

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin GÜNDAY

K. Burak ÖZTÜRK

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Ankara 2000

T 94608

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

İmzası

M. Günday
Z. Odyakmaz
C. Ozansoy

Tez Sınavı Tarihi *4. Ekim 2000*

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER

KISALTMA CETVELİ

GİRİŞ

1

BİRİNCİ BÖLÜM: KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE

İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

6

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

6

A. Kamu Hizmeti

7

1. Kamu Hizmetinin Kriterleri

7

a. Organik kriter

7

b. Şekli kriter

8

c. Maddi kriter

8

2. Kamu Hizmetlerine İlişkin Temel Yaklaşımlar

9

a. Objektif kamu hizmeti yaklaşımı

9

b. Sübjektif kamu hizmeti yaklaşımı

13

c. İktisadi yaklaşım

14

3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Kamu Hizmeti Tanımı

16

4. Değerlendirme

18

B. İdari Sözleşme

21

1. İdari Sözleşme Kavramı

21

2. İdari Sözleşmenin Kriterleri

23

a. Organik kriter

24

b. Maddi kriter

25

<i>c. Şekli kriter</i>	26
II. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	27
A. İmtiyaz Kavramı	27
B. İmtiyaz Sözleşmelerinin Mantığı ve Çıkarlar Dengesi	29
C. İmtiyaz Sözleşmesinin Tanımlayıcı ve Ayırdedici Unsurları	30
1. Bir Kamu Hizmetinin Kurulması ve İşletilmesi ya da Yalnızca İşletilmesi	31
2. İmtiyaz Sahibinin Hizmeti Tüm Tehlike, Zarar ve Masraflarını Üstlenerek Yürütmesi	32
3. İmtiyaz Sahibinin Hizmetten Yararlananlardan Belirli Bir Tarife Uyarınca Alacağı Karşılıklardan Gelir Sağlaması	34
D. Yargı Kararlarında İmtiyaz Sözleşmesi Tanımı	35
III. TÜRKİYE'DE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	37
A. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi	37
B. Cumhuriyet Dönemi	42
IV. İMTİYAZ YÖNTEMİNİN BENZER KAVRAM VE KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	44
A. Özelleştirme	44
B. Bayındırlık İmtiyazı	46
C. Müşterek Emanet	48
D. İltizam	50
E. Maden İşletme İmtiyazı	52

İKİNCİ BÖLÜM: KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL REJİMİ	54
I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN NİTELİĞİ	54
A. “Sözleşme” Görüşü	54
B. “Tek Taraflı İdari İşlem” Görüşü	55
C. “Karma İşlem” Görüşü	56
1. Biçim Açısından	56
2. İçerik Açısından	56
II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMLERİ	59
A. İmtiyazın Verilmesi	59
1. Yetki	59
2. Şekil	59
a. <i>İmtiyaz sözleşmelerinin yasama organının onayına sunulması</i>	59
b. <i>Danıştay’ın ödenetimi</i>	60
aa. <i>Danıştay incelemesi</i>	61
bb. <i>Anayasa’nın 155 inci maddesinde yapılan değişiklikten sonraki durum</i>	62
c. <i>İmtiyaz sözleşmelerinin yayımlanması</i>	64
d. <i>İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibinin belirlenmesi</i>	65
3. İmtiyaz Alabilecekler	66
B. Sözleşmenin Süresi	68
C. İmtiyaz Sözleşmelerinde Taraflara Tanınan Hak, Borç, Yetki ve Olanaklar	69
1. İmtiyaz Sahibinin Borçları	69

a. Hizmeti bizzat yürütme borcu	70
b. Hizmeti kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara göre yürütme borcu	71
aa. Hizmeti sürekli ve düzenli olarak yürütme borcu	71
bb. Hizmeti eşitlik ilkesine uygun olarak yürütme borcu	72
cc. İdarenin tek taraflı iradesiyle yaptığı değişikliklere katlanma borcu	72
c. İmtiyaz sözleşmesinde öngörülen borçlar	72
2. İdarenin Üstün Yetkileri	73
a. Gözetim ve denetim yetkisi	73
b. Yaptırım uygulama yetkisi	73
aa. Para cezası	74
bb. Geçici olarak el koyma	75
cc. İmtiyazın düşürülmesi	75
c. Sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi	76
3. İmtiyaz Sahibine Tanınan Hak ve Ayrıcalıklar	77
a. Hizmeti tekel olarak yürütme hakkı	78
b. Hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı	81
c. Lehine kamulaştırma yapılması olanağı	84
d. Kamu mallarından yararlanma olanağı	87
e. Mali olanaklar	88

D. Sözleşmenin Mali Dengesi İlkesi	89
1. <i>Fait du prince</i>	90
2. Öngörülmezlik	92
E. Sözleşmenin Sona Ermesi	94
1. <i>Sözleşmenin süresinin dolması</i>	94
2. <i>Sözleşmenin feshi</i>	94
3. <i>İmtiyazın geri alınması (rachat)</i>	95
a. <i>Akdi geri alma</i>	95
b. <i>Mecburi geri alma</i>	96
F. İmtiyaz Sözleşmelerinde Mal Rejimi	97
1. İmtiyaz Malları	97
2. İmtiyaz Sahibinin Özel Malvarlığı	98
III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ	98
A. Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar	98
1. Görevli Yargı Kolu	98
2. Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıklardan	
Dolayı Açılacak Davaların Niteliği	100
3. Sözleşmeden Doğan Davaların Kapsamı	102
4. İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların	
Çözümünde Tahkim Yolu	103
a. <i>Genel olarak tahkim</i>	103
b. <i>İmtiyaz sözleşmelerinde</i>	
<i>tahkim yolunun uygulanabilirliği</i>	104
c. <i>Türk pozitif hukukunda imtiyaz sözleşmelerinden</i>	
<i>doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü</i>	106
B. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılan Davalar	110
1. Ayrılabilir İşlemler Kuramı	110

2. Türk Hukukundaki Durum	112
---------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN

YENİ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	113
------------------------	-----

I. YAP-İŞLET-DEVRET	114
---------------------	-----

A. Uygulamada ve Yasal Düzenlemelerde Yap-İşlet-Devret	115
--	-----

1. İlk Yap-İşlet-Devret Örnekleri	115
-----------------------------------	-----

2. 3096 sayılı Kanun	118
----------------------	-----

a. Görevlendirme	119
------------------	-----

b. Elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi	120
--	-----

c. İşletme hakkının devri	122
---------------------------	-----

3. 3465 sayılı Kanun	124
----------------------	-----

4. 3996 sayılı Kanun	126
----------------------	-----

B. Yap-İşlet-Devret Modeline Göre Yapılan Sözleşmelerin Hukuksal Niteliği	128
--	-----

1. Yargı Organlarının Konuya Yaklaşımı	129
--	-----

2. Özel Hukuk Yaklaşımı	132
-------------------------	-----

3. Yap-İşlet-Devret Modelinin	
-------------------------------	--

Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmelerinin Bir Türü Olduğu Görüşü	134
---	-----

4. Değerlendirme	136
------------------	-----

5. Anayasa'nın 47 nci Maddesinde Yapılan Değişikliğin Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerindeki Etkisi	144
--	-----

C. Yap-İşlet-Devret Modelinin Bir Uzantısı Olarak	
Yap-İşlet Yöntemi	146
1. Yap-İşlet Yönteminin Hukuksal Çerçevesi	146
2. Değerlendirme	148
II. TELEKOMÜNİKASYON HİZMETLERİ ALANINDA	
İMTİYAZ YÖNTEMİ	150
A. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Hukuksal Niteliği	151
B. İmtiyaz Yönteminin Telekomünikasyon Hizmetlerinin Özel	
Kişilere Gördürülmesindeki Diğer Yöntemlerle Karşılaştırılması	153
1. Görev Sözleşmesi	154
2. Telekomünikasyon Ruhsatı	155
3. Genel İzin	155
C. Telekomünikasyon Alanında İmtiyaz Yöntemine İlişkin	
Hukuksal Düzenleme	156
1. 4502 sayılı Kanun'dan Önceki Düzenleme	156
2. 4502 sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme	158
a. İmtiyaz yönteminin uygulama alanı	158
b. Yetki ve şekil	158
c. İmtiyaz sözleşmesinin hükümleri	159
D. Değerlendirme	161
SONUÇ	163
ÖZET	167
RESUME	168
YARARLANILAN KAYNAKLAR	169

KISALTMA CETVELİ

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AJDA	: L'Actualité juridique – Droit administratif
aş.	: Aşağı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Basım
Bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
C.E.	: Conseil d'Etat
çev.	: Çeviren
D.	: Recueil Dalloz
D.D.	: Danıştay Dergisi
DDDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DGK	: Danıştay Genel Kurulu
DİİK	: Danıştay İdari İşler Kurulu
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
éd.	: Édition
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

İHMD	: İnsan Hakları Merkezi Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP	: Juris-Classeur Périodique
J.O.	: Journal Officiel
K.	: Karar
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
m.	: Madde
No.	: Numara
P.U.F.	: Presses Universitaires de France
RDP	: Revue de Droit Public
RFDA	: Revue Française de Droit Administratif
Rev. arbitrage	: Revue de l'arbitrage
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
T.	: Tome
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
v.b.	: Ve benzeri
v.d.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
yuk.	: Yukarı

GİRİŞ

Kamu hizmetleri, doğrudan doğruya idare tarafından yürütülebilecekleri gibi, idarenin yeterli mali ya da teknik olanağa sahip bulunmaması hâlinde, özel kişilere de gördürülebilirler. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde klasik yöntem¹, kamu hizmeti imtiyazıdır.

Kamu hizmeti imtiyazı, Türk idare hukuku öğretisinde üzerinde önemle durulan konulardan birisidir. İdare hukuku alanında yazılmış genel nitelikteki hemen hemen tüm eserlerde yer verilen bu yöntemin uygulamadaki örnekleri ise sayıca pek azdır². 1920'li yıllardan 1980'lere kadar imtiyaz yöntemine sıkça başvurulmamış olması, Osmanlı İmparatorluğu döneminde yabancılara verilen imtiyazların bıraktığı kötü izlenimler³ ve Cumhuriyet'in "ulusal bağımsızlık" söylemiyle desteklenen devletçi ekonomi politikası⁴ ile açıklanabilir. Öğretide konuya verilen önem ise, XIX. yüzyılın sonu ve XX. yüzyılın başında "kamu hizmeti" kavramı üzerine inşa edilmiş olan⁵ Fransız idare hukukunun örnek alınmasından kaynaklanmaktadır⁶. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, büyük ölçüde Fransız idare hukuku öğretisi ve Conseil d'Etat içtihatları ile oluşturulmuş ve

¹ André de LAUBADÈRE / Jean-Claude VENEZIA / Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 10^e éd., L.G.D.J., Paris 1994, s. 739.

² Metin GÜNDAY, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", 5.11.1999 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilen açılış dersi (yayımlanmamıştır), s. 4.

³ Bu konu hakkında bkz. Turgut TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *AÜSBFD*, C. XXII, No. 2, Haziran 1967, s. 285-326.

⁴ Lutfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 329'da, Osmanlı döneminde verilen imtiyazların Cumhuriyet rejimi tarafından geri alındığını ve bunların yürüttükleri hizmetlerin iktisadi kamu kurumlarna verildiğini belirtmektedir.

⁵ Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 2^e éd., M. Girard & E. Brière, Paris 1914, s. X'da, kamu hizmetinin Fransız idare hukukunun "temel taşı" olduğunu belirtmektedir.

⁶ Aydın GÜLAN, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İÜHFİM*, C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 101-102'de, Türk idare hukuku doktrininin kamu hizmeti kavramı üzerine kurulmasında Fransız hukukunun etkili olduğunu, ancak giderek yerli özellikleri de işlendiğini belirtmektedir.

incelikle işlenmiştir. Türk idare hukuku öğretisinin konuya bakışının da, belirgin bir Fransız etkisi altında olduğu söylenebilir.

1980’li yıllara gelindiğinde, ülkemiz açısından “imtiyaz” yönteminde bir canlanma dikkati çekmektedir. Doğrudan doğruya “imtiyaz” adını taşımamakla birlikte, daha ilk bakışta imtiyaz yöntemiyle benzerlikler taşıdığı göze çarpan bazı yöntemlerin uygulamaya konması, kamu hizmeti imtiyazına ilişkin bir tartışma başlatmıştır. Bu tartışma, esas olarak sözü edilen “yeni” yöntemlerin imtiyaz niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın kararlarıyla, yukarıda sözü edilen “yeni” yöntemlerin imtiyaz niteliği taşıdığı kabulü⁷, tartışmaya farklı bir boyut kazandırmıştır. Bu kabulün doğal sonucu olarak, imtiyaz tanımı yanında imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimi de tartışma gündemine oturmuştur. Özellikle, Anayasa’da 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la⁸ yapılan ve imtiyaz sözleşmelerini de yakından ilgilendiren değişiklikle, konu, idare hukukunun canlı ve güncel konularından biri durumuna gelmiştir ve giderek artan bir öneme sahiptir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi”, idare hukukunda teknik bir kavramı ifade etmekte olup; zaman zaman kısaca “imtiyaz” olarak adlandırılması, gündelik dilde ve idare hukuku terminolojisinde bu adla anılan farklı kavram ve kurumlarla karıştırılmasına yol açabilmektedir. Bu çalışmada kavram, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin sözleşmeli yöntemlerinden biri olarak -teknik anlamıyla- ele alınacak; “imtiyaz” adını taşımakla birlikte, “kamu hizmeti

⁷ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 - 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 - 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586; Danıştay 1.Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 - 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87,1994, s. 33-40; Danıştay 10. Daire, E. 1991/1 K. 1993/1752 – 29.4.1993, D.D., Y. 24 , S. 88, 1994, s. 463-466.

⁸ R.G. 14.8.1999 – 23786.

imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olmayan kurumlar kapsam dışında bırakılacaktır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin temel yasa metni, Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkarılmış olan 1326 (1910) tarihli “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”⁹dur. Bununla birlikte, konuya ilişkin bir çalışmada, günün koşullarına cevap vermediği¹⁰ gibi ayrıntılı hükümler de içermeyen bu Kanun eksen alınarak çözümler aranması olanaksızdır. Kaldı ki, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramı ve bunun hukuksal rejimi, 1326 tarihli bu Kanun’dan çok, kısmen yargı içtihatları ve büyük ölçüde öğreti tarafından ortaya atılan ilke ve kurallara göre belirlenmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda, öğretilerde savunulan görüşlere ve konuya ilişkin az sayıda yargı kararına ağırlık verilecektir.

Türk idare hukuku öğretisinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri konusunda ileri sürülen görüşlerin, yukarıda da belirtildiği gibi, büyük ölçüde Fransız idare hukukundan mülhem oldukları görülmektedir. Başlangıçta olağan karşılanabilecek olan bu durum, ülkemizdeki imtiyaz sözleşmesi uygulamasının uzunca bir süre birkaç örnekle sınırlı kalması dolayısıyla statik bir “imtiyaz hukuku”nun yerleşmesine neden olmuştur. Fransa’da ise, imtiyaz sözleşmesi, XX. yüzyılın ilk çeyreğindeki zenginlik ve canlılığı kaybetmekle birlikte¹¹, uygulamadaki varlığını sürdürmüş ve hatta türlü dönüşümlere uğramıştır. Bu nedenle, çalışmamızda, olanak ölçüsünde Fransız idare hukuku kaynaklarına başvurulmasının, bu dönüşümler de dikkate alınarak Türk hukukuna ilişkin değerlendirmeler yapılması bakımından yararlı olacağı düşünülmektedir.

⁹ Düstur, Tertip 2, C. II, s. 362. Bundan böyle, “1326 tarihli Kanun” olarak anılacaktır.

¹⁰ DURAN, İdare Hukuku..., s. 330; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, İdare Hukuku – Genel Esaslar, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 469.

¹¹ Fransa’da imtiyaz yönteminin içine girdiği kriz ve nedenleri için bkz. Georges VEDEL, Droit administratif, 5^e éd., P.U.F., Paris 1973, s. 834.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir tanım ve belirleme denemesine girişilecek; bu bağlamda, kavramın açık bir biçimde ortaya konabilmesi için, tarihsel gelişimi ve benzer kurumlarla farkları üzerinde durulacaktır. Bu bölümün başında, imtiyaz sözleşmesine ilişkin temel kavramlar olan “kamu hizmeti” ve “idari sözleşme”, ilgili oldukları ölçüde ele alınarak, imtiyaz sözleşmesinin konusu ve niteliğine açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümü ise, imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimine ayrılmıştır. Bu bölümde, imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal niteliği üzerinde durulduktan sonra, hükümleri ele alınacak; bu bağlamda, imtiyazın verilmesine, imtiyaz sözleşmesinin süresine, imtiyaz sözleşmelerinde taraflara tanınan hak, borç, yetki ve ayrıcalıklara, mali denge ilkesine, sözleşmenin sona ermesine ve mal rejimine ilişkin Türk hukukunda kabul edilen ilke ve kurallar, Fransız hukukunda önerilen çözümler de dikkate alınarak irdelenmeye çalışılacaktır. İkinci bölümün son alt başlığı, imtiyaz sözleşmelerinin yargısal denetimine ilişkin olacak; bu başlık altında, yukarıda sözü edilen 1999 Anayasa değişikliği ile gündeme gelen “imtiyaz sözleşmelerinde tahkim” konusuna da yer verilecektir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yeni görünüm biçimleri üzerinde durulacaktır. Türk hukukunda imtiyaz sözleşmelerinin -deyim yerindeyse- yeniden doğuşuna kaynaklık eden tartışmanın merkezindeki Yap-İşlet-Devret ve bunun bir uzantısı olarak gördüğümüz Yap-İşlet yöntemleri bu bölümde ele alınarak, çalışmanın birinci bölümünde yapılmaya çalışılacak olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi tanımı ışığında değerlendirilecektir. Üçüncü bölümün sonunda,

henüz çok yeni olan, telekomünikasyon hizmetleri alanında imtiyaz yönteminin taşıdığı özellikler ve işaret ettiği dönüşüm ortaya konmaya çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

İmtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak idarenin işlemleri içerisinde, idari sözleşmeler kategorisine dahildir. Bu nedenle kamu hizmeti ve idari sözleşme kavramlarının öncelikle ele alınması, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin incelemeyi kolaylaştıracaktır. İdare hukukunun uygulama ve idari yargının görev alanının belirlenmesinin bir kriteri olarak kamu hizmeti, idare hukuku açısından taşıdığı büyük öneme karşın, tüm boyutlarıyla değil, imtiyaz sözleşmelerinin konusunu belirlemede gösterdiği özellik yönünden irdelenecektir. İdari sözleşme kavramı da, tanımlayıcı unsurları ve kriterleri yönünden değerlendirilecek; idari sözleşmelerin hukuki rejimi ise, imtiyaz sözleşmeleri açısından da özel olarak uygulama alanı bulduğu için, imtiyaz sözleşmeleri bağlamında çalışmanın

sonraki bölümünde incelenecektir.

A. Kamu Hizmeti

İmtiyaz sözleşmesinin konusu olan kamu hizmeti, aynı zamanda bu sözleşmeye ait hemen tüm ayırıcı özellikler bakımından belirleyici olmaktadır. Bununla birlikte, bugüne kadar kamu hizmeti kavramının tanımı ve hangi tür faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu üzerinde fikir birliğine varılabilmiş ve bir kamu hizmeti kavramı oluşturulabilmiş değildir¹². Kamu hizmeti kavramına ilişkin farklı değerlendirmelerin ortaya konması, imtiyaz sözleşmesinin kapsamı ve uygulama alanının belirlenebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

1. Kamu Hizmetinin Kriterleri

İdare hukuku öğretisinde, kamu hizmeti kavramı, organik, şekli ve maddi kriterlerden hareketle tanımlanmaya çalışılmaktadır.

a. Organik kriter: Kamu hizmetinin organik kriteri, faaliyetin kim tarafından yürütüldüğüne ilişkindir. Bu kriter uyarınca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için, bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerekir¹³. Özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetler ise, ancak idarenin yakın gözetim ve denetimi altında yürütülüyor olmak koşuluyla, kamu hizmeti sayılırlar¹⁴. Buradaki “yakın gözetim ve denetim” ile kastedilen, idarenin, özel alandaki neredeyse her faaliyet üzerinde kamu

¹² Bunun nedenleri hakkında bkz. Didier TRUCHET, “Label de service public et statut du service public”, *AJDA*, 1982, s. 428-430.

¹³ İsmet GİRİTLİ / Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku Dersleri II*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 127; GÖZÜBÜYÜK/TAN, *Genel Esaslar*, s. 434.

¹⁴ Tahsin Bekir BALTA, *İdare Hukukuna Giriş*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 17; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 304; GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 128; Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 3. B., İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s. 223.

düzenini sağlamak amacıyla uyguladığı kolluk denetimi olmayıp; kolluk yetkilerinin sınırlarını aşan¹⁵ ve faaliyetin yürütümünden aslen idarenin sorumlu olduğu varsayımından kaynaklanan yoğun bir denetimdir.

b. Şekli kriter: Bir faaliyete uygulanacak hukuksal rejimi esas alan¹⁶ bu kriter uyarınca, kamusal yönetim usullerine tâbi tutulmuş olan faaliyetler, kamu hizmeti sayılırlar¹⁷. Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt olma niteliğinin de kaynağı olan¹⁸ bu kriter, günümüzde önemini yitirmiş; özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir¹⁹.

c. Maddi kriter: Kamu hizmeti kavramına ilişkin tartışmalarda asıl belirsizlik, maddi kritere ilişkindir. Bu kriter, bir faaliyetin içeriğinden hareketle kamu hizmeti sayılması sonucunu doğurmaktadır.

Maddi anlamda kamu hizmeti, faaliyeti yürüten örgütten ve faaliyetin tâbi olduğu hukuksal rejimden bütünüyle bağımsız biçimde, “tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet” olarak tanımlanmaktadır²⁰. Bu tanımdan hareketle kamu hizmetlerine ilişkin olarak yürütülen tartışmalarda temel soru, hangi faaliyetlerin, tatmininde kamu yararı bulunan toplumsal gereksinimleri karşıladığıdır. Kamu hizmeti kavramının “belirsiz” olduğunun savunulması²¹, bu sorunun tek ve ortak bir yanıtı bulunmayışından kaynaklanıyor olsa gerektir.

¹⁵ Pertev BİLGİN, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, Y. 1, S. 1, Mart 1980, s. 114; GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 128.

¹⁶ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3. B., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, C. I, s. 30.

¹⁷ GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 127; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 222.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK / TAN, Genel Esaslar, s. 437.

¹⁹ DURAN, İdare Hukuku..., s. 305-306; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 224.

²⁰ GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 127; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 222.

²¹ BALTA, s. 16.

2. Kamu Hizmetine İlişkin Temel Yaklaşımlar

Kamu hizmetlerine ilişkin temel yaklaşımlar arasındaki fark, yukarıda sözü edilen üç kriterden hangilerinin ne yoğunlukta kullanıldığı ve maddi anlamda kamu hizmeti tanımının nasıl yapıldığı noktalarında odaklanmıştır.

a. Objektif kamu hizmeti yaklaşımı: Objektif kamu hizmeti yaklaşımı, yürütülen faaliyetin niteliğinden hareket etmektedir. Bu anlayışa göre, belirli faaliyetler, taşıdıkları bazı özellik ya da niteliklerden dolayı kamu hizmeti sayılırlar²². Yasa koyucunun iradesi ya da fiilen bunların kim tarafından yürütüldüğü, bir faaliyetin kamu hizmeti olma özelliğini etkilemez. Bunun sonucu olarak, bazı faaliyetlerin “niteliği gereği kamu hizmeti” olduğu savunulmaktadır. Görüldüğü gibi, objektif kamu hizmeti yaklaşımı, kamu hizmetlerinin tanımlanmasında tek başına maddi kriteri esas almaktadır.

Bu yaklaşımın en önemli temsilcisi, ünlü Fransız kamu hukukçusu Léon Duguit'dir. Duguit'ye göre, “*yerine getirilmesi sosyal karşılıklı-bağımlılığın (interdependance sociale) gerçekleşmesi ve gelişmesi bakımından zorunlu olduğu ve doğası gereği yönetici gücün müdahalesi olmaksızın gereği gibi gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı için yöneticiler tarafından üstlenilmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken her türlü faaliyet*”²³ kamu hizmetidir. Duguit, kamu hizmetini kamu hukukunun temel kavramı olarak görmekte²⁴ ve devleti de, kamu hizmeti aracılığıyla tanımlamaktadır. Buna göre, devlet yöneticiler tarafından örgütlenen ve denetlenen

²² ONAR, C. I, s. 28.

²³ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris 1928, T. II, s. 61.

²⁴ Léon DUGUIT, *Kamu Hukuku Dersleri*, (çev. Süheyp Derbil), İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1954, s. 76.

kamu hizmetlerinin birliğidir²⁵. Kamu hizmeti, devlet iktidarının dayanağı ve sınırını oluşturur^{26 27}.

Duguit, getirdiği tanımda sosyal karşılıklı-bağımlılığı²⁸ esas almakta, buna yönelik olarak yürütülen faaliyetleri kamu hizmeti niteliğinde görmektedir. Bu anlayışta, devlet kamu hizmetinden hareketle belirlendiği için, kamu hizmeti kavramının devletten, dolayısıyla yasa koyucunun iradesinden bağımsız bir anlamı bulunmaktadır. Duguit'nin teorisinde, kamu hizmeti yasa koyucu tarafından yaratılmamakta, yalnızca saptanmaktadır²⁹. Zaten Duguit, hukukçunun görevini “yasakoyucuya hukukun ne olduğunu göstermek” olarak belirlemekte ve hukukçu tarafından toplumsal bir veri olarak belirlenen hukuk normunun yasakoyucu tarafından doğrulanarak hayata geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁰. Sosyal karşılıklı-bağımlılığı gerçekleştirmeye yönelik olarak yürütülen bir faaliyet niteliği gereği kamu hizmeti olduğundan, devletin

²⁵ DUGUIT, *Traité...*, T. II, s. 59.

²⁶ *Ibid*, T. II, s. 62.

²⁷ Bu noktada, kamu hizmeti kavramının hukuksal boyutunun yanında, ideolojik bir boyutunun da olduğu ve konuya ilişkin tartışmalarda bunun da gözardı edilmemesi gerektiği belirtilmelidir. Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, 3^e éd., P.U.F., Paris 1994, s. 3'de, kamu hizmetinin bu yönüne dikkat çekmekte ve bu kavram aracılığıyla, herkesin iyiliğini gözeten devlet mitinin yaratıldığını, devletin ve ajanlarının kamu hizmetini gerçekleştirme amacına yönelik olarak yapıldığı varsayılan işlemlerinin böylece meşrulaştırıldığını belirtmektedir. Gerçekten Duguit de, devlet iktidarının sınırlandırılması amacıyla hareket etmiş (bkz. ESPLUGAS, *Le service public*, Dalloz, 1997, s. 14) olmakla birlikte; kuramı, sosyal karşılıklı-bağımlılık kavramının içerdiği belirsizlik nedeniyle, devletin kamu hizmetine dönük olduğu varsayılan -ki Duguit'nin kuramında devletin tüm faaliyeti bu amaca yöneliktir- bütün işlemlerinin ve bunları tesis etmek için kullandığı iktidarın meşru kılınması sonucunu doğurmaktadır. Duguit'de kamu hizmeti kuramına vücut veren sosyolojik pozitivizm aracılığıyla, XIX. yüzyıl sonlarında Fransa'da hemen her alanda yoğun olarak görülen ve gerek devletin görevlerini sınırlamak isteyen liberaller, gerek burjuva devletin güçlenmesine karşı olan sosyalistler tarafından kuşkuyla karşılanan devlet müdahalesi de meşrulaştırılmış olmaktadır. Bkz. Jacques CHEVALLIER, “Regards sur une évolution”, *AJDA* (n^o spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 9.

²⁸ Duguit, Durkheim'in sosyal dayanışma görüşünü izleyerek, sosyal dayanışmayı gerçek hukukun kaynağı olarak görmektedir. Sosyal karşılıklı-bağımlılık bir sosyal olguyu ifade ederken; sosyal dayanışma, hem olguyu hem de “karşılıklı-bağımlılık isteği”ni içerecek biçimde daha geniş bir anlama sahiptir. Bkz. Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, L.G.D.J., Paris 1972, s. 84.

²⁹ ESPLUGAS, s. 16.

³⁰ DUGUIT, *Traité...*, T. II, s. 75.

ödevi, bu faaliyeti üstlenmek ve kamu hizmeti olarak örgütlemektir. Bu noktadan hareketle, Duguit'nin objektif kamu hizmeti yaklaşımını savunduğu söylenebilir³¹.

Duguit'nin teorisi kamu hizmetinin kriterleri açısından irdelenecek olursa, bu yaklaşımda, maddi kriterin esas alındığı ve bir faaliyete kamu hizmeti niteliği atfeden içeriğin "karşılıklı sosyal-bağımlılık" kavramıyla doldurulduğu görülür. Organik ve şekli kriterler ise, Duguit'nin teorisinde, kamu hizmetini tanımlamaya yarayan birer unsur değil, tam aksine bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasının sonuçları olarak değerlendirilmektedir³². Bununla birlikte, Duguit'nin kuramında kamu hizmeti, hukuksal bir kategori olarak öngörülmediğinden, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyete belirli bir hukuksal rejimin uygulanması zorunluluğuna yer verilmemiştir³³.

Türk öğretisinde de, bazı yazarlar, Duguit'nin belirgin etkisi altında, niteliği gereği kamu hizmeti anlayışını savunmaktadırlar:

*"Kamu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırırsınız"*³⁴.

"Kamu hizmeti devletin varlık sebebidir (...) Çağdaş kamu hukukunda devlet, tek amacı vatandaşa hizmet olan örgüttür. Başka bir amacı olamaz (...) ... (K)amuya hizmet

³¹ Duguit, yaptığı kamu hizmeti tanımında, faaliyetin "doğası gereği yönetici gücün müdahalesi olmaksızın gereği gibi gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması" kriterine de yer vererek, bir ölçüde de olsa objektif anlayıştan uzaklaşmaktadır. Bkz. PISIER-KOUCHNER, s. 144-145. Gerçekten, Duguit'nin, bireylerin serbestçe yürüttükleri bazı faaliyetlerin, yöneticiler ya da onların ajanlarınca yerine getirildikleri ölçüde kamu hizmeti sayılacaklarını belirtmesi (Traité..., T. II, s. 61), maddi kriterin yanında, organik kriteri de benimsediği anlamında yorumlanabilir.

³² Şekli kriterin bir sonuç olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak aynı yönde bkz. GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 134.

³³ Gilles J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, L.G.D.J., Paris 1994, s. 23.

³⁴ Yıldırım ULER, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", *Anayasa Yargısı* 15, *Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler*, 27-28 Nisan 1998, *Anayasa Mahkemesi Yayınları* No: 40, Ankara 1999, s. 254.

*tek meşru işlemdir yani devletin meşru olarak yapabileceği şey ve amacı kamuya hizmettir*³⁵.

*“Yasama organının yetkisi, bazı alanları kamu hizmetinden çıkarmak değil, yeni alanları kamu hizmetine sokmak için vardır”*³⁶.

Kamu hizmetinin görüldüğü zaman tanınması, kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin belirli nitelikleri taşıdıkları için bu özelliğe sahip oldukları anlamına gelmektedir. Öte yandan, kamu hizmetinin devlete meşruluk tanıyan bir işleyle donatılması da, Duguit'nin kuramının izlerini taşımaktadır. Keza, yasama organının yeni alanları kamu hizmetine sokmakla sınırlanan yetkisi, Duguit'nin devlete niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyetleri üstlenme, bir başka anlatımla, yasa koyucunun varolan hukuk normunu doğrularak yaşama geçirme ödevini anımsatmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'deki kamu hizmeti tartışmaları bağlamında bu görüşü savunan yazarların, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasını sağlayan niteliğin ne olduğu sorusunu -Duguit'den farklı olarak- yanıtızsız bıraktıkları görülmektedir.

Duguit'den farklı saik ve ölçütlerle, yalnızca belirli bazı faaliyetleri niteliği gereği kamu hizmeti sayan yazarlar da bulunmaktadır:

“Bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti oldukları ve bu niteliklerini toplum hayatının başlamasıyla; belki de toplum hayatını zorunlu kılmaları dolayısıyla

³⁵ Ibid, s. 253.

³⁶ Mümtaz SOYSAL et al., “Uluslararası Tahkim Türkiye’yi Uluslararası Mahkum Durumuna Getirecektir”, Ortak Basın Duyurusu, 02.07.1999, in Mümtaz SOYSAL / İter ERTUĞRUL, **Kamu Hizmeti ve Tahkim**, KİGEM, 1999, s. 31.

daha önceden kazandıklarını ve hangi usulle görülürlerse görülsünler bu niteliklerini muhafaza edeceklerini söyleyebiliriz”³⁷.

b. Sübjektif kamu hizmeti yaklaşımı: Bu anlayışta, bir faaliyet yasa koyucunun iradesine bakılarak, kamu hizmeti sayılmaktadır³⁸. Buna göre, yasa koyucunun kamu hizmeti olarak öngördüğü faaliyetler, hangi nitelikte olursa olsun, kamu hizmeti sayılırlar; aksine, yasa koyucunun kamu hizmeti olarak düzenlemediği faaliyetler, niteliklerine ve yöneldikleri amaca bakılmaksızın kamu hizmetleri alanı dışında bırakılırlar.

Bu anlayışın en önemli temsilcisi, Bordeaux Okulu’nda Duguit’in halefi olan Gaston Jèze’dir. Jèze’e göre kamu hizmeti, yalnızca “...belirli bir ülkede ve belirli bir dönemde siyasal iktidarın kamu hizmeti aracılığıyla tatmin edilmesine karar verdiği, kamu yararına yönelik gereksinmeler...”³⁹i karşılamaya yönelik faaliyetleri ifade etmektedir. Jèze, kamu hizmetinin, karşılanmasında kamu yararı bulunan ihtiyaçların tatminine yönelik tek yöntem olmadığını belirterek⁴⁰, yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisini vurgulamaktadır. Görüldüğü gibi, Jèze’in kamu hizmeti tanımı, faaliyetin niteliğine ilişkin bir kriter getirmemekte; bu niteliğin tespitini yasa koyucuya bırakmakla, yasa koyucunun iradesini bir kritere dönüştürmektedir⁴¹.

³⁷ Aydın GÜLAN, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD (Prof. Dr. Lütü Duran’a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 155. Aslında, Gülan’ın bazı faaliyetleri niteliği gereği kamu hizmeti sayarken başvurduğu, “toplum hayatını zorunlu kılma” kriteri, bir yönüyle Duguit’in toplumsal karşılıklı-bağımlılık kavramını anımsatmaktadır.

³⁸ ONAR, C. I, s. 31.

³⁹ JÈZE, Les principes..., s. 247.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ TRUCHET, s. 430’da, “kamu hizmeti”nin bir faaliyete yapııştırılan etiket olduğunu belirterek bir

Sübjektif kamu hizmeti anlayışı, ilk bakışta kamu hizmetlerinin belirlenmesini kolaylaştırır görünmekle birlikte, bu anlayıştaki kamu hizmeti tanımı, yasa koyucunun iradesinin yeterince açık olmadığı durumlarda, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı sorununu gündeme getirmektedir. Böylesi durumlarda, hizmetin işleyişini sağlamaya yönelik özel ve farklı kurallar öngörülmüş olması, idareye hizmetin yürütümünü sağlamak amacıyla vergi, harç v.b. mali yükümler getirme yetkisinin tanınması, hizmete ilişkin işletme tekeli oluşturulmuş olması gibi birtakım “belirti”lerden yararlanılması önerilmektedir⁴². Bu “belirti”ler, faaliyetin niteliğine değil, hukuksal rejimine ilişkin şekli kriterler içermektedir.

Türk idare hukuku doktrinde en çok taraftar bulan görüşün sübjektif kamu hizmeti anlayışı olduğu söylenebilir. Öğretide çoğunlukla, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, bunun yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak öngörülmüş olması gerektiği belirtilmektedir⁴³.

c. İktisadi yaklaşım: Özellikle Anglo-Amerikan düşüncesinin etkisiyle savunulmakta olan bu yaklaşımda, kamu hizmeti, “kamusal mal” kavramından hareketle tanımlanmaktadır⁴⁴. Kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomilerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel girişimciler tarafından ya hiç ya da yeteri

anlamda sübjektif anlayışa yaklaşmakta; ancak bunun yasalar yanında idari işlemler ya da yargı kararlarıyla da yapılabileceğini, hatta çoğu kez son sözün yargıca ait olduğunu belirtmektedir (s. 430-431).

⁴² JÈZE, Les principes..., s. 249.

⁴³ DURAN, İdare Hukuku..., s. 304-305; Turgut TAN, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap – İdari Yargı), Damıstay Matbaası, Ankara 1991, s. 330; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 223; GÖZÜBÜYÜK / TAN, Genel Esaslar, s. 435-436; Metin KIRATLI, “Yargının Sorumluluğu”, İHMD, C. III, S. 3, Kasım 1995, s. 9.

⁴⁴ İktisadi yaklaşımda kamu hizmetlerinin yeniden tanımlanması çabası, mevcut kamu hizmeti tanımının ve buna bağlanan sonuçların “değişen dünya düzenine karşı bir tehdit” olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Cüneyt OZANSOY, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 86 v.d.

kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır⁴⁵. Bu tanımdan, kavramın bir yandan liberal ekonomik sistemlere özgü olduğu, diğer yandan sadece aynı varlığa sahip nesnelere değil; bir faaliyet niteliği taşıyan hizmetleri de kapsadığı anlaşılmaktadır.

Bir mal ya da hizmetin kamusal mal sayılması sonucunu doğuran temel özelliği, sağladığı yararın bölünemezliği⁴⁶. Buna göre, o maldan ya da hizmetten yararlanabilecek olan kişilerin bir bölümünün yararlanması herhangi bir biçimde -malın ya da hizmetin doğası gereği- engellenemez⁴⁷. Ayrıca, herkesin üretilen mal veya hizmetten eşit şekilde yararlanması da, kamusal malların bir diğer özelliğidir⁴⁸.

İktisadi yaklaşımda, doğal olarak, bu özellikleri taşıyan kamusal malların devlet tarafından; bunlar dışında kalan özel malların ise, piyasa mekanizması koşullarında üretilmesi gerekir. Bazı “mal”ların, aslında “özel mal” niteliği taşıdığı halde devlet tarafından “üretilmesi” keyfiyetini açıklamada kullanılan “kamusal yarar” kavramının, kamusal malın yukarıda zikredilen özelliklerinden farklı olarak, açık ve tutarlı kriterlere dayanmadığı ve bu nedenle ideolojik olduğu savunulmaktadır⁴⁹.

Bu yaklaşımda, kamu hizmeti, kamusal mal üreten faaliyet olarak belirlenmekte⁵⁰; bir anlamda, kamusal malın tanımı ve özellikleri kamu hizmeti için de geçerli olmaktadır.

⁴⁵ Vural Fuat SAVAŞ, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, Ankara 1999, s. 92.

⁴⁶ James M. BUCHANAN / Marilyn R. FLOWERS, *The Public Finances*, 4th edition, Richard D. Irwin Inc., 1975, s. 26.

⁴⁷ SAVAŞ, s. 93; BUCHANAN / FLOWERS, s. 26.

⁴⁸ James M. BUCHANAN, *The Demand and Supply of Public Goods*, Rand M^c Nally & Company, Chicago 1968, s. 49.

⁴⁹ SAVAŞ, s. 93.

⁵⁰ *Ibid*, s. 94.

Bu yaklaşım da, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayıldığını belirlerken, salt bu faaliyetlerin niteliklerinden hareket etmektedir. Ancak burada Duguit'nin objektif kuramından farklı olarak, faaliyeti kamu hizmeti kılan nitelik, bir sosyal olgu olduğu savunulan sosyal karşılıklı-bağımlılıktan değil, liberal ekonomik düzenin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak, Duguit'nin kuramında kamu hizmetleri alanı genişlemekte ve devlete yeni ödevler yüklenmekte iken; iktisadi yaklaşımda kamu hizmetleri alanı alabildiğine daraltılmakta ve devletin üstlendiği hizmetlerin, yukarıda zikredilen özellikleri taşıyan adalet, emniyet ve savunmadan ibaret olması savunulmaktadır⁵¹.

3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Tanımı

Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmetini çok farklı boyutlarıyla ele aldığı kararları bulunmaktadır⁵². Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin, bunlar arasında kamu hizmetine ilişkin bir tanım içeren az sayıda kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kararlarında genellikle bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığına ilişkin bir nitelemede bulunmakla yetinmiş; bunun gerekçesi üzerinde durmamıştır⁵³. Ancak,

⁵¹ Ibid. Bu görüşü savunanlar, özellikle kamusal malın pozitif özelliklerinin nesnel, açık ve tutarlı olduğunu ileri sürmekte ve kamu yararı kavramına başvurularak pozitif özellikleri taşımayan faaliyetleri de kamu hizmetleri alanına dahil eden "Refah Devleti" anlayışının ideolojik olduğunu belirtmektedirler. Aslında kamusal mal görüşünün de belirli bir ideolojik yaklaşımdan kaynaklandığı ve nesnel olduğu ileri sürülen pozitif özelliklerin, ancak liberal ideolojinin penceresinden algılanan toplumun gerçeklikleri olabileceği söylenebilir. Nesnellik ya da bilimsellik sözkonusu olduğunda, liberal düşünce ile "Refah Devleti" anlayışı arasında bir değer farkı olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁵² Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti yaklaşımı hakkında bkz. Turgut TAN, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı* 8, Anayasa Mahkemesi'nin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 25-26-27 Nisan 1991, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 21, Ankara 1991, s. 233-252.

⁵³ Yüksek Mahkeme'nin bu türden kararlarına örnek olarak bkz. AYM, E. 1987/16 K. 1988/8 – 19.4.1988, R.G. 23.8.1988 – 19908, s. 49; AYM, E. 1990/4 K. 1990/6 – 12.4.1990, R.G. 17.6.1990 – 20551, s. 12; AYM E. 1989/9 K. 1990/8 – 18.5.1990, R.G. 26.7.1990 – 20586, s. 7 vd. Bu kararlarda, sırasıyla "eğitim ve öğretim", "sağlık" ve "radyo-televizyon yayıncılığı" hizmetleri, kamu hizmeti olarak nitelenmiştir.

1990'lı yıllarda verdiği iki kararında Anayasa Mahkemesi'nin bir kamu hizmeti tanımı getirdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetini, “...devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler...”⁵⁴ olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tanımı, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun belirlenmesi konusunda yeterli bir ölçüt içermemekle birlikte, Mahkeme, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerle⁵⁵ köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri faaliyetlerin, bu tanım kapsamında kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti konusundaki yaklaşımı, “niteliği gereği kamu hizmeti” anlayışı ile örtüşmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “(i)oplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, niteliği gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür”⁵⁷. Aynı şekilde, “(b)ir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir”⁵⁸. Anayasa Mahkemesi, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasında yasa koyucunun iradesinin kurucu bir nitelik taşıdığını kabul etmekle birlikte⁵⁹, kendisinin anayasal denetim görevini yerine getirirken yapacağı değerlendirmeleri saklı tutmakta ve bu değerlendirmenin zorunlu olarak etkinliğin

⁵⁴ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 21-22; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R. G. 20.3.1996 – 22586, s. 48.

⁵⁵ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 21.

⁵⁶ AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R. G. 20.3.1996 – 22586, s. 49.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. AYM, E. 1985/2 K. 1985/22 – 28.11.1985, R.G. 21.1.1986 – 18995, s. 42.

irdelenip nitelendirilmesini de içereceğini belirtmektedir⁶⁰. Böylece, Yüksek Mahkeme “niteliği gereği kamu hizmeti anlayışı”nı benimsemekte, ancak yaptığı kamu hizmeti tanımından da anlaşıldığı gibi, bu niteliğin belirlenmesinde doyurucu bir ölçüt öngörmemektedir.

4. Değerlendirme:

“Niteliği gereği kamu hizmeti yaklaşımı”nda, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayılacağı konusunda ortak bir ölçüt bulmanın olanaksızlığı ortadadır. Bu yaklaşım, savunanın dünya görüşü ve sahip olduğu toplum kuramından hareketle, farklı ölçütlerle biçimlenmekte ve neredeyse birbirine karşıt kamu hizmeti tanımlarına vücut verebilmektedir. Bu farklı tanımlar, pozitif hukuk zemininde ortak bir kamu hizmeti yaklaşımı oluşturmaya elverişli değildirler.

O halde, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması konusunda, yasa koyucunun iradesinin önemli bir rol oynadığını kabul etmek zorunludur. Bununla birlikte, yasa koyucunun bu konudaki yetkisi mutlaklaştırılmamalıdır. Hukuk devleti ilkesinin ve normlar hiyerarşisinin gereği olarak, yasa koyucunun faaliyeti anayasaya uygun olmak zorundadır. Bu nedenle, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayılacağı konusunda 1982 Anayasası'nın çizdiği çerçevenin belirlenmesi son derece önemlidir.

Yasa koyucunun bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması konusunda kurucu bir işleve sahip olduğunun kabulü halinde, anayasa koyucunun da bazı faaliyetleri devletin görevleri arasına alarak, kamu hizmeti saymak konusunda evleviyetle yetkili olacağı

⁶⁰ AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R. G. 20.3.1996 – 22586, s. 49.

ortadadır⁶¹. Kuşkusuz, anayasa koyucunun bu konuda yapacağı belirleme, yasa koyucuyu bağlayıcı etkiye sahiptir; bir başka deyişle, yasa koyucunun yetkisini sınırlamaktadır. Anayasada bireyler lehine tanınan pozitif statü hakları, aynı zamanda devletin sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmetleri niteliği taşımaktadır. 1982 Anayasası'nın da, eğitim (m. 42), sağlık (m. 56), çevrenin korunması (m. 56), konut ihtiyacını karşılayacak tedbirlerin alınması (s. 57), sosyal güvenlik (m. 60 v.d.) gibi faaliyetleri devletin görevleri arasına almakla, kamu hizmeti olarak öngördüğü söylenebilir. Bu düzenlemelerle, yasa koyucunun bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme konusundaki yetkisi sınırlanmış olmaktadır. Yasa koyucu, Anayasa'da açıkça düzenlenen bu faaliyetleri, kamu hizmeti olmaktan çıkaramaz⁶².

