

“Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...*

Dr. Sedat Çal*

*Güle güş ettiremez yok yere bülbül inler,
Varak-ı mihr-ü vefayı kim okur kim dinler.*

Karamanlı Kami

ÖZET

Altyapıya ilişkin hizmetlerin özel hukuk kişileri eliyle yerine getirilmesi, Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde uygulamaya girmiş olup, bilahare özellikle 1980'li yıllarda benimsenen özelleştirme yanlısı iktisadi politikalar eşliğinde hız kazanan bir süreç içerisinde yeniden ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda özel kişilerce imzalanan sözleşmelerin kapitülasyon kavramıyla da izdüşüm içerdiği görülmüştür. Cumhuriyet döneminde hukukumuzda imtiyaz sözleşmesi olarak yerini alan bu sözleşmelerin özel bir hukuksal rejime bağlı kılındığı bilinmektedir. Özel önem atfedilen bu sözleşmelerde imtiyaz verilmesine yönelik yöntemlerin neler olacağı, özellikle idare tarafından imtiyaz verilecek kişinin nasıl belirleneceği bu kapsamda öne çıkmaktadır. Fransız hukukunda yer verilen “intuitu personae” ilkesine istinaden, hukukumuzda idarenin imtiyazcıyı dilediğince belirleyebileceği yönünde öğretide fikir birliğinin bulunduğu görülmektedir. Bu çalışmada, anılan ilkenin imtiyaz sözleşmelerinde uygulanmasının neden yanlış olduğu, giderek ne tür sorunlar yaratabileceği ve dolayısıyla neden uygulanmaması gerektiği hususunun değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: “Intuitu Personae”, İmtiyaz Sözleşmeleri, Rekabet, Anayasal Ekonomik Hak ve Özgürlükler, İdarenin Üstün Yetkileri.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), cal@encharter.org veya sedatcal@gmail.com.

“Intuitu Personae” or on Discretionary Power of the Administration in Selecting the Concessionaire in Concession Contracts

Abstract: Provision by private sector of services relating to infrastructure has been witnessed towards the end of the Ottoman Empire, and this application has gained momentum and resurfaced again especially during the late 1980s in line with the economic policies favoring privatization. Contracts signed in this process with private parties also have repercussions in the context of the concept of capitulation. These contracts which were labeled in the Republican era as concessions have indeed been subject to a special legal regime. Determination of procedures under which a concession may be given through concession contracts which are attached the utmost importance, and especially how to select the concessionaire becomes the most tricky issue in this context. Based on the French administrative law principle of “*intuitu personae*”, there seems to be consensus in the Turkish doctrine that the concessionaire may be chosen with absolute discretion of the administration. This study aims at providing an evaluation as to why applying such principle to the concession contracts can not be justified, also, what kind of problematic results may arise thereto, and finally, why this approach which is accepted unanimously by the Turkish doctrine should not be embraced and therefore abandoned.

Key Words: “*Intuitu Personae*”, Concession Contracts, Competition, Constitutional Economic Rights and Liberties, Dominant Power of Administration.

“De te nabula narratur”¹

Horace

1. Giriş²

İmtiyaz sözleşmeleri üzerinden kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi, uygulamaya mehz teşkil eden Fransa’da ilk kez 1554 yılında görülmekle beraber³, ülkemizde daha ziyade Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönem uygulamalarıyla ortaya çıkmış ve kapitülasyon kavramıyla da izdüşümler içeren bu alan, daha sonra Cumhuriyet devrinde özel düzenlemelere bağlı kılınmıştır. Cumhuriyet’in kuruluş yıllarından itibaren imtiyaz kavramına verilen önem o derece belirgindir ki, 1924 Anayasası’nda imtiyazların verilmesi, münhasıran yürütme organının tekelinde bırakılmayacak kadar özenli bir tutuma maruz bırakılmış ve ancak Meclis’in onayından sonra geçerlik kazanabilmesine izin verilmiştir.

Daha sonraki dönemlerde, Meclis’in bu yetkisine son verildiği görülmektedir. Ancak, hemen aynı zamanda bir yargısal denetleme mekanizması kurgusu içerisinde, imtiyaz sözleşmelerinin idarece imzalanmadan Danıştay’ın ön incelemesinden geçirilmesi, giderek bu sözleşme nedeniyleki uyuşmazlıkların da Danıştay tarafından görülmesi yoluna gidilmiştir.

Bilahare 1980’li yıllarda gündeme gelen özelleştirme veya altyapı hizmetlerinin özel girişimciler eliyle gördürülmesi yaklaşımı çerçevesinde, özellikle enerji sektöründeki bu türden sözleşmelerin yargı organları tarafından imtiyaz sözleşmesi niteliğinde addolunması sonucuyla karşılaşmıştır. Bu bağlamda anılan sözleşmelerde uyuşmazlıkların idari yargı yerine tahkim yoluyla çözümlenebilmesine yönelik hükümlere yer verilebilmesi hususunda sorunlar doğmuştur.

Bu yöndeki engelleri aşmak üzere 1999 yılı Anayasa değişiklikleriyle imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebilmesi, giderek imtiyaz sözleşmesinin kurucu unsuru sayılan kamu hizmetinin özel sektör eliyle görülmesine yönelik sözleşmelerin yasa tasarrufuyla özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenebilmesinin önü açılmıştır.⁴

1 “Bu öyküde senin sözün ediliyor” (aktaran: Marks, Karl; Kapital – Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili, (Çev. Alaattin Bilgi), Eriş Yayınları, 2003, s. 16). Bahsekonu ifadeyi “bu, senin hikayendir” olarak aktarmanın daha uygun olacağı da söylenebilir.

2 Bu çalışmanın ilk taslağı üzerindeki görüşlerini benimle paylaşan bir dostumun ilk sorusu, “neden üç nokta?” oldu. Bu yöndeki olası sorulara –dolaylı yoldan- yine olası bir yanıt için, Ahmet Turan Alkan’ın “Üç Noktanın Söylediği” başlıklı kitabına bakılabilir (bkz. Ahmet Turan Alkan, Üç Noktanın Söylediği, 7. Baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2004).

3 Bkz. Financing of Major Infrastructure and Public Service Projects – Public-Private Partnership (Eds. Jean-Yves Perrot / Gautier Chatelus), French Ministry of Public Works, Transport and Housing, 1999, s. 7. Fransa’daki bu ilk altyapı hizmeti imtiyazı, bir özel girişimci tarafından kanal inşaatına ilişkindir (bkz. İbid).

4 Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yayını, Ankara, 2008.

İmtiyaz sözleşmelerine verilen bu önem karşısında, dikkati çeken bir özellik, imtiyazcının idare tarafından belirlenmesi sürecinde uygulanacak ilke ve kurallar konusunda ortaya çıkmaktadır. Öğretide, idarenin imzalayacağı imtiyaz sözleşmesinin karşı tarafını oluşturacak özel girişimcinin kim olduğunun önem taşıdığı, idarenin kamu hizmetlerinin görülmesi sürecinin genellikle gerektirdiği uzun süreleri içeren bu ilişkisinde, imtiyaz verilecek kişiyi serbestçe belirlemesine ihtiyaç duyulacağı anlayışının benimsendiği görülmektedir.⁵

Bununla birlikte, aynı zamanda –yine, öğretide dile getirildiği üzere-, idarenin idari sözleşme niteliğinde sayılan sözleşmelerinde “sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden özel kişiyi belirlerken mutlak serbesti içerisinde hareket edemeyeceği” de kabul edilmekte, giderek idarenin mal veya hizmet alımına ilişkin ihale kurallarını içeren yasal düzenlemeler bu anlayışa dayandırılmaktadır.⁶

Dolayısıyla, bizatihi kendisi –üstelik en mütakâmil- idari sözleşme sayılan imtiyaz sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmesi niteliğinde sayılmayan diğer idari sözleşmeler arasında, öğretide ne gibi bir ayırım yapılabildiği sorusu gündeme gelmektedir. Giderek, idareye imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcayı seçmek üzere tanınan serbestinin olası sonuçları düşünüldüğünde, öğretideki bu yaklaşımın irdelenmesi gereği açıkça ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, imtiyaz sözleşmeleri nedeniyle, idarenin ve idare üzerinden dolayısıyla –veya halka sunulan hizmetlerde doğrudan- halkın uğrayabileceği malî yükümlülüklerin olası ciddi boyutları, bu serbestiyi daha da sorgulanmaya muhtaç hale getirmektedir.

Mehaz Fransız hukukundan devşirildiği görülen bu serbestinin, kaynak hukuktaki “*intuitu personae*” ilkesi⁷ aracılığıyla ülkemizde idare hukuku öğretisine egemen bir görüş halinde –hâlen- geçerliliğini sürdürüyor olması, bize göre bu hususta gözden kaçırıldığı düşünülebilecek kimi hususlara işaret etmektedir. Bu itibarla, münhasıran bu hususu irdeleyen bir çalışmaya gitmenin uygun, giderek gerekli olduğu kanısındayız.

Çalışmanın 2 ve 3 no.lu bölümlerinde, imtiyaz ve kamu hizmeti kavramları çerçevesinde imtiyazcayı seçmeye yönelik serbestiye esas teşkil eden ilke ve yaklaşımlara kısaca yer verilmekte ve akabinde “*intuitu personae*” ilkesinin daha ayrıntılı biçimde irdelemesine gidilmektedir. Bu itibarla, anılan ilkeye değinirken, kaçınılmaz olarak idare hukuku kavramlarının başlıcaları ele alınmak durumunda kalmıştır. Bununla beraber, anılan kavramların ayrıntılı bir incelemesi, bir makale hacminin çok ötesine taşma istidadında bulunmakla, oldukça sınırlı bir kapsam dahilinde irdelenme zorunluluğuyla karşılaşıldığı açıktır. Bu itibarla değinmek

5 Bu yöndeki görüşler için bkz. Bölüm 4.

6 Bkz. Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 96, 97.

7 Anılan ilke, idarecilerin bir kamu hizmetinin işletilmesine yönelik olarak, işletmeciyi karşılıklı güven esaslı çerçevesinde, serbestçe seçebilmeleri özgürlüklerinin bulunduğu dair yasal yetki sahibi olduklarına ilişkindir (bkz. Amaral, Miguel / Saussier, Stéphane / Yvrande-Billon, Anne; Auction Procedures and Competition in Public Services: The Case of Urban Public Transport in France and London, Şubat, 2008, s. 9 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1109115)).

gerekirse, çalışmamızın konusu ve etrafında kümelenen temel kavramların, daha geniş kapsamlı tahlillere gidilebilmesini teminen, her bir hukuksal unsur temelinde müstakil incelemelere tâbi kılınması yararlı olacaktır.

2. İmtiyaz Kavramı

İmtiyaz sözleşmelerinde idarenin imtiyaz vereceği özel hukuk kişisini seçmesine ilişkin yöntemleri ve bu bağlamdaki idare hukuku ilkelerini inceleyebilmek için, imtiyaz kavramının ne olduğu üzerinde kısaca durmak gereği açıktır. Bu itibarla, bu bölümde anılan kavramın hukukumuzdaki açılımına –tanım ve kapsamla sınırlı olarak- özetle yer vermekteyiz.

2.1. Tanım

İmtiyaz, yahut bir başka deyişle imtiyaz sözleşmesi kavramı, hukukumuzun temel –belki de tarihsel- kavramlarından birisidir⁸. Klasik idari sözleşmelerin kaynağını ve prototipini oluşturan⁹ bu kavram, Osmanlı dönemindeki imtiyaz sözleşmeleriyle bağlantı içerisinde hukukumuzdaki yerini almıştır.

İmtiyaz, klasik bir tanıma göre, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye (özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabilmektedir), belirli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle, kâr-zararı kendisine ait olmak, hizmetin finansmanını hizmetten yararlananlardan bir bedel almak üzere kendisi sağlamak ve hizmeti idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütmek kaydıyla vermesidir.¹⁰

İdare hukukunun duayeni “bilge”¹¹ Onar’a göre de, imtiyaz sözleşmesi bir kamu hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, sağlanacak yetkiler ve taahhüt edilen malî menfaatler karşılığında özel bir kişi tarafından ifasını tazammun eder.¹²

Ne var ki, imtiyazın klasik tanımındaki kimi öğelerin zaman içinde önemini yitirdiği, hatta aranmaz hale geldiği de bir gerçektir.¹³ Nitekim, özellikle tekel konusu

8 Soysal, Mümtaz; içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999, s. 47.

9 Bkz. Uler, Yıldırım; *Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler*, AÜHFD, C. 22, Sy. 1, 1965, s. 235.

10 Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006, s. 687.

11 Tâbir, Özay’a aittir (bkz. Özay, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. XV.)

12 Onar, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 536.

13 Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 688. Yazarlar, burada Danıştay’ın imtiyazın temel özelliklerinden riskin imtiyaz sahibince üstlenilmesi ilkesini uygulamaya devam ettiği görüşünü ifade etmekte, buna dayanak olarak da, Danıştay 1. Dairesi’nin 16 Aralık, 1998 tarih ve E. 1998/267, K. 1998/481 sayılı kararında otoyol imtiyaz sözleşmesindeki imtiyaz sahibine Boğaz Köprüsü gelirlerinin finansman desteği olarak verilmesine karşı çıkmasını göstermektedir. Oysa, burada sözkonusu olan, Danıştay tarafından “finansman desteğinin verilmesine” karşı çıkılmasıdır ve bu bağlamda yazarların “finansman bulma” ile “risk” ko-

kılınan alanlardaki imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tüm üretimi satın almak zorunda kalması sonucunda imtiyaz sahibine dolaylı yoldan risksiz bir ortam yaratılmış ve bir nevi kâr garantisi sağlanması nedeniyle bu unsurun önemini yitirmiş olması, buna örnek gösterilebilir. Bununla birlikte, bir başka açıdan, bu durumun “imtiyaz”, yani “ayrıcılık” sağlama niteliğini daha da belirginleştirdiği ve keza, imtiyaz sözleşmesini “daha bir imtiyazlı” duruma getirdiği veçhile, bu tür sözleşmelerde kamu adına korunma sağlayacak mekanizmalarına duyulan gereksinimi artırdığı da söylenebilir.

Yine bu meyanda, imtiyaz sahibinin hizmetin finansmanını idarenin yakın denetim ve gözetimi altında (idarenin onaylayacağı bir tarifeye belirlenmek şeklinde) hizmetten yararlananlardan bedel tahsil etmek suretiyle karşılması da ayırdedici nitelikte bir ölçüt olmaktan çıkmıştır¹⁴. Zira, bilindiği gibi, enerji sektöründeki yap-işlet-devret (YİD) sözleşmelerinde öngörülen kurgu içerisinde, üretilen elektrik halka değil, idarenin kendisine satılmakta ve karşılığı da halktan değil, idareden tahsil edilmektedir. Bununla beraber, otoyol yahut ülkemizdeki gümrük kapısı terminal işletmeciliği veya Kayseri ili ve civarı elektrik dağıtım hizmetlerinin özel kişilerce imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde yürütülmesi örneklerinde görüleceği üzere, özel hukuk kişilerince hizmetten yararlananlardan bedel tahsil etmek suretiyle yatırım –ve işletme- maliyetlerinin karşılanması da sözkonusu olabilmektedir.

İmtiyaz, öğretilerde ve yargıda neredeyse hemen tamamen bir kamu hizmetinin görülmesi koşuluna bağlanmaktadır. Buna göre, bir imtiyaz sözleşmesinin konusu, kamu hizmetinin işletilmesidir.¹⁵ Fransız hukuku öğretisi de bu yöndedir, “(o)rt-

ularının kanımızca hatalı biçimde aynı kapsamda değerlendirildikleri görülmektedir. Zira, bir otoyol imtiyaz sözleşmesinde temel risk, araç trafiği (yani talep) riskinin girişimci tarafından üstlenilip üstlenilmeyeceğidir. Şayet, bahsekonu risk kamu üzerinde bırakılmakta ise, bu proje için imtiyaz sahibi tarafından finansman sağlanmasıyla ilgili olarak, artık herhangi bir riskin varlığından söz edilemez.

14 Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 572.

15 Öğretilerde, kamu hizmeti niteliği bulunmayan ve fakat imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilen kimi sözleşmelerin bulunduğuna da değinilmektedir. Bunlara örnek olarak, maden veya orman gibi milli servetlerin işletilmesine yönelik sözleşmeler gösterilmekte ve gerekçe olarak da bu alanlarda devletin hüküm ve tasarrufu ve gözetim ve denetimi altında bulunmaları” ileri sürülmektedir; zira, bunların işletilmesi “kişiler arasında yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı ve İdareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösterir” (bkz. Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 169, 175). Öğretilerden bir diğer görüşte de, maden işletmeciliği ister özel sektör tarafından ister kamu eliyle yapılsın, ekonomi ve sanayi için kamu yararı taşıyor olmakla beraber, bu faaliyetin doğrudan bir ortak ihtiyacı gidermeye yönelik bir kamu hizmeti boyutunun bulunmadığı savlanmaktadır (Bkz. Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, op. cit., s. 166). Dolayısıyla, milli servetler bakımından getirilen bu yöndeki açıklamaların imtiyaz kavramının doğmasına neden olan koşulları ne ölçüde dikkate aldığı tartışmalı olmakla beraber, burada asıl vurgulamak istediğimiz husus, bu istisnai imtiyaz sözleşmeleri dışında, milli servet konusuyla bağlantısız hizmet alanlarındaki imtiyaz sözleşmesi algılaması bakımından “kamu hizmeti” kavramına birebir bağlılığın öğretilerde devam ediyor olmasıdır. Diğer yandan, kimi yazarların kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olmayan konulardaki bu sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamının dışında tutup, sadece “idari sözleşme” nitelendirmesiyle tanımladıkları da görülmektedir (bkz. Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 70, 71).

da bir kamu hizmeti yoksa, kamu hizmeti imtiyazı da olamaz.”¹⁶ Bir diğer görüşe göre de, ticari ve sınıai faaliyetlere ilişkin hizmetlerin özel kişilerce görülmesine yönelik olarak idareyle imzalanan sözleşmelerin hukukumuzda özel hukuk sözleşmesi niteliğinde sayılması örneğinde görüldüğü üzere, “... kamu hizmeti kavramı, her zaman bir sözleşmenin idari olması için yeterli koşul değildir.”¹⁷ Buna göre, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olmak, imtiyazın “gerekli” ve ancak “yeterli” olmayan bir koşulu halinde algılanmaktadır.

Bize göre, imtiyazın kamu hizmetine doğrudan bağlantılı kılınması, nedenleri ancak tarihsel arka plandaki gelişmeler irdelendiğinde daha iyi görülebilecek bir izdüşüm içerir. Altyapı hizmetlerinde kamu hizmeti niteliği bulunduğu gerekçesinden hareketle, bu hizmetlerin özel sektöre gördürülmesi dolayısıyla imtiyaz kavramına gereksinim duyulduğunu sanmak, doğru fakat eksik bir analizdir. Zira, resmin sadece bir yanını gösterir. “Madalyonun diğer tarafında” ise, kamu hizmeti niteliği normal koşullarda hiç de sözkonusu edilmeyebilecek alanlardaki kapitülasyon uygulamaları uyarınca ortaya çıkan hususlar yatar.¹⁸

İşte bu yüzden, kanımızca imtiyazın özü, “ayrıcılıklar” yaratılıp yaratılmadığında belirir; daha da önemlisi, halkın doğrudan veya kamu maliyesine verilecek zararlar üzerinden tehlikeye¹⁹ maruz bırakılmamasını, güvenliğinin sağlanmasını temine yöneliktir. Bu “öz” ve nihai amaç dikkate alınmadığı takdirde ise, teknik hukukun yaklaşımlarıyla konunun irdelenmesi ve imtiyazın “felsefesinin” unutulması sonucu doğar, ki bunun ne tür hatalara neden olabildiği ülkemizin son 20 yıllık tahkim serüveninde gözlenebilir.²⁰ Bir örnekle konuyu bağlamak gerekirse: Kamuya sunulan hiçbir hizmetin özellikle ve kasten sözkonusu edilmediği

Bu konuyu ayrıntılı biçimde bir başka çalışmada ele almaya değer gördüğümüz için ve keza işbu makalenin hacmini daha fazla artırmama saikinden hareketle, şu kadarını söylemekle yetinmek istiyoruz: Kanımızca, kamu borçlanma (istikraz) sözleşmelerinin veya maden işletme sözleşmelerinin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğini taşıyor sayılmasında, imtiyaz kavramının hangi kamusal menfaat dengesini korumaya matuf olduğu hususunun gözden ırak kalmasının etken olduğu söylenebilir (bu yönde “Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar” başlığı altında hazırlanarak yayımlanmak üzere Nisan 2009 tarihi itibarıyla AÜHFD’ne gönderilen bir çalışmamız, halihazırda hakem değerlendirmesi sürecinde bulunmaktadır).

16 Meschériakoff ((Alain Serge), Droit des services publics, Paris, PUF, 1991, s. 344)’dan aktaran: Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 371.

17 Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 908.

18 Bu yönde değerlendirilmek üzere uygulamadan bir örnek için bkz. Çal, Sedat; Bakü-Tiffis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, Sy. 63(4), 2008.

19 Buradaki “tehlike”nin ne olduğu hususuna kısaca değinmekte yarar olabilir: İmtiyaz sözleşmesi niteliğinde sayılabilecek bir kurguya istinaden, egemenliğin sözleşmelerdeki hukuksal kısıtlardan dolayı, yahut, özellikle tahkime bağlı kılınan uyumsuzluklar nedeniyle maruz kalılabilecek tazminatların boyutu itibarıyla, idarenin kamusal yararı korumaya yönelik hareket serbestisinin pratik anlamda kısıtlanması olasılığından söz edilebilir. Bu yöndeki bir örnek ile buna dair özellikle yabancı literatürdeki düşündürücü eleştiriler için bkz. İbid..

20 Bu hususların topluca ve ayrıntılı biçimde değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit..

Bakü-Tiflis-Ceyhan (BTC) Boru Hattı Projesi'ne ilişkin olarak, ülkemizin taraf olduğu ikili uluslararası andlaşmalar kapsamında ilgili özel şirketlerle imzaladığı sözleşmelerin kapitülasyonlar dönemini anımsatan, imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşıdığı düşünülebilecek kimi hükümleri²¹, kamu hizmetinin imtiyazın kurucu unsuru olduğu yönünde –öğretide üzerinde hemen tamamen fikir birliği bulunan - görüşün isabetini sorguya muhtaç kılmaktadır.

Öğretide bazan bu yönde kimi değinmeler olduğuna dair emarelerin ortaya çıktığı söylenebilir. Aşağıda bu yöndeki bir görüşten uzunca bir alıntıya gitmekte yarar görüyoruz. Buna göre:

“... Osmanlı döneminde yapılan sözleşmelerin (imtiyazların)... imtiyazın temellendirilmesinde referans olarak kullanılması, Cumhuriyet sonrası imtiyaz uygulamalarında bunlardan ilham alınması mümkün görülmemektedir... (H)er yerde ve her dönemde geçerli bir imtiyaz kavramının ve uygulamasının var olduğunu düşünmek yanıltıcıdır... (G)eçmişte uygulanan bazı yöntemlerin “imtiyaz” adını taşınması, bunların bugün kullanılan anlamda “imtiyaz”la, aynı nitelikte olmaları bir yana, akrabalıklarını tartışmasız kabul etmemizi gerektirmez... Farklı dönemlerde farklı çözüm yolları benimsenebilir... (İ)dare hukuku öğretimizde pek işlenmemiş olsa da, imtiyazın tamamlanmış tek tip bir yöntem olduğu da kabul edilmemelidir. Hukuksal kurumlar zaman içinde farklılaşabilir, değişik anlamlar yüklenebilir ve bunlara yeni unsurlar eklenebilir. Türk hukukunda “imtiyaz”dan genellikle kamu hizmeti imtiyazı (ve sözleşmeleri) anlaşılmaktadır. Oysa bu kavramın çok daha geniş bir anlamda kullanılması ve kamu hizmetiyle bağlantılı olmakla birlikte farklılık içeren türleri kapsayan bir genişlik ve esnekliğe kavuşturulması mümkündür.”²²

Anılan görüşte ilgi çekici değerlendirmelere yer verildiğini söylemek mümkündür. Ne var ki, imtiyazın Osmanlı dönemindeki görünümüyle günümüzdeki tezahürlerinin farklı boyutları olabileceğine sadece değinilmekte ve fakat bu farkların neler olduğuna ve niçin böyle sayılacaklarına dair analitik bir tahlile ise yer verilmemesinin tercih edildiği yönünde bir görünüm belirmektedir. Dolayısıyla, anılan yaklaşıma esas alınan farklılığın ne olduğunu sarahaten belirleyebilme olanağı da bulunmamaktadır. Yine, imtiyaz kavramının daha geniş kapsamlı kullanılabileceğine ve kamu hizmeti bağlantısının daha esneklik içerisinde algılanabileceğine değinilmekte, maamafih, bu esnekliğin ne gibi sonuçlar doğuracağı yahut hangi düşünsel temelde bu türden bir farklılaştırmaya gidilebileceği de irdelenmemektedir. Önerilen “farklı çözüm yollarının” neler olduğu bir yana, bu farklı yolların neye ve nasıl, hangi felsefe yahut anlayış nedeniyle çözüm getireceği yönündeki bir tahlilden de sarfi nazar edildiği görülmektedir.

21 Bkz. Çal, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi , op. cit..

22 Bkz. Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, AÜSBE, Doktora Tezi, Ankara, 2002, s. 155-157 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

2.2. Kapsam

Öğretiden bir görüşe göre, hukukumuzda imtiyaz, kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesinin klasik biçimi olup ve bir “tip” olarak bu türden tüm sözleşmelerin genel adı veya üst başlığı şeklinde kullanılmaktadır.²³ Ancak, buna karşı yönde görüşler de bulunmaktadır.

Bu meyandaki bir görüşe göre, “konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelerin” kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanması yanlıştır, zira bunlar idari sözleşmenin tanımı kapsamına girebilir; böylece, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın imtiyaz sözleşmesini idari sözleşmelerin yegâne tipi olarak tanımlıyor olması ve diğer idari sözleşmeleri dikkatten kaçırmaması “vahim bilgi eksikliği” gösterir ve ülkemizdeki “imtiyaz sözleşmesi saplantısı”na delalet eder.²⁴

Yine, benzer bir görüşe göre;

“Anayasa Mahkemesinin imtiyaz usulünü, kamu hizmetlerinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde özel kişiler eliyle görülmesinin tek yöntemi olarak görmesi... doğru

23 Bkz. Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 321, 328.

24 Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 447, 448. Yazarın bu yöndeki görüşlerinin daha ayrıntılı olarak işlendiği geniş hacimli bir diğer eserinde yine aynı yönde ifadelerde bulunulmakta ve yargı organlarıncı imtiyazın idari sözleşmelerin teknik bir türü olarak görülmeyip bir torba kavram olarak değerlendirilmiş olması vurgulu biçimde eleştirilmektedir. Buna göre, imtiyaz sözleşmesi torba kavram olarak kullanıldığında, “... iltizam, müşterek emanet ve vekâlet (gibi) sözleşmelerin nasıl tanımlanacağını ... (veya) ne işe yaradığını sormak gerekir” (bkz. Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 373; eleştirilerin geneli için ise, bkz. İbid. s. 372-378). Ne var ki, anılan eserde idari sözleşmelerde –özel hukuk sözleşmelerinin aksine- idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçerken serbestisinin önemli ölçüde kısıtlandığı, zira idareye sözleşme serbestisinin mutlak olarak tanınmasının kayırmacılığa yol açabileceği haklı olarak belirtilmekte; bundan dolayı da, idarenin sözleşmeci kişiyi seçmesine yönelik kamu ihale kurallarının oluşturulduğuna değinilerek, hemen akabinde bu kuralların yer aldığı Kamu İhale Kanunu değerlendirilmektedir (bkz. İbid., s. 96, 97). Bu itibarla, anılan eserdeki görüş uyarınca imtiyaz sözleşmesi dar anlamıyla ele alınıp, iltizam ve müşterek emanet gibi diğer sözleşmeler imtiyaz sayılmayarak sadece “idari sözleşme” addolunacak ise, bu anılan sözleşmelerin de – idari sözleşme olmaları nedeniyle - kamu ihalesine ilişkin kısıtlayıcı kurallara bağlı kılınması gerekeceği açıktır. Bu durumda da, iltizam benzeri sözleşmelerde idare sözleşmeciye ihale kuralları kısıtları altında seçmek zorunda kalırken, benzer özellikler taşıdığı çok açık olan dar anlamdaki imtiyaz sözleşmelerinde idareye “intuitu personae” ilkesine dayanılarak tamamen bir serbesti bahşediliyor olacaktır. Varılan bu sonucun doğal karşılanması ise, herhalde savunulabilir olmaktan çok uzaktır ve kendi içinde çelişkilidir.

