadan görevli mahkemenin sözleşme içerisinde belirlenmesinin öneminin olmadığını düşünen bu görüşe göre; Anayasa’nın 125. maddesinde tahkime ilişkin yapılan değişiklikten yola çıkılarak imtiyaz sözleşmelerinde dahi tahkim yolunun açılması esasen artık yargı rejimini belirlemede homojen bir sonuç vermeyeceği görüşüne dayanmaktadır.¹⁹

Aynı görüşü farklı açıdan eleştiren bir başka görüşe göre; İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimin tespitinde, idarenin taraf olma kriterinin değerlendirilmesi hususu da gündeme gelmiş olup, idari sözleşmenin taraflarından birisinin kamu tüzel kişisi olma şartının idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi olma bakımında ayırt edici olma özelliğinin olmadığına ilişkin değerlendirme de yapılmaktadır.²⁰

Bu görüşü destekleyecek olan DİDDGK tarafından 2011/55 Esas 2011/205 Karar 07.04.2011 tarihli kararı²¹ ile idari yargıda özel hukuk kişisine karşı açılan davada Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin Telekomünikasyon Kurumu ile Türk Telekom AŞ arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesi kapsamında Türk Telekom AŞ’nin yapmış olduğu işlemlerin statüsüne ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıktır. Davalı kişinin özelleştirme uygulamaları kapsamında başka bir kuruma atanması sırasında bu aşamada özelleştirilmesi sonucu devri gerçekleşen Türk Telekom AŞ’nin bünyesinde çalışmaktadır. Kamu personellerinden işlevsel görevde bulunanlara, isteğe bağlı olarak aylıksız izinli kabul edilmiş ve buradaki görevlerine makul bir süre devam etmeleri istenmiştir. Burada yürüttükleri görev ve yaptıkları işin mahiyeti konusunda kamu görevi yürüttükleri kabul edilmiş, şirket tarafından yapılan işlemin idari bir işlem olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıkmıştır.

Öğretide; davalı tarafın İdare olması kriteri gereği düşünülürse, idari yargıda görülemeyeceği sonucu çıkarılsa da DİDDGK bunun aksine, yapılan işlemin kamu hizmeti

¹⁷ Kemal Gözler, a.g.e., s.10.

¹⁸ Süheyb Derbil, a.g.e., s.594.

¹⁹ Tekinsoy, M. A., (2006), İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(2), (181-227), s.,189.

²⁰ İl Han Özay, a.g.e, s.13.

²¹ DİDDGK tarafından 2011/55 Esas 2011/205 Karar 07.04.2011 tarihli kararı için bkz: çevrimiçi, www.kazanci.com, 01.06.2019.

olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda kamu hizmetinin görülmesi için kamu personeline İdare tarafından aylıksız izinli kabul edildiğini, personelin maruz kaldığı işlemin idari işlem niteliğinde olduğunu, imtiyaz sözleşmesi ile devredilen telekomünikasyon hizmetinin kamu hizmeti olduğunu ve bu hizmet kapsamında bazı kamusal görevler üstlendiğinden bahisle bu işlemden çıkan uyuşmazlığın çözüm ve görüm yerinin idari yargı olduğuna karar vermiştir.

Bizce de genişletici yorum yapan Danıştay'ın bu görüşü, g d lmek istenen amaç ile uyumludur. İdarenin kamusal yetkisini kullanarak memuruna aylıksız izin vermek sureti ile özelleştirilen kurumda çalışma izni vermek sureti ile hala İdarenin gözetim ve denetimi altında olduğundan memura karşı yapılan işlemin idari işlem olarak kabulü ile idari yargının görevinin kabulü gerekecektir.

Kanunun yalnızca idareye sözleşme yapma yetkisini verdiği, yukarıda saydığımız hususların yokluğu durumunda ise idari yargı organları içtihat yoluyla 'içtihadi kriterler' oluştırma yoluna gitmişlerdir. Bunlar 'organik' ve 'maddi' kriter olmak üzere adlandırılmıştır. Bu kriterlere yardımcı kaynak olarak başvurulmaktadır.²²

08.04.1953 tarihinde Resmi gazetede yayımlanan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.1953 gün E. 1953/2, K. 1953/6 sayılı kararı ile idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesine ilişkin yapılan değerli bir incelemeyi tüm bu tanımlara örnek yol gösterici ve kaynak olarak incelemek gerekecektir.²³

²² Kemal Gözler, a.g.e., s.19.

²³ Esin, Y, (1976), *Danıştay'da açılacak tazminat davaları*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, s.136.
08.04.1953 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.02.1953 gün ve E 1953/2, K. 1953/6 sayılı kararı "İhtilaf: Hukuk ve Ekonomi Fakülteleri binalarının kalorifer ve saire gibi tesisatın yapılmasına dair olan İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ile müteahhid arasında m nakit bulunan mukavelelerin Devlet şurası Kanunu'nun 23. Maddesinin b bendinde beyan ve tarif edilen ve umumi hizmetlerden birini ifa maksadıyla akdolunan mukavelelerden bulunup bulunmadığını tayine müteallik bulunmaktadır. İdari mukaveleler ile akdi mukavelelerin karakterini tayinde bu mukavelelerde tehd d  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 vazife yerlerinin tebdil ve tahvilinde müessir olamayacağı cihetle sırf bu yoldaki kayda dayanılarak bir mukavelelerin idari veya adli mukavele tiplerinden birisine ithal edilmesi doğru ve caiz olamayacağı gibi keyfiyetin sadece Ticaret Kanunu'nun 20.maddesi  er evesi dahilinde mütaalası da mukavele tipinin tespitinde isabetli bir hal çaresi olarak kabul edilemez. Bir mukavelelerin vasıf ve karakterini tayin için meselenin İdare Hukuku'nun vazetmiş olduğu esaslar dairesinde bir kül halinde m taa ve tetkiki icap eder. Gerçi bir mukavelelerin dahil olduğu hukuk manzumesi mukavelelerde gösterilen kaza mercine göre değil mahiyetine göre tayin edilmek lazım gelirse de bu işaretin mukavelelerin mahiyeti hakkında tarafların müşterek niyet ve kasıtlarını göstermesi itibari ile ehemmiyeti de dikkate alınmaktan vareste tutulamaz. Çünkü bir amme hizmetine taalluk ettiği halde hususi hukuk mukavelesi vasfını haiz mukavelelerin mevcudiyeti bir hakikattir. Bu itibarla tarafların kasıt ve niyetlerini araştırmak da yerinde olur. Doğrudan doğruya bir amme hizmetinin işlemesine iştirak maksadını istihdaf etmeyen ve bir amme hizmetine tahsis edilmek üzere vücuda getirilecek olan bir binanın tali ve ihzari işlerine müteallik bulunan mukavelelere adi mukavele tipi vermek hussunda idareye bir selahiyetsizlik isnat edilemeyeceğinden ve bahis mevzu mukavelede de bu niyet izhar edilmiş ve mukavelelerin idari mukavelelerin bariz hususiyetinin, teşkil eden ezcümle idarenin üstünlüğü ve otoritesinin tanınması ve tek taraflı olarak hareket selahiyeti ve hizmetin yürümesinde ihmali görülen akit hakkında re'sen zecri tedbirler ittihazı gibi şartları ihtiva etmemesi ve bilakis idarenin bir fert mevkiinde kaldığını göstermekte olması ve kısa müddetli bulunması hususi hukuk manzumesine dahil olduğuna delalet etmekte bulunmuştur. Hususi hukuk mukavelelerinden mütevellit ihtilafların tetkik ve halli ise Adalet Mahkemelerine ait olmak lazım gelir."

Devlet Üniversitesine ait fakülte binasının kalorifer vesaire yapım işlerine ilişkin fakülte ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlığın çözüm ve görüm yerinin özel hukuk kaideleri içerisinde adli yargı da mı? Yoksa sözleşme taraflarından birisinin İdare olması nedeniyle idare hukuku kurallarına göre idari yargıda mı? çözüleceği sorunsalı gündeme gelmiştir.

İdare, yapmış olduğu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu, sözleşme hükümleri içerisinde sözleşmenin “idari sözleşme” olarak nitelendirildiğini, bu sebeple idare hukuku kurallarına göre idari yargıda çözümlenmesi gerektiğini iddia etmektedir. Özel hukuk kişinin iddiası ise yapılan sözleşmenin adli yargıda çözümlenmesi gerektiği yönündendir.

Mahkeme kararında tarafların sözleşme ile “idari sözleşme” olarak hüküm altına almış oldukları iradesinin tamamen görmezden gelinemeyeceğini ve sözleşme hükümlerinin tarafların istek ve nazarlarını yansıttıklarını yadsınamaz bir gerçek olduğunu kabul etmiştir. Ancak, sözleşmenin konusu itibarıyla incelenmesi sonucunda: Kamu hukuku ilkelerinden olan idarenin otoriter ve egemen gücünün kullanılması, sözleşmede alınan hizmetlerin aksaması, yürütülememesi durumunda idarenin tek taraflı cebri tedbirler alma salahiyeti gibi kamu gücünü yansıtan hükümlerinin bulunmayışı dolayısı ile özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirip adli yargı makamlarının görevli olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Kararda değerlendirilen konu, sözleşme taraflarının iradeleri ile anlaşmaya varılan yargı rejiminin seçimi ve tasdiki hususudur. Mahkeme, Yargı yeri tayininin kamu düzenine ilişkin hususlardan olması sebebi ile sözleşmenin konusunun incelenmesi ve yargı yeri tayininin buna göre yapılması içtihadında bulunmuştur.

Bu karar, doktrin ve içtihat açısından önemli bir görüş açısı içermektedir. Yani, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görev alanı içinde olacağı dolayısı ile idari yargı dışında kalan bir idari sözleşmenin olmayacağını söylemek, günümüz yasal düzenlemelerine bakılarak ulaşılabilecek bir sonuç olmaktan çok uzaktır. Bu açıdan bakılırsa, klasik idare hukuku öğretisinde belirlenen idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi kriterlerini bugün bir yana bırakarak her bir sözleşmenin maksat konu ekseninde değerlendirilmesi ve bunun sonucunda yargı rejiminin tespiti, ulaşılmak istenen sonuç açısından uygun görünmektedir.

Anılan kararda açıkça söylediği gibi her ne kadar mukavelenin tarafı idare olsa da ve mukavelenin içeriğinde doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceği madde altında imzalanmış olsa da mukavelenin maddeleri ile yargı yerinin tespitinin yapılamayacağı, görevli yargının tespitinin kamu düzenine ilişkin olduğu bu sebeple imzalanan sözleşmenin mahiyeti değerlendirildiğinde maddi kriterleri karşılamadığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

1.2.2. Organik Kriter

Bir sözleşmenin idari sözleşme sıfatını haiz olabilmesi için sözleşmenin taraflarından en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması gereklidir. Öyle ki; sözleşmenin taraflarının her ikisi de özel hukuk tüzel kişisi ise bu sözleşme ‘idari sözleşme’ olamayacağı gibi²⁴; sözleşmenin her iki tarafı idare ise bu kez yapılan sözleşmenin ‘idari sözleşme’ olacağı noktasında karine vardır²⁵.

1.2.2.1. Hakîmiyet ve Temşiyet Tasarrufları Arasındaki Farka Dayanan Kriter

Bu kriteri Onar; “*Hakîmiyet ve temşiyet Tasarrufları Arasındaki Farka Dayanan Kriter*” olarak adlandırmaktadır. İdarenin devlet otoritesini kullanarak almış olduğu kararların tümünü kapsamaktadır. Bu kritere göre İdare, egemen güç olarak kamu hizmetlerini görürken kamu yararını ferdin yararı üzerinde tutarak, onun yararı hilafına kararlar alma yetkisine dahi sahip olmaktadır. Bu nedenle vatandaşın, bu kararları sorgulama veya eşit şartlar altında tartışmaya açma hakkı bulunmamaktadır. Bu Kriter, bu mahiyete sahip idari işlemlerin, adli mahkemelerde görüm ve çözümü mümkün olmadığından, idare hukuku kurallarına göre idari yargıda çözüme kavuşturulması gerektiği görüşüne dayanmaktadır.²⁶ Ancak İdarenin her türlü tasarrufları bu mahiyette olmamakla birlikte, İdare ile vatandaşın arasında eşit şartlar altında yapılmış tasarrufların varlığı da mümkün bulunmaktadır. Bunlara örnek vermek gerekir ise; alım, satım, kira yolu ile devredilecek bir maldan kaynaklı çıkacak uyuşmazlıklarda, İdare kamu kudretini kullanmaz; aksine fert ile eşit şartlarda tasarruflarda bulunur. Burada pozitif hukuk bakımından ayrıca uygulanacak bir hukuk da bulunmadığı için İdarenin, temşiyet kriterini haiz tasarruflarından kabul edilerek adli yargıda görüleceği ve çözümleneceği kabul edilmiştir.²⁷

Bugün de kamu hukuku özel hukuk ayrımı yaparken öğretide ve doktrinde hakîmiyet ve temşiyet tasarrufları arasındaki farka dayanan kriter kabul görmektedir. İdarenin kamu gücünü elinde bulundurması sebebi ile hâkim gücüne dayanarak yapmış olduğu tasarruflarından kaynaklanan uyuşmazlıkların ve devletin kasasını ilgilendiren uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri idarî yargıdır. İdarenin özel hukuk kişileri gibi tasarruflarda bulunduğu medeni hukuk sahalarında yapmış olduğu tasarruflarından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise adli yargıdır.²⁸

1.2.2.2. Kamu Hizmetlerini Esas Tutan Kriter

“*Kamu Hizmetlerini Esas Tutan Kriter*” dahil olduğumuz Kara Avrupası hukuk sisteminde idare hukukunun ve idari yargının tespitinde ölçüt alınan kriterlerden biridir. Fransa, kamu hukuku-özel hukuk ayrımının doğduğu ve geliştiği yerdir. 1789 Fransız İhtilalinden sonra gitgide değişen yönetim biçimleri ile monarşilerin yıkılması ve ulus devletlerin kurulması ile birlikte vatandaş bilinci oluşmaya başlamıştır. Vatandaşın kamu düzeni içerisindeki

²⁴Atay, E. E, (2018), *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 16 Nisan 2017 Tarihli Anayasa Değişikliğine Göre Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, s.580.

²⁵ Kemal Gözler, a.g.e., s.19.

²⁶ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1870.

²⁷ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1870.

²⁸ Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s.55.

yerinin arayışlarının sonucu olarak, Devlet'in vatandaş için varlık gösterdiği bugünün denetlenebilir İdare mekanizmasını ortaya çıkarmıştır. Bugüne gelmeden önce, ilk devinimi yaratan literatürümüze “Blonco” ve “Terrier” Kararı olarak yerini alan, Fransız yargı mercilerinin kamu hizmetlerini esas tutarak almış olduğu kararına değinmemiz gerekmektedir.²⁹

“Terrier” Kararı: Vilayet umumi meclisinin zehirli yılanların itlafına ilişkin alınan meclis kararı ile ölü getirilen her bir engerek yılanın başı için bir ödül vaat edilmiştir. Vaat edilen ödülün özelliği meclis kararına dayanması ve bu kararın ilan yolu ile duyurulmasıdır. İlan üzerine birçok yılan avlayıp, meclisin tahsis etmiş olduğu ödülünden yararlanmak isteyen isteklilere mükafatları ödenmeyince, bu dava açılmıştır. Kendisine ödülü verilmeyen Terrier isimli vatandaş Fransız Danıştay'ına vilayetin kendisine olan engerek yılanı avlamaktan ötürü borcunu ödemediğini iddia etmiştir. Davacı, vilayetin meclis kararına istinaden çıkılan ilan yolu ile para ödeyeceğini söylemesini icap, kendisinin de yılanı avlamak suretiyle bu icabı kabul ettiğini iddia etmektedir. Engerek yılanı avlamak sureti ile bahsi geçen ödüle kavuşamadığını ve meclis kararına dayanarak doğan ödül alacağını olduğunu ve bunun tahsili için bu davayı açtığını iddia etmekteydi. Danıştay şu sonuca varmıştır. Engerek yılanları kamu sağlığına zararlı olduğundan, vatandaş yılanı öldürerek kamu hizmeti görmüştür. Bunun sonucu olarak kamu hizmetinin görülmesi esnasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık olduğu için idari yargının görev alanına girdiği kanaatine varmıştır.³⁰

Bu karardan hareketle Devlete veya diğer İdari hükmi şahısların idari tasarruflarından kaynaklanan işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu görmekteyiz. Kamu tüzel kişiliği sıfatına haiz Belediye'nin hakîmiyet tasarrufunda dayanarak yapmış olduğu ödül işleminden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğu kararı verilmiştir.

Ayrıca Fransız Danıştay'ının ve Uyuşmazlık Mahkemesinin teyit ve tasdik ettiği Feutry kararına da değinmek gerekecektir. Türk Uyuşmazlık Mahkemesi'ne de örnek teşkil eden bu kararlar, doktrin ve yargı içtihadlarının kaynağı olarak önem arz etmektedirler.

“Feutry” Kararı: Vilayetin akıl hastanesinde tedavi gören bir akıl hastasının, bir yolunu bulup tedavi görmüş olduğu akıl hastanesinden kaçarak, vilayet sakinlerinden Feutry isimli vatandaşın samanlığını yakmış ve şahsı maddi olarak zarara uğratmıştır. Zarara uğrayan malik, vilayete karşı hukuk mahkemelerinde, gözetimde bulunan akıl hastasını muhafaza edemeyip kaçan kısıtlının zarar verici eyleminden ziyana uğradığından bahisle tazminat davası ikame etmiştir. Açılan bu davada vilayet hükmi şahsı görevsizlik itirazı ileri sürerek davayı uyuşmazlık mahkemesi önüne götürmüştür. Uyuşmazlık mahkemesi tıpkı Blonco ve Terrier kararında olduğu gibi akıl hastanesinin işletilmesi sırasında idare tarafından hakîmiyet tasarrufu kullanılmadığı ancak idari hükmü şahsının akıl hastanesinin denetim ve gözetim sorumluluğunu eksik ifa etmesi nedeniyle doğan zarardan sorumlu olduğu

²⁹ Siddık Sami Onar, a.g.e., s.1871.

³⁰ Siddık Sami Onar, a.g.e., s.1872.

kanaatine varmıştır.³¹ Bu kararda İdarenin sorumluluk alanının içerisinde bulunmasa da, İdareye denetim ve gözetim sorumluluğu yüklemek sureti ile klasik İdare Hukuku prensiplerini aşarak vatandaş lehine İdarenin sorumluluğunu genişlettiği açıkça görülmektedir.

Kamu tüzelkişiliğine sahip kamu iktisadi teşebbüslerinin yapmış olduğu tasarruflardan doğan uyuşmazlıkların çözüm ve görünüm yerine de değinmemiz gerekmektedir. Anayasa madde 165’de; kamu iktisadi teşebbüslerin denetimi kenar başlığı ile “*sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsleri de iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları olarak ayrılmaktadır.³²

İktisadi Devlet Teşekkülleri “*sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsleridir.*”³³ şeklinde tanımlanmaktadır.

Tanımından anlaşıldığı üzere, bu teşekküller özel hukuk hükümlerine tabi olup, ticari esaslar nazara alınarak faaliyet göstermektedir. İktisadi devlet teşekküllerinin ticari hayatta faaliyet gösterebilmesi için piyasa ile yarışacak hızlilikta kararlar alması ve icrai tasarruflarda bulunması gerekmektedir. Bu nedenle ilişki kurdukları kişilerle aralarında doğan uyuşmazlıkların çözüm ve görünüm yeri adli yargı olmaktadır. Ancak, bu kurumların yöneticilerinin atanması, denetlenmesi gibi kural-işlem mahiyetindeki tasarrufları idare hukukuna tabi olmakla yapılan bu işlemlere dönük nizalar idari yargı yerinde çözümlenmektedir.³⁴

İktisadi Devlet Teşekkülleri belirli bir kanun ile kurulmuş ve kurulduğu kanunun amacına, esasına, şekline uygun olarak gayesi olan kamu hizmeti görevini ifa etmek amaçlı tasarruflarda bulunacaktır. Kanun ile kurulmuş olması ve kamu gücünü elinde bulundurması nedeniyle, iç işleyiş tasarruflarında idare hukuku ilkelerine aykırı bir tasarrufu idari yargıda iptal davasına konu olabilmektedir.³⁵

Kamu hizmetini esas alan kriterde özel temsil yetisi yalnızca iktisadi devlet teşekküllerine tesir etmemekte, aynı zamanda kamu hizmeti kapsamına giren sosyal hizmetler, sosyal güvenlik kurumu gibi kamuya hizmet etmek amacı ile kurulmuş kurumlar da bu kriterin örneğini teşkil etmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu’nu ele alacak olursak özel kanun ile kurulmuş, kanunun maksadını yerine getirmek üzere idare olunanlara kamu hizmeti tesis etmektedir. Bu hizmetin ifası sırasında kurumun idare olunanlar ile arasındaki özel kanuna

³¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1872. *Feutry kararı*: “*akıl hastanesinin işletilmesi delilere nezaret ve onların muhafazası medeni kanunun akıl hastalarına ve emsaline nezaret borcunave bundaki kusur esasına dayanan bir emsal maiyetinde idi... davanın bir amme hizmetinin işletilmesinden fena işletilmesinden çıkmış olduğu ve bu bakımdan da Devlette vilayet arasında bir fark bulunmadığı.... Bu sebeple bu davanın idari kazanın vazife sahasına girmiş olduğu...*”

³² Detaylı bilgi için bkz.: Kemal Gözler, a.g.e., s.480 vd.

³³ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.261.

³⁴ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.262.

³⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1874.

tabi işlemler sebebi ile doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı alanına girdiği görülmektedir.³⁶

1.2.3. Maddi Kriter

Maddi kriter, sözleşmenin taraflarına göre değil, muhteviyatına yani konusuna ve hükümlerine ilişkindir. Bu sebeple organik kriterler ile belirlenemeyen durumlarda sözleşmenin maddi kriterlerine ve içeriğine bakılarak kamu veya özel hukuk sözleşmesi olduğunun tespiti mümkün olabilecektir. Burada sözleşmenin muhteviyatında “*kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olması ya da sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi*”³⁷ gerekmektedir.

Klasik doktrinde, idare hukuku alanına giren sözleşme teorisinde, özel hukuk sözleşmelerine hakîm olan irade serbestisi, tarafların eşitliği prensibi geçerli değildir.³⁸ İnceleme konumuz alanına giren idare hukuku sözleşmelerinin kamu yararı götüğü, resen icra edilebilir olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, idarenin yapmış olduğu işlemin sözleşme mahiyetini taşımayacağını iddia eden görüşler de mevcuttur. Ancak, idari sözleşmenin yapılabilmesi için İdare ile özel hukuk kişi arasında karşılıklı icap ve kabul bulunmakla, İdare tek yanlı olarak sözleşmenin kurulmasını ve icrasını mümkün kılamamaktadır.³⁹

İdarenin uluslararası çapta değişen yüzü, idare hukuku alanında ve idari sözleşmelere bakış açısının da değişimine neden olmuştur. Kamu hizmetinin mutlaka İdare tarafından görülmesi görüşünden, hizmetlerin İdarenin gözetim ve denetim altında özel hukuk kişilerine gördürülmesi anlayışına evrilmiştir. Danıştay tarafından verilen imtiyaz sözleşmesi merkezinde idari sözleşmelere ilişkin ilk prensip karar ile idari bir sözleşme ile kamu hizmetinin icrası için yapılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde imtiyaz hakkı sahibine kar garantisi vermeksizin yaptığı tüm masrafları kamu hizmetinden yararlananlardan tahsil etme imkânı vermektedir. Ancak kamu hizmetini gören imtiyazcıya sözleşme konusu alanda tamamen serbestlik de tanınmış değildir. Hizmetten yararlanacak ferdin, hizmeti kullanmak için ödeyeceği tarifeyi belirleme üstünlüğü İdareye ait olup, tarife İdare tarafından belirlenmektedir. Bunun nedeni olarak, imtiyaz sözleşmesinde kamu hizmeti üzerinden tahsil edilecek ücretin, ferdin kullanımı için kamu yararına hizmet edeceği düşünülürse, bu ücret tarifesinin karlılık esasına göre değil, aksine kamu hizmetinden faydalanacak vatandaşın hizmetten eşit şekilde faydalanma esasına göre belirlenmesinin zorunlu olduğu açıktır. İmtiyaz sözleşmelerinde İdare lehine üstünlükler olduğu gibi özel hukuk kişisine tanınan haklar da mevcuttur; İdari sözleşmelerin özel hukuk kişisi tarafına yüklediği mükellefiyetlerin kapsamı itibari ile diğer sözleşmelerden farklı

³⁶ Kemal Gözler, a.g.e., s.,484.

³⁷ Kemal Gözler, a.g.e., s. 24-27.

³⁸ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, s.209.

³⁹ Emin Memiş *Genel İdare Hukuku Notları*, s.210.

olarak hizmeti yürüttükleri sırada “amme kudreti haklarıyla” donatılmış bulunmaktadır.⁴⁰

İdari sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmelerinden ayıran özellikler arasında sayılan özel hukuku aşan şartların varlığı hususunda verilen bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararını ele almak gereklidir. Dava, Bağ-Kur ile anlaşmalı eczane arasında geçmektedir. Bağ-Kur sigortalılarına indirimli ilaç satılmasına ilişkin sözleşmenin tek taraflı olarak idare tarafından feshedilmesinden kaynaklı uyuşmazlıkta yargı yerinin tespiti için Uyuşmazlık Mahkeme’ne başvurulmuştur. Anılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündeki iddia üzerine mahkeme önüne gelmiş ve karara bağlanmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesinin anılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve çıkan uyuşmazlığın adli makamlarca çözülmesi gerektiğine dair kararında, idari sözleşmelerin tanımını şu şekilde yapmıştır; “İdari sözleşme, idarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir, bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir.”⁴¹

Taraflardan birinin İdare olması akdolunan sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir. İdarenin kamu gücünden kaynaklı tek taraflı şartlarını içeren veya kanunla nitelemesi yapılan veya bu kıstaslardan anlaşılamıyor ise içeriğinde özel hukuk hükümlerini aşan hükümler taşıyor ise bu sözleşmelere idari sözleşme denmektedir.⁴²

1.2.4. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Değişikliği Sonrası Durumu

Ülkemizde yap – işlet – devret modeli, 04.12.1984 gün ve 18160 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe sokulan 1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”⁴³ ile yürürlüğe girmiştir.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi. (1996). Cilt:1, Sayı:31, S.276. 1994/43 E., 1994/42-2 K., 09.12.1994 tarihli kararından alıntı. <https://anayasa.gov.tr> Çevrimiçi, 10.08.2019. “[...] yardımcı ve yarımsız, menafi garantisini muhtevi veya garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefid olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için görülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenid bulunan mukavelelere amme hizmeti imtiyazı mukaveleleri denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müştak mükellefiyetler tarh etmek itibarıyla idari mukavele mecmuasına dahil olmakla beraber akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin etmek için amme kudreti haklarıyla da teçhiz edildiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz ederler.”

⁴¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1991/15 E., 1991/16 K. 20.10.1991, “Bağ-Kur ile Eczane Arasında Bağ-kur Sigortalılarına İndirimli İlaç Satılmasına İlişkin Sözleşmenin, Miadı Dolmuş İlaç Satıldığı Gerekçesi İle Bağ-kur Tarafından Feshedilmesi İşleminin İptali İstemiyle Açılan Davanın Adli Yargı Yerinde Görülmesi Gerektiği Hakkında Karar.”

⁴² Emin Memiş, Genel İdare Hukuku Notları, s.212.

⁴³ İl Han Özay, a.g.e., s.257, Murat Sezginer, a.g.e., s.910.

Danıştay, akdolan Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin dayandığı ilgili kanunu yürürlüğe girdikten sonra Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Danıştay yaptığı incelemede, anılan kanun gereğince imzalanan sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde olduğuna ve bu sözleşmenin içeriğine bakıldığında imtiyaz sözleşmesi özelliğini taşıdığına karar vermiştir. Bu nedenle Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeksizin yürürlüğe giren imtiyaz sözleşmelerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁴

Danıştay 10. Dairesi 29.04.1993 tarih ve 1991/1 E. 1993/1752 K. Sayılı ilamı ile Türkiye Elektrik Kurumu'na ait bulunan elektrik dağıtım işletme ve ticaretine ilişkin işletme hakkının 30 yıl süre ile devrini konu alan bu sözleşmenin iptali için Danıştay'da görülen iptal davasında elektriği işletme hakkı devir sözleşmesinin bir idari sözleşme olduğu ve idari sözleşmeler içerisinde unsurları itibari ile imtiyaz sözleşmesinin özelliklerini taşıdığına hükmederek yapılan sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi olarak ele almış ve imzalanan imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe giriş usulü gereği Anayasal hükümlere aykırılığından bahisle iptaline karar vermiştir.⁴⁵

Daha sonra elektrik ve otoyol dışında kalan alanlarda kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel hukuk kişilerine sözleşme aracılığı ile devri için 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, 2. maddesi ile "köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap – işlet – devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesini"⁴⁶ hüküm altına almaktadır. Devamı maddeleri ile sözleşmenin konusu olarak yukarıda saymış olduğumuz kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığı ile özel hukuk hükümlerine tabii olarak "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme" ile 49 yıllığına gördürülmesi hüküm altına alınmıştır.⁴⁷

Yap – İşlet – Devret modeline ilişkin mevzuata örnek vermek gerekir ise; 02.06.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3465 sayılı sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" bu kanun Karayolları Genel Müdürlüğü özelinde karayolu yapımı ve üzerindeki bütün tesislerin bakımı, yapımı, işletilmesi ile özel hukuk hükümlerine tabi olacak sermaye şirketi statüsüne sahip olacak şirketlere verilmesini hüküm altına almaktadır.

13.06.1994 tarihli ve 21959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde Yapıtılması

⁴⁴ Murat Sezginer, a.g.e., s.908.

⁴⁵ Danıştay 10.Daire 29.04.1993 tarih ve 1991/1 E. 1993/1752 K. Sayılı ilamı. Çevrimiçi, www.kazanci.com 15.07.2019.

⁴⁶ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Çevrimiçi, www.kazanci.com 18.06.2019.

⁴⁷ Kemal Gözler, a.g.e., s.404.

Hakkında Kanun” da yine aynı nitelendirme usulünü öngörerek fakat farklı tanımlama ile yürürlüğe konulmuştur. Bu kanun da yüksek teknoloji ve maddi kaynağa ihtiyaç duyulan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmek amacı ile hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

“İmtiyaz”ın idarenin belli bir süreyi kapsayan, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile özel hukuk kişisine bir sözleşme aracılığı ile kar ve zararını kendisi karşılamak üzere, sürenin sonunda teşkilatını tam ve eksiksiz olarak tüm teferruatı ve mütemmim cüzleri ile birlikte teslimini öngören, sözleşmeye aykırılık yapıldığı durumlarda İdareye tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik, fesih yetkisi tanıyan, kamulaştırmaya ilişkin yetki ve hükümler içeren idari sözleşmelerin niteliklerini taşımasının yanında, kanunun ‘özel hukuk’ olarak nitelendirdiği idarenin özel hukuk sözleşmesidir.⁴⁸

Yasa ile düzenleme yoluna gidilen Yap –İşlet –Devret modelinin bir idari sözleşme mi yoksa kanunda nitelemeye bulunulduğu gibi “özel hukuk sözleşmesi” mi olduğu doktrinde çokça tartışılmıştır. Bir kısım görüş, yasanın nitelendirmesini dikkate almaksızın Danıştay’ın inceleme yetkisinin Anayasa’da kaynaklandığını bu sebeple mevzuat ile bu hususun bertaraf edilemeyeceğini savunmaktadır.⁴⁹ Diğer görüş ise sözleşmelerin nitelendirilmesinin yasa ile mümkün olduğunu, yasa ile nitelendirilen bir sözleşmenin artık idari bir sözleşme sayılamayacağını, Anayasa’nın Danıştay’a verdiği inceleme yetkisinin idari sözleşmeler üzerinde olduğunu bu nedenle kanun ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen bir sözleşmenin artık, idari bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını⁵⁰ savunmaktadır.

Ancak anılan Anayasa Mahkemesi’nin⁵¹ kararının bugün için imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin kanun ile nitelendirilemeyeceğine ilişkin kararını referans almamız artık mümkün görünmemektedir. Öyle ki, Anayasa’nın 47. Maddesi 4. fıkrasına 1999 yılında eklenen “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliğini” ilgili eklemeden sonra kendisi seçebilecektir. Bu düzenlemenin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuki niteliğinde doğurduğu sonuç itibari ile artık İdare, özel hukuk kişilerine sözleşme aracılığı ile gördürecek kamu hizmetlerinin hukuki nitelendirmesini yasa ile yapabilecek ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar adli makamlar aracılığı ile görülebilecektir. Düzenlemenin mahiyeti itibari ile sözleşmenin nitelendirilmesi hususunda yasama aracılığı ile İdareye irade serbestisi tanınmış olmakla; kamu hizmetlerini idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak yapabilme imkanı tanınmış bulunmaktadır.⁵²

Doktrinin bu tartışmaları, 18.08.1999 tarihli 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 155. ve 47. maddesinde yapılan değişikliklerden öncedir. Anayasa değişikliği içeren kanun yürürlüğe

⁴⁸ İl Han Özay, a.g.e., s.257, aynı görüşte; Murat Sezginer, a.g.e. s. 909.

⁴⁹ İl Han Özay, a.g.e., s.257 vd.

⁵⁰ Kemal Gözler, a.g.e., s.404.

⁵¹ 1994/43 Esas 1994/42-2 Karar 09.12.1994 tarih Resmi Gazete yayım tarihi: 22181 sayılı 24.01.1995 tarih. Çevrimiçi, 10.06.2019.

⁵² Abdullah Uz, a.g.e., s.99.

girmeden önce, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Yap-İşlet-Devret gibi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde idari sözleşme olduğuna karar vermiştir. Ancak 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonrasında konu tartışmalı olmaktan çıkmıştır.

Anayasa'nın 155. ve 47. Maddesinde Devletleştirme ve Özelleştirme başlıklı ilgili maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptıracağının seçimi idareye bırakılmıştır. Bu değişiklik ile Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesi üzerindeki "inceleme" yetkisi de daraltılarak "iki ay içerisinde düşüncesini bildirme" şeklinde değiştirilmiştir. Danıştay'ın inceleme yetkisinin, görüş bildirme olarak değiştirilmesi, önüne gelmeyen idari sözleşmenin niteliğini inceleme yetkisini de ortadan kaldırmıştır. İdareye kanun aracılığı ile nitelemek suretiyle akdedeceği sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağını belirlemesinin yolu açılmış oldu. Böylece Danıştay yalnızca imtiyaz sözleşmesi olarak akdedilen sözleşmeler için görüş bildiren makam halini almıştır. Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi nitelemesi ile yürürlüğe gireceğinden, Danıştay'ın bu sözleşmeler hakkında düşünce bildirme görevi de sonlanmış olmaktadır.⁵³ Gerçekten Anayasal düzeyde yapılan değişiklikten sonra görüş almak amacıyla İdare tarafından Danıştay'ın önüne giden Yap - İşlet modeli çerçevesinde bir sözleşme için Anayasa Mahkemesi ve Danıştay; yukarıda izahını yaptığımız yasal düzenlemeleri gerekçe göstererek önüne gelen sözleşmenin kanunla nitelendirilen bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu, sözleşme hükümlerini ve esas incelemesi yoluna gidilemeyeceğini bildirmiştir.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi'nce imtiyaz sözleşmelerine ilişkin aldığı kararlarında; Yap – İşlet – Devret ve Yap – İşlet sözleşmelerini birer kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlamıştır. Doktrinde halen bu tip sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğuna ilişkin görüş hakîmdir.⁵⁵ Bunun yanında her ne kadar yasa ile niteleme yapılmış olsa da; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi bizzat Anayasa'nın kendisinden kaynaklandığı için Danıştay adı geçen sözleşmenin adı ne olursa olsun, ister imtiyaz, ister yap işlet devret sözleşmesi, önüne gelen sözleşmeyi inceleme konusunda kendisini yetkili sayıp, anlam ve kapsam bakımından 'imtiyaz' sözleşmesi olarak niteleyip, iptal yaptırımı ile karşı karşıya olduğunu savunan doktrin görüşü de mevcuttur.⁵⁶ Ancak her ne kadar imtiyaz sözleşmesi mahiyetinde görülse de, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin kendine has usul düzenlemeleri bulunmaktadır. 06.08.1994 tarih 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile⁵⁷ "Bazı yatırım ve hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırılması hakkında 3996 sayılı kanunun uygulama usul ve esaslarına ilişkin kararın

⁵³ Murat Sezginer, a.g.e., s.910.

⁵⁴ 09.11.2004 tarih ve 25638 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi 2000/16 E., 2000/17 K., 20.07.200 tarihli kararı. Çevrimiçi, 18.06.2019.

⁵⁵ Kemal Gözler, a.g.e., s.186.

⁵⁶ İl Han Özay, a.g.e., s.260.

⁵⁷ 22.10.1994 tarih 22068 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 12.08.2019.

yürürlüğe konulmasına” ilişkin Bakanlar Kurulu kararı ile sözleşmelerinin ihale usullerini düzenleyen maddelerinde, ilanın yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.⁵⁸

Bu şekilde 3996 Sayılı Kanun’un uygulama, usul ve esasları ayrıca düzenleme altına alınarak; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na tabi olmadığını görmekteyiz. Esasen kamu ihalesi olan ancak özel bir kanunla düzenleme altına alınan ve köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, 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 benzer yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularını kapsayan Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin kapsamı, usul ve esasları, süresi, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve ilkeleri kapsayan ayrıca bir düzenleme yapılmıştır.⁵⁹

İhale usulünü düzenleyen 11. Maddesi ile İdareye yapılacak ihale usulüne ilişkin seçimlik hak tanınmakla, görevlendirme konusuna göre en uygun ihale usulünü tercih etmede İdareye hak ve sorumluluk yüklenmiştir. Bakanlar Kurulu Kararı kapsamındaki görevlerin verilmesinde istekli özel hukuk kişileri arasında; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, pazarlık usulü uygulanabilmektedir.⁶⁰

İdarece, 3996 Sayılı Kanun’un görev konusu yatırım veya hizmetlerin özelliklerini belirtir şekilde şartname hazırlanır veya hazırlattırılır. Düzenleyici şartnameler, kanun kapsamında verilecek görevin içeriğine göre yazılacak özel ve teknik şartların yanında, yer alması zorunlu olan şartları da içermektedir. Görevin niteliği, cinsi ve kapsamı, geçici ve kesin teminatın oranları ve şartları, görev yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, görev konusu işlere başlama ve bitirme tarihleri, gecikme halinde uygulanacak müeyyideler, şirketlerde aranan şartlar ve istenen belgeler, değerlendirme yapmak üzere şirketlerden istenecek belgeler (görev konusu ile ilgili fizibilite raporu, iş programı, nakit akım tablosu ve bunun gibi), görevlendirmeyi yapıp yapmamakta ve uygun teklifi tespit etmede idarenin serbest olduğu, tekliflerin hazırlanması, verilmesi, tekliflerin değerlendirilmesi ve görevlendirme usul ve esasları, tekliflerin geçersiz sayılacağı haller, görevlendirme kararının alındığı tarihten itibaren hangi süre içerisinde onaylanacağı veya iptal edileceği, her türlü giderin kim tarafından karşılanacağı, ihtilafların çözüm şekli süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları, ücret belirleme yöntemleri, kamulaştırma bedeline idarenin iştirak edip etmeyeceği, edecekse iştirak edilecek tutar, olarak şartnamelerin içeriğine ilişkin olarak sayılabilir.⁶¹

Günümüzde hakîm olan bizim de katıldığımız görüşe göre, idare hukukunun klasik öğretilerinden sıyrılmış, her bir sözleşmenin kendi özelinde yukarıda saydığımız organik

⁵⁸ Erşen, C, (2009), *Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yetkilendirmesinde İhale Yöntemleri: Ülke Uygulamaları ve Türkiye için Öneriler*. (Yayımlanmış Uzmanlık Tezi), Ankara. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, s.24.

⁵⁹ Canan Erşen, a.g.e, s.25.

⁶⁰ A.g.e., s. 25.

⁶¹ Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s.180, Canan Erşen a.g.e., s.26.

kriterlerden bağımsız olarak nitelendirme yapmak mümkün görünmektedir. Günümüzde Devletler ile sözleşmeler imzalayan büyük çaplı uluslar üstü şirketler olası bir uyuşmazlıkta, Devlet yargısı yerine tahkim yolunu tercih etmektedir. Bunun neticesinde birtakım değişiklikler yapılmış ve değişmez denen klasik kriterlerde değişiklikler yapma zorunluluğu hasıl olmuştur.

İdari sözleşmelerin hukuki nitelemesinde yalnızca tek başına taraflardan birinin idare olması ölçütünün esas alınması sistemde yapılacak yatırımlarda birtakım tıkanıklıklara neden olmaktadır. Sözleşmenin her iki tarafının idare olması durumunda bile özel hukuk sözleşmesinin kabulü mümkün görünmektedir. Ya da mefhumu muhalifinden sözleşmenin her iki tarafının özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda da tarafların görecekları kamu hizmeti açısından idari sözleşme yaptıklarını kabul etmek mümkün görünmektedir.⁶² Bu noktada sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler ihtiva etmesi ya da idarenin sözleşmenin diğer tarafına nazaran üstün konumda bulunması gibi hususlarının varlığı yanında kanun ile nitelendirilmiş olması kıstasının da karşılanması gerekmektedir.⁶³

1.3. İDARİ SÖZLEŞMELER

1.3.1 Tanımı

İdare içinde yer alan tüzel kişileri, kamusal hizmet ve faaliyetler yürütmesi sebebi ile ve kamu yararının gerçekleşmesini sağlamak amacıyla⁶⁴ idari sözleşme yapabilmektedir. İdarenin erk olma sıfatından kaynaklanan bu ayrıcalıklı yetki, İdareye tanınmış bir ayrıcalık olmasının yanında, kendisine verilmiş bir ödevdir.⁶⁵

İdare kamu hizmetlerini yürütürken kamu ihtiyaçlarını karşılamak, borç para almak, teknik veya mali yetersizlikler dolayısı ile bir hizmeti yaptırmak, işletmek, kamuda çalıştırılacak teknik personel yetersizliği nedeniyle ihtiyacı karşılamak üzere özel hukuk kişileri ile sözleşme yapma yoluna gidebilir.⁶⁶

İdarenin sözleşmeleri olarak üst başlıkta toplayacağımız bu sözleşmeler, konumuz olan İdari sözleşmeler ile İdarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak ayrılmaktadır. Konumuz dışında kalan İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarında adli yargı görevli olup, idari yargının görev alanının dışında kalmaktadır.⁶⁷ Bununla birlikte İdarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alıp, sözleşme safahatında veya sonrasında İdarenin

⁶² Ender Ethem Atay, a.g.e., s.561.

⁶³ Buz V. (2007). *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. Ankara: Yetkin Yayınları. s.55.

⁶⁴ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.166.

⁶⁵ Sancakdar, O., E. Us, M. Kasapoğlu Turhan, L. B. Önüt ve S. Seyhan, (2018), *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, s.518.

⁶⁶ Çağlayan, R. (2017), *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 5.Baskı, s.446.

⁶⁷ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2019), *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s.87.

yapmış olduğu, ayrılabilir nitelikte ve icrai karar nitelikte olan işlemleri de idari yargının görev alanı içerisinde değerlendirilmektedir.⁶⁸

İdari sözleşmeler aracılığı ile İdare, vatandaşına vermekle sorumlu olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken kamu yararı ve menfaatlerini gözeterek kamu hizmetini en iyi şekilde görecektir özel hukuk kişisini yetkilendirmektedir.⁶⁹

Kamu hizmetinin görülmesi, İdari sözleşmelerin tamamlayıcı unsurları olan şartnamelerde öngörülen usulde gerçekleşmektedir. Bu şartnameler tip sözleşme olarak hazırlanan ve imzalanan sözleşmelere ekli olarak yer almaktadır. Bu açıdan bakılınca, Borçlar Kanunu uyarınca yapılan “sözleşme” tanımından ayrılmaktadır.

İdari sözleşmelerin İdareye tanımış olduğu üstünlük ve ayrıcalığın varlığı, şartname olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰ Gerçekten çalışma konumuz olan imtiyazları kül olarak ele alırsak sözleşme ve şartlaşmaları cüzleri olarak kabul edebiliriz.

Özel hukuk veya kamu hukuku alanında yapılan sözleşmeler esas unsurları açısından benzer nitelikler taşımaktadır. Kamu idaresi tarafından yapılan akitler ile özel hukuk sözleşmeleri arasında benzerlikler bulunmaktadır. Ancak idare tarafından yapılan sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasındaki en önemli fark idarenin sözleşmelerinin amacıdır; idare sözleşme yaparken kamu hizmeti görme gayesi gütmektedir. Bu sebeple de idari sözleşmeler sebebi ile ortaya çıkan uyuşmazlıkların idare hukuku ilkeleri kapsamında çözümlenmesi gerekmektedir.⁷¹

İdari sözleşmelerin konusu itibari ile sınıflandırmaya tabi tutulması yoluna gidilmiştir.; Bu sınıflandırma kamu hizmetlerinin konusu veya gördürme usulü itibariyle yapılmaktadır. İdare kamu hizmetlerini yürütmek amacı ile müşterek emanet, kamu hizmeti imtiyaz, nafia sözleşmelerini akdedebilmektedir. Bunun yanında İdare, teşkilatında lazım olan para, eşya veya hizmeti yürütecek personelin temini amacı ile kamu istikraz, hizmet gibi sözleşmelere de yer vermektedir.⁷²

İdari sözleşmeler İdarenin yetki alanında kalan, kamu ihtiyaçlarını karşılamaya dönük maliyet ve verimlilik esasına dayanarak kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmek üzere verilen yetkidir. Özellikle 1980’li yılların liberal ekonomi dalgası ile birlikte ülkemizde kamu hizmetlerinin devlet eliyle sunulması anlayışı yavaş yavaş terkedilmiş, özelleştirmenin yanında idarenin sözleşme yapma da kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle yürütülmesi araçlarından biri haline gelmiştir.⁷³

⁶⁸ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C, a.g.e., s.88.

⁶⁹ Merkl, A, (1942), *Umumi İdare Hukuku*, (Çev.: Bedri Tahir Şaman), Ankara: Titaş Basımevi, s.,153.

⁷⁰ İlhan Özay, a.g.e., s. 512.

⁷¹ Süheyp Derbil, a.g.e., s.575.

⁷² Esin, Y, (1973), *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, s.398.

⁷³ Tan, T, (1995), İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50 (03). s. 54. <http://dergipark.org.tr/ausbf/issue/3111/43103> çevrimiçi. 06.07.2019.

