

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ VE SİYASET ANA BİLİM DALI**

**KAMU HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA ALTERNATİF
ARAYIŞLAR: YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ VE İZMİT
YUVACIK BARAJI ÖRNEĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Okan LEBLEBİCİER

Ankara 2005

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ VE SİYASET ANA BİLİM DALI**

**KAMU HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA ALTERNATİF
ARAYIŞLAR: YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ VE İZMİT
YUVACIK BARAJI ÖRNEĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Okan LEBLEBİCİER

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Birgül Ayman GÜLER**

Ankara 2005

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ VE SİYASET ANA BİLİM DALI

KAMU HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA ALTERNATİF
ARAYIŞLAR: YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ VE İZMİT
YUVACIK BARAJI ÖRNEĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Birgül Ayman GÜLER

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı İmzası

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınav Tarihi:.....

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM KAMU HİZMETİ VE ÖZELLEŞTİRME

I. Kamu Hizmeti ve İdari Sözleşmeler.....	4
A. Kamu Hizmetinin Tanımı, Nitelikleri ve Görülme Usulleri.....	4
A.1. Kamu Hizmetinin Tanımı.....	4
A.2. Kamu Hizmetinin Özellikleri.....	9
A.3. Kamu Hizmetinin Görüş Usulleri.....	11
B. İdari Sözleşme Kavramı ve Unsurları.....	23
II. Özelleştirme.....	26
A. Özelleştirmenin Tanımı ve Nitelikleri.....	26
B. Özelleştirmenin Amaçları ve Gerekçeleri.....	30
B.1. Özelleştirmenin Amaçları.....	30
B.2. Özelleştirmenin Gerekçeleri.....	33
III. Yap-işlet-devret Modelinin Hukuki Durumu.....	36
A. Yap-işlet-devret Modelinin Anayasal ve Yasal Temelleri.....	37
B. İdare Hukuku Bakımından Yap-işlet-devret Sözleşmeleri.....	44
C. Yap-işlet-devret Sözleşmeleri ve Tahkim.....	52

İKİNCİ BÖLÜM YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ

I. Yap-işlet-devret Modelinin Kavramsal Çerçevesi ve Özellikleri.....	59
II. Yap-işlet-devret Modelinin Amaçları.....	67
III. Yap-işlet-devret Modelinin İşleyişi.....	69
1. Modelin Tarafları.....	70
2. Fiyatlandırma.....	73
3. Türkiye’de YİD Uygulamaları.....	76

IV. Yap-işlet-devret Modelinin Yarar ve Sakıncaları.....	83
V. Bir Örnek Olay : İzmit Yuvacık Barajı Örneği.....	92

SONUÇ	112
--------------------	-----

ÖZET	131
-------------------	-----

ABSTRACT	132
-----------------------	-----

KAYNAKÇA	133
-----------------------	-----

GİRİŞ

Dünya iktisat tarihindeki en önemli dönüm noktalarından birisi sanayi devrimidir. Sanayi devriminden önce devletlerin sahip oldukları üretim teknolojisi dolayısıyla gelişmişlik düzeyi yönünden önemli bir farklılık söz konusu değildir. Devletlerin birbirlerine üstünlük kurmaları farklı nedenlere dayanmaktaydı. Sanayi devrimi ile birlikte devletlerin bu kaderleri değişti. Devrimi gerçekleştiren ülkeler kısa dönemde büyük gelişmeler kat ettiler. 18. yüzyılın ortalarından itibaren devrimin ortaya çıktığı batı Avrupa ülkelerinin milli gelirleri önemli ölçüde arttı. Buna karşılık devrimi gerçekleştiremeyen ülkelerin bu ülkelerle yaptıkları ticaret sonucunda sömürülmekten kurtulamamaları ülkeler arasındaki gelişmişlik farklarının daha da artmasına neden oldu. İkinci Dünya Savaşı sonucunda dünya ülkelerini gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler şeklinde ikiye ayırmak mümkün hale geldi.

Bugün gelişmiş ülkeler gelişmişlik durumlarını sürdürebilmenin, gelişmekte olan ülkeler ise gelişmiş ülkelerle aralarındaki farkın daha fazla açılmasını önlemenin başka bir deyişle gelişmiş ülkelere nazaran milli gelirlerini reel anlamda artırmanın mücadelesini vermektedirler. Şüphesiz ki, üretimi dolayısıyla milli geliri artırmanın yolu yatırımları artırmaktan geçer. Daha fazla yatırım ise yatırımların esas kaynağı olan tasarrufların artırılmasına bağlıdır. Gelişmekte olan ülkelerin çoğu bağımsızlıklarından bu yana öncelikli olarak alt yapı projelerini tamamlamaya çalışmaktadırlar. Bu projeler kalkınma sürecinin temelini oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla altyapı projeleri gerçekleştirilmeden işletmelerin üretken yatırımlarını yapmaları mümkün olamamaktadır.

Gelişmekte olan ülkelere bakıldığında, önemli altyapı projelerinin finansmanının öncelikle kamu kaynaklarıyla sağlandığı görülür. Büyük ölçekli yatırımlarda kamu kaynaklarının kullanılması yaklaşımı, potansiyel olarak çeşitli faydalar sağlasa da bu yatırımların bütçe kaynaklarıyla gerçekleştiriliyor olması, belirtilen ülkelerde önemli

finansal açıklara neden olmuştur. 20. yüzyılın başlarına kadar, iç ve dış güvenliğin sağlanması gibi klasik kamu hizmetlerini yerine getiren devlet, zamanla ulaşımdan çevre kirliliğine kadar her türlü toplumsal gereksinimi giderme ödevini üstlenmiştir. Hızlı nüfus artışı ve kentleşmeyle birlikte su, elektrik, kanalizasyon, çöp ve kent içi ulaşım gibi bir çok sorun, idarenin sunmak zorunda olduğu kamu hizmetlerinin çeşitlenerek artmasına neden olmuştur.

Gelişmekte olan ülkeler mevcut büyümelerini destekleyecek öz kaynaklara sahip olmadıkları için yatırımlarının finansmanında genellikle iç ve dış borçlanma yollarına başvurulur. Ancak bu finansman kaynağının olumlu ve olumsuz yanları vardır. Örneğin, Türkiye 1980 den sonra yatırımlarının finansmanını genellikle dış borçlarla gerçekleştirmiştir. Oysa bugün gelinen noktada artan dış borç stokundan dolayı ayrıca dünyada yaşanan ekonomik krizler ve ülkede yaşanan siyasi istikrarsızlıklar fon sahiplerini çekingen davranmaya itmiş ve dış kaynak bulmak zorlaşmıştır. Vergi gelirlerinin istenen seviyede olmaması nedeniyle iç borçlanmaya başvurulması sonucunda iç borç stoku da artmıştır. Bunun sonucunda reel faizler yükselmiş ve enflasyon oranları büyümüştür.

Türkiye de kalkınma ve istihdam sorununun yenilmesi için daha fazla yatırım gerektiği, bunu gerçekleştirmek için kamunun elindeki olanakların yeterli olmadığı bir gerçektir. Bugün konsolide bütçe harcamalarına bakıldığında bütçe harcamaları terkinin hemen hemen transfer harcamalarıyla cari harcamalardan oluştuğu görülmektedir. Bu haliyle bütçeler yatırım bütçesi olma niteliğinden çok uzaktır. Kısacası devletin tek başına bu yatırımların finansmanını gerçekleştirmesi pek olası görülmemektedir. Özellikle, başlangıç yatırım maliyeti çok yüksek olan ve maliyeti karşılayacak nakit girişimlerinin çok uzun döneme yayıldığı altyapı yatırımlarına devlet tarafından yeterli kaynak ayrılması uzak bir hayaldir. Ancak diğer yandan sanayileşme için önemli girdi niteliğinde olan elektrik, ulaşım, su gibi temel altyapı hizmetlerinin de yerine getirilmesi kesin bir zorunluluktur.

İşte tüm bu sorunlar karşısında çıkış yolu aranırken klasik finansman türlerinden farklı olarak çeşitli finansman türleri geliştirilmiştir. Sermaye birikimlerinin yeterli

olmadığı ve yüksek bütçe açıklarıyla karşı karşıya kalan Türkiye gibi gelişmekte olan ülkeler, gelişmişlik düzeylerini artırabilmek için maliyeti yüksek olan büyük bayındırlık ve altyapı projelerini devletin yapması yerine yerli ve yabancı özel sektörün yapması, işletmesi ve sonra işler bir vaziyette kamu idaresine veya halka devretmesi olan yap-işlet-devret (YİD) modeline yönelmişlerdir.

Gelişmiş ülkeler açısından YİD modeli ekonomik etkinliği artırmak amacı taşıırken gelişmekte olan ülkelerde daha çok kamunun hizmetleri yerine getirmede finansman ve teknoloji yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Modelin en önemli özelliği yapılması arzu edilen yatırımların bütçe dışı kaynaklarla yapılabilmesidir. Yapılacak olan yatırım tutarının büyüklüğü, projenin finansman kaynaklarının bulunması, yatırımın zamanında tamamlanması ve borçlanma oranının yüksek olması gibi faktörler YİD projelerinin gerçekleştirilmesinde taraflar açısından bir takım riskler doğurmaktadır. Bu nedenle YİD projeleri değerlendirilirken, karşılaşılabilecek olası riskler ayrıntılı bir biçimde analiz edilmelidir.

1980'li yıllardan sonra Türkiye'nin gündemine getirilen bu model henüz hukuki altyapısı oluşturulmadan hayata geçirilmeye çalışılmış ve yine o dönemin özelleştirme akımının bir parçası olması bakımından bir anlam taşımış ve halen de taşımaktadır. Aslında ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere öz itibarıyla YİD modelinin yeni bir buluş olmadığı ve kamu hizmeti imtiyazı olarak bilinen usulden pek farklı olmadığı da ileri sürülmektedir.

Bu çalışmanın amacı bir finansman modeli olarak ileri sürülen YİD modelinin iktisadi, hukuki vb. yönlerden ele alınarak avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte irdelenmesini sağlamak olacaktır. Birinci bölümde konunun anlaşılması için gerekli kavramlar olan kamu hizmeti ve özelleştirme gibi kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır. Yine aynı bölümde YİD modelinin Türk hukuk düzenindeki durumu ele alınacaktır. İkinci bölümde ise YİD modelinin kavramsal yapısı ve tanıtımı yapılacak ve İzmit Yuvacık Barajı örneğinde modelin başarılı ve başarısız yanları ortaya konmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ VE ÖZELLEŞTİRME

Dünyada 1970'lerden itibaren giderek artan bir şekilde, hangi hizmetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı, bu hizmetlerin hangi koşullarla özel kişilere devredilebileceği gibi konular tartışılmaya başlamış ve bu bağlamda kamu hizmeti kavramını zorlayan unsur 1980'li yıllardan sonra gündeme oturan özelleştirme olgusu olmuştur. Neo-liberal tercihler sonucu güncellenen özelleştirme akımının kamu hizmeti kavramına ve bu hizmetin görülüş usullerine etkisi büyük olmuştur. Bu bölümde birbirleriyle çok yakından alakalı olan bu iki kavram üzerinde durulacaktır.

I. Kamu Hizmeti ve İdari Sözleşmeler

Kamu hizmeti ve idari sözleşme kavramları idare hukukunun en temel ve aynı zamanda en tartışmalı kavramlarındanlardır. Bu kavramların çalışmamızın konusu açısından da önemi büyüktür. Zira YİD modeli ve sözleşmelerinin temelinde de bu kavramlar yer almaktadır. Dolayısıyla yap-işlet-devret modelini açıklayabilmek için öncelikli olarak bu kavramları irdelemek gerekmektedir.

A. Kamu Hizmetinin Tanımı, Nitelikleri ve Görülme Usulleri

A.1. Kamu Hizmetinin Tanımı

YİD modelinin özünde kamu hizmeti kavramı yer almaktadır. Bilindiği gibi altyapı ekonominin öteki üretim kollarına girdi sağlayan, fakat onlardan girdi almayan veya az sayıda girdi alan bir koldur. Bir hidro elektrik santrali hemen bütün üretim dallarına enerji girdisi sağlar, fakat onlardan nispeten daha az girdi alır. Yani sanayimiz ve genel olarak bütün üretim sistemimiz bir piramidi andıran özelliğe

sahiptir. Piramidin en altında yollar, barajlar, hidro elektrik santralleri, demir-çelik ve çimento sanayileri yer alır. Bu alt yapı sanayi dalları öteki bütün sanayi dallarını ana girdi ile beslerler (Kılıçbay, 1985:12). Ülkeler açısından, devletin alt yapı yapma fonksiyonu ve sorumluluğu ise büyük ölçüde “kamu hizmeti” ölçüleri çerçevesinde yürütülmektedir. Bu bağlamda devletin alt yapı fonksiyonu, devletin doğrudan doğruya sanayi kurmasından farklı olarak, özel kesimin yapacağı üstyapı yatırımlarına ve özel ekonomik faaliyetlerine zemin ve temel hazırlama niteliğindedir.

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesi, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel konularının belirlenmesinde hala ölçüt kavram olma özelliğini muhafaza etmesine rağmen; kavram gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir şekilde tanımlanamamıştır. Bunun sebepleri arasında, kavramın genişliği, belirsizliği ve değişkenliği sayılabilir (Derbil, 1952:421).

Liberal dönemde idarenin faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetlerinin yanı sıra, sadece bireylerin ve toplulukların güçlerinin yetmediği ya da bir çıkar görmedikleri için yürütmedikleri veya yürütmedikleri faaliyetlerle sınırlı idi. Ancak liberal anlayış terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile birlikte, devlet ekonomik ve sosyal yaşama alabildiğine müdahale etmeye başladı (Günday, 2002). Osmanlı Devleti döneminde eğitim, sağlık, ulaşım ve su dağıtımı gibi daha çok vakıflar tarafından yürütülen hizmetler idare işlevi alanına girmeye başlamıştır. Tanzimat sonrasında bayındırlık, sağlık ve kültürel hizmetler de idarenin faaliyetleri arasına girmiştir. İdarenin faaliyetlerindeki genişleme Cumhuriyetin ilanından sonra da devam etmiştir. Bu dönemde KİT’lerin kurulmasıyla, idarenin ekonomik alandaki faaliyetleri, bir taraftan KİT’lerin kurulmasıyla ekonomik kamu hizmetlerini ortaya çıkarırken, diğer taraftan da idarenin ekonomik hayattaki düzenleyici faaliyeti artmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre en geniş tanımıyla kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Yine Anayasanın 128. maddesine göre de kamu hizmeti ancak devlet tarafından ve onun sürekli görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiştir. Bu noktada hangi hizmetlerin kamu hizmeti olabileceği konusu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak, yapılan faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı, üç unsurdan yararlanarak saptanabilmektedir.

a. Kamu Hizmetinin Organik Unsuru

Kamu hizmetinin organik unsuru, faaliyetin kim tarafından yürütüldüğüne ilişkindir. Bu kriter uyarınca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için, bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerekir. Ancak, zaman içindeki gelişmeler, özel hukuk kişilerinin yürüttüğü etkinliklerin de kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği yönünde olmuştur. Kuşkusuz hizmetin sahibi idaredir ve birinci derecede idare tarafından yerine getirilecektir. Ancak bu, kamu hizmetlerinin yalnızca idare tarafından yerine getirilebileceği anlamına gelmez. İdarenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen bazı faaliyetler de kamu hizmeti niteliği taşıyabilirler. Örneğin virtüel kamu hizmeti olarak nitelendirilen ve özel kişiler tarafından halkın günlük ve ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere yürütülen etkinlikler, bir yandan idare ile, diğer yandan da kamu malları ile özel bir ilişki içinde oldukları için kamu hizmeti olma kabiliyetindeki faaliyetlerdir. Özel eğitim kurumları ve özel sağlık kuruluşları bunlara örnek olarak verilebilir. İdare, virtüel ya da işlevsel kamu hizmeti sayılan bu faaliyetler üzerinde kolluk denetiminin ötesinde uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borç yükleyen, giderek hiyerarşiye yaklaşan bir “içerik denetimi” yapma yetkisine sahiptir. (Özay, 1996:232).

b. Kamu Hizmetinin Maddi Unsuru

Maddi açıdan kamu hizmeti, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre, kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir. Anayasanın 47. maddesinde yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler ... devletleştirilebilir” hükmündeki kamu hizmeti deyiminin faaliyet anlamında kullanıldığı açıktır.

Bir faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararı olup olmadığının tespitinde yasama organının iradesi belirleyici olacaktır. Diğer bir ifade ile yasama organı yürütülmesinde kamu yararı gördüğü her faaliyeti kamu hizmetine dönüştürebilecektir. Ancak hangi hizmetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduğunu belirlemek çok zordur. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “kuşkusuz, anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir” derken bazı kararlarında da, “bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir, nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, niteliğine etkili görülemez” diyerek bazı etkinliklerin niteliği gereği kamu hizmeti sayılması gerektiğini vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi kararı, T.28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23). Diğer taraftan Gözübüyük/Tan, Anayasa Mahkemesinin bir hizmetin kamu hizmeti olup olmayacağına yasa koyucu karar verir demesini fazla ciddiye alınmamasını ve aslında bu etkinliğin Anayasa Mahkemesinde bulunduğunu ileri sürmektedirler (1998).

c. Kamu Hizmetinin Şekli Unsuru

Bir faaliyete uygulanacak hukuksal rejimi esas alan bu kriter uyarınca, kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olan faaliyetler, kamu hizmeti sayılırlar.

Bu unsurlar dışında, kamu hizmetine ilişkin temel yaklaşımlardan biri de iktisadi yaklaşımdır. Özellikle Anglo-Amerikan düşüncesinin etkisiyle savunulmakta olan bu yaklaşımda, kamu hizmeti, “kamusal mal” kavramından hareketle tanımlanmaktadır.

Kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomilerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel girişimciler tarafından ya hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır. Bir mal ya da hizmetin kamusal mal sayılması sonucunu doğuran temel özelliği, sağladığı yararın bölünemezliğidir. İktisadi yaklaşımda, doğal olarak, bu özellikleri taşıyan kamusal malların devlet tarafından; bunlar dışında kalan özel malların ise, piyasa mekanizması koşullarında üretilmesi gerekir. Bu yaklaşımda, kamu hizmeti, kamusal mal üreten faaliyet olarak belirlenmektedir.

Bu yaklaşım da, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayıldığını belirlerken, salt bu faaliyetlerin niteliklerinden hareket etmektedir. Ancak burada maddi unsur yaklaşımından farklı olarak, faaliyeti kamu hizmeti kılan nitelik, bir sosyal olgu olduğu savunulan sosyal karşılıklı-bağımlılıktan değil, liberal ekonomik düzenin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak, maddi ölçütte kamu hizmetleri alanı genişlemekte ve devlete yeni ödevler yüklenmekte iken, iktisadi yaklaşımda kamu hizmetleri alanı alabildiğine daraltılmakta ve devletin üstlendiği hizmetlerin, adalet, emniyet ve savunmadan ibaret olması savunulmaktadır (Öztürk, 2000: 15).

Sonuç olarak, günümüzde idarenin faaliyet alanındaki genişlemeye bağlı olarak yukarıda sayılan unsurlarda çözümler başladı. Bir defa, organik ölçüt çözüldü; yani bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmamaya başladı. Bugün tüm kamu hizmetlerinin imtiyaz usulü ile özel kişilere gördürülebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca maddi ölçüt de bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamaya yetmemektedir. Zira niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. İnsan faaliyetleri niteliklerine göre değil ve fakat belli bir dönemde ve belli bir yerde topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sisteme göre kamusal ve özel faaliyetler olarak ayrılabilirler. Nihayet şekli kriter de günümüzde önemini yitirmiş; özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir. Özetle, bugün için geçerli olabilecek bir kamu hizmeti tanımı vermemiz gerekir ise, şu tanımı verebiliriz: Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir

kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir (Günday, 2002:284-285).

A.2. Kamu Hizmetinin Özellikleri

İdare Hukuku alanında, kamu hizmetlerinin, kurulmalarıyla güdülen amaca uygun olarak yürütölmelerini sağlayacak bir takım özelliklerinin var olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan temel bazı ilkeler şunlardır (Duran, 1982; Gözübüyük/Tan, 1998; Özay, 1996 vd):

1. Süreklilik, Değişkenlik ve Uyarılama

Kamu hizmeti, genele yönelik objektif nitelikte bir takım faaliyetler olduğuna göre, kamu yararının sağlanması amacı bu faaliyetlerin sürekli görölmelerini zorunlu kılar. Bu noktada süreklilik kavramının iki farklı boyutu söz konusudur. Kavramın bir yönü kronolojik yani zaman bakımından devamlılık ise diğeri ve asıl önemli yönü içerik ve yoğunluk bakımından düzeyindeki devam, yani istikrardır. Değişkenlik ve uyarılama ise kısaca kamu yararı ve tatmininin sağlanabilmesi için, çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içerik ve yönteminde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması anlamına gelmektedir.

2. Nesnellik ve Eşitlik

Kamu hizmetleri bireysel değil ve fakat toplumsal gereksinimlerin giderilmesi için yürütöldüklerinden, idare bu hizmetleri yürütürken nesnel davranmak ve yan tutmamak zorundadır. Bu nedenle, bireyler de kamu hizmetlerinden yararlanma ve bu hizmetlere katılmada eşit durumdadırlar.

3. *Meccanilik (Bedelsizlik)*

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik kuralının bir sonucu olarak idarenin, sunduğu kamu hizmetini ondan yararlananlar bakımından gerçekleştirilmesi çok güç ve ağır şartlara bağlamaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu şartlardan birinin de kamu hizmetlerinin ekonomik boyutu olduğundan kuşku yoktur. Burada kamu hizmetlerinin karşılıklarının ne olacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin sunulması karşılığında bir bedel alınıp alınmayacağı alınacaksa bu bedelin kamu hizmetinin türüne göre farklı olup olmayacağı ve niteliğinin ne olması gerektiği öğretide tartışılmaktadır.

Kamu hizmetinin klasik ilkelerinden biri de kamu hizmetinin meccaniliği yani yararlanma karşısında bir bedelin ödenmemesi ilkesidir. Bu sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Ancak öğretide, meccanilik kavramının, artık olguda bir anlam taşımadığı belirtilmektedir. Günümüzde kamu hizmetinin bedelsizliği yerine kamu hizmetinden yararlanma karşılığında ödenen paranın hukuki niteliği ve bunun miktarının ne olması gerektiği tartışılmaktadır. Klasik nitelikli bazı kamu hizmetleri bugün halen parasız olarak yürütülmektedir. Örneğin devlet okullarında yapılacak ilköğretim parasızdır (AY. Md. 42/5). Ancak bugün idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalması ve buna paralel olarak hizmetten yararlananların sayısının da artması sonucu, parasız olarak yürütülen hizmetlerinin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla, belli hizmetlerden yararlananların ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle hesap edilen bir katılma payı alınmaktadır. Bu nedenle, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinden bir kazanç elde etmesi düşünülemez.

Kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığında alınan paranın fiyat olup olmadığı; yapılan hesaplamanın içinde kar bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre, karayolları, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demir yolları, hava yolları, kimi hastane ücretleri vb. iktisadi şartlara göre oluşan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesi, yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirlenen nitelikleri bakımından muayyen

kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılmaz. Yine Anayasa Mahkemesine göre; “Bir iktisadi kuruluş için satış bedelini anlatan fiyatın karı kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup, giderleri asgari düzeyde karşılayan, ücretin fiyat sözcüğü ile adlandırılması, genel anlamda iktisadi işletmenin satış yapmasıyla bir tutulamaz.”

Kısaca, kamu hizmetinin amacı kar değil kamu yararadır. Kamu hizmetlerinde karın esas olmaması, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğu gibi, aynı zamanda eşitlik ilkesinin de gereğidir.

A.3. Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri

Kanun koyucunun toplumsal hayatın her alanında kamu hizmeti kurabileceği dikkate alındığında, kamu hizmetinin görülüş usullerinin de o denli çeşitlenmesi kaçınılmazdır. Duran, kamu hizmetinin görülüş usullerinin seçiminin hukuki olmaktan çok idare siyasetine ait bir tercih sorunu olduğunu; bu konuda uyulması zorunlu kesin bir kuralın mevcut olmadığını, ilgili organ ve makamların takdir yetkisi dahilinde olduğunu belirtmektedir (Duran, 1982).

Kamu hizmeti idare açısından bir görev olduğundan, öncelikle yerine getirme görevi/hakkı idareye aittir. Fakat çeşitlenerek artan bu etkinliklerin idare tarafından tek başına yerine getirilmesi imkansızlaşmıştır. Bu durumda idare, kamu hizmetinin görülüş biçimlerini yeniden gözden geçirerek özel hukuk kişilerinin olanaklarından yararlanma yöntemlerini keşfetme arayışı içerisine girmiştir. Günümüzde kamu hizmetlerinin mutlaka idare tarafından görülmesi bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Bugün, kamu hizmetleri idare tarafından görüldüğü gibi, özel kişiler tarafından da görülebilmektedir. Kamu hizmetlerinin idare tarafından görülme usulü emanettir. Buna karşılık, kamu hizmetleri ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret usulleri ile özel kişilere de gördürülmektedir.

1. Emanet Usulü

Öğretide, kamu hizmetinin, bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi personel, araç-gereç ve malvarlığıyla bizzat görülme şekline “emanet usulü” denilmektedir. Emanet usulü için belirleyici nitelik, bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya devlet veya öteki kamu tüzel kişilerince görülmesidir. Buna karşılık, bir hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesi emanet usulünün belirleyici bir niteliği değildir. Kamusal yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri gibi özel yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri de emanet usulü ile görülebilir (Günday, 2002:295).

Hizmetlerin yürütülmesinde genel kural, ihale yöntemine başvurmaktır. Ancak ihale edilmeyen işler ile bazı hizmetlerin emanet yöntemiyle yaptırılması yasa gereğidir. İdarenin yeterli işgücü , makine, araç-gereç ve taşıtlara sahip olması halinde ve ihaleye konulmasında fayda görülmeyen yapım ve taşıma işleri, köy işleri, istihkamların yapımı ve onarımı ile garnizonların alt işleri, gizliliği olan işlerle yasak bölgelerde ve orman içindeki yapım ve taşıma işleri, liman yapımı ve genişletilmesi, tarama yapılması bataklıkların çıkarılması ve dolgu işleri gibi hizmetler emanet yöntemiyle yürütülür. Emanet yönteminde ilgili kamu kurumunun kendisi genel yüklenici olmakla, işi bölerek alt yüklenicilere (taşeron) yaptırmaktadır. Bu uygulama bürokrasi süreci ve harcamalar dışında ihale sistemine benzemektedir.

2. İzin (Ruhsat)

Ülkemizde kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi usulleri arasında en fazla başvuru alan yöntemlerden birisi de ruhsat (izin) yöntemidir. Bu yöntemde, hizmetin görülmesi konusunda idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme bulunmayıp; aksine, idarenin tek taraflı bir işlemle vereceği izinle özel hukuk kişisi hizmeti yürütebilmektedir. Fakat, özel hukuk kişileri bu hizmetleri yürütürken kamu hizmetinin temel ilkelerine uymak zorundadır. Aksi takdirde izin geri alınması gibi yaptırımlara muhatap olabilirler. Örneğin özel eğitim kurumlarının faaliyetleri ve özel sağlık kuruluşların etkinlikleri bu kategoride değerlendirilen hizmetlerdir.

İzin alma suretiyle yürütülen hizmetler üzerinde idarenin sahip olduğu denetim yetkisi, kolluk denetimini aşır, hizmetin içten denetimi diğeri bir ifade ile hiyerarşiyeye yaklaşan denetim şeklini alır (Özay, 1996:232). Bu yöntemde, kamu hizmetinin görülmesi bir kişi lehine tekel yaratılmayıp, birden fazla özel hukuk kişisine aynı alanda ruhsat verilmesi mümkündür. Hatta idare kendisi de emanet yoluyla etkinliklerde bulunabilir.

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi, ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetlerini de etkiler. Ruhsat usulü ile bir kamu hizmetini gören özel kişinin belli bir kar elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, bedelsizlik ilkesinin bir uzantısı olarak hizmeti gören kişinin hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti tamamen serbestçe belirleme yetkisi de bulunmamaktadır. Hizmetten yararlananlardan alınacak olan ücret, idarenin koyduğu ilke ve esaslar dahilinde belirlenecektir. Aynı şekilde, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi de bu usulle gördürülen kamu hizmetlerini etkiler. Şöyle ki, idare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olarak gerekli değişiklikleri yapmaya yetkili olup, hizmeti gören kişinin bu değişikliklere katlanması zorunludur (Günday, 2002:314).

3. Müşterek Emanet

Müşterek emanet yöntemi, bir kamu hizmetinin hasar ve zararının idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesidir. Yürütülen hizmetin sermayesi idareye aittir. Hizmeti üstlenen kişi bilgi ve emeği ile hizmeti yürütmekte, yaptığı masrafları da hizmetten yararlanan kişilerden elde edilen gelirden bir pay olarak karşılamaktadır. Bu yöntemin uygulaması olarak Osmanlı Devleti döneminde sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi gösterilmektedir. Ancak, öğretilerde 3096 sayılı yasaya göre yapılan işletme hakkı devir sözleşmesi de müşterek emanet olarak değerlendirilmektedir (Sezer, 2000:24).

Müşterek emanet usulünde, idare ile özel bir kişi arasında bir idari sözleşme yapılmaktadır. Müşterek emanet usulü bu yönüyle imtiyaz usulüne benzemektedir. Ama bu iki usul arasında önemli bir fark bulunmaktadır: Özel kişiye gördürülen hizmet idarece kurulmuş ise ve hasar ve zararı da idareye ait ise müşterek emanet usulü, buna karşılık hizmet bu hizmeti gören özel kişi tarafından kurulmuş hasar ve masrafı da hizmeti gören kişiye ait ise imtiyaz usulü söz konusudur(Günday, 2002:295).

4. İltizam

İltizam usulünde, idarece kurulmuş bulunan bir hizmet, önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel bir kişi tarafından yürütülmektedir. İltizam usulü ile Osmanlı İmparatorluğunda tarım ürünleri vergilerinin toplanması yoluna gidilmiştir. İltizam usulü bugün terk edilmiştir.

5. İmtiyaz

Yönetim hukukunda imtiyaz, bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla özel kişilere tanınan ayrıcalıklı hakkı ifade eder. Bu usulde, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi söz konusudur (Günday, 2002: 296).

Uygulamada genellikle imtiyaz kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesislerin yapılmasını da içerdiğinden kamu hizmeti imtiyazı aynı zamanda bayındırlık işi imtiyazını da kapsamaktadır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinde imtiyaz yoluna gitmesi, hizmetin yürütülmesi için gerekli sermayeyi yatırmak istemeyişi veya o sırada genel kanının “kamu tüzel kişilerinin bu faaliyeti teknik veya ticari yönden iyi yönetemeyeceği şeklinde” oluşu ile açıklanmaktadır.

İdare Hukuku doktrinde yap-işlet-devret modelinin de aslında imtiyazdan pek farklı olmadığı vurgulanmaktadır (Özay, 1996; Duran, 1991; Tan, 1992 vd.). Nitekim

muhtelif yüksek mahkeme kararları da bu görüşü onaylar niteliktedir (Anayasa Mahkemesi kararı, T.28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23; Danıştay 1. Dairesi kararı, T.24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294). Yap-işlet-devret modeli 3996 sayılı yasanın m.3/a bendine göre “ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketini veya yabancı şirkete şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle” şeklinde ifade edilmektedir. Yapılan tanımlara bakıldığında her iki model arasında da hem amaç hem sistemin işleyişi ve hem de kar ve zarar gibi mali yapısı bakımlarından büyük benzerlikler arz etmektedir. Kamu hizmeti idari sözleşmenin konusu oluşturmakta ve bu sözleşmede tarafların mali hak ve borçlarının tanzimi yapılmaktadır. Bu sebepten dolayı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yanı sıra bir de hizmetin işleyiş, görev, yetki ve usullerini ve bireylerle ilişkilerini düzenleyen hükümleri tespit eden “şartlaşma” ve ilişik belgelerden oluşmaktadır (Duran, 1982:334). Aynı şekilde yap-işlet-devret modelinde de sözleşmenin konusunu kamu yatırım ve hizmetleri oluşturmaktadır. Yapılan idari bir sözleşme ile verilen kamu hizmeti imtiyazı, imtiyazcıya cazip gelmesi ve karşılıklı yararların optimum noktada gerçekleşmesi için 15-49 yıllık uzun zamanı kapsayan sürelerle verilmektedir. İmtiyaz usulü ve yap-işlet-devret modeli gereğince kamu tüzel kişiliğine sahip idare ile aralarındaki bir sözleşmeye istinaden kamusal yatırım ve mal ya da hizmeti yürütmeye hazır bulunan anonim şirket hüviyetindeki özel hukuk tüzel kişisi sermaye ve riskin muhatabı bulunmakta ve yürüttüğü faaliyetlerden olası zarar etmesi halinde bu zararında muhatabı olmak durumundadır.

Yapılan bu değerlendirmeler sonucunda sistem olarak yap-işlet-devret modelinin imtiyaz usulünden pek farklı olmadığını söylemek mümkündür. Ancak yap-işlet-devret modelinde çağın gereklerine göre farklı hukuksal ve finansal tekniklerin kullanılmasına yer verilmesi modeli imtiyaz usulünde farklı konumdaymış gibi gösterse de esas itibarıyla pek farklılık arz etmediği düşünülmektedir (Özay, 1996: 263-268).

Osmanlı İmparatorluğu dönemi söz konusu olduğunda “imtiyaz” denince “kapitülasyonlar” akla gelmektedir. Ancak, öncelikle belirtilmesi gereken, kapitülasyonlarla yabancı devletlere ve onların tebaasına tanınan “imtiyaz”ların, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle herhangi bir ilgisinin olmadığıdır. Kapitülasyonlar, tek taraflı olarak yabancı devletlere veya onların tebaasına tanınan ayrıcalıkları ifade etmekte olup; bir anlaşma biçiminde değil, ferman olarak kaleme alınır ve karşılıklılık içermezdi.

Bununla birlikte, imtiyaz sözleşmelerinin Osmanlı İmparatorluğu’nda uygulama alanı bulması, kapitülasyonların da etkisiyle bozulan ekonomik durumla açıklanabilir. Özellikle, XIX. yüzyılın ikinci yarısında, Osmanlı İmparatorluğu saray ve yönetim giderlerini karşılayabilmek için, yerli ve yabancı sermaye çevrelerine borçlanmış ancak bu borçlarını kendi kaynaklarıyla ödeyemeyince, “borcu borçla kapatmak” yolunu seçmiştir. Böylece borçlanılan miktar katlanarak arttığı gibi, 1789 Fransız Devrimi’nden itibaren etkili olmaya başlayan batılılaşma hareketinin gerektirdiği teknoloji ve alt yapı yatırımları gerçekleştirilememiştir.

Bu dönemde, Avrupa’da ise, bir yandan bir sermaye birikimi yaşanmakta, öte yandan, Avrupa iç pazarının tükenmesiyle yeni yatırım alanları aranmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu gerek sunduğu doğal kaynaklar, gerek içinde bulunduğu kaynak ve yatırım ihtiyacı dolayısıyla Avrupalı sermaye çevreleri için cazip bir alan olduğu gibi, sermayeyi Osmanlı İmparatorluğu’na çekmiştir.

Avrupalı sermayedarların, Osmanlı İmparatorluğu’nda yatırımlara girişmeleri ile, imtiyaz yönetimi de uygulanmaya başlamıştır. Özellikle Osmanlı maliyesinin iflası ve Muharrem Kararnamesi ile 1881 yılında Düyun-u Umumiye’nin kurulması, imtiyaz yöntemi ile Osmanlı İmparatorluğu’nda yapılan yabancı sermaye yatırımlarını artırmış; doğal kaynakların işletilmesi konusunda yabancılara imtiyaz verilmesi süreci hızlanmıştır.

Doğal kaynakların işletilmesi konusunda verilen imtiyazlar bir yana bırakılacak olursa, kamu hizmeti imtiyazlarının özellikle, posta, telgraf ve telefon, liman ve

rıhtım, tramvay ve tünel, elektrik, gaz, su gibi hizmetlerle, demiryolları ve fenerlere ilişkin olarak verildiği görülmektedir.

Bu sözleşmeler topluca değerlendirildiğinde, imtiyazı veren Osmanlı İmparatorluğu lehine birtakım güvenceler öngörülmüş olduğu ve Osmanlı İmparatorluğu'nun ileri sürdüğü bazı şartların kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Sözgelimi, sözleşmelerde, imtiyaz sahibinin, sözleşmenin onanmasından itibaren belirli bir süre içerisinde teminat yatırması öngörülmüş; yapılacak işlerin belirli süreler içerisinde tamamlanmaması halinde, idareye yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Bundan başka, pek çok sözleşmede, imtiyaz sahibi şirketin çalıştıracağı yabancı personel sayısı sınırlandırılmıştır. Nihayet, yabancı gerçek ya da tüzel kişilere imtiyaz verilmekle birlikte, imtiyazın belirli bir süre sonunda bunların kuracakları Osmanlı şirketlerine devri şart koşulmuştur.

Bu hükümlerin ciddi güvenceler teşkil ettiği düşünülebilirse de, uygulama bu yönde olmamıştır. Osmanlı İmparatorluğu imtiyaz sahibi şirketlere karşı ılımlı davranmış; sözleşmelerden doğan yetkilerinin çoğunu kullanmamıştır. Bunun en önemli nedeni, bu imtiyazlar verilirken, kamu yararı düşüncesinden çok, yabancı devletlerin diplomatik ve mali baskılarının etkili olmuş olmasıdır. Osmanlı imtiyazlarında, kamu yararının böylesine geri planda kalmasının ardında yatan bir başka neden de, bu günkü anlamda kamu hizmeti anlayışının yerleşmemiş olmasıdır. Osmanlı İmparatorluğu, imtiyaz sözleşmelerine kamu hizmetlerini gördürmenin bir yöntemi olmaktan çok, bir gelir aracı olarak bakmıştır (Öztürk, 2000:37-41).

