

YENİ BİR YETKİLENDİRME (İMTİYAZ) SÖZLEŞMELERİ KANUNU YAPILMASINA MUTLAK BİR GEREKSİNİM VARDIR THERE IS AN ABSOLUTE NECESSITY FOR THE NEW DELEGATION (CONCESSION) CONTRACTS LAW

Hasan DURSUN*

Özet: Dünyada 1980’li yıllardan itibaren artan hızda görülmeye başlanılan liberalleşme, 1990’lı yıllardan itibaren görülen küreselleşme akımı sonucu kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel sektöre devri büyük bir önem kazanmıştır. Bununla birlikte Türkiye’de imtiyaz bakımından ana kanun 1910 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkarılmıştır. Bu kanun, ekonomik ve sosyal gelişmelerin gerisinde kaldığı gibi Avrupa Birliği’nin imtiyaz sözleşmelerinin ihale usulünü düzenleyen 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/23/EU sayılı Direktifine de uygun değildir. Ayrıca, imtiyaz işleri bakımından Anayasaya uygun düzenlemeler yapılması gerektiğinden yeni bir “yetkilendirme” (imtiyaz) sözleşmeleri kanununa acil bir gereksinim bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz Sözleşmesi, Yetkilendirme Sözleşmesi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Devri, Anayasal Kamu Hizmetleri

Abstract: The world experienced, in a growing trend, liberalization movement in 1980’s, globalization stream in 1990’s. As a result, the transferring public services from public to private sector have gained very great importance. However, the main law on concession was enacted in 1910, during the Ottoman Empire. This Law falls behind the economic and social developments as well as 2014/23/EU European Union Directive dated 26 February 2014, that arranges the tendering procedure of concession contracts. In addition, there is an urgent need of a new “delegation” (concession) contracts law for the harmonization with the Constitution .

Keywords: Concession Contract, Delegation Contract, Transferring Public Services to Private Sector, Constitutional Public Services

* Dr. (Iur.), Planlama Uzmanı

GİRİŞ

Kamu idaresinin, takdir yetkisine dayalı olarak (serbestçe) seçtiği özel veya kamu kişisine, kullanıcılardan aldığı ücret karşılığında kamu hizmetinin belirli bir süre ile yürütülmesini sözleşme ile devrettiği durumlarda ortada bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi vardır.¹ Bu tip sözleşmelerde kamu hizmetinin görülmesini sözleşmeyle devreden kamu idaresine “imtiyaz veren” (le concédante), kendisine sözleşme ile kamu hizmeti devredilen kamu veya özel kişisi ise “imtiyaz sahibi veya imtiyazcı” (le concessionnaire) olarak adlandırılır.² Klasik ve katı tanımı ile muhafazakâr tipteki hukukçuların anlayışına göre imtiyaz sözleşmesiyle imtiyaz sahibi, hizmeti “kendi kâr ve zararına” (à ses frais et risques) olarak şartnamedeki tarifeye uygun hizmet kullanıcılarından alacağı ücretle işletmektedir.³

XIX. Yüzyılın ortalarına gelinceye kadar Osmanlı İmparatorluğunda kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmeleriyle işletilmesi yöntemi uygulanmamıştır. Ancak bu tarihten sonra Avrupa sermayesi, Avrupa dışında yatırımın cazibesine kapılarak Osmanlı İmparatorluğu'na doğru akmaya başlamıştır. Zira İmparatorluk emin ve kârlı bir yatırım alanının özelliklerini taşımaktaydı. Daha açık bir deyişle, yabancı sermayenin pazarlık gücü, özellikle Düyun-u Umumiye İdaresinin kurulmasından sonra son derece kuvvetlendiğinden ve yabancı çıkarlarının savunuculuğunu yapabilecek yerli sermayedarların gittikçe çoğalması yüzünden ve devletin de isteklere karşı koyamayacak derecede aciz duruma düşmesinden dolayı Osmanlı İmparatorluğu emin bir yatırım alanı niteliğini taşımaktaydı. Öte yandan, Avrupa'da %4 civarında değişen kârlılık oranı, İmparatorluğun tahminlerine göre %8-9'a kadar çıkabildiğinden ve belirli hizmet alanlarında imtiyaz almış olan yabancı sermaye, rekabet koşullarından uzak, rahat bir şekilde çalışabilmesi sayesinde İmparatorluk kârlı bir yatırım ortamı sunmaktaydı.⁴

İşte bu koşullar altında Osmanlı İmparatorluğu'nda XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren demiryolu, rıhtım, liman, fener, elektrik,

¹ R. Chapus, *Droit administratif général* Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 637, F. Foillard, *Droit administratif*, 13^e éditions, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009, s. 279.

² Chapus, s. 637, Foillard, s. 279.

³ Chapus, s. 637.

⁴ T. Tan, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları*, *AÜSBFD*, Cilt: XXII, No: 2, Haziran 1967, s. 325.

havagazı, su, telefon gibi kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi genellikle yabancılara verilen imtiyazlar yoluyla sağlanmıştır.⁵ Bu imtiyazlar, başlangıçta herhangi bir yasal düzenlemeye gerek duyulmadan devletin egemenlik yetkisine dayalı olarak verilmişlerdir.⁶

Başlangıçta imtiyaz yöntemini ve imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen bir kanun bulunmadığından yabancı müteşebbisler ile Osmanlı Devleti arasında yapılan imtiyaz sözleşmelerine, kapitülasyonların⁷ ve Düyun-u Umumiye İdaresinin de baskısıyla imtiyaz sahibi yabancı müteşebbisler lehine ve İdare aleyhine hükümler konulmuştur. Bu uygulamaya bir tepki olarak, II. Meşrutiyet Döneminin başında 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun çıkartılmış⁸ ve böylelikle imtiyaz yöntemi ve sözleşmeleri yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. 1924 Anayasası'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 26. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin onaylanması TBMM'ye verilmiş ve aynı Anayasa'nın Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 55. maddesinde imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında Danıştay'ın görüşünün de alınacağı belirtilmiştir. 1326 tarihli Kanun ve 1924 Anayasası'nın kurduğu düzeneğe göre, kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM'nin onayı ile ancak Türk Anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür.⁹

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama görev ve yetkisi kaldırılmış, Danıştay'ın da imtiyaz sözleşme ve şartlaşma¹⁰ tasarıları üzerindeki görev ve yet-

⁵ Bu tür imtiyaz örnekleri için bkz. Tan, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, s. 298-323.

⁶ G. Erol, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Yayın No: 2487, Ankara 1999, s. 95

⁷ Osmanlı İmparatorluğunun vermiş olduğu kapitülasyonlar hakkında bilgi için bkz. Maurits H. Van den Boogert, Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi (Çeviren; Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2014.

⁸ Yayınlandığı Takvimi Vakayi, 24 Haziran 1326.

⁹ M. Günday, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 172.

¹⁰ Aslında Anayasalarda kullanılan "şartlaşma" ibaresi isabetsizdir. Gerçekten de Gözler'in isabetli olarak belirttiği üzere imtiyaz işleminin bir kısmı sözleşmesel değil, düzenleyici nitelikte, tek taraflı olan bir işlemdir. Bu şartları imtiyaz sahibi ya kabul eder ya da reddeder. Kısacası imtiyaz sahibi bu koşullar üzerinde pazarlık yapamaz. O nedenle şartlaşma diye bir şey, daha açık bir deyişle, iki kişinin iradesiyle belirlenen şartlar yoktur. Bu yüzden Anayasalardaki "şartlaşma" ibaresi yerine "şartname" (cahier des charges) ibaresinin kullanılması daha isabetlidir. Bkz. K. Gözler, İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 72 dn. 267.

kisi “görüş bildirme” olmaktan çıkartılarak “inceleme” haline dönüştürülmüştür. 1982 Anayasası da imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarıları hakkında başlangıçta 1961 Anayasası’nda yer alan hükümleri taşımıştır.

1326 sayılı Kanun yürürlükte olmasına karşın, Cumhuriyetin ilanından sonra yabancı müteşebbislere verilen imtiyazlar “rachat” (satın alma) yoluyla kaldırılmış ve yabancı imtiyaz sahiplerinin yürüttükleri hizmetler daha ziyade kamu kurumlarına devredilmişlerdir. İmtiyaz yöntemi, Seyhan ve Kepez Hidro-Elektrik İşletmelerinde olduğu gibi birkaç istisna dışında, 1980’li yıllara gelinceye kadar pek uygulanmamıştır.¹¹

Ancak, 1980’li yıllardan itibaren liberal ekonomi politikası ülkemizde yoğun bir şekilde uygulamaya konulduğundan, bu tarihlerden itibaren imtiyaz yöntemi yeniden diriltilmiş ve geniş bir uygulama alanı bulmaya başlamıştır. 1326 tarihli Kanun yürürlükte olduğu halde, bu Kanun’un gerek imtiyaz sahibinin belirlenmesi ve gerek imtiyaz verme usulünde öngördüğü kısıtlamalardan kurtulmak amacıyla, özel bazı yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.¹² Bu bağlamda önce, 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Bu kanunla, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi düzenlenmiş ve yalnızca elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesisi işletmeyi kapsayan görev sözleşmesinin akdedilmesi olanağı getirilmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine olanak sağlayacak işletme hakkı devri sözleşmesi olanağı öngörülmüştür.

3096 sayılı Kanun’un yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmasından sonra, 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

¹¹ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 173.

¹² Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 173.

çıkartılmıştır. Bu kanun ile özel hukuk hükümlerine tabi ve Türkiye’de kurulmuş sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmeleri ile görevlendirilmeleri düzenlenmiş ve bu amaçla Karayolları Genel Müdürlüğü ile söz konusu şirketler arasında yapılacak görevlendirme sözleşmelerinin otoyolun veya hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsayabileceği gibi otoyolların, işletme ve bakım tesislerinin veya hizmet tesislerinin bakımı, iyileştirilmesi, genişletilmesi ve işletme hakkının devri şeklinde de olabileceği belirtilmiştir.

Daha sonra ise 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde, Kanunun kapsamına giren yatırım ve hizmetler; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetler şeklinde; bu hizmet ve yatırımların yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine olanak sağlanmıştır. Kanun’un 5. maddesinde ise Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Kanun’un 14. maddesinin 2. tümcesinde ise bu kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu kanunun tümünün iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmış, Anayasa Mahkemesi’nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararıyla 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesi ve 14. maddesinin 2. tümcesi iptal edilmiştir.¹³ Mahkeme, iptal gerekçesinde; 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesinde sayılan yatırım ve hizmetlerin klâsik kamu hizmetleri olduğunu, bunların toplumun ortak gereksinimlerini

¹³ Bkz. 20.3.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

karşılılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptanırken niteliğine bakmak gerektiğini, nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin, onun niteliğini etkilemeyeceğini, 3996 sayılı Kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı olduğunu, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığını ifade etmiştir. Bu kararında mahkeme, imtiyaz sözleşmelerinin “idari sözleşmeler” olduklarını, bu tür sözleşmelerin denetiminin Anayasa uyarınca idari yargı yeri tarafından yapılması gerektiğini belirterek, bir başka deyişle, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara özel hukuk hükümlerinin uygulanmayacağını ve bunların tahkim yoluyla çözümlenmesinin de olanaklı olmadığını ima ederek, 5. maddeyle bu sözleşmelerin idari yargının görev alanından çıkarıldığını da belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, 5. madde kapsamında yapılacak sözleşmelerin Danıştay’ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlendiğini, üstelik Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının Danıştay’ın öndenetimi konusunda çok duyarlı davrandığını da eklemiştir.

Danıştay’ın tutumu da Anayasa Mahkemesi’nden farklı olmuştur. Danıştay Birinci Dairesinin 24.9.1992 tarih ve E. 1992/232, K. 1992/294 sayılı kararında; 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görevli şirket sözleşmelerinin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olduğuna ve bu nedenle de Anayasa’nın 155. maddesi uyarınca Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi gerektiğine karar vermiş ve bu görüş Danıştay Onuncu Dairesi’nin 29.4.1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı Kararında da tekrarlanmıştır. Danıştay İdari İşler Kurulu da 3.10.1997 tarih ve E. 1996/79, K. 1997/83 sayılı kararında elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını hizmetinin özel bir şirkete devrinin ancak “imtiyaz sözleşmesi” yoluyla olanaklı olduğuna, Danıştay’ın incelemesinden geçirilmemiş bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁴

Bundan başka Anayasa Mahkemesi örtülü olarak,¹⁵ Danıştay ise

¹⁴ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 448-452.

¹⁵ Örtük olarak diyoruz zira Anayasa Mahkemesi’nin 7.7.1994 tarih ve E. 1994/49, K. 1994/45-2 sayılı kararında, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili

açık bir şekilde, Anayasa'nın 155. maddesi, 6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin o zamanki (d) bendini ve 42. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi hükümlerini, daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay'ca incelemeye tabi tutulmasını emreden hükümleri, kendisine dayanak olarak alıp uluslararası tahkimi öngören kayıtları çizmeye ve sözleşme metinlerinden çıkarmaya başlamıştır. Danıştay uluslararası tahkim şartının kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine konulmasını reddetmesinin nedenini, 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, 6.1.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan

Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnemeler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun" Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı bulunarak oybirliğiyle iptal edilmiştir. Bu kanunun ilkeler başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde; "Özelleştirme akitlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince yahut -uluslararası hakemlik dâhil- tahkim yollarına başvurularak çözülmesi" ilkesinin geçerli olduğu belirtilmekteydi. Gerçi iptal kararında 3987 sayılı Kanun'un, Anayasanın 155, 6, 9 ve 142. maddelerine aykırılığında söz edilmese de Anayasa Mahkemesi başkanvekili Güven Dinçer yazmış olduğu değişik iptal gerekçesinde şu görüşleri ileri sürmüştür: "Anayasanın Danıştay'ın görev ve yetkilerini belirleyen 155. maddesinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay'ca inceleneyeceği öngörülmüştür. / Tekel konumundaki temel mal ve hizmetleri üreten ve kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu kurumlarının özelleştirilmesiyle ilgili sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri olmaları nedeniyle Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi zorunludur. / Böyle bir incelemeyi öngörmeyen özelleştirme hükümleri Anayasanın 155. maddesine aykırıdır. / Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır. / Yargı yetkisi ulusal egemenliğin ayrılmaz parçasıdır. Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri Anayasa'nın 142. maddesine göre kanunla belirlenir. / İptali istenilen yasa, özelleştirme konusunda yürütme organına yargı görevi ile ilgili bazı düzenleme yetkileri vermektedir. / Ayrıca Türk mahkemelerinin yetki alanı içine girecek bir kısım konularda Türk ve yabancı hakem yetkisi tanınarak ulusal egemenliğe aykırı hareket edilmektedir. / Bu da Anayasanın 6, 9 ve 142. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır." Karar için bkz. 10.9.1994 tarih ve 22047 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesi Başkan vekili Dinçer'in yazmış olduğu bu değişik iptal gerekçesi kanımızca o dönemdeki Anayasa Mahkemesinin görüşünü yansıtmaktadır. Zira 3987 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davada Dinçer'in belirttiği Anayasa hükümlerine dayanılmayıp başka maddelere dayanıldığı için Anayasa Mahkemesi, söz konusu kanunu, iptal isteminde belirtilen Anayasa maddelerine dayalı olarak iptal ettiği için Başkan vekilinin belirttiği maddeler bakımından incelenmesine gerek duymamış olabilir.

uyuşmazlıklara ilişkin davaları görmenin münhasıran idare mahkemelerinin görevlerine dâhil olduğu gerekçeleriyle açıklamıştır. Bu esastan hareketle Danıştay özellikle 9.12.1994 tarih ve 28.05.1995 tarihli kararlarında idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari mahkemeler yerine, bırakınız tahkimi, adli mahkemelerin bile yetkili olduğunun kararlaştırılmayacağını belirtmiştir.¹⁶

Bunlardan başka Danıştay, Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olarak, Türkiye'nin imzaladığı ikili veya uluslararası enerji veya yatırım antlaşmalarında öngörülen tahkim kayıtlarını da dikkate almamıştır. Daha açık bir deyişle, Danıştay, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar söz konusu olduğunda Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında belirtilen, uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği hükmüne dayalı olarak, onları, Anayasa'ya aykırı olsa bile iç hukukun bir parçası olduğu, bir iç hukuk metni gibi uyguladığı halde, uluslararası antlaşmalarda imtiyaz sözleşmeleri bakımından öngörülen tahkim kayıtlarını Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olarak görmüştür. Bu bağlamda Danıştay örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu usulüne uygun olarak yürürlüğe sokulmuş antlaşmalar bulunmasına karşın, 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul etmiş ve uluslararası antlaşmaya dayansa bile yapılan imtiyaz sözleşmelerinde öngörülen tahkim kayıtlarını Anayasa'nın 155. maddesine aykırı görerek iptal etmiş ve yapılan itirazları dikkate almamıştır.¹⁷

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne yönelik söz konusu olumsuz tutumları üzerine yabancı

¹⁶ Fazla bilgi için bkz. T. Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 7-8. Danıştay bunlardan başka, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar çerçevesinde "uygulama sözleşmelerinde tarafların ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de tahkim yoluyla çözümlenebileceğini" kararlaştırabileceklerini öngören hüküm ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararında yer alan "TEAŞ ve üretim şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan ihtilaflarda Türk mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir." hükmü hakkında yürütmenin durdurulması kararları vermiştir. Bkz. Gözler, s. 242 ve dn. 926-927.

¹⁷ M. Günday, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara 2001, s. 199.

firmalar imtiyaz sözleşmeleri ile yapılacak işlere ve yatırımlara verdikleri teklifleri geri almak veya açılan ihalelere katılmamayı tercih etmek yoluna gitmişlerdir. Daha açık bir deyişle, bu tip projelerin dış finansmanla gerçekleştirilebilmesi için kredi veren bazı yabancı veya uluslararası kredi organları, kredi verdikleri projelerin yaşama geçirilmesi için akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesi doğrultusunda ısrar etmişler, aksi takdirde projeye kredi vermeyeceklerini bildirmişlerdir. Bu tutum, ülkenin söz konusu kredilere gereksinimi bulunduğu için Türkiye'nin pek fazla yararına olmamıştır. Zira ülkede; barajlar, köprüler, kanalizasyonlar, su arıtma tesisleri gibi ancak dış finansman ile gerçekleştirilebilecek büyük altyapı tesislerinin inşası için gerekli hizmet ve yatırımların temini amacıyla yeterli fon bulunmamaktadır.¹⁸

Bu koşullar altında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi için Anayasa başta olmak üzere bazı kanun değişiklikleri yapmak gerektiği fikri savunulmaya başlamıştır. Eğer Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumları olmasaydı, bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, idari sözleşmeler kavramını, imtiyaz sözleşmelerine indirgeyen dünyadaki uluslararası tahkim anlayışına aykırı olan kararları ve Danıştay'ın eskiden beri mevcut olan hükümleri farklı şekilde yorumlayan kararları olmasaydı söz konusu fikrin savunulmasına gerek kalmayacaktı. Zira altyapı yatırımlarında uluslararası tahkime gidilmesini engellediği ileri sürülen bu hükümlere rağmen, Türkiye ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ve barajların, su arıtma tesislerinin inşası ve enerji santrallerinin ıslahı gibi işler için yatırımcı şirketlerle yapılan sözleşmelerde uluslararası tahkim kabul olunmuş ve tahkim süreci sonucunda verilen hakem kararları, kısmen doğrudan doğruya, kısmen ise kararların tenfizine dair Türk mahkemelerince verilen kararların onanması suretiyle Yargıtay'ca onanmış ve infaz edilmiştir.¹⁹

İmtiyaz sözleşmelerinde tahkimi olanaklı kılmak üzere Anayasa ve kanunlarda değişiklik yapmaktan başka yol kalmayınca, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile devlet, kamu iktisadi

¹⁸ Krş. Kalpsüz, s. 6-7.

