

**İDARENİN TARAFI OLDUĞU SÖZLEŞMELERİN
HUKUKÎ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE
KANUN KOYUCUNUN TAKDİR YETKİSİ**

**THE LEGISLATOR'S DISCRETIONARY AUTHORITY
IN DETERMINING THE LEGAL NATURE OF CONTRACTS
CONCLUDED BY THE ADMINISTRATION**

Dr. Can ŞEKER*

ÖZ

Kamu tüzel kişileri, kamusal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak bazen özel hukuk sözleşmelerinin tarafı bazen de idarî sözleşmelerin tarafı olabilmektedirler. İdarelerin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliği kimi durumda kanun koyucu tarafından ihdas edilen yasal düzenlemelerle belirlenebilmektedir. Kanun koyucu tarafından, bu yönde bir belirleme yapılmadığı durumlarda söz konusu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi aşamasında yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğretideki görüşlerle sistematize edilmeye çalışılan ölçütlerden yararlanılmaktadır. İdarelerin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin tespit edilmesi, söz konusu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejiminin ve bu sözleşmelerden kaynaklanacak uyumsuzlukların çözümleneceği yargı kolunun tespit edilmesinde öneme sahiptir. Kanun koyucu tarafından ihdas edilen yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin hangi durumlarda belirlenmiş sayılacağı ve bu

* Danıştay Tetkik Hâkimi
can-seker@windowslive.com, ORCID ID: 0000-0002-3968-2251

Dr. Can ŞEKER

konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışma konuları arasında yer almıştır. Çalışmamızın amacı, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin kanun koyucu tarafından belirlenip belirlenemeyeceği, bu konuda belirleme yapılması hâlinde kanun koyucu tarafından dikkate alınan hususların neler olduğunun ortaya koyulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İdarî Sözleşme, Kanun Koyucu, Ölçüt, Özel Hukuk Sözleşmesi, Takdir Yetkisi

ABSTRACT

Public legal entities may, for the purpose of meeting public needs, become parties at times to private law contracts and, at other times, to administrative contracts. In certain cases, the legal nature of contracts to which administrative bodies are a party may be determined directly by statutory provisions enacted by the legislator. In the absence of such legislative determinations, the legal nature of these contracts is identified by reference to criteria developed through judicial decisions and systematized by scholarly doctrine. Determining the legal nature of contracts concluded by administrative bodies is of fundamental importance, as it governs the legal regime applicable to such contracts and the judicial branch competent to resolve disputes arising from them. Considerable debate has emerged regarding the circumstances in which the legal nature of contracts concluded by public legal entities is deemed to have been determined by statutory regulation, as well as whether the legislator possesses discretionary authority in this regard. The purpose of this study is to examine whether the legislator may determine the legal nature of contracts to which public legal entities are a party and, if so, to identify the considerations taken into account by the legislator when making such determinations.

Keywords: Administrative Contract, Legislator, Criteria, Private Law Contract, Discretionary Power

GİRİŞ

Kamusal ihtiyaçların çeşitlenerek artmasıyla beraber kamu tüzel kişileri tarafından, bu ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin farklı tür ve nitelikte işlemler tesis edilebilmektedir. Bazı durumlarda kamu tüzel kişileri, tarafların eşitliğine dayanan özel hukuk sözleşmelerine taraf olabilmekte, bazen de idare hukukuna tabi idarî sözleşmeler akdetmek

suretiyle kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetlerde bulunmaktadır.

Kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin özel hukuk sözleşmesi veya idarî sözleşme olarak nitelendirilmesi, söz konusu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejiminin belirlenmesinde ve bu sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı kolunun tespitinde büyük önemi haizdir. Genel olarak idarî sözleşmeler, idare hukukuna tabidir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idarî yargı mercilerince çözümlenmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ise özel hukuk kurallarına tabidir ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmektedir.

Kanun koyucu tarafından, bazı yasal düzenlemelerle idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmektedir. Kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin kanun koyucu tarafından belirlenmiş olduğu durumlarda, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görülmesi sırasında, yargı organlarınca kanun koyucu tarafından yapılan bu belirlemenin dikkate alınıp alınmayacağı, kanun koyucunun sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesine yönelik takdir yetkisine sahip olup olmadığı öğretide ve yargı kararlarında tartışılmaktadır.

Kanun koyucu tarafından, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğine ilişkin bir belirlemede bulunduğu tespit edilmesi durumunda, başkaca bir inceleme yapılmasına gerek olmaksızın söz konusu tespit dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması, kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek anlamına gelmektedir.

İdarenin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığının kabul edilmesi veya yasal düzenlemelerde sözleşmelerin niteliğine ilişkin herhangi bir tespitte bulunulmadığı durumlarda, ilgili sözleş-

Dr. Can ŞEKER

meden kaynaklanan uyuşmazlıkların görülmesi sırasında yargı organlarınca söz konusu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine ilişkin çeşitli ölçütler geliştirilerek, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin niteliği belirlenmektedir.

Genel olarak idarî sözleşmelere ilişkin yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğreti tarafından da sistematize edilen ölçütler, üç başlık altında incelenmektedir. Bu ölçütlerden ilki, sözleşmenin taraflarına yönelik olup, bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması gerekmektedir. İdarî sözleşmelere ilişkin geliştirilen ikinci ölçüt, sözleşmenin konusuna yönelik olup, bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşme doğrudan bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla imzalanmalıdır. İdarî sözleşmelere yönelik geliştirilen üçüncü ölçüt ise sözleşme düzenlemelerinde taraflara, özel hukuku aşan yetkiler verilip verilmediğine ilişkindir.

Genel olarak, idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin idarî olarak belirlenebilmesi için anılan üç ölçütten her birinin uyuşmazlık konusu sözleşme kapsamında sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, taraflarından en az birinin idare olduğu sözleşmelerde, diğer iki ölçütten (ikinci veya üçüncü ölçüt) birinin sağlanması durumunda da ilgili sözleşme, idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmektedir.

Bu kapsamda, çalışmada idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olup olmadığı, bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu kabulü hâlinde söz konusu yetkinin sınırlarının bulunup bulunmadığı incelenerek, kamu tüzel kişilerince akdedilen sözleşmelerin türünün belirlenmesi aşamasında dikkate alınan ölçütler tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu konuda inceleme yapılırken, konunun elverdiği ölçüde, yargı organlarınca verilen kararlardan ve öğretinin konuya ilişkin değerlendirmelerinden faydalanılacaktır.

I. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kamu tüzel kişileri tarafından, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanılarak, tek yanlı işlemler tesis edilebilmekte, tarafların üstünlüğüne dayanan idarî sözleşmelere taraf olunarak kamu hizmetlerinin düzgün ve sürekli bir şekilde yürütülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, kamu tüzel kişilerin, kamu hizmetlerinin görülmesine yönelik ihtiyaçların karşılanması amacıyla, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu özel hukuk sözleşmeleri imzalanabilmektedir¹.

Bu itibarla, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu tüm sözleşmeler, “idarenin sözleşmeleri” olarak nitelendirilmekte ve bu kavram “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” ve “idarî sözleşmeler” olarak iki alt başlık altında incelenmektedir (Akyılmaz vd., 2020: 467; Gözler, 2019: 8; Odyakmaz, 1998: 5)².

A. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

Kamu tüzel kişileri tarafından, bir özel hukuk kişisi gibi özel hukuk alanında hareket edilerek imzalanan ve idarî sözleşmelerin dışında kalan sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak tanımlamak mümkündür. Nitekim öğretide, kamu tüzel kişilerin, tarafların eşitliğine dayanan ve sözleşme serbestisi ilkesi gözetilerek diğer kişilerle

¹ Danıştay Onuncu Dairesi, 09.01.2001 Tarih ve E.1999/618, K.2001/2 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

² Diğer taraftan öğretide, söz konusu ikili ayırım dışında, karma nitelikte üçüncü bir sözleşme türünün (birleşme sözleşmeler) de bulunduğu belirtilmekte ve bu görüş kapsamında, kamu tüzel kişilerin, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmelere bazen müdahalede bulunulduğu, bu sözleşmelerin tarafları yönünden hüküm ve sonuçlar doğurabilecek kararlar alınabildiği; bu itibarla, bu yönden sözleşmelerin farklı bir tür olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, bu çalışmada “idarenin özel hukuk sözleşmeleri-idarî sözleşme” yönündeki ikili ayırım dikkate alınarak konu açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sezginer, Murat (2013). İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli ‘Birleşme’ Sözleşmeler). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17 (1-2), 1589-1622.

Dr. Can ŞEKER

akdedilen sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır (Akyılmaz vd., 2020: 467; Gaudemet, 2022: 364; Gözler, 2019:9; Richer ve Lichere, 2021: 19).

İdarenin özel hukuk sözleşmelerine yönelik tanımlama yapılırken, tarafların eşitliği ilkesinden bahsedilmekteyse de sözleşme öncesi aşamada kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk kişileri gibi tam bir sözleşme serbestisine sahip olduğu söylenemez. Sözleşmenin karşı tarafında yer alan kişilerin seçilmesi ve sözleşme sürecinin sonuçlandırılması aşamasında kamu tüzel kişilerin dikkate alınacak hususlar önceden belirlenmiştir. Kamu adına, kamu yararı amacıyla hareket eden kamu tüzel kişileri, iş ve eylemlerinde saydamlığı, rekabeti, eşit işlemi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğundan sözleşme öncesi aşamaya yönelik temel hukuk önceden tespit edilmiştir³.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında tarafların eşitliği, sözleşmenin uygulanması aşamasında söz konusudur⁴. Nitekim Danıştay tarafından verilen bir kararda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihale sonrası taraflar arasında akdedilen temizlik hizmeti alımı sözleşmesine ilişkin düzenlemeler bir bütün hâlinde incelenerek, bu yöndeki kuralların sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği ilkesi dikkate alınarak düzenlendiği görülerek, idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan şartname ve sözleşme hükümlerinin yorumlanmasından ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi sonucuna varılmıştır⁵.