İdare kararlarında kamu yararı ilkesini gözetmek durumundadır. Kamu yararı ilkesi idarenin işlem ve eylemlerine ilişkin iradesini açıklarken bağlı bulunduğu ilkelerden birisidir. İdare, mekanizma itibari ile öylesine bir güç ile donatılmıştır ki; kararlarını alırken kullandığı takdir yetkisinin ‘amaç’ yönünden kamu yararı ilkesi ile sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.⁷⁴

Anayasa’nın 123. Maddesi ile İdarenin kanuniliği ilkesi düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenleme neticesinde İdarenin, görev ve yetki alanına girmeyen konularda idari sözleşme yapması mümkün değildir. Bu husus, özel hukuk sözleşmeleri ile İdarenin gerçekleştirdiği sözleşmeler arasında “irade serbestisi” açısından önemli bir farkı göstermektedir. İdare, kanunla yetkilendirilmediği bir konuda sözleşme imzalama yoluna gidemeyecektir.⁷⁵ Başka bir deyişle; yasamanın İdareyi yetkilendirmediği hiçbir konuda kendisini yetkili ve görevli sayamayacağı anlamına gelmektedir.⁷⁶

Kamu yararı ilkesi çerçevesinde, İdarenin almış olduğu kararlarda ilgililerin rıza ve muvafakatine bakmaksızın yürütülen kararlar tesis edebilir; hatta tek taraflı almış olduğu bu icrai kararları resen icra yetkisi de bulunmaktadır. Bununla birlikte İdarenin, idari işlem ile yapamayacağı veya yapmayı tercih etmediği bir kısım hizmetlerini idari sözleşme yolu ile gördürmesi de mümkündür.⁷⁷ Ancak günümüzde kamu hizmetinin gördürülmesi teknik, maddi yetersizlik, vb. nedenler ile kamu hizmetinin salt idare tarafından sunulması uygulaması bir kenara bırakılmış ve bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından idari sözleşmeler aracılığı ile gördürülmesi yoluna gidilmiştir. Kamu hizmetinin ileri teknoloji ile yapılacak olması ve teknik altyapı yetersizliği, bu yola başvurmada önemli faktörlerdendir.⁷⁸

İdari sözleşmeleri, İdarenin yaptığı diğer tasarruflardan ayıran özelliği, iki yanlı idari işlemler olmasıdır. İdareye başvuran kişi ile idare arasında irade beyanlarının uyuşması ile imzalanan akit sonucu sözleşme kurulmuş olur. İdarenin icabı, idari sözleşmenin kurulmasına yeterli olmamakta; aynı zamanda, özel hukuk kişinin de bu icabı kabul etmesi gerekmektedir. Böylece, İdarenin icabı ve özel hukuk kişinin kabulü sonucu kurulan akit, idare hukuku akididir.⁷⁹

İdari sözleşmeleri, idare tarafından yapılan özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak gerekmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinin aksine, İdari sözleşme olarak nitelendirilen karma işlem türlerinin ayırt edici özelliği; bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin idari yargı oluşudur.⁸⁰

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı açıktır ve idari sözleşmelerden doğan zararların tazmin sorumluluğuna değinmek gerekecektir. Anayasal çerçevede teminat

⁷⁴ İl Han Özay, a.g.e. s.13.

⁷⁵ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s.22.

⁷⁶ Sancakdar, O., E. Us, M. Kasapoğlu Turhan, L. B. Önüt & S. Seyhan., a.g.e., s.517.

⁷⁷ Akgüner, T, (2017), *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, s.356.

⁷⁸ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, s.156.

⁷⁹ Gözler, K, (2003), *İdare Hukuku Cilt I*, Bursa: 1.Baskı, Ekin Kitapevi. s.559.

⁸⁰ İl Han Özay, a.g.e. s.511.

altına alınmış ferdin Devlete karşı korunması kuralı gereği; İdarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğacak zararların kusur ve kusursuz sorumluluk ilkeleri kapsamında, idarece tazmini emrolunmuştur. Burada, zarar ile zararı doğuran eylem arasında illiyet bağının kurulması, Zararı meydana getiren eylem ve işleminin İdareye atfedilebilecek olması gerekmektedir.⁸¹

İdari sözleşmelerin icrası sırasında üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlar dolayısı ile İdarenin sorumluluğu devam etmektedir. İdare her ne kadar kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında aradan çekilecek de olsa, denetim ve gözetim yükümlülüğü devam edecektir. Özel hukuk kişinin kamu hizmetini gördüğü esnada tesis ettiği eylem veya işlem nedeniyle zarara yol açması durumunda da bunun İdarenin sorumluluğunu gerektireceği açıktır. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir husus akidin kamu hizmetini yürüttüğü esnada bu hizmet ile bağlantılı olarak vereceği zararlarda veya yapacağı işlemlerde İdarenin sorumluluğu ne olacaktır? İdarenin sözleşme yolu ile sorumluluğunu devretmesi idare hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. İdarenin sözleşme aracılığı ile anılan kamu hizmetini devretmiş olması onu sorumluluktan kurtarmamakta, özel hukuk kişisi üzerinde ve yürütülen kamu hizmeti üzerinde denetim ve gözetim sorumluluğu devam etmektedir.⁸²

İdari sözleşmelerin teşekkülü 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu⁸³, na dayanmaktadır.⁸⁴ Daha sonra, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu kanun da ihtiyaçlara cevap vermede yeterli bulunmayınca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir.

İdarenin ihtiyacı olan hizmete erişebilmek, bu hizmete erişirken süreçlerde yaşanacak suiistimalleri önleyebilmek için ihale prensipleri konulmuştur. Sözleşmenin kurulması ve kamu hizmetinin ihale edilmesi ile son bulan ve bu süreçler arasında geçen süreçte hukuka uygun olarak ihale prensiplerini uygulayarak yerine getirilmesi ile son bulan işlemidir. İdare, belirli prensipleri uygulamak ile yükümlü olup; idarenin akdi irade serbestisi ile seçme yetkisi bulunmamaktadır. Esasen akti, serbest irade ile seçme yetkisinin bulunmaması idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinin arasındaki esaslı farklardan birini teşkil etmektedir. Bu konuyu sözleşmenin akdedilmesi başlığı altında detaylıca incelediğimizden, bu bölümde kısa açıklama ile yetindik.

İdare Hukukunun tedvin edilemeyişi⁸⁵ ve sürekli değişen bir yapı arz etmesi nedeni ile sözleşmeler hususunda da düzenleme bulunmamaktadır. İdarenin kamu hizmetlerini yürütmek amacı ile kullanmış olduğu idari türden sözleşme yapma yetkisi bulunmakla; İdare hukukunda sayma yolu ile kısıtlanmamış bu sözleşmelere en önemli örnek olarak çalışma konumuz, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri, Müşterek Emanet Sözleşmeleri, Kamu İstikraz Sözleşmeleri, İltizam* sözleşmeleri sayılabilir.⁸⁶ İdari sözleşmelerin, iki taraf ile birlikte imza altına alınması dışında, özel hukuk sözleşme

⁸¹ Yüksel Esin, a.g.e. s.394.

⁸² Yüksel Esin, a.g.e. s.393.

⁸³ 10.12.1934 tarih ve 2723 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. (Çevrimiçi). 02.06.2019.

⁸⁴ Onar, S. S, (1966), *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul: III. Cilt, Üçüncü Baskı, s.1614.

⁸⁵ Günday, M. (2011), *İdare Hukuku*, Ankara: 10. Baskı, İmaj Yayınevi. s.28.

⁸⁶ Metin Günday, a.g.e. s.510.

ilkeleri ile fazlaca benzer yanının bulunmadığı görülecektir. Esasen, imza altına alınan anlaşmada; idarenin iradesi ile belirlenmiş ve sözleşmeciye ise yalnızca imzalama safhasında, *imza atmak ya da atmamak* serbestisi tanınmış, ‘katılmalı işlem’ türünden olduğunu söylemek gerekecektir.⁸⁷

Bu nedenle, idarenin tek yanlı icrai işlemle yapamadığı veya yapmayı tercih etmediği durumlarda, idari sözleşme yolu ile kamu hizmeti faaliyetlerini yürütebildiğini görmekteyiz. Ancak, idari sözleşmelerin de kendi içerisinde birtakım kıstaslar ile ayrımı söz konusu olmakla; yukarıda saydığımız kamu yararı görmek amacı ile katılmalı işlem türünden sözleşmeler ile İdarenin özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği sözleşmeler de bulunmaktadır. İdare özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği bu sözleşmelerde, kâr amacı güden bir ticari şirket gibi faaliyet yürütmektedir.⁸⁸

Örnek vermek gerekir ise, bir kamu bankası, banka içi faaliyetlerinden kredi sözleşmesinin akdini seçerken ihale açarak değil, bir ticari şirket mantığı ile serbestçe hareket ederek sözleşmeyi imzalamaktadır. Özel hukuk kişilerince akdedilen sözleşmelerde kişisel çıkarların güdülmesi ve bu saikle hareket edilmesi olağan karşılanmaktadır.⁸⁹

İdari sözleşmelerin ihdası sırasında uyulacak İdare hukuku prensiplerinin yanı sıra, kamuya gelir sağlayıcı ihaleler için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile kamu alımlarını düzenleyen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 5/1 maddesinde idarenin uyacağı temel ilkeler olan ‘saydamlık’, ‘rekabet’, ‘eşit muamele’, ‘güvenirlilik’, ‘gizlilik’, ‘kamuoyu denetimi’ ilkelerine uygun şekilde ihale yapıp, sözleşme konusu işin karşı tarafa ihale edilmesi gerekmektedir.

1.3.2. İlkeleri

Sözleşme kavramı Türk Borçlar Kanunu madde 1’de özel hukuk hükümleri altında tanımlanmaktadır:

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 1.maddesi ile “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” Sözleşmenin usulüne uygun olarak kurulabilmesi için taraflardan birinin icabı, diğer tarafın da bu icabı kabulüne ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca bir sözleşmenin sıhhatli olabilmesi, birtakım esaslı unsurları da ihtiva etmesi gerekmektedir. Bunlar; sözleşmenin hukuki işlem ehliyeti olan gerçek veya tüzel kişilerce “emredici hukuk kurallarına”, “kamu düzenine”, “genel ahlaka” “kişilik haklarına” aykırı ve imkânsız olmayan bir konuda muvazaalı olmayan sıhhatli irade beyanlarına istinaden yapılmasıdır.⁹⁰

İdarenin, cebri yaptırım gücünü kullanarak, işlem tesis etme yetkisinin yanında; bazen ikincil bir yol olarak çeşitli ihtiyaçlarını karşılamaya dönük olarak sözleşme yapma yoluna

⁸⁷ Metin Günday, a.g.e. s.511.

⁸⁸ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.164.

⁸⁹ A.g.e., s.164.

⁹⁰ Oğuzman, M. K., & Barlas, N. (2004), *Medeni Hukuk*, İstanbul: 11. Bası, Beta Yayınları, s.121.

da başvurabilir. İdare gerektiğinde özel hukuk sözleşmesi akdedebildiği gibi kamu hizmetlerinin icrası için idari sözleşme de akdedebilmektedir.⁹¹

İdarenin yaptığı sözleşmelerin diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edici birtakım özellikleri bulunmaktadır. Tarafları aynı görünen bu iki ayrı özelliklere sahip ve ayrı yargı rejimlerine tabi sözleşmelerin ayrımı için kullanılan kriterler bulunmaktadır. Bu kriterler içtihadi mecrada oluşmuş kriterlerdir.⁹²

İdarenin, sözleşmenin diğer yanına karşı emir ve talimat verebilme yetkisinin yanında, sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi de bulunmaktadır. Akidin kusurlu davranışları var ise; zorlayıcı tedbirler ile hizmetin yürütülmesini sağlarken, ağır külfetler yükleyerek sözleşme şartnamesindeki direktiflere uygun hareket etmeye zorlayabilmektedir. Bunun yanında İdarenin, tek taraflı feshetme yetkisi bulunmaktadır.⁹³ Tüm bu olağan üstü yetkiler, İdarenin kamu gücünü kullanmasından kaynaklanmaktadır.

İdarenin yapmış olduğu sözleşmede, İdareye tek yanlı fesih hakkının tanınmış olması, İdarenin sözleşmeyi mahkemeye taşımadan, tek taraflı olarak feshetme yetkisi vermektedir. Esasen özel hukuk sözleşmelerinde tarafların çıkarları gereği, sözleşme edimlerini yerine yetirmeyen tarafa tanınmış olan bu hakkın, İdareye koşulsuz şartsız tanınmış olması, üstün gücünün sonucudur. Kamu hizmetlerinin icrasından tek başına sorumlu olan İdarenin, sözleşme yapma yetkisi ile kamu hizmetini devretmiş olması sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. İdare, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilmektedir. Sözleşmenin feshini, mahkeme kararı olmaksızın, tek taraflı olarak yapabilmektedir. Feshin, mahkeme aracılığı ile yerine getirme zorunluluğu olmaksızın yapılabiliyor olması, İdarenin üstün yetkilerinin doğası gereğidir. İdarenin özel veya idari sözleşmelerinin ayrımı yapılırken aranan bir kriterdir. İdarenin, imzalamış olduğu sözleşmenin idari sözleşme olarak tanımlanması için kamu gücünü barındırması ve özel hukuku aşan hükümler barındırması gerekmektedir.⁹⁴

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri de bulunmaktadır. Bunlar konumuz olan idari sözleşmelerden temelde yer alan esasları açısından farklılık arz etmektedir. Örnek vermek gerekir ise; idarenin, kamu hizmeti görmek amacı ile yapacağı sözleşmelerden olan idare hukuku kapsamında değerlendirilen gaz dağıtım, su dağıtım, elektrik dağıtım gibi kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yapılan İdare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri idari sözleşmeler kapsamında yer alır iken, imtiyaz hakkı sahibinin kamu hizmetini ulaştırdığı aboneleri ile yaptıkları abone sözleşmeleri özel hukuka tabi sözleşmelerdir. Bu abone sözleşmeleri kapsamında, imtiyaz hakkı sahibi ile abone arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri de sözleşmenin özelliği gereği adli yargı mercileri olmaktadır.⁹⁵

⁹¹ Tayfun Akgüner, a.g.e., s.357.

⁹² A.g.e., s.358.

⁹³ Esin, Y., & Dündar E., (1976), *Danıştay'da açılacak tazminat davaları*, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık. s.138.

⁹⁴ Yüksel Esin, a.g.e., s.178.

⁹⁵ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.165.

İdare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmelerden olan abone sözleşmeleri kapsamında Danıştay, önüne gelen uyuşmazlıkların adli yargı yerinde görülmesine ilişkin yerleşik yerleşik içtihatları bulunmaktadır. İdare ve özel hukuk kişisi arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda da aynı görüş Danıştay’ca kabul edilmiştir.⁹⁶ Katı atık toplama, bertaraf etme ücretine ilişkin İdare tarafından tahakkuk ettirilmiş ücrete itiraz eden abone ücretin iptali istemi ile idari yargıda dava açmıştır. Abone sözleşmesinden kaynaklanan ve bu sözleşme çerçevesinde tahakkuk edilen ücretin özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna karar verilmiştir. Bu nedenle adli yargının görevli olduğuna ilişkin kararları mevcuttur.⁹⁷

İmtiyazcı şirket ile abone arasında imzalanan sözleşmeler gereğince çıkacak uyuşmazlıklarda, verilen yerleşik yargı kararları çerçevesinde adli yargının görevli olduğu nizadan uzak bir husustur. Bu nizanın sözleşmeden kaynaklanmış olması, taraflar arasındaki statü ve aralarındaki hukuki ilişkinin bir sonucudur. Bu görüş doktrin çevresinde de genel kabul görmüştür.⁹⁸

Aksi yönde görüşe göre, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşme tarafı imtiyazcı aleyhine idari yargıya başvurulamamaktadır. İmtiyazcının özel hukuk kişisi olması ilk evvela bunu engellemektedir. İdari yargıda İdarenin davalı olma statüsü bu kez tersine döneceğinden aksi görüşü savunan doktrin görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre imtiyazcı aleyhine sözleşmeye aykırılık nedeniyle adli yargıda dava açılabilir.⁹⁹ Ancak, imtiyazcı aleyhine, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmemesinden veya eksik ifasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mercii idari yargıdır.¹⁰⁰ Ancak abonman sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, İdare aleyhine iptal davası açılmasının yolu da tamamen kapalı değildir. Abonman, imtiyaz sağlayan İdare’ye başvurarak, imtiyazcının kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan taraf yükümlülüklerine uymadığından bahisle İdareye

⁹⁶ Danıştay 14. D. 2015/10947 E. 2018/2673 K. 16.04.2018 tarihli kararı. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 09.10.2019.

DİDDGK 14. D. 2016/5291 E. 2018/4164 K. 17.10.2018 tarihli kararı. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 09.10.2019.

⁹⁷ “atıksu altyapı tesisleri ile evsel katı atık bertaraf tesislerinin kurulması, bakımı, onarımı, işletilmesi, kapatılması ve izlenmesi, bu tesislerle ilgili olarak verilen tüm hizmetleri karşılayabilecek tam maliyet esaslı tarifelerin belirlenmesi konusunda anılan hizmetleri sağlayacak idarelere takdir yetkisi verildiği, hizmeti alan gerçek ve tüzel kişilerin ise bu hizmetlere karşılık olarak abone olmak zorunda olduğu; ayrıca, atıksu altyapı yönetimleri ve/veya evsel katı atık idarelerinin hizmetten yararlanan ve/veya yararlanacak her abone ile karşılıklı sözleşme yapmakla yükümlü olacakları sonucuna varılmaktadır. Nitekim, katı atık toplama ücretine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, Uyuşmazlık Mahkemesinin, 09/05/2016 günü, E:2016/266, K:2016/305 Sayılı kararıyla söz konusu ücretin, idareyle kişi arasında abonman sözleşmesi ile kurulan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kar esasına göre idarece belirlenen tarifeyle dayandırılarak alınan bir ücret olduğu, idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yönetmelik ile buna dayanan tarife kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerinde; abonman sözleşmesine dayanan bir alacak-borç ilişkisi kapsamındaki katı atık toplama bedelinin tahsiline ilişkin davaların ise adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği, uygulamanın bu doğrultuda istikrar kazandığı belirtilerek, davalı belediye tarafından evsel katı atık ücretinin ödenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine...” dair görüşü. Danıştay 14. D. 2016/648 E. 2019/786 K. 05.02.2019 tarihli kararı. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 07.08.2019.

⁹⁸ Duran, L. (1957), *İdare Hukuki Meseleleri*, İstanbul: Halk Basımevi, s.24.

⁹⁹ Lütfi Duran. a.g.e. 24.

¹⁰⁰ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2019), a.g.e., s.93.

başvuru yaparak; verilen taahhütlerin yerine getirilmesini sağlanmasını isteyebilmektedir. Bu taleplere olumsuz yanıt içeren idari işlemin iptali için aboneler bu işleme yönelik idarenin ihmali davranışlarını idari yargıya taşıyabilmektedirler. Yine imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin maddeleri ile tespit edilmiş miktarlar dahilinde yapılmayan abone ücret artışlarını da ilgililer idari yargıya taşıyabilmektedirler.¹⁰¹

Bunun yanında aboneler, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların görümü esnasında davaya müdahil olamayacakları gibi; davanın subjektif sonuç doğurması nedeni ile de uyuşmazlıklar sonucu verilen kararlardan sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişiler yararlanamayacaktır.¹⁰²

Abonman sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin verilmiş olan yerleşik yargı kararları bulunmaktadır.¹⁰³ Uyuşmazlık mahkemesi abonmanlık sözleşmesinden kaynaklanan taraflar arasındaki uyuşmazlığın görüm ve çözüm yerinin tespitinde olumsuz yargı uyuşmazlığı noktasında vermiş olduğu kararlarında, detaylı şekilde vurguladığı kriterler aşağıdaki gibidir:

Kamu idarelerince dağıtılan kamu hizmetlerine ilişkini elektrik, doğal gaz, su için İdare belli bir tarife üzerinden hizmet vermekte olup, taraflar arasında imzalanan abonman sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm ve görüm yerine ilişkin yaşanan olumsuz yargı uyuşmazlığı söz konusudur. Uyuşmazlık mahkemesine gelen konuda taraflar arasında imzalanan abonman sözleşme hükümlerinin gereğini yerine getirmekten geri kalmaları halinde özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı yerinde çözümleneceğine dair kararı sabittir.¹⁰⁴

İdari sözleşmelerinin incelenmesi hususu ilk kez literatüre ‘‘Zingal Uyuşmazlıkları¹⁰⁵’’ adı ile anılan bir dizi uyuşmazlık ile girmiş olup, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi ilk kez sıralı dava olarak açılan bu davalar sebebi ile detaylı ve enine boyuna bir inceleme yapmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi önüne yargı uyuşmazlığı nedeniyle gelen Zingal Uyuşmazlıklarında, çıkarılan Orman Kanunu ile mülkiyeti devlete ait olan ormanların işletilmesi hususunda birtakım değişiklikler öngörülmüştür. Bu değişiklikler neticesinde, ormanların işletilmesi özel hukuk kişilerinin elinden alınıp, İdare’nin tasarrufuna bırakılmaktaydı.

¹⁰¹ Lütfi Duran. a.g.e. s.24.

¹⁰² Lütfi Duran. a.g.e. s.24.

¹⁰³ 26.11.1968 tarih ve 13061 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 15.06.1968 tarih ve 1968/57 E. 1968/410 K. Sayılı kararı için bkz: Esin Yüksel ve Dündar Erol, a.g.e. s.44.

¹⁰⁴ Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan olumsuz görev uyuşmazlığına dair aynı yönde yerleşmiş yargı kararları için Bkz.:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E 2016/144, K. 2016/182, 14.03.2016 tarihli kararı,

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E 2014/1153, K. 2014/1192, 29.12.2014 tarihli

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E 2008/192, K. 2009/276, 07.12.2009 tarihli kararı

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E 2008/62, K. 2009/6, 02.02.2009 tarihli kararı

Çevrimiçi, www.kazanci.com 17.08.2019.

¹⁰⁵ Esin, Y., & Dündar E., a.g.e., s.180. 04.03.1946 tarih 6247 sayılı RG’de yayımlanan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.01.1946 gün ve 1946/8, K 1946/3 sayılı kararı.

Olayda devlet ormanlarının özel hukuk kişilerince işletilmesinin önüne geçen 3116 sayılı Orman Kanunu'nun¹⁰⁶ TBMM'den geçmesi üzerine, ülke nezdinde işletilen tüm ormanların işletim hakkının Tarım Bakanlığı'na geçmesi ile birlikte Tarım Bakanlığı aleyhine açılan bir dizi davanın görüm yerinin tespitinden ibarettir. Dava adli yargıda açılmış olup, idarenin görevsizlik itirazının reddi ile Danıştay tarafından resen, davaya bakan mahkemenin görevsizliğine karar verilmesini talep eden başvurusu sonucu alınan karar ile ilk kez idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yerinin tespiti hususu gündeme gelmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nce yapılan değerlendirme sonucu, Anayasal sistemde idari rejimin kabul edildiği, idari rejimde idarenin yapmış olduğu eylem, işlem ve sözleşmelerin idare hukuku ilkeleri nazara alınarak çözümleneceği, *“sözleşmenin idari bir sözleşme olmasına ve bu kabil sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin de Danıştay”* olduğuna karar verilmiştir. Kararda; idari sözleşmelerin özelliklerine ve idarenin resen icrai karar alma yetkisine değinilmesinin yanı sıra, idarenin almış olduğu bu kararları resen yürütme yetkisinin haiz olduğuna değinilmiştir.

Gerçekten görevli yargı yeri tespiti kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlık olup, 2577 Sayılı Kanun'da 2/1-c maddesinde hüküm altına alındığı gibi idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu, görevli yargı yeri tayinin ancak yasa ile düzenlenebileceği usul hukuku ilkelerindendir.¹⁰⁷

Yine İdare tarafından Zingal, Zindal ve Çangal Ormanlarına ilişkin imar planlarında yapılan revizyon ile birlikte yapılan değişikliklerin aykırılığından bahisle açılan idare ile imtiyaz hakkı sahibinin taraf olduğu davada, özel hukuk hükümlerine göre davanın görüm ve çözümü istenmektedir. Olay örgüsünde idari mukavele dolayısı ile ormanların işletilmesi özel hukuk kişisine devredilmiş olsa da kamu yararına olarak icra edilmesine devam edileceği idari sözleşmelerinin en karakteristik vasfıdır. Öyle ki, özel hukuk kişisine idari sözleşme ile devri yapılmış olan kamu hizmetinin ifası sırasında idarenin kusursuz sorumluluğu mevcuttur. Ayrıca İdarenin, sözleşme ile devredilen kamu hizmetinin yürütülmesinde, gözetim yükümlüğü çerçevesinde aksamaya mahal verilmediğini denetlemekle sorumludur. İdarenin denetim ve gözetim sorumluluğunun devam ettiğine ilişkin yargı kararları mevcuttur.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Resmi Gazete 19.02.1937 tarih 3537 sayılı (çevrimiçi). 07.09.2019.

[www.ogm.gov.tr/ekutuphane/Kanunlar/3116%20Sayılı%20Orman%20Kanunu%20\(Orjinal%20Metin\)](http://www.ogm.gov.tr/ekutuphane/Kanunlar/3116%20Sayılı%20Orman%20Kanunu%20(Orjinal%20Metin))

¹⁰⁷ Esin Y. ve D. Erol, a.g.e., s.178.

¹⁰⁸ İlgili kararın literatüre ilk giren kararlardan olması sebebi ile önemsiyoruz. Kararın kısa özetini çalışmamızda paylaşmamızın faydalı olacağına inanıyoruz. Esin Y. ve D. Erol, a.g.e., s.180. Danıştay 5. Dairesi 22.04.1944 gün ve E 1944/1522, K. 1944/831 sayılı kararı *“Davanın mevzuunu 10.02.1926 tarihli mukavele mucibince davacı şirket tarafından işletilmekte olan Zingal, Zindal ve Çangal ormanlarının ahiren esas planlar ile muayyen esaslara uygun olmayarak re'sen yapılmış olan revizyon planlarının mukavele hilafına müşterek bir fen heyetinin tasvip ve kabulüne iktiran ettirilmeksizin tatbik sahasına vaz'ı teşkil etmekte ve bir taraflı olarak tanzim kılınan bu planın ve bunun tatbiki hususunda vaki olan tebligatın iptali ile sevk eden müdahalenin men'i ve bitaraf bi ehli-vukufun riyaseti altında tanzimi icap edeceği ve ortada fenni hiçbir zaruri lüzum mevcut değil iken kat'iyet görmeyen sahalara da teşmil suretiyle revizyon namı altında adeta yeni bir amenajman planı vücut getirilmesinin mukavele hükümlerine olduğu kadar ilmi ve*

1.3.3. Çeşitleri

İdare, çeşitli isimlerde idari sözleşme yapabilmektedir. Bunlar, *Müşterek Emanet*, *Kamu İstikraz (Borçlanma)*, *Bayındırlık (Nafia)*, *İltizam*, *Hizmet ve İmtiyaz sözleşmeleri* içlerinde en bilinenlerdendir. Ancak İdare bu tip sözleşmelerinin yanında isimsiz olarak da kamu hizmetinin ihtiyacını görecek başka isimde ve tipte sözleşmeler yapabilmektedir.¹⁰⁹

Yukarıda sayılan örnekler, İdarece kullanılan ve literatüre girmiş sözleşme isimleridir. Aynı zamanda İdare bu sözleşme türlerinin yanında kamu hizmetlerini özel kişilerce görülmesini teminen başka türde idari sözleşmeler de yapabilmektedir.

4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” örnek gösterilebilir. Bu kanun ile elektrik üretimi tesisi kurma ve işletme sözleşmeleri veya işletme hakkının verilmesi sözleşmeleri ile kamu hizmetini özel hukuk kişilerine gördürmek usulü ile icrasına ilişkin alanlar düzenlenmiştir. Bu kanun ile devredilen sözleşme konuları esasen imtiyaz sözleşmesinde yer alan tüm özellikleri barındırmaktadır. Kanun ile Elektrik üretimi, dağıtımı, iletimi ve ticareti ile görevlendirilen özel hukuk kişinin görevi sonunda kamu hizmeti tesisini tüm borçlardan arınmış olarak tam, eksiksiz ve çalışır olarak teslimini taahhüt eden bir sözleşmedir.¹¹⁰

Klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile 3096 sayılı kanuna göre yapılan kamu hizmeti amacı güden sözleşmeler arasındaki tek ve en belirgin farkın, 1326 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’da belirtilen, imtiyazcının Osmanlı (Türk) anonim şirket statüsünde olma zorunluluğudur. 3096 sayılı kanun ile yalnızca Türk anonim şirketleri ile sınırlı tutulmamıştır. Bu kanun kapsamına yabancı ya da yerli sermayeler de dahil edilmiştir. Kanun gereğince görevlendirme sözleşmesi en çok 99 yıllığına imzalanabilmektedir.¹¹¹

fenni esaslara da mugayir bulunduğu ve tesisatta mühim tebeddül ve tahavvüller husule getirmek suretiyle de azim zararları tevlit edeceği noktasında toplanmaktadır.

.....halbuki Devlet ormanlarını işletmek keyfiyeti amme hizmeti kategorisinde dahil ve bu hususa müteallik mukaveleler de tamamen idari mukavele mahiyetini haizdir. Amme hizmetlerinden birini ifa maksadı ile mün’akit idari mukavelelerin en bariz ve karakteristik vasfı da mukavelelerin mevzuunu teşkil eden amme hizmetini amme menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle muvazzaf ve bundan mes’ul olan idarenin alalade bir taraf olunamayacağı ve bu hizmetin işletmesini üzerine almış hakiki veya hükmi şahsın ledelhace amme otoritesi ile teşhiz edilebilmesidir. Hizmetin ifası hususunun mukavele ile bir ferde tevdi ne hizmetin mahiyetini tebdil ne de idarenin bu baptaki salahiyet ve mesuliyetini tahsis eder. Bu sebeptendir ki idareyi sadece bir ferdin hak ve iktidarıyla değil hizmetin hakiki sahip ve nazımı safahatı ile kendisini geniş ve hudutsuz bir murakabe ve tazim salahiyetiyle mücehhez tanımak zaruridir.

Keza idaremin hizmetin ifasını deruhte eden tarafa bir kusur atfı mümkün olmayan hallerde bile tazmin vecibesini tekabbül ve tahammül etmek şartıyla ve hizmetin muntazaman ve müstemirren ve amme menfaatine uygun bir şekilde cereyanını teminen her türlü tedbiri almak serbestisi derkardır.

İdare hukukunca kabul edilmiş olan bu esasa binaen davacı şirketin istinkafi üzerine revizyon planının olduğu yerde bırakılmayarak re’sen ikmal edilmiş olmasına bir güne salahiyetsizlik farz edilemeyeceğinden davacı şirketin mukavele muvacehesinde Devlet ve ferdin müsavi olduklarından bahisle ihtilafın hususi hukuk kaidelerine göre mahkemeye intikal suretiyle halli lazım geleceği yolundaki iddia ve nokta-i nazar kabul şayan olamaz.”

¹⁰⁹ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.238.

¹¹⁰ Kemal Gözler, a.g.e., II. Cilt, s.400.

¹¹¹ Sancakdar, O., E. Us, M. Kasapoğlu Turhan, L. B. Önüt & S. Seyhan., a.g.e., s.521.

Değişen hükümet sistemi ile Cumhurbaşkanı tarafından yetkilendirilen sermaye şirketlerinin, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak ve yapılmış üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının, Enerji Bakanlığı ile akit tarafının sözleşmeyi imzalanması ile Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelik çerçevesince yürütülmesi düzenleme altına alınmıştır.¹¹²

28 Mayıs 1988 tarih ve 3645 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu Yapımı Bakımı ve İşletilmesiyle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile de kamu hizmetine ilişkin alanın kanun ile özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu kanun içeriğinde de İdarenin yapacağı otoyollar ve bu otoyolların üzerinde kurulacak tesislerin yapımı, işletilmesi ve bakımı görevlerini en çok kırk dokuz yıllığına özel hukuk kişilerine gördürülmesi öngörülmüştür. Yine bu kanun ile de tıpkı imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi İdarenin tek taraflı işlem yapma yetkisini kullanarak sözleşme konusu kamu hizmetini bedelini tazmin ederek satın alabilmektedir. Kanuna göre özel hukuk kişisine devredilen kamu hizmetinin görev süresi sonunda borçtan arınmış, çalışır vaziyette ve bedelsiz olarak İdareye teslimi gerekmektedir.¹¹³

İdarenin kamu hizmetini gördürmek üzere yapacağı idari sözleşmelerinin çeşitlerinde kısıtlama olmamakla birlikte, Anglosakson ve Kıta Avrupası ülkelerinde kavramlaştırılan ve ülkemize de uygulamasına sıkça rastlanılan kamu/özel ortaklığı sözleşmeleri şeklinde anılan sözleşme türleri de geliştirilmiştir. Yeni tip idari sözleşme olarak adlandırılan bu sözleşme türlerinde kamu özel ortaklığı ile kamu hizmeti konusu görülecek hizmetin maliyet riskinin İdare tarafından paylaşılmasıdır.¹¹⁴

Biz, İdare tarafından en çok kullanılan başlıca sözleşmelere değinerek imtiyaz sözleşmesi ile kıyas edebilmek üzere kısa açıklamalara yer vereceğiz.

1.3.3.1. Müşterek Emanet

Müşterek emanet sözleşmesi; “*bir kamu hizmetinin, hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi için yapılan sözleşmedir.*” Müşterek emanet usulünün örneği sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi ile ilgili sözleşmelerdir. Müşterek emanet sözleşmesi idarî sözleşme sayılmaktadır.¹¹⁵

¹¹² 3096 Sayılı Kanun, “İşletme hakkının devri:

Madde 5 – Görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Cumhurbaşkanı tarafından karar verilebilir.

(Değişik ikinci fıkra: 26/4/1987-KHK- 284/1 md.; Değiştirilerek kabul: 7/3/1990-3613/1 md.) Bu maddenin uygulanması ile ilgili hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Yönetmelik çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca yürütülür.”

¹¹³ Kemal Gözler, a.g.e., II. Cilt, s. 404.

¹¹⁴ Karahanoğulları, O. (2011), Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı), *AÜSBF Dergisi*, 66(3), s.177.

¹¹⁵ Odyakmaz, Z. (1998), Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(S 12). s.14.

Günümüzde müşterek emanet sözleşmesine idarenin kültürel nitelikteki kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde de kullanılmaktadır¹¹⁶.

İdarenin genel kapsamda kamu hizmetini sunma usulünü tek taraflı icra’i kararlar ile yürüttüğünü, idari sözleşmeler aracılığı ile kamu hizmetinin ifasını belli başlı alanlarda kullandığını söylemek mümkündür. Kamu hizmetlerinin sözleşmelere dayanılarak görülen usullerinden biri olan müşterek emanet sözleşmesinin farklı, emanetçi olan özel hukuk kişinin idare ile yapmış olduğu sözleşme hükümleri gereğince alacağı olan paydır. Burada sözleşmeci kara ve zarara ortak olmamakta, sadece idare ile anlaşmaya varılan pay üzerinden tahsilat yapmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde imtiyaz hakkı sahibi kurmuş olduğu teşkilatın mütemmim cüzleri ve teferruatları ile birlikte masrafına kendisi katlanmaktadır. Buna mukabil, idari sözleşmenin uzun süreyi kapsaması yapmış olduğu giderleri, yatırımların amortismanını ve en son da kârını kamu hizmetini sunmuş olduğu abonelerinden idarenin denetimi altında belirlenen tarife üzerinden karşılamaktadır.¹¹⁷

Müşterek emanet sözleşmesinin hasar ve zararı idareye ait olmakla birlikte; müşterek emanetçi oluşacak zarara katılmaz, hizmetin gördürülmesi sonucu oluşacak hasılatın belirli bir pay alır. 2886 sayılı kanun ile müşterek emanet sözleşmesinin tafsilatlı örnekleri ve açıklaması yapılmıştır.¹¹⁸ Örnek vermek gerekir ise bayındırlık işleri, toprak koruma, arazi iyileştirme ve orman amenajman işleridir.

Müşterek emanet sözleşmesi ile her yıl Genel Bütçe Kanunu’nda gösterilen miktarı geçmeyen yapım, bakım ve onarım işleri, Silahlı Kuvvetlerle güvenlik kuvvetlerinin araç ve gereçlerinin yapım, onarım ve bakımı işleri, demiryolu yapımında balast ve yol malzemesinin döşenmesi işleri gördürülmektedir.

1.3.3.2. Kamu İstikraz (Borçlanma)

“Devletin veya tüzel kişiliğe sahip kamu kurum ve kuruluşlarının genel giderlerini veya bazı ihtiyaçlarını karşılamak üzere gerekli parayı senet çıkarmak suretiyle halktan veya

¹¹⁶ Sezginer, M. (2013), *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 893.

¹¹⁷ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.90. Kemal Gözler, a.g.e. cilt II, s.399.

¹¹⁸ 2886 sayılı Kanun’un 81. Maddesi ile emanet usulü ile yapılacak işler başlıklı bölümünde emanet suretiyle yapılacak işler sayma yoluna gidilmiştir. “...Yukarıda belirtilen işler için işi yürütmekle görevli emanet komisyonları geçici süre ile işçi çalıştırabileceği gibi işin bünyesine giren gerekli madde, araç ve gereçleri öncelikle bunları kendileri üreten araç ve gereç yapan ve sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte Devlete, kamu iktisadi teşebbüslerine veya belediyelere ait olan kuruluşlardan doğrudan doğruya tarife, yoksa piyasa satış bedelleri üzerinden alabilirler. Bu suretle sağlanması mümkün olmayan madde araç ve gereçler teklif alınmak ve piyasa satış değerlerine uygunluğu belgelenmek şartıyla piyasadan sağlanır. Bu usulle yaptırılmasında gerek ve yarar görülen işler nevi itibarıyla kısımlara ayrılmak suretiyle, araya bir müteahhit girmeksizin taşeronlara da yaptırılan Nevi itibarıyla kısımlara ayrılmak suretiyle taşeronlara verilen işlerde-, inşaatın bünyesine giren ve sarfında kontrolü mümkün olabilen ana malzeme dışında kalan malzeme de taşeron tarafından temin edilmek şartıyla iş yaptırılabilir. Emanet komisyonları eliyle yapılabilecek işlere ait uygulama esasları, Milli Savunma, Maliye, Bayındırlık, Enerji ve Tabii Kaynaklar ve Koy İşleri ve Kooperatifler bakanlıklarınca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle gösterilir...”

*sermaye sahiplerinden borç para almasını sağlayan sözleşmelere” kamu istikraz sözleşmesi denir.*¹¹⁹

İdare tarafından akdedilen borçlanma sözleşmesi, idari sözleşmeler arasında yer almaktadır. Kamu istikraz sözleşmeleri özel bir kanunla veya yine kanunun verdiği yetkiye dayanılarak tahvil ihracı sureti ile yapılır.¹²⁰

Bu tahvillerin kamu hukukundan kaynaklanan haczedilemezlik veya görüldüğünde para ile eşdeğer kabulüne mecbur olmak gibi birtakım özellikleri bulunduğu gibi; yine idare bu tahvillerin ödemesi veya sona erdirmesi ile ilgili özel bir kısım hükümler koyabilmektedir.¹²¹

Tüm bu kamu gücüne dayanan özellikleri nedeniyle kamu istikraz sözleşmeleri de idari sözleşmeler arasında yer almaktadır. İdare, bono, tahvil gibi kıymetli evraklar ile özel hukuk kişisinden sözleşme aracılığı ile borçlanma yoluna gidebilmektedir.¹²²

Kamu iktisadi teşekküllerinin istikraz mukaveleleri “*medeni veya ticari*” özellik arz etmekle beraber; yine de bunlar da özel kanunla akdedildiği durumlarda, bu kanundaki hükümlerden veya mukaveleye konulan ayrıcalıklardan dolayı, idari sözleşme vasfını kazanırlar.¹²³

1.3.3.3. Bayındırlık (Nafia) İşleri Taahhüdü Sözleşmeleri

Bayındırlık işleri mukaveleleri diğer idari sözleşmeler yanında birtakım başka özellikler arz etmektedir. Türk hukukunda bayındırlık (nafia) işi sözleşmelerinin hukuki nitelendirmesi konusunda ayrık görüşler bulunmaktadır.

Bayındırlık işleri veya bayındırlık işleri mukavelelerinde işi alan müteahhit kamuya ait bir hizmetin görülmesinde bizatihi kendisi yer almaktadır. Yani İdare, kamuya ait malın yapım, bakım, onarım işlerini müteahhide teslim etmektedir.¹²⁴

Fransız İdare Hukukunda bayındırlık işlerini düzenleyen bir kanun ile bu sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde olduğu belirlenmiş olup, bayındırlık işlerinin yanında çöplerin toplanması, gibi işlerin de bayındırlık işi olarak nitelendirildiği bilinmektedir.¹²⁵

Türk İdare Hukuku doktrini de bu görüşe dayanarak, idarenin bu tip bayındırlık sözleşmelerini idari sözleşme nitelemesi ile akdedebileceği görüşündedir. Şartname ve sözleşmelerine ekleyebilecekleri açık hükümler ile birlikte idarenin hukuki rejimini uygulayabileceğini, kamu yararı ilkesi çerçevesinde idarenin almış olduğu kararlarda ilgililerin rıza ve muvafakatine bakmaksızın yürütülen kararlar tesis edebileceğini ve hatta

¹¹⁹Zehra Odyakmaz, a.g.m., s.17.

¹²⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1611.

¹²¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1611.

¹²² Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s.178.

¹²³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1612.

¹²⁴ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1609.

¹²⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1610.

tek taraflı almış olduğu bu icraî kararları resen icra yetkisini de elinde tutabileceğini savunmaktadırlar.¹²⁶

Mevzuatımızda bayındırlık işi sözleşmelerini tanımlayan ya da bu sözleşmenin hukuki nitelendirmesini yapan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrin ve yargı kararları ile bayındırlık sözleşmesi belli kriterler nazara alınarak aşamalara bölünmüş ve bu aşamalar itibari ile idarenin özel hukuk veya idari sözleşmesi olduğuna ilişkin tanımlama yapılmıştır.

Doktrinde bayındırlık işlerinin idari işlem ve eylemleri barındırması, iş bu sözleşme ile kamu hizmetinin görülmesi söz konusu olduğundan, idari sözleşme olarak kabulü benimsenmiştir¹²⁷. Bunun yanında bayındırlık sözleşmesi, özel hukuk sözleşmeleri arasında sayılarak bu sözleşmelerden dolayı çıkacak uyuşmazlıkların adli mahkemelerde çözümleneceğine dair görüş genel kabul görmüştür.¹²⁸

Bir kısım doktrin görüşü, bayındırlık sözleşmelerini idari sözleşmeler kapsamı dışında bırakılmasını Devlet politikası açısından sakıncalı bulmaktadırlar. Kamu hizmetinin alt yapısı konusunda inşaat sözleşmeleri ile daha sonra bunların işletilmelerine dair bayındırlık sözleşmelerinin idari sözleşmeler arasında sayılmasını ve buna bağlı olarak düzenlenen sözleşmelerin milli güvenlik ve telekomünikasyon alanında Devlet eliyle görülmesini önermişlerdir.¹²⁹ Bunun yanında bugün uygulamada İdarenin, bayındırlık işlerini yapma konusunda tesislerin işletilmesi, otoyol inşaatı ve işletmesi bağlamındaki işleri hukuki nitelik olarak özel hukuk sözleşmelerinden sayılmakta, bayındırlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği düşüncesi genel kabul görmektedir.¹³⁰

İdare Hukuku sistemimizi iktibas ettiğimiz Fransa örneğinde, bayındırlık işleri, idari sözleşme kategorisinde yer almaktadır ve bayındırlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri de idari yargı olarak belirlenmiştir. Ancak bizim doktrin ve içtihat kararlarımız ile yerleşmiş olan bayındırlık işleri için akdolunan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır. Öğretide bayındırlık işlerini imtiyazdan ayırma noktası olarak, bayındırlık işlerinin işletmeyi içermemesi; ancak yapım taahhüdünü içermesi sebebiyle özel hukuk sözleşmeleri arasında kabul görmektedir.¹³¹

Son tahlilde, bayındırlık) sözleşmelerine ilişkin olarak, İdarenin müteahhide ücreti mukabilinde bayındırlık işi yaptırması durumunda yaptırdığı bu iş kamu hizmeti olsa bile, bu sözleşmeleri idari sözleşme olarak nitelendirmek mümkün olmamaktadır. İdarenin bayındırlık işi yaptığı müteahhide ücret vermeyip, yaptırdığı işin işletilmesi sonucu ücretini

¹²⁶ Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s.,193, Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1610.

¹²⁷ Süheyp Derbil, a.g.e., s.519.

¹²⁸ Zehra Odyakmaz, a.g.m., s.5.

¹²⁹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1610.

¹³⁰ Abdullah Uz, a.g.e., s. 112.

¹³¹ Osten, N. (1943), Mahkeme İctihatları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 0-0, DOI: 10.1501/Hukfak_0000000007, s.137.

tahsil edeceği sözleşmede hüküm altına alındı ise, bu kez bayındırlık imtiyaz sözleşmesinin varlığı kabul görmektedir.¹³²

Uyuşmazlık Mahkemesinin 2014/1136 Esas 2014/1177 Karar sayılı 29.12.2014 tarihli ilamında alınan karar şu şekildedir: Bayındırlık işlerinden kaynaklanan yol yapım hizmetinin görülmesi sırasında ferdin mülkiyetinde bulunan ekili araziye zarar veren ve geçici olarak kullanmasını engelleyen idari işlemlerden hakkının muhtel olması nedeniyle, vatandaş adli yargı makamlarında tazminat davası açmıştır. Yerel mahkeme açılan davanın idarenin kamu hizmetinin gördürülmesi maksadı ile akdettiği sözleşmeden kaynaklanan eylemi nedeni ile hakkın muhtel olduğunu bu sebeple davanın idari yargıda görülmesi gerektiği kararını vermiştir. İdare mahkemesince de meydana gelen eylemin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sayılan dava türlerinden olmadığından bahisle adli makamların yetkili olduğuna karar vermiştir. İdare mahkemesi tarafından da İYUK madde 2 gereğince, İdarenin yapmakla yükümlü olduğu kamu hizmeti veya kamu hizmeti niteliğine ilişkin işlemlerden olmadığından bahisle, adli yargıda çözümlenecek dava türlerinden biri olduğunun tespiti ile görevsizlik kararı vererek görev yerinin tespiti için Uyuşmazlık Mahkemesine tevdi edilmiştir. Mahkeme *“İdarece yol yapımı gibi bir bayındırlık hizmetinin görülmesi için ihtiyaç duyulan bazı maddelerin davacının taşınmazından alındığı davacının taşınmazına geçici olarak fiilen el konulduğu, idarece usulüne uygun olarak alınmış bir karar olmaksızın ve bir bedel ödenmeksizin davacının taşınmazının geçici olarak işgal edildiği, davacı tarafından, idarenin bu eylemi nedeniyle arazisindeki bağ omçalarının zarar gördüğünden bahisle bu zararın giderilmesi için dava açıldığı anlaşılmıştır.”*¹³³ kararını vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararında belirtildiği gibi kamu hizmetinin işlemesine dolaylı olarak katılmak idari yargının görev alanında kabul edilmemektedir. Yapılan sözleşme gereği doğan zararın tazminini ancak adli makamlar aracılığı ile adli dava türlerinden biri ile görülebileceğine karar vermiştir.

1.3.3.4. İltizam

“Bir hizmetin idare tarafından bir bedel karşılığında bir kişiye gördürülmesi veya belli bir şeyin teslimi konusunda yapılan sözleşmeye malî iltizam sözleşmesi, sözleşme yapılan kişiye de mültezim” denir.¹³⁴

İltizam sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesine benzer bir uygulama olmakla, sözleşme unsurları ve hükümleri açısından bariz farklılıkları bulunmaktadır. İltizam sözleşmesi ile özel hukuk kişisine İdareye bedel ödenmek karşılığında tüm teçhizatı İdarenin sağlaması yoluyla kamu hizmetinin yürütülmesi sağlanmaktadır.¹³⁵

¹³² Abdullah Uz, a.g.e., s.112.

¹³³ Uyuşmazlık Mahkemesinin 2014/1136 Esas 2014/1177 Karar sayılı 29.12.2014 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazancı.com, 18.08.2019.

¹³⁴ Zehra Odyakmaz, a.g.m., s.17.

¹³⁵ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2019), *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, Yenilenmiş 10, Baskı, s.213.