Kanımızca, anılan eserlerde imtiyaz sözleşmesi münhasıran teknik bir bakış açısından hareketle incelenmekte ve konunun kavramsal boyutunu, kavramın çıkış nedenlerini ve korumaya yöneldiği amacı, özette tarihsel arka planı dikkate alınmayarak sonuçta bütünsel bir değerlendirmeye gidilmemekte, böylece de resmin tamamını gözden ırak tutmuş olmak sonucuyla karşılaşılmaktadır. Bu itibarla, bu eserlerde belirtilen bahse konu görüşlere iştirak etme olanından mahrumuz. Metin içerisinde değindiğimiz gibi, yüksek mahkemelerimiz imtiyaz kavramına ilişkin geniş bir yorumla giderek, fevkalade isabetli bir tahlil yapıldığını düşündürecek denli doğru teşhisten bulunmuştur. Buna dair ilave bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 50-53.

*değildir... Nitekim bu durum Anayasa koyucunun devreye girmesine sebebiyet vermiştir.*²⁵

Öğretiden aynı yöndeki bir diğer görüşe göre de;

*“... kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde değişik sözleşme türleri uygulanabilmektedir. Dolayısıyla, “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi”ni kamu hizmetini özel kişiye gördürmenin tek hukukî yöntemi olarak veya değişik sözleşme türlerini kapsayan bir şapka kavram olarak görmek yanıltıcı sonuçlara götürebilir.”*²⁶

Yazar, bu ifadesinde değindiği “yanıltıcı sonuçların” neler olduğuna ise değinmemektedir. Keza, aynı yazarın bir diğer akademisyenle birlikte yazdığı başka bir eserinde de benzer yöndeki görüşlere tesadüf edilmektedir. Buna göre;

*“... imtiyaz usûlünün kendisinin belirlenmesinde güçlük çekilirken, ona benzer görünen usûlleri imtiyazın hukuki rejimine tabi tutmak gerçekçi görünmemektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde değişik yöntemlerin olabileceğini kabul (etmelidir).”*²⁷

Ancak, yazarların devamlı “(bahsekonu yöntemlerin kullanılmasına ilişkin) sözleşmelerin yapılmasında açıklık ve rekabetin sağlanması gibi bazı ortak noktaların belirlenerek bunların hukuki rejiminin belirlenmesine çalışmakta yarar vardır”²⁸ şeklinde, rekabet ve saydamlık unsurlarına yer vermek bakımından doğru, imtiyaz tanımlamasının sonucunda ortaya çıkan yargısal denetime değinmemek açısından ise eksik kalan bir saptamada bulunduğu da kaydedilmek gerekir.²⁹

İmtiyazı dar anlamda ele alan bu ikinci grup yaklaşımda, imtiyaz yöntemine sadece bir “etiket”, kamu hizmetini gördürme yöntemlerinin “sıradan bir çeşidi” gibi yaklaşıldığı, imtiyazın kavram olarak neyi oluşturması gerektiği hususuna değinilmediği ve keza, kavramın tarihsel, iktisadi ve siyasiy arka planının değerlendirilmesine de gereksinim duyulmadığı söylenebilir. Dolayısıyla, yüzeysel bir yaklaşım içerdiği savlanabilir ve bu itibarla anılan yaklaşımda isabet görmek, kanımızca zordur.

25 Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 285. Anılan görüşte, Anayasa koyucunun devreye girmesine neden olduğu gerekçesiyle AYM'nin eleştirilmesi, kanımızca yersizdir ve ilerleyen paragraflarda Yüksek Mahkeme'nin bu hususta fevkalade isabetli karar vermiş olduğuna değindiğimiz üzere, AYM'ne bir nevi bühtanda bulunmuş olma sonucunu doğurmaktadır. Kanımızca AYM'nin imtiyaz kavramını –kararlarında anılan kavramın tarihi boyutuna ve geniş biçimde yorumlanma gereğine sarahaten değinmiş olmasa da- yerinde bir yorumla geniş biçimde, bir üst başlık yahut kavram şeklinde yorumlanmış olması sonucunda Anayasa koyucunun devreye girerek 1999 yılı Anayasa değişikliklerine gitmiş olması, asıl hatalı işlem olmuştur (bu hususta geniş bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 53, 70, 357, 358, 407- 412).

26 Tan, Turgut; İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, içinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu – Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996, s. 28.

27 Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 557.

28 İbid.

29 Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 38-72.

Bize göre, imtiyaz kavramının hukukumuzda ortaya çıkış biçimlerini, geçmişten bu yana gerek ülkemizde ve gerek yabancı ülkelerdeki uygulamalarını, hangi ihtiyaçları karşılamak üzere kullanıldığını, özetle, hangi "çıkarlar dengesi" içerisinde kurgulandığını araştırmaksızın, dar veya geniş bir kapsam tayin etmek yanlış olacaktır. Öğretiden bir görüşle ifade edersek, "(h) iç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir."³⁰

Dolayısıyla, imtiyazın özellikle Osmanlı dönemi kapitülasyonlarını anımsatan çağrışımlar içerdiği; bu meyanda, ülkemizde imtiyazların verilmesinin uzun süre ciddi ve ağır koşullara bağlandığı, hatta bir dönem itibarıyla ancak Türkiye Büyük Millet Meclisince (TBMM) verilebildiği, bilahare yürütme organına devredilen bu yetkiye karşın hemen denge anlamında yargı organının (Danıştay) ön incelemesine ve uyuşmazlıkları çözme yolunda yargı yetkisine bağlı kılındığı hatırlanmalıdır.³¹ Bütün bu gelişmelere nazar atfetmeksizin yapılacak irdelemelerin ise, "analitik" olmaktan daha ziyade "sentetik" bir değerlendirme niteliğinde olacağı söylenebilir.

Öğretideki yukarıda belirtilen farklı görüşlere karşın, AYM'nin kararlarında birinci grupta belirtilen yorumun egemen olduğu ve imtiyazın "torba" bir kavram niteliğinde, kamu hizmeti sözleşmelerinin özel sektöre gördürülmesinin kavramsal yahut genel adı biçiminde algılandığı görülmektedir. Buna göre;

*"Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir... Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyazı olarak tanımlanmaktadır."*³²

Danıştay'ın bakış açısı da aynı yönde olmuştur. Buna göre;

*"... kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle bir girişimciye devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi sözkonusudur."*³³

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında imtiyaz sözleşmeleri en genel ve kapsayıcı yöntem olarak değerlendirilmekte ve imtiyaz sözleşmeleri tüm diğer kamu hizmetinin gördürülmesi sözleşmelerini içerir biçim-

30 Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, AÜHF Neşriyatı, Seri II, C. I, Sy. 20, Ankara, 1940, s. 8.

31 İmtiyazların ülkemizdeki tarihsel gelişimi, ortaya çıkış biçimleri ve kapitülasyon uygulamalarıyla bağlantısı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 66-71.

32 Bkz. AYM'nin 1 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1995/42-2 sayılı ve keza 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararları.

33 Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı, DD, Sy. 87.

de yorumlanmaktadır.³⁴ Buna ilişkin öğretiden bir görüşe göre de, “Anayasa’da imtiyaz kavramı, sadece bir sözleşme biçimini anlatmak üzere değil, kamu hizmetinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi kategorisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır.”³⁵ Öğretiden bir diğer görüşte de, “imtiyazın somut bir sözleşme değil, kamu hizmetlerine özel kişilerin katılması anlamını taşıyan bir genel yöntem olarak değerlendirilmesi mümkündür”³⁶ denilmektedir. Bununla birlikte, atıf yapılan bu son kaynak, Yüksek Mahkemelerin yukarıdaki torba kavram yaklaşımının “katı olduğu” ve kendi ifadesindeki yöne “evrilmesinin olanaksız görüldüğü”nü de ifade etmektedir. Bunun sonucunda ise, imtiyaz kavramının anılan mahkemelerce genel kapsamlı bir torba kavram şeklinde algılanmasının neyi ifade ettiğini yeterince tahlil etmekten uzak görünmektedir.

Kanımızca, yüksek mahkemelerin konuya ilişkin kararlarında –konunun iktisadi boyutu değerlendirilmediği veçhile önemli eksiklikler görülmekle beraber- esas olarak Anayasa’da yeterince açıklıkta belirtilmemiş imtiyaz kavramını tarihi perspektifiyle algılama becerisini gösterdiği söylenebilir. Dolayısıyla, ülkemizde özellikle enerji sektöründe gözlenen uygulamalar bağlamında, anılan kavramın yüksek mahkemelerce geniş biçimde yorumlanmak suretiyle son derece yerinde davranıldığını düşünüyoruz.

Öte yandan, değinmek gerekirse, öğretide imtiyaz kavramının iltizam veya müşterek emanet gibi diğer benzer nitelikteki diğer sözleşmeleri kapsayan şekilde kullanılmayacağını belirten yazarların, bu sözleşmeleri her halükarda idari sözleşme olarak addettikleri söylenebilecekse de, irdelenmeden ortada kalan soru, bu yöndeki değerlendirmelerine ne gibi bir sonuç bağlayacakları hususunda düğümlenmektedir. Bilindiği üzere, imtiyaz sözleşmeleri 1999 yılı Anayasa değişiklikleri öncesindeki yargı kararlarında ifadesini bulan kapsamıyla Danıştay’ın ön incelemesine tâbi tutulmaktaydı. İmtiyazın dar kapsamda değerlendirmesine gidildiği takdirde, kapsam dışında kalan ve fakat idari sözleşme olduğunda da tereddüt bulunmayan diğer sözleşmeler bakımından aynı ön incelemeye bağlı kılınma zorunluluğunun doğup doğmayacağı hususunda, öğretide dar kapsamlı yorum yanlısı görüş beyan eden pek çok yazarın açıklık getirmedikleri gözlenmektedir. Nitekim, öğretiden bu hususa değinen –ve açıklamalarından imtiyaz kavramını dar kapsamda algıladığı görülen- bir yazara göre de;

“Devlet tarafından kurulmuş faaliyetlerin işletilmesinin devrinin, bu faaliyetlerin kurulması ve işletilmesi için verilen imtiyazlardan farklı olduğu ve bu itibarla, bu işletme hakkının devri sözleşmesinin Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesinin gerekli olmadığı, söylenebilecektir.”³⁷

34 Aynı yönde bkz. Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma; KİGEM/DİSK/Genel-İş Yayını, Ankara, 1998, s. 17.

35 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 334.

36 Tekinsoy, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, op. cit., s. 199.

37 Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, MÜSBE, Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s. 396, 397 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

Oysa, bu eksiklik, ön incelemenin işlevi itibarıyla önem arz etmektedir. Bununla birlikte, anılan yazarların dar kapsamlı yorum lehindeki görüşlerini ifade ederken, diğer idari sözleşmelerin bu bağlamdaki akıbetini ayrıntılı biçimde irdelenmemiş olmaları, konunun genel felsefesinin irdelenmesine gidilmediği ve imtiyaz bağlamında tarihsel süreçte oluşan korunma gereksinimlerine nazar atfedilmediği yönünde bir yoruma cevaz verebilmektedir. Nitekim, imtiyaz kavramını geniş kapsamıyla benimsediği görülmekle birinci grupta yer aldığı söylenebilecek bir yazarın, Anayasa değişiklikleri öncesindeki dönemde yaptığı bir konuşmasındaki ifadesiyle;

*"... Danıştayın Birinci Dairesinin, sözleşmeleri ön incelemeden geçirme yetkisi, sadece imtiyazlara münhasır olarak addedilemez. Müşterek emanette de bu usul kabul edilir, kanaatimce kabul edilmesi lazımdır. Hatta... yap-işlet-devret ise... Danıştayın ön incelemesinden geçirilmesi zorunluluğu karşımıza çıkacaktır."*³⁸

Ne var ki, özel hukuk konusunda uzman bir başka öğretim üyesinin görüşünde, "ileri teknoloji ve (yüksek) maddi kaynak gerektiren"³⁹ yap-işlet-devret (YİD) sözleşmelerinin özel hukuka bağlı kılınması gerekliliği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, kimi sözleşme türleri bakımından idari sözleşme dahi sayılmayabileceği anlayışının da benimsenebildiği görülmektedir.⁴⁰

Keza, Onar'ın görüşü uyarınca "(h)izmet, taahhüt ve iltizam mukavelelerinin mahiyetinde gör(ülen) şüpheli durum yani bu mukavelelerin, âmme hizmetleriyle alâka ve irtibatlarına rağmen, birer hususî hukuk mukavelesi olabilmeleri ihtimali(nin)"⁴¹ de geçerli sayılabilmesi olasılığı düşünüldüğünde; öğretilde iltizam sözleşmesi bakımından imtiyaz sözleşmesini torba kavram kapsamında değerlendirmeyenlerin dahi idari sözleşme olarak nitelendirdiği görülen kimi sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmesi sayılmasına yol açılabilmesi imkan dahiline girebilecektir. Oysa, öğretilen bir görüşte belirtildiği üzere, "... bir hizmetin özel kişiye gördürülmesinin kamu hukuku çerçevesinde mi yoksa, özel hukuk sözleşmesiyle mi olacağı konusu, "teknik" bir soruna indirgenemeyecek boyutlara sahiptir."⁴²

Giderek, imtiyazın dar kapsamlı yorumlanması sonucunda imtiyaz kavramının felsefî arka planı gözden kaçırıldığında, geride kalan kimi sözleşmelerin idari sözleşme

38 Azrak, Ülkü; içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999, s. 35.

39 YİD sözleşmeleri kapsamında tahkime gidilebilmesine yönelik tartışmalar sürecinde sıklıkla gündeme gelmiş olan bu terim ve kavramların, aslında konuyla ilintisinin neden kurulamayacağı yönünde bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 153-155, 232 vd.

40 Kaplan, İbrahim; içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999, s. 69, 70.

41 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 536.

42 Ataay, Faruk; Kamu Yönetimi Reformu ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması, 29 Eylül, 2005 (www.sendika.org) (alıntılandığı belirtilen kaynak: Ataay, Faruk (2005), Kamu Reformu İncelemeleri, Ankara, Ankara Tabip Odası Yayını).

leşme derecesine indirilmesi ve bilahare türlü nedenlerle bu idari sözleşmelerin de özel hukuka tâbi tutulması gibi bir uygulama imkan dahiline girebilecektir. Nitekim, metin içerisinde değinildiği üzere, Fransa’da idari sözleşme olarak uygulanmakta bulunan bayındırlık yapım sözleşmeleri, ülkemizde “pratik gerekçelerle” idare hukuku alanından çıkarılarak özel hukuka bağlı kılınmaktadır. Dolayısıyla, imtiyazı genel bir kavram adı olarak ele almanın, bu bağlamda da kamu yararını daha etkin koruyabilme amacına hizmet etmiş olacağı açıktır.

2.3. İmtiyaz-idari sözleşme ayrımı

İdari sözleşmeler ile imtiyaz arasındaki ilişkiye geçmeden önce, idari sözleşme kavramı üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Zira, öğretilerde kimi görüşlerde belirtildiği üzere, idarenin sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmasının kavramsal olarak güçlükler içerdiği öne sürülebilmektedir.⁴³

Bu meyanda, sözleşmenin bir özel hukuk kavramı olduğuna değinen bir görüşten hareketle değinilirse;

““*idare*” ile “*sözleşme*” kavramlarının yanyana gelmesi belirli bir sorun alanına da kaynaklık etmektedir... *İdare hukuku alanında “sözleşme”den bahsetmek, kuşkusuz idare ile ilgililer arasında ilişkilerin dönüşümüne –en azından farklı bir biçimine- de işaret etmektedir. İdare, yalnızca kamu hukuku kaynaklı yetkiler kullanmayıp sözleşmenin doğurduğu haklara ve yükümlülüklerle sahip olacaktır. Bu durumda, en genel ifadesiyle kamu yararını gerçekleştirmeyi hedefleyen idarenin, (klasik ifadeyle) “idare edilenler” karşısındaki konumuna ve bunun temellerine ilişkin algılayış, sözleşmenin bu alandaki konumuna ilişkin yaklaşımı da belirleyecektir. İdare, kamu yararı ve toplumsal gereksinimler (kavramları) arasındaki ilişki, kamu hukukunun temel kuralları ve sözleşme ilkeleri çerçevesinde kamu gücünün kullanımı açısından farklı bir dengeye ulaşabilir.*”⁴⁴

Bu husustaki bir diğer görüş olarak, bilge Onar’ın ayrıntılı açıklamalarını aşağıdaki paragrafta özetleyerek sunmak istiyoruz:

Bir görüşe göre, Alman öğretisinde kabul gördüğü üzere⁴⁵, bir özel hukuk kurumu olan sözleşme, idare hukukuna yabancı bir kavramdır ve sözleşme kavramının eşitler arası ilişkileri gerektirmesi dolayısıyla, idarenin üstün yetkiler kullanabilmesi gereği karşısında, idare hukukunda sözleşmeden söz edilemez. Fransız öğretisinden Duguit de aynı görüşü paylaşmaktadır. Ancak, zaman içerisindeki gelişmelerin bu görüşü teyid etmediği ve kamu hizmetlerinde görülen artışların etkisiyle sözleşme kurumunun idare hukukunda cevaz görmeye başladığı; ancak, diğer kimi kurumlar gibi, özel hukuktaki kavramların idare hukukuna geçiş ya-

43 Bkz. Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, C. 2, Sy. 1-2, Haziran-Aralık, 1998, (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, 1999), s. 148.

44 Tekinsoy, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, op. cit., s. 7, 8.

45 Aynı yönde bkz. Azrak, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, op. cit., s. 32.

parken mahiyetini değiştirerek kamu hizmetlerinin ve idare hukukunun bünyesine uygun bir hal aldığı savunulmaktadır.⁴⁶

Bu noktada, idari sözleşmeler ile imtiyaz kavramlarının ilişkisine dönersek: Genel kabul gören yaklaşıma göre, imtiyaz, idari sözleşmelerin en tipik⁴⁷ ve tam⁴⁸ olanıdır. Dolayısıyla, her imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşmedir; ancak, her idari sözleşme bir imtiyaz sözleşmesi niteliğini kazanmaz. Giderek, Fransız hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da idari sözleşme anlayışının imtiyaz uygulamalarından kaynaklanarak, bilahare türlü diğer konularda geliştirildiği ifade edilmekte ve özetle, şu yargıya varılmaktadır: “İdari sözleşme, imtiyazdan türetilmiştir.”⁴⁹

Bununla beraber, yargıda ve öğretinin bir bölümünde, imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme olarak sayılan iltizam, müşterek emanet, vb. gibi pek çok diğer sözleşmenin üst başlığı şeklinde algılandığına yukarıda değinmiştik. Kuşkusuz, bu algılama içerisinde dahi, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde sayılmayan idari sözleşmeler hâlâ vardır; nitekim, idari hizmet sözleşmeleri bunlara örnek gösterilebilir. Şu halde, her imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşme olduğuna göre, idari sözleşmelere ilişkin olarak bu çalışma içerisinde belirtilecek her bir unsur veya özellik, doğal olarak aynı zamanda imtiyaz sözleşmelerini de kapsıyor olacaktır.

İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran başlıca özellikler, bir tarafının idare olması, konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ve nihayet, sözleşmede idareye özel hukuku aşan yetkiler ve üstünlüklerin tanınmış olmasıdır.⁵⁰ Bir diğer görüşte de;

“(İ)darî sözleşmenin ölçütü olarak, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması veya tarafların hak ve yükümlülükler açısından eşit durumda bulunmaması da, aslında sözleşmenin idare hukuku veya özel hukuk rejimine bağlı tutulmasının bir göstergesi olmaktadır”⁵¹ denilmektedir. Zira, bir görüşe göre idare, hizmetin sözleşmede yer alan hükümlere ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini gözetlemek durumundadır.⁵²

Bahsekonu üstünlüğün, sözleşmede münhasıran ve ayrıca belirtilmiş olmasına gerek bulunmadığı söylenebilir. Bunlar, sözleşmeye konu olan faaliyetin konusundan ileri gelen ve bu itibarla sözleşme konusunun (yani kamu hizmeti olan

46 Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 1591.

47 DDDK'nın 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971, s. 150.

48 Onar, imtiyazı (ve keza –“tam” olma keyfiyetiyle sınırlı olmak üzere- müşterek emaneti de) “idari mukavelelerin en tam ve mükemmel bir tipi” şeklinde nitelemektedir (bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536, 1592, 1595).

49 Tekinsoy, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, op. cit., s. 198.

50 Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 167-170.

51 Tan, İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, op. cit., s. 30.

52 Tan, Turgut; Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, s. 309.

faaliyetin) kendi mahiyetinde mündemiç olan unsurlar biçiminde ortaya çıkabilmektedir.

Öğretide de benzer görüşlere tesadüf edilmektedir; buna göre, imtiyaz şartname ve sözleşmelerinde belirtilmemiş dahi olsa, idare üstün yetkilere sahiptir.⁵³ Aynı yöndeki bir başka görüşe göre de;

*“... idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının doğasında karşı tarafın iradesine gerek kalmadan kullanılabilme özelliği bulunduğuna göre, bunların bir de sözleşmede belirtilmiş olması gerekli değildir; ayrıca, karşı tarafın rızasıyla kullanılan hakların kamu gücü ayrıcalıkları olduğundan da söz edilemez.”*⁵⁴

Aynı yöndeki bir diğer görüşe göre de;

*“(i)dare, sözleşmede bir hüküm olmasa bile karşı tarafın bir kusuru olup olmadığını aramaksızın bu (ayrıcalıklı ve üstün) yetkileri kullanabilir, bu yaptırımları uygulayabilir.”*⁵⁵

Ancak, yargı kararlarında farklı bir içtihadın oluştuğu ve idari sözleşme sayılabilmek bakımından sözleşme konusunun mahiyeti itibarıyla üstün yetkileri gerektirmesinin değil, sözleşmenin kendisinde bu üstün yetkilere müracaat edilip edilmediğinin belirleyici olacağı anlayışına itibar edildiği söylenebilir. Sözgelimi, Danıştay’ın, mezbaha hizmetlerinin yürütülmesi için belediye ile Et Balık Kurumu arasında imzalanan bir sözleşmeyi, “idarenin gerektiğinde kullanmak üzere üstün yetkilerle donatıldığını gösteren bir hüküm bulunmadığı” gerekçesiyle özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirdiği görülmektedir.⁵⁶

Giderek, Fransız öğretisinde de “sözleşme konusunun kamu hizmeti olmasını tek yeterli özellik sayan, kamu gücü ayrıcalıkları unsurunun bulunmasını aramayan bir içtihat gelişmiştir.”⁵⁷

Ancak, bu noktada bir aykırı görüş, İdare Hukuku’nun duayeni Onar’dan gelmektedir. Buna göre;

*“(İ)darenin bir nafia (bayındırlık) işinde veya diğer bir âmme hizmetinde kendisine res’en hareket salâhiyetini verecek bir idarî mukavele akdetmek kudretine mâlik iken bu salâhiyetini kullanmayarak adî bir mukavele, bir medenî hukuk mukavelesi akdedebileceği kabul edilmekte(dir)... Demek oluyor ki **akdî sahalarda da idarî bir mukavele ile re’sen hareket edip etmemek hususunda idare, muhay-***

53 Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 327. Aynı yönde görüş beyan eden Odyakmaz’a göre de, “(i)dareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır” (bkz. Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, op. cit., s. 151).

54 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 326.

55 Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, op. cit., s. 152.

56 Bkz. Danıştay 8. Dairesi’nin 16 Ocak, 1985 tarih ve E.1984/495, K.1985/46 sayılı kararı, DD, Sy. 60-61, 1986, s. 352’den aktaran: Tan, İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, op. cit., s. 31.

57 İbid., s. 325.

yer (serbest) sayılmakta, idarenin isterse medenî bir mukavele akdederek hususî hukuk usulünü ihtiyar edebileceği (seçebileceği), re’sen hareket salâhiyetini kullanmaktan kendi rızasıyla feragat eyleyebileceği kabul olunmaktadır.”⁵⁸

Bu görüş kabul edilecek olursa, idarenin özel hukuk kişisiyle imzaladığı sözleşmede üstün yetkilere yer vermemesi durumunda, idarenin bilerek ve isteyerek bu yetkilerden feragat ettiği sonucuna varılabilecek ve böylece anılan yetkilerin uygulanamaması yönünde bir olasılık doğabilecektir. Şu halde, idarenin üstün yetkilerine sözleşmede yer verilmemesi halinde, anılan yetkilerin idare hukuku uygulanmak suretiyle zaten ve kendiliğinden uygulanmasının –esasen- sözkonusu olacağı anlayışı, bu bağlamda benimsenecek yaklaşıma göre doğru veya yanlış bir görüş biçiminde değerlendirilmeye elverişli olabilir.

Şu halde, kamu gücü ayrıcalıklarının veya bir başka deyimle idarenin üstün yetkilerinin, yahut yine bir başka deyişle idarenin tek yanlı hareket edebilme yetkisinin varlığının, idarenin tarafı olduğu ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir sözleşmeyi idari sözleşme yapmaya yeterli olacağına bir kuşku bulunmadığı hususu, öğretide baskın görüş olarak belirlemektedir. Bu itibarla, bahse konu keyfiyetin bir “yeter” unsur olduğu açık olmakla beraber, bu noktada sorulması gereken, bunun aynı zamanda bir “gerek” unsur olup olmadığıdır.

Şayet, yukarıda atıfta bulunulan görüşte belirtildiği üzere, idarenin üstün yetkilerinin sözleşmede bulunması idari sözleşme sayılmak için gerekli görülmeyecekse, bu takdirde ortada bir sorun vardır. Zira, anılan görüşün aksine, öğretide⁵⁹ ve yargı kararlarında⁶⁰ neredeyse daima, bir sözleşmenin idari nitelikte olması bakımından şu üç unsurun birlikte⁶¹ yer almasının gerekli olduğu vurgulanmaktadır: Sözleş-

58 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1465 (“vurgu” tarafımıza aittir).

59 Bkz. Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 45; Giritli / Bilgen / Akgüner; İdare Hukuku, op. cit., s. 911; Kutlu, Meltem; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Yayını, 1997, s. 31.

60 Bkz. AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı ve keza, 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararları; Danıştay 10. Dairesi’nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararı.