³ Nitekim, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde, anılan yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2022 Tarih ve E.2020/3-688, K.2022/846 Sayılı Karar da bu yöndedir. Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.02.2007 Tarih ve E.2007/4-81, K.2007/78 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

⁵ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 01.12.2006 Tarih ve E.2006/2006, K.2006/4547 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Türk idare hukukunda temel olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca imzalanan kamu ihale sözleşmeleri⁶, abonman sözleşmeleri⁷, idarenin tarafı olduğu satım⁸, kiralama⁹, bayilik sözleşmeleri¹⁰, öğrenciler ile imzalanan burs ve kredi sözleşmeleri¹¹, hizmet sözleşmeleri¹², yap-işlet sözleşmeleri, yap-işlet-devret sözleşmeleri¹³, görevlendirme sözleşmeleri, rödevans (rödevans) sözleşmeleri¹⁴, kamu-özel işbirliği sözleşmeleri ile diğer isimsiz sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir (Akyılmaz vd., 2020: 468-474; Çağlayan, 2020: 444; Gözler, 2019: 9; Tan, 2016: 292-293, 309-310).

-
- ⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.09.2022 Tarih ve E.2022/286, K.2022/452 Sayılı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.01.2024 Tarih ve E.2023/501, K.2024/101 Sayılı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.01.2024 Tarih ve E.2023/1058, K.2024/52 Sayılı; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 24.04.2024 Tarih ve E.2024/986, K.2024/1754 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.10.2023 Tarih ve E.2023/414, K.2023/649 Sayılı; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 16.09.2005 Tarih ve E.2005/7173, K.2005/3640 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 29.01.2018 Tarih ve E.2017/775, K.2018/11 Sayılı; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 19.04.2022 Tarih ve E.2022/1821, K.2022/1701 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ⁹ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 27.10.2022 Tarih ve E.2016/1599, K.2022/3886 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ¹⁰ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 08.11.2005 Tarih ve E.2005/7583, K.2005/5382 Sayılı; Danıştay Onuncu Dairesi, 24.01.2007 Tarih ve E.2004/11813, K.2007/117 Sayılı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.11.2022 Tarih ve E.2021/3336, K.2022/7930 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ¹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 30.09.2019 Tarih ve E.2019/379, K.2019/570 Sayılı; Danıştay Sekizinci Dairesi, 16.02.2024 Tarih ve E.2023/221, K.2024/683 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ¹² Danıştay Onikinci Dairesi, 14.06.2023 Tarih ve E.2023/351, K.2023/3487 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 14.01.2013 Tarih ve E.2012/82, K.2013/1 Sayılı; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 24.12.2010 Tarih ve E.2010/1588, K.2010/8750 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).
 - ¹⁴ Danıştay Sekizinci Dairesi, 26.05.2022 Tarih ve E.2018/1952, K.2022/3499 Sayılı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 28.02.2023 Tarih ve E.2022/8235, K.2023/369 Sayılı Kararlar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

B. İdarî Sözleşmeler

Kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu her sözleşme aynı hukuk rejimine tabi olmamaktadır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, özel hukuk kuralları esas alınarak düzenlenmekte ve sözleşmelerin uygulanması aşamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmektedir. İdarî sözleşmeler ise idare hukuku kuralları dikkate alınmak suretiyle akdedilmekte ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara yönelik açılan davalar idarî yargıda görülmektedir.

Bu kapsamda, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi, bu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejimi kapsamında tarafların hak ve yükümlülüklerinin ve söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüleceği yargı kolunun tespitinde büyük öneme sahiptir.

1. İdarî Sözleşme Kavramı

Öğretide genel olarak idarî sözleşmelerin, kamu tüzel kişileri ile üçüncü kişiler arasında kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin ve kamu yararı amacıyla imzalandığı belirtilerek, söz konusu sözleşmelerin uygulanmasına yönelik taraflara kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkiler verildiği ifade edildikten sonra özel hukuk hükümlerine tabi olmayan bir sözleşme türü olarak idarî sözleşmeler tanımlanmıştır (Akyılmaz vd., 2020: 474; Colin, 2020: 33; Gaudemet, 2022: 367-370; Gözler, 2019: 34; Gözübüyük, 2005: 267; Onar, 1967: 1592-4593; Rouviere, 1952: 121; Yenice ve Esin, 1983: 118-119).

Anayasa Mahkemesince verilen bir kararda, kamu hizmetlerinin kamu tüzel dışında özel hukuk kişilerine gördürülmesi veya bu kişilerin kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılmasını temin etmek amacıyla ya da kamu hizmetlerinin düzgün ve sürekli bir şekilde yerine getirilmesi için lüzum duyulan mal ve hizmetlerin sağlanmasına yönelik

akdedilen ve kamu tüzel kişilerinin üstün hak ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olduğu sözleşmeler, idarî sözleşme olarak tanımlanmıştır¹⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, taraflarından en az biri kamu tüzel kişisi olan, kamu hizmetlerinin yürütülmesine yönelik akdedilen ve/veya içeriğinde özel hukuku aşan hükümleri ihtiva eden sözleşmeler, idarî sözleşme olarak nitelendirilmiştir¹⁶.

Danıştay tarafından, idarî sözleşmelere ilişkin tanımlama yapılırken bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşmelerin taşıması gereken ölçütler dikkate alınmaktadır. Taraflarından en az birinin kamu tüzel kişilerinin olduğu, konusu kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin bulunan ve sözleşme içeriğinde kamu tüzel kişilerine üstün hak ve ayrıcalıklı yetkiler veren sözleşmeler, idarî sözleşme olarak isimlendirilmiştir¹⁷.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da kamu tüzel kişilerinin kamusal yetkilerine dayanarak tarafı olduğu sözleşmelerin konusunun, hüküm ve şartlarının özel hukuk sözleşmelerinden farklı olduğu belirtilerek, bu sözleşmelerin idare hukuku esaslarına tabi olduğu ve

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005 Tarih ve E.2005/110, K.2005/111 Sayılı Karar. Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında ise, idarî sözleşmelerin doğrudan bir tanımlı yapılmaksızın, bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için ihtiva etmesi gereken ölçütler belirtilerek dolaylı bir tanımlama yapılmıştır ve idarî sözleşmelerin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişileri olduğu, konusunun kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili bulunduğu ve kamu tüzel kişilerine üstün hak ve yetkiler (özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler) tanındığı ifade edilmiştir (Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015 Tarih ve E.2013/50, K.2015/38 Sayılı Karar), Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 29.12.2014 Tarih ve E.2014/1138, K.2014/1179 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

¹⁷ Danıştay Sekizinci Dairesi, 13.05.2015 Tarih ve E.2014/5591, K.2015/4599 Sayılı Karar; Danıştay Onuncu Dairesi, 17.11.2021 Tarih ve E.2018/3843, K.2021/5602 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 26.09.2023 Tarih ve E.2022/4612, K.2023/3759 Sayılı Karar; Danıştay Başsavcılığı, 06.02.2024 Tarih ve E.2024/11 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Dr. Can ŞEKER

söz konusu sözleşmelerin, idarî sözleşme olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir¹⁸.

Genel olarak idarî sözleşme kavramına yönelik öğretideki görüşlere ve yargı organlarınca verilen kararlara değinildikten sonra bu kavrama ilişkin bizim düşüncemiz öğretiden ve yargı içtihatlarından biraz farklılaşmaktadır.

Kamu hizmetlerinin doğrudan görülmesine ilişkin imzalanan ya da konusu doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olmasa da yasal düzenlemelerde veya içeriğinde kamu gücünden kaynaklanan özel hukuku aşan hükümlere yer verilen ve taraflarından en az birini kamu tüzel kişilerinin teşkil ettiği sözleşmelerin, idarî sözleşme olarak tanımlanabileceği düşünülmektedir.

Söz konusu tanım kapsamında, sözleşmenin konusunun doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olup olmadığı esas alınarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Sözleşmenin konusunun doğrudan kamu hizmetlerinin görülmesine yönelik olması durumunda, söz konusu sözleşmenin yürütülmesi sırasında sözleşmede yer verilmemiş olsa bile kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanılabileceğinden ayrıca söz konusu sözleşmede özel hukuku aşan hükümlere yer verilmesine gerek bulunmayarak, anılan tanımda bu hususa yer verilmemiştir.

Ayrıca, kamu hizmetlerinin kurulması ya da işletilmesine yönelik sözleşmelerde, bu hizmetleri kurmak veya yürütmekle yetkilendirilmiş özel hukuk kişileri tarafından da kamu gücü ayrıcalıklarından faydalanılabileceğinden sözleşmenin konusunun doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması hâlinde, özel hukuk kişileri arasında da idarî nitelikte sözleşmeler akdedilebileceği düşünüldüğünden bu türden sözleşmelerin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2021 Tarih ve E.2017/9-3094, K.2021/1118 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

olmasına da gerek bulunmadığından anılan tanımda sözleşmenin taraflarına ilişkin bir hususa da yer verilmemiştir.

