

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ ARASINDA İDARİ SÖZLEŞME
YAPILABİLMESİ OLASILIĞINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME
AN EVALUATION ON THE POSSIBILITY TO MAKE
ADMINISTRATIVE CONTRACTS BETWEEN PRIVATE PERSONS

Mehmet AKTAŞ* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1312777](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1312777) 

Kamu hizmetlerini sunma misyonunu haiz olan idare, bu misyonun icrası sırasında çeşitli vasıtalarla iradesini ortaya koyabilmektedir. Kimi durumlarda birel ya da düzenleyici nitelikte tek taraflı işlemler yapan idare, kimi durumlarda da sözleşmeler yoluyla iradesini tecelli ettirebilmektedir. İdari sözleşme doktrini incelendiğinde genel olarak, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak addedilebilmesi için en az bir tarafın idare olması zorunluluğuna yer verildiği görülmektedir. Organik kriter olarak ifade edilen bu şart, iki tarafı da özel hukuk kişileri olan idari sözleşme yapma ihtimalini kategorik olarak reddetme sonucunu doğurmaktadır. Türkiye’de hem doktrinde hem de uygulamada bu hususta ittifak olduğu görülmektedir. Bu çalışmada ise, kamu hizmetlerinin sunulması sırasında idarenin çeşitli yöntemlerle paydaş kıldığı özel hukuk kişilerinin, kamu hizmetlerinin sunumu esnasında üstlendikleri misyon çerçevesinde kendi aralarında idari sözleşme yapıp yapamayacağı hususu değerlendirilecek; Türk Hukuku açısından buna engel yasal bir temel olup olmadığı incelenecek; özellikle bu kategorik reddiye irdelenerek Fransa’da buna imkan veren istisnai içtihadın Türkiye’de uygulanabilirliği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sözleşmeleri, İdari Sözleşmeler, İdari Sözleşme Kriterleri, İdare Sözleşmelerde Organik Kriter, Kamu Hizmeti.

* **Doktora Öğrencisi,** Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu/ANKARA, **e-posta:** aktasmehmet456@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-4076-2985, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1312777.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Aktaş M, “Özel Hukuk Kişileri Arasında İdari Sözleşme Yapılabilirliği Olasılığına İlişkin Bir Değerlendirme”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 589-612.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

The administration, which has the mission of providing public services, can demonstrate its will through various means during the execution of this mission. In some cases, the administration carrying out individual or regulatory unilateral transactions can also manifest its will through contracts. When the administrative contract doctrine is examined, it is seen that at least one party must be an administrator for a contract to be considered an administrative contract. This condition, expressed as the organic criterion, categorically rejects the possibility of making an administrative contract, both parties of which are private law persons. There is an alliance on this issue both in doctrine and practice in Türkiye. This study will evaluate whether private legal persons, whom the administration has made stakeholders through various methods during the provision of public services, can make administrative contracts among themselves within the framework of the mission they undertake while providing public services. In particular, this study analyzes the risks that this categorical refusal may pose and whether the exceptional case law that allows this in France is applicable in Türkiye.

Keywords: *Contracts of the Administration, Administrative Contracts, Criteria of Administrative Contracts, Organic Criteria in Administrative Contracts, Public Service.*

EXTENDED ABSTRACT

The administration can express its will in many ways by performing both transactions and actions to achieve legal results. Administrative acts, one of the forms used for this purpose, can be established without necessitating the consent of the other party. For these unilateral administrative transactions to carry legal consequences, no consent from any party is required. However, the administration does not always express its will through unilateral acts. While less common than administrative acts, the administration can also articulate its will through contracts.

Contracts are transactions in which the administration seeks agreement from the other party. In some of these transactions, which can be defined as the administration's contracts, the administration concludes contracts within the framework of the private law regime. For instance, the administration may rent a building for providing public services, similar to any private law lease contract. However, some contracts of the administration are subject to the rules and principles of administrative law. In these contracts, declarations of will adhere to administrative law principles and rules, not private law. The regime to which they are subject, as well as the judicial branch for dispute resolution, differs in contracts made within the administrative law framework.

The administration, being a entity that provides public services with all its actions aimed at the public interest, may collaborate with private legal persons during service provision. The administration, for various reasons, involves private law persons as stakeholders. In Türkiye, for instance, the administration has delegated the authority

to regulate horse racing to a private law person. These private law persons acting on behalf of the administration may be subject to certain obligations that exceed private law within the framework of administrative law, and may also benefit from some opportunities granted to the administration. Private law persons, representing the administration, are authorized to undertake unilateral administrative actions in both Turkish and French Administrative Law, as exemplified by the Jockey Club of Türkiye in the horse racing context.

Although it is accepted that private law persons acting on behalf of the administration can carry out unilateral administrative transactions, there is a widespread opinion in both France and Turkey that an administrative contract cannot be made if both parties are private law persons. In some decisions in France, contracts in which both parties are private legal persons are described as administrative contracts. Although the number of decisions with this content is limited, these decisions are important in terms of allowing a different interpretation to overcome this resistance. In Türkiye, however, a strict stance persists both in practice and doctrine. The insistence that at least one party must be the administration, even if the contract is related to the execution of public services and includes provisions exceeding private law, categorically prevents contracts with both parties as private law persons from being considered administrative contracts.

In this study, it will be criticized that contracts in Turkey, both parties of which are private legal persons, are not considered administrative contracts as a whole. In this context, it will be pointed out that the increasing cooperation of the administration with private law persons in the provision of public services may increase the need to re-evaluate the condition of at least one party being the administration, defined as the organic criterion in administrative contracts. Furthermore, the study argues that the requirement for at least one party to be the administration lacks a positive basis in Turkish Law and is solely derived from an orthodox approach in practice and doctrine. It is proposed that the condition of having at least one party as the administration, softened by the Peyrot Decision in France, could influence the Turkish practice and contribute to flexibility in overcoming the current rigid stance. Changes and transformations over time, especially in the concept of public service and its delivery, may warrant questioning and revising established attitudes. Therefore, the study contends that the necessity for at least one party to be the administration is not an absolute requirement for administrative contracts. Under certain cumulative conditions, the organic criterion can be fulfilled even when both parties are private legal persons.

GİRİŞ

Hukukun diğer özneleri gibi idare de çeşitli vasıtalar aracılığıyla iradesini ortaya koymaktadır. İdarenin, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş bu irade

açıklamalarına idarenin işlemleri adı verilmektedir.¹ Bu irade açıklamaları, açıklanan iradelerin yönüne göre tek taraflı irade açıklamaları (bireysel ve düzenleyici işlemler) ve iki yanlı irade açıklamaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde idarenin işlemlerini farklı veçhelerden tasnif eden yazarlar da bulunmaktadır. Karahanoğulları, hukuksal sonuç doğurabilmesi için uzlaşma gerekip gerekmediği şeklinde bir tasnif kriterine başvurmakta, uzlaşma gerektirenlerin iki yanlı, gerektirmeyenlerin tek yanlı işlemler olduğunu ifade etmektedir.² Duran ise iradenin açıklanması şeklinde bir kritere başvurmaktadır. Yazar idarenin tek başına kendi iradesiyle yaptığı işlemleri idarenin tek taraflı işlemleri, karşılıklı iradelerin birleşmesi sonucu yapılan işlemleri de idarenin iki yanlı işlemleri olarak ifade etmektedir.³ Konumuz bağlamında incelenecek olan idari sözleşmeler idarenin iki yanlı işlemlerindendir.⁴ İdari sözleşmeler, idarenin idari işlemlerindendir. Bu açıklamanın mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere idarenin özel hukuk işlemleri de yapabilmesi mümkündür.