Buna rağmen, 1326 (1910) tarihinde çıkarılan ve halen yürürlükte olan “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”, imtiyaz verilmesini bir takım koşullara bağlamaktadır. Daha önceki dönemde imtiyazları genel olarak düzenleyen bir yasa metninin bulunmayışı göz önünde tutularak, bu yasanın sınırlayıcı bir yönü olduğu söylenebilir. Nitekim önceden padişahın tek taraflı iradesi ile imtiyaz verilebilirken, bu kanun, imtiyazın Bakanlar Kurulu kararıyla verilebileceğini, belirli özellikleri taşıyan imtiyazların ise Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan'ın onayı ile yürürlüğe gireceğini hükme bağlamıştır.

Cumhuriyet'in kurulmasından sonraki yıllarda, izlenen devletçi politikanın da bir gereği olarak, bu imtiyazların tümü, satın alınmak (rachat) suretiyle sona erdirilmiş bu yolla görülmekte olan kamu hizmetleri de, yeni kurulan kamu kurumlarına görev olarak verilmiştir.

1924 Anayasası'nda imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usul kuralları yer aldığı ve 1326 tarihli kanun bu dönemde yürürlüğünü koruduğu halde, uygulanmakta olan devletçi ekonomi politikası gereği 1950'li yıllara kadar imtiyaz yöntemine hiç başvurulmamıştır. 1950'lerden itibaren Demokrat Parti iktidarının liberal ekonomik politikaları doğrultusunda imtiyaz yöntemine tekrar başvurulduğu görülmektedir. Ancak 1950'li yıllardaki imtiyaz uygulaması da az sayıda örnekle sınırlı kalmıştır.

Ancak, son yıllarda kamu hizmeti imtiyazı usulünün yeniden önem kazandığını söylemek yanlış olmaz. Son yıllarda neo-liberalizmin etkisiyle yöntemin yenilenerek canlanma gösterdiği ve daha çok başvurulur olduğu ile sürülmektedir. Son otuz yılda devletin kamu hizmetlerinde (otoyollar, tüneller, hastane hizmetleri vb.) ve yerel kamu hizmetlerinde (su, elektrik, ısıtma ve toplu taşıma vb.) artan ağırlığı nedeniyle özellikle yerel hizmetlerde hizmetin finansmanı kaygısı, günlük yönetimin sıkıntılarından kurtulma isteği, buna karşılık hizmet ve imtiyaz sahibi üzerinde çeşitli yetki ve ayrıcalıklara sahip olma, imtiyaz yolunu güncelleştiren nedenlerdir.

1580 sayılı Belediye Kanunu, belediyelerin su, hava gazı ve tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapmak haklarını devletçe saptanan kurallara uygun olmak üzere ve 40 yılı aşmamak kaydıyla imtiyaza verebileceklerini öngörmüştür. Yine aynı kanunun 19. maddesine 1990 tarihinde 3612 sayılı kanun ile eklenen bent ile, belediyelerin belde içinde yolcu taşıma işlerini de, imtiyaz usulü ile yaptırabilecekleri öngörülmüştür. Belediye adına imtiyaz verme yetkisi belediye meclisine ait olup, belediye meclisinin bu yöndeki kararı İçişleri Bakanlığının onayına tabidir.

Diğer yandan, 7.12.2004 tarihinde kabul edilen 5272 sayılı yeni Belediye Yasası'nda da imtiyaza yer verilmiştir. Bu yasanın 15. maddesine göre belediye e, f ve g bentlerinde belirtilen su, toplu taşıma ve katı atık hizmetlerini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilecektir. Yine aynı yasanın 18. maddesine göre de, belediye adına imtiyaz verilmesine belediye meclisi yetkili kılınmıştır.

Diğer bir yerel yönetim birimi olan il özel yönetimleri de imtiyaz vermeye yetkilidir. İl özel İdare kanununa göre, il genel meclisi, süresi 40 yılı aşmamak ve devletçe belirtilen temel kurallara uygun olarak il özel yönetimi adına imtiyaz verme yetkisine sahiptir (m.78/3). Kırk yılı geçen imtiyaz sözleşmeleri Bayındırlık Bakanlığı tarafından onaylanmalıdır.

İmtiyaz sözleşmesinin hukuki niteliği öğretilerde açıktır. Hizmetin görülmesi için idare ile özel hukuk tüzel kişisi arasında yapılan sözleşmenin “idari sözleşme” olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmenin içeriği maddi bir sınıflamayla, düzenleyici işlem niteliğindeki birinci kısım ve akdi kısım şeklinde ayrı ayrı ele alınmış ve buradan hareketle, klasik bir sözleşmeden ziyade “karma” niteliğini “idari” olmasının doğal bir sonucu olarak görenler de vardır.

Sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisinin birtakım hakları ve yükümlülükleri vardır. Yükümlülükler sözleşmenin düzenleyici işlem kısmında (ki birinci kısımdır) yer alırken, hak ve menfaatlerin tüm sözleşme metninde düzenlenme imkanı vardır. Özel hukuk tüzel kişisi şirket, üstlendiği kamu hizmetini, bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Çünkü, kamu hizmeti imtiyazı, imtiyazı alanın teknik yetenekleri ve mali gücü gibi ölçütler dikkate alınarak verilir. Kamu hizmetinin daha önce belirttiğimiz süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanma gibi ilkelerin gerçekleştirilmesinin de yükümlüsü, hizmeti üstlenen özel hukuk tüzel kişisi şirket olacağı kabul edilmektedir (Azrak, 1976:48).

Bu yükümlülüklerin yanı sıra imtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine bir takım mali haklar sağlandığı gibi, özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan türden bazı

kamusal ayrıcalıklar ve olanaklar da sağlanabilir. İmtiyaz sahibi sözleşme ile üstlendiği kamu hizmetini belli bir kar ve kazanç elde etmek için yapar. Bu kar ve kazanç ise, hizmetten yararlananlardan alınacak belli bir ücret ile sağlanır. Ancak hizmetten alınacak ücret esas itibariyle idarece belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibinin karı kadar, hizmetten yararlananların ödeme gücünü de göz önünde tutar. Bu nedenle, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret bir fiyat olmaktan çok, bir harç ya da resim niteliğindedir (Günday, 2002: 300).

Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinde üzerinde durulması gereken en önemli noktalardan birisi de mali denge sorunudur. Yukarıda da belirtildiği üzere, imtiyaz sözleşmesi karma işlemdir. İki tarafın iradelerinin uzlaşması olarak ortaya çıkan mali konulardaki düzenlemeler sübjektif niteliklidir. Dolayısıyla bu konularda idarenin tek taraflı işlemleriyle imtiyaz sahibinin aleyhine mali dengeyi bozacak olursa: imtiyaz sahibi “*fait du prince*” kuramı uyarınca zararının idare tarafından tazmin edilmesini talep edebilir. Diğer taraftan imtiyazcının olağanüstü ve istisnai durumlarda “*imprevision*” kuramı uyarınca da tazminat talep etmesi mümkündür. Ancak söz konusu durumda özel teşebbüsün para isteyebilmesi için, bunun önceden düşünülmesinin mümkün olmaması ve kamu hizmetini yürüten şirketin gelirinde bir azalma değil, artık o etkinliği yürütemez bir hale gelecek şekilde mali durumunun bozulması gerekir. Fakat hemen belirtelim ki, bu yardımlar geçici niteliktedir ve yargısal bir kararla desteklenmelidir (Onar, 1966:1637).

Kamu hizmeti imtiyazına ilişkin olarak, “imtiyaz sahibinin tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi” unsuru, bugün, eskiden olduğu kadar mutlak anlaşılmamakta; idarenin imtiyaz sahibine, belirli bir oranda karı garanti etmesi durumunda da, imtiyaz yönteminin varlığından söz edilebileceği kabul edilmektedir.

İmtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurlarından birisi olan imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesinin anlamı, imtiyaz sahibinin kamu hizmetini yürütürken karşılaşacağı tüm olağan riskler ile uğrayacağı zararları ve yapacağı masrafları kendisinin karşılaması ve idarenin yardım ya da müdahalesini talep edememesidir. İmtiyaz sözleşmelerinin bu tanımlayıcı unsuru,

aynı zamanda, kamu hizmetini işletmek için gereken tüm sermayenin imtiyaz sahibi tarafından sağlanmasını da içermektedir. İdarenin bir kamu hizmetini imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürmesinin nedeni, çoğu durumda, idarenin bu faaliyeti yürütmek için gereken mali olanaklara sahip bulunmaması olduğuna göre, hizmetin yürütülmesi için gereken masrafların ve sözleşmeden doğan riskin tamamen ya da kısmen idareye yüklenmesi, imtiyazın mantığıyla bağdaşmamakta ve kamu hizmetinin imtiyaz yoluyla gördürülmesini anlamsız kılmaktadır.

Bununla birlikte, özellikle son dönemlerde, imtiyaz sözleşmesine taraf olan şirketlerin kar garantisi taleplerinin imtiyazın bu özelliğiyle bağdaşmadığı halde, imtiyaz sözleşmelerinde kar garantisi içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir. Gerçekten, idarenin imtiyaz sahibine belli oranda karı garanti etmesi, hizmetin maliyetinin ve tehlikesinin kısmen ya da tamamen idare tarafından üstlenilmesi anlamına gelecektir. Bununla birlikte, ekonomik koşullarında başkalaşmasıyla, bu türden garantilerin, imtiyaz sözleşmesi olma niteliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle kamu hizmetlerinin kurulması aşamasında yapılacak yatırımların yüksek miktarda olmasının ve imtiyaz sahibinin tüm masrafları üstlenmesi halinde hizmetin kesintiye uğraması olasılığın da, çeşitli formüller yardımıyla idarenin hizmetin masraf, zarar ve hasarına katılmasını gerekli kıldığı ileri sürülmektedir. Ancak bunun için, bu garantilerle idarenin üstlendiği zarar, hasar ya da tehlikenin belirli bir oranı aşmaması gerekir; aksi takdirde, yöntem imtiyaz olmaktan çıkar (Öztürk, 2000:33-34).

İmtiyaz sözleşmelerinin başlıca özelliği: kamu yönetimine üstün yetkiler tanınmasından gelir. Gerçekten de kamu hizmeti imtiyazlarında idare; hizmetinin esas sahibi olarak denetim ve yaptırım uygulama yetkisiyle hizmetin önceden belirlenen kurallara uygun ve iyi görülmesini sağlamak için karşı tarafa emir ve talimat verip ceza uygulayabileceği gibi daha da ileri giderek imtiyaz sahibinin haklarını kullanma ve imtiyazı tüm tesisatıyla yanı mütemmim ve cüzleri ve teferruatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alarak imtiyaza da son verebilir.

Kamu hizmeti imtiyazı yeniden güncelleşirken, zaman içinde bazı değişimler geçirdiği de kabul edilmektedir. Bu değişimin üç noktada ortaya çıktığı ileri sürülmektedir (Tan, 1992:310): İmtiyaz özel kişilere olduğu gibi, kamu kurumlarına ve karma şirketlere de verilebilmektedir. İmtiyaz, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin işletilmesi yanında idari kamu hizmetlerinin görülmesinde de kullanılmaya başlanmıştır. Kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımında olduğu gibi, imtiyaz sahibinin hizmeti masraf ve zararı kendisine ait olmak üzere işletmesi ilkesi yumuşamış ve imtiyaz verenin mali yardımları ile imtiyaz sahibini desteklemesi kabul edilmeye başlanmıştır.

Kamu hizmeti imtiyazı ile özel hukuk tüzel kişisine verilen kamu hizmetinin yürütülmesinin olağan sona eriş biçimi sözleşmede belirtilen sürenin tükenmesi ile gerçekleşir. Bu durumda hizmetin yürütülmesine ilişkin tüm malvarlığı kendiliğinden, bedelsiz olarak idareye devir olunur. Sözleşme süresinin olağandışı sona erme halleri ise şunlardır:

- Hizmeti yüklenen özel hukuk tüzel kişisinin kamu hizmetini büyük ölçüde aksatan ağır kusuru nedeniyle imtiyazın düşürülmesi,
- Hiçbir kusur aranmadan da, objektif nedenlerle bağlı olarak idare “yeniden satın alma” yoluyla hizmeti tekrar yüklenebilir. “Rachat” da denilen bu işlem “kamulaştırma” ve “devletleştirme” den farklıdır.
- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tarafları olan idare ve özel hukuk tüzel kişisi arasında anlaşarak da sözleşmeyi sona erdirebilirler.
- İmtiyaz sözleşmesinin taraflarından herhangi birinin başvurusu üzerine yetkili idari yargı mercii tarafından verilen bir karar sonucu da sözleşme sona erebilir (Özay, 1996:268).

İmtiyaz sözleşmelerinin uygulamasında idare ile özel teşebbüs arasında çıkan uyuşmazlıklar Danıştay’ da görülür (Danıştay Kanunu.m.24). Yapılan son anayasa

değişikliğinden sonra, idare ile imtiyazcı şirket arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkündür. Tahkim konusu üçüncü bölümde ayrıca incelenecektir.

B. İdari Sözleşme Kavramı ve Unsurları

Sözleşme, esas olarak bir özel hukuk kavramı olup, iki tarafın belirli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla ortaya koydukları iradelerinin uyuşmasıyla meydana gelen hukuksal işlemi ifade etmektedir. Kuşkusuz kamu tüzel kişileri de, sahip oldukları hak ve fiil ehliyeti çerçevesinde sözleşme akdedebilirler.

Türk idare hukukunda kamu idaresinin taraf olduğu niteliği gereği farklı işlemlere sahip çeşitli sözleşme tipleri bulunmaktadır. Bu sözleşmeleri ikiye ayırıp incelemenin yap-işlet-devret sözleşmesinin mahiyetine netlik kazandırmada büyük yararı olacaktır. Aşağıda da görüleceği üzere idare hukukumuzda sözleşmeleri, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler ayırımında ele almak mümkündür.

1. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

Türk idare hukukunda idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin birinci ana kolunu idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri oluşturmaktadır. İdare tüzel kişilik sıfatıyla, gerek kendi ihtiyaçları için ve gerekse kamu hizmetini yerine getirmek için bir takım medeni ve ticari sözleşmeler yapabilmektedir. Bu tür sözleşmelerde idare ile sözleşmenin muhatabı olan özel hukuk kişisi yapılan sözleşmenin gereği olarak denk kabul edilirler. İdare bu sözleşmelerde üstün yetkilerle donatılmış taraf olmadığından ne sözleşmeyi feshedebilmekte ve ne de sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebilmektedir (Yenice/Esin, 1983:114). Bu sözleşmelerin konusunu, daha çok idarenin ihtiyacı olan kağıt, demirbaş, araç gereç gibi eşyalarının alım satımı yanı sıra kira istisna, bakım, tamir gibi unsurlarda oluşturabilir.

İdarenin sözleşmelerini, özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ayırmak iki açıdan önemlidir: Bir defa, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin tamamen Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olmasına karşılık, idari sözleşmeler İdare Hukuku kural ve ilkelerine tabidirler. Çünkü idare, idari sözleşmeye tüzelkişilik sıfatına dayanarak ve öteki sözleşmeci ile eşit olarak katılmamakta, tam tersine kamu yararının temsilcisi olarak katılmaktadır. İkinci olarak, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir. Oysa idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesi uyarınca idari yargıdır. Bu nedenle, idarenin özel hukuk sözleşmelerini idari sözleşmelerden ayırt etmek, bunlardan doğan uyuşmazlıkları çözümlenecek yargı yerinin tespiti bakımından da önemlidir (Günday, 2002: 167).

2. İdari Sözleşmeler

İdari sözleşme kavramının idare hukuku mevzuatında geçtiği yerler sınırlı ve idari sözleşmenin unsurlarını kurucu olmaktan uzaktır. Ancak bu boşluk daha çok idari yargı organlarının kararları ve içtihatları ve doktriner görüşler ile giderilmeye çalışılmıştır. Diğer yandan idari sözleşmenin unsurlarını daha çok yargı organları kendi görev alanlarını belirlemek için tespit etme yoluna gitmeleri de ayrı bir sebep durumundadır (Gözübüyük/Tan, 1998:381). İdari sözleşmeler konusunda tanımlar getiren ve kriterler geliştiren yargı kararları da bulunmaktadır. İdari sözleşmeler konusunda ilkeler koyan bir Anayasa Mahkemesi kararında; “Taraflardan birisinin kamu tüzel kişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması, idari sözleşmenin ana koşullarıdır” denilmektedir (Anayasa Mahkemesi kararı, T.22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55).

Anayasa Mahkemesi’nin bu tanımından da anlaşılacağı gibi, bir sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde başvurulan üç kriter bulunmaktadır: Sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması (organik kriter),

sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkili olması (maddi kriter) ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunması (şekli kriter). Bir sözleşmenin idare tarafından yapılması ve konusunun kamu hizmeti olması o sözleşmeyi bir idari sözleşme haline getirmesi mümkün olmayabilir. Bu yüzden idari sözleşmelerde başat olan esas-özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerde var olan iradelerin eşitliği ve denkliği ilkesinin aksine-idarenin iradesinin üstün oluşu üzerine kuruludur. Özel hukuku aşan hükümlerin sözleşmede yer alması, tarafların sözleşmeyi özel hukukun dışında bıraktıkları kesin olarak gösterdiği için, bu kriterin idari sözleşmenin en belirgin ölçütü olduğu savunulmaktadır (Duran, 1982:432).

Mahkeme içtihatlarında ve öğretide idarenin bir sözleşmesinde idareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez. Oysa idari sözleşmeler idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu nedenle, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması, örneğin tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılması idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir (Günday, 2002: 169-70). Bugün bizde, idarenin araç-gereç satın alma, artık ihtiyaç duymadığı malları satma, taşıma, kiralama ve her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri, yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmeleri sayılmaktadırlar.

II. Özelleştirme

A. Özelleştirmenin Tanımı ve Nitelikleri

Özelleştirme devletin üretici olarak ekonomik faaliyetlerini en aza indirmesi veya tümüyle ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamalar olarak tanımlamak mümkündür. Böylece devlet, üretim gücünü özel teşebbüslere devrederek ekonomik etkinliğini azaltmış olacaktır. A. Smith' e göre, devlet yalnızca tam kamusal mallar ile savunma ve adalet gibi yararı tek tek toplum üyelerine sunulamayacak olan mallar üretmelidir. Smith 1776' da kamu ekonomik girişimlerinden elde edilecek karların bireylere doğrudan bir yarar sağlamayacağını, bu nedenle yöneticilerin savurgan ve savsama içinde davranabileceklerini savunmuştur (Altınbaş, 1988:12).

1929-30 ekonomik krizine kadar ekonomiyi yönlendiren kuramsal görüş, A. Smith, D. Ricardo ve de Stuarzill' in düşün babalığını yaptığı “piyasa kendi dengesini kendisi bulabilir. Hükümete düşen, kuralları koyup, gerekli düzenlemeleri yapmaktadır.” biçiminde tek cümleyle özetlenebilecek görüş olmuştur. Krizle birlikte, özellikle ikinci dünya savaşının yıkıntısından sonra bu kuramsal görüş geçerliliğini yitirmiş, Keynes' in “devletin yol göstericiliğinde kalkınma” modeli devreye girmiş ve 1980' lere kadar uygulanmıştır. Bu modelin temelini korumacılık, yardımlar, devlet giderleri ve “ithal ikameci politikalar” oluşturmuştur. (Çelebi, 1995:43).

Özelleştirme olgusu 1970' li yıllarda yaşanan dünya ekonomik krizi içinde çıkış yolları arayan ekonomik politikalar sonucu ortaya çıkmış bir çözüm yolu olmuştur. Özellikle 1970'li yıllardan başlayarak son on yılda hızla yaygınlaşan ve geniş anlamında “özelleştirme” olarak nitelenen politikalar devleti küçültüp kamu kesimini daraltmaya yöneliktir. Buna koşut olarak, devletin yerine getirmesi gereken görevleri daha hızlı, verimli ve etkili biçimde yerine getirebilecek bir idare arayışına da tanık oluyoruz. Artık idarede “hukuksal rasyonelliğin” (rationalite juridique) yerini “işletmecî rasyonelliğin” (rationalite menagerial) alması gerektiği de savunulmakta; hukuk kurallarının ağırlığını azaltmaya yönelik görüşler yaygınlaşmakta,

“deregulation/deregulation” kavramı üzerinde durulmaktadır (Tan, 1988:73). Gene bu gelişmelere koşut olarak artık, idare karşısında “idare edilen” (administre) veya “kamu hizmetinden yararlanan” (usager) değil özel kesimdeki gibi, “müşteri” (client) den söz edilmektedir.

Ülkemizde, özellikle, adına “24 Ocak İstikrar Programı” denilen ekonomik önlemlerle, egemen olmaya başlayan yeni ekonomik yaklaşımlara paralel olarak güçlenen “liberal” anlayış, özelleştirme uygulamalarının kazandırdığı ivmeyle de, başta devlet olmak üzere, tüm kamusal örgütlenmeleri ve kavramları sorgulamaya başlamıştır. Özellikle, “sosyal devlet ilkesi” şeklinde somutlaşan ve devletten beklentilerin yoğun olduğu sistemlerde bu durum daha da belirginleşmektedir. Özelleştirmenin dayandığı gerekçeler ülkeden ülkeye bazı farklılıklar gösterebilmektedir. Bununla birlikte ülkemizde özelleştirmenin en başta gelen gerekçelerinden biri, verimliliği ve etkinliği artırdığı iddiasıdır. Ancak bu görüşün doğru veya yanlış olduğu konusunda bilimsel çalışmaların yetersiz oluşu tartışmaların sonuçlanmasını önlemektedir.

Özelleştirmenin genel olarak bir dar, bir de geniş anlamı vardır. Dar anlamda özelleştirme, (ki günümüzde özelleştirme deyince akla daha çok bu anlam gelmektedir) sadece kamu iktisadi teşebbüslerin (KİT) mülkiyet ve yönetimlerin özel kesime devrini ifade etmektedir. Bu tanımlamada, devredilecek sermaye payının oranının önemli olduğu görülmektedir. Yönetimde özelleştirmenin sağlanabilmesi için mülkiyetin en az % 51’ nin özel kesime aktarılması gerekir. Çünkü bu oranın altındaki sermaye payının aktarılması durumunda, yönetimin nasıl özelleştirileceği sorunuyla karşılaşılmaktadır. Bu yüzden bu oranın altındaki hisse senedi devri halinde, “pay satışı” olmaktan öteye gidilememektedir (Aktan, 1993:70).

Geniş anlamda özelleştirme devletin ekonomik faaliyetlerinin azaltılması ya da tümüyle ortadan kaldırılmasıdır. Görüldüğü gibi, ekonomi bilimi bu kavramı mülkiyet devri esasına dayalı ele alırken, hukuk bilimi ise yönetimin özelleştirilmesine, siyaset bilimi ise özelleştirmenin bir politik tercih sorunu olmasına vurgu yapmaktadır. Özelleştirmeye karşı olanlarca ise, sosyal devlete son

verilmesi, sendikacılığın yok edilmesi, kamu kuruluşların tekeli sermaye tarafından talan ve yağma edilmesi şeklinde eleştirilmektedir. (Polatoğlu, 1994:90).

Dar anlamda özelleştirmeden bahsedildiğinde, artık o faaliyet alanında bir kamu hizmetinden bahsedilmeyecektir. Çünkü, faaliyet artık özel hukuk kurallarının egemen olduğu, idareyle ilişkinin kesildiği ve “kar” amacıyla girişimde bulunmanın rasyonel olduğu bir ortamda devam edecektir. Artık kamu yararı kavramı, yerini özel yarara bırakmıştır. Geniş anlamda özelleştirmede ise kamu hizmetinin, görülüş usulünün değişerek devam edebilmesi söz konusudur. “Edebilmesi” diyoruz, çünkü bu her zaman böyle olmayabilir. Çünkü kavram bünyesinde bir çok “yöntemi” barındırmaktadır. Seçilecek yöntem, kamu hizmetinin devamını veya sonunu belirleyecektir. Ancak dar anlamda özelleştirme uygulamasında böyle bir olasılık söz konusu değildir (Okutan, 1996:34).

Sosyal devlet anlayışının temelini, sanayileşme olgusunun ekonomik ve buna bağlı olarak tüm sosyal yaşamda meydana getirdiği değişimde bulmak mümkündür. 18.yy’ın işçi hareketlerinde yeşeren sosyal devlet anlayışı, ilk etkisini 1848’ de patlayan ihtilallerle göstermiş ve demokrasiye, sosyal ve ekonomik bir boyut kazandırarak 1848 Fransız Anayasasında bir takım sosyal hakların tanınmasına ilişkin eğilimlerin yer almasına neden olmuştur. II. Dünya Savaşını izleyen dönemden günümüze anayasalarda açıkça yer almış, adeta anayasal metinlerin “olmazsa olmaz” koşulu haline gelmiştir.

Sosyal devletin yaygın anlamı “sosyal adaleti sağlamak hususunda önlemler alan ve sosyal haklar bakımından eşitlik ilkesini toplumun tüm fertlerine teşmil edecek uygulamalara girişen aktif bir “uygulamalar ve müdahaleler devleti” şeklindedir. Bu iki tanım ışığında sosyal devletin temel dayanağının “sosyal adalet” olduğunu söyleyebiliriz. Yani sosyal devlet, sosyal adaleti sağlayacak olan, bunu kendisine amaç edinen devlettir. 1970’li yılların sonuna geldiğinde devletçiliğin başarısızlığı ve ortaya çıkardığı ciddi sorunlar piyasa ekonomisi taraftarlarının devletin daha sıkı sınırlandırılmasını talep etmelerine neden oldu.

Son çeyrek yüzyıla egemen olan küreselleşme ve neo-liberal politikalar Türkiye’de ve Dünya’da görülen özelleştirme politikalarının da temel nedeni kabul edilmektedir. II. Dünya Savaşı’ndan 1970’lerin başına dek uzanan istikrarlı sermaye birikimi döneminin iş sürecine uygulanan taylorizm ile kitlesel tüketim modelini birleştiren yoğun ve fordist sermaye birikimi modeli ve tekelci düzenleme sisteminin krize girmesi, sosyal devlet politikalarının terk edilmeye başlanmasına, sermayenin uluslararasılaşması doğrultusunda neo-liberal politikaların geliştirilmesine neden olmuştur. Bu politikalar kamu açıklarını azaltmaya, ve para hacmini daraltmaya yönelik monetarist ağırlıklı politikalarlardır. Kamu girişimciliğinin azaltılması ve kamu kuruluşlarının özel sektöre devri de bu politikaların ürünüdür (Polatoğlu, 1994:37).

Akçal, ekonomik, politik ve askeri alanlarda yaşanan küreselleşme olgusu, ulaşım ve iletişimdeki hızlı gelişmelerle desteklenmiş ve tüm dünyada ulusal sınırların eski önemini kaybetmesi ve adeta dünyanın birleşik tek bir şehir haline gelmesi süreci yaşanmaya başlanmıştır. Bu süreç, çok uluslu şirketlerin varlığını ve meşruiyetini güçlendirmiştir. Bunun sonucu olarak da, çok uluslu şirketler, ülkelerin kamu kurumlarına göz dikmeye başlamışlar ve mevcut gelişmeler de bu duruma karşı ulusal bir kıskançlığı etkisini zayıflatacak doğrultuda olmuştur. Kuşkusuz bu durum da, özelleştirme için uygun kamu oyununun doğmasına katkıda bulunmuştur.

Gerek yükselen liberal akımın güncelleştirdiği özelleştirme akımı gerekse sosyal devlet anlayışında benimsenen yeni yaklaşım, yaygın sosyal devlet anlayışının ürünü bazı hizmetlerin “kamu hizmeti” olmaktan uzaklaştıracağı ortadadır. Çünkü kamu hizmetleri son tahlilde “siyasal” bir tercihin ürünüdür. Egemen siyasal anlayış, ideolojisi çerçevesinde hangi alanların kamu hizmeti telakkisi içinde değerlendirileceğine karar vermektedir (Bilgen, 1990:113). Ancak yine de liberalizmin veya sosyal demokrasinin “kamu hizmeti” olarak benimsediği bir alan mutlaka vardır. Devletin minimize edilmesine yönelik tüm çabalar, bazı hizmetlerin “kamu hizmeti” kategorisinde değerlendirilmesine engel olamamaktadır. İşte değişen anlayışlar tam da bu noktada kamu hizmetlerinin görülüş usulüne ilişkin olmaktadır.

Özelleştirmenin gevşek görünümü olan, ekonomik faaliyetlerdeki dolaysız devlet ve kamu karışımının geriye doğru çekilmesi amacına yönelik önerilerin başında önceden kamu sektöründe sağlanan mal ve hizmetlerin arzı için özel sektör firmaları ile imtiyaz sözleşmeleri yapılmasıdır. İyi uygulanmak koşuluyla bu yöntemin gerek üretim etkinliği gerekse tahsis etkinliği amaçlarına ulaşmada ciddi bir adım oluşturacağı ifade edilmektedir. Sonuç itibarıyla kamu hizmetlerinden tümüyle kaçınmayan fakat sınırlı müdahale gereği ile karşı karşıya kalan bir “kamu” söz konusu olmaktadır.

B. Özelleştirmenin Amaç ve Gerekçeleri

1. Özelleştirmenin Amaçları

Özelleştirmenin genel amacı olarak, devletin ekonomiye müdahalesini ortadan kaldırmayı ve sadece ulusal güvenlik gibi klasik fonksiyonları yerine getirecek şekilde küçültülmesi benimsenmektedir. Devleti küçültme amacının gerekçesi olarak sosyal devletin içine düştüğü yönetilemezlik krizinden bahsedilmektedir. Buna göre, güvenlikten eğitime, sağlıktan, tarıma kadar her alana müdahale eden, böylesine geniş bir alanda hizmet vermeye yönelen ve bunu gerçekleştirmek içinde giderek bürokrasi aygıtını genişletmek zorunda kalan sosyal devletin, bir yandan hantallaştığı, diğer yandan da sosyo-ekonomik hizmetlerin yerine getirilmesinde ekonomik akılcılığın yerini politik çıkarların aldığından bahsedilmektedir. Bu nedenle sosyal devletin tasfiyesi suretiyle, devleti asli görevleri içine çekerek ve ekonomik akılcılığın gerekleri uyarınca işleyen üretkenliği ve verimliliği yüksek bir ekonomi amacına ulaşma hedeflenmiştir (TDV, 1994:53).

Özelleştirmenin öncelikle ekonomik bazı amaçlarından söz edilmektedir. Bunlardan; ilk amaç serbest piyasa ekonomisini geliştirmek ve verimliliği artırmaktır. Piyasa mekanizmasını işletecek güç ve kurallar; kar amacı güdülmesi, rekabetin etkinliğinin artırılması, teknolojik yeniliklerin izlenmesidir. İkinci amaç; kamu kesiminin ekonomi içindeki payının azaltılmasını sağlamaktır. Üçüncü amaç;

sermaye piyasasını güçlendirmektir. Özelleştirmeyle; kamusal malların sermaye piyasasına aktarılması, arz ve talep dengesinin geliştirilmesi sağlanır. Sermaye piyasasındaki gelişme, halk birikimlerinin buraya akmasını ve bunun yatırımlara dönüşmesini sağlayacaktır. (Cevizoğlu, 1989:29-30). Dördüncü amaç; döviz gelirini artırmaktır. Gelişmekte olan ülkelerin öncelikli sorunlarından biri de ödemeler dengesi açığıdır. Özelleştirme ile döviz gelirleri artar.

Özelleştirmenin toplumsallaşmayı ve demokratikleşmeyi çağıracağı şeklindeki görüşü paylaşmayan Güler'e göre özelleştirme kamusal mekanizmaların değil, piyasa mekanizmalarının bunalımı nedeniyle doğmuştur. Sermaye kendi bunalımını, bunalımın kaynağı olan piyasa mekanizmalarını genişleterek açmaya çalışmaktadır (Güler, 1996).

Serbest piyasa koşullarının yaygınlaştırılması amacına yönelik özelleştirme uygulamalarının, “özellikle sanayi ve bankacılık alanlarında tekelci ve yarı tekelci üretim ve hizmet süreçlerinin çok yaygın olduğu ve yoğunlaşma-tekelleşme eğilimlerinin giderek hız kazandığı” gerekçesiyle eleştiri konusu olmakta ve oluşacak özel tekeller sonucu rekabetçi piyasa koşullarını sağlamaya yönelik amacın gerçekleşemeyeceği ileri sürülmektedir (Kepenek, 1990:151).

Özelleştirme ile devlet tekellerinin kırılmasının amaçlandığı belirtilirken, bu tekelin özel mülkiyete devrinde de tekelliliğin devam edeceği ama bu kez özel mülkiyet işletmesine dönüşmekten ibaret bir değişikliğin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Devletin çekildiği alanda tek başına kalan veya en büyük payı elinde bulunduran özel şirket, bu avantajını kötüye kullanabilecektir. Böylece ortaya çıkan durum ise toplum açısından devlet tekeline göre gönenç ve yaşam standardında düşüşlerin yaşanmasına neden olacaktır. KİT'lerin hisse senetlerinin geniş kitlelere satılması amaçlanırken, bunların az sayıda özel kişi ve kuruluşun elinde toplanması söz konusu olmaktadır. Bu durum, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde gelir ve servet dağılımını olumsuz yönde etkileyebilmektedir.

KİT'lerin kamu hizmetine yönelik kar amacı gütmeyen faaliyetleri de bulunmaktadır. Özelleştirilmiş bir kuruluşun ise, artık kar amacı taşımayan bir mal ya da hizmet üretmesi düşünülemez. Böylece az kar eden veya zarar eden bir KİT'i sağladığı kamusal payda göz ardı edilerek satılması halinde toplumsal amaçlı “kamu hizmeti” yara alacaktır. Kaldı ki bir KİT'in sağladığı kamusal faydanın da, o KİT'in kar-zarar analizlerinde yer aldığı takdirde, zarar ediyormuş gibi gözükken bir kamusal kuruluşun aslında kar ediyor olduğunu görülebilir.

Kendisini daha çok kısa dönemde gösterecek olan yoğun işsizlik de bir başka önemli konu olarak ele alınmaktadır. Büyük oranda iş gücü bulunduran KİT'ler özelleştirilerek özel sektörün mülkiyetine geçtiğinde bu istihdamın azaltılması yoluna gidilmektedir. Ekonomik olmayan istihdamın getireceği akçal yükü taşımak istemeyecek olan özel sektör, çeşitli yollarla çalışanların tasfiyesine gidecektir. İlk bakışta akılcı gibi görünen bu uygulama aslında kamu yönetimine çalışan alınırken, KİT'lerin arpalık olarak görülmesi ve siyasi partilerin oy kaygısı ile hareket etmesi sonucu ortaya çıkan tablonun ürünüdür. Oysa çalışan alımında daha akılcı davranılsa kamu yönetiminde hem çalışanlar konusunda hem de üretim sürecine ilişkin diğer unsurlarda kaynak savurganlığı önlenip, bu alanlarda verimlilik sağlansaydı böyle bir sonuçla karşılaşılmazdı.

Özelleştirmenin “gerçek ”amacının (ki burada özelleştirmenin geniş anlamına yollamada bulunuluyor) 20.yy' in toplumsal refah devleti anlayışının dışlanmasına yönelik olduğu, diğer amaçların ise bu gerekçenin bir tür süslemesi olmaktan öte farklı bir anlam taşımadığı ileri sürülmektedir. Bu bakış açısı, özelleştirmeyi, son tahlilde, “devlet” örgütlenmesinin mevcut yapısında, liberalizmin gerekli kıldığı daralmanın sağlanmasının “aracı” olarak görmektedir. Yani liberal ideolojinin yeşermesi, dahası gelişip serpilmesi için gerekli olan koşullar, özelleştirme ile yaratılmak istenmektedir (Kepenek, 1990:150).

Özelleştirme, siyasal amaçlarla da uygulamaya konulabilmektedir. Özellikle siyasal partilerin görüşlerinin sosyalizme veya liberalizme yakın olması halinde özelleştirme özellikle siyasal amaca yönelik olarak, yani liberalizme uygun ortam

yaratmak amacıyla ortaya çıkabilmektedir. İngiltere’de İşçi Partisinin devletleştirmeden, Muhafazakar Partinin özelleştirmeden yana tavır koymaları konunun siyasal ve ideolojik yanını açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Özelleştirme de, ekonomik amaçların daha ağırlıklı olduğu görülmektedir. Bu ekonomik amaçlar arasında verimliliği artırmak başta gelmektedir. Kamunun verimliliğini yükseltecek çağdaş teknolojik gelişmelerin yakından izlenmemesi, iş gücü maliyetini yükselten siyasal tercihi istihdam politikası uygulanması, ücretlerin düşüklüğü ve rasyonel yatırım programlarının uygulanmaması, kamudaki verimsizliğin başlıca nedenleridir.

Ülkemizde özellikle 80’li yıllarda yapılan KİT zamlarında politik baskı ve tercihlerin olduğu gerçeği bilinmektedir. Bununla birlikte eğer KİT’ler zamanında gereği gibi kullanılmış olsaydı Türkiye’nin ekonomik gelişimi de buna göre farklı bir seyir izleyebilirlerdi. KİT’lerin sorunları ve Türkiye açısından önemleri bilinirken bu kuruluşların özelleştirilmesi, verimliliklerinin ve karlılıklarının artırılması için çeşitli düzenleme ve faaliyetler sürdürülmektedir. KİT’lerin verimliliğinin arttırılmasında özelleştirmenin olumlu etkileri olacağı söylenmektedir. Verimliliğin artması için mülkiyet değişikliğinden çok işletmelerde daha önce de bahsedildiği gibi daha bir çok ölçüt, etken olmaktadır. Özelleştirme ile güdülen temel amacın verimlilik ve karlılığı arttırmak değil daha çok kamu açıkları ve borçlarının azaltılması ve devletin üzerindeki yükün hafifletilmesi olduğu gözlenmektedir.

2. Özelleştirmenin Gerekçeleri

Endüstriyel gelişme ve modern devlet anlayışındaki büyüme özelleştirmeyi beraberinde getirmiştir. Kumanda ekonomilerinin küçülmesi, devletin ekonomik işlevlerden vazgeçmesi, liberal felsefenin ön plana çıkması serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu sistemlerin kurulması, transnasyonel ilişkilerin gelişmesi özelleştirmeyi kaçınılmaz kılmıştır. Devlet harcamalarını kısmak, daha az vergi almaya yöneltmek kaynakları etkin ve verimli kılmak, devleti adalet, dışişleri, iç

işleri, savunma ve güvenlik, sağlık, eğitim gibi altyapı yatırımlarına yöneltmek için özelleştirmeye gereksinim duyulmuştur. Büyük yatırımlara ihtiyaç duyulması, bu yatırımlar için kaynak sıkıntısı ortaya çıkması, devlet bütçelerinin bu yatırımlar için sınırlı olması özelleştirmeyi beraberinde getirmiştir.