Sözleşmenin konusunun doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunmaması durumunda ise sözleşmenin içeriğinde ya da yasal düzenlemelerde, kamu tüzel kişilerine kamu gücünden kaynaklanan özel hukuku aşan yetkileri kullanma imkanı verilmesi suretiyle kanun koyucu veya kamu tüzel kişilerin, bu sözleşmenin idare hukukuna tabi kılınmasının amaçlandığı varsayımından hareketle, taraflarından en az birinin idare olduğu ve kamu gücünden kaynaklanan özel hukuku aşan hükümlere yer verilen sözleşmelerin de idarî sözleşme olarak nitelendirilebileceği düşünülmektedir.

2. İdarî Sözleşmelerin Hukukî Niteliği

İdarî sözleşmelerin hukukî niteliği konusunda, öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim Duguit (1926: 16) tarafından, özel hukuk sözleşmesi ve idarî sözleşmesi ayrımına gerek olmadığı, özel hukuk kişileri arasında imzalanan sözleşmelerden farklı bir (idarî) sözleşme türünden bahsetmenin anlamsız olduğu, bu kapsamda, kamu tüzel kişilerinin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olduğu dikkate alındığında idare hukuku bakımından özel hukuk sözleşmesinden söz edilemeyeceği, ancak yapılış amacıyla idare mahkemelerinin görevli olduğu bir sözleşme türünden bahsedilebileceği belirtilmiştir.

Jeze tarafından ise idarî sözleşmeler özel kurallara tabi kılındığından, idarî sözleşmelere özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuk rejiminin uygulanması gerektiği, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşitliği esas iken idarî sözleşmelerde tarafların kural olarak eşit konumda yer almadığı belirtilmek suretiyle idarî sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir (Bilgen, 1970: 3, 4; Kesici, 2009: 9; Çınar, 2021: 327).

Dr. Can ŞEKER

Öte yandan Özay (2017: 511) tarafından, idarî sözleşmelerin, iki taraf arasında imzalandığından bahisle bir sözleşme türü olarak nitelendirildiği, aslında idarî sözleşmelerin bir sözleşme türü olmadığı, bu sözleşmelerin katılmalı işlem niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Ancak, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'ya göre, (2020: 475) bu görüşün isabetli olmadığı, sözleşmenin kamu tüzel kişilerince, sözleşme öncesi aşamada tek yanlı hazırlanmasının bir geçerlilik şartı olmadığı, sözleşmeyle kamu tüzel kişilerine kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkiler verilmesinin, sözleşmeyi tek yanlı hâle getirmeyeceği, bu itibarla idarî sözleşmelerin, tek taraflı bir işlem olmadığı, eşit olmayan taraflar arasında akdedilen bir sözleşme türü olduğu ifade edilmiştir.

Her ne kadar, öğretilerde bazı yazarlar tarafından, idarî sözleşmelerin ayrı bir sözleşme türü olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmüş ise de günümüzde gelişen ve değişen kamu hizmetlerinin görülmesine yönelik imzalanan idarî sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilmektedir. Yasal düzenlemelerle bu sözleşmelere ilişkin özel usul ve esaslar belirlenmekte, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda öncelikle sözleşmenin hukukî niteliği ortaya koyulmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan yargı merci tespit edilmektedir.

II. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİ

İdarî sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilmesinden sonra kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliği bu ikili ayrım dikkate alınarak yapılmalıdır. Kanun koyucu kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğini doğrudan belirlemektedir. Kanun koyucunun bir belirleme yapmaması durumunda ise kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görülmesi sırasında yargı organlarınca sözleşmelerin niteliği belirlenmektedir.

Hukukî niteliği kanun koyucu tarafından belirlenmemiş sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesinde, kanun koyucunun yetkisinin çerçevesi ayrıca tespit edilmelidir.

A. Kanun Koyucu Tarafından Hukukî Niteliği Belirlenen Sözleşmeler

Kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliği, kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelerle doğrudan belirlenebilir ya da bu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejiminin ya da söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümüne ilişkin usul ve esasların açıklanması yoluyla tespit edilir. Kanun koyucu tarafından, yasal düzenlemelerle kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi, “teşriî niteleme” olarak tanımlanmaktadır (Aktaş, 2024: 595; Gözler, 2019: 11; Özel, 2020: 191). Tekinsoy (2006: 185), kanunî düzenlemelerle sözleşmelerin niteliğinin doğrudan veya dolaylı olarak belirlendiğinin tespit edilmesi durumunda, artık ilgili sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine yönelik başkaca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmadığını ifade etmektedir.

1. Niteliği Doğrudan Belirlenen Sözleşmeler

Kanun koyucu tarafından, sözleşmelerin niteliği doğrudan, bazı yasal düzenlemelerle belirlenebilmektedir. Nitekim, 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Personeli Hakkında Kanun’da, Devlet Opera ve Balesi bünyesinde çalıştırılacak sanatkârlar ile idare arasında imzalanacak hizmet sözleşmelerinin idarî sözleşme niteliğinde olduğu açıkça belirtilmek suretiyle, söz konusu sözleşmelerin niteliği doğrudan kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir¹⁹.

¹⁹ 1309 sayılı Kanun’un 8. maddesinde, “Devlet Opera ve Balesinde Devlet Konservatuarı mezunları dışından da sanatkar istihdam edilebilir. Bu gibi sanatkarlar, teknik kurul tarafından sınava tabi tutularak gösterecekleri başarı ve kabiliyet derecesine göre kurulca tespit edilecek ücretlerle sanatkar olarak ve **idarî sözleşme ile hizmete alınırlar**.

Memleketin, opera ve bale sahne hayatında öteden beri yüksek başarı ile tanınmış olanlar, teknik kurul kararı ile sınavsız olarak alınabilirler. Kendileri ile idari

Dr. Can ŞEKER

Benzer düzenleme, 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun'da da yer almış ve Devlet tiyatrolarında çalıştırılan personelle idare arasında imzalanacak hizmet sözleşmesinin, idarî nitelikte bir sözleşme olduğu açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca, 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, spor müsabakaları (at yarışları hariç) üzerine bahis oyunları düzenleme işine yönelik merkezi bahis sistemi ile risk yönetim merkezinin kurulması, işletilmesi ile başbayilik iş ve hizmetlerinin, hasılatan pay verilmesi modeliyle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca, özel hukuk tüzel kişilerine özel hukuk sözleşmesi ile yaptırılacağı belirtilmiştir²⁰.

sözleşme yapılır. Ücretleri yukardaki esaslara göre kurulca tespit edilir.” kuralına yer verilmiştir.

Nitekim, 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, “(...) Devlet, Tiyatroları sanatkar memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine Genel Müdürlük aralarında yapılacak **bir yıl süreli idari sözleşmelerle göreve alınırlar**. Yapılacak idari sözleşmelere bu maddede belirtilen hizmet özellikleri de yazılır. Bunların sözleşmelerinin sonunda hizmete devamları da aynı usule tabidir. Mali hakları ve özellikleri bu kanun içinde kalmak ve Devlet memuru niteliklerine hâlel gelmemek üzere sanatkar memurlar, uygulatıcı uzman memurlar ve uzman memurların hizmete alınma, hizmete devamı şekilleri ile sair özellik ve yükümlülükleri idari sözleşmelerinde belirtilir.” kuralı yer almıştır.

²⁰ Anılan Kanun kapsamında, “başbayilik” iş ve hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen ihale sonucunda davacı şirket ile davalı idare arasında akdedilen “Spor Toto Teşkilatı Başkanlığı Tarafından Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılmasına İlişkin Sözleşme” uyarınca, 5738 sayılı Kanun'da ve sözleşmede ortaklık yapısının değiştirilmesinin davalı idarenin iznine bağlı olması nedeniyle davacı şirket tarafından bu yöndeki değişikliğe izin verilmesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davada, temyiz aşamasında Danıştay tarafından, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra, söz konusu uyuşmazlığın sözleşme öncesi aşamaya yönelik davalı idarece tesis edilen tek taraflı işlemten kaynaklandığı sonucuna varılarak işbu davanın idarî yargıda görülmesi gerekçesiyle aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararı bozulmuştur (Danıştay Onüçüncü Dairesi, 02.04.2014 Tarih ve E.2014/292, K.2014/1262 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)).

Fransa’da ise Kamu İhale Kanunu’nun (Code de la Commande Publique) 2. maddesinde, kamu ihale sözleşmelerinin, idarî sözleşme niteliğinde olduğu açıkça belirtilerek sözleşmelerin niteliği doğrudan tespit edilmiştir²¹.

Görüldüğü üzere, bazı yasal düzenlemelerle kamu tüzel kişilerinin tarafı olacağı sözleşmelerin niteliği açık şekilde, doğrudan kanun koyucu tarafından belirlenebilmektedir. Bu gibi durumlarda, kanun koyucu, sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine yönelik takdir yetkisine sahip olduğundan, bazı sözleşmelerin hukukî niteliğini özel hukuk sözleşmesi veya idarî sözleşme olarak belirleyebilmektedir.

2. Sözleşmenin Tabi Olacağı Hukuk Rejiminin Belirlenmesi

Kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelerle, bazı sözleşmelerin türüne ilişkin doğrudan bir nitelendirmede bulunulmaksızın kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejim belirlenmek suretiyle dolaylı olarak sözleşmenin niteliği tespit edilebilmektedir. Nitekim, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca, bazı hizmetlerin yürütülmesi amacıyla yükleniciler ile kamu tüzel kişileri arasında akdedilecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiş ve sözleşmenin niteliği özel hukuk sözleşmesi şeklinde tespit edilmiştir²².