İmparatorluk döneminde halktan vergi toplatılmak üzere kullanılan bu usulde, bedel karşılığı mültezimlere verilen belli bölgelerin vergi toplatma işi özel kişilerce yürütülmüştür.¹³⁶

Danıştay bir kararında iltizam sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümünü şu şekilde ele almıştır:

Devlet Planlama Teşkilatı'nın Kurulması Hakkındaki 91 Sayılı Kanun'un 17. maddesinde *“gerek duyulduğu hallerde belli kadrolara yerli ve yabancı uzmanlar mukavele ile çalıştırılabilirler...”* denilmek sureti ile kamu hizmetinin esas itibarı ile kadrolu memuriyet yolu ile yürütülmesinin ancak gerekli görüldüğü durumlarda sözleşme ile personel istihdamına da cevaz verildiği anlaşılmaktadır.¹³⁷

1.3.3.5. İdari Hizmet Sözleşmeleri

İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmeler ile İdarenin memuru olmayan bir kişiyi hizmet sözleşmesi ile kendisine memur yapması işi hizmet sözleşmesi alanına girmektedir. Kişi ile İdare arasında gerçekleşen bu idari sözleşmeler aracılığı ile çeşitli alanlarda istihdam etmek sureti ile İdare kendisine memur atamaktadır. İdare mühendislik, mimarlık, akademisyenlik, hukuk gibi teknik uzmanlık gerektiren işlerde veya tali ihtiyaçlarını karşılamak üzere bu yola başvurmaktadır.¹³⁸

Kanun tarafından İdareye tanınmış bu yetki ile İdare kadrolu memurlarının yanında sözleşmeli olarak istihdam edeceği uzmanlar aracılığı ile de kamu hizmetini gördürebilmektedir. İdarenin takdir yetkisi kapsamında bir tasarrufu olarak değerlendirilen idari hizmet sözleşmeleri aracılığı ile çalışan memurların yapmış oldukları işlemlerden doğacak zararlar sebebi ile İdarenin sorumluluğu bulunmaktadır.¹³⁹

Danıştay'da 5. H.D. 1967/3597 E. 1968/866 K. sayılı 27.03.1968 tarihli kararı ile İdare ile bir yıllık hizmet sözleşmesi imzalamış olan kişinin süresi dolmadan İdare tarafından sözleşmesinin feshedilmesi sonucu yapılan işlemin iptali ve işlem sonucu doğan zararın tazmini talebini içerir dava açılmıştır. İncelenen kararda, İdarenin sözleşme yapma yetkisinin yanı sıra, sözleşme tarafı olarak idarenin üstün yetkisine değinilmiş olup, akdedilen sözleşme hükümleri ile sözleşme süresi dolmadan akdin feshine imkân tanımış olmasını bu üstün yetki kapsamında değerlendirmiştir. Ancak İdare, her ne kadar üstün yetkileri ile akdin süresinin dolmadan feshi işlemini hukuka aykırı olarak değerlendirmese de Danıştay, ferdin dünyasında doğan zararın tazmininin gerekeceğine karar vermiştir. Öyle ki sözleşmenin feshinden sonra kendi kurumuna işbaşı yaparak görevine başlayan davacının işlemin iptaline dönük talebini reddetmiş olsa da davalı kurumdan aldığı maaş

¹³⁶ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s.177.

¹³⁷ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1610. *“Davacının sözleşmesinin davalı idare tarafından sözleşme süresi olan bir yıldan önce feshedilmiştir. İdari mukavele hakikatte bir idari tasarrufa dayandığı için mukavelelerin feshi bu idari tasarrufun geri alınması mahiyetindedir. Ancak bu geri alma (raşa) ve fesih keyfiyeti diğer akdin akit dolayısı ile temin ettiği hususi ve ferdî durumlara, sübjektif haklara hâlel veremez. Bundan dolayı da idarenin bu salahiyeti karşısında akdin tazminat alacağı mevcuttur.”*

¹³⁸ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1612.

¹³⁹ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s. 178.

ile çalıştığı kurumdan aldığı maaş miktarı arasındaki farkın İdare tarafından tazmin edilmesine karar vermiştir.¹⁴⁰

Anayasa'nın 128.maddesi gereğince “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” demek sureti ile İdareye memurlar dışında kamu görevlileri istihdam etme yetkisi tanımıştır. Memur ile idari hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışan sözleşmeli personel arasında tabi oldukları hukuki rejim olarak bir farklılık yoktur. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.12.1996 tarih 1996/64 Esas 1996/109 Karar sayılı 21.01.1997 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış kararında, İdari hizmet sözleşmelerinin tip sözleşmeler olduğunu kabul etmektedir. *Kamu iktisadi teşebbüslerinde, asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren sözleşmeli personelin kamu görevlisi sayıldığından*, İdare ile arasındaki ilişkinin idare hukuku kurallarına göre belirlendiği ve çözümlendiği kabul edilmektedir.¹⁴¹

Danıştay'ın yerleşik içtihadları ile kamu hizmeti gören sözleşmeli personelin iş bu sözleşmelerini idari sözleşme olarak nitelemiştir. Bu bağlamda, Devlet Tiyatrosu sanatçılarının yapmış oldukları bir yıllık sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabulü ile haklı neden bulunmadıkça sözleşmelerin feshedilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁴² Öyle ki Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 01.03.1996 tarih ve 22567 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 22.1.1996 gün ve E:1995/1, K:1996/1 sayılı ve özelleştirme kapsamında bulunan ya da bulunmayan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğuna dair ilke kararı mevcut olup, İdarede çalışan kamu görevlisi anlamını genişletici bir kararı da mevcuttur.¹⁴³

İdarenin yapmış olduğu hizmet sözleşmeleri kamu hizmetinin görülmesi amacı ile kurulmaktadır. İdare genel politikası gereği kamu hizmetini gördürme usulünü memurları aracılığı ile yapmakla birlikte, istisnai olarak hizmet sözleşmeleri aracılığı ile de gerçekleştirebilmektedir. Memurun durumu açısından pek de farklı olmamakla birlikte, hizmet sözleşmeli memurları ayırmak amacı ile öğretide “sözleşmeli memur” sıfatı da kullanılmaktadır.¹⁴⁴ Ancak günümüzde öğreti dilinde “sözleşmeli personel” sıfatı yaygın olarak kullanılmaktadır.¹⁴⁵

İmtiyazlı hizmet sözleşmelerinin uzmanlık gerektiren bir alanda olan eksikliği gidermek amacı ile kullanıldığından bahsetmiştik. Uzmanlığına başvurulmuş meslek gruplarından birisi de akademisyenler olmaktadır. İdarenin idari hizmet sözleşmesi vasıtası ile sözleşmeli personel istihdam ettiği görülmektedir. Yaygın olarak kullanılan bu sözleşme

¹⁴⁰ Yüksel Esin, a.g.e., s.396.

¹⁴¹ Murat Sezginer, a.g.e., s.895.

¹⁴² Bekir, B. T. (1968/1970), *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:117, s.193.

¹⁴³ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.1.1996 gün ve E:1995/1, K:1996/1 sayılı 01.03.1996 tarih ve 22567 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan kararı. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 07.10.2019.

¹⁴⁴ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1612.

¹⁴⁵ Murat Sezginer, a.g.e., s.895.

türünde karşılaşılan uyuşmazlıklarda yargı rejiminin tespiti de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu hususu 2012/273 Esas, 2012/289 Karar sayılı 24.12.2012 tarihli kararında¹⁴⁶ incelemiştir. Anılan kararda, vakıf üniversitelerinin hizmet sözleşmesi ile istihdam etmiş olduğu akademik personelin statüsü, vakıf üniversitelerinin hukuki durumu ve bunların arasında imzalanmış olan sözleşmenin bir idari sözleşme olup olmadığı denklemi üzerinde bir inceleme yapılmış ve yargı rejimi hususunda olumsuz görev uyuşmazlığı söz konusu olmuştur.

“Anayasanın 130'uncu maddesiyle, üniversiteleri, anayasal kuruluş olarak kabul ettiği; üniversitelerle ilgili başlıca kuralları belirttiği; üniversitelerin, "kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmalarını öngördüğü; Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında, Vakıf Yüksek Öğretim Kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanun'da Devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi kılınması gerektiği.... idari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir.” Denilmekle kanun ile kurulan ve kamu tüzel kişiliğine haiz olan vakıf üniversiteleri nezdinde yapılan sözleşmelerin, idari sözleşme olduğu ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin idare hukuku ilkelerine göre idari yargı mercii olduğu kararını almıştır.

İdari hizmet sözleşmeleri de yukarıda idari sözleşmeleri tanımladığımız 2. bölümde bahsettiğimiz tüm özellikleri barındırmaktadır. İdare yapmış olduğu İdari hizmet sözleşmesi ile geçici veya devamlı iş gördürme takdirine sahiptir. Eğer bu takdir yetkisi sözleşmede yer almıyor ise; bu kez İdari hizmet sözleşmesi değil, özel hukuk sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekecektir. ¹⁴⁷

1.3.3.6. Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmesi

İmtiyaz sözleşmesi; *“bir kamu hizmetinin sermayesi, her türlü gideri ve kazancı, zararı ve ziyarı kendisine ait olmak üzere idarenin koyacağı şartlara göre ve sağlayacağı yetkiler ve menfaatler karşılığında özel hukuk kişileri tarafından görülmesi veya yürütülmesi için yapılan”* sözleşmedir.¹⁴⁸ Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerinden ayıran en temel faktörün sermaye unsuru olduğu genel kabul görmüştür.

Tanımda değinildiği üzere, sermayenin ortaya konması, tamamıyla kamu hizmetini görecektir olan özel hukuk kişisine ait olmaktadır. Zaten sermaye İdare tarafından karşılanmış olsa, bu sözleşmeye imtiyaz sözleşmesi değil; müşterek emanet sözleşmesi denmektedir.

¹⁴⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Mahkemesi'nin 2012/273 Esas, 2012/289 Karar 24.12.2012 tarihli kararı bkz. Çevrimiçi, www.kazanci.com 13.08.2019.

¹⁴⁷ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.169.

¹⁴⁸ Zehra Odyakmaz, a.g.m., s.15.

Bu kriteri esas alan doktrin, sermaye unsurunun özel hukuk kişilerince karşılanması imtiyaz usulü ile ihale usulü arasındaki ayırt edici fark olarak göstermektedir.¹⁴⁹

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz idarenin İdari hizmet sözleşmeleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini de ayırt etmek gerekmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na 10 Kasım 2011 tarih C-348/10 sayılı "Norma-A SIA, Dekom SIA v Latgales planosanas regions, successor to the rights of Ludzas novada dome¹⁵⁰" isimli kararı ile "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri" ile "imtiyazlı hizmet sözleşmeleri" arasındaki temel farklara değinilmiştir. İdari hizmet sözleşmesinin akdedilmesi ile hizmeti satın alan İdare, hizmeti sunacak sözleşmeli personeline ödemeyi hemen ve doğrudan yapmayı kabul etmektedir. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, İdare tarafından imtiyazcıya herhangi bir ödeme yapılmamakta, imtiyazcı İdareden devraldığı kamu gücü yetkileri ile kendi sermayesini kullanarak kamu hizmetini ifa etmekte ve kamu hizmetini sunduğu vatandaştan tahsil ettiği oranda, peyder pey alacağını tahsil etmektedir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcının kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan riski de bu sözleşme ile birlikte üstlendiği kabul edilir. Buna karşın, İdari hizmet sözleşmelerinde hizmet sunucusunun sermaye ve risk faktörü bulunmamaktadır. Ayrıntılı olarak dördüncü bölümde incelendiğinden bu açıklamalar ile yetindik.

¹⁴⁹ Abdullah Uz, a.g.e., s.102.

¹⁵⁰ Bafra E, (2017), *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s.135.



İKİNCİ BÖLÜM

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ve AKDEDİLME USULÜ

2.1. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

2.1.1. Tanımı

İmtiyaz sözleşmesi, bir özel hukuk kişinin, belirli bir ücret karşılığında, bir kamu hizmetini, kendi kâr ve zararına görmesi temeline dayanan bir idari sözleşmedir.¹⁵¹ Kamu hizmeti imtiyazı buna göre; belli bir yerde belli bir kamu hizmeti özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmektedir. İdare, yapılması gereken yatırımı tesisleri ve kurulması öngörülen teşkilatı gerçekleştirme işini bunların maliyeti dolayısı ile kendisi üstlenmek istemeyebilir. O halde kurulacak teşkilatın ve işletilecek tesislerin masraflarını imtiyazcı üstlenecek ve üstlendiği harcamanın karşılığını hizmeti götüreceği abonelerden alacağı bedel ile tahsil edecektir.¹⁵²

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, idari sözleşmeler arasında karakteristik özellikleri gösteren sözleşme türüdür. Bu sözleşmeleri, diğer idari sözleşmelerden ayıran en belirgin özelliği kamu hizmeti faaliyeti gördüğü alanda hizmet sunduğu kişilerden peyder pey tahsil ettiği ücret ile kazanç sağlamasıdır.¹⁵³

İmtiyazcının yapacağı yatırım büyük olduğundan, faydalanacağı imtiyaz sözleşme süresi de yaptığı yatırımın büyüklüğü ve maliyeti ile orantılı olarak uzunca bir süreyi kapsayacak ve faaliyetleri yürütürken belli imtiyazlara sahip olacaktır. Hizmetin özel hukuk kişisine devredilmiş olması yapılacak hizmeti kamu yararına hizmet olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹⁵⁴

Kamu hizmeti kişi menfaatlerinin üzerinde toplum menfaatini gözeten, milli kalkınmanın sağlanması amacını güden çatı kavramını ifade etmektedir. Toplum hayatının devamlılık arz eden bir düzen içinde akması için gerekli olan kamu hizmetlerinin tesisi birçok araç vasıtası ile gerçekleştirilmektedir. Bu vasıtaların üzerinde gerçekleştirilmeye çalışılan amaç, kamu hizmetidir. Bu hizmetlerin devamlılık arz etmesi gerekli olmakla birlikte, günün ihtiyaçlarına cevap vermesi de gerekmektedir. İdarenin bu değişime ayak uydurması gerekmektedir. Bugün yeteri miktarda geniş olan bir ulaşım yolunun, yarın nüfus ve araç yoğunluğu ile doğru orantılı olarak ihtiyaca cevap verememesi sonucu, İdarenin mülkiyet ihlali ile kamulaştırma işlemi yapması bu tipten örneklerdir.¹⁵⁵

Devlet tarafından yürütülmesi gereken kamu hizmetinin, özel kişiye imtiyaz veya ruhsat gibi yollar ile devredilmesi ile gördürülmesi usulü İmparatorluk döneminden bugüne kullanılmaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesi görevinin özel hukuk kişisine imtiyaz sözleşmesi aracılığı ile devri kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırmaz. Aksine, devletin

¹⁵¹ Metin Günday, a.g.e., s. 188.

¹⁵² Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.89.

¹⁵³ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2018), *Türk İdare Hukuku*, s.463.

¹⁵⁴ Süheyp Derbil, a.g.e., s.597.

¹⁵⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., I. Cilt, s.23.

kamu hizmetini ruhsat veya imtiyaz usulü ile devrettiği özel hukuk kişisi üzerindeki denetleme ve gözetleme sorumluluğu devam eder.¹⁵⁶

İmtiyazın tanımı ilk defa Fransız Hukukunda yargı kararları ile yapılmıştır. Devamında Türk Yargısı tarafından da benimsenecek olan bu tanımlama ile İdarenin yapmış olduğu en tipik sözleşmeleri arasında kendisine yer bulmuştur. Fransız Danıştay'ının vermiş olduğu karar ile yapılan tanımlama şu şekildedir;

*“Bir özel kişi ya da şirketi bir kamu eserinin yapımı ya da kamu hizmetinin yürütülmesini kendi yararına yapmak konusunda yetkilendiren, devlet destekli veya desteksiz, kar garantili veya garantisiz ve hizmetin yürütülmesi için gerekecek bedelin ve karın, hizmetten yararlananlardan ya da kamu hizmetini kullananlardan alınacak ücretler ile gerçekleşmesini sağlayan sözleşmedir.”*¹⁵⁷

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık 1994 tarih ve 1994/43 Esas, 1994/42-2 sayılı¹⁵⁸ kararında imtiyaz kavramını şu şekilde açıklamıştır:

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca, özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır...”

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm yetkilerini taşırlar.¹⁵⁹

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 13 Mayıs 1977 tarih ve 1976/456 E. 1977/254 K. sayılı ilamı ile tanımı, özellikleri belirtilerek yapılmıştır.¹⁶⁰

“İdari sözleşmelerin tipik bir örneğini teşkil eden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, devletin aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini başka bir şahsa veya kuruluşa devretmesinden ibarettir. Ancak bu devir keyfiyeti, kamu idaresi ile kar ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmetin yürütülmesini yüklenen arasında uyuşma sonucunda imzalanan

¹⁵⁶ Bilgen, P. (2011), Kamu Hizmeti Hakkında, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1(1), s., 115. Çevrimiçi, <http://dergipark.org.tr/iuihid/issue/1261/1481>, 12.08.2019.

¹⁵⁷ Murat Sezginer, a.g.e., s.912.

¹⁵⁸ Kemal Gözler, a.g.e., s.372. R.G. Tarih-Sayı:24.01.1995 tarih – sayı 22181.

¹⁵⁹ A.g.e., s.372.

¹⁶⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 13 Mayıs 1977 tarih ve 1976/456 E. 1977/254 K. için bkz: çevrimiçi www.kazancı.com 11.08.2019

bir akit ile gerçekleşmekle beraber; hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemekle ve kamu idaresini aslen sahibi olduğu bu işin gerçek sorumlusu olmaktan da çıkarmamaktadır.”

Geçekten Avrupa Birliği Adalet Divanı, önüne gelen konu ile ilgili uyuşmazlığı karara bağlamadan önce, imtiyaz sözleşmesinin niteliklerini incelemektedir. Önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin sözleşme konusu “imtiyaz” sözleşmesinin varlığını incelerken dikkat ettiği en önemli kriterlerden birinin; imtiyaz sözleşmelerinde İdarenin egemen gücünün ve yetkisinin devredilip, devredilmediği hususudur. Geleneksel bir kamu alım sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesi arasındaki farklara vurgu yaparak bu bağlamda, yetki devrinin varlığını açıkça aramaktadır. İdarenin imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı lehine yapmış olduğu yetki devrinin de üstün hakları barındırmasını yalnızca “kazanç ya da finansal yarar” ile sınırlı olmayacağını; bu faydanın ötesinde, İdareye ait birtakım kamusal güçlerden kaynaklı hak ve yükümlülüklerin devrini içermesi gerektiği açıklamalarında bulunmaktadır.¹⁶¹

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın “Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Honnover” isimli 51/15 sayılı kararında, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin niteliği itibari ile İdare tarafından özel hukuk kişisine kamu gücü yetkisini devrettiğini, özel hukuk kişisinin kamu hizmeti sunacağı bu alanda İdareden bağımsız ancak kamu yararını gözeterek faaliyetlerini gerçekleştirmesi gerektiğini belirtmektedir. İmtiyaz sözleşmesinden söz edebilmek için yetkilerini imtiyazcı lehine devreden İdarenin, sözleşme konusu görülen kamu hizmeti faaliyeti alanından tamamen çıkmalı, adeta bu alandaki yetkilerinden feragat etmelidir.¹⁶² Bununla birlikte kamusal yetkilerini devreden İdarenin, kanunen ve münhasıran yetkili olduğu bir kamu hizmeti faaliyeti alanından tamamen çıkmasının da beklenemeyeceği, belli bir süreyi kapsayan belli bir kamu hizmeti faaliyeti alanında bir yetki devrinin varlığının yanı sıra, İdarenin imtiyazcı üzerinde “politik kontrol” sorumluluğunun her daim devam edeceğini belirtmiştir.

Danıştay 1. Dairesi’nin E. 1992/234, K. 1992/294, 24.09.1992 tarihli bir kararında, “...Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin belirgin karakterlerini ortaya koyan bir tanımlaması ise şu biçimde yapılabilir: İdarenin 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 ya da bedel almak ve giderleriyle kar ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir¹⁶³” şeklindeki tanımlamaya yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1994/43 E., 1994/42-2 K., 09/12/1994 tarihli, 24.01.1995 tarih 22181 sayılı sayılı Resmî Gazete’de ilan edilen kararında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi için yaptığı tanımında “*kamu hizmetinin sermaye kâr hasar ve zararı özel hukuk kişisine*

¹⁶¹ Erdem Bafra, a.g.e., s.131.

¹⁶² Erdem Bafra, a.g.e., s.134.

¹⁶³ Murat Sezginer, a.g.e., s.913. Dolunay, A. (2018), -Son Değişiklikler Kapsamında- Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında “Tahkim”, *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, 7(2), s.602. Çevrimiçi doi:http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v7i2.1515, 13.08.2019.

ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi” olarak imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılmıştır.¹⁶⁴

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tanımı; ilkeleri ve taşıması gereken özellikleri üzerinden mahkeme içtihatları aracılığı ile yapılmıştır. Bu tanımlamaların ardından idarenin sözleşmeleri adı ile literatüre kazandırılmıştır. İdarenin sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasındaki ayırım da içtihatlar neticesinde tanımlanmıştır. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin diğer idari sözleşmelerden ayırımı konusunda Danıştay kararları olup, Danıştay 10. Dairesi 29.04.1993 tarih ve 1991/1 Esas 1993/1752 Kararı şu şekildedir:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari sözleşmeyle özel girişimciye devredilmiş ise, kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir.”

Kararda “kamu hizmeti niteliği taşıyan” bir görevin yapılmasından bahsedilmekte olup, geleneksel anlamda hizmetler ile sınırlı tutmamaktadır. Yapılacak olan hizmetin kamu hizmeti gibi işlem görmesini de kapsam içine almaktadır. İdare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan bu sözleşmede İdare, hizmetin görülmesini özel hukuk kişisine devretmiş olmaktadır. Bu hizmetin masrafları vatandaşlardan peyder pey tahsil edilecek ücretten karşılanacaktır. Burada kamu hizmeti dolayısı ile hizmetten yararlanacaklardan alınan bedelin tarifesinin belirlenmesi de yine Devlet eliyle olacağından imtiyazcıya bu hususta irade serbestisi tanınmamıştır.

Klasik imtiyaz sözleşmesi tanımında kullanılan kurulacak ve işletilecek tesislerin masraf ve zararının tamamen imtiyazcıya ait olduğu görüşü hakîm iken, zamanla yapılan kamu hizmetinin büyüklüğü ile imtiyazcıya kuruluş sermaye desteği, finansman bulma kolaylığı veya ödeme kolaylığı sağlamak sureti ile bu unsurlar hafifletilmiştir.¹⁶⁵

2.2.2. İlkeleri

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin sözleşme imzalanmadan önceki aşamalarında uygulanacak süreç diğer idari sözleşmelerden farklıdır. İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinde sıkı ihale usulleri uygulanmamaktadır. Bu sözleşmenin özelliği gereği nispeten serbest kurallara tabi kılınmaktadır. Gerçekten Avrupa Birliği düzeyinde de imtiyaz şartlaşma sözleşmelerinde sıkı ihale usullerinin olmadığı kabul görmüştür. İmtiyaz sözleşmelerinin Devletlerin kendi tasarrufları sınırında kaldığını kabul etmekle; saydamlık, rekabet, ayrımcılık yapmama ve eşit muamele gibi ilkelerin tüm üye

¹⁶⁴Kemal Gözler, a.g.e., s.375.

¹⁶⁵Metin Günday, a.g.e, s.344.

lkeler için uyulması gereken asgari Şartlar olarak belirlemiştir. Bu genel ilkelerin baēlayıcılıēı Adalet Divanı önünde kabul edilmiştir.¹⁶⁶

İmtiyaz Şartlaşma ve sözleşmelerinin kriterleri yargı kararları ve doktrin görüşleri çerçevesinde çizilmiŐ olup, kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması veya işletilmesi söz konusu olmaktadır. İmtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk kişisine devredilen kamu hizmeti, imtiyazcının kâr ve zararına iŐletilmektedir. İdare, imtiyazcının kamu hizmetinden ettiēi kârdan pay alamayacaēı gibi, hizmetin görülmesi sırasında ettiēi zarardan da mesul olmamaktadır. Ancak aŐaēıda bahsettiēimiz imtiyazcının idare aleyhine talep ettiēi “Fait du Prince” ve “Imprevision” hakkı istisna tutulmaktadır. İmtiyaz sahibinin geliri, peyder pey kamu hizmetinden yararlananlardan tahsil edilmektedir. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin konusu itibari ile yapılan işin büyük yatırımlar olması sebebi ile uzunca bir süreyi kapsamaktadır.¹⁶⁷ Ne var ki, imtiyaz sözleşmesinde girişilen kamu hizmetinin tüm aŐamalarındaki riskin yalnızca imtiyazcıya ait olduēu görüşü bugün İdarenin tutumu ve içtihatlar ile yumuŐatılmıŐ durumdadır. Öyle ki, sözleşme konusu kamu hizmetinin tekel niteliēinde olması ve tek alıcının Devlet olması, tanım içerisinde geçen bu kriterin önemini yitirdiēinin göstergesidir. Tekel konusu bir alanın sözleşme sonucu imtiyazına sahip olan özel hukuk kişisinin esasen sahip olduēu bir risk bulunmamaktadır. Sözleşme konusu alanda rakipsiz olarak iş görecektir. Bunun sonucu olarak kamu hizmeti konusu hizmetin satın alınması noktasında garanti elde etmiş olacaktır.¹⁶⁸ Bunun aksini düŐünenlere göre; imtiyazın diēer idari sözleşmelerden belirgin Şekilde ayıran kriterlerinden birinin kar garantisi vermeyerek, imtiyaz sahibinin yrttēu kamu hizmeti sonucunda elde edeceēi kârın ve zararın karşısında tek başına olacaēı riski İdare ile paylaŐamayacaēı görüŐüdür.¹⁶⁹

Yüksek Mahkeme önüne giden uyuşmazlıklar yolu ile uyuşmazlık özelinde birtakım ilkeler ile imtiyaz Şartlaşma ve sözleşmeleri tanımlanmaya çalışılmıştır. Danıştay’ın da imtiyaz sözleşmeleri için yerleşik içtihatları ile benimsediēi bir kararında;

Danıştay 1. Dairesi kararında“...Bu tanıma göre bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde başlıca bulunması gereken unsurlar Şunlardır: Öncelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşmedir ve bu sözleşme bir kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini amaç edinir; öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (zel giriŐimcinin) kâr ve zararına olarak kurulur ve iŐletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiēi, idarenin kendisine devrettiēi tahsil hakkıdır. Ayrıca, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir devre için verilir.”¹⁷⁰ ilke ve esaslar üzerinden imtiyaz sözleşmelerini tanımlamıştır.

¹⁶⁶ İl Han zay, a.g.e., s.541, Erdem Bafra, a.g.e., s.,121.

¹⁶⁷ Murat Sezginer, a.g.e., s.914.

¹⁶⁸ al, S. (2010), “İntuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı zerine. *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 50-115, s.51. Çevrimiçi, <http://dergipark.org.tr/abd/issue/33779/374105>, 23.08.2019.

¹⁶⁹ Murat Sezginer, a.g.e., s.912.

¹⁷⁰ Danıştay 1. Dairesi 1992/234 Esas 1992/294 Karar 24.09.1992 tarihli kararı. Çevrimiçi, www.kazanci.com, 23.08.2019.

Anayasa Mahkemesi bir kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi hakkında tanımlamasını geniş tutarak bir hizmetin “kamu hizmeti” olduğunu ve “imtiyaz sözleşmesi” aracılığı ile gördürülmesinin belirlenmesinde işbu sözleşmenin niteliğine bakılarak saptanacağı kararına varmıştır. Öyle ki, İdare tarafından yapılan sözleşmenin adı “imtiyaz sözleşmesi” olmasa bile ortada görülen bir kamu hizmeti varsa ve bu sözleşmenin kriterleri “imtiyaz sözleşmesinin” kriterlerine uyuyor ise, artık yasa ile yapılan nitelendirmenin bir kenara bırakılarak, önüne gelen uyuşmazlık özelinde karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷¹

Anayasa Mahkemesi bu kararında, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuki niteliğini incelemiş olup, ayırt edici özelliklerine kararında detaylıca değinmiştir. Bu karar bağlamında İdare tarafından kamu hizmetinin icrası maksadıyla imtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine özel hukuku aşan uzun süreli yetkiler tanımaktadır.¹⁷² Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin idari sözleşmelere örnek olarak “en tam ve mükemmel tipi” şeklinde nitelendirmede bulunarak bu sözleşmelerin önemini vurgulamıştır.

2.2.3. Tarihsel Süreçte Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

2.2.3.1. İmparatorluk Dönemi

Kamu hizmetinin görülmesine ilişkin yasal düzenlemeler ilk olarak Osmanlı İmparatorluğu’nda yabancılara tanınan imtiyazlar şeklinde ortaya çıkmıştır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak isimlendirilen ve kendine has yöntemleri bulunan bu tip

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi 1994/43 Esas 1994/42-2 Karar 09.12.1994 tarih Resmî Gazete yayım tarihi: 22181 sayılı 24.01.1995 tarih. “Bilindiği gibi, 1990’da TEK’e ait kimi elektrik tesislerinin işletme hakkı, özel kuruluşlara verilmiş; yapılan sözleşmeler, Danıştay denetiminden geçirilmediği, yani, Anayasa’nın 155. maddesinin amir hükmüne uyulmadığı için, Danıştay’ca iptal edilmiştir. Üstelik bu yetmiyormuş gibi, Ek 5. madde ile yukarıda sözü edilen kuruluşların ya da Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın “...bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler (in) özel hukuk hükümlerine tabi ol (duğu ve) imtiyaz teşkil etme”yeceği belirtilmiştir. imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek”, Danıştay’ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu son derece açık hüküm gereği, kamuya ait elektrik, üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkının devri, bir imtiyaz sözleşmesinin konusu olacak, bu nedenle de Danıştay denetiminden geçecektir ve normal olarak; yaptığı sözleşmelerde “kamuun çıkarlarını kollayan” idarenin bundan çekinmesini gerektiren bir durum yoktur. Ancak söz konusu kanunla, bir imtiyaz sözleşmesi yapılırken, bunun zorlama yollarla idarî yargı denetimi dışında bırakılmaya çalışılması, akla ciddi sorular getirmektedir. Unutulmamalıdır ki Türkiye, yeni devletini kurarken, bir önceki devletinin yıkılışına neden olan imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok hassas davranmış ve 1924 Anayasası’nda, bunların denetimini doğrudan TBMM’ye bırakmıştır. Oysa Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersî durum, Anayasa’nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organıdır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa’ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa’da olmayan sınırlar getirilirse denetim amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır. Bu nedenlerle, sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek Danıştay öndenetime dışına çıkaran içeriği nedeniyle ek 5. madde Anayasa’nın 155. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.” (çevrimiçi). 10.07.2019. www.kazancı.com

¹⁷² Abdullah Uz, a.g.e., s.98.

sözleşme, bir özel hukuk kişisi ile Devlet'in karşılıklı iradelerinin uyuşması sonucu tesis edildikten sonra icrası mümkün olabilmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda bu sözleşme türüne XIX. yüzyıldan itibaren teknik altyapı yetersizliği, kaynak yetersizliği vb. nedenler ile yabancılara tanınan imtiyazlar ile ilk uygulamasına yer verilmiş olup, yarım asrı geçkin bir süreçte herhangi bir düzenleme yapılmaksızın uygulamada yer almıştır. Avrupa sermayesinin, kendi kıtaları dışında yatırım yapma rüzgârı sonucu, bakir ve geniş topraklara sahip Osmanlı İmparatorluğu kendilerine çeşitli alanlarda yatırım yapma fırsatı sunmaktaydı. Bu dönemde yurdun içinde bulunduğu ekonomik buhranlar, vilayetlerin hizmetten yoksun oluşu ve şehirleşmenin önünde duran kalifiye insan yetersizliği ve kaynak imkânsızlığı dolayısı ile bu tip kamu hizmetlerinin yerelde ve merkezde özellikle yabancılara imtiyaz yolu ile gördürülmesi yoluna gidilmesi zaruri olmuştur.¹⁷³

Bununla birlikte İmparatorluk döneminde¹⁷⁴ (08/Zilhicce/1284 tarihli nizamname)1868 yılı idari rejimin kabulü ile birlikte Şurayı Devlet'in ihdası yoluna gidilmiştir. Şurayı Devlet'e bazı yargısal ve idari vazifeler verilmiştir. Yine Şurayı Devlet tüzüğünde¹⁷⁵ açıklandığı üzere verilen görevler, bugünkü anladığımız manada yargısal bir görev olmayıp, bir davanın nerede bakılmasının tetkiki ile daha çok idari işlemler yönünden kararların alınması yönünde görevleri yerine getirmekteydi.¹⁷⁶ Bu nizamname, tarihimizde ilk defa idari yargının kurulması açısından önem arz etmektedir. Şurayı Devlet nizamnamesi ile birlikte İdare ve fert arasında çıkacak ihtilaflar için adliye mahkemelerinin yetkili olmadığı düzenlenmiştir. Sayılan görevleri arasında İdarenin memurları ile alakalı çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin de bu makam olmasının yanı sıra üst mahkeme olarak da görevlendirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında adli ve idari yargı ayrımının ilk kez yapıldığı düzenleme olması sebebi ile önem arz etmektedir.¹⁷⁷

Şurayı Devlet'te, Devlet aleyhine açılan davaların çözümlenmesinin yanında, memurlara karşı açılan davaların da çözümleneceği makam olarak görevlendirilmiştir. Ayrıca uyuşmazlık mahkemesi sıfatı ile çözümlediği işler de bulunmaktadır. Şurayı Devlet'in ayrıca bir idari dava dairesi bulunmadığı gibi her bir daire hem idari danışma makamı hem de idari dava dairesi olarak görev yürütmekte idi. Daha sonra yapılan düzenlemeler ile 1896

¹⁷³ 05/1939 tarih ve 3611 sayılı “«Nafia Vekâleti teşkilât ve vazifelerine dair kanun» un 1371 birinci ve altıncı maddelerine dayanılarak Nafia Vekillîğince tanzim ve Devlet şurasınca tetkik ve İcra Vekilleri Heyetince 26/5/1943 tarih ve 2'19992 sayılı kararname İle kabul edilen 83 maddeden mürekkep «şehir ve kasabalarda su satışı nizamnamesi» nde: şehir ve kasabalarda Nafia Vekâletince tasdikli projelere göre belediyeler tarafından tesis veya imtiyazın satın alınması suretiyle belediyelere devredilen abonelere su dağıtan müesseselerin su satışına ait İşleriyle abonelerle olan münasebetlerinin çevrilmesi hakkında gerekli hükümler konmuş ve bu müesseselerin dışında kalmış olup da abonelere su dağıtan belediye teşekküllerinden fennî şartları ve durumları bu nizamnamenin tatbikatına müsait olanlarına da bu nizamname hükümlerinin tatbik olunacağı tespit olunmuştur.” Bkz.: Resmî Gazete, 19 Haziran 1943. Sayı 5434. (çevrimiçi). 10.11.2019.

¹⁷⁴ Bekir, B. T. (1972), *İdare Hukuku I. Genel Konular*, Ankara: AÜSBF Yayın, s.58.

¹⁷⁵ Görelî, İ. H. (1953), *Devlet şûrası: (Şûrayı devlet)-(Danıştay)*, Ankara: Yeni Matbaa, s.23. 25/Muharrem/1286 (1870) tarihli Şurayı Devlet Nizamnamesi.

¹⁷⁶ İsmail Hakkı Görelî a.g.e., s.158.

¹⁷⁷ Onar, S. (2011), *Türkiyede İdarenin Kazai Mürakabesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), s.36. Çevrimiçi, <http://dergipark.org.tr/iuhfm/issue/9144/114582>, 16.10.2019.

tarihli (1312) kararname ile Şurayı Devlet'in yapısı yeniden düzenlenerek idari dava daireleri ihdas edilmiş, bunu takiben dava daireleri bugünkü yapısına zamanla kavuşmuştur.¹⁷⁸

Şurayı Devlet varlık mücadelesini Tanzimat sonrasında ve idari rejimin ilanına kadar vermeye devam etmiştir. Her dönemde eleştiriye maruz kalmış, süreç içerisinde almış olduğu çelişkili kararlar nedeniyle kurumun görevini yerine getiremediği ifade edilmiştir. Tüm bu eleştirilere rağmen Şurayı Devlet'in, kanun yapma ve düzenleme süreci açısından önemi kabul gören bir vakadır. Tüm olumsuzluklara rağmen imparatorluk döneminde kurum hayatına başlayan ve Cumhuriyetin ilanı ile birlikte de idari rejimin içerisinde kabul gören, değerli bir kazanım olmuştur.¹⁷⁹

İdari rejimin kabulü ile birlikte İdarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin yargısal denetimi önem arz kazanmıştır. Bu nedenle kamu hizmetinin icrası sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünün adli mahkemelerde özel hukuk kurallarına göre çözümü tartışmaya açılmıştır. İdarenin, kamu hizmetini ifa ettiği sırada üstün yetkilerini kullanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerin incelenmesi ile özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecek uyuşmazlıklar arasında bariz farkların varlığı, idari ve adli yargı ayrımını zorunlu kılmıştır.¹⁸⁰

II. Meşrutiyet dönemine gelindiğinde, bu alanda bir düzenleme yapma ihtiyacı üzerine 23 Haziran 1910 (1326) tarihinde *Menafi-i Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun* kabul edilmiştir.¹⁸¹ Bu kanun ile imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiş olup, Türk mevzuatında bu alana ilişkin düzenlemelerin başlangıç noktası olmuştur.

1910 tarihli Kanun halen imtiyaz sözleşmesi alanında varlığını sürdüren özel kanun olması dolayısı ile incelemeye değer bir düzenlemedir. Öncelikle Kanun'un yapıldığı dönem ve ihtiyaçlar bakımından farklı çağda bulunduğumuz bu günlerde tâbiyeti ile alana ilişkin ihtiyaçları karşılamaktan çok uzaktır. Ancak yinelemek gerekir ise bu alana ilişkin düzenleme içeren tek kanun olması gerçeğini değiştirmemektedir.

1910 tarihli Kanun, genel bütçeye ve mahalli idareler alanına girmeyen her türlü imtiyaz hakkında uygulanmakla birlikte, ilgili imtiyazın Bakanlar Kurulu Kararı ile alınacağı hüküm altına alınmıştır. İmtiyaz sözleşmesi, idari bir sözleşme olarak nitelendirildiğinden, İdare üstün yetkilerini kullanarak, imtiyaz sözleşmesi konusu hizmetin sunulacağı alana ilişkin kamulaştırma işlemi yapabilecektir. Bu kamulaştırma işlemi neticesinde bedeli mal sahibine imtiyaz sahibi tarafından ödenecektir. Anılan kanunun bugün şartlarında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin ihtiyacı olan düzenlemeleri içermediğini görmekteyiz. Buna bağlı olarak 1910 tarihli Kanun ile yalnızca imalat imtiyazlarından bahsetmekte iken; kamu hizmeti alanında üretim, iletim veya görülmesi gibi hizmetlerden bahsedilmemiş olması bu

¹⁷⁸ Süheyy Derbil, a.g.e., s.159.

¹⁷⁹Tural, E. (2006), II. Meşrutiyet Dönemi'nde Danıştay (Şura-yı Devlet), *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 5(13), s.85. Çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cttdad/issue/25526/269274> 15.09.2019.

¹⁸⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.m., s.21-40.

¹⁸¹ Metin Günday, a.g.e, s.344.

alandaki her kamu hizmeti alanında ayrı ayrı kanunların yapılmasına yol açmıştır. Bunun sonucu olarak, imtiyaz sözleşmeleri alanına ilişkin toplu bir tedvinden uzaklaşarak, farklı isimlerde düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁸²

2.2.3.2. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet dönemi Anayasası olan 20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı Anayasa (Teşkilât-ı Esasiye Kanunu) Yürütme başlığı altında Şûrayı Devlet (Danıştay) müessesini düzenlemiştir. Şûrayı Devlet, devlet ile fert arasında çıkacak uyuşmazlıklara bakmakla görevlendirilmiştir. Böylece, özel hukuk ve idare hukuku alanı ayrılarak idari yargının temelleri atılmış bulunmaktadır.¹⁸³

23 Teşrinisani 1341 (6 Aralık 1925) günü 669 sayılı Kanun¹⁸⁴ ile “İdari dava ve ihtilaflar” düzenleme altına alınmış, Şûrayı Devlet’in görev alanı belirlenmiştir.¹⁸⁵ Kanunun yürürlüğe girmesi ile ilk defa idari yargı ve adli yargı ayrımı yapılmıştır. Bu kanun ile Şûrayı Devlet’te görülecek idari davaların çeşitleri tespit edilmiş olup, idari yargıya ilişkin kuruluş yasası niteliğindedir. Daha sonra 21 Aralık 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu¹⁸⁶ yürürlüğe girmiş ve Danıştay’ın detaylı olarak teşkilat yapısı düzenleme altına alınmıştır. Yargı usulüne ilişkin bazı içtihadî esaslar tedvin edilerek bu kanunda yer almıştır. Daha sonra Danıştay’ın dava dairelerinin sayısının yetersiz gelişi ile 3546 sayılı Kanun, 27/5/1946 tarih ve 4904 sayılı Kanunla geniş ölçüde değişikliğe uğramıştır.¹⁸⁷

Yerel yönetimlere bakacak olursak; 1910 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile Belediyelere imtiyaz verme yetkisi verilmemiş iken, 1580 sayılı (7 Teşrinievvel 1336) Kanun ile¹⁸⁸ yerel yönetimlere su, doğalgaz ve hafif raylı sistemleri kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapma haklarını emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak ve 40 yılı aşmamak sureti ile imtiyaz verilebileceğini öngörmüştür. 1580 sayılı Belediye Kanunu yürürlükten kaldıran, 5393 sayılı Belediye Kanunu da¹⁸⁹ kanun

¹⁸² Dursun, H. (2011), Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır., *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016 (125), s.105. Çevrimiçi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/> 28.11.2019.

¹⁸³ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I. Genel Konular*, s.,64 vd. 491 Sayılı Kanun 51. Maddesi şu şekildedir: “İdarî dava ve ihtilâfları rüyet (görmek) ve hâl. Hükkümetçe ihzar (hazırlanacak) ve tevdi (verilecek) kanun lâyihaları (tasarıları) ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyân-ı mütalaa (görüş bildirme), gerek kendi kanun-u mahsus (özel kanunu) ve gerek kavanin-i şâire (diğer kanunlar) ile muayyen (belirlenmiş) vezaif-i (vazifeleri) ifa etrack üzere bir Şurâ-yı Devlet teşkil edilecektir. Şura-yı Devletin rüesâ (başkanları) ve âzâ’sı (üyeleri, vezaif-i mühimme’de (onerale görevlerde) bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübeleriyle mütemeyyiz (seçkinleşmiş) zevat (kişiler) meyanından (arasmadan) Büyük Millet Meclisince intihabolun’ar.”

¹⁸⁴ 07.12.1925 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 27.09.2019.

¹⁸⁵ İsmail Hakkı Görel, a.g.e. s.159.

¹⁸⁶ 30.12.1938 tarih ve 4098 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 30.09.2019.

¹⁸⁷ Eroğlu, H. (1985), *İdare Hukuku*, Ankara: 5. Baskı, Turhan Kitapevi, s.383.

¹⁸⁸ Süheyp Derbil, a.g.e., s.161. 1580 sayılı (7 Teşrinievvel 1336) Kanun Madde 19/4-A “ Müktesep haklara hâlel gelmemek üzere belediye sınırı dahilinde: A — Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şart ile i su, hava gazi, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevahili mütevacire vapurları nakliyatını i deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır (ancak belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek ve şeraiti devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak j üzere imtiyaz da verebilirler.”

¹⁸⁹ 5393 Sayılı Kanun’un 15/2. maddesi: “ Belediyeinin yetkileri ve imtiyazları şunlardır, Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; kaynak sularını işletmek veya işlettirmek. f) Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem

çerçevesinde sayılan belediye hizmetlerine ilişkin Danıştay'ın görüşü alınarak ve İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile 49 yılı geçmemek kaydı ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi yoluyla devredilebileceğini öngörmektedir.¹⁹⁰

İlk defa yerel yönetimlere yetki veren, 1580 Sayılı Kanun ile yerel yönetimlerin münhasıran hizmet alanına giren konularda sözleşme yolu ile kamu hizmetinin devredilebileceği düzenlenmiştir. Belediyenin yetkilerini düzenleyen anılan kanunun 19. maddesi ile müktesep haklar saklı tutularak; su, havagazı, tramvay yolu döşemek ve işletmek, nehir, göl ve körfez gibi sahillerde yolcu vb. ulaşımını sağlayacak vapur ulaşımını sağlamak, işletmek konularında yerel yönetimlere imtiyaz sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır.¹⁹¹

I. ve II. Dünya Savaşı sonrası değişen ekonomik yapı sebebi ile ülkemizde Devletçilik anlayışı ön plana çıkmış, liberalizm arka plana itilmiştir. Bunun sonucu olarak imtiyaz sözleşmelerinin raşa yolu ile satın alınarak, kamu hizmetlerinin devlet eli ile yürütülmesi yaygınlaşmıştır. Ancak bu yöntemin verimliliği noktasında soru işaretlerine sebep olmuştur. Raşa yolu ile satın alınan kamu hizmetleri, Devlet kaynakları ile finanse edilmeye başlanmıştır. Ancak, verim ve maliyet konusunda kalkınma hamlelerine cevap veremeyen emanet usulü, 1980'li yıllarda birçok kamu hizmetinin icrası alanında terkedilmiştir.

İmparatorluk döneminde, geniş uygulama alanı bulunan imtiyaz sözleşmeleri, idari rejimin kabulü ile birlikte Cumhuriyet döneminde devletleştirme politikasının benimsenmesi ile birlikte tasfiye edilmiştir. Bu tasfiye yoluna gidilmesindeki maksadın, imtiyaz sözleşmesi ile yürütülen kamu hizmetlerinin önemi itibarı ile yabancı imtiyazcılar tarafından sömürücü davranışları sebep gösterilmiştir.¹⁹²

Cumhuriyet döneminde imtiyaz sözleşmesi sıkı şekil şartlarına bağlanmış ve bu alana ilişkin var olan uygulamalar yeniden gözden geçirilmiştir. Salt yürütmeye böyle geniş bir yetkinin verilmesi sakıncalı görülmüştür. İmtiyaz sözleşmelerinin geçerliliğini, yasama organının onayından geçmesini düzenleme altına almıştır.¹⁹³ İdari rejimin kabulünden sonra imtiyaz sözleşmesi ile yürütülen tüm kamu hizmetleri, raşa yolu ile İdare tarafından satın alması usulü benimsenerek devletleştirme yoluna gidilmiştir.

dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletirmek. g) Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak.”

¹⁹⁰ 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18/1-j bendi: “Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek.” Çevrimiçi, www.kazanci.com 12.16.2019.

¹⁹¹ Can, H. H. (2014), Yerel Yönetimlerde İmtiyaz Uygulamaları, *Türk İdare Dergisi*, 2014(478), s.391. Çevrimiçi, search.ebscohost.com, 27.08.2019.

¹⁹² Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s.191.

¹⁹³ 1924 Anayasası 4695 Sayılı 10/1/1945 Tarihli Madde 26- “Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, antlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.” www.tbmm.gov.tr Resmi Gazete 15/1/1945 tarihli 5905 sayılı, çevrimiçi, 16.06.2019.