Türkiye, sürekli uyguladığı ithal ikamesine dayalı ekonomi politikasından vazgeçerek, 1980’li yılların başından itibaren dışa açık, ihracata dönük bir sanayileşme stratejisi takip etmeye başlayarak Osmanlı İmparatorluğunun gerileme ve çöküş dönemlerinden bu yana Türk ekonomisinin ezeli meselesi olan ödemeler dengesi sorununu önemli ölçüde çözmüştür. Uygulanan politikalar ile dışa dönük bir müteşebbis sınıfı yetişmiş ancak gelinen seviye için gerekli olan bünyesel değişiklikler başarılamamıştır. Devletin klasik görevleri olarak kabul edilen eğitim, sağlık, güvenlik, altyapı gibi alanlarda yapılan faaliyet sonucu üretilen hizmetlerin son derece yetersiz, nitelikleri de düşük ve topluma olan maliyetleri yüksektir.

Ekonomide kaynakların verimli kullanılabilmesi için ileri sürülen özelleştirme olgusu ülkemizde de kendini dayatmış bu doğrultu da özelleştirme konusu, uzun zamandan beri ülke gündemini işgal etmektedir. KİT’lerin yerli ve yabancı özel girişimcilere devri devletin kar amacı gözetmeksizin yurttaşların gereksinimlerinin karşılanması amacıyla yaptığı işlerin kar amacı güden özel sektöre aktarılması, kimi hizmetlerde devlet tekelinin kaldırılıp özel kesimin bu tür alanlara el atmasının sağlanması, eğitim ve sağlık konularında devlet etkinliğinin azaltılması, özel sektörün yatırım ve üretimde denetimsiz bırakılması gibi gelişmeler yaşanmasına yol açmıştır.

Özelleştirme uygulamalarının; serbest piyasa ekonomisi içinde rasyonel ekonomik kararların alınması, sermayenin tabana yayılması, tüketicilere daha kaliteli ürün ve hizmet sunulması, tüketici tercihlerine yönelen özel kuruluşların varlığı, ülkeye çağdaş teknoloji transferinin hızlanması, ucuz rekabet gücü ve buna bağlı olarak ihracat artışı, özelleştirme ile zarar eden ve kamu açıkları büyüyen KİT’ler, piyasa ekonomine göre çalışan ekonomik birimler haline geleceği ve enflasyonun en temel nedenlerinden biri ortadan kalkacağı, özelleştirme ile siyasal iktidarın

ekonomik kaynaklar üzerindeki çıkar sağlama faaliyetlerinin sona ereceği, yolsuzluk ve yozlaşmanın önüne geçileceği, devletin; adalet, eğitim, sağlık, alt-yapı ve dış ilişkiler gibi asil görevleri üzerinde etkin ve güçlü olmasının yollarını araştıracağı (TDV, 1994:8) vb. yararlar sağlayacağı iddialarının yanı sıra özelleştirmenin bazı sakıncalarından da söz edilmektedir. Şöyle ki (Cevizoğlu, 1989:36-37):

Özelleştirme ile yabancı sermaye ve uluslar arası kuruluşların (İMF, Dünya Bankası gibi) ülkeye girmesi ekonomide etkinlik yaratması ve dolaylı bazen de doğrudan siyasal iktidarlara etki yapmak durumu söz konusu olabilir. Buda siyasal bağımsızlık için tehlike yaratabilir. Özelleştirme ile özel sektörün ön plana çıkması, yani sermaye gelişiminin sağlanmasıdır. Bu yapılırken, toplumdaki sınıflar arası gelir dağılımında, bir uçurum yaratılmamasına dikkat edilmelidir. Aksine davranış toplumda sosyal adalet, sosyal ve hukuk düzeninin bozulmasına neden olabilir. Orta tabakanın gelir düzeyini yükseltmeden, özelleştirmenin ve ekonominin başarılı olması düşünülemez.

Özelleştirme ile fiyatların düşeceği ileri sürülmektedir. Örneğin enerji alanında özelleştirme sayesinde elektrik fiyatlarının düşeceği iddiasını dile getirirken, diğer yandan yap-işlet-devret ve yap-işlet modeliyle yapılan santrallerle TEAŞ'ın maliyetlerinin çok üzerinde elektrik satış bedelleriyle sözleşmeler imzalanması elektriğin ucuzlayacağı savını geçersiz kılmaktadır. İlerleyen bölümde görüleceği gibi YİD ve Yİ modeliyle yapılan sözleşmelerde şirketlerin yüksek oranlı karlılığını güvenceye alan sözleşmeler yapılmıştır.

Özelleştirme ile kamuya gelir sağlanacağı iddiası da gerçekliği yansıtmaktan uzaktır. Özelleştirmeler tesislerin gerçek değerinin çok altında bedellerle gerçekleştirilmektedir. Devlete yılda önemli miktarlarda vergi ödeyen ve iyi kar eden bazı kamu teşebbüslerinin dahi bir yıllık gelirini bile karşılamayan miktarlarda özelleştirilmeye çalışılması konunun temelde bir politik tercih olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer yandan, genellikle özelleştirmenin yeni teknoloji ve yeni yatırım koşuluna bağlanmamış olması da, özelleştirmeden sonra verimliliğin artacağına ilişkin savların çok doğru olmadığını göstermektedir.

Özelleştirme uygulamaları karşısında, sosyal devlet ve kamu hizmeti kavramlarının ve bu kavramlar karşısında idarenin konumunun yeniden irdelenmesi gerekmektedir. Günümüzde idare, bir ikileme karşı karşıyadır. İdare bir taraftan, sosyal devlet ilkesinin gereği olarak toplumun ortak ve genel ihtiyaçları olan ve kamu hizmeti olarak adlandırılan bir çok hizmeti sunmak durumunda; diğer taraftan da, gerek devletin ekonomideki müdahaleci rolünün azaltılması ve gerekse kamu yatırımları için gerekli olan finansal kaynağın temini sorunları karşısında daha fazla özelleştirme talebiyle karşı karşıyadır. Bu da, Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin özellikleri arasında sayılan “sosyal devlet” kavramının yeniden irdelenmesini gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Çünkü, özelleştirmeyle, idare tarafından kamu hizmeti olarak topluma sunulan bazı hizmetler, kamu hizmeti olma niteliğini yitirmektedir.

Sonuç olarak, özelleştirme çabalarının sonucu olarak devletin ekonomideki rolünün minimize edilmesi mümkündür. Ancak, bütün bu çabalar, idarenin kamu hizmeti sunmak görevini ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte idare de bazı hizmetleri tamamen özel sektöre devretmek istememekte ya da hizmetin niteliği gereği devredememektedir. Bu noktada, idarenin görevi devam etmekle birlikte, kamu hizmetinin görülmesinde özel sektörün katılımının artırılmasında alternatif yollar araştırılmaktadır. Bu konuda, sınırlı süreli özelleştirme ya da kamu-özel sektör ortaklığı yöntemi bir alternatif olarak düşünülmektedir (Sezer, 2000:42).

III. Yap-işlet-devret Modelinin Hukuki Durumu

İkinci bölümde ayrıntılı olarak ele alacağımız YİD modeli ekonomide devletin payının daraltılması politikası içerisinde yer alan özelleştirme uygulamalarının bir alt başlığı olarak görülebilir. Ancak daha önce, Türkiye’de modele hayatiyet veren hukukî düzenlemelerden bahsedilecektir.

A. Yap-işlet-devret Modelinin Anayasal ve Yasal Temelleri

YİD sisteminin yürürlüğe konulması bir takım hukuki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. YİD'in Türkiye uygulamasında tek bir modelden bahsetmek esasen, doğru değildir. Bu konuda, daha önce değinildiği gibi, farklı kanunlar ve farklı uygulamalar mevcuttur.

Yap-işlet-devret'in dayandığı ve ilişkili olduğu yasal metinlerden ilki Menafi-i Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'dur. Bu kanun Osmanlı Devleti döneminde, Rumi 10 Haziran 1326 Miladi 1910 tarihli ve 576 sayılı "imtiyaz"ların düzenlenmesini yapan 13 maddelik bir kanundur. Bu kanunun gerek Osmanlı Devleti döneminde ve gerekse Türkiye Cumhuriyeti döneminde, "imtiyaz" konusunda önemli bir etkinliği olmuştur. Bu kanunun bazı maddeleri şöyledir (Gözübüyük/Tan, 1998:463):

Devletçe mali taahhütte bulunmayı içermeyen, umuma ait mülk ve emlakin tahsisini öngörmeyen, birinci derecede bütçeye dahil bir umumi hizmete ilişkin olmayan, bu kanunda belirtilen muafiyetin dışında herhangi bir muafiyet kapsamayan, belediyelerin kuruluşuna ilişkin olarak çıkarılacak kanun ile mahalli idarelerin yetkisinde bulunmayacak olan umumun menfaatine yönelik imalatın imtiyazının doğrudan Bakanlar Kurulunca verileceği (m.1); konusu imalata yönelik kurulacak tesisler için gerekli taşınmazların, imtiyaz sahibi ile malik arasında herhangi bir uyuşmazlık halinde İstimlak Kanunu uyarınca kamulaştırılarak alınacağı ve taşınmaz bedeli ile her türlü giderlerin imtiyaz sahibince karşılanacağı, tesis için gerekli arazinin gerektiğinde imtiyaz sahibine imtiyaz süresinin sonuna kadar yararlanmak üzere ücretsiz terk edilebileceği, gene hükümetçe uygun görülmesi halinde geçici olarak işgal edilmesi gerekli yerlerle taş ocaklarının da ücretsiz imtiyaz sahibine tahsis edilebileceği (m.2): İmtiyazın, sözleşme ve şartnamelerde belirtilen sürenin sonunda Osmanlı anonim şirketlerine devir olunacağı (m.7); İmtiyaz konusu işte çalışacak idareci, teknik eleman, usta ve ustabaşlarının ne kadarının yabancı uyruklu olacağını belirleneceği ve sınırlandırılacağı (m.8).

1326 tarihli kanun yürürlükte olmasına rağmen, 1980' li yılların başından itibaren, özellikle büyükşehir belediyeleri tarafından otopar, metro, doğalgaz şebekesi, turistik otel ve motel inşaatı vs. gibi büyük harcamaları gerektirecek kimi bazı yerel kamu hizmetlerine ilişkin projeler, yap-işlet-devret denilen modellerle gerçekleştirme yoluna gidilmeye başlandı. Gerçi, 1580 sayılı Belediye Yasasının 19. maddesinde belediye hizmetlerinden hangilerinin imtiyaz yöntemi ile özel kişilere gördürüleceği belirtilmiş idi. Ancak imtiyaz yönteminin sıkı kayıt ve şartlarından kurtulmak isteyen kimi bazı belediyeler, bu yöntem yerine, aralarında 1580 sayılı Yasanın 19. maddesinde sayılmış bulunan bazı hizmetlerini de yap-işlet-devret usulü ile gördürmeyi yeğliyorlardı. Bu amaçla yapılan sözleşmelerin, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usul ve esaslara uyulmadan yapılmış olmaları nedeniyle hukuki geçerlilikleri de tartışma konusu yapılıyordu. Ancak buna rağmen, bu uygulama bir süre sürdürüldü (Günday, 2002: 307).

Son yirmi yıl içinde yapılan yasal düzenlemelerle bu alanda değişik uygulamalara gidildiği gözlenmektedir. Bunlardan bazıları kısaca aşağıda özetlenmiştir (Tan, 1992:313-315; Günday, 2002: 307-311).

-Türkiye Elektrik Kurumu Dışında Özel Kişilerin Elektrik Üretimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi

TEK dışında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemek amacıyla 4.12.1984 tarihli 3096 sayılı yasa çıkarılmıştır. Yasa (m.3) görevlendirmeyi iki değişik biçimde düzenlemektedir: Üretim tesisi kurup işletmek veya mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına (KİT'ler dahil) ait tesislerin işletme hakkının verilmesi.

Bu iki durum ayrı ayrı, "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Belirleyen Yönetmelik" ile "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi,

Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılarak düzenlenmek yoluna gidilmiştir.

Yasaya göre DPT’ın görüşünü de içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belirlenen görev bölgelerinde, elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilmektedir. Bundan sonra Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görevli şirket arasında, duruma göre, ya “üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi” ya da “işletme hakkı verilmesi sözleşmesi” yapılmaktadır.

Görevlendirme sözleşmeleri 99 yıla kadar süreli olabilmektedir. Sözleşmelerde en az görevlendirme süresi, mevcut ve yeniden kurulacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin amortisman süreleri dikkate alınarak saptanmaktadır. Görev süresinin bitiminde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar, her türlü borç ve taahhütlerden arınmış olarak devlete bedelsiz olarak geçmektedir.

Yasa, enerji tarifelerinin görevli şirketin önerisi ve Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe gireceğini ön görmekte; ayrıca, tarifelerin saptanmasında dikkate alınacak unsurlar ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Öte yandan görevli şirketin yapacağı üretim iletim ve dağıtım tesislerinin onaylanmış projelerine göre, kamulaştırma gereksinimi ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca kamulaştırma yapılabileceği de ön görülmektedir.

Aslında, 3096 sayılı yasa ile getirilen sistem temel nitelikleri açısından kamu hizmeti imtiyazı usulü ile benzerlik göstermektedir. Kaldı ki, yasanın geçici maddelerinde, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte bu alanda faaliyette bulunan imtiyaza sahip şirketlerin belirli bir süre içinde başvurularını kaydıyla görev şirketine dönüşmeyi istemeleri; imtiyazı sona ermiş olan şirketlere de bu yasaya göre yeniden görev vermeye Bakanlar Kurulunun yetkili kılınması, 3096 sayılı yasanın kamu

hizmeti imtiyazı usulünün yerine geçecek bir yeni usul getirmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Enerji sektörüyle ilgili bir diğer düzenleme 20.02.2001 günlü, 4628 sayılı Enerji Piyasası Yasası'dır. Bu yasa, elektrik enerjisi alanındaki devlet tekeli, iletim dışında kaldırmakta; rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre çalışacak, mali açıdan güçlü, istikrarlı, şeffaf bir elektrik piyasasının kurulmasını öngörmektedir. Bu piyasanın düzenleyici otoritesi Enerji Piyasası Düzenleme Kurumudur (EPDK). 4628 sayılı yasa; piyasa katılımcılarının kendi aralarında yapacakları ikili anlaşmalara, dengeleme ve uzlaştırma mekanizmasına dayanan bir model öngörmektedir. Bu sistemde alıcı ve satıcılar, fiyat ve öteki koşulları özgürce kararlaştıracakları özel hukuk anlaşmaları ile faaliyette bulunacaklardır.

-Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Otoyol Yapımı Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi

28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı yasa, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerine otoyollar ile bunların üzerinde yolculuk ile ilgili tüm tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi görevi verilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlenmektedir. Yasa, görevlendirmenin bütün tesisleri ile otoyolun veya yolculuk ile ilgili hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapım, bakım ve işletilmesini kapsayacak şekilde 49 yıla kadar süreli bir sözleşme gerçekleştirileceğini ön görmektedir.

Görev süresi sonunda otoyol ile bütün tesisler ve müstemilatı, ter türlü borç ve taahhütlerden arı ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğüne kendiliğinden ve bedelsiz olarak geçecektir. Yukarıda değindiğimiz elektrik ile ilgili 3096 sayılı yasadaki farklı olarak, otoyol ve tesisleri için gerekli kamulaştırmaların genel müdürlükçe ve genel müdürlük adına yapılacağı, ancak kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen görevli şirket tarafından ödenmesi konusunun hükme bağlanabileceği ön görülmektedir. Kamulaştırılmış arsa veya arazi ile üzerinde

yapılacak tesislerin mülkiyetinin genel müdürlüğe ait olduğu ve devlet malı hükmünde bulunduğu da ayrıca ön görülmektedir.

Yasa, otoyol geçiş ücretleri tarifesinin görevli şirketin istemi, Karayolları Genel Müdürünün önerisi üzerine bakan onayı ile saptanacağını ön görmekte; ayrıca tarifenin düzenlenmesinde dikkate alınacak unsurları da düzenlemektedir.

Dolayısıyla, 3465 sayılı yasa ile getirilen sistem de, yukarıda elektrik ile ilgili 3096 sayılı yasa için belirttiğimiz gibi, bayındırlık işi imtiyazını da içeren kamu hizmeti imtiyazının temel özelliklerini taşımaktadır. Bu iki özel yasal düzenleme ile getirilen ve kısaca yap-işlet-devret modeli olarak sunulan usulün kamu hizmeti imtiyazından farklı olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, uygulanacak usul kuralları açısından bazı sorunların tartışılması gerekecektir.

Nihayet, 13 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-işlet-devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ile bu usule ilişkin yasal çerçeve daha da genişletilerek, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yaptırılması ve işletilmesi amaçlanmıştır. 3996 sayılı kanuna göre, bu kanunda belirtilen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idareler, Yüksek Planlama Kuruluna başvuracaklar ve Kurulun iznini aldıktan sonra, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş bir sermaye şirketi ile Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca Türkiye de faaliyette bulunmasına izin verilmiş bir yabancı şirket ile sözleşme yapacaklardır. Yapılacak sözleşmelerde, Türk sermaye şirketi ye da yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde, yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin maliyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınacak ve sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamayacaktır. Üretilen hizmet ye da malların karşılığı olarak ödenecek ücretler idarenin bağlı ye da ilgili bulunduğu bakan tarafından belirlenecek, yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütten ari olarak kendiliğinden idareye geçecektir.

3096 sayılı yasa uygulamasından farklı olarak, projenin ilan edilmesi öngörülmekte, böylece görevli şirketin seçiminde rekabet unsuruna yer verilmektedir. Öngörülen yatırım için şirketlerce sağlanacak öz kaynak, toplam yatırım bedelinin % 20'sinden az olamaz. 3096 sayılı yasa da böyle bir koşul yoktur. İstekliler, fizibilite raporlarını İdareye sunmak zorundadır.

Modelde öngörülen Hazine garantilerinin dayanağını, 3996 sayılı yasanın 4180 sayılı yasa ile değişik 11. maddesi oluşturmaktadır. Bu yasadaki önce Hazine garantilerine bütçe yasalarında yer verilmiştir. 3996 sayılı yasanın 13. maddesi uyarınca, ilgili İdarenin isteği durumunda 3096 ve 3465 sayılı yasalara göre yürütülen işler de aynı garantilerden yararlanabilmektedir.

Bugüne kadar yapılan uygulamalarda Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanına ait olan garanti verme kararı eylemli olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı tarafından kullanılmış, Hazine garantisine ilişkin yükümlülükler Bakanlık tarafından Hazineye sorulmaksızın sözleşmelere konulmuş, garanti mektupları da sözleşmelere ek yapılmıştır. 4628 sayılı Enerji Piyasası Yasasının geçici 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, bundan böyle YİD ve Yİ projelerinde Hazine garantisi söz konusu olmayacaktır.

Türk İdare Hukuku hayatına bu yasalarla giren yap-işlet-devret modelinin Anayasal bağlantılarına da değinmek gereklidir. Bilindiği gibi Anayasa'nın 47. maddesi, kamu yararı adına zorunlu görülen hallerde devletleştirmeyi öngörmektedir. Ancak daha sonra bu madde, 13.8.1999 tarihinde çıkarılan 4446 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile 47.maddenin kenar başlığı "E.Devletleştirme ve Özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş ve bu maddeye ikinci fıkrasında sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Devletin,kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir”.

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir”.

Bu son Anayasa değişikliğinden sonra 47.madde devletleştirmenin yanı sıra özelleştirmeyi de bir anayasal hüküm olarak kayıt altına almış bulunmaktadır. Ancak değişikliğe uğrayan 47.maddenin konumuz bakımından asıl önemli olan tarafı ikinci bendinin yap-işlet-devret modeli bakımından esaslı düzenlemeler öngörmesidir. Tabi ki burada ön koşul söz konusu yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yapılmasını bu konuya ilişkin çıkarılmış bir kanunun varlığına bağlamaktadır. Bu fıkranın taşıdığı hüküm ile varılmak istenen amaç, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesini akla getirmektedir. Zira 5. madde de özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeyi öngörmekteydi. Başka bir deyişle 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47. maddesine ilave edilen bu fıkra hükmü ile 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesi hükmü arasında varılmak istenen amaç bakımından bir paralelliğin varlığını hatırlatmaktadır. Nitekim yap-işlet-devret modeli bakımından yeni anayasal hükümlere uygun yasal düzenleme 4493 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiş durumdadır. 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanun’un 5.maddesini değiştirerek yap-işlet-devret modeline ilişkin sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını tekrar kayıt altına almıştır.

Yine 4446 sayılı kanun ile Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yargılama ve inceleme yetkilerini düzenleyen Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerinde değişiklikler gerçekleşmiştir ve böylece YİD modeli bakımından tahkim yolu açılmış bulunmaktadır ki bu ilerleyen bölümde ele alınacaktır.

B. İdare Hukuku Bakımından Yap-işlet-devret Modeli

Yap-işlet-devret modeli ve bu modele ilişkin yapılan sözleşmelerin hukuki mahiyetinin belirlenmesi hususunda sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması idarenin özel hukuku aşan üstün yetkilerle donatılması ve konusunun kamu hizmeti olması bakımından idare hukukunun yeri katıyet arz eder durumdadır.

3096, 3465 ve 3996 sayılı kanun'lar farklı konularda getirilen farklı tarihli düzenlemeler olmakla birlikte, ortak özellikler taşımakta ve kural olarak, yap-işlet-devret sözleşmesi olarak nitelenebilecek sözleşme ve türleri öngörmektedirler. Bu sözleşmelere, görev sözleşmesi ye da yap-işlet-devret sözleşmesi adı verilmiş olması, bunların hangi sözleşme kategorisine girdiğinin saptanması bakımında her hangi bir anlam taşımamaktadır. Zira bu sözleşmenin türünün belirlenmesinde ona verilen ad değil niteliği esas alınır (Öztürk, 2000:128). Yap-işlet-devret modeline göre akdedilen sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmeleri arasında ilk bakışta var olduğu düşünülen yakınlığın, bir benzerlik olmanın ötesinde, yap-işlet-devret sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerinin günün koşullarına göre tasarlanmış bir biçimi sayılması sonucu doğurabilecek bir aynılık olup olmadığının belirlenmesi, yap-işlet-devret sözleşmelerinin tabi olacağı hukuksal rejimin saptanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere, 13 Haziran 1994 tarihinde 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-işlet-devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Ancak bu kanun hükümleri daha uygulanma aşamasına gelmeden Anayasa'ya aykırılığı savı ile yürürlüğünün durdurulması ve iptal edilmesi talebi gündeme gelmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi iptal davasının konusunu 3996 sayılı yasanın 5. maddesinin Anayasanın ilgili maddelerine aykırılığı oluşturmaktadır. Anayasa'nın bu hükümlerine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülen 3996 sayılı yasanın 5. maddesi ise "yüksek planlama kurulunca belirlenen idare sermaye şirketi veya yabancı şirket

arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” şeklinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bu 5. maddenin söz konusu Anayasa hükümlerine aykırılığı iddiası aşağıda özetlenmiş şekilde verilmektedir (Anayasa Mahkemesi kararı, T.28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23).

-Anayasa'nın 125. Maddesine Aykırılığı

Söz konusu 5. madde hükmünün Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrası idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır hükmüne idarenin hangi amaç ve da yolla yapılmış olursa olsun hiçbir işleminin yargı denetimi dışında bırakılmayacağını Anayasal güvence olarak sağlanmış bulunması ve idari işlemlerin denetiminin de idari yargı mahkemeleri ve Danıştay tarafından yapılacağı hasebiyle, aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yine bu 5. madde hükmünün, idari yargının görev alanına giren ve idari bir işlem olan sözleşmenin özel hukukun yargı alanına sokulması durumunu yarattığı da ileri sürülmektedir. Bu 5. madde hükmü gereği yapılan sözleşmenin her ne kadar “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme” olacağı yasa ile kayıt altına alınmış bulunsada sözleşmenin mahiyetinin yine imtiyaz sözleşmesi olacağı ve mahiyetinin değişmeyeceği yargısal içtihatlarla ve doktrine referansta bulunarak ileri sürülmüştür.

-Anayasa'nın 155. Maddesine Aykırılığı

Yine 5. maddenin Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yapılan sözleşmenin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi olacağı ve bu bakımdan Danıştay'ın inceleme görevi alanında olacağı hususunda aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Görünürde, kanun koyucu 3996 sayılı yasanın 5. maddesinin taşıdığı “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır” hükmü ile kamu çıkarlarını korumak amacını gütmesinin yapılan sözleşmenin idari ve de imtiyaz sözleşmesi olması gerçeğini değiştirmeyeceği ve buna ancak yargı organları tarafından karar verilebileceği ifade edilmektedir. Böylece bu sözleşmelerin Danıştay'ın ön inceleme görev alanından aşırılmak istenildiği ve bu bakımdan Anayasaya aykırılık oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 28.06.1995 günlü 1995/23 sayılı verdiği kararda, 3996 sayılı yasanın 5. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş ve ana hatlarıyla kamu hizmeti, idari sözleşme ve imtiyaz sözleşmesi kavramlarına açıklık getirmek istemiştir.

Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı yasanın 2. maddesinde belirtilen etkinlikleri kamu hizmeti olarak görmekte ve düzenli ve sürekli olan bu etkinliklerin kamu yararı için yapıldığını ifade etmektedir. Yine doktrinde söylenildiği gibi bir kamu hizmetini belirlememin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların ve yasa koyucunun iradesi olmasının Anayasa Mahkemesi bakımından yeterli olmadığı ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetimi yerine getirirken kendine ait değerlendirmelerin de mahfuz olduğunu ileri sürmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının saptanmasında o kamu hizmetinin niteliğine bakılması gerektiğinin önemini de vurgulamaktadır. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin kamu hizmetinin niteliğini etkileyemeyeceğine değinmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararında, 3996 sayılı kanuna ve bu kanunun 5. maddesine göre düzenlenecek sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından birisi olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin verildiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı kanun çerçevesinde yapılan sözleşmeleri birer idari sözleşme olarak kabul etmekte, bu sözleşmelerin idari yargının görev alanında bulunduğunu belirtmekte ve Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında bulunduğunu vurgulamaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi, bu sözleşmelerin kanunla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının imkansız olduğu ve 5. maddenin ikinci cümlesinin bu sayılan nedenlerden dolayı Anayasa'ya aykırılığı olduğuna hükmetmektedir.

Bu sayılan nedenlerden ötürü Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı kanunun 5. maddesinin ikinci cümlesi olan "özel hukuk hükümlerine tabi olma" hükmünü Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, idare hukukunda imtiyazı kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak nitelemekte ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşıdığını ifade etmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret modelinin kamu hizmeti imtiyazı olduğuna, bu kanun ile getirilen modelin, imtiyazın tüm öğelerini içerdiğine ve 3996 sayılı kanunun 2. maddesinde öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğuna açıklık getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, bunlara dayanak olarak, yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir sözleşmenin yapılmasını, yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yatırım, uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkilerinin bulunmasını, 3996 sayılı kanunun 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetlerin borçtan ve yükümlülükten arınmış olarak idareye geçmesini göstermektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi, bu kararında Anayasa yargısı bakımından bir sözleşmenin “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığının yasaya değil, niteliklerine bakılmak suretiyle saptanabileceğini hükmetmektedir. Bir kamu hizmetinin uzun süreli olarak özel girişimciye gördürülmesine ilişkin yapılan sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi niteliğinde olacağına ve yasal düzenlemelerin bu niteliği değiştirici etki yapamayacağına karar vermektedir.

Bu sayılan sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesi, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay’ın denetimi dışında çıkarılan içeriği nedeniyle 5. maddenin

birinci cümlesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olduğuna ve cümledeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptaline karar verilmiştir (Anayasa Mahkemesi kararı, T.28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23).

Bilindiği üzere 13 Temmuz 1999 tarihinde 4446 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile Anayasa'nın 47.,125. ve 155. maddelerinde değişiklik yapılmış ve söz konusu bu değişiklikler ve bu değişikliklere paralel çıkarılan 4493 ve 4492 sayılı kanunlar ile yapılan köklü düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 3996 sayılı kanununun 5. maddesine ilişkin verdiği karar geçerliliğini kaybetmiştir.

3996 sayılı kanun kapsamında bulunan hizmetlerin hemen hepsi ye merkezi idarenin ye da yerel yönetimlerin ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının görev alanları içindeki kamu hizmetleri olduğu ortadadır. Şimdi, 4493 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra, idare ile sermaye şirketi ye da yabancı şirket arasında yapılacak olan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olacaktır. Bir başka anlatımla, konusu herhangi bir etkinlik olmayıp, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşıladığı için kamu hizmeti olarak düzenlenen ve idarece üstlenilen bir etkinlik olan bir sözleşmede, idare ile sözleşmenin karşı tarafı özel kişi eşit konumda olacaktır. Böylece, sadece sözü edilen sözleşmenin niteliği değişmeyecek, aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin de uygulanması güç ve hatta olanaksız hale gelecektir. Şöyle ki; idare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış iken, bu kez bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla idare bu üstün yetki ve ayrıcalıklarından yoksun kalacaktır (Günday, 2002: 313).

Ancak bu konuda farklı görüşler de yok değildir. Kamu hizmeti konusunda Savaş'a göre 3996 sayılı kanununun 2. maddesinin kapsamında geçen yatırım ve hizmetler aslında piyasa koşulları içerisinde üretilebilecek yatırım ve hizmetlerdir. Daha önce piyasa koşullarının bulunmaması yüzünden bu yatırım ve hizmetleri devletin yerine getirmesi bu yatırım ve hizmetlerin ilelebet kamusal mal ve hizmetler

olacağı anlamına gelmemelidir. Zira bunlar fayda ve maliyetleri bölünebilen, fiyatlandırılabilen ve bu mal ve hizmetlerin tüketiminde rekabet sağlanabilen yatırım ve mal/hizmetlerdir (Savaş, 1998:92-93).

Pozitif hukuk ve idare hukuku doktrini bakımından ve arkaik olarak kamu elinde bulunan söz konusu yatırım, mal ve hizmetler günün koşullarına ve hukukun evrimleşmesine paralel olarak kamusal alandan uzaklaşması doğal bir eğilim olarak gözükmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetinin kavramsal boyutu açısından durum böyle ele alınırsa, bir zamanlar kamu tarafından yerine getirilen yatırım ve mal/hizmetlerin artık piyasa koşulları içerisine bırakılması ve bu gelişme aynı zamanda tabanda oluşan bir gelişme olarak belirli bir süre içerisinde üst norm olan anayasal kuralları denetlemesi ve değiştirmesi kaçınılmazdır (Yerlikaya, 2001:71).

Yargı kararları ve öğretide yap-işlet-devret ile arasında fark bulunmadığı yönündeki görüş yaygın olan imtiyaz (Bilgen, 1990; Duran, 1991; Özay, 1996 vd.) sözlük anlamıyla devlet tarafından bazı fertlere menfaatler verilmesidir. Bunlar; çoğunlukla idari, mali bir takım muafiyet ve müsaadeler şeklinde olmaktadır.

İmtiyaz yöntemindeki iki aşama; açık artırma aşaması ve hizmetin yürütülmesi aşamasıdır. İlk aşamada özel sektörün üretim etkinliği ve serbest piyasadaki rekabet ortamından yararlanarak imtiyaz sözleşmede belirtilen koşullar içinde hizmeti en düşük maliyetle üretecek firmaya vermek söz konusudur. İkinci aşama; hizmetin bir firmaya verilmesiyle yürütülmeye başlamasıdır. Bu sırada; talep, maliyet ve teknolojiye meydana gelen değişikliklerde, sözleşmede düzenlenen koşullar, yeniden gözden geçirilmektedir. Beklenmeyen durumlarla karşılaşınca, fiyat düzenlemesi alt-üst olduğunda, taraflar arasında yeniden görüşme yapılabileceği öngörülmüştür. Bu yöntemde, hizmetten yararlananlar, hizmetin bedelini, doğrudan hizmeti sunan firmaya öderler. Bu yöntem, tüketicilerin belirlenebildiği durumlar ve fiyatlandırılabilir hizmetler için geçerlidir.

Bütün kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi yap-işlet-devret sözleşmelerinde de konunun “bir kamu hizmeti ye da kamu egemenliğinde bulunan

bir konu” olmasından dolayı söz konusu imtiyazlar yapısı gereği imtiyaz alana, belirli bir bölgede veya tüm ülke çapında, belirli bir sektörde ve belirli bir süre için rekabete karşı korunma ve kapalı olma veya tekelleşme gibi haklar sağlanmaktadır. Kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle görülmesinin en önemli sonuçlarından biri ve onu “ruhsat” tan ayıran aynı zamanda bir “tekel” oluşturmaktadır. İdare bu konuda başkasına imtiyaz veya çalışma izni vermemeyi taahhüt eder (Duran, 1982:337). Bu özellikler imtiyaz şeklinde verilen kamu hizmetinin ye da yatırımının cinsine göre değişebilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerindeki yükümlülüklerle benzer yükümlülüklerin yap-işlet-devret sözleşmelerinde de büyük ölçüde bulunduğunu söylemek mümkündür. 3996 Sayılı kanunun “sorumluluk ve tazminatı” düzenleyen 6. maddesi benzer yükümlülükleri hüküm altına almaktadır. Bu maddeye göre yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden yap-işlet-devret anonim şirketi veya yabancı şirket sorumludur. Bu şirketlerin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilmektedir. 94/5907 Sayılı BKK’nın 16.maddesi yükümlülüklerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

Bu kararın 16.maddesinde yatırım ve hizmetlerin genel esasları mal ve hizmetin standart ve kalitesi, denetim, aylık ve yıllık faaliyet raporları, güvenlik, emniyet ve çevre önlemleri, sigorta, bakım, onarım ve eğitim gibi belli başlı yükümlülükleri bulmak mümkündür. Denetim konusunda ise idare, görevli şirketin sözleşme kapsamına giren tüm faaliyetlerini, belge ve kayıtların bütün aşamalarda denetleme veya denetlettirebilme hakkına sahip bulunmaktadır. Yine denetim giderlerinin hangi tarafa kalacağı da uygulama sözleşmesinde belirtmek zorundadır (94/5907 sayılı BKK, m.23).

Her iki sözleşme arasındaki bir diğer ortak nokta da idare tarafından yap-işlet-devret anonim şirketine kamu taşınmazları üzerinde irtifak hakları tanıma ve gerektiği durumlarda kamulaştırmada yardımcı olunmaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan imtiyaz sözleşmeleri ile YİD modeli arasında büyük benzerlik olduğu anlaşılmaktadır. Yap-işlet-devret' in imtiyaz sayılmamasının nedeni, daha önce değinildiği gibi imtiyaz sözcüğünün “kapitülasyonlar” ile çağrışım yapması ve başta anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen “usul” kurallarının dışlanması isteğidir (Özay, 1996:273).

Yap-işlet-devret modeliyle gerçekleştirilmesi gereken yatırımlar ve ifa edilmesi gereken hizmetler, normalde kamunun yerine getirmesi gereken ya da eskiden beri kamunun elinde bulunan hizmetler olmalıdır. Duran'ın da belirttiği gibi devletin elinden çıkarmaya razı olabileceği hizmetler genel olarak endüstriyel ve ticari nitelikli ve piyasa ekonomisi içerisinde anlam ifade edebilen hizmetler olmalıdır. Aksi takdirde normalde piyasa ekonomisi içerisinde özel teşebbüsün zaten yerine getirebileceği çeşitli mal ve hizmetler yap-işlet-devret modeliyle imtiyaz haline dönüştürülüp özel sektörün eline verilirse o zaman devlet tarafından piyasa ekonomisini sarsıcı ve rekabeti yok edici bir düzenlemeye girilmiş olur (Duran, 1991).

4493 sayılı kanun ile 3996 sayılı kanunun 5.maddesinde yapılan değişiklikle YİD sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınacağına kayıt altına alınması YİD modeli çerçevesinde yapılan sözleşmeleri, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri statüsüne mi sokmaktadır? Bu soruya evet demek güçtür. Bilindiği gibi idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde idare ile özel hukuk kişisi eşit hukuki statülerde sayılmakta ve bu eşitlik sözleşmenin başlangıcından sonuna dek kendini hissettirmektedir. YİD modelinde yapılan sözleşmelerinde, 3996 sayılı kanuna ve 94/5907 sayılı BKK'na bakıldığında sözleşmenin konusunu teşkil eden yatırım mal ya da hizmet kamu tekelinde bulunmakta ve bunların kamu hizmetine dahil olduğunu belirten kendilerine özgü birer yasal dayanağı bulunmaktadır. Diğer taraftan idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde tarafların hukuken eşit olma ilkesi YİD sözleşmelerinde bozulmakta ve 3996 sayılı kanun ve 94/5907 sayılı BKK idareyi özel hukuku aşan yetkilerle donatmaktadır. Örneğin bu anlamda, idare, kamu hizmetini YİD ile vermek istediğinde, görevli şirketin seçimi, hizmetin kalitesi,

süresi, ücreti, sona erme halleri, idarenin denetim yetkileri, devir teslim gibi hallerde üstün yetkilerle donatılmıştır.

Diğer yandan 4493 sayılı kanun ile 3996 sayılı kanunun 5. maddesinde meydana getirdiği değişiklik neticesinde Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir demesi bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi olma mahiyetini bozmamaktadır. O halde bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının sebebini, özel hukuku kişilerinin kendi çıkarlarını yapılan sözleşmede daha iyi koruma güdüsünde aramanın yanı sıra yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kullanılması talebi ve koşulunda da aramak gerekmektedir. Nitekim Özey’ da idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerini idari sözleşmelerden ayırtmanın önemi ve gerekçesi olarak uyuşmazlıkların çözümünde farklı yargı yerlerinin görevli olmasına bağlamaktadır (Özey, 1996:413). Ancak yine de bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması, idarenin yürütülen mal ye da hizmet üzerinde her türlü yönetim ve denetim yetkisini kaldırmamakta, 3996 sayılı kanun ve 94/5907 sayılı BKK’ nın amir hükümleri gereğince idarenin devir ve teslim ve fesih hakları saklı bulunmaktadır. Yine unutulmaması gereken bir diğer önemli nokta da her ne kadar özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme yapılmış olsa da nihayetinde kamuya ait bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine verilmesi ile ilgili görevli sermaye şirketi emsallerinden ayrıcalıklı ye da imtiyazlı tutulmakta ve ilgili hizmet alanında sözleşmeye bağlı olarak ona tekel olma hakkının bahşedilmesi anlamını da yüklemektedir. Yani temelde bakıldığında devlet bu sözleşme ile özel hukuk kişisine ayrıcalık tanımaktadır.