²¹ Fransız Kamu İhale Kanunu (Code de la Commande Publique) için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000037701019/LEGISCTA000037703230?fonds=CODE&page=1&pageSize=10&query=March%C3%A9s&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=all&typePagination=DEFAULT&anchor=LEGIARTI000037703232#LEGIARTI000037703232> (Erişim Tarihi: 17.04.2025).

²² 6428 sayılı Kanun’un 8. maddesinin birinci fıkrasında, “**Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup** süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.” kuralına yer verilmiştir.

Benzer şekilde, 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nda, Posta ve Telgraf Teşkilatı (PTT) ile gerçek veya tüzel kişiler arasında, sınırları özel hukuk hükümlerine göre belirlenen sözleşmelerle, PTT'nin faaliyet konusunda yer alan hizmetlerin, PTT acenteleri aracılığıyla gördürülebileceği düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, sözleşmenin niteliği doğrudan belirlenmemiş ise de sözleşmenin sınırlarının özel hukuk hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmek suretiyle söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu dolaylı olarak ifade edilmiştir²³.

Ayrıca, 618 sayılı Limanlar Kanunu'nda, bölgesel hizmet sahalarında verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerinin, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işletme hakkının verilmesi yöntemiyle ihale kapsamında üçüncü kişilere 20 (yirmi) yılı geçmemek üzere Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından devredilebileceği belirtilmiştir²⁴. Bu kapsamda yapılacak ihale sonrası Bakanlık

²³ 6745 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun uygulanmasında; (...) z) PTT acenteliği: PTT tarafından faaliyet konuları ile ilgili, sınırları **özel hukuk hükümlerine göre** belirlenen sözleşmelere dayanılarak gerçek ya da tüzel kişilere hizmet gördürülen PTT iş yerlerini, (...) ifade eder." kuralına yer verilmiştir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, **özel hukuk hükümlerine tabidir.**" kuralına yer verilmiştir. 02.08.2018 tarih ve 30497 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 3996 sayılı Kanun kapsamında Yüksek Planlama Kuruluna verilen görev ve yetkiler, Cumhurbaşkanına devredilmiştir.

Öte yandan benzer düzenlemeler 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yer almış; anılan Kanun'un 3. maddesinde, bu Kanun kapsamında imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Hizmetleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde de, bu maddenin birinci fıkrası kapsamında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir.

²⁴ 618 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin beşinci fıkrasında, "İkinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen yerler ile askeri tesisler dışında, sınırları ile hizmet koşulları yönetmelikle belirlenen bölgesel hizmet sahalarında verilecek kılavuzluk ve

ile üçüncü kişiler arasında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı, işletme hakkının verilmesinin imtiyaz olarak addolunamayacağı belirtilerek söz konusu sözleşmenin niteliği dolaylı olarak özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.

Danıştay tarafından verilen bir kararda, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun²⁵ kapsamında akdedilen yap-işlet-devret sözleşmelerinin, ileri teknoloji ya da yüksek maddi kaynak gerektiren kamusal yatırım ve hizmetlerin, kamu kaynakları dışında özel kaynaklarla yürütülmesinin sağlanması amacıyla, yüklenicinin sözleşme konusu eseri

römorkörcülük hizmetleri, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen işletme hakkının verilmesi yöntemi kullanılarak ihale yoluyla gerçek veya tüzel kişilere yirmi yılı geçmemek üzere Bakanlık tarafından devredilebilir. Bu madde kapsamında yapılacak özelleştirme ihalesinde değer tespiti yapılmaz. Özelleştirme ihalesi, işletme hakkı verilmesi sözleşmesi için geçerli olacak kılavuzluk ve römorkörcülük ile bunlarla bağlantılı palamar ve yer değiştirme gibi hizmetlerden elde edilen gelirlerden oluşan aylık gayrisafi hasılatattan verilecek pay oranının belirlenmesi amacıyla, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirilir. Pazarlık usulü, kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri için dördüncü fıkra uyarınca ilgili bölgede uygulanan pay oranı üzerinden artırma yapılmak suretiyle gerçekleştirilir. Ancak Aliağa, Ambarlı, Ceyhan, Gemlik, Iskenderun, Kocaeli ve Mersin Bölge Liman Başkanlıklarını kapsayan bölgesel hizmet sahalarında artırma yapmaya esas pay oranı kılavuzluk hizmetleri için %40'tır. Yeterliliği sağlayan bütün teklif sahiplerinin katılımı ile pazarlık görüşmesi yapılır ve pazarlık görüşmesine katılan bütün teklif sahiplerinin katılacağı açık artırma suretiyle ihale sonuçlandırılır. İhale, Bakanlık bünyesinde, Bakan tarafından belirlenen ve beş kişiden oluşan ihale komisyonu tarafından gerçekleştirilir. İhale komisyonu 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen usul ve esaslara göre çalışır ve sekretaryasını Denizcilik Genel Müdürlüğü yürütür. **Bu madde kapsamında yapılacak işletme hakkının verilmesi imtiyaz addolunmaz.** Bir bölgesel hizmet sahasında kılavuzluk hizmetleri ve römorkörcülük hizmetleri aynı kişilere ihale edilmez. **Bu çerçevede imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir.** İhale aşamasında 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ceza ve yasaklama hükümleri, sözleşmenin uygulanması aşamasında 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ceza, yasaklama ve sözleşmenin feshi hükümleri uygulanır." kuralına yer verilmiştir.

²⁵ Anılan Kanun'un 5. maddesinde, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak **sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.**" kuralı yer almıştır.

Dr. Can ŞEKER

meydana getirip belirli bir süre kullandıktan ya da yararlandıktan sonra işler bir vaziyette sözleşmenin tarafı olan idareye devrini konu edinen ve kendine mahsus bir yapısı olan sözleşme türü olduğu belirtildikten sonra, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiş ve uyuşmazlık konusu sözleşmenin niteliği özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmiştir²⁶.

Öte yandan Danıştay tarafından, kamu ihale sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerde kanun koyucu tarafından, söz konusu sözleşmeler bakımından ihdas edilen düzenlemeler bir arada değerlendirilerek kanun koyucunun iradesi tespit edilmek suretiyle sonuca ulaşıldığı görülmektedir²⁷. Danıştay kararlarında genel olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 4. maddesinin ikinci fıkrasında, Kanun'da öngörülen istisnai hâller dışında, taraflarca sözleşme hükümlerinin tek taraflı olarak değiştirilemeyeceğinin ve ek sözleşme düzenlemeyeceğinin; üçüncü fıkrasında ise bu Kanun'a istinaden akdedilen sözleşmelerin taraflarının, sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin uygulanmasında eşit haklara ve yükümlülöklere sahip olduğunun belirtildiğı; ayrıca, Kanun'un 36. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan durumlarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinin uygulanacağına ifade edildiğı görölerek, söz konusu düzenlemeler uyarınca, kanun koyucu tarafından, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı değerlendirilmekte ve anılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır.

²⁶ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 13.05.2024 Tarih ve E.2024/1173, K.2024/2120 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

²⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.01.2024 Tarih ve E.2023/1058, K.2024/52 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 24.04.2024 Tarih ve E.2024/986, K.2024/1754 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 18.01.2024 Tarih ve E.2023/3141, K.2024/280 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 21.03.2023 Tarih ve E.2019/553, K.2023/1310 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 12.01.2023 Tarih ve E.2021/3178, K.2023/99 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Her ne kadar Türk Hukuku bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınan fazla sayıda sözleşme bulunmakta ise de bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla yapılan incelemede, yasal düzenlemelerle “kamu hukukuna tabi kılınmıştır”, “idare hukukuna tabidir”, “idare hukuku kuralları uygulanır” veya “kamu hukuku kuralları uygulanır” gibi ifadelere yer verilmek suretiyle tabi olacağı hukuk rejimi belirtilerek dolaylı şekilde niteliği idarî olarak belirlenen herhangi bir sözleşme örneğine rastlanılmamıştır.

3. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Görüleceği Yargı Kolunun Tespit Edilmesi Suretiyle Sözleşmelerin Niteliğinin Belirlenmesi

Kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliği veya tabi olacağı hukuk rejimi doğrudan tespit edilmeksizin bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda görüleceği belirtilmek suretiyle de sözleşmelerin niteliği dolaylı olarak belirlenebilmektedir. Örneğin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi kapsamında, tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davaların, idarî bir dava olduğu ve bu şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan davalara Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacağı belirtilmek suretiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliğinin idarî olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

Öğretide Bilgen (1970: 10) tarafından, kanun ile ihdas edilen görev kuralının sadece bir yargılama usulü kuralı olarak değerlendirilmesinin hatalı olduğu, uyuşmazlıkların görüleceği yargı düzeninin belirlenmesiyle söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuk rejiminin de dolaylı olarak tespit edildiği ifade edilmiştir. Gözler (2019: 13), Fransa’da kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazların satışına yönelik sözleş-

Dr. Can ŞEKER

melerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargıda görülmesinin ön-
görülmesiyle, satım sözleşmelerinin niteliğinin idarî sözleşme olarak
kabul edildiğini belirtmektedir.