1982 Anayasası'nın yasa koyucunun bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme konusundaki yetkisine getirdiği sınır, açıkça düzenlediği bu faaliyetlerden ibaret değildir. Ayrıca, Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan "sosyal devlet" modeli ile Anayasa'nın 5 inci maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılan "*...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak...*" görevi, birarada yasa koyucunun bu yetkisine sınır çizmektedir⁶³. Bu çerçevede, sosyal devlet ilkesinin ve Anayasa'nın 5 inci maddesinde düzenlenen görevin

⁶¹ Aynı yönde bkz. BİLGİN, "Kamu hizmeti...", s. 113.

⁶² Fransız hukukunda da, Anayasa Konseyi'nin son yıllarda verdiği kararlarıyla bir "anayasal kamu hizmeti" kategorisinin varlığı kabul edilmiş olmakla birlikte, bu kategorinin içeriği tam anlamıyla belirlenebilmiş değildir. Bkz. Louis FAVOREU, "Service public et Constitution", AJDA (n° spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 16-19.

⁶³ Karşı görüş için bkz. Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. B., Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 103.

gerektirdiği faaliyetler devlet tarafından üstlenilerek yerine getirilmek zorundadır. Bu nedenle, yasa koyucu bu faaliyetleri kamu hizmeti olmaktan çıkaramaz. Hangi faaliyetlerin bu nitelikte olduğu, değişen toplumsal koşullara ve gereksinimlere paralel olarak farklılaşabilmekle birlikte, Anayasa'dan kaynaklanan bu sınır, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim görevini yerine getirirken, günün koşulları çerçevesinde kullanması gereken bir ölçüt oluşturmaktadır.

Yasa koyucunun, anayasal sınırlar çerçevesinde bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelenmesi durumunda, o faaliyetin kamu hizmeti sayılacağı ortadadır. Bununla birlikte, yasa koyucunun bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına ilişkin iradesini her zaman açıkça ortaya koyduğu söylenemez. Bu durumda, birtakım belirtilerden yararlanarak⁶⁴ o faaliyetin niteliğine dair bir sonuca varılmalıdır.

Bir kamu tüzel kişisine yasa ile görev olarak verilen bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Bu organik ölçütün bir uzantısı olarak, bir faaliyetin idarenin sorumluluğu altında özel kişiler tarafından yerine getirilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin de, bu faaliyet bir kamu tüzel kişisine görev olarak verilmemiş bile olsa, onun kamu hizmeti niteliğinde olduğunu gösterdiği söylenebilir. Bunun nedeni açıktır: Olağan olarak idare özel alandaki faaliyetler üzerinde bir kolluk denetimi uygulamaktadır. Bu denetimin sınırlarını aşacak biçimde, bir faaliyetin idarenin denetim ve gözetimi altında yürütülmesine ilişkin yasal düzenleme, yasa koyucunun bu faaliyetin tatmininde kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılamaya yönelik olduğu düşüncesinden hareket ettiğini göstermekte; böylece dolaylı yoldan da olsa kamu hizmeti tanımına ulaşılmış olmaktadır. Aksi halde, idarenin

⁶⁴ ONAR, C. I, s. 31.

söz konusu faaliyetin özel kişiler tarafından yürütülmesine herhangi bir kamu yararı amacı gütmeksizin müdahalede bulunduğu ya da aracılık ettiği sonucuna varılmak gerekir ki, bunu açıklamaya olanak bulunmamaktadır.

Bunlar dışında, yasa koyucunun bir faaliyeti kamu hizmeti olarak öngörüp öngörmediğine ilişkin iradesini ortaya çıkarmaya yönelik olarak, faaliyetin hukuksal rejimine ilişkin şekli kriterlerden de yararlanılabilir⁶⁵.

B. İdari Sözleşme

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 etmektedir⁶⁶. Kuşkusuz, kamu tüzel kişileri de, sahip oldukları hak ve fiil ehliyeti çerçevesinde sözleşme akdedebilirler⁶⁷. Bununla birlikte, idarenin faaliyetlerini belirleyen “kamu yararı” amacının ve yürütmekle yükümlü olduğu hizmetlerin özelliklerinin, akdettiği sözleşmelerden bir kısmının özel hukuktan farklı bir hukuksal rejime tâbi kılınmasını gerektirdiği mülahazasıyla “idari sözleşme” kategorisi yaratılmıştır.

1. İdari Sözleşme Kavramı

İdarenin sözleşmeleri içerisinde, idari sözleşme kategorisi, Fransa’da Conseil d’Etat’nun içtihadıyla yaratılmış olmakla birlikte, öğretide neredeyse oybirliğiyle bu kategorinin varlığını tanımıştır. Ancak, Bordeaux Okulu’nun kurucusu Léon Duguit’ye

⁶⁵ Bkz. yuk. s. 8.

⁶⁶ Özel hukuktaki sözleşme kavramı için bkz. Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. B., Beta, İstanbul 1994, C. I, s. 262 v.d.

⁶⁷ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 140.

göre, devlet tarafından akdedilen sözleşmeleri, kamu hukuku ve özel hukuk sözleşmesi olarak iki kategoriye ayırmak, yanlış ve tehlikeli bir eğilimdir; zira, “(s)özleşme, belirli bir hukuksal kategori olup, kurucu öğelerinin birarada bulunduğu her zaman aynı nitelik ve sonuçlarla ortaya çıkar”⁶⁸. Duguit, bu gerekçeyle, kamu hukuku sözleşmesi-özel hukuk sözleşmesi ayırımını reddetmektedir. İdari yargı-adli yargı ayırımını benimseyen ülkelerde, devlet tarafından akdedilen belirli sözleşmelerin, yöneldikleri “kamu hizmeti” amacından hareketle, idari yargının görev alanı içinde görülmesinin de, Duguit’ye göre, sözleşmenin ya da bu sözleşmeden doğan davanın niteliği ile ilgisi bulunmamaktadır⁶⁹.

Duguit’nin bu görüşü, pozitif hukukla ve vakıalarla çeliştiği için eleştirilmiş; idari sözleşmelerin idari yargının görev alanı içerisinde görülmesinin, bu sözleşmelere özel bir hukuksal rejim uygulanması zorunluluğundan kaynaklandığı ve bu zorunluluğun, aynı zamanda idari sözleşmelerin asli karakteri olduğu belirtilmiştir⁷⁰. Conseil d’Etat içtihadının gelişimi de Duguit’nin görüşü doğrultusunda olmamış; özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir niteliği bulunan ve özel hukuksal rejime tâbi olan “idari sözleşme” kategorisinin varlığı kabul edilmiştir.

Bu kategorinin varlığı kabul edilmekle birlikte, idari sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırdetme konusunda belirli bir güçlük yaşandığı söylenebilir. İdare hukuku öğretisinde genel olarak, bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde, ona

⁶⁸ DUGUIT, *Traité...*, Paris 1930, T. III, s. 434.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 436.

⁷⁰ Gaston JÉZE, *Les contrats administratifs de l’État, des départements, des communes et des établissements publics*, T. I, Marcel Giard, Paris 1927, s. 8.

verilen adın değil, niteliğinin esas alınacağı kabul edilmektedir⁷¹. Buradan hareketle, tarafların iradesinin, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde ikincil bir rol oynadığı söylenebilir⁷²; zira, bir sözleşmeye verilen ad, taraflarının sözleşmenin niteliğine ilişkin iradesini açıkça ortaya koyduğu halde, yapılacak belirlemede dikkate alınmamaktadır. O halde, bu belirlemenin, tarafların iradelerinden bağımsız, objektif birtakım kriterlere göre yapılması zorunludur. Bu kriterler, büyük ölçüde Conseil d'Etat kararları ve kısmen öğreti tarafından ortaya konmuş olmakla birlikte, bunlar üzerinde bir görüş birliğine varılabilmiş değildir.

2. İdari Sözleşmenin Kriterleri

Bir sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde başvurulacak 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). Bu kriterler – özellikle maddi ve şekli kriter– bugüne kadar bir sözleşmenin niteliğinin

⁷¹ Philippe TERNEYRE, “La notion de convention de délégation, éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire”, *AJDA*, 1996, s. 589; Lûtfi DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, *SBFD* (Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan), C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 155; Pertev BİLGİN, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İkinci Kitap – Kamu Yönetimi)*, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 799; İlhan ÖZAY, “Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer ‘Müşterek Emanet’”, *İÜHFİM*, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994, s. 69.

⁷² “İdare bir idari sözleşme akdeder ve bir madde ile özel hukuk kurallarına tâbi olmak isterse, bu kaydın hükmü yoktur”: Necmi OSTEN, *İdari Mukavele ve Âmmeye Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, s. 8. Buna paralel olarak, idari nitelik taşıdığı belirlenen sözleşmelerde, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerini adli yargı olarak belirleyen hükümlere de itibar edilmemektedir. Danıştay 5. Daire, E. 1992/4384 K. 1994/5672 – 29.11.1994, D.D., Y. 25, S. 90, 1995, s. 603. Buna karşılık, ONAR, C. III, s. 1601’de, imtiyaz ve müşterek emanet dışında kalan sözleşmelerde, sözleşmeye “idari” nitelik tanıma yetkisinin taraflara verilmiş olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 176-177; Önder AYHAN, “İdari Sözleşmeler”, *D.D.*, Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 107.

belirlenmesinde farklı yoğunluklarda uygulanmış olmakla birlikte⁷³; genel olarak, üç kriterin birarada varlığı sözleşmenin idari sayılması için zorunlu görülmektedir⁷⁴.

a. Organik kriter: Bu kritere göre, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflarından en az birinin idare olması gerekir⁷⁵. Bu kriterin, idari sözleşme kavramına içkin olduğu söylenebilir⁷⁶. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri-idari sözleşmeler ayırımı, idare tarafından akdedilen sözleşmeler bakımından yapılan bir ayırım olduğuna göre, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması son derece doğaldır. Ancak bu halde de, taraflardan birinin idare olması, ayırdedici bir kriter olma özelliğini yitirmektedir; zira, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de taraflardan biri idaredir⁷⁷. Bu nedenle, organik kriterin, aslında bir kriter olmaktan çok, idari sözleşme kavramının tanımlayıcı bir unsuru olduğu söylenebilir.

Bu açıdan bakıldığında, eskiden mutlak bir koşul olarak görülen bu unsurun, son zamanlarda yumuşatıldığı dikkati çekmektedir. Kamu hizmetlerinin görülmesine özel kişilerin katılımının yoğunlaşması ve iki özel kişi arasında kamu hizmetine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin ortaya çıkması ile, bu sözleşmelerin niteliği sorunu gündeme gelmiştir. Conseil d'Etat, verdiği bir kararda, belirli bir bölgede otoyol yapımı ve işletilmesini üstlenmiş olan imtiyaz sahibi ile bir başka özel kişi arasında, sözkonusu hizmete ilişkin olarak akdedilen alt-imtiyaz (sous-concession) sözleşmesinin idari nitelik

⁷³ İdari sözleşmelerin kriterlerine ilişkin, farklı dönemlerde verilmiş Conseil d'Etat ve Danıştay kararlarının tahlili için bkz. Pertev BİLGİN, *İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1970.

⁷⁴ Bkz. André de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. I, L.G.D.J., Paris 1956, s. 58.

⁷⁵ *Ibid*, s. 55; ONAR, C. III, s. 1599; GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 175; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 141.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. BİLGİN, *İdari Sözleşmelerin...*, s. 26.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, *Genel Esaslar*, s. 382.

taşıdığını kabul etmiştir⁷⁸. Ancak bu çözümün, idari sözleşmelerin uygulama alanını dar tutma eğiliminde olan Danıştay tarafından benimsenmesi güç görünmektedir⁷⁹.

İki kamu tüzel kişisi arasında idari sözleşme akdedilmesi her zaman mümkündür⁸⁰; ancak uygulamada bu tür sözleşmelere sık rastlanmamaktadır⁸¹.

b. Maddi kriter: Maddi kriter, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olmasıdır⁸². İdari sözleşme kategorisini reddetmekle beraber, Duguit'nin de, idarenin bazı sözleşmelerinin idari yargı denetimine tâbi olmasını açıklarken bu kriterden yararlandığı söylenebilir⁸³.

Maddi kriterin içeriği son derece belirsizdir. Sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasındaki ilişkinin yoğunluğu, sözleşmenin idari nitelik taşıması bakımından önem kazanmaktadır⁸⁴. Öğretide, bu ilişkinin doğrudan bir ilişki olması gerektiği savunulmaktadır⁸⁵. Doğrudan ilişki, bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesi biçiminde olabileceği gibi, hizmetin işletilmesine katılmak biçiminde de olabilir⁸⁶. İmtiyaz sözleşmeleri, birinci şekle; idari hizmet sözleşmeleri ise ikinci şekle örnektir. Buna karşılık, salt bir kamu hizmeti için gereken araç-gerecin satın alınmasına ilişkin

⁷⁸ C.E., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* (note: Dufau), *AJDA*, 1989, s. 391-393.

⁷⁹ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 431.

⁸⁰ BALTA, s. 187; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 431; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 141; Danıştay 12. Daire, E. 1974/1958 K. 1976/2141 – 2.11.1976, D.D., Y. 7, S. 26-27, 1977, s. 509-512.

⁸¹ BALTA, s. 188.

⁸² DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 431; GİRİTLİ / AKGÜNER, s. 175. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/I-c maddesinde yer alan "genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmeler" ibaresinde de maddi kritere başvurulmuştur. Aynı yönde bkz. GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 141.

⁸³ Bkz. yuk. s. 22.

⁸⁴ ONAR, C. III, s. 1599. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN, *İdari Sözleşmelerin...*, passim.

⁸⁵ Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku I*, İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 128. Karşı görüş için bkz. LAUBADÈRE, s. 65.

⁸⁶ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 142; YAYLA, s. 128; GÖZÜBÜYÜK / TAN, *Genel Esaslar*, s. 383. LAUBADÈRE, s. 65'de, sözleşmenin kamu hizmetine asgari bir katılımı içermesi koşulunun, fazla genel ve belirsiz olduğu belirtilmektedir.

sözleşmede yer alması, tarafların sözleşmeyi özel hukukun dışında bıraktıklarını kesin olarak gösterdiği için, bu kriterin idari sözleşmenin en belirgin ölçütü olduğu savunulmaktadır⁹². Sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin yer alması durumunda, sözleşmenin, konusuna bakılmaksızın idari nitelik taşıdığı; ancak sözleşmenin konusunun kamu hizmetiyle ilişkili olmasının tek başına sözleşmeyi “idari” kılmadığının

⁸⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 142. Konusu bir kamu hizmetine ilişkin olmamakla birlikte, idareye özgü düzenleniş gerektiren, doğal zenginliklerin işletilmesi gibi birtakım konuların da idari sözleşme ile düzenlendikleri görülmektedir. Bkz. BALTA, s. 191 ; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 142. Bu, sözü edilen kriterlerle açıklanamayacak olan, Türk hukukuna özgü ayrıksı bir durumdur.

⁸⁸ DURAN, İdare Hukuku..., s. 428-429. Abonman sözleşmelerine ilişkin olarak bkz. Danıştay 8. Daire, E. 1997/185 K. 1997/2229 – 23.6.1997, D.D., Y. 28, S. 95, 1998, s. 538.

⁸⁹ YAYLA, s. 129.

⁹⁰ ONAR, C. III, s. 1599-1600; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 142.

⁹¹ LAUBADÈRE, s. 58.

⁹² DURAN, İdare Hukuku..., s. 432. Bir yandan sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde tarafların iradesini önemsemeyen Duran (bkz. yuk. s. 23, dn. 71), diğer yandan, şekli kriterin idari sözleşmenin en belirgin ölçütü oluşunu açıklarken tarafların iradesini ön plana çıkarmaktadır.

savunulması⁹³ da, şekli kriterine verilen önemi açıkça göstermektedir⁹⁴.

Buna karşın, şekli kriterin, sözleşmenin niteliği üzerinde belirleyici etkisi olduğu söylenemez; zira, sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunması, sözleşmenin idari nitelikte kabul edilmesinin bir koşulu değil, sonucudur. Bu itibarla, şekli kriterine göre yapılacak bir değerlendirme, sözleşmenin niteliğini belirleyebilmek bakımından yararlı olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Kaldı ki, idari sözleşmelerde idareye tanınan üstün yetkilerden bir bölümünün, sözleşmede öngörülmesi dahi kullanılabilirliği kabul edilmektedir⁹⁵. Bu da, idari sözleşmelere uygulanacak olan özel hukuksal rejimin, sözleşmenin “idari” sayılmasının bir sonucu olduğunu göstermektedir.

II. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. İmtiyaz Kavramı

İmtiyazın sözcük anlamı, “ayrıcılık”tır⁹⁶. İmtiyaz yöntemine Türkçede bu adın verilmiş olması, bir kamu hizmetini bu yöntemle yürütmeyi üstlenen özel kişinin, birtakım kamusal olanaklardan ve en önemlisi, hizmetten yararlananlardan belirli bir

⁹³ Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Dalloz, Paris 1957, s. 58. Konusu kamu hizmeti olan bir sözleşmenin, hak ve yükümlülükler açısından tarafların eşitliğini öngördüğü için idari sözleşme sayılamayacağı hakkında bkz. Danıştay 8. Daire, E. 1984/495 K. 1985/46 – 16.1.1985, D.D., Y. 16, S. 60-61, 1986, s. 352-353.

⁹⁴ LAUBADÈRE, s. 85’te, “özel hukuku aşan hükümler” kavramının, idari sözleşme kuramının merkezindeki öge olduğu belirtilmektedir.

⁹⁵ Bkz. aş. s. 73 v.d.

⁹⁶ Mustafa Nihat ÖZÖN, *Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, 4.B., İnkılap ve Aka Kitapevleri, İstanbul 1965, s. 330. İmtiyaz kavramının Fransızca karşılığı olan “concession” ise, “bir hak, ayrıcalık ya da mali bahşetme” anlamına gelmektedir: *Dictionnaire de la langue Française*, Hachette, 1994, s. 223.

karşılık tahsil etme yetkisinden yararlanıyor olmasıyla açıklanabilir⁹⁷. Ayrıca, imtiyaz sahibinin imtiyaza verilen hizmeti yürütmek konusunda tekel hakkına sahip olması da, onu gerçekten ayrıcalıklı bir konuma yükseltmektedir. Bununla birlikte, “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri”ne, “imtiyaz” sözcüğünün anlamı dolayısıyla bu açıdan yaklaşmak, bu hukuksal kurumun yalnızca bir yönünü göstermesi açısından sakıncalıdır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi, bir yandan bu olanaklardan ve yetkiden yararlanmakta; diğer yandan, imtiyaz konusu faaliyeti, kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara göre yürütmek yükümlülüğü altına girmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinin asıl belirleyici olan yanı, imtiyaz sahibinin “imtiyaz”lı durumu değil, sözleşmenin konusu olan kamu hizmetidir.

İmtiyaz kavramı, idare hukukunda da, yalnızca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini ifade etmek için kullanılmamaktadır⁹⁸. Bunun dışında, zaman zaman idarenin bireye tek taraflı olarak verdiği izinlerin de, aslında ruhsat niteliğinde oldukları halde, imtiyaz olarak adlandırıldıkları görülmektedir⁹⁹. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri sözkonusu olduğunda, “imtiyaz”, sözleşmeli bir hukuki ilişkiyi ya da bizzat bu sözleşmenin kendisini ifade etmek için kullanılmaktadır.

⁹⁷ ONAR, C. I, s. 15’te, sözleşmeye imtiyaz adı verilmesini, özel kişiye birtakım kamu hukuku yetkileri tanınması ile açıklamaktadır.

⁹⁸ Fransız idare hukukunda imtiyaz kavramının taşıdığı çeşitli anlamlar için bkz. ANGES BLONDEAU, *La concession de service public*, 2^e éd., Dalloz, Paris 1933, s. 3-6; VEDEL, s. 833.

⁹⁹ Fransa’da pazarların ve mezarlıkların işletilmesi konusunda verilen izinler, imtiyaz olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Charles DEBBASCH, *Droit administratif*, Editions Cujas, Paris 1968, s. 195. Keza, Türk hukukunda da, Osmanlı fenerlerinin işletilmesine ilişkin olarak 1856 yılında yapılan sözleşmenin Cumhuriyet döneminde hükümet tarafından “rachat” yoluyla sona erdirilmesi sözkonusu olduğunda, tazminat miktarına ilişkin olarak çıkan ihtilafın çözümü için oluşturulan hakem heyetinin 20.12.1937 tarihli kararında, imtiyazın taşıdığı çeşitli anlamlardan birinin, özel bir kişiye kamu mallarını kullanma ve bundan belirli bir şekilde yararlanma yetkisinin tanınması olduğu belirtilmektedir. Mustafa

B. İmtiyaz Sözleşmelerinin Mantığı ve Çıkarlar Dengesi

İmtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmenin bir tarafında idare, diğer tarafında ise özel kişi bulunmaktadır. İdarenin, sözleşmeyi akdetmedeki amacı, kendi mali ya da teknik olanaklarıyla gerektiği gibi yürütülmesi güç olan bir kamu hizmetini, kendi sorumluluğu altında özel kişiye gördürmek ve böylece kamu hizmetinin en iyi biçimde yürütülmesini sağlayarak kamu yararını gerçekleştirmektir. Özel kişi ise, sözleşmeye konu olan kamu hizmetini yürüterek, bunun karşılığında hizmetten yararlananlardan tahsil edeceği bedellerle kâr elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu noktadan hareketle, imtiyaz sözleşmelerinin, kamu hizmetiyle gerçekleştirilmesi amaçlanan kamu yararı ile imtiyaz sahibinin kendisi açısından sağlamayı umduğu özel yarar arasında bir dengenin kurulması ya da bu ikisinin bağdaştırılması esası üzerine kurulu olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Bu anlamda, imtiyaz yöntemi kamusal ve özel çıkarların birarada gerçekleştirilmesini sağlamaya elverişli bir yöntemdir¹⁰¹.

Bu bakış görünürde doğru olmakla birlikte, karşıt çıkarlar arasındaki dengenin mutlak bir denge olarak anlaşılması gerekir. Zira, imtiyaz yönteminin uygulanmasının temel nedeni, kamu hizmetinin gerektiği gibi yürütülmesini sağlayarak kamu yararını gerçekleştirmektir. Salt bir özel kişinin gelir sağlaması amacına yönelik olarak imtiyaz yöntemine başvurulamayacağı tartışmasız olduğuna göre, bu dengenin kamu hizmeti ve kamu yararı lehine bozulduğu söylenebilir. İmtiyaz sözleşmesinin idari

Şeref Özkan, Nusret Metya ve Sıddık Sami Onar'dan oluşan hakem heyetinin kararı için bkz. OSTEN, s. 44-46.

¹⁰⁰ Jean RIVERO, *Droit administratif*, 6^e éd., Dalloz, 1973, s. 432; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 743; VEDEL, s. 838; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 334.

¹⁰¹ DEBBASCH, s. 196.

sözleşme niteliği taşımasının da bir sonucu olan bu durum, imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsur ve özellikleri bakımından belirleyici olmaktadır.

C. İmtiyaz Sözleşmesinin Tanımlayıcı ve Ayırdedici Unsurları

İmtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yapılmış tanımlarda¹⁰² üç ortak unsurun varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar, “bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi”; “imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi” ve “imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması”dır. Bu üç unsurun birarada bulunması durumunda, bir imtiyaz sözleşmesinin varlığından sözedilebilecektir. İmtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurları olarak, bu üç unsurun dışında “hizmetin idarenin gözetim ve denetimi altında yürütülmesi”¹⁰³, “imtiyaz sahibine birtakım kamusal olanaklar sağlanması”¹⁰⁴, “idarenin imtiyaz sahibini seçme serbestisine sahip olması”¹⁰⁵, “imtiyazın konusu olan faaliyetin imtiyazı alan için tekel oluşturması”¹⁰⁶ gibi özelliklere de yer verildiği görülmektedir. Bu özellikler, niteliği üzerinde kuşkuya düşülen bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenmesi yolundaki bir yargıyı güçlendirici olmakla birlikte, sözleşmenin imtiyaz sayılmasının koşulu değil, sonucu olduklarından, tanımlayıcı unsur olarak kabul edilemezler. Kaldı ki, sözkonusu özellikler, idari

¹⁰² Bu tanımlar için bkz. Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et droit public*, 12^e éd., Sirey, Paris 1933, s. 1015; Gustave PEISER, *Droit administratif*, 19^e éd., Dalloz, 1998, s. 144; RIVERO, s. 429; VEDEL, s. 833; LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 742; Jean DUFAU, “Les concessions de service public”, *Jurisc. admin.*, fasc. 530’dan aktaran Georges DUPUIS, “Sur la concession de service public”, *D.* 1978, s. 222; DEBBASCH, s. 195; BLONDEAU, s. 54-55; GUGLIELMI, s. 119; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 330; GÖZÜBÜYÜK / TAN, *Genel Esaslar*, s. 460; Zehra ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *GÜHFD* (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), C. II, S. 1-2, 1998, s. 153.

¹⁰³ DUGUIT, T. II, s. 66; VEDEL, s. 833; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 330; GÖZÜBÜYÜK / TAN, *Genel Esaslar*, s. 460.

¹⁰⁴ HAURIOU, s. 1015.

¹⁰⁵ René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 11^e éd., Montchrestien, Paris 1997, s. 569-570.

¹⁰⁶ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, 9. B., Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 247.

sözleşme türlerinin pek çoğunda da bulunduğu için, imtiyaz sözleşmelerini benzer yöntemlerden ayırdetmek konusunda bir ölçüt oluşturmamaktadır¹⁰⁷.

1. Bir Kamu Hizmetinin Kurulması ve İşletilmesi ya da Yalnızca İşletilmesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin konusu, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi veya yalnızca işletilmesidir. Birinci durumda, bayındırlık işini de içeren kamu hizmeti imtiyazından, ikinci durumda ise saf kamu hizmeti imtiyazından söz edilmektedir.

Bununla birlikte, bir kamu hizmetinin yalnızca kurulmasına ilişkin bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemek olanaksızdır. Hizmetin işletilmesi, imtiyaz sözleşmesinin asıl amacı olduğundan, tek başına hizmetin kurulması ve müteahhide bunun karşılığında belirli bir meblağın ödenmesine ilişkin sözleşme kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılamaz.

Bütün kamu hizmetleri, imtiyaz sözleşmesine konu olmaya elverişli değildir. Özellikle, kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren¹⁰⁸ kolluk, adalet, milli savunma gibi hizmetlerin imtiyaz sözleşmesine konu olması olanaksızdır. Bunlar dışında kalan hizmetler bakımından da, uzunca bir süre, yalnızca belirli tür kamu hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, yalnızca iktisadi (sınai ve ticari) kamu hizmetleri¹⁰⁹ imtiyaz sözleşmesine konu olabilirler¹¹⁰. Bunun temelinde, iktisadi kamu hizmetlerinin devletin temel görevleri arasında bulunmaması; devletin temel görevi kapsamına giren idari kamu hizmetlerinin ise,

¹⁰⁷ İmtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimine ilişkin olan İkinci Bölüm'de, imtiyaz sözleşmelerinin tanımlayıcı olmayan unsurları ve özellikleri üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

¹⁰⁸ Christine MAUGÜÉ, "Les délégations de service public et le juge administratif", AJDA, 1996, s. 598; DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 151.

¹⁰⁹ İktisadi kamu hizmetleri, devletin çoğu kez özel girişimle yan yana, sınai ve ticari usul ve esaslara uygun olarak yürüttüğü kamu hizmetlerinin ifade etmektedir. DURAN, İdare Hukuku..., s. 318-319; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 229-230.

¹¹⁰ DEBBASCH, s. 196. CHAPUS, Droit administratif..., s. 572'de geleneksel anlayışın bu yolda

ticarete müsait olmaması ve bu hizmetlerin görülmesinde risk alınamayacağı düşüncesi yer almaktadır¹¹¹. Bu görüşün, imtiyaz sözleşmelerinde belirleyici unsur olarak kamu hizmetinden çok, imtiyaz sahibinin gelirini ve bunun sağlanma biçimini ön plana çıkardığı söylenebilir.

Son dönemlerde ise, iktisadi kamu hizmetleri kategorisi dışında kalan kamu hizmetlerinin ve özellikle idari kamu hizmetlerinin¹¹² de imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülebileceği savunulmaktadır¹¹³. Sonuç olarak, kolluk, adalet, milli savunma gibi hizmetler dışında, idare tarafından yürütülen tüm hizmetler imtiyaz sözleşmesine konu olmaya elverişlidir¹¹⁴.

2. İmtiyaz Sahibinin Hizmeti Tüm Tehlike, Zarar ve Masraflarını Üstlenerek Yürütmesi

İmtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurlarından bir diğeri, imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesidir¹¹⁵. Bunun anlamı, imtiyaz sahibinin kamu hizmetini yürütürken karşılaşacağı tüm olağan riskler ile

olduğunu belirtmektedir.

¹¹¹ DEBBASCH, s. 196. RIVERO, s. 430-431'de, sadece yararlanandan parasal bir karşılık alınabilecek olan kamu hizmetleri bakımından imtiyaz yoluna başvurulabileceğini, tanımı gereği karşılıksız olan hizmetlerde ve hizmetten yararlananları ferdileştirmenin olanaksız olduğu durumlarda imtiyaz sözleşmesi yapılamayacağını savunmaktadır. Rivero'nun bu görüşte olması, imtiyaz sözleşmesinin tanımında, imtiyaz sahibinin gelir sağlama biçimine ilişkin geleneksel kriteri benimsemesiyle açıklanabilir. Bu konuda bkz. aş. s. 34 v.d.

¹¹² İdari kamu hizmetleri, devletin öteden beri yürüttüğü ve kural olarak kamusal yönetim usullerine tâbi olan hizmetlerdir. DURAN, *İdare Hukuku*..., s. 317-318; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 229.

¹¹³ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 742; Süheyp DERBİL, *İdare Hukuku*, 5. B., Yeni Desen Matbaası, Ankara 1959, s. 595; DUPUIS, s. 223; TERNEYRE, s. 590. Önemli olmamakla birlikte ilginç sayılabilecek bir görüş de, adalet, emniyet ve savunma gibi idari kamu hizmetlerinin ve yalnızca bunların imtiyaz sözleşmesine konu oluşturabileceği, bunlar dışında kalan hizmetlerin ise özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülmesi gerektiği görüşüdür. Bkz. SAVAŞ, s. 94-95.

¹¹⁴ Philippe LIMOUZIN-LAMOTHE, "La pratique de la délégation de service public", *AJDA*, 1996, s. 572; Jean-François THURIÈRE, "Problématique du sujet pour le juge administratif", *AJDA*, 1996, s. 583.

¹¹⁵ ONAR, C. I, s. 536; DURAN, *İdare Hukuku*..., s. 330; İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa, İstanbul 1996, s. 257; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 234.

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 içermektedir¹¹⁶. 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 kâr garantisi taleplerinin imtiyazın bu özelliğiyle bağdaşmadığı halde, imtiyaz sözleşmelerinde kâr garantisi içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir¹¹⁷. Gerçekten, idarenin imtiyaz sahibine belli oranda kârı garanti etmesi, hizmetin maliyetinin ve tehlikesinin kısmen ya da tamamen idare tarafından üstlenilmesi anlamına gelecektir¹¹⁸. Bununla birlikte, ekonomik koşulların da başkalaşmasıyla, bu türden garantilerin, imtiyaz sözleşmesi olma niteliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁹. Özellikle kamu hizmetlerinin kurulması aşamasında yapılacak yatırımların yüksek miktarlarda olmasının ve imtiyaz sahibinin tüm masrafı üstlenmesi

¹¹⁶ DERBİL, s. 595; Güven DİNÇER, "İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hâl Yolları", D.D., Y. 3, S. 8, 1973, s. 19.

¹¹⁷ Marcel WALINE, *Précis de droit administratif*, Éditions Montchrestien, Paris 1969, s. 497.

¹¹⁸ Guy BRAIBANT, *Le droit administratif Français*, 3^e éd., Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, 1992, s. 120'de, 1970'lerde tekrar uygulama alanı bulan imtiyaz yöntemini, kârı elde eden imtiyaz sahibinin zararı idareye bırakması nedeniyle, "bir tür sahte kapitalizm" olarak nitelendirmektedir.

¹¹⁹ Fransız hukukunda, imtiyaz sahibinin hizmeti masraf, hasar ve zararı kendisine ait olarak yürütmesi ilkesinin yerini idare ile imtiyaz sahibi arasındaki bir mali işbirliğine bıraktığı savunulmaktadır. Bkz.

halinde hizmetin kesintiye uğraması olasılığının da, çeşitli formüller yardımıyla idarenin hizmetin masraf, zarar ve hasarına katılmasını gerekli kıldığı ileri sürülmektedir¹²⁰. Ancak bunun için, bu garantilerle idarenin üstlendiği zarar, hasar ya da tehlikenin belirli bir oranı aşmaması gerekir; aksi takdirde, yöntem imtiyaz olmaktan çıkar¹²¹.

3. İmtiyaz Sahibinin Hizmetten Yararlanarlardan Belirli Bir Tarife Uyarınca Tahsil Edeceği Karşılıklardan Gelir Sağlaması

İmtiyaz sahibinin, kâr amacıyla hareket eden bir özel girişimci olması dolayısıyla, imtiyazı almasının temel amacı bundan gelir sağlamaktır. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmelerinde kamu hizmetini işletmek borcu altına giren imtiyaz sahibi, bunun karşılığında bir gelir elde edecektir¹²². Klasik imtiyaz tanımında, bu gelirin elde edilmiş biçimi de, imtiyazın esaslı bir unsuru olarak görülmektedir. Buna göre, imtiyaz sahibinin gelirini, hizmetten yararlanarlardan belirli bir tarife uyarınca alacağı karşılıklar oluşturur¹²³. Bu unsur, imtiyaz sözleşmelerini kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesindeki diğer yöntemlerden ayırmaktadır¹²⁴.

Klasik tanımın bu unsuru, daha sonraları değişme eğilimi içine girmiştir. Her ne kadar, Conseil d'Etat klasik tanıma sıkı sıkıya bağlı kalsa da¹²⁵, Fransız öğretisinde, imtiyaz sahibinin gelirine ilişkin unsurun bu denli katı anlaşılması gerektiği; imtiyaz

CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 572.

¹²⁰ TERNEYRE, s. 590.

¹²¹ Bkz. aş. s. 48 v.d.

¹²² DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 338.

¹²³ WALINE, s. 488-489; LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 752. Burada, idarenin imtiyaz sahibine yaptırdığı tesislerin bedelini bir çeşit taksitlendirmeye ödemesinin sözkonusu olduğu; imtiyaz sahibinin idareden alacağı tesis bedelini, hizmetten yararlanarlardan aldığı savunulmaktadır. YAYLA, s. 130. Bu görüş, bayındırlık işini de içeren imtiyaz sözleşmeleri açısından geçerli olmakla birlikte, bir kamu hizmetinin yalnızca işletilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmelerindeki durumu açıklayamamaktadır.

¹²⁴ Bkz. aş. s. 48 v.d.

¹²⁵ CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 570; GUGLIELMI, s. 123.

sahibinin kârını bir biçimde hizmetin yürütülmesinden sağlamasının imtiyazın varlığı için yeterli olduğu savunulmaktadır¹²⁶. Bir başka deyişle, önemli olan hizmetin yürütülmesi ile gelir arasındaki bağıdır¹²⁷. Hizmetin yürütümü ile ilişkili olan, sözgelimi reklam gelirlerinin varlığı da o sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi kabul edilmesi bakımından yeterli sayılmalıdır.

Kuşkusuz burada sözü edilen hizmetin yürütülmesinin parasal¹²⁸ sonuçlarının imtiyaz sahibinin gelirine esas olmasıdır. İdarenin özel kişiye hizmetin yürütülmesinin maddi sonuçları ile orantılı bir ödemede bulunması durumunda, imtiyaz sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

D. Yargı Kararlarında İmtiyaz Sözleşmesi Tanımı

Ülkemizde imtiyaz yöntemine pek başvurulmamış olması nedeniyle, konuya ilişkin olarak verilmiş yargı kararları sayıca azdır. Bunların neredeyse tamamı, özellikle Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmelerin “imtiyaz” niteliği taşıyıp taşımadığına¹²⁹ ilişkin olarak 1990’lı yıllarda verilmiştir.

İmtiyaz sözleşmesine ilişkin yargı kararlarında yapılan “imtiyaz” tanımları, hemen hemen aynı öğeleri içermektedir. Buradan hareketle, imtiyaz tanımına dair bir yargısal içtihat oluştuğu bile söylenebilir.

Yargı kararlarında yapılan imtiyaz sözleşmesi tanımlarının hemen hepsinde, bizim de imtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurları olarak gördüğümüz, “bir kamu

¹²⁶ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 742; GUGLIELMI, s. 123.

¹²⁷ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 754. Bir görüşe göre, imtiyaz sahibinin gelir elde etmesi öngörülme bile, sözleşme imtiyaz sözleşmesi sayılabilir. Eskiden bir işletmecinin kâr amacı olmaksızın bu tür bir işe girişmeyeceği düşünülmekteydi. Oysa bugün, iktidarın kullanılmasına yurttaşların katılımı, kamusal-özel ayırımının silikleşmesi, devletin faaliyet biçimlerinin esnekleşmesi esas olduğundan, kâr amacı gütmeksizin bir hizmetin işletilmesinin üstlenilmesi de imtiyaz yoluyla mümkün olabilmelidir. Bkz. DUPUIS, s. 223.

¹²⁸ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 754.

¹²⁹ Bu sorun hakkında bkz. aş. s. 129 v.d.

hizmetinin işletilmesi”¹³⁰ ve “imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi”¹³¹ unsurları yer almaktadır. Danıştay’ın kararlarında rastlanan¹³², “imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması” unsuruna, Anayasa Mahkemesi kararlarında yer verilmemiştir.

Anılan kararlarda, bu unsurlar dışında “sözleşmenin uzun süreli olması” da, “imtiyaz”ın tanımlayıcı unsurlarından biri olarak yer almaktadır. Neredeyse bütün imtiyaz sözleşmeleri uzun süreli olarak akdedilmekle birlikte; sözleşmenin uzun süreli olması, bize göre tanımlayıcı bir unsur sayılamayacağı gibi, imtiyaz sözleşmelerinin zorunlu bir özelliği olarak da değerlendirilemez¹³³.

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında yer alan “(k)onusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi’ olarak tanımlanmaktadır” ve “(e)ğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir”¹³⁴ ifadeleri ise, imtiyaz sözleşmelerinin tanımlayıcı unsurlarını

¹³⁰ Şurayı Devlet Deavi Daireleri Genel Heyeti’nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı, aktaran: OSTEN, s. 37; Danıştay 1. Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 – 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87, 1994, s. 37; Danıştay 10. Daire, E. 1991/1 K. 1993/1752 – 29.4.1993, D.D., Y. 24 , S. 88, 1994, s. 465; Danıştay 1. Daire, E. 1996/17 K. 1996/185, D.D., Y. 27, S. 93, 1997, s. 19; AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 23; AYM, E. 1994/70 K. 1994/65-2 – 22.12.1994, R.G. 28.1.1995 – 22185, s. 32; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586, s. 51; AYM, E. 1995/38 K. 1996/7 – 28.2.1996, R.G. 24.5.1996 – 22645, s. 68.

¹³¹ Şurayı Devlet Deavi Daireleri Genel Heyeti’nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı, aktaran: OSTEN, s. 37; Danıştay 3. Daire, E. 1967/371 K. 1967/451 – 17.11.1967, **Danıştay İstisari Düşünceler -Cumhuriyet Dönemi- (1929-1980)**, Birinci Kitap, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1982, C. I, s. 84; Danıştay 1. Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 – 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87, 1994, s. 37; AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 23; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586, s. 51.

¹³² Şurayı Devlet Deavi Daireleri Genel Heyeti’nin 26 Şubat 1935 tarihli kararı, aktaran: OSTEN, s. 37; Danıştay 1. Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 – 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87, 1994, s. 37; Danıştay 10. Daire, E. 1991/1 K. 1993/1752 – 29.4.1993, D.D., Y. 24 , S. 88, 1994, s. 465.

¹³³ İmtiyaz sözleşmesinin süresine ilişkin olarak bkz. aş. s. 68.

¹³⁴ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 23-24; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586, s. 51-52.

içermeyen, son derece geniş bir “imtiyaz” tanımını işaret etmektedir. Yüksek Mahkeme’nin “imtiyaz”ı, tanımlayıcı unsurlarını kısmen de olsa içeren bir biçimde “(k)amu hizmetinin, uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi...”¹³⁵ olarak tanımladığı kararlarında, aynı zamanda bu geniş tanıma da yer vermesi, hangi tanıma öncelik tanıdığıнын belirlenmesini güçleştirmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme’nin kararında yer alan “geniş” tanımın kabul edilmesi yanıltıcı sonuçlar doğurmaya elverişlidir zira böyle bir tanımdan hareketle, “imtiyaz”ın, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu olduğu söylenebilir¹³⁶. Oysa kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde yararlanılan farklı yöntemler bulunmaktadır ve bu yöntemleri “imtiyaz”dan ayıran noktalar, bir anlamda, “imtiyaz”ın tanımlayıcı unsurlarını oluşturmaktadır¹³⁷.

III. TÜRKİYE’DE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

Osmanlı İmparatorluğu dönemi sözkonusu olduğunda, “imtiyaz” denince “kapitülasyonlar” akla gelmektedir¹³⁸. Ancak, öncelikle belirtilmesi gereken, kapitülasyonlarla yabancı devletlere ve onların tebaasına tanınan “imtiyaz”ların, kamu

¹³⁵ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24 Ocak 1995 – 22181, s. 23; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586, s. 51.

¹³⁶ Turgut TAN, “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 28-29.

¹³⁷ İmtiyaz yönteminin benzer yöntemlerle karşılaştırılması için bkz. aş. s. 44.

¹³⁸ Aynı yönde bkz. ÖZAY, *Güncelinde...*, s. 263.

hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle herhangi bir ilgisinin olmadığıdır¹³⁹. Kapitülasyonlar, tek taraflı olarak yabancı devletlere veya onların tebaasına tanınan ayrıcalıkları ifade etmekte olup; bir anlaşma biçiminde değil, ferman olarak kaleme alınır ve karşılıklılık içermezdi¹⁴⁰.

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 borçlanmış¹⁴¹ 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 aranmaktadır¹⁴². Osmanlı İmparatorluğu gerek sunduğu doğal kaynaklar, gerek içinde bulunduğu kaynak ve yatırım ihtiyacı dolayısıyla Avrupalı sermaye çevreleri için cazip bir alan olduğu gibi, işgücünün son derece ucuz oluşu ve rekabet koşullarından uzak çalışma olanağı da yabancı sermayeyi Osmanlı İmparatorluğu'na çekmiştir¹⁴³.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. OSTEN, s. 15.

¹⁴⁰ Mehmet Zeki PAKALIN, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1993, C. II, s. 177. Her ne kadar, Fransa'ya tanınan 1740 kapitülasyonları, karşılıklı bağlayıcılık içerse de, bunun da devletler hukuku anlamında bir ticaret anlaşması olduğu söylenebilir. Bkz. Niyazi BERKES, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul, s. 77.

¹⁴¹ TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda...", s. 285.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid, s. 293.

Avrupalı sermayedarların, Osmanlı İmparatorluğu'nda yatırımlara girişmeleri ile, imtiyaz yöntemi de uygulanmaya başlamıştır. Özellikle Osmanlı maliyesinin iflası ve Muharrem Kararnamesi ile 1881 yılında Düyûn-u Umumiye'nin kurulması, imtiyaz yöntemi ile Osmanlı İmparatorluğu'nda yapılan yabancı sermaye yatırımlarını arttırmış; doğal kaynakların işletilmesi konusunda yabancılara imtiyaz verilmesi süreci hızlanmıştır¹⁴⁴. Hatta, yöneticileri arasında yabancıların da bulunduğu Düyûn-u Umumiye, yabancı sermayenin imtiyaz almasına aracılık etmiştir¹⁴⁵.

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 fenerlere¹⁴⁶ ilişkin olarak verildiği görülmektedir¹⁴⁷.

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 tanınmıştır¹⁴⁸. Bundan başka, pek çok sözleşmede, imtiyaz sahibi şirketin çalıştıracığı yabancı personel sayısı

¹⁴⁴ İlber ORTAYLI, *Osmanlı İmparatorluğunda Alman Nüfuzu*, İletişim Yayınları, İstanbul 1998, s. 46.

¹⁴⁵ TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda...", s. 285.

¹⁴⁶ Fenerlere ilişkin olarak 1856 yılında yapılan sözleşmenin Cumhuriyet döneminde Hükümet tarafından "rachat" yoluyla sona erdirilmesi sözkonusu olduğunda, tazminat miktarına ilişkin olarak çıkan ihtilafın çözümü için oluşturulan hakem heyetinin verdiği kararda (bkz. yuk. s. 28-29, dn. 99), sözü edilen sözleşmenin "imtiyaz" değil "müşterek emanet" yöntemi oluşturduğuna hükmedilmiştir.

¹⁴⁷ Demiryolları imtiyazları hariç Osmanlı İmparatorluğu döneminde yapılan imtiyaz sözleşmelerindeki hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda...", s. 298-323.

¹⁴⁸ Ibid, s. 323.

sınırlandırılmıştır¹⁴⁹. Nihayet, yabancı gerçek ya da tüzel kişilere imtiyaz verilmekle birlikte, imtiyazın belirli bir süre sonunda bunların kuracakları Osmanlı şirketlerine devri şart koşulmuştur¹⁵⁰.

Bu hükümlerin ciddi güvenceler teşkil ettiği düşünülebilirse de, uygulama bu yönde olmamıştır. Osmanlı İmparatorluğu imtiyaz sahibi şirketlere karşı ılımlı davranmış; sözleşmelerden doğan yetkilerinin çoğunu kullanmamıştır¹⁵¹. Bunun en önemli nedeni, bu imtiyazlar verilirken, kamu yararı düşüncesinden çok, yabancı devletlerin diplomatik ve mali baskılarının etkili olmuş olmasıdır¹⁵². Osmanlı İmparatorluğu'nun imtiyazı verirken teminat olduğunu düşündüğü bazı hükümler, yabancı devletlerin ve onların çıkarlarını savunan Düyûn-u Umumiye, Osmanlı Bankası gibi kuruluşların araya girmesiyle işlemez hale getirilmiştir¹⁵³. Alman diplomatların, başka devletlerin vatandaşlarına verilen imtiyazları onların elinden almak için Osmanlı Hükümeti nezdinde girişimlerde bulunmaları ve bu girişimlerinde başarılı olmaları¹⁵⁴, Osmanlı İmparatorluğu'nun imtiyaz verirken diplomatik baskılar doğrultusunda hareket ettiğini teyid etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde verilen kamu hizmeti imtiyazlarında, diplomatik baskılar dışında, münferit veya yerel çıkarların da etkili olduğu görülmektedir. Sözgelimi, Asya'da verilen demiryolu imtiyazlarında, Osmanlı İmparatorluğu'nun hatalı davranarak, bu bölgede sadece yerel amaçlara hizmet eden demiryolu hatlarının kurulması ve işletilmesine ilişkin imtiyazlar verdiği; bu nedenle,

¹⁴⁹ Ibid, s. 324.