Sonraki dönemlerde meclisin imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki bu yetkisine son verilmiştir.¹⁹⁴ 1961 Anayasası'nın 140.maddesinde imtiyaz sözleşmeleri üzerinde Danıştay'ın inceleme görev ve yetkisi düzenlenmiştir. İnceleme yetkisi ile yargısal bir denetim kastedilmemektedir. 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten, 13 Ağustos 1999 yılına kadar imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki Danıştay yetkisi bu şekilde devam etmiştir.¹⁹⁵ Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yapmış olduğu inceleme idari bir nitelik taşısa da uygulamada Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesi üzerinde yapmış olduğu inceleme sonucunun aksine verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yapmış olduğu inceleme, Anayasal bir görevdir. Bu inceleme; hukuka, kamu hizmetlerinin gereklerine ve temel ilkelere uygunluk üzerinde odaklanmaktadır. İdare, Danıştay'ın yapmış olduğu değişikliklere uymaktadır.

1999 değişikliği ile imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları Danıştay'ın inceleme yapacağı konular arasından çıkarılarak; 1924 Anayasa'sında benimsenen sadece *görüüş bildireceği* sisteme geri dönmüştür.¹⁹⁶ Yine 1999 değişikliği ile Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların, milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesine imkân sağlanmıştır.

¹⁹⁴ Düren, A. (1979), *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:447, Sevinç Matbaası, s.239.

¹⁹⁵ Duran, L. (2011), İdari Yargı Adlileşti. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 3(1-3), s.,63. Çevrimiçi, <http://dergipark.org.tr/iuihid/issue/1257/14775>, 12.08.2019.

¹⁹⁶ 1982 Anayasası 13.8.1999-4446/3 maddesi ile değişik “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, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

2.2. SÖZLEŞMENİN AKDEDİLME USULÜ

2.2.1. Yetki

Yeni sistemde, Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yetki durumunu incelemek gerekecektir. Yeni sistemde Bakanlar Kurulu'na yer verilmemiştir. Nitekim Anayasa'da yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanı'dır. Bu durumda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yapımında Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin Cumhurbaşkanlığı makamına geçtiğini söylemek mümkün görünmektedir.¹⁹⁷

1910 tarihli “Menafii Umumiyye Mütellik İmtiyazat Hakkında Kanun” gereğince kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ancak Osmanlı (Türk) sermayesine sahip anonim şirketler tarafından ve Bakanlar Kurulu Kararı ile verildiği hükmü amirdir. Buna göre, imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulu'na ait olmakla aynı zamanda, Türk olmayan sermaye şirketlerine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi tarafı olmaya da kanunen imkân tanınmamaktadır.

Menafii Umumiyye Mütellik İmtiyazat Hakkında Kanun'un¹⁹⁸ 1. Maddesi ile açıklanan yetki hususuna anılan kanun maddesinin “Evvela her ne suretle olursa olsun devletçe halen ve atiyen taahhüdatı maliyeyi tazammun ve emval ve emlaki umumiyenin sarf ve tahsisini istilzam etmiyen, saniyen bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taalluk eylemiyen, salisen işbu kanunda tasrih olunan muafiyetten gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan rabian kavanini mer'ie ahkâmının tadil ve tağyirini müstelzim olmıyan hamisen vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itasi hükümeti mahalliyenin dairei selahiyetlerinde bulunmıyacak olan menafii umumiyeye mütellik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye tarafından verilecektir.” demekle yerel yönetimlerin kendi hizmet alanlarını kapsayacak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesine ilişkin herhangi bir tanımlamaya, yetki unsuruna yer vermemektedir.

21.01.2017 tarih ve 6771 Sayılı¹⁹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un halkoylamasına sunularak kabul edilmesi neticesinde, Anayasanın bir kısım maddelerinin değiştirilmesi ile birlikte hükümet sistemi de değiştirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin elimizdeki somut verilerle ortaya çıkan durumda; Bakanlar Kurulu'nun ve Başbakanlık makamının ortadan kalkması ile birlikte yürütme yetkileri Cumhurbaşkanlığı'nda toplanmıştır. Bu durumda yeni sistem ile birlikte Cumhurbaşkanı, Devletin ve yürütmenin başıdır. Öyle ki; Bakanlar Kurulu'nun ortadan kalkması ile birlikte yetki ve görev Anayasa'nın 8.maddesi ile düzenleme altına alınmıştır: “Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından... yerine getirilir.” demek sureti ile Cumhurbaşkanında toplandığı hükmü amirdir.

Bu değişiklikten hareketle, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yetkisi 21.01.2017 tarih 6771 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş ile ilgili yapılan

¹⁹⁷ Kalabalık, H., (2019), *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.140.

¹⁹⁸ Takvimi Vakayı. Tarih, 24 Haziran 1326 Sayı, 576. Çevrimiçi, 19.08.2019.

¹⁹⁹ 29976 sayılı 11.02.2017 tarihli Resmi Gazete. Çevrimiçi, 27.08.2019.

referandumun ardından Resmî Gazete’de²⁰⁰ yayımlanması ile yürürlüğe giren değişiklikler sonucunda, imtiyaz sözleşmelerini verme yetkisi; Bakanlar Kurulu’nun ortadan kalkması nedeniyle, İdare adına Cumhurbaşkanı kararı ile verilmektedir.²⁰¹

Tüm bu değişiklikler ışığında, Bakanlar Kurulu’nun ortadan kalkması ile birlikte, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin onay makamı da ortadan kalmış olmaktadır. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini yapma ve yürürlüğe koyma yetkisi Cumhurbaşkanı kararı ile mümkün olacaktır.²⁰²

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yapıları itibari ile uzun süreli olarak imzalanmaktadır. Kamu hizmetinin görülmesi veya gördürülmesi işinin istikrarlı ve sürekli olarak görülmesi gerekmektedir. Kamu hizmetini gören gerek İdare gerekse idarenin akitle bağladığı özel hukuk kişisi bu sorumluluk altındadır. Nafia sözleşmeleri gibi işin hitamı inşaatın bitimi ile sona ermemektedir. Yapılacak iş kamu hizmeti olduğundan, ferdin devamlı olarak alması gereken hizmetlerdendir. Bu nedenle kısıtlı süreli imtiyaz sözleşmeleri bu amaçtan uzaklaşacağından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin yetkilendirilmesi 25,30,40,50,60,75 ve 99 yıl gibi uzunca bir süreyi kapsamaktadır.²⁰³

2.2.2. Şekil

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, diğer idari sözleşmeler gibi yazılı şekle tabîdir. İdari sözleşmelerin eki ve tamamlayıcı unsuru olarak nitelendirilen şartnameler de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin genel ve nesnel kurallarının belirlendiği belgelerdir. Sözleşme belgeleri ve şartnameler idarenin tek yanlı hukuki irade beyanı ile belirlenir. Yani sözleşmecî, ya idarece hazırlanmış olan şartname ve belgelerin tamamını kabul eder; ya da tamamını reddeder.²⁰⁴

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idare hukuku mevzuatına tabidir. Bu sebeple yapılacak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, idarenin üstün yetkisi görülmektedir. Genellikle idare tarafından eksik olan kamu hizmeti tespit edilir. İdare, tespit edilen eksikliğe göre, imtiyaz konusunu, takdir yetkisini kullanarak, aksamaya mahal vermeyecek özel hukuk kişisine teslim eder.

Kanun, hukukî işlemleri geçerli tutmak ve tarafların arzu ettikleri hukukî neticelere bir dereceye kadar temin etmek sureti ile hak sahiplerine sözleşme şartlarını kendi kendisine tespit ve tayin imkânını bahşeder.²⁰⁵

İmtiyaz sözleşmeleri yazılı şekle tabidir. İmtiyaz sözleşmeleri, İdare tarafından önceden hazırlanmış şartnamelere dayanır. Bu şartnameler kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tamamlayıcı işlemidir. Bu belgeler veya herhangi bir maddesi üzerinde

²⁰⁰ 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 27.08.2019.

²⁰¹ Sancakdar, O., E. Us, M. Kasapoğlu Turhan, L. B. Önüt ve S. Seyhan., a.g.e., s. 525.

²⁰² Halil Kalabalık, a.g.e., s.39.

²⁰³ Süheyp Derbil, a.g.e., s.597.

²⁰⁴ Zehra Odyakmaz, a.g.e., s.12. Aynı görüş için bkz.: Metin Günday, a.g.e., s.345.

²⁰⁵ Yazarsız, Y. (2011), Üçüncü Fasıl: Akitten Doğan Borçlar, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (57), s. 149. Çevrimiçi, 27.08.2019.

sözleşmeci değişiklik yapamaz. Tamamlayıcı işlem niteliğinde olan şartname ve sözleşme belgeleri, esas itibariyle İdarenin *tek yanlı iradesi* ile hazırlanır. Sözleşmeci, İdare elinde hazırlanmış ve kendisine sunulmuş bulunan hüküm ve şartları değiştirme veya ekleme yapma hakkına sahip değildir. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi taraflardan birinin İdare, diğerinin özel hukuk kişisi olması nedeniyle sözleşmenin niteliği gereği katılmalı (iltihaki) sözleşmelere benzemektedir.²⁰⁶

2.2.2.1. Danıştay Görüşü

İmtiyaz sözleşmeleri üzerinde yargısal ve idari denetim görevini Danıştay yerine getirmektedir. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın idari görevleri arasında yer alan genel manada görüş bildirme, inceleme görevi de zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Anayasal bazda yapılan değişiklikler içerisinde sayabileceğimiz 1924 Anayasası'nın 26. ve 55. Maddelerinde; imtiyaz sözleşmeleri için Danıştay görüşü alındıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayını düzenleme altına almıştı. 1924 Anayasa ile imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğü sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, İmtiyaz sözleşmelerinin şekil şartları değişmiş ve TBMM'nin onayı kaldırılarak, Danıştay'ın da imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki “görüş bildirme” yetkisini “inceleme” yetkisi olarak değiştirilmiştir. 1982 Anayasası ile birlikte Danıştay'ın “inceleme” yetkisi korunmuştur. Ancak Anayasa'nın 155. Maddesinde 13.08.1999 tarih 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 155. Maddesinin 2. Fıkrası “düşünce bildirme” olarak değiştirilmiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinin İmparatorluk döneminden başlayan hukuki bir tarihi olduğundan bahsetmiştik. 1924 Anayasası'nın kabulü ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay görüşü alındıktan sonra; Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayı ile birlikte yürürlüğe gireceği öngörülerek, bu sözleşmeleri sıkı şekil şartlarına bağlamış bulunmaktaydı. 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, İmtiyaz sözleşmelerinin şekil şartları değişmiştir. TBMM'nin onayı kaldırılarak, Danıştay'ın da imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki “görüş bildirme” yetkisini, “inceleme” yetkisi olarak yeniden düzenlenmiştir. 1982 Anayasası ile birlikte Danıştay'ın “inceleme” yetkisi korunmuş, ancak Anayasa'nın 13.08.1999 tarih 4446 sayılı Kanun ile değişik 155. maddesinin 2. Fıkrası “inceleme” yerine “düşünce bildirme” olarak değiştirilmiştir.²⁰⁷

18.12.1999 tarihli ve 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde gerekli değişiklikler yapılarak kanun Anayasa değişikliği ile uyumlu hale getirilmiştir.

Yapılan bu değişiklik ile Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerinde düşünce bildirme görevi her ne kadar incelemeye oranla daha yüzeysel bir görev gibi görünse de Danıştay'ın önüne gelen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini esasa yönelik incelemektedir. İncelemenin şeklen değil, esasa girilerek yapılacak olması ortaya çıkardığı sonuç bakımından aynı etkiyi meydana getirmektedir. Kısaca imtiyaz şartlaşma ve

²⁰⁶ Metin Günday, a.g.e., s. 308.

²⁰⁷ 1982 Anayasası Değişik: 13/8/1999- 4446/3 md.; 16/4/2017-6771/16 md.) “*Danıştay, davaları görmek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, idarî uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*”

sözleşmelerinin Anayasa değişikliği sonrası, hangi hukuk kuralına, hangi yargıya tabi olursa olsun, Danıştay'ın önünden geçmeden geçerlilik kazanamayacağı tartışmadan varestedir.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki düşünce bildirme görevinden bahsetmiştik. Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeyen imtiyaz sözleşmesinin hukuki mahiyeti önem taşımaktadır. Danıştay'dan görüş alınmadan akdolunan sözleşme zorunlu usûl unsurunu taşımadığından, asli usûl sakatlığı sebebi ile imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılmayacaktır. İdari işlemin usûl unsuru açısından zorunlu danışma niteliğinde olması nedeniyle yokluğu asli usul sakatlığı sonucunu meydana getirecektir. Danıştay'a tanımlanan görevlerden birinin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir” maddesi gereği alınması zaruridir. Danıştay tarafından verilmiş “*Danıştay incelemesinden geçirilmediği, dolayısıyla sözleşmenin bu haliyle imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşımadığına*” dair birçok yargı kararı bulunmaktadır.

Sözü edilen Danıştay kararlarında, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin Danıştay incelemesinden geçirildikten sonra imtiyaz niteliğini kazanacağını dile getirmektedir. Öyle ki, sözleşme konusu ve adı itibari ile İdare tarafından imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi olarak hazırlanmış olsa da Danıştay'ın incelemesinden geçirilmemiş ise adı geçen sözleşme sıradan bir idari sözleşme olarak tanımlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmediği için bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar Danıştay'da değil, yetkili ve görevli İdare Mahkemesinde görülecektir.²⁰⁸

Danıştay'a düşünce bildirmek üzere gönderilen imtiyaz konusunun evrakları içerisinde eksik gördüğü, tesis edilen imtiyaza dönük bilgi ve belgelerin toplanmasını istemeye yetkisi bulunmaktadır. Danıştay, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin bütününe kapsar şekilde düşüncesini bildirmesi gerekmektedir. Gerekli görür ise ilgili kurumlardan eksik bilgi, belgeleri isteyebilmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2015/2 Esas 2015/2 Karar 03.04.2015 tarihli kararı²⁰⁹ ile Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için düşünce bildirmek ile görevlendirilmiş Birinci Dairenin önüne gelen imtiyaz konusu ile alakalı eksik belgelerin bulunması nedeni ile başvuran İdareye geri çevirme görüşüne katılmamıştır. DİDDGK'ca, Anayasa'nın 155. Maddesinin 2. fıkrası gereğince imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildireceği ve Birinci

²⁰⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2006/3707 Esas 2010/1790 Karar 02.12.2010 tarihli kararı gereğince “...yapılan itirazın yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın, ilk derece olarak Danıştay'da çözümlenebilmesi için 2575 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 24/1-f maddesi ile kurala bağlanan imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanmış idari uyuşmazlık niteliği taşıması gerektiği kuşkusuzdur. Davacı ile davalı idare arasında imzalanan sözleşmenin ise yukarıda belirtildiği üzere idareye ayrıcalıklı yetkiler tanıyan bir idari sözleşme olmasına karşın Danıştay incelemesinden geçirilmediği, dolayısıyla sözleşmenin bu haliyle imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşımadığı anlaşıldığından, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde Danıştay değil, yukarıda belirtilen yasa hükümleri gereğince idare mahkemesi görevli bulunmaktadır.” www.kazanci.com (çevrimiçi). 10.08.2019.

²⁰⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2015/2 Esas 2015/2 Karar 03.04.2015 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 10.08.2019.

Dairenin, bu doğrultuda eksik belgeleri ilgili Kurumundan tamamlandıktan sonra Danıştay Kanunu 23. maddesinin 1. fıkrası gereğince düşünce bildireceğine dair hükmü mevcuttur.

Danıştay'ın görüş bildirme görevi, imtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasında tarafların nizaya düştüğü durumlarda da başvuru bir yol olmaktadır.²¹⁰ Öyle ki, İletişim hizmetleri veren özel hukuk kişisi ile Ulaştırma Bakanlığı arasında Gsm Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması, İşletilmesi ile ilgili Lisans verilmesine ilişkin imzalanan imtiyaz sözleşmesinin hükümlerinde yer alan hazineye ödenecek payın hesaplanmasında brüt gelirin tanımının kapsamı konusunda yaşanmıştır. İmtiyaz sözleşmesinde hüküm altına alınan “brüt gelir” ifadesinin kapsamı konusunda anlaşmazlığa düşülmüştür. Bu hususta yaşanan anlaşmazlığın Danıştay 1. Dairesine görüş sormak sureti ile giderildiği görülmektedir. Danıştay 1. Dairesi'nin 1999/85 E., 1999/103 sayılı Kararı ile tarafları dinlendikten sonra istişarî görüşünü açıklayarak bu hususta tatbikata dönük bir görüş bildirmiştir.²¹¹

Danıştay'ın düşünce bildirme görevi Danıştay 1. Dairesine verilmiş olup, düşünce bildirmesi sonucu ilgili İdare tarafından imtiyaz sözleşmesi taslakları üzerinde yapılacak düzeltme ve değişikliklerden sonra yeniden Danıştay 1. Dairesince düzeltilen taslak hakkında görüş bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. Danıştay'ın düşünce bildirmesi sonucu ilgili İdare tarafından düzeltilen veya değiştirilen taslakların yeniden Danıştay'a gönderilmesine gerek bulunmamaktadır. Danıştay Birinci Dairesi görüşünü açıkladıktan sonra düzeltilmesini veya değiştirilmesi istediği hususları ilgili İdareye bildirmek sureti ile görevini tamamlamış olur. Danıştay'dan istişarî mahiyette görüş isteme yetkisi Danıştay Kanunu 42/ f ve 23/e fıkrası gereğince Cumhurbaşkanlığı'na aittir. Bir konunun Danıştay tarafından incelenip düşünce bildirmesinin usulü ancak, Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderildiğinde mümkün olacaktır.²¹²

Anayasa'nın 155. ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42/c ve 46/b maddeleri uyarınca düşünce bildirmek üzere inceleme yapılacak hususlar belirtilmiştir. Bu hususlar dışında yapılan başvuruların incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Gerçekten Danıştay 1. Dairesi önüne gelen, taraflarca imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin olarak imzalanan protokolün incelenmesine olanak bulunmadığına ilişkin kararları mevcuttur.²¹³

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince belediyelere ait kamu hizmetlerinin 49 yılı aşmamak kaydı ile devredilebileceğine dair hükmü mevcuttur. Kamu hizmetlerini, imtiyaz sözleşmesi yolu ile gördürecek belediyenin sözleşmeye ilişkin bilgi, belge, sözleşme, şartnameler ekli tüm dosyasını “... bir özel hukuk kişisinin bir kamu hukuku kişisi ile yaptığı sözleşme uyarınca kendi kâr ve zararına bir kamu hizmetini kurup

²¹⁰ Aynı mahiyette Danıştay İdari İşler Kurulu 1999/109 E, 1999/111K. Sayılı Danıştay Dergisi. (2000), Sayı:102(30) issn 1300-0187, Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, s. 62.

²¹¹ Danıştay 1.Daire 1999/85 E., 1999/103 K., 18.06.1999 tarihli kararı. Danıştay Dergisi. (2000), Sayı:102(30), issn 1300-0187, Ankara: Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, s.60.

²¹² Danıştay 1. Daire 2013/316 E. 2013/240 K. 28.02.2013 tarihli ve Danıştay 1. Daire 1998/198 E., 1998/127 K., sayılı kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazancı.com, 16.08.2019.

²¹³ Danıştay 1. Daire 1998/291 E., 1998/279 K., 23.10.1998 tarihli kararı. Danıştay Dergisi. (1999), Ankara: Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, Sayı:99(29) issn1300-0187 s. 19.

işletmesi olarak tanımlanan” imtiyaz sözleşmesinin taslağını içeren metinde özel hukuk kişisi ile anlaşmaya varılması gereken sözleşmenin hizmete konu malvarlığına ilişkin hükümlerinin eksik olması nedeniyle İçişleri Bakanlığı’na iade etmesi sonucu, DİDDGK’ca taslağın incelenmesi esnasında eksik olan bilgi ve belgelerin ilgili Belediye’den istemek sureti ile tamamlayarak düşünce bildirebileceğine karar vermiştir. Bu şekilde Danıştay 1. Dairenin yalnızca “düşünce bildirme” görevi kapsamında gerekli araştırma yapma yetkisinin de olduğuna dair karar vermiştir.

2.2.2.2. Rekabet Kurulu’ndan İzin

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun gereğince, ülkenin bütününe pazarlanabilecek mal veya hizmetin bir veya birden fazla işletmenin hakîmiyeti altına girmesi durumunu yaratacak şirket birleşmeleri veya piyasadaki aynı hizmet alanındaki birleşme ve devralmalara ilişkin rekabet kurulundan izin alınması gerekliliğine dair düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler doğrultusunda kanun kapsamında kalacak imtiyaz sözleşmelerinin hizmet alanına ilişkin piyasaı olumsuz etkilemeye ve kartelleşmeye karşı durabilmek için serbest rekabet ortamını güvence altına alınması sonucu ortaya çıkmıştır. Bu kanun ile belli konuları düzenleyen imtiyaz sözleşmeleri imzalanmadan, Danıştay’dan “görüş alma” usulünün yanında, Rekabet Kurulu’ndan “izin” alma şartını da getirmektedir.²¹⁴

2.2.3. Hazırlık Safhası

Bir insan ömründen bile uzun olabilecek bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin sürdürülebilmesi için sözleşmenin akdedilmesi esnasında tarafların birbirlerine yöneltebilecekleri veya talep edebilecekleri birtakım haklarının yanında, katlanmak zorunda oldukları yükümlülükleri de bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin uzun bir süreyi kapsamaması, imtiyazcının yürüttüğü kamu hizmetini aksatmadan gerçekleştirmek borcundan kurtarmadığı gibi; bu vade içerisinde gerçekleşecek ekonomik olaylar, imtiyaz konusunda yapacağı masraf ve elde edeceği kazanç gibi kalemleri önceden tam olarak bilmesi de beklenmemelidir. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bu anlamda bir iyi niyet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.²¹⁵

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, hazırlıktan, ihale sürecine ve imtiyazcı ile imzalanma safhasına kadar belli aşamalardan geçmektedir. Hazırlık safahatı, imtiyazcının seçimi aşamasından önce, İdare tarafından yapılması gereken işlemleri içermektedir. İmtiyaz konusu işin, hizmetin niteliğinin belirlenmesi, devredilecek kamu hizmetinin bedelinin değer komisyonlarınca tespitini, şartlaşmanın hazırlanması işlemleri imtiyaz sözleşmesinin hazırlık safahatını oluşturmaktadır.²¹⁶

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; bu hususlar kanun ile belirlenmiş usuller olmamakla, uygulamada İdare açısından takip edilebilirlik ve denetlenebilir olma açısından ihale usulü

²¹⁴ Gözübüyük, Ş., & Tan T., (2011). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.501.

²¹⁵ Süheyp Derbil, a.g.e., s. 98.

²¹⁶ Erşen, C. (2009), *Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yetkilendirmesinde İhale Yöntemleri: Ülke Uygulamaları ve Türkiye için Öneriler*, (Yayımlanmış Uzmanlık Tezi), Ankara, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, s.30.

izlenmektedir. Amir hüküm olmaması nedeni ile “şekil” başlığı altında inceleme söz konusu yapılamamaktadır.

İlk aşama; İdarenin tek taraflı düzenleyici işlemlerini oluşturan “genel şartname” aşaması olarak ifade edilmektedir. Bu şartnamede, İdarenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini oluşturacak hizmetin yürütülmesi esnasında, imtiyazcının uymakla yükümlü olduğu hükümleri, yine İdarenin üstünlüğünden kaynaklanan kamu gücünün varlığını gösterir düzenlemeleri yer almaktadır. Genel şartname, ana şartname, şartlaşma ya da şartname, İdarenin genel düzenleyici işlemleri arasında yer almaktadır. Bu işlemler tartışmaya veya değişikliğe açık olmamakla; istekli, söz konusu şartname hükümlerini ya toptan kabul etmek veya reddetmek durumdadır. İdare tarafından sözleşmenin imzalanmasından önce hazırlanan düzenleyici işlem niteliğini haiz bu işlemler, taraflarca sözleşmenin imzalanmasından sonra akdi niteliğini haiz olmaktadır.²¹⁷

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 7.maddesi ile şartnameler içerisinde nelerin yer alacağını madde yoluyla saymıştır. Bu genel şartnamelerin yanında işin kapsam ve mahiyetine göre özel ve teknik şartnameler de düzenlenebilmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında sayılan ihale işlemleri arasında sayılmayan, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özel durumu gereğince anılan kanuna tabi olmasa da kamuya gelir getirici idari sözleşme kapsamında değerlendirilerek, kanunun emrettiği düzende, ihale safahatına uyulmaktadır. Burada İdarenin, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ihale kanununa tabi olmadığı hususu kabul edilmekle, işi gören İdare tarafından denetlenebilir ve hesap verilebilirlik açısından ihale kanununun ilgili maddelerinin tatbiki kolaylık sağlamaktadır.²¹⁸

İkinci kısım; İdarenin kamu gücünden kaynaklanan bir kısım yetkilerinin, şartlaşmaya uygun genel düzenleyici işlemler dahilinde sözleşme hükümleri ile devrini içermektedir. Bu yetkilerin devri şart-işlem niteliğindedir. Bu yetkilerin amacı özel hukuk kişinin kamu hizmetini ifa ederken karşılaştığı olumsuzlukları, imtiyaz sözleşmesinde yer alan yetki devrine dayanarak, kamu gücünü kullanması sonucunu doğurur. Bu yetkiler kamu hizmetinden yararlanacaklar aleyhine kamulaştırma yapma, geçici işgal gibi yetkilerin kullanılmasını içermektedir. İmtiyaz sözleşmesi kapsamında tamamlanan kamu hizmetinin kullananlar tarafından ödeyecekleri peyder pey ücret, harç, resim niteliğindeki mali yetkilerin düzenlendiği kısmı ifade etmektedir.²¹⁹ Anılan bu yetki devri, imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmeti olma ve kamu hizmeti görme özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Son aşama ise; gerçek sözleşmeyi oluşturan karşılıklı iradelerin hüküm altına alındığı bölümdür. Bu aşama, subjektif işlem niteliğine haizdir. Bu kısım, İdarenin tek yanlı işlem ile değiştirebileceği hakîmiyet alanı içerisinde bulunmamaktadır.²²⁰ İdare ile imtiyazcı arasındaki bedele ilişkin, mali hükümlerin düzenlendiği bölümdür. Bu açıdan kamu hizmeti

²¹⁷ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2018), *Türk İdare Hukuku*, s. 464.

²¹⁸ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s. 176.

²¹⁹ a.g.e., s. 464.

²²⁰ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s. 176.

imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin sözleşme kısmını oluşturan İdareyi, imtiyazcıya karşı yükümlülüklerinin sıralandığı bölümü içermektedir.²²¹

Kamu harcamalarına ilişkin düzenleme yapan 4734²²² Sayılı Kanunu’nun 27. Maddesinde ‘şartnameler’ başlıklı 12. maddesi kapsamında “ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer...” verileceği belirtilmek sureti ile İdare tarafından kamu harcaması gerektiren veya kamuya kaynak sağlayan ihale usullerini düzenleyen kanunlarda ayırım yapmaksızın şartnamelere yer verilmiştir.

Her ne suretle olursa olsun, imtiyaz sözleşmelerinde de uygulanan bu süreçler, İdarenin denetimi için uygulamış olduğu düzenlemelerdir. Kamu hizmeti alınacak olan alana ilişkin teknik bilgiye sahip İdare, genel ve teknik şartnamelerini hazırlamak ile mükelleftir. Bu genel ve teknik şartnameler Bakanlar Kurulunun kararı ile birer tasarruf halini almakta iken, 2017 Referandumu sonrası Cumhurbaşkanı Kararı ile tasarruf halini almaktadırlar.²²³ Hatta bu teknik ve genel şartnameler birer yasal düzenleme hükmünü haiz olup, akdi yapacak idare bu genel ve teknik şartnameler ile sınırlı çizgiler içerisinde kalmak durumundadır.

2888 sayılı Devlet İhale Kanunu 9. maddesi gereğince imtiyaz konusu işin tahmini bedel tespitine ilişkin komisyon da kurulabilmektedir. Komisyon ile uzman kişilerce değer tespiti yapılmaktadır. Konusunda uzman olan kişi, kurum ve kuruluşlardan teklif ve öneri alabilmektedir.²²⁴

Örnek vermek gerekir ise; 18.09.2008 tarihli 27001 sayılı Resmî Gazete’de 3G ihalesine ilişkin 2008/14086 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “İMT-2000/UMTS Hizmet ve Altyapılarına İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinin Asgari Değerlerinin Belirlenmesine İlişkin Karar” yayımlanmıştır. İlgili kararda yapılacak olan elektronik haberleşme alanına ilişkin frekans ihale bedellerinin değerinin tespiti için bir değer tespit komisyonu kurulmuş ve değer tespit komisyonunca önerilen değer, ihaleye kimlerin katılabileceğine ve hangi ihale usulünün uygulanacağına ilişkin hususlar Bakanlar Kurulu Kararı ile alınarak, yayımlanması usulü izlenmiştir. İlgili kararda değer tespitine ilişkin raporlar şartnamelerde yer almaktadır.

Aynı Bakanlar Kurulu Kararı²²⁵ ile yapılacak imtiyaz sözleşmesinin ihale usulü de belirlenmiş olmakla, ihaleye katılacak isteklilerin taşınması gereken asgari özellikleri de

²²¹ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2018), *Türk İdare Hukuku*, s. 464.

²²² 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 04.01.2002 tarihinde kabul edilmiş olup 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 15.08.2019.

²²³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1616.

²²⁴ 01.08.1996 tarih 4161 Sayılı Telefon ve Telgraf Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 05.08.1996 tarih 22718 sayılı mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 27.08.2019.

²²⁵ “İMT-2000/UMTS HİZMET VE ALTYAPILARINA İLİŞKİN YETKİLENDİRME PLANI

Amaç ve kapsam:

Madde 1 – (1) Bu Yetkilendirme Planı, imtiyaz sözleşmesi akdedilerek yürütülecek olan İMT-2000/UMTS hizmet ve altyapılarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

Yetkilendirme yöntemi

karar altına almaktadır. Bu yöntem ile İdare imtiyaz sözleşmesini akdederken uyacağı ihale usullerini idari işlem ile tespit etmekte ve Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe koymaktadır. Bakanlar Kurulu Kararının yayımlanması ile İdare tarafından yapılan tek taraflı işlemler tasarruf halini almaktadır. 2017 referandum sonrası artık imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Cumhurbaşkanı Kararı ile alınmaktadır.

Daha sonra sözleşmeyi yapacak idare, hazırlık aşamalarına geçip; işin mahallinde keşfini, belirlenmiş olan işin özelliklerini göz önünde bulundurarak, projenin fiyat tahminlerini içeren teknik ve hukuki şartnamelerini hazırlar. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri uzunca müddeti kapsayan kamu hizmeti sözleşmeleri olduğundan sözleşme taraflarının yapılacak maliyetleri dikkatlice hesaplaması gerekmektedir. İmtiyaz sözleşmesinin düzenlendiği sırada yapılacak işin ne kadar sermaye gerektirdiği, bu sermayenin ne kadarının nakit ne kadarının ticari kredi ile temin edileceği yapılacak işin maliyetine eklenecek kalemlerdir. Tüm bu hesaplamalar yapıldıktan sonra bile, işletme maliyeti ile imtiyazcının uzun süreli kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi neticesinde, ne kadar para kazanacağını net miktarını belirleyebilmek mümkün görünmemektedir. Ülkenin ekonomik durumu, piyasaların global çapta verdiği tepkiler bu sözleşme süresince olumlu veya olumsuz etki edebilecek faktörlerden yalnızca birkaçını ifade etmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi tarafların karşılıklı iyi niyet kuralları çerçevesinde birbirlerini amorti ettiği bir sözleşmedir. Tüm bu hususlara dikkat edilerek hazırlanan şartnameler, sözleşmeden ayrı mücerret birer tasarruftur. Keşif plan projelerin usulüne uygun şartlarla ilgili idareye teslim edilmesi sonucunda, hazırlık safhası tamamlanmış olmaktadır.

2886 sayılı Kanunu'nda²²⁶ ihale tanımı yapılmış olup, “işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” gösteren safha olarak tanımlanmaktadır. 4734 sayılı Kanun'da da aynı kapsamda bir tanımlama yapılmış olup, burada da “mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine” ilişkin olduğu belirtilmiştir.

4734 Sayılı Kanun amacına dönecek olursak, “kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamunun kaynağını kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir.”

Yine 4734 Sayılı Kanun'un 3. maddesi ile de istisnalar başlığı altında düzenleme ile yaptırımlar yönünden bu kanun hükümlerinin geçerli olduğu kural olsa da kanun dışında istisna tutulacak iş ve hizmetlerin sayılması yoluna da gidilmiştir.

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin yasal mevzuatta ihale usulü olarak tedvin edilmiş bir düzenleme olmadığından, İdarenin bağlı olacağı kurallar İdare Hukuku genel ilkeleri ile tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu tanımlamalar ve Danıştay kararları ile genel kabul gören imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyulacak ilkeler çerçevesinde imtiyaz sözleşmesinin ihale usulü çizilmiştir. İdare, sözleşme yaparken karşı tarafını seçme

Madde 7 – (1) 3N ihalesinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca **kapalı teklif usulü** uygulanacaktır.”

²²⁶ 2886 Sayılı Kamu İhale Kanunu 10.09.1983 tarih ve 18161 sayılı Resmi Gazete yayımlanmıştır. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 13.08.2019.

özgürlüğüne sahip değildir. Ancak imtiyaz sözleşmeleri nitelikleri gereği diğer sözleşmelerden ayrılmakla kamu ihale prosedürüne bağlı olmaksızın, karşılıklı müzakere ile imtiyazcının seçimi mümkün olmaktadır. İdarenin imtiyazcısını seçerken tamamen serbest olmamakla, kamu yararı ilkesi çerçevesinde imtiyazcayı seçebilmektedir. Bunun yanında İdare, imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi hususunda ihale mevzuatına tabi olmasa da takdiren görülecek olan kamu hizmetinin yapılışına ve imtiyazcının seçimine en uygun düşecek ihale usulünü tatbik etmek hususunda uygulama yapmaktadır. Örnek vermek gerekir ise;

Bakanlık tarafından yapılacak sözleşmenin kapalı teklif usulü uygulanmak sureti ile ihaleyi gerçekleştireceğine dair Bakanlar Kurulu kararını alması; Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan ekli “İMT-2000/UMTS Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Planı”nın yürürlüğe konulmasına ilişkin Ulaştırma Bakanlığının 25/1/2007 tarihli ve 149 sayılı yazısı üzerine, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun ek 27. maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 5/2/2007 tarihinde kararlaştırılan işlemde yapılacak olan sözleşmenin Devlet İhale Kanunu’nun kapalı ihale usulüne göre yapılacağı kararını almıştır. Burada, yapılacak olan sözleşmenin ihale usulü Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirlenmekte, Bakanlar Kurulu kararı ile tasarruf halini almaktadır.²²⁷

Bu uygulamada açık ihale, belli istekliler arasında ihale, pazarlık usulleri dışında kapalı ihale usulü ile ihaleye çıkıldığı ve bunun idari bir tasarruf ile yapıldığı görülmektedir. Hakikaten 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 10.maddesi gereğince ihalenin kapalı teklif ile yapılması da mümkün görünmektedir. Bu durum teknolojik ve sinai zorunluluk bulunduğu hallerde ilgili Bakanlığın onayının da alınması ile yapılabilmektedir.

Kapalı ihale usulünün uygulanması 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu 2. maddesi ile düzenleme altına alınan “rekabet” ve “açıklık” ilkelerine aykırı olmadan bu usulün işletilmesi ve istekliler arasında en uygun olan isteklinin tercihinin engellememesi gerekmektedir.²²⁸

Açıkladığımız nedenler ile İdarenin sözleşmeleri açısından bağlı olduğu mevzuata dayalı sıkı şekil şartları, imtiyaz sözleşmeleri açısından geçerli bulunmamaktadır. Bu özellikleri imtiyaz sözleşmelerini, idarenin yapmış olduğu diğer sözleşmelerden ayır eden unsurdur. İdare, imtiyazcısını seçerken, kamu yararı ilkesi ile bağlı olmakla bunun yanı sıra; yargı kararları ve Avrupa Birliği müktesebatında kabul edilen ilkelere de uygun olarak imtiyazcısını seçmesi gerektiği, genel kabul gören görüştür.²²⁹

Bu bağlamda, Avrupa Birliği tarafından 14 Haziran 1993 tarihli ve 93/37 sayılı direktifi ile kamu alımlarına ilişkin esas unsurlar belirlenmiş ve birlik içerisinde uygulanmaya çalışılan

²²⁷ 2007/11617 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı: “İmt-2000/Umts Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Planı” yetkilendirme yöntemi madde 7: (1) 3N ihalesinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca kapalı teklif ve/veya pazarlık usulü uygulanacaktır.” Çevrimiçi, 10.08.2019.

²²⁸ Gönen, D. & Işık, H., (2000), *Devlet İhale Kanunu ile İlgili Sayıştay Yargıtay Danıştay Kararları ve Özelgeler*. Ankara: Tşof Matbaacılık, s. 143.

²²⁹ Çal, S. (2010). “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 50-115, s.51. Çevrimiçi, <http://dergipark.org.tr/abd/issue/33779/374105>, 07.08.2019.

tek pazar anlaşmasına uygun olarak tâbiyet ayrımını ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Söz konusu direktifler ile kamu alımlarına yönelik ortak kurallar belirlenmeye çalışılmış; şeffaflık ve tâbiyet ayrımına bakılmaksızın eşitlik prensibi üzerinde durulmuştur. Söz konusu düzenleme kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yapımı esnasında, İdareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldırmamakla beraber, takdir yetkisi adı altında yapılan eşit olmayan muameleleri ortadan kaldırmak ve sözleşmede İdare tarafından imtiyazcının seçimi safahatının şeffaf olarak ilerlemesinin izlenmesi amaçlamıştır.²³⁰

Avrupa Birliği bu direktifi ile tüm imtiyaz sözleşmelerinden bahsetmemekte, yalnızca bayındırlık alanında verilen imtiyazlar hakkında düzenleme getirmektedir. Diğer imtiyaz sözleşmeleri hakkında bu düzenleme uygulanmamakla birlikte, bunlar için genel kurallar geçerli olacaktır. Bununla birlikte İdarenin imtiyaz sözleşmelerinin ihale aşamasında ihale hukuku mevzuatını uygulayarak imtiyaz sözleşmesi akdetmesinin de bir sakıncası bulunmamakla birlikte, imtiyaz sözleşmesi ihale kararlarında ihale mevzuatına göre kurulacak komisyonun kararları bağlayıcı olmayacaktır. Çünkü imtiyaz sözleşmeleri Kamu İhale Mevzuatı dışında tutularak yasa koyucu imtiyaz sözleşmelerinde ihale aşamasında, İdareye takdir yetkisi tanımış bulunmaktadır. Ayrıca, İdare tarafından imtiyazcısını seçerken müzakere yolunun açık olması da bu takdir yetkisinin bir sonucudur.

Bilindiği üzere Kamu İhale Mevzuatına tabi kamu alımlarında müzakere süreci kullanılmamaktadır. Bunun sonucu olarak imtiyaz sözleşmelerinde ihale sürecinde İdare “intuitu personea” ilkesi gereği imtiyazcısını güvene ve iyi niyete dayalı bir ilişki çerçevesinde kişilik ve ticari geçmişini göz önünde tutarak, basiretli bir tacir özelliğine sahip özel hukuk kişileri arasından İdarenin genel ilkeleri çerçevesinde seçimi üzerinde yoğunlaşacaktır.²³¹

Mahalli yönetimlere tanınan imtiyaz sözleşmesi yapma yetkisi daha açık adımlar ile düzenleme yoluna gidilmiştir. 5393 Sayılı Belediye Kanunu 18/j maddesi gereğince mahalli İdarelere tanınan imtiyaz verme yetkisi şu şekilde tanımlanmıştır. Anılan kanun hükmü uyarınca imtiyaz verme usulü belediye, il özel idare meclislerinin imtiyaz sözleşme konusunu müzakere edip, meclisten kabul kararının alınması ve İçişleri Bakanlığı ile Danıştay’dan alınacak görüş üzerine tamamlanacaktır.

İmtiyaz sözleşmesinin yapılmasını kabul eden meclis kararı ile birlikte belediye başkanına imtiyaz sözleşmesini imzalamaya yetki tanınmış olunmaktadır. Bu yetkilendirme üzerine başkanlar aleniyet, serbest rekabet, saydamlık ilkelerini gözeterek sözleşmenin yapılacağı şartları uygun ortamlarda ilan sureti ile yayınlayacaklardır. Yapılan ilan üzerine başvuracak isteklilerle eşit muamele ilkesi bağlamında müzakereler gerçekleştirecek ve kamu yararını gözeterek en uygun maliyet ve kişi ile sözleşmeyi akdedecektir.²³²

Bugün kamu alım ve harcamalarına ilişkin iki ayrı kanun yürürlükte bulunmaktadır. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu kamuya kaynak sağlamaya ilişkin alanı düzenleme altına

²³⁰ Sezginer, M. (2007), İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), s. 1089. Çevrimiçi, 28.08.2019.

²³¹ Murat Sezginer, a.g.m. s. 1081.

²³² Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C., a.g.e., s. 102.

alırken, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kamuya mal ve hizmet alımına ilişkin alanı düzenleme altına almaktadır. Her iki kanun çerçevesinde de kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin düzenleme altına alınmaması, bu alana ilişkin Fransız Danıştay'ı tarafından geliştirilen ve İmparatorluk döneminden bugüne kadar kabul gören, bu sözleşme özelinde idarenin sözleşme tarafını seçme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu görüşünün benimsenmiş olmasıdır. Ancak bu takdir yetkisinin, İdareye hukuka aykırı bir karar verme yetkisi verdiği de düşünülmemelidir.²³³ Bu yetkinin İdareye adam kayırmacılığı, ayrımcılık yetkisi verdiği de asla düşünülmemelidir. Takdir yetkisine dayanılarak, ticari sicili bozuk, piyasada güven telkin edememiş bir özel hukuk kişisine kamu kaynakları heba edilmemelidir. Bu sınırlar dahilinde, İdarenin; kamu yararı, eşitlik, şeffaflık, rekabet, prensiplerini göz önünde tutarak imtiyazcısını belirlemeli ve İdarenin takdir yetkisi²³⁴ sınırları içerisinde seçimini yapmalıdır.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde imtiyaz sahibinin seçimine mevzuatımızda hüküm bulunmamaktadır. İdari sözleşmelerin bu en tipik örneğini oluşturan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde imtiyaz hakkı sahibinin seçiminde, idareye takdir yetkisinin tanınmış olması sözleşmenin doğası gereği olmakla; idarenin, bu seçimi yaparken uyması gereken belli kriterlerin varlığı da yadsınmamalıdır. Nitekim, adayların seçimine ilişkin Danıştay içtihatlarında, şeffaflık ve adaylar arasında eşitlik prensibine vurgu yapmıştır.

Avrupa Birliği müktesebatında bu konuya ilişkin verilen direktiflerinde şeffaflık, fırsat eşitliği ve uygun rekabet ortamının sağlanması yönünde prensip kararları mevcuttur.²³⁵

Rekabetin sağlanması ve eşit muamele ilkelerine ilişkin olarak Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner ile Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger adlı 18 Mart 2014 tarihli C-314/01 sayılı kararı ile bir özel hukuk kişisi ile yarı-özel hukuk kişisinin yapılanması arasında kamu gücünü elinde bulunduran tarafın elinin güçlü olduğunu, ayrıca yarı kamusal bir özel hukuk kişisine ihale ilanı yapılmaksızın ihalenin verilmesini kamu ihale hukuku temel ilkelerine aykırılık teşkil edeceğinden bahisle Topluluk Hukuku açısından değerlendirme yapmıştır.²³⁶

“...yarı kamusal bir şirkete ihale ilanı yapılmaksızın ihalenin verilmesi, serbest ve bozulmamış rekabetin amacının ve eşit muamele ilkesi engellenmesi sonucunu doğuracak bu tür bir süreç sermaye bulunduran özel teşebbüse diğer rakipleri karşısında avantaj sağlayacaktır. Bir özel teşebbüs ile idarenin bir yarı-özel teşebbüs yapılanmasındaki iş birliği, imtiyazın özel teşebbüse ya da ayrı bir özel teşebbüse verilmesinde imtiyazlara ilişkin hukuki düzenlemelerle uygunluk olmadığından haklı bir hukuki gerekçeye dayanmamaktadır.”²³⁷

²³³ Sıddık Sami Onar, cilt I., a.g.e., s.432.

²³⁴ Detaylı bilgi için; Sıddık Sami Onar, cilt I., a.g.e., s.432 vd.

²³⁵ Erdem Bafra, a.g.e., s. 121.

²³⁶ Bafra Erdem, a.g.e., s. 121

²³⁷ Kararın aynen çevirisi için bkz: a.g.e., s.121.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, idarenin bir yarı özel teşebbüsünde ihale ilanı yapılmaksızın ihalenin Siemens/Telekom ortaklığına verilmesini eşit muamele, serbest ve bozulmamış eşit rekabet ilkelerini haleldar edeceğinden bahisle haklı bir hukuki gerekçeye dayanmadığı kararına varmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, yarı özel hukuk kişinin kamusal özelliklere de sahip olduğunu bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin bozulduğunu, bu durumun diğer adaylar karşısında kurumu öne geçirdiğini ifade etmiştir.²³⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilmiş 324/98 sayılı 7 Aralık 2000 tarihli “Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH V Telekom Austria AG²³⁹” adlı bir kararında da ihale hazırlık aşamasına ilişkin uygun rekabet koşullarının oluşması için belirli düzeyde yeterli bir duyurunun yapılmasını önemsemektedir.

“...İdareler, Antlaşmanın temel kurallarıyla uyumlu hareket etmekle, özellikle uyruğa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesi ile bağlıdırlar. İdarenin kendisini bu ilkeye uyumlu hareket edildiği hususunda tatmin olmasını sağlayan, saydamlık yükümlülüğü anlamına gelmektedir.

İdareler için öngörölmüş saydamlık yükümlülüğü, herhangi bir potansiyel istekli lehine hizmet pazarının rekabete açılması ve tarafsız bir ihale sürecinin yürütölmesini sağlamak üzere belirli bir düzeyde yeterli duyurunun yapılmasının sağlanmasından ibarettir.”²⁴⁰

Böylece, devredilecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin en verimli ve etkin şekilde kurulması/işletilmesi gerektiğinden alanında güvenilir, mali ve teknolojik olanakları yüksek ve deneyimli olma gibi kriterleri sağlayacak özel hukuk kişilerinin seçimini çok çeşitli istekliler arasından yapabilecektir. Topluluk kuralları içerisinde kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için herhangi bir düzenleme yoktur. Bu bağlamda Topluluk Hukuku, ulusal Devletlerin idari sözleşmelerinin en tipik sözleşmeleri olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini, İdarenin takdir yetkisi içerisinde tanımıştır. Buna rağmen Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın esasa ilişkin inceleme yapmadan belli ilkeler çerçevesinde yönlendirici ve açıklığa kavuşturucu birtakım kararları da mevcuttur.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, kamu hizmetini yürütecek olan kişinin seçimi, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde yapılacak sözleşmelerden birtakım farklılıklar arz etmektedir. İdarenin kamu ihale prosedürüne göre yapacağı sözleşmede uyacağı sıkı şekil şartların varlığının karşısında, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde İdareye özel hukuk kişinin seçimi konusunda takdir yetkisi tanımıştır. İdareye tanınan bu takdir yetkisi sınırsız değildir, kamu hizmetinin varlığı nedeniyle idare kamu yararını gözetmek durumundadır.

²³⁸ Bafra Erdem, a.g.e., s.121.

²³⁹ Bafra Erdem, a.g.e., s.140.

²⁴⁰ Kararın uzun metin hali ve aynen çevirisi için bkz: a.g.e., s.140.