¹⁹ Kalpsüz, s. 8.

teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen bazı hizmetlerin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi ve devredilebilmesi mümkün kılınmış, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesine olanak tanınmış, milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği belirtilmiş, yine aynı kanunla Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi salt görüş bildirme görevi haline getirilmiş ve ilgili kanunlarda da bu doğrultuda değişiklikler yapılmıştır.

Anayasada yapılan bu değişikliklerden sonra imtiyaz sözleşmelerini öngören kanunlarda da bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bu bağlamda 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesine; Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükmü konulmuştur. 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek, 3096 sayılı Kanun'da belirtilen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret hizmetleri²⁰ ile 3465 sayılı Kanun kapsamındaki Karayolları Genel Müdürlüğü ile özel şirket arasında otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda yapılacak görevlendirme sözleşmeleri 3996 sayılı Kanun'un kapsamına alınmıştır.²¹ Bu bağlamda otoyol, trafiği yoğun karayolu,

²⁰ Ancak 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile bu kanunun bir kısım hükümlerini ve bu arada 3. maddesini ilga eden 14.3.2013 tarih 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde elektrik üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetlerinin "lisans" (ruhsat) yöntemi ile özel kesime gördürülmesi usulünü öngörmüştür. 6446 Kanun'un geçici 12. maddesinde; mevcut sözleşmeler kapsamındaki üretim tesisleri ile projelere, mevcut sözleşmelerindeki hak ve yükümlülüklerle ve sözleşme süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ilgili mevzuat kapsamında resen lisan verileceği belirtilerek önceki dönemde yapılan sözleşmelerin geçerliliği ortadan kaldırılmıştır.

²¹ Bundan başka 4501 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında; bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış proje ve işlerin, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağı, 2. fıkrasında ise kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edi-

lenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu kanunun yayımı tarihinden bir ay içinde başvuru ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceği ifade edilmiştir. Bahsedilen 2. fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. İptal dilekçesinde, fıkroda, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki imtiyazlara da Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanabileceğinin öngörüldüğü, bunun bir "geriye yürüme normu" olduğu, dayanağı olan Anayasa hükmünün, yürürlük öncesini kapsadığı için üst-norma aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle, 14.8.1999 öncesi yürürlükte olan Anayasa'nın 125 ve 155. maddelerinde imtiyazlar bakımından tahkimi yasakladığını, önceki Anayasa hükümlerinin etkisinin, değiştiren Anayasa'nın yürürlük başlangıcına kadar hemen devam edeceği belirtilmiştir. Dilekçede, ayrıca, geriye yürütme ölçütünde Bakanlar Kurulunun gözetileceği ölçütlerin yasa ile belirlenmesinin gerektiği, bunun yapılmaması yüzünden her somut olay için öngörüye göre değişken, öznel ölçütlerin devreye gireceği ve bundan hukuk devleti ilkesinin zarar göreceği belirtilmiştir. Yine dilekçede, imtiyaz ilişkilerinin kurulduğu tarihte tahkim kaydının yokluğuna dayanarak bu ilişkinin tarafı olma yönünde girişimde bulunmayan veya bulunamayan veya hazırlık aşamasında vazgeçen veya ihalede ona göre teklif veren kişilerle imtiyaz sahipleri arasında bir eşitsizlik yaratıldığı, Anayasa'nın 48 ve 167. maddeleri gereğince devletin girişim özgürlüğünün ve piyasa ekonomisinin gereklerine uymak zorunda olduğu, imtiyazlaşma tarihinde tahkim yokluğunun bir risk faktörü olduğu, bu durumun girişimcileri caydırıcı bir etmen olduğu, ilişkinin kuruluş tarihindeki risk ve rekabet faktörlerini, geriye etkili olarak ortadan kaldıran hükmün, ekonomi kuralları ile çatışacağı, geriye yürüme kuralının bu yönüyle de hukuka aykırı olduğu, kuralın devlete ve yürütmeye güveni erozyona uğratan imtiyaz hükmü niteliğinde olduğu görüşü savunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 20.7.2000 tarih ve E. 2000/16, K. 2000/17 sayılı kararında bu savaların hiç birisine itibar etmeyerek; Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde yapılan değişiklikten sonra imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak yapılabilmesi ve tahkim yolunun açılması sonucu bu olanağının tarafların isteğine ve belli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak Bakanlar Kurulu kararı ile Anayasa değişikliğinden önce yapılan sözleşmeler için bile tanınmasında, kazanılmış hakları ihlal eden bir geriye yürüme söz konusu olmadığı gibi belirsizliğin de bulunmadığı, kaldı ki maddenin 1. fıkrasıyla Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşmuş hukuksal durumların tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılmasının kabul edildiği, 2. fıkrasıyla da bu durumlar için herhangi bir zorunluluk getirilmeksizin kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç bu kanundan yararlanabilme olanağı sağlanarak koşullarının saptandığı belirtilmiştir. Kararda, ayrıca, hukuksal denetimde, ancak gerçekleştirilmiş durumların gözetileceği, kimi varsayım ve olasılıkların esas alınmayacağı açık olduğundan ileride yapılacak yasal düzenlemeleri öngörememeleri nedeniyle ihalelerden vazgeçenlerin bulunmasının, eşitlik ve serbest rekabet ilkeleri ile bu bağlamda hukuk devleti ilkesini zedelediği yönündeki savların anayasal dayanağının bulunmadığı, kuralın Anayasa'nın 2. 10. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı, Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle ilgisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 9.11.2004 tarih ve 25638 sayılı R.G. Kanımızca Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri bütünüyle isabetsizdir. 4501 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 2. fıkrasının iptali talebiyle açılan davada ileri sürülen anayasa aykırılık savlarının tümü doğru olduğu gibi bu fıkrayla anayasal normun gizli bir şekilde yürürlüğü de sağlanmıştır. Zira Anayasa 14 Ağustos 1999 tarihinden önce imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkime izin vermez iken söz konusu fıkrayla 14 Ağustos 1999 tarihinden önce yapılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde de tahkim kabul edilerek kanunla anayasal norm gizli olarak geriye yürütülmüştür ki bunun hukuka aykırılığı tartışma götürmez bir gerçekliktir.

demiryolu ve raylı sistemler, gar yerleşkesi ve istasyonlarının yapım, bakım ve işletilmesi sözleşmeleri bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelendirilemeyecekler, özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirileceklerdir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay imtiyaz sözleşmeleri hakkında vermiş olduğu kararlarda ne kadar hatalı bir tutum içerisine girmişse kanun koyucu da yapmış olduğu anayasal ve yasal değişikliklerle aynı hatalı tutum içerisine girmiştir. Her şeyden önce idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tabi tutulması isabetli olmamıştır. Zira idari sözleşmelerde, sözleşmede öngörülme bile İdare, karşı âkidinin zararını ödemesi koşuluyla kamu yararının gerektirdiği hallerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisini haizdir. Bu ilkeye, idari sözleşmelerin “değişkenliği ilkesi” (principe de mutabilité) denilir.²² Hâlbuki özel hukuk sözleşmelerinde tarafların karşılıklı rızası olmadan sözleşmede değişiklik yapılması olanaksız olduğundan imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tabi tutulmasıyla işin doğasına aykırı hareket edilmiştir.

Öte yandan ileride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere imtiyaz sözleşmeleri hakkında bütünüyle tahkim yoluna gidilmesi de doğru değildir. Zira idari sözleşmelerde ve bu arada imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafını kamu gücünü temsil eden İdare oluşturduğundan bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların kural olarak idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Tahkim yoluna ancak ayrık durumlarında örneğin sözleşmenin mali hükümleri bakımından doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından başvurulabilir.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türkiye’de imtiyaz alanı bakımından büyük bir sorun yumağı bulunmaktadır. Bundan da öte mevcut durumda imtiyaz hakkında öngörülen mevzuatın yetersiz kalması, Avrupa Birliği normları bakımından yapılan yenilikler ve çağcıl gelişmeler, ülkenin bir an önce harekete geçerek imtiyaz alanında yeni bir kanunun kabul edilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu çalışmada imtiyaz alanında yeni bir kanunun kabul edilmesi zorunluluğunu ortaya koyan durumlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

²² Foillard, s. 244.

I. 1326 Sayılı Kanunun Yetersizliği ve Geriliği

Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye’de imtiyazın yasal çerçevesini, II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli (Yayımlandığı Takvimi Vakayı, 24 Haziran 1326) telaffuzu bile oldukça zor olan Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun oluşturmaktadır. Bu kanun günümüz gereksinimlerini karşılamaktan hayli uzaktır. Söz konusu kanunun yetersizliklerini göz önüne serebilmek açısından öncelikle yürürlükte olan kanunun günümüz Türkçesiyle metnine bakmak uygun olacaktır.

Kamu Yararına Yönelik İmtiyazlar Hakkında Kanun

Madde 1- İlk olarak her ne şekilde olursa olsun devletçe halen ve ileride mali taahhütte bulunmayı içermeyen, kamuya ait taşınır ve taşınmaz malların tahsisini öngörmeyen, bütçeye dâhil bir genel hizmete ilişkin olmayan, bu kanunda belirtilen muafiyetin dışında herhangi bir muafiyeti kapsamayan yürürlükte bulunan kanunların tadilini gerektirmeyen, belediyelerin kuruluşuna ilişkin olarak çıkarılacak kanunlar ile mahalli idarelerin yetkisinde bulunmayacak olan kamu yararına yönelik imalat imtiyazları doğrudan doğruya Bakanlar Kurulu tarafından verilecektir.

Madde 2- İmtiyazlar için gerekli olup satın alınması gereken veya geçici olarak işgal ve terki gerektiren arazi ve emlak hakkında aşağıdaki kurallar geçerli olacaktır. İmtiyaz konusu imalata yönelik tesisler için gerekli olup sahipleri elinde bulunan emlak ve arazinin satın alınması konusunda imtiyaz sahibi ile malik arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, arazi kamulaştırma kanunu uyarınca kamulaştırılarak alınacak ve bedeli imtiyaz sahibi tarafından ödenecektir. İmtiyaz süresi içinde imtiyaz sahibinin teklifi ve ilgili bakanlığın uygun görmesi üzerine, geçici olarak işgali gereken arazi ve taş olmaları ile balast mahalleri sahiplerine İstimlak Kanunundaki değer tespit usulüne göre takdir olunacak tazminat imtiyaz sahibi tarafından ödendikten sonra yerel yönetim marifetiyle sahibine teslim edilecektir.

Tesis ve inşaa için gerekli olan sahipsiz topraklar imtiyaz süresi sonuna kadar imtiyaz sahibine bedelsiz terk olunabileceği gibi geçici olarak işgali gereken yerlerle taş ocakları ve balast mahalleri de hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde imtiyaz sahiplerine bedelsiz tahsis edilebilecektir.

Madde 3- (Mülga: 25.6.1932-2025)

Madde 4- İmtiyaz süresinin sonunda işletmede kullanılan aletler ile taşınır mallar ve araç-gerecin satın alınabileceği hususu hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde sözleşmeye konulabilecektir. İmtiyaz sözleşmesindeki belirli sürenin bitiminde hükümetin iştirak hakkı korunacaktır. İmalata yönelik eşya ile alet ve edevatın satın alma bedeli hesap ve defterlerin incelenmesi ile bilirkişi tarafından veya hükümetçe uygun görülen diğer bir usulde takdir ve tayin edilecektir.

Madde 5- İmtiyaz şartnamesinde mevcut olmadığı halde imtiyazın azami son 15 yılı içinde ilgili bakanlığın izniyle yeniden ve tesise ek olarak yapılacak imalat için imtiyaz sahibi tarafından yapılan masraflara denk bir meblağın adı geçen imalatın her birinin tamamlanmasından itibaren her yıl için bedelinden 1/15 indirildikten sonra tazminat olarak hükümet tarafından imtiyaz sahibine ödeneceği hususu sözleşmenin düzenlendiği sırada hükümetçe gerek görülürse sözleşmede belirtilebilecektir.

Madde 6- (Mülga: 25.6.1932-2025)

Madde 7- İmtiyaz sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devrolunacaktır.

Madde 8- İmtiyaz işlerinde idare ve fen memurları ile ustalardan ne kadarının ve hangilerinin yabancı uyruklu olacakları belirlenecek ve sınırlandırılacaktır.

Madde 9- Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunları, ekinde yer alan sözleşme ve evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunur.

Madde 10- İl ve belediyelerin teşkilatına dair yapılacak kanunlar ile gerçekleştirilmesi yerel yönetimlerin yetkisi içinde bulunacak olan imtiyazlar hakkında bu kanunlar yayımlanıncaya kadar, merkezi idarece işlem yapılacaktır.

Madde 11- Bakanlar Kurulu imtiyaz için uygulanacak usul ve öncelikli işlemler konusunda özel bir düzenleme yapmaya yetkilidir.

Madde 12- Bu kanun hükümleri özel kanun hükümlerine tabi

bulunan madenler ve taş ocakları hakkında geçerli olmayacağı gibi ticarete, tarıma, sanayiye ve sarraflığa ait imtiyazlara da uygulanmayacaktır.

25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunun metni ise şu şekildedir:

Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkındaki 10 Haziran 1326 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezilyine ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlgasına Dair Kanun

Bu kanun ile 1326 tarihli İmtiyaz Kanununun 3 ve 6. maddeleri kaldırılmış ve aşağıdaki hükümler eklenmiştir:

Madde 1- Genel ve katma bütçelere dâhil ve sözleşmenin akdi tarihinde mevcut veya ileride ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini içeren ve gelecek bütçelerden ödeme yapılması Hükümetçe gerekli görülen imtiyaz sözleşmeleri Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Madde 2- Birinci maddede bahsedilen imtiyaz sözleşmelerinde genel veya katma bütçelere dâhil hiçbir vergi ve resim devlet daireleri tarafından üstlenilemez.

Kanun metinlerine bakılınca, söz konusu kanunların günümüz gereksinimlerini karşılamaktan hayli uzak olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Bu uygunsuzlukları şu şekilde sıralamak olanaklıdır.

1. İmtiyaz Tanımının Yetersiz Olması

İmtiyazın klasik tanımında açıkça 1326 tarihli kanunda ise örtülü bir şekilde; kurulacak ve işletilecek kamu hizmetinin “tüm riskleri, masrafları ve zararının bütünüyle imtiyazcıya ait olması” unsuruna yer verilmiş iken, zaman içerisinde imtiyazcıya kuruluş sermayesine idare desteği ya da borçlanma kolaylıklarının sağlanması, kâr ve satın alma güvencelerinin verilmesi suretiyle bu unsur yumuşatılmıştır. Kısacası imtiyaz verenin mali yardımları ile imtiyaz sahibini desteklemesi esas kabul edilmiştir.²³ Bu desteklemelerle imtiyaz klasik tanımındaki niteliklerini kaybetmekte ve gittikçe özel girişimciler için

²³ T. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, *AÜSBFD*, Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 310.

cazip bir hale gelmektedir. Bu durumun eleştirilecek yanları bulunmasına²⁴ karşın gerçeklik söz konusu şekilde olduğundan çıkartılacak kanunda imtiyaz tanımının çağcıl gelişmelere uygun olarak yapılması önemli bir fayda sağlayacaktır.

2. Kanunun Kapsamının Dar Tutulması

1326 tarihli Kanunun 1. maddesinde yalnızca “imalat imtiyazları”ndan bahsedilmektedir. Bu çerçevede “hizmet üretimi veya görülmesi” imtiyaz kapsamına girmemektedir. Hâlbuki günümüzde imtiyaz, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin işletilmesi yanında idari kamu hizmetlerinin görülmesinde de kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum çağcıl gelişmelere aykırılık oluşturduğu gibi ileride ayrıntılarıyla bahsedilecek olan Avrupa Birliği normlarına da aykırılık oluşturmaktadır.²⁵ Bu çerçevede çıkartılması gereken kanunda imtiyazın kapsamının hizmet üretimi veya görülmesini de kapsayacak şekilde genişletilmesi uygun olacaktır.

3. İmtiyaz Sahibinin Yalnızca Anonim Şirket Statüsünde Olması

1326 sayılı Kanuna göre imtiyaz alacak kişinin Osmanlı (=Türk) anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması gerekir. Bu çerçevede, yabancı bir gerçek veya tüzel kişiye imtiyaz verilemeyeceği gibi Türk anonim şirketi statüsünde bulunmayan bir Türk gerçek veya tüzel kişisine de imtiyaz verilemez. Yine Kanunun 7. maddesine göre imtiyaz; sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devrolunacaktır. Bu hükümler çağcıl gelişmelere aykırı düştüğü gibi yine ileride bahsedilecek olan Avrupa Birliği normlarına da aykırı düşmektedir.

Aslında imtiyaz sahibinin Osmanlı (=Türk) anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması koşulunun tarihsel açıdan pek fazla bir faydası da görülememiştir. Her şeyden önce Osmanlı döneminde imtiyaz-

²⁴ İmtiyazın tanımının klasik niteliğini kaybetmesinin eleştirisi için bkz. O. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 328-329.

²⁵ Krş. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 310.

lar yabancılara ve büyük çoğunluğu Saraya yakın kişiler ve paşalardan oluşan yerli sermayedarlara verilmiştir. Bununla birlikte, imtiyaz elde eden bu yerli sermayedarlar da hizmetin görülmesi için şirket kurulması gerektiği zaman yabancı sermayeye başvuruyorlardı. Yapılan imtiyaz sözleşmelerinde kurulacak şirketlerin Osmanlı anonim şirketi olacağı koşulunu sözde yerine getirebilmek için hukuki idare merkezleri olarak İstanbul veya ülke içinde başka bir kent gösteriliyor, fiili veya gerçek yönetim merkezleri Paris, Brüksel Londra gibi yurt dışında bir yer oluyordu. Böylece şirket kârları yurt dışına kaçırılıyordu. Kurulan şirketlere Osmanlı tabiiyeti vermekte ısrar etmenin de ne kadar anlamsız olduğu, çıkan bazı uyuşmazlıklarda, devletlerin kendi sermayedarlarının çıkarlarını savunmak için giriştikleri diplomatik manevralardan anlaşılmıştır. Doğal olarak bu korumanın ücreti de sermayenin çıktığı ülkenin politikasına hizmet etmesi ile ödeniyordu.²⁶

Günümüzde artık hiçbir ülke imtiyaz sahibinin yalnızca anonim şirket statüsünde olmasını aramamaktadır. Çağcıl gelişmeler ve Avrupa Birliği normları çerçevesinde imtiyaz özel bir kişiye, şahıs ve sermaye şirketlerine verilebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarına da verilebilmektedir. Hatta imtiyaz sahibinin “iş ortaklığı” (joint venture) şeklinde işi yüklenebilmesi de olanaklıdır. Bu çerçevede imtiyaz sahibinin anonim şirket statüsünde olması koşulundan vazgeçilmesi uygun olacaktır.