¹⁵⁰ Bu sonuca, ilgili sözleşme hükümlerinin topluca incelenmesiyle varılmıştır. Bkz. Ibid, s. 298-323.

¹⁵¹ Ibid, s. 294.

¹⁵² Charles MORAWITZ, *Les finances de la Turquie*, Guillaumin et C^{ie}, Paris 1902, s. 186.

¹⁵³ TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda...", s. 295.

¹⁵⁴ ORTAYLI, *Osmanlı İmparatorluğunda Alman Nüfuzu*, s. 62.

çok verimli bir bölgenin mahreçten yoksun kaldığı belirtilmektedir¹⁵⁵.

Osmanlı imtiyazlarında, kamu yararının böylesine geri planda kalmasının ardında yatan bir başka neden de, bugünkü anlamda kamu hizmeti anlayışının yerleşmemiş olmasıdır. Osmanlı İmparatorluğu, imtiyaz sözleşmelerine kamu hizmetlerini gördürmenin bir yöntemi olmaktan çok, bir gelir aracı olarak bakmıştır¹⁵⁶. Yabancı sermaye açısından ise, bu imtiyazların çifte yararı olduğu söylenebilir. Bir yandan, birikmiş sermaye yeni yatırım alanlarına akıtılmış; öte yandan, imtiyaz yoluyla işletilen demiryolu, liman, rıhtım gibi hizmetlerden yine en çok yabancı sermaye yararlanmıştır.

Sonuç olarak, Osmanlı döneminde verilen imtiyazlar, teknik olarak kapitülasyon sayılamasalar da, uygulanma biçim ve koşulları yönünden kapitülasyonlara benzetilebilirler. Bununla birlikte, II. Meşrutiyet'i izleyen dönemde, İttihatçılar, “ekonomik bağımsızlık” söylemiyle hukuksal ve siyasi ayrıcalıkların kaldırılmasına giriştikleri halde, yabancı sermaye ve dış borçlanmayı teşvik etmişlerdir¹⁵⁷. Bunun nedeni, “ekonomik bağımsızlık” anlayışları, devletin egemenlik haklarını sınırlayan hukuksal ve siyasi engellerin kaldırılması ile sınırlı olan İttihatçıların, “...emperyalizmin ekonomik mekanizmalarından doğan bağımlılık ilişkileri...”¹⁵⁸ni kavrayamamış olmalarıdır.

Buna rağmen, 1326 (1910) tarihinde çıkarılan ve halen yürürlükte olan “Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun”, imtiyaz verilmesini birtakım

¹⁵⁵ Georges CARLES, *La Turquie economique*, Librairie Chevalier et Rivière, Paris 1906, s. 89, 91.

¹⁵⁶ Yapılan pek çok sözleşmede, Osmanlı İmparatorluğu'nun hizmetin işletilmesinden elde edilecek olan gelirden belirli bir pay alması şartı öngörülmüştür.

¹⁵⁷ Korkut BORATAV, *Türkiye İktisat Tarihi 1908-1985*, 4. B., Gerçek Yayınevi, 1993, s. 22.

¹⁵⁸ Ibid.

koşullara bağlamaktadır. Daha önceki dönemde imtiyazları genel olarak düzenleyen bir yasa metninin bulunmayışı gözönünde tutularak, bu Kanun'un 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 bağlamıştır¹⁵⁹. Ayrıca, Kanun çıkmadan önce de imtiyaz sözleşmelerinde görülmekte olan, imtiyazın ancak Osmanlı anonim şirketlerine verilebileceğine; daha doğru bir ifadeyle, imtiyazın, imtiyaz sözleşmesinde yazılı olan süre içerisinde mutlaka bir Osmanlı anonim şirketine devredilmesi gerektiğine ilişkin uygulama, bir yasa hükmüne dönüştürülmüştür.

Ne var ki, Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılmasına kadar geçen on yıllık sürede bu Kanun'un varlığı herhangi bir şeyi değiştirmemiş; eski imtiyazlar, süreleri uzatılarak¹⁶⁰ uygulanmaya devam etmiştir.

B. Cumhuriyet Dönemi

Milli Mücadele'nin sona ermesinin ardından yapılan Lozan Barış Konferansı'nın önemli konularından biri de, Osmanlı İmparatorluğu döneminde verilmiş olan imtiyazların akıbetiydi. Esas olarak, müttefiklerin Lozan'daki temsilcilerinin, savaş yıllarında Türkiye'deki imtiyazlı şirketlerin uğramış oldukları zararların Ankara'daki hükümet tarafından karşılanması talepleriyle sorun gündeme gelmiş; ancak, Konferans'ın birinci devresinde, bunun görüşmelerle bir ilgisi olmadığı, şirketlerin

¹⁵⁹ Kuşkusuz, bununla amaçlanan yalnızca imtiyaz verilmesini güçleştirmek değil, yasama organı yararına padişahın yetkilerini de sınırlamaktır.

¹⁶⁰ Osmanlı İmparatorluğu döneminde verilen imtiyazlarda, sıkı süre koşulları öngörülmüş olmakla birlikte, yapılan ek sözleşmelerle bu süreler uzatılmaktaydı. Bkz. TAN, "Osmanlı İmparatorluğunda...", s.

Ankara'ya giderek sorunlarını hükümetle çözmeleri gerektiği kabul edilmişti¹⁶¹. Ancak Konferans'ın ikinci devresinde, önce imtiyazlı şirketlere tazminat ödenmesi, ardından şirketlerin imtiyazlarının yeni şartlara göre tadil edilmesi talepleriyle konu tekrar tartışılmaya başlanmış; Türk tarafı, imtiyazlı şirketlerin hukuken Osmanlı-Türk şirketi olmalarından hareketle, bu talepleri reddetmiştir¹⁶². Nihayet, Konferansı kesintiye uğratmamak için¹⁶³, Barış Andlaşması'nda, bu şirketlerin imtiyaz haklarının devam edeceği ve imtiyazların yeni ekonomik koşullara göre gözden geçirileceği Türk tarafınca kabul edilmiştir¹⁶⁴.

Cumhuriyet'in kurulmasından sonraki yıllarda, izlenen devletçi politikanın da bir gereği olarak, bu imtiyazların tümü, satın alınmak (rachat) suretiyle sona erdirilmiş¹⁶⁵; 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 görülmektedir¹⁶⁶. Ancak 1950'li yıllardaki imtiyaz uygulaması da az sayıda örnekle sınırlı kalmıştır.

323.

¹⁶¹ İsmet İNÖNÜ, *Hatıralar*, 2. B., Bilgi Yayınevi, 1992, 2. Kitap, s. 141.

¹⁶² *Ibid*, 2. Kitap, s. 141-142.

¹⁶³ *Ibid*, 2. Kitap, s. 142. Bu tavır, kapitülasyonların kaldırılması konusunda verilen mücadeleyle karşılaştırıldığında, imtiyazlar konusunun Türk Hükümeti açısından çok önemli olmadığını göstermektedir.

¹⁶⁴ İmtiyazlara ilişkin Lozan görüşmeleri için bkz. Seha L. MERAY, *Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar, Belgeler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1972, Birinci Takım, C. III, s. 83-85, 387 v.d.

¹⁶⁵ DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 152.

Cumhuriyet dönemi imtiyazları arasında, Sarıyar (1952), Seyhan (1953) ve Kepez(1956)'de hidroelektrik santrali kurulması ve işletilmesine ilişkin¹⁶⁷ olanları önemlidir.

Cumhuriyet Dönemi boyunca pek az başvurulan imtiyaz yöntemi, 1980'li yıllarda uygulanmaya başlanan Yap-İşlet-Devret modeli¹⁶⁸ ile tekrar gündeme gelmiştir. Yap-İşlet-Devret modeli uyarınca yapılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirleyen yargı kararlarıyla, dolaylı da olsa imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanı bulunduğu söylenebilir. İmtiyaz sözleşmelerine ilişkin Anayasa ve yasa kurallarında yapılan değişiklikler ve telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak "İmtiyaz"ı öngören yasal düzenleme¹⁶⁹, bu yöntemin önümüzdeki yıllarda daha geniş bir uygulama alanı bulacağı yolundaki tahmini güçlendirmektedir.

IV. İMTİYAZ YÖNTEMİNİN BENZER KAVRAM VE KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Özelleştirme

Özellikle 1970'li yıllardan itibaren, tüm dünyada neo-liberalizmin ve küreselleşmenin etkisiyle kendisini gösteren ve devletin ekonomik yaşama

¹⁶⁶ DURAN, İdare Hukuku..., s. 329.

¹⁶⁷ Gülhanım (SIZLI) EROL, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT-Uzmanlık Tezleri, 1999, s. 107-110.

¹⁶⁸ Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. aş. 114 v.d.

¹⁶⁹ Telekomünikasyon hizmetlerinde imtiyaz yöntemini öngören yasal düzenleme hakkında bkz. aş. 150 v.d.

müdahalesinin en aza indirgenmesini sağlama araçlarından biri olarak görülen özelleştirme, 1980'li yıllardan itibaren Türkiye'nin de gündemine girmiştir.

Özelleştirme, farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. En dar anlamıyla özelleştirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin, satış ve benzeri yöntemlerle özel kişilere devrini ifade eder¹⁷⁰. Dar anlamda özelleştirmeden, "...devletin sahip olduğu mal varlıklarının ya da para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının satış ya da benzeri yollarla yerli ya da yabancı gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişilerine devri..." de anlaşılmaktadır¹⁷¹. Fakat her halde, dar anlamda özelleştirmede, özelleştirilen kamu varlığının mülkiyetinin devri sözkonusudur. Bu nedenle, idarenin hizmetin sorumluluğunu ve hizmet için kullanılan malların mülkiyetini muhafaza ettiği imtiyaz yönteminin, dar anlamda özelleştirme kapsamında düşünülmesi mümkün değildir¹⁷².

Geniş anlamda özelleştirme ise, kavramın ideolojik anlamını ve amacını da kapsayacak biçimde, piyasa mekanizmasının işleyebilmesi için, devletin piyasa üzerindeki müdahalesinin azaltılması ya da kaldırılmasını ifade etmektedir¹⁷³. Kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin devri yanında, yönetimlerinin özel kişilere devri ya da kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi de¹⁷⁴, geniş anlamda özelleştirme kapsamında mütalaa edilmektedir.

Geniş anlamda özelleştirme tanımından hareket edilerek, kamu hizmetlerinin imtiyaz usulüyle özel kişilere gördürülmesinin de özelleştirme yöntemlerinden biri

¹⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Genel Esaslar, s. 255.

¹⁷¹ Bülent SERİM, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme, İzgi Yayınları, Ankara 1996, s. 26.

¹⁷² Jean-Pierre TARDIEU, "Les modes de régulation à l'étranger", AJDA, 1996, s. 605.

¹⁷³ SERİM, s. 27.

¹⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Genel Esaslar, s. 255.

olduğu savunulmaktadır¹⁷⁵. Gerçekten, geniş anlamda özelleştirme tanımı, imtiyaz usulünü de kapsar görünmekle birlikte, XX. yüzyılın başlarında, “kamu hizmeti” kavramını esas alarak oluşturulan “imtiyaz” yönteminin, aynı yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmış olan ve içerdığı ideolojik anlam dolayısıyla “kamu hizmeti” kavramına pek de sıcak bakmadığı bilinen “özelleştirme” uygulamaları kapsamında değerlendirilmesi anakroniktir. Kaldı ki, genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ile özelleştirme uygulamaları arasında, amaçları esas alındığında, herhangi bir paralellik bulunduğu da söylenemez. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde amaçlanan, hizmetin en iyi şekilde yürütülmesi ve böylece kamu yararının sağlanması iken, özelleştirme, sözü edildiği gibi, serbest piyasa ekonomisinin mekanizmasının gereksinimlerini karşılamaya yönelik bir araçtır. Bu bakımdan, geniş anlamda özelleştirmenin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini de kapsadığı görüşü, bize göre, isabetli değildir.

B. Bayındırlık İmtiyazı

Bayındırlık imtiyazı, bir özel kişiye bazı inşaat ve tesislerin yaptırılması için verilen imtiyazdır¹⁷⁶. Bayındırlık imtiyazında, imtiyaz sahibinin borcu, belirli eserler inşa etmektir¹⁷⁷. Bunun karşılığında, kendisine kurduğu tesisleri işletmek ve bu tesislerden yararlananlardan karşılık almak suretiyle yatırımını amorti ve kâr etmek imkanı tanınmaktadır¹⁷⁸. Kurduğu hizmeti işletme olanağının imtiyaz sahibine

¹⁷⁵ Bkz. SERİM, s. 28.

¹⁷⁶ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 332.

¹⁷⁷ VEDEL, s. 835.

¹⁷⁸ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 332.

tanınması, bayındırlık işleri imtiyazının zorunlu bir unsuru olarak görülmektedir¹⁷⁹. Bu yaklaşımda, bayındırlık işleri imtiyazı ile kamu hizmeti imtiyazı arasında görünüşte bir fark kalmadığı söylenebilirse de, tarihsel gelişim içerisinde, ikisi arasında ciddi bir fark bulunduğu görülmektedir.

Esas olarak 19 uncu yüzyılda, Fransa'da, henüz kamu hizmeti imtiyazı kavramı gelişmemişken, bir hizmetin kurulması amacıyla verilen imtiyazlarda, imtiyaz sahibinin yaptığı işin karşılığını ödemenin bir yolu olarak, hizmeti işletme hakkı da o kişiye devredilmekteydi¹⁸⁰. Ancak henüz kamu hizmeti fikri gelişmiş olmadığından, bu sözleşmelere bayındırlık imtiyazı adı verilmekteydi. 19 uncu yüzyılın sonlarında ve 20 nci yüzyılın başlarında, kamu hizmeti nosyonunun gelişmesiyle birlikte, aynı konuda (bir hizmetin kurulması ve işletilmesi) akdedilen sözleşmeler kamu hizmeti imtiyazı olarak adlandırılmaya başlandı. Burada, sözleşmenin konusunun değil, bu konuya bakış açısının değişmesi sözkonusudur. Kamu hizmetinin işletilmesi, bayındırlık işi imtiyazında imtiyaz sahibinin yaptığı eserin karşılığının ödenmesi yolu olarak görülürken, kamu hizmeti imtiyazında sözleşmenin amacı haline gelmiştir¹⁸¹. Bayındırlık imtiyazında asıl amaç olan, hizmet için gereken inşaat ve tesislerin yapımı ise, kamu hizmeti imtiyazında hizmetin örgütlenmesi için imtiyaz sahibine düşen ikincil bir borç olarak görülmektedir¹⁸².

¹⁷⁹ DUPUIS, s. 223; İbrahim Ali ERBERK, *İmtiyazla İşleyen Nafia Âmme Hizmetleri, Hapisane Matbaası, Ankara 1937, s. 9-10.* Buna karşılık, salt bir tesisin kurulması işinin belirli bir bedel karşılığında özel kişiye yaptırılmasının bayındırlık imtiyazı teşkil edeceği savunulmaktadır. Bkz. François SABIANI, "L'habilitation des personnes privées à gérer un service public", *AJDA*, 1977, s. 8. Bize göre, bu son durumda, bir bayındırlık işinin varlığından sözedilebileceği halde, bunun imtiyaz teşkil etmesi için, işletme hakkının da özel kişiye devri zorunludur.

¹⁸⁰ DUPUIS, s. 223.

¹⁸¹ BLONDEAU, s. 54.

¹⁸² Ibid, s. 55.

O halde, “kamu hizmeti” anlayışının bugün ulaştığı noktada, bayındırlık imtiyazı kavramının güncelliğini ve uygulama alanını büyük ölçüde yitirmiş olduğu söylenebilir. Bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesinin özel kişiye bırakılması durumunda, bayındırlık işini de içeren bir kamu hizmeti imtiyazının varlığından söz edilecektir¹⁸³. Bununla birlikte, bayındırlık imtiyazında, imtiyaz sahibinin asli borcu olan “inşaat ve tesislerin yapımı”nın, her zaman bir kamu hizmetinin kurulması anlamına gelmeyeceği, bir başka anlatımla, bayındırlık imtiyazının konusunun kamu hizmetleri ile sınırlı olmadığı belirtilmektedir¹⁸⁴. Bayındırlık imtiyazının, böylece, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dışında az da olsa bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir.

C. Müşterek Emanet

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşmeli yöntemlerden biri olan müşterek emanet, bu özelliği dolayısıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle benzerlik göstermektedir. Hatta, taraflarının müşterek emanet olarak niteledikleri bazı sözleşmelerin gerçekte imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ya da bunun tam tersi varittir¹⁸⁵.

Müşterek emanet, bir kamu hizmetinin tehlike, hasar ve zararı idareye ait olarak, bir başka anlatımla idarenin nam ve hesabına, bir özel kişi tarafından yürütülmesini ve

¹⁸³ Bu durumda, öğretide, bayındırlık imtiyazı ile kamu hizmeti imtiyazının birarada bulunmasından söz edilmektedir. Bkz. WALINE, s. 480; VEDEL, s. 835; DEBBASCH, s. 195; GUGLIELMI, s. 119; DURAN, İdare Hukuku..., s. 332. Özellikle Türk hukuku açısından uygulama alanı neredeyse ortadan kalkmış olan bayındırlık imtiyazını, kamu hizmeti imtiyazı içerisinde dahi olsa yaşatmaya çalışmanın pratik bir yararı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu durumda, bayındırlık imtiyazı ile kamu hizmeti imtiyazının birarada bulunduğunu savunmak, kamu hizmeti imtiyazını bir bütün olarak görmeyi engellemekte; böylece, aslında kamu hizmeti imtiyazının bir parçası olan “kamu hizmetinin kurulması” aşamasının, farklı bir ad altında farklı kurallara tâbi tutulmasının önü de açılmış olmaktadır.

¹⁸⁴ DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 156. Buna karşılık, Fransız hukukunda, bayındırlık imtiyazının konusunun her zaman bir kamu hizmetinin işletilmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Henry BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., Rousseau, Paris 1933, s. 713.

¹⁸⁵ VEDEL, s. 830.

özel kişiye, hizmetin işletilmesinden sağlanan gelir üzerinden bir pay verilmesini içeren bir yöntemdir¹⁸⁶. Bu tanımdan hareketle, imtiyaz ile müşterek emanet yöntemleri arasında iki temel fark bulunduğu söylenebilir:

Bunlardan birincisi, hizmetin işletilmesinde, tehlike, hasar ve zararın kime ait olduğu noktasındadır. İmtiyaz sözleşmelerinde, bilindiği gibi, tehlike, hasar ve zarar bütünüyle imtiyaz sahibine aittir¹⁸⁷; idare, ancak *fait du prince* ve öngörülmezlik teorilerinin uygulama alanı bulduğu hallerde müdahale edecektir¹⁸⁸. İmtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibi gerçek bir girişimci niteliği taşımaktadır¹⁸⁹. Müşterek emanette ise, hizmeti işleten özel kişi, yalnızca bir işletmeci ya da idareci konumundadır¹⁹⁰; hizmeti idarenin nam ve hesabına işletir. Öğretide, bu farkın ciddi bir fark olmadığı, kâr garantisi hükümleriyle, imtiyaz sözleşmelerinde de idarenin zarara ya da tehlikeye büyük ölçüde katıldığı savunulmakta¹⁹¹ ise de, her iki yöntem arasında en azından bir yaklaşım farkı bulunduğu söylenebilir.

İmtiyaz ile müşterek emanet yöntemleri arasındaki asıl önemli fark, hizmeti yürüten özel kişinin gelirin ilişkindir. İmtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibinin geliri, hizmetin işletilmesinin parasal sonuçlarıyla doğrudan ilgilidir. Bir başka deyişle, imtiyaz sözleşmelerinde, girişimci niteliğinde olan imtiyaz sahibi, hizmetin işletilmesinden kâr etmektedir. Müşterek emanette ise, hizmeti gören özel kişinin, hizmetin işletilmesinden doğrudan bir gelir sağlaması sözkonusu değildir. Müşterek emanette, hizmetin işletilmesinden elde edilen kâr idareye aittir; özel kişi, bu kâr üzerinden pay (prim)

¹⁸⁶ ÖZAY, *Gümüşğında...*, s. 252.

¹⁸⁷ Bkz. yuk. s. 32 v.d.

¹⁸⁸ Bkz. aş. s. 90 v.d.

¹⁸⁹ VEDEL, s. 830; WALINE, s. 503.

¹⁹⁰ VEDEL, s. 830.

¹⁹¹ Ibid.

almaktadır¹⁹². Bu anlamda, müşterek emanet yönteminde, özel kişinin, hizmetin işletilmesinin dolaylı maddi ya da işlevsel sonuçlarından yararlandığı söylenebilir¹⁹³.

Bununla birlikte, bazı müşterek emanet uygulamalarında, özel kişinin, hizmetin işletilmesinden doğan kâra doğrudan ortak edildiğine rastlanmaktadır. Bu durumlarda, yöntemin müşterek emanet sayılabilmesi için, bu ortaklığın sınırlı kalması gerekmektedir¹⁹⁴.

Müşterek emanet yöntemi, gerek Fransa'da¹⁹⁵ gerek ülkemizde nadiren uygulanmaktadır. Türkiye'deki tek müşterek emanet örneğinin, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesine ilişkin olduğu belirtilmektedir¹⁹⁶.

D. İltizam

Bir kamu hizmetinin, önceden kararlaştırılan bir bedel karşılığında, özel kişilere gördürülmesine iltizam adı verilir¹⁹⁷. İltizam da, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşmeli yöntemlerden birisidir. Ülkemizde, özellikle Osmanlı İmparatorluğu döneminde, bazı vergilerin toplanmasında kullanılan¹⁹⁸ bu yöntem, Cumhuriyet döneminde, göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki Hazine'ye ait dalyan ve volilerden yararlanmak ve devlet tekelinde bulunan reasürans hakkını işletmek konularında uygulanmıştır¹⁹⁹.

¹⁹² GUGLIELMI, s. 128.

¹⁹³ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 754. Hatta müşterek emanette, özel kişiye götürü bir ödemede bulunulabileceği dahi kabul edilmektedir: DURAN, İdare Hukuku..., s. 333.

¹⁹⁴ WALINE, s. 503.

¹⁹⁵ RIVERO, s. 430.

¹⁹⁶ ONAR, C. I, s. 45.

¹⁹⁷ ÖZAY, Gümüşğında..., s. 254.

¹⁹⁸ Ibid, dn. 398; DURAN, İdare Hukuku..., s. 333.

¹⁹⁹ Ibid, s. 333-334.

İltizamın bu klasik tanımı esas alındığında, imtiyaz yönteminden çok farklı olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada, iltizam yoluyla hizmeti gören kimse (mültezim), hizmetin işletilmesinin sonuçlarından bağımsız olarak önceden kararlaştırılmış bir ücret almaktadır²⁰⁰. Oysa, imtiyaz sözleşmesinde, yukarıda da belirtildiği gibi, imtiyaz sahibi, hizmetin işletilmesinin parasal sonuçlarından doğrudan doğruya yararlanmakta; hizmeti işleterek kâr etmektedir.

İltizam sözleşmesinin klasik tanımı bu olmakla birlikte, zamanla iltizamın farklı bir anlam kazanarak, idare için gereken altyapı tesisleri ile inşaatların yapılmasını ifade etmeye başladığı savunulmaktadır²⁰¹. Bu anlamda iltizam ile imtiyaz arasındaki farkın, ilki yalnızca inşaya ilişkin olduğu halde, ikincisinin aynı zamanda işletmeyi de içermesi olduğu belirtilmektedir²⁰². Bize göre, bu anlamıyla iltizam, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin bir yöntemini ifade etmemektedir. Özellikle, sözcüğün “taahhüt ve iltizam mukaveleleri” tamlaması içerisinde kullanılması²⁰³, burada kastedilenin, “borçlandırıcı işlem” anlamında “iltizami muamele” olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin bir yöntemi olarak “iltizam”ın, sözü edilen türden bir anlam genişlemesine uğradığı görüşüne katılmak güçtür.

Fransız hukukunda, özel kişiye gördürülecek olan bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gereken inşaat ve tesisatın gerçekleştirilmesinden tamamen ya da büyük

²⁰⁰ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 234; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 333’de, mültezimin kazancının da orantılı olabileceği belirtilmektedir. Bu durumda, iltizam ile müşterek emanet yöntemleri arasındaki farkın büyük ölçüde silikleştiği söylenebilir. Oysa bu iki yöntem arasındaki fark, özellikle bu noktada ortaya çıkmaktadır.

²⁰¹ ÖZAY, s. 254.

²⁰² OSTEN, s. 32.

²⁰³ Ibid.

ölçüde idare sorumlu olduğu takdirde, idare ile özel kişi arasındaki hukuki ilişkinin iltizam (affermage) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁰⁴. Görüldüğü gibi, burada hizmetin kurulmasını özel kişinin üstlenip üstlenmemesi, bir sözleşmenin imtiyaz ya da iltizam olduğunun belirlenmesinin tek kriteri durumundadır. Ancak bu anlamıyla iltizam, Türk hukukuna yabancı olup, salt bir kamu hizmetinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler de, Türk hukukunda imtiyaz sözleşmesi sayılmaktadır.

E. Maden İşletme İmtiyazı

3.3.1954 tarih ve 6309 sayılı Maden Kanunu'nun 62 ve 63 üncü maddeleri uyarınca, devlete belirli bir resim ödemek kaydıyla özel kişiler, madenleri kendi yararlarına olarak işletebilmekteydi. Bugün yürürlükte bulunan 4.6.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu ise, maden işletme hakkının yalnızca ruhsat usulüyle verilebileceğini öngörmekle, imtiyaz usulünü maden işletme hakkının verilmesinde uygulanan bir yöntem olmaktan çıkarmıştır. Bununla birlikte, 3213 sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesi, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte geçerli bulunan işletme imtiyazlarının da 3213 sayılı Kanun'a göre devam edeceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

Adı "imtiyaz" olmakla birlikte, maden işletme imtiyazı, bir tür kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak görülemez. Zira, maden işletme imtiyazının konusunu oluşturan faaliyet, kamu hizmeti sayılmamaktadır²⁰⁵. Esasen, doğal kaynaklardan ve

²⁰⁴ Pierre Subra de BIEUSSES, "La spécificité de l'affermage", *AJDA*, 1996, s. 610; GUGLIELMI, s. 125. Türk öğretisinde de, Fransız hukukunun etkisiyle, iltizamı bu biçimde tanımlayan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Turgut TAN, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000 Ankara, C. I, s. 460-461.

²⁰⁵ BALTA, s. 191; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 142, 144; A. Ülkü AZRAK, "Türkiye'de Madenlerin

kamu mallarından yararlanmaya ilişkin olarak akdedilen hiçbir sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olmadığı savunulmaktadır²⁰⁶. Bu sözleşmelerin de “imtiyaz sözleşmesi” olarak anılması, geniş anlamda “imtiyaz” kavramının içerdiği “ayrıcılık” anlamıyla açıklanabilir.



Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, İHİD, Y. 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 5. BİLGİN, “Kamu Hizmeti...”, s. 115-116’da, madenlerin aranması ve işletilmesinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu, ancak maden işletme imtiyazının, bir kamu hizmetinin özel kişilere kurdurulup işletilmesine ilişkin bir işlem olmadığını belirtmektedir. Danıştay ise, maden işletme imtiyazına ilişkin bir kararında, imtiyaza konu olan faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığı sorusuna açık bir yanıt vermemekte, ancak maden işletme imtiyazlarının idari sözleşme niteliği taşıdığını kesin olarak belirtmektedir. DGK, E. 1974/33 K. 1974/62 – 24.10.1974, D.D., Y. 5, S. 18-19, 1975, s. 263.

²⁰⁶ DURAN, İdare Hukuku..., s. 333. Duran’a göre, bu tür teşebbüslerde, kamu hizmetlerinin “...bireylere edim sunma ve sağlama...” yönü eksiktir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKSAL REJİMİ

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN NİTELİĞİ

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği üzerine farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar üç başlıkta toplanabilir:

A. “Sözleşme” Görüşü

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, imtiyazı veren idare ile imtiyaz sahibinin karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla oluşan bir anlaşma görünümünde olduğu için, ilk bakışta tipik ve salt bir sözleşme karakterine sahip olduğu söylenebilir. Nitekim, XX. yüzyılın başlarına kadar, Fransız doktrininde egemen olan görüş de bu doğrultudadır²⁰⁷. Buna göre, iki taraflı bir anlaşma, ancak bir sözleşme olabilir; imtiyaz sözleşmesi de, konusu kamu gücünün (kamu malını işgal etmek ve hizmetten yararlananlardan karşılık almak bakımından) devri (délégation) olan salt bir sözleşmedir²⁰⁸. İmtiyaz sözleşmesinin

²⁰⁷ RIVERO, s. 433; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 334; PEISER, s. 144.

²⁰⁸ BLONDEAU, s. 135; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 744.

konusu kamu yararına yönelik bir faaliyet olduğundan, imtiyazı veren idare, idare edilenler lehine sözleşmeyi akdetmiş sayılmaktadır²⁰⁹. Görüldüğü gibi, bu görüş uyarınca imtiyaz sözleşmesinde hizmetten yararlananların konumu, “üçüncü şahıs lehine sözleşme” kavramı ile açıklanmaktadır²¹⁰.

Bu görüş, kamu hizmeti kavramının gelişmesiyle birlikte terkedilmiştir. Kamu hizmetinin örgütlenmesi ve düzenlenmesi, kamu gücünün tek taraflı ve münhasır yetkisine ilişkin olduğundan²¹¹, imtiyazın tipik bir sözleşme ilişkisi kurduğu söylenemez.

B. “Tek Taraflı İdari İşlem” Görüşü

Özellikle Alman hukukunda bir süre itibar edilen bu görüş, imtiyaz sahibinin hak ve borçlarının kaynakları arasında yapılan bir ayırma dayanmaktadır. Buna göre, imtiyaz sahibinin hakları idarenin tek taraflı bir idari işleminden; borçları ise, imtiyazı kabul ederek gösterdiği bağlanma iradesinden kaynaklanmaktadır²¹². İmtiyaz sahibinin işleme katılması, imtiyazın geçerlilik koşulu olmakla²¹³ birlikte, imtiyaz sahibinin hukuksal durumu, münhasıran idarenin tek taraflı işlemiyle oluşturulmaktadır²¹⁴. İmtiyaz sahibinin hukuksal durumu idare tarafından oluşturulduğuna göre, yine idare, bu durumu değiştirme yetkisine de sahip olacaktır²¹⁵.

²⁰⁹ Michel HANHARDT, *La concession de service public – Etude de droit fédéral et de droit vaudois*, Imprimerie Vaudoise, Lausanne 1977, s. 72.

²¹⁰ Aynı yönde bkz. Roger BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., L.G.D.J., Paris 1943, s. 715.

²¹¹ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 745.

²¹² BLONDEAU, s. 144.

²¹³ HANHARDT, s. 74.

²¹⁴ BLONDEAU, s. 145.

²¹⁵ Ibid.

İsviçre hukukunu etkileyen²¹⁶ bu görüş, Fransız-Türk idare hukuku öğretisinde taraftar bulamamıştır.

C. “Karma İşlem” Görüşü

Bugün, öğretide oybirliğiyle, imtiyaz sözleşmelerinin karma işlem niteliğinde oldukları kabul edilmektedir²¹⁷. Bu özellik imtiyaz sözleşmelerinin gerek biçimi gerek içeriği açısından geçerlidir.

1. Biçim Açısından

İmtiyaz sözleşmesi, biçim açısından, bir şartname ile bir sözleşmeden oluşur. Şartname, idare tarafından tek yanlı olarak tarafların anlaşmasından önce hazırlanan ve kamu hizmetinin işleyiş koşulları ile tarafların hak ve borçlarını düzenleyen²¹⁸ ayrıntılı ve teknik bir metindir²¹⁹. Sözleşme ise, tarafların uzlaşmasını ve imtiyaz sahibinin şartnameye iltihakını öngörmektedir²²⁰. Şartname, imtiyaz sözleşmesinin eki durumundadır²²¹.

2. İçerik Açısından

İçerik açısından imtiyaz sözleşmesi, kural işlem niteliğinde hükümler, koşul işlem niteliğinde hükümler ve akdi hükümler ihtiva etmektedir.

²¹⁶ HANHARDT, s. 74.

²¹⁷ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 745; RIVERO, s. 433; DEBBASCH, s. 197; VEDEL, s. 836; ONAR, C. I, s. 536; DURAN, İdare Hukuku..., s. 334; ÖZAY, Gümüşğında..., s. 257; TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyaz...”, s. 457.

²¹⁸ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 748; RIVERO, s. 433; DEBBASCH, s. 197. VEDEL, s. 836’da şartnamenin kamu hizmetinin işleyiş koşullarını düzenleyen bir metin olduğunu belirterek, tarafların hak ve borçlarını dışarıda bırakmakta; bunların sözleşmede düzenlendiği izlenimini uyandırmaktadır. Bize göre, kamu hizmetinin işleyiş koşullarının -kamuyu yakından ilgilendirdiği için- şartnamede düzenlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu durum, tarafların hak ve borçlarının da şartnamede öngörülmesine engel değildir.

²¹⁹ VEDEL, s. 836.

²²⁰ İdare ile sözleşme yapacak olan imtiyaz sahibi, önceden hazırlanmış olan imtiyaz belgelerini aynen kabul ya da reddetmek durumundadır. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmeleri aynı zamanda iltihaki sözleşmeler kategorisine girmektedir: GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 235.

²²¹ WALINE, s. 482; YAYLA, s. 131; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 235.

Kamu hizmetinin örgütlenmesine, işleyişine ve görülme esaslarına ilişkin olup düzenleyici nitelik taşıyan²²² sözleşme hükümleri kural işlem niteliğindedirler^{223 224}. Bu hükümler de, sözleşmenin bir parçası olmakla birlikte, geçerliliklerini imtiyaz sahibinin onayından değil, idarenin hizmeti düzenleme yetkisinden alırlar²²⁵.

İmtiyaz sözleşmesinde ayrıca, imtiyaz sahibine, hizmetin yürütülmesi bakımından önem taşıyan ve kamu gücüne dayanan yetkiler tanındığı da görülmektedir²²⁶. Bu yetkileri öngören hükümler ise koşul işlem niteliği taşımaktadır²²⁷. Bu hükümler aracılığıyla, imtiyaz sahibi, sözleşmenin kural işlem niteliğindeki hükümleriyle belirlenmiş olan, “*hizmeti düzenleyen ve yöneten*”²²⁸ statüsüne sokulmuş bulunmaktadır²²⁹. Bu nedenle, koşul işlem niteliği taşıyan hükümlerin, kural işlem niteliğindeki hükümlerin uygulanmasını sağladığı, bir anlamda onları tamamladığı söylenebilir²³⁰.

Akdi hükümler ise, sözleşmenin mali dengesi ile tarafların mali hak ve

²²² RIVERO, s. 433.

²²³ Kural işlem niteliğindeki hükümlerin düzenleyici (réglementaire) nitelik taşıdıkları tesbitinden hareketle düzenleyici hükümler olarak adlandırılmaları mümkün görünmekte ise de, bu adlandırma, “düzenleyici işlem” kavramı ile karıştırılma olasılığı içerdiğinden, Türk öğretisinde genellikle yapıldığı gibi, “kural-işlem niteliğindeki hükümler” ibaresinin kullanılması daha isabetlidir.

²²⁴ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 746’da kural işlem niteliğindeki hükümlerin, hizmetin örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin olup, emanet usulü ile yürütülen hizmetler bakımından da geçerli olan hükümler olduklarını belirtmektedir.

²²⁵ VEDEL, s. 836.

²²⁶ Bkz. aş. s. 77.

²²⁷ BONNARD, s. 716; ONAR, C. I, s. 537; ÖZAY, *Gümüşiğında...*, s. 257; ODYAKMAZ, s. 154. LAUBADÈRE/VENEZIA/ GAUDEMET, s. 745 ve GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 235’te, imtiyaz sözleşmesinin münferit hükümlerinin değil, sözleşmenin kendisinin koşul işlem niteliği taşıdığı savunulmaktadır.

²²⁸ BONNARD, s. 716.

²²⁹ ONAR, C. I, s. 537’de bu statü, “*âmme kudreti statüsü*” olarak adlandırılmaktadır.

²³⁰ BONNARD, s. 716’da, koşul işlem niteliğindeki hükümlerin, idarenin tek taraflı koşul işlemlerinden farklı olarak, geçerliliklerini idarenin kamu gücüne dayanan yetkisinden değil, taraflar arasındaki anlaşmadan aldıkları savunulmaktadır. Bize göre, bu açıdan kural işlem niteliğindeki hükümlerle koşul işlem niteliği taşıyan hükümler arasında bir ayırım yapılmamalıdır. İmtiyaz sahibine kamu hizmetinin işletilmesini sağlamak amacıyla kamu gücünden kaynaklanan birtakım olanaklar sağlayan hükümlerin geçerliliğini, tarafların iradesine dayandırmak güçtür.

yükümlülüklerine²³¹ ilişkindir. Bunlar, imtiyaz sahibinin gelirini güvence altına alan hükümlerdir²³².

“Karma işlem” görüşünün yeni benimsendiği dönemlerde, “sözleşme” görüşünün de etkisiyle, imtiyaz işleminin, imtiyaz sahibi ile idare arasındaki ilişkiler açısından akit; hizmetten yararlananlarla ilişkiler açısından ise kural işlem niteliği taşıdığı savunulmuştur²³³. Bir başka anlatımla, imtiyaz sözleşmesi, somut olaydaki ilişkinin taraflarına göre, bir bütün olarak nitelik değiştirmektedir. Bunun doğal sonucu, imtiyaz sahibi ile idare arasındaki ilişkiler bakımından imtiyazın bütünüyle bir sözleşme ilişkisi biçimini almasıdır. Dolayısıyla, “sözleşme” görüşüne yöneltelen eleştiriler burada da geçerlidir. Bugün kabul edilen, imtiyaz sözleşmesinin bir bütün olarak karma nitelik taşıdığı, sözleşme hükümlerinden bir bölümünün kural işlem ya da koşul işlem niteliği taşıdığı, bir bölümünün ise akdi nitelikte olduğudur²³⁴.

İçerik açısından yapılan bu belirlemenin, imtiyaz sözleşmesinin hüküm ve sonuçları açısından doğurduğu en önemli sonuç, kural işlem ve koşul işlem niteliğindeki hükümlerin idarenin tek yanlı iradesiyle, imtiyaz sahibinin onayı veya rızası alınmadan değiştirilebileceğinin kabul edilmesidir. Akdi hükümler ise, ancak tarafların anlaşmasıyla gözden geçirilip yeniden düzenlenebilir; idare, bunlar üzerinde tek yanlı olarak tasarrufta bulunamaz²³⁵.

²³¹ Bkz. aş. s. 89 v.d.

²³² RIVERO, s. 433.

²³³ Bu görüş ve eleştirisi için bkz. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 745-746.

²³⁴ Ibid, s. 745.

²³⁵ Bkz. aş. s. 76 v.d.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMLERİ

A. İmtiyazın Verilmesi

1. Yetki

1326 tarihli Kanun'un birinci maddesi uyarınca, devlet adına verilecek imtiyazlarda yürütme organı, yani Bakanlar Kurulu; 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 70 inci maddesine göre ise, belediye idaresi adına verilecek imtiyazlarda Belediye Meclisi yetkilidir. Belediye Meclisi'nin imtiyazın verilmesine ilişkin kararı üzerinde İçişleri Bakanlığı'nın vesayet yetkisi bulunmaktadır.

2. Şekil:

a. İmtiyaz sözleşmelerinin yasama organının onayına sunulması: 1326 tarihli Kanun'un 1 inci ve 9 uncu maddeleri ile bu Kanun'da değişiklik yapan 25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun'un²³⁶ 1 inci maddeleri birarada değerlendirildiğinde, genel ve katma bütçelere dahil olup, sözleşmenin akdi tarihinde mevcut veya sonradan ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini içeren ve sonradan bütçelerden ödemeyi gerektiren imtiyaz sözleşmelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması gerektiği; bunun dışında kalanların ise doğrudan doğruya Bakanlar Kurulu tarafından yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. 1924 Anayasası'nın 26 ncı maddesi ile "...*darbı inhisar ve mali taahhüdü mutazammın...*" imtiyaz sözleşmelerinin feshedilmesi ve onanması Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında sayılmakla, Kanun'da yer alan kurala paralel bir hüküm Anayasa'da da öngörülmüş olmaktadır. 1961 ve 1982 Anayasaları ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin imtiyaz

²³⁶ R.G. 2.7.1932 – 2139.

sözleşmelerini onaylama yetkisine yer vermemiştir. Bu durumdan hareketle, imtiyaz sözleşmelerinin yasama organının onayına sunulması zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varılmaktadır²³⁷. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Pozitif hukuksal durum karşısında, bugün için söylenebilecek olan, anayasa koyucunun konuyu anayasada düzenleme gereği duymayarak, yasa koyucunun takdirine bıraktığıdır. Yasa koyucunun takdirini, en azından belirli özellikleri taşıyan sözleşmelerin yasama organının onayına sunulması yolunda kullandığı, 1326 tarihli Kanun ile 2025 sayılı Kanun'un yukarıda zikredilen hükümlerinden anlaşılmaktadır. Bu yasalar halen yürürlükte bulunduğu ve yasama organının görevleri Anayasa'da öngörülenlerle sınırlı olmayıp yasal düzenlemelerle de görev ihdas edilebileceğine göre, yukarıda da belirtilen, genel ve katma bütçelere dahil olup sözleşmenin akdi tarihinde mevcut veya sonradan ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini içeren ve sonradan bütçelerden ödemeyi gerektiren imtiyaz sözleşmelerinin yasama organının onayına sunulması zorunludur²³⁸. Bu nitelikte olduğu halde yasama organının onayına sunulmayan imtiyaz sözleşmeleri, hukuksal geçerlilik kazanamaz²³⁹.

b. Danıştay'ın öndenetimi: 1982 Anayasası'nın 155 inci maddesi, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesini öngörmekte iken, sözkonusu maddede 4446 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, Danıştay'ın görevi *"...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde*

²³⁷ DURAN, İdare Hukuku..., s. 331; GÜNDAY, "Kamu Hizmeti...", s. 3. Mümtaz SOYSAL'ın konuşması, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 16 Temmuz 1999, s. 47'de, 1961 ve 1982 Anayasalarında "Meclis onayı"na yer verilmemiş olması, bu koşulun ortadan kalktığı anlamında yorumlanmaktadır.

²³⁸ Aynı yönde bkz. ÖZAY, Günışığında..., s. 264; DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 152; BİLGİN, "Yap-İşlet-Devret...", s. 800. Ancak BİLGİN, yasama organının onayına sunulmak bakımından imtiyaz sözleşmeleri arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

²³⁹ OSTEN, s. 15.

düşüncesini bildirmek” biçiminde formüle edilmiş; 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun’la²⁴⁰ da, Danıştay Kanunu’nun ilgili hükümleri buna koşut biçimde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin amacı ve mantığının anlaşılabilmesi için, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesine ilişkin eski düzenleme üzerinde durulmalıdır.

aa. Danıştay incelemesi: İlk kez 1961 Anayasası’nın 140 ıncı maddesinde yer alan ve 1982 Anayasası’nın da 155 inci maddesinde benimsenen düzenlemede, tüzük tasarıları ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesi öngörülmüştü²⁴¹. Danıştay’ın idari görevleri arasında yer alan inceleme, incelenen metnin hukuka uygunluğu yanında yerindeliğini de içermektedir²⁴². Ayrıca, Danıştay incelediği metinle ilgili görüşünü bildirmekle yetinmeyerek sözleşme maddelerini tek tek irdelediği gibi, bütünü de değerlendirmekte; gerekli görürse bazı maddeleri metinden çıkarmak, bazılarını da düzeltmek suretiyle adeta yeni bir metin oluşturmaktadır²⁴³.

Danıştay’ın verdiği inceleme kararlarının hukuksal niteliği ve bağlayıcılığına ilişkin olarak öğretilde savunulan iki görüş bulunmaktadır²⁴⁴. Bunlardan birincisine göre,

²⁴⁰ R.G. 21.12.1999 – 23913.

²⁴¹ Şurayı Devlet’in kurulduğu 1284 (1868) yılında çıkarılan Şurayı Devlet Nizamnamesinin 3 üncü maddesinde Şurayı Devlet’e imtiyaz sözleşmelerini “tetkik ve müzakere eylemek” görevi verilmiş; 1924 Anayasası’nın 51 inci maddesinde de Şurayı Devlet’in imtiyaz sözleşmeleri üzerine “beyanı mütalaa” edeceği hükme bağlanmıştır. 1924 Anayasası döneminde yürürlükte olan 3546 sayılı Kanun’un ilgili 11 inci maddesi hükmü de Anayasa’daki düzenlemeye paraleldir. 1876 Anayasası ile 1326 tarihli Kanun, Danıştay’ın görevine ilişkin hüküm içermemekle birlikte, diğer hukuksal metinlerin yürürlükte oldukları tarihler dikkate alındığında, kuruluşundan bu yana Danıştay’ın imtiyaz şartname ve sözleşmelerine ilişkin inceleme ya da görüş bildirme görevini yerine getirdiği görülmektedir. Bu düzenlemelere ilişkin olarak bkz. Yıldırım KUZUM, “İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 2. B., Danıştay Matbaası, Ankara 1986, s. 759-762.

²⁴² AYM, E. 1990/19 K. 1991/15 – 21.6.1991, R.G. 24.9.1992 – 21355, s. 23.

²⁴³ Ibid, s. 773.

²⁴⁴ KUZUM, uygulamada (makalenin yazıldığı 1968 yılına kadar) imtiyaz sözleşmelerinde Danıştayca

Danıştay incelemesi, incelenen sözleşmenin yetki ögesine ilişkindir; işlemi yapan idare ile Danıştay arasında bir yetki paylaşımı mevcuttur²⁴⁵. Bunun mantıksal sonucu, Danıştay'ın verdiği inceleme kararının bağlayıcı olmasıdır. İdare, ancak Danıştay'ın yaptığı inceleme sonucu oluşturduğu metni benimseyebilir; metnin Danıştay'a gönderilen ilk biçimini esas alarak imtiyaz sözleşmesini akdedemez. Buna karşın, sözleşmeyi akdetmekten vazgeçebilir.