Bu itibarla, yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı ol-
duğu sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların görüleceği yargı
kolunun belirlenmesiyle aslında bu sözleşmelerin niteliğinin dolaylı
olarak tespit edildiği değerlendirilmektedir.

B. İdarî Sözleşmelere Yönelik Yargısal İçtihatlarla Geliştirilen Ölçütler

Kanun koyucu tarafından, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu söz-
leşmelerin niteliğinin doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmemesi
durumunda ilgili sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi, hem bu
sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejimi kapsamında tarafların sahip
olduğu hak ve yükümlülüklerin hem de söz konusu sözleşmelerden
kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı kolunun tespiti açı-
sından büyük öneme sahiptir.

Niteliği belirsiz sözleşmeler bakımından yargı organlarınca geliştiri-
lirip öğreti tarafından da sistematize edilmeye çalışılan ölçütlerin 3
başlık altında toplandığı görülmektedir. İdarî sözleşmelere ilişkin ge-
liştirilen ilk ölçüt sözleşmenin taraflarına ilişkin olup, bir sözleşmenin
niteliğinin idarî olarak belirlenebilmesi için, bu sözleşmenin tarafların-
dan en az birinin kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir (Aktaş, 2024:
597; Akyılmaz vd., 2020: 478; Alamur, 2013: 33; Bilgen, 1970: 31;
Candan, 2022: 318; Colin, 2020: 37; Çağlayan, 2020: 441; Çal, 2010:
239; Çınar, 2021: 329; Duran, 1982: 431; Gaudemet, 2022: 367; Gözler
2019: 19; Gözübüyük, 2005: 254; Odyakmaz, 1998: 9; Onar, 1967:
1599; Özay, 2017: 511; Özel, 2020: 195; Richer ve Lichere, 2021: 121;
Tan, 1995: 293; Tekinsoy, 2006: 192). Ancak, bir sözleşmenin tarafla-
rından en az birinin idare olması şartının tek başına sağlanması, her
zaman söz konusu sözleşmenin niteliğinin doğrudan idarî olarak belir-
lenebilmesi için yeterli değildir.

Bu konuda geliştirilen ikinci ölçüt sözleşmenin konusuna ilişkindir. İdarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin niteliğinin idarî olarak belirlenebilmesi için söz konusu sözleşmenin konusu doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olmalı ve sözleşmenin karşı tarafında yer alan özel hukuk kişisi kamu hizmetinin yürütülmesine, yerine getirilmesine veya görülmesine doğrudan katılmalı veya yardım etmelidir (Akyılmaz vd., 2020: 478; Balta, 1968-1970: 168, 169; Duran, 1982: 432).

Diğer taraftan, idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için geliştirilen üçüncü ölçüt, bu sözleşmede idareye kamu gücünden kaynaklanan özel hukuku aşan üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmasıdır (Akyılmaz vd., 2020: 480; Bilgen, 1970: 132; Colin, 2020: 43; Çağlayan, 2020: 442; Duran, 1982: 432; Gaudemet, 2022: 370; Gözler, 2019: 28; Onar, 1967: 1599; Richer ve Lichere, 2021: 90).

Öğretide genel olarak, bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu üç ölçütün bir arada bulunması gerektiği ifade edilmekle birlikte (Akyılmaz vd., 2020: 477; Duran, 1982: 430; Gözübüyük, 2005: 254; Odyakmaz, 1998: 9; Özay, 2017: 511, 512); bu ölçütler sistematize edilirken organik ve maddi kriterler şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir.

Sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması organik kriter, sözleşmenin konusunun kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olması ile sözleşmede özel hukuku aşan hükümlere yer verilmesi maddi kriter kapsamında incelenmekte ve maddi kriter kapsamındaki iki ölçüt birbirinin alternatifi olarak değerlendirilmektedir. Taraflardan en az biri idare olan sözleşmelerde söz konusu iki ölçütten en az birinin sağlanması durumunda da ilgili sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebileceği yönünde görüşler mevcuttur (Gözler, 2019: 33).

Dr. Can ŞEKER

Fransa’da, genel olarak bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması gerektiği kabul edilerek sözleşmenin konusunun kamu hizmetleriyle ilgisinin bulunması ya da sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin yer almasının söz konusu sözleşmelerin niteliğinin idarî olarak belirlenmesi için yeterli olduğu anlaşılmaktadır (Colin, 2020: 40; Gaudemet, 2022: 370; Richer ve Lichere, 2021: 90).

Ülkemizde ise Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararlarında, genel olarak bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için üç ölçütten her birinin ilgili sözleşme kapsamında sağlanması gerekmektedir²⁸.

III. SÖZLEŞMELERİN NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE KANUN KOYUCUNUN TAKDİR YETKİSİ

Öğretide, kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüleceği yargı kolunun belirlenmiş olmasının söz konusu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi bakımından yeterli olmadığı yönünde görüşler bulunmakta ise de (Balta, 1968/1970: 190; Kutlu, 1997: 17) genel eğilim, yasal düzenlemelerle kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejiminin veya bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı kolunun belirlenmesi suretiyle söz konusu sözleşmelerin niteliğinin tespit edileceği yönündedir (Duran, 1982: 430; Gözler, 2019: 14, 15; Günday, 2011: 185). Diğer taraftan, kanun koyucu tarafından doğrudan veya dolaylı olarak nitelendirilen sözleşmelere yönelik yargı organlarının,

²⁸ Bu kapsamdaki kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015 Tarih ve E.2013/50, K.2015/38 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 22.06.2020 Tarih ve E.2020/340, K.2020/401 Sayılı Karar; Danıştay Onüçüncü Dairesi, 26.09.2023 Tarih ve E.2022/4612, K.2023/3759 Sayılı Karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2021 Tarih ve E.2017/9-3094, K.2021/1118 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisine ilişkin bakış açısına da değinmek gerekmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesinde²⁹, kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliğinin veya devredilebilirliğinin kanun ile belirleneceği öngörülmüştür. Bu değişiklik sonrası bazı kanunlarda değişiklik yapılmış, Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde yapılan değişiklikler ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile yaptırılabilir veya devredilebilir işlerin özel hukuk sözleşmeleri ile yapılabilirliği düzenlenmiştir.

Söz konusu değişiklik yargı organlarınca, idarî sözleşmelere yönelik yapılan değerlendirmeler bakımından bir milat niteliği taşımaktadır. Anayasa değişikliği öncesi, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusunda kanun koyucunun yetkisinin olmadığı genel olarak kabul edilirken, 1999 yılında Anayasa'da yapılan bu değişiklikte beraber yargı organlarının konuya olan bakış açısı değişmiştir.

Bu kapsamda, yargı organlarının, kanun koyucunun idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine yönelik yetkisi hakkındaki görüşlerinin söz konusu değişiklik öncesi ve sonrası dönem olarak iki alt başlıkta incelenmesi uygun olacaktır.

A. 4446 Sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. Maddesinde Yapılan Değişiklik Öncesi Dönemdeki Yaklaşımlar

1999 tarihli değişiklik öncesi "Devletleştirme" başlıklı Anayasa'nın 47. maddesinde, genel olarak kamu hizmeti niteliğindeki özel teşebbüslerin devletleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

²⁹ Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir." kuralına yer verilmiştir.

Dr. Can ŞEKER

Bunun haricinde kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine yönelik akdedilecek idarî sözleşmelere yönelik düzenlemelere yer verilmemiştir.

Anılan Anayasa düzenlemesinin yürürlükte olduğu dönemde, kanun koyucu tarafından bazı yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine yönelik kurallar ihdas edilmiştir. Bunun üzerine, söz konusu düzenlemelerin iptali istemiyle açılan davalarda, Anayasa Mahkemesince kapsamlı değerlendirmelerde bulunularak, bu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusunda kanun koyucunun yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır.

Nitekim, 1994 tarihli 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanun'a³⁰ Ek 5. madde eklenmiştir³¹. Söz konusu düzenleme uyarınca, bu Kanun kapsamındaki sözleşmelerin³², özel hukuk hükümlerine tabi olduğu; ayrıca, imtiyaz teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi tarafından, anayasaya aykırılık sorunu iki alt başlık altında incelenmiştir.

³⁰ 3291 sayılı 1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun, 03.06.1986 Tarih ve 19126 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³¹ Ek 5. maddede, "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi Devlet Teşekküllerinin 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 özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler." kuralı yer almıştır.

³² Maddede özel hukuk hükümlerine tabi olacağı ve imtiyaz teşkil etmeyeceği öngörülen sözleşmeler, 3291 sayılı Kanun, 3974 sayılı Kanun ve 3096 sayılı Kanun kapsamında imzalanan sözleşmelerdir.