C. Yap-işlet-devret Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Tahkim

1982 Anayasası’nın 125.maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olduğu belirtilmiştir. İşte idari sözleşmelerin yargısal denetiminin

anayasal dayanağı, anılan madde hükmüdür. Yargısal denetime tabi olan bu idari sözleşmeler, acaba hangi yargı dalında uyumsuzluk konusu edilebilecektir? Bu sorunun yanıtı, 2575 sayılı Danıştay Yasası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'ndadır.

Danıştay'ın yap-işlet-devret sözleşmeleri üzerinde ön inceleme ve da denetim görevini iki aşamada ele alıp incelemek gerekmektedir. İlk aşama olarak Danıştay'ın ön inceleme ve yargılama görev yapısında kısıtlamalar getiren 4446 sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişikliğine kadar olan dönemi sayabiliriz. İkinci aşama olarak ta 4446 sayılı Anayasa değişikliğinden sonraki dönem olarak gösterebilir.

-4446 Sayılı Kanun ile Yapılan Anayasa Değişikliğine Kadar Olan Dönem

Bu dönem itibariyle yap-işlet-devret sözleşmeleri doktrin tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın Danıştay'ı düzenleyen 155.maddesiyle 2575 sayılı Kanunu' nun m.23/d bendi, imtiyaz sözleşmeleri üzerinde inceleme bakımından Danıştay'ın I.Dairesi ve idari işler genel kurulunu görevli kılmaktadır. Danıştay'ın yapmış olduğu bu denetim hukuka uygunluk denetimidir. Anayasa'nın 155.maddesi "... imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, ... görevlidir" diyerek imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen yap-işlet-devret sözleşmelerini ön incelemeden geçirmekle Danıştay' ı görevli saymaktadır. Yine Danıştay Kanun'un m.23/d bendi "... imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceler" demekle Danıştay'ı görevli tutmaktadır. Danıştay yap-işlet-devret sözleşmeleri üzerinde bu ön inceleme görevini yerine getirirken, önüne gelen sözleşme hükümlerini, öncelikle Anayasa, 3996 sayılı kanun hükümleri ve idare hukukunun genel esasları ve ilgili idari yargı kararları doğrultusunda inceleyerek gerçekleştirmektedir. Danıştay I. Dairesi yapmış bulunduğu inceleme sonucunda sözleşmeler üzerinde bazı düzeltmeleri, ekleme ve çıkarmaların yapılmasına karar verebilir (Güneş, 1999:91).

Danıştay'ın yapmış olduğu bu inceleme bir denetim niteliğinde olup yapılan inceleme neticesinde olumsuz bulunan sözleşmenin taraflara iade edilmesi

mümkündür. Bu iade işlemi Danıştay'ın yapmış olduğu inceleme görevinin vurucu yönünü yani yaptırımını oluşturmaktadır. Danıştay'ın onayından geçmeyen sözleşmeler uygulamaya konulamamaktadır.

-4446 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikten Sonraki Dönem

4446 sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri neticesinde Danıştay'ın inceleme görevinde önemli kısıtlamalar getirmiştir. 4446 sayılı kanunun 3. maddesi ile Anayasa'nın 155. maddesinin içeriği değiştirilmiş ve bu değişiklikten sonra Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerindeki inceleme görevi "görüş bildirmeye" indirgenmiştir. Bu arada 155.maddenin önceki metninde "imtiyaz sözleşmeleri" olarak geçen ibare "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak değiştirilmiştir. Bu Anayasa değişikliğine paralel olarak yasal değişimlerde gecikmeden gerçekleştirilmiştir. 4492 sayılı kanun ile 2575 ve 2577 sayılı kanunlarda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Danıştay'ın inceleme görevi bakımından, Danıştay Kanunu'nun 48.maddesinde önemli bir değişiklik yapılarak, Danıştay'a kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorunluluğu getirilmiştir. Böylece Danıştay'ın denetim görevi görüş bildirmeye indirgendiği gibi kapsam bakımından daha geniş bir kavram olan imtiyaz sözleşmeleri de daha dar kapsamlı olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine indirgenmiş gözükmektedir.

Danıştay'ın yargılama görevi açısından konuyu ele alacak olursak; Anayasa'nın 155. maddesi, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğan ihtilaflarda yargılama mercii olarak Danıştay'ı görevli tutmuştur. Yine Danıştay Kanun'unun 24/j bendinden sonra gelen cümlesi de imtiyaz sözleşmelerinden doğan davaları çözümlene işini Danıştay'a vermektedir. Yap-işlet-devret sözleşmeleri birer idari sözleşme ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu için yargılama bakımından idari yargının kapsamında bulunmaktadır. Dolayısıyla Danıştay yap-işlet-devret sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemedir ve doğal olarak Türk idare hukukunu kullanmaktadır.

Ancak 4446 sayılı Anayasa değişikliğinden sonraki dönem itibariyle bu 4446 sayılı kanun ile Anayasa'nın 125. ve 155.maddesinde yapılan değişiklikler Danıştay'ın yargılama görevinde önemli kısıtlamalar getirmiştir. Söz konusu bu Anayasa değişikliği ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında çıkacak olan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde tahkim yolunun açılması sağlanmıştır. 4446 sayılı kanunla değişikliğe uğrayan Anayasa'nın 125. maddesi “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” demek suretiyle tahkim çözümünü tarafların inisiyatifine ve aralarında akdettikleri sözleşmeye bırakmaya imkan sağlanmıştır. Bu Anayasa değişikliğine paralel olarak, 4492 sayılı kanun ile 2575 ve 2577 sayılı kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Ve bu değişiklikler Danıştay'ın yargılama görevi bakımından önem arz etmektedir.

4492 sayılı kanun ile 2575 sayılı kanunun “ ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar” başlıklı m.24/1-j bendinden sonra gelen cümle “. . . . tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar” demek suretiyle ilk derece mahkemesi (m.42/c) olarak Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar üzerinde bulunan yargılama görevinin bir hayli daraltıldığı söylenebilir. Yine 4492 sayılı kanunla değişikliğe uğrayan 2577 sayılı kanunun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı “ başlıklı m.2/1-c bendi “ 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” ifadesinde tahkim yolunun yargı yetkisinin daraltıcı etkisini göstermektedir. Bu gelişmeler ışığında uzak bir ihtimal de olsa tarafların tahkim yolunun öngörmemeleri halinde ancak Danıştay'ı yargı mercii olarak görevli hale gelebileceği anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi tahkim yolu özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar için öngörölmüş bir yoldur. Tahkim yolu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516 ila 536.

maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, iki taraf arasındaki anlaşmazlığı çözmek için hakem tayin edebilirler. Tahkim özel bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi herhangi bir sözleşmeye bundan doğması muhtemel anlaşmazlığın hakemler eliyle çözülmesine dair bir şart da yazılabilir (m.516).

Tahkimin yazılı olması gerekir. Sözleşme ve şartnamede yazılı olarak tespit edilmedikçe yok hükmündedir (m.517). Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan sorunlarda tahkim olmaz (m.518). Görüldüğü gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yalnızca özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceği görüşü pek kabul görmemiştir.

Mevzuatımızda mecburi tahkim yolu, resmi daireler arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi ile ilgili hakemlik kurumudur.

Tahkim, sözleşmeler kapsamında çıkacak uyuşmazlıkların yasalarla belirlenen yargı yolu ile sonuçlandırılması yerine hakem olarak tanımlanan bilirkişiler marifetiyle sonuçlandırılmasıdır. Böylece tahkim yargı süresince uzun olan zamanı kısaltma ve daha üst yargı mercileri şeklinde sonuçlanacak bir davayı temyiz süreci olmadığından daha kısa sürede sonuçlandıracaktır. Oluşturulacak tahkim kurulu belli bir sürede ve belli bir usule göre kararları sonuçlandırır ve temyiz süreci olmaksızın tarafları bağlayıcıdır.

Yap-işlet-devret ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerin geçirdiği yoğun tartışma dönemi tahkim yolu üzerinden kilitlenmiş bulunmaktaydı ve bu konu üzerinde birbirine çok tezat teşkil eden görüşler ileri sürülmekteydi. Hatta bu tahkim yolunun, Osmanlı Devletinin son dönemlerinde çok kötü anılar bırakan adli imtiyaz olgusunu hatırlattığı ve devletin egemenliğinin sonu olacağı da düşünülmekteydi. Buna karşın tahkim yolunun yap-işlet-devret yatırım projelerinin önünü açacağı, Türkiye'de bir çok altyapı sorununun giderileceği ve bu sayede ekonomik bir kalkınmanın meydana geleceği hususu da sık sık ileri sürülmekteydi.

Duruma yabancı sermaye açısından da bakıldığında yabancı sermayenin tahkim talebi haklı sebeplere dayanmaktadır. Yabancı sermaye en başta yaptığı yatırımların devletleştirilmesinden ye da millileştirilmesinden korkmaktadır. Bunun dışında devlet yargısına olan güvensizlik ve bunu bir risk faktörü olarak değerlendirmesi ticari riskler, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve siyasal yapı, karın ve ana sermayenin transferinde ortaya çıkan sorunlar vs. gelmektedir (Karayalçın, 1998:4). Bu yüzden sermaye ihraç eden ülkeler girişimcilerinin yatırımlarını garantiye alabilmek için çeşitli ülkelerle iki taraflı anlaşmalar yapma yoluna gitmektedirler.

4501 sayılı kanunun m.2/a bendi “Tahkim Yolu: Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götördükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyetini ifade eder” diyerek bir tanımlama yapmıştır.

Artık bu yasal düzenlemelerden sonra YİD modeli çerçevesinde yapılan sözleşmelerden çıkacak olan uyuşmazlıklarda yargılama hukuku bakımından tahkim yolunun cari olacağı kesinlik kazanmaktadır. Tahkim yolunda çıkacak olan uyuşmazlıklarda -sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olmasından dolayı – yabancı maddi hukukun kullanılmasının mümkün olması ve Türkiye’nin ICSID ve UNCITRAL gibi tahkim sözleşmelerine taraf olması bu organlarca verilen kararların Türk idarelerini kusurlu bulması durumunda hükmedilen zarar tazminlerin tutarı milyarlarca USD’ yi bulabileceği su götürmezdir. Zira hemen hemen her YİD sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunmakta ve bu da sözleşmeleri yargılama hukuku bakımından tahkim yoluna sürüklemesi kaçınılmazdır. Yabancı yatırımcılar yatırımlarını korumak için çıkabilecek uyuşmazlıklarda kendi maddi hukuklarını kullanmak istemekte ve yüzden tahkim yolunu çoğu zaman şart koşmaktadırlar (Varlıer, 1999:50-55). 1988 yılında 3460 sayılı kanun ile onaylanan “Devletler ve diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” yani ICSID Anlaşması Türkiye’nin yabancılarla yaptığı, idari sözleşmeler dahil yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla

özümünü daha önceden kabul etmişti ve bu da Anayasa'nın 90.maddesi kapsamında garanti altındadır.

Türk idareleri olarak tahkim yolundan korkmanın bir anlamı bulunmamaktadır. Zira küresel ekonomi gelişimi içerisinde buna daha fazla karşı koymanın faydası yok. Bunun yerine geniş anlamda kamu yatırımları sözleşme hukukumuzu ve dar anlamda YİD sözleşme hukukumuzu çağın gereklerine uygun olarak geliştirmemiz gerekmektedir. Korkulması gereken Türk idarelerinin iyi bir sözleşme yapmaları için az gayret sarf etmeleridir. Eğer Türk Devleti çıkarlarını koruyan iyi sözleşmelerle kamu yatırım projeleri verilirse içinde tahkim hükmü de olsa bu Türkiye'nin yararına olacaktır.

Yine de geçmişte sağlıklı olarak yapılmış YİD sözleşmelerinde bulunan tahkim şartı sözleşmelerin Türkiye çıkarlarını muhkem bir şekilde koruyan hükümler içermemesi ve da Türk idarelerinin zamanında yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde karşı tarafa tahkim kurumunda dava yoluna gitmeleri için sebeplerin verilmesi hususları Türkiye'yi uzun vadede zorlar duruma sokacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ

I. Yap-işlet-devret Modelinin Kavramsal Çerçevesi ve Özellikleri

Önceki bölümde değinildiği gibi, özellikle 1970’li yıllardan itibaren, neo-liberalizmin ve küreselleşmenin etkisiyle, XX. Yüzyılın yarısından itibaren kapitalist sistemin içine girdiği krizi aşmak için geliştirilen ve devletin ekonomik yaşama daha büyük ölçüde müdahalesini öngören politikaların terk edilmesi öngörülmeğe başlamış; bunun sonucu olarak, liberal ekonomik düzene asgari devlet müdahalesini öngören eğilimler ağırlık kazanmıştır. Bu eğilimlerin, dünya ölçeğinde batılı devletler ve bunların kurduğu Uluslararası Para Fonu ve Dünyası Bankası gibi kimi uluslararası örgütler aracılığıyla yaşama geçirildiği görülmektedir.

Bu doğrultuda 1980’li yıllardan itibaren, devletin ekonomik yaşama müdahalesini en aza indirmeye dönük politika ve araçların Türkiye’nin gündemine girdiği gözlenmektedir. Bunda bir yandan 1980’lerin başından iktidara gelen neo-liberal görüşün, öte yandan batılı ulus-aşırı sermayenin pazar arayışının etkili olduğu söylenebilir (Güler, 1996). Kuşkusuz, Türkiye’nin gereksinimlerini ve bu gereksinimlerin giderilmesinde kamu kaynaklarının mali ve teknik açıdan yetersizliğinin de, bir takım hizmet ve faaliyetlerin özel kesimce yürütülmesi taleplerini desteklediği savunulabilir.

1980’li yılların başlarında, Türkiye’de uygulamaya konulan özelleştirme politikalarının araçlarından biride yap-işlet-devret modelidir. Yap-işlet-devret 1980’li yıllara kadar Türkiye’de neredeyse hiç uygulanmamış olan klasik anlamda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin işlevini üstlenmek üzere önerilmiştir ve bu nedenle tartışma gündemini işgal etmektedir.

Son yıllarda güncelik kazanan diğer bir konu ise, ekonomik yaşam üzerinde hukuksal düzenlemelerin baskısının azaltılması çabası ve isteğidir. İşte, başta ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde yeşerip olgunlaşan bu arayış ve anlayışların dünyanın diğer ülkelerine yayılması sonucunda Türkiye’de de ekonomik yaşamda kimi etkiler yaratmıştır. Bazı yatırım ve hizmetlerin kamu hizmeti imtiyazı ve kamu hukuku alanı dışında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde, özel kişilere gördürülmek istenmesi, bunun en somut örneğidir.

Özelleştirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin özel sektöre satılması şeklinde olabileceği gibi kamu hizmetlerinin sözleşmeyle özel sektöre devredilmesi veya kamu hizmeti tesislerinin finansman ve yapımının sözleşmeyle özel sektöre devredilmesi şeklinde de olabilir. YİD “kamu-özel sektör ortaklığı” yada “sınırlı süreli özelleştirme “ denilen yöntem bu son kategoriye dahildir. Özelleştirmenin değişik uygulanış biçimleri olmakla birlikte günümüzde “sınırlı süreli özelleştirme ve diğer bir deyişle “kamu-özel sektör ortaklığı” yönünde büyük bir eğilim vardır. Zira ülkeler hapishaneler ve karayolları gibi bazı mal veya hizmetlerin mülkiyetini tamamen özel sektöre devretmek istememektedirler. Diğer taraftan özel müteşebbis özellikle bir çok yabancı kredi kuruluşları gelişmekte olan ülkelerdeki büyük alt yapı projelerinde riskleri üstlenmekte gönülsüzdürler. Bundan dolayı ev sahibi ülkeden risklere karşı koruma sağlanması istemektedirler.Yani onların proje başarısızlığı yüzünden borçlarının ödenmemesi söz konusu olmamalıdır. Örneğin proje şirketinin nakit akışı yetersiz olduğu durumda ev sahibi ülkenin krediler sağlayarak bazı riskler üstlenmesini istemektedirler.

Kamu-özel sektör ortaklığı yaklaşımı altında idare ile özel kişiler arasında bir işbirliği sağlanmıştır. Buna göre idare, kamu ihtiyaçlarını sağlamak için özel sektörle birlikte çalışır. Ancak tam bir özelleştirme ile kamu-özel sektör ortaklığı arasındaki farkların tam olarak ortaya konulması zordur. Bu farklar, idarenin katılım düzeyine bağlıdır. Tam bir özelleştirme hiçbir idari katılım içermez. Bir kamu-özel sektör ortaklığı olarak görülen YİD yaklaşımında idarenin katılımı daima gereklidir. İdarenin katılımı değişik şekillerde olabilmektedir. İdare projeye hissedar olarak, borç vererek veya işletici olarak katılabilmektedir.

Modelin tarihi gelişimi kısaca şöyledir: II. Dünya Savaşından sonraki dönemde gelişmekte olan ülkelerde bir çok alt yapı projesi, doğrudan devletin yada ona bağlı bir kamu kuruluşunun denetimi ve sorumluluğu altında bütçe kaynaklarıyla yada dış borçlarla finanse edilerek gerçekleştirilmektedir.1970’li yılların sonlarında alt yapı projelerinin finansmanına yönelik alternatif yolların bulunması gerekliliği konusunda birçok eğilim aynı noktada birleşmiştir. Bunlardan birincisi gelişmekte olan ülkelerde sürekli artan nüfus ve ekonomik büyümenin ve kentleşmenin, ek alt yapı gereksinimi attırmasıdır. İkinci eğilim, dünya III.borç krizinin ortaya çıkması, gelişmekte olan ülkelerin alt yapı projelerinde dış borç kullanımını azaltırken bu projelerin sınırlı bütçe kaynaklarıyla finanse edilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Üçüncüsü 1970’li yılların ortalarında petrol zengini orta doğu ülkeleriyle yoğun olarak ilgilenen uluslararası taahhüt firmalarının 1979 yılındaki petrol krizinin etkisiyle iş hacimlerinde önemli düşüşlerle karşılaşmaları ve iş hacimlerini genişletmek amacıyla ilave projeleri desteklemek için yeni yollar aramaya başlamalıdır. Tüm bu etmenlerin sonucunda 1980’li yıllarda uluslar arası kredi kuruluşları ve hükümetler özel sektörün geliştirilmesi ve kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi gibi konularla yoğun olarak ilgilenmeye başlamışlardır. Gelişmekte olan ülkelerdeki alt yapı projelerinin desteklenmesi ve finansmanına yönelik yeni yollar arayışı birçok yeni finansman modelinin ortaya çıkmasına neden olmuştur (Augenblick/Custer, 1990:2).

Gelişmekte olan ülkelerin alt yapı projelerinin gerçekleştirilmesinde karşılaştıkları finansal problemlere ve yabancı sermayenin potansiyel faydalarına kavuşabilmede kullanılacak bir teknik olarak ileri sürülen YİD ve YİD benzeri modeller, verilecek imtiyazlar ve alternatif maliyet ilişkisi iyi ayarlanabilirse ülke kalkınmasında önemli bir potansiyel olarak düşünülmektedir.

Yap-işlet-devret bir finansman, ileri teknoloji ve yüksek finansman ihtiyacı sebebiyle yatırım programlarına alınmamış önemli altyapı projelerinin ilgili kamu kuruluşu ve yabancı sermaye katılımı ile gerçekleştirilmesine yönelik bir modeldir.

Modelde kurulan bir ortak girişim şirketinin, finansmanını da kendi sağlayarak tüm yatırımı yapması, işletme ve bakım giderlerini üstlenmesi, varsa aldığı kredileri geri ödemesi, belirli bir program çerçevesinde sermayesini geri alması ve önceden anlaşılmış olan işletme süresi sonunda yatırımı bedelsiz olarak ilgili kamu kuruluşuna devretmesi esastır (Karluk, 1995:333).

YİD ya da İngilizce adıyla build-operate-transfer (BOT) modeli, bir ülkenin temel altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde, dış finansman sağlamayı ve özel kesime açılmayı amaçlayan oldukça yeni bir uygulamadır (Seyidoğlu, 1994:246).

Bu modelle; genellikle büyük sermaye ve ileri teknoloji gerektiren yollar, köprüler, limanlar, havaalanları gibi kamu yatırımlarının devlete, ya da uzun dönemde mali kaynak sağlayıcı metro yapımı, turizm tesisleri, alışveriş kompleksleri gibi projelerini belediyelere, doğrudan mali ve teknik bir yük getirmeden gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

YİD modelinin gerek yargısal kararlarda ve gerekse hukuk öğretisinde tanımlanmadığını, bunun yerine değerlendirmelerin yapıldığını söylemek mümkündür. Yargı mercilerinin imtiyazı, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu olarak görme eğiliminde olması ve idare hukuku öğretisinin çoğunluğunun da YİD’i imtiyaz olarak değerlendirme eğiliminde olmaları nedeniyle modelin tanımını üzerinde pek durulmamıştır.

Yap-işlet-devret modeli, 3996 sayılı yasanın 3/a ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 3/b maddelerinde, “İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde üretildiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesidir” şeklinde tanımlanmaktadır.

Duran’ a göre yap-işlet-devret modeli “Bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletmek

suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir teslimini sağlayan bir idari rejimdir (Duran, 1991:150).

Sirmen' e göre de yap-işlet-devret bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modelidir (Sirmen, 1996:11).

Yap-işlet-devret modeli kamu finansmanının kamusal nitelikli yatırımları gerçekleştirip, kamusal mal ve hizmetleri yerine getirmede yetersiz kalması durumunda ya da devletin ekonomi ve kamu hizmeti anlayışının değişmesi sonucunda söz konusu yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde özel sermayenin finansmanına imkan tanıyan bir model olma özelliği taşımaktadır (Yerlikaya, 2001:6).

Yap-işlet-devret modelinde genel olarak özel sektör kuruluşlarının yabancılarla tesis edeceği üretim şirketi vasıtasıyla gerçekleştirileceği projeyi, toplam yatırımın amorti edilmesi ve % 10-30 mertebesinde bir karlılık yaratmasından sonra, proje sahibi hükümete veya kuruluşa ekonomik ömrünü tamamlamak üzere devir etmesi şeklinde bir süreç izlenir. Burada idare ve iradenin tamamen yabancıların inisiyatifine bırakılmaması amacı ile üretim şirketi ortakları arasına kamu kuruluşları da girebilir. Yap-işlet-devret modelinin başarıyla uygulanması, üretim şirketi ve devlet ikilisinin karşılıklı olarak birbirine verdikleri garantilerin sözleşme ve ön anlaşmalarda ne ölçüde ifade edildiğine bağlıdır. YİD modelinde oluşturulan yapı her proje için özel olarak tasarlanır.

Yatırımların kamu sektöründe gerçekleştirilmesine alternatif olan YİD ve benzeri modellere sınırlı rücu imkanı projeler (limited recourse project) de denmektedir. Çünkü burada projeye kaynak sağlayacak olan kurumlar sponsorlar tarafından gösterilecek teminatlara değil projenin sağlayacağı kaynaklara ve gelire bakarlar.

Projelerin tarafları, taahhütlerinin karşılanacağından emin olmak ve bekledikleri güvence altına almak amacıyla detaylı, kapsamlı ve karmaşık bir ilişkiler ağını temsil edecek bir hukuki oluşumun yapılandırılmasını isterler. Bu hukuki oluşum yapılan sözleşmelerdir. Bir projenin YİD modeli ile gerçekleştirilmesi aşağıda yer alan kriterlerin bulunması önemlidir:

- Projenin gerçekleştirilmesi için devlet yetkililerinin de teyit ettiği büyük bir ihtiyaç olması.
- Kamusal kaynak ve garanti imkanlarının klasik finansman modelinden sapılmasını gerektirecek kadar kısıtlı olması.
- Özel sektörün yatırımı inşa, dizayn ve işletme kapasitesinin olduğuna inanılması.
- Özel sektör tarafından proje için plasman imkanlarının temin edilebilir olması.

YİD modelinin özellikleri konusunda genel olarak aşağıdaki belirlemeler yapılabilir (Yılmaz, 1999:13-14).

- a) Modelin amacı bir kamu yatırımının özel sektör eliyle yapılmasıdır.
- b) Modelin ortaya çıkış sebebi esas olarak kamunun finansman sıkıntısıdır. Bu yöntemle finansman sıkıntısı yatırım döneminde atlatılmakta ve finansman işletme döneminde üretilen mal ya da hizmet karşılığında kullanıcılardan alınan bedel yoluyla, zamana yayılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Modelden yararlanma konusunda esas olarak kamunun finansman sıkıntısı üzerinde durulmakla birlikte kamu kuruluşlarının etkin işlemekte oluşu karşısında özel kesim eliyle hizmet etkinliğinin artırılması iddiası da bir sebep olarak ortaya çıkmaktadır.
- c) Model bir sözleşme çerçevesinde yürütülmektedir. İşletme süresi ve üretilen mal veya hizmet karşılığı alınacak ücretin tespit usulü bu sözleşme ile belirlenmektedir.
- d) Sözleşmenin bir tarafı bir kamu kurum veya kuruluşudur. Diğer tarafta ise genellikle uluslararası kuruluşların da yer aldığı konsorsiyumlar mevcuttur.

e) Yatırımı gerçekleştirmek için sponsor firmalar, faaliyet konusu ilgili projeyi gerçekleştirmek olan ayrı bir şirket kurarlar. Kurulan şirkete istendiği takdirde kamu da sınırlı bir sermaye payı ile ortak olabilmektedir.

f) Model asıl olarak yatırım tutarı büyük miktarlara ulaşan altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak istenmektedir.

g) Model yeni yatırımlar için uygulanabildiği gibi teknoloji olarak geri kalmış mevcut tesislerin yenilenmesinde ya da yarım kalmış yatırımların tamamlanmasında da kullanılabilir. Model yeni yatırımlar için uygulanabildiği gibi teknoloji olarak geri kalmış mevcut tesislerin yenilenmesinde ya da yarım kalmış yatırımların tamamlanmasında da kullanılabilir.

h) Üretilen mal ve hizmetler için (alıcı tekelinin devlet olması durumunda) devlet tarafından satın alma ya da ödeme garantisi verilebilmektedir. Otoyol projesinde olduğu gibi hizmeti satın alanların üçüncü kişiler olması durumunda da belli bir müşteri sayısı (trafik yoğunluğu) garanti edilebilmektedir.

i) Her ne kadar ilk ortaya atıldığından bugüne kadar yap-işlet-devret modeli bir altyapı projesinin tümüyle özel sektör tarafından finanse edilmesine yönelik bir yöntem olarak sunulduysa da pratikte belli ölçülerde de olsa kamunun katkısı olmadan gerçekleşen büyük bir proje bulunmamaktadır. Bu katkı doğrudan kamunun da şirkete ortak olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi bundan daha ziyade ileride de değinilecek olan bir takım krediler sağlanması ya da garanti edilmesi gibi yollarla gerçekleştirilmektedir.

Modeli özel sermaye açısından cazip kılan husus verilen yatırım ve kamu hizmetinin belirli bir süreliğine işletmesi karşılığında kar ya da nema elde etmesidir. Yani modelin başarılı olma şansı söz konusu yatırım ve kamu hizmetinin karlılık fizibilitesine bağlı bulunmaktadır. Eğer özel sektör yatırımı fizibil bulursa bu durumda yatırım yapacak ve işletme döneminde yaptığı yatırımları karıyla birlikte geri alacaktır. Bu modelde özel hukuk tüzel kişisinin kar etmesi gibi zarar etmesi de muhtemel olup bu durum kamu idaresini ilgilendirmemektedir. Yani modelde yatırım ve kamu hizmetinin bütün mali riskini özel hukuk tüzel kişisi üstlenmektedir.

Yap-işlet-devret modelinin sözleşme mahiyeti ne olursa olsun nihayetinde kamu kesimince yürütülen yatırım ve hizmetlerin kanuni bir çerçeve ve süreç içerisinde yerine getirilmesini amaçlayan bir usuldür. Yap-işlet-devret finansman modelini

“imtiyaz” anlamında kamusal kimliğe büründüren husus, sūjesinin kamu hizmeti ile alakadar olmasındandır. Bu yüzden kamu tūzel kişisi özel hukuk kişisine verdiği kamu hizmetinin her aşamada kamu hizmeti anlayışı ve ilkeleri içerisinde yerine getirip getirilmediğini sürekli takip etmek durumundadır. Daha açık bir ifadeyle kamu tūzel kişisi bu süreçte fiyat, kalite, süreklilik, düzenlilik, eşit, nesnel ve genel yararlanma gibi kamu hizmeti ilkeleri ışığında denetleyerek kendi üzerine düşeni “kamu hizmeti” kavramı içerisinde pratik olarak yerine getirmektedir. 94/5907 sayılı BKK’ nın denetimi düzenleyen 23. maddesine göre idare, görevli şirketin sözleşme kapsamına giren tüm faaliyetlerini, belge ve kayıtlarını bütün aşamalarda denetleme ya da denetlettirme hakkına sahip bulunmaktadır.

Bu bağlamda yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilen proje ve yatırımlarda devlete ya da kamu idaresine üç önemli rol düşmektedir. Bu rolleri: devletin “satın alıcı rolü, “düzenleyici” rolü ve “garantör” rolü (3996 sayılı kanun, 94/5907 sayılı BKK) olarak saptamak mümkündür.

Finansman bakımından modelin cezp etmek istediği yerli sermayeden ziyade yabancı sermayedir. Yabancı sermaye, altyapı yatırımlarının pahalı ve riskli yatırımlar olmasından dolayı konsorsiyum ya da iş ortakları gibi finansal organizasyonlara başvurabilmektedir (Güneş, 1999:43-44). Finansman boyutunu da düzenleyen yasal metinler 3996 sayılı kanun ve 94/5907 sayılı BKK söz konusu mal ve hizmetlerin finansmanını ilke olarak özel sektöre bırakmaktadır. Ancak idarenin de finansman konusunda bir takım kolaylıklar sağlayabileceği görülmektedir. Nitekim 3996 sayılı kanun 11. maddesinin “garantiler” başlığında ve yine 3996 sayılı kanunun uygulama usul ve esaslarına ilişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararında “ana kredi (senior loan), köprü kredi (subordinated loan) ve destek kredisi (stand-by loan)” devletin finansman pozisyonundaki rolü belirlenmiştir.

Yap-işlet-devret modelinde projenin mali risklerini özel hukuk tūzel kişisi yüklenmekle birlikte, kamu tūzel kişisi de üretilen mal ya da hizmetin fiyatını, kalitesini ve süresini gibi risk unsuru taşımayan hususları belirlemeyi üstlenmektedir. Ancak özel hukuk kişisi tarafından üretilen hizmete toplum tarafından yeterli talep

gösterilmemesi halinde kamu idaresi üretilen fazla miktardaki mal ya da hizmeti satın almak gibi bir risk unsurunu taşımak durumundadır (94/5907 sayılı BKK, m.39/a).

II. Yap-işlet-devret Modelinin Amaçları

YİD modelinin doğuşu başlıca iki nedene dayanmaktadır; bunlar: kamu kaynaklarının artık ülke yatırım ihtiyaçlarını karşılayamaz olması ve büyük yatırım projelerinin finansmanını büyük ölçüde dış kredilerle karşılayan hükümetlerin, dış kredi temininde zorlanmalarıdır. Bu sayılan koşulların Türkiye’de varlığı tartışılmayacağından ülkemiz açısından alternatif bir yatırım aracı olarak YİD modeli vazgeçilmez bir gündem maddesi olmaktadır. Altyapı projelerinde YİD modelinin uygulanmasının nedenleri ev sahibi hükümet açısından şu şekilde maddeler halinde sıralanabilir (Etçioğlu, 1997:2-13):

- a. Kamunun altyapı projelerindeki finansal yükünü azaltmak. Denk bütçe kavramına önemli katkıda bulunmak, kamu verimliliğini artırmak.
- b. Ülkeye proje konularında dış finansal kaynak, ileri teknoloji, bilgi ve tecrübe birikimi kazandırmak. Yeni katma değerler üreterek GSMH’yi artırmak.
- c. Söz konusu yatırım alanlarında dış borçlanma ihtiyacını ortadan kaldırarak, ülkenin dış borç yükünü artırmamak. Dış ödemeler dengesine olumlu katkıda bulunmak. Ülkenin borçlanma kabiliyetini ve kredibilitesini geliştirmek.
- d. Ekonomideki kamu payını daraltma, kamu kaynaklarının verimliliğini ve etkinliğini artırma politikalarına özelleştirme modelleri ile beraber olumlu katkıda bulunmak.
- e. YİD modeli ile mahalli idare yatırımlarındaki devletin payını daraltarak devletin borçlanma gereğini azaltmak.
- f. Yatırım harcamalarının ve bütçe açıklarının etkilediği enflasyon artışını kısmen frenlemek.

Ülkemizde siyasal iktidarın 24 Ocak kararlarıyla temellenen ekonomik tercihleri ile YİD arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Liberal bir ekonomik düzen oluşturmaya yönelik bu tercihler “devlet” örgütlenmesinin konumunda yeni bir anlayış ortaya koymaktadır. Artık devlet müdahaleci veya aktif konumdan bilinçli olarak uzaklaştırılmakta ve “denetleyici” olmak gibi görece daha pasif bir konuma itilmektedir. Vurgulanması gereken bir diğer nokta da; borçlanarak oluşturulan kaynaklardan yatırıma da pay aktarılmamasıdır. Benimsediği ekonomik politikalar doğrultusunda sanayiden “bilinçli” olarak uzaklaşan devlet altyapı yatırımlarına da gerekli kaynakları ayıramamaktadır. Bu koşullar altında kamu hizmetlerinin “tatmin” düzeyinde giderilmeleri bir yana, asgari koşulları altında görülmeleri bile zorlaşmaktadır (Okutan, 1996:54).

İfade edilen ekonomik zorlamaların da etkisiyle gündeme gelen YİD’in yasal ya da yönetsel kaynağı gereği gibi ortaya konamamıştır. Ülkemizde mevcut hukuk sistemi içinde, YİD’le yürütülmeleri amaçlanan hizmetlerin sunumunda kamunun bizzat yüklenmesi dışında, düzenlenen yöntemler belirtilmişti. Bu çerçevede anılan hizmetlerin gördürülmelerinde öne çıkan görülüş usulü ise “imtiyaz” usulüdür.

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de yap-işlet-devret modelin temeli 19.yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu döneminde, ülkemizde imtiyaz aracılığıyla oldukça yaygın uygulama alanı bulan ve günümüz uygulamalarına büyük benzerlik gösteren “kamu hizmeti imtiyazı” usulüdür. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kurulmasının ardından, imtiyazlı şirketlerin kaldırılması sonucu, bu hizmetler kamu kuruluşlarına verilmiştir. Ancak 1970’li yıllardan başlayarak, idarede yeni işletmeciler rasyonelleşme arayışının gündeme gelmesi ile kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamaları yeniden önem kazanmıştır. Bu konuda, bilinen klasik yöntem olan, kamu hizmeti imtiyazı dışında, yeni yöntem arayışlarına girilmiştir (Tan, 1992: 307-308). Bu yöntem arayışına koşut 1980 sonrası uygulanan politikalar sonucu olarak yap-işlet-devret modeli gündeme gelmiştir.

Bu noktada yanıtlanma gereği ile karşı karşıya bulunan soru, siyasal iktidarın imtiyaz usulü dururken neden YİD gibi farklı olduğu ileri sürülen bir model arayışına

girdiğidir. Yanıt, Osmanlı İmparatorluğu'ndan devralınan imtiyaz usulünün olumsuz mirasında gizlidir (Tan, 1967: 285). İmtiyaz usulünün Duyun-u Umumiye' ye kadar uzanan olumsuzlukları Cumhuriyet döneminde bu tür sözleşmelerin sıkı bir denetimiyle sonuçlanmıştır.

Bu gelişmeler karşısında, devletin yatırım yapamaz duruma gelmesinden sonra doğan boşluğu doldurmaya yönelik ilk akla gelen ulusal düzeyde özel girişimin de yetersizliği göz önüne alındığında yabancı sermayenin dışında seçenek görünmemektedir. Çelişki ise söz konusu hizmetlerin sunumunda imtiyaz usulünün benimsenmesi durumunda mevcut hukuksal düzenlemelerin özel girişim için cazip görünmemesidir. Çünkü özel girişim kurduğu ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözümlenmesini tercih etmekte ve bunu kabul ettirmektedir. Böylece yapılan sözleşmelere “tahkim şartı” öngörülmektedir. Ancak “idare hukukunun bir genel kuralı gereği, idari sözleşmelere “tahkim şartı” konulamamaktadır.

Özellikle YİD' in konusunu teşkil eden alanlarda yatırımların uzun dönemli olması “istikrar” unsurunu çıkarmaktadır. İmtiyaz usulüne ilişkin anılan düzenlemelerin temelinde ise yabancı sermayeye duyulan bir güven bunalımının izlerini görmek hiç de zor değildir. Bu nedenlerden ötürü YİD, her zaman imtiyaz'dan farklı bir yöntem olarak sunulmuştur. İlerde değinileceği gibi bu kaygılar modelin yasal dayanağını oluşturmaya yönelik yasal düzenlemelerde de yer almıştır.

III. Yap-işlet-devret Modelinin İşleyişi

Yap-işlet-devret modeli, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yer altı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi

konularında sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine imkan tanımaktadır.

1. Modelin Tarafları

YİD modelinde genel olarak iki taraf vardır. Bunlardan birincisi kamu kesimi ikincisi ise ortak girişim şirketi (OGŞ)'dir. Kamu kesimi proje sahibidir. Bu kesimi ikiye ayırmak mümkündür. Birincisi ev sahibi hükümet, ikincisi ise proje sorumlusu aynı zamanda mal ve hizmeti satın alacak kuruluştur (belediye, bakanlık, elektrik idaresi kurumu vs). Modelin karşı tarafında ise yerli ve yabancı şirketlerin oluşturduğu özel kesim vardır. Devlet kimi zaman OGŞ' ye ilgili kamu kuruluşu aracılığıyla %30' a kadar varan bir payla ortak olabilir.