Sözleşme esasen bir özel hukuk kurumudur. Eşitler arası ilişkilerin egemen olduğu özel hukukta taraflar eşit koşullar altında, şartları yine taraflarca belirlenecek şekilde sözleşme yapabilmektedir. Bu nedenle asimetrik ilişkilerin söz konusu olduğu idare hukukunda sözleşme kavramı ilk bakışta yadırganabilmektedir. Ancak bağımsız bir hukuk dalı olarak idare hukuku, sözleşme kavramını bünyesine derç ederken birebir değil, amacına uygun bir değişimle ithal etmiştir. Bu nedenle özel hukuk menşei olan sözleşme kavramı idare hukukunda kamu yararı amacına yönelmiş olan asimetrik ilişkiye uygun bir değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Bilgen, “*idare hukuku ve özel hukukta tek bir sözleşme kavramının bulunduğu, ancak sözleşmenin bu alanlarda farklı rejimlere tabi olacağını*” ifade etmektedir.⁵ Bu nedenle idare hukuku açısından değerlendirildiğinde sözleşme kavramının özel hukuktan farklı, idare hukukuna has bir rejim çerçevesinde değerlendirilmesi icap etmektedir.

İdare, devlet ya da diğer kamu tüzel kişilikleri şeklinde örgütlenmiş bir yapıdır. Başka bir deyişle, idare tüzel kişiliği bulunan bir yapıdır. Tüzel

¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019, Cilt 1, s.718.

² Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2022, s.51.

³ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.386.

⁴ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, 2021, s. 334.

⁵ Pertev Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 4.

kişiliği bulunan diğer yapılar gibi idare de sözleşme yapma ehliyetini haizdir. Bu çerçevede idare hem idari sözleşmeler hem de özel hukuk sözleşmeleri yapabilmektedir.⁶ Bununla birlikte idari sözleşmelerin en az bir tarafının idare olması zorunluluğu, eş deyişle iki özel hukuk kişinin kendi arasında idari sözleşme yapıp yapamayacağı meselesi ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Kamu hizmetlerinin genişleyen muhtevası, idareyi özel hukuk kişilerinden yardım almaya yöneltmiştir. Örneğin özel hukuk kişileri, bazı durumlarda idare hesabına tek taraflı idari işlemler tesis edebilmektedir. Buna rağmen ülkemizde uygulamada ve doktrinde istikrarlı bir şekilde iki tarafı da özel hukuk kişisi olan idari sözleşmeler yapılamayacağı değerlendirilmektedir. Oysa idare hukukunun beşiği olarak adlandırabileceğimiz Fransa’da bu katı yorumun bazı kararlar yoluyla yumuşatıldığı görülmektedir. Bu nedenle bu ihtimalin ülkemiz açısından da değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaati, bu çalışmanın temel motivasyonu olmuştur. Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde idari sözleşmelerin tanımı yapılacak, akabinde idareyi sözleşme yapmaya iten gerekçeler ve idari sözleşmenin yerleşik kriterleri ele alınacaktır. İkinci bölümde ise iki özel hukuk kişinin kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesine ilişkin durumlar vekâlet ve idarenin hesabına olacak şekilde ayrı başlıklar altında ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise Türkiye’deki iki özel hukuk kişisi arasında idari sözleşme yapılamayacağı yönündeki toptancı reddiyenin eleştirisi ve bunun mümkün olabileceğine ilişkin nedenler gerekçeleri ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. Özellikle Türk Hukukunda buna engel normatif bir düzenleme olmadığı, Fransa’da bu yönde bazı içtihatların ortaya konulduğu ve bunların Türkiye’deki katı uygulamanın aşılmasına ışık tutabileceği; ayrıca idarenin özel hukuk kişileri ile artan işbirliğinin neticesi olarak, idarenin kullandığı irade açıklama vasıtalarının onun hesabına hareket eden özel kişilerce de kullanılabilmesi gerektiği hususlarında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. İDARİ SÖZLEŞMELER

A. Tanım

Eşitlik ilkesi temelinde kurulan özel hukuk ilişkilerinde en yoğun şekilde başvurulan hukuki işlem sözleşmelerdir. İdare hukukunda ise bu yoğunlukta olmasa da sözleşmelerin yapıldığı görülmektedir. İdare hukukunun özel hukuktan ihraç ettiği sözleşme kavramının tanımı da özel hukuktaki tanımla

⁶ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 465.

benzerlikler içermektedir.⁷ Ancak idari sözleşmeler, çeşitli farklılıkları da barındıran sözleşmeler olduğundan ayrıca tanımlanması gerekmektedir.

İdari sözleşmeler, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olarak yapılan sözleşmeleri ifade etmektedir.⁸ Bu tanım, genel hatlarıyla idari sözleşme kavramının idarenin sözleşmeleri kavramından farkına işaret etmektedir. Çünkü idare, özel hukuk sözleşme yapma ehliyetine de sahiptir. İdari sözleşme, idarenin sözleşmelerinin idarenin özel hukuk sözleşmeleri dışında kalan bölümünü teşkil etmektedir. İdarenin sözleşmelerinin bu şekilde ayrımı hem uygulanacak hukuki rejim hem de uyuşmazlıkların tabi olacağı yargı kolu açısından belirleyicidir.

B. İdari Sözleşme Yapma Gerekçeleri

İdareyi tek yanlı işlemlerin yanında idari sözleşmeler yapmaya iten saikler konusunda çok çeşitli yorumlar yapılmaktadır. Bütün bu gerekçeleri ortaya koymak çalışmanın hacmini ve amacını aşacağından sadece sonraki bölümlerde yapılacak değerlendirmeye esas teşkil edecek bazı yorumlara yer verilecektir.

İdari faaliyetler, genel olarak tek taraflı idari işlemler yoluyla icra edilir. Ancak, neoliberal politikaların yoğunlaştığı 1980 sonrası dönemde, özellikle kaynak yetersizliği nedeniyle özel sektörün finansmanına ihtiyaç duyulmuştur. Elektrik santrali kurulması, doğalgaz iletim tesisleri kurulması, mobil telefon işletmeciliği gibi yüksek meblağlarda yatırım gerektiren hizmetlerde özel sektörün desteğine ihtiyaç duyulmuş, bu nedenle de idari sözleşmelere başvurulmuştur.⁹

İdarenin özellikle sosyal politikaları öncelediği dönemlerde, piyasaya daha yoğun bir müdahalesinin olduğu görülmektedir. Bu müdahaleleri, hem yönetilenler hem de mahalli idareler açısından daha kolay kabul edilebilir kılmak, idari sözleşmeye başvurmanın nedenleri arasında sayılmaktadır. Bunun yanında tam zıttı yönde pazar ekonomisinin gereklerine uymak da bu gerekçeler arasında sayılmaktadır.¹⁰

⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, 2012, s.466-467., Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 463-464.

⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2015, s.184.

⁹ Ali Ulusoy, *Yeni İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 373.

¹⁰ Gözübüyük ve Tan, s. 451.

Bazı durumlarda idare olağan usuller ve ücretlerle hizmetin gerektirdiği nitelikte kalifiye eleman bulamayabilir. Bu durumda da şartları iyileştirilmiş ve esnetilmiş sözleşmeler yoluyla nitelikli personel teminine gidilebilir. Ayrıca idare kimi durumlarda kamu hizmet ve faaliyetlerini kurmak ve (ya) sürdürmek için yeterli sermayeye sahip değildir. Bu durumda idari sözleşmeler idareye elverişli araçlar sunabilmektedir. Bunun yanında kimi durumlarda üretici ve tüketiciyi korumak gibi saikler, idarenin sözleşmelere başvurmasına gerekçe oluşturabilmektedir.¹¹

İdareyi sözleşme yapmaya iten saikleri bir bütün olarak ve tüketilmiş şekilde sunmak elbette mümkün değildir. Çünkü kamu hizmeti, kamusal ihtiyaçlar ve kamusal faaliyetler sürekli olarak değişip gelişmektedir.

C. İdari Sözleşme Kriterleri

İdarenin hem özel hukuk sözleşmeleri hem de idari sözleşme akdetmeye ilişkin ehliyetinin bulunması, idarenin yaptığı sözleşmelerin belli kriterler bağlamında tasnifini zorunlu kılmaktadır. Bu tasnif ise iki ana kriter çerçevesinde gerçekleşmektedir. Birincisi, sözleşmenin niteliğinin bir norm aracılığıyla ortaya konduğu teşrii kriter, diğeri ise bu yönde açık bir belirlemenin olmadığı durumlarda (genel olarak bu tarz açık bir belirleme yapılmamaktadır) içtihat ve doktrin tarafından belirlenen kriterlerin mevcut sözleşmeye uygulanması neticesinde niteliğinin ortaya konulması şeklindedir.¹²

1. Teşrii Kriter

Bazı durumlarda sözleşmenin niteliği bizatihi kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Yasama organının bu noktada bir belirlemesi varsa çalışmanın sonraki bölümünde incelenecek olan içtihadi kriterlere başvurmaya gerek kalmayacaktır. Teşrii nitelirmede bazen kanun koyucu açıkça bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Kimi durumlarda ise uyumsuzluğun çözüm yerinin ya da tabi olacağı hukuksal rejimin öngörülmesi suretiyle bir belirleme yapıldığı görülmektedir.¹³ Genel olarak sözleşmelerin, özelde de idari sözleşmenin düzenlendiği kanun hükmünde bu yönde bir belirleme varsa, buna itibar etmek gerekir.¹⁴ Kanun koyucu tarafından yapılan belirlemeler için “kanun tarafından belirleme”, “kanun tarafından ön

¹¹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2010, s.163.

¹² Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s.19 vd.

¹³ Zabunoğlu, s. 66-467., Gözler, *İdare Hukuku, Cilt 1*, s. 15.

¹⁴ Lutfi Duran, s. 430.

belirleme” ve “kanun etkisiyle idari sözleşme” gibi tanımlamalar yapılmıştır.¹⁵

Kanunda açık düzenlemeye örnek olarak 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun’un 5’inci maddesi verilebilir. Madde metninde “Devlet tiyatroları sanatkâr memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine Genel Müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli idarî sözleşmelerle göreve alınırlar. Yapılacak idari sözleşmelere bu maddede belirtilen hizmet özellikleri de yazılır.” hükümlerine yer verilmek suretiyle sözleşmenin niteliği hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu konudaki muhtemel bütün tereddütler bertaraf edilmiştir.

Anayasa’da buna ilişkin bir hüküm olmadığı sürece yasama organı, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde bir serbestiye sahiptir.¹⁶ Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, Anayasa’nın 47’nci maddesinde yer alan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü karşısında bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yasama organının serbestiye sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Özay, bu konuda farklı bir veçheden ilave bir yorum getirmek suretiyle bir sözleşmenin idari olup olmadığının tespitinde “sözleşmenin kendi hükümleri arasında herhangi bir açıklık bulunması” kriterine yer vermiştir.¹⁷ Buna göre sadece kanun hükmünde değil, sözleşme metninin kendisinde de bu yönde bir belirleme yapılmış olabilir. Bu durumda da içtihadi kriterlere başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce Özay’ın yorumunu idare bu konuda sınırsız bir serbestiye sahipmiş gibi yorumlamamak gerekir. Bu konudaki hareket alanı, idarenin genel olarak tali istisnaen de asli nitelikteki yetkisi bağlamında bir değerlendirme marjı olarak değerlendirmek gerekmektedir.

2. İçtihadi Kriter

Teşrii kriter, kesin ve tartışmasız bir çözüm sunsa da, çoğu zaman sözleşmenin niteliğinin ilgili norm metninde belirlenmediği görülmektedir. Bu noktada ise sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde teşrii kritere göre

¹⁵ Laubadère, André de/Moderne, Frank/Delvolvé, Pierre, c. I, s. 131-132, (Nakleden, Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (2), 2013, s.170.)

¹⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 15.

¹⁷ İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Baskı’dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 511.

tamamlayıcı bir nitelikte olan içtihadi kriterlere başvurmak gerekir.

İçtihadi kriterler hem doktrin hem de mahkemelerce genel olarak şu şekilde belirlenmiştir: Sözleşmenin taraflarından en az birisinin idare olması, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi. Sözleşmenin taraflarına ilişkin olan ilk şart organik kriter, mahiyetine ilişkin olan diğer iki şart ise maddi kriter olarak tasnif edilmektedir.¹⁸ Doktrinde maddi kriterleri iki müstakil kriter olarak ele alan yazarlar da bulunmaktadır. Bu üçlü ayırmda en az bir tarafın idare olması zorunluluğu organik kriter, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması maddi kriter, özel hukuku aşan hükümler içermesi ise biçimsel kriter olarak ifade edilmektedir.¹⁹

3. İdari Sözleşmelerde Organik Kriter

Sözleşmenin taraflarının ortaya konulduğu organik kriter, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için en az bir tarafının idare olmasını zorunlu bir koşul olarak görmektedir. Buna göre, bir tarafın idare olması, sözleşmenin idari olarak nitelendirilmesinde olmazsa olmaz bir koşuldur. İki tarafı da özel hukuk kişisi olan bir sözleşmeyi, idari sözleşme saymaya olanak bulunmamaktadır.²⁰ Günümüzde, iki tarafı da özel hukuk sözleşmesi olan sözleşmelerin, idari sözleşmeleri de içine alan şemsiye kavram olan idarenin sözleşmelerine de dâhil olmadığını belirtmektedir.²¹

Çağlayan, yaygın anlayışla koşul olarak organik kriterin idari sözleşmenin tayini açısından zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Müellife göre idari sözleşmeden söz edilecekse bir tarafın idare olması “doğal bir şarttır.” Bir tarafı idare olmayan bir sözleşmenin idari sözleşme olarak telakki edilemeyeceğini net bir vurgu ile ortaya koymaktadır.²²

Türkiye’de yüksek mahkeme kararları da incelendiğinde doktrinle benzer şekilde organik kritere yer verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, “sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime

¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 19 vd.,

¹⁹ Karahanoğulları, s. 69.