İlk başlıkta, anılan Kanun kapsamında bulunan sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasına ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bir sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için ihtiva etmesi gereken ölçütlere değinildikten sonra³³ elektrik üretimiyle ilgili faaliyetlerin (üretim, iletim ve dağıtım), bir kamu hizmeti olduğu, bu Kanun kapsamında yer alan sözleşmelerin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olduğu ve sözleşme kapsamında idarelere özel hukuku aşan bazı yetkiler de verildiğinden bahisle, Ek 5. madde kapsamındaki sözleşmelerin aslında idarî sözleşme niteliğinde olduğu; bu kapsamda, idarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idarî yargıda görülmesi gerekirken, Ek 5. maddede yapılan değişiklikle bazı sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması suretiyle ilgili sözleşmelerin yargısal denetiminin idarî yargının görev sahasından çıkarılmasının Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğu, söz konusu düzenleme kapsamında, kanun koyucunun bu yönde düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Anılan gerekçe incelendiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından, bir sözleşmenin niteliğinin, söz konusu sözleşmenin tarafları, konusu ve içeriğinde yer alan düzenlemeler bir arada değerlendirilmek suretiyle belirlenebileceğinin ve idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından, dava konusu düzenleme Anayasa'nın 37. maddesi yönünden de incelenmiş ve kanun koyucunun, idare hukukunun konusunu teşkil eden idarî bir eylem veya işleme karşı açılacak davanın, adli yargıda görülmesine imkân tanıyan

³³ Anayasa Mahkemesine göre, bir sözleşmenin idarî sözleşme niteliği taşıması için, sözleşmenin taraflarından en az biri idare olmalı, sözleşmenin konusunun kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili bulunmalı ve sözleşme kapsamında idareye özel hukuku aşan yetkiler tanınmalıdır.

Dr. Can ŞEKER

düzenlemenin 37. maddede yer alan kanunî hâkim ilkesine de aykırı olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir.

Söz konusu gerekçe değerlendirilecek olursa, Anayasa’da idarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, mutlaka idarî yargıda görülmesi gerektiği yönünde herhangi bir görev kuralına yer verilmediği görülecektir. Sadece, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, kamu hizmetlerinin görülmesine yönelik imzalanan idarî sözleşmelerden (tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç) kaynaklanan uyuşmazlıkların, idarî yargıda görüleceği belirtilmiştir.

Bu kapsamda, kanun koyucu tarafından ihdas edilecek yasal düzenlemelerle, idarî işlem ve/veya eylemden kaynaklanan bir uyuşmazlığın, adli yargıda çözümlenmesinin öngörülmesinde anayasal bir engel bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim kanun koyucu tarafından, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanılarak tek taraflı olarak tesis edilen idarî para cezalarına karşı açılacak davalarda genel olarak adli yargı mercileri görevli kılınmıştır³⁴. Bu itibarla, yasal düzenlemelerle idarî işlem ve/veya eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, adli yargıda çözümlenmesine karar verilebileceğinden, Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesinde hukukî isabet bulunmadığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından ikinci başlıkta, dava konusu düzenlemede, 3291 sayılı Kanun kapsamında yer alan sözleşmelerin, imtiyaz oluşturmayaacağı ifadesine yer verildiğinden, anılan düzenleme Anayasa’nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir³⁵. Öncelikle, söz

³⁴ Nitekim, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde, bu Kanun kapsamında verilen idarî para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararlarına karşı, söz konusu kararların tebliği ya da tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş (15) gün içinde sulh ceza mahkemesine başvuruda bulunulabileceği kuralına yer verilerek, bazı idarî yaptırım kararlarına yönelik uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi öngörülmüştür.

³⁵ Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Danıştay, davaları görmek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde*

konusu düzenleme kapsamında, 3096 sayılı Kanun ile düzenlenen yapı-ışlet-devret modelinin kamu hizmeti imtiyazından; anılan Kanun uyarınca yapılan işletme hakkının devri ve görevlendirme sözleşmelerinin ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden farklı olmadığı belirtilmiştir. Sonrasında dava konusu düzenlemeyle, elektrik kamu hizmetlerine ilişkin akdedilen imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerin, Danıştayın ön denetiminden geçirilmesinin engellenmek istendiği ve dava konusu düzenlemeyle kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin değiştirilemeyeceği gerekçesiyle anılan düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından, dava konusu düzenlemeye ilişkin verilen yürütmeyi durdurma kararının³⁶ uygulanması amacıyla kanun koyucu tarafından, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir³⁷. Anılan Kanun'un 5. maddesinin ilk hâlinde, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idarelerle ilgili şirketler arasında akdedilecek sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği ve bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada da Anayasa Mahkemesince verilen 09.12.1994 Tarih ve E.1994/43, K.1994/42 sayılı karardaki inceleme yöntemi izlenmiş ve benzer gerekçelerle 5. madde yönünden iki başlık altında değerlendirme yapılarak, dava konusu düzenlemede yer verilen "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu düzenlemenin iptaline karar verilmiştir³⁸.

düşüncesini bildirmek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." kuralı yer almıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, 11.04.1994 Tarih ve E.1994/43, K.1994/42-1 Sayılı (Yürütmeyi Durdurma) Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

³⁷ Anılan Kanun, 13.06.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 Tarih ve E.1994/71, K.1995/23 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

B. 4446 Sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. Maddesinde Yapılan Değişiklik Sonrası Dönemdeki Yaklaşımlar

Kanun koyucu tarafından, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesine yönelik ihdas edilen düzenlemelerin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine, 14/08/1999 tarihinde yürürlüğe giren 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47, 125. ve 155. maddelerinde değişiklik yapılmıştır³⁹.

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede, anılan maddeye eklenen iki yeni fıkra ile hem özelleştirmeye ilişkin esas ve usullerin hem de kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel hukuk kişilerine yaptırılabilirliğinin yasal düzenlemelerle belirlenmesi ilkesinin öngörüldüğü tespitlerinde bulunularak⁴⁰, yapılan bu değişiklikle usul

³⁹ 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 47 nci maddesinin kenar başlığı, "E. Devletleştirme ve özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş ve bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."; 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki hükümler eklenmiştir.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."; 3. maddesinde, "Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." kurallarına yer verilmiştir.

⁴⁰ 4446 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz.

[https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasklik=KANUNLAR&v_alibaslik=4446&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastari h=&v_bittarih=, \(Erişim Tarihi: 19.04.2025\).](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasklik=KANUNLAR&v_alibaslik=4446&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastari h=&v_bittarih=, (Erişim Tarihi: 19.04.2025).)

ve esasları kanun koyucu tarafından belirlenecek bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında özel hukuk kişilerine gör-
dürülebileceği sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'da yapılan söz konusu değişiklikler sonrasında 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un⁴¹ 1. maddesi ile 3996 sayılı Kanun'un kapsamına, 3096 sayılı Kanun'a göre görülen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretine ilişkin faaliyetler yeniden dahil edilmiştir.

3996 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilen 5. maddesi yeniden düzenlenerek, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen kamu tüzel kişileriyle özel hukuk tüzel kişileri arasında imzalanacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yapılan anılan değişikliğe ilişkin genel gerekçede, bu değişiklikle önceki düzenlemenin Anayasa'nın 47. maddesi ile uyumlu hâle getirildiği, 3996 sayılı Kanun kapsamında yer alan bazı yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesinin özendirilmesinin hedeflendiği ifade edilmiştir⁴².

Mevzuatta belirtilen değişiklikler yapıldıktan sonra, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile bir ortak girişim arasında 3096 sayılı Kanun kapsamında hidroelektrik santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilecek elektriğin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine (TEDAŞ) satışına yönelik yap-işlet-devret yöntemine göre hazırlanan sözleşme tasarısının Danıştay tarafından incelenmesi istenilmiştir. Danıştay idarî dairesince, Anayasa ve kanunlarda yapılan değişiklik süreci kronolojik

⁴¹ Anılan Kanun, 22.12.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴² 4493 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz.

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=4493&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih=, (Erişim Tarihi: 19.04.2025).

Dr. Can ŞEKER

olarak belirtildikten sonra, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretiyle ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilerine yaptırılmasına, işletilmesine ve devrine ilişkin sözleşmelerin hukukî nitelikleri değiştirilerek özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı belirtilerek, bu aşamada görüş bildirilmesi istenen sözleşme taslağının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, bu itibarla konuyla ilgili Danıştayın inceleme ve görüş bildirme görevi bulunmadığından bahisle söz konusu istemin reddine karar verilerek sözleşme taslağı Bakanlığa iade edilmiştir⁴³.

Anayasa Mahkemesi tarafından, 4501 sayılı Kanun⁴⁴ ile 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin⁴⁵ iptali istemiyle açılan davada ise Anayasa'nın 47. maddesinde 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik kapsamında, kamu tüzel kişilerin yürütülen bazı yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel hukuk kişilerine yaptırılabilirliğinin ya da devredilebilirliğinin yasal düzenlemeler ile belirleneceğinin öngörüldüğü, bu değişiklik sonrası bazı kanunlarda değişiklik yapıldığı, Anayasa'nın 47. ve

⁴³ Danıştay Birinci Dairesi, 14.04.2000 Tarih ve E.2000/60, K.2000/55 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

⁴⁴ Anılan Kanun, 22.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ 4501 sayılı Kanun'un ilgili kısmında, "*MADDE 7- 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un geçici 1 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir.*" kuralı yer almıştır.

125. maddelerinde yapılan değişiklikler ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile yaptırılabilir veya devredilebilecek işlerin, özel hukuk sözleşmeleri ile de yapılabilirliği değerlendirilmesinde bulunularak iptal talebinin reddine karar verilmiştir⁴⁶.

Görüldüğü üzere Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarında, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik dikkate alınarak, kamu tüzel kişilerin yürütülen kamu hizmetlerinin bazılarının özel hukuk sözleşmeleriyle üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesine veya devredilmesine yönelik düzenlemeleri değerlendirmek suretiyle kanun koyucunun, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile sağlık hizmetlerine ilişkin kamu özel iş birliği modelinin yasal alt yapısının oluşturmaya yönelik kurallar ihdas edilmiştir. Bu Kanun kapsamındaki işlere ilişkin kamu tüzel kişileri ile özel hukuk kişileri arasında imzalanacak kamu özel iş birliği sözleşmelerinin hukukî niteliği tespit edilerek bu sözleşmeler özel hukuka tabi kılınmıştır.