OGŞ taraf olarak; projeyi tasarlar finansman kaynaklarını bulur. İnşaat ve tesisleri oluşturur. Tespit edilen süre boyunca tesisi işletir, bakımını yapar. Bu sürenin sonunda sözleşmedeki şartlar dahilinde ya tesisi işler vaziyette bedelsiz olarak ilgili kamu kuruluşuna devreder ya da tesisin özelleştirilmesi söz konusu ise, mülkiyetin halka devri gerçekleştirilir.

OGŞ yapmış olduğu yükümlülüklerle karşın, belirlenen süre boyunca tesisi işletir. Kredi anapara ve faiz geri ödemelerini gerçekleştirerek, yatırdığı sermayesini ve anlaşmaya varılan düzeydeki temettüyü geri alacak şekilde üretilen mal ve hizmetin belirli bir fiyattan satın alınmasını kamu kesiminden ister. Kamu kesimi de bahsi geçen fiyatla mal ve hizmeti satın alma garantisi verir.

YİD modelinde OGŞ'lere taraf olan başka kuruluşlar da vardır. Bunlar: OGŞ sahibi ana şirketler konsorsiyum bankaları ve bunların ajanları, yed-i emin (escrow account) bankası, sigorta şirketleri, taşeron firmalar, yerli ve yabancı danışmanlık firmaları ile hukuk müşavirlikleridir (Derdiyok, 1993:97).

Yatırımın gerçekleştirilmesinden sonra tesiste mal ve hizmet üretimine başlanır. Elde edilen karlar başlangıçta konsorsiyumla varılan anlaşma çerçevesinde

konvertibil dövizler üzerinden yurt dışına transfer edilir. Ve konsorsiyum üyeleri arasında finansman katkıları ölçüsünde paylaşılır.

Yabancı sermayeli şirketlerin yerel şirketlerle OGŞ kurmalarının hem faydaları hem de sakıncaları vardır. Faydaları: yerel şirketin kendi ülkesiyle ilgili adet, kurum ve uygulamaları bilmesi, yerel sermaye piyasalarına girme kolaylığı, yabancı olmama düşüncesi sayesinde satışların geliştirilmesi ve millileştirme kararlarının önlenmesi olarak sıralanabilir. Sakıncaları ise: yerel ortağın bazı kritik kararlara karışma endişesi, yerel ortağın bölgesel yabancı ortağın ise global karlılığı ön planda tutması ve şirket sırlarının yerel ortak tarafından öğrenilme olasılığı olarak ifade edilebilir.

Yapılacak yatırım sonucunda üretilecek mal veya hizmetlerin üretim şirketi tarafından üretilip, pazarlaması, yetkiyi elinde bulunduran kamu kurum ve kuruluşları için görev alanı istisnası teşkil etmektedir. Yetki ilgili kamu kuruluşundan alınmadığı gibi üretim şirketi için de genel bir yetki devrini oluşturmaz. YİD modeliyle gerçekleştirilecek projeler genellikle ilgili idareler tarafından tespit edilmektedir. Bununla beraber şirketler kendiliğinden, kendi önerdikleri bir proje için de teklifte bulunabilmektedir.

Çoğu YİD projesinde finansman ortak yatırım şirketi sahiplerinin koyduğu özsermaye ve bankalar ve uluslar arası finans kuruluşlarının açacakları kredilerle finanse edilmektedir. Proje bazında bazı istisnaları olabilecekse de özsermaye oranı genellikle yüzde 10-30 arası bir oranda olmaktadır. Ana kredi kuruluşu kendi kredisini destekleyecek yastık (cushion) niteliğinde bir özsermaye veya köprü kredi talep edecektir. Ev sahibi hükümet ise uzun vadeli kredileri tercih etmektedir. Uluslar arası kredi kuruluşları da belli oranda bir özsermaye konulmasını istemektedir.

YİD finansmanını klasik finansmandan ayıran en önemli özellik şudur. Modelin temel özelliği yatırımın kendi kendisinin kefil olmasıdır ve yatırımcılar yaptıkları yatırımın karşılığını yaptıkları yatırım sonucu ortaya çıkan tesisin işletilmesinden elde edecekleri gelirle alacaklardır. Bu tesisler de esas olarak kamunun faaliyet

konusuna giren alanlardaki tesislerdir. Bu nedenle özellikle altyapı tesislerinin YİD modeliyle finansmanında önemli bir husus ortaya çıkmaktadır. Altyapı dışında bir tesis söz konusu olduğunda, ortaya çıkacak bir başarısızlık nedeniyle projenin tamamlanamaması halinde kredi kuruluşu projeye ilgili araziye, tesis ve malzemeye el koyabileceğini ve bunları satabileceği bildiği için kendini güvende hissedebilmektedir. Oysa YİD modeliyle finanse edilen bir alt yapı projesinde yarım kalmış bir yol, köprü, tünel veya barajı satabilecek bir piyasa olmadığı için bu durum geçerli olmamaktadır. Bu çerçevede ana kreditorleri korumaya yönelik bir takım önlemler alınmaktadır (Yılmaz, 1999:30-31):

İlk olarak ortak gelirler yatırım şirketinden ayrı, bağımsız bir yed'i emin (escrow account) hesabında toplanmakta ve belirlenen ödemeler belirlenen önceliklere göre bu hesaptan yapılmaktadır. Kreditorler başlangıçta belli bir süre sermayedarlara herhangi bir ödeme yapılmadan ana kredi servis ödemelerinin gerçekleştirilmesi konusunda ısrarlı olmaktadır.

İkinci olarak kreditorler, iflas noktasına gidecek finansal ya da teknik bir aksaklık durumunda, projeyi tamamlamak üzere yeni bir inşaatçı ya da işletmeci getirme hakkı konusunda talepte bulunmaktadır. Son olarak ev sahibi ülkenin köprü kredi gibi yollarla projeyi desteklemesi talep edilmektedir.

YİD projelerinde genellikle, proje dönemi boyunca ortalama % 16-18 arasında bir iç karlılık oranı (internal rate of return –IRR) beklenmektedir. Ancak projenin başlangıç yıllarında kredi geri ödemeleri nedeniyle yatırımcılar daha yüksek bir iç karlılık oranı talebinde bulunmaktadır. Burada önemli bir hususa değinmek gerekmektedir. Bir YİD projesini değerlendirirken IRR'in yüksek olup olmadığına bakılarak yapılacak bir değerlendirme doğru olmayabilir. Çünkü ülke açısından önemli olan benzer bir projeyi diğer yöntemlere göre YİD modeliyle daha düşük fiyata gerçekleştirilip gerçekleştirmediği veya buna paralel olarak mal veya hizmeti daha düşük fiyata sağlayıp sağlayamadığıdır. Bu açıdan yapılan bir değerlendirmede IRR'i yüksek olan bir teklif, IRR'i çok daha düşük ama mal ve hizmet satış fiyatı yüksek olan bir teklife göre tercih edilebilir (Yılmaz, 1999:32).

2. Fiyatlandırma

Yap-işlet-devret alanında en önem arz eden konulardan biri üretilen mal ve hizmetlerin fiyatının nasıl belirleneceğidir. Bu konuda başlıca iki tür fiyatlandırma yöntemi söz konusudur (Çakal, 1996):

Birinci yöntem maliyet+kar yöntemidir. Bu yöntemde firmanın toplam maliyeti belirlenmekte, bu toplam maliyet, belirlenen iç karlılık oranına göre bir kar oranıyla çarpılmaktadır. Elde edilen rakam firmanın elde edeceği toplam geliri ortaya koymaktadır. Firmanın mal ve hizmetlere uygulayacağı tarife bu toplam geliri elde etmesini sağlayacak şekilde belirlenmektedir.

Avantajlar: yöntem doğası gereği firmayı üretimini artırmaya yönelmekte ve tahsiste etkinliği sağlamaktadır. Fiyatın maliyet artı kar olarak belirlenmesi firmayı belirlenen fiyattan oluşacak tüm talepleri karşılamaya teşvik etmektedir. Firmanın üretimini kısarak yapay kıtlık yaratması ve fiyatlarını artırması mümkün değildir. Dezavantajlar: maliyet artı kar yöntemine dayanan fiyatlandırma firmanın üretimde etkin olması için gereken teşvik mekanizmasını ortadan kaldırmaktadır. Maliyetlerdeki artış firmanın toplam karını artıracığından firma bir anlamda maliyetlerini artırmaya teşvik edilmektedir.

Ayrıca değişken maliyetler de her zaman tarifelerle karşılanacağından maliyetlerin azaltılması için bir teşvik mekanizması oluşmamaktadır. Firmanın üretimde etkin olması, yani maliyetlerini düşürecek teknoloji geliştirmesi ve giderlerini azaltacak tedbirler olması durumunda çabanın karşılığı daha düşük fiyat olarak tüketiciye yansıtılacak, ancak yatırımcı açısından bir kazanç yaratmayacaktır.

Belirtilen hususlar nedeni ile YİD modelinin uygulanmasında maliyet artı kar türünden bir fiyatlandırma yöntemi konusunda dikkatli olmak gerekmektedir. YİD modeli çerçevesinde yatırım yapacak olan şirket ülke riskini de dikkate alarak yüksek bir kar oranı belirleyecektir. Bu yüksek kar oranı devletin satın alma ve ödeme

garantisi altında sağlanırsa yatırımcı öncelikle ilk yatırım maliyetlerini yüksek tutacaktır. Maliyetler hem yatırım döneminde hem de işletme döneminde firmanın kontrolü altındadır. Yatırım döneminde sağlanan girdilerin rekabet şartları altında mı yoksa yatırımcı firmaya rant sağlayacak bir şekilde yüksek fiyatlardan mı (örneğin bir yan kuruluşundan) tedarik ettiğini kontrol etmek imkansız olmasa da güç ve maliyeti yüksektir. İşletme aşamasında da benzer durum geçerlidir.

İkinci yöntem olan tavan fiyat yönteminde mal ve hizmetler için bir tavan fiyat belirlenir ve özel şirket piyasa şartlarına göre tavan fiyat veya tavan fiyatın altında bir fiyatla mal veya hizmet satabilir. Tavan fiyat içinde kalmak şartıyla şirket mal veya hizmetler veya mal ve hizmetlerin alt kalemleri itibariyle fiyatlarda değişiklik yapabilir.

Bu yöntemde şirket açısından tavan fiyat belli olduğundan karın oluşumu şu şekilde formüle edilebilir.

$$\text{Kar} = \text{Fiyat} - \text{Maliyet}$$

Bu formülden görüleceği üzere yöntemin en önemli özelliği fiyatın belirlenmiş olması nedeniyle karını artırmak isteyen şirketi maliyetlerini düşürmeye yani üretimde etkin olmaya teşvik etmesidir.

Avantajları: Bu yöntem elde edilecek karlar fiyatla maliyetler arasındaki farka bağlıdır. Bu durum maliyetleri düşürmek için güçlü bir teşvik unsuru yaratmaktadır. Bu yöntemde artan üretim etkinliğinin yanı sıra maliyet artı kar yönteminde sözü edilen aşırı kapitalizasyon eğilimi söz konusu olmamaktadır. Böylece aşırı kapitalizasyonun yol açacağı maliyet artışları da ortadan kalkmaktadır. Bu yöntem maliyet artı kar yöntemine göre daha az müdahaleci bir yöntemdir. Bu nedenle idari maliyetleri de daha düşüktür.

Dezavantajları: Bu yöntemde başlangıç fiyatının belirlenmesi son derece önem taşımaktadır. Maliyet-fiyat marjının çok yüksek tespiti durumunda firma yüksek fiyat

uygulayıp aşırı karlar sağlayabilir. Bu nedenle yüksek tavan fiyat belirlenmemesine özen gösterilmelidir. Tersine durumda yani tavan fiyatın çok düşük belirlenmesi halinde ise firma kar edemez ve mal ve hizmet arzında sıkıntılar doğabilir. Her iki durum da olasılık dahilinde olduğundan tavan fiyatlar sektörün özelliğine göre tespit edilecek 3-5 yıl gibi belirli aralıklarla gözden geçirilmelidir. Bu yöntemde karın artırılması amacıyla hizmet kalitesinin düşürülmesi yönünde uygulamalara gidilebilir. Bu açıdan hizmet standartlarının belirlenmesi ve standartlara uygunluğun sıkı biçimde denetlenmesi gerekir.

Diğer yandan, model kapsamında verilen satın alma garantileri modelin can alıcı noktasını oluşturmaktadır. Bazı YİD projelerinde devlet üretilen mal veya hizmetin tek alıcısı konumunda olmaktadır. Örneğin bir enerji santralinde üretilen enerji genellikle devletin sahip olduğu iletim ve dağıtım tekeline satılacaktır. Bu nedenle yatırımcılar o faaliyetle ilgili kamu kuruluşunun üretilen mal veya hizmetin satın alınacağı ya da satın alınmasa da belli bir kapasite için satın alınmış gibi ödeme yapılacağı (**take or pay– al ya da öde**) garantisini vermesi istemektedir. Ayrıca bu garantinin Hazine tarafından da desteklenmesi istenmektedir. Devletin alıcı olduğu bu tür mal ve hizmetler için alım garantisi konusunda önemli bir sorun çıktığı söylenemez. Burada önemli olan hangi fiyattan alım yapılacağıdır ki bu konu da yukarıdaki bölümde incelenmiştir.

Asıl problem üretilen mal veya hizmetin doğrudan kullanıcılara yani üçüncü kişilere satıldığı durumda ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir paralı otoyol projesinde trafiğin beklenenden az miktarda gerçekleşmesi durumunda ne olacaktır? Yatırımcılar bu riski almak konusunda isteksiz olabilmektedirler. Ancak temel ilke olarak belirtmek gerekir ki eğer trafiğin beklenenden daha fazla gerçekleşmesi durumunda bundan tümüyle yatırımcı yararlanacaksa trafiğin beklenen düzeyde gerçekleşmemesi riski de yatırımcıda olmalıdır. Bu konuda bir çözüm yolu devletin yatırım şirketine projeden beklenen gelirlerin belirlenen bir alt sınırın altında kalması durumunda kullanabileceği bir köprü kredi (subordinated loans) sağlaması olabilmektedir.

3. Türkiye’de YİD Uygulamaları

YİD modelinin ülkemizde sıkça gündeme gelmesinin nedeni, devletin ekonomideki anlayışının değişmesi ve daha da önemlisi kamu hizmetlerinin üretilebilmesi için devlet tarafından yeterli kaynak tahsis edilmemesidir. Kaynak sağlamadaki yetersizliklerin sonucu olarak da YİD modeli bir çıkış veya çözüm yolu olarak görülmeye başlanmıştır (Şenyüz, 1997:108).

Türkiye’de toplam vergi gelirleri toplam nüfusa oranlandığında, kişi başına düşen vergi yükü düşüktür. Ayrıca önemli oranda vergi kaçağı ve vergilenmeyen kayıt dışı ekonomi vardır. Dolayısıyla devletin, bütçeden yatırımlara ayıracağı payın önümüzdeki dönemde artması da beklenmemektedir. Türkiye hızlı değişimin gerekli kıldığı alt yapı yatırım ve hizmetlerinin kıt kamu kaynakları ile yeterince gerçekleştirilmesi olası değildir. Geçmiş dönemde yapılan alt yapı yatırımları artık yetersiz kalmaktadır. Arıtma tesisleri yapılmazsa denizlerimiz, nehirlerimiz hızla kirleniyor. Demiryollarında yıllardır yatırım yapılmamıştır. Hızla büyüyen, megapolleşen kentlerimizde raylı taşıma, tüp geçit gibi yeni ulaşım sistemleri hızla devreye girmek zorundadır. Hızlı kentleşme ve sanayileşme sonucu enerji sıkıntısı had safhadadır. Bu tür projelerin ancak müteahhitler vasıtasıyla işin tüm finansmanını sağlayıcı kredili ihalelerle ya da YİD modeliyle gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir (Varlıer. 1996:3-4).

Bu bağlamda YİD modeli Türkiye’de farklı sektörlerde uygulanmaya başlamıştır. Türkiye’de son zamanlarda özellikle enerji yatırımları önem arz etmektedir. Uzun yıllardan beri ortalama % 8’lik bir artış gösteren enerji talebinin karşılanabilmesi için yeni üretim tesislerine gereksinim duyulduğu, öngörülen talebin karşılanabilmesi için 2010 yılına kadar enerji üretim kapasitesinin 64.000 MW’a çıkarılması gerektiği, bunun için gerekli ortalama yıllık yatırım tutarı ise 4.5 milyar dolar olarak tahmin edildiği, bu miktarda yatırımın devlet tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı, dolayısıyla yerli ve yabancı sermayeye zorunlu olarak ihtiyaç duyulduğu dile getirilmiştir (Coşkun, 1998:59).

Diğer yandan, enerji açığının giderilmesi için girişilen çeşitli üretim yöntemlerinin ciddi bir planlama sürecinden geçirilmemesi sonucunda bu kez de 2008-2010 yıllarına kadar elektrik enerjisi fazlası sorunu ortaya çıktığı belirtilmektedir. Gerçekçi arz-talep öngörülerine dayanmayan YİD uygulamalarından ötürü, yakın dönem elektrik enerjisi arzı, talebin çok üzerinde gerçekleşmiştir. 2001 ve 2002 yıllarında, arz fazlası nedeniyle kamu santrallerindeki üretim düşürülmüş, böylece alım güvenceli üretime yer açılmaya çalışılmıştır. 2001 ve 2002 yıllarında alım güvenceli üretimin tümünün teslim alınabilmiş ve enerjiyi teslim almaksızın ödeme zorunluluğuna (al ya da öde) düşülmemiş olması, kamu santrallerinde kapasite düşürmeleriyle sağlanabilmiştir. Örneğin yıllar içindeki en yüksek üretim değeri 7,7 milyar kWh olan Afşin Elbistan Termik Santralinin 2002 yılı üretimi yalnızca 2,6milyar kWh'dır (www.cankaya.gov.tr/tr_html/DDK/enerji.htm).

Enerji alanında yap-işlet-devret modeline yönelik uygulamaların yasal dayanağını 1984 tarihinde çıkarılan 3096 sayılı kanun oluşturmaktadır. Bu kanun Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki anonim şirketi niteliğinde özel hukuk tüzel kişisi kuruluşlarına enerji alanında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti imkanlarını tanımıştır.

Türkiye’de enerji alanında tasarlanan ilk yap-işlet-devret modeli projesi, 1984 yılında Mersin yakınlarındaki Akkuyu’daki bir nükleer santralin inşası ve işletilmesi ile ilgili olarak Batı Alman Enerji Birliği (West Germany Kraftwerk Union) davet edilmesi ile başlamıştır. Ancak projenin finansmanı için alınacak kredilere devletimizin garanti vermek istememesi sonucu görüşmeler yarıda kalmıştır. Yine 1985 yılında Kanada Atom Enerji Kurumu (Atomic Energy Agency Of Canada) yapılan görüşmelerde alınacak kredilere garanti verilmemesi sebebinden dolayı başarıya ulaşamamıştır.

Devlet Denetleme Kurulu’nun 2003 yılında hazırladığı bir rapora göre, dayanağını 3996 sayılı yasada bulan yap-işlet-devret modeline göre gerçekleştirilmiş olan işletmedeki YİD projelerinin sayısı 23’tür. Bunlardan 17’si hidro elektrik santrali, 4’ü doğalgaz santrali ve 2 tanesi de rüzgar santralidir. Bunların bazıları

şunlardır: Ahiköy, Çamlıca, Fethiye, Aksu-Çayköy hidro elektrik santralleri, Marmara Ereğlisi Trakya ve Unimar doğal gaz santralleri, Bozcaada rüzgar enerjisi santrali (www.cankaya.gov.tr/tr_html/DDK/enerji.htm).

Yap-işlet-devret ile ilgili değinilmesi gereken bir düzenleme enerji fonudur. Enerji fonu yukarıda değinildiği üzere 3096 sayılı kanunda değişiklik yapan 3613 sayılı kanunla kurulmuştur. Fonla ilgili olarak önce 1991 yılında bir yönetmelik çıkarılmış daha sonra 8.6.1995 tarihinde yayımlanan 95/7003 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Elektrik Enerjisi Yönetmeliği ile eski yönetmelik tümüyle kaldırılarak yerine yenisi uygulamaya konulmuştur.

Fonun amacı elektrik enerjisi sektöründe yapılacak araştırma, geliştirme, etüd, proje, denetim faaliyetleri ile kurulacak tesisleri finansman yönünden desteklemek ve elektrik enerjisi fiyatlarında istikrar sağlamaktır. Enerji fonunun konumuz bakımından önemi, enerji sektörüne ilişkin YİD uygulamalarında birinci bölümde açıklanan köprü kredilere enerji fonunun kaynak olmasıdır.

Birecik HES projesinde enerji fonu kamulaştırma bedellerinin ödenmesi için kredi verilmesi amacıyla kullanılmıştır. Bunun YİD modeliyle bağdaşıp bağdaşmadığı tartışma konusudur. Çünkü bu durumda devlet dolaylı şekilde projenin finansmanında önemli bir görev üstlenmektedir. Bunun yerindeliği bir yana her proje için bu yola gidilmek istenmesi durumunda enerji fonunun bunu karşılaması da kaynak itibariyle mümkün görülmemektedir.

Enerji alanında yapılan düzenlemeler sonucunda enerji üretimi konusunda ortaya çıkan tabloyu şöyle özetleyebiliriz. Son düzenlemelerle birlikte sektörde 5 çeşit uygulama ortaya çıkmıştır. Bunlar :TEAŞ, görevli şirket, üretim şirketi (yap-işlet-devret), otoprodüktör (kendi faaliyet alanının ihtiyacını karşılamak üzere üretim tesisi kurup elektrik enerjisi üreten kişileri ifade etmektedir) ve üretim şirketi (yap-işlet) dir. Bunlar için uygulanan fiyatlandırma yöntemleri de farklılık arz etmektedir. TEAŞ kamu fiyatı uygularken, görevli şirketler ve üretim şirketleri için maliyet artı kar yöntemi, otoprodüktörlerin ihtiyaç fazlası üretimi için görelî fiyat ve tavan fiyat

karışımı bir yöntem uygulanmaktadır. Yap-işlet için –fiyatlar imzalanacak sözleşmelerde tespit edileceğinden- henüz belli değildir. Bu durum enerji konusunda temel sektörel tercih ve politikaların oluşturulmadığını göstermektedir.

Enerji sektörü Dünya uygulamasında üretim-iletim-dağıtım olarak üçe ayrılmakta ve enerji üretimi özelleştirilmektedir. Birinci tercihin bu noktada yapılması gerekecektir. Enerji üretimi özel kesime ve rekabete açılacak mıdır yoksa devlet tekeline mi kalacaktır? Yap-işlet-devret modeli uzun vadede Türkiye'nin enerji üretimini rekabete açmasına engel olabilecektir. Çünkü projelerde görevli şirketlere alım ve fiyat garantisi verilmektedir. Bu durum sözleşmelerin kapsayacağı uzun yıllar boyunca sürecek ve süre sonunda santraller devlete geçecektir. Bunun yerine enerji üretimini bütünüyle özel kesime açmak için gerekli çalışmaları yapmanın daha rasyonel ve yararlı olacağı ileri sürülmektedir (Yılmaz, 1999:88-89).

Sektörel boyutlu diğer düzenleme Karayolları Genel Müdürlüğü dışındaki kuruluşların Erişme kontrollü Karayolu (Otoyol) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile görevlendirilmesi hakkında 3465 sayılı yasasıyla 1988 yılında yapılmıştır.

Otoyol ve köprü yapımında proje aşamasında olan 3 proje vardır. Bunlar 3. Boğaz Köprüsü ve çevre yolu, İzmit Körfez Köprüsü ve Çanakkale Boğaz Köprü geçiş projeleridir. İzmir-İstanbul otoyolunun Bursa geçişi 1.8 milyar dolara yap-işlet-devret modeliyle ihale edilmiştir. Bu ihale ile bugüne kadar Türkiye'ye gelen en büyük sermaye otoyol yapımı görevini üstlenmiştir. İzmir-Aydın, Denizli-Antalya, Gaziantep-Şanlıurfa, İzmir-İstanbul (Çanakkale Köprüsünün yapımı dahil) otoyolları, İstanbul Atatürk havalimanı dış hatlar terminali, Antalya, Bodrum, Trabzon havalimanları dış hatlar terminalleri yap-işlet-devret modeliyle yapılmış veya yapılmaktadır.

Bu projeler incelendiğinde daha çok hava limanı inşaatları ile boğaz geçişleri (köprü veya tüp) ve serbest bölgeleri içermektedir. Ancak önümüzdeki yıllarda özelleştirme çabalarının yoğunlaşacağı göz önüne alınırsa YİD modelinin bir çok

uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. Telefon ve diğer haberleşme hizmetlerinin de YİD modeli ile yapılacak yatırımlara açık olacağı anlaşılmaktadır.

YİD modeli serbest bölge uygulamalarında da geçerli olmaktadır. 06.06.1995 gün ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'na göre, serbest bölgelerdeki altyapı tesisleri (yol, su, kanalizasyon, elektrik, haberleşme vb.) ilgili yatırımcı bakanlıkça inşa ettirilebileceği gibi işletici veya bölge kurucu işletmeciye de yaptırılabilir.

Serbest bölgeler için tahsis edilen Hazine veya mülkiyeti kamuya ait arazi, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından işletici veya bölge kurucu işleticiye bir sözleşme ile tamamen veya kısmen kiralanabilir ya da HDTM tarafından faaliyeti uygun bulunan kullanıcılara da bir sözleşme ile kiralanabilir.

Kiralanen parseller üzerine kullanıcıların yaptırdıkları bina, hangar, ambar, fabrika vb. mütemmim cüzleriyle birlikte (menkuller hariç) kullanıcının "faaliyet ruhsatı" süresinin sona ermesi ile Hazinesinin mülkiyetine geçer.

Örnek verilirse; Mersin Serbest Bölgesinin MESBAŞ (Mersin Serbest Bölge İşletmeleri A.Ş.) tarafından 10.10.1986 tarihinden 10.10.2006 tarihine kadar işletilmesine ilişkin sözleşme gösterilebilir.

Özel kişilerden yararlanılan bir başka alan da yerel yönetim hizmetleridir. Bu alanda kişilerden yararlanmanın özendirildiği de gözlenmektedir. Kamu finansmanın mahalli idarelere sağladığı kaynak oldukça yetersizdir. Bu nedenle önemli alt yapı ve çevre projelerini karşılamak için bir takım finansal kaynaklara ihtiyaç vardır. Bu finansal kaynak ihtiyacı belediyelerin, kendi bütçe imkanları ile gerçekleştiremeyecekleri ancak günlük hayat içinde gerekli olan metro, raylı sistem, ticaret merkezi gibi bazı önemli yatırımların gerçekleştirilmesini sağlamak için YİD modelini benimsemişlerdir. Bu model ile belediyeler, projenin gerçekleştirilmesi için finansal kaynak beklemek yerine, gerekli gördükleri hizmetlerin kurulmasını ve işletilmesini daha kısa sürede sağlamış olmaktadır.

Yerel yönetimlerde YİD modeli ile yatırım ve hizmet yaptırılması için, bu idarelerin en yüksek karar organı olan meclislerinden karar alınması gerekir. 1580 sayılı Belediye Yasası'nın 70/11. maddesinde, “menafii umuma mahsus belediye gayri menkul envalinin bir hizmete tahsisi, tahsis cihetinin tebdil veya akar halini ifrağı belediye meclisi kararı ile olur” denilmektedir.

3360 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 92. maddesine göre, il genel meclisi kararı ile taşınmaz malların idare tarzı değiştirebilir. Bu hükümler çerçevesinde, belediyeler ve il özel idareleri, YİD modeli ile iş yaptırmak için yüksek karar organları olan meclislerinde karar alacaklardır. Bundan sonra İçişleri Bakanlığı aracılığıyla Yüksek Planlama Kuruluna müracaat edeceklerdir. Bu kurulun izinden sonra sermaye şirketleri ve yabancı şirketlerle sözleşme imzalayabileceklerdir (Pirler, 1995:49).

YİD modeli konusunda yerel yönetimler oldukça istekli görünmektedir. Yerel modellerin kendi özel kuruluş kanunlarında bu konuda bir hüküm bulunmamaktaydı. Uygulamada belediyeler, 1580 sayılı yasanın farklı iki hükmüne dayanarak YİD modeline başvurmaktaydılar. Bazıları, yüksek mahkemelerin YİD modelini imtiyaz olarak nitelendirmesinden dolayı, kanunun 19/4-A maddesinde düzenlenen “belediyenin imtiyaz verme hakkına” dayanırken; bazı belediyeler ise, aynı kanunun 19/6. maddesinde düzenlenen “belediyeye ait hizmetlerin ifası zamanında şahsı hükmi sıfatıyla sınır dahil ve haricinde menkul ve gayri menkul mallara tasarrufa bey ve şiraya, icar ve isticara” belediyenin hakkıdır, hükmüne dayanmaktaydılar.

Belediyelerin bazı hizmetleri yerine getirmede özel kişilerden yararlanma yoluna giderken, YİD veya restore et işlet devret adını taktıkları sözleşme türünden yararlanarak; müteahhitle Devlet İhale Kanunu'na (m. 21) göre bayındırlık işi sözleşmeleriyle birlikte bedel yerine müteahhidin önereceği belli bir süreyi kapsayan ve hasılat kirası sözleşmesine benzer sözleşme yapmak yoluna gittiklerini belirten Bilgen'e göre “oysa belediyelerin, Belediyeler Kanunu'nun 19. maddesinde sayılanlar dışında kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri akdetmeyi yetkileri bulunmamaktadır. Bir an için belediyelerin, Belediye Kanunu'nun 19. maddesi

dışında da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri akdedebilecekleri düşünülse bile, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi anayasal ve genel bir kural olduğu ve somut sözleşmelerin hiç birinde bu inceleme yapılmadığı için bu sözleşmelerin yetki unsurunun hukuka aykırı olduğu muhakkaktır (Bilgen, 1990:6).

Diğer yandan, 24.12.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5272 sayılı yeni Belediye Yasası'nın 15. maddesine göre belediyelerin su, toplu taşıma ve katı atık hizmetlerini imtiyaz yoluyla devredebilecekleri öngörülmüş, yine aynı yasanın 18. maddesine göre de belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek yetkisi belediye meclisine tanınmıştır. Görüldüğü gibi yeni Belediye Yasası'nda belediyelerin çeşitli hizmetlerin yerine getirilmesinde YİD modelinden yararlanabileceği açıkça belirtilmiştir.

Belediyelerin YİD uygulamalarını ikiye ayırmak mümkündür. Birinci tür uygulamalarda belediyeler YİD yönteminden, işhanı, otogar, konut, inşaatı, gazino, otel, motel, eğlence merkezleri, turistik tesislerinin yapımı yenilenmesi ve işletilmesi gibi amaçlarla yararlanmaktadır. Bu tür uygulamalar altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine yönelik projelerden farklıdır. Belediyeler bir arazi tahsis etmekte karşılığında şirketler tesislerin inşaatını yapıp bir süre işlettikten sonra belediyeye devretmektedir. İki özel kişi arasında da bu tür sözleşmelerin imzalanabileceği açıktır.

Belediyelerin asıl önemli uygulamaları ise metro ve içme suyu alanında yapılan girişimlerden oluşmaktadır. Ankara Büyükşehir Belediyesi, Ankara metrosunu, UTDC adlı bir Kanada firmasının öncülüğünde SNS Lavalin ve GAMA-GÜRİŞ şirketlerinden oluşan bir konsorsiyuma YİD yöntemiyle yaptırmak kararı almıştır. Ancak Eylül 1991'de projenin, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının önerisi doğrultusunda Ego, Konsorsiyum ve HDTM'nin katılımı ile imzalanan bir protokol ile YİD modelinden tamamen vazgeçilerek, götürü bedel karşılığında anahtar teslimi şeklinde ihale yöntemiyle yapılması kararlaştırılmıştır. 1992 yılı yatırım programında da bu yönde gerekli değişiklik yapılmıştır. Bu projelerde YİD yönteminden tamamen

vazgeçilmesinin temel nedeni, metro yapımının kar amaçlı olmayan sosyal amaçlı bir yatırım niteliğinde olduğu için, kredi kuruluşlarının zarar etme endişesiyle projeye gerekli finansmanı sağlamaktan kaçınmalarıdır.

Öncelikle şehirlerimizin rant getiren alanlarında bu yatırım modeli ile yapılan tesislere önümüzdeki yıllarda sıkça rastlayabiliriz. Özellikle belediyelerde YİD modelinin yoğun kullanımı başka problemleri de beraberinde getirecektir. YİD modelinin organizasyonunun kolay bir iş olmadığı ve mahalli idarelerimizin de vasıflı personel istihdamındaki problemleri dikkate alınırca, bu zorluk kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle bu projelerin siyasi ve ekonomik kriz ortamlarından uzak tutulması şarttır. Ayrıca, idarelerin devamlılığı ilkesi, YİD modeli ile yapılan yatırımların başarısını etkileyecek önemli bir faktör olacaktır. Siyasi değişimler, projelerin uygulama dönemlerini olumsuz etkilememek zorundadır. Aksi takdirde çok taraflı ve çokuluslu hukuki problemlerin doğması ve kaynak ve zaman israfının meydana gelmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi, doğalgaz şebekesi kurulması ve işletilmesi, hızlı tramvay yapımı, turistik otel yapımı (Taşlık-Boğaziçi, Taksim Hyatt) sahil düzeltme, yalı ve köşkerin restorasyonu, süper market yapılması, yat limanı yapılması, otopark inşaatı gibi birbirinden farklı birçok alanda YİD modelinden faydalanmaktadır. Yine aynı belediye, İstanbul Dünya Ticaret Merkezi'ni YİD modeliyle yaptırmıştır.

IV. Yap-işlet-devret Modelinin Yarar ve Sakıncaları

Yap-işlet-devret modelinin avantajlarının olduğu kadar dezavantajlarının da olabileceği ileri sürülmektedir. Modelin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kabul edilmesinin gerekçeleri de farklılık taşımaktadır. Gelişmiş ülkelerde bu modelin hayatiyet sebebini kamusal mal ya da hizmetlerin özel sektöre devri ve kamusal alanın asgariye indirilmesi gibi hususlar oluştururken gelişmekte olan ülkelerde ise ekseriyetle finansman sıkıntısı ve hizmetleri yerine getirmede kamunun yetersiz kalması oluşturmaktadır (Uluatam, 1989:27). Dolayısıyla bu modelin ülkeden ülkeye

meydana getireceği yarar ve sakıncalarda da bir değişiklik söz konusu olabilmektedir. Ancak modelin genel yararları ve sakıncaları hususunda ortak bir payda oluşturmak mümkündür.

Modelin avantajları olarak şunlar sayılmaktadır (DPT, 1990:2):

- Önceliği olan büyük ölçekli yatırım projelerine ek finansman kaynakları oluşturulacaktır.
- Alt yapı projelerini zamanında gerçekleştirilerek maliyet optimum düzeyde tutulacaktır.
- Modern yönetim ve efektif işletme teknikleri uygulanacaktır.
- Altyapı yatırımları için zaten yetersiz olan devlet bütçesine yük getirilmemiş ve bütçenin diğer önemli sektörlere daha sağlıklı bir şekilde yönlendirilmesi sağlanacaktır.
- İşletme sorumluluğun üretim şirketine ait olması nedeniyle, malzeme ve işçilikte kalite sağlar.
- Genel vergiler artırılmak zorunda olmayacaktır.
- Modelin gelişmekte olan ülkeler için ileri sürülen en önemli amaçlardan birisi ülkeye yabancı sermaye girişini arttırmak ve bunun ekonomi üzerindeki etkilerinden yararlanabilmektir. Bu çerçevede YİD modelinin başka türlü gerçekleştirilemeyecek projeleri gerçekleştirme imkanı verdiği ileri sürülmektedir. Bazı durumlarda kredi kuruluşlarının doğrudan ülkeye borç vermek yerine bu modeli tercih edebileceği söylenmektedir. Projenin finansmanı için alınan krediler ortak yatırım şirketinin sorumluluğunda olduğu için hükümetin dış borç stokunun artmaması ek bir dış kaynak olarak görülmektedir.
- Yabancı firmalar eliyle ileri teknoloji gerektiren projelerin gerçekleştirilmesi durumunda ülkeye ileri teknoloji girişı olacaktır. Aynı şekilde bir YİD projesinde tesisin devrinden önce kullanım konusunda verilecek bir eğitim programı da bulunacaktır. Bu nedenle çalışanların eğitilmesine de imkan tanımaktadır.
- Özel kesimin hangi projenin gerçekleştirilmesinin daha fizibil olduğu konusunda daha iyi bir değerlendirme yapabileceği, aynı şekilde projenin

dizayn, inşa ve işletmesini de daha etkin gerçekleştireceği ileri sürülerek ekonomik etkinliğinin artacağı kabul edilmektedir.

Modelin dezavantajları ise şunlardır (Yılmaz, 1999:17-18):

- Modelin işleyişinin açıklandığı önceki bölümde daha ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere model oldukça kompleks ve karmaşık bir yapıdadır. Çok sayıda tarafın yine çok sayıda ve çeşitli belgeler üzerinde müzakerelerde bulunup anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Tarafların alacakları kararları çok uzun dönemli bir öngörüye dayandırmaları gerektirmektedir. Bu ise, belli bir zamana, bu konuda yetmişmiş bilgili insanların bu konuya vakıf olmasına ve paraya mal olmaktadır. Bu bağlamda, modelle ilgili olarak yap-işlet-devret modeli kamu yatırımları için bir acil çözüm olabilir mi sorusu ön plana çıkmaktadır. Model konusunda sık dile getirilen hususlardan birisi YİD modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen projelerin geç işlediğidir. Ancak bunun baştan öngörülmesi gereklidir. Çünkü YİD modeli konusundaki literatür bu modelin klasik finansmana göre uzun ve yorucu bir süre gerektirdiğini öngörmektedir.
- YİD konusunda yapılan ikinci eleştiri bu modelle gerçekleştirilen bir projenin maliyetinin bütçe ya da kredi imkanlarıyla gerçekleştirilen bir projeye göre daha fazla olduğudur. Özellikle belli bir kar garantisinin verildiği ve mal ve hizmetlerin “maliyet+kar” esasına göre fiyatlandırıldığı durumlarda yatırım ve işletme maliyetlerin yüksek tutulması kar miktarının artmasına yol açacağından maliyetlerin olabildiğince yüksek tutulması olasılığı bulunmaktadır.
- Modelin diğer bir dezavantajı olarak, yapılacak yatırımın çok büyük tutarlara ulaşması geri dönüşün uzun zaman alacak olması ve sözleşmede karşı tarafın kamu idaresi olması nedeniyle özellikle yabancı sermayenin yatırım yapmak için siyasi ve ekonomik istikrar konusunda çok büyük duyarlılık göstermesi eklenebilir.