4. İmtiyaz Kavramının Kullanılmasından Vazgeçilmesi

Türkiye'nin kendisine özgü koşulları nedeniyle “imtiyaz” kavramının kullanılması sakıncalıdır. Gerçi Fransızca ve İngilizcede kullanılan “concession” kavramının Türkçeye “imtiyaz” olarak çevrilmesi doğru olsa da ülkenin bu kavramı kullanmayıp bunun yerine “yetkilendirme” kavramını kullanması daha uygun olacaktır. Zira “imtiyaz” kavramı hem sözcük olarak birilerine ayrıcalık tanımayı ifade ettiğinden zihinlerde olumsuz ve “uygunsuz” (pejoratif) bir anlam içermekte; hem de tarihsel açıdan Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemindeki kapitülasyonları hatırlattığından, bazı yabancı güçlerin sömürgeci niyetlerinin hortlamasına yönelik kuşuklara çağrışım yap-

²⁶ Tan, T. Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 310.

maktadır.²⁷ Bu gerçeğe rağmen gerek Anayasada gerekse 1326 tarihli Kanun'da ısrarla "imtiyaz" kavramı kullanılmaktadır.

Aslında "imtiyaz" kavramı geleneksel olarak esasen kamu hizmetlerinin "özel tekel" kurularak özel kişilere gördürülmesini ifade ettiğinden, bu kavramı günümüzde egemen olan rekabetçi anlayışla ve özellikle AB Hukuku tarafından öngörülen kamu hizmetlerinin serbest rekabet koşullarında sunulması eğilimiyle de bağdaştırılabilmek oldukça güçtür. Öte yandan, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişiler tarafından yürütülmesine Anayasa'nın 47. maddesiyle olanak tanındığından ve Anayasa'nın 155. maddesiyle Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki "inceleme" yetkisinin "görüş bildirme" yetkisine dönüştürülerek oldukça zayıflatılmasıyla özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesinde "imtiyaz" kavramında ısrar edilmesinin herhangi bir pratik faydası da kalmamıştır. Zira 1999 Anayasa değişikliği öncesinde özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesinin her hâlükârda imtiyaz olduğunda ısrar edilmesinin pratik bir anlamı vardı. Çünkü imtiyaz olarak görüldüğünde Danıştay'ın "ön denetimi" (inceleme) Anayasal bir zorunluluk oluşturmakta ve bu kapsama sokulmayan bir kamu hizmeti gördürme Danıştay'ın ön denetiminden "kaçırılma" anlamına gelebilmekteydi.²⁸

Bu gerekçelerle artık hukukumuzda "kamu hizmeti imtiyazı" kavramının görevi tamamlandığından yerine daha uygun ve çağcıl bir kavram olarak "yetkilendirme" kavramının kullanılması daha faydalı olur. Nitekim Fransız idare hukukunda da 1990'lı yılların başından itibaren "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramı yerine "kamu hizmeti için yetkilendirme veya yetki verme" (délégation de service public) kavramının da kullanılmaya başladığını belirtmek gerekir.²⁹

²⁷ Krş. A. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s. 33.

²⁸ Ulusoy, s. 34.

²⁹ Ulusoy, s. 34. Yazar burada Fransız idare hukukunda 1990'lı yılların başından itibaren "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramı yerine "kamu hizmeti için yetkilendirme veya yetki verme" (délégation de service public) kavramının da kullanılmaya başladığını söylemesine karşın ünlü Fransız idare hukukçuları Chapus ve Foillard'ın yalnızca "kamu hizmeti imtiyazı" (concession de service public) kavramını kullanmaya devam ettiğini belirtmek gerekir.

5. İmtiyaz Sözleşmesinden Kaynaklanan İdari Suç ve Cezalar Bakımından Düzenleme Yapılmaması

1326 tarihli Kanun, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan idari suç ve cezalar konusunda düzenleme yapmamıştır. Disiplin cezalarının diğer bir türünü idari sözleşmelerden ve bu arada imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ve idarenin vermiş olduğu cezalar oluşturur. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan suç ve cezayı, disiplin suç ve cezası olarak kabul etmekte kanımızca garipsenecek bir durum bulunmamaktadır. Zira bir cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmede temel ölçüt idare ile kişi arasında özel bir bağ ilişkisidir. İdari sözleşmede idare ile karşı âkidi oluşturan kişi arasında bir özel bağ kurulduğuna göre söz konusu sözleşmeden dolayı idarenin vermiş olduğu cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmek gerekir.³⁰ Öte yandan Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere idari suçu ve bu arada disiplin suçunu işleyen faile göre idari cezanın tanımı değişmez. Bu bağlamda, idari sözleşmede karşı âkidi oluşturan kişi de idari sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ederse ona karşı idari cezanın uygulanması doğaldır. Ayrıca çağcıl devletin cezalandırma yetkisi bulunduğu için İdarenin idari sözleşmeden kaynaklanan cezaları vermeye yetkili olması olağan bir nitelik taşır.³¹

İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan imtiyaz sahibi sözleşmeye aykırı davrandığı durumlarda İdare mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya ona diğer idari yaptırımlar uygulayabilir. İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu savlayan imtiyazcının mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz.³²

İmtiyaz sözleşmelerinde İdare, yalnızca kanundan ya da sözleşmeden doğan nedenlerle idari ceza,³³ daha somut bir deyişle, disiplin-

³⁰ Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz. H. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 198-199.

³¹ F. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 159.

³² Krş. J-M. De Forges, Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991, 82.

³³ Zaten "idari ceza" dan söz edilebilmesi için bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kanundan veya sözleşmeden doğması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Her iki durumda da idari cezanın uygulanması gerekir.

lin cezası vermeye yetkilidir.³⁴ Bu bağlamda İdare, imtiyaz sözleşmesi hakkında idari ceza olarak ancak kanun veya sözleşmeden kaynaklanan nedenlerle fesih cezası verebilir. Ancak İdare, sözleşme ilişkisiyle açıklanamaz olan hallerde, bir diğer deyişle, imtiyaz sözleşmesinin özünün yerine getirilmemesi durumlarda, örneğin, kamu yararına aykırı davranan sözleşmeci için tek taraflı olarak idari ceza vermeye yetkili olmayıp yalnızca diğer idari yaptırımlar; örneğin idari tedbir³⁵ uygulamaya yetkilidir.³⁶

İmtiyaz sözleşmelerinde İdare karşı âkide idari ceza verebilmesi için kanun veya sözleşme ihlalinin bulunması gerekli olmasına karşın söz konusu cezanın uygulanabilmesi için İdarenin önceden denetim ve gözetim yetkisini kullanması şart değildir. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak İdarenin uygulayabileceği cezaları; mali, zorlayıcı ve fesih cezası olmak üzere üçe ayırmak olanaklıdır.³⁷

Bunlardan mali cezalar; kanun veya sözleşmede öngörülen para cezaları olup bu cezalar sıklıkla bir zararın doğması durumunda “kendiliğinden” (automatiques) uygulanır. Bununla birlikte, İdarenin para cezası verebilmesi için zararın doğduğunu kanıtlamasına gerek yoktur. Bundan başka İdare, para cezasını kimi durumda imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyerek verebileceği gibi herhangi bir denetim yapmadan, örneğin, sözleşmecinin hafif bir kusurunu gördüğünde de uygulayabilir.³⁸

İdarenin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak uygulayabilece-

³⁴ Krş. M. C. Eisenmann, *Le droit Administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957, s. 37. Krş. Günay, *İdare Hukuku*, 2004, s. 310. Günay, burada, idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinde sözleşme ve şartnamede belirtilmemiş olsa bile İdarenin yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu, söz konusu yetkinin onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Biz yazarın görüşüne kısmen katlıyoruz. Bu bağlamda eğer idari sözleşmenin karşı âkidine “ceza” verilecekse bunun kanun, sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmiş olması gerekmekte, buna karşın, karşı âkide “tedbir” uygulanacaksa bunun açıkça gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere ceza ve tedbir kavramını da içeren “yaptırım” kavramını kullanırken oldukça dikkatli olunması gerekmektedir.

³⁵ İdari tedbir hakkında bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 414 vd.

³⁶ Aksi görüş için bkz. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, s. 159.

³⁷ Fazla bilgi için bkz., *Forges*, s. 82-83.

³⁸ Krş. *Forges*, s. 82- 83.

ği ikinci ceza türünü “zorlayıcı” (coercitives) cezalar oluşturur. Gerçekten de kanun veya idari sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı her zaman idari para ve fesih cezalarının uygulanması gereksinimleri karşılayamayabilir. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesinin düzgün bir şekilde sürdürülmesinde kamu yararının bulunması nedeniyle idari para cezası dışında başka yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Bu anlatımlardan ortaya çıktığı üzere zorlayıcı cezaları, imtiyaz sözleşmenin gereği gibi yürütülmediği durumlarda söz konusu sözleşmenin etkin ve düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere idari para ve fesih cezaları dışında kalan idari cezalar oluşturur.³⁹

Kanun veya sözleşmeden kaynaklı bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı imtiyaz sözleşmesi bağlamında zorlayıcı cezanın uygulandığı durumlarda, idare işletmeye geçici olarak el koymakta ve sözleşmecinin yerine geçerek hizmeti bizzat kendisi yürütmekte veya yürütülmesini üçüncü bir şahsa bırakmaktadır.⁴⁰ Sözleşmeye el konulması yaptırımın uygulanması durumunda bütün maliyet ve riske ilk sözleşmeci katlanmak durumundadır. Bu yaptırım, doğası gereği oldukça ağır bir yaptırım olduğundan uygulanabilmesi için sözleşmecinin ağır kusurunun bulunması gerekmektedir.⁴¹

İdarenin, imtiyaz sözleşmeden dolayı uygulayacağı son ceza türü, sözleşmenin sona erdirilmesi, kısacası, “fesih” cezasıdır. Sözleşmenin feshinin ceza niteliğini kazanabilmesi için imtiyazcının kusurundan dolayı sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekir. Sözleşmenin feshi iki türlü uygulanabilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Daha sık uygulanan ikinci şekli ise sözleşmenin zararını ve riskini ortadan kaldırmak şeklindedir.⁴² İmtiyaz sözleşmesinin zararının ve riskinin ortadan kaldırılması suretiyle feshinde, sözleşmeye başka bir sözleşmeciyle devam edileceği ortadadır.

³⁹ Krş. Forges, s. 83.

⁴⁰ Bununla birlikte, Günday, İdarenin işletmeye geçici olarak el koyması durumunda, imtiyaz sahibinin yerine geçeceğini ve hizmeti bizzat kendisinin yürüteceğini kabul etmemektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Kanımızca, imtiyaz sözleşmesine el konulması durumunda sözleşmenin yürütülmesinin İdare tarafından üçüncü bir kişiye bırakılmasını engelleyici bir norm olmadığından zararın görüşüne tam olarak katılamamaktayız.

⁴¹ Forges, s. 83.

⁴² Forges, s. 83.

Aslında fesih cezası, imtiyaz sözleşmelerine uygulandığı zaman “imtiyazın düşürülmesi” (déchéance de concession) adını taşır.⁴³ İmtiyazın düşürülmesi, İdare tarafından doğrudan verilebileceği gibi idare tarafından mahkemeye başvurularak da sağlanabilir.⁴⁴

Ancak imtiyaz sözleşmeleri bakımından sözleşmenin salt mahkeme kararıyla sona erdirilebileceği, tersine bir deyişle, idarenin doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidemeyeceği koşulu konulabilir. Daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşmelerinde İdarenin sözleşmeyi feshedemeyeceği, bu feshin salt mahkeme kararıyla yapılabileceği yönündeki “şart” geçerlidir.⁴⁵ Kanımızca böyle bir sonuca “imtiyaz sözleşmesi” kavramının tanımından da ulaşabilmek olanaklıdır. Yukarıda belirtilen “imtiyaz sözleşmesi” tanımından da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi sayılabilmesi için karşı tarafın, bir başka deyişle, sözleşmecinin, kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesi gerekir. İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeci kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa ettiğine göre bu sözleşmelerde idarenin fesih yetkisinin şartla ortadan kaldırılmasının hukuksal açıdan bir sakıncası bulunmamaktadır.

İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezalar hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra hemen şu hususu belirtmek gerekir

⁴³ İdare, kanun veya sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinde imtiyazcının kusurunun bulunduğu durumlarda, bir ceza olarak idari sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Ancak İdare, imtiyazcının herhangi bir kusuru olmasa bile hizmet ve kamu yararının gerekleri doğrultusunda sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Rachat olarak ifade edilen bu durumda İdare, imtiyaz sözleşmesinin süresi içerisinde imtiyazı bütün tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın almakta ve söz konusu sözleşmeye son vermektedir. Bununla birlikte İdare, rachat yoluna başvurarak imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği zaman imtiyazcının bütün zararını gidermek zorunda olduğu gibi onun işletmeden beklediği normal kazanç ve kârları da bütünüyle tazmin etmek zorundadır. Ancak rachat, idari ceza olarak kabul edilemez. Daha açık bir deyişle rachat yolu, idari tedbir, dolayısıyla yaptırım niteliğini taşımakta, ancak hiçbir şekilde idari ceza kavramının içerisine girmemektedir. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310-311.

⁴⁴ Çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari cezalar ile diğer cezalar arasında ancak şekli ve organik bir ölçütle ayırım yapılması yüzünden mahkeme tarafından idari sözleşmenin feshedildiği her durumda idari cezanın bulunmadığı ortadadır. Zira yine çeşitli defalar belirtildiği üzere, bir yaptırıma idari ceza denilebilmesi için “olmazsa olmaz koşul” (conditio sine qua non) cezanın İdare tarafından verilmesidir. İdare tarafından verilmeyen bir ceza nitelik itibarıyla idari cezaya benzese bile idari ceza olarak kabul edilemez.

⁴⁵ Forges, s. 83.

ki ülkede imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmamakta, bir başka deyişle, söz konusu cezalar, önceden yasayla belirlenmemektedir. Daha açık bir deyişle imtiyaz konusunda genel bir kanun niteliğini taşıyan 1326 tarihli Kanun imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak doğabilecek idari suç ve cezalar konusunda düzenleme yapmamıştır. Bu yüzden uygulamada söz konusu suç ve cezalar, sözleşme ilişkisine dayalı olarak idare ve karşı âkit tarafından birlikte kararlaştırıldığı için yalnızca imtiyaz sözleşmesinden doğmaktadır.⁴⁶ Kısacası, uygulamada, imtiyaz sözleşmeden kaynaklanan idari suç ve cezaların kaynağını salt sözleşme oluşturmaktadır.⁴⁷

Uygulamada görülen bu durumu olağan karşılıma olanak yoktur. Zira imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak İdarenin uyguladığı disiplin cezaları, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşıdığı, bir başka deyişle, her türlü cezada bir özgürlük kısıtlanması olduğu için imtiyaz sözleşmesi kaynaklı disiplin cezalarının da kanuna dayanması anayasal bir zorunluluktur.⁴⁸ Zira imtiyaz sözleşmelerinin ancak yasal sınırlar içerisinde yapılabileceği olanaklı olduğuna⁴⁹ göre söz konusu sözleşmeden kaynaklanan disiplin cezalarının verilmesi de ancak kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde olanaklı olacaktır.⁵⁰ Bu

⁴⁶ F. Moderne, La sanction administrative (éléments d'analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002, s. 486.

⁴⁷ Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 228.

⁴⁸ Anayasa'nın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında "suç ve cezada kanunilik" (nulum crimen nulla poena sine lege) ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükümlerinde "adli suç ve cezalar" ile "idari suç ve cezalar" arasında bir ayrım yapılmadığına göre idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanması anayasal bir zorunluluk oluşturmaktadır. İdari cezalar; İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ olup olmadığına göre halka yönelik idari ceza ve disiplin cezası olmak ikiye ayrılır. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari cezalarda İdare ile imtiyaz sahibi arasında özel bir bağ bulunduğuna göre bu tür cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına atlanması olanaklıdır. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi.

⁴⁹ Krş. Eisenmann, s. 35.

⁵⁰ Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi, 21 Temmuz 1983 tarih ve 66/1983 sayılı kararında da isabetli olarak belirttiği üzere İspanyol Anayasa'sının 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile bütün idari suç ve cezalarda uygulanacaktır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 229, 197-198 ve dn. 9. Bu karardan, idari sözleşmelerden ve bu meydana imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların kanunilik ilkesine tabi olduğu sonucuna ulaşmak kolaydır. Zira bir idari sözleşme tür olan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına atlanması olanaklıdır.

bağlamda imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari suç ve cezalarda anayasal nitelikteki kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için yasada veya yasada açıkça hüküm bulunması koşuluyla imtiyaz sözleşmesinde idari suç ve cezaların açık bir şekilde öngörülmesi gerekir.⁵¹ 1326 tarihli Kanun'da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların düzenlenmesi şöyle olsun bunlardan kavramsal olarak bile bahsedilmediğine göre ortada Anayasa'nın 38. maddesine bir aykırılık bulunduğu aşikârdır.⁵²

6. 1326 Tarihli Kanun Gereksinimleri Karşılammaktan Uzak, Yetersiz ve Günümüz Koşullarında Garip Düşen Hükümlere Sahiptir

1326 tarihli Kanun gereksinimleri karşılamaktan uzak, yetersiz ve garip hükümlere sahiptir. Örneğin, Kanun'un 7. maddesinde; imtiyazın sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devir olunacağından bahsedilmekte, 9. maddesinde ise Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunlarının, ekinde yer alan sözleşme ve ilgili evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunacağı ifade edilmiştir.

Dünyanın hiçbir ülkenin kanununda imtiyaz alacak şirketin "anonim" şirket statüsünde olması aranmamakta ayrıca yukarıda belirtildiği üzere söz konusu koşul Avrupa Birliği normlarına da aykırı

⁵¹ Krş. Eisenmann, s. 37. Ancak özellik gösteren bir durumda idari sözleşmede kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bu hal, kanunun kimi zaman kendi koyduğu koşullardan İdarenin ayrılmasına izin vermesi durumudur. Bu durumda idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemez. Krş. Eisenmann, s. 39. Böyle bir durumda idari sözleşmenin tarafı olan İdare ile karşı âkit karşılıklı özgür iradeleriyle idarenin ceza verebilme koşullarını belirleyebilir. Zira kanunun kendi koyduğu koşulların aksinin sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceğini kabul ettiğine göre taraflarca kararlaştırılan koşullara uyulmaması durumunda idarenin uygulamış olduğu ceza, kanunilik ilkesini ihlal etmiş sayılmaz. Daha açıkçası, böyle bir durumda İdarenin yasanın öngördüğü koşullardan farklı olarak ceza vermesini de kanun öngörmüş bulunmaktadır.