²⁰ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 19 vd.

²¹ Günümüzde, s. 184.

²² Çağlayan, s. 465.

özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.” değerlendirmesinde bulunmuştur.²³ Danıştay da konuyu incelediği kararlarında istikrarlı bir biçimde organik kriteri aramakta ve bir tarafın idare olmasını şart koşmaktadır. Danıştay’a göre “*Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.*”²⁴ Yukarıda yer verilen örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere, en az bir tarafın idare olması koşulu, Türk yargısı açısından olmazsa olmaz niteliktedir.

Bazı durumlarda maddi kriterleri aynı olan sözleşmelerin sadece organik kriterlerle birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, tarım alanında yapılan ve mahiyeti itibariyle özdeş olan sözleşmelerden bir özel hukuk kişisi tarafından yapılanları özel hukuk sözleşmesi, bir kamu kurumu olan FORMA tarafından yapılan sözleşmeleri ise idari sözleşme olarak değerlendirmiştir.²⁵ Fransız Danıştay’ı da koşut olarak, özdeş sözleşmelerde salt taraf kriterini kullanmak suretiyle sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme olarak tasnif etmiştir.²⁶

Yukarıda yer verildiği üzere bir tarafın idare olması, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için Türkiye’de genel olarak zorunlu kabul edilmektedir. Bu konuda genel kabulü yumuşatabilecek bazı değerlendirmelere doktrinde rastlansa da uygulamada bu yönde bir değerlendirmeye rastlanmamıştır. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmelerin ortaya çıkması durumları ele alınacak, son bölümde ise özellikle Fransa’da bazı durumlarda aşılın sözleşmenin bir tarafının her halde idare olmasına ilişkin katı tutumun aşılmasının Türkiye’deki uygulamaya da ışık tutabileceği, ayrıca Türkiye uygulaması açısından da pozitif hukukta buna engel bir durum olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

²³ Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı.

²⁴ Danıştay 10. Daire, 11.04.2005 tarihli ve E.2004/12712, K.2005/1612 sayılı kararı; Benzer yönde kararlar için bkz; Danıştay 8. Daire, 13.12.1999 tarihli ve E.1999/2852, K.1999/7533 sayılı kararı, Danıştay 8. Daire, 16.01.1985 tarihli ve E.1984/495, K.1985/46 sayılı kararı.

²⁵ Tribunal des conflits, 24.06.1968, Société d’approvisionnement alimentaire, RDCE, 1968, s. 801. (Nakleden, Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 20)

²⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 20.

II. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ SÖZLEŞME AKDETME DURUMLARI

Özel hukuk kişilerinin idari sözleşme akdetme ihtimali iki farklı durumda söz konusu olabilir. İlk durumda idare, kendisine bir vekil tayin etmek suretiyle idari sözleşme akdetme konusunda kendisine yetki verirken, ikinci durumda kamu hizmetinin asıl sahibi olan idare hesabına hareket eden özel hukuk kişinin idari sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmaktadır.

A. Vekâlet İlişkisi

İdari sözleşme akdetmeye yetkili idareler, bazı durumlarda sözleşmeyi bizzat yapmak yerine vekâlet yoluyla bu iş ve işlemlerin yürütülmesini bir özel hukuk kişisine devretmiş olabilirler. Vekâlet ilişkisinin olduğu durumlarda Gözler'in de haklı olarak işaret ettiği üzere organik kriter sağlanmış olmaktadır.²⁷ Vekâlet ilişkisinde her ne kadar sözleşmeyi fiilen vekil yapsa da hukuki sonuçları vekile değil, müvekkil olan idareye ait olmaktadır. Sözleşmenin gerçek tarafı idaredir. Bu nedenle vekâlet ilişkisi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde organik kriterin tesisi açısından bir tereddüt bulunmamaktadır.

Fransız Danıştay¹, verdiği muhtelif kararlarda bu yorumları teyit eden sonuçlara ulaşmıştır. Görünüşte iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmeler, vekâlet ilişkisi nedeniyle idarenin sözleşmesi ve diğer şartları da sağlaması durumunda idari sözleşme olarak değerlendirilmiştir.²⁸ İdare hukukunun yapısı gereği, vekâlet ilişkisi biçiminde özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapma olasılığının yaygın olmadığı ifade edilmektedir. Bu ihtimalin daha çok bir sonraki başlıkta ele alınacak olan imtiyazcının kendi adına ama idare hesabına hareket etmesi durumunda gündeme geleceği vurgulanmaktadır.²⁹

B. İdarenin Hesabına Yapılan Sözleşmeler

Çalışmanın bir önceki bölümünde, vekâlet ilişkisi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde sözleşmenin gerçek tarafının idare olduğu, idare adına hareket edildiği; bu nedenle görünüşte iki özel hukuk kişisi tarafından akdedilen sözleşmenin idari sözleşme olabileceği ele alınmıştır. Peki, iki tarafın da özel

²⁷ Ibid, s. 21.

²⁸ Ibid, s. 21

²⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021, s. 481.

hukuk kişisi olduğu; ancak özel hukuk kişinin kendi adına ve idare hesabına yapılan bir sözleşmenin varlığı durumunda aynı yorumu yapmak mümkün olacak mıdır?

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 yılında verdiği *Peyrot Kararı*'nda buna olumlu yanıt vermiştir. O tarihe kadar yapılan ve iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmeleri kategorik olarak dışlayan yaklaşımın dışına çıkan Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti yürüten bir özel hukuk kişinin bir kamu tüzel kişinin hesabına hareket etmesi durumunda, bu sözleşmenin de idari sözleşme olabileceğini içtihat etmiştir. Bahse konu kararda, otoyol inşası konusunda imtiyaza sahip olan özel hukuk tüzel kişisi, diğer özel hukuk kişileri ile sözleşme akdetmiştir. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta hem idare mahkemesi hem de adliye mahkemeleri görevsizlik kararı vermiş, konuyu inceleyen Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, önceki müstakar içtihadından vazgeçmiş, iki özel kişi arasında imzalanan ancak idare hesabına yapılan bu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu değerlendirmiş ve nizanın idari yargıda çözümlenmesine karar vermiştir.³⁰

Bu noktada şu hususu da vurgulamak isteriz. Salt imtiyaz verilmiş olması, imtiyazcının sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir. Bu noktada kastımız sadece taraf kriterinin iki özel hukuk kişisi ile sağlanabileceği hususuna ilişkindir. Taraf kriteri dışındaki özel hukuku aşan hükümler içerme ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma kriterlerinin kümülatif olarak sağlanmış olması gerekir.