61 Gözler’e göre, bir sözleşme kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilmemiş ise, bahse konu unsurlardan (sözleşmenin bir tarafını idarenin oluşturması gibi doğal olarak diğer iki unsurla imtizaç etmesi zorunlu bulunan birincisi dışında, ki buna “organik şart” da denilmektedir) “sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması” ile “sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi” gibi “maddi şartlar”ın sözleşmede birlikte bulunması zorunlu değildir; bu iki unsurdan herhangi birisinin varlığı, sözleşmeyi idari sözleşme yapmaya yetecektir (bkz. Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 23-33, 45-47). Bu görüşün karşılaşması olası zorluk ise şu noktadadır: Kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olma keyfiyeti tek başına bir sözleşmeyi idari sözleşme yapabilecek ise, özel girişimcilerce yerine getirilen ve kamu hizmeti niteliğinde, kimi yazarlarca “virtüel kamu hizmeti” olarak tanımlanan hizmetlerin sadece “idare ile imzalanmış bir sözleşme” yerine “idareden alınan ruhsata” istinaden yürütülmesinden dolayı “idari sözleşme” sayılmaması sonucu doğabilecektir. Dolayısıyla, idarenin bir kamu hizmeti alanını isterse sözleşmeye bağlı kılarak idari sözleşme rejimi içerisinde, isterse ruhsata bağlı kılarak özel hukuk rejimi içerisinde yürütülmesine neden olabileceği söylenebilir. Kaldı ki, idareye bu yönde bir takdir yetkisinin verilmesiyle, istenilen faaliyet alanlarının idare hukuku rejiminden çıkarılması böylece olanak dahiline girmiş olacaktır. Kuşkusuz, bu durum “demokratik” rejimin gereği olarak algılanabilir ve böylece kendi içerisinde bir nevi tutarlılık sağlanabilir ise de, bize göre idarenin bu anlamdaki takdir yetkisi

menin bir tarafının idare olması, konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve nihayet, idareye üstün yetkiler tanınması. Dolayısıyla, üstün yetkilerin varlığı, yeter koşulun ötesinde gerek koşul olarak da değerlendirilecekse, bu defa anılan üstün yetkilerin idari sözleşmeyi belirleyen ölçüt olmaktan çıkması söz konusudur. Bu ise bizi, idareyle sözleşme bağı bulunmaksızın “ruhsat” altında özel girişimciler tarafından yürütülen faaliyetlerde de, kamu hizmeti niteliğinin görülebilmesine bağlı olarak üstün yetkilerin kullanılabilmesine ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmaya yönelmektedir.

Keza, yerel idare yapılarının Fransa’ya benzerliğine karşın altyapı hizmetlerinin özel sektör tarafından görülmesine yönelik ihalelerde –hukuksal düzenlemeleri gereği- rekabetçi bir sistem uygulamak zorunda kalan İtalya ve Portekiz’e kıyasla, Fransa’nın Avrupa’da bu bağlamdaki tek örnek olduğuna da değinilmektedir.⁶² İdareye üstün yetkiler tanınması ilkesi üzerinden idarenin imtiyazcıyı⁶³ dilediğince seçebilmesi uygulamasının Fransa’da ortaya çıkan bir gelişme olmasının arka planında, anılan ülkeye mahsus koşulların yer aldığı, sözgelimi, gerek sözleşmelerde yer alan belirsizliklerin idare yargısı eliyle düzeltilebilmesi olanağının varlığı ve gerek özel gerek kamu sektöründe yer alan uygulayıcıların aynı kamusal eğitim anlayışına sahip “ekol”den gelmeleri sonucunda bir uyuşma kültürünün ortaya çıktığı; Amerikan uygulamasında ise münhasıran sözleşmeye dayanılarak uyuşmazlıkların çözümü yaklaşımı hakim olmakla farklı bir kültürden bahsedilebileceği yönünde değerlendirmeler de bulunmaktadır.⁶⁴

Bununla birlikte, bu türden bir hukuksal yapı içerisinde altyapıya ilişkin projelerin gerçekleştirilebilmesini teminen özel sektör tarafından finansman bulunabilmesi

Anayasal sınırlarla kısıtlıdır ve gerek kamu yararı gerek hukuk devleti ilkeleri, bu bağlamda takdir yetkisini sınırlayıcı niteliktedir. Nitekim, Özey’a göre de, “(i)hare... “sözleşme”ler yapabilirse de, ne özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme arasında bir seçenek olanağına, ne de, bunlardan hangisini yapması yasal olarak gerekirse gereksin, izleyeceği usul, bağlı kalacağı yöntem ve şekil bakımından herhangi bir sınırsız takdir yetkisine sahip bulunmaktadır (bkz. Özey, *Günüşğında Yönetim* (2004), s. 523). Keza, demokratik ilkeler, seçimle gelen mutlak iktidarı değil, anayasal kısıtlar altında bir iktidar kullanımını öngörür. Zira, çoğulcu demokrasilerde “... “milli irade”nin sadece seçimle oluşan tek bir Yasama meclisinin tekelinde olmayacağını da kabul etmek zorunluluğu vardır... Çağdaş toplum içinde yer alan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kurumları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine varmamız gerekir... (Giderek, bu bağlamda belirtmek gerekirse) demokrasimiz, herşeyden önce “çoğulcu”luk niteliğine sahip bulunmamaktadır” (bkz. Özey, *Günüşğında Yönetim* (2004), op. cit., s. 9, 10). Sonuçta, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, bir sözleşmenin idari mi, özel hukuk rejimine mi tâbi tutulacağını belirlemede bir mantık terimi olarak “totoloji”nin gündeme geldiği söylenebilir.

62 Huet, Freddy / Saussier, Stéphane; *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, s. 7 (<http://grjm.net/documents/Stephane-Saussier/wp-EBOR-2003.pdf>).

63 İmtiyaz alan özel hukuk kişisine “imtiyaz sahibi” veya “imtiyazcı” (“concessionaire”) denir (bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 370).

64 Desrieux, Claudine; *Revisiting Relational Contracting in public-private partnerships – A comparison of French and American local public services*, *Colloque International, Etat et Regulation Sociale*, 11-13 Eylül, 2006, s. 5, 6.

de –sözleşmelerdeki imtiyaz kurgusu nedeniyle belirsizlikler ve dolayısıyla yüksek riskler bulunması nedeniyle- çok güç olmaktadır.⁶⁵

Öte yandan, eski tarihli yüksek mahkeme kararlarında bahsekonu unsurlara ilaveten getirilmiş olan, sözleşmede bir genel şartnamenin ekli bulunması ve sözleşmenin uzun süreli olması gibi koşullar, zamanla ortadan kalkmıştır.⁶⁶ Ancak, imtiyaz sözleşmelerinde “uzun süre” unsurunun muhtelif yargı kararlarında açıkça ve önemli bir öge olarak görülmeye devam edildiği de zikredilmelidir.⁶⁷

Bununla birlikte, “uzun süre” koşulunun imtiyaz haricindeki idari sözleşmeler itibarıyla artık sözkonusu edilmediği söylenebilir. 1950 yılına kadar sözleşmenin idari nitelikte sayılabilmesi için uzun süreli bir şartnameye bağlı olması da aranırken ve böylece sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi bu türden sayılırken, sonraki tarihlerde verilen yargı kararlarıyla iltizam, istikraz ve hizmet sözleşmelerinin de idarî nitelikte olduğu kabul edilmiş olmakla, süre ve şartname unsurlarının ortadan kalktığı belirtilmektedir.⁶⁸

Sözleşmede idareye üstünlük tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket etme yetkisinin varlığı ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idareye diğer taraf olan özel kişiye karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumunda, özel hukuku aşan yetkinin var olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹ Bu bağlamdaki bir görüşe göre, “... idarenin... tek yanlı değiştirme, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi... özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen birtakım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması... idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir.”⁷⁰

2.4. İmtiyaz-kamu hizmeti ilişkisi

İmtiyaz kavramına yönelik yukarıdaki paragraflarda yer verilen açıklamalarda, anılan kavramın öğretilde kamu hizmeti kavramıyla doğrudan bağlantı içerisinde açıklandığı görülmektedir.⁷¹ Bu itibarla, kamu hizmetine yönelik olarak öğretilde

65 Scales, Tim / Chahid-Nourai, Noel; Project Finance in France, International Financial Law Review (IFLR), 9 Temmuz, 2001.

66 Sızlı, Gülhanım Erol; Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, 1999, s. 46.

67 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG'de yayımlanmıştır); yine, Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı, DD, Sy. 87, 1993, s. 33 vd.. Danıştay'ın anılan kararında, “... kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir süre için verilir... bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idarî sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır” denilmektedir. Süre unsuruna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 39, 40, 43, 70-72, 93, 94, 160, 368.

68 Bkz. Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 430.

69 Ayhan, Önder; İdari Sözleşmeler, DD, Y. 9, Sy. 32-33, 1979, s. 110.

70 Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 170.

71 Oysa, imtiyaz ile kamu hizmeti arasında birebir bağlantı kurulamayacağı ve kamu hizmetine yönelik olmayan faaliyetlerin de imtiyaz olarak addolunabileceği görüşündeyiz. Buna yöne-

vurgulanan hususlara ayrıca kısa biçimde değinmek yerinde olacaktır. Zira, hemen aşağıda görüleceği üzere, kamu hizmeti kavramının açıklanması sırasında da, –doğal olarak- imtiyaza benzer şekilde, idareye tanınan üstün yetkiler kavramından yararlanılmaktadır.

Öğretiden bir görüşe göre, kamu hizmetleri kısaca şu üç ögeden oluşmaktadır:

- “1. Ortak, genel yani kollektif ve karşılanmamış⁷² bir gereksinimin bulunması;
2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve
3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”⁷³

Kamu hizmetini en geniş şekliyle tanımlayan⁷⁴ bu görüş, organik unsuru zorunlu kabul etmeyerek idare tüzel kişiliğinin dışında kalan kamu hizmetlerini idare hukukuna bağlı kılması bakımından “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.⁷⁵

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda “faaliyetin kamusal usüllerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir.”⁷⁶ Böylece, kamu iktisadi teşebbüslerince özel hukuk kurallarına göre yerine getirilen⁷⁷ ve hatta özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim, Onar’a göre de, “hususî hukuktakinden ayrı bir usûl ile görülmesini âmme hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmme hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınaî ve iktisadî âmme hizmetleri(nin) bu mahiyetlerini inkâr (anlamına gelecektir)... (Bu itibarla) “âmme hukukuna mahsus usûller ve üstün salâhiyetlerle görülmesi... âmme hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmme hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmme hizmetine mahsus olan bir vasıf (olmakla) beraber... ayrılmaz bir unsur ve zarurî bir vasıf (değildir).”⁷⁸

lik ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 41, 42.

72 Toplumda halihazırda özel sektör eliyle yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin bu gereksinimi karşılamakta olması da muhtemeldir; dolayısıyla, “karşılanmamış” ibaresiyle sadece halen böyle bir tatmin durumunun sözkonusu olmadığı hallerin kastedildiği ve dolayısıyla “karşılanmakta” olan hizmetlerin de kapsam dahilinde bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bu anlayış, Anayasa’nın 47. maddesinde yer verilen “özel teşebbüs tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri” ifadesiyle de uyumludur.

73 Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFİM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

74 İbid.

75 Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 47.

76 Özay, Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, op. cit., s. 295.

77 İbid.

78 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25, 26.

Aksi yönde görüşler de –kuşkusuz- bulunmaktadır, buna göre “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.”⁷⁹ Bir diğer görüşe göre de, “... kamu hizmeti kurulması bir faaliyetin hukuksal rejimini değiştirmektedir... değiştirmekten kasıt (ise) faaliyetin hukuki rejiminin özel hukuk rejimi dışına çıkarılmasıdır...”⁸⁰ Yine, öğretiden bir başka görüşe göre de;

“... bir faaliyetin “kamu hizmeti” statüsüne kavuşturulması, o hizmetin piyasa faaliyetlerinden farklı bir hukuksal statüye tabi kılınması anlamına gelmektedir. Bu durumda, söz konusu hizmetin konusuyla ilgili olarak bir yandan girişim ve mülkiyet özgürlüklerine belirli kısıtlamalar getirilmekte, bir yandan da kamu gücüne özgü belirli ayrıcalıklar tanınmaktadır.”⁸¹

Öte yandan, bahsekonu yaklaşım çerçevesinde organik unsur koşulu reddedilmekle beraber, bu defa başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu soruna değinmeyi teminen, öğretiden bir görüşe aşağıda yer vermek istiyoruz:

“Bazı kereler... Devlet bir faaliyetin kurulmasını ve işletilmesini kamu hizmeti olarak kendisi üstlenir, bu kamu hizmetinin kişiler tarafından yürütülmesini kural olarak yasaklar, özel usüllere bağlar. Örneğin, Belediye Kanununun 19 uncu maddesinin 5 inci bendinde olduğu gibi: Buna göre, Belediye hudutları içinde belli bölgeler arasında otobüs işletmek bir kamu hizmeti olarak kurulmuş, kişilere yasaklanmış ve bu ilişkilerin faaliyeti yürütmeleri için bir imtiyaz veya ruhsat alınması şart koşulmuştur.”⁸²

Görüldüğü gibi, bu defa bu kişilerin bu faaliyeti yürütmeleri artık bir kamu özgürlüğünün kurulması olarak kabul edilmemiştir. Araya ruhsat veya imtiyaz sözleşmesi gibi bir hukuki işlem girmektedir. Belediyenin yetkileri kolluk yetkilerini aşmakta, İdare ile kişiler arasında bir iç ilişki kurulmakta, İdare'nin yetkileri denetim ve gözetim seviyesine ulaşmaktadır. Kişiler bu faaliyeti artık kamu hizmetinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek zorundadır.”⁸³

Yukarıdaki görüş ışığında, üstün yetkiler veya kamu hukuku usülleri altında yü-

79 Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976, s. 88.

80 Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 241. Ne var ki, bu görüş kabul edilecek olursa, özel hukuka bağlı olarak ifa edilemeyen ve fakat kamu hizmeti niteliğinde buldukları Anayasamızın 47. maddesinde açıkça belirtilen türden hizmetlerin nasıl olup da kamu hizmeti sayılacakları sorusu yanıtız kalmaktadır.

81 Ataay, Faruk; Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması – Türkiye’de Kamu Reformu Üzerine İncelemeler, 2. Baskı, De Ki Yayınları, Ankara, 2006, s. 36.

82 Burada belirtilen görüşe katılmıyoruz; zira, imtiyaz bir yana, ruhsat almak için dahi bir faaliyetin özel girişime yasaklanmış –ve bilahare idarenin özel girişime özel koşullar altında izin veriyor- olması, gerekli bir ölçüt değildir. Ruhsat vermek, idarenin kolluk niteliğinde bir faaliyettir ve bilindiği üzere, kamu hizmeti niteliği belirgin olmayan yahut iddia edilmeyebilen pek çok özel sektöre faaliyeti, idarenin olağan sağlık veya güvenlik denetimini yapabilmesi gibi nedenlerle idareye başvurularak ruhsat alınmasını müteakiben gerçekleştirilebilmektedir.

83 Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 113, 114.

rütülmeyen (giyim eşyası üretimi gibi⁸⁴) kimi özel sektör faaliyetlerinin –devletin yetkilerinin *denetim* ve *gözetim* seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle- kamu hizmeti olmayacağını ileri sürmek, fakat aynı faaliyet devletçe özel sektörle beraber birbirine paralel olarak yürütüldüğünde devletin bu faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmek, organik unsurun koşul olarak reddedilmesi bağlamında bize göre bir çelişki yaratmaktadır. Zira, devletin bu örnekteki (giyim eşyası üretimi) faaliyetine kamu hizmeti diyebilmek için, organik unsuru kullanmaktan başkaca bir çözüm ortada görünmemektedir.

Yine, Onar'a göre, bir teşebbüsün sırf ticaret hukuku usûl ve kaidelerine göre çalışması, kâr gayesi takip etmeyen müessesenin tacir sayılmasını gerektirmeyeceği gibi, devletle ve toplumla ilişkisinde kamu hukukunun tesirinden kurtulmasını veya işletme aşamasında kamu hizmetlerinin murakabesi altında kalmasını gerektirmez; nitekim, imtiyazlı şirketler aracılığıyla görülen kamu hizmetleri, gerek şirketin kuruluşu ile iç faaliyeti ve gerek hizmetten yararlananlarla arasındaki işlemlerin görünüşü itibarıyla özel girişim ve faaliyetlerle benzerlik içinde olmasına karşın, kamu hizmeti mahiyetini kaybetmemektedir.⁸⁵ Böylece, kamu hizmetlerinin sadece kamu veya özel hukuka bağlı olmayıp, konu ve amaçlarına göre her ikisine de tâbi tutularak karma bir hukukî rejim içerisinde görüleceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁸⁶

Kamu hizmeti olarak belirlenmenin en karakteristik niteliği ise, akdi esaslar yerine kanun veya yönetmelik gibi bir statüye dayanması ve bu hizmeti gören kişilerin kamu hukuku usûllerini kullanabilmeleri, böylece hizmetin teşkilat ve usûllerinin kamu kararı uyarınca değişikliğe tâbi tutulabilmeleri ve kamu yararının özel çıkarı üstün tutulmasıdır.⁸⁷

Öte yandan, “giderilmediği takdirde huzursuzluğun başgöstereceği ve kamu düzeninin bozulacağı” derece toplumda “önem kazanmış olma”⁸⁸ unsuru da tartışmalıdır. Sözgelimi, Onar'a göre “(b)ir faaliyetin âmme hizmeti sayılabilmesi için sebebini teşkil eden ihtiyacın ve temin edilecek menfaatin bir zaruret derecesine çıkması(na) lüzum olma(yıp)... alelâde bir ihtiyacın karşılanması ve sadece umumî bir menfaatin temini de âmme hizmeti sayılması için kâfi(dir).”⁸⁹

Keza, ruhsat usûlünde de, bu yöntemle özel hukuk kişisine gördürülen kamu hizmetinin “asıl sahibi ve sorumlusu” idare olduğundan, idarenin hizmeti gören özel hukuk kişisi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi bulunduğu öğretilde genel kabul görmektedir.⁹⁰

84 İbid, s. 114.

85 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25.

86 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 306.

87 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 26, 27.

88 Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 149.

89 Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 32.

90 Günday, İdare Hukuku, op. cit. s. 327; Sızlı, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, op. cit., s. 33.

Sözgelimi, eğitim alanında özel girişimcilerce yerine getirilen eğitim hizmetleri Anayasa’da da düzenleme altına alınmıştır. Anayasamızın 42. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, eğitim hizmeti özel kişilere gördürüldüğünde, bu hizmet devletin denetim ve gözetimi altında yapılır. Yine, aynı maddenin altıncı fıkrasına göre, özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okullarıyla erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir.

Öğretideki bir görüşe göre, özel hukuk kişilerince yerine getirilen bu türden hizmetlerle ilgili olarak, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi gereği, idare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olarak gerekli değişiklikleri yapmaya yetkili olup, hizmeti gören kişinin bu değişikliklere katlanması zorunludur.⁹¹ Görüleceği üzere, ruhsat yönteminde de, imtiyaz yönteminde olduğu gibi, konusunun bir kamu hizmeti olmasına dayandırılarak, idarenin üstün güç ve yetkilerle mücehhez olduğu ileri sürülmektedir. Böylece, bu konuda imtiyaz ile ruhsat yöntemleri arasında bir farklılık bulunmadığı hususu ortaya konulmuş olmaktadır.

3. İmtiyazcının Seçimi Sorunu

Bilindiği üzere, idari sözleşmeler de dahil olmak üzere, idarenin her türlü sözleşmelerine ihale ilkesi hakimdir.⁹² (Ancak, hemen değinmekte yarar gördüğümüz üzere, ihale ilkesinin, idarenin bir faaliyeti özel sektöre gördürmesinin yöntemi olmadığı, bunun sadece idarenin anılan faaliyetini gerçekleştirme sırasında uyguladığı süreç şeklinde algılanması gerektiği de belirtilmektedir.)⁹³

Bununla birlikte, öğretide hemen neredeyse tamamen hakim olduğu görülen yaklaşım, ilginç bir resim ortaya koymaktadır. Buna göre, bir yandan idarenin tüm sözleşmelerinde açıklık ve rekabet ilkelerinin uygulanması zorunluluğuna değinilerek bu bağlamda idarenin rekabeti gerçekleştirmeye yönelik kurallar dizisi ayrıntılı biçimde irdelenirken, diğer yandan da idarî sözleşmelerin en gelişmiş ve tipik⁹⁴ örneği olarak gösterilen imtiyaz sözleşmeleri bu kuraldan ayrı tutulmakta ve idarenin imtiyaz sözleşmelerinde karşı tarafı serbestçe belirleyeceği vurgulanmaktadır.

Oysa, pazar içerisinde rekabetin belki sektörün niteliği gereği mümkün olmayabileceği bir alanda dahi, pazar için rekabete gidilebilmesi olanak dahilindedir. Giderek, yabancı literatürde özel sektörün altyapı hizmetlerinde işlev görebilmesine yönelik olarak idareyle imzalayacağı imtiyaz sözleşmelerinde, uygulanacak

91 Günday, İdare Hukuku, op. cit. s. 323.

92 Sızlı, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, op. cit., s. 51.

93 Bkz. Karahanoğulları, Onur, Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale, ÇYYD, C. 7, Sy. 1, 1998, s. 104-109. Bize göre bu husus, ihale terimine bağlanan anlamın ne olduğuna bağlı olarak değişiklik gösterebilecektir.

94 Bkz. Tan, Turgut; İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, Sy. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 292.

temel esasın rekabetin kurgulanması hususu olduğu, çok açık biçimde ve hiçbir tereddüde yer bırakmayacak yalınlıkta vurgulanmaktadır.⁹⁵ Bu itibarla söylenebilir ki, bu görüşlerin ülkemize bir türlü sirayet edememiş olmasını nasıl açıklamak gerekeceği büyük bir muamma halinde kalmaktadır.

Dolayısıyla, idareye sözleşmenin karşı tarafını dilediğince belirleyebilme olanağını tanımak, idarenin bir özel girişimci lehine tercihte bulunmak suretiyle tekel yaratmasına ve bu bağlamda da diğer girişimcilerin özgürlüğünü kısıtlaması veya ortadan kaldırması anlamına gelebilecektir. Bu itibarla, özel sektörün faaliyette bulunabileceği bir alanı, sektöre giriş anlamında tekeli bir yapıya büründürme ve böylece kamusal girişim özgürlüğünü yok etme sonucu doğabilir. Bu durumda ise, öğretilen bir görüşte belirtildiği ve bizim de tamamen iştirak ettiğimiz üzere, “... Anayasa ile teminat altına alınmış teşebbüs hürriyetinin özüne dokunulmuş olur!”⁹⁶ Bu itibarla da, “... temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen ilkelere evleviyetle muhatap olacakları ve anayasaya uygunluk denetimlerine özen gösterilmesi gerektiği... unutulmamalıdır.”⁹⁷

Oysa, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, idarenin tekel yaratabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunulduğuna da tesadüf edilmektedir. Buna göre, idarenin hangi faaliyet alanlarında tekel kuracağı bir “yerindelik” sorudur ve yargı kararlarıyla müdahale edilebilmesi olanak dışıdır. Daha vahimi, Yüksek Mahkemeye göre gelir yaratma amacıyla da idarenin tekel alanları oluşturması mümkündür.⁹⁸

95 Sözelimi, bkz. Novogrodsky, Tobias / Kapoor, Rakesh / Raj, Ashok; Best Practices in Private Sector Participation, (Martin de Graaf’ın gözetimi altında hazırlanmıştır), Reference and Resource Manual, Public Sector Reform No. 3, Arcadis BMB Yönetim Danışmanlığı Şirketi Yayını, Arnhem, 2003, s. 32-35.

96 Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 224.

97 Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 249.

98 Bkz. AYM’nin 27 Mart, 1986 tarih ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır). Karar, belirli sınırlar altındaki kaçakçılık uygulamalarında, idarece tekel konusu kılınmış mallar söz konusu ise hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesini, tekel konusu dışındaki kaçakçılık eylemlerinin ise para cezasıyla tecziyesini öngören yasa hükmünün Anayasa’ya aykırılığına yönelik iddiaı ırdelenmektedir. Olay, bir kahvehane de tekel konusu kılınan oyun kağıtlarının idare dışında temin edilmesi bulunduğu görülmekle kaçakçılık suçunun işlendiği ve hapis cezası verilmesi gerektiği konusuna ilişkindir. Bu karar, önemine binaen aşağıda kısaca yer vermekte yarar görüyoruz:

“Tekel kapsamına alınmak, irdelenmediğine, bunun yarar ya da zararı ya da gerekip gerekmediği üzerinde durulmadığına; böyle bir incelemenin... kaçınılması gereken yerindelik incelemesi olacağı gözetilerek, Devletin, tekel maddelerini ayrıcalık kuralıyla koruma altına alması tekel amacına uygun bulunmuştur... Kaçakçılık konusu malın türüne göre, toplu kaçakçılık yapanlara hürriyeti bağlayıcı cezanın belirli bir oranda uygulanmaması... (buna karşın) gümrük eşyası kaçakçılığını belli koşullarda ekonomik suç kabul ederek... kaçakçılık konusu malın türüne ve değerine göre para cezasına ek olarak hapis cezası eklenmesinin, Anayasa’nın suç ve ceza yönünden koyduğu ilkelere aykırı yönü bulunmadığı (düşünülmektedir)... (E)şitlik, her yönüyle aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında söz konusu olabileceğinden benzer suçları işleyenlerin cezalandırılmasında, yasa önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılabilmesi için, eşitliği bozar gibi görülen kuralın; haklı bir nedene dayanmaması ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olması gerekir. Devlet tekeline bağlanmanın değişik nedenleri vardır. Kimi maddelerin üretim, yapım, satımının devlet tekeline

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verdiğimiz bu yaklaşımının kabul edilemeyeceği kanısındayız. Nitekim, aynı yönde öğretilen isabetli bir görüşe göre;

*"(s)osyal bir Devletin, gelirlerini artırmak amacıyla faaliyette bulunabilmesi olgusu ve bu amacı gerçekleştirmek için tekel yaratması, yani özel teşebbüs hakkının özüne dokunması, mümkün görülmemelidir."*⁹⁹

Öğretilen bir diğer görüşte de aynı yönde değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Buna göre;

*"sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında kazandıkları hukuki rejim (=sınırlama sebebi içermeyen bir hükümle düzenleniyor olmaları (sonucunda)) ... Anayasamız hiçbir alanı özel kişiler lehine kamu hizmetlerine kapatmadığı gibi, sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda (idare lehine) tekel biçiminde kamu hizmeti de kurulamayacaktır. Aynı sonucun özel kişiler için de geçerli olduğu, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği kabul edilmelidir."*¹⁰⁰

bağlı kılınması devlet gelirini artırmak, gelirleri daha etkin kılmak yanında toplumun sağlığını koruma amacına da bağlanabilir. Sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımında ölçü ve denge arayışı, yapım ve satımını tekele bağlamakla olanaklıdır. Daha tehlikeli ve daha yaygın bulunan maddeleri bir düzey ve oran gözetmeden ekonomik suç dışında düşünmek ve buna uygun düzenleme getirmek eşitlik ilkesine aykırı düşmemektedir... Gümrük malları ile tekel maddelerinin benzerlikleri bulunmadığı gibi devlet için değerleri, suç konusu olarak toplu kaçaklıklarının sonuçları da aynı değildir. Sosyal yardım amacıyla konulmuş tekel uygulamaları da bu görüşü doğrulamaktadır. Kimsenin zararına bir ayrıcalık, bir ayrı hüküm değil, devletin ve toplum yararına bir düzenleme vardır. Bu niteliğiyle sosyal devlet ilkesine de uygundur. Nitekim, tütünün ekonomimizdeki etkin yeri ve insan sağlığını bozucu özellikleri gözönünde tutulup devlet tekelini kapsamına alınarak toplu kaçaklığının öbür tekel maddeleriyle birlikte ağır hapis yaptırımına bağlı kılınmasında bir ayrıcalık yoktur. Yasakoyucunun ekonomik ve sosyal nedenlerle, kamu yararını, insan sağlığını ve tarımın gelişmesini gözeterek tekel kapsamındaki maddelerin toplu kaçaklığı suçunu ekonomik suç saymaması olgusu, devletin, tekel kaçaklığında uğradığı maddi zararın gümrük kaçaklığından çok fazla olmasını önlemek, toplumu korumak, tarımda öbür ülkelerle rekabette geri kalmamak amacına dayanmaktadır. Oyun kağıtları hakkındaki yasal düzenleme tekelin ekonomik gücü yönünden devleti yakından ilgilendirmektedir. Oyun kağıtları konusundaki tutum sosyal ve ekonomik ilkelere ters düşmeyen bir yasama taktiridir. Kamu yararının birkaç yönden gözetildiği düzenlemede Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık bulunmamaktadır."