İdareye diğer idari sözleşmelerden farklı olarak tanınan bu takdir yetkisi imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özelliği gereğidir. Takdir hakkı ile İdare, uzun süre sözleşme ile bağlanacağı akit tarafını sıkı şekil şartları olmadan seçebilmektedir.²⁴¹

2.2.4. İhale Safhası

İdarenin kanuniliği ilkesi kapsamında, gerçekleştirdiği tüm eylem, işlem ve sözleşmelerin denetlenebilir olması gerekmektedir. Bu bağlamda sözleşmelerin kanuna uygun olup olmadığının da denetlenebilir olması hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği bir zorunluluktur. İdare, özel hukuk kişilerinden farklı olarak işlemlerinde, eylemlerinde ve sözleşmelerini yaparken birtakım kısıtlamalara tabidir. Bu kısıtlamalar, İdarenin hem özel hukuk sözleşmelerini hem de idari sözleşmelerini yaparken geçerlidir.²⁴²

Mevzuatımızda kamu ihaleleri usulüne ilişkin iki temel kanun bulunmaktadır: 2886 Sayılı Devlet İhaleleri Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunudur. Bu kanunlar, İdarenin hizmetlerini görmek maksadıyla alım satım, kiraya verme, kiralama, hizmet gibi hukuki işlemlerin yapılmasına ilişkin sözleşmelerin imzalanmasına kadar geçecek süreci düzenlemektedir.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu,²⁴³ 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre daha eski tarihli bir kanundur. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmeden evvel, kamuya ait tüm alım ve sarfiyatları düzenlemekteydi. Ancak bu durum uygulamada kafa karışıklığı yarattığı gerekçesi ile kamu ihalelere ilişkin ayrıma gidilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile kamuya gelir getirici ihalelere ilişkin yasal düzenlemeler yapılmış olmakla; sonraki tarihli 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu²⁴⁴ ile kamunun harcamalarına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte tüm kamu ihalelerini düzenleyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kapsamı daraltılarak, yalnızca kamuya gelir sağlayan düzenlemeleri yürürlükte. Bu şekilde uygulamada yaşanan zorluklar giderilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte her iki kanun ile düzenleme altına alınan ihale sürecine ilişkin temel ilkeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ihale sürecinde de tatbik edilmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran kısım ihale safhası olduğunu belirtmiştik. İmtiyaz sözleşmesinin isteklileri arasından seçim usulü belli ilkeler nazara alınarak belirlenmektedir. İhale usulünde ise, belli istekliler arasında sıkı şekil şartları gözetilerek sözleşme konusu iş ihale edilmektedir. İhale esasen sözleşme imzalanmadan

²⁴¹ Murat Sezginer, a.g.e., s. 919.

²⁴² Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2018). *Türk İdare Hukuku*, s. 473.

²⁴³ 10.09.1983 tarih, 18161 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 02.08.2019.

²⁴⁴ 22.01.2002 tarih, 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 02.08.2019.

önce uyulacak usul kurallarını ifade etmektedir. İmtiyaz sözleşmesinde ise İdarenin geniş takdir yetkisi alanı içerisinde değerlendirilmektedir.²⁴⁵

İdari sözleşmelerin yapılması safahatında İdare tarafından uyulması ve gözetilmesi gereken üç ana prensipten söz edilmektedir; Aleniyet, serbest rekabet, en iyi fiyat prensipleridir. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri mahiyeti itibari ile diğer idari sözleşmelerden farklılık arz etmekte olup sözleşmelerde akit tarafını seçme hususunda, İdareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu açıdan bakıldığında imtiyaz sözleşmelerinin uzun süreli olması, akit tarafının İdarenin üstün yetkileri ile donatılacak olması ve bunun yanında İdarenin imtiyazcıya devrettiği kamu hizmeti alanında denetim ve gözetim sorumluluğunun devam etmesi; bu sözleşmeler açısından kamu ihale hukuku kurallarından ari, kendine has içtihadi kuralların oluşmasına sebebiyet vermiştir.²⁴⁶

İdarenin sözleşmeciyi seçmedeki takdir yetkisinin sınırları özel hukuk sözleşme hukukundaki gibi mutlak bir özgürlük olmamakla birlikte “kamu yararı” sınırları çerçevesinde müzakere yolu ile imtiyazcının şahsında seçim özgürlüğünün varlığından bahsetmek mümkündür. İmtiyaz sözleşmeleri açısından İdareye tanınan bu takdir yetkisi çerçevesinde mevzuat düzenlemesi yapılmamıştır. İmtiyaz sözleşmeleri özelinde yargı kararları ile birtakım esaslar konulmuş olup, bu alana ilişkin yazılı düzenleme bulunmamaktadır.²⁴⁷

Esasen imtiyaz sözleşmesinin ilk uygulanma yeri olan Fransa’da da durum aynı şekilde; bu alanda düzenleme olmaksızın İdareye tanınan takdir yetkisi ile çözümlenmiştir. Fransız İdare hukukunda kabul edilen *intuitu personea* ilkesine göre İdare, imtiyazcısını seçerken kamu ihale mevzuatına tabi olmayacaktır.²⁴⁸

Aktin teşekkülü sırasında İdarenin tam bir takdir yetkisinin varlığını kabul eden görüşe göre İdare, imtiyazcısını seçmek konusunda mutlak bir takdir yetkisi ile donatılmıştır. Takdir yetkisinin açık takdir hatası denetimine dahi kapalı olduğunu savunmaktadır.²⁴⁹ İdareye bu denli geniş takdir yetkisinin tanınmasını, imtiyaz sözleşmesinin uzun yıllar sürecek Devlet ve özel hukuk kişinin iş birliği içerisinde İdarenin sorumluluğunun devamına dayandırılmaktadır.

Seçilecek kişinin, İdarenin geniş takdir yetkisi içinde seçildiği klasik idare hukuku teorisinde kabul gören bir görüştür. Ancak bu hususta aksi görüşte olan bir kısım doktrin görüşleri de bulunmaktadır. Bu görüşe göre; İdare pazarlık, ihale gibi yöntemleri kullanmasa bile 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda belirtilen kamu alımlarına ilişkin uyulması gereken ilkeler ile bağlı olduğunu kabul etmekle, İdarenin mutlak bir takdir yetkisine sahip olmadığını savunmaktadırlar. Bu görüşün dayanağını oluşturan İdarenin mutlak takdir yetkisinin denetime kapalı olması, bu

²⁴⁵ Özkan, G. (2014). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 30.

²⁴⁶ Sıddık Sami Onar, III. Cilt, s.1619.

²⁴⁷ Sıddık Sami Onar, III. Cilt, s.1618.

²⁴⁸ Murat Sezginer, a.g.m., s.1087.

²⁴⁹ Kemal Gözler, a.g.e., cilt II, s.381.

hakkının İdarenin keyfiyetine neden olacağı ve kamu zararına yol açacağı endişesini taşımaktadır. Bu endişelerin kaynağı, ülkenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde sözleşmecinin serbestçe seçilmesi sonucunda bitirilemeyen kamu hizmetleri ve dolandırıcılığa varan örneklerle dayanmaktadır.²⁵⁰

İdare Hukukunu örnek aldığımız Fransız İdare Hukukunda *intuitu personea* prensibi katı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu ilke doğrultusunda imtiyaz verilecek özel hukuk kişinin öneminden ve belirleyici faktör oluşundan çokça bahsedilmektedir. İdarenin takdir yetkisinin dayanmış olduğu esas prensiplerden birisi olarak gösterilmektedir. Ancak, Avrupa Birliği müktesebatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri özelinde İdarenin mutlak takdir yetkisinin serbest rekabete, aleniyet ilkelerine aykırılığı sebebi ile vermiş olduğu kararlar Fransa'da dahi yeni düzenlemelerin yapılmasına sebep olmuştur.²⁵¹

Fransız Danıştay'ının *intuitu personea* prensibini destekleyen kararları, ülkemizdeki İdare Hukuku ve özelinde imtiyaz sözleşmeleri hakkındaki içtihadî kararlar ile de kabul görmüştür. Mevzuatımızda imtiyaz usulü hakkında herhangi bir düzenleyici yasal işlem yapılmayarak bu usul desteklenmiştir. Bu usulün mutlak olarak uygulanmasının ülke için önem arz eden büyük çaplı kamu hizmetlerinin tamamlanması ve eksiksiz olarak hizmete açılması için birtakım sakıncaları tespit edilmiştir. Bu bağlamda Avrupa Birliği ortak pazarı çerçevesinde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimi noktasında ülkelerin dikkate aldıkları kriterleri inceleyerek, yerindelik denetimi yapmaksızın, genel ilkeler çerçevesinde birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu değerlendirmeler sonucunda esasen mutlak *intuitu personea* prensibi; eşitlik, serbest rekabet ve aleniyet ilkelerine aykırı olarak alınmaması gerektiğine dair direktifler verilmiştir.

İdare tarafından, imtiyazcısının seçimine yönelik takdir hakkını kullanırken, uyması gereken; eşitlik, aleniyet ve serbest rekabet ilkelerine uymadıklarından bahisle, üçüncü kişilerin yapmış oldukları başvurular neticesinde, Avrupa Birliği 14 Haziran 1993 tarih 93/37 sayılı direktif kararı alınmıştır. Bu karar ile imtiyazcının seçimine ilişkin genel usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu genel esaslar dairesinde, İdarenin imtiyazcıyı seçme konusunda takdir yetkisi sözleşmenin özelliği gereği tanınmakla; İdarenin, takdir yetkisini kullanırken uyması gereken birtakım kurallara işaret edilmiştir. Bu kurallar direktif ile düzenleme altına alınmıştır. Avrupa Birliği ortak pazar alanında yer alan ülkelerin sözleşme adayları arasından imtiyazcısını seçerken uyması gereken, şeffaflık ve eşitlik prensiplerini düzenleme altına almıştır.²⁵²

Direktif ile imtiyaz sözleşmesinin münhasır alanına dokunmayarak, imtiyazcıyı seçme konusunda İdarenin takdir yetkisi sınırı ihlal edilmemiştir. Bununla birlikte, direktif ile imtiyazcıyı seçme aşamasına kadarki ilan kuralları düzenleme altına alınmıştır. İdare, imtiyaz sözleşmelerinde yapılacak işin ilan edilmesi ve bu ilanın ulaşması gereken

²⁵⁰ Sedat Çal, a.g.m. s. 98.

²⁵¹ Murat Sezginer, a.g.m. s. 1087.

²⁵² Murat Sezginer, a.g.m., s. 1092.

isteklilere ayırım yapmaksızın, eşit muamele ilkesi ile şeffaflık ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde en çok istekliye ulaşmasını sağlanması ile sorumlu tutulmuştur.²⁵³

Açıklık ve şeffaflık esasen ilk olarak kamu yönetiminde yaşanan aksaklıkların çözümlenmesi aşamasında kullanılan bir tabir olmuştur. Kamu yönetiminde ihtiyaç duyulan şeffaflık ve açıklık, İdarenin keyfi davranışlarını, kayırmacılığı, rüşvet ve yolsuzluğu önlemek amacı ile ortaya çıkmıştır. Bu açıklamalar önderliğinde günışığında yönetim²⁵⁴ ilkesi ile İdarenin almış olduğu kararı kamu yararı ilkesi çerçevesinde denetime tabi tutmak istenmektedir. Bu direktifler gereğince alınan kararlar kötü yönetim ve yolsuzluk risklerini azaltılmaya yönelik bir çabadır.²⁵⁵

Avrupa Birliği müktesebatı, kamu ihalelerinde uyulacak belli başlı sıkı şekil şartlarını ayırarak, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin ihale aşamasını temel ilkeler üzerinden değerlendirmeye tabi tutmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, İdarenin takdir yetkisine yönelik yerindelik denetimi yapmaksızın serbest rekabet, aleniyet ve şeffaflık ilkeleri üzerinden denetime tabi tutmaktadır.²⁵⁶

2.2.4.1. Aleniyet

Aleniyet prensibi iki aşamada geçerli olmak üzere uygulanmaktadır. İdari sözleşmelerde ihale safhasına aleniyet prensibi gereği ilan ile başlanır. Aleniyet ilkesi, ikinci safha olan kararların tebliği için de geçerli en temel ilkedir. Örneğin; kamu ihale işlerine tabi mal, hizmet veya işin yapılmasına ilişkin ihaleye çıkılmadan önce ilan zorunluluğu bulunmaktadır. Yine komisyonlarca alınan ihale kararlarının da aleni olarak verilmesi kanuni zorunluluktur.²⁵⁷

Yukarıda bahsettiğimiz üzere kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, akdin teşekkülü aşamasında bağitlanacağı sözleşmecisini belirlerken, herhangi bir şekli kuralla bağlı olmaksızın, serbestçe belirleyebilmektedir. Özellikle Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum yasaları çerçevesinde bu takdir yetkisinin mutlak bir yetki olmadığı kabul görmüştür. Bu hususa ilişkin ABAD’a yapılan başvurular özellikle şeffaflık, serbest rekabet ve aleniyet ilkelerine aykırılık nedeniyledir. Avrupa ortak pazarına dönük, büyük çaplı kamu hizmeti imtiyazlarına dönük başvurular topluluk mahkemesi önünde çözümlenmektedir.²⁵⁸

²⁵³ 2004/18/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi madde 2: “İhalelerin gerçekleştirilmesine ilişkin ilkeler İhale makamları ekonomik operatörlere eşit muamelede bulunur, ayrımcılık yapmaz ve şeffaf bir şekilde hareket eder.” Çevrimiçi, <http://www2.ihale.gov.tr/>, 10.08.2019.

²⁵⁴ Amerika Birleşik Devletleri Kongresi tarafından çıkarılan bir yasa ismini Türkçeye aktaran Özay, İ. H., a.g.e. s.,70. Ayrıca detaylı bilgi için bkz.: “Government in the Sunshine.”

²⁵⁵ Akpınar, M. (2011), Gün Işığında Yönetim Açısından Türk Kamu Yönetiminde Açıklık Ve Şeffaflık Sorunu,16(2). Çevrimiçi, 16.10.2019.

<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=12&sid=ce998bf0-c79a-429b-8afa-81f4d94519da%40pdc-v-sessmgr04>

²⁵⁶ Sedat Çal, a.g.m., s. 78.

²⁵⁷ Sıddık Sami Onar, III. Cilt, s. 1617.

²⁵⁸ Sedat Çal, a.g.m, s. 85.

Aleniyet ilkesinin yerine getirilmesi, kamu alımlarında saydam, objektif ve eşit muamele çerçevesinde en uygun fiyata alım yapılması sonucunu doğurmaktadır. İhalelere ilişkin ilanların en etkin şekilde duyurusunun yapılması tüm bu kriterlerin en başında sayılmaktadır. Yapılacak ilan vasıtası ile ihale dokümanlarına belli bir miktar karşılığında her istekli ulaşabilir. İstekliler, bu şartnamelerde belirtilen kıstaslar uyarınca teklif hazırlama yoluna gidebilmektedirler.²⁵⁹

2.2.4.2. Serbest Rekabet

Serbest rekabet ilkesi, aleniyet ilkesi ile bağlantılı bir prensiptir. İdarenin çıkacağı ihalenin ilanının yapılması serbest rekabet prensibi gereğince çokça katılımcının iştirakini sağlamaktadır. Aleniyet prensibinin uygulama şekli olan ilanın amacı da, çokça katılımcının ihaleye iştirak etmesini sağlamaktır.²⁶⁰

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un²⁶¹ 13. maddesi ile düzenleme altına alınan rekabet hususu şu şekilde tanımlanmıştır: “*Rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı ifade eder.*” Denmek sureti ile piyasadaki koşulların elverdiği ölçüde verimli ve ekonomik olarak serbest irade ile alışverişin yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Serbest rekabet ilkesi, 2886 sayılı DİK ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yapılacak ihalelerin eşitlik ilkesinin tamamlayıcısı olarak, rekabet ilkesi güvence altına alınmıştır. Serbest rekabet ilkesi ile en uygun ihale alıcısının saptanması ve kamu kaynaklarının bu doğrultuda en verimli kullanılması amaçlanmaktadır.²⁶²

Serbest rekabet alanının oluşabilmesi için kapalı zarf usulü benimsenmiştir. Bu usul ile iştirakçilerin talip oldukları ihale konusuna ilişkin kendi tekliflerini kapalı zarf içerisinde sunmaktadırlar. İsteklilerin İdareden edindikleri şartnameler ve sözleşme hükümleri vasıtası ile teklif verebilmektedirler. Bu usul ile isteyen ve şartları sağlayan herkes idari sözleşmeyi kurmaya talip olabilmektedir.²⁶³

Serbest rekabet prensibi, mevzuatımızda düzenleme altına alınmış, aykırılığı Ceza Kanunu hükümlerine göre suç teşkil etmektedir. Kanunun ihlali durumunda, ihlal eden ağır müeyyideler ile karşılaşmaktadır. Kanunun serbest rekabet ilkesine vermiş olduğu önem gereğince ihlal eden memur veya üçüncü kişilerden gelecek müdahaleler önlemek amaçlanmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde serbest rekabet ilkesinin uygulama alanı oldukça tartışmalıdır. İmtiyaz sözleşmesi ile bağitlanacak sözleşmecinin seçimi konusunda İdarenin, mutlak takdir yetkisinin olduğunu savunan görüş açısından düşünüldüğünde, serbest rekabetin uygulanması zaten mümkün görünmemektedir. Takdir yetkisinin olduğu yerde, kamu hizmeti imtiyaz konusunun talipleri arasında eşit bir serbest rekabet fırsatı da

²⁵⁹ Abdullah Uz, a.g.e., s. 27.

²⁶⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1618.

²⁶¹ 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 18.07.2019.

²⁶² Canan Erşen, a.g.t., s. 19.

²⁶³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1619.

bulunmamaktadır. Bu görüşün ortaya çıkmasında ve Türk İdare Hukukunda böylesi güç kazanmasındaki faktör, Fransız İdare Hukuku alanında ortaya çıkması ve aynen benimsenmedir.

Bununla birlikte; 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu içerisinde yer alan, kamu ihalelerinin temel ilkelerine ilişkin maddelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin akdin teşekkülü safhasında uyulması gerektiği görüşünü düşünenler de vardır. Bu görüşü destekleyen ABAD kararlarının yanı sıra, Avrupa Birliği müktesebatı uyarınca, Fransız Danıştay’ında da değişim süreci başlatan, yeni düzenlemeler yapılmıştır. Öyle ki, serbest rekabetin esasen İdarenin takdir yetkisini kullanmasına katkıda bulunacağı düşüncesi ortaya atılmıştır. Bu görüşün altında yatan düşüncenin kamu hizmeti imtiyazı verilecek alana ne kadar çok talipli olursa, kamu yararı ilkesi gereğince aynı işin daha az maliyetle yapılacak olmasıdır.

Mevzuatımıza 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gereğince,²⁶⁴ rekabet ilkesi kanuni düzenleme altına alınarak esasen, klasik görüşteki imtiyaz sözleşmesinin usul kurallarına yukarıda saydığımız ilkeler çerçevesinde, Rekabet Kurulu’ndan izin alma koşulu da eklenmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin ortaya çıktığı çağdan bugüne yaşadığı değişikliklerin olağan olduğunu kabul etmekle, değişen dünya düzeninin ve çok uluslu şirketlerin buna katkısı da yadsınamayacaktır. İmtiyaz sözleşmelerinin usul şartlarından olan Rekabet Kurulu’ndan “izin” alınması şartı, belli başlı şirketlerin, belli hizmet ve mal piyasalarına ilişkin hakimiyet kurmalarını engellemek veya bu alana ilişkin rekabeti azaltıcı sonuçlar ortaya çıkaracak birleşmeleri önlemek amacı ile tedvin edilmiştir. Bu doğrultuda, imtiyaz sözleşmesinin yukarıda anlattığımız, İdarenin imtiyazcısını serbestçe belirleme iradesine, kanun ile kısıtlayıcı bir koşul daha eklenmiştir.²⁶⁵

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” ile izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ile bu işlemlerin bildirimine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

Avrupa Birliği’nde kamu ihalelerinde serbest rekabetin sağlanması amacı ile AB müktesebatına dahil tüm ülkelerin, serbestçe kamu alımlarına katılmaları için, belli eşik değer üzerinde olan kamu alımı ihalelerini, AB resmî gazetesinde (OJEU) yayınlanması şartı getirilmiştir. Ancak kamu alımlarında (OJEU) ilan şartının yerine getirilip, getirilmediğine ilişkin herhangi bir takip mekanizması bulunmamaktadır. Yerli isteklilerin tüm diğer kamu alımları isteklileri arasından tâbiyeti gereği avantajlı olarak tercih edildiğine ilişkin uygulamaya dönük tespitlerin yapılması oldukça güç görünmektedir.²⁶⁶

²⁶⁴ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun amacı madde 1 “*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.*” Çevrimiçi, 17.11.2019.

²⁶⁵ Gözübüyük, Ş., & Tan T., (2011), *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, s. 501.

²⁶⁶ Abdullah Uz, a.g.e., s. 27.

2.2.4.3. Saydamlık

İdarenin, kamu alımları yaparken kullandığı kaynakların kamu yararına uygun olarak yapılıp, yapılmadığının denetlenmesine hizmet eden ilkelerden birisini ifade eden ilkedir. İhale aşamasında, İdarenin yapmış olduğu tüm hukuki ve teknik prosedürlerin hukuka uygun olarak yapıldığının izlenmesine olanak sağlamaktadır.

Bu ilkenin güvence altına alınmasını sağlayan 4734 sayılı Kanunun 13. maddesi ile ilan süre ve kurallarını ilan dokümanında nelerin belirtilmek zorunda olduğunu ve İdare tarafından açılan ilan ile çıkılan ihalenin şartlarının uyumsuz olması durumunda yapılacak ihalenin geçersizliğini düzenleme altına almıştır.

4734 sayılı kanun ile ilan zorunluluğu bulunmayan ve saydamlık ilkesinin de istisnasını oluşturan durumlar mevcuttur. Bu durumlarda İdare, ilan yapmaksızın kamu alımlarını gerçekleştirebilmektedir. 4734 sayılı kanunun 21. maddesi ile düzenlenen “doğrudan temin” usulü ve 22. Maddesi ile düzenlenen “pazarlık” usulünün ilan yapmaksızın uygulanabileceği halleri kanun saymak sureti ile belirtmiştir. İdare, salgın hastalıklar, can veya mal kaybının yaşandığı ve doğal afetlerin yaşandığı durumlarda zorunluluk gereği ilan yapmaksızın kamu alımlarını gerçekleştirebilir. Bunlar istisnai hallerden olup, saydamlık ilkesinin genel kural kaidelerini aşacak durum teşkil etmemektedirler.²⁶⁷

2.2.4.4. Eşit Muamele

Bu ilke, Avrupa Topluluğu Hukukunun kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde imtiyazcı belirlenirken dikkat edilmesine özen gösterdiği ilkelerden birisidir. Öyle ki; imtiyazcının seçimi konusunda kamu ihale mevzuatına tabi olmadığını kabul etmekle, İdarenin imtiyazcısını seçerken dil, din ırk, mezhep, uyruk ayrımı yapmaksızın eşit muamele ile tekliflerin değerlendirilmesi gerektiğine önemle vurgu yapmaktadır.

Eşit muamele ilkesi ile isteklilerden birinin diğerine olan herhangi bir üstün tutum içerisinde olmaması amaçlanmaktadır. Yapılacak ihalede tarafsız ve eşit muamele edilmesi ile en uygun isteklinin tespit edilmesi garanti altına alınmak istenmektedir.

Bununla birlikte, ulus devletlerin hassas politikalarla yaklaştığı bu alan, kendi ülke vatandaşları lehine birtakım düzenlemeler yapmaktadır. Mevzuatımızda da kısıtlı bazı alanlarda, yerli isteklilere avantaj sağlandığı görülmektedir. Bazı kamu ihalelerine yönelik olarak düzenleme yapılan bu durumlarda öngörülen eşik değerler altında kalan ihalelere yalnızca yerli isteklilerin girebileceği şartı konulabilmektedir. 6518 sayılı kanun²⁶⁸ ile değişik 4754 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 63. Maddesi ile yerli isteklilere yönelik sağlanacak avantajların şartları hüküm altına alınmıştır.²⁶⁹

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin çok uluslu sermaye şirketleri bazında yüksek maliyetli kamu hizmetlerini yapmaya talip olmaları, uluslararası boyutta vatandaş olduğu ülkenin şirketi karşısında dezavantajlı konuma düşürebilmektedir. Bugün sözleşme

²⁶⁷ Gürsel Özkan, a.g.e., s. 188.

²⁶⁸ 19.02.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 02.11.2019.

²⁶⁹ Gürsel Özkan, a.g.e., s. 219.

tarafı olarak ülkeler ve uluslararası sermaye şirketleri, imtiyaz sözleşmelerinin tarafları olmaktadır. Bu durumda ülke vatandaşlarının kurmuş olduğu sermaye şirketlerinin karşısında, küresel sermaye şirketlerinin varlığı kimi zaman dezavantajlı duruma düşürmektedir. Bu durumda İdarenin imtiyazcısını; dil, din ırk, mezhep, uyruk, siyasi düşünce farkı gözetmeksizin eşit muamele sonucu seçmesi gerekmektedir.

2.2.4.5. En İyi Fiyat

Yapılacak bayındırlık işlerinde veya buna benzer işlerde işin mahiyetine göre en az maliyetle işin gördürülmesi esas iken, Devlet mallarının satışında veya kiraya verilmesinde de en yüksek miktarla işin gördürülmesi kamu yararı ilkesi gereğince gözetilmesi gereken bir husustur.²⁷⁰

Esasen bu usul ihale hukukunda uygulanmakta iken temel ilke bakımından kamu yararı ilkesi gereğince kamu hizmetinin en az maliyetle gördürülmesi amaçlanmaktadır. Gerçekten kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin akdi açısından ihale hukukunun şekli kuralları geçerli olmasa da bu alanda uygulanacak temel prensiplerden birisi olarak en iyi fiyat ilkesi kabul görmektedir.²⁷¹

İhale hukuku, ihale konusu şeyi en çok artıran veya en çok eksilten kişiye işin yapılması için teslim edildiğini belirten tek yanlı bir hukuki tasarruftur. Bu tek yanlı tasarruf şartları dahilinde sonuca varıldığında en çok veya en az teklifi veren üzerinde o ihalenin kalması sonucunu doğurmaktadır. Söz gelimi kamuya gelir getirici olarak satışa çıkarılan gayrimenkule en çok bedeli teklif eden istekli üzerinde ihalenin kalması sonucunu doğurur. İdare bu konuda herhangi bir serbestiye sahip bulunmamaktadır. Bu husus, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile ihale hukukuna tabi idari sözleşme süreci içerisinde en bariz farklardan birisini teşkil etmektedir.²⁷²

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ihale sürecini düzenleyen herhangi bir kanun hükmü bulunmamasından dolayı, İdarenin bu konuda tamamen serbest olduğu da düşünülmemelidir. İdare, kamu kaynaklarını kullanırken en temel ilkelerden olan kamu yararı ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle İdare imtiyazcısını seçerken kamu hizmeti en verimli ve en etkin şekilde yürütülmesini sağlayacak özel hukuk kişisini seçmek durumundadır.²⁷³

En uygun alım olarak da ifade edilen ilkedan amaçlanan; kamu hizmetini en uygun zamanda, en uygun fiyata ve doğru kişilerden alınarak ihtiyaca hizmet etmesi beklenmektedir. Bu beklentinin karşılanabilmesi için ihtiyaç sahibi İdarenin, alım yapılacak konuda piyasa araştırması yapması veya yaptırması gerekmektedir. Bu araştırmanın da bir maliyetinin olduğu düşünülürse, İdare kamu alımları konusunda uzman

²⁷⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1619.

²⁷¹ Akpınar, M. (2011). Gün Işığında Yönetim Açısından Türk Kamu Yönetiminde Açıklık Ve Şeffaflık Sorunu. S.,16(2), s. 17. Çevrimiçi, 10.08.2019.
<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=12&sid=ce998bf0-c79a-429b-8afa-81f4d94519da%40pdc-v-sessmgr04>

²⁷² Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1620.

²⁷³ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C., a.g.e., s. 103.

memurlarından yararlanarak kurduğu komisyonlar aracılığı ile bu sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. İdarenin gözetmiş olduğu fayda/maliyet unsurunun kamu alımı yapılacak konuda en geniş faydayı sağlaması amaçlanmaktadır. Bu sonuca ulaşmak için yukarıda bahsetmiş olduğumuz serbest rekabet, aleniyet, saydamlık ilkeleri en uygun fiyata ulaşma konusuna hizmet etmektedir.²⁷⁴

Ancak, Kamu İhale Kurallarından olan en iyi fiyat teklifinin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde kullanılması her zaman mümkün görünmemektedir. İmtiyaz sözleşmesinin yapısı gereği uzun süreli güvene dayalı bir iyi niyet sözleşmesi olması nedeni ile İdareye tanınan takdir yetkisi çerçevesinde imtiyazcının seçimi noktasında bu kriterin önüne imtiyazcının şahsından kaynaklanan güvenilirlik, ticari geçmişı gibi özellikleri geçebilmektedir.

2.3.5. Tarafların Hak ve Borçları

2.3.5.1. İdarenin Hakları

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliğinden kaynaklanan İdareye tanınmış birtakım haklar bulunmaktadır. Sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebilmektedir. İdare bunu yeterli görmez ise, sözleşme hükümlerinde yer alması kaydı ile mahkemeye başvurmaksızın fesih etme yetkisini de kullanabilmektedir. İdarenin üstün yetkileri olarak nitelendirilen bu yetkiler, özel hukuku aşan yetkiler olarak da tanımlanabilir. İdare, imtiyazcının sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmesi durumunda resen hareket etme yetkisini kullanarak yaptırım uygulama yoluna da gidebilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, idarenin yapmış olduğu idari sözleşmeler tanımlaması altına yer almaktadır. İdari sözleşme ile devredilen kamu hizmetinin ifası noktasında İdarenin her türlü denetim ve gözetim yetkisi de sürmektedir. Bu anlamda imtiyazcı, kamu hizmetinin yapımı, inşası veya hizmet sürerken sunulan hizmetin, imtiyaz veren İdare tarafından denetlenmesine katlanmak durumundadır.²⁷⁵

Bu noktada taraflar arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesinde İdarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veya resen hareket ederek yaptırım uygulama ve fesih yetkisini sözleşme hükümlerinde yazmasa bile, idari sözleşmenin doğası gereği İdarenin kullanabileceği yetkiler arasında kabul eden görüşler mevcuttur.²⁷⁶ Buna rağmen sözleşme hükümlerinde yer almayan tek yanlı fesih hakkının kullanılmasının mümkün olduğunu ancak bu hakkın mahkeme aracılığı ile kullanılacağına dair yargı kararları mevcuttur.

Yaptırımların uygulanması noktasında akit ile bağlanmış özel hukuk kişisine ihtarın gerekip gerekmediği hususunda doktrinsel ayrıma düşülmüştür. Yaptırımın ihtar edilmek kaydı ile bu yetkinin kullanılacağına ilişkin görüşte; akidin uyarılacağını, temerrüde

²⁷⁴ Abdullah Uz, a.g.e., s.59.

²⁷⁵ Çağlayan, R. (2017), *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 5.Baskı, s. 247.

²⁷⁶ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s. 173.

düşürüldükten sonra savunmasının alınarak yaptırımın kullanılabileceğini ifade etmektedirler.²⁷⁷

Bunun yanında, İdarenin sözleşmenin ifasını ve hizmetin aksamadan devamını sağlamak amacı ile derhal yaptırım uygulama yetkisinin kabulü gerektiği de ifade edilmektedirler. Bu görüşe göre İdare, imtiyaz sözleşmesi ile her ne kadar kamu hizmeti konusunu özel hukuk kişisine devretmiş olsa da denetim ve gözetim sorumluluğu devam etmektedir. Bu sorumluluğun esası, devredilen kamu hizmetinin aksamadan istikrarlı şekilde devam etmesidir. İmtiyaz sözleşmeleri ile görülen hizmet, kamu yararına bir işlem olması sebebi ile akidin sözleşmeye aykırı davranışı veya kamu hizmetini aksatması resen hareket etme zorunluluğunu gerektirmektedir. Burada kamu yararı, akit tarafının sözleşmeden kaynaklı haklarının önüne geçerek, idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farkını ortaya koymaktadır.²⁷⁸ Bu ayırım söz konusu iken, İdareye tanınan bu imtiyaz ve yaptırım uygulama yetkilerinin kamu yararı ve kamu hizmeti esas alınarak kullanılması gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşme içerisinde şart işlem ve kural işlem içeriğinde olan hükümlerin değiştirilmesi mümkündür.²⁷⁹ İdare kural işlem ve şart işlem mahiyetinde olan sözleşme hükümlerini değiştirebilmektedir. Ancak, sözleşmenin konusunu veya akit tarafının yerine getirmeyi taahhüt ettiği birtakım yükümlülüklerini tamamen değiştirme yoluna gidemeyecektir.²⁸⁰ Taahhüt edilen yükümlülüklerin yerine getiriliş tarzları değiştirilebileceği gibi, taahhüt edilen icra konusunun yerine başka bir konu ikame edilemeyecektir.²⁸¹

Danıştay İDDGK 2006/3099 Esas 2010/1415 Karar sayılı ilamı²⁸² ile İdarenin yasama organı aracılığı ile sözleşme hükümlerine yenilikler getirerek ilave yükümlülükler aramasını konu alan karar ile şu şekildedir:

İmtiyaz sözleşmesinde değişiklik yapmayı öngören yasama tarafından Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren kanun ile bu kanuna bağlı olarak yürürlüğe giren yönetmeliklerin, imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesine aykırı olduğundan bahisle dava açılmıştır. Danıştay tarafından temyiz isteminin reddedilmesi üzerine Danıştay İDDGK’de dosya incelenmiştir. Anılan kanunun ve bu kanuna bağlı olarak yürürlüğe giren yönetmeliğin, imtiyaz sözleşmesi hükümlerinde değişikliğe yol açmış; kanun ve

²⁷⁷ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s. 173.

²⁷⁸ Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s. 175.

²⁷⁹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1630.

²⁸⁰ Danıştay İDDK 2009/1533 E 2009/1729 K. 16.09.2009 Tarihli kararı ile “Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır. Ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciyeye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir.” Çevrimiçi, 29.08.2019.

²⁸¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1630.

²⁸² Danıştay İDDGK 2006/3099 Esas 2010/1415 Karar sayılı ilamı ve aynı yönde karar: Danıştay İDDGK 2006/1008 Esas 2010/911 Karar sayılı ilamı için bkz: Çevrimiçi, www.kazancı.com, 06.08.2019.

yönetmeliğin yürürlüğünden önce kurulan tesisleri de lisans alma yükümlülüğü altına sokmuştur. İmtiyaz sözleşmesinde buna yönelik herhangi bir hükmün olmaması nedeni ile kazanılmış haklarının haleldar edildiğini, Anayasanın 2. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini, mevcut sözleşmeler kapsamında sözleşme hükümlerinde yazmayan yeni yükümlülükler getirildiğinden bahisle hukuka aykırılığı iddia edilmiştir.

Dava konusu edilen, Dava konusu edilen, 4628 Sayılı Enerji Piyasası Kanunu, 03.03.2001 tarihinde uygun rekabet ortamını istikrarlı şekilde sağlamak, elektrik piyasasında bulunan özel hukuk kişileri elindeki işletmeleri bir ayar da tutmak ve şeffaf bir piyasanın oluşumu amacıyla yürürlüğe girdiği belirtilmektedir. Bu kanun uyarınca her işletme, üretim satım, dağıtım, toptan satış ve perakende satış, ithalat, ihracat hizmetleri için ayrı ayrı lisans alma zorunluluğu getirilmiş, böylece elektrik hizmetlerinin görülmesine ilişkin kamu hizmetlerinde lisans usulü uygulanmaya başlanmıştır.

Verilen karar ile kanunun yürürlüğe girişinden önce yapılan elektrik hizmetinin yürütülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri ile sonra imzalanan imtiyaz sözleşmeleri arasında uygun rekabet ortamının sağlanarak kamu hizmetinin yürütülmesi için imtiyaz hakkı elde eden özel hukuk kişileri arasında doğabilecek eşitsizliklerin önlenmesi amacı ile mevcut sözleşmelerin tadil edildiği ifade edilmiştir. Sözleşme hükümlerinde, mevzuatta gerçekleşen değişikliklerin akit tarafından önceden kabul edildiği yazmaktadır. Bu nedenle mevzuatta meydana gelen değişikliklere dair düzenlemelere imtiyazcının uyması gerektiğini ve mevcut sözleşmenin müzakereye açılarak imtiyaz sözleşmesinde yapılan değişiklikleri kabul etmiş olduğuna dair karar vererek, imtiyazcı davacının temyiz istemini reddetmiştir. Bu anlamda imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmeti görme özelliği ve bir tarafının İdare olmasından kaynaklı olarak kamu gücünü elinde bulundurması, bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden farklı kılan özelliğini teşkil etmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin, sözleşme kısmında yer alan hükümlerinde İdarenin tek taraflı olarak değişiklik yapması ve imtiyazcının bu değişikliğe katlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. İdarenin, mali hükümleri üzerinde tek taraflı değişiklik yapması mümkün değildir. Bunun yanında İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisini kullandığında mali hükümler üzerinde bu değişikliğin tesiri olmuş ise imtiyazcı bozulan mali dengenin düzeltilmesini ve sözleşme hükümlerinin aynı oranda kurulmasını isteme hakkına, bu imkânsız ise tazminini isteme hakkına sahiptir.²⁸³

2.3.5.2. İmtiyaz Sahibinin Hakları

Medeni hukuk, sözleşmenin yürütülmesini imkânsız kılan olağan ve olağanüstü hukuki sebepler dolayısı ile sözleşmeden doğan borçların sona ermesini kabul etmiş ve bu durumları düzenleme altına almıştır. Bunun yanında, borçların ifasının mümkün olması ile birlikte sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin şartların varlığı halinde hükümlerin uyarlanması mümkündür.²⁸⁴

²⁸³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1631.

²⁸⁴ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1635.

Ülkemizin girdiği I. Dünya Harbinden sonra savaşın doğurduğu beklenmeyen hal ve durumlar sonucunda düşülen ekonomik buhran dolayısı ile o dönemde imzalanmış olan sözleşmelerin hukuken ve fiilen ifası imkânsız hale gelmiştir. Bazı durumlarda ise, sözleşmenin ifası mümkün olmakla birlikte; koyulan ambargolar sebebi ile sürdürmek imkânsız hale gelmektedir. İmtiyazcının, sözleşme konusu hammaddeye erişim imkânsızlığı veya ham maddelerin, malzemelerin fiyatlarının beklenmeyecek derecede fahiş artışı sebebi ile sözleşme borçlusunu edimini yerine getirme sürecinde ekonomik olarak iflasa götürecek duruma gelebilir. Bu nedenlerle, idare ile imtiyaz sahibi arasında birtakım anlaşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu uyuşmazlıkların neticesi olarak, idari yargı içtihatları ile idare, beklenmeyen haller sonucunda ekonomik olarak mahvolacak borçlu imtiyazcının borçlarının ifasını gerçekleştirirken, değişen yeni hal ve şartlar gereğince sözleşmenin uyarlanması hakkını kabul etmiştir.²⁸⁵ Bunun yanı sıra, imtiyaz sözleşmesi ile İdare tarafından imtiyazcıya devredilen haklar arasında birtakım idari işlem ve kararların alınmasını isteme yetkisi de bulunmaktadır. İmtiyaz sahibi yürüteceği kamu hizmetini yerine getirebilmek için gerekli gayri menkulün kamulaştırma yolu ile İdareye kazandırılmasını isteme yetkisine sahiptir. Doğal olarak bu isteğin keyfi olmaması, yürütülen kamu hizmetinin devamı için elzem ve yerine getirilmesinin zorunlu olması da gerekmektedir.²⁸⁶

İmtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetini özel hukuk kişisine gördürmek için yapıldığından bu sözleşmesinin süresi de yapılacak işin devamlılığı, büyüklüğü gereğince uzunca bir süreyi kapsamaktadır. İşin doğası gereği yürütülecek kamu hizmetlerinin süreklilik arz etmesi, kısa müddetli imtiyazların bu maksadı gerçekleştirmeyeceği için bu sözleşmelerin de süresi uzundur.²⁸⁷

İdare, görülecek olan kamu hizmetinin imtiyazcı tarafından bizzat yürütülmesini isteme hakkına sahiptir. Sözleşmenin, konusu, yapılış amacı ve yapılış usulü de dikkate alındığında, imtiyaz verilirken; ilgili tüzel kişiliğin itibarına önceden yapmış olduğu işlerdeki başarısına bakılarak, İdareye telkin ettiği güven çerçevesinde, bizzat kendisine işin teslimi gerçekleşmektedir.²⁸⁸ Bu nedenle imtiyaz sahibinin işi başkası aracılığı ile görmesi, sözleşmenin amacına ve konusuna aykırı olacağından, taraflarca aksi düzenlenmedikçe mümkün görünmemektedir.

İmtiyaz sahibinin hakları; ücret isteme, idarenin yapmış olduğu işlemler karşılığında kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma sözleşmesinin mali dengesini muhafaza etmesini isteme, yapmış olduğu yatırımın karşılığını hizmeti kullananlardan tahsil etme ve kamusal olanaklara sahip olma şeklinde sıralanabilir.

²⁸⁵ İl Han Özay, a.g.e., s. 254.

²⁸⁶ Esin Y. & Dündar E. a.g.e., s. 139.

²⁸⁷ Esin Y. & Dündar E. a.g.e., s. 139.

²⁸⁸ Ramazan Çağlayan, a.g.e., s. 247.

2.3.5.3.Sözleşmenin Yeni Durumlara Etkisi

2.3.5.3.1. Öngörülemezlik ‘Imprevision’

İmtiyazcı, idari sözleşmenin akdinden sonra yaşanan olağanüstü durumlar dolayısı ile İdareden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebilir. Bu talebin haklılık sınırı her olayın kendi özelliğine göre belirlenmektedir. İdare değişen yeni duruma sözleşme hükümlerini intibak ettirerek, sözleşmenin ayakta kalmasını sağlamaktadır. Devletin belirlediği ekonomik, siyasi politikalar nedeniyle meydana gelen, tolere edilemeyecek ekonomik buhranlar nedeniyle piyasalarda yaşanan sıkıntının sözleşme taraflarınca sorumluluğunun paylaşılması olarak da görülmektedir. Ekonomik koşullarda yaşanan bu olağanüstü değişiklikler nedeniyle imtiyazcı aleyhine sözleşme hükümlerinin yerine getirmesi zor veya imkânsız hale gelebilir. İmtiyazcı için, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi iflasına neden olacak ağırlıkta zorluklara neden olması durumunda, İdarenin imtiyazcı lehine koşulları yeniden düzenlemesi gerekebilir. Bozulan dengenin yeniden sağlanması, koşulların yeniden düzenlenmesi ve sözleşmenin ifası mümkün hale getirilmektedir.²⁸⁹

‘Fait du Prince’ in mali dengenin bozulmasına ilişkin tam tazmin kriterine karşılık; öngörülemezlik ‘imprevision’ kamu hukuku imtiyaz sözleşmesinin dışında gelişen bağımsız bir vakıa dolayısı ile uygulanmaktadır. Olağanüstü değişen şartların idare bazında sorumluluk esasına dayanmaktadır. Kamu hukuku imtiyaz sözleşmeleri, her ne kadar özel hukuk kişisi ile yapılmış olsa da yürütülen faaliyet kamu hizmetidir. Kamu hizmeti faaliyetlerinin devamlılığı ilkesi gereği, faaliyetin kesintiye uğramaması gerekmektedir. İmtiyazcıya yaşadığı mali sıkıntılarını atlatması sürecinde, İdarenin sorumluluğu esasına dayanmaktadır. İmtiyazcının bu aşamada içinde bulunduğu imkânsız lığın, mali dengesizlikler değil, kamu hizmeti sunmaya devam edemeyecek kadar darboğaza girilmesidir. İdarenin bu durumda katlanmak zorunda olduğu sorumluluk devreye girmektedir.²⁹⁰

Doktrinde bu yardımın geçici olması gerektiği ve söz konusu darboğazın atlatılması halinde yardımın kesilmesi gerektiği yönünde kanaat hasıl olmuştur. Buna karşılık, bu olağan dışı koşulların süreklilik kazanması imtiyazcının üstlendiği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi işini bitirmesine engel teşkil edecek ise; taraflar arasında yeni durumu gözeticek şartlar göz önünde tutularak, sözleşmenin yenilenmesi yoluna da gidilebilmektedir. Bunun yanında taraflardan biri için değişen şartların katlanılamaz hale gelmesi dolayısı ile sözleşmenin feshi yoluna da gidilebilmektedir.²⁹¹

2.3.5.3.2. Egemen Olgusu ‘Fait du Prince’

Kelime anlamı itibari ile ‘Egemen Olgusu’²⁹² olarak çevirinin yanı sıra “Bey’in Eylemi”²⁹³ olarak da çevrilmiş olup, Türk idare hukuku doktrinde egemen olgusu olarak kabul

²⁸⁹Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 194.

²⁹⁰ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s. 174.

²⁹¹ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s. 174.

²⁹² İl Han Özay, a.g.e., s. 253.

²⁹³ Lütü Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 443.

görmüştür. İdarenin kamu hizmeti imtiyazı tesis etme yetkisi İdarenin kamu gücünün yansımasıdır.²⁹⁴ Egemen olgusu, kamu hukuku imtiyaz sözleşmelerinin genel usul ve esaslarının belirlenme ve revize edilme yönlerini açıklamaktadır.

İdare hukukuna fait du prince “sözleşmenin uygulanması koşullarının idarenin karar ve işlemleri ile ağırlaştırması²⁹⁵” vakiasını açıklamak üzere kullanılmaktadır. İdarenin kendi genel düzenleyici işlemi ile sözleşme şartlarında mali dengenin bozulmasına neden olmuş ise bu kez özel hukuk tüzel kişisi şirketin bozulan mali dengesinin idare tarafından tazmin edilmesini isteyebilir.

Özel hukuk tüzel kişisi kamu hukuku imtiyaz sözleşmesini üstlenirken imtiyaz aldığı alanda tek olma gibi birtakım haklar elde ettiği gibi esasen sözleşmenin çok uzun yıllar devam etmesi sebebi ile ülke genelinde veya dünya çapında yaşanacak dalgalanmalar dolayısı ile ağır bir külfet altına da girmektedir. Bu durumda imtiyazcı, sözleşmeyi imzalamadan önce basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olup, piyasanın mali denge değişimi dolayısı ile idareden tazminat talep edemeyecek, sözleşme şartlarının değişimi talebinde bulunamayacaktır.²⁹⁶

İdari sözleşmelerinin konusu özel hukuk tüzel kişisi eliyle kamu hizmetinin gördürülmesi olduğu için sözleşmenin her iki tarafı da birtakım hak ve yükümlülüklerle karşı karşıyadır. İdari Sözleşmelerde, idarenin birtakım tek taraflı kullanabileceği yetkilerin varlığının yanı sıra, imtiyaz sahibinin de birtakım hakları ve imtiyazları vardır. Bu noktada idari sözleşmeler, iki taraflı bir hukuki işlem olması sebebi ile idari kararlardan ayrılmakta, kamu hukukuna da tabi olsa idari sözleşmelerde hem İdare hem de sözleşmenin diğer tarafına çeşitli hak ve yükümlülükler doğurmaktadır. Oysa idari kararlar kamu gücüne dayanan tek taraflı hukuki işlemlerdir.²⁹⁷

İdarenin, sözleşmenin diğer tarafı üzerinde denetim ve gözetim yetkisi vardır. Bu aynı zamanda idareye verilmiş bir görevdir. Bu denetim ve gözetim yetkisi özel hukuk sözleşmelerindeki yetkiyi aşan bir hak sağlayarak, aynı zamanda idareye çeşitli yaptırımlar uygulayabilme imkanını tanır. Hatta bu yaptırımların taraflar arasında imzalanan idari sözleşmenin metninde bulunmasına gerek dahi bulunmamaktadır.²⁹⁸

İdarenin, imtiyazcı tarafından yürütülen kamu hizmetinin ifası sırasında doğacak zararlardan sorumluluğu hususuna değinecek olursak; İmtiyazcı şirketin verdiği zararlar dolayısı ile İdarenin sorumluluğu devam edecek ve bu hususta açıkça yasal düzenleme aranmaksızın imtiyazcıya rücu etme hakkı saklı kalmak kaydı ile bu zarar idare tarafından karşılanacaktır. Kamu hizmetinin ifasının bir idari sözleşme ile özel hukuk kişisine tevdi edilmesi görülen kamu hizmetinin mahiyetini değiştirmekte, ne de idarenin bu alandaki

²⁹⁴ Metin Günday, a.g.e., s.129.