Peyrot Kararı ile iki özel hukuk kişisi arasında idari sözleşme yapmaya cevaz veren Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 2015 yılında verdiği *Madame Rispal c/Société ASF* kararında bu içtihadından döndüğünü düşündürecek bir karar vermiştir. Mahkeme, imtiyaz sahibi olan şirketin başka bir şirketle yapım, bakım ve işletme için yaptığı sözleşmenin özel koşullar yoksa özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Bu kararda her ne kadar sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmişse de Mahkemenin Peyrot Kararı'nda ortaya koyduğu içtihadından bütünüyle ayrıldığını iddia etmek de kanımızca mümkün görünmemektedir. Çünkü Mahkeme, özel koşulların olmaması durumunda yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna, özel koşulların bulunması durumunda idari sözleşme olarak değerlendirmenin ihtimal dâhilinde bulunduğuna işaret etmiştir.³¹

³⁰ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 21.

³¹ Gözübüyük ve Tan, s. 451.

III. TÜRK HUKUKUNDA İKİ ÖZEL HUKUK KİŞİSİNİN İDARİ SÖZLEŞME YAPABİLME OLASILIĞI

Türk Hukuk uygulamasında, iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edildiği bir örnek mevcut değildir.³² Başka bir anlatımla Türk mahkemeleri, bu konuda ortodoks bir yaklaşım içerisinde. Organik kriterin katı bir şekilde uygulanması noktasında ısrarlı olan yargı organları, bu konuda herhangi bir elastikiyet emaresi vermiş değildir.

Fransız hukuku açısından yaşanan bu gelişmelerin ülkemizde uygulanabilirliği konusunda Türk doktrininde bazı yazarların da mahkemelerle benzer şekilde muhafazakâr bir tutum takındığı görülmektedir. Duran, Fransa'daki gelişmelerle koşut gelişmelerin ve değerlendirmelerin Türkiye açısından kabulünün beklenemeyeceğini; çünkü idari sözleşme alanının Türkiye'de dar tutulma eğilimi olduğunu ifade etmektedir.³³ Müellif bu noktada sadece bir durum tespitine işaret etmektedir. Olması gereken açısından ise bir değerlendirme yapmamıştır.

Atay, organik kriterin katı uygulamasının sağlıklı sonuçlar doğurmayacağına işaret etmekte ise de bu sağlıklı olmayan sonuçların neler olabileceği konusunda detaylı bir değerlendirmeye yer vermemiştir.³⁴ Her ne kadar detay verilmemişse de yazarın bu noktadaki kategorik reddiyenin olası olumsuz sonuçlarına dikkat çekmesi önemlidir. Yazar, iki özel hukuk kişinin yapacağı sözleşmelerin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve özel hukuku aşan şartlar içermesi durumunda sözleşmelerin idari sözleşme sayılabileceğine işaret etmektedir.³⁵ Özel hukuku aşan şartların ne olduğu konusunda tüketilmiş bir liste sunmak mümkün değildir. Ancak karşı tarafı denetleme, karşı tarafa yaptırımlar uygulama, mali dengenin korunması şartıyla sözleşmede değişiklik yapma, kamu yararı nedeniyle gerektiğinde sözleşmeyi feshetme gibi hususlar özel hukuku aşan şartlar³⁶ olarak değerlendirilmek suretiyle iki özel kişi arasında akdedilen sözleşmenin idari sözleşme sayılması olasıdır.

³² Abdurrahim Çınar, "İdari Sözleşme Ölçütleri", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2021, s. 330.

³³ Duran, s. 431.

³⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, Turhan Kitapevi, 2019, s. 560.

³⁵ Ibid, s. 561.

³⁶ Çağlayan, s.468, Yayla, s. 167.

İdare hesabına sözleşme yapmak kavramı, vekâlet yoluyla idare adına hareket etmekten farklı bir muhtevaya sahiptir. Hesabına hareket durumunda idare tarafından özel hukuk kişisine verilen bir vekâlet bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, özel hukuk kişisi kamu tüzel kişisinin yerine geçmekte, onun rolünü fiilen üstlenmiş olmaktadır.³⁷

İki özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşmenin idari sözleşme olamayacağına ilişkin toptancı reddiyenin yeniden ele alınması gerekliliği birçok nedenle savlanabilir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu hususlara yer verilmeye çalışılacaktır.

Tek taraflı idari işlemler büyük bir çoğunlukla idare tarafından gerçekleştirilir. İdare, kamu hizmetlerinin ifası sırasında farklı niteliklerde sayısız tek taraflı idari işlem tesis etmektedir. Ancak, tek taraflı idari işlem tesisi, idare açısından tekel nitelikte bir yetki olarak belirlenmemiştir. Özel hukuk tüzel kişileri de yetkilendirilmeleri durumunda tek taraflı idari işlem tesis edebilmektedir. Bu durumda tek taraflı idari işlem tesis eden özel hukuk kişilerinin idari sözleşme de yapabilmesi gündeme gelebilmektedir. Hatta özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapabilmesinin arkasındaki gerekçe olarak özel hukuk kişilerinin tek taraflı idari işlem de yapabilir olması gösterilebilmektedir.³⁸ Bir özel hukuk kişisi olan Türkiye Jokey Kulübü'nün yaptığı bazı işlemler idari işlem olarak kabul edilmiştir. Dernek statüsünde faaliyetlerini sürdüren kurumun bünyesinde oluşturulan komiserler kurulunun doping kullandığı gerekçesiyle birinci gelen atın diskalifiye edilmesi ve ikinci olan atın birinci olarak belirlenmesi yönündeki işlemi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari işlem olarak kabul edilmiştir.³⁹

Özel hukuk kişilerinin idari işlem yapmasına imkân verilip kendi aralarında idari sözleşme yapamayacağını savlamak, kanımızca kendi içinde savunusu zor bir çelişki yaratmaktadır. İdare hesabına faaliyet yürütmesi konusunda yetkilendirilen özel hukuk kişilerinin idarenin iki temel idari işlem türünden birini yapabileceği, diğerini ise yapamayacağını iddia etmek, muhkem bir temeli zorunlu kılmaktadır. Türk Hukukunda bu şekilde bir ayrımı zorunlu kılan bir hukuki norm bulunmamaktadır. Anayasa açısından değerlendirildiğinde de bu yönde kısıtlayıcı bir hükme yer verilmiş değildir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla kanun ve kanun altı hukuki normlarda da bu

³⁷ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 21.

³⁸ Ibid.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 13.02.1995 tarih ve E.1995/2, K.1995/1 sayılı kararı.

yönde bir hüküm bulunmamaktadır. İdare hesabına idari faaliyet sürdürmeye yetkilendirilmiş özel hukuk kişilerinin, idari işlem türlerinden sadece bir kısmını yapabileceğinin, bir kısmını ise yapamayacağına Türk Hukukunda anayasal ya da yasal bir temeli bulunmamaktadır. Kısıtlama, doktrin ve uygulamanın ortodoks yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle idare hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin kullanımına bütünüyle kapatmanın yasal bir temeli bulunmamaktadır.