⁵² Aslında imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların açık bir şekilde düzenlenmesi anayasal bir zorunluluk oluşturmasının yanında İmtiyazın konusunu oluşturan kamu hizmetinin doğru bir şekilde yürütülebilmesi için imtiyaz sözleşmelerinde idari cezaya yer verilmesi yaşamsal bir önem taşımaktadır.

düşmektedir. Öte yandan imtiyaz sözleşmelerinin Meclis tarafından onaylanması koşulunun aranması da günümüz koşullarına aykırı düşmektedir. Nitekim 1924 Anayasa'sının 26. maddesinde "imtiyaz" sözleşmelerini onaylama yetkisi TBMM'ne verilmişken bu koşul 1961 Anayasası ile birlikte günümüz koşullarına uygun düşmediği gerekçesiyle kaldırılmıştır. Öte yandan Cumhuriyet döneminde yaşanılmasına karşın, bir kanun metninde Osmanlı anonim şirketinden ve Meclisi Mebusan ile Meclisi Ayandan bahsedilmesinin ne kadar bir garabet doğurduğu ortadadır.

II. İmtiyaz Sözleşmelerinin Özel Hukuka ve Adli Yargıya Tabi Tutulması

Yukarıda belirtildiği üzere 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkrayla; Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden, kısacası imtiyaz sözleşmelerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra yukarıda belirtildiği üzere çeşitli kanunlarla yapılan değişikliklerle köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetler özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir. Böylelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin hemen tümüne yakını özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmiştir. Özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından ise adli yargının görevli olacağı doğaldır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek bir sözleşmenin idari sözleşme olmaktan çıkarılarak özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve adli yargının görevli kılınması çeşitli açılardan sakıncalar taşınmaktadır. Bir kere özel hukuk kapsamına alınan yatırım ve hizmetlerin hemen hepsi ya merkezi idarenin ya da mahalli idarelerin ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının görev alanla-

rı içindeki kamu hizmetleri oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmesi sonucu, konusu herhangi bir etkinlik olmayıp tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşıladığı için kamu hizmeti olarak düzenlenen ve İdarece üstlenilen bir etkinlik olan sözleşmede, İdare ile sözleşmenin karşı tarafı özel kişi eşit konumda olacaktır. Böylelikle, yalnızca sözü edilen sözleşmenin niteliği değişmeyecek, aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin de uygulanması güç ve hatta olanaksız hale gelecektir. Daha açık bir deyişle, İdare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış iken, bu kez söz konusu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla İdare bu üstün yetki ve ayrıcalıklarından yoksun kalacaktır. Örneğin kamu hizmetlerine egemen olan ilkelere birisini idari sözleşmelerin değişkenliği ilkesi oluşturur. Bu ilke uyarınca İdarenin bir kamu hizmetini değişen koşullara uyarlama yetkisi bulunmaktadır. Bu ilkenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine uygulanması sonucu, İdarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tek yanlı iradesi ile değişiklikler yapma yetkisi vardır. İmtiyaz sahibi ise bu değişiklikler nedeniyle sözleşmenin mali dengesinin bozulması, bir başka deyişle, yükümlüklerinin artması halinde İdareden bir “karşılık” (tazminat) isteme hakkına sahiptir. Eğer şimdi olduğu gibi kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri sayılırsa, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları eşit konumda olduklarından ve tarafların birisinin iradesine ötekisine oranla üstünlük tanınamayacağından, diğer bir deyişle, sözleşmede yapılacak değişiklikler ancak tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşumu sonucu olacağından, İdare, sözleşme konusu olan kamu hizmetini yeni koşul ve durumlara uyarlayamayacak ve sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapamayacaktır. Aynı durum, İdarenin gene hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan ve imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi kullanabileceği tek yanlı fesih ve imtiyaz sözleşmesinde öngörülme dahi haiz olduğu denetim ve yaptırım uygulama yetkileri bakımından da geçerli olacaktır.⁵³

Kısacası, bir imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi sayılması, imtiyaz sözleşmesinin doğasına aykırılık oluşturmaktadır. Zira

⁵³ Bkz. Günay, İdare Hukuku, 2004, s. 323-324.

ancak imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme sayılması durumunda imtiyaz sahibi tarafından yürütülen kamu hizmetinde, kamu hizmetinin sonul sorumlusu olan İdarenin yakın gözetim ve denetimi söz konusu olacak ve bu denetim kamu düzenini sağlama amacıyla İdarenin özel faaliyetler üzerinde yaptığı kolluk denetimini aşmış ve içselleştirilmiş bir denetim niteliğini kazanacaktır. Örneğin tipik bir faaliyet olan lokanta işletmeciliğinde İdarenin denetimi kolluk denetimiyle sınırlı iken, bir imtiyaz sözleşmesinde İdarenin imtiyaz sahibi üzerinde uyguladığı denetim, çok daha geniş ve öze yönelik bir denetim niteliği taşır.⁵⁴

İmtiyaz sözleşmelerini özel hukuka tabi tutarak bu sözleşmeler bakımından doğacak uyuşmazlıklarda adli yargının görevli kılınması da isabetli olmamıştır. Gerçekten de idari sözleşmelerin kapsamı içerisinde imtiyaz sözleşmeleri bakımından idari yargının görevli kılınması işin doğası gereğidir. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" bakımından görevli yargı yerinin idari yargı yeri olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda Günday'ın İdarenin sözleşmeden tek yanlı işlemleri iptal davasına konu yapılabilmekte, buna karşın, sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ise tam yargı davası olarak nitelendirilebilir.⁵⁵

İdari yargıda geçerli olan gerek iptal davaları gerekse tam yargı davaları özel hukuk davalarından önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Her şeyden önce iptal davalarında amaç, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olup İdarenin sözleşmeler alanında olsa bile hukuka uygun olarak hareket etmesinde herkesin yararı bulunmaktadır. Öte yandan Danıştay'ın yaptığı gibi tam yargı davasını tazminat davaları olarak düşünüp tazminat davalarını da özel hukuktaki edim davalarına benzetmek doğru değildir. İptal davaları gibi tam yargı davaları da nesnel bir nitelik taşımaktadır. Zira nesnellik yalnızca davanın tazminata ilişkin sonucunun kimi ilgilendirmesiyle

⁵⁴ Krş. Ulusoy, Kamu Hizmeti, s. 31.

⁵⁵ Bkz. M. Günday, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003, s. 275.

ilgili bir konu olmayıp hukuka uygun bir İdarenin herkese sağlayacağı yararı ifade eder. Yine tam yargı davası; yargıcın, bir yargılamanın gerektirdiği bütün yetkileri kayıtsız ve koşulsuz olarak kullanması anlamını taşır. Görüldüğü üzere, gerek iptal davası, gerekse tam yargı davası, özel hukuktaki hiçbir dava türüne benzemeyen idare hukukuna ve idari yargıya özgü dava türleridir.⁵⁶

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargı organlarının görev ve yetkisine sokmak, hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Zira hukuk devleti ilkesini yaşama geçirebilmek bakımından iptal ve tam yargı davaları yaşamsal bir önem taşıdığı için imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı söz konusu davaların idari yargı içerisinde görülmesi daha uygun olacaktır.

Aslında imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme olarak kabul etmek ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları idari yargının görev alanına sokmak anayasal açıdan bir sorun doğurmaz. Zira Anayasa'nın 47. maddesine Ağustos 1999 tarihinde eklenen son fıkrada; İdare tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, bütün kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutan düzenleme Anayasanın bu hükmüne aykırı olacaktır. Diğer taraftan Anayasada yer alan söz konusu hüküm, tek tek sayılmak ve tüm kamu hizmetlerini kapsamamak kaydıyla, kanun koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir.⁵⁷

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde bütün imtiyaz sözleşmelerini doğası gereği idari sözleşme olarak kabul edip söz konusu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından idari yargıyı görevli kılan bir kanun, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olmayacaktır. Zira Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirme bakımından kanun koyucuya açık bir çek vermektedir. Kanun koyucunun bu çeki için doğasına uygun olarak kullanabilmek bakımından imtiyazla ilgili

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul, DPT Yayınları, Ankara 2008, s. 100-103.

⁵⁷ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti, s. 50.

olarak çıkartması gereken kanunda imtiyaz sözleşmelerini idari sözleşme olarak nitelendirmesi ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda idari yargıyı görevli kılması uygun olur.

III. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Geniş Boyutlu Bir Şekilde Tahkime Tabi Tutulması ve Tahkimle İlgili 4501 sayılı ve 4686 sayılı Kanunlarda Önemli Ölçüde Hatalar Yapılması

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, Ağustos 1999 yılında yapılan değişikle; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülebileceği,⁵⁸ milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği ifade edilmiştir.

İmtiyaz sözleşme ve şartnamelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak tanıyan bu anayasa değişikliği isabetli olmamıştır. Gerçekten de Günday'ın belirttiği üzere, tahkim bir özel hukuk kurumu olup yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözümlenebilir. Yazar, tahkim yolunda hakem veya hakemlerin böyle bir uyuşmazlığı çözümlerken tarafların karşılıklı çıkarlarını uzlaştırma yoluna gideceğini, idari uyuşmazlık ve davaların ise tarafların karşılıklı çıkarlarının uzlaştırılması yoluyla değil, nesnel hukuk kuralları ve kamu yararının esas alınarak çözümleneceğini, imtiyaz sözleşmesinin konusunun bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından yürütülmesi olduğunu, dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu yararını gerçekleştirmek için yapılacağını ve kamu yararının, sözleşmenin taraflarının çıkarları ile özdeş olmadığını, tahkimde esas olarak tarafların çıkarlarının gözetilerek bu çıkarlar arasında bir uzlaştırmaya gidileceğinden, tarafların çıkarları ötesinde kamu yararının gözetilmesinin pek düşünülemeyeceğini, bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin kamu yararının gözetilmemesine yol açabileceğini

⁵⁸ Anayasanın bu hükmünden yalnızca imtiyaz sözleşmeleri bakımından tahkime gidilebileceği, başka tür idari sözleşmeler örneğin iltizam sözleşmesinden dolayı (iltizam usulünün tanımı için bkz. Ulusoy, s. 38-39 dn. 47) tahkime gidilemeyeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

ifade etmektedir. Yazar, bu gerçeğe karşın, özellikle 1980'li yıllarda yoğun biçimde uygulamaya sokulan liberal ekonomi politikaları sonucunda, az gelişmiş ülkelerde kamu hizmeti niteliğindeki yatırımları imtiyaz sözleşmeleri akdederek yapan çok uluslu şirketlerin, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerleri tarafından ve kamu yararı ekseninde çözümlenmesinden hoşnut olmadıklarını ve bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi taleplerini gündeme getirdiklerini, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan söz konusu değişikliğin, Türkiye'de kamu hizmeti niteliğindeki yatırımları yapmak isteyen çok uluslu şirketlerin bu istemleri doğrultusunda gerçekleştirildiğini ifade etmektedir.⁵⁹

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında imtiyaz sözleşme ve şartnamelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu öngörülerek büyük bir hata yapıldığı gibi 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun yoluyla da önemli hatalar yapılmıştır. Bu hataları şu şekilde sıralamak olanaklıdır:

- 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru içermesi halinde milletlerarası tahkim yoluyla çözümünü için anlaşma yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu maddenin (c) bendinde; yabancılık unsuru alabildiğine geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, sözleşmeye taraf, kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik hükümlerine⁶⁰ göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygu-

⁵⁹ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 315-316.

⁶⁰ 4501 sayılı Kanunun "yabancılık unsuru" nun tayini bakımından ölçüt kabul ettiği 18.1.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 5.6.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde yabancılık unsuru a) doğrudan yabancı yatırımcı ve b) doğrudan yabancı yatırım olarak saptanmış ve bu yatırım türleri ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Kanunun 3. maddesinin (e) fıkrasında ise uyuşmazlıkların çözümü düzenlenmiş; özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği

lanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri mevcut ise yabancılik unsurunun varlığı kabul edilecektir. Görülüyor ki sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından birisinin, şirketteki hisse oranı en alt düzeyde olsa dahi, bu durum yabancılik unsurunun kabulü için yeterli olacağı gibi sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise gene yabancılik unsurunun kabulü gerekecektir.⁶¹ Bu hüküm nedeniyle, yapılacak kamu hizmeti imtiyaz

belirtilmiştir. Görüldüğü üzere madde metninde tahkim yanında arabuluculuk ve uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarına başvurulabileceği ima edilmiştir. Hâlbuki Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hükümlerle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri bakımından yalnızca "tahkim" öngörüldüğünden tahkim dışındaki diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulamaz. Krş. Karahanoğulları, s. 334. Bu nedenle 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) fıkrası Anayasaya aykırıdır.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 20.7.2000 tarih ve E. 2000/16, K. 2000/17 sayılı kararına konu olan olayda, 4501 sayılı Kanun'un yalnızca geçici 1. maddesinin 2. fıkrasına karşı iptal davası açılmış, bunun yanında, 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine karşı da iptal davası açılmıştır. İptal davası dilekçesinde; kaynak Fransız pozitif hukukunda, yabancılik unsuru içermeyen imtiyaz sözleşmelerinde dış veya iç tahkim şeklinde bütün tahkim şekillerinin yasak olduğu, uyuşmazlık ile devlet arasındaki temyiz uyuşmazlığının devlet yargısına bırakıldığı, Türk Anayasası'nın dış tahkimi ancak yabancılik unsuru taşıyan imtiyaz uyuşmazlıklarında öngörmesinin özel bir anlamının bulunduğu, bir iç uyuşmazlığın dış tahkime taşınmaya elverişli bir düzenlemenin Anayasayı deleceği, yabancılik unsurunun, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrası hükmünün amacı çerçevesinde dar bir şekilde tanımlanabileceği, Kanun'un yalnızca imtiyaz sözleşmesi kapsamında olan yabancılik unsurunu içermesi gerekirken, kredi sözleşmesi gibi bağlantılı ilişkilerin de bu alana aktarıldığını, bu yolla neredeyse her imtiyaz sözleşmesinin yabancılik unsuru ile ilişkilendirilebileceği, Anayasa'nın metni ve özünün bu anlayışa yabancı olduğu ifade edilmiştir. Dilekçede, ayrıca, tanımda, milletlerarası özel hukuk birikiminden de yararlanılmasının gerekli olduğu, iç tahkimi dolanmayı olanaksız kılacak, bu alanı çöktürmeyecek bir "yabancılik unsuru" tanımının Anayasa gereği olduğu, Kanun'un bunu başaramadığı, bundan da öte bilinçli bir Anayasa'ya aykırılık tercihinin söz konusu olduğunu, Anayasa değişikliğinin ilk taslağında her türlü uyuşmazlıklarda dış tahkim seçeneği öngörülürken Mecliste yapılan muhalefetle bu tutumun önlenmesine karşın 4501 sayılı Kanunun bu bendinin, Anayasayla sağlanamayan sonucu sağlamaya çalıştığı belirtilmiştir. Mahkeme söz konusu kararında bu savlara itibar etmeyerek; Türk hukukunda "yabancılik unsuru" nun gerek yargı kararları gerekse öğretilerde, bir hukuki işlem veya ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle bağlantılı olması halini ifade ettiğini, bu konuya karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında da ortak kabul görmüş bir tanıma rastlanmadığını, her ülkenin kendi ekonomik koşul ve değerlendirmelerine göre farklı kurallar benimsediğinin görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, kararda, iptali istenen (c) bendindeki tanımda yabancılik unsurunun ger-

sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılik unsuru bulunabilecek ve milletlerarası tahkim⁶² öngörülebilecektir.⁶³

4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri, Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılığı gösterebilmek açısından ilave birtakım açıklamaların yapılması uygun olacaktır. 4501 sayılı Kanun'un söz konusu bentlerinde yer alan kavram tespiti dolayısıyla tahkimin uluslararası niteliği, kamu

çekleşmiş sayılması koşullarından biri olarak "Sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması" koşulu öngörülerek dış tahkime götürülmesinin sınırlarının daraltıldığı, kanun koyucunun kamu hizmetlerinin gereklerini de gözeterek kullandığı takdir yetkisiyle bu tür işin niteliğinden kaynaklanan sınırlı durumlara özgü sözleşmelere de "yabancılik unsuru" bulunduğunu kabul etmesinin Anayasa ile çelişen bir yönünün görülmediği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. 9.11.2004 tarih ve 25638 sayılı R.G. Anayasa Mahkemesi kararının bu kısmı da bütünüyle isabetsizdir. 4501 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki bu tanım yüzünden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılik unsuru bulunabilecek ve milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilecektir. Hâlbuki tahkim yargılaması ayırksı bir durum olup asıl olan devlet yargılamasıdır. Anayasa Mahkemesi bu bendi Anayasa'ya aykırı görmeyerek söz konusu esasa aykırı davranmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yalnızca sınırlı bir şekilde milletlerarası tahkim yolu öngörülmesine karşın 4501 sayılı Kanunda yabancılik unsuru alabildiğince genişletilerek ve neredeyse her imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi uluslararası tahkime sokularak uluslararası tahkim yolu dışında kalan imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları bakımından doğabilecek uyuşmazlıklardaki idari yargının tekel niteliğindeki yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Nitekim Üstündağ'ın isabetli olarak belirttiği üzere, devletin mahkemelerinin bir yargılama tekeline sahip olduğu hallerde, hatta mahkemenin yetkisinin bir sözleşme ile tesis edilemediği durumlarda dahi konuya ilişkin geçerli bir tahkim sözleşmesinin akdedilemeyeceğini, bu bağlamda Almanya'da idare mercii ve mahkemelerinin görevli olduğu hallerde tahkime başvurulamayacağını belirtmektedir. Bkz. S. Üstündağ, Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 299. Anayasa Mahkemesinin söz konusu tutumu, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasının özüne aykırılık oluşturmaktadır.

62 Uluslararası tahkime bu ölçüde geniş başvurmayı gerektiren haklı bir neden de bulunmamaktadır. Gerçekten de Kalpsüz'ün belirttiği üzere, asıl sözleşmenin finansmanı için yabancı sermaye getirilmiş veya yabancı sermaye sağlanmasını temin için kredi ve/veya teminat sözleşmesi yapılmış olması koşulunun aranması, bütünüyle tahkimin dışında kalan, tahkime yabancı olan unsurlardır. Türk devletin mali sıkıntı içerisinde bulunduğu bir dönemde büyük altyapı yatırımlarının dış kaynaklı sermaye ile finanse edilerek gerçekleştirilmesini sağlamak için geçici bir süre için uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığı halleri belirleyen böyle bir ölçüte gereksinim olduğu ileri sürüle bile, aynı formülü her türlü uyuşmazlıkların çözümü için başvuru tahkimlere genişletmeyi gerektiren veya haklı gösteren bir neden yoktur. Bkz. Kalpsüz, s. 23.