Kanun'un sözleşmenin niteliğini belirleyen düzenlemeleri ile diğer muhtelif maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesince, Anayasa'nın 47. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural ile özel hukuk sözleşmeleriyle üçüncü kişilerin kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılmalarına imkan tanındığı; kamu tüzel kişilerinin, genel idare esasları uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevleri dışında kalan kamu hizmetlerini, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere gördürebileceği, sağlık hizmetlerinin, idarenin genel idare esaslarına göre yerine getirmekle yükümlü olduğu

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, 20.07.2000 Tarih ve E.2000/16, K.2000/17 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Dr. Can ŞEKER

kamu hizmetlerinden biri olmadığı⁴⁷, bu kapsamda sağlık hizmeti kapsamında bazı faaliyetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine imkan tanıyan düzenlemede Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılarak, idare ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin tabi olacağı hukuk rejiminin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin hukukî denetimi yapılmıştır⁴⁸.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı incelendiğinde, hangi kamu hizmetlerinin hangi usullerle ve ne tür sözleşmelerle özel hukuk kişilerine gördürüleceğinin belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Ayrıca, kararda, kanun koyucu tarafından söz konusu yetkinin kullanılmasında anayasal güvencelerin gözetilmesi gerektiği, bu konuda göz önünde tutulması gereken ölçütün ise kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi olduğu; ancak kamu hizmetlerinin hangi usulle işletilmesi durumunda kamu yararının daha kolay ve etkili şekilde gerçekleşeceğinin bir yerindelik meselesi olduğu, Anayasa Mahkemesince de yerindelik denetimi yapılamayacağından bahisle sağlık hizmetlerinden bazılarının özel hukuk hükümlerine tabi kamu-özel iş birliği sözleşmeleriyle gördürülmesi yönündeki düzenlemelerde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesince, sağlık hizmetlerinin hukukî niteliğine ilişkin önemli tespitlerde bulunularak sağlık hizmetlerinin nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu, sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorununun, ertelenemez ve ikame edilemez olduğu, bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesinin, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirdiği, bu yönüyle sağlık hizmetlerinin, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetler olduğu belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 Tarih ve E. 2004/114, K.2007/85 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)).

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015 Tarih ve E.2013/50, K.2015/38 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Başka bir uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesince benzer değerlendirilmelerde bulunularak, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesi ile bu değişiklik öncesi Mahkemece verilen kararlar dikkate alınmış, 47. maddede yapılan değişiklik ile amaçlananın; idare hukuku kurallarına tabi olduğu kabul edilen idarî sözleşmelerle, özel sektöre gördürülen kamu hizmetlerinden bazılarının özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler ile de gördürülebilmesine imkân sağlamak olduğu belirtilmiştir. Söz konusu değişiklik sonrası kanun koyucunun sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisinin kapsamının genişletildiği ve kamu hizmetlerinden bazılarının üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlayan sözleşmelerin yasal bir düzenlemeyle kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk hükümlerine tabi kılınabileceği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁹.

Anılan karar incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi tarafından, kanun koyucunun kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğunun vurgulandığı ve dava konusu düzenlemeyle Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin yerine getirilmesi yönteminin belirlenmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

Danıştay kararında, Anayasa Mahkemesince yapılan benzer değerlendirmelere yer verilerek, Anayasa'nın 47. maddesinde yapılacak değişiklik sonrası, kanun koyucunun, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapmasının mümkün hâle geldiği ifade edilmiştir⁵⁰.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 24.12.2019 Tarih ve E.2018/138, K.2019/94 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

⁵⁰ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 24.09.2018 Tarih ve E.2014/2568, K.2018/2588 Sayılı Karar, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP).

Bu kapsamda, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik sonrası dönemde bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak bazı tespitlerde bulunulması gerekmektedir. Öncelikli olarak, kamu hizmetlerinin kurulması veya yürütülmesi görevi idareye ait olduğu açıktır. "İdarenin kanunîliği ilkesi" uyarınca idareler ile özel hukuk kişileri arasında idarî veya özel hukuk sözleşmeleri akdedilebilmesi için bu konuda kanun koyucu tarafından idarelere yetki verilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklikle ihdas edilecek yasal düzenlemeler kapsamında, kamu hizmetlerinden bazılarının idarî sözleşmelerle bazılarının da özel hukuk sözleşmeleriyle kurulması veya yürütülmesi görevi özel hukuk kişilerine devredilebilecektir.

Öte yandan, bu düzenlemeden, kanun koyucu tarafından, özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülmesine karar verilenler dışındaki kamu hizmeti ve yatırımlarının mutlaka idarî sözleşmelerle yürütülmesi gerektiği anlamı çıkmamaktadır. Kanun koyucu tarafından, kamu hizmetlerinin kurulması veya yürütülmesi görevinin özel hukuk kişilerine devri konusunda idarelere yetki verilmemesi durumunda bu hizmetler doğrudan idarelerce yürütüleceğinden idare ile özel hukuk kişileri arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi de kurulamayacaktır.

Yapılan değişiklikle, kanun koyucu tarafından idarelere verilecek yetkiyle kamu hizmetlerinin kurulması veya yürütülmesinin özel hukuk sözleşmeleriyle veya idarî sözleşmelerle özel hukuk kişilerine devredilebileceği öngörülmüştür. Devri konu edinen sözleşmenin niteliğine yönelik kanun koyucu tarafından bir belirleme yapılması durumunda, sözleşmenin niteliği doğrudan belirlenmiş olacaktır. Ancak, yasal düzenlemelerle, idarelere sadece sözleşme imzalama yetkisi verilmesine rağmen, taraflar arasında akdedilecek sözleşmenin niteliği belirlenmemiş ise bu durumda bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yargısal içtihatlarla geliştirilen ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilecektir.

Kanun koyucu tarafından ihdas edilen yasal düzenlemelerle, bir sözleşmenin niteliği doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmiş ise bu sözleşmelere yönelik başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın anılan belirleme dikkate alınarak ilgili sözleşmenin tabi olacağı hukukî rejimin tespit edilmesi uygun olacaktır. Öte yandan, yasal düzenlemelerde böyle bir nitelendirme yapılmamış ise yargısal içtihatlarla geliştirilen ölçütler dikkate alınarak uyuşmazlık konusu sözleşmelerin niteliği belirlenecektir.

Bu itibarla, kamu hizmetlerinden bazılarının özel hukuk kişilerine gördürülmesi amacıyla Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında, doğrudan veya dolaylı olarak bir sözleşmenin niteliğini belirlemesi durumunda, gerek bu sözleşmenin uygulanması aşamasında gerekse bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde söz konusu tespit dikkate alınarak hareket edilmesinin uygun olacağı ve sözleşmenin türünün belirlenmesine ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

SONUÇ

Toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik kamu hizmetleri genel olarak kamu tüzel kişileri tarafından, kendi araç, gereç ve personeliyle yürütülmekteyse de, bazı durumlarda bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin görevler özel hukuk kişileriyle akdedilen sözleşmelerle bu kişilere devredilebilmektedir.

Kamu tüzel kişileriyle özel hukuk kişileri arasında imzalanan her sözleşme kamu hizmetlerinin yürütülmesine yönelik değildir. Bazı durumlarda, kamu tüzel kişileri, bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek tarafların eşitliği ilkesine dayanan sözleşmelere taraf olabilmektedir. Böylelikle kamu tüzel kişileri, hem özel hukuk sözleşmelerinin hem de idarî sözleşmelerin tarafını teşkil edebilir.

Kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi gerek bu sözleşmelerin uygulanması aşamasında tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde gerekse söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüleceği yargı kolunun belirlenmesinde önemlidir.

Kanun koyucu tarafından ihdas edilen bazı yasal düzenlemelerle, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilmektedir. Yargı organlarınca, Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar, kanun koyucu tarafından, niteliği gereğince idarî sözleşme olarak kabul edilmesi gereken sözleşmelerin, yasal düzenlemelerle türünün özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenemeyeceğinden bahisle aksi yöndeki düzenlemelerde hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Söz konusu dönemde verilen kararlar incelendiğinde, genel olarak niteliği gereği idarî sözleşme olarak değerlendirilecek akitlerin, yasal düzenlemelerle özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesiyle bu sözleşmelere karşı açılacak davaların adli yargıda görülmesine izin verildiği, bu durumun ise Anayasa'nın 125. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil ettiği, 125. madde kapsamında kanun koyucunun, idare hukuku alanına giren idarî bir eylem ya da işleme karşı açılacak davaları, adli yargıda görülmesi yolunu açma yetkisine sahip olmadığı; ayrıca, söz konusu düzenlemelerin 37. maddede yer verilen kanunî hâkim ilkesine de aykırı olduğu sonucuna ulaşılarak dava konusu düzenlemelerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Böylelikle, söz konusu dönemde yargı organlarınca, sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesi aşamasında kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilerek uyuşmazlıklar bu yönde sonuçlandırılmıştır.

Yargı organlarınca, kamu hizmetlerinin yürütülmesini konu eden sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesine yönelik yasal düzenlemeler hakkında iptal kararı verilmesi üzerine, kanun koyucu tarafından, söz konusu kararların gerekçeleri değerlendirilerek Anayasa'nın 47.

maddesinde, 1999 yılında 4446 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmıştır. Anayasa’nın 47. maddesine eklenen düzenlemeyle, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere gördürüleceğinin yasal düzenlemelerle belirlenebileceği ifade edilerek bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle üçüncü kişilere gördürülebilmesine imkân tanınmıştır.