Bunların yanında, Türkiye’de idari sözleşmenin taraflarının kimler olabileceğine ilişkin ne Anayasa’da ne de kanunlarda sarıh bir düzenleme mevcut değildir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinde “*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*” ifadesine yer verilmek suretiyle sadece dava türlerine ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Mezkûr Kanun’un 32’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.*” hükmünde yetkili mahkemenin tayininde idari sözleşmeyi yapan merci ifadesine yer verilmektedir. Bu hükümden hareketle ve lafzi bir yorumla idari sözleşmenin ancak idari mercilerce yapılabileceği iddiası da kanımızca kabul görmemelidir. Aynı cümlede idari işlemi yapan merci ifadesine de yer verilmesine rağmen özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabilmesi konusunda bir duraksama söz konusu değildir. Bu nedenle bu madde hükmündeki belirlemenin idari sözleşmeyi sadece bir tarafı idare olacak şekilde sınırladığı yorumu kanımızca isabetli olmayacaktır.

Benzer bir düzenleme 2576 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24’üncü maddesinde de yer almaktadır. İlgili maddede konuya ilişkin “*tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*” hükmü yer almaktadır. Bu madde hükümleri incelendiğinde idari sözleşmelerin en az bir tarafının idare olmasına ilişkin hem doktrinde hem içtihadta neredeyse ittifakla aranan organik kriteri destekler bir ibare söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu durumdan kanımızca iki taraftan en az birinin idare olmasına yönelik katı yorumu yumuşatacak bir sonuç da çıkarmak mümkün olabilir.

Sonuç ve amaç odaklı bir yaklaşımdan hareket edildiğinde de organik

kriterdeki ısrarın aşılması mümkün olabilir. Çal'a göre bu noktada faaliyetin özünde ve sonucunda bir kamu yararı söz konusu ise her iki tarafı da özel hukuk kişisi olan bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi mümkündür.⁴⁰ Müellifin de haklı olarak işaret ettiği üzere, şekilci bir anlayışla salt idarenin taraf olması durumunda bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi, idarenin tüm etkinliklerinin de tek ve nihai amacı olan kamu yararı düşüncesi ile de uyarlı değildir. Bu nedenle faaliyetin özünde bir kamu yararı varsa, uygun koşullar altında iki özel hukuk kişininin yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olmadığı yönündeki reddiye kanımızca rasyonel değildir.

Fransa'da otoyol imtiyazına sahip karma bir şirketin özel bir hukuk kişisi ile yaptığı bayındırlık sözleşmesinin devlet hesabına yapılması nedeniyle idari sözleşme sayılması ve bu yorumun daha sonra iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen sözleşmelere de teşmil edilmesinde⁴¹ de aynı anlayışın bulunduğu ifade edilebilir. Hizmetin gerçek sahibi olan ve her etkinliği kamu yararı amacına yönelmiş bulunan idare hesabına hareket edilmesi durumunda, her ne kadar taraflar özel hukuk kişisi olsa da hizmetin gerçek sahibi idare ve amaç kamu yararadır. Çeşitli saiklerle özel hukuk kişileri ile işbirliği halinde olan idare hesabına hareket edilmesi durumunda katı bir yorumla özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapamayacaklarını savlamak, idari faaliyette çeşitli yöntemlerle paydaş kılınan özel kişilerin hareket kabiliyetlerini de sınırlandıran bir duruma sebebiyet verebilir. Kamu hizmeti ister bizzat idare ister özel hukuk kişisi tarafından idare hesabına yapılsın kamu hizmetidir. Öznelerin değişmesi etkinliğin niteliğinde bir değişiklik yaratmadığından, özel hukuk kişilerini kendi aralarında idari sözleşme akdetmekten men etmenin kamu yararını da sekteye uğratması ihtimali gündeme gelebilir. Örneğin, salt katı organik kriter uygulaması nedeniyle mahiyeti itibarı ile idari yargı mercileri tarafından çözülebilecek bir uyuşmazlık adli yargının görev alanına dâhil olabilmektedir. İdari yargı, hem maddi hem de usul kuralları açısından özel hukuktan ayrışan ve idari uyuşmazlıkların çözümü noktasında adli yargıya göre ihtisaslaşmış bir yargı düzenidir. Bu açıdan, kullanılan yetkiler ve yapılan işlemlerin mahiyeti nedeniyle buradan doğması muhtemel uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi daha efektif olabilecektir. Örneğin idare hesabına hareket eden bir imtiyaz sahibinin ya da sözleşmenin karşı tarafının, yapacakları sözleşmeden doğan uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi durumunda adli yargıda olmayan

⁴⁰ Sedat Çal, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 2010, s. 255.

⁴¹ Gözübüyük ve Tan, s. 463.

ya da uygulaması farklı olan kurumlara dayalı savunma geliştirmelerinin önu açılmış olacaktır.

Her iki tarafı da özel hukuk kişileri olan sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilmemesinin her halde kamu yararı açısından sakıncalar doğurduğunu iddia etmek iddialı ve gerçekçi olmayan bir yaklaşım olacaktır. Bu çalışma ile kastedilen de bu değildir. Ancak, bu ihtimalin kategorik olarak reddedilmesinin kamu yararı açısından bazı durumlarda sakıncalar doğurabileceği riskine rağmen buna açık kapı bırakılmaması temel eleştiri noktasıdır.

Doktrin ve içtihatlarla neredeyse istisnasız uygulanan kriterler, idari sözleşmelerin tasnifine ilişkin sorunu çözmeye yetmemektedir. Başka bir deyişle, bu kriterlerin mutlak doğru ve elastik olmayan bir şekilde uygulanması durumunda dahi hangi sözleşmelerin idari sözleşme olduğu sorununa kesin bir cevap verilememektedir.⁴² Sezginer, özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme ayrımının yeterli olmadığını, idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmelerinin de müstakil bir kategori olarak değerlendirilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Yazar, birleşik iradeli birleşme sözleşmeler adını verdiği bu kategoride, idarenin idari işlem tesis etmek suretiyle hükümlerine müdahale ettiği sözleşmelerin ayrı bir kategori içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna örnek olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 5809 sayılı Kanun'a dayalı müdahale yetkisi, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu'nun Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na verdiği müdahale yetkileri sayılmıştır.⁴³ Kendi içinde dahi net ve tutarlı bir sonuç doğuramayan içtihadi kriterlere dayalı olarak iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı sözleşmelerin kategorik olarak idari sözleşme olamayacağı yönünde bir reddiye, rijit bir değerlendirme olacaktır.