63 Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 316.

hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadıklarına göre saptanacaktır. Bir başka deyişle, 4501 sayılı Kanun, uluslararası tahkimi, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin daha somut bir deyişle, istisna akdi, hizmet akdi, satış akdi gibi sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıması halinde kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Buna karşın, Anayasa'nın 125. maddesinde, tahkim yazınında egemen olan görüşe uygun olarak, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin değil, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, uluslararası tahkime başvurulabilmesinin şartı olarak konulmuştur. Bu bağlamda "asıl sözleşme" (contracté main) ile "uyuşmazlık" (désaccord) farklı kavramlardır. Daha açık bir deyişle, bunlardan ilki bir maddi hukuk kavramı, ikincisi ise usul hukuku ilişkileriyle ilgili bir husustur. Nitekim yollama yoluyla tahkimin kararlaştırılmış olması halinde, bu sözleşmelerin tarafları bile farklılık gösterir. Bunun gibi "asıl sözleşme" ile tahkim anlaşması da birbirinden bütünüyle farklı kategorilerde bulunmaktadır. Nitekim asıl sözleşmenin butlan ile geçersiz kılınması, tahkim anlaşmasının geçersiz kılınmasını gerektirmemektedir. Bu çerçevede uluslararası tahkimin kararlaştırılabileceği hallerin saptanmasına esas olan ölçüt bakımından 4501 sayılı Kanun açıkça Anayasa'ya aykırı düşmektedir.⁶⁴

- 4501 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen uluslararası tahkim tanımı, uluslararası gelişmelere de aykırı düşmektedir. Gerçekten de Uluslararası Ticaret Odası, uluslararası tahkimi "uluslararası nitelikteki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi" olarak tanımlamıştır. Daha açık bir deyişle, bu odanın yayımladığı "Uluslararası İş Uyuşmazlıklarına Uluslararası Çözüm" (International Solution to International Business Disputes, ICC Arbitration, Stockholm 1977, Publication No: 301) adlı raporunda uluslararası tahkimin ayrıntılı tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Uyuşmazlık uluslararası nitelikte olmalı ve bir iş ilişkisinden doğmalıdır. Tahkimin

⁶⁴ Kalpsüz, s. 9. Bir yazar, 4501 sayılı Kanun'daki Anayasa'ya aykırılık savını görmezlikten gelerek, yabancılık unsurunun oldukça geniş tanımlanmasının sakıncalarını önlemek üzere, yabancılık unsurunun oluşması için imtiyaz sözleşmesi imzalayan şirketteki yabancı ortak payının %50'yi geçmesi ve ayrıca, yabancı finansman koşulunun yabancılık unsurunun oluşması için tek başına yeterli olmasını salık vermektedir. Bkz. Z. Özbilgiç, Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru in Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 81 vd.

uluslararası doğası, tarafların farklı tabiiyette bulunmalarının zorunlu olduğu anlamında anlaşılabilir. Bununla birlikte aynı devletin tabiiyetinde bulunan iki kişi arasında farklı bir devlet ülkesinde yürütülecek bir iş için veya bir devletle yabancı bir şirketin şubesi arasında sözleşmecinin devletin ülkesinde iş görmek amacıyla yapılan bir sözleşme, konusu itibarıyla ulusal sınırlar dışına taşmış sayılır. Uluslararası Ticaret Odası tahkiminden çok farklı nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde faydalanılabilir. Bu tahkim kelimesinin dar anlamı ile iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara özgülenmiş değildir. Gelişme ve yatırım amacıyla yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da bu tahkime konu teşkil edebilir.⁶⁵

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere tahkimin niteliğini saptarken tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın değil, bizzat tahkimin özelliklerinden hareket etmek gerekir. Bir tahkimin uluslararası nitelik taşıdığı, ancak tahkim sürecinin yabancı bir hukuk düzeni ile ilişkili olduğunu gösteren bazı unsurlar içermesi halinde söylenebilir. Ancak bu suretle tahkimin niteliği, bizzat tahkimin özelliklerinden ve unsurlarından hareketle saptanmış olur. Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi, maddi hukuka ilişkin olduğundan tahkime yabancı bir nitelik taşır.⁶⁶

Görüldüğü üzere uluslararası tahkim tanımlanırken uluslararası alanda egemen olan görüş, tahkimin uluslararası niteliğinin, tahkim sürecinin yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile ilgisinin bulunup bulunmamasıdır. Zira ancak bu suretle tahkimin niteliği, bizzat tahkimin özellikleri ve unsurlarından hareketle belirlenebilmektedir. Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi, maddi hukuka ilişkin olduğundan tahkime yabancıdır. Bu nedenlerden ötürü 4501 sayılı Kanun'un yaptığı tanım, işi, daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir.⁶⁷

-4501 sayılı Kanun ile uluslararası tahkimi düzenleyen 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ulusal tahkimle ilgili 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında bütünlük ve ilişki sağlam bir şekilde kurulamamıştır.

⁶⁵ Nak., Kalpsüz, s. 2.

⁶⁶ Kalpsüz, s. 3.

⁶⁷ Kalpsüz, s. 9-10.

4501 sayılı Kanun'un 6. maddesinde bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkimle ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407. maddesinde bu kısımda yer alan hükümlerin, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 6100 sayılı Kanun'da yalnızca ulusal tahkime yönelik hükümlere yer verilmiştir. Gerçi 6100 sayılı Kanun 4686 sayılı Kanun'a yollama yapsa da az sonra anlatılacağı üzere 4686 sayılı Kanun ile 4501 sayılı Kanun arasında birtakım ilişkiler bulunduğundan ve her iki kanunda da uluslararası tahkime yönelik hükümlere yer verildiğinden 4501 sayılı Kanun'un 6100 sayılı Kanun'a yapmış olduğu bu yollama, işi oldukça karmaşıktır ve olayın bütünselliği ile tutarlılığı parçalanmıştır.

- 4501 sayılı Kanun ile 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun arasında da tutarlılık ve ilişki sağlam bir şekilde kurulamamıştır. 4501 sayılı Kanun'un az önce belirtilen 6. maddesinde bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un tahkimle ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 5718 sayılı Kanun'un özü bakımından anlaşılması gereken "yabancılık" unsuru ile 4501 sayılı Kanun metninde tanımlanan "yabancılık" unsuru bütünüyle birbirinden farklı olduğundan 5718 sayılı Kanun'un tahkimle ilgili hükümlerine yollama yapılması isabetsiz olmuştur. Gerçekten de 5718 sayılı Kanun bakımından anlaşılması gereken "yabancı unsur" (foreign element) ile Türk hukukunun dışında başka bir hukuk sistemi ile olan bağlantı ifade edilir. Bu çerçevede, örneğin, sözleşme yabancı ülkede kurulmuş veya orada icra edilecekse, haksız fiil mahkemenin bulunduğu ülke dışında işlenmişse, uyuşmazlık konusu mal başka bir ülkedeysse, taraflar Türk vatandaşı değilse olay veya işlemde yabancı unsurun bulunduğu kabul edilir.⁶⁸ Görüldüğü üzere 5718 sayılı Kanun bakımından aranan yabancılık unsuru özgün bir nitelik gösterdiğinden ve bu kavram ba-

⁶⁸ A. Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, İÜHFY No. 690, İstanbul 1984, s. 6.

kımından düzenlenen tahkim hükümlerine yollama yapılması olayın bütünselliği ve tutarlığının kaybolmasına yol açmıştır.

4501 sayılı Kanun'la 4686 sayılı Kanun arasındaki kopukluk ve dağınıklık daha açık bir şekilde göze çarpmaktadır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 5. fıkrasında; 21.02.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılik unsurunun bulunduğu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin de bu Kanuna tabi olduğu ifade edilmesine karşın aynı Kanunun 2. maddesinin son fıkrasında; 4501 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Görüldüğü üzere 4686 sayılı Kanun; bir yandan 4501 sayılı Kanun kapsamı içerisine alırken diğer yandan anılan kanunu saklı tutmuştur. Bu durumda 4501 sayılı Kanun'un saklı tutulan hükümlerinin, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğup da yabancılik unsurunu içermeyen uyuşmazlıklar olduğu savunulsa da⁶⁹ yukarıda belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun yabancılik unsurunu oldukça geniş bir şekilde tanımladığından ve bu geniş tanım yüzünden neredeyse bütün imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar uluslararası nitelik taşıyacağından işler oldukça karmaşık ve işin işinden çıkılmaz bir hale gelmiştir.

-4686 sayılı Kanun'un "Son Hükümler" başlıklı Yedinci Bölümünün "Uygulanmayacak ve Kaldırılan Hükümler" başlığını taşıyan 17. maddesinin 2. fıkrasında, 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı hükme bağlanmıştır. 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesinde hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizi düzenlenmekteydi. 4686 sayılı Kanun'un bir yandan 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesini kaldırması, diğer yandan ise 2. maddesinin son fıkrasında 4501 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutması bir kargaşa ve karmaşaya yol açtığı gibi 4686 sayılı Kanun'un açık ve kararlı bir hedefinin olmadığını da gösterir.

-4686 sayılı Kanun'la, 4501 sayılı Kanun'un hakem kararlarının temyizi, tanınması ve tenfizi ile ilgili 5. maddesinin kaldırılması ha-

⁶⁹ Kalpsüz, s. 23.

kem kararlarının temyiz ve tenfizi bakımından tam anlamıyla bir kargaşa ve karmaşa yaratmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunan 6. maddesine göre bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'unun (MÖHUK) tahkimle ilgili hükümleri uygulanacaktır. Buna göre kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yabancılık unsurunu içeren uyuşmazlıklar dışında kalan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi sonucunda verilmiş olan hakem kararlarının temyizi ve tenfizi, HMK ile MÖHUK'a tabi olacaktır. Bir başka deyişle, bu tip hakem kararlarına karşı 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre yalnızca asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açılmayacaktır. Bu kararlar, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesine göre tahkim yerindeki mahkemede iptal davasına konu olabilecek, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı ise Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilecek, temyiz yoluna başvurulması ise iptal davası hakkında verilen kararın icrasını durdurmayacaktır.

Az önce belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunan 6. maddesinin saklı tuttuğu bir başka kanun, MÖHUK'tur. MÖHUK bağlamında eğer bir hakem kararı, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş, diğer bir deyişle, yabancı hakem kararı vasfını taşıyor ise, 5718 sayılı MÖHUK'un 51. maddesine göre tenfiz talebiyle asliye hukuk mahkemesine başvurulabilecek, 57. maddesine göre ise tenfiz isteminin kabulü veya reddi yönünde verilen kararların Yargıtay'da temyizi talep edilebilecektir. Bu durum tam anlamıyla bir kargaşa ve karmaşa doğuracaktır.

Gerçekten de 4686 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde, 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin yabancılık unsurunu tanımlayan hüküm neredeyse aynen tekrarlanmıştır.⁷⁰ Bu çerçevede 4686 sayılı Kanun'un koyduğu ölçüte göre

⁷⁰ Neredeyse aynen tekrarlanan bu düzenlemelerin Türkçe dilbilgisi kuralları açısından başarılı olduğu da söylenemez. Daha açık bir deyişle, 4628 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendinde yabancılık unsurunun oluşması koşulu olarak "tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından (!) en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmelerin yapılmasının gerekli olması" aranmaktadır. Her şeyden önce bu bendin Türkçesini anlamak kabil değildir. Bendin metninden kimin yabancı sermaye getirmesinin gerekli olduğu anlaşılır.

imtiyaz sözleşmesi ile ilgili yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözümleyen bir hakem kararı yalnızca iptal davasına konu olabilecek, MÖHUK anlamında yabancı hakem kararı ise hem iptal davasına hem de temyiz incelemesine tabi olacaktır. Çelişki taşıyan bu ayrımın haklı ve mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması için Kalpsüz'ün belirttiği üzere 4501 sayılı Kanun'un 5. maddesinin değil, 6. maddesinin de kaldırılması ve tüm kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün 4686 sayılı Kanun'a tabi kılınması uygun daha olurdu.⁷¹

Aslında Türkiye'de uluslararası tahkim genel olarak düzenlenmeden bunun çok sınırlı ve belirli bir kısmını oluşturan kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yabancılık unsurunu içeren uyuşmazlıklara ilişkin uluslararası tahkimin düzenlenmesi oldukça hatalı olmuştur. Anayasa'da ve 4501 sayılı Kanun'da "parça" niteliğinde düzenlenen uluslararası tahkim, iç tahkim hakkında sevk edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabi kalmakta devam etmiş, bunun sonucunda uluslararası tahkimin tabi olacağı düzen bütünlük ve uyumdan uzak kalınmıştır. Kanun koyucu tarafından önce genel olarak uluslararası tahkimin düzenlenmesi, daha sonra bu genel düzenlemede benimsenen prensiplerin ve çözümlerin ışığı altında yalnızca farklı şekilde düzenlenmesi gereken noktalara özgü olmak üzere kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşmaları ve sözleşmelerinden doğan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara ilişkin tahkim hükümlerinin sevkı gerekirdi. Normal olarak izlenmesi gereken bu usule uyulmaması sonucunda uluslararası tahkimi düzenleyen hükümlerin sistematik, tutarlı ve özü bakımından Türkiye'nin

lamamaktadır. Asıl sözleşmeye taraf olan şirket mi, yoksa o şirketin ortaklarından biri mi? Eğer ortaklardan biri kastediliyorsa bunun Türkçe dilbilgisi kurallarına uygun olarak "şirketin ortaklarından en az biri" şeklinde ifade edilmesi gerekir. Bu takdirde ise neden şirketin ortaklarından en az birinin yabancı sermaye getirmiş olması bile yeterli gelirken bizzat imtiyaz sözleşmesini imzalayan şirketin yabancı sermaye getirmesinin metne dâhil olmadığını açıklamak kolay değildir. Bu bent hükmü, Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası ile saklı tutulmuş bulunan 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "yabancılık unsuru"nu tanımlayan hükmün, son derece bozuk Türkçesinin kısmen düzeltilerek ve yabancı ortağın taraf olması gereken "sözleşme" kavramının açıklanarak tekrarlanmasından öteye gidememektedir. Kalpsüz, s. 22-23.

⁷¹ Kalpsüz, s. 24.

somut gereksinimlerine uygunluğu ile isabetliliği sağlanamamıştır.⁷² Bu çerçevede öncelikle uluslararası tahkimi düzenleyen bir kanunun çıkartılması, imtiyaz sözleşmeleri hakkında çıkartılması gereken kanunda ise tahkim bakımından farklı ve özgün noktalar bakımından düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Ayrıca, Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere, tahkim yöntemi, sınırlı bir şekilde, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilir. Buna karşın, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin İdarece tek yanlı olarak feshedilmesi halinde, tek yanlı fesih işlemi sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve tek yanlı bir işlem olduğundan bu işlemin iptali istemiyle açılacak olan bir davanın görevli idari yargı merciinde karara bağlanması gerekir.⁷³

Aslında, tahkimin geniş kapsamlı tutulması işin doğasına aykırıdır. Zira imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasının İdare tarafından birçok tek yanlı işlemin tesis edilmesini de gerekli kılmakta ve idari yargı dışında bir yargı yeri, söz konusu bireysel işlemleri iptal edemeyeceği için tahkim yargılaması etkin bir yargılama olamayacak ve daha büyük sorunlara yol açabilecektir. Gerçekten de hakemler yalnızca sözleşme hükümlerini yorumlayıp çıkan uyuşmazlıklarda hangi tarafın haklı olduğuna karar verecek olup, haksız gördüğü tarafı tazminat ödemekle yükümlü tutabilecek ancak sözleşmeye ilişkin olarak İdare tarafından yapılan tek yanlı işlemleri iptal edemeyecektir. Yine ayrılabilir işlem kuramı gereğince örneğin İdarenin uyuşmazlığı tahkime götürme kararı gibi İdarenin tek yanlı işlemleri ile örneğin üçüncü bir kişinin sözleşmenin iptaline ilişkin olarak açtığı dava gibi imtiyaz sözleşmesine karşı üçüncü kişilerin açtıkları davalar idari yargıda görüleceği için idari yargı tarafından verilecek bir iptal kararı oldukça büyük sorunlara yol açabilecektir.⁷⁴

İmtiyaz sözleşmeleri konusunda çıkartılması gereken kanunda tahkimin kapsamının oldukça dar tutulması amaca uygun olacaktır. Ayrıca mevcut düzenlemelerde tahkimin geniş kapsamlı tutulması

⁷² Kalpsüz, s. 10.

⁷³ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317.

⁷⁴ Bkz. Ulusoy, s. 156.

yüzünden Anayasa'ya aykırı birtakım durumlar bulunmaktadır. Bu konuya hemen aşağıda ayrıntılı bir şekilde temas edilecektir.

IV. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Tahkime Tabi Tutulmasını Öngören Düzenlemelerde Anayasaya Aykırılıkların Bulunması

Yukarıda belirtildiği üzere 4686 sayılı Kanun'un koyduğu ölçüte göre imtiyaz sözleşmesi ile ilgili yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözümleyen bir hakem kararı asliye hukuk mahkemesinde iptal davasına konu olabilecek, MÖHUK anlamında yabancı bir hakem kararı ise asliye hukuk mahkemesinde iptal davasına ve Yargıtay'da temyiz incelemesine tabi olacaktır. Yine HMK anlamında milli hakem kararı da tahkim yerindeki mahkemede iptal davasına konu olabilecek, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı ise Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilecektir. Yine yukarıda anlatıldığı üzere 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, Danıştay ilk derece mahkemesi olarak, tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları⁷⁵ karara bağlamakla yükümlü kılınmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine tahkim koşulu konulmamış ise bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da; tahkim koşulu konulmuş ise hakem heyeti önünde çözümlenecek ve gerek milli hakem kararlarının gerekse milletlerarası hakem kararlarının tenfiz mercii Yargıtay olacaktır. Aynı nitelikteki bir sözleşmede tahkim koşulu bulunduğu son sözü adli yargının, tahkim koşulu konulmadığında ise son sözü idari yargının söylemesi açık bir çelişki olduğu gibi bu çelişkiyi haklı kılacak herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Bu hükümler yoluyla "görev" gibi kamu düzeni ile ilgili bir konu, sözleşmenin taraflarının iradesine göre belirlenmesine olanak tanınmaktadır. Türkiye gibi idari rejimi, daha açık bir deyişle adli idari yargı ayrımını benimsemiş olan bir ülkede kamu hizmeti im-

⁷⁵ İdari sözleşmeler bağlamında idari davalar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde tanımlanmıştır.

tiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri gibi idare hukuku ilke ve kurallarına tabi bir sözleşmeden kaynaklanan ve idari nitelikte olduğunda kuşku bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında son aşamada adli yargının söz sahibi olması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.⁷⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların yasal düzenlemelerle adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur.⁷⁷

Anayasa'ya aykırı düşen başka bir husus, Danıştay Kanunu'nun yukarıda belirtilen 24. maddesidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla öngörülebileceği belirtilirken kastedilen husus, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak tahkim şartının konulabileceği ve bu durumda tarafların bu yola başvurabileceği ve bunun idari dava kapsamı dışında tutulacağıdır.⁷⁸ Hâlbuki Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar" ibaresi, yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıkları kapsamamakta, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden dolayı üçüncü kişilerin açabileceği davaları da kapsamaktadır. Karahanoğulları'nın isabetli olarak belirttiği Fransız idare hukukuna nazaran Türk hukukunun ileriliği olan sözleşmeye karşı iptal davası, sadece taraflarca değil, "menfaat bağı kuran ilgili kişiler" tarafından da açılabilmektedir. Yazar, sözleşmede tahkim şartı öngörülmüş olmasının, sözleşmenin hukuka aykırılığını ileri süren kişiyle ilgisinin bulunmadığını, sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında

⁷⁶ Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317. Aslında idari şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, diğer idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu yüzden nasıl ki İdarenin diğer işlemleri bakımından idari yargı yolu dışında başka bir yargı yolu öngörmek Anayasaya aykırı olduğu gibi idari sözleşmelerden, bu bağlamda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için idari yargı yolundan başka bir yargı yolu (burada söz konusu edilen adli yargı) öngörmek Anayasaya aykırıdır. İdari işlem niteliği taşıyan idari şartlaşma ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda son sözü adli yargının söylemesinin Anayasanın 157. maddesinin 1. fıkrasına aykırılığı konusunda ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. M. Günday, İdari Yargının Görev Alanınının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997, s. 347-358.