- Belli bir aşamada alınan kararlardan herhangi birisinin bir tarafın kararını olumsuz yönde etkilemesi durumunda bu durum diğer tarafları da aynı yönde etkilemekte ve olumsuz etkiler giderek artıp projenin gerçekleştirilmesine bile engel olabilmektedir. Girdap etkisi adı verilen bu durumdan kaçınmak için mümkün olduğunca her aşamada diğer tarafların da kararlara olumlu yönde katılmalarını sağlamak gerekmektedir ki bu durum da yukarıda değinilen geç işlemeye katkıda bulunmaktadır.

Modelle ilgili yapılan bir diğer eleştiriye göre, şimdiye kadar özel sektörle yaptığı işbirliğinde kamu yönetimi idare hukukunun sağladığı üstünlükler sayesinde ezici bir konuma sahip olmuştur. Neo-liberal politikalar çerçevesinde yapısal uyarılama programı kamu-özel sektör işbirliğinde bu dengeyi özel sektör lehine değiştirmeyi hedeflemektedir. Bunun bir aracı iş yöntemi olarak yap-işlet-devret modelidir (Güler, 1996: 156).

Bu eleştiriler çerçevesinde gelişmekte olan bir ülkeye “eğer yeterli bütçe imkanına ya da borçlanma imkanına sahip ise YİD yerine bu kaynakları kullanmasının” tavsiye edilebileceği ileri sürülmektedir. Ancak bu yorumun YİD modelinin sadece finansman sıkıntıları nedeniyle dikkate alınması halinde geçerli olduğu, etkinliğin artırılmasına yönelik beklentilerin dikkate alınması durumunda geçersiz olacağı söylenebilir.

Yap-işlet-devret projesinin inşası öncesinde, inşa süresince ve inşadan sonra bir çok problemler ortaya çıkabilmektedir. Sunulan hizmet bütçe imkanlarıyla gerçekleştirilene oranla daha pahalı olabilmektedir. Maliyetlerdeki artışlar da planların değiştirilmesini gerektirebilmektedir. Hatta ek finansman gerektirebilmekte ve bu da zamanında sağlanmazsa projenin ilerlemesi durabilmektedir. Model yerinde kullanılmadığı takdirde makro ekonomik açıdan pahalı yatırımların teşviki, teşvik uygulamaları nedeniyle vergi kayıpları, işletme tercihlerinde çarpıklık gibi bazı olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir (Güneş, 1999:48).

YİD sözleşmelerinde kamu yararını koruyan önlemlere yeterince yer verilmemesi sonucu çarpık sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin Meksika’da otoyol yapımında bu modelden yararlanılması sonucu özel sektör geçiş ücretlerini hem çok yüksek belirlemiş, hem de yapımçıların yatırımları sözleşmede öngörülen maliyetin iki katı daha fazlasına tamamlaması nedeniyle imtiyaz sürelerinin iki katına uzatılması gerekmiştir (Güler, 1996: 109).

Geleneksel usullerle gerçekleştirilen kamu yatırımlarının geleceğe taşan yükü normal olarak dış ya da iç borçlanmanın ana para ve faiz ödemeleri devletin üzerinde olacağı bir gerçektir. Yap-işlet-devret modelinde ise yatırım yükü işletmecilere ait olmasından dolayı finansman yükü ilk yıllarda devlet için küçük olacaktır. Ancak yatırım aşamasından sonra işletme döneminde sözleşmeye dayalı olarak yüksek kar garantilerinin işletmeciye verilmesinden dolayı devletin mali yükü ciddi ölçülerde artabileceği tahmin edilmektedir. Bu durum gelecek yılların iktisat politikalarının belirlenmesinde kısıtlayıcı bir faktör görevini yerine getirebileceği ileri sürülmektedir (Emeksiz, 1996:7).

Bu bağlamda, YİD şirketleriyle uzun dönemli, alım garantili ve yüksek fiyatlı anlaşmalar yapılmış olması sonucu Türkiye’de bir kamu hidroelektrik santralında kilovatsaati (kWh) 0.01 Cent’e üretilirken YİD modeli ile yapılan hidrolik santrallarda kamuya maliyetin 16 Cent’ten başladığı, yine bir doğalgaz çevrim santralında 2.8 Cent’e üretilen enerjinin, YİD modeliyle üretim yapan kuruluşlardan kamuya ortalama 8 Cent’e satıldığı, fiktif yüksek maliyetler nedeniyle gerçekte 2.5 Cent civarında olabilecek ortalama maliyetin bugün 5 Cent’i aşmış durumda olduğu ileri sürülmektedir (www.dergi.emo.org.tr/index.php?sayi=415).

Yap-işlet-devret modelinin başlıca amaçlarından birisi yabancı sermayeyi cezpt etmektir. Ancak yabancı sermayenin gereksiz ve plansız bir biçimde davet edilmesi uzun vadede kar ve döviz transferlerini gündeme getireceği ileri sürülmektedir. Belki bu durum yatırımların kamu kesimi yada yerli özel teşebbüs tarafından yerine getirildiğinde vuku bulmayacaktır. Ancak yabancı yatırımcıların iştirak halinde

bulunduğu yatırımlara döviz ve kar transferlerin gerçekleşmeye başlaması ile bu yatırımların döviz harcayan yatırımlar haline gelmesine meydan verebilecektir.

Modelin sahip olabileceği belki de en olumsuz etki, ürettiği mal ve hizmetin kamu kesimince satın alınması garantisinin verilmesidir. Bunun iki tane önemli olumsuz etkisi olacaktır. Birincisi üretilen mal ya da hizmetin rekabet ortamından uzaklaşmasını sağlamasıdır. Bu durumda yap-işlet-devret modeli ile mal ya da hizmet üreten girişimci piyasadaki talebin derecesini araştırmayacaktır. Çünkü elinde kamunun hazır bulunduğu standart bir talep verisi bulunacaktır. İkincisi de kamu kesimi açısından vurucu etki kazanmaktadır. Kamu kesimi yap-işlet-devret şirketi tarafından üretilen mal ya da hizmetin monopson yani tek alıcısı şeklinde kendini bağtlaması zamanla hem ihtiyacın üzerinde mal yada hizmet satın alınmasını zorunlu kılacak ve bu mal ve hizmetlere ödediği fiyatın gerçek piyasa fiyatı olup olmadığı hususunda da tereddütlere düşecektir (Yerlikaya, 2001:29).

Günümüzde taşımacılık ve su gibi kamu hizmeti niteliğini içeren hizmetlerin idare tarafından imtiyaz suretiyle verilmesine karşılık özel girişim tarafından da bu hizmetlerin üretilmesi ve yerine getirilmesinin yasak olmamasından dolayı rekabete açık bir piyasa durumu arz etmektedir. Ancak burada idare mevcut piyasa şartlarının dışında imtiyazı alan özel hukuk tüzel kişisine daha farklı yardımlar ve yasal teşvik ve güvenceler taahhüt ediyorsa o zaman bu gelişme orta ya da uzun vadede piyasa bakımından rekabeti bozucu etkide bulunacaktır. İmtiyazı alan için ise rekabete karşı korunmayı getirecek ve aynı zamanda nihai olarak kendiliğinden imtiyazı alan için tekelleşmeyi de sağlayacaktır.

Bu duruma örnek olarak, 3096 sayılı kanun ile özel hukuk tüzel kişiliklerine elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti imtiyazı verilebilir. Aslında elektrik hizmeti ve hizmetin sayılan versiyonları tamamen kamu egemenliğinde ve yasal tekel niteliğindedir. Elektrik alanındaki bu yasal tekel 3096 sayılı kanunla özel hukuk tüzel kişiliklerine (Aktaş A.Ş.) gibi “işletme hakkının devri” adı altında verilebilmekte ve yine özel hukuk tüzel kişisi adına rekabete kapalı olma/ korunma ve yasa yoluyla tekel oluşturulması sağlanmaktadır. Aynı şekilde bu durum 3465

sayılı kanunla “görev sözleşmesi” adı altında verilen otoyol hizmeti ve bu hizmetin varyasyonları içinde geçerli olmakta ancak bu durum elektrik alanında olduğu gibi değil daha fazla özel hukuk tüzel kişiliklerinin katıldığı ve geniş bir alana yayılı olarak çalışmalarından dolayı rekabete daha açık ve tekelleşme düzeyi daha zayıf olabilmektedir. 3996 sayılı kanunun kapsamını belirleyen 2. maddesi hangi tür yatırım ve hizmetlerin YİD modeli çerçevesinde olduğunu bildirmektedir. Bu maddeye göre rekabete karşı korunma ve tekelleşme talebi değerlendirildiğinde bu taleplerin 3096 ve 3465 sayılı kanunlara göre daha elastiki olduğu söylenebilir. Zira bu kapsamda, elektrik ve otoyolda olduğu gibi tek bir kalem hizmet değil, 3096 ve 3465 sayılı kanun içeriklerini de kapsayan bir çok yatırım ve hizmet düzenlenmektedir. Bu talep, yatırımın ve hizmetin niteliğine göre değişse de nihayetinde kamunun egemenliğinde bulunan bir yatırım ve hizmet olduğundan rekabete karşı korunma ve tekelleşme nitelikleri yapısal olarak kendiliğinden yerini alacaktır. Ancak bu tekelleşmenin geniş ölçekli olmayıp kısmî ve dar alanlı bir tekelleşme olabileceğini tahmin etmek kolay gözükmemektedir. Bu durumun ortadan kaldırılması ancak söz konusu hizmet ve yatırımların tamamen kamu elinden çıkarılmasına ve piyasaya bırakılmasına bağlıdır (Yerlikaya, 2001:29-30).

Özel sektörün kamu yatırımlarına katılımını sağlayan bir model olarak uygulamaya giren yap-işlet-devret modelinin uygulamasında bir çok firma projelere ilişkin fizibilite raporunu idareye sunmakta ve birim hizmet teslim fiyatı ve/veya işletme süresi taahhüt etmektedir. Gerek birim hizmet teslim fiyatı gerekse işletme süresi yap-işlet-devret modeline ait risklerden etkilenmektedir. Modelin uygulamalarının yanlış değerlendirilmesi sonucu karlı fizibiliteler gerçekleştirme aşamasında zararlı, zararlı projeler ise karlı çıkabilmektedir. Bu açıdan yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesine karar verilecek olan projelerin değerlendirmesi yapılırken; ülkedeki yasal mevzuatlar, modelin riskleri, yararları ve sakıncaları gözünün de bulundurulması çok iyi analiz yapılması gerekmektedir. Fizibilite aşamasında projeye ait tüm verilerin tam ve doğru olarak yer alması girişimci riskinin en gerçekçi biçimde görülmesini sağlamak ve yatırımcıların sürprizlerle karşılaşmasını önlemektedir.

Her hangi bir YİD projesinde hangi tarafın taşınması gerektiğine karar verilmesi gereken bir takım riskler bulunmaktadır. Bu risklerin bazıları aşağıda açıklanmaktadır (Yılmaz, 1999:33-34):

a) Tamamlama Riski : Projenin önceden belirlenen tarihte veya öngörülen maliyetle tamamlanamaması riskini ifade eder. Maliyetlerin beklenmeyen bir şekilde artması, sürenin yetersiz kalması, iş gücü ve taşeron konusunda çıkan sorunlar, malzeme, enerji ve ulaşım konusundaki yetersizlikleri bu risk unsurları arasında saymak mümkündür. Bu risk ortak yatırım şirketi tarafından üstlenilmektedir.

b) İşletme Riski : Tesisin beklenen performansta işletilememesi veya mal veya hizmetin planlanan şekilde satılamaması riskini ifade eder. Piyasaya giriş konusunda, ulaşım konusunda veya yasal alanda çıkan zorluklar, piyasa fiyatları ve rekabet, yeni teknolojilerin ortaya çıkması gibi hususlar işletme riskinin unsurlarını oluşturur. Bu risk de tamamlanma riski gibi yatırım şirketinin taşıyacağı bir risktir.

c) Enflasyon ve Döviz Riski : Enflasyon ve döviz konusunda ortaya çıkacak değişiklikler yatırımcılar açısından bir risk niteliği taşımaktadır. Yatırımcılar bu risklerin tümüyle kendi kontrolleri dışında olduğu dolayısıyla ev sahibi hükümetin sorumluluğunda olması gerektiğini ifade etmektedirler. Yerli şirketler sadece enflasyona karşı bir korunma talep ederken yabancı şirketler döviz konusunda da talepte bulunacaktır. Enflasyona karşı fiyatların belli dönemlerde seçilen bir endekse göre arttırılması gerekmektedir. Buna benzer olarak ev sahibi ülkenin konvertibilite garantisi verilmesi, yapılacak döviz transferleri konusunda bir tahdit koymaması gerekecektir.

d) Faiz Oranı Riski: YİD modeli yoluyla gerçekleştirilecek üretim ve hizmet yatırımları (enerji, baraj ve arıtma, otoyollar vb.) büyük tutarda sermaye gerektiren yatırımlardır. Bu yatırımlarda borç oranı projenin yapısına bağlı olarak değişmekle birlikte genellikle % 50'nin üzerindedir. Örneğin, Malezya hükümetinin imzalamış olduğu su ve kanalizasyon projesinde borç/özsermaye oranı %75/25, Arjantin su projesinde %60/40, İzmit su projesinde ise %85/15'tir. Diğer bir ifadeyle

İzmit su projesinde 100 TL.lik yatırımın 85 TL.sı borç, 15 TL.sı ise özkaynaktır. Yabancı kaynak oranının bu denli yüksek olması beraberinde faiz oranı riskini getirmektedir. Faiz oranı riski, yabancı kaynak kullanan işletmeler için, piyasadaki (yerel ya da uluslararası) faiz oranlarının değişme olasılığı şeklinde tanımlanır (www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/temmuz99/yapislet.htm).

e) Sigorta Edilebilen - Edilemeyen Riskler : Tipik bir YİD projesinde, tesis ve ekipmanlar için kaza sigortası, üçüncü kişilerin mali sorumluluk sigortaları, iş güvenliği sigortası ve ticari olarak teminat altına alınabilen diğer rizikolara karşı yapılan sigortalar olacaktır. Bazı riskler ise, ki bunlar genellikle mücbir sebep (force majeure) hallerinde söz konusu olmaktadır ya bütünüyle sigorta edilemez haldedir ya da sigorta edilmeleri ekonomik olmayabilir. Kredi kuruluşları doğal olarak bu riskleri üstlenmek istemeyecekler ve bu konuda diğer tarafların desteğini isteyecektir. Dolayısıyla sigorta edilemez mücbir sebep hallerinde devletin de desteği istenmektedir. Bu halde işletme sürecinin uzatılması önemli bir yol olabilmektedir.

f) Politik Riskler : YİD modelinde ortaya çıkan önemli bir risk de politik risklerdir. Bu başlık altında toplanan riskler arasında kamulaştırma, kambiyo kontrolü, savaş ve politik şiddet, lisans ve izinler, ihraç ve ithal kısıtlamaları, vergi kanunlarında, sosyal politikalarda, projeye ilişkin diğer kanunlarda değişiklikler, istihdama ilişkin zorlamalar gibi riskler toplanmaktadır. Bütün bunlar tümüyle devletin kontrolünde olduğu için bu konudaki değişiklikler idari hata olarak kabul edilmekte ve bunların sorumluluğu devlette olmaktadır.

Yap-işlet-devret modelinin başarıya ulaşabilmesi için bir takım kriterler şöyle özetlenmektedir (UNIDO, 1997:19-23):

-Proje finansal olarak güvenilir, yapılabilir ve imkanlar nispetinde (ülkenin gerçeklerine uygun bir şekilde) fiyatlandırılmış olmalıdır.

-Kuvvetli devlet desteği ve kararlılığı olmalıdır.

-Devletin öncelik verdiği bir yatırım olmalıdır.

-Yasal alt yapının oluşturulması ve istikrar kazandırılması gerekmektedir. Hükümetin projeye çeşitli şekilde destek vermesi gerekebilir. Bu destek özel yasalar vergi muafiyeti, işçi yasaları, gümrük yasaları, lokal paranın konvertibilitesi alanlarında olabilir.

-İdari usul ve esaslar etkin olmalıdır.

-İhaleler adil ve şeffaf olmalıdır.

-Projeler makul bir maliyetle makul bir zamanda gerçekleştirilebilecek yapıda olmalıdır.

-Projeyi üslenen kuruluş (proje şirketi) tecrübeli ve güvenilir olmalıdır.

-Proje riskleri tüm taraflar tarafından adil bir şekilde paylaşılmalıdır.

-Projenin finansal yapısı kreditorlere yeterli teminatı sağlamalıdır.

Yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilecek projenin başarısı risklerin ekonomik ve tatminkar olarak güvence altına alınmasına bağlıdır. Bu modelde sponsorlar ve fon sağlayanlar için riskler yüksek olduğundan maliyetler klasik finansman yöntemlerinden daha yüksek olarak ortaya çıkar. Ayrıca teknik ve hukuki müşavirlere ödenen ücretler, sigorta maliyeti, projenin teknik ve ekonomik işleyişinin izlenmesi için yapılan masraflar, proje geliştirme ve yürürlüğe koyma, masrafları, danışmanlık ücretleri gibi klasik finansman projelerinde çok daha az tutarda yer alan unsurlar toplam yatırım tutarını artıran etkenlerdir.

V. Bir Örnek Olay: İzmit Yuvacık Barajı Örneği

Bu örnek olayı irdeleyebilmek için öncelikle Türkiye’de yap-işlet-devret modeli ve kamu borçlanması arasındaki ilişkiyi ele almak faydalı olacaktır (Yerlikaya, 2003:1-20):

Bugün Türkiye’de YİD modelinin kamu borç stoku içindeki payı önemli bir sorun haline gelmiştir. Türkiye’de kamu borçlanması bilhassa son 1990’lı yıllardan sonra ağırlığını artık katlanılmaz hale getirmiş bulunmaktadır. Bugünkü borç yapımıza bakıldığında yuvarlak rakamlarla 2003 yılı verilerine göre iç ve dış toplam

borcunun USD bazında 220 milyarı aştığını, bunun yaklaşık 127.477 milyar USD'nin dış borcu oluşturduğu görülmektedir.

Bu noktada çalışmamız açısından önem arz eden konu Türkiye’de YİD modelinin kamu borç stoku içindeki payıdır. Esasında pek fazla bilinmemekle veya akla gelmemekle beraber Türkiye’de kamu borç stokunun artışında yap-işlet-devret modelinin çeşitli şekillerde etkileri bulunmaktadır. Daha önceleri gündeme gelmeyen bu konu 1999 yılında Türkiye ve İMF arasında düzenlenen yardım programının projeksiyonu içerisinde İMF, YİD Modeli çerçevesinde verilen hazine garantilerinin tehlikeli boyutlara vardığı uyarısında bulunarak gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye etmiştir. Esasında DPT’nin önünde bekleyen YİD proje stokunun 30 ile 40 milyar USD civarında olduğu ve bilhassa yabancı sermayenin ülke riski ve politik risk faktörlerinden dolayı hazine garantilerini mutlak anlamda istemeleri ve bu bağlamda yerli sermayenin de bu eğilimde olduğu, diğer taraftan YİD şirketlerince üretilen mal ya da hizmetlerin “tek alıcı” niteliğinde “ilgili kamu idaresine satılması”nı düzenleyen “off-take agreement” sözleşmeleri ve son olarak YİD sözleşmelerinin Türkiye çıkarlarını koruyacak nitelikte yeterliliğe sahip olmaması durumunda ve bu bağlamda ortaya çıkacak anlaşmazlıklarda “tahkim” gibi yargılama hukukundan kaynaklanması muhtemel gözüken veya böyle bir riski bünyesinde barındıran “tazminatlar” da dolaylı ve potansiyel anlamda her zaman kamu borç stokunu artırıcı etmenler olarak tespit edilmektedir.

Kamu borçlanmasının büyüyen yapısı hem piyasada reel faizlerin yüksek belirlenmesine neden olmakta ve hem de vergi gelirlerinin yetmemesi sebebiyle daha yüksek oranlarda vergiler konulmasına ve farklı vergi konularının icat edilmesi yoluna gidilmektedir. Yine bilhassa dış borç servisinin (solvency) aksaması halinde ortaya çıkacak olan kredibilite sorunudur ki bu da ayrı bir maliyet unsurudur.

YİD modelinin kapsamında sağlanan hazine garantilerinin kamu borç stokuna etkilerini iki aşamalı olarak düşünmek gerekmektedir. Bunlardan ilki; hazinenin garanti verdiği ve YİD şirketince ödenmeyen ve hazinenin üzerine kalan ve böylece kesinleşen borçlar, ikincisi de; yine hazinenin YİD modeli çerçevesinde garanti

verdiği, henüz kesin olamayan ve potansiyel anlamda Hazinesinin borcu olan ve YİD şirketince ödenmezse hazinenin ödemesi gereken garantiler olarak belirtebiliriz.

DPT'nin verilerine göre 2000 yılı aralık itibariyle YİD proje stokunda toplam maliyeti 28 milyar Dolar olan 391 proje bulunmaktadır. Devam eden proje sayısı 181 olup proje maliyeti 21 milyar Dolardır. Yapılması düşünülen proje sayısı 210 ve proje maliyeti 6,8 milyar Dolardır. Proje stoku içerisinde, 337 proje ve 21 milyar Dolar maliyetle enerji sektörü ilk sırada yer almaktadır. Yine 27 proje ve 6,3 milyar Dolar maliyetle ulaştırma sektörü ikinci durumdadır.

Görüldüğü gibi gelişim aşamasındaki YİD projelerinin toplam miktarının yaklaşık 27.720 milyar Dolar olduğu görülmektedir. Ancak bu miktardaki YİD projesinde ne kadar hazine garantisi olduğu bilinmemektedir. Hazinesinin YİD sözleşmeleri çerçevesinde verilen çeşitli garantilerin zaman içerisinde şimdilik pasif olmak üzere yüklü miktarda borç stoku oluştuğu ve gelecekte kamu maliyesi sistemini tıkayacağından endişe edilmektedir.

Diğer taraftan hazine garantilerinin böylesine bonkörce kullanılması, YİD şirketinin garanti borçlarını yerine getirmemesi, YİD modelini nihai aşamada kamu finansmanı modeline indirgemektedir. Bu da zorunlu olarak klasik finansman modeli ile YİD modelinin karlılık mukayesesini kaçınılmaz kılmaktadır (Gezgüç, 1997:215).

Aşağıda da belirtileceği üzere YİD modelinin neden olduğu borçlanma tiplerini “hazinesinin garanti verdiği kredi sözleşmeleri”, “hazinesinin garanti verdiği ürün satın alma sözleşmeleri” ve son olarak ta “ taraflarca yapılan YİD sözleşmesi çerçevesinde sözleşme ve yargılama hukukundan kaynaklanması muhtemel olan ve hazinenin aleyhine kesinleşen tazminatlar” olarak belirtebiliriz.

Hazine 3996 sayılı kanun (m.11) ile 94/5907 sayılı BKK (m.39,m.40) gereği ancak YİD şirketine köprü kredi (subordinated loan) sağlanmasında garanti verecektir. 94-5907 sayılı BKK (m.3/k,1,m) YİD modelinde üç kredi tipini düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlar :

-Ana Kredi (Senior Loan) : Kanunda öngörülen ve münhasıran yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla, görevli şirketçe finansman kuruluşlarından sağlanan ve hazine garantisini haiz olmayan garantidir (m.3/k).

-Destek Kredisi (Stand-By Loan) : Uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda, görevli şirket hatası nedeni ile ortaya çıkan nakit sıkıntısını finansmanını karşılamaya yönelik olarak, görevli şirketçe temin edilen ve hazine garantisini haiz olmayan tali krediyi ifade etmektedir (m.3/m).

-Köprü Kredi (Subordinated Loan) : Uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda gerektiğinde, görevli şirket hatası dışındaki durumlar nedeni ile, projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla idare adına, fonlar veya diğer uluslar arası finans kuruluşlarınca temin edilen ve kısmen veya tamamen Hazine garantisini haiz kısa ve orta uzun vadeli tali krediyi ifade etmektedir (m.3-1).

Demek ki Hazine mevzuat gereği ancak köprü kredilere orta ya da uzun vadeli garanti verebilmekte ve köprü kredilere tanınan bu garantiler kısmen yada tamamen de olabilmektedir. Bunun dışında Hazine mevzuat gereği “ana kredi “ ile “destek kredisi”ne garanti verememektedir.

94-5907 sayılı BKK'nin 40.maddesi görevli şirkete “köprü krediler “in sağlanma kriterlerini belirlemektedir. Buna göre:

- a- İlgili idareden kaynaklanan her türlü kayıp ve zararların finansmanı,
- b- Görevli şirketin mücbir sebepler nedeniyle ortaya çıkan zararlarının finansmanı,
- c- Uygulama sözleşmesinde her iki tarafın mutabakatı ile yapılacak değişikliklerin finansmanı için köprü kredi sağlanabilir.

Sağlanacak veya garanti edilecek köprü kredilerin tutarı, görevli şirketin özkaynakları ile sınırlı bulunmaktadır. Köprü kredi limitini, özkaynak sınırı üzerinde belirlemeye Yüksek Planlama Kurulu yetkilidir. Uygulama sözleşmesi çerçevesinde her iki tarafın mutabakatı ile yapılacak değişiklikler hariç, köprü kredi limitleri dolan görevli şirkete ilave köprü kredi sağlanmamaktadır. Yine görevli şirket hatasından kaynaklanan zararlar ile vergi ve stopajlar hiçbir şekilde köprü kredi ile finanse edilememektedir.

Bu durum Hazine Müsteşarlığının köprü kredilere her zaman için garanti vereceği anlamına gelmemektedir. Hazinesinin garanti vermediği YİD projeleri de bulunmaktadır ve bu durumda çoğu zaman proje uygulamaya geçememektedir. Mevzuattaki bu esneklik hazine garantilerini sayı ve hacim olarak artmasına olanak sağlanmaktadır. Bu yüzden diğer kamu projelerinde de olduğu gibi YİD modeline ilişkin hazine garantilerine de bir disiplin getirilmesi ve kamu yararının sürekli göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Hazinesinin garanti verdiği ürün satın alma sözleşmeleri de konunun ikinci boyutunu oluşturmaktadır. 3996 sayılı kanunun 11.maddesine göre 94-5907 sayılı BKK’da belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedellerinin kamu kuruluşlarınca ödenememesi halinde hazine garantisinin verilmesi mümkün görölmektedir. Yine 94-5907 sayılı BKK’nın m.39/a bendi de görevli şirkete, idarece satın alınacak mal ve hizmet bedelleri için ödeme yapılacağına dair hazine garantisi verileceğini hükme bağlamaktadır.

YİD doktrininde idare ile YİD şirketi arasında yapılan bu ürün satın alma sözleşmesine “off-take agreement” veya “guarantee of product purchase agreement” denilmektedir. YİD şirketinin ilgili idareden ürün satın alma garantisi istemesi ticari koşullar içerisinde mantıklı bir taleptir. Çoğu zaman idarenin vereceği ürün satın alma garantisine hazine garantisi istenmektedir. Nitekim mevzuatta bu talebi yerinde

bulmaktadır. YİD şirketinin amacı kar elde etmek olduğuna göre ve koyduğu sermayeyi karıyla beraber geri almak olduğuna göre ürettiği mal yada hizmet için hem bir fiyat garantisi ve hem de belirli bir miktarda bir talep düzeyini garanti altına almak istemektedir. Esasında burada YİD modeline konu olan mal yada hizmet üzerinde “kamu yararı” ilkesi ile piyasanın “kar elde etme” ilkesi arasında amaç bakımından paradoksal bir durumun varlığını ortaya çıkarmaktadır. Kamu yararı ile YİD şirketinin kar elde etme amacının bir arada tarafları memnun eden optimal bir seviyenin yakalanması zor görünmektedir. Bu yüzden yapılan sözleşmelerde YİD şirketinin kar amacının fazlasıyla realize edildiği gözlenmektedir. Aksi olması halinde özel sermayenin kamu yatırımlarına cezbedilmesinin çok zor olduğu ileri sürülmektedir. Ürün satın alma sözleşmeleri daha çok su ve elektrik alanında görülmektedir.

Diğer yandan, 94-5907 sayılı BKK'nın “dördüncü kısım”ında düzenlenmiş bulunan “Mal ve Hizmetlerin Ücretinin (fiyatının) Belirlenmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar” ın uygulanması halinde piyasa fiyatına denk bir fiyatın bulunabileceği ileri sürülebilir. Zira bu BKK'nın 34.maddesi “Ücret (fiyat) Belirleme Yöntemleri” nden; uluslar arası sektörel iç karlılık oranları göz önünde bulundurularak, maliyet artı kar yönteminin ya da tavan ücret (fiyat) yöntemini uygulanmasını mümkün kılmaktadır. İdare ücret belirlerken yöntemlerden birini yada her ikisini de kullanabilmektedir.

Bu bilgiler ışığında Türkiye’de YİD alanında olumsuz bir deneyim olan İzmit Yuvacık Barajı örneğini ele almakta fayda vardır.

Projenin orijinal adı “İzmit Eysel ve Endüstriyel Su Temini Projesi”dir. Proje İzmit Büyükşehir Belediyesi (İBB) ile imtiyaz sahibi şirket İzmit Su A.Ş. (İSAŞ) arasında imzalanmıştır. İzmit şehri kentsel ve endüstriyel su temin projesi, belediye dağıtım sistemine yılda 142 milyon metreküp su verecek Yuvacık barajı, su arıtma tesisi, boru hatları, pompa istasyonları, diğer tesislerin yapılmasını içeren ve amacı Kocaeli ili sınırları içinde ön görülen kentsel ve endüstriyel tüketicilere arıtılmış su sağlamak olan bir projedir.

Projenin yapımı ve işletilmesi için gerekli tüm, arazi, binalar ve arazi ile ilgili haklar belediye tarafından elde edilerek, bunların kullanma hakkı şirkete verilmiştir. Toplam yatırım maliyeti, herhangi bir sınırlama olmaksızın, belirtilen işleri ve bu işler içinde özel olarak tarif edilmemiş olmakla beraber projenin işletilmesi ve tasarım şartlarına uygun performansı sağlayabilmesi için gerekli olan her türlü işin yapımını ve ayrıca proje için gerekli olan sistem, parçalar, malzemeler ve teçhizatı da kapsamaktadır. Toplam yatırım tutarı içinde veya anlaşmanın bir başka yerinde nasıl karşılanacağı belirtilmeyen herhangi bir maliyet artışı sadece şirket temerrüdü nedeniyle olduğu takdirde şirket tarafından karşılanacağı yapılan anlaşmada belirtilmektedir.

Proje, öz sermaye ve çeşitli kuruluşlardan sağlanan yabancı kaynaklarla finanse edilerek gerçekleştirilmiştir. Yatırılan özsermaye sürenin son beş yılında hissedarlara geri ödenecektir. Özsermaye getirisi dolar olarak yatırılan özsermaye esas alınarak % 14'tür. Su satış fiyatı toplam giderlerin, anlaşmada belirtilen yıllık üretim miktarına bölünmesi yoluyla bulunmuştur. Su satış fiyatının belirlenmesinde toplam giderlerin yıllık üretim miktarına bölünmesi projede kullanılan fiyatlama yönteminin bir gereğidir. Projede fiyatlama yöntemi olarak maliyet artı kar yöntemi kullanılmaktadır. Bu yüzden giderlere, öz sermaye getiri tutarı eklenerek toplam giderler bulunmaktadır.

Taraflar arasında yapılan anlaşmanın süreci bitmeden önce taraflar, masrafi şirkete ait olmak üzere, karşılıklı mutabakatla atanacak yeterli bir danışman tarafından şirket mallarının, tesisin, teçhizatının ve kayıtlarının tam bir kontrolünün yapılmasını sağlayacaklardır. Söz konusu danışman, eğer varsa, tesisin yaşını göz önüne almak suretiyle projenin iyi çalışır duruma getirilebilmesi için gereken tavsiyelerini içeren bir ön raporu taraflara verecektir. Şirket bu tavsiyelerin gereğini yerine getirecektir. Süre sonunda aynı danışman nihai raporunu verecektir.

Projeye ilgili olumsuzluklar Sayıştay'ın TBMM'ye sunduğu raporunda açıkça ortaya konmuştur. Bu olumsuzluklar özetle şunlardır (www.sayistay.gov.tr):

İzmit kentine içme, kullanma ve endüstri suyu temini işinin 1053 sayılı kanun kapsamında DSİ Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmesi amacıyla çıkarılan 23.10.1972 tarih ve 7/5290 sayılı Kararname uyarınca İzmit Belediye Meclisi, işin DSİ Genel Müdürlüğüne yaptırılması doğrultusunda bir karar almıştır. Bazı yatırımların YİD modeliyle yapılmasını düzenleyen 3996 sayılı kanunun 1994 tarihinde yürürlüğe girmesini müteakip 4047 sayılı kanun ile 3996 sayılı kanunda yapılan değişiklik üzerine, YPK'ca verilen 24.02.1995 tarih ve 95/T-17 sayılı karara istinaden İzmit Su Projesi de YİD kapsamına alınmıştır. Aynı zamanda 24.02.1995 tarihli BKK ile, İBB'nin bu projenin uygulanması amacıyla kurulan İSAŞ'a en fazla % 39 hisse oranıyla ortak olmasına izin verilmiştir.

Proje çerçevesinde tesisler 18.01.1999 tarihinde ticari işletmeye alınmış olmaktadır. Tesisin mülkiyeti İBB'ye ait olmakla beraber işletme izni 15 yıl süreyle İSAŞ'a devredilmiştir. Projenin işletilmesi ve tesislerin bakımı için İSAŞ'a tanınan süre, YİD modeli çerçevesinde imzalanan Uygulama ve Su Satış Antlaşması'na (USSA) göre "*Ticari İşletme Tarihi*"ni takip eden 15'inci yılın sonunda (18.01.2014 tarihinde) sona erecektir. Projenin toplam yatırım maliyeti, İBB ile İSAŞ arasında imzalanan USSA'nın imza tarihi olan 24.08.1995 tarihinde 864.863.000 ABD Doları iken, ticari işletme tarihi (üretim tarihi) olan 18.01.1999 tarihi itibarıyla revize edilerek 890.963.000 ABD Dolarına çıkmıştır.

Projenin finansmanı için Chase Investment Bank Ltd. liderliğindeki bankalar konsorsiyumundan (projenin finansmanını sağlayan yabancı bankaların oluşturduğu grup) 785.975.000 ABD Doları tutarında kredi temin edilmiştir. Bu kredilerin 28.324.000 ABD Dolarlık kısmı kullanılmamıştır. 890.963.000 ABD Doları tutarında olan toplam yatırımın 757.651.000 ABD Dolarlık kısmı kredilerden, 133.312.000 ABD Dolarlık kısmı ise özsermayeden karşılanmıştır.

Projeye 1994 Malî Yılı Bütçe Kanununun 34/f maddesine istinaden Başbakanlık Makamından alınan 30.09.1994 tarih ve 94/1238 sayılı onay çerçevesinde Hazine Müsteşarlığı tarafından verilen garantiler üç başlık altında toplanabilir:

1. USSA'ya Verilen Hazine Garantisi (Ürün Satın Alma Garantisi)

Proje çerçevesinde, 19.12.1995 tarihinde İBB'nin USSA'ya göre taahhüt ettiği aylık eşit tutarlarda olmak şartıyla yıllık 142 milyon metre küp arıtılmış suyu tam ve zamanında satın alma garantisinden doğan aylık faturaları ödeme yükümlülüklerini ifa etmemesi halinde, söz konusu ödemelerin Hazine tarafından üstlenileceğine ilişkin Hazine Garanti Mektubu imzalanmıştır.

2. Yenilenmiş Kredi Anlaşmalarına Verilen Hazine Garantileri

Projenin dış finansmanı için bankalar konsorsiyumu ile İSAŞ arasında 19.12.1995 tarihinde imzalanan ve ancak tesislerin işletme dönemi sona ermeden İBB tarafından devralınması halinde yürürlüğe girecek olan her bir kredi anlaşması için bankalar konsorsiyumu ile İBB arasında yenilenmiş kredi anlaşmaları imzalanmıştır.

Yenilenmiş kredi anlaşmalarına ilişkin Hazine garantileri de 19.12.1995 tarihinde Hazine Müsteşarlığı tarafından imzalanmıştır. Verilen garantilere göre; üstlenim tarihini müteakip yenilenmiş kredi anlaşmaları uyarınca İBB tarafından yapılması gereken tüm ödemeler Hazine garantisi kapsamında olup, temerrüt durumunda bu ödemeler Hazine tarafından yapılacaktır. Hazine garantilerinden doğan haklar, Hazinenin izni alınmaksızın üçüncü kişilere devredilemeyecektir.

3. İBB'nin İSAŞ'a Ortak Olmak Amacıyla Kullandığı Dış Kaynaklı Krediyeye Verilen Hazine Garantisi

Ayrıca, İBB'nin İSAŞ'a % 15 oranındaki ortak olmak amacıyla kullandığı 19.5 milyon ABD Doları tutarındaki dış krediye de Hazine tarafından 14.02.1996 tarihinde garanti verildiği ve ilgili belediyenin borcunu ödememesi nedeniyle bu meblağın tamamının (faiziyle birlikte 20.2 milyon ABD Doları olarak) Hazine tarafından kreditora ödendiği tespit edilmiştir.