İdarenin bazı kamu hizmetlerinin sunumunu bizzat üstlenmekten vazgeçip bu hizmetlerin regülasyonunu üstlenmesi de sözleşme kriterleri açısından yeni bir yoruma imkân verebilir. Hizmet sunumunun terk edildiği ve regülasyon faaliyetinin yapıldığı alanlarda idarenin özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelere müdahale ettiği görülmektedir. Örneğin yukarıda zikredilen birleşme sözleşmelerinde idari sözleşmelerde bile ancak müzakere yoluyla belirlenebilen mali hükümlere yönelik idarenin iradesi

⁴² Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Melih Çakır, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 519.

⁴³ Sezginer, Birleşik İdareli Birleşme Sözleşmeler.

ile bir belirleme olduğu görülmektedir. Fransız doktrinin de “sözleşmelerin kamusallaşması” olarak adlandırılan bu durum, mevcut kriterlerin yeniden sorgulanmasına işaret etmektedir.⁴⁴

Kamu hizmeti kavramının sınırlarının gelişmesi, tüm kamu hizmetlerinin bizatihi idarenin olanakları ile yerine getirilmesini zorlaştırmıştır. Bu noktada idarenin özel hukuk kişilerinden yardım alması tercihi gündeme gelmektedir.⁴⁵ Son yıllarda özellikle, özelleştirme eğilimleri doğrultusunda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi; bunun yanında devam eden Avrupa Birliği adaylık süreci de idari sözleşme kuramının yeniden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.⁴⁶ Özel sektör aktörlerinin kamu hizmetlerinin görülmesinde giderek artan bir role sahip olması sonucunu doğuran bu süreçler, bu toptancı reddiyenin yeniden değerlendirilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmiştir.

Katı organik kriterin aşılması noktasında ülkemizde henüz somut bir gelişme olmamasına rağmen bu değerlendirmelerin gündeme gelebileceği bazı gelişmeler de yaşanmıştır. Esasen bu gelişmeler, iki özel hukuk kişinin kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesine ilişkin ihtimalin durum, ihtiyaç veya talep olarak da gündeme gelebileceğini ortaya koyması açısından önem arz etmektedir. Bu noktada konuyla doğrudan ilişkili olması hasebiyle arabağlantı sözleşmelerine değinmek istiyoruz. Türkiye’de iki özel hukuk kişinin idari sözleşme yapmasına ilişkin tartışmalarda genellikle gündeme gelen ilk konu arabağlantı sözleşmeleri olmaktadır. Yasal değişikliklerle GSM hizmetlerinin⁴⁷ ruhsat usulüyle özel kişilere gördürülmelerinden önce 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir kamu iktisadi teşekkülü olarak yapılanan Türk Telekom, GSM hizmetleri için özel hukuk kişileri ile imtiyaz sözleşmesi yapmaktaydı. İmtiyaz sözleşmesi ile GSM hizmetlerini sunma yetkisi alan özel hukuk kişileri, hem bu imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak Türk Telekom ile hem de abonelerinin diğer operatörlerle haberleşmesi için de kendi aralarında arabağlantı sözleşmesi imzalamak durumunda olmuştur.

⁴⁴ Laubadère, /Moderne, Delvolvé, s. 22-23. (Nakleden, Sezginer, Birleşik İdareli Birleşme Sözleşmeler, s. 1594).

⁴⁵ Çınar, s. 326.

⁴⁶ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50 (03), 1995, s. 291.

⁴⁷ GSM (Global System for Mobile Communications), bir mobil iletişim sistemi olup, Türkiye’de bu hizmetler 5/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu çerçevesinde işletmecisi sıfatını haiz operatörler tarafından sunulmaktadır.

Bir imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak iki özel hukuk kişinin akdettiği bu sözleşmenin idari sözleşme olabileceğine ilişkin doktrinde görüşler ileri sürülmüştür.⁴⁸

Bu görüşün temellendirmesi ise genellikle Türk Telekom ile GSM şirketleri arasında imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak imzalanan arabağlantı sözleşmesinin yargı organlarınca idari sözleşme olarak belirlenmesinin, GSM şirketlerinin kendi aralarında imzaladıkları aynı muhtevaya sahip sözleşmelere de teşmil edilebileceği savına dayandırılmıştır.⁴⁹ Doktrinde GSM şirketlerinin kendi aralarında akdettikleri sözleşmelerin kesin surette özel hukuk sözleşmesi olduğunu savlayanlar olsa da⁵⁰ bu sözleşmelerin, benzerlik kurmak suretiyle idari sözleşme olarak kabul edilebileceğini ifade edenler de olmuştur.⁵¹

Konuya ilişkin tartışmaların çıkış noktası, açılan davalarda verilen kararlar olmuştur. Yargı sürecine de bu noktada kısaca değinmek gerekmektedir. Elektrik Mühendisleri Odası tarafından Türk Telekom ve GSM şirketleri arasında imzalanan arabağlantı sözleşmesinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay, davanın görev yönünden reddine karar vererek genel yetkili idare mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Kararında ise sarıh bir şekilde arabağlantı sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme olduğuna hükmetmiştir.

“Lisans sözleşmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinden sonra bu sözleşmenin uygulanmasına yönelik verdiği yetkiye dayalı olarak İmzalanan dava konusu arabağlantı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmeleri olmayan İdari sözleşme olduğu Bu nedenle 2575 sayılı Yasanın 24/1 maddesinin son fıkrası uyarınca uyumsuzluğun genel görevli idare mahkemesinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir...”⁵²

⁴⁸ Ayhan Tekinsoy “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 2006, s. 195.

⁴⁹ Ibid, s. 195.

⁵⁰ “İdare ile imtiyaz sözleşmesi, yani idarî bir sözleşme yapmış olan özel bir kişinin; üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa; diğer bir özel kişi ile imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme, idarî sözleşme değildir. Özel kişiler arasında yapılan bir sözleşme de, sözleşmenin konusunu oluşturan işleme ilişkin ücretin idare tarafından belirlenmesi veya idarenin özel kişilerden birinin yerine geçmesi, o sözleşmelere idarî sözleşme niteliği kazandırmaz.” Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998/ 2 (1-2), s.150., Benzer yönde değerlendirme için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004, s. 306.

⁵¹ Tekinsoy, s. 195.

⁵² Danıştay 10. Daire, 11.03.1999 tarihli ve E.1998/6754, K.1999/830 sayılı kararı. (Nakleden, Murat Atalı, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan

Danıştay'ın görev yönünden ret kararından sonra davayı görmeye başlayan Ankara 9. İdare Mahkemesi, arabağlantı sözleşmelerinin çağrı sonlandırma ücretlerine ilişkin kısmını kamu yararına aykırı bulmak suretiyle iptal etmiştir.⁵³

Çağrı sonlandırma ücretlerine ilişkin kararın uygulanmasını sağlamak için Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davada mahkeme kendini yetkili görse de⁵⁴, bu kararın temyiz aşamasında Yargıtay, arabağlantı sözleşmelerinin idari sözleşme olduğu, bu nedenle idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle kararı bozmuş⁵⁵, bozma aleyhine yapılan karar düzeltme istemleri de Yargıtay tarafından reddedilmiştir.⁵⁶ Başka bir deyişle bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu Yargıtay tarafından da teyit edilmiştir.