⁷⁷ Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 317 dn. 13'te belirtilen kararlar.

⁷⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari sözleşmeler bağlamında idari davaları tanımlayan yukarıdaki 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde kastedilen husus da Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında kastedilen hususla özdeşdir. Krş. Karahanoğulları, s. 333-334.

çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan tahkim yoluyla, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetlenmesinin farklı şeyler olduğunu, sözleşmeye konulan hükümlerle (tahkim şartı) sözleşmeye taraf olmayan kişilerin anayasal hak arama yollarının ortadan kaldırılmasının olanaklı olmadığını, tahkim şartının ancak sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklar için geçerli olabileceğini belirtmektedir.⁷⁹ Bu çerçevede imtiyaz sözleşmeleri konusunda çıkartılması gereken yeni kanunda söz konusu anayasal aykırılıkların giderilmesi uygun olacaktır.

V. İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Kapsamının Dar Tutulması

Yukarıda yapılan imtiyaz tanımından anlaşılacağı üzere bir kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesi, kısacası kamu hizmetlerinin yürütülmesi, imtiyazın konusunu oluşturur. İmtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden birisi olsa da söz konusu hizmetin yürütülmesini özel bir kişiye devredilmesini konu alan sözleşmelerin temel norm olarak imtiyaz sözleşmeleriyle sağlanması gerekir.

Ancak uygulamada bu esastan önemli ölçüde sapılmaktadır. Bu sapmanın temel göstergelerinden en önemlisini enerji alanı oluşturmaktadır. Yasa koyucu enerji kaynaklarının işletilmesi bakımından imtiyaz sözleşmesi usulü yerine tek taraflı bir idari işlem olan ruhsat usulünü tercih etmiştir. Gerçekten de 4.6.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu, belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunabilmesi için "arama ruhsatı", işletme faaliyetlerinin yürütülmesi için "işletme ruhsatı", bir madenin işletmeye alınabilmesi için "işletme izni" belgelerinin alınmasını şart koşmuştur. 30.5.2013 tarih ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, petrol arama faaliyeti yapılması için "arama ruhsatı", petrol üretim faaliyeti yapılması için "işletme ruhsatı" belgelerinin alınmasını şart koşmuştur. 14.3.2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu da yukarıda belirtildiği üzere 4. maddesinde elektrik üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetleri bakımından ruhsat usulünü öngörmüştür.

⁷⁹ Karahanoğulları, s. 334.

Kanun koyucunun enerji kaynakları bakımından “ruhsat (izin, lisans) usulü”nü tercih etmesi son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de Karahanoğulları’nın belirttiği üzere ruhsat usulü, kolluk faaliyetlerinde, bir başka deyişle, İdarenin kamu düzenini koruma hizmetinde kullanılan bir yöntemdir. Yazar, ruhsat usulünde kamu hizmetinin değil, özel alanının söz konusu olacağını, İdarenin özel alanının maddi düzenini sağlama ödevini, denetimler yaparak, kimi faaliyetleri izne bağlayarak, bir başka deyişle, kolluk yetkisini kullanarak yerine getireceğini, kolluk hizmetinin üzerinde gerçekleştiği alanın özel girişim alanı olduğunu, bu nedenle, kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden ruhsat veya izin usulünün kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, ruhsatın, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel sektöre bırakılması yöntemleri arasında kabul edilmesi durumunda çelişkiden kurtulmak için “kolluk yetkisinden kaynaklanan ruhsat” ile “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan ruhsat” ayrımına gidildiğini, bu bağlamda, özel teşebbüs tarafından kurulan bir elektrik santraline ruhsat verilmesiyle, özel girişimcinin açacağı bir otomobil fabrikasına ruhsat verilmesi arasında bir fark görülmediği anlayışının benimsendiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, söz konusu anlayışın doğru olmadığını, elektrik enerjisi üretiminden son tüketiciye ulaştırılmasına kadar tüm aşamaların, çeşitli adlar alan kamu kurum ve kuruluşlarının görevleri ve tekelleri altına alındığını, bir başka deyişle, kamu hizmeti olarak devletçe üstlenildiğini, elektriğin özel girişimin asıl alanı değil, kamu hizmeti alanı olduğunu, bu alanda toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimini yerine getirecek olan özel teşebbüslerin, tekel, kamulaştırma, alım güvencesi, tek yanlı fiyat belirleme gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanacağını, bu nedenle artık özel girişim alanı özgürlüğünün söz konusu olmadığını, özel alanların kamu düzenini sağlamak amacıyla idarece düzenlenmesinin aracı olan ruhsat düzenlemesinin kural olarak burada geçerli olmaması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁰

Aslında, enerji kaynakları bakımından ruhsat veya izin usulüne başvurulması, Anayasa’nın 168. maddesine de açıkça aykırıdır. Anayasa’nın bu maddesine göre “Tabii servet ve kaynaklar Devletin

⁸⁰ Karahanoğulları, s. 324-325.

hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletilmesinin, Devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek veya tüzel kişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.”

Anayasa'nın bu hükmü çerçevesinde gerek maden, gerek petrol gerekse elektrik işleri⁸¹ Anayasa'nın 168. maddesinin kapsamı içerisindedir. Anayasa'nın 168. maddesinin kapsamı içerisinde bulunan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı yine bu maddenin gereği olarak gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Yukarıda görüldüğü üzere ruhsat veya izin usulü ancak özel faaliyet alanı için geçerli olabileceğinden maden,⁸² petrol⁸³ ve elektrik işlet-

⁸¹ Zira elektrik doğal servet ve kaynaklar yerinde kullanılarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elde edilir.

⁸² Nitekim Danıştay da haklı olarak madenlerin ancak imtiyaz sözleşmesi ile işletilebileceği kanısındadır. Örneğin, Danıştay Genel Kurulu'nun 24.10.1974 tarih ve E. 974/33, K. 974/62 sayılı kararında; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerden kişilerin yararlanması için izin verilmesi şeklinde tanımlanabilecek olan maden işletme imtiyazlarının idari sözleşmelerin bir türü olduğundan kuşku duyulamayacağı, esasen öğretide bunun imtiyaz sözleşmelerinin en tipik örneğini teşkil ettiği noktası üzerinde birleştiğini belirtmiştir. Nitekim Tan'ın belirttiği üzere kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme imtiyazlarının da birer idari sözleşmeye dayanması, işletme imtiyazı sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay incelemesinden (mevcut durumda Danıştay'ın görüşünün alınması) geçirilmesi ve imtiyazın Bakanlar Kurulu kararı ile verilmesi, yine kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme haklarının da sahiplerine geçici işgal ve kamulaştırma gibi idari usullerden ve kamu gücünden yararlanma yetkisi vermesi, imtiyaz süresi sonunda bazı tesislerin bedelsiz Devlete intikal etmesi, maden işletme hakları (işletme ruhsatname ve imtiyazları) ile kamu hizmeti imtiyazları arasındaki diğer ortak noktaları oluşturmaktadır. Bkz. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 311-312.

⁸³ Kanun koyucu petrol işletme bakımından ruhsat veya izin usulünü öngörmesine karşın bir başka yeraltı kaynağı olan kaplıcalar bakımından kira veya imtiyaz sözleşmesi usulünün uygulanacağını öngörmektedir. Gerçekten de 26.6.1939 tarih ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında Yalova Termal kaplıcalarının gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralanmak ya da restore et-işlet-devret usulü ile devredilmek suretiyle işletilebileceği belirtilmiştir. Burada bahsedilen restore et-işlet-devret usulünün imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu açıktır. Yukarıda belirtildiği üzere klasik anlamda imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak İdarenin gözetim ve de-

me⁸⁴ faaliyetleri gibi doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi ancak belirli süreli imtiyaz sözleşmesi⁸⁵ yoluyla özel kesime bırakılabilir.

Kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime bırakılması ise işin doğasına aykırı olduğu gibi idari yargının görev alanına haksız bir sınırlandırma anlamını taşır. Bir kere kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yapılan sözleşmeler “özel hukuk sözleşmesi” kapsamına alınsa bile sözleşmenin karşı âkidine kamu gücüne dayanan kimi yetkilerin tanınması kaçınılmaz olduğu gibi hizmetin düzeni ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesi bakımından İdareye denetim ve gözetim yetkisinin tanınması da kaçınılmazdır. Bu hususlar ancak imtiyaz sözleşmesi ile kararlaştırılabileceğinden, aksine bir deyişle, özel hukuk sözleşmesinin doğası, söz konusu yetkilerin tanınmasına olanak tanımayacağından kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi işin doğasına aykırıdır.

netimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesidir. Restore et-işlet-devret usulü imtiyaz sözleşmesinin sayılan tüm niteliklerini taşımaktadır. Kanun koyucu bir başka yeraltı kaynağı olan yeraltı suları bakımından ise kira yöntemini öngörmektedir. Bu bağlamda 16.12.1960 tarih ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 3. fıkrasında; kuyu açan kimsenin, bulunan suyun ancak kendi faydalı gereksinimlerine yetecek miktarını kullanmaya yetkili olduğu, bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı sularının, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının il özel idarelerince kiraya verileceği belirtilmiştir. Kiralama usulü ancak Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan kaynaklar bakımından geçerli olabileceğinden Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının kiraya verilmesi doğru değildir. Bu bağlamda doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi bakımından doğru ve etkili yöntem imtiyaz sözleşmesidir. Burada yapılan açıklamalardan kanun koyucunun doğal kaynak ve servetlerin işletilmesi bakımından açık ve net bir tutumunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararında da belirtildiği üzere elektrik üretebilmek için doğal servet ve kaynakların ya yerinde kullanılması ya da onlardan yerinde yararlanılması gerekir. Bu yüzden elektrik üretimi faaliyetleri de Anayasa’nın 168. maddesinin kapsamına girer.

⁸⁵ Maden, petrol ve elektrik işleri gibi enerji alanları kamu hizmeti olmasına karşın imtiyaz sözleşmesi dışında tutulmasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “imtiyaz” sözcüğünün “kapitülasyonlar” ile çağrışım yapması; ikincisi ise başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülmüş bulunan “usul” kurallarının dışlanması arzusudur. Krş. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 318-319.

Öte yandan idare hukukunun ve bu bağlamda idari yargının görev alanı belirlenirken üç ölçüte başvurulur. Bunlar; kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütleri ile özel hukuktan farklı bir düzenleme gerektiren konu ölçütüdür.⁸⁶ Bu ölçütlerin tümü bakımından imtiyaz sözleşmesi idari yargının görev alanına girmektedir. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesinin yapılması ve yürütülmesi esnasında kamu gücünün kullanılması gerekmektedir. Üstelik yalnızca İdareye değil imtiyaz sahibine de hizmetin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayabilmek için kamu gücüne dayanan kimi yetkiler (kamulaştırma, ücret belirleme gibi) tanınmaktadır. Bu bakımdan kamu gücü ölçütü bakımından imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Öte yandan, çeşitli defalar belirtildiği üzere imtiyaz sözleşmelerinin konusunu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin bir özel kişiye bırakılması oluşturduğundan kamu hizmeti ölçütü bakımından da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekmektedir. Özel hukuktan farklı bir düzenleme gerektiren konu ölçütü bakımından da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Bu ölçüt çerçevesinde kamu gücü ile ilişkili konular ile İdarenin kamu gücüne dayanarak yaptığı işlem ve yürüttüğü faaliyetler ve İdareye özel kişilere oranla üstünlükler veya ayrıcalıklar tanınmasını ya da daha ağır yükümlülükler yüklenmesini gerektiren konuların idare hukuku tarafından düzenlenmesi gerekir.⁸⁷ İmtiyaz sözleşmesi söz konusu ölçüt bakımından da tüm koşulları bünyesinde taşıdığından bu sözleşme bakımından doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Nitekim aşağıda değinileceği üzere Avrupa Birliği de imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk tarafından düzenlenmesini uygun bulmayarak konu hakkında özel bir direktif çıkartmış ve üye ülkelerin söz konusu direktife uyum sağlamasını istemiştir.

Burada acaba Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerinden bütün uyuşmazlıkların özel hukuk kapsamından çıkartılmasının olanaklı olup olmadığı sorusu sorulabilir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere Anayasa'nın 47. maddesine 13 Ağustos 1999 tarihinde eklenen 4. (son) fıkrayla; Devlet, kamu iktisadi te-

⁸⁶ Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günay, İdare Hukuku, 2004, s. 29-32.

⁸⁷ Bkz. Günay, İdare Hukuku, 2004, s. 31.

şebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmiştir.

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk kapsamından çıkartılmasına ve dolayısıyla söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesine engel oluşturmamaktadır. Aslında Anayasa'nın bu hükmü çerçevesinde tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulması olanaklı değildir. Ulusoy'un isabetli olarak belirttiği üzere Anayasa'nın söz konusu hükmü kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulması bakımından bir sınır getirmiştir. Yazar, İdare "tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin" özel hukuk rejimine tabi tutulacağını yasa koyucunun belirleyeceğinin hüküm altına alınması, bu faaliyetlerden en azından bir bölümünün bu rejim dışında, daha açık bir deyişle, kamu hukuku rejiminde gördürüleceği anlamını taşıyacağını belirtmiştir.⁸⁸ Dikkat edileceği üzere Anayasa'nın bu hükmünde bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulabilmesi bakımından kanun koyucuya takdir yetkisi verilmiştir. Kamu hizmetlerinin bütünüyle özel hukuk rejiminden çıkartılması, kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde kalacağından Anayasa'nın söz konusu fıkrasına aykırı bir durumun olmadığını düşünmekteyiz.

VI. Anayasanın Zorunlu Olarak Kamu Hukuku Rejimine Tabi Tuttuğu Asgari bir Kamu Hizmeti Alanının Gösterilmesinin Gerekliliği

Türk pozitif hukukunda özel kesime devredilemeyecek nitelikte anayasal kamu hizmetleri kategorisi açık bir şekilde belirlenmemiştir. Bu sorun Fransa'da da yoğun bir tartışmaya yol açmış ve gerek yargı içtihatları gerekse öğreti anayasal kamu hizmetleri konusunda incelemeye girişmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 25-26.6.1986 tarih ve 207 sayılı kararında,⁸⁹ "gerekliliği anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynak-

⁸⁸ Ulusoy, s. 49.

⁸⁹ Fransız Anayasa Konseyi'nin 18.9.1986 tarih ve 217 sayılı kararında "anayasal ni-

lanan ulusal kamu hizmetleri” kavramına odaklanılmıştır. Karara konu olan olayda kanun tarafından bir liste öngörülerek özelleştirilecek kamu hizmetleri saptanmıştır. Konsey, söz konusu kararında “anayasal değerdeki ilke ve kurallardan kaynaklanan belirli ulusal kamu hizmetleri” ve “varlığı ve işleyişi Anayasa tarafından zorunlu kılınan kamu hizmetleri”nin devletin egemenliğinden çıkarılarak özel kesime devredilemeyeceği, bir başka deyişle, anayasal ilke ve kurallardan kaynaklanan kamu hizmetlerinin, anayasa değişikliği yapılmadan yürütülmesinin özel kesime bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Konsey, koyduğu ilkeleri somut olay temelinde inceleyerek özelleştirmeye ilgili söz konusu kanunda bu tür bir kamu hizmetinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁰

Fransız Anayasa Konseyi’nin söz konusu kararında anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratılmış olmakla birlikte, bunun kapsamına nelerin girdiği saptanmamıştır. Fransa’da, bundan da öte, ne mevzuatta ne de mahkeme içtihatlarında nelerin anayasal kamu hizmeti olduğuna ilişkin bir saptama bulunmaktadır. Bununla birlikte Konseyin bu kararından nelerin anayasal kamu hizmeti olmadığına ilişkin bir çıkarımda bulunmak olanaklıdır. Gerçekten de inceleme konusu kanunun listesinde çoğu bankacılık ve sigortacılık sektöründe faaliyet gösteren 65 kuruluşun gördüğü hizmetlerin anayasal kamu hizmeti olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu karardan genel sınai veya ticari kamu hizmetlerinin kapsam dışında olduğuna, anayasal kamu hizmetlerinin kural olarak idari kamu hizmetleriyle ilgili olduğu sonucuna ulaşmak olanaklıdır.⁹¹

Fransız öğretisinde ise anayasal kamu hizmetlerinin, ulusal egemenliğin kullanıldığı kamu hizmetleri ve Anayasa’daki ekonomik ve sosyal hakları kapsayan isteme hakları olmak üzere iki kaynağının bulunduğu esas kabul edilmektedir. Bu bağlamda ulusal savunma, dış ilişkiler, iç güvenlik gibi devletin ulusal egemenlik yetkisini kullanma aracı olan kamu hizmetlerinin birincisinin kapsamında olduğu, bunların dışındakilerin ise ikincisinin kapsamında olduğu görüşü

telikte düzenlemelerde temelini bulan kamu hizmeti, 7.1.1988 tarih ve 232 sayılı kararında ise “Anayasa tarafından gerekli kılınan kamu hizmeti” kavramı üzerine odaklanılmıştır. Bkz. Karahanoğulları, s. 264.

⁹⁰ Bkz. Karahanoğulları, s. 264-265.