Bazı yazarlar, haklı olarak bu görüşe karşı çıkmış; idare ile Danıştay arasında bir yetki paylaşımının olmadığını, tüzük çıkarma ya da imtiyaz verme yetkisinin münhasıran Bakanlar Kurulu'na ait olduğunu savunmuş²⁴⁶ ve Danıştay incelemesini işlemin şekil ögesine ilişkin görmüşlerdir²⁴⁷. Bu nedenle, Danıştay'ın inceleme kararlarının kısmen bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. İdare, Danıştay'a gönderdiği metin ile Danıştay incelemesi sonucu ortaya çıkan metin arasında bir seçim yaparak bunlardan birini benimseyebilir²⁴⁸. Ancak üçüncü bir sözleşme metni esas alınmak isteniyorsa, bunun da Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekmektedir²⁴⁹.

bb. Anayasa'nın 155 inci maddesinde yapılan değişiklikten sonraki durum:

İmtiyaz sözleşmeleri üzerindeki Danıştay incelemesi, 4446 sayılı kanunla Anayasa'da yapılan değişiklikten önce, tüzük tasarıları ile aynı kurallara tâbi iken, değişiklikle getirilen hükmün düzenleniş biçimi ve "düşünce bildirme" ifadesi, yeni hükmün Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin idari görevini kanun tasarı ve teklifleri

yapılan değişiklik ve düzeltmelerin kabul edilmediğine dair bir olay hatırlanmadığını belirtmektedir. bkz. s. 773.

²⁴⁵ Bu yönde bkz. BİLGİN, "Yap-İşlet-Devret...", s. 800; DURAN, İdare Hukuku..., s. 331.

²⁴⁶ Turan GÜNEŞ, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 178.

²⁴⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 79.

²⁴⁸ GÜNEŞ, s. 178.

²⁴⁹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 282.

bakımından öteden beri geçerli olan “görüş bildirme”ye yaklaştırdığını göstermektedir. “Görüş bildirme”, Danıştay’ın danışma görevine ilişkin olup, bildirilecek olan düşünce bağlayıcı değildir; idare, bu düşünceye uyup uymamak konusunda tamamen serbesttir²⁵⁰. Bu yönüyle, Danıştay’ın düşünce bildirmesinin imtiyaz sözleşmesinin şekil ögesine ilişkin olacağı kuşkusuzdur.

Bununla birlikte, Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin düşünce bildirmesi, kanunlardan farklı olarak isteğe bağlı değil, zorunludur. Bir başka anlatımla, idare bir imtiyaz sözleşmesi akdetmek istediğinde, Danıştay’dan düşünce almak zorundadır; aksi halde, imtiyaz işlemi şekil ögesi yönünden hukuka aykırı olacaktır. Bu özelliği dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin “düşünce bildirme”nin, değişiklikten önceki “inceleme” ile arasında sonuçları bakımından neredeyse bir fark kalmamaktadır. İncelemenin kısmen bağlayıcı olmasının sonuçları, düşünce bildirme açısından da, zorunlu olması dolayısıyla geçerli olmaktadır. Şöyle ki: İdare, Danıştay’ın düşüncesiyle bağlı olmamakla birlikte, Danıştay’a gönderdiği ilk metin ile Danıştay’ın düşüncesi doğrultusunda ortaya çıkan metin dışında bir üçüncü metni tekrar Danıştay’ın düşüncesini almadan imtiyaz sözleşmesi olarak akdedemeyecektir; zira bu üçüncü metin, ilk iki metinden bütünüyle bağımsız yeni bir metin olarak kabul edilmek gerekir. Görüldüğü gibi, bu sonuç inceleme kararlarının kısmi bağlayıcılığının sonuçlarıyla aynıdır.

Danıştay’ın görüşü alınarak akdedilmiş olan bir imtiyaz sözleşmesinde değişiklik yapılması sözkonusu olduğunda, bu sözleşme değişikliğine ilişkin olarak da Danıştay’ın

²⁵⁰ Ibid, s. 281; GÖZÜBÜYÜK/TAN, Genel Esaslar, s. 178.

görüşü alınmak gerekir²⁵¹.

Son olarak, Anayasa'da yapılan değişikliğin Danıştay'ın iki ay içerisinde düşüncesini bildirmesi zorunluluğunu getirdiği belirtilmelidir. Bu sınırlamanın, zaman zaman dile getirilen, Danıştay incelemesinin imtiyaz sözleşmelerinin kısa süre içerisinde akdedilmesini güçleştirdiği yollu yakınmadan²⁵² kaynaklandığı söylenebilir. Bununla birlikte, Anayasa hükmünün, Danıştay düşüncesini iki ay içerisinde bildirmediği takdirde, idareye bu düşüncüyü beklemeden, hazırlamış olduğu sözleşmeyi akdetme olanağı tanıdığını savunmak kolay görünmemektedir. Bize göre, bir yasa hükmü ile aksi öngörülmedikçe, getirilen iki aylık sınırlama, yaptırım olmayan bir moral hüküm niteliği taşımaktadır.

c. İmtiyaz sözleşmelerinin yayımlanması: Gerek Fransız gerek Türk öğretisinde, imtiyaz sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği savunulmaktadır²⁵³. İmtiyaz sözleşmelerinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmaları dolayısıyla taşıdıkları önemden ötürü, yazılı şekilde yapılmaları ve ulaşılabilir olmalarında kamu yararı vardır. Nitekim, 23.5.1928 tarih ve 1322 sayılı "Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun"un 1 inci maddesinde, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacıyla akdedilip Bakanlar Kurulu'nca onaylanan sözleşme ve imtiyazlar ile mali taahhüt ya da tekel içeren imtiyaz sözleşmelerinin Resmi Gazete'de yayımlanmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Hemen

²⁵¹ Buna karşılık, sözleşme değişikliği niteliği taşımayan, sözleşmenin uygulanmasına yönelik protokollerin Danıştay'ın ödenetiminden geçirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Danıştay 1. Daire, E. 1998/291 K. 1998/279 – 23.10.1998, D.D., Y. 29, S. 99, 1999, s. 18-19.

²⁵² Oktay VARLIER, "Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret", *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 5.

²⁵³ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 748; GÜNDAY, s. 235.

hemen tüm imtiyaz sözleşmelerini kapsayan bu hükme aykırı olarak Resmi Gazete’de yayımlanmayan bir sözleşmenin, taraflar arasında hüküm ve sonuç ifade etse bile, üçüncü kişiler açısından geçerlilik kazanamayacağı belirtilmektedir²⁵⁴.

d. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibinin belirlenmesi: İmtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetini konu edindikleri için, hizmetin en iyi şekilde yürütülebilmesi için, idare ile imtiyaz sahibi arasında bir güven ilişkisinin teessüs etmiş olması gerekir. Bu güven ilişkisi, imtiyaz sahibinin kişisel özelliklerini ön plana çıkarmaktadır²⁵⁵. Buna “intuitus personae” ilkesi adı verilmektedir. Bu ilke uyarınca, imtiyaz sahibinin kim olduğu idare açısından son derece önemlidir. İdare ile imtiyaz sahibi arasında sağlıklı bir iletişimin kurulması, hizmetin işleyiş koşullarını da olumlu yönde etkiler.

İdarenin imtiyaz sahibini seçmesinde de, “intuitus personae” ilkesi geçerlidir. Buna göre, idare sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, imtiyaz sahibini seçme serbestisine sahiptir²⁵⁶. İdarenin belirli süreçler sonunda, otomatik olarak, adaylardan birisi ile imtiyaz sözleşmesi akdetmesi sonucunu doğuracak ihale yöntemleri, bu ilkeye aykırıdır.

Fransa’da, özellikle “Yolsuzluğun Önlenmesi ile Ekonomik Hayatta ve Kamusal Usullerde Şeffaflığa İlişkin” 29 Ocak 1993 tarih ve 93-122 numaralı Yasa²⁵⁷ ile, idarenin imtiyaz sahibini seçme serbestisinin sınırlanıp sınırlanmadığı sorunu gündeme gelmiştir. Sözü edilen Yasa’nın 38 inci maddesinde, alenilik ve rekabet ilkelerini içeren bir ihale usulü öngörülmüş olmakla birlikte, aynı maddenin son

²⁵⁴ DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 167.

²⁵⁵ Meltem KUTLU, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997, s. 166.

²⁵⁶ CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 569-570.

²⁵⁷ J.O. n° 25 – 30 janvier 1993.

fıkrasında, idarenin sunulan teklifleri serbestçe değerlendireceği ve bu değerlendirme ışığında imtiyaz sahibini seçeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla idarenin imtiyaz sahibini seçme serbestisinin ortadan kaldırıldığı söylenemez. Nitekim, doktrinde de, bu Yasa ile *intuitus personae* ilkesinin ortadan kaldırılmadığı, yalnızca idareye seçimini yapmadan önce alenilik ve rekabete ilişkin kurallara uyma zorunluluğu getirildiği²⁵⁸; bu kuralların idareyi bağlamaya değil, aydınlatmaya yönelik olduğu²⁵⁹; hatta, alenilik ve rekabete ilişkin kuralların taraflar arasındaki diyalogu sağlayarak, güven ilişkisini ve dolayısıyla *intuitus personae* ilkesini güçlendireceği²⁶⁰ savunulmaktadır.

Türk pozitif hukukunda da, idarenin imtiyaz sözleşmesi yapması, belirli bir ihale usulüne bağlanmış değildir. 1326 tarihli Kanun da, bu konuda herhangi bir usul öngörmemektedir. Bundan, idarenin hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın dilediği kişiyle imtiyaz sözleşmesi akdedebileceği anlaşılmamak gerekir. İdarenin tüm işlemleri gibi, imtiyaz sözleşmesi akdetmeye ilişkin kararı da, kamu yararı amacına yönelik olarak tesis edilmelidir. İdare, istekliler arasından birini seçme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken, kamu yararını gözetmeli; seçimini kamu yararı açısından haklı kılacak somut gerekçelere dayanmalıdır.

3. İmtiyaz Alabilecekler

1326 tarihli Kanun'un 7 nci maddesi uyarınca, imtiyaz sahibinin Türk anonim şirketi statüsünde olması gerekmektedir. 1326 tarihli Kanun'a göre, yabancı gerçek ve tüzel kişilere imtiyaz verilmesi mümkün değildir.

²⁵⁸ Etienne FATÔME, "Le nouveau cadre légal", *AJDA*, 1996, s. 577.

²⁵⁹ CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 564.

²⁶⁰ Bernard PRADES, "Les relations entre le délégataire et le délégant, de la concurrence à la transparence", *AJDA*, 1996, s. 638.

Bir kamu hizmetinin imtiyaz yöntemiyle gördürülmesinin temel nedeni, idarenin mali ya da teknik yetersizliği olduğundan, bunun doğal sonucu, imtiyazın bir özel kişiye verilmesidir²⁶¹. Nitekim, uygulama da genellikle bu yöndedir. Bununla birlikte, özellikle Fransız hukukunda, son dönemlerde, kamu tüzel kişileri ya da sermayesinin yarısından çoğu kamu kesimine ait olan karma şirketler lehine imtiyaz tesis edilebileceği de kabul edilmektedir²⁶². Türk hukukunda da, kamu tüzel kişilerine imtiyaz verilebilmesi, “...Devlet hayatı ve idare anlayışındaki gelişmelerin doğal bir sonucu...”²⁶³ olarak algılanmakta; hatta, yasama organının, özel kanunlarla kamu tüzel kişileri lehine kamu hizmeti imtiyazı tesis edebileceği savunulmaktadır²⁶⁴.

İdarenin yapısının karmaşıklaşması ve yönetim anlayışının gelişmesiyle birlikte, kamu tüzel kişilerinin de bir başka kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hizmetini görmekle görevlendirilebilmesi ya da bu konuda iki kamu tüzel kişinin işbirliği yapması mümkünse de, bunun kamu hizmeti imtiyazı olarak adlandırılması anlamlı görünmemektedir. Bir hizmetin görülmesinin bir başka kamu tüzel kişisine ya da karma şirkete devri, “imtiyaz” olmaktan çok, bir görevin yerine getirilmesi için farklı kamu tüzel kişilerinin biraraya gelmesi²⁶⁵ anlamına geldiğinden, bunu, idarenin işleyişi içerisinde kamu hizmetlerinin örgütlenmesine ilişkin bir tasarruf olarak algılamak daha doğrudur. Bir kamu hizmetinin görülmesinin yasayla bir kamu tüzel kişisine verilmesi ise, idarenin kuruluş ve görevlerinin düzenlenmesinde asli yetkili olan (Anayasa m.

²⁶¹ YAYLA, s. 130. Lucien RAPP, “Les marchés et conventions complexes”, *AJDA*, 1996, s. 626’da, imtiyaz v.b. yöntemlerin altında yatan ekonomik mantığın, hizmetin bir özel kişiye gördürülmesini gerektirdiği belirtilmektedir.

²⁶² CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 572; TERNEYRE, s. 590; GUGLIELMI, s. 124.

²⁶³ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 331.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ DEBBASCH, s. 196.

123/I) yasa koyucunun bu yetkisini kullanması anlamına gelir ki, bunun “imtiyaz” yöntemiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Burada sözkonusu olan, bir kamu hizmetinin emanet usulüyle görülmesidir²⁶⁶.

B. Sözleşmenin Süresi

Konusu olan faaliyet bir kamu hizmeti olduğundan, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, mutlaka belli bir süre için akdedilirler; zira, sözleşmenin süresiz olması, idarenin bir kamu hizmetini örgütlenme ve düzenleme yetkisinden vazgeçmesi anlamına gelir²⁶⁷.

Genellikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin süresinin uzun tutulması gerektiği savunulmaktadır²⁶⁸. Bunun iki nedeni olduğu söylenebilir:

İmtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturan kamu hizmetini tüm masraflarını üstlenerek yürüten imtiyaz sahibinin, yatırımını amorti edebileceği ve belirli bir miktar kâr sağlayabileceği süre boyunca hizmeti işletmek istemesi doğaldır. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmelerinin uzun süreli olması gerektiği savunulmaktadır. İmtiyaz sahibinin yatırımını amorti edebileceği ve belirli bir miktar kâr sağlayabileceği sürenin her zaman uzun olması gerekmez. Somut durumun özelliklerine ve yapılan yatırımın niteliğine göre, kısa bir sürede de bu gerçekleştirilebilir²⁶⁹. Dolayısıyla, salt bu noktadan hareketle imtiyaz süresinin uzun olması gerektiği savunulamaz.

Sözleşmeye konu olan kamu hizmetinin kesintiye uğramadan görülmesi için de,

²⁶⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 233.

²⁶⁷ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 756.

²⁶⁸ DERBİL, s. 597; OSTEN, s. 30.

²⁶⁹ ERBERK, s. 19’da sürenin, “... imtiyaz alana sermayesini alabilecek ve kâfi miktarda temettü temin edebilecek dercede uzun olma...” sı gerektiği belirtilmektedir.

imtiyaz sözleşmesinin uzun süreli olması gerektiği savunulmaktadır²⁷⁰. Gerçekten, bir hizmeti üstlenmiş olan özel kişinin, özellikle teknik yönden hizmetin yürütülme koşullarını iyi tanıyacağı gözönünde bulundurularak, kısa süreli bir imtiyaz sözleşmesinde, süre sonunda hizmeti devralan idarenin ya da hizmeti imtiyaz yoluyla gördüreceği ikinci bir özel kişinin, bu koşulları tanması için geçecek sürede hizmetin kesintiye uğrayacağı söylenebilir. Bununla birlikte, imtiyaz süresi uzun olduğunda da, süre sonunda bu tür kesintiler yaşanabilir. Kaldı ki, idarenin böyle kesintiler yaşanmaması için gereken önlemleri alması her zaman mümkündür.

Bu durum karşısında, imtiyaz sözleşmelerinin uzun süreli olmasının, özellikle hizmetin sürekliliğini sağlamak bakımından yararlı olmakla birlikte, zorunlu olduğu söylenemez²⁷¹. Nitekim, “...çağımızda teknolojinin, ekonomik ve sosyal koşulların hızla gelişmesi dolayısıyla imtiyaz sürelerinin çok uzun tutulmaması gereği ve eğilimi vardır”²⁷².

Uygulamada imtiyaz sözleşmelerinin genellikle 49, 60, 99 yıl gibi uzun süreler için yapıldığı görülmektedir²⁷³.

C. İmtiyaz Sözleşmelerinde Taraflara Tanınan Hak, Borç, Yetki ve Olanaklar

1. İmtiyaz Sahibinin Borçları

İmtiyaz sahibinin temel borcu, sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetini

²⁷⁰ DERBİL, s. 597: “Kamu hizmeti düzgün ve sürekli yapılması gereken işlerden olduğu için, kısa süreli imtiyaz bu amacı sağlayamaz”. Aynı yönde bkz. OSTEN, s. 30.

²⁷¹ Fransız hukukunda da, imtiyaz sözleşmeleri için herhangi bir asgari süre öngörülmemiştir. Bkz. GUGLIELMI, s. 124.

²⁷² DURAN, İdare Hukuku..., s. 332. Ayrıca bkz. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 756.

²⁷³ EROL, s. 106-110.

yürütmektir. İmtiyaz sahibinin bunun dışında kalan borçları da, hizmeti yürütme borcuna bağlı olup, ondan hareketle belirlenir.

İmtiyaz yöntemiyle özel kişilere gördürülen bir hizmet, kamu hizmeti olma özelliğini muhafaza etmektedir²⁷⁴. Bu nedenle imtiyaz sahibi, hizmeti şartnamede öngörülen kurallara ve kamu hizmetlerine egemen olan genel ilkelere uygun olarak yürütmekle yükümlüdür²⁷⁵. Bu yükümlülükler, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olmasından kaynaklanmaktadır. İmtiyaz sahibinin borçları bunlarla da sınırlı değildir. Sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetini düzenleyen yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler de, imtiyaz sahibinin borçlarını belirlemektedirler. İlgili yasa veya düzenleyici işlemlerin değişmesiyle, imtiyaz sahibinin ödevleri de değişebilir²⁷⁶.

İmtiyaz sahibinin, imtiyaz sözleşmesinden doğan borçlarını gerektiği gibi yerine getirmemesi durumunda, idarenin yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır²⁷⁷.

a. Hizmeti bizzat yürütme borcu: İmtiyaz sözleşmeleri bakımından geçerli olan temel ilkelerden *intuitus personae* ilkesi gereği²⁷⁸, imtiyaz sahibi sözleşmeden doğan borçlarını bizzat yerine getirmeli; sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetini bizzat yürütmelidir²⁷⁹. İmtiyaz sahibi, kural olarak, kamu hizmetinin yürütülmesini üçüncü bir kişiye bırakamaz²⁸⁰. Buna karşın, imtiyaz sözleşmesi ile, imtiyazın üçüncü

²⁷⁴ DERBİL, s. 595; DDDK, E. 1976/456 K. 1977/254 – 13.5.1977, D.D., Y. 8, S. 28-29, 1978, s. 275-276; Danıştay 10. Daire, E. 1997/160 K. 1997/2583 – 25.6.1997, D.D., Y. 28, S. 95, 1998, s. 643.

²⁷⁵ RIVERO, s. 433.

²⁷⁶ DERBİL, s. 596. Hatta DERBİL'e göre, sözleşmenin akdi sırasında yürürlükte bulunan kanun ve tüzük hükümleri, sözleşmeye geçirilmiş bile olsa, sonradan bunlar değiştiği takdirde, imtiyaz sahibi yeni düzenlemelere tâbi olur.

²⁷⁷ Bkz. aş. s. 73 v.d.

²⁷⁸ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 749. Bkz. yuk. s. 65-66.

²⁷⁹ DURAN, İdare Hukuku..., s. 336; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 238.

²⁸⁰ RIVERO, s. 434.

kişiyi devredilmesi idarenin ön iznine bağlanabilir²⁸¹. Bu durumda idare, imtiyaz sahibi tarafından verilen güvenceler yetersiz olduğunda, sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak imtiyazın devrine izin vermeyebilir²⁸². İmtiyazın devrine izin verilen durumlarda imtiyaz sahibi, imtiyazı devralanın kusurlarından dolayı, onunla birlikte idareye karşı sorumludur²⁸³.

b. Hizmeti kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara göre yürütme borcu: İmtiyaza konu olan faaliyet kamu hizmeti olarak kalmakta devam ettiğine göre, bu faaliyeti emanet usulüyle yürüten idare hangi yükümlülüklerle tâbi olacak idiyse, bunlar imtiyaz sahibi bakımından da geçerli olur. Kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallar uyarınca, imtiyaz sahibi hizmeti sürekli ve düzenli, eşitlik ilkesine uygun olarak yürütmek ve idarenin tek taraflı iradesiyle yaptığı değişikliklere katlanmak yükümlülüğü altındadır.

aa. Hizmeti sürekli ve düzenli olarak yürütme borcu: İmtiyaz sahibi, hizmeti sürekli ve düzenli bir biçimde yürütmek zorundadır. İdarenin kusuru, mali güçlükler v.b. nedenlerle imtiyaz sahibi hizmeti kesintiye uğratamaz²⁸⁴. Hatta idarenin kusuru ne denli yoğun olursa olsun, mücbir sebep oluşturmadıkça, imtiyaz sahibi hizmeti yürütmekten vazgeçemez²⁸⁵. İmtiyaz sahibinin hizmeti kesintiye uğratması, ağır kusur olarak görülmekte ve bu durumda, idarenin işletmeye el koyma yetkisine sahip olduğu kabul

²⁸¹ WALINE, s. 499. WALINE'in, imtiyazın bir üçüncü şahsa devredilmesinin genellikle imtiyaz sözleşmelerinde yasaklandığını belirtmesi, imtiyaz sözleşmesinde yasaklanmadıkça böylesi bir devrin mümkün olduğu zehabını uyandırmaya elverişli görünmekle birlikte, bu yasağın intuitus personae ilkesinin bir gereği oluşu ve bir kamu hizmetinin yürütümündeki kamu yararı dikkate alındığında, sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, imtiyazın devrinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ RIVERO, s. 433; DEBBASCH, s. 198; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 335.

²⁸⁵ VEDEL, s. 839.

edilmektedir²⁸⁶.

İmtiyaz sahibinin personelinin, iş akdine –özel hukuka- tâbi olarak çalışmakta olduğu halde, greve ilişkin bazı sınırlamalara uymak zorunda olması da hizmetin sürekliliği ilkesiyle açıklanabilir²⁸⁷.

bb. Hizmeti eşitlik ilkesine uygun olarak yürütme borcu: İmtiyaz sahibi, eşitlik ilkesi uyarınca, yürüttüğü hizmeti, öngörülen koşulları taşıyan herkese eşit biçimde sunmakla yükümlüdür²⁸⁸; imtiyaz sahibinin hizmetten yararlanacakları ve bunlardan alınacak ücreti serbestçe belirleme olanağı bulunmamaktadır²⁸⁹. Bununla birlikte, eşitlik ilkesi, mutlak bir eşitliği ifade etmemekte; aynı koşulları taşıyanlara farklı muamelede bulunulamayacağını ifade etmektedir²⁹⁰.

cc. İdarenin tek taraflı iradesiyle yaptığı değişikliklere katlanma borcu: İdarenin şartname ve sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi ve imtiyaz sahibinin bu değişikliklere katlanma borcu, hizmetin değişkenliği (uyarlama) ilkesiyle açıklanabilir²⁹¹. Bu ilke, kamu hizmetinin değişen ve gelişen koşul ve gereksinimlere uyarlanması amacıyla yönelik olarak, idareye kamu hizmetinin düzenlenmesine ve yürütülme koşullarına ilişkin değişiklik yapma yetkisi tanımaktadır²⁹². İmtiyaz sözleşmeleri açısından bu yetkinin karşısında, imtiyaz sahibinin yapılan değişikliklere katlanma borcu yer almaktadır.

c. İmtiyaz sözleşmesinde öngörülen borçlar: İmtiyaz sözleşmenin konusunun bir

²⁸⁶ GUGLIELMI, s. 46.

²⁸⁷ RIVERO, s. 433.

²⁸⁸ DEBBASCH, s. 198.

²⁸⁹ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 336; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 238.

²⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *Genel Esaslar*, s. 447; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 227.

²⁹¹ Bkz. a.ş. s. 76.

²⁹² DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 310; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 226-227.

kamu hizmetine ilişkin olmasından kaynaklanan bu borçlar yanında, sözleşmede de, imtiyaz sahibi için birtakım borçlar öngörülebilir. Bunlar daha çok, imtiyaz sahibinin işleteceği kamu hizmetinin teknik özelliklerinden kaynaklanmakla birlikte, bunların düzenlenmesinde de kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallar gözetilmelidir.

2. İdarenin Üstün Yetkileri

Sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olmasının bir başka sonucu, kamu hizmetinin gerektiği gibi yürütülmesi için idareye, özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bazı üstün yetkiler tanınmasıdır.

a. Gözetim ve denetim yetkisi: İmtiyaz sözleşmelerinde, idarenin sahip olduğu üstün yetkilerin başında gözetim ve denetim yetkisi gelmektedir. Gözetim ve denetim yetkisi, idarenin hizmetin asli sorumlusu olmasından kaynaklanmaktadır. İdare, hizmetin gerektiği gibi işlenmesini sağlamak bakımından hizmetten yararlananlara karşı sorumlu olmaya devam ettiği için²⁹³, imtiyaz sahibi üzerinde geniş bir gözetim ve denetim yetkisine sahip olacaktır. İmtiyaz sahibi, idarenin gözetim ve denetimine katlanmakla yükümlüdür. İdarenin gözetim ve denetim yetkisi, mali ya da teknik konulara ilişkin olabilir²⁹⁴. Bu yetkinin kapsamı şartnamede öngörüldüğü ölçüde genişleyebilmektedir; ancak, bu genişlemenin emanet usulündekine benzer bir yoğunluğa ulaşmaması gerekir²⁹⁵.

b. Yaptırım uygulama yetkisi: İmtiyaz sahibinin sözleşmede öngörülen

²⁹³ VEDEL, s. 840.

²⁹⁴ RIVERO, s. 434.

²⁹⁵ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 750. Keza, imtiyaz sahibinin kamu görevlisi sıfatını haiz olmayıp, bir özel girişimci olmasından hareketle, idarenin hizmetin işleyişi üzerindeki denetiminin koşulsuz bir hiyerarşik denetim niteliği taşımadığı belirtilmektedir. Bkz. VEDEL, s. 842.

borçlarını yerine getirmemesi ya da hizmeti kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara uygun olarak yürütmemesi durumunda, idare bunu sağlamak üzere çeşitli yaptırımlar uygulayabilir. Yaptırım uygulama yetkisi, gözetim ve denetim yetkisinin etkin ve işlevsel olabilmesi açısından da zorunludur.

Bu yetki de, idarenin hizmetin asli sorumlusu olmasından kaynaklanmaktadır²⁹⁶.

Dolayısıyla, idarenin imtiyaz sahibine uygulayabileceği yaptırımlar genellikle şartnamede öngörülmekle beraber, şartnamede öngörülme dahi uygulanabilecek olan birtakım yaptırımların varlığı kabul edilmektedir²⁹⁷. Bununla birlikte, idarenin yaptırım uygulama yetkisi kapsamına girmeyen aksaklıklar sözkonusu olduğunda, idarenin bundan dolayı uğramış olduğu zararın özel hukuk hükümleri uyarınca tazmini mümkündür²⁹⁸.

Öğretide, idarenin yetkisi kapsamında görülen başlıca yaptırımlar şunlardır:

aa. Para cezası: İmtiyaz sahibinin sözleşmede öngörülen bir borcu yerine getirmemesi durumunda, şartname hükümlerine uygun olarak para cezası uygulanabilir²⁹⁹. Bu para cezasının uygulanma şartları ve miktarı, imtiyaz şartnamesi ile

²⁹⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 236.

²⁹⁷ VEDEL, s. 839; GÜNDAY, s. 236. ONAR, C. III, s. 1639-1640'da işletmeye geçici olarak el koyma ve imtiyazın düşürülmesi yaptırımlarının, sözleşme ve şartnamede açık hüküm bulunsa dahi kaldırılmayacağını belirtmektedir.

²⁹⁸ WALINE, s. 485; DEBBASCH, s. 199. Bazı yazarlar, şartname veya sözleşmede yaptırım uygulama yetkisinin öngörülmemiş olması durumunda, sözleşmede öngörülen borçlara aykırılığın, özel hukuk hükümlerine göre yargılanacağını savunmaktadırlar. Bkz. RIVERO, s. 435; DERBİL, s. 602. Bu görüşe katılmak olanaksızdır, zira, idarenin zararının özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilmesi, genel ilkeler ya da imtiyaz sözleşmesi hükümleri uyarınca, idarenin uygulayabileceği yaptırımlar kapsamına girmeyen sözleşmeye aykırılıklar bakımından sözkonusu olmaktadır. Sorun, sözleşmede yaptırım uygulama yetkisinin öngörülmüş olup olmaması değil, sözleşmeye aykırılığın bu yetki kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. İdarenin yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamanın bir aracı olarak, şartname ya da sözleşmede öngörülme de, en azından öğretide kabul edilen belirli yaptırımlar bakımından kullanılabilir.

²⁹⁹ VEDEL, s. 839; RIVERO, s. 435.

düzenlenir³⁰⁰. İdare, şartnamede öngörülen miktarda parayı, imtiyaz sahibinin teminatından irad kaydetmek suretiyle alır³⁰¹.

bb. Geçici olarak el koyma: Zorlayıcı (coercitive) olarak da tanımlanan³⁰² bu yaptırım, idarenin hizmeti gerektiği gibi yerine getirmeyen imtiyaz sahibinin yerine geçerek, geçici bir süre için hizmeti, tehlike, hasar ve zararı imtiyaz sahibine ait olmak üzere, bir başka deyişle, imtiyaz sahibinin nam ve hesabına yürütmesidir³⁰³. Bu durumda, imtiyaz sahibinin sözleşmeden doğan hakları ortadan kalkmış olmaz³⁰⁴. İşletmeye geçici olarak el koyma, her zaman bir yaptırım niteliği taşımaz. Bunun asıl niteliği, bir acil önlem oluşudur³⁰⁵.

cc. İmtiyazın düşürülmesi: Sonuçlandırıcı (résolutoire) nitelik taşıyan³⁰⁶ bu yaptırım, imtiyaz sahibinin ağır kusurunun mevcudiyeti halinde uygulanabilir³⁰⁷. Ancak bu kusurun, hizmetin sürekliliği ya da değişkenliği ilkelerinin ihlali niteliğinde olması gerekmez³⁰⁸. Buna göre, imtiyazın düşürülmesi durumunda imtiyaz sözleşmesi kesin olarak sona erer; imtiyaz sahibi, tazminat dahil sözleşmeden doğan bütün haklarını yitirir³⁰⁹. Bu yaptırımı uygulama yetkisi, sözleşmede öngörülmemiş olsa da kullanılabilir³¹⁰. Ancak sonuçlarının ağırlığı nedeniyle, sözleşmede açıkça öngörülmemiş olmadıkça, idarenin bu yaptırımı tek taraflı iradesiyle uygulayamayacağı; uygulanması

³⁰⁰ GUGLIELMI, s. 105'de, para cezasının herhangi bir metne dayanmaksızın dahi uygulanabileceğini ifade etmekle birlikte, genellikle uygulamada imtiyaz sözleşmelerinde para cezasının ve bunun miktarının öngörüldüğünü belirtmektedir.

³⁰¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 236.

³⁰² LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 750.

³⁰³ RIVERO, s. 435; VEDEL, s. 839.

³⁰⁴ ONAR, C. III, s. 1639.

³⁰⁵ WALINE, s. 484. ONAR, C. III, s. 1639'da, geçici el koyma, "... bir idari tedbir ve müeyyide..." olarak tanımlanmaktadır.

³⁰⁶ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 750.

³⁰⁷ ONAR, C. III, s. 1639.

³⁰⁸ GUGLIELMI, s. 107.

³⁰⁹ VEDEL, s. 840; RIVERO, s. 435.

için sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan yargı organına başvurabileceği kabul edilmektedir³¹¹. Bu durumda imtiyazın düşürülmesine yargıç karar verecektir. Buna karşılık, sözleşmede idarenin bu yetkiyi tek taraflı olarak kullanabileceği öngörülmüşse, idare tek başına bu yaptırımı uygulayabilir. Kuşkusuz, idarenin bu kararı da sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığın konusu olarak yargısal denetime tâbi tutulabilir³¹².

c. Sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi: İmtiyaz sözleşmesini, özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli nokta, idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisidir. Buna göre, idare, imtiyaz sahibinin rızası ve onayı olmaksızın³¹³, sözleşmenin kural işlem niteliğindeki hükümlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapabilir. Bu değişiklik, sözleşmenin konusu olan hizmeti günün sosyo-ekonomik koşullarına uyarlamaya yönelik olacaktır³¹⁴. İdareye böyle bir yetkinin tanınması, kamu hizmetlerine egemen olan ilkelere “uyarlama” ilkesi ile açıklanabilir. Hizmetin düzenlenmesi ve örgütlenmesi, münhasıran idare tarafından gerçekleştirilmektedir; bu konu imtiyaz sahibinin yetki alanı dışındadır³¹⁵. Dolayısıyla, idare, hizmeti günün koşullarına uyarlamak amacıyla sözleşmenin hizmete ilişkin olan kural işlem niteliğindeki hükümlerinde kamu yararına yönelik değişiklikler yapabilir. Bu değişiklikleri yaparken, imtiyaz sahibinin görüşü de alınabilir; ancak bu görüş, asla idareyi bağlamaz³¹⁶. İdarenin yaptığı değişiklik, şartnameye aykırı da olsa, imtiyaz sahibi buna katlanmak

³¹⁰ WALINE, s. 484.

³¹¹ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 750; RIVERO, s. 435; ONAR, C. III, s. 1640.

³¹² VEDEL, s. 840.

³¹³ DURAN, *İdare Hukuku*..., s. 334.

³¹⁴ JÈZE, *Les principes*..., s. 285.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

zorundadır³¹⁷. Bununla birlikte, bu yetki, sözleşmenin akdi hükümleri üzerinde geçerli olamayacağı gibi, yapılan değişiklikler belirli sınırları aşarak yeni bir hizmetin yaratılması anlamını taşıyorsa, imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini talep edebilir³¹⁸. Keza, değişiklikler sözleşmenin mali dengesini bozduğu ölçüde, imtiyaz sahibinin tazminat hakkı doğar³¹⁹.

İmtiyaz sözleşmesinin hukuksal niteliğine ilişkin olarak “sözleşme” görüşünün benimsendiği dönemde, idareye, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanınmamıştı. İdare ancak şartnamede ya da şartnameye dahil sayılan yasada kendisine açıkça yetki tanındığı takdirde imtiyaz sahibine yeni yükümlülükler getirebilmekteydi. Bunun dışında, idarenin kolluk yetkisine dayanarak imtiyaz sahibini bağlayan düzenlemeler yapabilmesi mümkündür. Ancak bu düzenlemeler, hizmetin yürütülmesine ilişkin olmayıp kamu düzeninin sağlanmasına yönelik idiler³²⁰. Bugün ise, idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin temelinde, kamu hizmeti kavramının önceliği bulunmaktadır³²¹.

3. İmtiyaz Sahibine Tanınan Hak ve Ayrıcalıklar

Bir kamu hizmetini, imtiyaz yöntemiyle görmekte olan özel kişi, sözkonusu imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bazı hak ve ayrıcalıklara sahip olacaktır. Bu durum, imtiyaz sahibinin ayrıcalıklı bir statüde olmasından değil, yürüttüğü faaliyetin

³¹⁷ VEDEL, s. 840. Ancak idarenin tek taraflı iradesiyle aldığı değişiklik kararının, kamu gücüne dayanılarak tesis edilmiş olmasından hareketle, iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir: DGK, E. 1974/33 K. 1974/62 – 24.10.1974, Danıştay İstisari Düşünceler..., C. II, s. 63.

³¹⁸ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 751; DURAN, İdare Hukuku..., s. 336.

³¹⁹ VEDEL, s. 841; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 236.

³²⁰ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 750.

³²¹ 1961 Anayasası'nın sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 40 ıncı maddesi bağlamında, idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisine ilişkin değerlendirme için bkz. Osman MERİÇ, “İdari

kamu hizmeti niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak işlenmesini sağlayabilmek için, kamu hizmetleri rejimi, özel hukuktan farklı idare hukuku ilke ve kurallarına tâbi kılınmıştır. Hizmeti yürüten idare, bu ilke ve kurallardan yararlanacağına göre, hizmetin özel kişi tarafından yürütülmesi durumunda, bu özel kişinin de aynı kurallara tâbi olması gerekir³²². Bunlar, aslında hizmeti yürüten kişiye değil, hizmete tanınan ayrıcalıklardır.

Ancak, imtiyaz sahibinin bu hak ve ayrıcalıklardan yararlanabilmesi için, bunların imtiyaz sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması gerekir³²³.

Bu hak ve ayrıcalıkların başlıcaları, hizmeti tekel olarak yürütme hakkı, hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapılması olanağı, kamu mallarından yararlanma olanağı ve mali olanaklardır³²⁴:

a. Hizmeti tekel olarak yürütme hakkı: İmtiyaz sahibi, hizmeti görme konusunda bir tekele sahip kılınmaktadır³²⁵. Bunun anlamı, imtiyaz sahibinin rekabete karşı korunmasıdır³²⁶. İdare, bu hizmetin yürütülmesini aynı zamanda bir başka işletmeye devredemez³²⁷. Bundan başka, idare, imtiyaz sahibini –gerekirse kolluk

Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, D.D., Y. 3, S. 11, 1973, s. 80.

³²² DERBİL, s. 594.

³²³ Ibid, s. 601: “Kanunda imtiyaz sahibine tanınabileceği belirtilen birtakım haklar ve ayrıcalıklar sözleşmede belirtilmedikçe imtiyaz sahibi bu haklardan yararlanamaz”. Aynı yönde bkz. Danıştay 3. Daire, E. 1967/371 K. 1967/451 – 17.11.1967, Danıştay İstisari Düşünceler..., C. I, s. 84.

³²⁴ İdarenin imtiyaz sahibine hizmet ile ilgili taşınır veya taşınmaz malları, araç-gereci temin etmesi de bu hak ve ayrıcalıklar arasında değerlendirilmekle birlikte, bu konu aslında imtiyaz sözleşmelerinde mal rejimine ilişkin olup ayrıca incelenecektir. Bkz aş. s. 97 v.d.

³²⁵ DEBBASCH, s. 197; RIVERO, s. 435. İmtiyaz sahibinin tekel hakkı, imtiyaz sözleşmesinin esaslı bir özelliği olarak görülmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 247; ÖZAY, Gümüşğında..., s. 257.

³²⁶ GUGLIELMI, s. 124.

³²⁷ WALINE, s. 484. Ancak, Conseil d’Etat’ın içtihadına göre, imtiyaz sahibi, hizmeti bir başka işletmecinin önerdiği yeni bir teknikle görmeyi reddederse, tekel hakkı fiilen –ipso facto- son bulacaktır; bkz. Ibid, s. 485.

yetkilerini kullanarak- rekabete karşı koruma yükümlülüğü altındadır³²⁸.

Bununla kastedilen, imtiyaz sözleşmesinin konusu olan kamu hizmetinin bir doğal tekel oluşturması zorunluluğu değildir. Her ne kadar, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un³²⁹ 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “(g)enel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri(nin) imtiyaz addolun...”acağı hükme bağlanmış³³⁰ ise de, bu maddede sözü edilen “tekel” in, imtiyaz sahibine tanınan tekel hakkı ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Anılan Kanun maddesinde, idare hukukunda yerleşik imtiyaz anlayışı tümüyle görmezden gelinerek, imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanı, sadece tekel niteliğindeki hizmetlerle sınırlı tutulmaktadır. Oysa, öteden beri kabul edildiği üzere, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması için tekel niteliğinde yürütülüyor olması gerekmez³³¹. Tekel niteliğinde olmayan hizmetlerin, imtiyaz yoluyla gördürülmesine de herhangi bir engel bulunmamaktadır. İmtiyaz sahibine tanınan tekel hakkı, yürüttüğü hizmetin niteliğinden

³²⁸ Ibid, s. 488. Conseil d’Etat’ya göre, sözleşmede öngörülmemiş bile olsa, idare imtiyaz sahibinin tekel hakkını korumak yükümlülüğü altındadır. VEDEL de, imtiyaz sahibinin sözleşmede aksi öngörülmedikçe bir tekelden yararlanacağını belirtmekle, tekel hakkının sözleşmede öngörülmesi de mevcut olduğu görüşünü kabul etmektedir (s. 841). Buna karşın, ERBERK, s. 16’da, imtiyaz sahibinin tekel hakkından yararlanabilmesi için, bunun sözleşmede öngörülmesi gerektiği belirtilmekte; hatta, imtiyazda hukuki tekel kurulması düşüncesinin bulunmadığı, serbest rekabet fikrinin geçerli olduğu savunulmaktadır.

³²⁹ R.G. 27.11.1994 – 22124.

³³⁰ Bu hüküm, imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanının doğal tekellerle sınırlanması gerektiği yolundaki görüşle paralellik taşımaktadır. Bu görüş için bkz. Güneri AKALIN, “Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi”, Anayasa Yargısı 11, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 30, Ankara 1995, s. 81.

³³¹ BALTA, s. 18.

kaynaklanmamakta, hizmetin imtiyaza verilmesinden sonra yaratılan bir hukuksal tekel olma özelliği göstermektedir.

İmtiyaz sahibine tanınan tekel hakkı, idareye başka girişimcilerin imtiyaz konusu alanda faaliyette bulunmalarını engelleme borcu yüklemektedir. Bu yönüyle, tekel hakkının, ilgili olduğu konuyla sınırlı olarak rekabetçi bir piyasa oluşumunu engellediği söylenebilir. Gerçekten, 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”³³²un 6 ncı maddesinde, “(t)icari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler...” hakim durumun kötüye kullanılması olarak öngörülmüş ve yaptırıma bağlanmıştır. Adı geçen Kanun’un, kapsama ilişkin 2 nci ve “teşebbüs” tanımını da içeren 3 üncü maddeleri çerçevesinde, imtiyaz sahibi şirketleri kapsam dışında tutmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibine tanınan tekel hakkının 4054 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, imtiyaz sahibinin piyasada ticari faaliyet gösteren bir girişimci sayılması mümkün değildir. Oysa, 4054 sayılı Kanun’un düzenlemelerinde, “piyasa” ve “ticari faaliyet” kavramlarına sürekli vurgu yapılması, açıkça olmasa da dolaylı biçimde, imtiyaz konusu faaliyetlerin kapsam dışı tutulduğunu göstermektedir. Kaldı ki, rekabetçi piyasa düzeninin korunması adına kamu hizmetinin feda edilmesi de düşünülemez³³³.

³³² R.G. 13.12.1994 – 22140.

³³³ Rekabet hukukunun ülkemizdeki gelişiminde her bakımdan etkili olan Avrupa Toplulukları hukuk düzeninde de, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşımasının, rekabet kurallarından belirli bir ölçüde de olsa ayrık tutulmasını haklı kıldığı kabul edilmektedir. Bkz. Jean-Louis de CORAIL, “L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites”, AJDA (n° spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 21.

b. Hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı: İmtiyaz sahibinin bu hakkı, imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerinden biri, imtiyaz sözleşmesini diğer kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden ayıran bir kriter olarak görülmüştür³³⁴. Bununla beraber, imtiyaz sözleşmesinin yaşadığı dönüşüm çerçevesinde, hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı, imtiyaz sözleşmesinin mutlak bir unsuru olarak algılanmamakta; bunun yerine, hizmetin işletilmesinin mali sonuçları ile imtiyaz sahibinin kârı arasında bir bağlantının varlığı esas alınmaktadır³³⁵. Dolayısıyla, kuramsal açıdan, bütün imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı bulunmayabilirse de, imtiyaz sözleşmeleri uygulamasında, hemen her zaman bu hakkı da içeren sözleşmeler yapıldığı bilinmektedir.

Öncelikle, imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan aldığı bu karşılığın niteliği belirlenmelidir.

Bazı yazarlar, bu karşılığı, vergi niteliğinde görmektedirler³³⁶. Verginin klasik tanımı esas alındığında, bu tanımdaki önemli unsurlardan biri, verginin özel karşılığı bulunmayan bir ekonomik değer olmasıdır³³⁷. Oysa imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan aldığı bedelin, doğrudan doğruya sunulan hizmetin karşılığı olma niteliği taşıdığı kabul edilmektedir³³⁸. Bu durum karşısında, hizmetten yararlananlardan

³³⁴ Bkz. yuk. s. 34.

³³⁵ Bkz. yuk. s. 35.

³³⁶ Bkz. RIVERO, s. 436. DERBİL, s. 593'de bu karşılığı, "resim veya harç" olarak adlandırırken, s. 596'da "(i)mtiyaz sahibinin halktan hizmetin karşılığı olarak aldığı bedel(in), vergi niteliğinde..." olduğunu belirtmekte ve buna birtakım hukuksal sonuçlar bağlamaktadır. Aynı yönde bkz. OSTEN, s. 27.

³³⁷ Halil NADAROĞLU, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 8. B., Beta, 1992, s. 197.

³³⁸ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 752. WALINE, s. 492'de, hizmetin sunulduğu kişilerin, hizmetten yararlanmak istemedikleri halde, bedeli ödemek zorunda olmaları durumunda, bunun bir mali

alınan bedelin bir hizmetin karşılığı olmasının, onu harca yaklaştırdığı söylenebilir³³⁹. Bununla birlikte, buradaki bedelden farklı olarak, harç ile hizmetin maliyeti arasında herhangi bir ilişkinin olmaması³⁴⁰, bunun harç sayılmasını da olanaksız kılmaktadır.

İmtiyaz sahibinin alacağı bedel, yatırımını amorti etmesi ve bir miktar gelir sağlaması için öngörülmüş olmakla beraber, bir fiyat niteliği de taşımamaktadır. Zira fiyat, piyasa koşullarında oluşur ve fiyatın belirlenmesinde, bu koşulların mümkün kıldığı azami kârın elde edilmesi amacı etkilidir. Oysa, imtiyaz sahibinin alacağı karşılık, şartnamede öngörülen bir tarife uyarınca belirlenmektedir. Bu tarife hazırlanırken, kamu hizmetlerinden herkesin makul bir bedel karşılığında yararlanabilmesi ilkesi de gözönünde bulundurulmaktadır³⁴¹. Bu nedenle, buradaki bedelin, piyasa koşulları tek belirleyici olmaksızın oluşturulduğu ortadadır.

Hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedelin “vergi” niteliğinde olduğu görüşünden hareketle, imtiyaz sahibinin belirli bir mali ayrıcalığa sahip olduğu ve hatta bunun bir kamu gücü ayrıcalığı teşkil ettiği savunulmuştur: Buna göre, idare, imtiyaz sahibine re’sen tahsil yetkisini devretmektedir³⁴². Bize göre, imtiyaz sahibinin böyle bir ayrıcalığa sahip olduğunu savunmak mümkün değildir; zira, imtiyaz sahibi re’sen tahsil yetkisini haiz olmayıp, bedelin ödenmemesi durumunda, adli yargı mercilerine başvurmak suretiyle bunu tahsil edebilir³⁴³.

yüküme dönüşeceğini; keza, tahsil edilen miktarın hizmetin maliyet fiyatının çok üstünde olması durumunda da, bir mali yükümlüğün varlığından söz edileceğini belirtmektedir.

³³⁹ Bu yönde bkz. DURAN, İdare Hukuku..., s. 338; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 237.

³⁴⁰ NADAROĞLU, s. 199.

³⁴¹ Bunun, kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesinin bugünkü algılanış biçimine paralel olduğu da söylenebilir.

³⁴² DERBİL, s. 593.

³⁴³ Fransız hukukunda da durum budur. Bkz. Laurent RICHER, “Remarques sur les entreprises privées de service public”, AJDA (n° spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 109.

Hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel, yukarıda da belirtildiği gibi, şartnamede öngörülen bir tarifeye göre belirlenmektedir. Bu tarife, tarafların ortaklaşa iradesiyle hazırlanmış gibi görünmekle birlikte, aslında idare tarafından hazırlanmakta; imtiyaz sözleşmelerinin iltihaki niteliği gereği, imtiyaz sahibi sonradan tarife koşullarını kabul etmiş olmaktadır³⁴⁴. Tarifelerin, imtiyaz sözleşmesinin kural işlem niteliğindeki hükümlerine dahil olması nedeniyle idare, tarifeleri tek yanlı iradesiyle değiştirebilmektedir^{345 346}. Kamu hizmetinin özellikleri ve kamu yararı dikkate alınarak yapılan bu değişiklikler, derhal ve bütün sonuçlarıyla yürürlüğe girmekle birlikte³⁴⁷; tarifedeki değişiklik nedeniyle sözleşmenin mali dengesi bozulduğu takdirde, idare tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinde alınabilecek olan bedelin üst sınırlarını belirleyen tarifelere yer verilmesi ve bu tarifelerin kural işlem niteliğindeki hükümlerden sayılması, hizmetten yararlananları hukuki ya da fiili tekel durumunda bulunan imtiyaz sahibinin keyfi uygulamalarına karşı korumak amacına yöneliktir³⁴⁸.

³⁴⁴ Karşı görüş için bkz. WALINE, s. 489 (WALINE'e göre, tarife, sözleşmenin hazırlanması sırasında tarafların anlaşmasıyla belirlenmektedir). OSTEN'e göre ise, imtiyaz sahibinin müdahalesi olmaksızın tarifenin idare tarafından belirlenmesi "yok" hükmündedir (s. 27).

³⁴⁵ DEBBASCH, s. 197; VEDEL, s. 841. RIVERO, s. 436'da tarifenin idarenin tek yanlı iradesiyle belirlenip değiştirilebilmesi ilkesinin son zamanlarda yumuşatılarak, imtiyaz sahibinin hizmetin yürütümüne ilişkin sorumluluk duygusunu güçlendirmek amacıyla, idarenin tarifenin belirlenmesini zaman zaman imtiyaz sahibine bıraktığını belirtmektedir. Tarifelerin belirlenmesinde imtiyaz sahibinin görüşü alınmakla beraber, belirlemenin bütünüyle ona bırakılması hukuken mümkün olmadığı gibi, bundan doğacak sonuçlardan idarenin sorumlu olacağı da kuşkusuzdur.

³⁴⁶ Hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin vergi olarak görülmesi durumunda, imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinde ve tarifelerin belirlenmesinde, "kamunsuz vergi olmaz" ilkesi gereği yasama organının müdahalesi söz konusu olacaktır. WALINE, s. 492'de bu soruna değinmekle yetinirken; DERBİL, s. 596 v.d.'nda verginin ancak bir kanun konusu olabileceğini ve idarelerin parlamento tarafından belirtilen veya sınırlanan yetki çerçevesinde imtiyaz sözleşmeleri yapabileceklerini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. OSTEN, s. 27.

³⁴⁷ OSTEN, s. 28.

³⁴⁸ WALINE, s. 489.

Tarifelerin, bir akit hükmünden kaynaklandığı için taraflar arasında akdi değere sahip olduğu; hizmetten yararlananlar açısından ise, bir kural işlem niteliği taşıdığı, dolayısıyla hizmetten yararlananların tarifinin iptalini talep ve dava edebilecekleri savunulmaktadır³⁴⁹. Bize göre, tarife, hizmetin örgütlenme ve işleyişine ilişkin olduğundan, her zaman kural işlem niteliğindedir; akdi değer taşımaz³⁵⁰.

Tarifelerin belirlenmesinde dikkate alınması gereken ögeler, karşılanması ve amorti edilmesi gereken sermayenin muhtemel miktarı, yıllık işletme masraflarının muhtemel miktarı, muhtemel talep hacmi ve imtiyaz süresine eşit olan amortisman süresidir³⁵¹.

Tarifelerin hizmetin özelliklerine göre, idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilebilmesi yanında, imtiyaz sahibi de ekonomik koşullardaki değişmelere paralel olarak, tarifinin yükseltilmesini isteyebilir. İmtiyaz sözleşmesinde tarifelerin yükseltilmesinin, eşel-mobil benzeri belirli endekslere bağlanması mümkün olduğu gibi, yararlanarlardan alınacak bedelin yürütülen kamu hizmetiyle ilgili bazı mal ve hizmetlerin fiyatındaki artışa bağlı olarak artması da öngörülebilir. Böyle bir endeks hükmünün uygulanması konusunda tarafların anlaşamaması durumunda, sorun, imtiyaz sahibinin açacağı bir dava ile sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı organı tarafından çözüme bağlanacaktır³⁵².

c. Lehine kamulaştırma yapılması olanağı: Kamulaştırma, kural olarak, kamu tüzel kişilerinin gördükleri kamu hizmetlerine ilişkin olarak gereksinim duydukları özel

³⁴⁹ Ibid, s. 490.

³⁵⁰ Aynı yönde bkz. OSTEN, s. 28.

³⁵¹ WALINE, s. 489.

³⁵² Ibid, s. 490-491.

mülkiyetteki taşınmaz malların edinilmesi yöntemi olduğu halde, yürüttükleri faaliyette kamu yararı bulunan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri lehine de kamulaştırma yapılabileceği kabul edilmektedir³⁵³. Ancak Kamulaştırma Kanunu'nun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası, dolaylı olarak, özel kişi lehine kamulaştırma yapılabilmesi için, bu kişinin yürüttüğü faaliyete ilişkin özel yasada bu konuda yetki verilmiş olması koşulunu aramaktadır. Bu durumda dahi, kamulaştırma işlemi, yetkili idari merci tarafından yapılacaktır³⁵⁴.

İmtiyaz sözleşmesine konu olan kamu hizmetinin gerektiği gibi yürütülebilmesi için ihtiyaç duyulan taşınmaz malların, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırılması, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin temel yasa metni olan 1326 tarihli Kanun'la da düzenlenmektedir. Kanun'un 2 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, hizmetin kurulması için gereken emlak ve arazinin alınması konusunda bu taşınmazların maliki ile imtiyaz sahibi anlaşamadıkları takdirde, sözkonusu taşınmazlar Kamulaştırma Kanunu uyarınca kamulaştırılırlar ve kamulaştırma bedeliyle diğer masraflar imtiyaz sahibince ödenir. İmtiyaz sahibi lehine kamulaştırma, Kamulaştırma Kanunu'nun 5/c maddesi uyarınca, imtiyaz sahibinin başvurusu üzerine, "...gördü(ğü) hizmet bakımından denetimine bağlı oldu(ğu) ... belediye ... veya bakanlık..." tarafından yapılacaktır.

1326 tarihli Kanun'da, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin kime ait olacağı öngörülmemiştir. Öğretide, kamulaştırılan malın imtiyaz

³⁵³ Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri (Kamulaştırma-İstimval)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 20. Bu olanak, Fransız hukukunda da kabul edilmiştir. Bkz. DEBBASCH, s. 197; RIVERO, s. 435; VEDEL, s. 841.

³⁵⁴ BİLGİN, *İdare Hukuku...*, s. 20-21'de, özel kişi lehine yapılacak kamulaştırmanın idare tarafından yapılması gereğini, kamulaştırmanın, "bir kamu kudreti usulü" olması ve özel kişilerin kamu kudretini kullanamaması ile açıklamaktadır.

sahibinin mülkiyetine geçeceği savunulmakla³⁵⁵ birlikte; bu görüş, bize isabetli görünmemektedir. Zira, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunun bir kamu hizmeti olması ve imtiyaz sahibine tanınan ayrıcalıkların, hizmet dolayısıyla kendisine sağlanması keyfiyeti karşısında, kamu hizmetinin gerektiği gibi yürütülebilmesi için zorunlu olmadığı sürece, kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin imtiyaz sahibine ait olması bir anlam ifade etmeyecektir. Kaldı ki, imtiyaz sahibinin kamulaştırılan mal üzerindeki tasarruf yetkisinin, kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu ve imtiyaz sahibine mülkiyet gibi mutlak bir aynı hakkın tanınması durumunda, bu sınırların aşılması tehlikesinin başgöstereceği ortadadır. Böyle bir durumda, yapılan kamulaştırma, kamu yararını gerçekleştirme amacından uzaklaşacak; özel mülkiyetteki bir taşınmazın bir başka özel kişinin malvarlığına transferini sağlayan bir hukuksal araca dönüşecektir. Bu nedenle, kamulaştırılan taşınmazın, hizmetin asli sorumlusu olan idareye ait olması ve imtiyaz sahibinin, bu taşınmazdan idarenin sıkı denetimi altında yararlanması gerektiği kanısındayız^{356 357}.

1326 tarihli Kanun, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapılması olanağı yanında, özel mülkiyete konu taşınmazların geçici işgali imkanını da tanımıştır. 1326 tarihli Kanun'un 2 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, imtiyaz sahibinin önerisi ve ilgili Bakanlığın onayı üzerine, geçici işgali gereken taşınmazlar, Kamulaştırma

³⁵⁵ GÜNDAY, s. 171; BİLGİN, s. 21, dn. 23.

³⁵⁶ Yargı içtihatlarında ve öğretici tarafından imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiş olan yapı-şirket-devret sözleşmelerinin hukuksal rejimini düzenleyen 3996 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde, adı geçen kanun uyarınca kamulaştırılan taşınmazların mülkiyetinin idareye ait olduğu öngörülmüştür. GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 171'de, bunun genel kuralın istisnası olduğunu belirtmektedir. Oysa bize göre, 3996 sayılı Kanun'un bu hükmü kuralı doğrulamaktadır.

³⁵⁷ Fransız hukukunda, imtiyaz sahibi lehine kamulaştırılan taşınmazların, imtiyazı veren idareye ait olacakları; hatta, imtiyaz sahibinin bu taşınmaz üzerinde herhangi bir aynı hakka sahip olmayıp yalnızca şahsi bir kullanma hakkına sahip olduğu da savunulmaktadır. Bkz. WALINE, s. 487.

Kanunu'nda değer tesbiti için öngörülen usule uygun olarak takdir olunacak tazminat imtiyaz sahibi tarafından sahiplerine ödendikten sonra, mahalli mülki amir marifetiyle imtiyaz sahibine teslim edilecektir.

d. Kamu mallarından yararlanma olanağı: İmtiyaz sahibine, imtiyaz sözleşmesine konu olan kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesi için gereksinim duyulan bazı kamu mallarından yararlanma olanağı tanınabilir³⁵⁸. Bu olanak, genellikle imtiyaz sözleşmelerinde öngörülmüş olmakla birlikte³⁵⁹, bu durumda dahi kamu malından yararlanabilmek için, idareden ruhsat almak ya da kamu malından yararlanmaya ilişkin olarak ayrıca bir sözleşme akdetmek gerekecektir^{360 361}.

İmtiyaz sahibinin kamu mallarından yararlanması, duruma göre, özel (-kural) yararlanma ya da özel istisnai yararlanma kapsamına girecektir³⁶². Bu bağlamda, imtiyaz sahibine kamu mallarının altında ve üstünde tesisler yapma olanağı da tanınabilir³⁶³.

1326 tarihli Kanun'un 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında, imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapılacak olan tesisat ve inşaat için gerekli bulunan kamu mallarının³⁶⁴

³⁵⁸ RIVERO, s. 435.

³⁵⁹ WALINE, s. 487.

³⁶⁰ Aydın GÜLAN, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim*, Alfa, İstanbul 1999, s. 219.

³⁶¹ WALINE, s. 487'de kamu malından yararlanmak için idare tarafından işgal izni verileceğinin imtiyaz sözleşmesinde öngörülmesi durumunda, bu iznin verilmesi kolluk yetkilerine ilişkin olduğundan, kolluk yetkilerinin sözleşme ile devredilmesi sorununun gündeme geldiğini belirtmektedir. Aslında, WALINE'in de işaret ettiği gibi, burada sözkonusu olan sözleşme ile kolluk yetkilerinin devri değil, idarenin gerekli izinleri vermek, bir başka anlatımla, kolluk yetkilerini belirli bir yönde kullanmak konusunda kendisini önceden -sözleşme ile- bağlamasıdır. Kuşkusuz, bunun da bir ölçüde kolluk yetkilerinden vazgeçme anlamına geldiği söylenebilir.

³⁶² Özel yararlanma, bir kamu malının tamamından ya da bir bölümünden kişiselleştirilmiş ve münhasır bir yararlanmayı ifade eder. Özel (-kural) yararlanmada, kamu malından tahsis amacı doğrultusunda yararlanma sözkonusu iken, özel istisnai yararlanma, maldan tahsis amacıyla bağdaşır bir biçimde yararlanma anlamını taşımaktadır. Özel yararlanma usulleri hakkında bkz. GÜLAN, *Kamu Mallarından...*, s. 201 v.d.

³⁶³ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 338; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 238.

³⁶⁴ Kanun'da geçen "arazi-i emiriye" (miri arazi) ifadesini, kamu malı olarak anlamak gerektiği kanısındayız. Arazi-i emiriye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Zeki PAKALIN, *Osmanlı Tarih*

imtiyaz süresinin bitimine kadar imtiyaz sahibine bedelsiz olarak terkedilebileceği ve ayrıca, inşaat sırasında geçici olarak işgali gereken kamu mallarıyla bunların altında bulunan taş ocakları ve balast³⁶⁵ mahallerinin de, imtiyaz sahibine yine bedelsiz olarak tahsis edilebileceği öngörülmüştür.

e. Mali olanaklar: İmtiyaz sözleşmelerinin spekülâtif nitelik taşıması, daha açık bir anlatımla, sözleşmenin konusu olan hizmetin karşılaşıcağı talebin bilinmemesi ve dolayısıyla imtiyaz sahibinin elde edeceği kazancın öngörülememesi, keza sözleşmenin konusu olan faaliyetin buna yapılan yatırımı hangi sürede amorti edeceği konusunda kuşkular bulunması nedeniyle, imtiyaz sözleşmeleri akdedilirken özel kişilerin birtakım mali güvence talepleri öne sürdükleri³⁶⁶ ve bunların imtiyaz sözleşmelerinde de yer aldıkları görülmektedir.

Bu tür mali avantaj hükümleri arasında, kâr güvencesi başta yer almaktadır. Bunun anlamı, işletmenin bir yıllık geliriyle sözleşmede öngörülmüş olan belirli miktarın üzerinde kâr sağlanamaması durumunda, bu kârı karşılamak için idarenin imtiyaz sahibine avans vermesidir³⁶⁷. İmtiyaz sözleşmelerinde, idarenin verdiği bu avansın belirli bir miktarın üstündeki bölümünün, sözleşmede belirlenen bir formül uyarınca imtiyaz sahibi ile idare arasında paylaştırılmasına ilişkin mali birlik hükümlerine de rastlanmaktadır³⁶⁸. İdarenin her türlü sübvansiyonu da, mali olanaklar arasında yer almaktadır³⁶⁹.

Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, C. I, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1993, s. 68 v.d.

³⁶⁵ Balast, demiryollarının altyapısında kullanılan, bir kayanın parçalanması ve elekten geçirilmesinden sonra elde edilen 4-12 cm'lik taş parçalarına verilen addır. Bkz. **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. II, Gelişim Yayınları, 1986, s. 1245.

³⁶⁶ WALINE, s. 497.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid, s. 499.

³⁶⁹ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 752.

Bu tür mali hükümler, bütünüyle akdi nitelik taşımaktadır; bunların, idarenin tek taraflı iradesiyle değiştirilmesi olanağı yoktur³⁷⁰.

İmtiyaz sözleşmelerine ilişkin klasik anlayışta, imtiyaz sahibinin, imtiyaza konu olan kamu hizmetinin tüm masraflarını ve riskini üstlenmiş bulunduğu kabul edilmektedir³⁷¹. Öngörülmezlik kuramı hariç, idarenin dışında gerçekleşen her türlü zarar, imtiyaz sahibi tarafından karşılanacaktır. Zaten, idarenin bir faaliyeti imtiyaz yolu ile gördürmesinin nedeni, o faaliyetin spekülatif niteliğidir. Dolayısıyla, bu klasik anlayıştan hareketle, imtiyaz sahibine bazı mali avantajlar tanınmasının imtiyazı idare açısından bütünüyle anlamsız hale getirdiği söylenebilir. Bu tür mali olanak hükümleri imtiyazın temel mantığı ile bağdaşmamaktadır³⁷². Bununla birlikte, imtiyazın dönüşen biçiminde, böylesi mali olanaklara daha sıcak bakılmaktadır³⁷³.

D. Sözleşmenin Mali Dengesi İlkesi

İmtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimini belirleyen temel kavram, kamu hizmeti olmakla birlikte, imtiyaz sahibinin, imtiyaz konusu faaliyet bir kâr olanağı sunduğu için sözleşmeyi akdeden bir özel girişimci olduğu gözönüne alındığında, kamu hizmeti ile özel girişim çıkarlarının bağdaştırılması gerekliliği hasil olmaktadır. Bu bağdaştırmayı sağlayan, sözleşmenin mali dengesi ilkesidir. Bu ilke, imtiyaz sahibinin hizmetin işleyişi bakımından üstlenmiş olduğu yükümlülükler ile yararlananlardan tahsil edeceği bedeli öngören tarife arasındaki ilişkiyi esas alarak; hizmetin işleyiş koşullarının

³⁷⁰ DERBİL, s. 597; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 752.

³⁷¹ WALINE, s. 497.

³⁷² Ibid, s. 497-498.

³⁷³ CHAPUS ise, imtiyaz sahibinin hizmeti tüm masraflarını üstlenerek yürütmesi prensibinin yerini idare ile imtiyaz sahibi arasındaki bir mali ortaklığa bırakmış olmasını, imtiyaz kavramının yenilenen bir unsuru olarak görmektedir (Droit administratif..., s. 572). Ayrıca bkz. yuk. s. 32-34.

ya da tarifenin değişmesi durumunda dahi bu ikisi arasında sözleşmenin akdedildiği sırada kurulmuş olan dengenin korunmasını öngörmektedir³⁷⁴.

Bu dengenin korunması, aslında hizmetin gerektiği gibi işlemlerini sağlamak bakımından da zorunludur³⁷⁵. Şayet idare hizmetin işleyiş koşullarını imtiyaz sahibi için yeni bir mali yük yaratarak (mali dengeyi bozarak) değiştirir ancak bunu tazmin etmezse, karşılaşacağı yük imtiyaz sahibinin hizmeti durdurmasına neden olabilir. Bununla birlikte, imtiyaz sözleşmesinin niteliği gereği, imtiyaz sahibi her zaman belli bir zarar riskini göze alacaktır; bir başka anlatımla, sözleşmenin mali dengesi ilkesi, imtiyaz sahibinin her zaman kâr etmesini güvence altına alan mutlak bir denklem içermemektedir³⁷⁶. Dolayısıyla, idareye atfi kabil olmayan ve tarafların öngörebilecekleri normal risklerin mali dengeyi bozması sözkonusu değildir.

İçtihat ve öğretide, mali dengenin bozulması ve tekrar sağlanması konusunda geliştirilmiş olan iki kuram bulunmaktadır: *Fait du prince* ve öngörülmezlik kuramları³⁷⁷. Bununla birlikte, bu kuramlarla imtiyaz sahibine tanınan haklardan fazlasını öngören şartname hükümleri de hukuka uygun addedilmektedir³⁷⁸.

1. *Fait du prince*

İdarenin kamu hizmetinin gerekleri uyarınca, imtiyaz sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapması durumunda, bu değişiklikten ötürü imtiyaz sahibi zarara uğruyorsa,

³⁷⁴ VEDEL, s. 843.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid, s. 844.

³⁷⁷ Bunun dışında, idarenin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi, kuşkusuz, mali sorumluluğunu gerektirir. Hatta, idarenin sorumluluğunun sözleşmenin onaylanmasından önce başladığı, idarenin en azından bu onayı almak borcu altına girdiği düşüncesinden hareketle, imtiyaz sözleşmelerinde de sözleşme-öncesi borcun varlığı kabul edilmektedir. Bkz. C.E., 24 juin 1938, *commune d'Huos*, Rec., s. 577'den aktaran WALINE, s. 494.

³⁷⁸ C.E., 22 déc. 1961, *S.N.C.F.*, concl. Combarnous, Rec., s. 738'den aktaran LAÛBADÈRE / VENEZIA/ GAUDEMET, s. 751-752. *Fait du prince* ya da öngörülmezlik kuramlarının uygulanabilmesi için,

bu zarar idare tarafından tazmin edilir. Buna ilişkin esaslar, *fait du prince* kuramı ile öngörülmüştür.

Bu kuram uyarınca, imtiyaz sahibinin tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşmenin mali dengesini bozan durumun imtiyazı veren idareden kaynaklanması gerekir. İmtiyazı veren idareden farklı bir merci tarafından alınan ve dolayısıyla tarafların iradeleri dışında gerçekleşen bir önlem, *fait du prince* kuramının kapsamına girmez³⁷⁹. İmtiyazı veren idarenin, imtiyaz konusu kamu hizmetinin örgütlenme ve işleyiş koşullarında yapacağı tek taraflı değişiklikler³⁸⁰ yanında, imtiyazın işleyişiyle ilgili olmamakla beraber, özel olarak imtiyaz sahibinin durumunu ve sözleşmenin esaslı ögelerinden birisini etkileyen önlemler³⁸¹ *fait du prince* kuramının kapsamında değerlendirilirler³⁸². Buna karşın, imtiyazı veren idare tarafından alınmış olmakla birlikte, genel nitelik taşıyan bir önlem, imtiyaz sahibini, imtiyazı nedeniyle –özel olarak- etkilemeyeceğinden ve ülkedeki tüm girişimcilere uygulanacağından, bu önlemden zarar gören imtiyaz sahibi tazminata hak kazanmamaktadır^{383 384}.

Fait du prince kuramının uygulanmasının diğer bir koşulu, imtiyazı veren idarenin yaptığı tek taraflı değişiklik ya da özel olarak imtiyazı etkileyen önlem

bu onların imtiyaz sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olmaları gerekmemektedir.

³⁷⁹ WALINE, s. 494; ONAR, C. III, s. 1634; ÖZAY, *Günışığında...*, s. 260.

³⁸⁰ VEDEL, s. 845'de, bu tür değişiklikler bakımından imtiyazı veren idarenin, tazminat ödemek yerine yararlananlardan alınacak bedeli öngören tarifeyi yükselterek de bozulan mali dengeyi tekrar kurabileceğini belirtmektedir. Bu görüş, bazı durumlarda uygulama alanı bulabilirse de, idarenin, yaptığı her türlü değişikliğin bedelini hizmetten yararlanarlara ödetebilecek olması, yürütülen faaliyetin kamu hizmeti olma özelliğiyle bağdaşmamaktadır.

³⁸¹ Bu duruma örnek olarak, bir belediye ile gaz şirketi arasında bir imtiyaz sözleşmesi akdedildikten sonra, sözkonusu belediyenin, gazın hammaddesi olan kömüre çok yüksek bir duhuliye resmi uygulaması gösterilebilir. Bkz. VEDEL, s. 845.

³⁸² RIVERO, s. 436; VEDEL, s. 845.

³⁸³ Bu durumun tipik örneği, vergi oranlarının yasa ile yükseltilmesidir. Bkz., VEDEL, s. 845. DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 338'de, imtiyazı veren idarenin, yaptığı genel düzenleyici işlemlerle dolaylı biçimde imtiyaz sahibine yüklediği mali külfetlerin de, *fait du prince* kuramının uygulanmasını gerektireceği savunulmaktadır.

³⁸⁴ Son iki durumda, imtiyaz sahibinin zararının tazmin edilmesi, ancak öngörülmezlik kuramına göre sözkonusu olabilir. Bunun için, öngörülmezlik kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bkz.

nedeniyle, imtiyaz sahibinin ek yükümlülükler altına girmiş bulunması; bir başka anlatımla, borçlarının sözleşmede öngörülme­yen biçimde ağırlaşmış olmasıdır³⁸⁵.

Bu iki koşulun birarada gerçekleşmesi durumunda, imtiyaz sahibi tazminata hak kazanacaktır. Burada ödenecek olan tazminat, imtiyaz sahibinin uğramış olduğu zararın tümünü karşılamaya yöneliktir³⁸⁶.

2. Öngörülmezlik

Esas olarak, özel hukuk sözleşmelerinde uygulanan bu kuram, idari sözleşmeler ve özellikle imtiyaz sözleşmeleri bakımından da geniş bir uygulama alanı bulmuş; hatta, özel hukuktaki biçimin idare hukukuna uyarlanması ötesinde, başlıbaşına bir idare hukuku kurumu olarak gelişmiştir.

Buna göre, ne imtiyazı veren idareye ne de imtiyaz sahibine atfi kabil ve sözleşme akdedildiği sırada öngörülmesi mümkün olmayan haller dolayısıyla sözleşmenin mali dengesinin tamamen altüst olması durumunda, imtiyaz sahibi, idareden tazminat talep edebilir³⁸⁷. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi, öngörülmezlik kuramının uygulanabilmesi için, olağanüstü ve önceden kestirilebilmesi olanaksız bir durumun varlığı³⁸⁸, bu durumun taraflardan kaynaklanmaması³⁸⁹ ve sözleşmenin mali dengesinin altüst olması gerekmektedir³⁹⁰.

WALINE, s. 494; VEDEL, s. 846; ONAR, C. III, 1634.

³⁸⁵ C.E., 29 déc. 1905, *Bardý*, , Rec., s. 1014, concl. Romieu'den aktaran WALINE, s. 494.

³⁸⁶ WALINE, s. 494; RIVERO, s. 436; ONAR, C. III, s. 1634; GÖZÜBÜYÜK/TAN, Genel Esaslar, s. 466; ÖZAY, *Gümsüğünde...*, s. 259.

³⁸⁷ WALINE, s. 495.

³⁸⁸ Gerçekleşmesi muhtemel görünmemekle birlikte, tarafların öngörebilecekleri olaylara bağlı olarak ortaya çıkabilecek zararlar, bu kuramın uygulama alanına girmez. Bkz. *Ibid*, s. 496.

³⁸⁹ Taraflardan kastedilen, imtiyaz sahibi ve imtiyazı veren idaredir. İmtiyazı veren idare dışındaki bir idari merciin genel nitelikteki bir önleminden kaynaklanan zarar, diğer koşullar da gerçekleşmişse, öngörülmezlik kuramı kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. VEDEL, s. 850.

³⁹⁰ Bu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Turhan FEYZİOĞLU, *İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi*, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947, s. 36-46.

Öngörülmezlik kuramının idare hukukunda benimsenme amacı, imtiyaz sahibinin durumunu güvence altına alarak onun tam bir ekonomik güvenliğe kavuşmasını sağlamak olmayıp, kamu hizmetinin kesintiye uğramasını önlemektir³⁹¹. Bu nedenledir ki, imtiyaz sahibinin öngörülmezlik kuramı uyarınca tazminat talep edebilmesi için, hizmeti sürdürmesi³⁹² ve uğradığı zararın geçici olması gerekmektedir; hizmet zaten durdurulmuşsa ya da tazminat ödense de zarar ortadan kalkmayacağından bir süre sonra yürütülemez duruma gelecekse, idare başka önlemler almak zorundadır³⁹³.

Öngörülmezlik kuramının şartlarının oluştuğu durumda, öncelikle, imtiyaz sahibinin hangi tarihten itibaren, sözleşmenin kurulduğu anda öngörülmesi olanaksız koşullar altında hizmeti yürüttüğü belirlenmelidir³⁹⁴. Bu tarihten başlayan döneme, sözleşme-dışı dönem (période extracontractuelle) adı verilir; sözleşme-dışı dönem başlamadan önce sağlanan kâr ve uğranılan zararlar, öngörülmezlik kuramına ilişkin belirlemeye esas olamazlar³⁹⁵.

İmtiyaz sahibinin öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü olay dolayısıyla uğradığı zarar, bir mali açıktan ibarettir; daha doğru deyişle, imtiyazcı şirketin bütçesinde bir açık olması, öngörülmezlik kuramının uygulanması açısından yeterlidir. Bunun dışında, imtiyaz sahibinin geçmiş dönemlerdeki kazançları ile muhtemel kârı, bu

³⁹¹ RIVERO, s. 437; DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 339; ÖZAY, *Gümüşğında...*, s. 262. Öngörülmezlik kuramının idare hukukunda uygulanma amacının bu olduğu gözönünde tutulduğunda, imtiyaz sözleşmesinin mali dengesinin altüst olmasından, imtiyaz sahibinin hizmeti durdurmasına neden olacak kadar güç koşulların ortaya çıkması anlaşılmalıdır.

³⁹² Şurayı Devlet Daavi Daireleri Umumi Heyeti, E. 1937/286 K. 1937/256 – 23.11.1937, T.C. Şurayı Devlet Kararlar Mecmuası, S. 3, 1938, s. 61; ONAR, C. III, s. 1637.

³⁹³ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 338-339. Bu durumda alınabilecek olan en etkili önlem, sözleşmenin feshidir. Bkz. VEDEL, s. 848.

³⁹⁴ WALINE, s. 496.

³⁹⁵ Ibid.

zararın belirlenmesinde dikkate alınmaz³⁹⁶.

Öngörülemeyen olay nedeniyle doğan zarar, bütünüyle idare tarafından tazmin edilmeyip, somut olayın koşulları da dikkate alınarak imtiyaz sahibi ile idare arasında hakkaniyete uygun biçimde paylaşılır³⁹⁷. Buna karşılık, kendisine başvuru yargıç, öngörülmezlik dolayısıyla sözleşmenin tadiline karar veremez; yalnızca tazminata hükmedebilir³⁹⁸. Bununla birlikte, idarenin tazminata mahkum edilmesi, onu sözleşmenin tadili konusunda imtiyaz sahibi ile uzlaşmaya zorlayacaktır³⁹⁹.

E. Sözleşmenin Sona Ermesi

1) Sözleşmenin Süresinin Dolması

İmtiyaz süresinin dolmasıyla, sözleşme de olağan biçimde sona ermiş olmaktadır⁴⁰⁰. Ancak tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla süresi dolan bir imtiyaz sözleşmesi yenilenebilir⁴⁰¹.

2) Sözleşmenin Feshi

Sözleşmenin feshi, tarafların karşılıklı anlaşmaları ya da anlaşmanın yokluğu halinde mahkeme kararı ile sözleşmenin sona erdirilmesini ifade eder⁴⁰². İdarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir⁴⁰³.

Ekonomik koşullardaki değişmelerin, hizmetin sürdürülebilmesini kesin olarak

³⁹⁶ Ibid, s. 496. Keza, aynı taraflar arasındaki birden fazla imtiyaz sözleşmesinden birinin sonuçları, diğerini etkilemez.

³⁹⁷ VEDEL, s. 848; WALINE, s. 497.

³⁹⁸ C.E., *Gaz de Bordeaux*, 24 mars 1916, Rec., s. 125'den aktaran HAURIOU, s. 1021.

³⁹⁹ WALINE, s. 496.

⁴⁰⁰ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 756.

⁴⁰¹ RIVERO, s. 438.

⁴⁰² DERBİL, s. 602'de imtiyaz sözleşmesinin de özel hukuk kurallarına göre feshedileceğini savunmaktadır. Bu görüş, ödenecek tazminatın hesaplanması gibi konular bakımından geçerli olsa da, fesih talebinin haklı olup olmadığına ilişkin olarak verilecek karar, kamu hizmetine ilişkin bir incelemeyi de içereceğinden, sözleşmenin feshinin bütünüyle özel hukuka tâbi olduğu söylenemez.

⁴⁰³ Lütfi DURAN, "Türk Hukukunda İdari Mukaveleler", *İÜHFİM*, C. XXX, S. 1-2, 1964, s. 445.

olanaksız kılması durumunda, sözleşmenin feshi sözkonusu olabilir⁴⁰⁴. Bu durumda, gerekirse her iki taraftan biri lehine tazminata da hükmedilir.

Feshin ikinci bir uygulaması ise, imtiyaz sahibinin sözleşmeden doğan haklarının idare tarafından ihlal edilmesi durumunda görülür. Bu durumda, kural olarak, imtiyaz sahibi tazminata hak kazanmaktadır. Ancak, idarenin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu imtiyaz sahibi, kendisi açısından sözleşmenin kurulmasında belirleyici rolü olan bir menfaatten yoksun kalıyorsa, mahkemeden sözleşmenin feshini talep edebilir⁴⁰⁵. Bu talep haklı da olsa, fesih kararı verilene kadar, imtiyaz sahibinin hizmeti kesintiye uğratmaması gerekir. Aksi halde, sözleşme yine feshedilebilir ancak imtiyaz sahibi tazminat hakkından mahrum kalır⁴⁰⁶.

3) İmtiyazın Geri Alınması (Rachat)

İmtiyazın geri alınması, idarenin hizmeti kaldırmak ya da başka bir yöntemle - bizzat ya da farklı bir özel kişi eliyle- yürütmek amacıyla, bedeli karşılığında imtiyaza son vermesini ifade eder.

a) Akdi geri alma: Bazı imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin sözleşmenin kurulmasından itibaren belirli bir süre sonra, geri alma yetkisine sahip olacağı öngörülebilir; bu durumda, geri alma durumunda imtiyaz sahibine ödenecek tazminatın koşulları ve hesaplanma biçimi de sözleşmede düzenlenmektedir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ C.E., 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, RDP (1933.117). Bu durumda, öngörülemezlik kuramını uygulamak mümkün değildir, zira, kalıcı zararın varlığı durumunda bu kuram uygulanmaz.

⁴⁰⁵ WALINE, s. 500.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ VEDEL, s. 851.

b) Mecburi geri alma: İdarenin geri alma yetkisinin sözleşmede öngörülmesi mümkün olmakla beraber, bu yetki kaynağını idarenin hizmetin asli sorumlusu olmasından almaktadır. İdare, hizmetin örgütlenme ve işleyişine ilişkin her türlü değişikliği yapmak konusunda münhasır yetkiye sahiptir. Bu bağlamda, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olarak kullanılan⁴⁰⁸ geri alma yetkisi, idarenin olağan ve sürekli yetkileri arasında yer almaktadır⁴⁰⁹. Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmesinde hüküm olmasa da, idare geri alma yoluna başvurabilir⁴¹⁰.

Geri almada, imtiyazın düşürülmesinden farklı olarak, imtiyaz sahibinin kusurlu olup olmaması önemli değildir. Geri alma, niteliği itibariyle bir yaptırım olmayıp, hizmetin yeniden düzenlenmesine ilişkin bir önlemdir⁴¹¹. Ödenecek tazminat, sözleşmede ayrıca öngörülmemişse, imtiyaz sahibinin müsbet zararı yanında mahrum kaldığı kârı da karşılanmalıdır⁴¹².

Geri alma ile ilk bakışta benzerlikler taşıyan millileştirmenin, imtiyazı sona erdiren bir neden olup olamayacağı üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Millileştirme, “...*özel mülkiyet konusu teşebbüs ve malların ulusun, yani Devletin mülkiyetine geçirilmesi, başka bir deyimle, bunların özel sektörden kamu sektörüne devredilmesi...*”⁴¹³ olarak tanımlanmaktadır. Oysa, imtiyaz konusu olan faaliyet, kamu hizmeti olma özelliğini koruduğu için, özel sektörün elindeki bir girişim olarak

⁴⁰⁸ RIVERO, s. 438; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 237.

⁴⁰⁹ DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 340. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 757’de, mecburi geri alma yetkisinin kaynağı olarak, tüm idari sözleşmeler bakımından geçerli olan genel fesih yetkisini göstermektedir.

⁴¹⁰ VEDEL, s. 851; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 237.

⁴¹¹ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 757.

⁴¹² ONAR, C. III, s. 1643-1644; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 757. VEDEL, s. 852’de, bu nedenle geri almanın pahalı ve az kullanılır bir yetki olduğunu belirtmektedir.

⁴¹³ A. Ülkü AZRAK, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 3.

görülemez. Kamu hizmeti, idarenin sorumluluğu altında yürütülmektedir; bir anlamda, zaten kamu kesiminin elindedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmelerine konu olan girişimlerin millileştirilmesi mümkün görünmemektedir⁴¹⁴.

F. İmtiyaz Sözleşmelerinde Mal Rejimi

İmtiyaz sözleşmelerinde mal rejimi, imtiyazın sona ermesi durumunda, hangi malların idareye ne şekilde devredileceğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Genellikle, imtiyaz sözleşmelerinin sona ermesi ile birlikte işletmenin bedelsiz (her türlü borç ve taahhütten arı) olarak idareye geçeceği belirtilmektedir⁴¹⁵. Bu ifade doğru olmakla birlikte, imtiyaz sözleşmesi gereği imtiyaz sahibinin kullandığı malların tümü bakımından birtakım sonuçlara varılabilmesi için, Fransız hukukunda yapıldığı gibi, ikili bir ayırıma gidilmelidir:

1. İmtiyaz Malları

Bunlar, imtiyaza konu olan kamu hizmetinin yürütümünü sağlayan⁴¹⁶ mallardır. Hangi malların bu gruba girdiği, imtiyaz sözleşmesinde belirtilir⁴¹⁷. İmtiyaz malları, imtiyaz sahibine idare tarafından verilmiş olabileceği gibi, imtiyaz sahibinin edinmiş olduğu mallardan da oluşabilir⁴¹⁸.

İmtiyaz malları, genellikle sözleşmenin sona ermesi ile birlikte idareye devredilirler. Ancak bunlardan bir bölümü, zorunlu ve bedelsiz olarak idareye devredilirken⁴¹⁹, diğer bölümü imtiyaz sahibinin karşı çıkması koşuluyla ve belirli bir

⁴¹⁴ Fransız hukukunda, imtiyaza konu olan faaliyetlerin de millileştirilebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Örneğin bkz. WALINE, s. 502.

⁴¹⁵ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 238.

⁴¹⁶ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 754.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ TAN, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", s. 460; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 754.

⁴¹⁹ Bunlara Fransızca, "biens de retours" adı verilmektedir. Bkz. VEDEL, s. 851;

yine bu hakkın bir sonucu olarak, o mülkün semerelerine de sahip olabilir.

2. İmtiyaz Sahibinin Özel Malvarlığı

Bu mallar da hizmetin yürütümü için kullanılmakla birlikte, imtiyaz sahibinin mülkiyetinde bulunmaktadır. İmtiyaz sahibinin özel malvarlığı, imtiyazın sona ermesi durumunda idareye devredilmez⁴²³. Bununla birlikte, imtiyaz sahibi ile idare arasında akdedilecek olan bir sözleşme uyarınca idare tarafından satın alınabilir⁴²⁴.

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

A. Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar

1. Görevli Yargı Kolu

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkan

LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 754. Ayrıca bkz. DERBİL, s. 601-602: “İmtiyaz sahibi kamu hizmeti yapmak için vücuda getirdiği tesislerin maliki olmadığı gibi bu tesisler üzerinde bir aynı hak sahibi de değildir. İmtiyaz sahibi imtiyaz bitince bayındırlık işini imtiyazı veren kamu idaresine iyi bir halde bırakmağa borçludur”.

⁴²⁰ Bunların Fransızca karşılığı, “biens de reprise”dir. Bkz. VEDEL, s. 851; LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 754.

⁴²¹ GUGLIELMI, s. 106.

⁴²² VEDEL, s. 851; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 754.

⁴²³ WALINE, s. 487.

⁴²⁴ VEDEL, s. 851; GUGLIELMI, s. 106.

uyuşmazlıklar, idari yargı yerlerinde çözüme bağlanırlar⁴²⁵. Bunun nedeni, uyuşmazlığın konusunun bir idari sözleşme olmasıdır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4492 sayılı Kanun'la değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde de, "*(i)ahkim 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...*"ın idari yargının görev alanına girdiği öngörülmüştür. Yine 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24 üncü maddesinde "...*imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalar...*", Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davalar arasında yer almıştır.

Görüldüğü gibi, idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözüme bağlanacağına ilişkin doğrudan bir anayasa kuralı bulunmamakta; bu husus, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Danıştay Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu durum, idari yargının idari sözleşmelere ilişkin, Anayasa ile korunan mahfuz bir görev alanı olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir⁴²⁶. Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi kuralına anayasal bir anlam tanımaktadırlar⁴²⁷. Gerçekten Anayasa'nın temel mantığı esas

⁴²⁵ VEDEL, s. 842; RIVERO, s. 437.

⁴²⁶ Metin GÜNDAY, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı 14, Anayasa Mahkemesi'nin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 26-27 Mayıs 1997, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997, s. 353-354'de, Anayasa'nın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanını belirleyen 157 inci maddesi hükmünden hareketle, sivil idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarda da sivil idari yargının görevli olması bir anayasal zorunluluk olarak görülmekle birlikte, bu görüş, bu çalışmanın konusu bakımından önem taşıyan idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin bir çözüm içermemektedir.

⁴²⁷ UM, E. 1946/5 K. 1946/1 – 24.1.1946, DKD, S. 31, 1946, s. 55; AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 22; AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 – 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586, s. 50.

alınarak, idari rejimin benimsenmiş olmasının, idari nitelikteki uyuşmazlıkların ayrı bir yargı kolu tarafından çözümlenmesi iradesinden kaynaklandığı söylenebilir⁴²⁸. Belirli bir tür idari sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceğine ilişkin yasa hükümleri Anayasa'ya aykırı olacağı gibi⁴²⁹, bir idari sözleşmenin taraflarının rızasıyla, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi de mümkün olmamalıdır⁴³⁰.

2. Taraflar Arasında Çıkan Uyuşmazlıklardan Dolayı Açılacak Davaların Niteliği

İmtiyaz sözleşmelerinde taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklardan dolayı açılacak davaların, tam yargı davasının özel bir biçimi olduğu kabul edilmektedir⁴³¹. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinde idari dava türleri sayılırken "idari sözleşmelerden doğan davalar"a iptal ve tam yargı davaları yanında üçüncü bir kategori olarak yer verilmiş olmasına karşın, aynı Kanun'un tam yargı davalarında yetki kurallarını belirleyen 36 ncı maddesinde, "...idari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davaları..." ifadesinin kullanılması da, sözleşmeden doğan davaların tam yargı davasının bir türü gibi görüldüğü izlenimini uyandırmaktadır⁴³².

⁴²⁸ "İdari rejimi benimsemiş bir ülkede, imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi doğal ve olağandır": GÜNDAY, "Kamu Hizmeti...", s. 7.

⁴²⁹ Karşı görüş için bkz. İl Han ÖZAY, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1982, s. 29.

⁴³⁰ DİNÇER, s. 20.

⁴³¹ DURAN, İdare Hukuku, s. 339; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Güven DİNÇER, İdari Yargılama Usulü, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 249; LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 755. René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 4^e éd., Montchrestien, Paris 1993, s. 158'de, sözleşmeden doğan hakların tanınması ve korunması amacıyla açılan davaların, geniş anlamda tam yargı davasının kapsamı içine girdiğini belirtmektedir. Bu yaklaşımın temelinde, sorumluluk hukuku başlığı altında, idarenin sözleşme-dışı sorumluluğuna ilişkin davaların dar anlamda tam yargı davasının; bunlarla birlikte sözleşmeden doğan davaların ise, geniş anlamda tam yargı davasının konusu olduğu görüşü yatmaktadır.

⁴³² ODYAKMAZ, s. 173'te, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 36 ncı maddesi hükmünün, "...idari sözleşmelerden doğan davaların niteliğini de belirtir açıklıkta olmadığı..."ı ifade etmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan davaların niteliğinin belirlenebilmesi açısından, tam yargı davasının tanımı önem kazanmaktadır. Bir görüşe göre, tam yargı davası, idarenin bir işlem veya eyleminden doğan zararın giderilmesi ya da ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi amacıyla yönelik olarak açılan davaya verilen addır⁴³³. Bu görüş benimsendiği takdirde, imtiyaz sözleşmelerinden doğan bütün davaların bu kapsamda değerlendirilmesi olanağı bulunmamakta; yalnızca sözleşmeden doğan bir hakkın ihlaline ilişkin davalar, tam yargı davası olarak nitelenebilmektedir. Bir başka görüşte ise, bir idari işlemin iptali istemi dışında kalan tüm istemlerin, idare hukuku alanına ilişkin olmak kaydıyla, tam yargı davasına konu olabileceği kabul edilmektedir⁴³⁴. Bu durumda, sözleşmelerden doğan davaların da tam yargı davasının bir türü olduğu sonucuna varılabilir⁴³⁵.

Bize göre, imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar, tam yargı davasının bir türü olarak telakki edilmemelidir. Tam yargı davasının özelliği, sorumluluk hukuku alanına ilişkin olmasıdır. İmtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar ise, kimi zaman, parasal hiçbir sonucu olmayan taleplerle dahi açılabilir. Kaldı ki, imtiyaz sözleşmelerinden doğan “sözleşmenin feshi” davasını, idare de açabilmekte; “imtiyazın düşürülmesi”ne ilişkin davanın ise doğası gereği idare tarafından açılması gerekmektedir. Bu özelliği dolayısıyla da, imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar, iptal ve tam yargı davaları

⁴³³ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, *İdare Hukuku - İdari Yargılama Hukuku*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 611.

⁴³⁴ Celâl ERKUT, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve ‘İdari Davalar’ın Kapsamı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000, s. 93.