27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'un 1'nci maddesi ile özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olarak yapılandırılmadan önce Türk Telekom'un GSM hizmetlerinin sunumu için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. İmtiyazı alanın abonelerinin, diğer imtiyaz sahiplerinin aboneleri ile haberleşme imkânına sahip olması için iki özel hukuk kişinin de ilave bir sözleşme yapması gerekmekte idi. Arabağlantı sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmelerin idare hesabına hareket eden imtiyazcılar arasında akdedilmesi, Türk Hukuku açısından ilk kez yerleşik uygulamanın aksine bir düşüncenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak kanımızca sonraki dönemde teşrii bir belirleme ile Türk Telekom'un bir özel hukuk kişisi olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna ilişkin düzenleme, arabağlantı sözleşmelerinin de idari sözleşme olarak nitelendirmesini olanaksız kılmıştır.

Yasal değişiklikten önce iki özel hukuk kişinin yaptığı sözleşmenin, mahkeme kararları ile idari sözleşme olarak belirlenmesi kanaatimizce mümkün idi. Çünkü Fransa'daki örnek ile benzerlik gösteren ve idare hesabına kamu hizmeti sunan bir imtiyazcının bu kamu hizmetinin sunumu ile ilgili

İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1-2), 2006.)

⁵³ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 04.10.2000 tarihli ve E.1999/577, K.2000/831 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁴ Ankara Asliye 7. Ticaret Mahkemesi, 27.02.2001 tarihli ve E.2001/152 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 19.12.2002 tarihli ve E.2002/2819, K.2002/7935 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 30.05.2003 tarihli ve E.2003/4399, K.2003/5818 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

akdettiği sözleşmelerin amaçsal yorumla idari sözleşme olarak tespitine mani bir hal yoktu. Çünkü taraf şartının sağlandığı bir denklemde, bu sözleşmelerin kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi⁵⁷ nedeniyle idari sözleşme sayılması olanağı mevcut idi. Ancak, son yasal değişiklik, teşrii kriterin üstünlüğü nedeniyle bu durumu imkânsız kıldığı kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere, Türkiye’de iki özel hukuk kişisini kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesi olasılığına uygulamada çok yaklaşılabilir durumlar yaşanmıştır. Bu ihtimallerin gelecekte de ortaya çıkması pekâlâ olasıdır. Dahası bu olasılık, bir talep veya ihtiyaç olarak da gündeme gelebilecektir. Bu talebin veya ihtiyacın ortaya çıkması durumunda, bugün için yasal temeli olmaksızın katı bir şekilde uygulanan organik kriterin esnetilmesi gerekmektedir.

Nihai olarak denilebilir ki, bugün için yaygın olarak kabul gören anlayışın aksine, kamu yararının ön planda olduğu bir durumda, somut olayın özelliklerinin uygun olması koşuluyla iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşme idari bir sözleşme olarak değerlendirilebilir.⁵⁸ Mülga düzenlemeler açısından arabağlantı sözleşmeleri de bu ihtimale esasen çok uzak olunmadığını göstermektedir. Bu nedenle toptancı bir yaklaşımla bu noktadaki reddiyenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle organik kriterin yeniden değerlendirilmesi ve daha esnek yorumlanması noktasında bir ihtiyaç hâsıl olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel hukuk kişilerinden yardım alan idare, görülecek hizmetin icrası sırasında bu kişilere bazı idare hukuku kurumlarının kullanılması noktasında olanaklar sağlamaktadır. Özel hukuk kişilerine tek taraflı idari işlemler yapabilme olanağı sağlanması buna örnek gösterilebilir. Özel hukuk kişilerine tek taraflı işlemler yapabilme noktasında bu yetkilerin verilmesinde idarenin yenilikçi bir tavır takındığı görülmektedir. Ancak idarenin iki yanlı işlemleri olan sözleşmeler konusunda bu tarz bir olanak sağlanması hususunda “tutucu” davranıldığını ifade etmek mümkündür. Hem Fransa’da hem de Türkiye’de bu yönde açık bir direnç bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinin genişlemesi ve diğer sair saiklerle zaman içerisinde iki özel hukuk kişisinin de idari sözleşme akdetmeye yönelik olarak yetkili

⁵⁷ Atalı, s. 330-331.

⁵⁸ Çınar, s. 331.

kılınmasına ilişkin görüşler ortaya çıkmaya başlamıştır. 1963 yılında Fransa'da ilk kez bu noktadaki toptancı reddiye yumuşatılmış, idare hesabına kamu hizmeti faaliyetleri yürüten imtiyazı özel hukuk kişinin bir diğer özel hukuk kişisi ile yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olacağına karar vermiştir. Elbette bu karar bu yöndeki anlayışı bir bütün olarak değiştirmemişse de bu yönde bir olasılığın kategorik olarak kabul edilmemesi yönündeki anlayışı yumuşatmaya başlamıştır.

Bu yöndeki yumuşama, kamu hizmetinin nitelik ve niceliğinde meydana gelen değişimin doğurduğu bir ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Fransa'da ortaya çıkan bu ihtiyacın ülkemiz açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Fransa'daki uygulamanın aksine ülkemizde özellikle uygulamada mahkemelerin bu yönde bir tutum almaktan kaçındıkları görülmektedir. Bu yönde bir ihtiyacın mevcut olması ve ileride daha yoğunlaşma ihtimaline karşılık ülkemizde bu yöndeki katı tavrın sorgulanması kaçınılmaz olacaktır.

Kaldı ki, hukuki normlarda bunu engelleyecek pozitif bir dayanak da bulunmamaktadır. Bu durum, hukuki bir dayanaktan ziyade muhafazakâr bir uygulamanın sonucudur. Bu nedenle Fransa'da olduğu gibi ülkemizde de bu yönde bir içtihat değişikliğinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, 2021.
- Atalı M, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1/2), 2006, s.315-339.
- Atay E, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, 2019.
- Bilgen P, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, 1970.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Çal S, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 2010, s.223-274.
- Çınar, Abdurrahim, “İdari Sözleşme Ölçütleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2021, s.325-338.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 1*, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 2*, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük Ş, Tan Turgut, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, 2021.
- Günday M, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2015.
- Karahanoğulları O, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Bası, 2022.
- Laubadère A. Moderne F, Delvolvé P, *Traité Des Contrats Administratifs*, Tome 1, 2ème Éd., LGDJ, 1983-1984.
- Odyakmaz, Z, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, s.141-195.

- Özay, İ. H, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Baskı'dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Sezginer M, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17 (2), 2013, s.1589-1622.
- Tan T, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50 (03), 1995, s. 291-309.
- Tekinsoy A, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 2006, s.181-227.
- Ulusoy A, *Yeni İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020
- Yayla Y, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2010.
- Yıldırım T/ Yasin M/ Kaman N/ Özdemir E/ Üstün G/ Çakır M/ Okay Tekinsoy Ö, *n İdare Hukuku*, Onikilevha Yayınları, 8. Baskı, 2021.
- Zabunoğlu Y.K, *İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, 2012.