⁹¹ Bkz. Karahanoğulları, s. 265.

savunulmaktadır. Kimi yazarlar ise 1958 Fransız Anayasası'nın, 1946 Anayasası'nın Başlangıç Hükümlerini benimsediğine göre Başlangıç Hükümlerinin 9. Paragrafında "işletilmesi milli bir kamu hizmeti ya da fiili bir tekel niteliğinde olan ya da bu niteliği kazanan işletmeler ve mallar toplumsal mülkiyet konusu olur" hükmüne dayanarak eğitim, sağlık ve sosyal güvenliğin de anayasal kamu hizmetleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.⁹²

Fransız öğretisi anayasal kamu hizmetlerinin kapsamını geniş yorumladığı durumlarda bir ayrıma giderek "özelleştirilememe" özelliğini yalnızca devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı olan kamu hizmetleriyle sınırlandırma eğilimi taşımakta, bir başka deyişle, anayasal kamu hizmetlerinin kapsamı genişlediği oranda özel kesime devredilmezlik özelliğinin azaldığı görüşünü benimsemektedir. Bununla birlikte öğretilerde, devletin egemenlik yetkisinin kullanılmasının aracı olan anayasal kamu hizmetlerinin bile devletin denetim olanağı korunduğu sürece özel kesim tarafından yürütülebileceği görüşünü savunanların da bulunduğunu belirtmek gerekir.⁹³

Fransız öğretilerinden Esplugas anayasal kamu hizmetleri konusunda ayrıntılı bir incelemeye girişerek üçlü bir ayrıma gitmektedir. Yazar; adalet hizmetleri, polis, ordu, hapisane hizmetleri gibi kamu düzeni ve güvenliğini sağlayan hizmetleri birinci tip anayasal kamu hizmetleri olarak görmekte, para basma, vergi toplama gibi devletin mali ve iktisadi bağımsızlığını sağlayan hizmetleri ikinci tip anayasal kamu hizmetleri olarak kabul etmekte, diplomasi, siyasi sığınmacı kabul hizmetleri gibi devletin diğer devletler karşısında bağımsızlığını sağlamaya yönelik hizmetleri ise üçüncü tip anayasal kamu hizmetleri olarak benimseyerek anayasal kamu hizmetlerini üçe ayırmaktadır. Yazar, bundan başka, devletin mali ve iktisadi bağımsızlığını sağlayan ikinci tip anayasal kamu hizmetlerini, devletleştirme, telekomünikasyon, ulaşım ve enerji gibi ulusal ekonomiyi korumaya yönelik hizmetler, ücretsiz ve laik eğitim gibi entelektüel yaşam korumaya yarayan hizmetler, sağlık ve sosyal güvenlik hizmetleri gibi maddi koşulları korumaya yönelik hizmetler olarak üçe ayırmaktadır. Esplugas, ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinin devletin tekelinde olmadığı için bun-

⁹² Bkz. Karahanoğulları, s. 265-266 ve özellikle dn. 654-655.

⁹³ Karahanoğulları, s. 266 ve özellikle dn. 656.

lar hakkında özel kesime devredilemezlik özelliğinin geçerli olmadığı görüşünü savunmaktadır.⁹⁴

Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasal kamu hizmetleri konusunda doğrudan bir içtihadı bulunmamaktadır. Bununla birlikte mahkeme, bir faaliyetin Anayasada devletin görevi olarak düzenlenmiş olmasını, o faaliyetin kamu hizmeti olduğunu gösterdiği görüşünü benimsemiştir. Karahanoğulları, Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu bu yorumdan mahkemenin "anayasal kamu hizmetleri" kategorisi yarattığı sonucunun çıkartılabileceğini, bu bağlamda anayasa gereği devletin görevi sayılan faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu, söz konusu kamu hizmetlerinin kurulup faaliyete geçirilmesinin anayasal zorunluluk sayılacağını, tasfiyesi veya özelleştirilmesinin Anayasa'daki devlete yüklenen ödev ortadan kaldırılmadıkça olanaklı olmaması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Yazar, bu görüşünden, kamu hizmetlerini kurma ve faaliyete geçirme yönteminin mutlaka "emanet usulü" (İdarenin hizmeti bizzat yürütmesi) olduğu sonucunun çıkartılmaması gerektiğini, Anayasa'da aksi düzenlenmediği takdirde hizmetin mutlaka İdarenin kendi örgütü aracılığıyla yürütülmesinin zorunlu olmadığını, kamunun gerekli gözetim, denetim ve strateji belirleme işlevini sürdürerek söz konusu hizmeti bu çerçevede özel kesime de gördürebileceğini ifade etmektedir.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratmış olmakla birlikte bu tip kamu hizmetlerinin özel kesime devredilemezlik özelliğinin hukukumuzda kabul edildiğine ilişkin doğrudan bir içtihadı bulunmamaktadır.⁹⁶ Anayasa'dan da kamu hizmetlerinin

⁹⁴ Bkz. Karahanoğulları, s. 266 ve özellikle dn. 657-661.

⁹⁵ Karahanoğulları, s. 267-268 ve dn. 666.

⁹⁶ Ancak, Mahkeme, Anayasa'nın 168. maddesi kapsamında bulunan doğal servet ve kaynakların özelleştirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Örneğin mahkemenin yukarıda bahsedilen 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararında; TEK'in doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde Anayasanın 168. maddesinde öngörülen ilkelelerin göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu, 168. maddeye göre Devletin olan doğal servetlerin ve kaynakların işletme hakkının gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebileceği, TEK'in doğal kaynak ve servetlerden yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal kaynak ve servetlerin mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devrinin olanaksız olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında ayrıca, TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin

özel kişilere devri konusunda doğrudan bir sonuç çıkarmak olanaksızdır. Gerçekten de Anayasanın 5. maddesinde ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması, 36. ve 40. maddelerinde adalet hizmetlerinin sağlanması, 56. maddesinin 2. fıkrasında çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını ve çevre kirlenmesini önlemek, 169. maddesinde ormanların korunması ve geliştirilmesi, 41. maddesinin son fıkrasından çocukların korunması, 61. maddesinin 4. fıkrasında korunmaya muhtaç çocukların korunması, 61. maddesinin 2. fıkrasında engellilerin 3. fıkrasında yaşlıların korunması, 63. maddesinde tarih, kültür ve doğal varlıkların korunması, 64. maddesinde sanatın ve sanatçıların korunması Anayasa tarafından zorunlu tutulan kamu hizmetleri niteliği taşımaktadır. Anayasa'nın 42. maddesinde eğitim ve öğrenim, 56. maddesinde sağlık hizmetleri, 60. maddesinde sosyal güvenlik, 167. maddesinin 1. fıkrasında piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmenin önlenmesi hizmetleri bakımından devlete düzenleme ve denetim sağlama ödevi yüklemektedir.

İşte Anayasa'da düzenlenen kamu hizmetlerinin özel kesime devri konusunda açık bir düzenlemenin bulunmamasından dolayı bu konu öğretilerde yoğun tartışmalara yol açmıştır. Karahanoğulları, devlet olanaklarının sınırlılığı⁹⁷ nedeniyle anayasal kamu hizmetlerinin "zorunlu kamu hizmetleri" niteliğini kazanamadığını, Fransız hukukunda, en azından devletin egemenlik yetkisini kullandığı, birinci tip anayasal kamu hizmetleri için kabul edilen özel kesime devredilmezlik özelliğinin hukukumuzda kabul edildiğine ilişkin herhangi bir içtihadın bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, saptanacak anayasal kamu hizmetlerinin devlet tekelinde olduğuna, özel sektöre kapalı olduğuna ilişkin bir kural da bulunmadığını, bu bağlamda, hukukumuzda "anayasal kamu hizmetleri" kategorisinin kabulünün pratik sonucunun, özellikle, özel sektör tarafından da yerine getirilen kimi faaliyetlerin, kamu hizmeti niteliğine ilişkin açıklık getirmesinin olabileceğini ifade etmektedir. Yazar, nelerin kamu hizmeti olduğu so-

özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belirli süreyle devri biçiminde olmasının zorunlu olduğu, bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmelerinin Anayasanın 168. maddesine aykırı düşeceği belirtilmiştir.

⁹⁷ Zira Anayasa'nın 65. maddesinde; Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği ifade edilmiştir.

rusuna Anayasa'dan yola çıkılarak yapılan bir değerlendirmeye yanıt verilebileceğini, ancak özellikle 1982 Anayasası'nın yazımının özensizliği ve bütün toplumsal faaliyetleri kuşatma gayreti düşünüldüğünde, Anayasa'nın yorumlanmasıyla her türlü faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceğinin de açık olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁸

Günday ise hukuksal bir kavram olarak kamu hizmetinin tanımlanmasının olanaklı olmadığını, bunu belirleyecek olanın her devletin yasama organı olduğunu, ülkemizdeki çelişkinin devletin kamu hizmeti olarak tanımladığı hususları özel hukuka hükümlerine tabi tutmasından kaynaklandığını, özel hukuk hükümlerine tabi tutulmanın ancak kamu hizmetinden çıkarılmakla gerçekleşebileceğini, Türkiye'de elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti olduğunu, devlet bunu kamu hizmeti olmaktan çıkartmadığı müddetçe bunların kamu hizmeti ilke ve kurallarına tabi olduğunu, bir husus kamu hizmeti olarak kabul edildikten sonra özel hukuk hükümlerine tabi tutmanın kamu hizmetinin gereğinin yerine getirilmemesi anlamını taşıyacağını ifade etmektedir. Yazar, kolluk faaliyeti, adaletin dağıtılması, milli savunma faaliyetleri gibi devletin temelini oluşturan kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilemeyeceğini, sorunun öteki kamu hizmetlerinin özel kesime devri konusunda çıktığını ifade etmektedir.⁹⁹ Günday'ın bu görüşünden devletin temelini oluşturan kamu hizmetlerinin üçüncü kişilere devredilemeyeceği, öteki hizmetlerin ise ancak kamu hukuku ilke ve kurallarına (örneğin, imtiyaz sözleşmesi) tabi olmak kaydıyla devredilebileceği sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır.

Duran ise kamu hukuku kuralı gereğince kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizatihi idarenin kuruluş ve kurumları eşliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesinin asıl ve olağan olduğunu, ancak bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, bütün sorumluluk yine ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belirli yasal usullere göre özel teşebbüslere yaptırılabilirliğini savlamaktadır. Yazar, bu konuda bir örnek vererek,

⁹⁸ Karahanoğulları, s. 269.

⁹⁹ Günday, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, s. 196-197.

milli savunma ve kolluk etkinliklerinin kamu gücüne özgü etkinlikler olduğundan, herhangi bir şekil ve koşul altında bütünüyle özel kesime bırakılamayacağını, gerçi, askeri yönetimin çıkardığı bir kanunla, özel koruma gerektiren bazı müesseselerin, ilgili makamların tek yanlı izniyle çalıştırılabileceği, kendi eliyle kolluk gereksinimini karşılayabileceğinin kabul edildiğini, ancak, bu personelin seçimi, eğitimi, çalışma esas ve usulleri, gözetim ve denetiminin bütünüyle Emniyet makamlarının yetkisi içerisinde olduğunu, özel korumacıların kolluğa ilişkin tutum ve davranışlarından tümüyle doğrudan doğruya devletin sorumlu olduğunu belirtmektedir. Yazar, ilgili müesseselerin, koruma personelinin yalnızca ücretini, sosyal haklarını, giysi ve araçlarını sağlamakla yükümlü olduklarını, ancak kolluk faaliyetlerinin hiçbir yanıyla sözleşmeye konu yapılamayacağını ifade etmektedir.¹⁰⁰

Duran, özel yönetim biçimiyle elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel kesime gördürülebilmesinin ancak kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlı olduğunu, yürütme ve idarenin kendiliğinden bu yolu seçemeyeceğini ve istediği yöntemi kullanamayacağını belirtmektedir. Yazar, genellikle sınai ve ticari nitelik taşıyan kamu hizmetleri ile özel mali yanı ağırlıklı olan faaliyetlerin, yine kanunlarda düzenlenmiş yetki, şekil ve usul kuralları uyarınca, değişik statüler çerçevesinde, gerçek ve özel-tüzel kişilere ya da kamu tüzel kişilerine bırakılabileceğini, kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel teşebbüs eliyle yaptırılması için kullanılacak olan yöntemlerden birisini imtiyazın oluşturduğunu ifade etmektedir.¹⁰¹

Ulusoy ise Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemenin Türk pozitif hukuku açısından olanaklı görülmediğini, en birincil kamu hizmetlerinden sayılan ulusal güvenlik ve adalet hizmetlerini zorunlu tutan anayasal hükümlerden bile devletin bu hizmetleri mutlaka bizzat yerine getireceği yönünde bir hüküm çıkarılamayacağını belirtmektedir. Yazar, aksi düşüncenin, uygulamada köy korucuları tarafından yürütülen ulusal güvenlik hizmetlerini, özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen kamu düzeninin sağlanması hizmetlerini ve tahkim yolu-

¹⁰⁰ L. Duran, "Yap-İşlet-Devret", *AÜSBFD*, Cilt: 46, Sayı: 1, 1990, s. 150-151.

¹⁰¹ Duran, s. 151.

la adalet hizmetlerinin özel kişilere gördürülüyor olmasını açıklayamayacağını savunmaktadır.¹⁰²

Ulusoy, 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan anayasa değişikliğinin bütün kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulup tutulmayacağı konusunda bir sınırlama getirdiğini, zira Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin" özel hukuk rejimine tabi tutulacağını kanun koyucunun belirleyeceğinin hüküm altına alınmasının, bu faaliyetlerin en azından bir bölümünün bu rejim dışında, bir başka deyişle, kamu hukuku rejiminde gördürüleceği anlamına geleceğini belirtmektedir.

Ulusoy, bu bağlamda, Anayasa'nın zorunlu olarak kamu hukuku rejimine tabi tuttuğu asgari bir kamu hizmeti alanı öngördüğü söylenebileceğini, ancak bu asgari alana hangi kamu hizmetlerinin girdiğini belirlemenin kolay görünmediğini ifade etmektedir. Yazar, bu konuda Anayasa metninden bir sonuç çıkarmak olanaklı görünmemekle birlikte, bu alana yalnızca egemenlikle doğrudan doğruya bağlantılı (ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi) kamu hizmetlerinin gireceğini ve ekonomik yönü ağır basan kamu hizmetinin bu alana dâhil olmayacağını savunulabileceğini belirtmektedir. Yazar Anayasa'da 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan düzenlemeden çıkarılabilecek tek kesin sonucun, ayrıksız bir şekilde tüm kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutan bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasına aykırı olacağını, öte yandan, Anayasa'da yer alan bu hükmün, tek tek sayılmak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla, kanun koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi verdiğini ifade etmektedir.¹⁰³

Gerdaneri ve Berk ise belediye vergi ve harçlarının ihale yoluyla özel kuruluşlar aracılığıyla tarh, tahakkuk ve/veya tahsili üzerine yaptıkları incelemede "buyurucu ve toplum hayatına müdahale edici nitelik taşıyan, denetim, kontrol, ruhsat ve izin verme, men etme gibi kamu kudretine dayalı görev ve yetkilerin özel kişi ve kuruluşlara gördürülmesinin mümkün olmadığı" sonucuna ulaşmışlardır.¹⁰⁴

¹⁰² Bkz. Ulusoy, s. 48-49.

¹⁰³ Ulusoy, s. 49-50.

¹⁰⁴ Bkz. Tan. Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, s. 322 ve dn. 49.

Biz bu görüşlerden Esplugas'ın görüşlerine büyük ölçüde katılmaktayız. Bu bağlamda yazarın yapmış olduğu anayasal kamu hizmetlerinin üçe ayrılmasını benimsemekte, ancak, ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinin devletin tekelinde olmadığı için özel sektöre devredilebileceği şeklindeki görüşlerine tam olarak katılmamaktayız. Zira ikinci tip anayasal kamu hizmetlerinden vergi toplama, para basma gibi kamu hizmetleri devletin egemenlik yetkisinden doğmakta ve bu hizmetlerin özel sektöre devredilmesi ülkenin "egemen" (sovereign) olduğunun inkâr edilmesi anlamına gelmektedir. Bu çerçevede adalet hizmetleri, polis, ordu gibi kamu düzeni ve güvenliğini¹⁰⁵ sağlayan birinci tip anayasal kamu hizmetleri ile diploması ve siyasi sığınma kabul istekleri gibi devletin diğer devletler karşısında bağımsızlık ve egemenliğini gösteren üçüncü tip anayasal kamu hizmetlerinin hiçbir şekilde özel sektöre devredilmeyeceği esası benimsenmelidir. İkinci tip anayasal kamu hizmetlerinden ise ancak devletin egemenlik yetkisiyle ilgisi olmayan (eğitim, enerji, sağlık, sosyal güvenlik) gibi daha çok sosyal, iktisadi-ticari ve mali yönü ağır basan hizmetlerin özel sektöre devredilebileceği esası benimsenmelidir. İmtiyazla ilgili

¹⁰⁵ Yukarıda belirtildiği üzere Ulusoy her tür anayasal kamu hizmetinin özel sektöre devredilebileceğini, aksi takdirde uygulamada köy korucuları tarafından yürütülen ulusal güvenlik hizmetlerinin, özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen kamu düzeninin sağlanması hizmetlerinin ve tahkim yoluyla adalet hizmetlerinin özel kişilere gördürülüyor olmasının açıklanamayacağı görüşünü savunmaktadır. Kanımızca yazarın bu görüşü isabetsizdir. Zira bir kere yazarın ilkelerden yola çıkarak uygulama hakkında yorum yapması gerekirken tam aksine uygulamadan yola çıkarak sonuçlara varması ve söz konusu sonuçları doğru kabul etmesi isabetli olmamıştır. Gerçi özel güvenlik kuruluşları ve banka kollukları tarafından yürütülen hizmetlerde anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır. Çünkü bu kolluklar icrai bir karar alamamakta ve kamu düzenini sağlamakla değil belirli alanlarda kamu düzeninin sağlanmasında resmi kolluk görevlilerine yardımcı olmaktadır. Yine söz konusu kolluklar resmi kolluk görevli ve makamlarının yakın gözetimi ve denetimi altında çalışmaktadırlar. Öte yandan tahkim yoluyla adalet hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesinde de anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır. Zira ayrıksı bir durum olan tahkim yoluna kural olarak ancak tarafların "dava konusu" (müddeabih) üzerinde tasarrufta bulunabildikleri durumlarda, bir başka deyişle, gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki malvarlığına yönelik uyuşmazlıklarda gidilebilir. Kamu hizmetlerinde tahkim yoluna başvurulması, 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle olanaklı hale gelmiştir ki tahkime geniş çaplı olarak başvurulabilmesini öngören bu değişikliğin eleştirisi yukarıda ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. Ancak köy korucuları tarafından güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına açıkça aykırıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Dursun, Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler, *TBB Dergisi*, Sayı 61, 2005, s. 410 vd.

olarak çıkartılması gereken kanunda devletin egemenlik yetkisinin kullanılması niteliğinde olan kamu hizmetlerinin özel sektöre devredilmeyeceği esası kabul edilmeli ve bu esasın yerel yönetimler açısından da geçerli olduğu anlayışı benimsenmelidir.¹⁰⁶