²⁹⁵ İl Han Özay, a.g.e., s.253.

²⁹⁶ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1633.

²⁹⁷ Vedat Buz, a.g.e., s.50.

²⁹⁸ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s. 173.

yetki ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Danıştay'ın yerleşik içtihadları da bu yöndedir.²⁹⁹

İdarenin, idari sözleşmeler aracılığı ile kamu adına hizmet görme yetkisinin sonucu olarak; özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan uyarılama hükümlerini karşılamaktadır. İdarenin karar ve işlemleri ile sözleşmenin uygulanması koşulları ağırlaştırıldığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. İdarenin almış olduğu kararlar veya ülkenin girmiş olduğu ekonomik buhranlar sebebi ile sözleşmenin ifasının zorlaşması veya imkânsız hale gelmesi durumunda sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını öngören ilkelerdir.

2.3.6. Sözleşmenin Sona Ermesi

Her sözleşmenin hitamı, bir vadesi olduğu gibi, idari sözleşmelerin de bir vadesi bulunmakla; bu vadenin olağan ve olağanüstü şekilde dolması mümkündür. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi şartları gereği uzun süreli sözleşmeler olduğundan olağan sona eriş biçimi sürenin dolması ile olur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sona erdiği zaman imtiyazcının yapmış olduğu hizmete ilişkin malvarlığı teferruatı ve mütemmim cüzleri ile birlikte idareye kendiliğinden devredilmiş olur.³⁰⁰

İşin tamamlanması, şartlaşma ve sözleşmenin süresinin dolması, imtiyaz hakkı sahibi gerçek kişi olması durumunda kamu hizmetini tamamlayamayacak duruma düşmesi veya ölümü; imtiyazın idare tarafından satın alınması, mahkeme kararı ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin feshi ya da idarenin resen alacağı icra'i bir karar ile şartları halinde sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi sözleşmenin sona erme nedenleri arasında sayılabilmektedir.³⁰¹

İdari sözleşmelerin en tipik örneği olan imtiyaz sözleşmelerinin sona ermesinin idare hukukuna has birtakım müeyyideleri ve yine idare hukukuna mahsus birtakım sona erme biçimleri bulunmaktadır. Bunlar; muvakkaten el koyma, imtiyazın ıskatı ve raşa (geri alma)dır. Bu müeyyideler ile özel hukuk sözleşmelerinde karşılaşmak güç olmakla bu yetkiler idarenin egemen güç olma kudreti ile ve kamu hizmetinin devamlılığını sağlama saiki ile varlığı kabul edilmiş yetkililerdir.³⁰²

Kamu hukuku ilkelerine göre idare, kamu hizmetinin yürütülmesinde kamu gücüne dayandığından kararlarının yürütülebilmesi için mahkemeye başvurmak zorunda değildir.³⁰³

2.3.6.1. Olağan Sona Erme

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi kanunda veya sözleşmede belirtilen süresinin dolması ile sona ermektedir.³⁰⁴

²⁹⁹ Kemal Gözler, a.g.e., s.390.

³⁰⁰ Kemal Gözler, a.g.e., s.391.

³⁰¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1638.

³⁰² Metin Günday, a.g.e., s.347.

³⁰³ İl Han Özay, a.g.e., s.250.

³⁰⁴ Metin Günday, a.g.e., s.350.

İdari sözleşmeler genel olarak belirli süreler için yapılmakta, bu sürelerin sonunda kendiliğinden sona ermektedir. Olağan sona ermenin sonucu olarak imtiyaz sözleşmesinin yatırım, işletim konusu olan tüm malvarlığı mütemmim cüzleri ve ferileri ile birlikte İdareye geçmektedir.

Bu olağan sona ermenin yanında sözleşme ile İdareye sözleşmeyi fesih hakkı da tanınmış olabilir. Tanınan bu fesih hakkını İdarenin tedbir mahiyetinde veya yaptırım olarak kullanması da mümkündür.³⁰⁵

İdare tek yanlı fesih hakkını diğer idari sözleşmeler için kullanabildiği gibi imtiyaz sözleşmesinde de kullanabilmektedir. Ancak İdarenin, imtiyaz sözleşmesinde tek yanlı fesih hakkını kullanabilmesi için sözleşme hükümlerinde bu hakkının yer alması şartı aranmaktadır. Buna rağmen sözleşme hükümlerinde tek yanlı fesih hakkına ilişkin hüküm bulunmaması halinde, bu kez mahkeme aracılığı ile sözleşmenin feshi yoluna gidebilmektedir.³⁰⁶

2.3.6.2. Muvakkat El Koyma

İdare, egemen güç kudretinden doğan salahiyetle imtiyaz sahibinin üstlenmiş olduğu kamu hizmetini gereği gibi ifa edememesi dolayısıyla uygulanan müeyyidedir.³⁰⁷

Muvakkat nedenlerden dolayı imtiyaz sahibinin görevini yerine getirememesi veya gerektiği gibi yerine getirememesi durumlarında, idarenin imtiyaz sahibi yerine geçerek kamuya karşı sorumluluğunu yerine getirmektedir.³⁰⁸

Muvakkaten el koyma ile imtiyaz sahibinin hakları geçici olarak ortadan kalkmaktadır. Buna bağlı olarak İdare tarafından imtiyazcının işletme yetkisinin geçici olarak elinden alınmaktadır. İdare bu süreçte imtiyaz sahibi nam ve hesabına hareket etme salahiyetine erişmekte, imtiyazı işletme yetkisine sahip olmaktadır.

Esasen bu durum, idarenin kamu hizmetini, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi aracılığı ile devretmiş olsa bile, idarenin üzerindeki kamu hizmetinin sorumluluğunu hala taşıması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu müeyyide ile işletmesi yapılan imtiyaz hakkı üzerinde idarenin geçici zilyetliği bulunmaktadır. Bu müeyyidenin uygulanması imtiyaz sahibinin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinden doğan haklarını hukuken ortadan kaldırmamakla birlikte; onun zilyetliğine son vermekte olup, zilyetliğin geçici olarak idareye geçmesi sonucunu doğurmaktadır.³⁰⁹

El koyma kararı idarenin tek yanlı icrai bir kararı ile resen yapacağı işlem yolu ile uygulanır. Muvakkat el koyma kararına karşı imtiyaz sahibinin yargı yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. İmtiyaz sahibi yapılan bu idari işleme ilişkin yapacağı tüm itirazları

³⁰⁵ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s.195.

³⁰⁶ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2018), *Türk İdare Hukuku*, s. 465.

³⁰⁷ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1638.

³⁰⁸ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s.,194, Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1639.

³⁰⁹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1638.

idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli idare mahkemesine yapabilir. Açılan bu dava işleminin yürütmesini durdurmamaktadır.³¹⁰

2.3.6.3. İmtiyazın İskatı

İmtiyaz sahibinin imtiyaz şartlama ve sözleşmesi üzerindeki tüm haklarının sona ermesi ve imtiyaz veren idare lehine mütemmim cüzleri ile birlikte tüm hakların geçmesini ifade etmektedir. İmtiyazın ıskatı, muvakkaten el koyma müeyyidesine nazaran çok daha ağır bir müeyyidedir. Muvakkaten el koymada yukarıda bahsettiğimiz gibi geçici olarak zilyetliğin devri söz konusu olmaktadır. Bu müeyyide ise imtiyazın kül halinde, mütemmim cüzleri ve teferruatları ile birlikte Devlete geçmesi sonucunu doğurmaktadır.³¹¹

İmtiyazın ıskatı, imtiyaz sahibinin çok ağır kusurunun olması durumunda uygulama alanı bulmaktadır. Eğer imtiyaz sahibinin kusuru geçici ve telafi edilebilecek durumda ise bu müeyyidenin uygulanması hakkaniyete aykırı olur.³¹²

Bu müeyyideler idarenin egemen güç ilkesine dayanmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinde bu müeyyidelerin uygulanmamasını öngören hüküm olsa dahi bu sözleşmede yer alan bu hükümler geçersiz sayılmaktadır. Sözleşmede uygulanacak müeyyidelerin düzenlenmemiş olması durumunda dahi, idare bu müeyyidelerden birinin uygulanmasını isteme hakkına haizdir. İdare, bu müeyyidelerin uygulanması hakkından feragat edemez.³¹³

Bu iki müeyyide arasında uygulanması açısından çok önemli bir fark bulunmaktadır: El koyma yaptırımı idarenin resen hakaret yolu ile icrai kararı takiben uygulama alanı bulurken; imtiyazın ıskatı yaptırımının uygulanması hususunda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin muhteviyatının dikkate alınması icap eder. Eğer imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde idareye resen hareket ve icrai karar alma yetkisi verilmiyor ise, bu kez idare imtiyazın ıskatı müeyyidesini ancak başvuracağı idare mahkemesi aracılığı ile uygulayabilecektir. Bu görüşten hareket ile idarenin imtiyazın ıskatı müeyyidesini uygulama yetkisi olmakla bu yetkiyi ancak şartları halinde görevli Danıştay aracılığı ile kullanabilecektir.³¹⁴ Sözleşmesinde idareye bu müeyyideyi uygulamak için yetki tanınmış ise imtiyaz sahibinin ağır kusuru, halinde mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın kullanabilecektir.³¹⁵

2.3.6.4. Geri Alma (Raşa)

Raşa/Geri alma, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin devamı esnasında sözleşmenin sona ermesini gerektirecek herhangi bir unsur bulunmamasına rağmen, idarenin tamamen takdir yetkisi ile sözleşmeyi sona erdirmeye biçimidir.³¹⁶

³¹⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1639.

³¹¹ Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, s.,189, Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1640.

³¹² Kemal Gözler, a.g.e., s.392.

³¹³ Metin Günday, a.g.e., s.347.

³¹⁴ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1640.

³¹⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1639.

³¹⁶ Odyakmaz Zehra, a.g.m., s.11.

İdare raşa yetkisini kullandığında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin tüm işletmesi ve malvarlığının mütemmim cüzleri ve teferruatları ile birlikte bedelini ödeyerek satın almış olmaktadır.³¹⁷

“Raşa tamamen idare hukukuna mahsus ve idare kudretine dayanan bir usuldür.”³¹⁸ Yukarıda bahsettiğimiz yaptırımlardan farklı olarak kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi alanında idarenin tek elden yönetme yetkisi içinde değerlendirilen ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan bir yetkinin bir sonucudur Osmanlı İmparatorluğu’nun yıkılması ile Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulması ile birlikte değişen siyasi iktidarın takdiri doğrultusunda “devletleştirme” politikası güdülmüş ve raşa geniş bir uygulama alanı bulmuştur.

Anadolu ve Bağdat Demiryolları ile yurt içinde birçok şirkete imtiyaz şartlaşma ve sözleşme aracılığı ile verilen kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin imtiyazlar raşa yolu ile devletleştirilmiş ve devlet eli ile yürütülmeye başlanmıştır.³¹⁹ Raşa ifadesini tam olarak karşılamasa bile “devletleştirme” de denmektedir.³²⁰

Yine raşa da idare ile imtiyaz sahibi arasında düzenlenen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde düzenlenebilir. Sözleşmede, akdi raşa düşünüldüğü ve düzenleme altına alındığı durumlarda ve bu belirtilen şartlar altında uygulama alanı bulur. Buna karşın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde raşa yazmadığı takdirde, idarenin bu yetkisinin olmadığını düşünmek idare hukuku prensiplerine aykırı bir düşünce olmakla; sözleşmede raşaya ait bir hükmün olmaması durumunda bile raşayı ortadan kaldıramayacağı doktrinde kabul edilen yaygın bir görüştür.³²¹ İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde raşa hakkından imtiyaz sahibi lehine feragat edilmesi bile idare hukuku bağlamında idarenin raşa hakkını ortadan kaldırmayacak, bu feragat geçerli olmayacaktır.

Gerçekten İdarenin en tipik sözleşmelerinden olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurlardan birisi, İdarenin sözleşme tarafı olarak eşit konumda yer almamasıdır. İdare takdir yetkisini daima hukuk kuralları çerçevesinde kamu yararı ilkesini gözeterek kullanma yetkisine sahiptir. Raşa işlemi de İdarenin takdir yetkisi sınırları içerisinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmesinde “raşa” hakkına ilişkin bir hüküm bulunmasa ve dahi “raşa” hakkının olmadığına ilişkin bir hüküm konulsa da bu yetkinin kısıtlanamayacağı, bu yetkinin idarenin tek taraflı tasarrufları arasında değerlendirileceği doktrinde idare hukuku ilkeleri çerçevesinde genel kabul görmektedir.³²²

Geri alma idarenin takdir yetkisi içerisinde değerlendirilen, tek taraflı bir hukuki işlemidir. İdare bu yetkisini kullandığı zaman imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin süresinden önce tüm sonuçları ile birlikte sona ermesini ve sözleşmeye bağlı imtiyaz sahibin haklarının

³¹⁷ Süheyp Derbil, a.g.e., s.603.

³¹⁸ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1641.

³¹⁹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1641.

³²⁰ Akın Düren, a.g.e., s.239.

³²¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1643.

³²² Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 200.

ortadan kalkması sonucunu doğurur. Buna bağlı olarak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi kapsamındaki tüm gayrimenkul ve menkul malların mütemmim cüzleri ve teferruatları ile birlikte idareye geçmesi anlamına gelir.

İdarenin, geri alma yaptırımını kullanma sebepleri arasında iktisadi veya siyasi sebepler gösterilebilmektedir. Bu sebebin yerindelik denetiminin yapılması ise Anayasa madde 125/4³²³ gereğince 12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile mümkün görünmemektedir.

Buna mukabil, geri alım yaptırımı sebep açısından takdir yetkisi çerçevesinde geniş bir anlayış ile değerlendirilse de imtiyaz bedeli ve tazmini açısından idari yargının denetim alanına girmektedir. İdare ve imtiyaz sahibinin raşa hakkının kullanılması durumunda karşılıklı yükümlülükleri bulunmaktadır. İmtiyaz sahibinin, hizmetin tüm işletmesini mütemmim cüzleri ve teferruatları ile birlikte çalışır vaziyette teslim etmesi gerekir iken, idare de teslim edilen tüm bu tesisatın satın almasını yapmak durumundadır. Yani İdare hizmetin işletmesinden bir kısmını alma, kalan kısmını almama hakkına sahip değildir. Bu bakımdan geri alma yaptırımı kamulaştırma işlemine benzetilmektedir.³²⁴

Doğal olarak geri alım söz konusu olduğunda taraflar arasında birtakım nizalar doğmaktadır. İdari mahkemeler önüne bedel ve tazmin hususundaki nizalar açısından mahkemeler geniş bir inceleme ve takdir yetkisi ile işin çözümünde davayı ele almaktadırlar.³²⁵

Geri alım akdi olarak taraflar arasında düzenlenmiş ise mukavele hükümleri geçerli olmaktadır. İmza altına alınmamış ise amortisman çıktıktan sonra işletme bedeli, tüm alet edevat ve menkul eşya bedeli, yoksun kalınan kar, imtiyaz sahibinin yoksun kaldığı iş sebebi ile işçilerine ve memurlarına ödeyeceği tazminatı karşılayacak nitelikte olması hakkaniyete de uygun olanıdır.³²⁶

Danıştay kararları ile idarenin raşa hakkının Danıştay Genel Kurul 20.01.1966 tarih ve 1966/26 sayılı kararı ile şöyle tanımlamaktadır; “Her ne kadar İstanbul’un Anadolu cihetine ve Büyüka ile Heybeliye elektrik itasına dair Hükümetle Türk Anonim elektrik ve İstanbul’da havagazı ve elektrik ve teşebbüsâtı sınaie Türk Anonim Şirketleri arasında akdedilen sözleşmenin 3. ve 4. maddelerine göre Kartal imtiyaz sahası içerisinde bulunmakta ise de bu imtiyazın 3480 sayılı kanunla hükümetçe satın alınması üzerine bu imtiyaz mukavelesi ortadan kalkmıştır. Zira imtiyaz mukavelesi tanınan bazı mali menfaatler karşılığında kamu hizmetlerinin hususi bir şahsa gördürülmesi anlamını taşımakta olup, kamu otoritesinin sahip olduğu raşa hakkına istinaden bu imtiyazı satın

³²³ (Değişik: 12/9/2010-5982/11 md.) “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” Çevrimiçi, 18.07.2019.

³²⁴ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1643.

³²⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1643.

³²⁶ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1644.

alması halinde akdi rabıta ve bununla kabul edilen karşılıklı haklar, imtiyazlar, sorumluluklar ve taahhütler sona ermiş olur.”³²⁷



³²⁷ Dinçer, G., Çırakman, E., & Necipoğlu, N. (1969), *Danıştay Kararları*, Ankara: Yarı Açık Cezaevi Matbaası, s.426.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

3.1. Uyuşmazlıkların Tasnifi

İmtiyaz sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Anayasa madde 125 “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.*” hükmü uyarınca imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yolu açılmıştır. Bunun dışında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklarda, tek yetkili yargı yerinin Danıştay olduğunu söylemek doğru olur. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan söz edildiği için idare ve imtiyaz sahibinin Danıştay önünde davacı/davalı sıfatını taşıyabilmektedirler. Bu sebeple imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar özel hukuk kişilerinin idari yargı önünde davalı olabildikleri nadir alanlardan birini oluşturmaktadır.³²⁸

İdare, imtiyaz sözleşmelerini değişik tiplerde ve konularda yapabilmektedir. Bu durum da imtiyaz sözleşmelerinden doğacak tazmin veya iptal uyuşmazlıklarının bir başlık altında toplanmasını güçleştirmektedir. Biz de sorunu incelerken sözleşme öncesi çıkan uyuşmazlıklar, sözleşme sonrası çıkan uyuşmazlıklar, üçüncü kişiler tarafından yöneltilen uyuşmazlıklar ve ayrılabilir işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar olarak tasniflemeyi uygun gördük.

3.1.1. Sözleşme Öncesi Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Sözleşme öncesi hazırlık safahatını yukarıda konu başlığı altında incelemiş bulunuyoruz. Sözleşme öncesi ihale hazırlık safhasında idarenin uyması gereken aleniyet, şeffaflık, serbest rekabet gibi bu sürecin hakkaniyet ile yürütülmesi için zorunlu olan birtakım kıstaslar bulunduğundan söz etmiştik. Bu kıstaslara aykırı davranan idarenin tesis ettiği işlemlere veya sözleşme hükümlerine aykırılıklara yönelik yargı yolu açık bulunmaktadır.³²⁹

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hazırlık safhası, ilan edilmesi, ihalenin yapılması, imtiyazcının seçimi, sözleşmenin yapımı ve imzalanması aşamalarında uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu aşamada idarenin tasarruflarının hukuki niteliği itibari ile tek taraflı hukuki işlemler olmakla; yapılan her türlü işleme karşı idari yargı yolunda genel görevli mahkemeler olan idare mahkemelerinde hem iptal davası hem de tam yargı davası açılabilir.³³⁰

Sözleşme öncesi, idarenin kamu hizmetinin gördürülmesi amacı ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin imzalanması aşamasına kadar geçen safhada birbirini takip eden bir grup idari işlemler yapılmaktadır. Bu idari işlemlerin aşağıda ayrıntılı şekilde incelemiş olduğumuz gibi ayrılabilir işlem teorisinden yola çıkılarak, her bir işlem için yapılma

³²⁸ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1784.

³²⁹ Murat Sezginer, a.g.e., s. 920.

³³⁰ Zehra Odyakmaz, a.g.e., s. 40.

anında iptal davası açabilme imkânı sağlamaktadır. Hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olan bu teorem idarenin yapmış olduğu işlemlerin hukuki denetimini sağlamaktadır.³³¹

İdari sözleşmelerde sözleşme tarafının seçimi konusunda 2886 sayılı kanun ve 4734 sayılı kanun çerçevesinde belirli koşullar ve özellikler sayılmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz gibi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bu hususta tabi olduğu kanun hükmü bulunmamaktadır. Yine bahsettiğimiz gibi İdarenin bağlı olduğu bir hüküm bulunmamakla beraber, imtiyazcının seçimi konusunda kamu yararı ilkesi bağlamında takdir yetkisinin sınırlayıcı İdare hukuku genel ilkeleri bulunmaktadır. Bu kez kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, İdarenin imtiyazcısını seçerken, eşit muamele etmediğinden bahisle yapmış olduğu idari seçimin/idari işlemin iptali sebebi ile dava açılabilir. Burada menfaati ihlal edilen isteklinin iddiasını ispatlamada yaşayacağı birtakım sorunlar mevcuttur. İmtiyazcı olarak seçilen özel hukuk kişinin seçilme kriterleri için somut bir kanun hükmü olmadığı için imtiyazcının ticari ve itibari nitelikleri dikkate alınarak bir seçim yapılacaktır. İmtiyazcının seçimi hususunda idarenin takdir yetkisi sınırları içerisinde yapmış olduğu seçimin ise yerindelik denetiminin yapılması mümkün görünmemektedir.³³²

İcrai işlem özelliğine sahip olması, ayrılabilir işlem teoreminde önem arz etmektedir. Yürütme özelliğine sahip bulunmayan işlemlere karşı iptal davası açılması mümkün değildir. Örneğin hukuk müşavirliğinden alınan görüş bildirir mahiyette bir karara karşı, yürütülebilir icrai bir idari işlem olmaması nedeniyle, iptal davası açılmayacaktır. Danıştay icrai kararların onaya tabi olmadığını, onaya tabi idari işlemlerin yürütülebilir kararlar olmadığından, haklarında iptal davası açılmayacağını belirtmiştir.³³³

3.1.2. Sözleşme Sonrası Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Sözleşme sonrası aşama, tarafların imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesini kabul etmesi ile başlayan ve sözleşmenin yürütülmesi ile devam eden süreci kapsamaktadır. Bu safhada İdarenin egemen kuvvet olmasından doğan, üstün yetkileri dolayısı ile yaptığı tek taraflı işlemleri sebebi ile iptal davası; hukuka aykırı eylemleri sebebi ile de tam yargı davası açmak mümkündür. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi imzalandıktan sonra doğacak uyuşmazlıklar, idare hukuku ilkelerine göre idari yargıda çözümlenecektir.³³⁴

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun 2/1-c maddesinde “....*kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” ı idari yargının görev alanı içindedir. Yine 2575 Sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde tahkim yolu öngörülmemiş ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştay görevlendirilmiştir.

³³¹ Metin Günday, a.g.e., s.352.

³³² Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C, a.g.e., s. 103.

³³³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1779.

³³⁴ İl Han Özay, a.g.e, s.881.

Danıştay İDDK 2009/1533 Esas 2009/1729 Karar sayılı 16/09/2009 tarihli kararı³³⁵ ile davacı özel hukuk tüzel kişisi ile davalı İdare arasında kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşme hükümlerine dayanılarak İdare tarafından yapılan tek taraflı tasarruf sonucu tarife değişikliği yapılmış, ardından uyuşmazlık Danıştay önüne gelmiş ve kısmi kabul kısmi red ile sonuçlanmıştır. Ardından her iki tarafça da temyiz edilerek Kurul önüne gelmiştir. Uyuşmazlığın konusu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin eki durumunda olan tarifenin değiştirilmesine ilişkin “Bakanlık Olur”u işleminin iptali istemi ile açılmıştır. Bakanlık “olur” işleminin kaynağı olan imtiyazcı şirketin yapması gereken yatırım planlarından sözleşme hükümleri ve eki şartnameleri gereğince belirlenen takvimden çok daha geç başlanması ve yatırımlar için kredi ödemelerinde tarihsel değişiklikler nedeni ile tarifelerin bu değişikliklere göre çıkan fiyat farkı uyarınca revize edilmesi yoluna gidilmesi işlemidir. Bu işlemin kaynağı olan yatırıma esas elektrik üretimi yapacak olan termik santrale kömür sağlayan maden sahasının bulunduğu bölgede imar planlarının yeniden yapıldığı, imtiyaz sözleşmesinde kararlaştırılan maden sahasından fay hattının geçmesi nedeni ile saha çalışmasının koordinatlarının kaydırılması yoluna gidildiği, maden sahasının işleme açılabilmesi için ilgili belediyece imar uygulaması yapıldığı tüm bu nedenle imtiyazcı şirketin, sözleşmede verdiği taahhüdünü süresinde yerine getiremediği saptanmıştır. Bu gecikme dolayısı ile Bakanlık imtiyaz sözleşmesinin şirketin yatırım programında değişiklik yapılması halinde tarifede revizeye gidileceğine dair hükme dayanarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. Danıştay anılan kararında yaşanan gecikmenin imtiyazcı şirketin kusuru olmaksızın yaşandığı, şirketin kusurunun olmadığı olayda tarifenin imtiyazcı şirket aleyhine olacak şekilde eskalasyon uygulanarak artırılmasını hukuka aykırı bularak idarenin tek yanlı olarak sözleşmeye ek tarifede yapmış olduğu tek taraflı tasarrufunun iptali yönünde, Dairenin aksi yöndeki hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Kararda İdarenin tek taraflı tasarrufu olan işleme karşı açılan iptal davasını görmekteyiz. Açılan iptal davası sözleşme devam ederken İdarenin icra ettiği işlemine karşı ayrılabilir işlem teoremine dayanarak açılmıştır. Danıştay davanın esasına girerek hukuki inceleme yapmıştır. Bu inceleme sonucunda İdarenin kendi icrai işlemi sonucu imtiyazcının sözleşme hükümlerinde yer verilen taahhütlerini yerine getiremediği saptanmış ve yapmış olduğu tarife değişikliği işlemi iptal edilmiştir.

3.1.3 Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Kamu hizmetinin yürütülmesi için akdedilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini imzalayan taraf olan özel hukuk kişisi ile idare arasında, idari sözleşmeden kaynaklanan taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü özellik arz etmektedir. Çünkü bu aşamada çıkacak uyuşmazlıklarda idari eylem ve işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarından çok, özel hukukun iki taraflı borç doğuran sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarına benzerlik göstermektedir. Dolayısı ile uygulanacak hukuk kurallarını idare hukuku alanında bulmak ve bu alandaki ilkeler ile çözmek işin doğasına aykırılık teşkil edeceğinden, idari yargı organı uygulayacağı kural ve ilkeleri Borçlar Kanunu hükümlerinde benzerlik gösteren bir

³³⁵ Danıştay İDDK 2009/1533 Esas 2009/1729 Karar sayılı 16/09/2009 tarihli kararı. Çevrimiçi, www.kazanci.com, 17.09.2019.

anlayış ile çözümlemesi gerekecektir.³³⁶ Söz gelimi sözleşmenin hükümlerine aykırı hareket eden akid taraflarına uygulanacak hukuk kuralları İdare hukukunda belirtilmemiştir.

3.1.4. Üçüncü Kişiler Tarafından Yöneltilen Davalar

Akdedilen bir kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinde kural olarak sözleşmenin tarafları olan imtiyaz veren ile imtiyaz hakkı sahibi bu sözleşmenin tarafı olarak Danıştay'da dava açabilmektedirler. Ancak sözleşmenin tarafı olmayan ve fakat menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin de imtiyaz sözleşmesinin hukuka aykırı olduğunu öne sürerek iptal davası açmasının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.³³⁷

Öğretide, üçüncü kişilerin imzalanan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine karşı iptal davası açılmayacağına ilişkin karşı görüşler de mevcut bulunmaktadır. Karşı görüşe göre; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, idarenin iki taraflı hukuki işlemlerinden olup, iptal davasına ancak idarenin tek taraflı hukuki işlemlerine karşı iptal davası açılabileceği, idari sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklar hakkında tarafların açtığı davaların tam yargı davası niteliğinde olduğudur.³³⁸

Gerek menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine karşı iptal davası açamayacağına ilişkin mevzuatta hukuki bir engelin olmayışı, gerekse İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 2/1'de tanımlandığı üzere *“hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan”* davalar olarak iptal davasını tanımlarken kısıtlamaya gitmeyişi bu yolun açık olduğunu göstermektedir. Özet olarak, menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin sözleşmede uyuşmazlıkların çözüm yerinin tahkim olduğunun belirlenmesi durumunda bile Danıştay'da iptal davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.³³⁹ 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. Maddesi uyarınca kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir. Açılan bu davaları Danıştay incelemekte ve hukuka aykırılık olduğunda yapılan sözleşmeyi iptal etmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetinin görülmesi olduğunu yukarıda detaylı şekilde incelemiştik. İdare her ne kadar kamu hizmetini idari sözleşme vasıtası ile devretmiş olsa da denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. İdare sözleşmenin yapılması ile birlikte sorumluluğunu devrettiği iddiasında bulunamayacak ve imtiyaz hakkı sahibi ile birlikte zararın tazmininde müştereken sorumlu olacaktır.³⁴⁰

İdari sözleşmelere göre yürütülen işlem ve eylemlerden üçüncü kişiler zarar görmüş ise bunlar tarafından açılacak davalarda idare sorumlu olsa da verilen zarar sözleşme hükümlerinin dışına taşmış ise, bu kez idarenin sorumluluğundan söz etmek mümkün

³³⁶ İl Han Özay, a.g.e, s. 882.

³³⁷ Metin Günday, a.g.e., s. 350.

³³⁸ Kemal Gözler, II.Cilt, a.g.e., s. 177.

³³⁹ Metin Günday, a.g.e., s. 351.

³⁴⁰ Metin Günday, a.g.e., s.351. Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.173.

olmayacaktır. Zararın diğer akidin kişisel eylemlerinden doğduğu ve sözleşme ile bağlantısının olanaksız bulunduğu hallerde, illiyet bağı kesilecektir. Uyuşmazlığın idari sorumluluk çerçevesinin dışında kalan zararın karşılanması için dava İdareye değil, imtiyazcıya karşı açılacaktır.³⁴¹

İdarenin gözetim ve denetimi altında bulunan ve idari sözleşmeye göre iş gören imtiyazcının, sözleşmeden dolayı doğan zararlar dolayısı ile İdare ile müştereken sorumlu olduklarına değinmiştik. Ancak söz konusu durum dışında zarara uğrayan kişiler ile idare arasındaki sözleşmenin sınırlarını aşan zararlarda, idarenin müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır. İdare ile hiçbir hukuki bağlantısı bulunmayan ve verilen zarar ile idare arasında herhangi bir illiyet bağlantısı kurulamadığı bu durumlarda, artık idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak zararın oluşumuna veya artışına idari eylemin katkısı olmuş ise bu halde, idarenin de üçüncü kişi ile birlikte sorumluluğuna gidilebilir. İdare bu durumda zararın doğuşuna katkısı oranında tazminattan sorumlu olur. İdarenin rûcua ilişkin hakkı saklıdır.³⁴²

Danıştay'ın 12. Dairesinin 15/10/1966 tarih, 1965/3686 Esas, 1966/2826 Karar sayılı içtihadında³⁴³ İdare kamu hizmetini sözleşme yolu ile özel hukuk kişilerine gördürebilmektedir. Kamu hizmetinin ifası sırasında meydana gelen zararlardan denetim ve gözetim yükümlülüğü devam eden İdareye husumet yöneltilebilmektedir. Özel hukuk kişisi ile İdare arasındaki rûcu ilişkisinin bir iç ilişki olduğu, hususunda karar vermiştir. Zarar gören husumeti İdareye yöneltecektir. Bu bağlamda İdarenin kamu hizmetinin tüm sorumlulukları ile birlikte devretmesinin hukuki imkânı da bulunmamaktadır. Bu yukarıda bahsettiğimiz idari sözleşmeleri adi sözleşmelerden ayıran tek taraflı değişiklik yapma, zorlayıcı tedbirler uygulama gibi kriterler gereğince de mümkün görünmemektedir. Akit tarafına göre üstün konumda olan İdarenin, aynı zamanda sorumsuz olması hukukun genel ilkelerine de uymamaktadır.

3.1.5. Ayrılabilir İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

Kural olarak idarenin, özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları adli yargıda çözülür; buna karşın idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları ise idare hukuku ilkelerine tabi olup, idari yargıda çözülür.

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için açılan davaların niteliği kural olarak 'tam yargı' davalarıdır. Ancak bu durum, idarenin taraf olduğu sözleşmelere karşı iptal davası açamamak gibi sakıncalı bir sonuç doğurduğundan, doktrinde ve yargı kararlarında bu durumu aşmak için ayrılabilir işlem formülü geliştirilmiştir.

İstisnai olarak, çözümlenecek uyuşmazlığın ayrılabilir nitelikte olması durumunda, sözleşmenin düzenleyici hükümlerine karşı iptal davası açılabilir. Bu formül

³⁴¹ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.369.

³⁴² Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1800.

³⁴³ Yüksel Esin & Dündar Erol, a.g.e., s.394.

idarenin imzaladığı sözleşmelere karşı iptal davası açılmaması hususunu bertaraf etmeye ilişkin bir yöntem olarak literatüre girmiştir.³⁴⁴

İdare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yoluna gidilmesi ile irdelenen ayrılabilir işlem teoremini aynı zamanda İdarenin tanık/bilirkişilik görevini üstlenmiş olan Prof. Dr İl Han Özay tarafından uygulamadaki kullanımına örnek olarak vermek gerekir ise; Güney Ege Enerji İşletmeleri Limited Şirketi'nin enerji santrali konusunda almış olduğu imtiyaz hakkında Danıştay'ın görevlendirme kararını iptal etmesi üzerine, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için konuyu uluslararası tahkim yoluna imtiyazcı tarafından taşınmıştır. Danıştay'ın vermiş olduğu iptal kararı üzerine sözleşmeler ve alınan karar ve işlemler makale şamil olarak ortadan kalkmıştır. Bakanlar Kurulu'nun Güney Ege Enerji için çıkardığı 'görevlendirme' kararının Danıştay 10. Daire tarafından iptal edilmesi yetkisizlik nedeniyle işlemin hukuki dünyadan makale şamil olarak ortadan kalkmasına neden olmuştur. Ayrılabilir işlem doktrinine göre, bu karar ile davacı şirketin 3096 Sayılı Kanun gereğince, Bakanlar Kurulu'nun vermiş olduğu görevlendirme kararının iptali ile birlikte; üzerine kurulmuş olan tüm idari işlemleri ve imtiyaz sözleşmesini de geçersiz kılmıştır.³⁴⁵

Ayrılabilir işlem; yapılan sözleşmeden ayrılabilen, tek başına sonuç doğuran idari işlemlerin davaya konu edilebilmesidir. Sözleşmenin yapısına hukuki dayanak olan idari işlemin yargı denetiminde iptal davasına konu edilmesi ile iptal edilmesi, sözleşmenin de geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Sonuç olarak iptal edilen idari işlemin yokluğu, dayanağı olan sözleşmenin de 'yok' olması anlamına gelecektir. Mefhumi muhalifinden bakacak olursak; Bakanlar Kurulu kararı ile 'görevlendirme' yapılan idari işlemin tek konusu, ilgili idare tarafından bu idari sözleşmenin imzalanmasıdır. Bakanlar Kurulu kararının ortadan kalkması ile birlikte sözleşmenin de olmazsa olmaz koşulu ortadan kalkacağından, geçersiz olacağı kaçınılmaz bir sonuç olacaktır.³⁴⁶

Ancak, Türk Hukukunda kabul gören görüşe göre ayrılabilir işlem doktrini ile sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecek idari işlemin iptali söz konusu olduğunda sözleşmenin esaslı unsurunu ortadan kaldırmıyor ise, sözleşmenin tamamının geçersizliği yoluna gidilememektedir. Sözleşmenin geçersizliği yoluna gidilebilmesi için ancak, idari işlemin iptali ile sözleşmenin yürütülebilmesinin zor ve imkânsız hale gelmesi aranacaktır. Sözleşme ile iptal edilen işlem arasındaki ilişki kuvvetli ise bu kez sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmaktadır.³⁴⁷

Danıştay 13. Dairesi 2005/5390 E. 2005/2879 K. Sayılı 31.05.2015 tarihli ilamında³⁴⁸ geçen olayda; Bakanlık ile özel hukuk tüzel kişisi arasında imzalanan İmtiyaz

³⁴⁴ Vedat Buz, a.g.e., s.78.

³⁴⁵ Özay, İ. (2007), *Prof. Dr. Yavuz Alongaya için Armağan. İhale Usulleri*, İstanbul: Alkım Yayınevi, s.1064.

³⁴⁶ İl Han Özay, a.g.e., s.541.

³⁴⁷ Abdullah Uz, a.g.e., s.140.

³⁴⁸ Danıştay 13. Dairesi 2005/5390 E. 2005/2879 K. Sayılı 31.05.2015 tarihli ilamı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 19.07.2019.

Sözleşmesinin feshedilmesi, fesih ile birlikte, şirket nezdindeki tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzlerine ve şirketi çalışır durumda gerekli araç ve gereci ile birlikte teslim etmesi için imtiyazcıya idari işlem uygulanmıştır. Davacı, Bakanlığın sözleşmenin feshi ve el koyma işlemlerine karşı iptal davası açmıştır. İdare, imtiyaz sözleşmelerine karşı tam yargı davası açılabilirliğini iddia etmiş ve sözleşmenin ilgili hükümlerine göre yapılan fesih işleminin yetki, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun olduğunu savunmuştur. Danıştay ilgili sözleşmede yer alan hükümler gereğince davacının üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediğinden bahisle sunulan delilleri yeterli bularak “*Taraflar arasında akdolan İmtiyaz Sözleşmesinin 19. maddesinde, şirket kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi hali düzenlenmiştir. Buna göre, ‘Şirket, sözleşme hükümlerine aykırı davranır veya kamu güvenliğini bozacak durumlara yol açar veya işletmenin bakım ve onarımında esaslı ihmalleri görülür ve Bakanlıkça uygun süre verilerek bunların önlenmesi istenildiği halde bu isteği yerine getirmeyen ise, Bakanlık masrafları şirkete ait olmak üzere bunları yaptırmaya ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Bakanlığın yukarıda belirtilen yazılı uyarısına ve geçici olarak aldığı önlemlere rağmen, Şirket, işlerini tamamen ihmal eder, umumun emniyet ve selametini bozacak hallerin tekrarına veya devamına meydan verirse, Bakanlık işletmeye el koymak ve sözleşmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir. Şirket bu durumda Bakanlıktan hiçbir ödeme ve tazminat talebinde bulunamaz...*” hükmü taraflar arasında imza altına alınmış; “...Sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklere ilişkin düzenlemelere uyacağını, bu değişiklikler kapsamında mevcut sözleşmenin müzakereye açılarak sözleşmenin değişeceğini kabul etmiş olduğu kuşkusuzdur...” Kanaatine vararak el koyma ve sözleşmenin feshi işlemlerini hukuka uygun bulmuştur. Mahkemece, İdarenin imtiyaz sözleşmesine karşı tam yargı açılması gerektiğine dair savunmasına itibar edilmeyerek, Bakanlıkça yapılan ayrılabilir işlem niteliğindeki, el koyma ve fesih işlemlerine karşı açılan iptal davasının esasına geçilerek çözüme ulaştırılmıştır.

İdare ile imzalanan özel hukuk sözleşmelerinde ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinde durum daha farklıdır. Sözleşmenin imzalanma safhasına kadar geçen süreçte yapılan işlemler ayrılabilir nitelikte ise, idari yargıda; sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleşen bir işlem ise, bu kez adli yargıda çözümlenmesi gerekecektir. Gerçekten Danıştay 10.Hukuk Dairesinin 2012/8825 Esas 2015/5399 Karar 30.11.2015 tarihli kararı ile ayrılabilir işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın hangi yargı rejiminde çözümleneceğine ilişkin olay incelenmiş olup, “*İdare ile özel hukuk sözleşmesi imzalanmasına kadar geçen süreçteki işlemler, idari işlem niteliği itibarıyla idari yargının denetimine tâbi iken; sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamalarda tesis edilen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olmadıkça, adli yargı yerine ait bulunmaktadır.*” İdarenin kamu gücünü kullandığı ve tek taraflı tasarrufunu içermediği işlemlerine ilişkin

sözleşmesel tasarruflarını, ayrılabilir işlem niteliğinde kabul etmeyerek, adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine dair almış olduğu karardır.³⁴⁹

Nitekim imtiyaz sözleşmeleri de idari sözleşmeler arasında yer almaktadır. İdari sözleşmelerin geçerliliği belirli usuli şartlar ile mümkündür. Sözleşmeyi yapmaya yetkili idarenin, irade beyanının her aşaması sıhhatli olması gereklidir. Kamu hukukunda idari işlemler oluş sırasına göre; “sebepe”, “yetki”, “konu”, “biçim” ve “maksat” unsurlarından oluşmakla, bu unsurlardan birinin geçersizliği, tüm idari işlemin geçersizliğine neden olmaktadır. İdare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak işlemin sıhhatinde aranan şart ehliyet değil, yetkili kişi veya kuruluşun o idari işlemi yapmış olmasıdır. Bunu idare hukuku kanunilik ilkesi ile açıklamaktadır.³⁵⁰

İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık tutulması amir hükmü ile İdarenin yargısal denetimi yapılması amaçlanmıştır. Ayrılabilir işlem teorisinde de idarenin sözleşmenin her safhasında verdiği kararlarının, ayrı bir idari işlemde meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu işlemlerin tek başına sözleşme taraflarının veya üçüncü kişilerin menfaatini ihlal edebileceği görüşü ile yargı yolu açık tutulmuştur. ³⁵¹

Ayrıca, ayrılabilir işlem teorisi, yalnızca idarenin yapmış olduğu idari sözleşmelerinden kaynaklanan işlemlere karşı değil; idarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklara karşı da iptal davası yolunu açmaktadır.

Esasen; Türk idare hukuku mevzuatında, idare hukukundan kaynaklı sözleşmelerin temel fikriyatında özel hukuk sözleşmelerinden türetildiği kabul edilerek,³⁵² ayrılabilir işlem teorisine mesafeli yaklaşan doktrin görüşleri de bulunmaktadır. Ancak, bu görüşün kaynağında, Türk İhale Mevzuatında sözleşmenin kurulması aşamasından ihalenin gerçekleştirilmesi aşamasına kadar geçen sürede, idarenin tek taraflı yapmış olduğu işlemlerin yargısal denetime açık tutulması amaçlanmıştır. Sözleşmeye mesnet olan bir idari tasarrufun, iptal davasına konu olabilmesi için sözleşmecinin, idarenin gerçekleştirdiği işlemlere karşı önce ihaleyi yapan İdareye başvurusu gerekmektedir. Bu başvuru sonucu idarenin kararını tebliğ aldıktan sonra, idarenin vereceği kararı beğenmez ise, daha sonra 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu gereği Kamu İhale Kurumu’nda idari başvuru yollarını tüketmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu’nun vereceği kararlara karşı da idari yargıda iptal davası açabilecektir.³⁵³

Özetle; ayrılabilir işlem teorisinin doktrinsel tartışması bir kenarda tutulursa, idarenin taraf olduğu idari ve özel hukuk sözleşmeleri bakımından ihale sürecinde idarenin her icrai kararının bölünerek iptal davasına konu edilebilmesi amaçlanmıştır. Danıştay kararları ile

³⁴⁹ Danıştay 10.Hukuk Dairesinin 2012/8825 Esas 2015/5399 Karar 30.11.2015 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 27.08.2019.

³⁵⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1777.

³⁵¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1777.

³⁵² Vedat Buz, a.g.e., s.80.

³⁵³ İl Han Özay, a.g.e., s.541.

de ayrılabilir işlem doktrini kabul görmektedir. Kanunda bu yola başvurmayı kısıtlayıcı bir hükmün de bulunmamaktadır.

3.2. Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

Türk yargısında idari davalar üç tür altında toplanmaktadır: 2577 S K. M.2/1 a-b-c

- İptal davaları,
- Tam yargı davaları ve
- İdari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalarıdır.

Bu dava türleri sınırlı sayıda olup, yerine başkaca bir dava türü konulamaz.

Önceleri yorum davası ve tespit davası olarak idari yargıda dava türleri yer almıştır. 521 Sayılı 24.12.1964 tarihinde kabul edilen mülga Danıştay Kanunu'nun 30. Maddesi³⁵⁴ gereği görülmekte olunan bir davada yargı ayrılığı ilkesi gereği, idari işlemlerin anlam ve kapsamının belirlenmesi ve yorumu hususunda bu davalara başvurulmaktaydı. İdari yargının görev alanına girdiği düşünülen ve adli yargıda görülen bir davada böyle bir yorum zorunluluğu ile karşılaşıldığı durumlarda, bu durum bir ön sorun kabul edilir ve Danıştay'da yorum davası açılmak üzere süre verilir; Danıştay'dan gelecek karar neticesine göre görevli yargı yerinin tespiti sağlanmaktaydı.³⁵⁵

Kamu hukuku özel hukuk başlığı altında incelemiş bulunduğumuz adli yargı ve idari yargı ayrımı yorum davaları adı altında görülmekteydi. İdari rejimin kabulü ile birlikte Kara Avrupası hukuk sistemi ile birlikte adli yargı, idari yargının görev alanları tam olarak tespit edilemediği ve yerleşik içtihatların da bulunmadığı uzunca bir dönem yorum davası bu alana ilişkin uyuşmazlıkları çözmek için kullanılmıştır.

Mevzuatımızda idari davalar sayılırken, yorum davasına yer verilmeyerek uygulamadan kaldırılmış bulunmaktadır. İYUK gereğince idari dava türleri arasında sayılmayan yorum davasının konusu bir davayı nihayete erdirmek değil, İdare tarafından yapılan işlemin yorumlanmasını sağlamaktır.³⁵⁶

İdari yargı içerisinde “yorum davası”nın kaldırılması ile İdari yargının adlileştiğine ilişkin bir kısım eleştiri yapılmıştır. Yorum davasının idari yargıyı adli yargıdan ayıran en temel dava türü olarak görülmesidir. İdari yargıda görülmesi gereken ancak bir şekilde adli yargıda görülmeye başlanmış bir dava hakkında uyuşmazlık çıkması halinde bu hususu geciktirici mesele yaparak idari yargı içerisinde yer alan yorum davası aracılığı ile çözümlenmesi sağlanmaktaydı. Yorum davasının kaldırılması ile birlikte idarenin yapmış olduğu eylem ve işleminin idari yargı alanı dışında görevli mahkemeler eline bırakılarak

³⁵⁴ Madde 30: “Kanunlarda ayrı bir idari yargı mercii gösterilmemiş olan aşağıda yazılı idari uyuşmazlıklar ve davalar doğrudan doğruya ve kesin olarak Danıştay’da çözümlenir.....idari yargı yetkisini haiz merciler arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıkları..” Çevrimiçi, 10.11.2019.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800521.pdf

³⁵⁵ Kemal Gözler, a.g.e., s.176.