Karara muhalif kalan ve Sayıştay kökenli olmakla konuya hakimiyetinin çok daha fazla olduğu gözlenen AYM üyesi Mehmet Çınarlı'nın karşıoyunda ise, fevkalade isabetli gördüğümüz bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir:

"Bin liralık tekel maddesi kaçakçısı 8 seneden 12 seneye kadar ağır hapis ve ayrıca ağır para cezasına çarptırılma durumu ile karşı karşıya bulunurken, 30 milyonluk diğer eşya kaçakçısı sadece ağır para cezası ödemekle kurtulacaktır. Kanunun toplu kaçakçılık saydığı bir suç işleyen iki kişi arasında, ceza uygulaması bakımından, bu kadar büyük bir farklılık yaratılmasında, daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarında varlığı şart koşulan, "haklı bir sebebi" bulmak mümkün değildir. Tekel maddesi kaçaklığı da, gümrüğe tabi diğer eşya kaçaklığı da, sonuç olarak, devlet gelirlerini ziyana uğratmaktadır. Bazı maddelere tekel uygulanmasının, devlete gelir sağlama dışında, daha büyük, daha önemli sebepleri bulunduğu inanmak bugün son derece zorlaşmıştır. Mesela, sağlığa aynı derecede –hatta daha fazla- zararlı bazı maddeler tekel dışına çıkarılmışken, tekel uygulamasında toplum sağlığı endişesini aramak ve tekel maddesi kaçakçılarını ötekilerle kıyaslanamayacak kadar ağır bir ceza verilmesini bu sebeple haklı görmek imkansızdır."

99 Ayaydın, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 220.

100 Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267.

Özetle, yukarıdaki paragraflarda belirtilen, idarenin imtiyazcını dilediğinde seçebilmesine yönelik takdir yetkisinin bulunduğu yönündeki görüşler bağlamında, çok açık bir çelişki bulunduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, öğretide imtiyaz sözleşmelerini ayrıksı biçimde açıklık ve rekabet kurallarından bağışık tutma yönünde beliren yaklaşımın hangi anlayışa dayandırıldığı üzerinde ayrıntılı biçimde durmak yararlı olacaktır.

3.1. İmtiyazcının seçimi-ihale yasaları ilişkisi

İdarenin sözleşmeleri konusu ele alınırken, öğretide genel olarak idarenin imtiyaz, müşterek emanet, iltizam, idari hizmet, orman ve maden işletme ile istikraz (borçlanma) sözleşmelerine değinilmekte; hemen akabinde ise, idarenin münhasıran bayındırlık alanındaki yapım sözleşmeleri ve sair mal alım sözleşmelerine uygulanmak üzere açıklık ve rekabet ilkelerine yer veren ihale yasalarına ilişkin düzenlemeler ele alınmakta, ne var ki, bu bölümün ilk gruba ilişkin sözleşmeleri de kapsamına aldığı hususuna yönelik hiçbir değinmede bulunulmamaktadır.¹⁰¹ Giderek, öğretiden bir görüşte daha açık bir ifadeyle vurgulandığı üzere, "... kamu ihale usulü izlenerek yapılan sözleşmeler öğretide ve yargı kararlarında özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir."¹⁰²

Nitekim, Danıştay'ın bir kararında¹⁰³, ilgili yasalarında idarenin ihaleye çıkması yönünde bir zorunluluk öngörülmediği veçhile imtiyazcının serbestçe belirlendiği bir imtiyaz sözleşmesi dolayısıyla, kamu hizmetlerinin verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereği çerçevesinde imtiyazcını belirleyecek idarenin teknik ve mali koşullar gibi unsurları ön plana almak suretiyle, bu serbesti yetkisini kamu yararına uygun kullanması gerektiği vurgulanmaktadır.

İlk grupta yer alan sözleşmeler içerisinde yer alan imtiyaz sözleşmesi bakımından, idarenin karşı tarafı serbestçe belirleyeceğine değinilirken; bu gruptaki diğer sözleşmeler bakımından, bahsekonu serbestiye yönelik herhangi bir değerlendirmeye –genellikle- rastlanmamaktadır. Bunun bir nedeni olarak, imtiyaz tabirinin geniş biçimde yorumlandığı ve bu gruptaki diğer tüm sözleşmeleri de kapsayan bir nitelik içerdiği düşünülebilir. Ancak, imtiyaz terimine geniş anlamıyla yer vermeyen

101 Bkz. Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit / Ercan, İsmail; Anayasa Hukuku – İdare Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2006, s. 281-295 (anılan eserde, kamu ihalelerine ilişkin yasal düzenlemeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri bölümü altında incelenmektedir. Bununla birlikte, anılan yazarlardan Odyakmaz'ın müstakilen yayımladığı bir makalesinde aksi yönde görüş belirtildiği ve "idare ister özel hukuk sözleşmeleri olsun, ister idari sözleşmeler olsun; sözleşme yapabilmek için bazı kurallara uymak zorundadır. Bu kurallar çeşitli mevzuatta yer almış olmakla beraber temel kanun (Devlet İhale Kanunu)dur" denildiği de görülmektedir (bkz. Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, op. cit., s. 165); Giritli / Bilgen / Akgüner; İdare Hukuku, op. cit., s. 913-915; Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 452 vd.; Koçak, Yüksel; Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar, Yüksek Lisans Tezi, İÜS-BE, İstanbul, 1997, s. 65-73 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

102 Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 577.

103 Bkz. Danıştay İDDGK'nun 7 Mayıs, 1999 tarihli kararı (aktaran: Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 579, 580).

kimi yazarların¹⁰⁴ da aynı ikili grup değerlendirmesine gittiği görülebilmektedir ve bahsekonu yazarlar için bu varsayımın geçerli olamayacağı açıktır.

Şu halde, özellikle anılan yazarlar bakımından, (dar anlamıyla) imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının serbestçe belirlenebilmesi savunulurken, ilk grubun imtiyazın dışındaki diğer sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine dair hangi anlayışa yer verdikleri hususunun belirsiz kalması sonucu doğmaktadır.

İkinci grupta yer alan sözleşmelerden bayındırlık yapım sözleşmeleri, bilindiği üzere Fransız hukukunda idari sözleşme olarak kabul edilirken, hukukumuzda – daha çok pratik düşünceler ve bu kapsamdaki uyuşmazlıkların adli yargı yerlerince çözümlenmesinin kolaylığı gerekçesiyle¹⁰⁵- idari uygulamalarda görüldüğü ve yargı kararlarında da belirtildiği gibi, idari sözleşme sayılmamakta¹⁰⁶ ve özel hukuka tâbi tutulmaktadır¹⁰⁷. Öğretide, bir yandan “idari sözleşmelere hakim olan ilkeler” başlığı altında ihale kuralları ayrıntılı biçimde irdelenmekte ve açıklık ile rekabet ilkelerine ayrıntılı biçimde yer verilmekte, diğer yandan da çelişkili biçimde ihale kurallarının ikinci gruptaki sözleşmelere şamil tutulduğu görülmektedir. Sözgelimi, öğretiden bir görüşte “(i)darenin özel hukuk sözleşmelerine örnek olarak, Devlet İhale Kanununa göre yapılan sözleşmeler” gösterilmekte ve böylece rekabete dayalı ihaleye dair yasal düzenlemelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerine münhasır kılındığı görülmektedir.¹⁰⁸

Yine, öğretiden bir başka görüşte, şöyle bir ifadeye rastlanmaktadır:

“Her iki kanun da (Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK)), idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile idarenin öteki idari sözleşmelerine, doğal olarak bu iki kanun uygulanmayacaktır... Bu nedenlerle, ihalenin oluşma sürecine değinirken, sadece Kamu İhale Kanununda öngörülen hükümler dikkate alınmış ve Devlet İhale Kanunundaki yöntemler ayrıntılı olarak ele alınmıştır.”¹⁰⁹

Buna karşın, yazarlar devamlı ihale sürecini ve oluşum aşamasını anlatırken, “idari sözleşmelerin koşulları, idare tarafından tümüyle tek yanlı olarak hazırlanır”¹¹⁰

104 Bkz. Azrak, A. Ülkü; Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki (Kuruluşlara) Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev ve İşletme Hakkı Verilmesi Esasları Hakkında Bilimsel Görüş (yayımlanmamıştır), s. 11, 12’den aktaran: Özay, İl Han; Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, İÜHFİM, C. LIV, Sy. 1-4, 1991-1994, s. 69.

105 Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 122.

106 Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 914.

107 Bu hususta öğretide eleştiriler de getirilmektedir. Sözgelimi, Özay tarafından, bu sözleşmelerin idari nitelikte sayılmasının hem kamu yararı hem de idare açısından sayısız yararlar sağlayacağı, çıkacak uyuşmazlıkların aynı kavramlara daha yakın olan idari yargıda bakılmasının daha hakkaniyetli olacağı savunulmaktadır (bkz. Özay, İl Han; (İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 478).

108 Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 533.

109 Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 914, 915.

110 İbid, s. 916.

ifadesine yer vermekle, çelişkiye düşmektedir. Zira, yazarların bir yandan “ihale yasalarının idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulan(acağını)” belirtirken, diğer yandan aynı ihale yasalarında yer alan ihale oluşum sürecini açıklamayı teminen “idari sözleşmeler”e yer vermesi, anlamsız kalmakta ve çelişki yaratmaktadır.

Benzer yöndeki bir diğer görüşte de, ihale kanunlarının idarenin kamu hizmeti sözleşmelerini de kapsamına alıp almadığına dair kesin bir ayrıma gidilmediği görülmekle beraber, ihale öncesindeki, sözleşmenin imzalanmasına değin yürütülen hazırlık işlemlerinin idari yargıya tâbi olacağı, “(s)özleşmenin uygulanması aşamasında çıkan uyuşmazlıkların ise, adli yargıda görülüp çözüme kavuşturulması gerek(tiği)” belirtilmekte, böylece dolaylı yoldan, kamu hizmetine dair olup olmadığına bakılmaksızın ihale yasalarına bağlı olarak imzalanmış sözleşmelerin görülmesi sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların idari yargıya tâbi tutulmama-yağının savunulduğu görülmektedir.¹¹¹

Öğretide hakim olduğu görülen bu görüşe karşın, son derece isabetli gördüğümüz ve tamamen katıldığımız ayrıksı bir görüşe burada yer vermekte yarar görüyoruz. Buna göre;

“... (KİK), kapsama giren bütün sözleşmelere, bu sözleşmeler ister idarî sözleşme olsun, isterse idarenin özel hukuk sözleşmeleri olsun... uygulanır. Dolayısıyla, Kamu İhale Kanunu, münhasıran idarî sözleşmelere uygulanan bir kanun değildir; idarenin özel hukuk sözleşmelerine de uygulanır... Kamu İhale Kanununun sadece idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulandığı... sanılmamalıdır... Kamu İhale Kanununa göre akdedilen sözleşmeler, idarî sözleşmelerin genel kriterlerini taşımak kaydıyla kanımızca idarî sözleşme olarak kabul edilebilirler.”¹¹²

Yine, aynı yöndeki bir başka görüşte de¹¹³;

“2886 sayılı Yasadaki usul izlenerek yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı yönündeki kategorik değerlendirmenin yanlışlığı açıktır. Böyle bir düşünce, kamu hizmeti imtiyazında idarenin imtiyaz vereceği kişiyi seçme konusunda takdir yetkisinin varlığına, yasa aksini öngörmedikçe istekliler arasında yarışmayı sağlayacak ihale usüllerine başvurma zorunda olmayışına dayandırılıyorsa bu da açıklık ve şeffaflık sağlamaya yönelik düzenlemelerden sonra değişmiştir.”¹¹⁴

111 Bkz. Akgül, Aydın; Devlet İhale Kanunu’ndan Kamu İhale Kanunu’na, DD, Yıl 2006, Sy. 111 (<http://www.danistay.gov.tr>).

112 Bkz. Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 98, 99.

113 Tan, İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, op. cit., s. 297.

114 Yazarın buradaki görüşü, hemen bu bölümde metin içerisinde değinildiği üzere, öğretide henüz –ve maalesef- egemen görüş haline gelememiş durumdadır. Hatta, öğretide daha sonraki dönemlerde tam aksi yöndeki görüşün halen egemenliğini korumakta olduğuna dair bir örnek meyanında yer vermek gerekirse; imtiyaz sözleşmeleri bağlamında yolsuzluğun önlenmesi ve şeffaflığa ilişkin Fransa’daki yasal düzenleme çerçevesinde, “... idareye seçimini yapmadan önce alenilik ve rekabete ilişkin kurallara uyma zorunluluğunun getirildiği ve bunun aslında taraflar arasındaki diyalogu sağlayarak güven ilişkisini ve dolayısıyla “intuitu personae” ilkesini güçlendireceği”nin savunulduğu görülmektedir (bkz. Burak Öztürk, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2000, s. 65,

Sözleşmenin nitelenmesinde belirleyici, sözleşmenin yapılmasında izlenen usul değil, sözleşmenin konusu ve ona bağlı olarak sözleşmenin içeriği olmak gerekir" şeklinde isabetli bir diğer yoruma tesadüf edilmektedir.¹¹⁵

Öte yandan, öğretilerde yukarıdaki bu iki görüş arasında nisbeten ortada yer alan bir görüşe daha yer vermek istiyoruz. Buna göre, ihale yasaları idarenin özel hukuka tâbi sözleşmeleri bakımından uygulanacak olsa da, bu sözleşmeler bakımından dahi idarenin özel hukukta rastlanan tam bir serbestiye sahip kılınmadığı ve sözleşmenin karşı tarafını seçmek hususu da dahil olmak üzere ihale yasalarıyla belirli kısıtlara maruz bırakıldığı görülmekte olup, "... bazı öğeleri yönünden Kamu Hukuku kayıt ve şartlarına tabi oldukları açıktır."¹¹⁶

Rekabeti öngören ihale yasalarının idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanacağı yönünde öğretilerde hakim olduğu görülen yaklaşımın nedeni, muhtemelen anılan sözleşmeler özel hukuka bağlı kılınmakla idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin artık sözkonusu edilemeyeceği ve dolayısıyla idare hukuku ilkelerinin geçerli kılınmaması karşısında kamu yararının korunmasına yönelik bir korunma mekanizmasını işler kılmak şeklinde yorumlanabilir. Bu varsayımdan hareket edilecek olursa, ilk gruptaki sözleşmeler bakımından idare hukuku ilkelerinin uygulanabilmesiyle yeterli koruma alanının var olduğu ve bundan dolayı da idarenin sözleşmenin karşı tarafını serbestçe belirleyebilmesinde sorunla karşılaşılmayacağı; ikinci grupta yer alan bayındırlık yapım sözleşmelerindeyse, özel hukuka bağlı kılınmakla artık karşı tarafı serbestçe belirlemenin sözkonusu edilemeyeceği yönünde bir analize gidilebilir.

Ne var ki, ilerleyen paragraflarda ayrıntılı olarak değerlendirdiğimiz üzere, idarenin üstün yetkilerinin bu yönde bir koruma sağlayacağı anlayışının dikkatlice tartışılması gerekir. Hemen değinmek gerekirse, öğretilerde açıklık ve rekabet ilkelerinin değerlendirmesine geniş yer ayırmak ve fakat bu yöndeki değerlendirmeleri sadece yapım sözleşmelerine münhasır kılmak suretiyle imtiyaz sözleşmelerini anılan ilkelerden bağımsız ve ayrık tutmak, doğru bir yaklaşım olarak görülemez kanısındayız. Nitekim, öğretilerde imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak açıkça belirtildiği üzere, "... idarenin özel kişiyi seçerken sahip olduğu geniş takdir yetkisi(nin), "yarışma" ve "rekabeti sınırlayıcı" özellikleri de içerdiği kabul edilmektedir."¹¹⁷

66). Kaldı ki, aynı yazarın bir diğer akademisyenle birlikte yazdığı "İdare Hukuku" adlı geniş kapsamlı eserde de bu yönde bir değinmeye ve "intuitu personae" ilkesinin kabul görmemesi gerektiği yolunda bir değerlendirmeye de tesadüf edilmektedir.

115 Hemen bir önceki dipnotta belirttiğimiz hususa benzer şekilde, yazar, "İdare Hukuku" adlı ortaklaşa yazılmış eserinde ise, farklı bir görüş serdetmekte ve "(i) idarenin özel hukuk sözleşmelerine örnek olarak, Devlet İhale Kanununa göre yapılan sözleşmelerle abonman sözleşmeleri ele alınacaktır" ifadesine yer vermek ve ayrıca anılan eserde yukarıda alıntılıdığımız görüşüne değinmemek suretiyle, kendi söyledikleri arasında çelişkiye yol açıyor görünmektedir.

116 Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 179-181, 200, 201.

117 İbid.

Nitekim, çöp toplama veya şehir içi otobüs işletmeciliği gibi, kamu hizmeti niteliği üzerinde hiç duraksama bulunmayan¹¹⁸ kimi hizmetlerin, son yıllarda yerel idareler tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde ve rekabetçi ihale yöntemiyle özel sektöre devredilmesi yönündeki uygulamalar dikkat çekicidir.¹¹⁹ Yerel idarelerin rekabet içerisinde gerçekleştirdiği ve imtiyaz niteliği taşıdığı söylenebilecek hizmetlerin, genel idare tarafından “*intuitu personae*”¹²⁰ ilkesine dayanılarak serbestçe belirlenmesine cevaz verilmesi, herhalde kabul görememelidir.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarda da belirtildiği üzere, öğretide ittifak edildiği görülen görüşe göre, idare, imtiyaz vereceği özel kişiyi serbestçe seçme hakkına sahiptir ve böylece, dilediği kişiyle imtiyaz sözleşmesi imzalayabilir.¹²¹ Hatta, daha da ileri giden bir görüşe göre, “(i)mtiyaz yönteminin en önemli özelliği *intuitus personae* dir.”¹²² Giderek, idarenin imtiyazcayı seçerken takdir yetkisinin mutlak olduğu ve açık takdir hatası denetimine dahi tâbi olmayacağı savunulmaktadır.¹²³ Bu serbestinin gerekçesi olarak ise, kamu hizmetinin görülmesi imtiyaz sözleşmesiyle özel kişiye verilmekle birlikte, idarenin bu hizmetin ifa edilmesinden dolayı sorumluluğunun sürmesi (ve dolayısıyla, bu meyanda sahip olduğu üstün yetkilerle imtiyaz sözleşmesine müdahale edebilmesi) gösterilmekte; bu nedenle de, idareye imtiyaz verilecek kişiyi seçmekte takdir yetkisi tanınması gerektiğinin savunulduğu görülmektedir.¹²⁴

118 Bkz. Özay, *Günışığında Yönetim* (2004), s. 249; Tan, *İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*, op. cit., s. 296. Ayaydın ise, şehir içi otobüs işletmeciliğinin, şehirlerarası otobüs işletmeciliği münhasıran özel girişimcilerce yapılabildiğine göre, kamu hizmeti niteliğinin tartışmalı olduğu yolunda görüş beyan etmektedir (bkz. Ayaydın, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 220-225).

119 Bu yöndeki uygulamalara ilişkin ilave bilgi için bkz. Gözübüyük / Tan; *İdare Hukuku*, op. cit., s. 536.

120 Bahsekonu ilke, ileride Bölüm 4'te ayrıntılı olarak incelenmektedir.

121 Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 340. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit. s. 381.

122 Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 340, 396 no.lu dipnot.

123 Bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit. s. 381.

124 Sızlı, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, op. cit., s. 51. (Oysa, aynı yazar, imtiyaz yönteminde kamu hizmetlerini yürütme yetkisini almak için özel kişilerin kendi aralarında rekabet edeceklerini de dile getirmekle (bkz. İbid, s. 41), kendi ifadesiyle çelişkiye düşmektedir. Zira açıktır ki, idarenin imtiyazcayı dilediği gibi seçme hakkını tanıyan bir görüşten hareket edildiğinde, artık ortada özel kişilerin rekabete girecekleri bir alandan bahsetme olanağı da kalmamış olacaktır; yeter ki idarenin bu “hakkı”ndan feragat ederek imtiyaz işlemlerini ihaleyle gerçekleştirmesi gibi (uygulamada enerji sektörüne ilişkin 3096 sayılı Kanun'da görüleceği üzere, büyük çoğunlukla tam aksinin yaşandığı görülen (bkz. Uğur Emek, içinde *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel*, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999, s. 74; Cem Kükey, *Enerji Özelleştirme ve Yolsuzluklar*, EMD, Sy. 423, Kasım 2004, s. 53; Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 162, 163, 165, 240, 263, 264, 269, 276, 319, 320) bir durumdan söz edilmiyor olsun. Yine, yazar, kamu hizmeti imtiyazının genellikle demiryolu, gaz, su ve elektrik gibi doğal tekellerin sözkonusu olduğu hizmetlerde uygulanan bir yöntem olduğunun vurgularken, hemen akabinde de kamu hizmeti imtiyazında tekel oluşturma düüşüncesinin değil, serbest rekabet fikrinin egemen olduğunu söylemekte ve böylece kanımızca açık bir çelişkiye düşmektedir. Zira, –genellikle doğal tekel alanlarında verildiği anılan yazar

Öğretide, bahsekonu serbestinin gerekliliği yönünde benzer başka görüşlere de rastlanmaktadır: Buna göre "... diğer idari sözleşmelerden farklı olarak İdare imtiyaz vereceği özel kişiyi serbestçe seçer ve dilediği ile sözleşme yapabilir. Çünkü hizmetin sorumluluğu İdare üzerinde kalmakta ve sürmekte; dolayısıyla imtiyaz sahibini seçmekte takdir yetkisi gerekmektedir."¹²⁵

Dikkat edilirse, anılan görüşe ilişkin her iki örnekte de, imtiyaz sözleşmelerinin diğer idari sözleşmelerden farklı olarak idare tarafından serbestçe verilebilmesindeki gerekçe bağlamında, idarenin hizmetin asıl sahibi olması ve bu meyanda sorumluluğunun devam etmesi zikredilmektedir. Oysa, idarenin özel kişinin yürüttüğü hizmetten dolayı sorumluluğunun devam etmesi, sadece imtiyaz sözleşmelerine münhasır bir özellik olmayıp, metin içerisinde müteaddit kereler değinildiği üzere, hukukumuzda idarenin sözleşmelerinden hangisinin özel, hangisinin idari sözleşme olduğuna yönelik belirlemede en önemli ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Bu itibarla da, gerek imtiyaz sözleşmelerinde ve gerek diğer idari sözleşmelerin tamamında uygulanır. Nitekim, Özay da "(i)dari sözleşmeleri belirleyen en önemli ölçüt, İdareye tanınan ve özel hukuku aşan yetkilere ilişkin hükümler nedeniyle hizmetin yürütüldüğü sırada bir takım yeniliklerin yapılmasını isteyebilmek ve elde etmek(tir)" ifadesine yer vermek suretiyle, bu hususa değinmiş olmaktadır.¹²⁶

Giderek, idarenin hizmetten sorumlu olmasına dair bahsekonu nitelik, sadece idari sözleşmelere de mahsus olmayıp, ruhsat yöntemiyle idarenin verdiği izne dayanarak özel girişimcilerle yürütülen ve kamu hizmeti niteliğinde görülen faaliyetler bakımından da geçerlidir.¹²⁷ Bu itibarla, anılan yazarların gerekçe olarak gösterdiği "idarenin hizmetten sorumluluğu" hususuna itibar edilecek olursa, diğer idari sözleşmelerde ve ruhsat verilen bahsekonu niteikteki faaliyetlerde de aynı serbestinin idareye tanınması, yahut bu ikinci gruptakilere tanımadıkları anlaşılan serbestinin imtiyaz sözleşmelerinde de söz konusu edilememesi gerekir.

Şu halde, öğretilerde kimi yazarlarca savunulan bahsekonu yaklaşımda, idarenin sorumluluğunun devam ettiği anlayışından hareketle, bireylerin uğrayacağı zararların yine idare tarafından karşılanacağı ve çile idarenin imtiyaz sahibini "serbestçe ve dilediğince" belirlemesinde bir sakınca görülmediği anlaşılmaktadır. Dahası, "idarenin hizmetin görülmesinden dolayı sorumluluğu devam ediyor" gerekçesine istinaden imtiyazcının idare tarafından serbestçe belirlenmesinin "gerekli olduğu" yönünde de vurgu yapılmaktadır ki, kanımızca tamamen bağlantısız ve giderek yanlıştır.

tarafından da vurgulanan- imtiyazlarda, rekabet oluşturacak biçimde bir başka girişimciye de aynı alanda imtiyaz verilerek rekabetin oluşturulması, şebeke hizmeti öngören (elektrik dağıtımı gibi) veya tekel konusu olan (havalimanı gibi) sektörlerde olanak dışıdır.) Keza, bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334.

125 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334.

126 Bkz. Özay, Günışığında Yönetim (2004), op. cit., s. 251.

127 Bkz. İbid, s. 250.

Ne var ki, yukarıda yer verdiğimiz bu görüşün, bahsekonu serbestiyet nedeniyle kamu maliyesinin uğrayabileceği maddi zararların veya muhtemel yolsuzlukların dolaylı olarak halka yansıtılacağını gözden irak tuttuğu görülmektedir.¹²⁸ Bahsekonu analojiye esas tutulan “sorumluluğun idare üzerinde kalması” ile “serbestçe ve dilediğince” imtiyaz sahibini belirlemek anlayışı arasında bir illiyet bağı görmek, bize göre olanaksızdır. Daha vahimi, idarenin sorumluluğunun devam ettiği düşünülen alanlardaki sözleşmelerin (yani, öğretilerdeki görüşe göre, imtiyaz sözleşmelerinin), idarenin diğer sözleşmelerine kıyasla daha uzun süreleri içermesi ve genellikle ağır mali koşullar içerebilen alanları kapsamaması düşünüldüğünde, evveliyetle rekabetçi koşullar altında veriliyor olması beklenir.

Şu halde, özetle belirtmek gerekirse, buradaki argüman, kanımızca idare hukukunun kavramsal tartışmalarında iktisadi boyutun yeterince değerlendirilmemesinin bir örneği olduğunu düşündürmeye elverişlidir. Zira, idarenin sorumluluğunun devam etmesi, ancak ve sadece bahsekonu hizmet alanında imtiyazcı özel sektör kişisi tarafından yürütülen hizmet sırasında doğabilecek eksiklikler dolayısıyla, idarenin bu eksik işleyişe müdahalesi veya zarar gören bireylerin tazmin edilmesi anlamında sözkonusu –belki- edilebilir.