Projenin YİD modeline geçirilmesi aşamasında ilgili kuruluşlar ve birimler arasında yapılan resmi yazışmalardan :

- İzmit civarındaki akarsulardan sağlanacak suyun arıtılarak İzmit ve İstanbul'a verilmesini içeren projenin ileri bir teknoloji gerektirmediği, sistemin ülkemizde daha önce de uygulanan su isale ve tasfiye sistemi olduğu,
- Su bedelinin ödenmesinde belediyenin malî kaynaklarının kullanılmasının ancak fevkalade ve sınırlı durumlarda mümkün olabileceği, aslında aylık 15-20 milyon ABD Dolarına ulaşacak su faturası bedellerinin diğer kaynaklar kullanılarak ödenmesinin mümkün olmadığı,
- İSKİ'nin YİD modeli ile yapılacak tesislerden üretilecek suyu pahalı olması nedeniyle satın almayacağı hususunun 1992 yılından itibaren belli olduğu, dolayısıyla projenin bugün gelinen noktada öngörülemeyen başarısızlık nedenlerinden biri olarak gösterilen İSKİ'nin suyu satın almaması hususunun 1992 yılından beri tüm yetkililer tarafından bilindiği,
- İzmit Belediyesinin, 1992 yılında projenin YİD modeli ile tamamlanması durumunda yapılan harcamaların tamamı su fiyatına yansıtılacağı için suyun birim fiyatının yükseleceği, bu nedenle yatırımın DSİ Genel Müdürlüğü tarafından genel bütçe imkânları ve hazine garantili krediler kullanılarak gerçekleştirilmesinin daha uygun olacağı, bu bakımdan İstanbul'a su temini için projeyi kendi yatırım programına almasına ve bu amaçla kredi arayışına girmesine gerek olmadığını bildirmesine rağmen 1993 yılında fikir değiştirerek YİD modelini istediği ve bugün bile İzmit şehri ile bağlı körfez belediyelerinin kullanamadığı 100 milyon metre küp suyun 1993 yılında kullanıldığını iddia ettiği tespit edilmiştir.

Proje ile ilgili finansman modelinin müzakere edilmesi amacıyla Hazine Müsteşarlığı tarafından Devlet Bakanlığı makamına sunulmak üzere hazırlanan 31.05.1994 tarihli yazının "*Tarife*" başlıklı ikinci kısmının son paragrafında, "*İşletme dönemi başında dış borç geri ödemelerinin başlayacak olması ve TL'nin US \$'na karşı değer kaybı nedeniyle, satın alınacak suyun birim fiyatı piyasa fiyatlarının üzerinde olacaktır. Bu çerçevede, su satış fiyatının sübvansede edilmesi ihtiyacı doğacaktır.*" şeklinde bir tespit yapılmıştır. Söz konusu yazının 31.05.1994 tarihinde

DEİ Genel Müdürlüğündeki ilgililer tarafından parafe edildiği halde dönemin Müsteşarı tarafından parafe edilmediği, daha sonra aynı konuda 03.08.1994 tarihinde düzenlenen yeni onaydan su satış fiyatının sübvansede edilmek zorunda kalacağına ilişkin bölümün çıkartıldığı ve bu haliyle Müsteşar tarafından parafe edilerek Devlet Bakanlığı Makamına sunulduğu, dönemin Bayındırlık ve İskan Bakanı ile Hazine sorumlu Devlet Bakanı tarafından imzalandığı ve Başbakan tarafından da uygun bulunduğu tespit edilmiştir.

GAMA İnşaat Anonim Şirketi, GAMA Endüstri Tesisleri İmalat ve Montaj Anonim Şirketi, GÜRİŞ İnşaat ve Mühendislik Anonim Şirketi, Thames Water PLC ve GAMA Pazarlama Anonim Şirketlerinden oluşan konsorsiyum İSAŞ adı altında bir şirket kurmuştur.

Şirketin kurulmasını takiben İBB ile İSAŞ arasında 24.08.1995 tarihinde USSA imzalanmıştır. İBB, İSAŞ'a % 15 ortaklık payına karşılık gelen 19,5 milyon ABD Doları için yurt dışından kredi almış ve kullanacağı dış kredilere ilişkin anlaşmaları 13-14.02.1996 tarihlerinde imzalamıştır. Devlet Bakanlığının 15.12.1995 tarih ve 95/1755 sayılı onayı ile söz konusu kredilerin 1995 Malî Yılı Bütçe Kanununun 38'inci maddesi uyarınca Hazine tarafından garanti edilmesine izin verilmiştir.

İBB'nin kullandığı dış kredi için Hazine tarafından garanti kapsamında faizi ile birlikte 20,2 milyon ABD Doları kredi geri ödemesi yapıldığı halde Belediye, İller Bankasındaki payından resen yapılan kesintiler hariç Hazine Müsteşarlığına herhangi bir geri ödemede bulunmamıştır.

Proje kapsamında yapılan tesisler 15 yıllık işletme dönemi sonunda İBB'ye devredileceğinden belediyenin söz konusu ortaklıktan ne gibi bir kamu yararı beklediği anlaşılammıştır. İBB'nin denetim yapabilmek amacıyla şirketin denetim kurulunda yer almasına, dolayısıyla, şirkete ortak olmasına gerek yoktur. Kaldı ki, İBB'nin gerek ilgili BKK gerekse USSA ile kendisine verilen denetim görevini hiçbir zaman yerine getirmediği de saptanmıştır.

USSA'ya verilen Hazine garantisi ve bundan doğan olumsuzluklarla ilgili tespitler aşağıda yer almıştır:

24.08.1995 tarihinde imzalanmış olan USSA'nın ilgili bölümünün "*Hazine Garantisi Esasları*" başlıklı kısmında,

"Türkiye Cumhuriyeti adına hareket eden Hazine Müsteşarlığı gayrikabilirücu, şartsız ve ilk sorumlu olarak;

1. Şirkete; Uygulama ve Su Satış Anlaşması uyarınca belediye tarafından ödenmesi gereken su satış fiyatının anlaşmadaki para cinsinden, gereken tarihte tam olarak ödenmesini;

2. Ana kredi verenlere; borcun devralınmasını takiben, yenilenmiş kredi anlaşmalarından doğan belediye borçlarının bu anlaşmalardaki para cinsinden zamanında ve tam olarak belediye tarafından ödeneceğini garanti eder."

şeklinde Hazine garantisi esasları yer almaktadır. Garantinin bu prensipleri içermesi gerektiği konusunda anlaşmanın taraflarının mutabık kaldığı, böylece bu hususun İBB ve anlaşmada imzası bulunmayan Hazine Müsteşarlığı açısından bir taahhüt ve yükümlülük haline getirildiği görülmüştür.

Garanti Mektubunda yer alan ifadeler irdelendiğinde görüleceği üzere;

○ Uygulama Anlaşması uyarınca İBB tarafından ödenecek su satış bedelleri ve işleyebilecek tüm faiz ödemeleri konusunda, Hazine Müsteşarlığı gayrikabilirücu ve şartsız garanti vermiş olmaktadır.

○ İBB'nin su satış bedellerine ilişkin olarak anlaşmadan kaynaklanan ödeme yükümlülüğü geçersiz olsa veya geçersiz hale gelse ya da uygulanamaz olsa veya uygulanamaz hale gelse bile şirketin talebi üzerine Hazinenin söz konusu bedeli ödemesi gerekmektedir. Hazinenin ödeme yükümlülüğü anlaşmanın herhangi bir hükmünün geçersiz hale gelip gelmediğine bakılmaksızın anlaşma hükümlerine göre

su satış bedelinin ve ilgili faizlerin tamamı ödeninceye kadar geçerli olmaya devam edecektir.

○ Söz konusu Hazine garantisi çerçevesinde ödeme yükümlülüğü, Hazinesinin aslı yükümlülüğü olarak kabul edildiğinden şirketin bu ödemeleri talep edebilmesi, ilk olarak İBB'den bir ödeme talebinde bulunmasına ya da İBB'ye karşı ödemenin sağlanması için bir hukukî takibata başlanmasına veya uygulama anlaşmasından doğan herhangi bir diğer teminat veya garantiyi tenfiz etmesine bağlı değildir.

USSA'da, T.C Anayasası ile yürürlükteki ilgili kanun ve yönetmeliklere aykırı olan:

○ Uluslararası tahkim ile ilgili hükümleri,
○ Anlaşma taraflar arasında imzalanmadan önce alınması gereken YPK onayı ile Hazine Müsteşarlığının uygun görüşünün alınmamış olması,

○ İBB tarafından tespit edilmesi gereken su satış fiyatının şirket tarafından belirlenmesi gibi nedenlerle anlaşmanın yasallığı ve geçerliliği ciddi anlamda tartışılabilir boyutta iken bu tartışmayı yapmanın uygulamada hiçbir yararı yoktur. Çünkü Hazine, garanti mektubuna yukarıda belirtilen ifadeleri koymakla hukuken kendini bağlamıştır. Söz konusu proje ile ilgili olarak yapılan işlemlerde, 94/5907 sayılı BKK'na aykırı olarak:

a. Şirketlerin gerçekleştirecekleri yatırım ve hizmetler için getirecekleri özkaynak oranı önerilen toplam yatırım tutarının % 20'sinden az olmaması gerektiği halde BKK'ya aykırı olarak %15 oranında tespit edilmiştir.

b. 94/5907 sayılı BKK'nın 5-15'inci maddelerinde, YİD modeli ile yapılacak projelere uygulanması gereken ihale şartlarının hiçbirisi uygulanmamıştır.

c. 94/5907 sayılı BKK'nın "*Mal ve Hizmetlerin Ücretinin (Fiyatlarının) Belirlenmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar*" başlıklı 34, 35 ve 36'ncı maddelerinde, YİD modeli ile yapılan tesislerde üretilen mal ve hizmetin ücretini

belirleme yetkisi idareye verilmiş iken USSA'nın "*Ticari Politika*" başlıklı 18.1'inci maddesi ile ürünün fiyatını tespit yetkisi şirkete bırakılmıştır. Uygulamada bu hükümlerin ihlali sonucunda şirketin üretilen malla ilgili olsun veya olmasın yapmış olduğu tüm giderleri su fiyatına yansıtarak su faturaları tutarlarının gereksiz yere yükselmesine neden olunmuştur.

d. 94/5907 sayılı BKK'nın "*Denetim*" başlığını taşıyan 23'üncü maddesinde idarenin, görevli şirketin sözleşme kapsamına giren tüm faaliyetlerini, belge ve kayıtlarını bütün aşamalarda denetleyebileceği veya denetleyebileceği belirtildiği halde İBB kararname ile kendisine verilen bu görevi projenin hiçbir aşamasında yerine getirmemiştir.

YİD modeli ile İzmit su projesi kapsamında inşa edilen Yuvacık barajı arıtma tesisleri ve isale hatlarının yatırım maliyetleri, DSİ Genel Müdürlüğü tarafından dış kaynaklı kredi temin edilerek yürütülen ve benzer iş niteliğinde olan İzmir Tahtalı barajı, arıtma tesisi ve isale hatları, İstanbul Yeşilçay-Yeniemirolu arıtma tesisi, Diyarbakır içme ve sanayi suyu temini projelerinin maliyetleri ile karşılaştırılmış ve bu karşılaştırma sonucunda İzmit su projesinin isale hattı ve su arıtma tesisi maliyet bedellerinin benzer projeler olarak irdelenen projelerin isale hattı ve arıtma maliyet bedellerinden 3 ila 9 kat daha yüksek olduğu görülmüştür.

Projenin en büyük sorunu yüksek maliyettir. Konsorsiyum tarafından belirlenen yatırım maliyeti DSİ Genel Müdürlüğünün hazırladığı katı proje raporunda öngörülen maliyetin 10 ilâ 12 kat üzerindedir. Bu fahiş fiyat farklılığına bir de, modelin 15 yıllı sınırlı olması eklendiğinde, satılacak suyun birim fiyatı asgari 4 ABD Doları gibi oldukça yüksek bir hale gelmektedir. Nitekim İSKİ'nin projeden su almayı reddetmesinin nedeni de birim fiyatın yüksekliğidir.

Su satış fiyatının yer aldığı faturaların düzenlenmesi ile ilgili önemli bir diğer konu, faturalara yansıtılan ve nakit çıkışı gerektiren işlem ve harcamaların sözleşme kapsamında ve ödenmesi uygun harcamalar olup olmadığıdır. Bu konuda, Hazine baş kontrolörleri Nuri Ercan Tortop ve Hüseyin Zengin tarafından İSAŞ kayıtları ve

belgeleri üzerinde yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 25.12.2000 tarih ve 122/7-72/9 sayılı raporda yatırım ve işletme dönemi maliyetlerindeki hatalı işlemler (dolayısıyla su faturalarına yansıyan yersiz ödemeler) nedeniyle fazla ve yersiz ödemede bulunduğu tespit edilmiştir. Söz konusu hatalı işlemler nedeniyle 1.670.211 ABD Doları faiz, 10.428.238 ABD Doları anapara olmak üzere toplam 12.098.449 ABD Doları fazla ve yersiz ödemede bulunduğu yönünde bir tespit yapılmıştır. Diğer bir deyişle şirket tarafından gerek yatırım maliyetleri ve gerekse işletme dönemi maliyetleri şişirilmek suretiyle su satış faturalarının tutarları yükseltilmiştir.

Hazine kontrolörleri tarafından İSAŞ'a ait belgeler üzerinde yapılan kapsamlı incelemeler sonucunda; İBB ve çevre belediyeler için, projede kullanılan kredinin amacı ve mevcut mevzuatla bağdaşmayan ve proje maliyetlerinde önemli artışlara sebebiyet veren bir takım harcamalarda bulunduğu veya finansman sağlandığı, bu belediyelerin (tam olarak tespit edilemeyen sayı ve tutarda) ruhsat dahil bir takım ücret veya hizmetler talep ettiği belirlenmiş olup;

İBB ve tesisten yararlanacak çevre belediyeleri tarafından, 3996 sayılı kanun uyarınca çıkarılan 94/5907 sayılı BKK hükümleri ile taraflar arasında imzalanan USSA'da yer alan hükümlere aykırı olarak İSAŞ'tan nakdî ve aynî bir takım taleplerde bulunduğu ve söz konusu taleplerin İSAŞ tarafından kredilerden karşılanması sonucunda tesisin toplam yatırım ve işletme maliyetlerinin artmasına sebep olduğu sonucuna varılmıştır.

İşin sahibi İBB, ilgili kanun ve karnamede belirtilen hiçbir usule uymadan ve başka isteklilerden teklif almaksızın projeyi ilgili konsorsiyuma vermek suretiyle rekabet koşullarını ortadan kaldırdığı gibi projenin maliyeti ile ilgili bir karşılaştırma yapma imkânı da kalmamıştır. Dolayısıyla belediye; projenin başlangıç yatırım maliyetinin benzer projelere oranla daha yüksek olmasına sebep olmuştur.

Sayıştay Başkanlığı 11.01.2001 tarihli bir yazı ile İBB'ye;

- Bir önceliklendirme çalışması yapıp yapmadığını, muhtemel başka taliplilerden teklif alıp almadığını, hangi kanun hükümlerine göre ihaleyi sonuçlandırdığını,
- Ne tür risk analizleri ve değerlendirmeleri yaptığını, bu değerlendirmelerin kararlara nasıl yansıdığını,
- Ne tür riskleri üstlendiğini, hangi riskleri özel sektör ortaklarına transfer ettiğini,
- Yatırım maliyetinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını,
- Hangi alanlarda ne gibi fayda maliyet analizleri yaptığını, bu analizlerin tercih ve kararları ne yönde etkilediğini,
- Yapım, işletme ve devir koşullarını nasıl belirlediğini, bunları belirlerken öncelikle hangi kamu çıkarlarını gözettiğini,
- Üretilen suyun pazarlanması konusunda önceden ne gibi araştırma ve bağlantılar yaptığını sormuştur.

İBB cevabî yazısında; projenin ihalesinin DSİ Genel Müdürlüğü tarafından yapıldığını ve inşaatına başladıktan sonra, dönemin başbakanı tarafından YİD yöntemiyle tamamlanması yönünde ilgili kuruluşlara verilen talimatla klâsik yapım yönteminden vazgeçildiğini, YİD yöntemine geçişte yaşanan sürecin tümünde DSİ, DPT ve Hazine Müsteşarlığının olduğunu, konsorsiyumun yaptığı teklifin bu konularda en yetkili kuruluşlar tarafından incelendiğini, irdelendiğini ve bu çalışmalar sonucunda teşvik belgeleri ile Hazine garantilerinin verildiğini,

DSİ Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan bu projenin İstanbul'a 100 milyon metre küp/yıl, SEKA, PETKİM, TÜPRAŞ, ve İGSAŞ'a 30 milyon metre küp/yıl su verileceği varsayımı ile hazırlandığını, ancak İSKİ'nin suyu almaması ile Sapanca Gölü'nden çok ucuz maliyetlerle su kullanan sanayi kuruluşlarının Yuvacık Barajından su almayı reddetmelerinin projenin başlangıçtaki kurgusunu engellediğini;

Yatırımın kendisini geri ödemesi için sanayi kuruluşlarına 50 milyon metre küp/yıl su satışı sağlanmasının şart olduğu bu hedefin tutturulabilmesi için de,

özellikle Gebze ve Dilovası çevresinde henüz şebekeye bağlanmamış olan çok sayıdaki sanayi kuruluşunun projeden su almaları için çalışmalar yapıldığını belirtmiştir.

Görülebileceği üzere;

- Projenin YİD modeli kapsamına dahil edilerek tamamlanması tamamen siyasi bir karardır. Devletin ilgili birimleri yasal platformda yeri olmayan bu uygulamaya yasal bir zemin hazırlamaya çalışmışlardır.

- İBB; yürürlükteki kanunlar ile kendisine atfedilen görevleri kabul etmemekte, bunların DSİ Genel Müdürlüğü, DPT ve Hazine Müsteşarlığının görevi olduğunu düşünmektedir. Projenin YİD modeli ile tamamlanmak üzere İBB'ye devredildiği tarihten itibaren DSİ Genel Müdürlüğü devre dışı kalmıştır. YİD modeli ile yürütülen bu projede yürürlükteki mevzuata göre DSİ Genel Müdürlüğüne herhangi bir görev atfetmek mümkün değildir. Hazine Müsteşarlığı ise kuruluş kanunlarına aykırı olarak kendi görevlerinin projenin finansman yapısı ile sınırlı olduğunu iddia etmektedir.

İBB, (DPT ve Hazine Müsteşarlığı ile birlikte) projenin yatırım maliyeti ile ilgili olarak yürürlükteki kanunlarla kendisine verilen görevi yapmayarak bu günkü olumsuzluklara zemin hazırlamıştır.

Başlangıç aşamasından bitimine kadar hukuka ve mevzuata aykırı işlemlerle yürütülen, YİD modeli kapsamında yapılacak projelerde uygulanması zorunlu mevzuat hükümlerinin hiç birisine uyulmadan sonuçlandırılan bu proje nedeniyle Hazine, İzmit şehrinin ihtiyacı olmayan ve İSKİ tarafından da satın alınmayacağı başından beri belli olan su için işletme dönemi süresi olan 15 yıl boyunca her yıl artan oranlarda bir borç yükü altına sokulmuştur.

DEİ Genel Müdürlüğünün, kuruluş kanunu ile kendilerine verilen görevleri yerine getirmemesi ve USSA'nın hazırlık ve imza sürecine katılmaması sonucu:

- Projenin yatırım maliyeti benzer işlere oranla çok yüksek olarak gerçekleşmiş ve projenin maliyeti beklenen fayda ile kıyaslanamayacak ölçüde artmıştır.
- Taraflar arasında imzalanan ve Hazine tarafından garanti verilen USSA'da proje ile ilgili şirket tarafından üstlenilen herhangi bir risk olmayıp tüm riskler İBB ve dolayısıyla Hazineye yansıtılmıştır.
- Proje kapsamında üretilecek suyun pazarlanması konusunda İBB tarafından önceden suyu satın alacağı varsayılan belediyeler ve sanayi kuruluşları ile gerekli anlaşmaların yapıp yapılmadığı araştırılmadan garanti verilerek Hazinesinin bugün karşı karşıya kaldığı olumsuzlukların doğmasına yol açılmıştır (www.sayistay.gov.tr).

Gama İnşaat firması ise yukarıda ileri sürülen iddialara karşılık gazete ilanı yoluyla yaptığı açıklamada şu savunmayı yapmıştır (www.arkitera.com/haberler/2002/09/10/yuvacik.htm):

“Gama İnşaat işletme döneminde fizibiliteye esas bazı unsurların ilgili kuruluşlarca yerine getirilmediğini bu unsurların şunlar olduğunu ileri sürmektedir.

-İSKİ fizibilitede öngörülen suyu ihtiyacı olmadığı gerekçesi ile almamıştır.

-Fizibilitede endüstri kuruluşlarının kullanacağı belirtilen su, anılan kuruluşlarca alınmamış ve bu kuruluşlar, Sapanca Gölünden su almaya devam etmişlerdir.

-Ayrıca vuku bulan deprem felaketi su alan bölgelerin mevcut iç dağıtım şebekelerini tahrip etmiş, kaçaklar artmış, yerleşim alanları değişmiştir. Gama bu nedenlerle belediyenin ödeme sıkıntısına düştüğünü ve üretilen suyunun bedelini Hazine'ce karşılanmasının ana nedeni bu olduğunu belirtmiştir.

İzmit Projesi Gölcük'ten Gebze'ye kadar olan Körfez Bölgesinin 2020 yılına kadarki su ihtiyacını karşılamak ve ilk yıllarda İstanbul'a 100 milyon m³/yıl su vermek üzere D.S.İ. Genel Müdürlüğü'nce planlanmıştır. Ayrılan ödeneklere paralel

olarak 3 yılda işin ancak %10'u gerçekleştirilebilmiştir. Proje yürürlükteki yasalara uygun olarak gerçekleştirildi. Gerekli Bakanlar Kurulu ve Yüksek Planlama Kurulu kararları alınmıştır. Baraj, Danıştay onayı ile D.S.İ.'den belediyeye devredilmiştir.

Projenin yapım maliyeti emsallerinden yüksek değil. İzmit su projesinin diğer projelerle karşılaştırılmasında dikkate alınması gerek bazı özellikleri şunlardır: Proje 60 milyon m³ rezervuar hacimli bir baraj, 480.000 m³/gün kapasiteli su arıtma tesisi, 162 km.'ye varan isale hattı, 6 pompa istasyonu, 39 ana deponun seviyesini devamlı izleyen merkezi kontrol sistemi ve boru hatlarının paslanmasını önleyecek kotodik koruma sisteminden meydana gelmektedir. Sistem birinci derece deprem bölgesi şartlarına göre inşa edilmiştir. 1999 yılındaki iki büyük depremde baraj, arıtma tesisleri ve yer yer fay hattı ile kesişen boru hatlarında her hangi bir hasar olmamıştır. Kullanıma sunulan bol ve sağlıklı su ile salgın hastalık tehlikesinin önüne geçilmiştir.

İsale hatları çelik ve font borularla yapılmıştır. Çelik borular kredi anlaşmalarının gereği Fransa'dan ithal edilmiştir. Boru hatları şehir içi şartlarında, Türkiye'de trafiğin en yoğun olduğu İzmit-Gebze ve İzmit-Gölcük güzergahlarında, çok kısa sürede, özel tekniklerle döşenmiştir. YİD sisteminde projenin her türlü risk ve masrafı, keşif artışları da dahil olmak üzere yapımçı şirkete aittir. Klasik ihalelerde ise büyük keşif artışları ile karşılaşılır. Öngörülen maliyet ile nihai maliyet arasında büyük fark oluşur.

YİD müteahhidi 15 yıllık işletme süresi boyunca oluşacak arızaların sorumluluğunu taşımaktadır. İnşaatın kalitesi de buna uygun olur. Klasik ihalede ise normal olarak bir yıl olan garanti süresi sonunda müteahhidin sorumluluğu biter. Tesislerin ömrü asgari 40 yıldır ve bu süre içerisinde sorun çıkmadan işletilecek şekilde projelendirilmiş ve inşa edilmiştir.

Örnek gösterilen Manavgat projesi D.S.İ tarafından klasik usulle 1991'de ihale edilmiş, işin geçici kabulü 2000 yılında yapılmış ve yaklaşık 150 milyon dolara mal olmuştur. Bu projedeki isale hattı İzmit projesinin 1/8'i kadar, arıtma tesisi 1/2

kapasitesindedir ve baraj yoktur. İlave olarak deniz dolun tesisi vardır. Proje kapsamı hiçbir şekilde İzmit'in %25'inden fazla değildir. Ancak maliyeti İzmit'in % 300'una yakındır. İzmit projesinin 10 misli gibi bir oranda pahalı olduğu iddiasının, akılla, mantıkla, teknikle, bilimle hiçbir alakası yoktur ve tamamen farklı kapsamlı projelerin yanlış kıyaslanmasından kaynaklanmıştır.

Suyun birim fiyatı 4 dolar değil ortalama 1 dolardır. Suyun belediyenin depolarına teslim fiyatı, maliyetin en yüksek olduğu 2000 yılında dahil 1.42 USD/m³ olmuştur. 2002 yılı fiyatı ise 1.22 USD/m³'tür. Fiyat bundan sonraki 11 yılda da azalmaya devam edecek, son dört yılda 0.76 USD/m³'e inecektir. 15 yıllık ortalama su fiyatı 1.08 USD/m³ olacaktır. Bu bedelin içinde mevcut olan vergiler düşüldüğünde gerçek bedelin 1 USD' in altında olduğu görülecektir. İzmit su projesi 2013 yılı sonunda bütün borçları ödenmiş olarak, borçsuz ve bedelsiz belediyeye devredilecektir. Bu tarihten sonra da tesisler en az 25 yıl belediye tarafından işletilecek, birim maliyet işletme masrafları karşılığı olan 0.15 USD/m³'ü aşmayacaktır.

Eğer proje YİD sistemi yerine nüfus 100.000'i aşan belediyelere tanınan ayrıcalıktan yararlanılarak DSİ tarafından yapılsa idi, yine aynı yapım ve yatırım bedeli, kısmen bütçeden, kısmen hazineden garantili dış borçlar yolu ile finanse edilecek ancak bunlarla ilgili ödemeleri hazinenin kredi geri ödemelerinde bağımsız, bütçeden tahsis edilenler ise faizsiz olarak uzun yıllara yayılacak; bu şekilde sağlanan sübvansiyon suyun ucuza üretildiği izlenimini yaratacaktır. Devletin ürettiği hizmet ve malların gerçek bedelleri dışında satışının sonuçları ise kamuoyunun yüksek malumlarıdır" (www.arkitera.com/haberler/2002/09/10/yuvacik.htm).

SONUÇ

II.Dünya Savaşından sonraki dönemde gelişmekte olan ülkelerde bir çok alt yapı projesi doğrudan devletin yada ona bağlı bir kamu kuruluşunun denetimi ve sorumluluğu altında bütçe kaynaklarıyla ye da dış borçlarla finanse ederek gerçekleştirmektedir. Ancak 1970’li yılların sonlarında ve 1980’li yılların başlarında yaşanan gelişmeler, alt yapı projelerinin finansmanına yönelik alternatif yolların bulunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Alt yapı yatırımlarına harcanan tutarın büyüklüğü hükümetlerin dış borçlarını ve bütçe açıklarını arttırarak, eğitim, sağlık ve sosyal refahın sağlanması için gerekli diğer kamu hizmetlerinin aksamasına neden olmaktadır.

Diğer yandan, 1970’lerden beri giderek artan bir biçimde kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma uygulamasının, ortaya yeni hukuksal sorunlar çıkardığını yukarıdaki bölümlerde açıklamıştık. Bütün bu konularla ilgili gerek öğretide yer alan görüşleri gerekse yargı kararlarını birlikte değerlendirdiğimizde ortaya çıkan tartışmaları şu şekilde özetlemek olanaklıdır.

- Kamu hizmeti kavramının tanım ve kapsam konusu tartışılmakta; hangi hizmetlerin kamu hizmeti niteliği ağır bastığı açık olarak öngörülmemekte;
- İdari sözleşmelerin hangilerinin “idari nitelikte” olduğunu gösteren açık düzenlemeler bulunmamakta;
- Geleneksel kamu hizmetlerinin gördürülmesinde hangi sözleşmelerle hizmetin özel kişilere devredilebileceği konusu tartışılmakta;

- Kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi düzenlemeye konu olan sözleşmelerle gördürülmesine ilişkin uygulamalar, henüz istikrarlı bir sisteme kavuşmamış olmakta;

- Gerek imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay incelemesinden geçirilmesi, gerekse idari sözleşmelerin yargısal denetiminde idari yargı denetiminin kısıtlanması yolunda çabalar yoğunlaşmaktadır.

Kamu hizmeti kavramını zorlayan unsur, 1980'li yıllardan sonra yapılan siyasal tercihler sonucu gündemden hiç düşmeyen özelleştirme olgusudur. Özelleştirme uygulamaları çerçevesinde genişleyen özel girişimin etkinlik alanı, doğal olarak kamusal hizmetler alanının daralması sonucunu doğurmaktadır. Liberal tercihlerin güncelleştirdiği özelleştirme akımı ve sosyal devlet anlayışında benimsenen yeni yaklaşım, yaygın sosyal devlet anlayışının ürünü bazı hizmetleri, “kamu hizmeti” kavramının dışına çıkarmaktadır. Ancak toplumsal yaşamda liberalizmin veya sosyal demokrasinin “kamu hizmeti” olarak benimsediği bir alan mutlaka vardır. Bu anlayış çerçevesinde özelleştirme olgusunun kamu hizmeti kavramına en büyük etkisi, hizmetin görülüş usulünde olmaktadır.

Yap-işlet-devret, benimsediği ekonomik tercihler doğrultusunda sanayi yatırımlarından uzaklaşan devletin bir süre sonra alt yapı yatırımlarına da kaynak aktaramaz hale gelmesi sonucunda gündeme gelmiştir. Ülkemiz açısından ekonomik ve sosyal kalkınmanın altyapısını oluşturmak için gerekli olan yatırımlarda devletin doğurduğu boşluk, yap-işlet-devret formülü çerçevesinde özel girişimle doldurulmak istenmektedir.

Bu bağlamda, altyapı sektörü şu açıdan önem kazanmaktadır: Bunların yapımı ileri teknoloji gerektirmeleri nedeni ile ulusötesi tekeller için rakipsiz oldukları karlı yatırım alanlarıdır. Azgelişmiş ülkelerin altyapı sektöründe özelleştirme uygulamaları sonucu devletin geri çekildiği alanlarda rol alanlar, uluslararası niteliğe sahip yeni girişimcilerdir. Bunlar, gelişmiş ülkelerde telekomünikasyon, enerji ve su hizmetleri alanlarında yavaş artan bir talep ve yüksek rekabet ile yüzyüze

gelmişlerdir. Bu nedenle az gelişmiş ülkelerde yüksek getirili yatırım fırsatlarını ısrarla kovalamaya başlamışlardır. Altyapıda özelleştirme politikalarının diğer bir nedeni de mali sermayenin kendini gerçekleştirecek alan arayışıdır. Yatırımların finansmanında devletin devre dışı kalması bu arayışa cevaptır (Güler, 1996: 103-109).

Yap-işlet-devret modeli umumiyetle dünya genelinde iki temel saikle uygulama alanı bulabilmektedir. Bunlardan ilkinin gelişmekte olan ülkelerin temel alt yapı yatırımlarını ve maddi külfeti yüksek olan kamu hizmetlerini yerine getirmede yetersiz kalması oluşturmaktadır. İkincisini ise daha çok gelişmiş ülkelerde seyreden esasında bir ekonomi politikası ve stratejisi içerisinde devletin ekonomiden geri çekilmesini ve geri çekilirken de endüstriyel ve ticari potansiyele sahip kamu hizmetlerini özel sektörün ilgisine bırakmaya yönelik yapılan düzenlemeler olarak belirtebiliriz. Esasında Türkiye’de her iki saikinde geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira Türkiye’de 1980’lerden sonra gelişme gösteren piyasa ekonomisi anlayışı ve özelleştirme politikaları kamu ekonomisini alanını daraltmaya yönelik bir sosyal, siyasal ve hukuki bir mutabakatın varlığı fenomen haline gelmiştir. Bundan mütevellit Türkiye’de yap-işlet-devret modeli hem kamu finansmanının yetersiz kaldığı durumlarda devreye girmesi söz konusu olabildiği gibi hem de devletin ekonomiden çekilme pozisyonu içerisinde yürüttüğü kamu hizmetlerini piyasa koşullarına bırakma tercihindendir dolayı da devreye girebilmesi söz konusu olabilmektedir.

İdare hukuku doktrininde yap-işlet-devret sözleşmelerinin birer idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmeleri niteliğinde olduğu genel bir kanaat halindedir. Bu kanaate varmada yukarıda da belirtildiği gibi yap-işlet-devret sözleşmelerinde kamu idaresi tarafına özel hukuku aşan yetkilerin tevdi edilmesi gibi kriterlerin varlığı etkin haldedir.

Ancak 4446 sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra 4493 sayılı kanun ile 3996 sayılı kanunun 5. maddesinde yapılan değişiklikle yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınacağı da kayıt altına alınmıştır.

Ancak bu düzenleme YİD sözleşmelerinin hukuki mahiyetini değişime uğramaktan ziyade bilhassa kamu hizmeti imtiyazı niteliğine haiz YİD sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara yönelik yargılama hukuku bakımından önem kazanmaktadır. Böylece YİD sözleşmeleri ve onun çatısı altında bulunan muhtelif sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargılama mercii sözleşmenin içeriğine bağlı olarak tahkim belirlenebilmektedir. Yap-işlet-devret sözleşmelerinde yargılama hukuku bakımından tahkimin tercihe bırakılmış bulunması onun imtiyaz sözleşmesi olma özelliğine halel getirmemektedir. Zira yap-işlet-devret sözleşmesine imtiyaz vasfını veren en önemli unsur onun devletin egemenliğine dayanılarak verilmesinden kaynaklanmaktadır.

4501 sayılı kanunla, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu düzenlenmiştir. Kurumsal açıdan, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, hakemlik kurumunun doğası gereği, kamu yararının gözetilmesi olanağı içermemektedir. Hakemlerin, sözleşmeye taraf olan idare ve imtiyaz sahibinin karşılıklı menfaatlerinin uzlaştırılması dışında kamu yararını da dikkate almaları, tahkim kurumunun mantığı ile bağdaşmaz görünmektedir. Bununla birlikte, özellikle uluslararası sermayenin talepleri doğrultusunda ve “uluslar arası ticaretin menfaatleri” kavramına öncelik tanıyarak idari sözleşmeler alanında da tahkimin uygulanabileceği savunulmaktadır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, tahkim Türk idare hukuku kurumları arasına girmiş bulunmaktadır. Bu modelin uygulamaya konmasındaki nedenlerin başında, ulus aşırı sermayenin imtiyaza ilişkin şekil kurallarına ve ulusal idari yapı yargı denetiminden kaçınması gelmektedir.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma uygulamasının giderek yaygınlaşması olgusu karşısında ortaya çetin hukuksal sorunların çıktığı da bir gerçektir. Yap-işlet-devret modelinin kamu hizmeti imtiyazından farklı bir yol olmamasına karşın bu konudaki yasal düzenlemenin yetki ve usul kuralları dışına çıkarıldığına değinmiştik. Yap-işlet-devret modelinin ülkemizde işlevini yerine getirebilmesi için her şeyden evvel ülkemizin iktisaden ve siyaseten istikrarlı olması gerekmektedir. Bu durumda yapılması gereken modeli ve modele hayatiyet veren yasal metinlerin günün ekonomik ve siyasi koşullarına göre elden geçirmektir. Buna

ilaveten bu model çerçevesinde yapılan sözleşmelerde ülke çıkarlarını gözetir şekilde iyi sözleşmelerin yapılması gerekmektedir.

Yap-işlet-devret' ten beklenen amacın gerçekleşebilmesi, büyük ölçüde özel girişime sunulacak cazip bir ortamın oluşturulabilmesine bağlı gözükmektedir. Bunların da bir takım güvenceler ve ayrıcalıklar içermesi gereği ise modelin önündeki en büyük engel olmaktadır. Çünkü bu durum, konusunun kamu hizmeti olması bakımından yap-işlet-devret in tabi olacağı hukuksal rejim açısından paradoksal bir durum yaratmaktadır.

İşletme süreleri uzun olan YİD projelerinde doğabilecek dünya ve ülke şartlarındaki değişimler ülkenin yararları ile çelişebilir. YİD yatırımının ülke ekonomisine yükü ilk yıllarda çok az olduğundan YİD modeli ile yatırım gerçekleştirilmesi başlangıçta cazip olabilir. Ancak bu durum eğer işletme dönemi çok uzun tutulursa yatırımın ülkeye gerçek maliyeti artmaktadır.

Yap-işlet-devret sözleşmelerinde, sözleşmenin karşı tarafı hizmeti hasar, tehlike ve zarar kendisine ait olmak üzere yürütecektir. Yap-işlet-devret modelinin uygulanma nedeni ve mantığı da bunu gerektirmektedir; zira idare bu modele başvurarak kendi kaynaklarıyla gerçekleştiremeyeceği bir yatırımı ya da hizmeti özel kişiye yaptırmaktadır. Bunun doğal sonucu, yatırım ya da hizmetin özel kişi tarafından finanse edilmesidir. Bununla birlikte, 3996 sayılı kanunun 11. maddesi ile görevli şirket lehine bir takım garantiler öngörülmüş olması, aslında hizmetin hasar, zarar ve tehlikesinin idare ile şirket arasında paylaştırıldığı sonucunu doğurduğu için, imtiyaz sözleşmesinin klasik tanımındaki koşulun 3996 sayılı kanun bakımından gerçekleşmediği söylenebilir. Nitekim yap-işlet-devret sözleşmelerinin bu tür güvence hükümleri nedeniyle, hizmetin işletilmesinde doğacak kar ve zarara idarenin de büyük ölçüde katıldığı müşterek emanet yöntemine yaklaştığı savunulmaktadır (Öztürk, 2000:138). Gerçekten bu tür garantiler imtiyaz sözleşmelerinin temel mantığı ile bağdaşmadığı halde, gelişen imtiyaz tanımında hizmetin bütünüyle imtiyaz sahibi tarafından finanse edilmesi koşulunun yerini, imtiyaz sahibi ile idare

arasındaki bir mali işbirliğinin aldığı kabul edildiğinden, yap-işlet-devret sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yasama organı, YİD modelinin uygulanabileceği alanı oldukça geniş tutmuştur. YİD modeli yalnızca, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren faaliyetler olarak alt yapı hizmetlerinde uygulanmalıdır.