³⁵⁶ Gözübüyük, Ş., & Tan T., (2012), *İdare Hukuku Cilt II Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 745.

idari rejimin zedelediği eleştirisi yapılmaktadır.³⁵⁷ Ancak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. Maddesi ile idari dava türleri sınırlı sayıda olduğundan kanunun yürürlüğünden sonra idari sözleşmelere karşı sözleşme hükümlerinin hukuka aykırılığını inceleyen yorum davasının açılması da mümkün değildir.³⁵⁸

İdarenin eylem ve işlemlerinin yanında sözleşmeleri de yargısal denetime tabi olup, hukuka aykırılıklarından ötürü iptal ve tam yargı davalarına konu olabilmektedirler. Bu dava türleri İdare Hukukunda yargısal denetimin en önemli yollarını oluşturmaktadır.

Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu,³⁵⁹ idari yargıda açılacak davaları saymak sureti ile sınırlamış bulunmaktadır. Doktrin görüşü ve uygulama ile idari sözleşmelerden kaynaklanan taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların esasen tam yargı davalarının konusu içerisinde kaldığı görüşü hakim olduğundan³⁶⁰ biz de idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin davaları, tam yargı davaları konu başlığı altında inceleyeceğiz.

Yine güncel yasal düzenlemeler çerçevesinde; Danıştay içtihatlarına göre idari yargıda ‘tespit davası’ açılmadığı gibi; İdari Yargılama Usulü Kanunu’na göre ‘yorum davası’ açılması da mümkün görünmemektedir.³⁶¹ Bu sebeple idari yargıda açılacak dava türleri iptal davası ve tam yargı davası olarak iki çeşit dava ile sınırlanmaktadır.

Biz idari sözleşmelerden ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin açılan tam yargı ve ayrılabilir işlem kategorisine giren idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların iptal davasına konu olmasını çalışmamızda inceleyeceğiz.

3.2.1 İdari Yargı

2575 Sayılı Danıştay Kanunu’nun 24.maddesinin 2.fıkrası gereğince Danıştay ilk derece mahkemesi olarak “....Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.” hükmü gereği Danıştay Kanunu ile tahkim yolu öngörülen

³⁵⁷ Lütü Duran, a.g.m., s. 53-83.

³⁵⁸ Danıştay 13. Dairesi 2005/208 Esas, 2005/1561 Karar sayılı ilamı ile “İdari yargıda ‘tespit’ veya ‘yorum’ davası olarak müstakil bir dava türü bulunmadığından herhangi bir iptal talebi bulunmaksızın sadece söz konusu yönetmelik değişikliğinin, yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tespitinin ve yorumunun yapılması istemiyle açılan bu davanın esasının incelenmesine” imkân bulunmamaktadır. Çevrimiçi, www.kazancı.com, 17.09.2019.

³⁵⁹ Madde 2: “(İptal: Anayasa Mahkemesinin 21/9/1995 tarihli ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000-4577/5 md.). a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) (Değişik: 18/12/1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

³⁶⁰ Kemal Gözler, cilt II, a.g.e., s.178.

³⁶¹ Kemal Gözler, a.g.e., s.176.

imtiyaz sözleşmeleri hariç tutulmak üzere imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde çıkacak uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak görev yapacağına ilişkin hüküm haizdir.

Yeni sistem ile imtiyaz vermeye yetkili makam Cumhurbaşkanındır. Cumhurbaşkanı yürütmenin başı olarak imtiyaz sözleşmesini, düzenleyeceği kararnameler ile vermektedir. Cumhurbaşkan Kararı ile verilen imtiyazlar ile yerel yönetimler tarafından verilen imtiyazlara ilişkin doğacak uyuşmazlıklar da Danıştay tarafından çözülecektir. Bu hususu incelemek gerekir ise; Cumhurbaşkan Kararı ile verilen imtiyazlar hakkında doğacak uyuşmazlıkların çözüleceği yargı yerinin 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-a³⁶² maddesi ve 42/c maddesi ile düzenlemiştir. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak Cumhurbaşkan kararlarına karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörölmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar, demek sureti ile Cumhurbaşkanı'nın idari sözleşmeler alanındaki yetkisini de yargı denetimine açmış bulunmaktadır. Yine bu hal ve şartlarda kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuki rejiminin kanun ile adli yargı olarak belirlenmiş olması durumunda da uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri adli yargı olacaktır.³⁶³

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinin 1.fıkrası (c) bendi gereğince, ifade edildiği üzere "tahkim yolu öngörölmeven imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri" ni ayırarak kullandığı sarıh ifade sebebi ile bu özellikleri taşıyan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yerinin idari yargı olmayacağı sonucuna ulaşırız. Buna karşın, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu öngörölmeven sözleşmeler de dahil olmak üzere sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar çıkacak uyuşmazlıklar idari yargıda görülecektir. Sözleşmenin imzalanması sonrasında çıkacak uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözülecektir.

Bununla birlikte, her ne kadar kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde uyuşmazlığın çözüm yerinin hakem veya hakem heyeti olarak belirlense de sözleşmenin tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin sözleşme hükümleri ancak tarafları bağlamaktadır. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin imtiyaz sözleşmesinin hukuka aykırılığına dayanarak idari yargıda iptal davası açmasını engelleyememektedir.³⁶⁴ Bu nedenle, sözleşme hükümleri tarafları bağlayacağından, sözleşmenin imzalanması veya yürütölmesi safhasında üçüncü kişiler idari yargıda haklarını arayabilecekler.

İdare ile imtiyazcı arasında olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin tahkim olarak düzenlenmiş olması, menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi nedeniyle idari yargıda iptal davası, haklarının ihlal edilmesi nedeniyle de tam yargı davası açabilmeleri mümkündür. Üçüncü kişi tarafından açılacak davanın konusu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin hazırlık safhası, akdedilme ve yürütölldüğü kısımlar, ayrılabilir işlem olarak İdarenin tek yanlı

³⁶² Değişik: 2/7/2018 tarihli – KHK-703/184 md. çevrimiçi, 07.06.2019.

³⁶³ Arđıçoğlu, M.A. (2017), Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Ankara Barosu Dergisi*, (21-51), s. 31.

³⁶⁴ Metin Günday, a.g.e., s.351.

tasarruflarına karşı sözleşmenin hukuka aykırılığından bahisle dava açma süresi içerisinde iptal davası açabilmektedir.³⁶⁵

Üçüncü kişiler kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 7.maddesi gereğince genel süre içinde dava açabilir.

Bakanlık ile Çukurova Elektrik AŞ arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesinin İdare tarafından resen feshi üzerine açılan davada, özel hukuk kişisine karşı yapılan fesih işlemine karşı dava açma süresinin incelendiği davada, sürenin başlangıcı ve kesen hukuki işlemlere değinilmiştir. Bakanlık tarafından sözleşme hükümlerine aykırılık dolayısı ile resen sözleşmenin feshine ve imtiyaz konusunu tesislere mütemmim cüzleri ve ferileri ile birlikte el konulmasına ve imtiyaz sözleşmesine konu kararnamenin 17.06.2003 tarihli 25141 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2003/5712 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu karar üzerine ilgili özel hukuk kişisi tarafından 07.08.2003 tarihinde ilgili Bakanlığa işlemin kaldırılmasına yönelik talepte bulunduğu, ancak İdare tarafından cevap verilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda 60 günlük bekleme süresi sonrasında, kesilen dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Ancak Çukurova Elektrik Aş davasını yasal süre geçtikten sonra açtığı için süre aşımı nedeni ile reddine karar verilmiştir.³⁶⁶

Buradan hareketle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda genel ve asli yetki, kural olarak idari yargı mercilerininindir. Bu kuralın yanı sıra yukarıda da bahsettiğimiz üzere konu ve maksat şartlarına göre kamu hizmeti imtiyazı alanına giren sözleşmelerden olsa da 1999 yılı 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri akabinde kanun ile özel hukuk sözleşmesi tanımlaması altında özel hukuk kişilerinin (hakem vs) görevlendirilebilecek olması açısından artık kanunca nitelendirmesi özel hukuk sözleşmesi olarak belirtilmiş sözleşmeler açısından idari yargı yetkili olmayacaktır.³⁶⁷ Bununla birlikte, Tahkim yolunun, sözleşme taraflarının iradeleri sonucu sözleşmede hüküm altına alarak uyuşmazlığın çözüm ve görüm yeri olabileceğini ifade etmiştik. Buna rağmen, sözleşme taraflarının sözleşme hükümleri ile Tahkim yoluna gidileceğini hüküm altına almış olmaları durumunda bile taraflardan birinin İdari Yargı merciine başvurması ve diğer tarafın sessiz kalması veya tarafların her ikisinin de uyuşmazlığın çözüm yeri olarak şifahi olarak İdari Yargıda çözümlenmesi için İptal davası açmaları durumunda uyuşmazlığın İdari Yargıda çözümlenmesi mümkün müdür?

Bu hususta incelemeye özel kanun olan 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 5.maddesi ile “*Mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması: Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin*

³⁶⁵ Murat Sezginer, a.g.e., s.1311.

³⁶⁶ Danıştay 13. Daire 2005/4651 E., 2005/113 K., 18.01.2005 tarihli kararı. Danıştay Dergisi, (2005), Sayı:109(35) issn 1300-0187, Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, s. 372.

³⁶⁷ Yıldızhan Yayla, a.g.e., s.171.

hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.” Hükmü gereğince karşı tarafın ilk itirazda bulunarak mahkeme tarafından bu ilk itiraz üzerinde davanın ‘usulden red’ kararı verilebilecektir. Ancak kanun ile belirtilen ilk itiraz müessesesi adli yargıda mümkündür. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun’unda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atfı kısıtlı olduğundan ve ilk itiraz müessesesini kapsamamaktadır. Bu sebeple, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 5.maddesini uygulamak kanunen mümkün görünmemektedir.

Bununla birlikte Yasa koyucunun iradesine yasa maddesi gerekçesine bakacak olursak; *“Birinci Fıkra; Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta, dava mahkemede açılmışsa, tahkim itirazında bulunulabileceği; tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı; mahkemenin, tahkim itirazının kabulü durumunda davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir.*

*İkinci Fıkra; Yargılama sırasında tarafların, tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları durumunda mahkemenin, davadan el çekerek dosyayı ilgili hakem veya hakem kuruluna göndermesi öngörülmüştür.*³⁶⁸” Belirttiğimiz konuya ilişkin ne maddede ne de kanunun gerekçesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

O halde 4446 Sayılı Kanun ile Anayasa hükümlerinde yapılan değişiklik ile başlayan 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile devam eden değişiklikler kapsamında tahkim yolu öngörülen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin idari yargının görevsizliği kanun ile düzenlenmiştir.

Zira, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. Maddesinin ilk fıkrasında (c) bendinde yer alan ‘*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri*’ şeklinde sarıh amir hükmü ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri*” şeklinde açık ifadeleri dolayısı ile idari yargının bu tanımlamaya giren sözleşmeleri bakımından görevli ve yetkili yargı merci olamayacağı kanun ile düzenlenmiştir.

Bu hükümden hareketle Anayasa’nın 47.maddesine 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile İdari Yargılama Usulü Kanunu 125. maddesine yapılan ekleme ve Anayasa’nın 155. maddesine yapılan ‘inceleme’ ibaresi yerine “*kamu hizmetleri hakkında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek*” cümlesinin eklenmesi sureti ile kanun koyucu idari sözleşmelerin hukuki nitelendirmesini yapmasa bile tabi olacağı yargı düzenini belirlemiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 14.0.1949 tarih 1949/4 E, 1949/6 Karar sayılı ilamı ile idari sözleşmelerden olan imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların görülmesine ilişkin idari yargının görevli olduğuna ilişkin kararı:

³⁶⁸ www.tbmm.gov.tr/tutanaklar (çevrimiçi). 26.07.2019

“...Davacının, işletmekte oldukları Devlet ormanlarında salahiyattar memurlar tarafından damgalanmak suretiyle şirkete teslim edilmiş olan ağaçların kat'ı ve orman haricinde nakli yolundaki müraacatlarının imtiyaz sözleşmesinin feshedilmiş olması sebebi ile is'af edemeyeceği yolundaki davalının beyanına itirazı ve ağaçların bulundukları mevki hal ve şekilde aynen teslimine ve şayet bu mallar sarf ve istihlak olunmuş iseler bedellerinin ve davalının haksız iktisap yolu ile mamelekinde vaki çoğalmaların tazmin ve tahsiline karar verilmesi talebini içeren dilekçesi...

Davada bahis konusu olan imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşmeler kategorisine dahil bulunduğu....damgalanmak suretiyle ormanın senelik tehammül miktarına dahil olan ağaçların tesliminden imtina edilmiş olması keyfiyeti doğrudan doğruya sözleşmeye ve sözleşmenin icrasına müteallik bir ihtilaf mahiyetini arzeder.

Böyle amme hizmetlerinden birinin ifası maksadıyla akdedilmiş olan sözleşmelerden dolayı akitler arasında çıkacak ihtilafların hallinin Danıştay'a ait olduğuadalet mahkemesinin bakmakla vazifeli bulunduğu hakkındaki kararın kaldırılmasına ve mütehaddis davaya idare(i) yargı yerinin bakmakla görevli olduğuna karar verildi.”³⁶⁹

Buna rağmen bir idari sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılabilmesi ve bunun sonucunda çıkan uyuşmazlıkta Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak olaya bakabilmesi için söz konusu sözleşme hakkında Danıştay 1.Dairesinden görüş alınması gerekmektedir. Aksi takdirde ilgili sözleşme herhangi bir idari sözleşme niteliğini haiz olmakla ortaya çıkacak uyuşmazlığın halli Danıştay değil, idari yargıda idare mahkemesinde çözümlenecektir.

Buna ilişkin başlangıçta imtiyaz sözleşmesi olarak yapılmayan ve ancak daha sonra ilgili sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak paraflanarak Danıştay 1. Dairenin olumlu görüşü alındıktan sonra idari İşler Kurulu kararının kabulü ile bu şekilde imtiyaz sözleşmelerine dair idari usule uyularak hukuka uygun şekilde prosedürün tamamlanarak imtiyaz sözleşmesi niteliğine haiz yeni bir sözleşme ihdası da Danıştay'a göre mümkün görünmektedir.³⁷⁰

3.2.1.1. İptal davaları

İptal davaları, ferdin menfaatini ihlal eden hukuka aykırı işlemleri makable şamil olmak üzere bütün hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasına yönelik idari yargıda açılan bir dava türüdür. ³⁷¹ İdari işlemler; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden biri veya birkaçına aykırı olduğu sebebi ile iptal edilebilir.³⁷²

Hukuka aykırı olarak verilmiş olan idari kararların iptali sonucunu doğuran, alınan kararların denetime tabi tutulmasını sağlayan yargısal bir yoldur.³⁷³ İptal davasının ancak

³⁶⁹ Süheyp Derbil, a.g.e., s.597.

³⁷⁰ Danıştay 13.Daire 2013/3793 E. 2017/690 K. Sayılı 17.03.2017 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 09.08.2019.

³⁷¹ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1780.

³⁷² Yıldırım, T. (2008), *İdari Yargı*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 149.

³⁷³ Süheyp Derbil, a.g.e., s.181.

idari bir işleme karşı açılabilirliğini düşünen görüşe göre, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemlere karşı iptal davasının açılabilirliğini kabul etmektedir.³⁷⁴

İptal davasına konu olabilmesi için idare tarafından yapılan işlemin İdari Yargılama Usulü Kanununa göre “yetki, sebep, konu ve maksat” yönlerinden biri veya bir kaç yönünden hukuka aykırı olması gerekmektedir. İptal davaları hukuki düzeni korumayı amaçlayan “objektif dava” olma özelliğini taşımakta olup³⁷⁵, iptal kararı verilen bir idari işlemin, yalnızca tarafları değil, herkes için hüküm ve sonuç doğuracağı anlamına gelmektedir. Menfaati ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davalarının maksadı idarenin Anayasa’nın 125. maddesi hükümleri çerçevesinde İdarenin yargısal denetimini yapmaktır.³⁷⁶

Bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için İdari Yargılama Usulü Kanunu’nu 2. Maddesinin 1. Fıkrası ile öngörülen birtakım özelliklerinin bulunması gerekmektedir. Öncelikle bir “menfaatin ihlal” edilmiş olması aranır. Hak ve menfaat kavramları burada önem arz etmekte olup, iptal davası açılabilmesi için kişinin hakkının ihlal edilmesi aranmadığı gibi, menfaatinin ihlal edilmiş olması yeterlidir.³⁷⁷

İptal davasında, davacı sıfatını haiz olabilmek için Medeni Hukuka göre “taraf olma ehliyetine” ve “dava açabilme ehliyetine” sahip olması yani “hak ehliyetine” ve “fiil ehliyetine” sahip olması yeterli olup, bunun yanında bu dava özelinde “menfaatinin ihlal edilmiş” olması şartı da aranmaktadır.³⁷⁸

Menfaatin ihlalini inceleyecek olursak doktrin bu konuda da bir kısım görüş ayrılıklarına düşmüştür. Fert tarafından İdareye karşı dava açabilmesi için menfaatinin ihlal edilmesi şartı mevcuttur.³⁷⁹ Eğer menfaat ihlali yoksa davanın ehliyet yokluğu nedeniyle reddi gerekecektir. Doktrin, menfaat ihlalinin güncel, gelecek ve geçmişte yapılmış olmasının iptal davasına tesiri bakımından farklı değerlendirmelere tâbi tutmuştur.³⁸⁰ Menfaatin kişisel, güncel ve meşru olması aranmaktadır.³⁸¹

Menfaatin ihlali dava şartının ne zaman aranacağı, dava sürerken güncel menfaat ihlalinin devam edip etmeyeceği ve hatta kesinleşme aşamasına kadar bu ihlalin aktüel kalması şartının aranıp aranmayacağı tartışılmalı bir sorun halini almıştır. Bu husus doktrinsel tartışmalara neden olsa da, Danıştay uygulaması bu konuda istikrarlı kararları ile içtihad oluşturmuştur. Danıştay güncel menfaat ihlalinin davanın açılması sırasında ve görülmesi esnasında da devam etmesi şartını aramaktadır.³⁸² Hatta davanın açılması sırasında menfaat

³⁷⁴ Gözübüyük, Ş., A., (1997), *Yönetmelik Yargı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 160.

³⁷⁵ Turan Yıldırım, a.g.e., s. 309.

³⁷⁶ Kemal Gözler, a.g.e., s. 171.

³⁷⁷ Kemal Gözler, a.g.e., s. 177.

³⁷⁸ Kemal Gözler, a.g.e., s. 177.

³⁷⁹ Sıddık Sami Onar, cilt III, a.g.e., s. 1787.

³⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Sıddık Sami Onar, cilt III, a.g.e., s.1788 vd.

³⁸¹ Esin, Y., & Dündar E., *Danıştay'da açılacak tazminat...*, s.167.

³⁸² KAYA, C . (2008), *İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), s. 127. (çevrimiçi). 09.06.2019 DOI: 10.15337/SUHFD.2017.137

ihlali şartı var olsa bile; davanın devamı süresince ihlalin devam etmesi gerektiğini, ortadan kalkması halinde ise dava şartı yokluğundan davanın reddi gerekeceği görüşündedir.³⁸³

Yine iptal davasının açılması esnasında güncel menfaat ihlalinin varlığına rağmen devamı sırasında, İdare tarafından bu ihlalin başka bir idari işlem ile telafisi etmesi de mümkün görünmektedir. Bu hallerde de dava sırasında menfaat ihlali ortadan kalkacağından yine dava şartı yokluğundan reddi gerekmektedir. Danıştay'ın bu yönde yerleşmiş uygulaması mevcuttur.³⁸⁴

Yine menfaat ihlalinin yukarıda bahsetmiş olduğumuz davacı veya İdare dışından kaynaklanan nedenler ile ortadan kalkması da mümkündür. Bu hallerde de Danıştay, menfaat ihlali devam etmediğinden, dava şartı yokluğundan davanın reddi gerekmediği görüşündedir.³⁸⁵

Kanun, bu dava türünün menfaati ihlal edilenler tarafından açılabileceğini öngörmüş olmakla birlikte; menfaati ihlal edecek etkisi olmayan, tamamen idarenin iç işleyişini düzenleyen, tavsiye kararlara ilişkin bir işleme karşı da iptal davası yoluna gidilemeyeceği genel kabul görmüştür.³⁸⁶

Aleyhine iptal davası açılacak idari işlemin, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. Maddesinin 3. Fıkrasına göre, kesin ve yürütülebilir nitelikte olması aranmaktadır. Kararın nihai olması ve bu karara karşı işlemi yapan İdareye veya başkaca İdari hükmi şahsa müracaat yolunun kapalı olması aranmaktadır. İdari işleme karşı başvurulabilecek tüm şikâyet ve itiraz mekanizmaları tüketilmeden açılan iptal davası icra edilebilir işleme karşı açılmadığı için "idari mercii tecavüzü" nedeniyle reddedilmektedir.³⁸⁷

Menfaat ihlali iptal davasının şekil şartı olup, dava ehliyetine sahip kişinin davasının dinlenebilmesi için bir ön koşuldur. Bu ön koşulun davanın esasına etki ve tesir etmeyeceği

³⁸³ "Adapazarı İlköğretim Müdürlüğüne kendisi yerine bir başka ilkokul müdürünün atanmasına ilişkin işlemin iptali isteğiyle açılan davanın; ... dava açıldığı sırada mevcut olan menfaat alakasının davanın sonuna kadar devamının idare hukuku ilkelerinden bulunduğu, anılan ilin milli eğitim müdürlüğünün yazısından, davacının kendi isteği ile emekli olmak suretiyle görevinden ayrıldığı anlaşılmakla dava konusu işlem ile menfaat alakasının kalmadığı nedeniyle reddine karar verilmiştir". D5D, E. 77/854, K. 81/369, KT. 19.03.1981, D5DK. Aktaran: Cemil Kaya a.g.m., s. 125.

³⁸⁴ "Mülkiye başmüfettişi olarak görev yapmakta iken, idarece düzenlenen mülkiye müfettişleri kıdem cetveli ile bu cetvel esas alınarak kendi yerine başkalarının mülkiye müşavir müfettiş kadrolarına atanmasına ilişkin işleme karşı açtığı davadan sonra, davacının Valiliğe atandığının, duruşma tebliğ alındısının incelenmesinden anlaşılması karşısında, ilgilinin dava konusu işlemle menfaat ilişkisi kalmadığından inceleme olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmiştir" D5D, E. 76/1316, K. 79/1856, KT. 13.06.1979, D5DK, s. 563. Aktaran: Cemil Kaya, a.g.m., s. 128.

³⁸⁵ "... kamulaştırıldığı, kamulaştırma işlemine karşı davacı şirket tarafından açılan davanın ... reddedilerek kesinleştiği işbu davaya ait dosya ile Dairemizin ... esasında kayıtlı dava dosyalarının birlikte incelenmesinden anlaşılmış olup, kesinleşen kamulaştırma işlemi nedeniyle uyumsuzluk konusu taşınmazlarla davacı şirket arasında mülkiyet bağının kalmamış bulunması karşısında, anılan taşınmazların tahsis şeklinin değiştirilmesi yolundaki imar planı değişikliği işleminden ötürü davacının menfaatinin ihlali de söz konusu edilemez..." aktaran: Cemil Kaya, a.g.m., s. 128.

³⁸⁶ Sıddık Sami Onar, cilt III, a.g.e., s.1789.

³⁸⁷ Turan Yıldırım, a.g.e., s. 310.

gibi menfaat ihlaline uğrayan davacının davasının esasına girilerek görülmeye başlanması da o davanın kabulü anlamına da gelmemektedir.³⁸⁸

İptal davalarında hâkimin resen araştırma yetkisi vardır. İptali istenen işlem İdare tarafından yapıldığı için davalı İdare delil sunmasa veya sunduğu deliller eksik olsa bile mahkemenin bunları tamamlama yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme resen araştırma yapma yetkisi içerisinde sunulan delilleri yeterli görmeyip, tahkikatı genişletme yetkisine de sahiptir.³⁸⁹

İdari sözleşmelere karşı tarafların açabilecekleri dava türleri nelerdir? İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda menfaatleri ihlal edilen taraf iptal davası açabilecek midir?

Doktrinde yer alan görüşlerden iptal davaları tek taraflı bir hukuki işleme karşı açılabilirliğinden idari sözleşmelere karşı iptal davası açılmayacağı düşüncesindedir. Bu görüşün dayanağı olarak idari sözleşmelerin iki taraflı hukuki işlem olarak tesis edildiğinden, idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklara karşı iptal davası açılmayacağı yönündedir. Bu görüşün şekillenmesi sırasında yürürlükte bulunan 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda³⁹⁰ idari dava türleri olarak sayılan “yorum davasının” etkisi de vardır. Gerçekten idari sözleşmelerin, sözleşme hükümlerinin anlamından kaynaklanan uyuşmazlıklar Danıştay'da görülecek Yorum Davası aracılığı ile giderilebilmekteydi. Bunun dışında taraflar arasında sözleşme hükümlerine aykırılık sebebi ile idari yargı yoluna başvurmak istediklerinde de bu kez tam yargı davası açması gerekmekteydi. Bu nedenle idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara karşı iptal davası açılmayacağı görüşü benimsenmişti.³⁹¹ Bu bağlamda İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda menfaati ihlal eden idari işlem “ayrılabilir işlem” niteliğinde ise, bu kez iptal davasına konu edilebilmektedir.³⁹² Ayrılabilir işlem kuralı idarenin sözleşmelerine karşı yorum davası açılma olanağı yasa ile ortadan kalktıktan sonra geliştirilen bir yargısal doktrindir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda idarenin yapmış olduğu işlemlere ilişkin idari başvuru yolunu sarıh bir şekilde düzenlemiş olup, bu başvurular zorunlu olarak tüketilmesi gereken yollardır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 53-54-55 ve 56. Maddeleri ile düzenlenen bu yollara “idareye şikâyet” ve “Kuruma itirazın şikâyet” adı verilmektedir. Kanun, İdareye zorunlu şikâyet yolları tüketildikten sonra idari yargıda dava açabilme imkanını tanımaktadır. Bu durumda doktrin tarafından genel kabul görmüş bir teoremin kanunca da sarıh şekilde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.³⁹³

Ayrılabilir işlem teorisini yukarıda ayrı bir başlık altında detaylıca incelemeye tabi tuttuğumuz için bu kısımda açıklamalarımızı bu ölçüde tutmakla yetinmiş bulunuyoruz.

³⁸⁸ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1781.

³⁸⁹ Turan Yıldırım, a.g.e., s. 316, Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1783.

³⁹⁰ Esin Yüksel & Dündar Erol, a.g.e., s.7.

³⁹¹ Esin Yüksel & Dündar Erol, a.g.e., s. 8.

³⁹² Abdullah Uz, a.g.e., s. 336.

³⁹³ İl Han Özay, a.g.e., s. 597.

İdarenin yapmış olduğu özel hukuk sözleşmelerinden ayrılabilir nitelikte ve icrai kararlarına karşı iptal davası açılabilmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinde, ihale işlemleri ve sözleşmenin imzalanması safhasına kadar olan süreçte, İdare tarafından yapılan tek taraflı işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir. Bu safhada, menfaati ihlal edilenler, ihaleye katılan istekliler ve ihale üzerinde bırakılan istekli, İdarenin tek taraflı icrai işlemlerine karşı iptal davası açabilmektedir.³⁹⁴ Bu yolla Anayasa'nın 125.madesinde belirtildiği gibi idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmak ve bu yolla idarenin hukuka uygunluğu denetlenmek istenmiştir.³⁹⁵ Bu anlamda ayrılabilir işlem doktrinine göre, yürütülebilir nitelikte olan her idari işleme karşı, iptal davası açılabilecektir.

İhale sürecinin başlangıç safhasından ihale kararı ile ihaleye çıkılması ve akdedilme sürecinde, İdare özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde bu işlemleri yapsa da, bu safhasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yeri idari yargıdır. Özel hukuk sözleşmelerinin de ihalenin hazırlanması, ihaleye çıkılması, ihalenin verilmesi ve akdedilmesi safhasına kadarki geçen süreçte, İdarenin yapmış olduğu yürütülebilir işlemlerden menfaatleri haleldar olanlar idari yargıda iptal davası açabileceklerdir.³⁹⁶

Nitekim Danıştay 10. Dairesi 1989/492 Esas 1990/2224 Karar 17.10.1990 tarihli³⁹⁷ kararı ile “Bir kamu kurumunun özel mülkiyetinde arsa bile kamunun sahip olduğu taşınmaz malların idare, tahsis ve satışı ile ilgili olarak yapılan bütün işlemler kanunlarla düzenlenmiş idari usullere göre tesis edildiğinden idare hukuku ilkelerine ve kamu hukukunu yakından ilgilendiren kanunlara göre yapılacağından bu türlü işlemlerin idari bir işlem oldukları açıktır.” tek taraflı olarak icrai nitelikte almış olduğu işlemin çözüm ve görüm yerinin idari yargının görevli ve yetkili olduğu kararını vermiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimi konusunda öngörülen takdir yetkisi kamu yararı ile sınırlandırılmıştır. Danıştay'ın vermiş olduğu kararında “İdarenin takdir yetkisinin” de sınırı olduğunu takdir yetkisinin de idarenin yapmış olduğu işlemlerden olduğundan yargısal denetime tabi olduğundan yapılan işlem hakkında iptal davasının açılabileceğine ilişkin kararı mevcuttur.³⁹⁸

Mahkeme kararı ile iptal edilen işlem sonucu menfaati haleldar olan kişinin hukuki dünyasında hiç olmamış gibi işlem görerek makale şamil olarak ortadan kalkar. Eğer idare, mahkeme kararını vermeden önce kısmen veya tamamen işlemi uygulama fırsatı bulmuş ise bu kez mahkemenin iptal kararı sonucu, İdarenin o işlemi yapmadan önceki eski haline iadesi gerekmektedir.³⁹⁹

³⁹⁴ Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C., a.g.e., s. 98.

³⁹⁵ İl Han Özay, a.g.e., s. 541.

³⁹⁶ Abdullah Uz, a.g.e., s. 139.

³⁹⁷ Danıştay 10. Dairesi 1989/492 Esas 1990/2224 Karar 17.10.1990 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 08.06.2019.

³⁹⁸ Danıştay 10. Hukuk Dairesi 1997/6913 Esas 1998/3003 Karar sayılı 24.06.1998 tarihli kararı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 08.06.2019.

³⁹⁹ Süheyp Derbil, a.g.e., s.178.

3.2.1.2. Tam yargı davaları

İdari işlemlerden kaynaklanan zararlar tam yargı davasının konusunu oluşturmaktadır. Tam yargı davalarının konusunu da idarenin yapmış olduğu eylem ve idari sözleşmeler oluşturmaktadır. Tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları ihlal edilenler tarafından ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak akdedilen idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara karşı açılmaktadır. Yukarıda incelemeye tabi tuttuğumuz gibi idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar “sözleşme öncesi” çıkabileceği gibi “sözleşme sonrası” da çıkabilmektedir.⁴⁰⁰

İdari sözleşmelere aykırı davranış veya sözleşme hükümlerini eksik yerine getirme tam yargı davasının konusunu oluşturabilir. Sözleşme hükümlerinde tanınan bir hakkın ihlali veya borcun ifa edilmemesi nedeni ile tam yargı davasında aranan hak ihlali unsurunun varlığı kabul edilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun "İptal ve Tam Yargı Davaları" başlıklı 12. maddesinde, ilgililerin haklarını ihlal eden idarenin işlemi dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası açabilecekleri gibi; tam yargı davası ve iptal davasını birlikte de açabilmektedirler. Bir başka yol olarak da öncelikle iptal davası açarak bu davanın karara çıkmasını bekleyip, kararın kendisine tebliğini izleyen altmış gün içinde tam yargı davası açma yoluna da gidebilirler.⁴⁰¹

Tam yargı davalarının konusu maddi zararı doğuran eylemleri ve bunun sonucunda hakkı haleldar olan tarafın zararının tazminine yöneliktir. Bu nedenle İdare karşısında hakkı ihlal edilen kişinin dünyasında bir zarar doğurması beklenir, tam yargı davasının bu yönüyle subjektif dava kategorisinde yer almaktadır.⁴⁰² İdari sözleşmeler açısından bakıldığında İdarenin vermiş olduğu tek taraflı kararı sözleşmecinin hukukunu ihlal etmesi aranacaktır. İdari sözleşmelerde de taraflar arasında çıkan ihtilaf sonucunda alınan idari kararların icrai nitelikte olması hukuksal düzende bir sonuç yaratarak zarar meydana getirmesi gerekmektedir.⁴⁰³

İdari sözleşmelerde idare ile imtiyazcı arasında sözleşmesel olarak ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklara tam yargı davası olarak idari yargıda bakılır. Buna rağmen imtiyaz konusu kamu hizmetinden faydalananlar ile imtiyazcı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yeri adli yargıdır.⁴⁰⁴ Yani sözleşme tarafı olan İdare ile imtiyazcı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı iken; imtiyazcının sunmuş olduğu kamu hizmeti

⁴⁰⁰ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.1797.

⁴⁰¹ Danıştay 5. Daire 2011/4978 E. 2012/949 K. sayılı ilamı için bkz: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 08.06.2019.

⁴⁰² “...Davacıların, müteveffa Ömer Coşkun’un ana ve babası oldukları dosyada mevcut onaylı nüfus kayıt örneğinin incelenmesinden anlaşılmasına ve oğullarının genç yaşta vefatı sonucu nafaka ile sair maddi menfaatlerden yoksun kalan, ayrıca duydukları elem ve acı sebebi ile manevi zarara da uğrayan ana babanın bu olay neticesinde dava açmaları ise doğal bulunmasına mebnî ehliyet itirazı yerinde görülmemeyerek işin esasına geçildi...” Danıştay 12.D. 19.11.1968 gün ve 1966/2517 Esas, 1968/2134 sayılı kararını aktaran: Esin Yüksel ve Dündar Erol, a.g.e., s. 191.

⁴⁰³ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1798.

⁴⁰⁴ Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 162. Yukarıda değindik bkz: İkinci Bölüm İdari Sözleşmeler.

sebebi ile aboneleri ile arasında çıkan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri adli yargı olacaktır.

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ancak sözleşmenin doğuşundan ve tarafların sözleşme ile bağlandığı andan itibaren çıkacak ihtilaflara yönelik tam yargı davası açmak mümkün olabilecektir. Örneğin, sözleşme bağı kurulmadan evvel ihale açılması, ihale şartnamesi ve ilanı, isteklilerden birinin ihale dışı bırakılması ve eksiltme gibi çıkacak uyuşmazlıklara karşı tam yargı davası açmak mümkün değildir. Bu tip ihtilaflarda sözleşme henüz doğmadığı için ancak iptal davası açmak mümkün olabilecektir.⁴⁰⁵

Danıştay taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları karara bağlayacağından bu alanda hem idarenin hem de sözleşmenin diğer tarafında yer alan imtiyazcının davalı ya da davacı sıfatı alabilecek olması özel hukuk tüzel kişilerinin idari yargı önünde davalı olabilme sıfatına haiz olabildiği istisnai hallerden birini teşkil etmektedir.⁴⁰⁶

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan dolayı açılacak tam yargı davaları sözleşmenin icrası sırasında sözleşme taraflarından birisinin sözleşmeye aykırı eylemlerinden veya sözleşmeden kaynaklı borcunu ifa etmeyişiinden veya gereği gibi ifa etmeyişiinden kaynaklanabilir. Ayrıca yukarıda dördüncü bölümün alt başlığı olan “sözleşmenin sona ermesi” kısmında detaylıca incelediğimiz gibi iskat, raşa, muvakkat el koyma gibi İdarenin tek yanlı tasarruflarından kaynaklanan yetkilerinden birisini kullanması sebebi ile doğacak ihtilaflara karşı tam yargı davası açılabilmektedir.⁴⁰⁷

İdari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davalarında özellik gösteren bir diğer husus İdarenin hem davalı hem de davacı sıfatında yer alabilecek olmasıdır. Yani İdare de sözleşmeci aleyhine sözleşme hükümlerine aykırılık veya başka bir suretle hakkı ihlal edildiğinden bahisle dava açabilecektir. İdari yargıda İdarenin mahkeme nazarında davalı olma sıfatının burada istisnai olarak değiştiğini görmekteyiz.⁴⁰⁸

3.2.2. Adli Yargı

İdarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yeri olmakla, idarenin kanun ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiş olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yeri de adli mahkemelerdir. 4446 Sayılı Kanun ile değişik 1982 Anayasa’sına getirilen hüküm ile birlikte kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanun ile belirlenmesi halinde adli yargıda görülebilmesi mümkündür.

4734 Sayılı Kanun’da kamu ihale sözleşmesinin akdinden önceki dönemde yer alan ihale sürecinde yapılan eylem ve işlemler nedeni ile tarafların haklarının zayi olması mümkündür. Tarafların ilk olarak ihale sürecine istekli olarak katılmaları mümkün olmalarının yanı sıra, İdarenin de bu süreçte zarara uğraması muhtemel görünmektedir. İhaleyi açan İdare ile ihaleye katılan istekliler arasında devam eden süreç nedeni ile yapılan

⁴⁰⁵ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1798.

⁴⁰⁶ Murat Sezginer, a.g.e., s. 1313.

⁴⁰⁷ Kemal Gözler, a.g.e., s. 179.

⁴⁰⁸ Sıddık Sami Onar, a.g.e., s. 1803.

eylem ve işlemler nedeniyle zarara uğranması durumunda yalnızca İdari yargıda tamyargı davası açılacağına dair görüş birliği mevcuttur.⁴⁰⁹ Fakat bu görüşün yanı sıra karşılaştırmalı hukuk kapsamında yapılan araştırmalar sonucunda esasen tazminat taleplerinin culpa in contrahendo, haksız fiiller, rekabet hukukuna ve ahlaka mugayir davranışlar nedeniyle de tazmin talep edilebileceği öngörülmektedir.⁴¹⁰

Tarafların, birbirleri ile yaptıkları sözleşme öncesi görüşmelerin önemi burada devreye girmektedir. İsteklinin yaptığı çalışmalar sonucu ihaleyi almak için açıkladığı birtakım sırlar ve araştırmalar sonucu yapılan çalışmaların karşılığına dayanan bu tazmin sorumluluğu, mağdur edilen istekli lehine duyduğu güven ilişkisinin varlığına dayanılmıştır. Bu sorumluluk esası hem İdare, hem de istekli lehine kabul edilmiştir. Öyle ki istekli lehine menfi zararın tazmini hususu tam yargı davaları ile içtihad ile kabul edilmiş olmakla, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak tazmin isteme hakkı Kamu İhale Kanunu ile İdare lehine düzenlenmemiş olan istekliler aleyhine kullanılabilecek bir yol olarak gösterilmektedir.⁴¹¹

Culpa in contrahendo ile sorumluluğun ortaya çıkması için taraflar arasında sözleşme öncesi yapılan görüşmelerde bir güven ilişkisinin kurulması ve bu ilişki neticesinde ihale dökümanı temin etme yolu ile İdare tarafından ihaleye davet edilmiş olmaları gerekmektedir. Yani bu ilişkinin varlığı için isteklinin hazırlık veya daha ileri aşama olan ihale sürecine katılmış olması bir ön koşul olarak görülmektedir. İsteklinin tazmin talebi için, ihaleye dönük birtakım çalışmalar hazırlamış olmasını yeterli kabul etmektedir. Buna karşın bunları teklif olarak sunmuş olmasını aramamaktadır. İstekli tarafından en avantajlı teklifin yapıldığı ancak İdarece kabul görmediğinin ispatı halinde de yalnızca menfi zararlarını talep edebilecek olması kabul görmektedir. Yani istekli, ihaleye hazırlık sürecinde hazırlamış olduğu plan, proje için yapmış olduğu masrafları, bu projenin hazırlık safahatında yaptığı bilfiil masrafların tazminini talep edebilecektir.⁴¹²

4734 Sayılı Kanun ile kamu ihale mevzuatının uygulanmasına ilişkin olarak isteklilerin İdareye karşı kusurlu davranışlarından ötürü tazmin talep etme hakkına yönelik bir düzenleme içermemektedir. Buna karşın İdarenin yapmış olduğu bir kısım davranışlarından ötürü tazmin tehdidi ile karşılaşmayacağına ilişkin yasal düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu düzenlemeler ile İdarenin yapacağı bir kısım eylem ve işlemlerinde İdareye sorumluluk atfedilemeyeceği, bu davranışlar sonucunda isteklilerce tazminat talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.⁴¹³

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile “Bütün tekliflerin reddedilmesi ve İhalenin İptali” başlıklı 39.madde ile “İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi” başlıklı 16. Maddesi ile İdarenin ihaleyi bu şartlar altında iptal etmesi ile tazmin sorumluluğu altına girmeyeceğine dair yasal düzenleme mevcuttur.

⁴⁰⁹ Tayfun Akgüner, a.g.e., s. 361.

⁴¹⁰ Vedat Buz, a.g.e., s.155.

⁴¹¹ Vedat Buz, a.g.e., s.163.

⁴¹² Vedat Buz, a.g.e., s.173.

⁴¹³ Vedat Buz, a.g.e., s.154.

Bu düzenlemelerin yanında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile “şikâyet” ve “itirazen şikâyet” başvuru yolları ile isteklileri İdarenin ihale mevzuatına aykırı eylem ve işlemlerine karşı koruma altına almıştır. Ancak bu başvuru yollarından ilki olan ihaleyi yapan kuruma “şikâyet” etme hakkının kullanılması ihaleyi yapan İdareye yapıldığı için etkin bir yol olduğunu söylemek zor olsa da ikinci başvuru yolu olan Kamu İhale Kurum’una itirazen şikâyet yolu ile başvurma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Tüm bu yolların yanı sıra tazmin talebi ile başvurulacak bir yargı makamının bulunmayışı ve bunun 4734 Sayılı Kamu İhale Mevzuatı ile düzenlenmemiş olması doktrinde eksiklik olarak görülse de Türk Hukukunda idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması nedeniyle genel hükümler çerçevesinde İdarenin sorumluluğuna başvurulabileceği görüşü mevcuttur.⁴¹⁴

3.2.3. Tahkim

4446 Sayılı Kanun’un Anayasa’nın 125.maddesinde “imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim” yolunu öngörmesi ile başlayan yasal düzenlemeler; 18.12.1999 tarihinde 4492 Sayılı Kanun ile Danıştay Kanun’unun 24.maddesinde yapılan değişiklik ile imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunu açmış oldu. Böylece kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için İdare tarafından tahkim yolu benimsenenler dışında kalan uyuşmazlıkların ilk derece çözüm mahkemesi idari yargıdır.

Bu düzenlemeler nazarında idari sözleşmeler altındaki kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin hukuki rejimi konusunda değişikliğe gidilmiştir. Kamu Hukuku alanına giren imtiyaz sözleşmeleri bu değişiklikten sonra, yargı rejimini tespit etmek yolu ile özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenebilmektedir.

Kara Avrupası Hukuku ile kabul etmiş olduğumuz Kamu Hukuku – Özel Hukuk ayrımında belirleyici faktör İdarenin kamu gücü yetkisini kullandığı durumlarda idari yargı içerisinde çözümlenmesidir. İmtiyaz sözleşmeleri ile yapılan tahkim düzenlemesi ile birlikte İdari yargı rejiminden adli yargı içerisine kaydırılmıştır. Bir kısım yazarların şiddetle karşı çıktığı ve geleneksel İdare Hukuku ilkelerine dayandırdığı görüşlerine göre; bu düzenlemeler sonucunda “kamu yararı” ilkesinin gözetilemeyeceği, İdari yargı rejimi içinde çözümlenmesi gereken davaların, “bir ticari adi dava” gibi tahkim yolu ile hakem önünde çözülmesinin kabul edilemez olduğudur.

Esasen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim yolunun açılması uluslararası sermaye sahiplerinden gelen talepler sonucu ortaya çıkmıştır. Ülkemizde siyasi iktidarların sık sık değişmesi sonucunda değişen ekonomik ve siyasi politikalar bu yatırımcıları önlem almaya yönlendirmiştir. Uzun bir süreyi kapsayan ve büyük miktarda yatırımların görüldüğü imtiyaz sözleşmelerinde, İdarenin, idari yargı önünde üstün eşitliği konumunda bulunduğu eleştirisi ile çıkacak olan uyuşmazlıkların tarafsız bir hakem önünde karara bağlanması talebini ortaya çıkarmıştır. Küresel yatırımcıların Devlet eliyle çözülecek uyuşmazlıkların akıbeti hususunda endişelerinden ileri gelen bu istek ülkemizde de Anayasal bir düzenleme ile sonuç bulmuştur.

⁴¹⁴ Vedat Buz, a.g.e., s.156.

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının görev alanına girmektedir. İdari yargının ise sözleşmenin tarafı olan idarenin memurları olan hâkimleri tarafından çözümlenmektedir. Bu husus özellikle yabancı ortaklıklar ile girişilen büyük yatırımcıların eleştirdiği en önemli noktalardan biridir. Bu eleştiriye yalnızca Ülkemiz nezdinde nazara almak doğru olmamakla birlikte; bu çok uluslu ticari ortaklıkların kendi aralarında prensip kararlarından kaynaklanan Dünya çapında iş yaptıkları tüm ülkeler nezdinde koştukları bir şart haline gelmiştir. Bu nedenle Ülkemizde de kamu hizmeti ihtiyacının uzmanlık, teknoloji ve sermaye gerektiren alanlara yönelmesi nedeniyle; bu topluluğun vermiş olduğu prensip karar neticesinde Anayasal hüküm değişiklikleri yoluna gidilmiştir. Kanunla tespit edilmiş özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin, özel hukuka tabi olacağı ve kanunla nitelendirilen bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği hüküm altına alınmıştır.⁴¹⁵

2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 24.maddesinin 2.fıkrası gereğince Danıştay ilk derece mahkemesi olarak “....Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar”” hükmü devamında, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 2.maddesinin 1.fıkrası (c) bendi gereğince, ifade edildiği üzere “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri*” demek sureti ile değiştiren hukuki niteliği sonucu çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yerinin adli yargı içerisinde olacağı hüküm altına alınmıştır.

Başlandığı günden bugüne devinimini yitirmeyen bu alanda yapılan değişimlerin başlangıcını oluşturan bu çok uluslu şirketlerin, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü genel prensip olarak kabul etmesi ile iç mevzuatımızda da 4446 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile sonuç bulmuştur. Bu Anayasal değişikliği öngören kanun ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin Tahkim yolu açılmış oldu.

Tahkim usulü özel hukuk alanında kullanılan uyuşmazlıkların mahkeme yolu ile çözümlenmesinin yanında tarafların sözleşme hükümlerinde beyan ettikleri açık rızaları ile kabul ettikleri hakemler tarafından çözümlenmesini içeren alternatif çözüm yöntemidir.⁴¹⁶

1982 Anayasası'nın 125.maddesinin 1.fıkrasında 13.08.1999 yılı ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesinin önü açılmıştır.⁴¹⁷

Bu yasa ile birlikte idari sözleşmelerin tipik örneği sayılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurabilme imkânı tanınmış oldu. Tahkim yolunun açılması ile birlikte idarenin tipik sözleşmeleri olan kamu

⁴¹⁵ Metin Günday, a.g.e., s. 358.

⁴¹⁶ Serozan, R., Uluşan, İ. & Barlas N. (2000), *Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan* (51-105), İstanbul: Beta Yayınevi, s. 78.