Oysa, bu yaklaşımın doğruluğu –hemen aşağıdaki paragraflarda irdelendiği üzere- tartışmalı olduktan başka, daha farklı bir eleştirinin yanıtını vermekten uzak kalmaktadır: İmtiyazcının idare tarafından ihalesiz biçimde seçilmesi dolayısıyla, rekabet eksikliğinden ötürü kamu adına mali anlamda yüksek bedellerle sözleşme imzalanması; bunun mali sonuçlarının ise, idare aracılığıyla –veya hizmet halka sunuluyor ise doğrudan- topluma yansıtılıyor olacağı gerçeği.

İşte, bu hususta ortaya çıkacak mali yükün, hizmetin yürütülmesinden dolayı idarenin sorumluluğunun devam ediyor olacağı savıyla karşılanabilecek bir yönü –kanımızca- bulunmamaktadır. Zira, idarenin –süreceği iddia olunan- sorumluluğunun varlığı, işin başında imtiyazcıyı ihalesiz olarak –rekabete vermeksizin - doğrudan ve dilediği biçimde seçmesinin neden olacağı maliyet artışından doğacak olumsuz sonuçların halka yansıtılmasına engel olamayacaktır.

Öte yandan, bahsekonu ilke uyarınca bu türden bir seçim yapılmasının, her zaman maliyet artışına neden olmayacağı da –kuşkusuz- savlanabilir. Ancak, kanımızca bu iddianın “kıymeti, kendinden menkuldür”. Kaldı ki, uygulamada elektrik enerjisi üretimine yönelik santral projelerinin, gerek yabancı ülkelerle imzalanan “ikili işbirliği protokolleri” adı altında klasik finansman yöntemiyle ve gerek 3096 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret (YİD) modeliyle ihalesiz biçimde gerçekleştirilmesi¹²⁹ dolayısıyla, bu yöndeki eksikliğin kamuya ne denli yüksek mali fa-

128 Yolsuzlukların zorunlu olarak halka yansıtılmak durumunda bulunduğu ile ne tür siyasi gelişmelere yol açabildiği hususunda bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 132, 133, 239- 241, 283.

129 Bkz. Yılmaz, Osman; Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999, s. 112. Ayrıca, bkz. Emek, Uğur; Uluslararası Ticari Tahkim,

turalara neden olduğu¹³⁰, yakın tarihimizde acı biçimde tecrübe edilmiştir.

Esasen, bir mal veya hizmetin düşük veya yüksek maliyetle olduğu yönündeki her iddia, ancak ve ancak rekabetçi koşullarda yapılacak bir ihaleyle belirlenebilir. Zira, "değer" sorunu, nesnel değil, öznel nitelikten kaynaklanır. Bu sorunun çözümlenebilmesinin tek yolu, rekabet sonucunda belirli bir zaman diliminde, sadece o an için geçerli olacak bir "bedel" in belirlenmesi şeklinde olabilir. Bunun dışındaki her sav, kaçınılmaz olarak aynı oranda doğru ve yanlış olacaktır. Bir fiyatın doğru veya yanlışlığı, düşük veya yüksekliği, ancak yarışmacı bir düzenleme içerisinde ortaya çıkacak sonuçla turnusol vazifesini görebilir.¹³¹

Dolayısıyla, idarenin devam eden denetim ve sorumluluğunu, daha ziyade idare tarafından gerek fiyat belirlenmesi ve gerek hizmetin kaliteli ve sürekli biçimde sunulmasına yönelik tedbirlerin alınabileceği, zira idare hukuku ilkelerine göre idarenin bu hakka sahip kılındığı söylenebilecektir. Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinin sözkonusu edildiği alanlar dikkate alındığında, mahiyeti gereği pek çok hususta belirsizlikler içereceği ("*incomplete contract*") ve bu itibarla sözleşmenin uygulanacağı genellikle uzun süre boyunca yeniden müzakerelerin kaçınılmaz biçimde gündeme gelebileceği¹³², işte bu nedenle de idareye üstün yetkilerin tanınması gerektiği savunulabilir.

Ancak, üstün yetkilerin gerekliliğine yönelik bu çıkarım da eleştiriye açıktır. Zira, bu türden bir yetkinin varlığı veya etkinliği, sözleşme imzalanması ve bu sözleşme nedeniyle uyuşmazlıkların idarî yargı yerine tahkime gidilerek çözümlenebilmesi olanağının tanınabilmesi karşısında, sorgulanmak durumundadır. Bu bağlamda, 1999 Anayasa değişiklikleri sonrasında gerek imtiyaz sözleşmelerine tahkim koşulunun getirilmiş olması ve gerek kamu hizmetlerinin özel hukuka bağlı olacak sözleşmeler imzalamak suretiyle gerçekleştirilebilmesi hususları dikkate alınmalıdır.

Bu durumlarda, idarenin üstün yetkilerinin kullanım alanı bulamayacağını öngörmek, sanırım yanlış olmayacaktır. Öte yandan, sözleşme idarî yargıya tabi tutulmamakta ise, idare hukukunun ilkelerinin sözleşmenin uygulanması sürecinde etkinlik kazanması da mümkün olmayacaktır. Nihayet, sözleşme idare hukukuna bağlı tutulsa veya sözleşmede tahkim koşuluna yer verilmemiş olursa dahi, idarenin müdahalesine ilişkin bir olası uyuşmazlığın, yatırımların karşılıklı teşviki ve

YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa; Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Vergi Dünyası, Ağustos, 1999, s. 9.

130 Bkz. Arıcı, Erdem; Optimal Capital Structure for Build-Operate-Transfer Power Projects, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Fakültesi, Temmuz 2003, s. 96; Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 246, 248; keza, özellikle bkz. Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nun 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr) (Erişim: 23 Nisan, 2005).

131 İlave bilgi için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 277, 824 no.lu dipnot.

132 Competition Policy and Concessions, OECD, Policy Brief, Mayıs 2007, s. 6.

korunması (YKTK) andlaşmaları üzerinden yine de tahkime götürülmesi mümkündür. Uygulamada, Konya-İlgın projesi nedeniyle hakem heyetince karara bağlanarak ülkemizin tazminata mahkum edildiği ICSID (“*International Convention on Settlement of Investment Disputes*”) tahkimi, bu yönde yakın zamanlardan bir örnek olarak gösterilebilir.¹³³

Öte yandan, yukarıda belirtilen tüm bu irdelemelerin dışında, idarenin nihai sorumluluğunun ve denetiminin devam etmekte olduğuna dayanmak bir başka açıdan da yeterli bir güvence sağlamayacaktır: İdarenin bu durumlarda sorumluluğu, ancak idarenin kusurlu bulunduğu hallerde ve hatta giderek ağır kusur sözkonusu ise gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla, bu kapsama giremeyecek vakalar bakımından idarenin sorumluluğuna güvenmek, kişiler –veya zararın boyutları itibarıyla toplumun geneli bakımından- yeterli bir güvenceyi davet etmekten uzak görünmektedir.

3.2. İdarenin üstün yetkileri

İdarenin imtiyazcıyı dilediğince seçebilmesine yönelik temel gerekçeler içerisinde, idarenin kamu hizmetini yürüten özel kişiye karşı üstün yetkilerle donatılmış olduğu savına yer verildiğinden, bahsekonu yetkilerin üzerinde durmayı gerektirmektedir. Aşağıdaki paragraflarda buna yönelik bir irdelemeye gitmeyi öngörüyoruz.

Bilindiği üzere, Anayasamızda da belirttiği gibi, özel kişilerce yerine getirilmekte olan ve fakat kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilen hizmetler bulunmaktadır. Buna yönelik 47. madde metninin ilgili kısmı şöyledir:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.”

Nitekim, Anayasa’nın yukarıdaki düzenlemesi kapsamında, bunun koşullarını belirlemeyi teminen 1984 yılında çıkarılan 3082 sayılı Kanun’a¹³⁴ göre de;

“... özel teşebbüsler, ancak aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilir:

- a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün, yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,**
- b) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması,**

133 Bahsekonu tahkim davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Peterson, Luke Eric; Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development (www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf); Dost, Süleyman; Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID), İBD, C. 81, Sy. 3, 2007, s. 1072.

134 20 Kasım, 1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun (1 Aralık, 1984 tarih ve 18592 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

c) *Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.*"

Görüldüğü üzere, bu düzenlemede özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini taşıyabileceği ikrar edilmektedir.¹³⁵

Bu hizmetlerin, idarece ruhsat verilmek suretiyle yürütülmekte oldukları hususu dikkate alındığında, yukarıda belirtildiği şekliyle idarenin üstün yetkilerinin özel sektör tarafından yürütülmekte olan bahsekonu hizmetler bakımından da geçerli olacağı ve uygulanması gerekeceği söylenebilir. Nitekim, kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle görülebileceğini savunan Özay'a göre;

"(i)zin vermek suretiyle özel hukuk kişilerinin de yapabilmesi sözkonusu olan hizmetler alanında değişmeyen tek ilke bu faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun "İdare" olmasıdır... Bu konumu nedeniyle İdare, hizmetin düzenlenmesinde ve gerekli görülen değişiklikler konusunda da görevli ve yetkilidir. Özel teşebbüs de bu genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği sürdürebilir. Aksi halde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabileceği gibi, adli bir cezanın sözkonusu olduğu durumlarda bu yola başvurulabileceği de mümkündür."

Bu noktada, bir husus dikkat çekmektedir: İdarenin imtiyaz sözleşmelerini "ihale zorunluluğu olmaksızın" ve "dilediğine" verme yetkisine sahip olduğu yaklaşımının gerekçesi olarak "idarenin kamu hizmetlerinden sorumluluğunun devam etmesi" ve "üstün yetkilerle donatılmış olduğu" hususları ileri sürüldüğüne göre, aynı sorumluluğun ve üstün yetkilerin geçerli olduğu söylenebilecek "halihazırda özel kişilerce yürütülmekte olan" kamu hizmetlerinin de, ruhsat yöntemi yerine, imtiyaz kurgusu içerisinde düzenlenmesi ve rekabete yer vermeyen bir serbest belirlemeyle, idare tarafından keyfi biçimde ihsan edilmesine yönelik bir kapı aranabilecektir.

Kamu hizmetinin ruhsat yöntemiyle görülebilmesine yönelik olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kimilerine göre "... kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsat (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edileme(yecek iken)"¹³⁶, başka görüşlerde ise -eğitim ve sağlık alanlarında ruhsat olarak faaliyet gösteren işletmeler örneğinde görüldüğü üzere- kamu hizmetinin görülmesi yöntemlerinden birisi şeklinde değerlendirilebilmektedir¹³⁷. Bununla beraber, cep telefonu işletmeciliğinde olduğu üzere, bu yöntemin kamu hizmetlerinin görülmesinde geçerli olduğunun yargı kararlarında

135 Bahsekonu yasal düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 212, 213.

136 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 318-320.

137 Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 326; Özay, Günışığında Yönetim (2004), op. cit., s. 248, 249; Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 675-677.

da kabul edilmiş bulunması karşısında, pratik bakımdan bu hususta artık kuşku kalmamış durumdadır.

Öte yandan, idarenin ruhsat yöntemiyle veya imtiyaz yahut diğer isimsiz sözleşmeler yoluyla kamu hizmetinin görülmesine yönelik idari sözleşmeler imzalaması bağlamında, bu yöntemlerden herhangi birini –yasal bir zorunluluğun münhasıran belirtilmemiş olması kaydıyla- tercih edebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, ruhsat yöntemiyle kamu hizmetinin görülmesi yerine aynı hizmeti imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla gördürmeye yeltenebilecek bir idareye, mahut “*intuitu personae*” ilkesi üzerinden tam bir serbestinin tanınması olanaklı hale gelmektedir. Böylesi bir imkandan yararlanmak isteyenlerin yaratabileceği bir furyanın olası sakıncalarını düşünmek de zor olmasa gerektir.

Esasen, buna yönelik olarak, son zamanlarda “hizmet özelleştirmesi”¹³⁸ tabirinin gündeme gelmiş olması dikkat çekmektedir. Dahası, ruhsat vermek yerine bir hizmetin imtiyaz niteliğinde görülebilecek biçimde bir sözleşme üzerinden özel girişimciye verilmiş olması örneği, halihazırda araç muayene istasyonları işletmeciliği bağlamında karşımızdadır ve her nasılsa öğretiler ve uygulamada tartışılmamaktadır¹³⁹ (bahsekonu örneğe hemen ilerleyen paragraflarda değinmekteyiz). Hatta, tersine, anılan uygulamaya yönelik eleştirimiz üzerine, bir idare hukuku uzmanınca, “idare, “*intuitu personae*” ilkesi gereği, imtiyazcıyı istediği gibi belirleyebilir” denilmek suretiyle, bahsekonu işlemde bu bakımdan bir eleştiriye yer olmadığı belirtilmekteydi.

Dolayısıyla, sözgelimi, özel hastane veya okul işletmeciliğine yönelik olarak, talepte bulunan her girişimciye mevzuatın öngördüğü teknik ve sair koşulları taşıması kaydıyla rekabetçi koşullar altında ve kuşkusuz kamu denetimine tabi tutulmak suretiyle ruhsat vermek yerine, anılan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini teminen idarenin “dilediğiyle imtiyaz sözleşmesi imzalamak suretiyle” faaliyette bulunma yetkisini tanıma yoluna gitmesi gündeme gelebilecektir. Anılan ilkeye hâlâ geçerlik tanınacak olursa, idare, varsayımsal olarak bu yetkiyi kısıtlı sayıda girişimciye verebileceği gibi, tekel veya oligopol piyasası oluşturacak biçimde kısıtlı sayıda girişimciye münhasır da tutabilecektir.

Bu durumun, halihazırda ruhsat yöntemiyle yetki verilmesinden başlıca ve temel farkı şudur: Ruhsat yönteminde, talep eden her girişimciye –koşulları taşıması durumunda- yetki verilmek suretiyle, faaliyetin olabildiğince rekabetçi koşullar

138 Özelleştirme İdaresi Başkanı Metin Kilci, basına yaptığı bir açıklamada, kamu mallarının özelleştirilmesinden sonra “artık sıranın hizmette özelleştirmeye geldiğini” beyan etmektedir (Boyacıoğlu, Hacer; Bu yoğunlukta Tekel’i satamam, sıra hizmette özelleştirmeye geldi, Referans Gazetesi, 17 Nisan, 2007).

139 Buna yönelik kayda değer bir irdelemeyi içeren yegane örnek, bilebildiğimiz kadarıyla, üstelik de uygulamanın sonuçlandırıldığı zamandan yaklaşık 10 yıl öncesinde, bir doktora çalışmasında göze çarpmaktadır. Bu bağlamda, anılan çalışmadaki isabetli görüşleri dolayısıyla yazarını içtenlikle kutlamak isteriz (bkz. Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 427, 428).

altında yürütülmesi ve Anayasal girişim özgürlüğünden yararlandırılması mümkün olabilmektedir; yeter ki, ruhsat verilecek sektörün nitelikleri belirli sayıda girişimciye ruhsat verilmesini zorunlu ve gerekli kılmaması¹⁴⁰. Oysa, imtiyaz sözleşmesi kurgusuna gidildiğinde, “*intuitu personae*” ilkesi uyarınca idareye imtiyazcıyı seçme özgürlüğü ve keyfiyeti tanındığından, girişimcilerin idarece nesnel değil, öznel biçimde seçilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise, kanaatimizce herşeyden önce Anayasamızda ifadesini bulan girişim özgürlüğünün ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir.¹⁴¹

Özetle, ruhsat verme idarenin yetkisinde olmakla birlikte, ruhsat vermenin nesnel koşullarını taşıyan veya yerine getiren herkes, mevcut durumda ruhsat almaya hak kazanmaktadır ve bu anlamda idarenin keyfiliklerinden söz edilemez. Sözcüleri, kamu hizmeti niteliği taşıdığı söylenebilecek dış tedavi kiliniği hizmetlerinde, idarenin belirlediği nesnel koşulları yerine getiren bir girişimciye ruhsatın verilmemesi düşünülemez. Yahut, yine kamu hizmeti niteliği taşıdığı söylenebilecek ekmek üretimine yönelik bir girişime ruhsat verilmesi örneğinde, idare tarafından serbestçe belirleme veya takdir yetkisinden bahsedilemez.

Bu varsayımsal durum, aslında analiz yapabilmek için tahayyül edilen yahut düşünsel temelde kurgulanan bir husus olmaktan çıkmış ve uygulamaya da yansıtılmış durumdadır. Bilindiği üzere, ilk kez “hizmet özelleştirmesi” adıyla tanımlanabilecek bir “ilginç” uygulamayla, 2007 yılında başlamak üzere ülkemizde araç muayene istasyonlarının kurulması ve işletilmesi için ülke genelinde iki bölgeden oluşan bir tekel yaratılmış ve işletmede bulunma ruhsatı (yahut, “tekel”i) her iki bölgede de aynı özel girişimciye verilmek suretiyle, –imzalanan sözleşmeyi görmek olanağından mahrum bulunmakla beraber- özel hukuk sözleşmesi olarak gerçekleştirilmiş olduğunu tahmin ettiğimiz, ancak bize göre imtiyaz niteliği son derece belirgin bir kurguya gidilmiştir.

Her ne kadar, bahsekonu “imtiyaz sözleşmesi” için idare, öğretinin kendisine “bahsettiği” serbestiden –takdir edilecek biçimde- yararlanmamış ve ihaleye çıkmak suretiyle “imtiyazcıyı” seçmiş ise de, buradaki analizimiz açısından önemli olan husus, normal koşullar altında her bir girişimciye –talebine istinaden ve gerekli teknik koşulları taşınması kaydıyla- verilebilecek olan bu yetkinin¹⁴²,

140 Cep telefonu işletmeciliği gibi, yatırım teknolojisi icabı doğal tekel veya oligopol olması gereken sektörlerde, özel sektöre sınırlı sayıda kurma ve işletme ruhsatı vermek gerekebilecektir (bkz. Cansen, Ege; Devlet Batıran Aysel’ler, Hürriyet Gazetesi, 11 Eylül, 2002).

141 Girişim özgürlüğünün ihlal edilmesi durumunda, keyfiyetin insan hakları bakımından da özellikle değerlendirilmesi gereğine ilişkin bir inceleme için bkz. Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHFD, C. 57, Sy. 2, 2008, s. 63-113.

142 Uluslararası uygulamada buna ilişkin çok sayıda örnek vardır. Sözcüleri, rekabet konusundaki duyarsızlığıyla bilinen Fransa’da dahi, bahsekonu hizmet için aynı bölgede birden fazla sayıda özel girişimciye yetki (ruhsat) verilmiştir (Fransa’nın rekabet kavramına ne denli uzak olduğunun, Cumhurbaşkanı’nın son dönemlerdeki bir ifadesiyle, “rekabet, bir ideoloji, bir dogma olarak Avrupa’ya ne vermiştir ki?” şeklinde veciz bir retorikle dile getirildiği görülmektedir (bkz. Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007, s. 3)). ABD’de ise daha da serbest –ve kanımızca yerinde- bir

kanımızca imtiyaz niteliği taşıdığına kuşku duyulmaması gereken bir kurguya dönüştürülerek, ülke çapında tekeli bir yapı içerisinde tek bir girişimciye verilebilmiş olmasıdır. Bu durumun, giderek herhangi bir iktidar tarafından, rekabetçi koşullar altında özel sektör tarafından yerine getirilebilecek nitelik ve mahiyetteki herhangi bir faaliyet alanına da teşmil edilebilmesi olasıdır. Böylesi bir olasılık nedeniyle, bahsekonu uygulamanın günlük yaşam içerisinde ne denli olumsuz bir uygulamanın öncüsü olabileceği ise, dikkatle takdir edilmek durumundadır.

Bu itibarla, aynı kurgudan hareketle, ileride özel hastanelerin veya okulların da benzer bir imtiyaz kurgusu içerisinde verilmesi yönünde bir uygulamaya geçilmesi, olanak dahilindedir. Böylesi bir gelişme durumunda ise, idareye imtiyazcılığı dilediğinde seçme hakkının tanınıyor olması, son derece isabetsiz olmaktan başka, ayrıca kamu çıkarının ne ölçüde korunduğu bakımından sorgulanmaya açık bir zemin yaratacağı gibi, Anayasamızın 48. maddesinde açık biçimde ifadesini bulan girişim özgürlüğü açısından da talihsiz bir nitelik taşıyacaktır kanısındayız.¹⁴³ Önemi açısından, “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı bahsekonu maddeye aşağıda yer veriyoruz:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Bu itibarla, imtiyazcılığı serbestçe belirlemeye olanak tanınmasının, anılan Anayasa hükmü karşısında sorgulanması gerektiği açıktır kanısındayız.

Giderek, kamu hizmeti kavramının hukukumuzdaki belirsizliği¹⁴⁴ dikkate alındığında, ileride herhangi bir idarenin pek çok hizmeti önce kamu hizmeti kapsamında değerlendirmesi, hemen akabinde bu kamu hizmetini imtiyaz sözleşmeleriyle ve fakat ihalesiz olarak dilediğine vermesi gibi bir uygulamaya gidebilmesi olasılığını da değerlendirmek gerekebilir. Nitekim, araç muayenesi istasyonu işletmeciliği, bu yoldaki bir düşünce egzersizinin temelsiz veya afâki –yahut hayâli-olacağı yönünde olası iddialara karşı, halihazırdaki uygulamadan verilebilecek somut bir örnektir.

uygulama görülmekte olup, gerekli koşulları taşıyan her girişimcinin bu hizmeti yerine getirmek üzere yetki alabilmesine olanak tanınmaktadır.

143 Bahsekonu uygulamanın ayrıntılı bir eleştirisi için bkz. Çal, Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, op. cit., s. 63-113. Yine benzer bir eleştiri için bkz. Ayaydın, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 427, 428.

144 Sözelimi, bir devlet dairesinde memurların “çay, kahve gereksinimlerinin karşılanması” kamu hizmeti olarak görülmeyip özel hukuk alanında kabul edilirken, yurtdışı temsilciliklerimizdeki aşçılık hizmetinin “dışları personelini sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu” gerekçesiyle kamu hizmeti niteliğinde addolunabildiği, böylece, “çay içmek” adı sözleşme konusu sayılırken “yemek yemenin” kamu hizmeti konusu kılınabildiği görülmektedir (konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararları için bkz. Tan, İdare Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, op. cit., s. 294.

Kaldı ki, herhangi bir iktidarın, ekonomik olanaklar sağlamak üzere, kendine taraftar cezbetme veya yandaş taban oluşturma düşüncesinden hareketle bu olanağı kullanma yoluna gitmeye meyledebileceği hususu da, muhtemel bir düşünce alanı kapsamında değerlendirilmek gerekir.

Kamu hizmetini konu edinen imtiyaz sözleşmelerinde veya idarî sözleşmelerin geneli itibarıyla idareye üstün yetkilerin verilmiş olması kabûlüne nereden ve neden gelinmiştir? Bu sorunun yanıtı, analizimiz açısından fevkalâde önem taşımaktadır. Bu itibarla, aşağıda buna yönelik bir irdelemeye gitmeyi yararlı görüyoruz.

Öncelikle belirtmek gerekirse, idarenin güncel hayatın pek çok alanında müdahalede bulunma yetkisinin varlığı açıktır. Anayasal sınırlar dahilinde idare, kanun ve sair mevzuatla kendine verilen sağlık, güvenlik ve benzeri gerekçelerle güncel hayata müdahale etmeye hak sahibidir ve toplumsal hayatın gerekli kıldığı düzen arayışı, burada temel etkidir. İdare, bu amaçlara uygun olarak, toplumda genel sağlığı korumak ve asayişini etkin kılmak adına yasal çerçevede kamu gücünü uygulayarak her türlü tedbiri almakla da yükümlüdür.

Önemle belirtmek gerekirse, idarenin toplumsal alandaki müdahalesi her zaman kamu hizmeti niteliğindeki hususlara da münhasır kılınacak nitelikte görülemez, zira aykırı örnekler –çok sayıda- bulunmaktadır. Sözgelimi, özel kişiler arasındaki kira sözleşmelerine yönelik olarak, devlet tarafından yasal düzenlemeler getirildiği ve sözleşmelerin kira artış oranlarına yönelik zorunlu hükümlerle –üstelik mevcut sözleşmelere de uygulanmak üzere- müdahalelerde bulunduğu bilinmektedir.¹⁴⁵ Yine, sermaye piyasalarında işlem gören şirketlerle ilgili olarak ayrıntılı hükümler üzerinden piyasa düzenlemelerine gidilmekte olması dikkat çekmektedir. Oysa, salt bu türden ayrıntılı düzenlemeler nedeniyle bahse konu alanların kamu hizmeti niteliğinde oldukları yönünde öğretide bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır, ki kanımızca da kamu hizmetinin görülmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.¹⁴⁶

Öte yandan, üstün yetkilerin, her tür kamu hizmetinde ve her zaman sözkonusu olmak zorunluluğu da bulunmaz. Sözgelimi, idare tarafından bizatihi yerine getirilen bir kamu hizmeti, özel girişimcilerle aynı koşullarda rekabet esasları dahilinde yürütülmekte ise, bunların işletilmesinden doğan uyuşmazlıkların idarî yargıya değil, adlî yargıya tabi olacağına dair, idare hukukumuzun kaynağını teş-

145 Bkz. Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 49, Sy. 1-4, 2000, s. 97-99; keza, bkz. Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003, s. 229-238.

146 Kuşkusuz, bu cümleden muradımız, öğretideki genel yaklaşım çerçevesinde kamu hizmetinin algılandığı çerçeve itibarıyla yapılacak bir değerlendirmeyi içermektedir. Yoksa, kamu hizmetinin ne olduğu hususunda çok farklı yaklaşımlar sözkonusu edilebilir ve giderek "her şey bir kamu hizmetidir ve keza belki hiçbir şey kamu hizmeti değildir" de denilebilir (bahse konu ifade ile öğretide bu bağlamda serdedilen görüşler için bkz. Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 304).

kil eden¹⁴⁷ Fransız hukuku nedeniyle, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin "*Bac d'Eloka*" kararı dikkat çekmektedir.¹⁴⁸

Görüleceği üzere, bir alanda kamu hizmeti niteliği olmakla beraber, bahsekonu hizmetin rekabetçi koşullarda yürütülmesi durumunda idarenin üstün yetkilerini kullanarak müdahalesini gerektirecek bir unsurun varlığına gerek duyulmayabilmekte ve buradan hareketle bahsekonu kamu hizmetinin yürütülmesi idarî yargı alanından çıkarılabilmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekirse, buradaki örnekte idarenin kamu hizmetini bizatihi yürütmesi sözkonudur. Şayet, aynı hizmet birden fazla özel kişiye sözleşmeyle veriliyor olsaydı, bu sözleşmelere –belirli konular itibarıyla rekabetçi koşullarda faaliyet gösteriliyor olsa dahi– müdahale gereğinin –özellikle anılan özel kişilerin eylemleri sonucunda rekabetin aksayabileceği bir piyasa yapısı sözkonusu ise– doğması olasılığından bahsetmek mümkündür ve bu anlamda üstün yetkilere olan ihtiyacın bu örnekle sınırlı olarak ortadan kalkmayacağı da söylenebilir.

Sonuç olarak, kamu hizmetlerinde üstün yetkilerin varlığı, buna yönelik toplumsal bir gereksinimin doğması kaydıyla ortaya çıkabilecek veya kendisini gösterebilecektir. Aksi halde, sırf kamu hizmeti olmasından dolayı bir faaliyet nedeniyle idarenin üstün yetkilerinin varlığı, mutlak koşul olmaktan çıkmış hale geliyor denilebilir. Zira, rekabetin varlığına bağlı olarak, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi sırasında toplumsal gereksinimlerin yeterli biçimde karşılanıyor olması imkan dahilindedir ve bu anlamda, idarenin üstün yetkileriyle müdahale etmesini gerektirecek bir ortamın sözkonusu olmayabileceği de düşünülebilir.