⁴³⁵ PEISER, s. 206’da, tam yargı davasında, uyumsuzluğun bireysel ve öznel bir hukuki durumun varlığı veya kapsamına ilişkin olduğu savunulmaktadır. Tam yargı davası böyle tanımlandığı takdirde, imtiyaz sözleşmelerinden (taraflar arasında) doğan davalar da, bu kapsama girecektir.

dışında “sui generis” nitelik taşıyan üçüncü bir dava kategorisi içerisinde değerlendirilmelidir.

3. Sözleşmeden Doğan Davaların Kapsamı

İmtiyaz şartname ve sözleşmesindeki akdi hükümlerin ihlalinden dolayı her iki tarafın birbirine karşı açtığı davalar, bu anlamda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar olarak değerlendirildiği gibi, sözleşmenin kural-işlem niteliğindeki hükümlerinin ihlalinden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar da bu kapsamda görülmektedir⁴³⁶. Bunun nedeni, şartnamenin yalnızca üçüncü kişiler bakımından kural-işlem niteliği taşıyabileceği anlayıştır. Ayrıca sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, sözleşmenin ifasına ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklardır. Sözleşmenin kurulmasına veya yenilenmesine ilişkin her türlü işlem, taraflar ve üçüncü kişiler açısından sözleşmeden ayrılabilir niteliktedir ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebilir⁴³⁷.

İmtiyazı veren idarenin, sözleşmenin feshi gibi, sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıdığı için üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilen işlemleri⁴³⁸, imtiyaz sahibi açısından ancak sözleşmeden doğan bir davanın konusu olarak mahkeme önüne getirilebilirler⁴³⁹. Buna karşın imtiyazı veren idarenin, sözleşmenin icrasına ya da imtiyaz konusu hizmete ilişkin olmayan işlemlerinin, imtiyaz sahibi tarafından da iptali istenebilir⁴⁴⁰.

İmtiyaz sahibinin, imtiyazı veren idarenin herhangi bir işlemine karşı açtığı iptal

⁴³⁶ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 755.

⁴³⁷ CHAPUS, Droit du contentieux..., s. 503.

⁴³⁸ Bkz. aş. s. 110 v.d.

⁴³⁹ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 756. CHAPUS, Droit du contentieux..., s. 507’de, sözleşmenin ifasına ilişkin işlemlerin imtiyaz sahibi açısından ayrılabilir işlem niteliğinde sayılarak iptal davasına konu edilememesini, imtiyaz sahibinin paralel başvuru olanağı ile açıklamaktadır.

⁴⁴⁰ DURAN, İdare Hukuku, s. 339; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 756.

davasında, dava konusu işlemin sözleşmeye aykırılığını ileri sürmesi mümkün değildir. İmtiyaz sahibi, sözleşmeden doğan hakların ihlalini tartışmaksızın bu işlemin herhangi bir ögesi yönünden hukuka aykırı olduğunu iddia edebilir⁴⁴¹.

4. İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Yolu

Anayasa'nın 4446 sayılı kanunla değişik 125 inci maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca, "*(k)amu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*". Bu hüküm, 1999 yılında yapılan değişiklikle getirilmiş olmasına karşın, ülkemizde "imtiyaz sözleşmelerinde tahkim" tartışmalarının tarihi daha eskilere gitmektedir.

a. Genel olarak tahkim: Tahkim, "*...bir hak üzerinde ihtilafa (uyuşmazlığa) düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması...*"dır⁴⁴². Tahkim, bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak, devlet mahkemelerinin ortaya çıkmasından daha önce uygulanmaya başlamıştır. Bununla birlikte, devlet mahkemelerinin örgütlenmesi ve devlet yargısının olağanlaşmasıyla, tahkim alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemine dönüşmüştür.

Tahkim esas olarak özel hukuk uyuşmazlıklarına özgüdür⁴⁴³. Tahkimin tarafların iradesiyle başvurulabilen bir yöntem olmasının doğal sonucu, tarafların üzerinde

⁴⁴¹ WALINE, s. 500.

⁴⁴² Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 5. B., Alfa, İstanbul 1991, s. 3965.

⁴⁴³ Aynı yönde bkz. ODYAKMAZ, s. 180.

serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda, tahkim yoluna başvurmalarının mümkün olmamasıdır⁴⁴⁴. Kamu hukuku alanında tahkim yoluna başvurulmamış olmasının bir nedeni de, bir yandan özel yargının yetersizliklerini görerek adalet örgütünü oluşturan devletin, diğer yandan taraf olduğu uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurmalarının yaratacağı çelişkidir⁴⁴⁵.

b. İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun uygulanabilirliği: 1980'li yıllarda, neo-liberal iktisat politikalarının yaygınlaşması ve çok-uluslu şirketlerin az gelişmiş ülkelerde kendilerine yeni yatırım alanları aramasıyla başlayan süreçte, yatırımlarını imtiyaz sözleşmeleri akdederek yapan şirketlerin tahkim talepleri gündeme gelmiştir. Türkiye'de de, tahkimin imtiyaz sözleşmeleri bakımından uygulanabilir bir uyuşmazlık çözme yöntemi olup olmadığı tartışmaları bu bağlamda yürütülmüştür. Kimileri, tahkimin bir özel hukuk kurumu olup, idare hukukunda uygulanamayacağını savunurken⁴⁴⁶, bir başka kesim, milletlerarası ticaretin özellik ve ihtiyaçlarının tahkimi zorunlu kıldığını, ülke ekonomisinin gelişebilmesi için, yabancı şirketlerce yapılan yatırımlarda tahkim yolunun açılması gerektiğini⁴⁴⁷ ileri sürmüşlerdir⁴⁴⁸.

Bize göre tahkim, imtiyaz sözleşmeleri için elverişli bir uyuşmazlık çözme

⁴⁴⁴ Ibid, s. 4003.

⁴⁴⁵ *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, La Documentation Française, 1993, s. 88.

⁴⁴⁶ SOYSAL/ERTUĞRUL, s. 5. Bu görüşü savunanların, temel dayanak noktaları tahkimin emperyalizmin bir biçimi olup, ülkenin egemenliğini ve bağımsızlığını tehlikeye düşürdüğüdür.

⁴⁴⁷ Cemal ŞANLI'nın konuşması, *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel*, s. 13. Neo-liberal bir söylemin taşıyıcılığı yapan bu görüş, söylemini “Türkiye'nin gerçekleri” olarak dayatmaktadır. Fransa'da da, benzer gerekçelerle, yabancılarla yapılan idari sözleşmelerde tahkim yolunun açılması üzerinde önemle durulmaktadır. Bkz. Françoise DUCAROUGE, “Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français”, RFDA, 1996, s. 89.

⁴⁴⁸ Tartışmanın ideolojik bir zeminde yürütülüyor olması, hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılmasının güçlüğüne ortaya koymaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim sorununun, ideolojik içeriğinden bağımsız biçimde tartışılması olanaksız görünmektedir.

yöntemi değildir. Tahkimin esas itibarıyla bir özel hukuk kurumu oluşu, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ilişkilerde uygulanmasının mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Hakem, uyuşmazlığı çözerken her iki tarafın karşılıklı çıkarlarını uzlaştırma yoluna gidecektir. Oysa, imtiyaz sözleşmelerinde belirleyici öge, sözleşmenin konusu olan kamu hizmetidir. Bu da, toplumu ya da teknik bir ifadeyle hizmetten yararlananları, sözleşmenin tarafı olmasalar da, sözleşmenin yöneldiği amaç açısından belirleyici kılmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri, kamu yararına yönelik olarak akdedilirler ve kamu yararı, sözleşmenin tarafları olan idare ve imtiyaz sahibinin çıkarları ile özdeş değildir. İdarenin sözleşmeyi akdederken kamu yararının temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi, koşulsuz olarak kamu yararına ve hukuka uygun davranacağı anlamına gelmez⁴⁴⁹. Hakemin taraflarca seçiliyor olmasından hareketle, bundan kendi aleyhlerine doğacak sonuçlara katlanmaları gerektiği savı⁴⁵⁰ da, bu nedenle geçersizdir. Tahkim kurumunun doğası gereği, hakemin tarafların çıkarlarından bağımsız bir kamu yararını gözetmesi düşünülemez⁴⁵¹. Bu nedenle, tahkimin imtiyaz sözleşmeleri bakımından uygulanabilir bir yöntem olmadığı kanısındayız.

Milletlerarası tahkime ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş uyarınca, uluslararası ticari tahkim sözkonusu olduğunda sözleşmenin uluslararası niteliği, iç hukukta taşıdığı niteliği arka plana itmekte; milletlerarası ticarete ilişkin bir sözleşmenin, iç hukukta idari

⁴⁴⁹ Aksi yönde kabulün, idarenin yargısal denetimini bütünüyle anlamsız hale getireceği ortadadır.

⁴⁵⁰ Charles JARROSSON, "L'arbitrage en droit public", *AJDA*, 1997, s. 17.

⁴⁵¹ C.E., 1986 yılında Eurodisneyland'ın kurulması ve işletilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesine tahkim şartı konulup konulamayacağı konusunda verdiği görüşte, Fransız hukukuna özgü başka bazı gerekçeler yanında, hakemlerin kamu yararını devlet yargıçlarına göre daha az gözetebilecekleri düşüncesinden de destek alarak karara varmıştır. Bkz. Jacques RIBS, "Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français", *JCP*, 1990, I, s. 7. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, s. 181'de, Fransız hukukundaki tahkim yasağının nedeni olarak, resmi mahkemeler dışında kamu tüzel kişilerinin

sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olmasının önemi kalmamaktadır⁴⁵². Keza, uluslararası tahkimin özel hukuk ya da kamu hukuku kategorilerinden birine dahil olmayıp, kendi sorunsalı ve mantığı bulunan “tahkim hukuku” kategorisi içerisinde yer aldığı; dolayısıyla, iç hukuktan bağımsız mekanizmalar sözkonusu olduğunda iç hukukun ve buna ilişkin ayırımların uygulanamayacağı da savunulmaktadır⁴⁵³. Uluslararası tahkim yoluyla da çözülebilmesi gerektiği savunulan uyuşmazlıkların, bir kamu hizmetine ilişkin oldukları ölçüde idari uyuşmazlık niteliği taşıdıkları gözardı edilerek, “ticari uyuşmazlık” olarak adlandırılmaları⁴⁵⁴ da bu bağlamda değerlendirilebilir. Bu görüşler, gerçekte milletlerarası ticaret lehine yapılmış bir ideolojik seçime dayanmaktadır. Kamu yararı lehine yapılan bir seçim, çözümü de tersine çevirecektir. Bu doğrultuda, kamu hizmetlerinin ifası ve kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasının, ticari ilişkiler içinde değerlendirilemeyeceği ve ticaret hayatına ilişkin çözümlerin kamu alanına olduğu gibi aktarılamayacağı söylenebilir⁴⁵⁵.

c. Türk pozitif hukukunda imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü: Kuramsal tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, tahkim kurumunun Türk pozitif idare hukukuna, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü yollarından biri olarak girmiş bulunduğu söylenebilir.

çıklarlarının korunamaması riski gösterilmektedir. Burada, “kamu tüzel kişilerinin çıkarları”ndan anlaşılması gereken, “kamu yararı” olmalıdır.

⁴⁵² Turgut TAN, “İdare Hukuku ve Tahkim”, *AİD*, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 22. Bir sözleşme uluslararası nitelik taşıdığına, onun iç hukuk bakımından nitelendirilmesi kaygısı güdülmeksizin tahkim yolunun uygulanması olanağı, bir “yazılı olmayan ulus-aşırı hukuk kuralı” (*règle de droit transnational non écrit*)nin varlığı ile açıklanmaktadır. Bkz. Gérard TEBOUL, “Arbitrage international et personnes morales de droit public”, *AJDA*, 1997, s. 28, dn. 31.

⁴⁵³ Yves GAUDEMET, “L’arbitrage: Aspects de droit public – état de la question”, *Rev. arbitrage*, 1992, s. 255.

⁴⁵⁴ Yücel SAYMAN’ın konuşması, *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel*, s. 21.

⁴⁵⁵ *Régler autrement les conflits...*, s. 90.

Anayasa'nın yukarıda sözü edilen 125 inci maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun" çıkarılmış bulunmaktadır.

4501 sayılı Kanun, milli ve milletlerarası tahkimde uygulanacak esasları belirlemekte, bu arada milletlerarası tahkimin uygulanması bakımından zorunlu olan yabancılık unsurunu tanımlamaktadır. Yabancılık unsuru, bugüne kadar başka bir yasa metninde görülmediği ölçüde geniş tanımlanmış; Kanun'un 2 nci maddesinde, imtiyaz sahibi şirketin ortaklarından birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümleri uyarınca yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması⁴⁵⁶ hallerinden birinin varlığı durumunda imtiyaz sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmiştir⁴⁵⁷.

Kanun, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler bakımından kurumsal tahkim yolu yanında *ad hoc* (olaya özgü) tahkime de başvurulabileceğini öngörmektedir (m. 3).

Tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmeye bir tahkim şartı konulabileceği gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapılabilir. Kanun, bu tahkim sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe konulmasındaki usule tâbi olduğunu

⁴⁵⁶ Burada aslında bir kavramı tanımlamaktan çok, bir koşulu yerine getirmek kaygısının gözetildiği söylenebilir. Bilindiği gibi, Türkiye'de yatırım yapmak isteyen şirketlerin yabancı kuruluşlardan kredi almak için yaptıkları başvurularda, kredinin verilmesi akdedilecek olan sözleşmede tahkim şartının bulunmasına bağlanmaktadır. SAYMAN'ın konuşması, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, s. 56.

⁴⁵⁷ 1326 tarihli Kanun'un 7 nci maddesi uyarınca, imtiyaz sahibinin Türk anonim şirketi statüsünde olması gerekmektedir. Yabancılık unsurunun belirlenmesine ilişkin ölçütler de, 1326 tarihli Kanun'un bu hükmünü zımnen ilga etmiş sayılamaz. Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinde de imtiyaz sahibinin Türk anonim şirketi statüsünde olması gerekir.

öngörmektedir (m. 4). Bu hüküm, tahkim sözleşmesi için de ayrıca Danıştay'ın düşüncesine başvurulması gerektiği biçiminde yorumlanabilir.

Kanun, 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, tahkim sözleşmesinde düzenlenmesi gereken hususlar arasında, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimine yer vermek suretiyle, uygulanacak maddi hukuku tarafların seçeceğini öngörmüş olmaktadır. Uygulanacak maddi hukukun seçiminden, hangi ülke hukukunun uygulanacağı anlaşılmalıdır. İmtiyaz sözleşmelerine uygulanacak olan hukuk, her zaman idare hukuku olduğuna göre, yabancı bir ülke hukukunun seçilmesi durumunda, Türk idaresinin taraf olduğu bir uyuşmazlığa yabancı bir ülkenin idare hukukunun uygulanması gibi, içinden çıkılması olanaksız bir durumla karşılaşmaktadır. Her ne kadar, Kanun uygulanacak maddi hukukun seçimini taraflara bırakmış görünse de, idari uyuşmazlıkların doğası gereği, imtiyaz sözleşmelerinde her zaman Türk idare hukuku uygulanması gerekeceğinden, burada taraflara gerçekten bir seçim hakkı tanındığı söylenemez.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem yoluna başvurulması durumunda, hakemin vereceği kararın tanınması, tenfizi ve temyizi adli yargı yerlerince yerine getirilecektir. Buna göre, hakem kararlarının temyizi Yargıtay'da; tanınması ve tenfizi ise asliye hukuk mahkemelerinde görülür (m. 5). İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun kabul edildiği durumlarda, uyuşmazlık esasen idari yargı yerinin görev alanına girdiğinden, hakem de, uyuşmazlığı ilk derece mahkemesi olarak çözecek olan idari yargı organını ikame etmektedir⁴⁵⁸. Bu nedenle, bu uyuşmazlıklarda temyiz, tanıma ve

⁴⁵⁸ CHAPUS, Droit du contentieux..., s. 182.

tenfiz merciilerinin idari yargı yerleri olması gerekir⁴⁵⁹. Türk Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen kararları ve Anayasa'nın idari rejimi öngörmüş olmakla, idari yargı açısından mahfuz bir görev alanı yarattığı görüşü⁴⁶⁰ birarada değerlendirildiğinde, 4501 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi hükmü Anayasa'ya aykırı olmaktadır.

4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilmiş olan imtiyaz sözleşmelerinin, kural olarak, tâbi oldukları usul ve esaslara göre yürütülecekleri; istisnaen, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, Kanun'un yürürlüğünden önce akdedilmiş olan sözleşmelere de, imtiyaz sahibinin Kanun'un yayımından itibaren bir ay içerisinde başvurması ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla, 4501 sayılı Kanun'un uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu hükmün yalnızca kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilen sözleşmeleri kapsamı dışında bırakması, önemli bir sorunu beraberinde getirmektedir. Buna göre, hakkında henüz kesinleşmemiş bir iptal kararı verilmiş olan imtiyaz sözleşmeleri, bu hüküm uyarınca 4501 sayılı Kanun'a tâbi kılınabilmektedir. Böylece, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş sözleşmelere tahkim şartı konulabilmesini sağlama amacının ötesinde, mahkemece verilmiş bir iptal kararı ile hukuk aleminden silinmiş olan bir hukuksal işleme yeniden varlık kazanma olanağı getirilmiş olmaktadır. Bir iptal kararı, henüz kesinleşmemiş de olsa, dava konusu olan işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırarak etki ve sonuçlarını doğurur. 4501 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesi, böylece anlamsız bir sonuç yaratmak yanında, bir mahkeme kararının sonuçlarını dolaylı yoldan da olsa etkisiz hale getirdiği için, yasama organının da mahkeme kararlarına uymak

⁴⁵⁹ *Régler autrement les conflits*, s. 94-95.

⁴⁶⁰ Bkz. yuk. s. 99-100.

zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 138 inci maddesine aykırı olmaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinde tahkime ilişkin önemli bir son nokta, idarenin hakeme başvurma sürecinde yapacağı tüm tek yanlı işlemlerin, idari işlem niteliğinde olduğu için, üçüncü kişiler ya da imtiyaz sahibi tarafından iptal davasına konu edilebileceğidir⁴⁶¹.

B. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılan Davalar

1. Ayrılabilir İşlemler Kuramı

İdari sözleşmelerin, taraflarından biri idare olduğu halde, idari işlem niteliği taşımadıkları ve dolayısıyla iptal davasına konu olamayacakları belirtilmektedir⁴⁶². Bu durum karşısında, özellikle üçüncü kişilerin, imtiyaz sözleşmesinin konusu olan hizmetten yararlanan sıfatıyla, sözleşmenin çeşitli aşamalarındaki hukuka aykırılıkları yargı organı önüne taşıma olanağına sahip olmamalarının yarattığı sorun, ayrılabilir işlemler kuramı ile aşılmıştır. Ayrılabilir işlemler kuramının esası, sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan tek yanlı idari tasarrufların, sözleşmeden bağımsız olarak “yürütülebilir” olduklarının⁴⁶³ kabulü ve bu suretle bunların yargısal denetiminin sağlanmasıdır⁴⁶⁴.

Öncelikle belirtilmesi gereken, idarenin, sözleşmenin akdedilmesine kadar geçen aşamada tesis ettiği bütün tek yanlı işlemlerin iptal davasına konu edilebileceğidir⁴⁶⁵. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin işlem⁴⁶⁶ de dahil olmak üzere bu aşamada tesis edilen

⁴⁶¹ Geneviève MATTEI-DAWANCE, “L'arbitrage en droit public”, *Gaz. Pal.*, 1987, I, s. 471.

⁴⁶² PEISER, s. 212; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 448.

⁴⁶³ ÖZAY, *Günışığında...*, s. 415.

⁴⁶⁴ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 448

⁴⁶⁵ DİNÇER, s. 20. Aslında, idarenin akdettiği her türlü sözleşme açısından durum budur.

⁴⁶⁶ Sözleşmenin kurulmasına ilişkin işlem, maddi olarak sözleşmeden ayrılamasa da, kuramsal açıdan

işlemlerin, sözleşmeden bağımsız bir varlığı bulunmaktadır.

Ayrılabilir işlemler kuramı uyarınca, idarenin gerek sözleşmenin hazırlanması, gerek uygulanması aşamasındaki tek yanlı işlemleri, üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilirler⁴⁶⁷. Ancak akdi ilişkilere sıkı sıkıya bağlı olan, idarenin yaptırım uygulamasına ya da taraflar arasındaki mali ilişkilere dair işlemler ise üçüncü kişilerce de iptal davasına konu edilemezler⁴⁶⁸.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin ayrılabilir bir işlemin iptali, doğrudan doğruya sözleşme üzerinde sonuç yaratmaz; sözleşme, tarafları bağlamaya devam eder⁴⁶⁹. İptal kararının sözleşme üzerinde sonuç doğurabilmesi için, idarenin iptal kararı doğrultusunda sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir⁴⁷⁰.

Bunlardan başka, üçüncü kişiler, idarenin sözleşmenin kural-işlem niteliğindeki (hizmetin düzenlenmesine ve örgütlenmesine ilişkin) hükümlerine aykırı işlemlerini de iptal davasına konu edebilirler. Ancak, doğrudan doğruya sözleşmenin kural-işlem niteliğindeki hükümlerinin iptali istenemez⁴⁷¹.

Ayrıca üçüncü kişiler, idareye başvurarak hizmetin gerektiği gibi yürütülmesi için imtiyaz sahibini zorlamasını ve gereken önlemleri almasını talep edebilirler.

ayrılabilir olması dolayısıyla iptal davasına konu olabilir. Sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak alınan kararlar, hem taraflar hem üçüncü kişiler bakımından sözleşmeden ayrılabilir nitelikte kabul edilmektedir: CHAPUS, *Droit du contentieux...*, s. 503.

⁴⁶⁷ Celâl ERKUT, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 40-42.

⁴⁶⁸ CHAPUS, *Droit du contentieux...*, s. 506.

⁴⁶⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *Genel Esaslar*, s. 414.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, s. 505.

⁴⁷¹ GUGLIELMI, s. 122; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 449. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, s. 560'da, Conseil d'Etat içtihadıyla benimsenen bu çözümün, imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal niteliğine ilişkin ikili ayırım(kural işlem niteliğinde hükümler-akdi hükümler ayırımı)la ilgili kuşkular yaratan, açıklanması güç bir yaklaşım olduğu savunulmaktadır. ERKUT, *İdari İşlemin Kimliği...*, s. 44'te de, şartnamelerin kural işlemler ihtiva ettikleri için ayrılabilir işlemler kuramı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

İdarenin bu talebi reddetmesi durumunda, red işleminin iptalini dava edebilecekleri gibi, varsa bu işlemten dolayı uğradıkları zararların tazmini için tam yargı davası açabilirler⁴⁷².

2. Türk Hukukundaki Durum: Türk hukuku açısından ayrılabilir işlemler kuramı, idari sözleşmeler alanında uygulanmamaktadır. Bunun nedeni, idari sözleşmelerin de tipik idari işlemler olarak görülmesidir. Bu bağlamda, Türk hukukunda idari sözleşmelerin üçüncü kişiler tarafından açılan iptal davalarına konu olabileceği kabul edilmektedir⁴⁷³. Bu kabul nedeniyle, ayrılabilir işlem kuramının bu alanda uygulanması olanaksızdır. Bununla birlikte, Türk hukukunda da, Fransız doktrininin etkisiyle ayrılabilir işlem kuramının uygulanması gerektiği; idari sözleşmenin kendisinin iptal davasına konu olamayacağı savunulmaktadır⁴⁷⁴.

⁴⁷² DURAN, *İdare Hukuku...*, s. 339-340; GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 260.

⁴⁷³ DDDK, E. 1976/456 K. 1977/254 – 13.5.1977, D.D., Y. 8, S. 28-29, 1978, s. 275-276; Danıştay 10. Daire, E. 1991/1 K. 1993/1752 – 29.4.1993, D.D., Y. 24, S. 88, 1994, s. 465.

⁴⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 250, 260'da, Danıştay'ın idari sözleşmelerin iptal davasına konu olabileceğini öngören içtihadını şiddetle eleştirmekte ve idari sözleşmenin, idari işlem niteliği taşımadığını belirtmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YENİ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Özellikle 1970’li yıllardan itibaren, neo-liberalizmin ve küreselleşmenin etkisiyle, XX. yüzyılın ilk yarısında kapitalist sistemin içine girdiği krizi aşmak için geliştirilen ve devletin ekonomik yaşama daha büyük ölçüde müdahalesini öngören politikalar terkedilmeye başlanmış⁴⁷⁵; bunun sonucu olarak, liberal ekonomik düzenin asgari devlet müdahalesiyle gerçekleştirilmesine yönelik eğilimler ağırlık kazanmıştır. Bu eğilimlerin, dünya ölçeğinde büyük batılı devletler ve bunların kurduğu Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası gibi kimi uluslararası örgütler aracılığıyla yaşama geçirildiği görülmektedir. Bu çerçevede, gerek Avrupa ülkelerinde, gerek az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde özelleştirme politikalarının ve uygulamalarının hız kazandığı da bilinen bir gerçektir.

Bu doğrultuda, özellikle 1980’li yıllardan itibaren, devletin ekonomik yaşama müdahalesini en aza indirmeye dönük politika ve araçların Türkiye’nin de gündemine girdiği gözlemlenmektedir. Bunda, bir yandan 1980’lerin başında iktidara gelen neo-

⁴⁷⁵ Devletin ekonomik yaşama büyük ölçüde müdahalesini öngören “Refah Devleti” modelinin yaşadığı kriz ve çöküş nedenleri hakkında bkz. Gencay ŞAYLAN, *Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi*,

liberal görüşün⁴⁷⁶, öte yandan batılı ulus-aşırı sermayenin pazar arayışının⁴⁷⁷ etkili olduğu söylenebilir. Kuşkusuz, Türkiye'nin gereksinimlerinin ve bu gereksinimlerin giderilmesinde kamu kaynaklarının mali ve teknik açıdan yetersizliğinin de, birtakım hizmet ve faaliyetlerin özel kesimce yürütülmesi taleplerini desteklediği savunulabilir⁴⁷⁸.

1980'li yılların başlarında, Türkiye'de uygulamaya konulan özelleştirme politikalarının araçlarından biri de Yap-İşlet-Devret modelidir. Yap-İşlet-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.

I. YAP-İŞLET-DEVRET

Yap-İşlet-Devret, sadece kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak değil, aynı zamanda özel kişilerin de başvurabilecekleri, *“...maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli...”* olarak değerlendirilmektedir⁴⁷⁹. Geniş anlamda

İmge Kitabevi, Ankara 1995, s. 78-87.

⁴⁷⁶ Yeni liberalizmin kamu hizmetlerine bakışı hakkında bir değerlendirme için bkz. OZANSOY, s. 90-93.

⁴⁷⁷ Batılı ulus-aşırı sermayenin az gelişmiş ülkelere girişini sağlayan politikalar ve “ulusaşırı kalkınma stratejileri” hakkında bkz. Birgül Ayman GÜLER, *Yeni Sağ ve Devletin Değişimi: Yapısal Uyarılama Politikaları*, TODAİE, Ankara 1996, passim.

⁴⁷⁸ Ancak, bu söylem, liberal ekonomik düzenin geçerliliği varsayımı üzerine kurulu, ideolojik bir söylemdir. Liberal kapitalist düzenin meşruluğu ve geçerliliği, farklı bir ideolojik bakış açısıyla sorgulandığı takdirde, Türkiye'nin gereksinimlerine ve bu gereksinimleri karşılama yollarına ilişkin olarak varılacak çözümlerin de başkalaşacağı ortadadır.

⁴⁷⁹ Lâle SİRMEN, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 11. 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun”un 3 üncü maddesinde de Yap-İşlet-Devret, bir finansman modeli olarak tanımlanmaktadır.

Yap-İşlet-Devret, yatırımcının, kaynak sıkıntısı içinde olan kişiye ait arazi üzerinde bir tesis kurması, bu tesisi belirli bir süre işletmesi ve belirlenen süre sonunda diğer tarafa devretmesini içeren bir modeldir⁴⁸⁰. Bu çerçevede kamu kurum ve kuruluşlarının da, bazı kamu hizmetlerinin yürütülmesi sözkonusu olduğunda bu modele başvurdukları görülmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi olarak –dar anlamda- Yap-İşlet-Devret ele alınacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının başvurduğu bir yöntem olarak Yap-İşlet-Devret, bir kamu hizmetinin, özel kişi tarafından kurulmasını, sermayesini amorti ve kâr etmeye yetecek bir süre işletilmesini ve belirlenen süre sonunda bedelsiz olarak ilgili kamu kurum veya kuruluşuna devrini içeren bir modeldir⁴⁸¹. Bu tanım esas alındığında, Yap-İşlet-Devret yöntemi ile imtiyaz usulü arasında bir benzerlik olduğu açıktır. Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmelere, genellikle Yap-İşlet-Devret sözleşmesi adı verilmekle birlikte, bilindiği gibi, bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde adı değil niteliği önemlidir⁴⁸². Bununla birlikte, Yap-İşlet-Devret genel başlığı altında toplanabilen pek çok alt yöntem bulunduğu ve çeşitli yasal düzenlemelerle uygulamaya konduğu için, bunların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve buna göre bir sonuca varılması zorunludur.

A. Uygulamada ve Yasal Düzenlemelerde Yap-İşlet-Devret:

1. İlk Yap-İşlet-Devret Örnekleri

Ülkemizdeki ilk Yap-İşlet-Devret uygulamaları, 1980’li yılların başlarından itibaren yerel yönetimler tarafından gerçekleştirilmişlerdir⁴⁸³. Özellikle bazı büyükşehir

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 239.

⁴⁸² Bkz. yuk. s. 22-23.

⁴⁸³ Yahya ZABUNOĞLU, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 45;

belediyelerinin bu yolla gerçekleştirmeyi tasarladıkları projeler, metro, doğalgaz şebekesi⁴⁸⁴ gibi yerel olmakla birlikte büyük toplumsal öneme sahip⁴⁸⁵ hizmetlerin kurulması ve işletilmesine ilişkindir. Bununla birlikte, bu dönemde Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmeler yayımlanmadıkları için, bunların içerikleri ve tarafların hak ve borçları hakkında ayrıntılı bir bilgi edinmek mümkün olmamaktadır. Bu ilk Yap-İşlet-Devret örneklerinin önemli bir diğer ortak özelliği, bunların herhangi bir yasal dayanaktan yoksun bulunmalarındadır. Bu nedenlerle, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek son derece güçtür.

Bununla birlikte, bu konuyu düzenleyen bir yasanın bulunmayışı, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının diledikleri gibi sözleşme akdedebilecekleri ve diledikleri hizmetleri özel kişilere gördürebilecekleri anlamına gelmemektedir. Belediyeler bakımından, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19 uncu maddesinde hangi faaliyetlerin hangi yöntemle özel kişilere gördürülebileceği belirlenmiştir. Buna göre, su, havagazı, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve komşu sahiller arasında gemilerle nakliyatı üstlenmek ve yerine getirmek hususlarında belediyeler, süresi 40 yılı aşmamak kaydıyla imtiyaz verebilirler (Belediye Kanunu m. 19/4-A). Ancak, bu imtiyazların, şartları devletçe konulmuş kurallara uygun olarak verilmesi gerekmektedir. Bunun anlamı, belediyeler tarafından verilecek imtiyazların, aynı zamanda Anayasa'nın ve 1326 tarihli Kanun'un ilgili hükümlerine de tâbi olduğudur⁴⁸⁶. 27.6.1984 tarih ve 3030 sayılı "Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun

BİLGİN, "Yap-İşlet-Devret...", s. 800-801; DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 148.

⁴⁸⁴ Örnekler için bkz. DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 148.

⁴⁸⁵ ZABUNOĞLU, bu ilk örneklerin sınırlı bir alana ilişkin oldukları ve "toplumun tümü için gerekli temel yatırım ve hizmet" niteliği taşımadıkları görüşündedir (s. 45).

⁴⁸⁶ Yine 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19/5 maddesinde, belediyelerin ruhsat usulüyle özel kişilere gördürebileceği hizmetler düzenlenmektedir. Ancak ruhsat tek yanlı bir işlem olduğu için, belediyelerin

Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun”un 8 inci maddesinde, büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görevli oldukları konularda sahip oldukları hak, yetki, imtiyaz ve muafiyetlerin belirlenmesinde 1580 sayılı Belediye Kanunu’na yapılan atıf nedeniyle, aynı hükümler büyükşehir belediyeleri bakımından da geçerli olmaktadır⁴⁸⁷.

Bu durum karşısında, belediyelerin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetlerden yalnızca 1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 19/4-A maddesinde sayılanları özel kişilere gördürebileceği ve bunların da mutlaka imtiyaz yöntemiyle gördürülmesi gerektiği söylenebilir. Bu itibarla, belediyeler tarafından akdedilen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinden, 1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 19/4-A maddesinde sayılan konular dışındaki belediye hizmetlerine ilişkin olanları, belediyelere bu hizmetleri özel kişiler eliyle yürütmek konusunda yetki veren bir yasa hükmü bulunmadığı için, konu yönünden hukuka aykırı sayılmak gerekir⁴⁸⁸. Zira Anayasa’nın 123 üncü maddesinde ifadesini bulan “kanuni idare” ilkesi uyarınca, herhangi bir kamu idaresinin açık bir yasal dayanak bulunmaksızın yürütmekle yükümlü bulunduğu bir kamu hizmetini özel kişilere gördürmesi olanaksızdır. Bir kamu hizmetinin idare tarafından yerine getirilmesi asıl; bunun özel kişiler eliyle yürütülmesi ise istisnaidir ve açık bir yasal dayanağa ihtiyaç gösterir.

1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 19/4-A maddesinde sayılan hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi ise, yasanın açık hükmü karşısında, sadece imtiyaz usulüyle mümkün olabilir. Bu nedenle, belediyeler tarafından akdedilen bu Yap-İşlet-Devret

Yap-İşlet-Devret adı altında yaptıkları sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi açısından önem taşımamaktadır.

⁴⁸⁷ İl özel idarelerinin de, yalnızca çevre belediyeleri yararına imtiyaz verme yetkisi bulunmakta olup, bunun ilgili olduğu konular ve koşullar belediyelerinkiyle aynıdır. Bkz. DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 152.

⁴⁸⁸ Aynı yönde bkz. BİLGİN, “Yap-İşlet-Devret...”, s. 800-801.

sözleşmeleri, nasıl adlandırılmış olursa olsun imtiyaz sözleşmelerine uygulanan ilke ve kurallara tâbi olacaktır. Bu sözleşmelerin içeriği belirsiz de olsa, bunların Danıştay incelemesinden geçirilmeksizin ve yayımlanmaksızın uygulanmakta oluşu, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin kurallara aykırılık oluşturmaktadır.

Belediyelerin ve il özel idarelerinin akdettikleri, kendilerine görev olarak verilmemiş olan gazino, otel, motel v.b. tesislerin, kamu arazisi üzerinde inşaat ve işletilmesini ve işletme süresi sonunda ilgili idareye devrini içeren Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, kanuni idare ilkesine aykırı olduğu için geçersiz sayılmalıdır. Herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunun tamamen özel girişime ait bir alanda kolluk yetkisini aşan ölçüde faaliyet göstermesi ve bunun için kamu arazisini tahsis etmesi, hukuka aykırıdır⁴⁸⁹. Bundan başka, bu tür bir uygulama, Yap-İşlet-Devret modeliyle amaçlanan “devlet müdahalesinden uzak liberal ekonomik düzen” tahayyülüyle de bağdaşmamakta; modeli savunup uygulamakta olanların çelişmesini ortaya koymaktadır⁴⁹⁰.

2. 3096 sayılı Kanun

Yap-İşlet-Devret uygulamasının ilk yasal örneği, 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımını ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”⁴⁹¹’dir. Bu kanunda Yap-İşlet-Devret modelinin adı geçmemekle birlikte, bunun yasal düzenlemeye konu olan ilk Yap-İşlet-Devret örneği olduğu belirtilmektedir⁴⁹². Adından da anlaşılacağı gibi, 3096 sayılı Kanun, yalnızca

⁴⁸⁹ DURAN, “Yap-İşlet-Devret“, s. 162-163.

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ R.G. 19.12.1984 - 18610

⁴⁹² ZABUNOĞLU, s. 46; ÖZAY, Gümüşünde..., s. 263. Gerçekten 3096 sayılı Kanun’un 3 ve 4 üncü maddelerinde düzenlenen görev sözleşmesi ile elektrik üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi, Yap-

elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti alanında uygulanmak üzere çıkarılmış olup (m. 1), sınırlı bir kamu hizmeti alanına ilişkindir.

3096 sayılı Kanun, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretinin özel kişilere yaptırılmasını üç farklı biçimde düzenlemektedir⁴⁹³:

a. Görevlendirme: 3096 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşünü içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın önerisi üzerine, önceden yönetmelikle belli edilen görev bölgelerinde⁴⁹⁴, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir. Bakanlar Kurulu tarafından yapılan ve tek yanlı idari işlem niteliği taşıyan bu görevlendirmenin ardından, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görevli şirket arasında bir görev sözleşmesi akdedilir (m. 3/II).

3 üncü madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, görev sözleşmesinin konusu, belirli bir görev bölgesinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasıdır. 3096 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesi uyarınca çıkarılan ve 2.2.1987 tarih ve 87/11488 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi,

İşlet-Devret modeli kapsamında değerlendirilebileceği halde, işletme hakkının devri sözleşmesi, hizmetin kurulması aşamasını içermediğinden Yap-İşlet-Devret örneği olarak adlandıramaz. Bkz. aş. s. 122 v.d.

⁴⁹³ Karşı görüş için bkz. Turgut TAN, "Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap-İşlet-Devret' Modeline", SBF (Profesör Bedri Gürsoy'a Armağan), Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 314. Tan'a göre, Bakanlar Kurulu kararı ile görevlendirilen şirket ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında duruma göre "üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi" ya da "işletme hakkı verilmesi sözleşmesi" yapılmaktadır.

⁴⁹⁴ Belirlenen görev bölgeleri için bkz. 16/8/1985 tarih ve 85/9800 sayılı "TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik", R.G. 4.9.1985 – 18858.

Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik”⁴⁹⁵ uyarınca, görevli şirkete, bir görev bölgesindeki üretim, iletim, dağıtım ve ticaret görevlerinin tamamı verilebileceği gibi, bölgedeki tesislerin özelliğine göre bunlardan bazılarının verilmesi de mümkündür.

3096 sayılı Kanun’un 7 nci maddesi, görev sözleşmelerinin 99 yıla kadar süreli olarak düzenlenebileceğini öngörmektedir. Süre uzatımı talep edilmediği takdirde, sürenin bitimi ile sözleşmenin de son bulacağı ve bu durumda, tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütten ari ve bedelsiz olarak devlete geçeceği; görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde sözleşmenin süresinden önce feshedilebileceği, 3096 sayılı Kanun’un 8 inci maddesinde düzenlenmiştir.

b. Elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi: 3096 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi uyarınca, “*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı’nın olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verebilir*”.

Görüldüğü gibi, görev sözleşmesinden farklı olarak, elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izninin konusu, üretim, iletim ve dağıtım faaliyetlerinden yalnızca üretime ilişkindir.

⁴⁹⁵ R.G. 23.2.1987 – 19381. Bu yönetmeliğin başlığı, “TEK Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik” iken, 4/4/1996 tarih ve 96/8008 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile “Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik” olarak değiştirilmiştir.

Duran, elektrik üretim izninin, görev sözleşmesinden farklı olarak, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın tek yanlı ruhsatı ile verilebileceğinin öngörüldüğünü ancak bu iznin kamu hizmeti imtiyazı benzeri olup, görev sözleşmesi gibi Bakanlar Kurulu kararıyla verilebilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹⁶. Gerçekten, 3096 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde üretim şirketi ile Bakanlık arasında akdedilecek bir sözleşmeden söz edilmemektedir. Bununla birlikte, Duran'ın 4 üncü maddede düzenlenen elektrik üretim izninin tek yanlı ruhsat ile verilmesinin öngörüldüğü yolundaki değerlendirmesine katılmak olanaksızdır, zira 3096 sayılı Kanun'un görevlendirme süresini düzenleyen 7 nci maddesinde "*Madde 3 ve 4'e uygun olarak akdedilecek sözleşmeler...*" ifadesine yer verilmekle, 4 üncü maddede düzenlenen elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izninin de bir sözleşmeye konu olacağı açıkça öngörülmüş olmaktadır. Keza, 16.8.1985 tarih ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik"⁴⁹⁷in 6 ncı maddesinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesinden sonra Bakanlık ile üretim şirketi arasında "*Üretim Tesisi Kurma ve İşletme Sözleşmesi*" akdedileceğini öngörmektedir.

Dolayısıyla 4 üncü maddede düzenlenen elektrik üretim tesisi kurma ve işletme faaliyeti, 3 üncü maddede öngörülen görevlendirmede olduğu gibi, verilen tek

⁴⁹⁶ DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 156.

⁴⁹⁷ R.G. 4.9.1985 – 18858. Bu Yönetmeliğin başlığı, "TEK Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik" iken, 4/4/1996 tarih ve 96/8007 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye

yanlı izin çerçevesinde akdedilen bir sözleşme ile özel kişiye gördürülmektedir. Ancak 3 üncü maddede düzenlenen görevlendirmeden farklı olarak, burada, tek yanlı işlemi tesis eden Bakanlar Kurulu değil, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'dır.

Elektrik üretim tesisi kurulması ve işletilmesi sözleşmeleri bakımından da, 3096 sayılı Kanun'un yukarıda görev sözleşmelerine ilişkin olarak zikredilen, sözleşmenin süresine ve sona ermesine ilişkin 7 ve 8 inci maddeleri geçerli olacaktır.

c. İşletme hakkının devri⁴⁹⁸: 3096 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca, *“(g)örev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir”*.

Görüldüğü üzere, işletme hakkının devri sözkonusu olduğunda, görevlendirme ve üretim tesisi kurma ve işletme izninden farklı olarak, görevli şirket, hizmetin kurulmasına ilişkin bir yükümlülük altına girmemekte; daha önce kurulmuş olan hizmetin sadece işletilmesini üstlenmektedir.

İşletme hakkının devri kavramı, Türk hukukunda ilk kez 3096 sayılı Kanun'da öngörülmüş değildir. Bundan önce 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun” ile bu Kanun'a göre çıkarılmış olan 27.8.1984 tarih ve 84/8495 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği”, işletme hakkının devrini düzenlemektedir. 2983 sayılı Kanun'un 3/e ve Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin 4/i maddelerinde işletme hakkı verilmesi, kamu iktisadi teşebbüslerine ve iktisadi devlet teşekküllerine ait

Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik” olarak değiştirilmiştir.

⁴⁹⁸ İşletme hakkının devri yöntemi hakkında bkz. Ümit AKIN, “İşletme Hakkı Devri ve İşletme Hakkı

müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla, belirli bir bedel karşılığında, belirli süre ve şartlar dahilinde gerçek ve tüzel kişiler tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin 19-25 inci maddeleri, işletme hakkı verilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir.

3096 sayılı Kanun'da, işletme hakkının devrine ilişkin kısa bir tanımdan başka bir düzenleme olmadığından, Duran'a göre, bu Kanun'a göre yapılacak işletme hakkı devirlerinde de, 2983 sayılı Kanun'un ve Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri uygulanmak gerekir⁴⁹⁹. Oysa, yukarıda sözü edilen "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik", bir yandan 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilecek olan üç tür sözleşmeye uygulanacak genel hükümleri içermekte, diğer yandan görevli şirketlerin üretim tesislerine dönük yatırımları hariç⁵⁰⁰, her bir sözleşmeye uygulanacak olan özel hükümler ihtiva etmektedir. Adı geçen Yönetmelik'te, işletme hakkının devrine ilişkin çok sayıda hüküm de yer almaktadır. Bu itibarla, öncelikle Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'ne göre özel hüküm niteliği taşıyan bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanması, burada hüküm bulunmaması durumunda Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'ne başvurulması doğru olacaktır.

Devir Sözleşmeleri" (D.D.'nin 103. sayısında yayımlanacaktır).

⁴⁹⁹ DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 161, 162.

⁵⁰⁰ Bu yatırımlar yine yukarıda sözü edilen "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik" hükümlerine tâbidirler.

İşletme hakkının devri sözleşmeleri, 3096 sayılı Kanun'da yer alan diğer sözleşme türlerinden farklı olarak Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında değerlendirilemezler. Yap-İşlet-Devret, bir hizmetin kurulmasını ve belirli bir süre işletilmesini içeren bir modeldir. Oysa, işletme hakkının devri sözleşmelerinde, hizmetin kurulması, bir başka ifadeyle, tesislerin yapımı aşaması bulunmamaktadır. Bu nedenle, işletme hakkının devri sözleşmelerinin "Devral-İşlet-Devret"⁵⁰¹ olarak ifade edilmesi daha doğrudur.

3096 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan diğer iki sözleşme türünden farklı olarak, işletme hakkının devri sözleşmeleri için, Kanun'da ve ilgili Yönetmelik'te herhangi bir süre öngörülmesi değildir. Bu sözleşmelerin süresiz olarak akdedilmesi düşünülemeyeceğinden⁵⁰², bu konuda 2983 sayılı Kanun'a ve Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'ne başvurulabilir. Buna göre, işletme hakkının devri sözleşmeleri 15 yıl süreli olarak akdedilirler.

3. 3465 sayılı Kanun

Yap-İşlet-Devret yöntemini içeren ikinci yasal düzenleme, 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"⁵⁰³dur. Bu Kanun da, 3096 sayılı Kanun gibi, sınırlı bir alana ve faaliyet türüne –otoyol yapımı,

⁵⁰¹ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 – 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181, s. 22'de, işletme hakkının devri sözleşmeleri için bu ifade kullanılmaktadır.

⁵⁰² Kamu hizmeti niteliği taşıyan faaliyetlerin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlaka belli bir süre için akdedilmesi, hizmetin asli sorumlusunun idare olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. yuk. s. 68-69.

⁵⁰³ R.G. 2.6.1988 – 19830.

bakımı ve işletilmesi- ilişkin bir düzenleme getirmektedir. 3465 sayılı Kanun hükümlerinin, büyük ölçüde 3096 sayılı Kanun örnek alınarak hazırlandığı söylenebilir.

3465 sayılı Kanunun konusu, otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile özel kişilerin görevlendirilmesidir (m. 1). Kanun, bu görevlendirmeyi iki biçimde düzenlemektedir. Buna göre, görevli şirket hem otoyolların hem de otoyolların üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile görevlendirilebileceği gibi (m. 4/a); yalnızca Karayolları Genel Müdürlüğüne yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapılması ve işletilmesi ile de görevlendirilebilir (m. 4/b).