⁴¹⁷ Metin Günday, a.g.e., s. 353.

hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özel hukuk ya da kamu hukuku rejimlerinden hangisine tabi olacağı İdare tarafından belirlenebilecektir.⁴¹⁸

İmtiyaz sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin kamu yararı ilkesi nazara alınarak İdarenin üstün yetkileri ile birlikte özel hukuk kişisine işin yapılması mahiyetini kapsayan bir idari sözleşmedir. Tahkim ise özel hukuk rejimine tabi bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Dolayısı ile idarenin üstün yetkileri ile yapılmış bir idari sözleşmeyi Anayasal düzeyde ve kanunlar ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilerek tabi olduğu yargı rejiminin değiştirilmesi ve yalnızca tarafların karşılıklı çıkarları nazara alınarak çözüme kavuşturan bir mekanizmadır. Bu mekanizma önünde taraflar eşit işlem teoremine göre muamele görmektedirler. İdarenin üstün yetkiler ile kamu yararı gözeterek işlem tesis etmiş olması yargılama esnasında herhangi bir fayda sağlamamaktadır.⁴¹⁹

Devlet otoritesi kullanılarak imzalanmış olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin kamu hukuku bağlamında çözüm ve görüş yerinin idari yargı rejimi içerisinde görülmesi kural iken; İdare, Anayasal sistemde kendisine verilen yetki ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyip özel hukukun uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan tahkim yoluna gidebilmesinin önünü açmıştır.⁴²⁰

Esasen tahkim yolu İdare için yabancı bir alternatif çözüm yolu olmamakla birlikte, özel hukuka tabi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarında tercih edebilmekteydi. “Devlet” ve şirketler tahkim yoluna idarenin özel hukuk sözleşmeleri için başvurabilmektedirler.

Gerçekten Kütahya- Balıkesir ve Ulukışla- Boğazköprü tren yolları için yabancı menşeli şirket ile yapılan 15.06.1927 tarihinde Bakanlık ve Julius-Berger-Consortium ünvanlı şirket arasında imzalanan bayındırlık işi idari sözleşme gereği aralarında çıkan çeşitli uyuşmazlıkların çözümü için hakem heyetince 2/11/1939 tarihinde Cenevre’de kararını vermiştir.⁴²¹ Anılan karar ile bir Türk, bir yabancı hakem tayin edilmiş olup, üçüncü kişinin tayini için mahkemeden talepte bulunup tayin edilecek hakemin belirlenmesi istenerek işin halli yoluna gidilmiştir.

Bunun yanında İdari sözleşmelerin en tipik örneği olan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin sözleşmenin akdedilmesinden sonra, İdare hukuku kuralları ve yargı kararları ile İdare tarafından tanınmış olan imtiyazcı lehine birtakım hakları da bulunmaktadır. Bu hakların en önemlisi “öngörülemezlik” ve “egemen olgusu” ilkeleridir. Yukarıda detaylıca açıkladığımız gibi bu ilkeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri özelinde İdare tarafından tanınmış istisnai haklardır. Bu ilkeler gözetilerek imtiyazcının idari yargıda açılacak dava ile sözleşme şartlarının mali hükümlerini revizesini talep

⁴¹⁸ Serozan, R., Uluşan, İ. & Barlas N, a.g.e. s. 1061.

⁴¹⁹ Metin Günday, a.g.e., s. 353.

⁴²⁰ Abdullah Uz, a.g.e., s.148.

⁴²¹ Necmi Osten, a.g.e., s.120.

edebilecektir. Uygulama alanı bulan bu haklar büyük yatırımları içeren kamu hizmetine talip olan özel hukuk kişilerine güvence sağlama amacı ile geliştirilmiştir.⁴²²

Tüm bu haklara rağmen büyük yatırımları konsolide eden yabancı ortaklı ticari şirketlerin uyuşmazlık noktasında bir Devlet ile imzaladığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yine Devlet eliyle ve Devletin memuru olan hakîmleri aracılığı ile çözümlenecek olması hukuki bir risk taşıdığı gerekçesi ile ikna edilememiş ve bu yatırımları yapmaktan geri durmalarına sebep olmuştur.⁴²³

Bu sebeple büyük yatırımlar konusu imtiyaz şartlaşma sözleşmelerinin tarafı olacak uluslararası ticari şirketlerin hakem önünde bağımsız, yargılamaların gizli ve daha ucuz olması, davaya bakacak hakemlerin konularında uzmanlaşmış olması ve aynı zamanda tahkimin uzlaştırıcı yönünün olması sebebi ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim koşulunun öngörülmesi şartı ile birlikte bu yola başvurabilmenin önündeki yasal engel kaldırılmıştır.⁴²⁴

Anayasa değişikliği sonrası bağlantılı olarak 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun⁴²⁵ ile Danıştay Kanunu 24.maddesinde de değişikliğe gidilmiş tahkim yolu öngörülmemiş imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklara ilk derece mahkemesi olarak bakacağı hüküm altına alınmıştır. Yine tahkim yolu öngörülmüş olmakla birlikte; menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler tarafından kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin iptali istemi ile açacakları davaların çözüm ve görüm yeri de Danıştaydır.⁴²⁶

İdari sözleşmelerde tahkim şartı ancak kamu hizmet imtiyaz sözleşmesi için konabilmektedir. Eğer konulmuş ise, 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın değiştirilen hükmü karşısında konulan tahkim şartının geçerliliği mümkün olmayacaktır.⁴²⁷

*21.01.2000 tarih 4501 sayılı ile Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun*⁴²⁸ gereğince milli tahkim ve milletlerarası tahkim yoluna başvurma kural ve ilkeleri belirlenmiştir.

Kanuna göre, taraflar milletlerarası tahkim yoluna başvurabilmesi için “*yabancılık unsuru taşıyan 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*

⁴²² İl Han Özay, a.g.e., s.394.

⁴²³ Serozan, R., Ulsan, İ. & Barlas N, a.g.e., s. 53.

⁴²⁴ İl Han Özay, a.g.e., s.395.

⁴²⁵ 4442 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına dair kanun. 21.12.1999 tarih 23913 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 18.06.2019.

⁴²⁶ Serozan, R., Ulsan, İ. & Barlas N, a.g.e. s. 1067.

⁴²⁷ Abdullah Uz, a.g.e., s.155.

⁴²⁸ 4501 sayılı 21.01.2000 tarih ile Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun. 23941 sayılı 22.01.2000 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Çevrimiçi, 19.06.2019.

akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birinin” varlığı halinde milletlerarası tahkim yoluna başvurabileceklerdir.

Buna göre, sözleşmeden kaynaklı milletlerarası tahkim yolu ile çözüm tarafların iradeleri ile belirlenerek, yabancı bir ülkede hakem seçip, Türk Hukukuna veya yabancı hukuka göre; ya da Türkiye’de toplanıp, Türk veya yabancı hukukuna göre karar verecek hakem ve hakem heyetine uyuşmazlığı götürebileceklerdir. Bunun yanında, tahkim prosedürü bulunan tahkim kuruluşlarında da uyuşmazlığın çözümü söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte milli ya da milletlerarası tahkim tercihi yabancılık unsuru taşıması halinde mümkün olabilecektir. Yabancılık unsuru taşımayan, tüm unsurları itibari ile Türk mevzuatı hakîmiyeti altında olan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milli tahkime gidilebilecektir.⁴²⁹

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ise 4501 Sayılı Kanun’a göre tahkim yolu öngörülmemiş ise, bu kez idari yargı rejimi içerisinde Danıştay ilk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri olacaktır. Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için ise alternatif çözüm yolu olan tahkim önünde görülecektir. Bu bağlamda bakıldığında yalnızca hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilen, kullanılan bir yol gibi görünen tahkimin esasen yasal düzenlemeler sonucu idari yargıda da kullanılabileceği ortaya çıkmıştır. Münhasıran idari yargı alanında kalan bu uyuşmazlık alanının tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildikleri, özel hukuk alanına daha da yaklaştığını söylemek mümkün olmakla birlikte; sözleşme içeriğinde, İdarenin üstün yetkilerini dikte ettiği şartlaşma tasarruflarını barındırdığını söylemek gerekecektir. Bu sebeple, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin öz itibari ile halen tipik bir idari sözleşme olduğu ve idarenin üstün yetkilerini barındırdığını da söylemek doğru olur. Öyle ki yukarıda da bahsettiğimiz üzere imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi akdedilme sürecinde yapılan eylem ve işlemler ve menfaati haleldar olan üçüncü kişilerin sözleşme iptali için açacakları davaların çözüm ve görüm yeri Danıştay’dır.⁴³⁰

4501 Sayılı *Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun* gereğince yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkta taraflar, Türkiye’de toplanıp Türk hukuku veya yabancı hukukuna göre veya yabancı bir ülkede toplanıp Türk hukuku veya yabancı hukukuna göre veyahutta kendi tahkim usulü olan tahkim kuruluşu önünde çözülmesi tercihinde bulunabilirler.

Tahkim yoluna başvuru imkânı için tarafların imtiyaz sözleşmesi ile veya ilaveten tahkim sözleşmesi ile açıkça tahkim yolunu kabul ettiklerini tasdik etmeleri lazım gelmektedir. Öyle ki bu irade beyanı açık ve net bir şekilde anlaşılmadığı hallerde tahkim yoluna

⁴²⁹ Serozan, R., Ulsan, İ. & Barlas N., a.g.e., s. 1082.

⁴³⁰ Serozan, R., Ulsan, İ. & Barlas N., a.g.e., s. 1082.

başvurulamayacağı doktrinde genel kabul görmektedir.⁴³¹ Bu hallerde de imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin idari yargı yerlerinde çözümü gerekeceği açıktır ki, tahkim yolu imtiyaz sözleşmelerinde kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri arasında başvuru olan istisnai bir yoldur. Taraflar tahkim yoluna imtiyaz sözleşmesi içerisinde yer alan bir hususta başvurabileceği gibi sözleşmede hüküm altına almak kaydı ile birden fazla husus için de tahkim yoluna gidebilmektedirler. Tahkime başvurabilmek için taraflar sözleşme içerisinde hüküm koymak kaydı ile veya ayrıca tahkim sözleşmesi imzalamak kaydı ile başvurabilmektedir. Tahkim sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılması asgari şartının olmasının yanı sıra ispat açısından noter huzurunda düzenleme veya onaylama biçiminde yapılmasının da önü açıktır.⁴³²

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinde düşünce bildirme yetkisi imtiyaz sözleşmesi ve eki olan şartnameleri kapsadığı gibi sözleşme harici düzenlenmiş tahkim sözleşmesini de kapsamaktadır. Danıştay'a gönderilen imtiyaz sözleşmesi tahkim şartı öngörüyor ve bu şart ayrıca tahkim sözleşmesi ile düzenlenmiş ise tahkim sözleşmesi için de Danıştay'ca görüş bildirilmesi gerekmektedir.⁴³³ Buna yönelik tahkim şartı konulan imtiyaz sözleşmesinde ek sözleşme olarak düzenlenmiş olan tahkim sözleşmesinin gönderilmemesini eksiklik olarak nitelemiştir.⁴³⁴

Öyle ki uygulamada işler olan imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğü esnasında, 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte imtiyazcının kanundan faydalanmak için yasal süresi içerisinde ilgili Bakanlığa başvurarak, tahkim sözleşmesi imzaladığı ve bu imzalanan tahkim sözleşmesinin de tıpkı imtiyaz sözleşmesinin geçmiş olduğu usullerden geçerek Danıştay'dan görüş alınması gerektiğine ve alınan görüş sonrasında Bakanlar Kurulu kararı ile işlem yapılması yönünde istişare görüşü mevcuttur.⁴³⁵ Danıştay 1. Daire 2000/84 E, 2000/90 K. Sayılı kararında ilgili yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte yapılan incelemede, kamu hizmeti imtiyaz ve sözleşmelerinin tatbikatta varlığının devam ettiğine bu yasa ile birlikte tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinde “*yeni bir hukuki durum*” oluştuğuna işaret edilmektedir.

Kamu hukuku imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin idari rejimden çıkarılarak kanun ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sözleşmenin hükümlerinde İdareye tanınan üstünlüğü zedelememektedir. İdarenin kamu gücü/egemen gücünden kaynaklanan hak ve yetkilerini muhafaza etmektedir. Çünkü pratikte her ne kadar özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilse de akdedilen sözleşmelerin hükümlerine bakıldığında kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bulunan idarenin tek taraflı tasarruf kullanma yetkisini tümüyle kullanabildiği görülecektir. Bu nedenle, tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerini yeni nesil sözleşme olarak kabul edip, İdarenin isimsiz sözleşmeleri

⁴³¹ Dolunay, A. (2018), -Son Değişiklikler Kapsamında- Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında “Tahkim”, *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, 7(2), s. 613. Çevrimiçi, doi:<http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v7i2.1515>, 08.08.2019.

⁴³² Serozan, R., Ulsan, İ. & Barlas N., a.g.e, s. 1084.

⁴³³ Ayhan Dolunay, a.g.m., s. 618.

⁴³⁴ Ayhan Dolunay, a.g.m., s. 621.

⁴³⁵ Danıştay 1. Daire 2000/84 E., 2000/90 K., 16.05.2000 tarihli kararı. Danıştay Dergisi, (2003), Sayı:105(33) issn 1300-0187, Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, s. 39.

arasında saymak mümkün görünmektedir.⁴³⁶ Bu bağlamda, İdarenin imtiyazcıya karşı kullanacağı egemen gücünden kaynaklanan yetkileri elinde tutmaktadır.

Akdolunan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin Danıştay'a iki ay içerisinde görüş bildirmek üzere, ilgili İdare tarafından gönderilmesi Anayasal zorunluluk olsa da, Danıştay'ca bildirilen görüşün herhangi bir bağlayıcılığı da kanunen bulunmamaktadır. Ancak uygulamada İdare, Danıştay'ın verdiği görüş doğrultusunda imtiyaz sözleşmesini düzeltmekte veya değiştirmek yoluna gitmektedir.⁴³⁷

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ise 4501 Sayılı Kanun'a göre milli tahkim yolu öngörülmüş ise milli hakem kararlarına karşı adli yargı en üst temyiz mercii olan Yargıtay'a temyiz yolu açık olacaktır.⁴³⁸

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde 4501 Sayılı Kanun'a göre milletlerarası tahkim yolu öngörülmüş ise hakem kararlarına karşı bu kez 21.06.2001 tarih 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu⁴³⁹ 15.maddesi gereğince adli yargı mercii olan Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 30 gün içerisinde iptal davası açılabilir ve verilen karara karşı 30 gün içerisinde Temyiz yolu açık tutulacaktır.

Son tahlilde kamu hukuku imtiyaz sözleşmelerinde alternatif çözüm yolu olan "tahkim" yolunun öngörülmesi ile değişen yargı rejiminin yetkisi altındaki uyuşmazlıkların ayrımı noktasına değinecek olursak;

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebilecek konular sınırlıdır. Bu konular imtiyaz sözleşmesinin mali hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarında ve sözleşmenin feshinin tahkimden istenmesi hususu ile sınırlandırılmıştır. Ancak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, İdarenin tek taraflı tasarrufları nedeni ile yani idarenin tek taraflı işlemlerinden kaynaklı ayrılabilir idari işlem mahiyetinde olan tek taraflı sözleşmeyi fesih etmesi halinde işlemin iptali için idari yargıda iptal davası açılabilir.

⁴³⁶ Emin Memiş, Genel İdare Hukuku, s.181.

⁴³⁷ Kahreman, İ., (2014), *Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.78.

⁴³⁸ Metin Günday, a.g.e., s. 354.

⁴³⁹ 21.06.2001 tarih 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 24453 sayılı 05.07.2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.





SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İdare kamunun ihtiyaçlarını karşılamak için birtakım yetkilere ve haklara sahip olmak zorundadır. İdare kamu hizmetini görürken, bu yetkilerini kullanır; vergi, resim, harç toplama, zabıta gücü, kamulaştırma yetkileri hep özel hukuku aşan, kişinin hak ve özgürlüklerinin yeri geldiğine kamu yararına kısıtladığı üstün yetkilerini içermektedir. Fakat idarenin sahip olduğu bu üstün yetkilerin de bir sınırı bulunmaktadır. İdare olunanlara da zarara uğradıkları durumlar için birtakım haklar tanınmıştır. İdare olunanlara tanınan bu haklar, idarenin salahiyet ve tasarruf sınırını oluşturmaktadır

Kamu hizmeti kavramı, imtiyaz sözleşmelerine idarilik unsuru katan, bu sözleşmeyi diğer idari sözleşmelerden ayıran unsurunu oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bu belirsiz kavramı tanımlamaya çalışmış, bu tanımlamalar genellikle üstlenilen görevin unsurları ile yapılmıştır. *“Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”* olarak tanımlayan Anayasa Mahkemesi’nin tanımından yola çıkarak imtiyaz sözleşmesinin barındırması gereken unsurlara ulaşabiliriz. Gerçekten kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin içtihadı ve doktrinsel tanımlaması dışında kanunda tanımına yer verilmemiştir

Görülen hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için öncelikle kamu yararına bir hizmetin görülmesi gerekmektedir. Bu hizmetin görülmesi sırasında ferdin hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı birtakım kararlar alması gerekebilmektedir. Burada kamu yararı ilkesi ferdin yararına üstün tutulmaktadır. Bu sebeple kamunun üstün yararı gereğince, görülecek hizmetin devamlılık arz etmesi, İdarenin gözetim ve denetimi altında yürütülmesi gerekmektedir.

İdare hukuku ve İdari yargı, İmparatorluk döneminde I. Meşrutiyetin ilanı ile tedvin edilmiş, ancak Cumhuriyet dönemi ile gerçekten uygulama alanı bulmuştur. İdare hukuku alt başlığı haline gelen idari yargının gerçek manada gelişme kaydetmesi kamu yararı ilkesi ile meşru olarak ferdin yararından üstün tutulacak hakkın birbirinden ayrılması ve devletin millet için varlık sürdüğünün kavranması ile olmuştur.

İdare Hukukunun kodifiye bir hukuk dalı olmaması, özel hukuka göre daha genç bir hukuk dalı olması nedeniyle, cüzlerini düzenleyen alanlara ilişkin toplu bir kanun bulunmamaktadır. Bu durum neticesinde yargı kararlarının öne çıkması ve daha çok içtihadı hukuku içinde barındırması sonucu bu alanda yeknesaklığı engellemiştir.

Bu bağlamda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili yasal düzenlemeler mevzuatımızda dağınık bir şekilde yer almaktadır. İdare Hukukunun derlenmesi noktasında yaşanan sıkıntıların kaynağı; 1868 yılında kabul ettiğimiz idari rejimin büyük bir İmparatorluğun mirasçısı olarak genç Cumhuriyet ile birlikte uygulama alanı bulan bu yeni rejimin⁴⁴⁰ yapısından ileri gelmektedir.

⁴⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz.: Tahsin Bekir Balta, a.g.e., s.76.

I ve II. Dünya savaşlarından sonra dağılan imparatorluklar ve ardından ulus devletlerin kurulması ile Avrupa’da sanayi devriminden sonra ilerleyen teknolojinin de devinimi ile kamu hizmetlerinin alanı genişletmiştir. Klasik İdare Hukuku doktrini ile sınırlandırılmayacak, ileri teknolojik hizmetlerin ihtiyacı ve hatta gereken bilim ve teknolojinin başka ülkelerden imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler aracılığı ile satın alınması yoluna gidilmiştir.

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin uygulanması tarihten günümüze değişiklik arz etmiştir. 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulu’na verilmiş olup, Türk mevzuatında bu alana ilişkin düzenlemelerin başlangıç noktası olmuştur. İmparatorluk döneminde, yabancılara tanınmış olan bu usulün; Cumhuriyetin ilanı ile birlikte, idari rejimin kabulü sonucu siyasi otoritenin benimsemiş olduğu devletleştirme politikası gereği verilen imtiyazların İdarenin raşa hakkını kullanarak geri çağırması ile birlikte kamu hizmetinin Devlet eliyle yürütülmesi yolu benimsenmiştir.

Daha sonra kamu hizmetlerinin niteliklerinin artması ve idare ile fert arasındaki kamu ilişkilerinin özelliklerinde, ülkenin devamlı değişen ekonomik ve sosyal koşulları ile İdarenin bu alana ilişkin ihtiyacı karşılamakta zorlanmasına yol açmıştır. İdare bu ihtiyaca karşılık vermek amacı ile birtakım isimler altında idari sözleşmeler akdetme yoluna gitmiştir. Kamu hizmeti faaliyetinin, idari sözleşmeler aracılığı ile özel hukuk kişisine devretmesi bu alandaki devlet otoritesinin azalmasına neden olmuştur. İdarenin karşı karşıya kaldığı teknolojik imkânsızlıklar veya yeterli kaynak ihtiyacının karşılanamaması maliyet ve riskine katlanmaksızın özel hukuk kişisi aracılığı ile kamu hizmeti faaliyetini gördürme yoluna götürmüştür. Bu bağlamda sektör haline gelen teknolojik ve bilgi birikim ve deneyim anlamında, çok uluslu şirketlerin nezdindeki uzman toplulukları, tüm Dünyada kamu hizmeti faaliyeti vermeye başlamışlardır.

Çalışmamız içerisinde geniş açıklamalara yer verdiğimiz hususlarla, kamu hizmetinin tarihten bugüne yaşadığı değişimleri, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için taşınması gereken şartlardan bahsedilmiştir. İmtiyaz kelime anlamı itibari ile ayrıcalık olarak da ifade edilmekle, bu haliyle bir devrin en tartışmalı hususunu da oluşturmaktadır. Öyle ki, İmparatorluk döneminin yıkılmasına sebep olan nedenlerden birisi olarak imtiyazlar gösterilmektedir. Bu husus tarihsel bir tartışmaya yol açmakla, bizim incelediğimiz ve geçmişi İmparatorluk dönemine kadar dayanan imtiyaz sözleşmelerinin Cumhuriyet Döneminden sonra ve akdedilme usulü ile özellikle 4446 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasal hükümlerden sonraki durumu kapsamaktadır.

İmtiyaz sözleşmesi ile yapılan işin kamu hizmeti olması, sözleşmenin taraflarından birinin İdare olması ve diğer yanının özel hukuk kişisi olması sebebi ile bu sözleşmeler özellik arz etmektedir. Bu sözleşmelerin ihale süreçleri, sözleşme yapım aşaması ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri açısından üzerinde durulması gereken bir alan haline getirmiştir.

Günümüzde yapılan kamu hizmetlerinin büyüklüğü ve maliyetleri düşünüldüğünde, buna doğru orantılı olarak artacak risklerin ve karlılığın özel sektör ile girilecek ortaklıklar veya sözleşmeler aracılığı ile bertaraf etmek amaçlanmaktadır. Elbette kâr amacı gütmek, idarenin kamu hizmeti sunarken göz önünde tuttuğu ilk sırada yer alan saiki olmamakla birlikte, değişen ekonomi ve küreselleşen dünyada artık ülkeler çok uluslu şirketler gibi az maliyet ile çok hizmet sunmayı amaçladıklarını kabul etmek gerekecektir.

Yaşanan tüm bu değişime rağmen kamu hizmetinin gördürülme usulü olarak imtiyaz sözleşmelerinin, 1910 tarihli Menafii Umumîyeye Mûteâllik İmtiyazât Hakkında Kanun ile yürütülmeye çalışılması, idarenin en mükemmel tip sözleşmesinin uygulanması açısından yetersiz kalmaktadır. Kanunun lafzı ve ruhu gereği kaldığı çağı yansıtmaması, bugünün ihtiyaçlarını karşılayamaması, İdare tarafından tatbikatta farklı uygulamalara gitmesine sebep olmaktadır.

Uygulamada bu duruma sebep olan faktörlerden birisi olarak, “Danıştay görüşü” nün alınmasında uzayan süreç sebep olarak göstermektedir. İdare yapacağı bu sözleşmelerde Danıştay’ın görüşünün alınmasını süreci uzatan bir husus olarak görmesi, bunun yanında imtiyaz sözleşmelerinin Anayasa bazında düzenlenen şekli düzenlemesi olması imtiyaz sözleşmesi esaslarını barındıran ancak başka isimler taşıyan sözleşmeler üretmesine neden olmuştur. Buna ilk örnek çalışmamızda inceleme altına aldığımız Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin “Danıştay incelemesi” olmaksızın akdedilmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin Danıştay’ın incelemesinden geçirilmemesini hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinin usulî geçerlilik şartlarından biri de Danıştay’ın görüşünün alınması hususudur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tam ve eksiksiz son hali ile birlikte Danıştay 1.Dairesi’ne gönderilecek ve görüşü sorulacaktır. Bu görüşün hukuki mahiyeti itibari ile bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak, imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay görüşünün alınmamış olması sözleşmenin asli usul sakatlığı sonucunu meydana getirecektir. Bu sebeple anılan sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılmayacak ancak, idari sözleşme olarak değerlendirilebilecektir. Bunun sonucu olarak yapılan sözleşme imtiyaz sözleşmesi olmadığından ileride ortaya çıkacak olası uyuşmazlık İdare Mahkemesinde çözümlenecektir.

1980 sonrası Dünyada yaşanan teknolojik ilerlemeleri Devletleştirme politikası ile takip edemeyişi, ilerleyen çağa devletin memur ve bürokrati ile birlikte ayak uyduramayışı nedeni ile birlikte kamu hizmeti alanının genişlemesi, kamu hizmetine olan ihtiyacın artması ve bu ihtiyacın büyük yatırımlar ve ileri teknoloji ile yapımının mümkün olması nedeni ile İdarenin kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yapımında başka usulleri aramasına ve özel hukuk kişileri ile gerek yarı kamusal gerek, yabancı ortaklar ile bu alandaki yatırım boşluklarını kapatmaya çalışmıştır.

Devletleştirme politikasının önemini kaybetmesi ile birlikte artan yatırım ihtiyacının her bakımdan donanımlı ve büyük sermaye sahibi özel hukuk kişilerine gördürülmesi

gerekliliği, Anayasal bazda ve onu takip eden kanunlarda değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurmuştur. Ancak yapılan bu değişikliklerin, geçmişten günümüze gelen idare hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığını düşünen ve savunan doktrin görüşleri ile geçmiş yasal düzenlemelerin günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığını düşünen ve bu değişikliklerin zorunlu olduğundan bahisle kabul eden doktrin görüşlerini karşı karşıya getirmiştir. Yapılan eleştirilerin ortak noktasını teşkil eden Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki “inceleme” yetkisinin daraltılarak “görüş bildirme” yetkisine indirgenmesi ve kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin kanun hükmü ile birlikte özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi sonucu Danıştay denetimi dışında bırakılması hususu üzerinde toplanmaktadır.

İmtiyaz sözleşmeleri özelinde son tarihli sayılabilecek bu değişiklik ile tahkim yolu açılmıştır. İdarenin taraf olduğu ve kamu hizmetlerinin gördürülmesi hususunda bilhassa elektrik projeleri, bayındırlık işleri ile büyük yatırımlar ve yüksek teknoloji ile çoklu ve yabancı menşeli ortaklıklar gerektiren çok uluslu şirketlerin, tarafı olduğu imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi talebi bu Anayasal düzenlemenin kaynağı olmuştur. Bunun neticesinde, 4446 Sayılı Kanun ile Anayasa hükümlerinde yapılan değişiklik sonucunda, idari sözleşmelerin en tipik rneği olan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için tahkim yolu öngörülen sözleşmeler, Danıştay’ın yargı denetiminden çıkarılmıştır.

Ülkemizde de bu alanda yapılan Anayasal değişikliklerin İdare hukuku alanında ve idari sözleşmelerin en tipik rneği olan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri özelinde birtakım değişikliğe yol açmıştır. Yapılan bu değişiklik ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinde, tahkim yoluna gidilmesinin n açılmış olup, bu durum doktrinsel tartışmalara neden olmuştur. Anayasal bazda yapılan ve kanunlar ile devam eden bu değişikliklerin hukuki olarak değerlendirilmesi yapılarak, doktrini ikiye ayıran bu husus noktasında kendi değerlendirmemizi de katarak problem tespiti ile birlikte öneri sunabilmektir.

Alternatif zm yolu olarak uygulama alanı bulan tahkim, küreselleşen dünyada her ülkenin bir diğerine açık pazar haline gelmesi, ülkelerin çok uluslu ortaklıklar kurarak yatırım yapması nedeniyle, yapılan yatırımların kapasitesinin büyümesi ile birlikte güven ihtiyaının artması sonucu çok uluslu şirketlerin iki veya daha fazla ortaklı sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkim yolunu benimsemelerine neden olmuştur.

4446 Sayılı Kanun ile Anayasa hükümlerinde değişiklik yapılarak tahkim yolu öngörülen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği hüküm altına alınmıştır. İdare tarafından Kanun ile nitelendirilmeyen sözleşmeler bağlamında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde Danıştay görevlidir. Bu tespitler işığında, her ne kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, 4501 Sayılı Kanun çerçevesinde özel hukuk hükümlerine tabi olsa da esasen imtiyaz sözleşmeleri uygulamadan kalkmamıştır. 4501 Sayılı Kanun ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinden tahkim yolu öngörülenler için farklı bir hukuki durum ortaya çıkmıştır. Yeni ve farklı bir hukuki durum yaratan bu düzenleme ile İdarenin yeni nesil bir karma sözleşmesi literatüre girmiştir. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 2. fıkrası

gereğince Danıştay ilk derece mahkemesi olarak “...*Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*” hükmü devamında, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2.maddesinin 1. fıkrası (c) bendi gereğince, ifade edildiği üzere “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri*” demek sureti ile hukuki niteliği değiştirilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yerinin adli yargı olacağı düzenlemesi yapılmıştır.

Bu düzenlemeler nazarında İdare hukuku alanında yer alan idari sözleşmelerin en tipik örneği olan, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tahkim yolu öngörülen sözleşmelerinde uyuşmazlığın çözümü noktasında hukuki rejiminde değişikliğe yol açmıştır. Kamu Hukuku alanına giren imtiyaz sözleşmeleri bu değişiklikten sonra tahkim yolu öngörülür ise, özel hukuk alanında değerlendirilecektir.

Geleneksel ayırmda, Kara Avrupası Hukuk sisteminin kabul edilmiş en belirgin özelliği olan kamu hukuku, özel hukuk ayırımında belirleyici faktör olan İdarenin taraf olduğu kamu gücü yetkisini kullandığı durumlarda kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm ve görüm yerinin idari yargı rejiminden çıkarılmasıdır. Son halde imtiyaz sözleşmeleri hükümlerinde veya taraflarca ayrı olarak tahkim sözleşmesi düzenlenen durumlarda, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı rejimi içerisinde olacaktır. Kimi görüşlerin şiddetle karşı çıktığı ve geleneksel İdare Hukuku ilkelerine dayandırdığı iddialarına göre bu düzenlemeler sonucunda “kamu yararı” ilkesinin gözetilemeyeceği, idari yargı rejimi içerisinde İdari Mahkemelerde çözümlenmesi gereken davaların bir ticari adi dava gibi tahkim yolu ile hakem önünde çözülmesinin kabul edilemez olduğudur.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde İdare, yeni nesil imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcıya karşı kullanacağı egemen gücünden kaynaklanan yetkileri elinde tutmakla birlikte, aynı zamanda giriştiği büyük yatırımların hitamını daha hızlı ve kümülatif şekilde gerçekleştirebilmektedir. Yeni nesil kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine İdare hukuku anlamında bakıldığında esasen İdarenin İdari sözleşmelerinin en bilindik örneklerinin yanı sıra, bu tip sözleşmeler ile sınırlı olmadığı, İdarenin kamu hizmeti ihtiyacını görmek için yeni tip sözleşmeler ihdas edebileceğini kabul etmek gerekmektedir. O halde, tahkim yolu öngörülen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini bu yeni tip sözleşmelerden sayılabileceğinin kabulü gerekmektedir. Bu yeni tip sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesinin usul ve esaslarını barındırmasının yanında, taraflarca uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak tahkim yolunda anlaşmaları noktalarında klasik imtiyaz sözleşmeleri gibi idari yargı alanında değil, adli yargı alanında görüleceğinin kabulü gerekecektir. Bu halde hem idari sözleşmenin hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerinin özelliklerini barındıran yeni nesil bir sözleşmenin ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin şekli şartlarının İdare tarafından zaman kaybı olarak görülmesi uygulamada başka adlar altında bu nitelikte adsız sözleşmeler yapma yoluna götürmüştür. İdare, imtiyaz sözleşmesi sayılabilecek birçok sözleşme türünü başkaca adlarla özel kanun ile düzenleme yoluna giderek, imtiyaz sözleşmesinin uygulama alanını daraltmaktadır. O halde İdarenin ihtiyaçlarını karşılayabilecek usûl ve esasların

düzenlendiği yeni bir İmtiyaz Kanunu'nun yapılması gerekmektedir. Öyle ki, İdarede imtiyaz sözleşmelerinin ihale usullerinin tedvin edilmemiş olması dahi tereddüte yol açmakta, kıyasen kamuya gelir sağlayıcı ihalelere uygulanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ihale usulleri uygulanmaktadır. Bunun yanında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun genel ilkeleri de gözetilmektedir. Bu uygulama tamamen İdarenin işlemlerinin denetime uygun olması ve izlenmesi esasına dayalı olarak insiyatif dairesinde yapılmaktadır. İdarenin imtiyaz sözleşmelerinde uyulacak usûl ve esasların düzenlenmediği iddiasından yola çıkılarak, serbest rekabet, aleniyet, saydamlık, eşit muamele gibi ilkelerin yanında, ihale usul ve esaslarının göz ardı edilmesi, İdarenin kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmayacak bir uygulama olurdu.

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin akdedilme usulü ile ilgili olarak özel bir usul kanunu bulunmamaktadır. İdari sözleşmeler içerisinde geçmişten günümüze en çok uygulama alanı bulan imtiyaz sözleşmelerinin ihale usulleri, İdarenin yapmış olduğu özel hukuk sözleşmeleri için öngörülen mevzuatın kıyasen uygulanması yolu tatbik edilmektedir.

İmtiyazcının seçimi hususunda İdareye tanınmış olan takdir yetkisinin, uygulamada idare tarafından kullanılmayarak, ihale mevzuat hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmektedir. İdare tarafından benimsenen bu uygulama ile ihale ilkeleri tatbik edilmekte ve imtiyazcının seçimi hususunda belli usuller benimsenmektedir. Bu usuller genellikle imtiyaz şartnamesi ile tespit edilmekte ve imtiyaz şartname ve sözleşmelerinin, önceki hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu kararı ile 2017 sonrası Anayasal değişiklik ile Cumhurbaşkanı Kararı ile İdarenin tasarrufu haline gelmektedir. Böylece akdedilmiş olan her imtiyaz sözleşmesi özelinde, İdare tarafından imtiyazcının seçimi konusunda uygulanacak ihale usulü tespit edilmiş olmaktadır. İmtiyazcının seçimi hususundaki ihale usulü artık kararı veren İdare tarafından da uygulanmak zorunda olunan bir tasarruf halini almaktadır.

İdare imtiyaz sözleşmesinin hazırlık aşamasından, sözleşmenin akdedilme aşaması arasında geçen süreçte 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun öngörmüş olduğu ilke ve esaslar çerçevesinde kararlarını almaktadır. Esasen imtiyazcının serbestçe seçimi hususunda doktrinde anılan ölçüde tam irade serbestisi uygulanmamakta; bununla birlikte bu serbesti belli istekliler arasından veya ilgili İdare tarafından davet ile kapalı teklif veya pazarlık usulü ile gerçekleşmektedir.

Gerçekten, 2886 Sayılı Kanun ile kapalı teklif usulünün uygulanacağı belli alanlar tespit edilmiş olmakla, bu alanlar imtiyaz sözleşmelerinin çoğunlukla sözleşme konusunu ilgilendiren ileri teknoloji ve sınai zorunluluk gerektiren konularda olmaktadır. Bu alanlarda gördürülecek olan kamu hizmetinin imtiyazcısının seçimi konusunda ilgili Bakanlığın oluru alınarak, bu usul uygulanabilmektedir.

Bu usulün uygulanması, söz edilen imtiyazcının seçimi konusunda seçilecek yolun (ihale yönteminin) idarenin takdir yetkisi altında olduğu sonucu çıkmaktadır. İdare uygulamada imtiyazcıcıyı işaret ederek seçmek yerine, ihale mevzuatına uygun olarak belli yetenek,

imkân, teknolojik altyapıya sahip özel hukuk kişileri arasından rekabet ilkelerini uygulayarak en iyi fiyat ilkesi çerçevesinde kamu yararı ilkelerini gözeterek imtiyaz sözleşmesini akdetmektedir.

Özetleyecek olursak, imtiyaz sözleşmelerinin kendine münhasır birtakım özellikleri bulunmakla, bugün diğer idari sözleşmelere uygulanan ihale usulleri uygulanmaktadır. Ancak bu usullerin uygulanması veya uygulanmaması İdarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin, ihale mevzuatına aykırı işlemi sonucunda imtiyaz sözleşmesinin hukuka aykırılığının iddiası bu nedenle mümkün görünmemektedir. Bu alana ilişkin karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, her ulus devletin imtiyaz sözleşmeleri konusunda kendi uygulaması mevcut olup; Avrupa Topluluğu Hukuku nezdinde dahi bu alanın belli ilkeler nezdinde serbest bırakılması yoluna gidilmiştir.

Bu bağlamda değerlendirecek olur isek, kamu harcamalarını düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu ihtiyaçları karşılayabilmek için 01/01/2003 tarihinden bu yana 16 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişim yalnızca ülkemizde değil, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale hukuku anlamında düzenlemelerini de içermektedir. Uluslararası düzeyde yürürlüğe giren yeni direktiflerin iç hukukumuzda da uyum düzenlemeleri yapılmıştır. Bu açıdan bir eleştiri yapmak gerekir ise henüz yürürlüğe girmiş yasa olan 4734 sayılı Kanun'un kısa süre içerisinde değişikliğe ihtiyaç duyuyor olması başka açıdan eleştiri konusu yapılabilecek iken; 1910 tarihli Kanun'un çağlar boyunca değişime ayak uydurabilmesini beklemek temenniden öteye geçmeyecek, gerçekliği de yansıtmayacaktır.

Kamu yararı güden hizmetlerin ve bu hizmetlerin gördürülmesi için kurulacak ilişkilerin, 1910 tarihinden kalma, yazılı kurallar ile düzenlemesi durumunda ortaya çıkan duruma rağmen günümüzde hala rağbet gören imtiyaz sözleşmelerinin; ticari alandaki değişime ayak uyduramadığı, sürekli değişikliğe maruz kalan bir alanda ihtiyaçları karşılayamadığını açıkça görmekteyiz. Söz konusu değişimler günümüz dünyasında anlık olmakla, var olan yasal değişimlerin yapılabilmesi için belli bir prosedürün takip edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda halen devrim halinde olan idare hukukunu, geçmişten günümüze kaynak taraması yapılarak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin mahiyeti, unsurları, akdedilme usulleri, tarafların hak ve yükümlülükleri dikkate alınarak günümüzün ihtiyaçlarını karşılayacak bir kanun ile yeniden düzenleme altına alınması gerekmektedir.

Kanunun günümüz şartlarına pek de uygun olmayan lafzı ve ruhu bugünün ihtiyaçlarını karşılamadığı ortadadır. Değişen ekonomik şartlar ve globalleşen dünya ekonomisi üzerinde kurulu küresel sermayeler, çok uluslu büyük yatırım şirketleri olarak tüm dünyada hizmet vermektedir. Bunun sonucunda, İdare, yapacağı yatırımların imtiyaz usulü ile gördürülmesi aşamasında 1910 tarihli kanunun geçmiş şartlar baz alınarak yazılmış metni ile birtakım sıkıntılarla karşılaşmakta bu sıkıntıları imtiyaz sözleşmesi adını anmadan ancak, imtiyaz sözleşmesinin tüm unsurlarını barındıran idari sözleşmeler yaparak aşmaya çalışmaktadır.

Bununla birlikte, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tüm unsurları ile bu yeni tip sözleşmelerde yaşıyor olması, imtiyaz sözleşmelerinin kapsam ve mahiyet itibari ile hala itibar gördüğünü göstermektedir. Çalışmamızda incelemiş olduğumuz, imtiyaz sözleşmelerinin İdarece başkaca isimler altında yeni tip sözleşmeler oluşturma gayesinin esas nedeninin, 1910 tarihli Kanunun bugünün şartlarına uygun bir lafza ve ruha sahip olmayışdır.

İdare tarafından ihtiyacı karşılamak üzere imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini taşıyan “yetkilendirme” sözleşmeleri adı altında idari sözleşmeler yapılmaktadır. Bu sözleşmelerinin usul ve esasları ve hükümleri incelendiğinde imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Anılan sözleşmelerin yeni tip sözleşme olduğu kabul edilmekle, bu sözleşmelere ilişkin Danıştay görüşü de alınmamaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinde zorunlu olan Danıştay görüşünün alınması emredici bir usuli düzenleme olup; yalnızca imtiyaz sözleşmelerine özel bir usuldür.

İmparatorluk döneminden, İdari rejimin kabul edildiği hukuk devleti Cumhuriyetine kadar geçen çağlar boyunca ayakta kalmış bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmesinin, akdedilme usul ve esaslarını toplu halde düzenleyen bir kanuna ihtiyaç olduğu sonucu hasıl olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, M. (2014). Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 72 (2), 683-701.
- Akgüner, T. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.
- Akpınar, M. (2011). Gün Işığında Yönetim Açısından Türk Kamu Yönetiminde Açıklık ve Şeffaflık Sorunu. 16(2).
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2019). *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi. Yenilenmiş 10. Baskı.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. & Kaya, C. (2019). *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Ardıçoğlu, M.A. (2017). Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. *Ankara Barosu Dergisi*. (21-51).
- Özay İ. (2007). *Prof. Dr. Yavuz Alongaya için Armağan. İhale Usulleri* İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Atay, E. E. (2018). *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi. 16 Nisan 2017 Tarihli Anayasa Değişikliğine Göre Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası.
- Bafra E., (2017). *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Balta, B. T. (1972). *İdare Hukuku I. Genel Konular*. Ankara: AÜSBF Yayını.
- Balta, B. T. (1968/1970). *İdare Hukukuna Giriş*. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:117.
- Bilgen, P. (2011). Kamu Hizmeti Hakkında. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*. 1 (1). 113-116. <http://dergipark.org.tr/iuihid/issue/1261/14817>
- Buz, V. (2007). *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Can, H. H. (2014). Yerel Yönetimlerde İmtiyaz Uygulamaları. *Türk İdare Dergisi* 2014(478):381-419. search.ebscohost.com
- Çağlayan, R. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 5.Baskı.
- Çal, D. (2010). “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine. *Ankara Barosu Dergisi*. (3). 50-115. <http://dergipark.org.tr/abd/issue/33779/374105>

- Derbil, S. (1959). *İdare Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından:133.
- Derbil, S. (1950). Kamu Hizmeti Nedir? *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.7 (3). 0-0. DOI: 10.1501/Hukfak_0000000213
- Dinçer, G., Çırakman, E., & Necipoğlu, N. (1969). *Danıştay Kararları*. Ankara: Yarı açık Cezaevi Matbaası.
- Dolunay, A. (2018). Son Değişiklikler Kapsamında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında “Tahkim”. *Tarih, Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*. 7(2). 600-623. doi:http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v7i2.1515
- Duran, L. (1957). *İdare Hukuki Meseleleri*. İstanbul: Halk Basımevi.
- Duran, L. (1982). İdare Hukuku Ders Notları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*. http://dergipark.org.tr
- Duran, L. (2011). İdari Yargı Adlileşti. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*. 3(1-3). 53-83. http://dergipark.org.tr/iuihid/issue/1257/14775
- Dursun, H. (2011). Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2016 (125). 85-146. http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/
- Düğer, S., (2019). *Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Düren, A. (1979). *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:447. Sevinç Matbaası.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare Hukuku Genel Esaslar İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi*. Ankara: Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare Hukuku*. Ankara: 5. Baskı. Turhan Kitapevi.
- Esin, Y. & Dünder E. (1976). *Danıştay'da açılacak tazminat davaları*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Esin, Y. (1973). *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Esirgen Örsten, S. (2011). II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü. *AÜHFD*. 60(4). 935-962.
- Erşen, C. (2009). *Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yetkilendirmesinde İhale Yöntemleri: Ülke Uygulamaları ve Türkiye için Öneriler*. (Yayımlanmış Uzmanlık Tezi). Ankara. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

- Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T., & Berk, K. (2015). *İdare Hukuku*. Der Yayınları.
- Görelî, İ. H. (1953). *Devlet şûrası: (Şûrayî devlet)-(Danıştay)*. Ankara: Yeni Matbaa.
- Gönen, D. & Işık, H., (2000). *Devlet İhale Kanunu ile İlgili Sayıştay Yargıtay Danıştay Kararları ve Özelgeler*. Ankara: Tşof Matbaacılık.
- Gözler, K. (2003). *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: 1.Baskı, Ekin Kitapevi.
- Gözler, K. (2003). *İdare Hukuku Cilt II*. Bursa: 1.Baskı, Ekin Kitapevi.
- Gözübüyük, Ş., A., (1997). *Yönetmelik Yargı*. Ankara: Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, Ş., & Tan T., (2011). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, Ş., & Tan T., (2012). *İdare Hukuku Cilt II Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: 10. Baskı, İmaj Yayınevi.
- Güneş, B., (2017). Arbitration in Concession Contracts. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 37(2). 408-438. <http://dergipark.org.tr/iumhmohb/issue/34702/383733>
- Kahreman, İ., (2014). *Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul.
- Kalabalık, H., (2019). *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Karahanoğulları, O. (2011). Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tıp: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı). *AÜSBF Dergisi*. 66(3). 177-215.
- Kaya, C. (2008). İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16(1). 117-141. DOI: 10.15337/SUHFD.2017.137
- Memiş, E. (2014). *Genel İdare Hukuku Notları*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Memiş, E. (2017). *Genel İdare Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Merkl, A. (1942). *Umumi İdare Hukuku*. (Çev.: Bedri Tahir Şaman). Ankara: Titaş Basımevi.
- Odyakmaz, Z. (1998). Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(S 12).
- Oğuzman, M. K., & Barlas, N. (2004). *Medeni Hukuk*. İstanbul: 11. Bası, Beta Yayınları.

- Onar, S. S. (1960). *İdare Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: I. Cilt, Üçüncü Baskı.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: II. Cilt, Üçüncü Baskı.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: III. Cilt, Üçüncü Baskı.
- Onar, S. (2011). Mahkeme İçtihatları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (3-4). 826-830. <http://dergipark.org.tr/iuhfm/issue/9148/114655>
- Onar, S. (2011). Türkiyede İdarenin Kazai Mürakabesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(1). 21-40. <http://dergipark.org.tr/iuhfm/issue/9144/114582>
- Osten, N. (1943). Mahkeme İçtihatları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(1). 0-0. DOI: 10.1501/Hukfak_0000000007
- Özay, İ. H. (2004). *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özkan, G. (2014). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Sancakdar, O., E. Us, M. Kasapoğlu Turhan, L. B. Önüt ve S. Seyhan. (2018). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı.
- Serozan, R., Ulusan, İ. & Barlas N. (2000). *Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan* (51-105). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Sezginer, M. (2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sezginer, M. (2007). İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(2). (1079-1093).
- Tan, T. (1995). İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*. 50(03). <http://dergipark.org.tr/ausbf/issue/3111/43103>
- Tekinsoy, M. A. (2006). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 55(2). (181-227).
- Tural, E. (2006). II. Meşrutiyet Dönemi'nde Danıştay (Şura-yı Devlet). *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*. 5(13), 79-89. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cttdad/issue/25526/269274>
- Uz, A. (2005). *Kamu İhale Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Uz, A. (2010). *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*. Ankara,:Turhan Kitabevi.

Uz, A. (2011). *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Yayla, Y. (2010). *İdare Hukuku*. İstanbul: 2. Baskı. Beta Yayınları.

Yazarsız, Y. (2011). Üçüncü Fasıl: Akitten Doğan Borçlar. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 10(57), 148-150.

Yıldırım, T. (2008). *İdari Yargı*. İstanbul: Beta Yayıncılık.





ÖZGEÇMİŞ

İlk ve ortaöğretimini Adapazarı Sakarya’da tamamladı. 2005 yılında başladığı Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2009 yılında mezun oldu.

2009 yılında Avukatlık yapmaya başladı. Halen Cumhurbaşkanlığı bünyesinde mesleğini sürdürmektedir.