Şu halde, rekabetin varlığı durumunda idarenin üstün gücünü kullanarak müdahalede bulunması gereği tartışmaya açıktır. Yine de, bu bakış açısını bir an için bir yana bırakmak kaydıyla, genel olarak kamu hizmetleri sözkonusu olduğunda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi bağlamında idarece tedbirler alınması hususunun daha da bir önem arz edeceği açıktır. Zira, kamu hizmetlerinin kesintisiz biçimde halka arz edilmesi yaşamsal önem taşıyabilmektedir. Sözelimi, elektrik hizmetinin kesintili biçimde arz edilmesi, yahut kuduz aşısı üretiminde sorunlarla karşılaşılması, toplumsal yaşamı alt-üst etmeye yeterli gelebilmektedir.

Burada bir ayrıma gitmekte yarar görüyoruz: Anayasamızın 47. maddesinde belirtildiği üzere, "kamu hizmeti niteliğindeki" faaliyetlerin halihazırda pek çok

147 Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 7 ve 81-84, Ulusoy, Ali; Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ocak 2003, s. 42; yine aynı yönde bkz. Gülan, Aydın; Conseil D'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı, içinde 2000 Yılında İdarî Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, 2000, s. 23; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 19; keza, Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 14; yine, Özay, Günışığında Yönetim (2004), op. cit., s. 24, 40 no.lu dipnot; aynı yönde, Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 87.

148 Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 300.

alanda özel sektör tarafından yürütülmekte olduğu dikkate alındığında, anılan faaliyetler nedeniyle idare ile ilgili özel kişiler arasında bir sözleşme bağının bulunmadığı hususu vurgulanmalıdır. Bu gibi durumlarda idare, –idare hukukunda kabul edildiği şekliyle- var olduğu savunulan üstün yetkilerine dayanarak, kamu hizmeti niteliğinde oldukları hususunda görüş belirtilmeyebilen diğer sektörlerde uyguladığı genel sağlık ve asayiş denetiminin daha ötesinde bir denetim ve müdahale içerisine girebilmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin eğitim hizmetlerine diğer devlet faaliyetleri arasında özel bir önem verilmesi gereğini vurgulayarak verdiği bu yöndeki bir kararı da, keyfiyeti teyid etmektedir, buna göre;

*“Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit kamu hizmeti imtiyazına benzetmek mümkündür.”*¹⁴⁹

Öte yandan, kimi kamu hizmetleri bakımından, idarenin özel kişilerle sözleşmesel bir bağ kurgusu içerisinde konumlandırmaya gitmesi de sözkonusudur. 1999 Anayasa değişiklikleri öncesi itibarıyla, anılan türden sözleşmeler öğretide ve yargı kararlarında ittifak edildiği üzere imtiyaz sözleşmesi olarak addolunurken¹⁵⁰, bilindiği üzere, bahsekonu değişikliklerle artık idarenin –ilgili kanununda cevaz verilmiş olması kaydıyla- bir kamu hizmetini özel kişilere özel hukuk sözleşmesi olarak gördürmesi de olanak dahiline girmiş durumdadır.

Özel hukuk sözleşmesi şeklinde bir kurguyla özel kişilere gördürülen kamu hizmetlerinde, idarenin üstün yetkilerinin varlığı tartışmalı olacaktır. Bir defa özel hukuka bağlı kılındıkta, artık idare hukukunun etken olacağı bir alandan bahsetmek¹⁵¹ –belki zorlayarak da olsa hukuk tekniği bakımından sözkonusu edilebilse dahi-, pratik anlamda bunun hiçbir kıymeti yoktur. Zira, özel hukuka bağlı kılınan bir sözleşmede tahkime yer verilmesi durumunda, uyumsuzluk doğduğu takdirde hakem heyetince tazminata karar verildikten sonra, idari yargının vereceği bir kararın önemi ve uygulanabilirliği kalmayacaktır.

Öte yandan, idarenin kamu hizmeti olmadığı kabul gören diğer sektörlerdeki denetim yetkisininin, bu sözleşmeler bakımından da varlığını devam ettireceği, ancak, imtiyaz sözleşmelerindeki yoğunlukta bir içerik denetiminin ise artık sözkonusu-

149 AYM’nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

150 Bkz. Bölüm 2.1 ve 2.2.

151 Ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idarenin sözleşmenin imza aşamasına kadar olan işlemleri aleyhine açılacak davalar ile üçüncü kişilerin sözelimi sözleşmenin iptaline ilişkin açtıkları davalar idari yargıda görülebilecek olsa dahi, iptal kararı verilmesi halinde “önemli sorunlar doğabileceğinden” (bkz. Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 156) başka, bu durum tahkim heyetinin tazminat kararına varmalarını da engellemeyecektir. Böylesi bir tazminat kararının yurt dışındaki ülke varlıkları aleyhine uygulanabilmesi olanağı ise, “kararı zor kullanarak uygulama gücünün “imperium” her zaman devlette kaldığı yolundaki görüşü (İbid., s. 156, 157) etkisiz, giderek geçersiz kılmaktadır.

su olmayacağı da ileri sürülebilir. Nitekim, öğretiden bir görüşte yer verilen, “... idari sözleşmelere (imtiyaz sözleşmesi) oranla idare için dezavantajlı olan ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi...”¹⁵² ifadesinden, idarenin içerik denetiminde bulunabileceği bir denetim ve gözetim yetkisinin artık kalmadığı sonucunun dolaylı olarak çıkarılabileceği savunulabilir. İmtiyaz sözleşmesi kurgusu içerisinde gördürülmeye devam edilen kamu hizmetleri bakımından ise, eskiden beri devam eden üstün yetkiler, varlığını koruyor olacaktır.

İşte bu noktada, değişik sorunların doğması imkan dahilindedir. İlk olarak; yasal düzenlemeyle özel hukuk sözleşmesi olabilme yetisi kazandırılmış alanlardaki sözleşmelerin, münhasıran bir yasal düzenlemeyle –açık biçimde- özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenebileceği öngörülmemiş, ancak Anayasamızın 47. maddesinde belirtildiği üzere özel sektör tarafından yerine getirilmekte olan kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler üzerindeki üstün yetkiler bakımından bir farklılık var mıdır? Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa, bu farklılık ne şekilde açıklanabilecektir?

Öte yandan, aynı alandaki bir kamu hizmeti faaliyetinin yasanın verdiği izne bağlı olarak özel hukuk sözleşmesi, diğerinin ise imtiyaz sözleşmesi kurgusu içerisinde yapılmış olması durumunda; ilkinde idarenin üstün yetkilerinin bulunmaması ve fakat ikincisinde eskiden beri kabul edilegelen üstün yetkilerin varlığını devam ettirmesi anlayışı nasıl açıklanabilecektir?

Bu aşamada yine kavramsal analize dönersek: Kamu hizmetleri sözkonusu olduğunda, üstün yetkilere gereksinim duyulması, esasen toplumsal yaşamın devam ettirilebilmesi için gerekli görülen bir müdahale yetkisinin tanınmış olmasından başka bir özellik arzetmez. Bundan dolayıdır ki, öğretilerde idarî sözleşmelerin –ve bu bağlamda özellikle imtiyaz sözleşmelerinin- en önemli niteliklerinden birisi olarak gösterilen üstün yetkiler ve kamu gücünün kullanımı, idarenin özel kişilerle bir sözleşme bağı içinde yer almadığı –yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasamızın 47. maddesi bağlamında kamu hizmeti niteliğinde addolunan- özel faaliyetler için de sözkonusu edilmektedir.

Nitekim, öğretilerde bir görüşte, Fransız Danıştay’ının içtihatlarına dayalı olarak geliştirilen “virtüel (sanal)” kamu hizmeti kuramına göre, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin, teknik ve dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmamakla beraber, kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan nitelikte kabul edileceği, bunların üzerinde idarenin yoğun denetiminin bulunduğu ve keza, bunun “kolluk ötesinde bir içerik denetimi halinde cereyan ettiği”¹⁵³ de

152 İbid., s. 37, 72.

153 Bkz. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, op. cit., s. 309.

belirtilmektedir.¹⁵⁴ Şu halde, bahsekonu hizmetler de aynı üstün yetkilerin kapsamında tutulduğuna göre, sözü edilen üstün yetkilerin idarî sözleşmelerin –ve dolayısıyla da imtiyaz sözleşmelerinin- ayırıcı bir özelliği olarak sunulması hususu, çelişkiye neden olmaktadır. Nitekim, öğretiden bir diğer görüşte de belirtildiği üzere, “... faaliyetin niteliğinde herhangi bir değişiklik olmadığı (takdirde bu faaliyeti) yürütmenin idare içinde veya özel sektörde yer alması fazla önemli değildir.”¹⁵⁵

Öğretiden aynı yöndeki bir görüşte de benzer yönde bir vurgulamaya gidildiği görülmektedir. Buna göre, “(s)özleşmede idarenin kullanabileceği kamu gücü ayrıcalıklarından kaynaklanan haklarının gösterilmiş olması gerekli bir unsur değildir. Bir tarafın idare, konusunun kamu hizmeti olması sözleşmenin idarî sözleşme olması için yeterli olmalıdır.”¹⁵⁶ Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, üstün yetkilerin idarî sözleşmelerin koşulu olarak değerlendirildiğine tesadüf edilmektedir; buna göre:

“Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu veya kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.”¹⁵⁷

Bahsekonu AYM kararına rağmen, öğretideki görüşle de koşut olarak yukarıda belirtilen açıklamalarımızdan hareketle söylenebilir ki, idarî nitelikteki (veya, bir başka deyişle, imtiyaz niteliği taşıyan) sözleşmelerde üstün gücün kullanılacağı belirtilmiş olması, bu yetkilerin başka alanlarda ve yerlerde olmadığını göstermez. Bunların anılan sözleşmeler nedeniyle varlığının özellikle vurgulanması ise, kanaatimizce şu basit gerçekten kaynaklanmaktadır: Sözleşme bağı (ve dolayısıyla kısıtı) içerisinde yer almayan kamu hizmetleri bakımından, kamunun müdahalesinde –ilgili yasal zemine dayandırılmak kaydıyla- bir hareket serbestisinin varlığı.

Dolayısıyla, bahsekonu ifadeden, sözleşmelerde üstün güce ilişkin hükümlere yer verilmesi halinde idari sözleşme niteliğinin ancak doğabileceği anlayışında isabet görmek zor olup, burada daha ziyade “sözleşmelerin kamu hizmeti niteliğinde bulunması durumunda idarenin üstün gücünün var olacağı” anlayışının benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu yaklaşımın bizi getirdiği nokta ise, kaçınılmaz olarak “kamu hizmeti” kavramının belirleyiciliğidir. Ne var ki, idare hukukuyla iştigal edenlerce iyi bilindiği üzere, “kamu hizmeti”, tanımlanması güç bir kavramdır; üstelik, sadece hukuksal alanda kalınarak tanımlanabilecek bir kapsam olmaktan da çok uzaktır.

154 Bkz. Özay, Günışığında Yönetim (2004), op. cit., s. 226 vd.

155 Özay, İl Han; “Başlar Mısın Başlayalım mı?” Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleşmeye: İtalya ve Türkiye, AÜSBFD, C. 49, Sy. 3-4, 1994, s. 354, 355.

156 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 326.

157 AYM’nin E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı ve 9 Aralık, 1994 tarihli kararı, AMKD, C. 1, Sy. 31, s. 300.

Esasen, öğretiden bir görüşte de belirtildiği üzere, “... idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının doğasında karşı tarafın iradesine gerek kalmadan kullanılabilmesi özelliği bulunduğu göre, bunların bir de sözleşmede belirtilmiş olması gerekli değildir; ayrıca, karşı tarafın rızasıyla kullanılan hakların kamu gücü ayrıcalıkları olduğundan da söz edilemez.”¹⁵⁸ Devlet, sözgelimi bir özel hastanenin bağlı olacağı işletmeye dair kurallarını genel sağlık ve sair gerekçelerle her zaman değiştirme ve uygulama yetkisine sahiptir. Bunlar, en nihayetinde ruhsat verilirken yürürlükte bulunan –varsa- şartnamede belirtilmiş olabilirler ve değiştirilmeleri halinde bundan zarar gören işletmecinin sahip olacağı hukuki korunma hakları, kamu hizmeti algılamasına tabi tutulmamış diğer sektörlerden (sözgelimi bir otomotiv fabrikası işletmesinden) daha farklı olmayacaktır.

Oysa, özel kişilerle sözleşme bağı içerisinde bir kamu hizmetinin yürütülmesi söz konusu ise, artık idarenin bu sözleşmede belirtilen çerçevenin dışına çıkan her tür faaliyeti, sözleşmeye dayalı aykırılık iddialarını ve tazminat taleplerini gündeme getirebilecektir. Esasen, üstün yetkilerin bu tür akdi ilişkilerde varlığı yönündeki görüşlerin, işte bu eksikliği veya ihtiyacı karşılamak için ortaya konulduğu düşünülebilir. Böylece, sözleşmeye dayanarak özel hukuk kişinin idarenin kamusal düzene dayalı olabilecek müdahalelerine karşı gelebilmesi olanağı zayıflatılmakta ve böylelikle kamusal gücün etkinliği vurgulanmış olmaktadır.

Öte yandan, konunun “kamusal alana taşınma” boyutunda dikkat çekici değerlendirmelerin yapılabildiği de görülmektedir. Sözgelimi, Karahanoğulları’na göre;

“... herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri aldıktan sonra ... otomobil fabrikası, elektrik santrali açıp... piyasa kuralları çerçevesinde üretim yapması ile.. değişik sözleşme tipleri ve ruhsat yöntemleri (altında) üretim ve ticaret tekeli alması, belirli ayrıcalıklardan yararlanması, devletin girişimciyi piyasa risklerinden kurtaracak şekilde uzun süreli alım güvencesi vermesi, mallarını tekel altında, devletin belirleyeceği ve her zaman kârı garantileyecek bir tarifeden satışı imkanına sahip olması... kamulaştırma ... imkânı verilmesi gibi durumlar arasında fark olduğu açıktır. Birincisinde faaliyet tamamen piyasa ilişkileri alanında kalırken, ikinci durumda belirli oranda siyasallaşmakta, kamusallaşmaktadır... Konu olarak benzer faaliyetleri kamu hizmeti-özel hizmet olarak farklılaştıran da bu durumdur.”¹⁵⁹

Yazarın “siyasal alana aktarılma” ve böylece kamu hizmeti olarak betimleme bakımından “piyasa koşullarından ayrıcalık yaratılmış olmaya” işaret etmesi, bizim de vurgulamak istediğimiz başlıca husustur.

Bununla birlikte, öğretilerde bu ayrıcalıklardan dolayı imtiyaz kavramına geçişin açık (net) biçimde yapıldığına rastlamıyoruz. Yukarıda belirtilen “belirli ayrıcalıklardan yararlanma”, sözgelimi halihazırda Fransız hukukunun aksine bizde idarenin özel hukuk sözleşmeleri şeklinde değerlendirilen bayındırlık yapım söz-

158 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 326.

159 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 64.

leşmeleri bağlamında, işletme aşamasını kapsamayan bir elektrik santali yapım işinin ihalesiz-rekabetsiz biçimde ve böylece piyasa koşullarına bağlı kılınmaksızın gerçekleştirilmesi halinde, bu durumun sözkonusu yapım faaliyetini kamu hizmeti haline getireceği, imtiyaz kavramı altında değerlendirilmeyecekse dahi, en azından “siyasal alana dahil edilmekle kamu hizmeti niteliği kazanmış olması”na istinaden, yapım işine dair idare ile girişimci arasındaki sözleşmenin “idarî sözleşme” addolunması gerekeceği savunulabilecek midir?

Yukarıda da değinildiği üzere, hukukumuzda idarenin kamu hizmetlerine (karayolu veya baraj yahut elektrik santrali yapımı gibi altyapı faaliyetlerine) ilişkin (bayındırlık hizmetleri olarak da adlandırılan) yapım sözleşmeleri –Fransız uygulamasının aksine- özel hukuka tâbi kılınmaktadır.¹⁶⁰ Dolayısıyla, burada verdiği örnek türünden uygulamaların, imtiyaz kavramına geçiş yapılmak istenmese dahi, hiç olmazsa idarî sözleşme addolunarak idarî yargıya tâbi kılınması, bu “siyasal alana” aktarmanın doğal sonucu olarak algılanacaktır ümidindeyiz. Kaldı ki, bize göre bu türden ayrıcalıklar, yineleyegeldiğimiz üzere, bir imtiyaz kavramı etrafında yargısal korunmaya kavuşturulması gereken konuları teşkil etmektedir.

4. “Intuitu Personae” İlkesi

İmtiyaz uygulamasında idarenin, bahsekonu kamu hizmetinin kesintisiz ve kaliteli biçimde sunulmasını temin etmekle yükümlü olması karşısında, hizmeti sunacak özel teşebbüsün seçiminde son derece dikkatli davranması gereğinin bulunduğu ve bu meyanda ihaleye çıkılmasının bu amacın gerçekleşmesine engel olacağı ileri sürülebilecektir. Buna bir gerekçe olarak, bu tür faaliyetlerde hizmeti sunacak olan özel teşebbüsün kimliğinin ve yeteneğinin öne çıktığı savunulabilir.

Nitekim, özellikle Fransız öğretisinde bu yönde bir eğilime tesadüf edilmektedir. Sözgelimi, altyapı hizmetlerinin belediyelerce özel sektöre gördürülmesine yönelik sözleşmelerde “*intuitu personae*” ilkesinin uygulandığı ve bu meyanda belediyelerin ihale duyurusunda bulunmak zorunda olmakla beraber, seçimin hangi nesnel veya öznel ölçütlere göre yapılacağını belirtmelerinin yasal olarak zorunlu tutulmadığı, böylece belediyelerin farklı altyapı hizmetlerinin yürütülmesine yönelik olarak aynı şirketi keyfi biçimde belirleyebildiklerine değinilmektedir.¹⁶¹

160 Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 529; Tan, İdare Hukuku ve Tahkim, op. cit., s. 9, 10; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 315. Öğretideki bu baskın görüş ve ülkemizdeki halihazırda gözlenen uygulamaya karşın Gözler, bu sözleşmelerin Devlet İhale Kanunu'na göre yapılması dolayısıyla otomatik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmasının yanlışlığına değinmekte; bahsekonu sözleşmelerde özel hukuku aşan nitelikte hükümlere yer verilmesi veya –karayolu yapım işlerinin taahhüt şirketlerine ihaleyle verilmesine yönelik sözleşmelerde olduğu gibi- konusunun bir kamu hizmetinin ifasına yönelik olması hallerinde, bunların idarî sözleşme olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır (bkz. Gözler, İdare Hukuku Dersleri, op. cit., s. 470-473).

161 Bkz. Desrieux, Claudine / Chong, Eshien / Saussier, Stéphane; Horizontal Integration & Reputation: An application to local public services, s. 21 (http://www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2008/2008_269.pdf).

Bunun sonucunda ise, idarecilerin herhangi bir teknik veya finansal ölçütler dizisi yerine, bu süreçte hizmetin sunulduğu halkın görelî tatmin olma duygusunun seçimlerde yansımaları yolundaki siyasî ölçüye dayandırıldığı belirtilmektedir.¹⁶² Yine, belediye ölçeğindeki yapım faaliyetlerinin yanı sıra, ülke çapında uygulanan altyapı faaliyetlerinde de aynı ilkeye geçerlik tanınmakta ve idarenin imtiyazcılığı serbestçe belirlemede etken olacağı hususuna değinilmektedir.¹⁶³

Rekabetçi anlayışın daha ziyade hakim olduğu Anglo-Sakson geleneğine kıyasla Fransa’da rekabet kavramının çok daha geri planda kalmış olduğu hususu dikkate alındığında, bu durum pek de şaşırtıcı sayılmamalıdır kanısındayız.¹⁶⁴ Buna göre, imtiyaz kişiyeye bağılı (“*intuitu personae*”) bir işlemdir ve kural olarak idarenin imtiyazcılığı özel kişiyeye seçme konusunda serbestiye sahip olduğu kabul edilmektedir; dolayısıyla, idare ihale, pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda değildir.¹⁶⁵ Fransız Danıştay’ının bir kararına atıfta bulunan Gözler’e göre, “(d)ahası, idarenin imtiyazcılığı özel kişiyeye seçme konusunda takdir yetkisinin mutlak olduğu kabul edilmektedir. İdarenin bu takdir yetkisi, açık takdir hatası denetimine dahi tâbi değildir.”¹⁶⁶

Oysa, bilindiği üzere, idarenin kamu kaynaklarını harcarırken rekabet kurallarına uyması, temel kabuldür. Bu amaçla devlet harcamalarında etkinliğin sağlanabilmesini teminen ihale yapılmasını öngören yasal düzenlemeler getirilmiştir. Ülkemizde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁶⁷ ile daha sonraki tarihte “Avrupa Birliği’nin kendi içinde yaptığı düzenlemelerden hareketle yaptığı baskılar sonucunda ve uyum adı altında”¹⁶⁸ çıkarılan 4 Ocak, 2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,¹⁶⁹ bunun en güzel örneklerinden birisidir. Öte yandan, kamu elinde-

162 Bkz. Claude Martinand, Private Financing of Public Infrastructure: The French Experience, Ministry of Public Works, Transportation and Tourism, 1994’ten aktaran: Attie, Zaid Nicolas; A Comparative Analysis of Public Infrastructure Development in France and the UK, Yüksek Lisans Tezi, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Haziran 1997, s. 7.

163 Bkz. Bezançon, Xavier; The Concessionary Contract: A Framework, A Process, A Contract, içinde Financing of Major Infrastructure and Public Service Projects – Public-Private Partnership, op. cit., s. 47.

164 Nitekim, daha yakınlarda Fransız Cumhurbaşkanı tarafından “rekabet, bir ideoloji, bir dogma olarak Avrupa’ya ne vermiştir ki?” şeklinde bir retorik ifade edilmiş olması, bu bağlamda dikkat çekmektedir (bkz. Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran - 1 Temmuz, 2007, s. 3).

165 Gözler, İdare Hukuku Dersleri, op. cit., s. 542.

166 Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 381. Ancak, yazar hemen devamla bu “her türlü yargısal kontrolden bağıışık” takdir yetkisinin, yine Fransa’da kanunla sınırlandırılabilirdiği, bu meyanda imtiyaz verilmesi sürecinde aleniyet ve serbest rekabetin zorunlu kılındığı hususlarına da yer vermektedir. Dolayısıyla, Fransa’da imtiyazın kontrolsüz takdir yetkisi içerisinde verilmektesyken birdenbire rekabete ve aleniyete tâbi tutulmasının ayrıntılı bir çözümlemesine gidilmesinden sarfınazar edilmiş olması, ciddi bir eksiklik şeklinde belirlemektedir.

167 10 Eylül, 1983 tarih ve 18161 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

168 Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 914

169 22 Ocak, 2002 tarih ve 24648 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Bahsekonu Kanun ile getirilen reformist ve rekabetçi ihale düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akgül, Devlet İhale Kanunu’ndan Kamu İhale Kanunu’na, op. cit.

ki işletme ve/veya taşınır/taşınmaz malların özel sektöre devredilmesine yönelik düzenlemeler içeren 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu’nda da rekabetçi esasların öngörüldüğü bilinmektedir.

Giderek, Fransa’daki uygulamada, her ne kadar anılan ilke çerçevesinde imtiyazcının serbestçe belirlenmesi genel bir ilke olarak ele alınıyor –ve hatta Fransa’nın itirazları nedeniyle AB’nin kamu ihaleleri sürecinde kamu hizmeti imtiyazları kapsam dışına çıkarılmaya çalışılıyor¹⁷⁰- olsa da, ülkemiz öğretisinde algılandığı şekliyle “tam bir takdir yetkisinin” her zaman sözkonusu edilmediği ve belirli ölçüde rekabetçi bir uygulamaya gidildiği de anlaşılmaktadır. Buna göre, idare, ilk aşamada muhtemel girişimcileri klasik rekabetçi ihale yöntemine göre belirleyecek ve giderek bu amaçla ilanda bulunarak hangi teknik özelliklerin arandığını duyuracak isteklileri davet etmek suretiyle süreçte saydamlığı sağlayacak¹⁷¹, akabinde ikinci aşamada bunlarla müzakerelere girmek suretiyle süreci sonuçlandıracaktır.¹⁷²

Bu yöntemin, ülkemizde ihaleye yönelik yasal düzenlemelerdeki “belirli kişiler arasında pazarlık suretiyle ihale” yöntemine benzediği de söylenebilir. Özetle, Fransız öğretisinde dahi, bizdeki algılamamızın tersine, tam ve mutlak bir serbestiden bahsedilmediği görülmekte; olası adayların belirlenmesini münhasıran idarenin tercihinin bırakmayarak ilan edilmesini zorunlu tutmakta, sonuçta ikinci aşamada idareye teknik yeterlilikleri bulunduğu belirlenmiş olan adaylar arasından hangisinin seçileceğinde takdir yetkisi tanısa da, ilk aşamada rekabete –kısmen de olsa- yer vermekte olduğu söylenebilecektir. Bu itibarla, anılan uygulamanın ülkemize de ilham vermesi ümit edilir.

Ülkemizin de üyesi bulunduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (“Organisation for Economic Cooperation and Development” - OECD) yayınlarında da vurgulandığı üzere, “pazar **icerisinde** rekabet (“*competition in the market*”)” anlayışının uygulanamamasından dolayı özelleştirmenin sözkonusu edilemeyeceği şebeke (bir başka ifadeyle doğal tekel) niteliğindeki altyapısal hizmet alanlarında ise, geçmişten bu yana imtiyaz sözleşmeleri olarak da bilinen düzenlemeler çerçevesinde “pazar **icin** rekabet (“*competition for the market*”)” yaklaşımıyla hareket edilmeye ve etkinlik sağlanmaya çalışılmaktadır.¹⁷³ İmtiyazcının belirlenmesi ise, “pazar için rekabet”in sağlanabileceği en kritik aşamadır ve ekonomi kuramı,

170 Bkz. Le Jeune, Alexandra; The public tendering process in the Belgian legal system, 2 Haziran, 2004 (<http://www.businessandlaw.be/article738.html>).

171 Bkz. Yvrande-Billon, Anne; The Attribution Process of Delegation Contracts in the French Urban Transport Sector: Why is Competitive Tendering a Myth?, Eylül, 2005, s. 5 (<http://idei.fr/doc/conf/veol/yvrande.pdf>).

172 Bkz. Saussier, Stéphane; Public-Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France, s. 10 (http://esnie.u-paris10.fr/pdf/ws_2004/SAUSSIERS.pdf); keza, bkz. Chong, Eshien / Huet, Freddy / Saussier, Stéphane; Auctions, Ex Post Competition and Prices: The Efficiency of Public-Private Partnerships, Annals of Public and Cooperative Economics, Sy. 77, No. 4, 2006, s. 526.