Modelin uygulanmasında esas olarak tavan ücret yöntemi kabul edilmelidir. Bu yöntemle elde edilecek karlar, fiyatla maliyet arasındaki farka bağlı olduğu için, şirket maliyetleri düşürme yönünde teşvik edilmektedir. Bunun yanında, tavan ücret yönteminde tekliflerin değerlendirilmesi kolay olduğu gibi, maliyet artı kar yönteminde karşılaşılan aşırı kapitalizasyon eğilimi söz konusu değildir. Ayrıca idare maliyetleri düşüktür. Bu çerçevede ihalelerde de şirketlerin önerdikleri maliyeti, iç karlılık oranları gibi unsurlar yerine üretilecek mal ve hizmetin fiyatı ve talep edilen işletme süresi temel değerlendirme ölçütü olarak kullanılmalıdır. İdarenin söz konusu tesisin işletilmesini üstlenmeyi düşünmediği durumlarda mal ve hizmet standartları ve diğer teknik şartlar aynı olmak şartıyla sadece fiyat değerlendirme ölçütü olarak alınıp en düşük fiyatı öneren teklif kabul edilmelidir. İşletme süresinin önceden sabit tutulması suretiyle de aynı yöntem uygulanabilir.

Türkiye’de YİD modelinin iç ve dış kamu borçlanması yekunu üzerinde etkileri üzerinde irdeleme yapılırken;

- a. YİD modeli çerçevesinde verilen hazine garantileri
- b. YİD modeli çerçevesinde yapılan “off-take agreement” yani “tek alıcı sözleşmeleri” ve bundan kaynaklanan ve kaynaklama şansı her zaman için potansiyel olarak var olan projeler (örneğin İzmit Su Projesi)
- c. YİD sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargılama yolu olarak tahkim hukukunun geçerli olması ve bu çerçevede verilen kararlar sonucunda kesinleşen tazminatların yine hazineye ödenmek üzere geri dönmesi ve bu hususun Türkiye’de borç stokunun artırıcı potansiyel bir riske sahip olması.

Türkiye’de kamu borçları ciddi boyutlara gelmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda yüzlerce sayıda YİD modeli ve onun kapsamında bulunan diğer türev modelleri (3096, 3465 ve 4283 sayılı kanunlar çerçevesinde verilip daha sonra 3996 sayılı kanun kapsamına alınanlar dahil) neden oldukları kredi ve ürün satın alma garantilerine tanınan hazine garantileri orta ve uzun vadede kamu maliyesini sıkıştıracağına benzemektedir.

Hazine garantileri sayesinde YİD finansmanı devlet üzerinden haksız para kazanma modeline dönüşmüş bulunmaktadır. Tabii bunda Türkiye’nin içine düştüğü siyasi popülizmin de etkisi bulunmaktadır. Bu yüzden YİD modeli ile verilecek projelerin ekonomik rasyonelite içerisinde fayda maliyet analizi kamu maliyesinin ve kamu yararının lehine kurulması gerekmektedir. Aksi durumda klasik kamu finansmanı olan “anahtar teslimi modeline” (turnkey project) göre verilmesi kamusal çıkar bakımından daha akıllıca gözükmemektedir.

Sebepten olduğu Hazine garantileri ile YİD modeli sürekli kamusal borcu artırma trendindedir. Bu öyle bir durumdur ki şu ana kadar yapılan YİD sözleşmeleri çerçevesinde hazinenin verdiği türlü garantilerin yekunu hakkında net ve kesin bir bilgi bulunmadığı gibi aynı zamanda bunun envanterine de sahip olduğu ileri sürülememektedir. Nitekim hazinenin sadece YİD modeli çerçevesinde verdiği garantiler o kadar ileri gitmiş olmalı ki bu yüzden İMF, DSP-MHP-ANAP koalisyonu döneminde yapılan yardım programından mütevellit 2000 yılı bütçesinde bu hazine garantilerinin son bulmasını yoksa bankaların sebep olduğu finans piyasalarının sebep olduğu bataklık gibi yeni bir batağın gelişmekte olduğunu bildirmiştir.

Diğer taraftan YİD modeli çerçevesinde gerçekleştirilen projelerin tercih yoğunluğu ürün satım sözleşmesine müsait olan elektrik ve su sektörü üzerindedir. Bunda ilgili kamu idarelerinin hazır ve keke müşteri konumunda gibi gözükmelerinin de etkisi bulunmakta, bu mal ve hizmetlerin ürün yapısı gereği hemen pazarlanmaları gereği zorunluluğu ve stoklanma güçlükleri söz konusu ürünlerin kamuya maliyetini

katmerli yapmaktadır. Diğer taraftan Türkiye'nin büyüyen enerji ihtiyacı ve buna karşı kamu finansmanının yetersiz olması ayrı bir paradoksal durum olarak belirlenmektedir.

Ülkemizde yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilen proje ve yatırımlar içerisinde çokça yapılan hata, yap-işlet-devret anonim şirketinin ürettiği mal veya hizmetin imtiyaz süresi boyunca idarece satın alma taahhüdünden kaynaklanmaktadır. Hal böyle olunca idare üretilen mal veya hizmetin gerçek piyasa değerinin üzerinde bir fiyat ödemeye namzet bulunduğu bilinen bir gerçek haline gelmekte ve aynı zamanda da idareyi mali bakımdan külfete ve stok maliyetine sokmaktadır. Dolayısıyla yapılması gereken idarenin bu tür satın alma taahhütlerinden mümkün mertebe kaçınması ve da sözleşme gereği kabul edilen ürün satın alma sözleşmelerinde fiyat ve da ücretin piyasa fiyatına yakın bir fiyatta olması gerekmektedir. Aksi takdirde modelin sağlayacağı yararlar baştan önemli bir yara almaktadır. Bilinmelidir ki burada ulaşılmaması gereken temel amaç kamu yararadır.

Hazine bugüne kadar 40 adet YİD projesi için garanti vermiştir. İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi 3996 sayılı kanuna göre YİD modeli kapsamında yapılan ilk iş olup, projenin tasarlanması, yürütülmesi ve işletilmesi aşamalarında ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle Hazine verdiği ürün satın alma garantisi çerçevesinde iki yıl içerisinde (1999-2000) 387 milyon ABD Doları tutarında su faturası ödemek zorunda kalmıştır. Üstelik bedeli ödenen su, herhangi bir şekilde kullanılamamıştır. Tesislerin işletme süresinin 15 yıl olduğu dikkate alındığında; yapılacak ödeme kalan yıllarda (18.01.2014 tarihine kadar) artarak devam edecektir.

Projenin planlama aşamasından bitimine kadar ve hatta işletme döneminde yapılan birçok işlem yürürlükteki mevzuata aykırı olarak gerçekleşmiş ve böylece birçok olumsuz sonuca yol açılmıştır. Şöyle ki:

- İzmit Su Projesi, 3996 sayılı kanunun 4047 sayılı kanunla değişik geçici 1'inci maddesinde belirtilen “*YİD modeline göre başlamış ve devam eden iş*”

kapsamında olmadığı halde 24.02.1995 tarih ve 95/T-17 sayılı YPK kararına istinaden YİD modeli kapsamına alınmıştır.

- Oysa proje yeni başlamış bir projedir. 3996 sayılı kanun hükümleri ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında yer alan esasların tümünün bu projeye uygulanması zorunlu iken, söz konusu Kararnamenin ihale koşulları ile ilgili hükümleri uygulanmayarak haksız rekabete sebep olunmuş; bu da projenin yatırım maliyetinin benzer işlere göre çok yüksek olması sonucunu doğurmuştur. DSİ Genel Müdürlüğü tarafından klâsik ihale yöntemi ile başlanılan Yuvacık Barajının, YİD modeli ile tamamlanmasına karar verilmesi üzerine konsorsiyumun projenin yapım ve işletilmesi ile ilişkin olarak verdiği ilk teklifinde toplam yatırım tutarı 480 milyon ABD Doları iken, tesislerin ticari işletmeye açıldığı tarih itibariyle revize edilerek 890,9 milyon ABD Dolarına yükselmiştir.

- İş DSİ Genel Müdürlüğünden alınarak YİD modeli çerçevesinde kurulan konsorsiyuma ihaleye bile çıkılmasına gerek görülmeden sadece konsorsiyumdan alınan fiyat teklifine istinaden verilmiş ve verilirken de hiçbir kritere uyulmamıştır.

Türkiye’de baraj, arıtma tesisi ve isale hatları yapımı ve maliyet tespitinde uzman kuruluş bilindiği üzere DSİ Genel Müdürlüğüdür. Bu nedenle DEİ Genel Müdürlüğü 13.05.1994 tarihinde DSİ Genel Müdürlüğüne hitaben bir yazı hazırlayarak söz konusu proje maliyetinin DSİ Genel Müdürlüğünce yürütülmekte olan benzer amaçlı projelerin maliyeti ile karşılaştırılarak konuya ilişkin görüşlerinin Müsteşarlığa iletilmesini istemiştir. Ancak bu yazı DSİ Genel Müdürlüğüne gönderilmemiştir.

YİD modeli ile dış kaynaklı kredi kullanılarak İzmit Su Projesi kapsamında inşa edilen Yuvacık Barajı Arıtma Tesisleri ve İsale Hatlarının yatırım maliyeti hakkında fikir edinilebilmesi açısından dış kaynaklı kredi temin edilerek DSİ Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen ve benzer iş niteliğinde olan:

- İzmir Tahtalı Barajı, Arıtma Tesisleri ve İsale Hatları,
- İstanbul Yeşilçay-Yeniemirli Arıtma Tesisleri,

o Diyarbakır İçme ve Sanayi Suyu Temini,
projelerinin (istimlak bedelleri hariç) baraj gövde inşaatı, arıtma tesisleri ve isale hatları toplam yatırım maliyetleri (ABD Doları cinsinden) ile yıllık su üretim kapasiteleri hakkında DSİ Genel Müdürlüğünden alınan bilgiler ile projenin yatırım maliyeti karşılaştırılmış ve sonuçlar bir tablo halinde aşağıda belirtilmiştir:

Tablo 1

İzmit su projesi ve benzer projelerin maliyet karşılaştırması						
	Kapasite (milyon m3)	Baraj	İsale Hattı	Arıtma Tesisleri	Pompa İstasyonu	Toplam Maliyet
İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi	142	56,3	287,3	142,8	25,7	512,1
İzmir Tahtalı İçme Suyu Projesi	128	34,9	31,5	49,2*	-	115,7
Diyarbakır İçme Suyu Projesi	95	117,9	51,5*	42,5	-	211,9
İstanbul Yeşilçay Sistemi	145	-	76,3	41,3	16,6	134,2
*Pompa istasyonu dahil						milyon usd

(www.sayistay.gov.tr)

Tablodan da görüleceği üzere; İzmit Su Projesinin isale hattı ve su arıtma tesisi maliyet bedelleri ile benzer projeler olarak irdelenen İzmir Tahtalı İçme Suyu Projesi, Diyarbakır İçme Suyu Projesi ve İstanbul Yeşilçay Sistemi İsale Hatları ve Arıtma Tesisleri maliyet bedelleri arasında fahiş farklar bulunmaktadır. Örneğin;

128 milyon metre küp kapasiteli İzmir Tahtalı İçme Suyu Projesinde Arıtma Tesisleri Pompa İstasyonu dahil 49,2 milyon ABD Dolarına mal olmuş iken İzmit Su

Projesinde Arıtma Tesisi 142,8 milyon ABD Doları ve Pompa İstasyonu 25,7 milyon ABD Dolar olmak üzere 168,5 milyon ABD Dolarına mal edilerek diğer tesisin 3,5 katı kadar pahalıya tamamlanmıştır. Yine İzmir Tahtalı İçme Suyu Projesinde İsale Hatları 31,5 milyon ABD Dolarına yapılmış iken İzmit Su Projesinde İsale Hatları 287,3 milyon ABD Dolarına mal edilmiştir. Aradaki fark yaklaşık 9 kattır.

Yine İstanbul ve çevresinin uzun vadeli (2040 yılına kadar) su ihtiyacını karşılamak amacıyla İstanbul'a 170 kilometre uzaklıkta bulunan Büyük Melen Çayı üzerinde dört aşamada kurulacak olan Melen Sisteminin (baraj, arıtma tesisleri ve isale hatları) ilk aşamasının yatırım maliyetinin 1.182 milyon ABD Doları olup su üretim kapasitesinin yıllık 286 milyon metre küp olduğu hususu dikkate alındığında, İzmit Su Projesi kapsamında yıllık Melen Sisteminin ilk aşamasının yarısı kadar (142 milyon metre küp) su üretecek olan ve İzmit'e 17 km uzaklıkta kurulan bir sistemin maliyetinin Melen Sisteminin maliyetine yakın olması (890 milyon ABD Doları) düşündürücüdür.

- Projenin en büyük sorunu yüksek maliyettir. YİD modelinde projenin toplam maliyeti üretilen malın (suyun) birim fiyatına aynen yansımaktadır. Buna modelin 15 yıllı sınırlı olması hususu eklendiğinde satılacak suyun birim fiyatı ortalama 4 ABD Doları gibi oldukça yüksek bir hale gelmektedir. Nitekim İSKİ' nin projeden su almayı reddetmesinin nedeni de birim fiyatın yüksekliğidir.
- İzmit Büyükşehir Belediyesi bünyesinde kurulu İzmit Su (İSU) Genel Müdürlüğü de birim fiyatı yaklaşık 4 ABD Doları olan bu suyu nihaî tüketicisine 25 sent gibi oldukça düşük bir fiyata satmaktadır. Kayıp ve kaçaklar da dikkate alındığında bu fiyat 10 sente kadar düşmektedir.
- Şirket tarafından getirilmesi gereken öz sermaye projenin toplam yatırım tutarının % 15'i oranında kalmış ve YİD modeli ile öngörülen yabancı sermaye transferi düşük oranda gerçekleşmiştir.

- Taraflar arasında Uygulama ve Su Satış Anlaşmasının imzalandığı 24.08.1995 tarihinde Türk Hukukunda henüz yerini almamış olan “*Uluslararası Tahkim*”e sözleşmede yer verilmek suretiyle hukuka aykırı bir düzenleme yapılmıştır.
- İBB; Kararname ile kendisine verilen denetim görevini yerine getirmemesi ve YİD modeli ile yapılan tesislerde üretilen mal ve hizmetlerin bedellerini tespit yetkisi kendisine ait iken USSA ile bu yetkiyi şirkete devretmesi sonucunda, şirketin bu yetkiyi kullanarak yatırım ve işletme maliyetlerine yansıtılmaması gereken bazı giderleri su faturalarına yansıtmasına ve bunun sonucunda da garantör sıfatıyla Hazine tarafından yapılan ödeme miktarının usulsüz olarak yükselmesine sebep olmuştur.
- USSA imzalanmadan önce Hazinesinin görüşü, imzalandıktan sonra da YPK’nın onayı alınmamıştır.
- İBB; kendisi için sağladığı birtakım olanakların yanı sıra tesisten yararlanacak çevre belediyelerinin de İzmit-Su Anonim Şirketine (İSAŞ) yönelik yasal olmayan istekleri için aracı olarak uygun görüş bildirmiş ve bu şekilde maliyetlerin daha da yükselmesine sebep olmuştur.
- İBB; USSA’da yer alan hükümler uyarınca proje kapsamında yapılacak tüm kamulaştırma giderlerini kendi bütçesinden karşılaması gerekirken şirkete ödetmesi sonucunda meydana gelen maliyet artışının su faturaları yoluyla Hazineden tahsil edilmesine sebep olmuştur.
- Proje ile ilgili olarak yapılması gereken fayda-maliyet analizleri, risk ve pazar araştırmaları ile yatırım maliyetinin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmaması sonucunda; projenin, benzer işlere oranla 3 ilâ 9 kat pahalıya mal olması, birim fiyatının yüksekliği, ihtiyaç olmaması nedeniyle satılamaması ve tüm risklerin kamu sektörü üzerinde kalması gibi olumsuzluklar yaşanmıştır.

3996 sayılı kanun çerçevesinde YİD modeli ile tamamlanan ilk proje olan İzmit Su Projesi ile ilgili olarak yapılan hatalı işlemler neticesinde Hazine bugün ağır bir yükü karşı karşıya kalmıştır.

DSİ Genel Müdürlüğü klasik finansman yöntemi ile başlanılan, konu ile ilgili uzmanlar tarafından bu yöntem ile tamamlanmasının uygun olacağı belirtilen ve yürürlükteki mevzuata göre YİD modeli kapsamına alınması mümkün olmayan İzmit Su Projesinin YİD modeli kapsamına alınarak tamamlanması sonucunda Hazine büyük bir yük altına sokulmuş olup bu husus çeşitli denetim birimleri tarafından düzenlenen raporlarla tespit edilmiştir.

YİD modelinin en önemli riski, model kapsamından verilen satın alma garantilerinin kamu kesimini, projelerin YİD modeli ile gerçekleştirilmesi suretiyle elde edilen avantajı aşacak bir ödeme yükümlülüğü altına sokması tehlikesidir. Bu durum, yani sözleşme kabul edilen belirli sürelerde belirli fiyattan ve belirli miktarda mal yada hizmet satın alma zorunluluğu, bazı durumlarda satın alınan ürünün fiyatının piyasa fiyatı üzerinde oluşmasını ve bu oluşan yüksek fiyatla ilgili kamu idaresine satılmasını mümkün kılabilir. Zira piyasa dinamik yapıya sahip olan ve bu dinamizm içerisinde mal yada hizmetlerin sürekli fiyatlarının aşağı yada yukarı değişkenlik gösteren spontanel bir yapıdır. Oysa YİD modelinde sözleşme ile belirlenen fiyat piyasanın arz-talep volatilitelerinden uzak bulunmakta bu da bizim YİD şirketinden satın aldığımız mal ve da hizmetin gerçek fiyatını yani piyasa fiyatını bilmemize engel olmaktadır. Diğer taraftan piyasa ekonomisi içerisinde “talep”, bir mal ve da hizmetin hangi süre içerisinde ne kadar üretileceğini belirler ve talebe göre üretimin miktarına karar verilir. Oysa idare ile YİD şirketi arasında yapılan ürün satın alım sözleşmesi hem ürünün fiyatı taraflar arasında belirlendiğinden gerçek piyasa fiyatını bilmemize imkan bırakmamakta ve hem de talebe bağlı üretim miktarını bilmemize engel olmaktadır. Bu da yapılan ürün satın alma sözleşmesi gereği idarenin ihtiyacının üzerinde ve belkide piyasa fiyatının üzerinde satın almaya zorunlu bulunması nedeniyle zarara uğramasına sebep olmaktadır. Bu risk İzmit Su Projesinde gerçekleşmiştir. Şöyle ki:

İBB'nin;

- Üretilen suyun maliyetinin yüksek olması,
- Bazı endüstriyel kuruluşlar ve çevre belediyelerle su satış bağlantılarını zamanında yapmaması,
- Mali durumunun iyi olmaması,

gibi nedenlerle, İSAŞ'tan yıllık 142 milyon metre küp suyu satın alma taahhüdünü yerine getirememesi sonucunda Hazine vermiş olduğu garanti çerçevesinde iki yıllık içinde 387 milyon Doları tutarında su bedelini İSAŞ'a ödemek zorunda kalmıştır.

Yine, İzmit Su Projesinin YİD modeli ile yaptırılması ve İBB'nin işi yapan konsorsiyuma (İSAŞ) %15 oranında ortak olması karşılığında kullandığı 19.5 milyon ABD Doları tutarındaki Hazine garantili dış krediyi geri ödeyememesi nedeniyle, faizi ile birlikte 20.2 milyon ABD Doları tutan bu borç, ilgili kreditor kuruluşu Hazine tarafından ödenmiştir.

Garantili kredilerin kullanıcı kuruluşlar tarafından ödenmemesi durumunda borç ödemeleri Hazinenin üstünde kalmakta, Hazine, kuruluşlarından alacaklı duruma geçmektedir. YİD modeli ile yapılan işler için verilen Hazine garantileri dış borç stok rakamlarını değiştirmese de nakit durumunu olumsuz yönde etkilemektedir.

YİD modeli bir kamu hizmeti alanının, idarece önceden belirlenen şartlarla ve bir özel hukuk sözleşmesine dayanarak belli bir süre için özel sektöre terk edilmesini öngörür. Bu anlamda sözleşme koşullarını, işletme şartlarını belirleme hakkı, kamu hizmetinin sahibi olan kamu kuruluşuna aittir. Bu modele göre hayata geçirilen bir projenin planlanmasından yeniden kamuya transfer edileceği aşamaya kadar nasıl tasarlanıp uygulandığının, nasıl işletildiğinin ve bu aşamalarda denetlenen kurumun imtiyaz sözleşmesinin kendisine tanıdığı hak ve yükümlülükleri ne derece yerine getirdiğinin de araştırılması gerekir. Bu kapsamda idarenin:

- Proje ile ilgili başka isteklileri araştırması,

- Gerekli risk analizlerini ve değerlendirmeleri yapması,
- Özel sektöre devredeceği riskler ile kamuda kalacak riskleri belirlemesi,
- Gerekli pazar araştırmaları ile fayda-maliyet analizlerini yapması, maliyet analizlerinin gerçekçi olması için azami özeni göstermesi,
- Yapım, işletme ve devir koşullarını belirlerken mümkün olduğunca kamu çıkarlarının gözetmesi,

Hazine Müsteşarlığının da garanti vermeden önce :

- İdarenin yukarıda belirtilen çalışmaları yapıp yapmadığı hususunu araştırması,
- Garantiler dolayısıyla üstlenilecek risk tavanını belirlemesi ve yapım uygulama safhasında bu risk tavanının açılması durumunda işletmenin kamu kesimi tarafından devir alınmasına anlaşmanın tadiline veya feshine imkan tanıyan hükümlerin sözleşmelere konulmasının sağlanması gerekmektedir.

Yukarıdaki örnekten sıralanan olumsuzlukların yanı sıra, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından YİD modeline ilişkin 2003 yılında hazırlanan raporda da, enerji alanında elektrik iletim ve dağıtımında kamu tekeli olduğundan, bu kamu kuruluşları ile görevli şirketler arasında uzun süreli ürün satın alma anlaşmaları imzalandığı, projelerin finansmanını kolaylaştırmak ve modele çekicilik kazandırmak için kamu kurumlarının bu yükümlülüklerine Hazine güvenceleri verildiği, yatırımcıların hiçbir işletme riskiyle karşılaşmaksızın üretim yapabilmeleri sağlandığı belirtilmiş ve işletmedeki çeşitli YİD projelerinde gerçekleşen hatalar şu şekilde özetlenmiştir (www.cankaya.gov.tr/tr_html/DDK/enerji.htm):

- Yap-işlet-devret projelerinde kamu yararını gözetmeyen, hatalı ve usulsüz çok sayıda işlem ve uygulama belirlenmiştir. YİD projeleri, ilgili yönetmeliğe aykırı, özensiz ve yzeyssel biçimde hazırlanmış yapılabirlik raporları esas alınarak uygun bulunmuştur. Mevcut yapılabirlik raporları projeyi değerlendirmek için gerekli bilgileri içermemektedir.

- Bazı projelerde, yönetmeliğe uygun bir fizibilite raporu olmaksızın, yatırım maliyeti, finansman yapısı, fon akış programı, iç karlılık bilinmeksizin sözleşme imzalanmış, sözleşmede belirlenen çıplak yatırım maliyetinin, gerçek maliyetten fazla gösterildiğini ve buna bağlı olarak tarifenin yüksek saptandığını ortaya koymuştur.

- Keşif bedelinin belirlenmesinde DSİ, Bayındırlık Bakanlığı gibi kuruluşların rayiç bedelleri yerine holding bünyesindeki şirketin fiyatları kullanılmış, fizibilite raporunda önerilen çok yüksek kredi faizleri kabul edilmiş, yatırım dönemi faizleri fizibilitede ve sözleşmede öngörülen tutardan daha düşük gerçekleşmesine karşın yatırım tutarı buna göre revize edilip, tarife düşünülmemiş, işletme süresi belirlenirken amortisman süresi dikkate alınmamış, çok uzun süreli alım yükümlülüğü altına girilmiştir.

- Enerji birim fiyatının ana öğelerinden birini oluşturan yatırım tutarları konusunda, hemen bütün uygulamalarda şirketlerin bildirimlerine itibar edilmiş, bunların doğruluğu araştırılmamıştır. Bakanlık, kendi yaptığı çalışmalarda birim yatırım maliyeti ile şirketlerin sunduğu maliyeti karşılaştırıp aradaki farkı bile belirlememiştir. Bazı projelerde yatırım tutarları şirketler tarafından hiç bildirilmemiş; buna rağmen, nasıl saptandığı belirsiz enerji fiyat teklifleri, bakanlıkça kabul edilerek sözleşmeler imzalanmıştır. Gerçek miktarının üzerinde bildirilen yatırım tutarları, elektrik tarifelerinin yüksek olmasının en önemli nedenini oluşturmuştur.

- Bildirilen yatırım tutarları içinde, maliyete eklenmemesi gereken öğeler sıkça yer almıştır. Teşvik uygulamalarından ve yatırım indiriminden yararlandığı için vergi ödemesi söz konusu olmayan şirketlerin maliyet hesaplarında vergi kalemlerinin yer aldığı; "etüd-proje harcamaları", "diğer harcamalar" gibi başlıklar altına ilgisiz harcamaların konulduğu, grup şirketlerine nedeni bilinmeyen büyük tutarlı kaynaklar aktarıldığı görülmüştür. 552 milyon dolar yatırım tutarlı bir projede 160 milyon dolar etüd-proje harcaması bildirilmiştir. Proje tutarının % 80'ini "diğer harcamalar" kalemi içinde gösteren örnekler vardır.

- Öz kaynağın ve projenin iç kârlılık oranları konusunda da şirket bildirimleriyle yetinilmiş, bu bildirimler bakanlıkça kontrol edilmemiştir. İç kârlılık oranlarının şirketler tarafından düşük gösterildiği, yapılan hesaplamalardan anlaşılmaktadır.
- Gerçekleşen kredi kullanımları ve öz kaynak tahsisleri, yapılabirlik raporlarında ve sözleşmelerde bildirilen öz kaynak/kredi oranlarına uymamaktadır. Pek çok projede, öz kaynak bildirildiğinden daha düşük oranda gerçekleşmiştir.
- Uluslar arası kabul görmüş ölçütlere göre benzer projelerde öz kaynak kârlılığı % 13-16 arasında değişmekteyken (başlangıçta 3096 sayılı yasada da % 16 oranı varken bu kural sonradan çıkarılmıştır) incelenen projelerde öz kaynak kârlılığının genellikle yüksek gerçekleştiği gözlenmiştir. Genel kabul görmüş öngörülere göre 20 yıllık bir sözleşmede iç kârlılığın, öz kaynak geri dönüşünü 6-7 yıl içinde sağlayacak oranda olması gerekirken, incelenen projelerde yatırımcıların daha işletmenin ilk yıllarında öz kaynağı geri alabildikleri örneklere rastlanmıştır.
- Sözleşmeler sonradan defalarca değişikliklere uğramıştır. Doğrudan enerji birim fiyatını artırıcı etki yapan bu değişikliklerle; projelerin toplam yatırım tutarları artırılmış, elektrik satış tarifeleri yükseltilmiş, işletme süreleri uzatılmış; devreye alma sayısında, erken üretim ve fazla üretim kurallarında, her zaman idarenin zararına, şirketlerin yararına düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Üretim maliyetini azaltıcı etkisi olan düzenlemeler, vergi yükündeki azalmalar, fiyatlara yansıtılmamıştır.
- Bazı HES'lerde fon akış çizelgelerinin, şirketlere sözleşmede belirlenmiş yatırım tutarından daha fazla bir fon dönüşünü sağlayacak şekilde düzenlendiği, böylece şirketlerin haksız kazanç elde ettikleri belirlenmiştir.
- Elektrik enerjisi alanında arz fazlası varken sözleşmelere fazla üretimi satın alma yükümlülüğünün konulmuş olması, kamu yararını göz ardı eden hatalı bir düzenleme olmuştur.

Görüldüğü gibi, yap-işlet-devret ve yap-işlet modelleri, işletmecileri "görevli" sayan ve onlara hemen hemen hiçbir işletme riski bırakmayan uygulamalar olmuştur. Modellere verilen güvenceler ve rekabete olanak tanımayan fiyat politikaları, liberal politika tercihleri sonucu kurulmaya çalışılan serbest enerji piyasanın işleyişini de engellemektedir. Yüksek kar elde etme imkanının fazla olduğu bu alanlarda YİD modelini devleti soyma düzeni olmaktan kurtarmanın yolu yukarıda özetlenen usulsüzlük ve hataların düzeltilmesi, kamu yararının ilgili yasa ve yönetmeliklerde etkin hale getirilmesi, yapılan sözleşmelerin ilgili mevzuata uygunluğu, şirketin işletme faaliyetleri, işin maliyeti ve tarife gibi unsurların ilgili kamu kurumlarınca kamu yararını sağlayacak şekilde sıkı denetim altında tutulmasının sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, kamu harcamalarıyla ilgili olarak ortaya çıkan türlü sorunların çözüm yolu olarak "devletin küçültülmesi" böylece ekonominin serbest koşullara bırakılması alternatifleri liberal politikacılar tarafından sunulmuş olsa da; bu yol varolan sorunların çözümü için yeterli bir yol değildir. Asıl çözüm bir yandan devletin işlevlerini sınıflandırarak, daha etkin bir devlet örgütlenmesi sağlamak, bir yandan da bütün eylem ve işlemleri hukuk denetimine tabi tutmaktır. Hükümetlerin siyasal tercihleri ne yönde olursa olsun, temelde hepsinin nihai amacı kamu yararını sağlamaktır. Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin sunulmasında bir model olarak ileri sürülen YİD modeli, hukuki ve ekonomik kriterleri ulusal çıkarlara uygun bir şekilde belirlendiğinde ülke kalkınmasına fayda sağlayabilecek bir yöntem olarak değerlendirilmektedir.

ÖZET

Dünyamızda hızla artan siyasi, ekonomik ve sosyal krizler neticesinde meydana gelen arz açığını kapatmak için yeni yatırımlara ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu yatırımların gerçekleştirilmesinde en temel sorun “finansal kaynak” sıkıntısıdır. Bu doğrultuda kaynak arayışı içinde olan ülkeler, büyük alt yapı hizmetlerinin yapımında özel sektör katılımını içeren yap-işlet-devret (YİD) modeline yönelmişlerdir.

Kamu hizmeti YİD modelinin özünü oluşturmaktadır. Konunun finansal ve ekonomik boyutlarının yanı sıra, YİD sözleşmelerinin hukuki açıdan özel hukukun mu yoksa kamu hukukunun mu bir parçası olduğu da pratikte çok güncel ve hayati bir konudur.

Bu çalışmadaki varsayımımız şudur; YİD modeli büyük alt yapı projelerinin gerçekleştirilmesinde finans sıkıntısını çözenin etkin bir yolu olarak kullanılabilir. Ancak, diğer yandan, modelden potansiyel faydaların beklenmesi ancak bazı koşulların varlığı ile mümkündür. Birincisi, ülkemiz ekonomik ve siyasi yünden istikrarlı olmalıdır. İkincisi, maksimum kamu yararını sağlayabilmek için modelin hukuki çerçevesinin iyi çizilmiş olması gerekir.

Bu bağlamda, çalışmamız YİD modelinin değişik açılardan değerlendirilmesi ve modelin olası yarar ve zararlarının bir örnek eşliğinde incelenmesi amaçlanmaktadır.

ABSTRACT

As a result of the increasing political, economic and social crises in our world, new public infrastructure investments to deal with the supply deficit have become a necessity. The crucial problem in realizing these investments is the lack of “financial resource”. Therefore, the attention of the countries searching ways to create this source have been directed towards built-operate-transfer (BOT) model which means the private sector participation in building important public infrastructures.

Public service is the essence of the BOT model. Besides the financial and economic dimensions of the issue, the matter of whether BOT contracts belong to private law or public law is also crucial in practice from the legal aspect.

Our hypothesis in this study is that; the BOT model can be used as an effective way of resolving the finance problem in realizing great infrastructure projects. But, on the other hand, to expect the potential advantages from the model is only possible with the existence of some conditions. First, our country must have economic and political stability. Second, the legal frame of the model must be well disigned in order to obtain the maximum public utility.

In this context, our aim in this study is to evaluate the BOT model from different aspects and examine the potential advantages and disadvantages of the model with an example.

KAYNAKÇA

Aktan, Coşkun,1993, **Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine; Özelleştirme**, Ankara,Tekav Matbaası.

Altıntaş, Berra,1988, **KİT' lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirilmenin Sermaye Piyasasına Etkileri**, SPK.

Augenblick, Mark/Custer, Scoff B.,1990 “The Built, Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Project in Developing Countries” , Washington D. C. **The World Bank Working Paper Series** No: 498.

Azrak,Ülkü, 1976, **Kamu Yönetimi Ders Notları**, İstanbul.

Bilgen, Pertev,1990, “ Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında “ **Kamu Hukuku Bülteni**, Mart, s.3-17.

Cevizoğlu, Hulki, 1989, **Türkiye'nin Gündemindeki Özelleştirme** , İstanbul İlgi Yayınları.

Coşkun, İsa, 1998, “Yap-İşlet-Devret/Yap-İşlet Modelleri ve Yabancı Sermaye”, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 67, Temmuz, s.44-59.

Çakal, Recep, 1996, **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Devlet Planlama Teşkilatı, Uzmanlık Tezi, Ankara.

Çelebi, Işın,1995, **Yeni Bir Düzen Anlayışı; Özelleştirme**, Milliyet Yayınları, İstanbul.

Derbil, Süheyp,1952, **İdare Hukuku**, C.II., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, Temmuz.

Derdiyok, Türkmen,1993, “Yap-İşlet-Devret Modeli” **Yaklaşım Dergisi**, Yıl:1, Sayı:9, Eylül, s.92-104.

Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), 1990, **Yap-İşlet-Devret Modeli**, Ankara.

Duran, Lütfi,1991, “Yap-İşlet-Devret”, **SBFD Muammer Aksoy’a Armağan**, C.46, S.1-2, s.147-171.

Duran, Lütfi, 1982, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul.

Emeksiz,Turan, 1996, **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması**, Hesap Uzmanları Kurulu Bilim Araştırma Raporları, Ankara.

Etçioğlu, Erkal, 1997, **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamasının Analizi**, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, Etam A.Ş. İstanbul.

Gezgüç, İ.Aylin, 1997, **Yap-İşlet-Devret Modeli ile Klasik Finansman Modelinin Karşılaştırılması**, Uzmanlık Tezi, T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Dış Ekonomik İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, Nisan.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, 1998, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara.

Güler, Birgül Ayman, 1996, **Yeni Sağ ve Devletin Değişimi: Yapısal Uyarlama Politikaları**, TODAİE, Ankara.

Günday, Metin, 2002, **İdare Hukuku**, 6.Basım, İmaj Yay., Ankara.

Güneş, Cengiz, 1999, **Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, İşletme Hakkı Devirleri ve Vergi Uygulamaları**, Yaklaşım Yayınları, Ankara.

Karayalçın, Yaşar, 1998, “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü”, **BATİDER**, C.19, 5.3, Haziran, s.3-12.

Karlık, Rıdvan, 1995, **Türkiye Ekonomisi; Tarihsel Gelişim ve Yapısal Değişim**, Eskişehir, Beta A.Ş.

Kepek, Yakup, 1990, **Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, İstanbul, Gerçek Yayınevi.

- Kılıçbay, Ahmet, 1985, **Türk Ekonomisi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, S.12, Ankara.
- Okutan, Cevat, 1996, **Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulü Olarak Yap-İşlet-Devret**, (basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, SBE), İstanbul.
- Onar, Siddık Sami, 1966, **İdare Hukuku Umumi Esasları**, 3. Basım, C.11, Hak Yayınevi, İstanbul.
- Özay, İlhan, 1996, **Günlükte Yönetim**, Alfa Yay., İstanbul.
- Öztürk, K. Burak, 2000, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE), Ankara.
- Pirler, Orhan, 1995, “Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C.4, S.1, Ocak, s.47-60.
- Polatoğlu, Aykut, 1994, **Özelleştirme Tartışmaları**, Bağlam Yay., İstanbul.
- Savaş, Vural F., 1998, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme” **Anayasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum**, Nisan, Ankara, Anayasa Yargısı – 15.
- Sezer, Yasin, 2000, **Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-işlet-devret Modeli**, (Basılmamış doktora tezi Marmara Üniversitesi SBE), İstanbul.
- Seyidoğlu, Halil, 1994, **Uluslararası İktisat**, Güzem Yay., İstanbul.
- Sirmen, Lale, 1996, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Şenyüz, Doğan, 1997, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Vergilemeye İlişkin Bazı Hususlar”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S.110, Kasım, s.108-113.

- Tan, Turgut, 1988, “ Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, **Türk İdare Dergisi**, S.378, Mart, s.73-90.
- Tan, Turgut, 1992, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, **AÜSBFD**, C.47, S.3-4, s.307-326.
- Tan, Turgut, 1967, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C.XXII, S.2, Mart, s.285-326.
- Türk Demokrasi Vakfı (TDV), 1994, **Türkiye’de Özelleştirme**, Araştırma Raporu, Ankara.
- Uluatam, Özhan, 1989, “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, **İşveren Dergisi**, C.27, S.5, s.27-30.
- UNİDO, 1997, **The BOT Strategy**, (Trading Modules of BOT Programme Infrastructure Development Through BOT Projects Seminar Incooperation with the Economic Develpepment İnstitute, March, Vienna).
- Varlıer, Oktay, 1996, “Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Önemi”, **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara.
- Varlıer, Oktay, 1999, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslar arası Tahkim”, **Görüş Dergisi**, Eylül, s.50-55.
- Yerlikaya, G.Kürşat, 2001, **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Vergilendirilmesi**, (basılmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi, SBE), İstanbul.
- Yerlikaya, G. Kürşat, 2003, “Türkiye’de YİD Modeli ve Kamu Borçlanması”, (www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebligler/5-3.doc.)
- Yenice, Kazım/ Esin,Yüksel, 1983, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Nisan.
- Yılmaz, Osman, 1999, **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması**, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, Nisan.

DİĞER KAYNAKLAR

- [www. sayıstay.gov.tr/rapor/diger/2002/izmitsu/izmitsu.htm](http://www.sayistay.gov.tr/rapor/diger/2002/izmitsu/izmitsu.htm)
- www.arkitera.com/haberler/2002/09/10/yuvacık.htm
- www.cankaya.gov.tr/tr_html/DDK/enerji.htm
- www.dergi.emo.org.tr/altindex.php?sayi=415&yazi=84
- www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/temmuz99/yapislet.htm