VII. Avrupa Birliği Normlarına Uyum Gereksinimi

Avrupa Birliği seviyesinde imtiyaz sözleşmelerinin ihalesi sürecinde açık kuralların bulunmaması, hukuksal belirsizlik doğurmuş, hizmetlerin serbest dolaşımına güçlük çıkarmış ve Avrupa iç piyasasının işlevinde çeşitli sapmalara yol açmıştır. Bunun sonucunda ise özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler üzere ekonomik aktörler iç piyasada hak kaybına maruz kalmışlar ve önemli iş fırsatlarını

¹⁰⁶ Geçmişte Adana Belediyesi emlak vergisinin “beyan kabulü, tahakkuk, tahsilat, asgari beyan kontrolü, gecikme cezası, kaçakçılık, dava takibi, icra takibi” işlerini Devlet İhale Kanunu Kanununa göre pazarlık usulü ile bilgisayarlı bir yükleniciye ihaleye vermiştir. Bkz. Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, s. 322. Bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan belediyenin emlak vergisiyle ilgili işleri özel bir firmaya devretmesi tüzel kişilikten doğan egemenlik yetkisinin açık bir ihlali niteliğindedir. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz gibi üzere bir kamu hizmetinin özel sektöre devredilebilmesi için Türk hukukunda her zaman için açık bir yasal dayanak gerekmiştir. Adana Belediyesi emlak vergisiyle ilgili işleri özel kesime devrettiği 1985 yılında yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanunu’na da açıkça aykırıydı. Zira söz konusu kanunun hiçbir yerinde vergi toplama işinin özel sektöre devredilebileceğine dair bir kayıt bulunmamaktaydı. Çıkartılması gereken imtiyazla ilgili kanunda özellik devletin egemenlik yetkisinden kaynaklı işlerde özel sektöre devrin geçerli olmayacağı esası benimsendikten sonra aynı esasların yerel yönetimler için de geçerli olacağının kabul edilmesi gerekir. Konu oldukça önemli olduğu için ilave bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır. İmtiyaz sözleşmeleri, belirli usul ve şekil kurallarına uygun olarak İdare tarafından önceden yapılan şartnamelere dayanırlar. Bu şartnameler sözleşme konusuna ilişkin olarak gerekli düzenlemeleri içerirler. Krş. T.B. Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, Ankara 1968-1970, s. 194. Bu bağlamda şartname, imtiyaz sözleşmelerinin ekinde yer alan ve İdare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan belirli tiplerdeki matbu metinlerdir. Fransa’da günümüzde bayındırlık işlerinin tamamına ilişkin kısmında sözleşmenin ancak tek tip şartnamelerle yapılacağı kanunda belirtilmiş ve bu şartnamelerin, bakanlıkça onaylanmış şekilleriyle uygulanacağı esası benimsenmiştir. Nitekim Fransa’da yerel yönetimlerin imtiyaz sözleşmeleri için yaptıkları şartnameler, ancak belirli modellerde olabilmektedir. Bkz. C. Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 2015, s. 54, 71. Bu bağlamda imtiyaz işleri hakkında çıkartılması gereken kanunda imtiyaz yoluyla yürütülemeyecek kamu hizmetleri teker teker sayılmalı ve Adana Belediyesinin yapmış olduğu türden hukuka aykırılıkları önleyebilmek için yerel yönetimlerin imtiyaz yoluyla iş yapabilmesi İçişleri Bakanlığının önceden hazırlayacağı tip şartnamelere dayanmalı ve imtiyaz sözleşmesinin ancak İçişleri Bakanlığının onayıyla geçerli kazanabileceği esası benimsenmelidir.

kaçırmışlardır. Öte yandan söz konusu neden yüzünden kamu kurum ve kuruluşları kamu parasını en iyi bir şekilde kullanabilme olanağını bulamamışlar ve sonuçta Birlik vatandaşları en iyi fiyata kaliteli hizmetlere ulaşamamışlardır. Hâlbuki imtiyaz sözleşmelerinin ihale sürecinin yeterli, dengeli ve esnek bir hukuksal çerçevesinin çizilmesi, Avrupa Birliği aktörlerinin piyasaya etkin ve ayrımcılığa uğramayan bir tarzda girmelerine yol açacak, hukuksal güvenliği sağlayacak ve yurttaşların faydasına olarak kamunun altyapı yatırımlarının ve stratejik hizmetlerin artmasına yol açacaktır. Bu şekildeki bir hukuksal çerçeve, bunun yanında, ekonomik aktörlere daha fazla hukuksal kesinlik sağlayacak uluslararası kamu ihalesi piyasasına daha fazla açılmanın aracı ve dayanağı olacak ve dünya ticaretini güçlendirecektir. Özellikler Avrupa Birliği imtiyaz piyasasına küçük ve orta işletmelerin ulaşabilmesinin iyileştirilmesine özel bir önem verilmelidir.

İmtiyaz sözleşmelerine uygulanacak hukuksal çerçeve açık ve sade olmalıdır. Bu çerçeve idari sözleşmelerle karşılaştırılınca imtiyaz sözleşmesinin özgün niteliğine uygun düşmeli ve aşırı ölçüde bir bürokrasiye yol açmamalıdır.

İmtiyaz sözleşmeleri uzun vadeli olarak altyapı yatırımlarında yapısal gelişme ve stratejik hizmetlerin sunulmasını geliştirme bakımından önemli bir araç niteliğini taşımakta, Avrupa iç piyasasında rekabetin geliştirilmesine önemli bir katkı sağlamakta, özel sektör uzmanlığından faydalanılmasının yolunu açmakta ve etkinlik ve “yenileşme”nin (innovation) elde edilmesine büyük ölçüde yardım etmektedir.

İşte bu gerekçelerle Avrupa Birliği, salt imtiyaz sözleşmelerine özgü olmak üzere 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/23/EU sayılı İmtiyaz Sözleşmeleri İhale Direktifi çıkartmıştır.¹⁰⁷ Bu direktifle, değeri 5.186.000 Avro ve üzeri olan imtiyaz işlerinde İdarenin ve imtiyazcının usul ve şekil kuralları açık bir şekilde gösterilmiştir.

Mevcut durumda imtiyaz hakkındaki 1326 tarihli Kanun Avrupa Birliği Direktifine uygun düşmediği¹⁰⁸ gibi imtiyaz işlerini özel hukuk

¹⁰⁷ Direktifin metni ve gerekçeleri için bkz. Bkz. L 94/1 sayılı ve 28.3.2014 tarihli Official Journal of the European Union.

¹⁰⁸ Zaten 1326 tarihli Kanun, imtiyaz ihalesi hakkında hüküm dahi tesis etmemiş, imtiyazın ihalesiz bir şekilde Bakanlar Kurulu kararı ve Meclis onayıyla verileceği esasını benimsemiştir.

hükümlerine tabi tutan¹⁰⁹ 3996 sayılı Kanunda da imtiyaz konusunda ihale süreci öngörmemiştir. Gerçekten de 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş, 14. maddesinde ise aynı kanun kapsamındaki yatırımlar hakkında 8.9.1983 tarih ve 2886 Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir.

Ulusoy'un belirttiği üzere 3996 sayılı Kanun'un "açıklık" (aleniyet) ve serbest rekabeti sağlayıcı hükümlere yeterince yer vermemiş olması önemli bir eksikliklerdir.¹¹⁰ Bu çerçevede bütünüyle imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk niteliğinden kopararak¹¹¹ Avrupa Birliği Direktifi doğrultusunda özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin imtiyaz işlerine serbest rekabet koşulları çerçevesinde ulaşabilmesini sağlayıcı hükümlere yer verilmesi önemli bir zorunluluk olarak kendisini hissettirmektedir.

SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan açıkça anlaşılacağı üzere imtiyaz hakkında temel kanun niteliğinde bulunan 1326 tarihli Kanun çağdaş gelişmelerin gerisinde kalmış ve hükümleri oldukça eskimiştir. Aslında söz konusu kanun çıkarılmış olduğu 1910 yılında bile imtiyaz işlerini düzenlemeye layık bir kanun niteliğini kazanamamıştır. Zira bu kanun o devirde yabancılara verilen imtiyazlara ve kapitülasyonlara yönelik bir "tepki kanunu" niteliğini taşımış ve imtiyazın doğasına uygun hükümler içermemiştir.

1326 sayılı Kanun'un hatalı, eksik ve isabetsiz olarak yaptığı düzenlemeye özellikle Danıştay'ın isabetsiz kararları eşlik etmiş ve uluslararası antlaşmalarda yer alsa bile imtiyaz sözleşmeleri bakımından

¹⁰⁹ İmtiyaz işlerini hem özel hukuka tabi tutmak hem de özel sektörün rekabetçi bir tarzda imtiyaz elde etmemesini öngörmek tam anlamıyla bir garabet örneğidir. Zira bir işin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması, ekonomik aktörlerin serbest ve rekabetçi bir tarzda o işin ihalesine katılmasını gerektirir.

¹¹⁰ Ulusoy, s. 54.

¹¹¹ Zira Avrupa Birliği de söz konusu direktifinde imtiyaz işini özel hukuk rejimine tabi tutmamıştır.

tahkim yoluna başvurulamayacağı esası benimsenerek o zaman geçerli olan Türk pozitif hukuk kuralına¹¹² aykırı kararlara yer verilmiştir. Bunun üzerine yabancı yatırımcılar ülkeye yatırım yapmaktan vazgeçerek tekliflerini geri çekmeye başlamış, altyapı ve stratejik yatırımlar bakımından bir darboğaza girilmiştir.

Bunun üzerine tali kurucu iktidar 13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerinde değişikliğe giderek idari sözleşmelerin ve bu meyanda imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabileceğini ve söz konusu sözleşmeler bakımından ulusal ve uluslararası tahkimin geçerli olduğu esasını benimsemiştir. 4501 ve 4686 sayılı Kanunlarda ise yabancılık unsuru alabildiğince geniş tanımlanarak hemen her imtiyaz sözleşmesinde uluslararası tahkime başvurma olanağı alabildiğince genişletilmiştir. Söz konusu genişleme sonucu Türk mahkemelerinin yargılama yetkisi ulusal ve uluslararası tahkim karşısında önemli ölçüde daralmıştır.¹¹³

13 Ağustos 1999 tarihinde Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabileceğinin belirtilmesi ek bir takım sorunlara da yol açmıştır. Ulusal veya uluslararası yatırımcılardan dahi böyle bir talep gelmeden imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilmesi idare hukukunu adeta dinamitlemiş ve idari sözleşmeleri bağlamından kopartmıştır. Nitekim Ulusoy'un belirttiği üzere imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümüle bağlı olabilmesi, Türk pozitif hukukunda idari sözleşmelerin ölçütünü ortadan kaldırmış, kamu hizmetlerinin temel ilkeleriyle çelişmiş ve kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki hassas "denge" (balance) bozulmuş ve hukuksal bir kargaşa ve karmaşaya düşülmüştür.¹¹⁴

İdare hukuku açısından görülen bütün bu olumsuz durumlar olmasa bile İmtiyaz işleri bakımından salt bu alana özgü olan ve ismi "Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Tarafından Yetkilendirme

¹¹² Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına. Zira bu fıkranın ilk iki tümcesinde; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bulunan milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmü değiştirilmeksizin muhafaza edilmiştir.

¹¹³ Krş. Gözler, s. 18.

¹¹⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulusoy, 69-74.

Sözleşmesi¹¹⁵ ile Gördürülmesi Hakkında Kanun” çıkartılmalıdır. Söz konusu kanunda düzenlemesi gereken yetkilendirme dar anlamda¹¹⁶ kullanılarak yalnızca “yetkilendirme sözleşmesi” (imtiyaz sözleşmesi) yoluyla özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi hususu düzenlenmelidir. Yeni bir yetkilendirme sözleşmesi kanunu çıkarılmasına üç açıdan mutlak gereksinim bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, imtiyaz sözleşmelerinin Türk hukuku bakımından öneminin gittikçe artmasıdır. Gerçekten de, Günday’ın belirttiği üzere, Türkiye’de kamu hizmeti imtiyazlarından bir kısmı, alışılmışın aksine, kanunla ve kamu kurumlarına, bir kısmı ise, idari sözleşmelerle özel kişilere verilmiştir. 1980’li yıllardan itibaren yoğun bir biçimde uygulanan liberal ekonomi politikası nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri günümüz hukukunda önemli bir yer tutmaya başlamıştır.¹¹⁷ Bu kadar önemi büyük olan imtiyaz sözleşmeleri hakkında mevcut düzenlemeler yetersiz, eksik ve hatalı olduğu için yeni bir yasa yapılması gereği ortadadır.

İkinci olarak, yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere imtiyaz konusunda yapılan mevcut düzenlemelerde bazı anayasaya aykırı durumlar (örneğin, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı

¹¹⁵ İmtiyaz sözleşmesi kavramı yerine “yetkilendirme sözleşmesi” veya “yetki verme sözleşmesi” kavramının kullanılmasının gereği yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca, bu kavramdan neyin anlaşılması gerektiği bakımından bir karmaşa ve keşmekeş de yaşanmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu kavramın genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi anlamında mı kullanıldığı yoksa yalnızca idari sözleşme türü olarak mı kullanıldığı konusunda uygulamada derin bir kargaşa ve karmaşa bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu hizmetini üstlenen kamu otoritesinin bu hizmeti kendisi yürütmeyip başka birisine (Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak yalnızca özel hukuk kişisine) gördürmesine “yetkilendirme” usulü denilmelidir. Burada hizmeti üstlenen “kamu otoritesi” bu hizmeti yakın denetim ve gözetimi altında yürütmesi için özel hukuk gerçek veya tüzel kişisini yetkilendirmektedir. Hizmeti üstlenen kamu otoritesi, hizmeti yürütmesi için özel kişiyi (örneğin özel bir şirketi) yetkilendirebilir. Hatta birden çok özel hukuk tüzel kişisini yetkilendirerek söz konusu hizmetin rekabete açık şekilde sunulmasını da sağlayabilir. Fazla bilgi ve krş. için Bkz. Ulusoy, s. 33-35. İmtiyaz konusunda çıkartılması gereken kanunda öngörülecek yetkilendirmenin yalnızca idari sözleşme yoluyla yapılabilmesi gerekir.

¹¹⁶ Zira kamu hizmetleri, yasal yetkilendirme, özel hukuk sözleşmesi ve ruhsat yoluyla yetkilendirme yöntemlerinden birisiyle de özel hukuk kişisine gördürülebilir. Bu yöntemler hakkında bilgi için bkz. Ulusoy, s. 35-39. Ancak imtiyaz işleri bakımından çıkartılması gereken kanunda kargaşa ve karmaşaya yol açmamak için bu yöntemler düzenlenmemeli (bizce kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmek üzere), onların (yasal yetkilendirme, ruhsat olarak) düzenlenmesi başka kanunlara bırakılmalıdır.

¹¹⁷ Günday, 2003, s. 91.

idari suç ve cezaların düzenlenmemesi Anayasa'nın suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarına aykırı düşmesi, imtiyaz sözleşmesinde tahkim koşulu bulunduğu son sözü adli yargının, bulunmadığı durumlarda idari yargının söylemesinin, Anayasa'nın benimsediği adli-idari yargı düzeni ayırımı aykırı düşmesi gibi) bulunmaktadır. Çağcıl hiçbir hukuk dizgesi anayasaya aykırı durumların sürgit bir şekilde devam etmesine izin veremeyeceğinden çıkartılması gereken kanunda söz konusu aykırılıkların giderilmesi gerekmektedir.

Son olarak Türk imtiyaz hukukunun Avrupa Birliği normlarına özellikle 2014/23/EU sayılı İmtiyaz Sözleşmeleri İhale Direktifi adlı Avrupa Birliği Konsey Direktifine özde uyum sağlaması artık kuramsal bir tartışma olmaktan çıkmış, Türkiye açısından bir gereklilik hâline gelmiştir. Çünkü yukarıda değinilen Avrupa Birliği'nin 2014/23/EU adlı Direktifi; salt imtiyaz sözleşmeleri sürecine özgün olmak üzere imtiyaz hukuku alanında oldukça büyük önem taşıyan usuli kurallar koymuş ve bu kurallara uyulması konusunda üye veya üye olmaya çalışan devletlere önemli görevler yüklemiştir. Şu anda Türkiye'nin AB karşısındaki statüsü, "katılım süreci ülkesi" (accession country) konumudur. Katılım süreci konumunda bulunan bir ülkenin AB normlarına uyum sağlaması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bu açıdan, Türkiye, imtiyaz hukukunu Avrupa Birliği normlarına uydurabilmek için yeni bir kanunu acele bir şekilde çıkartması gerekir, aksi takdirde, insanlar, imtiyaz hukukunun Avrupa Birliği imtiyaz hukukuna tam olarak uyum sağlayamaması bağlamında da Türkiye ile AB arasında bir kriz çıkabileceğini düşüneceklerdir. Hatta bunda da öte imtiyaz sistemi başarılı olamamış bir Türkiye'nin Avrupa Birliği içerisinde yer alması ham bir hayalden öteye geçmeyecektir.

Bu çalışmayı bitirirken önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Türk hukukçuları, yeni bir "yetkilendirme sözleşmesi" (imtiyaz sözleşmesi) kanunu taslağı hazırlayacak olgunluğa erişmiştir. Kanımızca, bu olgunluğa erişen Türk hukukçuları, yeni bir yetkilendirme model taslağını hazırlamayıp kanun koyucuya ışık tutmazsa tarih önünde sorumlu olur. İşte bu sorumluluktan kurtulmak için önümüzdeki günlerde AB ve OECD normlarına uygun çağdaş bir yetkilendirme sözleşmesi taslak yasa modelini hazırlamayı düşündüğümü belirtmek isterim.

Kaynakça

- Balta T.B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No: 117, Ankara 1968-1970.
- Çelikel A. Milletlerarası Özel Hukuk, İÜHFY No. 690, İstanbul 1984.
- Chapus R. Droit administratif général Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001.
- De Forges J-M. Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991.
- Duran L. "Yap-İşlet-Devret", AÜSBFD, Cilt: 46, Sayı: 1, 1990.
- Dursun H. Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler, *TBB Dergisi*, Sayı 61, 2005.
- Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul, DPT Yayınları, Ankara 2008.
- İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Eisenmann M. C. Le droit Administratif et le principe de légalité, EDCE, 1957.
- Erkut C. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 2015.
- Erol G. Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Yayın No: 2487, Ankara 1999.
- Foillard F. Droit administratif, 13^e éditions, éditions Paradigme, Orléans 2008-2009.
- Gözler K. İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- Günday M. İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, Ankara 1997.
- Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler in Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara 2001.
- İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.
- İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Kalpşüz T. Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- Karahanoğulları O. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Moderne F. Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.
- La sanction administrative (éléments d'analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002.
- Özbilgiç Z. Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru in Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001.
- Tan T. Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, *AÜSBFD*, Cilt: XXII, No: 2, Haziran 1967.
- Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, *AÜSBFD*, Cilt: 47, Sayı: 3-4, Haziran-Aralık 1992.
- Ulusoy A. Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004.
- Üstündağ S. Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.
- Van den Boogert Maurits H. Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi (Çeviren; Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2014.