173 Bkz. Competition Policy and Concessions, op. cit., s. 1.

imtiyazların verilmesinde ihaleye gidilmesinin en etkin yöntem olduğunu söylemektedir; kaldı ki, yolsuzluğun önlenmesi için de rekabetçi, açık bir ihale sürecinin kurgulanması gereklidir.¹⁷⁴

Nitekim, kamu hizmeti niteliğini taşıdığına tereddüt görülemeyecek olan şehirci su şebekesi işletmeciliği bağlamında, anılan hizmetin özel sektör eliyle görülmesine yönelik süreçte ilgili özel sektör girişimcisinin belirlenmesinin rekabetçi bir yaklaşımla yapılması halinde, malî açıdan daha olumlu sonuçlar elde edildiği belirtilmektedir.¹⁷⁵

Ne var ki, imtiyazcının –“güzellik yarışmasında (*“beauty contest”*¹⁷⁶) olduğu gibi”¹⁷⁷- bireysel özelliklerinin önem taşıması gerekçesiyle idare tarafından serbest bir tercih içerisinde belirlenmesinin gerekebileceği yönünde oluşan yaklaşım, herhangi bir kamu hizmetini sunacak olan özel teşebbüsün, idare tarafından keyfi olarak belirlenmesiyle –ancak- ortaya çıkarılabileceği yönünde bir kabule olanak vermemektedir. Keza, bu anlayış, “şeffaflığın bulunmaması ile siyasi müdahalelere yol açabilmesi yolundaki iddialara”¹⁷⁸ da yol açmaktadır.

Zira, açıktır ki, gerekli teknik ve finansal koşulları taşıyan özel teşebbüslerin bir veya birden fazla sayıda olup olmadığı, ancak bahsekonu koşulların önceden tesbit ve ilan edildiği bir rekabetçi ihale sonrasında belirlenebilir. İdarenin ihalesiz ortamda imtiyazcı özel hukuk kişisini belirlemesine yönelik olarak bir özel teşebbüsün ortaya çıkması sürecinde, rekabetçi ihale yönteminin uygulanması –kuşkusuz- bir engel teşkil edemez. İdarenin tercihiyle bulunabilen ve dolayısıyla piyasada en azından bir tane de olsa var olduğu kanıtlanan bir imtiyazcının, teknik-finansal koşulları belirlenmiş bir ihaleye çıkılması durumunda da ortaya çıkacağı hususu, normal mantık kurallarının bir gereği olarak herhalde düşünülmeğe icap eder. Yeter ki, devletin kendi takdiriyle piyasaya giriş için yarattığı tekel önlensin.

Nitekim, geleneksel olarak rekabet anlayışından nisbeten uzak bir algılama içerisindeki Fransız uygulamasında dahi, bu yönde bir esnekliğin kurgulandığına rast-

174 İbid, s. 3, 4. Aynı yönde –üstelik Fransız öğretisinden- bir diğer değerlendirmede de, imtiyazcının belirlenmesi aşamasında “intuitu personae” ilkesine yer verilmesinin, altyapı hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi sürecindeki başlıca olumsuzluk kaynağını oluşturduğu ve yanlış seçimlere yol açabildiği, giderek –her zaman rastlanmayabilse dahi- yolsuzluğa neden olabildiği vurgulanmaktadır (bkz. Saussier, Public-Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France, op. cit., s. 12).

175 Bkz. Lobina, Emanuele / Hall, David; Public-Public Partnerships as a catalyst for capacity building and institutional development: Lessons from Stockholm Vatten’s experience in the Baltic region, The University of Greenwich, Public Services International Research Unit (PSIRU), 15 Ağustos, 2006, s. 15.

176 Competition Policy and Concessions, op. cit., s. 5.

177 Pézon, Christelle; Water Supply Regulation in France from 1848 to 2001: a jurisprudence based analysis, Working Paper, 7th Annual Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE) (ISNIE’nin 7. Yıllık Konferansı), Budapeşte, Macaristan, 11-13 Eylül, 2003, s. 4.

178 Competition Policy and Concessions, op. cit., s. 6.

lanmaktadır. Ancak, bu durumun Fransa’daki iç dinamiklerin bir sonucu olarak ortaya çıkmadığı ve “AB’nin zorlaması neticesinde”¹⁷⁹ gerçekleştiği bilinmektedir. Nitekim, AB Komisyonu tarafından, kimi üye ülkelerin imtiyazcının belirlenmesinde AB’nin rekabete ilişkin kurallarının uygulanmaması gerektiği yolunda iddialarda bulunulduğu fakat gerek AB Andlaşması’nın rekabete ilişkin kuralları ve gerek AB Adalet Divanı (“*European Court of Justice*”) kararları ışığında bu savın kabul görmediği, şeffaflık ve rekabet ilkelerinin genel kural olarak uygulanmasının zorunlu kılındığı hususlarına değinilmektedir.¹⁸⁰

Bu gelişmelerin zorlamasıyla, yolsuzluğun önlenmesi ve şeffaflığa ilişkin olarak, Fransa’da 1993 yılında çıkarılan bir yasal düzenleme (“*loi Sapin*”)¹⁸¹ çerçevesinde “... idareye seçimini yapmadan önce alenilik ve rekabete ilişkin kurallara uyma zorunluluğunun getirildiği ve bunun aslında taraflar arasındaki diyalogu sağlayarak güven ilişkisini ve dolayısıyla “*intuitu personae*” ilkesini güçlendireceği(nin) savunulduğu”¹⁸² görülmektedir.

Kaldı ki, imtiyazın hukuki teorisinden yola çıkarak bahsekonu ilkenin geçerliğini savunmak, imtiyaz sözleşmesi olarak addolunan YİD sözleşmelerine istinaden enerji sektöründeki sözleşmelerin ihalesiz biçimde gerçekleştirilmelerine yol açabilmekte ise, idare hukuku teorisyenlerinin bu durumu bir kez daha değerlendirmelerinde büyük yarar vardır. Zira;

“(i)mtiyaz yönteminin en temel özelliği *intuitu personae* dir. Yani sözleşmecî taraflı kamu hizmetlerinin gerekleri doğrultusunda serbestçe seçme”¹⁸³ şeklindeki yargı, idare hukuku teorisyenlerinin belki de farkında olmadıkları, vahamet derecesinde keyfi uygulamalara neden olabilmektedir. Bu durumun malî açıdan nedenli ciddi kamu zararlarına neden olduğu ise, ülkemizin yakın geçmişinde sarahaten görülebilir.¹⁸⁴

179 Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit, s. 340, 396 no.lu dip not.

180 Bkz. AB Komisyonu, Commission Interpretative Communication on concessions under Community law (AB Hukuku Tahtında İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Yorumlayıcı Bildiri), 12 Nisan, 2000, s. 14 vd.

181 Desrieux, Revisiting Relational Contracting in public-private partnerships – A comparison of French and American local public services, op. cit., s. 5.

182 Öztürk, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, op. cit., s. 65, 66.

183 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit, s. 340, 396 no.lu dip not; yine aynı yönde bkz. Gözler, İdare Hukuku Dersleri, op. cit., s. 542.

184 Özellikle enerji sektörüne ilişkin olarak ülkemiz uygulaması nedeniyle, YİD yöntemi kapsamında idare ile özel sektör kuruluşları arasında imzalanmış sözleşmelerde fevkalade yüksek elektrik enerjisi bedelleriyle karşılaşılmış olunması, kimi görüşlere göre, tahkim uygulamasına gidilememesinden kaynaklanmaktadır (bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 148, 149). Oysa, bu ifade kanımızca gerçekçi değildir. Zira, belirtilen dönemdeki sözleşmelerde ortaya çıkan yüksek bedellerin, daha ziyade bu sektördeki uygulamalarda ihaleye çıkılmaması nedeniyle karşılaşılan rekabet eksikliğinden kaynaklandığı söylenebilir ve aslında bu keyfiyet devletin kimi raporlarında sarahaten de vurgulanmaktadır (bkz. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, Sayıştay Başkanlığı, 2004 (www.sayistay.gov.tr)). Nitekim,

Esasen, öğretide ortaya konan bu husus, kimi zaman uygulayıcıların arayıp da bulamadıkları bir dayanak noktasını teşkil etmeye ve dolayısıyla suiistimale elverişlidir. Yukarıda belirtildiği gibi, Fransız uygulamasında dahi şeffaflık ve rekabetçi bir yöntemin kurgulanmasına doğru gidilirken, ülkemizde bu ilkenin savunulmaktasınan anlayabilmek, gerçekten fevkalade güçtür.

Üstelik, ülkemizdeki enerji sektörü uygulamasında bu savı çütüren örnekler de vardır. Kendi içerisinde çelişkili bir uygulamayla ortaya çıkan bu gelişme, şöyle cereyan etmiştir: Enerji sektöründe elektrik üretilmesi ve uzun dönem boyunca kamuya satılmasına yönelik olarak, idare ile özel sektör tüzel kişileri arasında imzalanan ve her ikisi de imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunan yap-işlet-devret sözleşmeleri ile yap-işlet sözleşmeleri, tamamen farklı biçimde gerçekleştirilmiştir. 3096 sayılı Kanun kapsamında ihalesiz olarak gerçekleştirilen birincisi ile 4283 sayılı Kanun kapsamında ve fakat pazar için rekabeti sağlayacak şekilde rekabetçi ihale yöntemiyle gerçekleştirilen ikincisi arasında, doğal olarak, rekabetin getirdiği fiyat farklılıkları önemli dereceye varmıştır.¹⁸⁵

Dolayısıyla, ikisi de aynı konuya ilişkin imtiyaz sözleşmesinden birisi, bağlı olduğu yasada ihale zorunluluğu bulunmadığından rekabetsiz koşulda yapılabilmektedir ve bu durum, idare hukuku öğretisine kulak verilirse, “*intuitu personae*” ilkesine göre savunulabilecek haldedir. Oysa, imtiyazın bu uygulamadaki ikinci örneği, teknik koşullar ayrıntılarıyla belirlenerek tamamen rekabetçi ihaleye çıkılması suretiyle gerçekleştirilebilmiştir.¹⁸⁶ Bu anlamda, bahsekonu idare hukuku ilkesinin gerçeklerle veya idarenin her işleminde kamu yararının bulunması ilkesi ve kamu yararının yargı denetimiyle korunması anlayışıyla ne denli bağdaştığı herhalde düşünölmelidir.

Giderek, ülkemizde altyapı hizmetlerine yönelik YİD veya İHD sözleşmeleri bağlamındaki imtiyazların (3096 sayılı Kanun uyarınca) 99 yıla kadar verilebilmesi olanağı tanınmış olması dikkati çekmektedir.¹⁸⁷ Oysa, 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu öncesindeki haliyle elektrik enerjisi sektöründe pazar içerisinde rekabetin zaten sözkonusu edilmediği düşünölrse, “pazar için rekabet”in de mahut ilkeye istinaden bertaraf edilmesi, vahim bir uygulama anlamına gelmelidir. Nitekim, üyesi olmaya yöneldiğimiz AB’nde, bu türden altyapı hizmetlerine yönelik sözleşmelerde “pazar için rekabet”i sağlamayı teminen sürelerin 10-15 yıllık üst sı-

atıfta bulunulan yazarın daha sonraki tarihlerde görüşünü değıştirdiği ve “... tahkimin yatırım ortamının uygunluğu için sadece mütevazı bir katkıdan, “çorbadaki tuzdan” ibaret olduğu” kanısına vardığı da görölmektedir (bkz. Ali Ulusoy, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005, s. 29).

185 Bkz. Lekesiz, Gediz; içinde Enerji Politikaları ve Özelleştirme – Forum, (12 Eylül, 1997 tarihlidir), TMMOB - EMO Ankara Şubesi Yayını, Ankara, 1997, s. 13.

186 İbid.

187 Sözgelimi, ülkemizde bir elektrik dağıtım bölgesinin “görevlendirme sözleşmesi” adı altında İHD sözleşmesiyle –üstelik de 1988 yılında- imtiyazcıya 70 yıllık süre için verilebilmiş olması, durumun vahametini ifadeye yeterlidir sanıyoruz (bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 266).

nırlarla kısıtlandığı, böylece en azından daha kısa sürelerde yeniden “pazar için ihale”ye çıkılmak suretiyle tüketiciye daha rekabetçi ve uygun koşullarla hizmet verilmesine çalışıldığı görülmektedir.¹⁸⁸

Kaldı ki, Fransa öğretisinden bir ilkeyi Türk hukukuna ithal ederken, bu ilkenin ülkemiz gerçeklerine ne denli uyum sağlayacağı öncelikle ve özellikle tetkiki de gereklidir. Fransa için sakıncalar yaratmayabilecek bir ilke, Türkiye için son derece zararlı sonuçlar doğurmaya elverişli bir nitelik arz edebilir. Sözgelimi, kapitülasyon uygulamaları Fransa açısından hassasiyet yaratmayacak bir konu olabilirken, ülkemiz için geçmiş dönemlerde ne denli sakıncaların yaşandığı ve hatta Lozan görüşmelerinde en çok sıkıntı yaşanan konunun kapitülasyonların kaldırılması olduğu bilinir.¹⁸⁹ Nitekim, bu yöndeki bir görüşte, “Osmanlı Devleti’nin sonunu hazırlayan nedenlerden biri de, yabancıların Osmanlı topraklarındaki yatırımları vasıtasıyla elde ettikleri büyük imtiyazlar, devlet yargısından bağımsız ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaları, yani hepimizin belki de çok sevimsiz olarak karşıladığı kapitülasyonlardır”¹⁹⁰ ifadesine yer verilmektedir.

Kaldı ki, Fransa’da idari sözleşme sayılan bayındırlık yapım işlerinin ülkemizde özel hukuka tâbi olması örneğinde görüleceği üzere, Fransız hukukundaki kimi ilkelerin ülkemizde yeri geldiğinde tam tersi yönde uygulanması sözkonusu olabilmektedir. Yine, “Fransa’da tipik idari sözleşme sayılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi... Alman hukukunda, Fransa’dan örnek alınmasına karşın, özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görevine sokulmaktadır.”¹⁹¹ Şu halde, salt Fransız öğretisinde yer verildiği gerekçesiyle “*intuitu personae*” ilkesine Türk hukuku uygulamasında geçerlik tanınması kabul göremez. Kanımızca, anılan kavramın kamu çıkarının korunması bakımından fevkalade önemi dikkate alındığında, Fransız öğretisinden birebir iktibas yerine bu konunun özellikle ele alınıp incelen-

188 Bkz. Water Liberalization Scenarios (AB tarafından finanse edilerek, Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne’nın bilimsel eşgüdümü altında 2003-2005 yılları arasında gerçekleştirilen Euromarket Araştırma Projesi (“Euromarket Research Project”) kapsamında elde edilen sonuçlar bağlamındaki nihai raporlara ilişkin olarak yapılan yayının bir kısmını teşkil etmektedir), s. 14 (http://www2.epfl.ch/webdav/site/mir//shared/import/migration/D5_AnnexB.pdf).

189 Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s. 55. Konuya ilişkin olarak “Halaskâr Gazi” Atatürk’ün sözlerine yer vermek, kapitülasyon konusunun ne denli önemli bir yer işgal ettiğini tesbit bakımından yerinde olacaktır: “Kapitülasyonların Konferans’ta (Lozan) birçok toplantıyı işgal etmesinin nedenini bir türlü anlayamıyoruz. Bu sorunun sözkonusu edilmesi ve görüşülmesi bile ulusal onurumuza yöneltilmiş bir hakarettir. Kapitülasyonların Türk Ulusu için ne derecede nefret duyulan bir şey olduğunu size tanıtmaya gücüm yetmez. Bunları başka ad ve biçimlerde gizleyerek bize kabul ettirmeyi başaracaklarını sanan veya hayal edenler, bu konuda pek çok aldanıyorlar. Çünkü Türkler, kapitülasyonların sürdürülmesiyle kendilerinin pek az bir vakitte ölüme yöneceklerini pek iyi anlamışlardır. Türkiye köle olarak mahvolmaktansa, son nefesine değin dövüşmeye, uğraşmaya and içmiştir” (bkz. Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, C. III, Türk İnkılap Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1961, s. 49’dan aktaran: Pamir, Aybars; Kapitülasyon Kavramı, AÜHFD, C. 51, Sy. 2, 2002, s. 116-117).

190 Tiryakioğlu, Bilgin; Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 166.

191 Tan, İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, op. cit., s. 292.

mesi, Fransız uygulamasında sorun çıkıp çıkmadığına bakılması, ülkemizde ne tür sorunlara yol açabileceğinin ve buna dair olası önlemlerin –en azından- irdelenmesi gerekirdi. Özay da bu yöndeki eksikliğe değinen bir eleştirisinde konuyu ele almakta ve kimi hukukçular bakımından, “Fransız öğretisi düşüyle yaşayıp, içinde buldukları ortamı hiç anlamadılar ve ona birşeyler verebilme çabasını da galiba duymadılar” ifadesine yer vermektedir.¹⁹²

İmtiyazcıyı seçerken idareye serbestiyet tanınmasının gerekliliği yönünde öğretilerde başka ilginç görüşlere de rastlanmaktadır. Buna göre “... diğer idari sözleşmelerden farklı olarak İdare imtiyaz vereceği özel kişiyi serbestçe seçer ve dilediği ile sözleşme yapabilir. Çünkü hizmetin sorumluluğu İdare üzerinde kalmakta ve sürmekte; dolayısıyla imtiyaz sahibini seçmekte takdir yetkisi gerekmektedir.”¹⁹³ Bu yaklaşımdan, idarenin sorumluluğunun devam ettiği anlayışıyla bireylerin uğrayacağı zararların yine idare tarafından karşılanacağı veçhile, idarenin imtiyaz sahibini “serbestçe ve dilediğince” belirlemede bir sakınca görülmediği anlaşılmaktadır. Ne var ki, bu anlayışın, bahsekonu serbestiyet nedeniyle kamu maliyesinin uğrayabileceği maddi zararların veya muhtemel yolsuzlukların halka dolaylı yoldan yansıtılacağı gerçeğini gözden ırak tuttuğu görülmektedir.

Bahsekonu analogiye esas tutulan “sorumluluğun idare üzerinde kalması” ile “serbestçe ve dilediğince” imtiyaz sahibini belirlemek anlayışı arasında bir illiyet bağı görmek, bize göre olanaksızdır. Buradaki argüman, kanımızca idare hukukunun kavramsal tartışmalarında iktisadi boyutun yeterince değerlendirilmemesinin bir başka örneği olduğunu düşündürmeye elverişlidir.

Bununla birlikte, Anayasa değişiklikleri öncesinde imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu Anayasa Mahkemesince tescil edilmiş bulunan enerji sektöründeki YİD sözleşmeleri bağlamında, “... Devlet İhale Kanunu dışındaki yasa ile özel bir ihale usulü kabul edilmiş olsa bile, bu prosedürün tatbikinde de İdare Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapılmalıdır. Bu çerçevede, yürütme ve idare imtiyaz veya görev vereceği kişi ya da şirketi seçerken açıklık, objektiflik rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmek durumundadır”¹⁹⁴ görüşü de savunulmaktadır. Zira, açıktır ki, burada gerçekleştirilmek istenen amaç kamu yararadır ve harcanan para kamu parasıdır.¹⁹⁵ Dolayısıyla, “... idarenin kamu yararı amacıyla hareket etmek zorunda oluşu... ve kamunun mali (parasal) kaynaklarını kullanması, kendisini sözleşmenin konusunu belirleme ve sözleşmenin karşı tarafını seçme açılarından serbest bırakmamaktadır”¹⁹⁶. Bunun ise, idarenin rekabet esasına göre hareket etmek zorunluluğu bulunduğu anlayışıyla –ancak- mümkün olabileceği açıktır.

192 Özay, Günışığında Yönetim (2004), op. cit., s. XV.

193 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334.

194 Duran, Lutfi; YAP-İŞLET-DEVRET, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 166.

195 Günday, İdare Hukuku (1998), op. cit., s. 146.

196 Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 914.

Dolayısıyla, öğretiden isabetli bir görüşte belirtildiği üzere, "... özel hukuk sözleşmelerinde dahi, sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesinde idarenin irade serbestisine sahip olmayışını açıklamakta dayanılan kamu yararının, idari sözleşmeler bakımından öncelikle geçerli olacağına kuşku yoktur. Kamu yararının bir gereği olarak... açıklık, tarafsızlık ve rekabetin sağlanacağı bir usûlün uygulanması gerekir."¹⁹⁷

Nitekim, Danıştayımızın bir kararında da benzer yönde değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Buna göre, "... idarenin hizmeti gördürecek kişiyi seçerken kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön planda tutarak kullanması gereken takdir yetkisini bu çerçevede kullanıp kullanmadığının belirlenmesi"¹⁹⁸ yargı merciince değerlendirilmesi elzem bir husustur. Bu yaklaşımdan hareketle konuyu ele alan Danıştay, AKTAŞ şirketine 3096 sayılı Kanun kapsamında ihalesiz, açıklık ve rekabet sağlanmaksızın İHD sözleşmesi kapsamında görev verilmiş olmasını gerekçe göstererek, idare ile anılan şirket arasındaki İHD sözleşmesinin iptali yönünde hüküm vermiştir.¹⁹⁹

Tarafımızca diğer ülkelerdeki imtiyaz düzenlemelerinin kapsamlı bir incelemesine gidilmemiş olmakla birlikte, kurumsal yapısını henüz kurmakla meşgul olan ve geçmiş deneyimleri itibarıyla rekabet kavramına görece olarak çok daha yabancı olması beklenebilecek bir az gelişmiş ülke konumundaki Kırgızistan Cumhuriyeti'nin, imtiyazların verilmesini düzenleyen 6 Mart, 1992 tarih ve 58 sayılı yasasında, imtiyazların rekabetçi ihalelerle verileceği kayıt altına alınmaktadır.²⁰⁰

Yine, bu konuya ilişkin olarak dünyadaki uygulamaya bir örnek vermek gerekirse, Endonezya'da enerji sektöründe özel sektör eliyle gördürülecek projelere ilişkin sözleşmeler bağlamında, belirli bir nominal değer üzerindeki sözleşmelerin -yolsuzluğu önlemeyi teminen- ya tam açık ihale veya en azından beş seçilmiş katılımcı ile gerçekleştirilmesinin yasal zorunluluk olduğu; bunun gerekçesi olarak da altyapı projelerinde rekabetin daha da fazla önem taşıdığı, zira halkın daha fazla ödemede bulunmak veya temel hizmetlerden mahrum bırakılmak keyfiyetinden beri tutulması gerektiği belirtilmektedir.²⁰¹ Bu bakımdan, ülkemizde enerji

197 Akın, Ümit; Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, DD, Sy. 102, Ankara 2000, s. 45.

198 Danıştay İDDGK'nun 7 Mayıs, 1999 tarih ve 1999/226 sayılı kararı (aktaran: Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 573, 396 no.lu dip not).

199 Bkz. Özay, Günışığında Yönetim (2004), s. 528, 529; Gözler, İdare Hukuku, op. cit., s. 204, 205.

200 Bkz. Enerji Şartı Sekreteryası, Kyrgyzstan - Review of the Investment Climate and Market Structure in the Energy Sector, 2007, s. 54 (www.encharter.org).

201 Bkz. Mills, Karen; Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 290.

sektörüne ilişkin YİD uygulamaları ile anılan ülkedeki mevzuat ve uygulamalar arasındaki fark, gerçekten dikkat çekici ve hüzün vericidir.

Bu teorik arka plana uygulamadan bir başka örnekle açıklık kazandırmak gerekir: Filipinler’de enerji santrallerinin pazarlık usûlüyle özel şirketlere devredilmesi yerine ihale sistemine geçildiğinde, devletin satın almayı yükümlendiği elektrik enerjisinin bedeli 13 cent/kWh’dan 6-7 cent/kWh aralığına kadar düşmüştür.²⁰² Dolayısıyla, teorik temelde devletin imtiyazcıyı ihale süreci olmaksızın belirlemede sakınca görülmeyebileceği, zira imtiyaz sahibinin kamu hizmetini yürütecek olması gerekçesine dayanarak, sıradan bir mal veya hizmet alımı gibi rekabetçi ihale usûlüne bağlı kılınmaması gerektiği anlayışının, kanımızca kabul edilebilecek yahut tutar bir yanı yoktur. İmtiyaz sahibi şirketin sahip olması gereken özellikler ihale şartnamesine kaydolunmak suretiyle, aynı endişeleri karşılayacak ve fakat rekabetçi ihale sisteminden veya bu meyanda kamu yararından vazgeçmeyecek bir uygulama, kuşkusuz mümkündür. Yukarıda yer verdiğimiz sınırlı sayıdaki örneklerden hareketle, bu türden uygulamaların “istenilen” ülkelerde başarıyla uygulandığı da görülmektedir.

Öte yandan, bu yönde uygulamalar için gelişmiş bir ülkenin hukuk düzeni kurgusuna sahip olunması da bir önkoşul sayılamaz. Yine anılan örnek ülkeler dikkate alındığında, gelişmekte olan, hatta az gelişmiş ülkelerde dahi bu yönde bir kurgunun oluşturabildiği hususu çarpıcı biçimde karşımıza çıkmaktadır. Şu halde, istenildiği takdirde ülkemizde buna dair düzenlemelere gidilmesi için hiçbir engelden bahsedilememesi gerekir.

Buna karşın, ülkemizde idare hukuku teorisyenlerinin dahi imtiyazcıyı belirlemede idareye keyfilik tanımak hususunda bir sakınca görmemesi, kanımızca vahim derecede yanlıştır. Kanımızca, ülkemizde öğretilerde gözden kaçırılan hususun, daha ziyade aşağıdaki paragraflarda açıklamaya çalışacağımız nedenlerden dolayı ortaya çıktığı düşünülebilir.

Altyapıda özel sektör verimliliğinden yararlanılabilmesi amacıyla rekabet yaklaşımını görece olarak daha yoğun biçimde esas alan ve sözleşme temelindeki bir hukuk anlayışına dayanan Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı ülkelerde hız kazanan “altyapı hizmetlerinin özel sektöre sözleşmeyle gördürülmesi” uygulaması, Fransız geleneğindeki imtiyaz sözleşmesi kurgusu ve bu ülkede egemen olan hukuki felsefeyle farklılıklar içermektedir. Yukarıdaki paragraflarda vurgulandığı üzere, Fransız uygulamasında idare hukuku ilkeleri uyarınca idareye sözleşme üzerinde tek yanlı değişiklikler yapma yetkisinin tanınmakta olması, giderek Fransız uygulamasını yürüten kamu veya özel sektör görevlilerinin aynı hukuk öğretisi felsefesi içerisinde eğitimden geçmiş olup benzer hukuksal kültüre maruz bırakılmış olmaları, uygulama içerisinde daha az sorunlarla karşılaşmaya yol açabilmektedir.

202 Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Müsteşarlığı Yayını, No. DPT:2501, ÖİK: 522, Ankara 2000, s. 52, 53.

Nitekim, Fransız öğretisinden etkilendiği görülen hukukumuzda da, muhtemelen bu nedenle, imtiyaz sözleşmeleri konu edildiğinde, idarenin tek yanlı değişiklikler yapabilme yetkisinin bulunduğu hususuna istinaden, Fransa’daki “*intuitu personae*” ilkesi uyarınca imtiyazcının idare tarafından –“güzellik yarışması”ndaki gibi- serbestçe seçilebileceği hususunun neredeyse hemen doğrudan savunulduğu görülmektedir.