3465 sayılı Kanun'a göre, görevlendirmenin ardından görevli şirket ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında bir görev sözleşmesi akdedilir. Bu sözleşme, en çok 49 yıl süreli olarak düzenlenir (m. 5/II). Sözleşmenin sona ermesi ile birlikte otoyol ile bütün tesisleri ve müstemilatı her türlü borç ve taahhütlerden arı ve kullanılabilir durumda Genel Müdürlüğe bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçer (m. 6/I). Kanun'un 6/II maddesinde, görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi durumunda, sözleşmenin süresinden önce de feshedilebileceği öngörülmüştür.

3465 sayılı Kanun da 3096 sayılı Kanun gibi, görevli şirket yararına kamulaştırma yapılabilmesi olanağını tanımıştır. Buna göre, gerekli kamulaştırma işlemleri, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından ve Genel Müdürlük adına yapılır (m. 8). Kamulaştırılan taşınmaz ile üzerinde yapılacak tesislerin mülkiyeti Karayolları Genel Müdürlüğüne ait olur (m. 9/I).

Kanun'un 7 nci maddesinde de, otoyol geçiş ücretleri tarifesinin, görevli şirketin talebi, Karayolları Genel Müdürü'nün teklifi üzerine Bakan onayı ile tespit

edileceği hükme bağlanmış ve tarifenin tespitinde esas alınacak hususlar sıralanmıştır (m. 7/II).

4. 3996 sayılı Kanun

Yap-İşlet-Devret modelini adını da vererek düzenleyen temel kanun, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun”⁵⁰⁴dur. Bu Kanun, 3096 ve 3495 sayılı Kanunlardan farklı olarak, sınırlı bir alana ilişkin olmayıp, tüm kamu hizmetlerine uygulanabilir bir model öngörmektedir. 3996 sayılı Kanun’un kapsamı belirleyen 2 nci maddesinde, çok sayıda yatırım ve hizmet sayılmış; ayrıca, bu sayılanlar benzeri yatırım ve hizmetler de kapsama dahil edilerek idareye sınırsız bir alanda bu modeli uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle, Yap-İşlet-Devret modeli üzerindeki tartışmalar, münferit özellik gösteren 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar’dan ziyade 3996 Kanun üzerinde yoğunlaşmıştır.

3996 sayılı Kanun, “...köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti⁵⁰⁵, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi komularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin ve yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları...” düzenlemektedir (m. 2).

Görüldüğü gibi, başka birçok yatırım ve hizmetle birlikte, 3096 sayılı Kanun

⁵⁰⁴ R.G. 13.6.1994 – 21959.

⁵⁰⁵ Elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti, ilk biçiminde 3996 sayılı Kanun’un kapsamı içerisindeyken, sonradan 4047 sayılı Kanun’la madde metninden çıkarılmış; ancak 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun’un 1 inci maddesiyle tekrar madde metnine eklenmiştir.

kapsamında bulunan “elektrik üretim, iletim ve dağıtımı” ile 3465 sayılı Kanun kapsamında bulunan “otoyol yapımı ve işletilmesi” de, 3996 sayılı Kanun’un kapsamı içine alınmıştır. Bu noktada, 3096 ve 3465 sayılı Kanunların kapsamına giren hizmetlerin hangi kanun hükümlerine göre özel kişilere gördürüleceği sorunu gündeme gelmektedir. Danıştay, yakın tarihli bir idari kararında, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın, “...rüzgar santrali kurulması, iletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin TEDAŞ’a satışına ilişkin olarak...” akdetmek istediği sözleşmenin 3096 sayılı Kanun’a göre yapılamayacağına; bu sözleşmenin, idarenin iradesi hilafına, 3996 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁰⁶. Yüksek Mahkeme’nin bu kararına katılmak güçtür. 3996 sayılı Kanun, 3096 ve 3465 sayılı Kanunları açıkça ya da zımnen ilga etmiş sayılamayacağına göre⁵⁰⁷, idarenin bir kamu hizmetini pozitif düzenlemelerde öngörülen yöntemlerden hangisiyle gördüreceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmek gerekir.

3996 sayılı Kanun’un 4/II maddesi uyarınca, Kanun’un kapsamında olan işleri, yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idare, Yüksek Planlama Kurulu’na başvurur ve bu Kurul’un izninden sonra, sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabilir. Görüldüğü gibi, 3996 sayılı Kanun da, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar gibi, idare ile şirket arasında bir sözleşme imzalanmasını öngörmektedir. Bu sözleşmeler, 49 yıldan fazla süreli olamaz (m. 7). 3996 sayılı Kanun’da da, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte, şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetlerin her türlü borç ve taahhütlerden

⁵⁰⁶ Danıştay 1. Daire, E. 2000/57 K. 2000/53 – 14.4.2000 (yayımlanmamıştır).

⁵⁰⁷ İlgâ etmek bir yana, 3996 sayılı Kanun, 3096 ve 3465 sayılı Kanunların hükümlerini saklı tutmuştur (m. 13/I).

ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçeceği öngörülmüştür (m. 9).

3996 sayılı Kanun da, diğerleri gibi, YİD modeliyle gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırmaların yapılmasını özel olarak düzenlemiştir. Kanun'un 10 uncu maddesi uyarınca, bu kamulaştırmalar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre yapılacak ve kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye ait olacaktır. Kamulaştırma bedeli, sözleşmede aksi öngörülmedikçe idare tarafından ödenecektir.

3996 sayılı Kanun, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlardan farklı olarak, hizmeti yürütecek olan şirket lehine garantiler ve muafiyetler öngörmektedir (m. 11, 12).

B. Yap-İşlet-Devret Modeline Göre Yapılan Sözleşmelerin Hukuksal Niteliği

3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar, farklı konularda getirilen farklı tarihli düzenlemeler olmakla birlikte, ortak özellikler taşımakta ve kural olarak, Yap-İşlet-Devret sözleşmesi olarak nitelenebilecek sözleşme türleri öngörmektedirler. Bu sözleşmelere, görev sözleşmesi ya da Yap-İşlet-Devret sözleşmesi adı verilmiş olması, onların hangi sözleşme kategorisine girdiğinin saptanması bakımından herhangi bir anlam taşımamaktadır; zira bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde ona verilen ad değil, niteliği esas alınır⁵⁰⁸. Kuşkusuz, yeni bir sözleşmenin mevcut sözleşme kategorilerinden hiçbirine girmemesi de mümkündür. Ancak bunun için, bu kategorilerle arasında tanımlayıcı unsurlar bakımından bir farklılık olması gerekir. Yap-İşlet-Devret

modeline göre akdedilen sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmeleri arasında ilk bakışta varolduğu düşünülen yakınlığın, bir benzerlik olmanın ötesinde, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerinin günün koşullarına göre tasarlanmış bir biçimi sayılması sonucunu doğurabilecek bir aynılık olup olmadığının belirlenmesi, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin tâbi olacağı hukuksal rejimin saptanması açısından büyük önem taşımaktadır.

1. Yargı Organlarının Konuya Yaklaşımı

YİD modelinin hukuksal niteliğine ilişkin olarak verilen Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarından ilki, Danıştay'ın bir istişari mütalaasıdır⁵⁰⁹. 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak verdiği bu mütalaada Danıştay, öncelikle elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti niteliği taşıdığını belirledikten sonra, "idari sözleşme" ve "imtiyaz sözleşmesi" kavramlarını tanımlamış⁵¹⁰, "(g)erek mevzuatın gerekse uygulamada tip sözleşme niteliğinde hazırlanan üretim şirketi sözleşmesiyle görev şirketi sözleşmesi örneklerinde yer verilen hükümlerin incelenmesinden, konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmelerin, idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran (...) tüm unsurları taşımakta..."⁵¹¹ olduğu ve bu nedenle Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

⁵⁰⁸ Bkz. yuk. s. 22-23.

⁵⁰⁹ Danıştay 1.Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 - 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87,1994, s. 33-40.

⁵¹⁰ Yargı organlarının bu ve diğer kararlarındaki "kamu hizmeti", "idari sözleşme" ve "imtiyaz sözleşmesi" tanımları ve yaklaşımları çalışmanın birinci bölümünde irdelenmiş olduğundan, burada ayrıntıya girilmemektedir. Yargı organlarının kararlarında "kamu hizmeti" için bkz. yuk. s. 16-18; "idari sözleşme" ve imtiyaz sözleşmesi" için bkz. yuk. s. 35-37.

⁵¹¹ Danıştay 1.Daire, E. 1992/232 K. 1992/294 - 24.9.1992, D.D., Y. 24 , S. 87,1994, s. 39.

Danıştay'ın yine 3096 sayılı Kanun'da düzenlenen bir "işletme hakkının devri sözleşmesi"nin iptali istemiyle açılan davada verdiği kararda da, sözü edilen istişari mütalaaya dayanak olan gerekçelerden hareketle, sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu tespit edilmektedir⁵¹². Şöyle ki, Yüksek Mahkeme, bu sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu tespitinden hareketle Danıştay incelemesinden geçirilmemiş olduğu için iptal etmiştir. Bu kararın, gerekçeleri itibarıyla sözü edilen istişari mütalaadan farklı bir yanı bulunmamaktadır.

Danıştay'ın idari görevleri zımında verdiği bir kararında da, 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen ancak Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmeyen bir görev sözleşmesinin, yargı kararıyla iptal edilmiş olmadığı halde, hukuken geçerli sayılamayacağı sonucuna varılmıştır⁵¹³.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ise, 22.2.1994 günlü ve 3974 sayılı Kanun⁵¹⁴'un 1 inci maddesi ile getirilen ve 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmeleri de kapsayacak biçimde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin, özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmesine veya mevcutların işletme haklarını devralmasına ilişkin olarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olup, imtiyaz teşkil etmeyeceğini öngören ek 5 inci madde hükmünün iptali için açılan davada⁵¹⁵ ve 3996 sayılı Kanun'un, bu Kanun'a göre yapılan sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ve özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu öngören 5 inci maddesi hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada⁵¹⁶ verdiği

⁵¹² Danıştay 10. Daire, E. 1991/1 K. 1993/1752 – 29.4.1993, D.D., Y. 24 , S. 88, 1994, s. 463-466.

⁵¹³ DİİK, E. 1996/79 K. 1996/83 – 3.10.1996, D.D., Y. 27, S. 93, 1997, s. 37.

⁵¹⁴ R.G. 1.3.1994 – 21864.

⁵¹⁵ AYM, E. 1994/43 K. 1994/42-2 - 9.12.1994, R.G. 24.1.1995 – 22181.

⁵¹⁶ AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 - 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586.

iki karardır. Bu kararların gerekçeleri, neredeyse aynı olduğu için bunların birarada değerlendirilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi her iki kararında öncelikle, ilgili 3096 ve 3996 sayılı Kanunlarda düzenlenen etkinliklerin kamu hizmeti⁵¹⁷ niteliğinde olduğunu belirlemekte; ardından, her iki Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme⁵¹⁸ niteliği taşıdığını ifade etmektedir. İdari sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idari yargının görev alanına girdiğini⁵¹⁹ belirten Anayasa Mahkemesi, buradan hareketle, iptali istenen yasa maddelerinin, aslında idari nitelik taşıyan sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir⁵²⁰.

Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararlarında, iptali istenen yasa maddelerini, akdedilen sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceğine dair hükümleri bakımından da ayrıca incelemeye tâbi tutmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar uyarınca akdedilen sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımaktadır; iptali istenen yasa hükümlerinin amacı, bu sözleşmelerin Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, sözü edilen yasa hükümlerini bu yönden de, Anayasa'nın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Danıştay öndenetimini düzenleyen 155 inci maddesine aykırı bulmuştur.

⁵¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile diğer kararlarında yer alan kamu hizmeti tanımı ve yaklaşımı için bkz. yuk. s. 16-18.

⁵¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile diğer kararlarında yer alan idari sözleşme tanımı ve yaklaşımı için bkz. yuk. s. 35-37.

⁵¹⁹ İmtiyaz sözleşmeleri özelinde idari yargının görev alanına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. yuk. s. 35-37.

⁵²⁰ KIRATLI, s. 9'da, Anayasa Mahkemesi'nin 24.1.1995 tarihli kararıyla, "...idare hukuku doktrin ve içtihadını yasanın üstüne çıkarıp, Anayasa düzeyine getir"diğini, "(h)atta Anayasanın da üstüne çıkarmış olduğu"nu savunmaktadır.

3974 sayılı Kanun'un ek 5 inci maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının vurgulanması gereken önemli bir özelliği, 3096 sayılı Kanun'da belirtilmemiş olduğu halde, bu Kanun'daki düzenlemenin Yap-İşlet-Devret ya da "Devral-İşlet-Devret" modelini içerdiği belirlemesinin yapıldığı ilk yargı kararı olmasıdır.

2. Özel Hukuk Yaklaşımı

Bazı yazarlara göre, YİD modeli bir yandan idare hukukuna, bir yandan özel hukuka tâbi ilişkiler içermektedir. İmtiyaz, sadece kamu hizmetinin görülmesi aşamasına ilişkindir⁵²¹. Bununla birlikte, idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin tanınmış olduğu alan dışında kalan, görevli şirketin inşaat ve tesislerin yapılması konusunda üstlendiği yükümlülüklerin ihlali durumunda sorumluluğu ve tazminat yükümü, idarenin garanti ve köprü krediler sağlamak konusundaki taahhütleri gibi hukuki ilişkiler özel hukuk kurallarına tâbi olacaktır⁵²².

Bu yaklaşımın temelinde, Yap-İşlet-Devret'in bir sözleşme olarak değil, birden çok sözleşmeyi içeren bir finansman modeli olarak görülmesi yatmaktadır. Buna göre, hizmetin/tesis kurulumuna ilişkin inşaat sözleşmesi ile buna bağlı yan sözleşmeler, Borçlar Kanunu'na tâbi istisna akdi; tesisin idareye devri aşamasına ilişkin devir sözleşmesi de, işletme ve montaj sözleşmesinin bir devamı olup hizmetin sunulmasıyla ilgisi bulunmadığından yine bir özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır⁵²³. Bu durumda, yalnızca hizmetin işletilmesi aşamasına ilişkin olarak yapılan sözleşme bir imtiyaz

⁵²¹ SİRMEN, s. 15.

⁵²² Ibid.

⁵²³ İbrahim KAPLAN, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri", **BATİDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 24-27.

sözleşmesi niteliği taşımaktadır⁵²⁴.

Bu görüşün özel hukuk yaklaşımı olarak adlandırılmasının nedeni, idare hukuku kavram ve kurumlarına bütünüyle yabancı oluşudur. Yap-İşlet-Devret, bir finansman modeli olmakla birlikte, aynı zamanda ve daha önce kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biridir. Yap-İşlet-Devret modelinin, ideolojik anlamı itibariyle özelleştirme politikalarının bir parçası olarak sunulması ve dolayısıyla bir tür özelleştirme olarak görülmesi, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin konusu olan faaliyetlerin özelleştirildiği ve kamu hizmeti olma niteliğini yitirdiği sonucunu doğurmaya elverişli görünse de; yasa koyucunun saiki ve kavrama yüklediği ideolojik içerik ne olursa olsun, hukuk sistemine girdiği andan itibaren, kavramın hukuk terimi ifade ettiği anlam yorum yoluyla ortaya konarak, o hukuk sisteminin kategorileri içerisinde açıklanmaya çalışılmalıdır. Bu yönüyle, Yap-İşlet-Devret modelinin idare hukuku açısından taşıdığı anlam, bir kamu hizmetinin, mali ya da teknik yetersizlikler nedeniyle özel kişilere gördürülmesidir. “Kaynak sıkıntısı içinde olan devletin, özel kişiye yaptırdığı tesisin bedelini, o tesisi işletme hakkını müteahhite devrederek ödemesi” biçiminde anlaşılacak bir Yap-İşlet-Devret modeli, kamu hizmeti kavramına bir hayli yabancı olduğu gibi, XIX. yüzyılda Fransa’da geçerli olan ve kamu hizmeti kavramının ortaya çıkışıyla terkedilen “bayındırlık imtiyazı” yaklaşımını anımsatmaktadır⁵²⁵. Yap-İşlet-Devret modeli de, bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin olduğu sürece, kamu hizmeti kavramının belirleyici etkisi altındadır.

⁵²⁴ Ibid, s. 26.

⁵²⁵ Bkz. yuk. s. 46-48.

Kaldı ki, Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmelerin parçalanarak bunların farklı hukuki rejimlere tâbi olduğunu savunmak teknik olarak da güçtür. Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin birden çok aşamayı içerdiğine ilişkin saptama, imtiyaz sözleşmeleri açısından da geçerlidir. İmtiyaz sözleşmelerinin çoğunda hizmetin kurulması ile işletilmesi birarada bulunmaktadır. Salt bu durumdan hareketle, hizmetin kurulmasının farklı bir hukuksal rejime tâbi olduğunu söylemek mümkün değildir. Asıl olan, kamu hizmetinin yürütülmesi olduğundan, bunun için zorunlu olan hizmetin kurulması aşamasına da, hizmetin işletilmesine ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. Sözleşme süresinin sonunda tesislerin devrine ilişkin devir sözleşmesinin ise, ayrı bir sözleşme olarak kabulü bile, bizce isabetsizdir. İmtiyaz sözleşmelerinde, hizmetin kurulması, işletilmesi ve süre sonunda tesislerin idareye devri tek bir sözleşmede düzenlenmektedir; zira, imtiyaz sahibinin asıl borcu, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinin tümünde olduğu gibi, hizmeti kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara uygun olarak yürütmektir. Hizmetin – gerekirse- kurulması ve tesislerin süre sonunda idareye devri ise, deyim yerindeyse, bu borcun fer’ileri durumundadır ve onun tâbi olduğu hukuki rejime tâbidir.

3. Yap-İşlet-Devret Modelinin Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmelerinin Bir Türü Olduğu Görüşü

Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin hukuksal niteliğine ilişkin bir başka görüş ya da öneri ise, bunların Fransız hukukundaki “kamu hizmetinin devri sözleşmeleri”

kategorisine benzer bir üst kavram altında değerlendirilmesidir⁵²⁶. Bu görüşü savunan Tan, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında, kamu hizmeti imtiyazını kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin neredeyse tek yolu olarak görmesini eleştirmekte; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde farklı yöntemlerin de sözkonusu olabileceği düşüncesinden hareketle, Fransız hukukundaki “kamu hizmetinin devri sözleşmeleri” üst kavramını önermektedir⁵²⁷.

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Fransa'da tartışma konusu olan “kamu hizmetinin devri” kavramı, yeni bir kavram olmayıp⁵²⁸, XIX. yüzyılın sonlarından beri mevcuttur⁵²⁹. Zira bu kavram, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinin tümüne birden verilen yeni bir ad olmanın ötesinde bir anlam taşımamaktadır. 1980'lerin sonlarına kadar adı konmadan varlığını sürdüren kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kategorisi, ardarda birkaç yasal düzenlemede ve son olarak “Yolsuzluğun Önlenmesi ile Ekonomik Hayatta ve Kamusal Usullerde Şeffaflığa İlişkin” 29 Ocak 1993 tarih ve 93-122 numaralı Yasa'da açıkça öngörülmüştür.

Sözü edilen 1993 tarihli Yasa, kamu hizmetinin devri sözleşmelerine ilişkin bütüncül ve tutarlı bir hukuksal rejim getirmiş değildir; zira Yasa'nın amacı, kamu hizmetinin devri sözleşmelerinin hukuksal rejimini oluşturmak değil, adından da anlaşılacağı gibi, ekonomik yaşamda ve kamusal usullerde açıklık ve şeffaflığı sağlamaktır⁵³⁰.

⁵²⁶ Turgut TAN, “İdare Hukuku İlkeleri Açısından...”, s. 32, 40.

⁵²⁷ *Ibid*, s. 28, 40.

⁵²⁸ LIMOUZIN-LAMOTHE, s. 572.

⁵²⁹ FATÔME, s. 579.

⁵³⁰ *Ibid*, s. 577.

Kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kavramı, bu nedenle, hukuk literatürüne kazandırılmış yeni bir kavram olmayıp⁵³¹, öteden beri var olan “kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi”nde sözleşmeli yöntemleri⁵³² ifade etmektedir. Konusu bir kamu hizmetinin gördürülmesi olan bu sözleşmeler, kuşkusuz idari niteliktedir⁵³³.

Görüldüğü gibi, kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kategorisinin kabul edilmesinin ve Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin bu bağlamda değerlendirilmesinin pratik bir yararı olmayacaktır. Bu kategorinin varlığı kabul edilse dahi, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin bu kategoriye dahil, fakat imtiyaz sözleşmelerinden farklı bir alt kategori oluşturabilmesi için, tanımlayıcı unsurları yönünden de imtiyaz sözleşmeleri ile arasında farklar bulunması gerekir. Salt bir üst kategorinin varlığı, başka adlar altında düzenlenen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmadığını göstermeye yetmez.

4. Değerlendirme

Öğretide çoğunlukla, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁵³⁴. Bu sonuca varmak için kullanılan argümanlar farklılık göstermekle birlikte, tüm argümanlar yukarıda sözü edilen yargı kararlarının gerekçeleriyle paralellikler taşımaktadır. Biz değerlendirmemizi, çalışmanın birinci bölümünde ortaya konan “imtiyaz sözleşmelerinin tanımlayıcı unsurları”nı esas alarak

⁵³¹ PEISER, s. 145. Kamu hizmetinin devri kavramının kullanılması, “*hukuk terimleri dağarcığındaki bir değişim*”den ibarettir. CHAPUS, *Droit administratif...*, s. 563.

⁵³² Öğretide büyük çoğunlukla, kamu hizmetlerini bir sözleşmeye dayalı olmaksızın ruhsat v.b. usullerle özel kişilere gördürülmesi, kamu hizmetinin devri kavramının kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bkz. Jean-François AUBY, “La délégation de service public: Premier bilan et perspectives”, *RDP*, 1996, s. 1098; TERNEYRE, s. 591; MAUGÜÉ, s. 600-601. Karşı görüş için bkz. THURIÈRE, s. 582.

⁵³³ Turgut TAN, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Bazı Gözlemler”, *SBFD*, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 304.

⁵³⁴ DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 155, 160; ÖZAY, *Günışığında...*, s. 263; TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, s. 320; BİLGİN, “Yap-İşlet-Devret...”, s. 800; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 240.

yapacağız.

Öncelikle Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bazı yazarlar, özellikle 3996 sayılı Kanun'da yer alan yatırım ve hizmetlerin tümünün kamu hizmeti niteliği taşımadığı, hatta Kanun'da kullanılan "yatırım ve hizmetler" ifadesinin bu ayırımı vurgulamaya yönelik olduğunu savunmaktadır⁵³⁵. 3465 sayılı Kanun'da düzenlenen otoyol yapımı ve işletilmesinin de, "klasik kamu hizmeti" olarak değerlendirilemeyeceği; bir bayındırlık işi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁵³⁶. Anayasa Mahkemesi ise, "niteliği gereği kamu hizmeti" anlayışından hareketle, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren tüm faaliyetlerin –bu arada otoyol yapımı ve işletilmesinin de- kamu hizmeti niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır⁵³⁷.

Bize göre, gerek 3096 ve 3465 sayılı Kanunlarda, gerek 3996 sayılı Kanun'da düzenlenen faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabulü zorunludur. Bu sonuca varmak için, faaliyetin niteliğini irdelemek dahi gerekmemektedir. Bilindiği gibi, yasal bir düzenlemeyle idareye görev olarak verilen bir faaliyet, kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, yasa koyucunun iradesinin açıkça anlaşılmadığı durumlarda, birtakım belirtilerden yararlanarak sonuca varmak gerekmektedir. Yasa koyucunun, 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlarda olduğu gibi, idareyi bir faaliyeti kendi sorumluluğu altında özel kişilere gördürmek konusunda yetkilendirmesi, bize göre sözkonusu faaliyetin kamu hizmeti olduğunu göstermektedir. Aksi yönde kabul, idarenin kamu hizmeti niteliği taşımayan özel girişim alanına, kolluk yetkilerini aşan ölçüde

⁵³⁵ SİRMEN, s. 14.

⁵³⁶ DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 157.

⁵³⁷ AYM, E. 1994/71 K. 1995/23 - 28.6.1995, R.G. 20.3.1996 – 22586. Bu konuda bkz. yuk. s. 17.

müdahalesini mümkün kılmaktadır. Kaldı ki, yasa koyucunun bir faaliyetin, deyim yerindeyse, idare aracılığıyla özel kişilere gördürülmesini öngörmesinin nedeni, o faaliyet ile karşılanacak gereksinimin tatmininde kamu yararı olduğunu düşünmesi olmalıdır. Bu durumda, dolaylı yoldan da olsa, kamu hizmeti tanımına ulaşılmış olmaktadır.

Bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini konu edinen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde, sözleşmenin karşı tarafı hizmeti hasar, tehlike ve zarar kendisine ait olmak üzere yürütecektir. Yap-İşlet-Devret modelinin uygulanma nedeni ve mantığı da bunu gerektirmektedir; zira idare Yap-İşlet-Devret modeline başvurarak kendi kaynaklarıyla gerçekleştiremeyeceği bir yatırımı ya da hizmeti özel kişiye yaptırmaktadır. Bunun doğal sonucu, yatırım ya da hizmetin özel kişi tarafından finanse edilmesidir. Nitekim, 3465 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 7 nci ve 3996 sayılı Kanun'un 6 ncı maddelerinde, hizmetin kurulması ve işletilmesine ilişkin bütün finansmanın görevli şirket tarafından sağlanacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun'un 11 inci maddesi ile görevli şirket lehine birtakım 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-İşlet-Devret sözleşmelerinin bu tür güvence hükümleri nedeniyle, hizmetin işletilmesinden doğacak kâr ve zarara idarenin de büyük ölçüde katıldığı müşterek emanet yöntemine⁵³⁸ yaklaştığı savunulmaktadır⁵³⁹. Gerçekten, bu tür garantiler imtiyaz

⁵³⁸ Bkz. yuk. s. 48-50.

⁵³⁹ Ali Ülkü AZRAK'ın konuşması, *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel*, s. 35.

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 edildiğinden⁵⁴⁰, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilebilir.

İmtiyaz sözleşmesinin son tanımlayıcı unsuru olan, “imtiyaz sahibinin gelirin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca alınacak karşılıklardan oluşması” ya da dönüşen biçimiyle “imtiyaz sahibinin geliri ile hizmetin işletilmesinin mali sonuçları arasında bir bağlantının varlığı” unsuru, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde de mevcuttur. 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar, tarifelere ilişkin hükümleriyle, klasik imtiyaz tanımındaki “imtiyaz sahibinin gelirin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca alınacak karşılıklardan oluşması” unsurunun, bu Kanunlara göre akdedilen sözleşmelerde de mevcut olduğunu göstermektedir. Buna karşılık 3996 sayılı Kanun’da ve “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin” 6.8.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nda⁵⁴¹ yer alan hükümlerin incelenmesinden, bu Kanun’a göre akdedilecek sözleşmeler, klasik imtiyaz tanımına uymamakla beraber; imtiyaz tanımındaki dönüşümler gözönüne alınarak yapılan bir değerlendirmede, görevli şirketin gelirin doğrudan doğruya hizmetin parasal sonuçlarından oluşması dolayısıyla bu Kanun’da düzenlenen sözleşmelerin de gelişen imtiyaz tanımı içerisinde mütalaa edilebileceği ortaya çıkmaktadır.

⁵⁴⁰ CHAPUS, s. 572. Daha ayrıntılı açıklama için bkz. yuk. s. 33-34.

⁵⁴¹ R.G. 1.10.1994 – 22068.

Her üç unsur açısından yapılan bir irdeleme göstermektedir ki, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesinin tüm unsurlarını taşımaktadır⁵⁴². Dolayısıyla bunların imtiyaz sözleşmesi olduğunun ve imtiyaz sözleşmelerine uygulanacak kurallara tâbi bulunduğunun söylenmesi mümkündür. İlgili Kanunlarda yer alan düzenlemelerin, imtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı olmayan özellikleri ile de paralellikler taşıması, bu yargıyı güçlendirmektedir. 3096 sayılı Kanun'un 7 ve 8 inci maddelerinde sözleşmelerin süresine ve sona ermesine ilişkin olarak getirilen düzenleme, imtiyaz sözleşmeleri açısından geçerli olan kurallarla paralel olduğu gibi, "Türkiye Elektrik Üretim Şirketi ile Türkiye Elektrik İletim ve Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımını ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümleri de, ilgili sözleşmelerin uygulanmasında idareye imtiyaz sözleşmelerinde görülen türden üstün yetkiler tanımaktadır. Örneğin, görevli şirket, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca onaylanmış olan işletme ve yatırım programlarına uymak ve Bakanlıkça tesbit edilen yatırımları kendi yatırım programına almak zorundadır (m. 4/e). Keza, adı geçen Yönetmeliğin 4/g maddesi uyarınca, görevli şirketler, TEAŞ ve/veya TEDAŞ'ın üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde vereceği

⁵⁴² GÜNDAY, "Kamu Hizmeti...", s. 5. ÖZAY, "Ortak Yararlı İşletme...", s. 57'de, 3465 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmeleri, iltizam olarak nitelendirmektedir. Bu değerlendirme, iltizam usulünün "(i)dare için gerekli altyapı tesisleri ile inşaatların yaptırılması"nın da içerdiği görüşüne dayanmaktadır. Bize göre, iltizam yöntemi böyle anlaşılamayacağından (bkz. yuk. s. 50-52), 3465 sayılı Kanun'da öngörülen yöntem de iltizam olarak adlandırılmaz. Yine Özay, yukarıda zikredilen Danıştay 10. Daire kararına konu olan işletme hakkının devri sözleşmesinin, özel girişimciye tesislerin mülkiyetinin ya da intifa hakkının devredilmeyip, onun lehine bir irtifak tesis ediliyor olmasından ve dava konusu sözleşme hükümleriyle "sözleşmenin sona ermesi üzerine hizmetle ilgili tesislerin ve malvarlığının her türlü borç ve taahhütten ari ve bedelsiz olarak idareye geçmesi" kuralına istisna tanınmasından hareketle, bir tür müşterek emanet olduğunu savunmaktadır (Ibid, s. 63-66, 69). Bize göre, Özay'ın somut bir sözleşme bağlamında ve sözleşme hükümlerinden yararlanarak vardığı bu sonuç, yasal çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gereken "işletme hakkının devri sözleşmesi" kategorisi bakımından bir genellemeye elverişli değildir.

talimatlara ve TEAŞ ve/veya TEDAŞ tarafından üretim programında ulusal sistemin güvenliği, stabilitesi ve değişen şartlar gözönüne alınarak yapılacak olan değişikliklere uymakla yükümlü kılınmışlardır. Bu hükümler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde yer alan “idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisi”ni düzenlemekte iken, aynı yönetmeliğin 12 nci maddesinde, idarenin denetim yetkisi öngörülmüştür. Buna göre, görevli şirketlerin görev alanları ile ilgili bütün faaliyetleri Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın denetimine tâbidir. Denetimler sonucu tesbit edilen aksaklıklar Bakanlık tarafından ilgili şirkete bildirilir. Görevli şirket aksaklıkları gecikmeye meydan vermeden yerine getirmediği takdirde sözleşmedeki müeyyideler uygulanır. Böylece 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmeler bakımından, idarenin yaptırım uygulama yetkisi de düzenlenmiş olmaktadır.

3096 sayılı Kanun'da düzenlenen “elektrik üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi” de, gösterdiği özellik nedeniyle farklı nitelenmiştir. Duran, 3096 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde düzenlenen bu yöntemin, bir kamu tesisinin sadece kurulmasını ve karşılığında ürünün toptan satışını içerdiğinden, bir tür bayındırlık imtiyazı olduğu görüşündedir⁵⁴³. Bize göre, burada bir kamu tesisinin sadece kurulması sözkonusu değildir. Elektrik üretimi, iletim ve dağıtım faaliyetlerinden bağımsız biçimde, tek başına bir kamu hizmeti olarak kabul edilmelidir. O halde, elektrik üretim tesisinin kurulması ve işletilmesi, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi anlamına geleceğinden, burada bayındırlık işini de içeren kamu hizmeti imtiyazının varlığından sözedilebilir. Tesisin işletilmesi sonucu elde edilen ürünün toptan satışının ise, klasik kamu hizmeti imtiyazındaki “imtiyaz sahibinin gelirinin hizmetten yararlananlardan

⁵⁴³ DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 155.

belirli bir tarife uyarınca alınacak karşılıklardan oluşması” unsuruna uygun olmadığı savunulabilirse de; yenilenen kamu hizmeti imtiyazı anlayışında, bu unsur daha geniş yorumlanmakta, hizmetin işletilmesinin parasal sonuçları ile imtiyaz sahibinin geliri arasındaki bağın, bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi sayılması için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, üretim şirketinin gelirinin üretilen elektriğin toptan satışından karşılanması, bu yöntemin imtiyaz olarak kabulüne yetmektedir. Kaldı ki, “elektrik üretimi” hizmetinden yararlanacakların, tek tek tüketiciler değil, üretilen elektriğin iletimi veya dağıtımını sağlayacak olan görevli şirketler veya TEDAŞ olacağı ortadadır. Bu açıdan bakıldığında, üretilen elektriğin bir tarife uyarınca görevli şirketlere ya da TEDAŞ’a satılıyor olmasının, klasik kamu hizmeti imtiyazı tanımındaki unsuru karşıladığı dahi söylenebilir.

Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi değil de, Yap-İşlet-Devret sözleşmesi ya da görev sözleşmesi gibi adlar altında düzenlenmiş olmasının nedenleri üzerinde de kısaca durmak gerekir. 3096 sayılı Kanun’un; elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin, imtiyaz süreleri bitmiş dahi olsa, adı geçen Kanun’un 3 üncü maddesi hükmü uyarınca görevli şirkete dönüşebilmelerine olanak tanıyan geçici 2 ve 3 üncü maddelerinden hareketle, yasa koyucunun amacının, kamu hizmeti imtiyazı usulünün yerine geçecek yeni bir usul getirmek olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁴. Bununla birlikte, Yap-İşlet-Devret başlığı altında toplanabilecek olan yöntemlerin kamu hizmeti imtiyazından farklı nitelenebilmesi için, içeriklerinde de bir farklılaşmanın sözkonusu olması gerekir. Oysa, yukarıda da açıklandığı üzere, bu sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmeleri arasında temel bir

⁵⁴⁴ TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, s. 314.

farklılık bulunmamaktadır. Bu durumda, yasa koyucunun amacının, bir yandan Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini, imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili yetki ve şekil kurallarından ve özellikle Danıştay'ın ön denetiminden kaçırarak; diğer yandan, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü olanaklı kılmak olduğu yolundaki görüşe⁵⁴⁵ itibar edilmelidir. Nitekim, Danıştay'ın yukarıda zikredilen kararlarının ardından yasa koyucu, 3974 sayılı Kanun'la, 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağı ve imtiyaz teşkil etmeyeceği hükmünü getirmiş; 3996 sayılı Kanun'da da, aynı yolda bir hüküm öngörmüştür. Bu düzenlemeler de, yasa koyucunun, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmelerine uygulanacak kurallara tâbi olmamasını amaçladığı yolundaki görüşü doğrulamaktadır. Ancak bilindiği gibi, her iki Kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Yasa koyucunun, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini imtiyaz sözleşmelerine uygulanacak olan hukuk kurallarından bağımsız kılma iradesinin ardında, yabancı devletlerin ve ulus-aşırı sermayenin isteklerinin yattığı bilinmektedir⁵⁴⁶. Böylesi bir yaklaşım, "ulusal tam bağımsızlık" kavramına vurgu yapılarak eleştiriliyor olmakla beraber⁵⁴⁷, bundan daha önemli olan, devletin böylece kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara göre yürütülmesi gereken faaliyetlerde, bu hizmetlerden yararlananların gereksinim ve taleplerini ikinci plana itmek suretiyle içine düştüğü toplumsal meşruiyet

⁵⁴⁵ ÖZAY, *Günışığında...*, s. 263; TAN, "Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap-İşlet-Devret' Modeline", s. 321; DURAN, "Yap-İşlet-Devret", s. 156.

⁵⁴⁶ Türkiye'ye gelen Uluslararası Para Fonu heyetinin bu yoldaki talepleri hakkında bkz. Cumhuriyet, 7.2.1999. Ayrıca, ABD Ticaret Bakanı William Daley'nin, ABD firmalarının, Türkiye'de yaptıkları yatırımların hızlandırılması için, bu firmaların "yasal konulardaki endişelerinin giderilmesi gerektiği" yolundaki açıklaması için bkz. Hürriyet, 20.1.1998.

⁵⁴⁷ SOYSAL/ERTUĞRUL, s. 5.

krizidir. Yabancı sermayenin isteklerine birinci sırada yer vermeye devam edilerek, bu krizin aşılması mümkün değildir.

5. Anayasa'nın 47 nci Maddesinde Yapılan Değişikliğin Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerindeki Etkisi

4446 sayılı Kanun'un⁵⁴⁸ 1 inci maddesiyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 47 nci maddesine eklenen fıkra uyarınca, *“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir”*. Bu hükmün, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılması sonucunu doğurmaya yönelik olarak getirilen, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 3974 ve 3996 sayılı Kanun hükümlerinin iptal gerekçelerini ortadan kaldırmak; bunlara anayasal bir dayanak sağlamak için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim, yasa koyucu, Anayasa'da yapılan bu değişikliğe paralel olarak, 4493 sayılı Kanun'un⁵⁴⁹ 2 nci maddesi ile, 3996 sayılı Kanun'un kısmen iptal edilen 5 inci maddesini değiştirmiş ve bu Kanun'a göre akdedilen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu öngörmüştür.

Bu değişiklikler karşısında, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımakla birlikte, Anayasa'nın verdiği açık yetkiye dayanılarak çıkarılan ve Anayasa'ya aykırı sayılmayacak olan yasa hükmüyle özel hukuka tâbi kılındığı açıktır. Ancak bu durum, mevcut “özel hukuk sözleşmesi” ve “kamu hizmeti” kavramları esas

⁵⁴⁸ R.G. 14.8.1999 – 23786.

⁵⁴⁹ R.G. 22.12.1999 – 23914.

alındığında son derece ciddi bir bağdaşmazlık içermektedir⁵⁵⁰. Şöyle ki: Bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin bir sözleşmenin idari nitelikte sayılmasının ve bununla idareye üstün yetkiler tanınmasının tek geçerli açıklaması, sözleşmenin konusunu kamu hizmeti oluşudur. Özel kişilere gördürülse dahi, “kamu hizmeti” olarak kalmakta devam edeceğinden⁵⁵¹, hizmetin, kamu hizmetine egemen olan ilke ve kurallara uygun biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Bunu sağlayacak olan mekanizma ise, idari sözleşmelerde idareye tanınan üstün yetkilere, kamu hizmetlerinin değişkenliği, eşitlik, süreklilik ve düzenlilik gibi ilkelere uygunluk, ancak idareye tanınmış olan sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma, sözleşmenin süresinden önce feshi, imtiyazın düşürülmesi, imtiyazın geri alınması gibi yetkilerle sağlanabilir. Oysa, özel hukuk sözleşmeleri tarafların eşitliği ilkesi üzerine kurulu olduğu için, bunlarda idarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmeye müdahale edebilmesi imkanları bir hayli sınırlıdır⁵⁵². Durum böyle olunca, yasa koyucunun Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini özel hukuka tâbi kılması, yürütülen faaliyetin kamu hizmeti ilkelerine aykırı olarak yürütülmesi ve idarenin buna müdahale edememesi riskini içermektedir.

Lafzi bir yorumla, Anayasa'nın 47 nci maddesindeki, “yatırım ve hizmetler” ibaresinin kamu hizmetlerini kapsamadığı; kamu hizmetlerinin, öteden beri olduğu gibi, yine idari sözleşmelerle özel kişilere gördürüleceği söylenebilir. Ancak çalışmanın birinci bölümünde açıklanan kamu hizmeti anlayışında, idarenin yürütmekle görevli olduğu ya da kendi sorumluluğu altında özel kişiler tarafından yürütülmesi öngörülen

⁵⁵⁰ GÜNDAY'a göre, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere gördürülmesi, “eşyanın tabiatına aykırı”dır. “Kamu Hizmeti...”, s. 8.

⁵⁵¹ JEZE, Les principes..., s. 284; DERBİL, s. 595.

⁵⁵² Aynı yönde bkz. GÜNDAY, “Kamu Hizmeti...”, s. 1-2.

tüm faaliyetler, kamu hizmeti niteliğinde görüldüğünden; anılan ibarenin de kamu hizmetlerini ifade ettiği sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır.

“Kamu hizmeti” ile “özel hukuk sözleşmesi” kavramlarının, bugün ifade ettikleri anlamları esas alındığında, böyle bir birliktelik olanaksız görünmektedir. Bunun mümkün olabilmesi için, bu kavramlardan birinin dönüşerek yeni bir içeriğe sahip olması zorunludur. Henüz çok yeni olan bu değişiklikler sonucunda, ya “kamu hizmeti” kavramı bugün taşıdığı anlamı büyük ölçüde yitirerek serbest piyasa ekonomisi çerçevesinde arz ve talep dengeleriyle “fiyat”ı belirlenen bir “mal”a dönüşecek ya da kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde uygulanacak olan “özel hukuk sözleşmeleri”, idare hukuku kavram ve kurumlarıyla karşılaşmanın etkisiyle, başka pek çok kavram gibi, başkalaşarak kamu hizmetlerinin koşul ve gereksinimlerine uyum sağlayacaktır.

C. Yap-İşlet-Devret Modelinin Bir Uzantısı Olarak Yap-İşlet Yöntemi

1. Yap-İşlet Yönteminin Hukuksal Çerçevesi

Yap-İşlet yöntemi, ilk olarak 9.5.1996 gün ve 96/8269 sayılı “Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında” Bakanlar Kurulu kararında⁵⁵³ öngörülmüştür. Bu Karar, uygulamaya da aktarılmakla⁵⁵⁴ birlikte, Danıştay, “...*elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesise işletme izni verme konusunda yapılacak bir düzenlemede, ..., bu komıyı özel olarak düzenleyen 3096 sayılı Yasa hükümlerinin gözönünde bulundurulması(nın) yasal bir zorunluluk...*” olduğu gerekçesiyle, anılan

⁵⁵³ R.G. 8.6.1996 – 22660.

⁵⁵⁴ ZABUNOĞLU, s. 49.

Karar ile uygulama tebliğinin yürütülmesini durdurmuştur⁵⁵⁵. Bugün, 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”⁵⁵⁶ ve bu Kanun’a dayanılarak Bakanlar Kurulu’nun 1.8.1997 tarih 97/9853 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”⁵⁵⁷, Yap-İşlet modelinin hukuksal çerçevesini oluşturmaktadır.

Yap-İşlet modelinin kapsamı, 4283 sayılı Kanun’un 1 inci maddesi uyarınca, elektrik enerjisi üretim tesislerinin ve bunlar içerisinde de özel olarak termik santrallerin kurulması ve işletilmesi ile sınırlıdır. Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller, Yap-İşlet modeli kapsamı dışında tutulmuşlardır.

Yap-İşlet modeline konu olan faaliyet, 3096 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde öngörülen elektrik üretim tesisi kurma ve işletme faaliyetinden farksızdır. Her iki düzenleme arasındaki temel fark, Yap-İşlet modelinde kurulacak olan tesisin mülkiyetinin üretim şirketine ait olmasıdır (4283 sayılı Kanun, m. 1, 2)⁵⁵⁸.

Buna göre, 4283 sayılı Kanun’da öngörülen Yap-İşlet modeli, elektrik enerjisi üretim tesislerinin yerli veya yabancı bir sermaye şirketi tarafından, tesisin mülkiyeti kendisine ait olmak üzere kurulup işletilmesini ve üretilen elektrik enerjisinin TEAŞ’a

⁵⁵⁵ Danıştay 10. Daire, E. 1996/8792 sayılı kararından aktaran, GÖZÜBÜYÜK / TAN, Genel Esaslar, s. 470.

⁵⁵⁶ R.G. 19.7.1997 – 23054.

⁵⁵⁷ R.G. 29.8.1997 – 23095.

⁵⁵⁸ 3096 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi uyarınca akdedilecek üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmelerinde ise, sözleşme süresinin bitiminde kurulmuş olan tesisin bedelsiz olarak idareye devri zorunludur.

satışını içeren bir modeldir (4283 sayılı Kanun, m. 2; ilgili Yönetmelik, m. 3).

Bu model çerçevesinde, elektrik enerjisi üretim tesisi kurulması ve işletilmesi konusunda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından ilgili şirkete izin verilmesi ve bundan sonra üretim şirketi ile TEAŞ arasında tesisin kurulması, işletilmesi ve enerji satışını düzenleyen bir sözleşme imzalanması gerekmektedir (4283 sayılı Kanun, m. 3).

Kurulacak tesisin mülkiyetinin üretim şirketine ait olması, şirketin tesisi süresiz olarak işletme hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. İlgili Yönetmeliğin 4/g maddesi uyarınca, üretim şirketi ile TEAŞ arasında imzalanacak olan sözleşmenin süresi, uzatılması olanağı saklı kalmak kaydıyla, en fazla yirmi yıldır. Aynı Yönetmeliğin 27 nci maddesinde, sözleşme süresinin uzatılması durumunda, izin ve ruhsat sürelerinin de sözkonusu süre kadar uzatılacağı hükme bağlanmış olduğuna göre, sözleşme süresinin uzatılmadan sona ermesi durumunda, izin ve ruhsat süreleri de sona erecektir.

2. Değerlendirme

Yap-İşlet modeli, esas olarak, Yap-İşlet-Devret modelinin yargı organlarınca “imtiyaz” olarak nitelendirilmesinin ardından uygulamada çıkan birtakım sorunları aşmak için geliştirilmiştir⁵⁵⁹. Yap-İşlet-Devret modeli ile Yap-İşlet modeli arasındaki tek fark, yukarıda 3096 sayılı Kanun’da öngörülen elektrik üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmelerine ilişkin olarak değinildiği gibi, kurulan tesisin mülkiyetinin kime ait olduğuna ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Yap-İşlet modelinde, adından da anlaşılacağı gibi, tesisin idareye devri aşaması bulunmamaktadır; zira kurulan tesisin

⁵⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, Genel Esaslar, s. 470.

mülkiyeti üretim şirketine aittir. Yalnızca bu farklılık, Yap-İşlet modelinin, “imtiyaz” niteliği taşımadığını söylemek için yeterli değildir.

Bir imtiyaz sözleşmesinin konusu olan kamu hizmetinin, idarenin sorumluluğu altında yürütülüyor olması, imtiyaz yönteminin temel mantığı gereğidir. İmtiyaz sahibinin sınırsız ve süresiz bir işletme hakkına sahip olması, imtiyaz yönteminin esasıyla bağdaşmaz. Yap-İşlet modeli çerçevesinde kurulacak olan tesislerin mülkiyetinin üretim şirketine ait olması dolayısıyla, ilk bakışta, idarenin hizmete ilişkin sorumluluğunun ortadan kaldırılmış olduğu izlenimi doğmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmenin süresinin en fazla yirmi yıl ile sınırlanmış olduğu dikkate alındığında, idarenin kamu hizmetine ilişkin sorumluluğunu muhafaza ettiği; sözleşme süresinin sonunda, kamu hizmetinin gereklerini gözönünde tutarak, sözleşmenin süresini uzatıp uzatmamaya karar verdiği söylenebilir. Bu nedenle, Yap-İşlet yönteminde üretim şirketine sınırsız ve süresiz bir işletme hakkı tanınması sözkonusu değildir.

Bu durumda, Yap-İşlet modelinin, imtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olması unsuru ile imtiyaz sahibinin gelirine ilişkin unsur bakımından, 3096 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi uyarınca yapılan elektrik üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmelerine ilişkin açıklamalarımız⁵⁶⁰ aynen Yap-İşlet modeli için de geçerlidir. Özetlenecek olursa, elektrik üretim tesisi kurma ve işletme faaliyeti bir kamu hizmetidir; üretim şirketinin tesisin işletilmesi sonucu üretilen elektrik enerjisini TEAŞ’a satarak bundan gelir sağlaması ise, imtiyaz sahibinin gelirine ilişkin unsurun dönüşen biçimi esas alındığında, “hizmetin işletilmesinin parasal sonuçları ile imtiyaz sahibinin geliri

⁵⁶⁰ Bkz. yuk. s. 120-122.

arasında bir bağlantının varlığı” unsurunu karşılamaktadır. Ayrıca, ilgili Yönetmeliğin 5 inci maddesi incelendiğinde, elektrik üretim tesisi kurma ve işletme faaliyetine ilişkin her türlü hasar, zarar ve masrafın üretim şirketine ait olduğu görülmektedir. Böylelikle, imtiyaz sözleşmelerinin her üç tanımlayıcı unsurunun, Yap-İşlet modeline göre yapılan sözleşmeler bakımından da geçerli olduğu; bir başka deyişle, bu sözleşmelerin, imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ortaya çıkmaktadır.

II. TELEKOMÜNİKASYON HİZMETLERİ ALANINDA İMTİYAZ YÖNTEMİ

Telekomünikasyon hizmetleri alanı, son yirmi yılda özelleştirme bağlamında en yoğun tartışmaların yaşandığı alanlardan biridir. Öteden beri devlet tarafından tekel olarak yürütülen telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi, “...telekomünikasyonun küresel sermaye piyasalarının işlemesinin önkoşulu olması...”⁵⁶¹ dolayısıyla ulusaşırı sermaye tarafından şiddetle savunulmaktadır.

Telekomünikasyon hizmetlerinin taşıdığı stratejik önemden⁵⁶² olsa gerek, bu hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi, ancak 10.6.1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun’da öngörülen “işletme lisans ve ruhsatı” ile sözkonusu olabilmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından imtiyaz niteliği taşıdığına hükmedilen ancak uygulama alanı belirli hizmetlerle sınırlı olan⁵⁶³ “işletme lisans ve ruhsatı” bir yana bırakılacak olursa; telekomünikasyon hizmetleri alanında imtiyaz yönteminin yasal çerçevesini, 27.1.2000

⁵⁶¹ Funda BAŞARAN/Önder ÖZDEMİR, *Telekomünikasyonda Özelleştirme – İddialar, Örnekler, Gerçekler*, KİGEM, Ankara 1998, s. 11.

⁵⁶² Telekomünikasyonun stratejik önemi hakkındaki tespit için bkz. AYM, E. 94/70 K. 94/65-2 – 22.12.1994, R.G. 28.1.1995 – 22185, s. 30.

⁵⁶³ Bkz. a.ş. s. 154.

tarikh ve 4502 sayılı Kanun⁵⁶⁴ ile 4.2.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda⁵⁶⁵ yapılan değişikliklerin oluşturduğu söylenebilir.

A. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Hukuksal Niteliği

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4502 sayılı Kanun'la değiştirilen 1 inci maddesinden, telekomünikasyon hizmetlerinin üç kategoride düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, asgari hizmet, *“Ulaştırma Bakanlığı tarafından Telekomünikasyon Kurumu'mun ve işletmecilerin görüşleri alınmak suretiyle konu ve kapsamı belirlenen, coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, belirlenmiş kaliteyi haiz ve herkesin karşılayabileceği şekilde makul bedel karşılığında sunulacak olan ve ankesörlü telefon, acil telekomünikasyon hizmetleri ve telefon rehber hizmetlerini de ihtiva eden asgari evrensel hizmet türlerini...”* ifade ederken; katma değerli hizmetlerden, *“...aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri...”* olarak sözedilmekte; mobil telekomünikasyon hizmetleri ise, *“...karasal mobil istasyonlar ile uydu ve karasal istasyonlar arasında veya karasal mobil istasyonların kendi aralarında gerçekleştirdikleri telekomünikasyon hizmetleri...”* olarak tanımlanmaktadır.

⁵⁶⁴ R.G. 29.1.2000 – 23948.

⁵⁶⁵ R.G. 21.2.1924 – 59.

Asgari hizmetleri ifade ederken kullanılan “*evrensel hizmet*” terimi, Amerikan kökenli olup, Avrupa Birliği literatüründen iktibas edilmiştir⁵⁶⁶. Evrensel hizmet, Avrupa Birliği kaynaklarında da iletişim alanına ilişkin olarak kullanılmakta ve “*Topluluğun tamamında, istisnasız herkese makul fiyatlarla ve standart kalitede sunulan temel hizmet...*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁶⁷. Bu tanımla hemen hemen aynı içeriğe sahip olan 406 sayılı Kanun’un 1 inci maddesindeki “asgari hizmet”, kuşkusuz liberal bir dönüşümü işaret etmekle birlikte, mevcut idare hukuku kavram ve kurumları esas alındığında, “kamu hizmeti” olarak değerlendirilebilir. Asgari hizmetin unsurlarından olan, “*herkes tarafından erişilebilir olma*”, kamu hizmetlerinin genelliği ve eşitliği; “*makul bir bedel karşılığında sunulacak olma*” ise, bedelsizlik ilkelerinin çağdaş uzantıları gibi görünmektedir. 406 sayılı Kanun’un genel bir bakış açısıyla değerlendirilmesi de, telekomünikasyon alanındaki asgari hizmetlerin, kamu hizmeti olarak düzenlendiğini göstermektedir⁵⁶⁸.

Katma değerli hizmet ve mobil telekomünikasyon hizmeti tanımları ise, bu hizmetlerin teknik yönüne ilişkin olup, bunların kamu hizmeti olarak düzenlendiğini gösteren herhangi bir iz taşımamaktadır. Bununla birlikte, ayrı ayrı tanımları yapılan ve çeşitli konularda farklı düzenlemelere tâbi tutulmuş olan asgari hizmetler, katma değerli hizmetler ve mobil telekomünikasyon hizmetlerinin, bir husus dışında ayırım gözetilmeksizin, aynı ilkeler dikkate alınarak yürütülecekleri hükme bağlanmıştır. 406 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde öngörülen bu ilkeler, süreklilik ve düzenlilik (m.

⁵⁶⁶ Evrensel hizmet kavramı için bkz. Ali D. ULUSOY, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, *AİD*, C. 31, S. 2, Haziran 1998, s. 27-28.

⁵⁶⁷ *Ibid*, s. 27.

⁵⁶⁸ Nitekim, evrensel hizmetlerin, kamu hizmetlerine göre çok daha dar bir anlam içerdikleri ve kamu

4/c), eşitlik (m. 4/b) gibi, kamu hizmetleri alanında geçerli olan ilkelerdir. Yalnızca, “*hizmetin makul surette karşılanacak bir bedelle sağlanması*” ilkesi, asgari hizmetlere özgü tutulmuştur (m. 4/d). 406 sayılı Kanun’un 4/a maddesinde, her üç hizmet türüne de ilişkin olarak “...*herkesin, makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi...*” hükmü getirilmiş ise de, metinde kullanılan “*teşvik*” ifadesinden, bu hükmün bağlayıcılık içermediği sonucuna varılabilir. Bununla birlikte, salt bu noktadan hareketle, katma değerli hizmetler ile mobil telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşımadığı söylenemez. Yasa koyucu, getirdiği düzenleme ile, bu iki hizmet türünün, kamu hizmetlerinin gördürülmesi yöntemlerinden biri ve en tipîği olan “*imtiyaz*” yöntemine konu olabileceğini öngörerek, bu kategoriye de kamu hizmeti olarak kabul ettiğine ilişkin iradesini dolaylı yoldan ortaya koymuş bulunmaktadır.

B. İmtiyaz Yönteminin Telekomünikasyon Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesindeki Diğer Yöntemlerle Karşılaştırılması

406 sayılı Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde “*imtiyaz*” yöntemi yanında, “*görev sözleşmesi*”, “*ruhsat*” ve “*genel izin*” adı altında farklı yöntemler de öngörmektedir (m. 1, 2/1). Bunların “*imtiyaz*” yöntemi ile aralarındaki farkların ortaya konması, “*imtiyaz*” yönteminin nitelik ve kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

hizmeti kavramıyla asgari düzeyde kesişimleri kabul edilmektedir. Bkz. Ibid, s. 29.

1. Görev sözleşmesi

406 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde tanımlanan görev sözleşmesinin, imtiyaz sözleşmesinden ayrı düzenlenmesi, sözleşmenin niteliğinden değil, karşı tarafın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Görev sözleşmesinde, hizmetin yürütülmesini üstlenen kişi, özelleştirme kapsamındaki bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Türk Telekom)'dir. Bu husus dışında, imtiyaz sözleşmesi ile görev sözleşmesi aynı biçimde tanımlanmıştır. Buradan hareketle, görev sözleşmesinin, karşı tarafında mutlaka Türk Telekom bulunan bir imtiyaz sözleşmesi olduğu söylenebilir.

Görev sözleşmesinin ayrı bir kategori olarak düzenlenmesi, Türk Telekom'un belirli bazı telekomünikasyon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar tekel olarak yürütme hakkına sahip kılınmasıyla açıklanabilir (406 sayılı Kanun, m. 2/c)⁵⁶⁹. Böylece, 406 sayılı Kanun'da düzenlenen imtiyaz sözleşmesi ile görev sözleşmesi arasında ikinci bir fark ortaya çıkmış olmaktadır: Görev sözleşmesinde, görevli şirkete tekel ayrıcalığı tanınması sözkonusu iken; imtiyaz sözleşmesinde, böyle bir tekel mevcut değildir. Anılan Kanun'un 2/d maddesinde yer alan, tekel süresinin bitiminde görev sözleşmesinin imtiyaz sözleşmeleri için belirlenen hükümlere tâbi olacağı yolundaki düzenleme, bu yargıyı desteklemektedir.

406 sayılı Kanun'da, ayrıca "GSM görev sözleşmesi" kavramına da yer verilmiştir. Kanun'un 1 inci maddesinde tanımlanan bu sözleşme, diğer görev sözleşmelerinden farklı olarak yalnızca GSM 1800 mobil telekomünikasyon

⁵⁶⁹ TAN, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", s. 457'de, telekomünikasyon hizmetleri alanında Türk Telekom ile yapılan sözleşmenin imtiyaz değil de görev sözleşmesi olarak adlandırılmasını, "Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyazının özel hukuk kişilerine verilebileceği(nin) kabul edil"mesine bağlamaktadır.

hizmetlerinin yürütülmesine ilişkindir. Dolayısıyla, burada bir yandan sözleşmenin karşı tarafına, diğer yandan konusuna ilişkin bir özellik sözkonusudur. Bunun sonucu olarak, GSM görev sözleşmelerinde, imtiyaz sahibi lehine tanınmış bir tekel ayrıcalığı sözkonusu değildir; zira, Türk Telekom'a 31.12.2003 tarihine kadar tanınan tekel ayrıcalığı, "...telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri..." alanı ile sınırlıdır ve GSM 1800 mobil telekomünikasyon hizmetleri bu kapsamda değerlendirilemez.

2. Telekomünikasyon ruhsatı

Telekomünikasyon ruhsatı, Ulaştırma Bakanlığı tarafından bir sermaye şirketine belirli telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi için verilen bir izni ifade etmekte olup, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde başvuru ruhsat usulünün⁵⁷⁰, telekomünikasyon alanındaki özel biçiminden ibarettir. Ruhsat, idarenin tek taraflı bir işlemiyle verilmekte olup, bu yönden bir sözleşmeye dayanan imtiyaz yönteminden ayrılır.

3. Genel izin

Türk hukuku açısından yeni olmakla birlikte, Avrupa ülkelerinde bir süredir telekomünikasyon alanında uygulanmakta olan⁵⁷¹ genel izin, 406 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinde, "(b)ir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tâbi olarak

⁵⁷⁰ Ülkemizde özellikle belediye sınırları içinde toplu taşımacılık, eğitim ve sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde başvuru ruhsat usulü hakkında bkz. ÖZAY, Günışığında..., s. 255-256; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 233-234.

⁵⁷¹ AUBY, s. 1098.

yetkilendiren genel düzenleyici işlem...” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da hareketle, genel izin, ilk bakışta özel kişilerin serbestçe faaliyette bulunacakları bir alanın kolluk yetkileri çerçevesinde düzenlenmesi olarak değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, bizce burada da bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi sözkonusudur. Hatta “genel izin” yönteminin, “ruhsat” usulünün bir varyantı olduğu bile söylenebilir. Genel izin uyarınca kamu hizmetini yürütecek olan işletmecilerin Ulaştırma Bakanlığı nezdinde kayıt yaptıрма yükümlülüğüne tâbi tutulması, idarenin kayıt yaptıрма talebiyle başvuran işletmecinin genel izinde öngörülen şartları taşıyıp taşımadığına ilişkin bir değerlendirme yaparak bu başvuruya vereceği olumlu yanıtı, “ruhsat” usulünde verilen münferit ruhsata yaklaştırmaktadır.

C. Telekomünikasyon Alanında İmtiyaz Yöntemine İlişkin Hukuksal Düzenleme

Telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde “imtiyaz” yöntemi, ilk kez 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nu değiştiren 4502 sayılı Kanun ile düzenlenmiş değildir. Adı konmamış da olsa, 1994 yılından beri telekomünikasyon alanında “imtiyaz” yönteminin yasal bir çerçeveye sahip olduğu söylenebilir.

1. 4502 sayılı Kanun’dan Önceki Düzenleme

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’na 4000 sayılı Kanun’la eklenen ek 18 inci madde, “işletme lisansı” adı altında, belirli bazı katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini düzenlemektedir. Buna göre, Ulaştırma Bakanlığı ile sermaye şirketleri arasında, tekel oluşturmayacak biçimde, mobil telefon,

çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi konusunda bir lisans sözleşmesi imzalanabilir. Bu sözleşmenin süresi en fazla 49 yıldır. Ek 18 inci maddede, lisans sözleşmesinin Danıştay incelemesinden geçirilmesi öngörüldüğü gibi, lisans sahibi sermaye şirketi lehine kamulaştırma yapılması olanağı da tanınmıştır. Ayrıca, aynı maddede, idarenin sermaye şirketi üzerindeki denetim yetkisi düzenlenmiştir.

Bu düzenlemede öngörülen lisans sözleşmesi, adı farklı da olsa, imtiyaz yönteminin bütün özelliklerini taşımaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, verdiği yorumlu ret kararlarında, buradaki lisans sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir⁵⁷².

406 sayılı Kanun'da değişiklik yaparak telekomünikasyon hizmetleri alanında imtiyaz yöntemini açıkça öngören 4502 sayılı Kanun ile ek 18 inci madde yürürlükten kaldırılmamış ancak ek 18 inci maddede geçen "lisans" teriminin, duruma göre, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ya da telekomünikasyon ruhsatı anlamına geleceği ve ek 18 inci maddenin 4502 sayılı Kanunla getirilen hükümler ile çelişmeyecek biçimde uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 4502 sayılı Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini ve bu arada "imtiyaz"ı daha ayrıntılı biçimde düzenlediği için, ek 18 inci maddenin büyük ölçüde önemini yitirdiği söylenebilir.

⁵⁷² AYM, E. 94/70 K. 94/65-2 – 22.12.1994, R.G. 28.1.1995 – 22185, s. 32; AYM, E. 95/38 K. 96/7 – 28.2.1996, R.G. 24.5.1996 – 22645, s. 68.

2. 4502 sayılı Kanun'la Getirilen Düzenleme

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun'la değişik biçimi, telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak "İmtiyaz"ı düzenlemektedir. Bu Kanun'a göre akdedilen imtiyaz sözleşmeleri, öncelikle adı geçen Kanun hükümlerine, burada düzenlenmeyen hususlarda 1326 tarihli Kanun hükümleri ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak yargı kararlarında ve öğretide kabul edilen ilke ve kurallara⁵⁷³ tâbi olacaktır.

a. İmtiyaz yönteminin uygulama alanı: 406 sayılı Kanun uyarınca, tüm telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin olarak imtiyaz sözleşmesi akdedilebilir. Her bir hizmet türü için ayrı ayrı olmak kaydıyla, Kanun'da öngörülen yöntemlerden hangisinin uygulanacağı, Ulaştırma Bakanlığı'nın bir düzenleyici işlemi ile belirlenecektir (406 sayılı Kanun, m. 3/b). Ancak, anılan Kanun'un 3/c maddesinde, "*(f)rekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı...*"nın ancak bir imtiyaz sözleşmesine konu olabileceği öngörülmüştür. Bunun anlamı, yukarıda belirtilen hallerde idarenin tek taraflı işlemine dayanan "genel izin" ve "ruhsat" yöntemlerine başvurulamayacağıdır.

b. Yetki ve şekil: 406 sayılı Kanun'a göre, imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesinde Ulaştırma Bakanlığı yetkilidir (m. 2/a).

Anılan Kanun, Anayasa'nın 155 inci maddesinde 4446 sayılı Kanun'la yapılan

⁵⁷³ Bu ilke ve kurallar, "İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuksal Rejimi" başlığı altında çalışmanın ikinci bölümünde incelenmiştir.

değişikliğe paralel olarak, hazırlanan imtiyaz sözleşmesi taslaklarının düşüncesi alınmak üzere Danıştay'a gönderileceğini hükme bağlamaktadır (m. 2/b). Buna göre, Danıştay, Anayasa'da öngörülen iki aylık süre içerisinde düşüncesini bildirmediği takdirde, bu sürenin sonunda sözleşme akdedilebilir. Bu süre Anayasa'da öngörülmüş olmakla birlikte, ilgili Anayasa hükmü (m. 155), iki aylık süre zarfında Danıştay'ın düşüncesini bildirmemesinin sonuçlarını düzenlememektedir⁵⁷⁴. 406 sayılı Kanun, yalnızca telekomünikasyon alanında yapılan imtiyaz sözleşmeleri bakımından geçerli olmak üzere, Danıştay'ın süresi içinde görüş bildirmemesi halinde, bir anlamda, bu şekil şartına uyulmadan sözleşme yapılabileceğini hükme bağlamış olmaktadır.

Telekomünikasyon alanında yapılan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir başka şekil şartı, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 4502 sayılı Kanun'la değişik 7/g maddesinden çıkarılmaktadır. Bu maddeye göre, Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri arasında, *“Türkiye’de kurulu sermaye şirketleri tarafından yürütülecek telekomünikasyon hizmetleri ve/veya altyapısı ile ilgili olarak Ulaştırma Bakanlığı tarafından imzalanacak imtiyaz sözleşmelerine ... ilişkin görüş bildirmek...”* de yer almaktadır.

c. İmtiyaz sözleşmesinin hükümleri: İmtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimi, Türk hukuku açısından, bir yasa metninde öngörülmüş olmayan, kısmen içtihat yoluyla, büyük ölçüde öğreti tarafından kabul edilmiş olan ilke ve kurallardan oluşmaktadır. Telekomünikasyon alanında yapılan imtiyaz sözleşmeleri de, yasal metinlerde öngörülmemiş olsa bile, bu ilke ve kurallara tâbi olacaktır.

406 sayılı Kanun, imtiyaz sözleşmelerinin hükümlerine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirmemiş; ancak, öğreti ve yargı kararlarında öteden beri kabul edilen bazı

⁵⁷⁴ Bkz. yuk. s. 64.

esaslara yer vermiştir. Anılan Kanun'un 2/f maddesinde, idarenin gözetim ve denetim yetkisi ile para cezası uygulama, imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde imtiyazı düşürme ve imtiyazı geri alma (rachat) yetkilerine sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

406 sayılı Kanun'da dikkat çeken önemli bir husus, imtiyaz sözleşmesine taraf olan özel girişimcinin, bunun karşılığında idareye belirli bir ücret ödemesine ilişkindir. Anılan Kanun'un 2/e-7 maddesinde, sözleşmede yer verilecek hükümler arasında, “(i)imtiyaz sözleşmesi ... karşılığında belli bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bunun miktarı...” da öngörülmekle, böyle bir ücret alınması mümkün kılınmıştır. Aynı Kanun'un ek 18 inci maddesinde söz edilen “lisans ücreti” de, bu mahiyettedir. İmtiyaz sahibinin “imtiyaz” karşılığı ücret ödemesini, imtiyaz sözleşmesinin mantığı ile bağdaştırmak son derece güçtür⁵⁷⁵. İmtiyaz sözleşmeleri, idarenin görmekle yükümlü olduğu ancak teknik ya da mali olanaksızlıklar nedeniyle yürütemediği bir kamu hizmetinin gerektiği gibi işlemesi amacıyla akdedilirler; idareye gelir sağlamak, imtiyaz sözleşmesinden beklenen yararlardan sayılmaz⁵⁷⁶. İmtiyaz sahibinin hizmeti hasar, zarar ve masrafı kendisine ait olmak üzere yürütmesi, idareyi belirli harcamaları yapma zorunluluğundan kurtarmakta; imtiyaz sahibi de hizmetin işletilmesinden elde ettiği gelire kazanç sağlamaktadır. Bu mantık çerçevesinde işleyen imtiyaz yönteminde sözü edilen türden bir ücretin öngörülmesi, bir yandan imtiyaza konu olan faaliyeti idarenin bir görevi olmaktan çok, sahip olduğu bir ayrıcalık konumuna taşıdığı; öte yandan imtiyazı almak için ücret ödeyen imtiyaz sahibinin, bu “malîyet unsuru”nu hizmetten

⁵⁷⁵ Fransız hukukunda bu tür ücretler, idarenin hizmetin yürütülmesine yönelik tesislerin kurulması için yaptığı yatırımın karşılığı olduğu takdirde doğal karşılanmaktadır. Bkz. AUBY, s. 1110.

⁵⁷⁶ Claude DEVÈS, “Les droits d’entrée”, AJDA, 1996, s. 634’te, emanet usulünden imtiyaz yöntemine geçen bir idarenin, hizmetin -işletme hakkı gibi- gayrimaddî unsurlarını paraya çevirememesi gerektiği belirtilmektedir.

yararlanarlardan alacağı bedele yansıtmasına⁵⁷⁷ neden olduğu için, “kamu hizmeti” fikrine uzaktır.

D. Değerlendirme

4502 sayılı Kanun’un dđzenlemesi, açıkça adını koyarak “imtiyaz” yđntemini ږngormektedir. Yasa koyucunun verdiği ad bir yana bırakılsa dahi, yasal dđzenlemeye konu olan yđntemin tanımlayıcı unsurları yđnünden de imtiyaz olarak adlandırılması gerektiği ortadadır. Burada da, bir kamu hizmetinin, tehlike, hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere ږzel kişi tarafından işletilmesi ve ږzel kişinin gelirinin, hizmetten yararlanarlardan tahsil edeceği karşılıklardan sağlanması sđzkonusudur. Ayrıca, 4502 sayılı Kanun hđkđmleri, imtiyaza ilişkin tanımlayıcı olmayan ږzelliklere de yer vermiştir. Ancak, imtiyaz sahibinin tekel hakkına sahip olmayışı, imtiyazı alması karşılığında idareye belirli bir ücret ږdemesi gibi, klasik anlamıyla imtiyaza yabancı hususlar da aynı dđzenlemede yer almış bulunmaktadır. Bunlar, imtiyaz sđzleřmelerine bakışın, kđreselleřmenin ve neo-liberal eğilimlerin etkisiyle başkalaşması olarak yorumlanabilir.

Telekomđnikasyon hizmetlerinin ږzel kişilere gđrdürölmesi yđntemleri arasında imtiyaz yđnteminin de ږngörölmüş olması, bir yđnden şaşırtıcıdır. ږzellikle imtiyaz yđnteminden ڇokça yakınıldığı ve bunun yarattığı “sorunlar”ı aşmak için Yap-İşlet-Devret gibi yđntemler geliştirildiği; hatta Anayasa değişikliği yapılarak, kamu hizmetlerinin ږzel kişilere ږzel hukuk sđzleřmeleriyle gđrdürölmesi olanağı sağlandığı halde, telekomđnikasyon hizmetleri alanında imtiyaz yđntemini getirmek ilk bakışta anlaşılır görünmemektedir. Bununla birlikte, telekomđnikasyon hizmetleri alanında

⁵⁷⁷ AUBY, s. 1110.

imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hukuksal düzenlemeye egemen olan zihniyetin “imtiyaz sözleşmesi” kavramında görülebilecek olası bir dönüşümü işaret ettiği gözönünde tutulacak olursa, küreselleşme amacına yönelik telekomünikasyon politikaları ile imtiyaz yöntemi arasındaki bağdaşmazlığın sanıldığı kadar keskin olmaması beklenebilir.



SONUÇ

Kamu hizmeti imtiyazına ilişkin olarak, öğretide ve yargı kararlarında yapılan klasik tanımlarda üç ortak unsurun varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar, “bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi”, “imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi” ve “imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması”dır. “İmtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi” unsuru, bugün, eskiden olduğu kadar mutlak anlaşılmamakta; idarenin imtiyaz sahibine, belirli bir oranda kârı garanti etmesi durumunda da, imtiyaz yönteminin varlığından sözedilebileceği kabul edilmektedir. Bundan başka, “imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması” unsuru yerine “hizmetin işletilmesinin parasal sonuçları ile imtiyaz sahibinin geliri arasında bir ilişkinin varlığı” yeterli görülmektedir. Bu durum karşısında, kamu hizmeti imtiyazı, “bir kamu hizmetinin tüm tehlike, zarar ve masrafları imtiyaz sahibi tarafından üstlenilerek, hizmetin işletilmesinden sağlanacak gelir karşılığında kurulması ve işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi” olarak tanımlanabilir.

Ülkemizde, imtiyaz yöntemi uygulamasına ilk olarak Osmanlı İmparatorluğu döneminde rastlanmaktadır. Ancak bu dönemde verilen imtiyazlar, kamu hizmeti nosyonunun yeterince gelişmemiş olması nedeniyle, kamu yararı amacına yönelmekten çok, devlet için bir gelir kaynağı olarak görülmüştür. Cumhuriyet döneminde, bir yandan Osmanlı dönemi imtiyazlarına duyulan tepki, diğer yandan uygulanan devletçilik

politikası nedeniyle, Osmanlı döneminde verilen imtiyazların hemen hemen tamamı geri alınmış; imtiyaza konu faaliyetler, yeni kurulan kamu kurumlarına görev olarak verilmiştir. Bu nedenle, Cumhuriyet dönemi boyunca sınırlı bir alanda kalan imtiyaz yöntemi, 1980’li yıllarda ortaya çıkan Yap-İşlet-Devret yöntemi ile tekrar önem kazanmaya başlamıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunun *kamu hizmeti* olması, özel hukuk sözleşmelerinden farklı kurallara tâbi tutulmasında esaslı bir rol oynamaktadır. Bir başka anlatımla, *kamu hizmeti* kavramı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimi üzerinde belirleyici bir etkiye sahiptir:

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin karma nitelik taşıdığıının kabulü, “sözleşmenin mali dengesi ile tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler” ile “sözleşmenin konusu olan *kamu hizmetinin* örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin hükümler” arasında yapılan bir ayırımı dayanmaktadır. Bu çerçevede, “sözleşmenin mali dengesi ile tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler”, akdi nitelikte; “sözleşmenin konusu olan *kamu hizmetinin* örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin hükümler”, kural işlem niteliğinde; imtiyaz sahibine, sözleşmenin kural işlem niteliğindeki hükümleriyle öngörölmüş olan ve hizmetin yürütölmesi bakımından önem taşıyan bazı yetkilerin tanınmasına ilişkin hükümler ise koşul işlem niteliğinde sayılmaktadır. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin akdi hükümlerinin değıştirilmesi için tarafların anlaşması gerekirken, kural işlem ve koşul işlem niteliğindeki hükümler idarenin tek taraflı iradesiyle değıştirilebilir.

İmtiyaz sözleşmesinde, bir tarafta imtiyaz sahibinin özel çıkarı, diğler tarafta hizmetin yürütölmesi ile sağlanacak olan kamu yararı bulunmaktadır. Bunlar arasında

bir denge kurulması gereği savunulmakla birlikte, sözleşmenin konusu olan *kamu hizmeti*yle sağlanacak kamu yararı her zaman özel çikara üstün tutulacağından, dengenin kamu yararı lehine bozulması doğaldır.

İmtiyaz sözleşmesinin konusunun bir *kamu hizmeti* olması nedeniyle, idareye özel hukuk sözleşmelerinden farklı birtakım üstün yetkiler; imtiyaz sahibine de, bazı hak, ayrıcalık ve olanaklar tanınmıştır. İdarenin üstün yetkileri arasında, gözetim ve denetim yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi ve sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunmaktadır. İmtiyaz sahibinin hak, ayrıcalık ve olanakları içerisinde en önemlisi, klasik imtiyaz tanımının da bir unsuru olan, hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkıdır.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, kural olarak, idari yargı yerlerinde çözürlür. Bununla birlikte, 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişiklik, taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulabileceğini öngörmüş; 4501 sayılı Kanun'la da, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu düzenlenmiştir. Kuramsal 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 "uluslararası 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.

İmtiyaz sözleşmelerinin, 1980'li yıllardan itibaren tekrar tartışma gündemine girmesi, Yap-İşlet-Devret modelinin ortaya çıkışına rastlar. Bu modelin uygulamaya konmasındaki nedenlerin başında, ulusaşırı sermayenin imtiyaza ilişkin şekil kurallarından ve ulusal idari yargı denetiminden kaçınması gelmektedir. Bu nedenle, bu yönetime göre akdedilen sözleşmeler, yasal düzenlemelerle özel hukuka tâbi kılınmak istenmiş; ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükümlerini, Yap-İşlet-Devret yöntemine göre akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Gerçekten, bu sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesinin bütün tanımlayıcı unsurlarını içermektedirler.

Bununla birlikte, 1999 yılında 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği ile, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi konusunda yasa koyucu yetkili kılınmıştır. Yine 2000 yılında 4502 sayılı Kanun'la telekomünikasyon hizmetleri alanında uygulanacağı öngörülen imtiyaz yöntemi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir dönüşümü işaret etmektedir. Bu anlamda, liberal piyasa ekonomisi düzenine eklemlenmeye müsait bir kamu hizmeti ve imtiyaz yaklaşımının oluşturulmaya çalışıldığı söylenebilir. Henüz çok yeni olan bu düzenlemeler, ya kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarını amaçladıkları yönde dönüştürecek; ya da bu kavramların direnişi karşısında kendileri dönüşecektir.

ÖZET

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşmeli yöntemlerden biri olan kamu hizmeti imtiyazı, “bir kamu hizmetinin tüm tehlike, zarar ve masrafları imtiyaz sahibi tarafından üstlenilerek, hizmetin işletilmesinden sağlanacak gelir karşılığında kurulması ve işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi”ni ifade etmektedir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimi, kamu hizmeti kavramının belirgin etkisi altındadır.

Ülkemizde, uzun bir süre sınırlı bir alanda uygulanmış olan imtiyaz yöntemi, özellikle 1980’li yıllardan itibaren uygulamaya konan Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri bağlamında yeniden tartışılmaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, yasa koyucu tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin, imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığına karar vermiştir.

Bunun üzerine, 1999 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikle, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi konusunda yasa koyucu yetkili kılınmış ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilebilmesi olanağı getirilmiştir. 2000 yılında yapılan ve telekomünikasyon hizmetleri alanında imtiyaz yöntemini öngören düzenleme ile Anayasa değişikliği birlikte değerlendirildiğinde, imtiyaz kavramının liberal piyasa düzeninin gerekleri doğrultusunda dönüştürülmek istendiği sonucuna varılmaktadır.

RESUME

En tant qu'un procédé contractuel de gestion déléguée des services publics, la concession signifie "l'exploitation des services publics par un particulier à ses frais et risques et en se rémunérant de l'exploitation du service". Le régime juridique des contrats de concession est dominé par la notion de service public.

N'ayant pas trouvé un champ d'application très significatif depuis longtemps, en Turquie, les contrats de concession sont redevenus d'actualité avec l'insertion dans les années 80 des contrats de "Yap-İşlet-Devret" (un nouveau mode de gestion déléguée des services publics). La Cour Constitutionnelle et le Conseil d'Etat ont décidé que les contrats de "Yap-İşlet-Devret" nommés auparavant par le législateur comme contrats de droit privé n'étaient que les contrats de concession.

Par la révision constitutionnelle de 1999, le législateur était autorisé de déterminer les services publics qui pouvaient être confiés aux personnes privées par des contrats de droit privé. La révision constitutionnelle de 1999 a, de plus, recouvert la voie d'arbitrage pour les litiges des contrats de concession. La nouvelle loi des télécommunications, mise en vigueur en 2000, a prévu que les contrats signés entre les Ministère du Transport et les exploitants privés ne seront que de nature de concession. Si l'on combine cette loi avec la révision constitutionnelle mentionnée, on observe que la méthode classique de concession est forcée de s'adapter dans le nouvel ordre libéral économique.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- _____ **Dictionnaire de la langue Française**, Hachette, 1994.
- _____ **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 16 Temmuz 1999.
- _____ **Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative**, Section du rapport et des études du Conseil d’Etat, La Documentation Française, 1993.
- AKALIN, Güneri, “Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi”, **Anayasa Yargısı** 11, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 28-

- 29 Nisan 1994, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 30, Ankara 1995, s. 71-87.
- AUBY, Jean-François, “La délégation de service public: Premier bilan et perspectives”, **RDP**, 1996, s. 1095-1115.
- AYHAN, Önder, “İdari Sözleşmeler”, **D.D.**, Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 86-134.
- AZRAK, Ali Ülkü **Millileştirme ve İdare Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- AZRAK, Ali Ülkü, “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, **İHİD**, Y. 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 3-9.
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- BAŞARAN Funda/
ÖZDEMİR, Önder, **Telekomünikasyonda Özelleştirme – İddialar, Örnekler, Gerçekler**, KİGEM, Ankara 1998.
- BERKES, Niyazi, **Türkiye’de Çağdaşlaşma**, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul.
- BERTHÉLEMY, Henry, **Traité élémentaire de droit administratif**, 13^e éd., Rousseau, Paris 1933.
- BIEUSSES, Pierre Subra de, “La spécificité de l’affermage”, **AJDA**, 1996, s. 608-615.
- BİLGİN, Pertev, **İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1970.

- BİLGEN, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, **İHİD**, Y. 1, S. 1, Mart 1980, s. 113-116.
- BİLGEN, Pertev, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (İkinci Kitap – Kamu Yönetimi)**, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 799-804.
- BİLGEN, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri (Kamulaştırma-İstimval)**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- BLONDEAU, Anges, **La concession de service public**, 2^e éd., Dalloz, Paris 1933.
- BORATAV, Korkut, **Türkiye İktisat Tarihi 1908-1985**, 4. B., Gerçek Yayınevi, 1993.
- BRAIBANT, Guy, **Le droit administratif Français**, 3^e éd., Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, 1992.
- BUCHANAN, James M., **The Demand and Supply of Public Goods**, Rand M^c Nally & Company, Chicago 1968.
- BUCHANAN, James M. / FLOWERS, Marilyn R., **The Public Finances**, 4th edition, Richard D. Irwin Inc., 1975.
- CARLES, Georges, **La Turquie économique**, Librairie Chevalier et Rivière, Paris 1906.

- CHAPUS, René, **Droit du contentieux administratif**, 4^e éd., Montchrestien, Paris 1993.
- CHAPUS, René, **Droit administratif général**, T. I, 11^e éd., Montchrestien, Paris 1997.
- CHEVALLIER, Jacques, **Le service public**, 3^e éd., P.U.F., Paris 1994.
- CHEVALLIER, Jacques, “Regards sur une évolution”, **AJDA** (n^o spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 8-15.
- CORAIL, Jean-Louis de, “L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites”, **AJDA** (n^o spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 20-28.
- DEBBASCH, Charles, **Droit administratif**, Editions Cujas, Paris 1968.
- DERBİL, Süheyp, **İdare Hukuku**, 5. B., Yeni Desen Matbaası, Ankara 1959.
- DEVÈS, Claude, “Les droits d’entrée”, **AJDA**, 1996, s. 631-637.
- DİNÇER, Güven, “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hâl Yolları”, **D.D.**, Y. 3, S. 8, 1973, s. 18-23.
- DUCAROUGE, Françoise, “Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français”, **RFDA**, 1996, s. 86-95.
- DUGUIT, Léon, **Traité de droit constitutionnel**, 3^e éd., T. II, Paris 1928; T. III, Paris 1930.

- DUGUIT, Léon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp Derbil), İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1954.
- DUPUIS, Georges, “Sur la concession de service public”, **D.** 1978, s. 222-224.
- DURAN, Lûtfi, “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, **İÜHFİM**, C. XXX, S. 1-2, 1964, s. 418-447.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- DURAN, Lûtfi, “Yap-İşlet-Devret”, **SBFD** (Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan), C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 147-170.
- ERBERK, İbrahim Ali, **İmtiyazla İşleyen Nafia Âmme Hizmetleri**, Hapisane Matbaası, Ankara 1937.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 5. B., Beta, İstanbul 1994.
- ERKUT, Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- ERKUT, Celâl, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve ‘İdari Dava’ların Kapsamı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000, s. 89-93.

- EROL, Gülhanım (SIZLI), **Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT-Uzmanlık Tezleri, 1999.**
- ESPLUGAS, Pierre, **Le service public, Dalloz, 1997.**
- FATÔME, Etienne, **“Le nouveau cadre légal”, AJDA, 1996, s. 577-580.**
- FAVOREU, Louis, **“Service public et Constitution”, AJDA (n° spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 16-19.**
- FEYZİOĞLU, Turhan, **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947.**
- GAUDEMET, Yves, **“L’arbitrage: Aspects de droit public – état de la question”, Rev. arbitrage, 1992, s. 241-257.**
- GİRİTLİ, İsmet/
AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.**
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku, 9. B., Turhan Kitabevi, Ankara 1996.**
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/
DİNÇER, Güven, **İdari Yargılama Usulü, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 1999.**
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/
TAN, Turgut, **İdare Hukuku – Genel Esaslar, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.**

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/

TAN, Turgut,

GUGLIELMI, Gilles J.,

GÜLAN, Aydın,

GÜLAN, Aydın,

GÜLAN, Aydın,

GÜLER, Birgül Ayman,

GÜNDAY, Metin,

GÜNDAY, Metin,

İdare Hukuku - İdari Yargılama Hukuku, C. II,
Turhan Kitabevi, Ankara 1999.

Introduction au droit des services publics,
L.G.D.J., Paris 1994.

“Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD** (Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-159.

“Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”,
İÜHFİM, C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 97-107.

Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, Alfa, İstanbul 1999.

Yeni Sağ ve Devletin Değişimi: Yapısal Uyarılama Politikaları, TODAİE, Ankara 1996.

“İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı 14,** Anayasa Mahkemesi’nin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 26-27 Mayıs 1997, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997, s. 347-358.

İdare Hukuku, 3. B., İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.

- GÜNDAY, Metin, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, 5.11.1999 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verilen açılış dersi (yayımlanmamıştır).
- HAURIOU, Maurice, **Précis de droit administratif et droit public**, 12^e éd., Sirey, Paris 1933.
- İNÖNÜ, İsmet, **Hatıralar (2 Kitap)**, 2. B., Bilgi Yayınevi, 1992.
- JARROSSON, Charles, “L’arbitrage en droit public”, **AJDA**, 1997, s. 16-24.
- JÈZE, Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, 2^e éd., M. Girard & E. Brière, Paris 1914.
- JÈZE, Gaston, **Les contrats administratifs de l’État, des départements, des communes et des établissements publics**, T. I, Marcel Giard, Paris 1927.
- KAPLAN, İbrahim, “Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 3-42.
- KIRATLI, Metin, “Yargının Sorumluluğu”, **İHMD**, C. III, S. 3, Kasım 1995, s. 2-11.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. IV, 5. B., Alfa, İstanbul 1991.
- KUTLU, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997.

- KUZUM, Yıldırım, “İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. B., Danıştay Matbaası, Ankara 1986, s. 758-774.
- LAUBADÈRE, André de, **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, T. I, L.G.D.J., Paris 1956.
- LAUBADÈRE, André de/
VENEZIA, Jean-Claude/
GAUDEMET, Yves, **Traité de droit administratif**, T. I, 10^e éd., L.G.D.J., Paris 1994.
- LIMOUZIN-LAMOTHE,
Philippe, “La pratique de la délégation de service public”, **AJDA**, 1996, s. 572-576.
- MATTEI-DAWANCE,
Geneviève, “L’arbitrage en droit public”, **Gaz. Pal.**, 1987, I, s. 470-471.
- MAUGÜÉ, Christine, “Les délégations de service public et le juge administratif”, **AJDA**, 1996, s. 597-602.
- MERAY, Seha L., **Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar, Belgeler**, Birinci Takım, C. III, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1972.
- MERİÇ, Osman, “İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, **D.D.**, Y. 3, S. 11, 1973, s. 66-81.

- MORAWITZ, Charles, **Les finances de la Turquie**, Guillaumin et C^{ie}, Paris 1902.
- NADAROĞLU, Halil, **Kamu Maliyesi Teorisi**, 8. B., Beta, 1992.
- ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **GÜHFD** (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), C. II, S. 1-2, 1998, s. 141-195.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları** (3 Cilt), 3. B., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ORTAYLI, İlber, **Osmanlı İmparatorluğunda Alman Nüfuzu**, İletişim Yayınları, İstanbul 1998.
- OSTEN, Necmi, **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.
- OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **AÜHFD**, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100.
- ÖZAY, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1982, s. 11-30.
- ÖZAY, İl Han, “Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer ‘Müşterek Emanet’”, **İÜHFM**, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994, s. 55-70.
- ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa, İstanbul 1996.

- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. B., Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- ÖZÖN, Mustafa Nihat, **Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, 4.B., İnkılap ve Aka Kitabevleri, İstanbul 1965
- PAKALIN, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü** (3 Cilt), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1993.
- PEISER, Gustave, **Droit administratif**, 19^e éd., Dalloz, 1998.
- PISIER-KOUCHNER, Evelyne, **Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit**, L.G.D.J., Paris 1972.
- PRADES, Bernard, "Les relations entre le délégataire et le délégant, de la concurrence à la transparence", **AJDA**, 1996, s. 638-641.
- RAPP, Lucien, "Les marchés et conventions complexes", **AJDA**, 1996, s. 616-626.
- RIBS, Jacques, "Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français", **JCP**, 1990, I, s. 1-10.
- RICHER, Laurent, "Remarques sur les entreprises privées de service public", **AJDA** (n^o spécial – Le service public), 20 juin 1997, s. 103-112.
- RIVERO, Jean, **Droit administratif**, 6^e éd., Dalloz, 1973.
- ROLLAND, Louis, **Précis de droit administratif**, 11^e éd., Dalloz, Paris 1957.

SABIANI, François,

“L’habilitation des personnes privées à gérer un service public”, **AJDA**, 1977, s. 4-25.

SAVAŞ, Vural Fuat,

“Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, **Anayasa Yargısı** 15, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, Ankara 1999, s. 79-98.

SERİM, Bülent,

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme, İzgi Yayınları, Ankara 1996.

SİRMEN, Lâle,

“Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 11-17.

SOYSAL, Mümtaz/

ERTUĞRUL, İlder,

ŞAYLAN, Gencay,

Kamu Hizmeti ve Tahkim, KİGEM, 1999.

Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, İmge Kitabevi, Ankara 1995.

TAN, Turgut,

“Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. XXII, No. 2, Haziran 1967, s. 285-326.

- TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı** 8, Anayasa Mahkemesi’nin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 25-26-27 Nisan 1991, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 21, Ankara 1991, s. 233-252.
- TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap – İdari Yargı)**, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 329-338.
- TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **SBFD** (Profesör Bedri Gürsoy’a Armağan), Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 307-325.
- TAN, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Bazı Gözlemler”, **SBFD** (Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan), C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 291-309.
- TAN, Turgut, “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 23-40.

- TAN, Turgut, “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD**, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23.
- TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara 12-16 Ocak 2000, C. I, s. 455-465.
- TARDIEU, Jean-Pierre “Les modes de régulation à l'étranger”, **AJDA**, 1996, s. 603-607.
- TEBOUL, Gérard, “Arbitrage international et personnes morales de droit public”, **AJDA**, 1997, s. 25-29.
- TERNEYRE, Philippe, “La notion de convention de délégation, éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire”, **AJDA**, 1996, s. 588-596.
- THURIÈRE, Jean-François, “Problématique du sujet pour le juge administratif”, **AJDA**, 1996, s. 581-587.
- TRUCHET, Didier, “Label de service public et statut du service public”, **AJDA**, 1982, s. 427-439.
- ULER, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, **Anayasa Yargısı** 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, Ankara 1999, s. 252-256.

ULUSOY, Ali D.,

“Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **AİD**, C. 31, S. 2, Haziran 1998, s. 21-40.

VARLIER, Oktay

“Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 3-7.

VEDEL, Georges

Droit administratif, 5^e éd., P.U.F., Paris 1973.

WALINE, Marcel

Précis de droit administratif, Éditions Montchrestien, Paris 1969.

YAYLA, Yıldızhan,

İdare Hukuku I, İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

ZABUNOĞLU, Yahya,

“Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996 Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 45-54.