Söz konusu düzenlemenin Anayasa’da yer alması sonrasında, bazı kanunlarda kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine yönelik kurallar ihdas edilmiştir. Bu düzenlemelerin iptali istemiyle açılan davalarda, Anayasa Mahkemesince önceki içtihatlarından farklı olarak, söz konusu Anayasa değişikliğinin gerekçesi dikkate alınarak, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi konusunda mutlak anlamda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunun değerlendirildiği görülmektedir. Benzer değerlendirmeler, Danıştay tarafından verilen kararlarda da yer almış ve sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesinde kanun koyucunun iradesine öncelik verildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda öncelik olarak kanun koyucu tarafından söz konusu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine yönelik ihdas edilmiş bir kuralın bulunup bulunmadığı araştırılarak, bu yönde doğrudan veya dolaylı bir belirleme yapılmış ise, başkaca bir inceleme yapılmaksızın söz konusu tespit dikkate alınarak tarafların hak ve yükümlülükleri ile uyuşmazlığın görüleceği yargı kolu belirlenmelidir. Kanun koyucu tarafından, sözleşmenin niteliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmemiş ise, bu durumda söz konusu sözleşme hakkında yargısal içtihatlarla geliştirilen ölçütler yönünden değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması isabetli olacaktır.

Dr. Can ŞEKER

KAYNAKÇA

- Aktaş, Mehmet (2024). Özel Hukuk Kişileri Arasında İdari Sözleşme Yapılabilmesi Olasılığına İlişkin Bir Değerlendirme. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 28 (2), 589-612.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil (2020). Türk İdare Hukuku. Ankara: Savaş Yayıncılık.
- Alamur, Seher (2013). *Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler* [Yüksek Lisans Tezi]. Marmara Üniversitesi.
- Balta, Tahsin Bekir (1968/1970). İdare Hukukuna Giriş. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- Bilgen, Pertev (1970). *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri* [Doktora Tezi]. İstanbul Üniversitesi.
- Candan, Turgut (2022). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Colin, Frederic (2020). L'essentiel du Droit des Contrats Administratifs. Paris: Gualino Lextenso.
- Çağlayan, Ramazan (2020). İdare Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınları.
- Çal, Sedat (2010). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14 (1), 223-274.
- Çınar, Abdurrahim (2021). İdarî Sözleşmelerin Ölçütleri. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7 (2), 325-338.
- Duguit, Leon (1926). Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren: Derbil, Süheyy (1954)). Ankara: İstiklal Matbaacılık.
- Duran, Lütfi (1982). İdare Hukuku Ders Notları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

- Gaudemet, Yves (2022). *Droit Administratif*. Paris: Lgdj Lextenso.
- Gözler, Kemal (2019). *İdare Hukuku (Cilt II)*. Bursa: Ekin Yayınları.
- Gözübüyük, A. Şeref (2005). *Yönetim Hukuku (Güncelleştirilmiş 23. Baskı)*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günday, Metin (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayıncılık.
- Kesici, Fatih Sultan (2009). *İdari Sözleşmelerin Türleri, Kapsamı ve Yargısal Denetimi* [Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi]. İstanbul Üniversitesi.
- Kutlu, Meltem (1997). *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Odyakmaz, Zehra (1998). Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2), 1-63.
- Onar, Sıddık Sami (1967). *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt 3)*. İstanbul: Hak Kitabevi.
- Özay, İl Han (2017). *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özel, Kadir Can (2020 Ocak-Haziran). İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme. *Ombudsman Akademik Dergisi*. Y. 6, S. 12, 181-220.
- Richer, Laurent ve Lichere, François (2021). *Droit des Contrats Administratifs*. Paris: Lgdj Lextenso.
- Rouviere, Jean (1952 Mart-Nisan). İdarî Sözleşmeler (Çeviren: Vecihi Tönük), *Türk İdare Dergisi*. S. 215, Y. 23, 185-208.
- Sezginer, Murat (2013). İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli 'Birleşme' Sözleşmeler). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17 (1-2), 1589-1622.

Dr. Can ŞEKER

Tan, Turgut (1995). İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*. 50 (3), 291-309.

Tan, Turgut (2016). İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Tekinsoy, M. Ayhan (2006). İdarî Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 55 (2), 181-227.

Yenice, Kazım ve Esin, Yüksel (1983). Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü. Ankara: Arısan Matbaacılık.

YARGI KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları (Karar tarihine göre sıralanmıştır.)

(Kararlara Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilişim Sistemi karar aramadan erişilmiştir.)

Anayasa Mahkemesi, 11.04.1994 Tarih ve E.1994/43, K.1994/42-1 Sayılı (Yürütmeyi Durdurma) Karar.

Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 Tarih ve E.1994/71, K.1995/23 Sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesi, 20.07.2000 Tarih ve E.2000/16, K.2000/17 Sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005 Tarih ve E.2005/110, K.2005/111 Sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 Tarih ve E. 2004/114, K.2007/85 Sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015 Tarih ve E.2013/50, K.2015/38 Sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesi, 24.12.2019 Tarih ve E.2018/138, K.2019/94 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları (Karar tarihine göre sıralanmıştır.)

(Kararlara Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilişim Sistemi karar aramadan erişilmiştir.)

Uyuşmazlık Mahkemesi, (Hukuk Bölümü), 14.01.2013 Tarih ve E.2012/82, K.2013/1 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, (Hukuk Bölümü), 29.12.2014 Tarih ve E.2014/1138, K.2014/1179 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, (Hukuk Bölümü), 29.01.2018 Tarih ve E.2017/775, K.2018/11 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 30.09.2019 Tarih ve E.2019/379, K.2019/570 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 22.06.2020 Tarih ve E.2020/340, K.2020/401 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.09.2022 Tarih ve E.2022/286, K.2022/452 Sayılı Karar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.10.2023 Tarih ve E.2023/414, K.2023/649 Sayılı Karar.

Yargıtay Kararları (Karar tarihine göre sıralanmıştır.)

(Kararlara Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilişim Sistemi karar aramadan erişilmiştir.)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.02.2007 Tarih ve E.2007/4-81, K.2007/78 Sayılı Karar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2021 Tarih ve E.2017/9-3094, K.2021/1118 Sayılı Karar.

Dr. Can ŞEKER

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2022 Tarih ve E.2020/3-688, K.2022/846 Sayılı Karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.11.2022 Tarih ve E.2021/3336, K.2022/7930 Sayılı Karar.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 28.02.2023 Tarih ve E.2022/8235, K.2023/369 Sayılı Karar.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.01.2024 Tarih ve E.2023/501, K.2024/101 Sayılı Karar.

Danıştay Kararları (Karar tarihine göre sıralanmıştır.)

(Kararlara Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilişim Sistemi karar aramadan erişilmiştir.)

Danıştay 1. Dairesi, 14.04.2000 Tarih ve E.2000/60, K.2000/55 Sayılı Karar.

Danıştay 10. Dairesi, 09.01.2001 Tarih ve E.1999/618, K.2001/2 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 16.09.2005 Tarih ve E.2005/7173, K.2005/3640 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 08.11.2005 Tarih ve E.2005/7583, K.2005/5382 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 01.12.2006 Tarih ve E.2006/2006, K.2006/4547 Sayılı Karar.

Danıştay 10. Dairesi, 24.01.2007 Tarih ve E.2004/11813, K.2007/117 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 24.12.2010 Tarih ve E.2010/1588, K.2010/8750 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 02.04.2014 Tarih ve E.2014/292, K.2014/1262 Sayılı Karar.

Danıştay 8. Dairesi, 13.05.2015 Tarih ve E.2014/5591, K.2015/4599 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 24.09.2018 Tarih ve E.2014/2568, K.2018/2588 Sayılı Karar.

Danıştay 10. Dairesi, 17.11.2021 Tarih ve E.2018/3843, K.2021/5602 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 19.04.2022 Tarih ve E.2022/1821, K.2022/1701 Sayılı Karar.

Danıştay 8. Dairesi, 26.05.2022 Tarih ve E.2018/1952, K.2022/3499 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 27.10.2022 Tarih ve E.2016/1599, K.2022/3886 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 12.01.2023 Tarih ve E.2021/3178, K.2023/99 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 21.03.2023 Tarih ve E.2019/553, K.2023/1310 Sayılı Karar.

Danıştay 12. Dairesi, 14.06.2023 Tarih ve E.2023/351, K.2023/3487 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2023 Tarih ve E.2022/4612, K.2023/3759 Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 18.01.2024 Tarih ve E.2023/3141, K.2024/280 Sayılı Karar.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.01.2024 Tarih ve E.2023/1058, K.2024/52 Sayılı Karar.

Danıştay Başsavcılığı, 06.02.2024 Tarih ve E.2024/11 Sayılı Karar.

Danıştay 8. Dairesi, 16.02.2024 Tarih ve E.2023/221, K.2024/683 Sayılı Karar.

Dr. Can ŞEKER

Danıştay 13. Dairesi, 24.04.2024 Tarih ve E.2024/986, K.2024/1754
Sayılı Karar.

Danıştay 13. Dairesi, 13.05.2024 Tarih ve E.2024/1173, K.2024/2120
Sayılı Karar.