Oysa, belirttiğimiz üzere, Anglo-Sakson hukuku çerçevesinde, rekabetin altyapı sektörüne “tanıştırılması” anlayışına ve bu amaçla özel sektörle imzalanacak sözleşmenin esas kılınacağı bir yaklaşıma geçiş yapıldığında, artık Fransız hukuku kaynaklı “idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi”nin uygulanabilirliği tartışmalı olacaktır. Kuşkusuz, Anglo-Sakson geleneğindeki –altyapı sözleşmelerine de uygulanan- sözleşme esaslı yaklaşımın hukukumuzda benimsenmesi zorunluluğunun bulunmadığı ve ülkemiz mahkemelerinin “idarenin üstün gücü” ilkesine itibar edeceği; dolayısıyla, Fransa’dan devşirme mahut “*intuitu personae*” ilkesinden hareketle imtiyazcıyı rekabetsiz seçmenin son tahlilde sorun yaratmayacağı da ileri sürülebilir.²⁰³

Ancak, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verilmesi, bu bağlamda asıl sorun yaratan husus olmuştur. Zira, uyuşmazlıkları çözmeye yetkili kılınan tahkim heyetleri öncelikle ticari ilişki temelinde konuya yaklaşmakta, buna göre de idare hukuku yaklaşımını değil, ticari hukuk yaklaşımını esas almaktadır.²⁰⁴ Dolayısıyla-

203 Bahsekonu anlayışa geçerlik tanınsa dahi, imtiyazcının rekabetsiz seçilmesi ile idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin bulunması arasında birebir zorunlu bir bağın sözkonusu olmadığı hususuna metin içerisinde sarahaten değindiğimizi burada yeniden anımsatmakta ve vurgulamakta yarar görüyoruz.

204 Tahkim heyetlerince imtiyaz sözleşmelerinde yerli hukukun uygulanması ve böylece ülkemiz bakımından idare hukuku ilkelerine geçerlik tanınması hususunun savunulduğu görülmekle beraber (bkz. Derya Deviner Erguvan, İdare Hukuku’nda Tahkim Yolu, DEÜSBE, Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamıştır), İzmir, 2003, s. 90-92 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008)), bu husus, kanımızca “iyimser” bir isteğin dile getirilmesinden öte gidememektedir ve uygulamada hakem heyetlerinin bu yaklaşımdan tamamen uzak olduğu da bilinmektedir. Özellikle yatırım tahkiminde, sıradan ticari uyuşmazlıklara kıyasla, usule ve esasa uygulanacak hukuk bakımından uluslararası hukukun dikkate alınması yönünde çok daha güçlü bir eğilim bulunmaktadır (bkz. Julian D. M. Lew / Loukas A. Mistelis / Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 764). Nitekim, kimi uluslararası tahkim davalarında tahkim heyetlerince genel olarak yerli hukuk uygulanmakla beraber, uluslararası hukukun hükümleri ile yerli hukukun çeliştiği noktalarda (yatırım sözleşmesinde yerel hukukun uygulanacağı sarahaten belirlenmiş olmasına rağmen) uluslararası hukukun dikkate alınacağı yönünde hükme varıldığı görülmektedir (bkz. Christopher S. Gibson / Christopher R. Drahozal, Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006, s. 534). Bu hususta ilave örnek ve açıklamalar için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s. 59-61.

Kaldı ki, hakem heyetleri, uyuşmazlıkları ticari anlayışla çözmek üzere yetkilendirilmiş hakemlerden teşkil olunmaktadır; yatırım tahkiminin mevcut kurgu itibarıyla ticari tahkime benzetilmiş olması bağlamında esas itibarıyla eleştiriye açık olduğu can alıcı noktası da, esasen tam bu konuya münhasırdır denilebilir.

Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tâbi kılınması halinde dahi, kamu hukukunun hâlâ uygulama alanı bulacağını savunanlara da tesadüf edilmektedir (bkz. Ali Ulusoy; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavram-

la, idarenin üstün gücü, yahut idari hukuk felsefesinden geçmiş uygulayıcıların varlığı gibi gerekçelere dayanabilme olanağı da kalmamaktadır.

Kanımızca, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebilmesi yönünde ülkemizde 1999 Anayasa değişiklikleri öncesinde süregelen hararetli tartışmalarda, bu hususun gözden kaçırıldığı söylenebilir.²⁰⁵ Ülkemizde imtiyazcının serbestçe seçilmesinde sakınca görülmez ve bu kapsamda idare ile imtiyazcı arasında bağlayıcı sözleşmelerde altyapı hizmetlerinde sözkonusu olabilecek “pazar için rekabet” hususu böylece ortadan kaldırılırken, OECD’nin bir yayınında şu uyarılarını yapıldığı dikkat çekiyor: “Şayet rekabet imkansız veya etkisiz yahut servis sağlayıcının hizmetin kalitesizliğinden dolayı kendi itibarını koruma hususunda özensizliği²⁰⁶ sözkonusu ise, hizmetin kamu tarafından yerine getirilmesinin tercih edilmesi daha doğru olabilir.”²⁰⁷

ları, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001, s. 15-19; keza, bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 54-56). Yine bu meyanda, elektrik sektöründe 4628 sayılı Kanun çerçevesinde lisans (ruhsat) verilerek elektrik hizmetlerinin özel sektör tarafından görülmesiyle ilgili olarak, dağıtım sektöründe işletme hakkının devri sözleşmeleriyle özel sektör tarafından bahsekonu faaliyetin yürütülmesinin kamu hizmeti niteliğinde olacağı veçhile, devletin hizmetin yürütülmesi sırasında denetim ve sorumluluğunun, dolayısıyla kamu müdahalesinin sözkonusu olduğu ileri sürülmektedir (bkz. Yeliz Şanlı, Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, MD, C. 26, Sy. 254, Bahar 2007, s. 59, 60, 62-66, 69, 70). Ancak, bu görüşlerde pratik anlamda isabet görmek zor olacaktır. Zira, doğal olarak, idare ile özel girişimci arasında özel hukuka tâbi bir sözleşme ilişkisine girildiği andan itibaren, aradaki ilişkiyi münhasıran bu sözleşmenin hükümleri belirleyecek ve idarenin bu kapsamda öngörülmemiş her türden müdahale girişimi, tahkim mahkemelerinin tazminat yaptırımıyla karşılaşmaya aday olacaktır.

205 Sözelimi, tahkim tartışmalarının gündemi işgal ettiği dönemlerde öğretilde ortaya konulan bir görüşe göre, “(h)akemlerin, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları İdari yargı mercileri kadar adil ve rasyonel çözümlenemeyeceklerine dair hiçbir bilimsel dayanak bulunmamaktadır” (bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 169). Bu görüşte, hakem heyetlerince idare hukuku ilkelerinin uygulanmasının sözkonusu olmadığı hususunun gözden kaçırıldığı söylenebilir.

206 Rekabetin eksik olduğu alanlarda özel girişimcilerin bu durumu kötüye kullanabilmeleri, aslında ülkedeki kültürel yapıyla da ilintilendirilebilecek bir kayfettir. Nitekim, sözelimi, ABD’de yapılan bir araştırmada iletişim sektöründe faaliyet gösteren 3.000 şirketten sadece yaklaşık 60 adedinin sözleşmelerindeki altyapı hizmeti olmaktan kaynaklanan hukuki boşlukları istismar ettiği belirlenmiş, bunun arkasındaki temel neden olarak ise şirketlerin itibarlarını korumadaki eğilimleri gösterilmiştir (bkz. Klein, Michael ve Roger, Neil; Back to the Future, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996, s. 16).

Oysa, ülkemizdeki uygulamaların aksi yönde bir eğilimi içerdiği savlanabilir. Nitekim, ülkemizde YID modeliyle yaptırılan bir içme suyu projesi ile ilgili olarak, yerli ve yabancı büyük şirketlerden oluşan ortak girişim şirketinin bu konuda hiç de özen göstermediği ve arıttığı suyun büyük oranda tüketilmeyeceği daha baştan belli olan bir projenin içerisinde yer almakta sakınca görmediği gibi, sözleşmedeki boşluklardan yararlanarak projeye dair verilmiş bulunan Hazine garantisi çerçevesinde idarece ödenen su faturalarına “çevre günü piknik giderleri, kravat ve gömlek hediyeleri ile 244 kg. çikolata alımı” gibi ilgisiz harcamaların konulması dahil kimi usulsüzlükler içine girebildiği de gözlenmiştir (bkz. Şenyüz, Hanife; Sadece Dokuz Suçlu mu Var?, Radikal Gazetesi, 22 Nisan, 2006; keza, bkz. Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan “İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi” Hakkında Sayıştay Raporu, Nisan 2002, s. 5, 12, 13, 20, 28, 29, 30 (www.sayistay.gov.tr)).

207 Bkz. Competition Policy and Concessions, op. cit., s. 2.

Bu itibarla, öğretide konunun süratle yeniden gözden geçirilmesine acilen gereksinim duyulduğu inancındayız. Umulur ki, yargı mercilerinde de aynı yönde bir hareketlenme gözlenebilmesi için daha fazla zaman yitirilmesin.

5. Sonuç

Ülkemizde, geçmiş dönemlerde –ve büyük oranda halihazırdaki- mevzuatın yeterli açıklıkta kurgulanmış olmaması karşısında, gerek YİD ve gerek klasik finansman modeli uygulamalarında rekabete yer verilmemesi, kamu yararının gerçekleşmesinde ciddi sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Önceki dönemlerde gerçekleştirilmiş veya sözleşmeleri imzalanmış bulunan projelerin, piyasa fiyatlarının çok üzerinde bir maliyetle karşılaşılmaması sonucunu doğurduğu görülmektedir.

Bu çerçevede, YİD projelerinde “USD (ABD Doları) bazında % 85’lere varan yüksek oranlarda getiri”²⁰⁸ elde edildiği, yine, klasik finansman usulüyle yaptırılan “baraj, otoyol ihalelerinin 5 ila 8 misli fiyatlarla gittiği”²⁰⁹ hususları, dikkat çekici bir saptama halinde ortaya konulmaktadır.

Ülkemizde mevzuatın türlü gerekçeler yahut bahaneler çerçevesinde zorlanarak, işlerin ihalesiz ve keyfilik içerisinde yapılabilmesine zemin hazırlanabilmesi bir

208 Bkz. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, op. cit.

209 Süsoy, Yener; Tek Kişilik Partiyim (Recep Yazıcıoğlu ile Yapılan Söyleşi), Hürriyet Gazetesi, 25 Mayıs, 1999. Yazıcıoğlu, “bir kişi 12 devlet işinden 100 trilyon kazandığını söylediği zaman bütün 65 milyon ayağa kalkacak ve bu işin sonu alınincaya kadar oturmayacak... Kimin parası bu 100 trilyon? Bu işin sonu toplumsal patlamalardır” değerlendirmesinde bulunmaktadır.

Yine aynı minvalde, bir başka yazarın daha –oldukça çarpıcı ve önemle dikkat alınması gerektiğini düşündüğümüz- değerlendirmeler yaptığı görülmektedir: “Vatandaşın günlük sohbetine girecek düzeye taşınmış rekabetsiz ihale uygulamaları yasal düzeyde meşruluk taşısa dahi kamu vicdanında aklanmıyor. Toplum, özdeşleşeceği değer sıkıntısı içinde kıvranıyor. Demokratik tüm değerlerin hızla tüketildiği bir ortamda sarılacak bir ip, tutunacak bir dal arayan insanlar, önlerine demokrasi diye sunulan sistemin yağmacılık olduğunu yaşayarak öğrenince doğal olarak demokrasi dışı çözümler arıyorlar. İnsanları sistem dışı çözüm arayışına kendi elleriyle iten sözde demokrasi yandaşları ise, kendi uygulamalarının sonuçları karşısında sistem dışı bir söylem görünce, demokrasinin temelinde olan kaymada kendi sorumluluğunu arayıp bulmak yerine, karşıyı demokrasi düşmanı ilan etmekle aklanacağı kanısına kapılıp, işlediği demokrasi suçunu katmerleştiriyor” (bkz. Turhan, Seyfettin; Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, Sayıştay Dergisi, Sy. 22, Temmuz-Eylül 1996, s. 29).

Keza, yapılan tüm anketlerde güven duyulan kurumlar sıralamasında Türk Silahlı Kuvvetlerinin daima yüksek bir yüzdeyle en başta gelmesi, buna karşın politikacıların ve siyasi kurumların listenin alt sıralarından bir türlü kurtulmayı başaramaması dikkat çekicidir. Nitekim, son yıllarda yolsuzluklardan dolayı kuvvet komutanlarının dahi yargı önüne çıktığını görmüş olmasına karşın, siyasi sorumlulukları olanların neredeyse hemen daima yargıdan bağımsızlıklarının görülmesi, halkın bu kanaatinin daha da pekişmesine yardımcı olmaktadır denilebilir.

Diğer yandan, Paraguay’da sırf yolsuzluklara karşı ahlaki yapılarına güven duyulduğu anlayışından hareketle, inanç odaklı bir cemaatten (“the Mennonits”) üç kişinin ekonomik ve mali işlerle ilgili bakanlıklara atanmış olması (bkz. Benedict Mander, Mennonits find a place in modern Paraguay, Financial Times, 8 Ağustos, 2006), yolsuzlukları önleyebilmeyi teminen demokratik rejimin korunmasına dair kimi hassasiyetlerin gözardı edilebilmesi anlamında ilginçtir ve anlamlı sonuçlar çıkarmaya elverişlidir. Bu meydana, yolsuzluklar nedeniyle bir ülkede halkın çoğulcu demokratik rejim ile olası karşıtları arasında kimi zaman tercihe zorlanması sonucunu doğurmaya uygun bir zeminin ortaya çıkabilirdiği de söylenebilir.

gerçeklik olarak karşılaşılmaktayken,²¹⁰ idare hukuku öğretisinde Fransa kökenli “arkaik” yaklaşımların etkisiyle “*intuitu personae*” ilkesine halen geçerlik tanınmasında isabet görülemez. Kaldı ki, bu yaklaşımın –AB’nin zorlamasıyla olsa da- Fransa’da dahi artık rağbet gören bir uygulama olmaktan çıkması yönündeki eğilimlere rağmen, bu felsefenin ülkemize henüz intikal edememiş bulunması, kanımızca çok ciddi bir eksikliklerdir. Böylece, uygulayıcıların rekabete yönelik serbesti yönündeki olası eğilimlerine öğretiden altın bir dal uzatılmış olunması sonucuyla karşılaşılmaktadır. Bize göre, bu vahim bir yanlışlıktır ve çalışmada yer verilen görüşler ışığında öğretilerdeki bu algılamamızın yeniden gözden geçirilmesi yönünde bir hareketin gözlenmesi, kamu çıkarımının etkin biçimde korunabilmesi bakımından en büyük temennimizdir.

Nihayet, bir hususa daha değinmek istiyoruz. Bu çalışmada ele aldığımız konu ve kavramlar, idare hukukunun en netâmeli alanlarından birini oluşturmaktadır. Cumhuriyet dönemi Türk hukukunun gelişmesinde derin felsefi yaklaşımıyla öne çıkan Derbil, eski dönemlerde idare hukukunun meri mevzuatı ve mahkeme içtihatlarını birebir ele alarak, madde madde açıklama yoluna gittiğini, buna karşın “zaman, mekan ve ihtiyaç bakımlarından muhakeme, mukayese ve tenkit” yönteminin daha yerinde olacağını belirtiyor.²¹¹ Bu meyanda, çalışmamızda idare hukukunun kimi kavram ve ilkelerini değerlendirirken benzer bir yaklaşımı esas tutmaya gayret ettiğimizi, en azından bu niyetle hareket ettiğimizi ifade etmek isteriz.

Kuşkusuz, Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incisi” ve “hukukçunun en cılız yeri” olsa da, “tehlikesi ne olursa olsun” eleştiri yapılmalıdır; zira, “tenkit ederken yanlışlık yapılsa bile bunda kazanç vardır. Çünkü, başka bir hukukçu böyle bir tenkit yanlışlığını düzeltirken gerçekliğe, yani topluluğun doğru buluşma ve ihtiyaçlarına uygun bir düşünüşe daha çok yaklaşabilir”.²¹² Dolayısıyla, “çok mal haramsız, çok söz yanlışsız olmaz” şeklinde alıntılanabileceğimiz halk sözünden ilham alarak, çalışmamızda ele aldığımız konuların değerlendirilmesindeki olası –belki de kaçınılmaz- hataların, bu bağlamda daha doğrunun ortaya çıkmasına hizmet edebilmesi yegâne tesellimiz olabilir.

210 Bu yöndeki uygulamalardan kimi örnekler için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 245-247, 252, 278-280.

211 Bkz. Derbil, İdare Hukuku, op. cit., s. VI.

212 İbid., s. 7.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Basın Haberleri ile Kurum Raporları:

AB Komisyonu, Commission Interpretative Communication on concessions under Community law (AB Hukuku Tahtında İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Yorumlayıcı Bildiri), 12 Nisan, 2000.

Akgül, Aydın; Devlet İhale Kanunu'ndan Kamu İhale Kanunu'na, DD, Yıl 2006, Sy. 111 (<http://www.danistay.gov.tr>).

Akın, Ümit; Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, DD, Sy. 102, Ankara 2000.

Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 49, Sy. 1-4, 2000.

Amaral, Miguel / **Saussier**, Stéphane / **Yvrande-Billon**, Anne; Auction Procedures and Competition in Public Services: The Case of Urban Public Transport in France and London, Şubat, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1109115).

Arıcı, Erdem; Optimal Capital Structure for Build-Operate-Transfer Power Projects, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Fakültesi, Temmuz 2003.

Ataay, Faruk; Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması – Türkiye’de Kamu Reformu Üzerine İncelemeler, 2. Baskı, De Ki Yayınları, Ankara, 2006.

Ataay, Faruk; Kamu Yönetimi Reformu ve Kamu Hizmetlerinin Metalastırılması, 29 Eylül, 2005 (www.sendika.org) (alıntılandığı belirtilen kaynak: Ataay, Faruk (2005), Kamu Reformu İncelemeleri, Ankara, Ankara Tabip Odası Yayını).

Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Attie, Zaid Nicolas; A Comparative Analysis of Public Infrastructure Development in France and the UK, Yüksek Lisans Tezi, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Haziran 1997.

Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, MÜSBE, Doktora Tezi, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

Ayhan, Önder; İdari Sözleşmeler, DD, Y. 9, Sy. 32-33, 1979.

Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003.

Azrak, Ülkü; İçinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999.

Bezançon, Xavier; The Concessionary Contract: A Framework, A Process, A Contract, içinde Financing of Major Infrastructure and Public Service Projects

– Public-Private Partnership, (Eds. Jean-Yves Perrot / Gautier Chatelus), French Ministry of Public Works, Transport and Housing, 1999.

Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84.

Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007.

Boyacıoğlu, Hacer; Bu yoğunlukta Tekel'i satamam, sıra hizmette özelleştirmeye geldi, Referans Gazetesi, 17 Nisan, 2007.

Burak Öztürk, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2000.

Cansen, Ege; Devlet Batıran Aysel'ler, Hürriyet Gazetesi, 11 Eylül, 2002.

Cem Kükey, Enerjide Özelleştirme ve Yolsuzluklar, EMD, Sy. 423, Kasım 2004.

Chong, Eshien / **Huet**, Freddy / **Saussier**, Stéphane; Auctions, Ex Post Competition and Prices: The Efficiency of Public-Private Partnerships, Annals of Public and Cooperative Economics, Sy. 77, No. 4, 2006.

Christopher S. Gibson / **Christopher R. Drahozal**, Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006.

Competition Policy and Concessions, OECD, Policy Brief, Mayıs 2007.

Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin "Özelleştirilmesi", AÜHFD, C. 57, Sy. 2, 2008.

Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi (bahsekonu makale, olumlu hakem raporuna istinaden AÜSBFD'nin 2008 yılı 4. sayısında yayımlanmak üzere Yayın Kurulunca 1 Eylül, 2008 tarihi itibarıyla kabul edilmiştir).

Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.

Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, AÜHF Neşriyatı, Seri II, C. I, Sy. 20, Ankara, 1940.

Derya Deviner Erguvan, İdare Hukuku'nda Tahkim Yolu, DEÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2003 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

Desrieux, Claudine / **Chong**, Eshien / **Saussier**, Stéphane; Horizontal Integration & Reputation: An application to local public services (http://www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2008/2008_269.pdf).

Desrieux, Claudine; Revisiting Relational Contracting in public-private partnerships – A comparison of French and American local public services, Colloque International, Etat et Regulation Sociale, 11-13 Eylül, 2006.

Dost, Süleyman; Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/ Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID), İBD, C. 81, Sy. 3, 2007.

Duran, Lütfi; YAP-İŞLET-DEVRET, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991.

Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.

Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nun 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr) (Erişim: 23 Nisan, 2005).

Emek, Uğur; Uluslararası Ticari Tahkim, YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa; Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Vergi Dünyası, Ağustos, 1999.

Energy Charter Secretariat, Kyrgyzstan - Review of the Investment Climate and Market Structure in the Energy Sector, 2007 (www.encharter.org).

Financing of Major Infrastructure and Public Service Projects – Public-Private Partnership (Eds. Jean-Yves Perrot / Gautier Chatelus), French Ministry of Public Works, Transport and Housing, 1999.

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Şubat 2007.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006.

Gülan, Aydın; Conseil D'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı, içinde 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, 2000.

Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988.

Gülan, Aydın; Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008.

Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

Huet, Freddy / **Saussier**, Stéphane; Contractual Arrangements and the Provision

of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis (<http://grjm.net/documents/Stephane-Saussier/wp-EBOR-2003.pdf>).

Julian D. M. Lew / Loukas A. Mistelis / Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.

Kaplan, İbrahim; İçinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999.

Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Karahanoğulları, Onur; Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale, ÇYYD, C. 7, Sy. 1, 1998.

Klein, Michael ve Roger, Neil; Back to the Future, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996.

Koçak, Yüksel; Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar, Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1997 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

Kutlu, Meltem; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Yayını, 1997.

Le Jeune, Alexandra; The public tendering process in the Belgian legal system, 2 Haziran, 2004 (<http://www.businessandlaw.be/article738.html>).

Lekesiz, Gediz; İçinde Enerji Politikaları ve Özelleştirme – Forum, (12 Eylül, 1997 tarihlidir), TMMOB - EMO Ankara Şubesi Yayını, Ankara, 1997.

Lobina, Emanuele / Hall, David; Public-Public Partnerships as a catalyst for capacity building and institutional development: Lessons from Stockholm Vatten's experience in the Baltic region, The University of Greenwich, Public Services International Research Unit (PSIRU), 15 Ağustos, 2006.

Mander, Benedict; Menonits find a place in modern Paraguay, Financial Times, 8 Ağustos, 2006.

Marks, Karl; Kapital – Kapitalist Üretim Eleştirel Bir Tahlili, (Çev. Alaattin Bilgi), Eriş Yayınları, 2003.

Mills, Karen; Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003.

Novogrodsky, Tobias / Kapoor, Rakesh / Raj, Ashok; Best Practices in Private Sector Participation, (Martin de Graaf'ın gözetimi altında hazırlanmıştır), Reference and Resource Manual, Public Sector Reform No. 3, Arcadis BMB Yönetim Danışmanlığı Şirketi Yayını, Arnhem, 2003.

Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, C. 2, Sy. 1-2, Haziran-Aralık, 1998, (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, 1999).

Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit / Ercan, İsmail; Anayasa Hukuku – İdare Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2006.

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han; (İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

Özay, İl Han; “Başlar Mısın Başlayalım mı?” Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleşmeye: İtalya ve Türkiye, AÜSBFD, C. 49, Sy. 3-4, 1994.

Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özay, İl Han; Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, İÜHF, C. LIV, Sy. 1-4, 1991-1994.

Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHF, C. 56, Sy. 1-4, 1998.

Pamir, Aybars; Kapitülasyon Kavramı, AÜHFD, C. 51, Sy. 2, 2002.

Peterson, Luke Eric; Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development (www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf).

Pézon, Christelle; Water Supply Regulation in France from 1848 to 2001: a jurisprudence based analysis, Working Paper, 7th Annual Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE) (ISNIE’nin 7. Yıllık Konferansı), Budapeşte, Macaristan, 11-13 Eylül, 2003.

Saussier, Stéphane; Public-Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France, s. 10 (http://esnie.u-paris10.fr/pdf/ws_2004/SAUSSIÉ.pdf).

Sayıştay Başkanlığı, Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan “İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi” Hakkında Sayıştay Raporu, Nisan 2002, s. 5, 12, 13, 20, 28, 29, 30 (www.sayistay.gov.tr).

Scales, Tim / Chahid-Nourai, Noel; Project Finance in France, International Financial Law Review (IFLR), 9 Temmuz, 2001.

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Müsteşarlığı Yayını, No. DPT:2501, ÖİK: 522, Ankara 2000.

Sızlı, Gülhanım Erol; Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, 1999.

Soysal, Mümtaz; içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999.

Süsoy, Yener; Tek Kişilik Partiyim (Recep Yazıcıoğlu ile Yapılan Söyleşi), Hürriyet Gazetesi, 25 Mayıs, 1999.

Şanlı, Yeliz; Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, MD, C. 26, Sy. 254, Bahar 2007.

Şenyüz, Hanife; Sadece Dokuz Suçlu mu Var?, Radikal Gazetesi, 22 Nisan, 2006.

Tan, Turgut; İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, içinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu – Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996.

Tan, Turgut; İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, içinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu – Bildiriler-Panel, BTHAE, Ankara, 1996.

Tan, Turgut; İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, Sy. 3-4, Haziran-Aralık 1995.

Tan, Turgut; Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992.

Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, AÜSBE, Doktora Tezi, Ankara, 2002 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Tiryakioğlu, Bilgin; Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

Turhan, Seyfettin; Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, Sayıştay Dergisi, Sy. 22, Temmuz-Eylül 1996.

Uğur Emek, içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim – Panel, (19 Temmuz, 1999 tarihinde düzenlenmiştir), TBB Yayını, Ankara, 1999.

Uler, Yıldırım; Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler, AÜHFD, C. 22, Sy. 1, 1965.

Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005.

Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.

Ulusoy, Ali; Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ocak 2003.

Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usülleri Kavramları, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.

Water Liberalization Scenarios (AB tarafından finanse edilerek, Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne'nın bilimsel eşgüdümü altında 2003-2005 yılları arasında gerçekleştirilen Euromarket Araştırma Projesi ("Euromarket Research Project") kapsamında elde edilen sonuçlar bağlamındaki nihai raporlara ilişkin olarak yapılan yayının bir kısmını teşkil etmektedir) (http://www2.epfl.ch/webdav/site/mir/shared/import/migration/D5_AnnexB.pdf).

Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, Sayıştay Başkanlığı, 2004 (www.sayistay.gov.tr).

Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

KİGEM/DİSK/Genel-İş Yayını; Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma, Ankara, 1998.

Yılmaz, Osman; Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999.

Yvrande-Billon, Anne; The Attribution Process of Delegation Contracts in the French Urban Transport Sector: Why is Competitive Tendering a Myth?, Eylül, 2005, s. 5 (<http://idei.fr/doc/conf/veol/yvrande.pdf>).

Yargı Kararları:

AYM'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

AYM'nin 27 Mart, 1986 tarih ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

AYM'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı.

AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Danıştay 1. Dairesi'nin 16 Aralık, 1998 tarih ve E.1998/267, K. 1998/481 sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı, DD, Sy. 87, 1993.

Danıştay 8. Dairesi'nin 16 Ocak, 1985 tarih ve E.1984/495, K.1985/46 sayılı kararı, DD, Sy. 60-61, 1986.

Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararı.

Danıştay İDDGK'nun 7 Mayıs, 1999 tarih ve 1999/226 sayılı kararı.

DDDK'nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
ATAD	: Avrupa Topuluđu Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ÇYYD	: Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi
DD	: Danıştay Dergisi
DDK	: Devlet Denetleme Kurulu
DDKD	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEÜSBE	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
DİSK	: Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
ELDER	: Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği
EMD	: Elektrik Mühendisliği Dergisi
EMO	: Elektrik Mühendisleri Odası
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes
IFLR	: International Financial Law Review
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi

İbid	: Aynı yerde
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K.	: Karar
KİGEM	: Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi
MD	: Mülkiye Dergisi
MIT	: Massachusetts Institute of Technology
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)
Op. cit.	: Aynı kaynak
PSIRU	: Public Services International Research Unit
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
USD	: ABD Doları
Vb.	: Ve bunun
Vd.	: ve devamı
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması