

KAMU HİZMETİ İMTİYAZINDAN "YAP-İŞLET-DEVRET" MODELİNE

Prof. Dr. Turgut TAN*

GİRİŞ

Özellikle 70'li yıllardan başlayarak son on yılda hızla yaygınlaşan ve geniş anlamında "özelleştirme" olarak nitelenen politikalar Devleti küçültüp kamu kesimini daraltmaya yöneliktir. Buna koşut olarak, Devletin yerine getirmesi gereken görevleri daha hızlı, verimli ve etkili biçimde yerine getirebilecek bir idare arayışına da tanık oluyoruz. Artık idarede "hukuksal rasyonelliğin" (rationalité juridique) yerini "işletmecî rasyonelliğin" (rationalite menagerial) alması gerektiği de savunulmakta; hukuk kurallarının ağırlığını azaltmaya yönelik görüşler yaygınlaşmakta, "déréglementation/deregulation" kavramı üzerinde durulmaktadır.¹ Gene bu gelişmelere koşut olarak artık, idare karşısında "idare edilen" (administré) veya "kamu hizmetinden yararlanan" (usager) değil, özel kesimdeki gibi, "müşteri" (client) den söz edilmektedir².

Bütün bu gelişmeler klasik kamu hizmeti anlayışını da etkilemiş ve esasen tanımlanması çok güç kamu hizmeti kavramındaki belirsizliği de artırmıştır.³ İdarede yeni rasyonellik arayışı bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamalarını yaygınlaştırmaya başlamış, bu konuda bilinen klasik yöntem olan

*Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

¹J.M. Woehrling, l'evolution du role du droit dans l'action administrative, R.F.A.P., 1983, No:26, s. 134; J.Chevallier, Les enjeux de la dereglementation, R.D.P., 1987, No:2, s. 282; J. Gronnegerd Christensen, Le desengagement de l'Etat: etude critique d'un probleme administratif dans son contexte, R.I.S.A., 1988, Vol:54, No:1, s. 45-46; Ş. Aksoy, Türkiye'de Özelleştirme: Genel bir Bakış, in Dünya'da ve Türkiye'de Özelleştirme, ODTÜ Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara, 1991, s. 30-31; T. Tan, Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine, Türk İdare Dergisi, Mart 1988, Sayı: 378, s. 73 vd.

²Fransız Başbakanı M. Rocard'ın açıklaması. Bkz. Le Monde (Selection hebdomadaire), ler mars 1989.

³T. Tan, Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Danıştay yayını, Ankara, 1991, s. 329-335; T. Tan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi yayını, Ankara, 1991, s. 233'252.

"Kamu hizmeti imtiyazı" dışında yeni yöntemler arayışına girilmiştir. Bu gelişmeleri açıklamaya çalışanlar da kamu hizmeti kavramını değişik biçimde ele almak veya klasik kamu hizmeti anlayışını benimseyip ona ters gelişmeler olarak değerlendirmek gibi bir ikileme karşı karşıya kaldığını vurgulamaktadırlar.⁴

Biz bu yazı çerçevesinde kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin klasik yöntemi olarak kamu hizmeti imtiyazının hukuksal rejimi (I) üzerinde durduktan sonra, "Yap-İşlet-Devret" modeli olarak tanımlanan uygulamalara değinip (II), bu yöntemin kamu hizmeti imtiyazı usulü ile benzerliklerini araştıracağız (III). İncelememizin son bölümünde ise kamu hizmetinin kişilere bırakılması olanaksız kamu hizmetleri olup olmadığı konusu üzerinde duracağız (IV).

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZI

Liberal ekonomi düzeninde demiryolu, elektrik, gaz gibi kamu hizmetlerini görülme biçimi olarak ortaya çıkan kamu hizmeti imtiyazının XIX. yüzyıl boyunca idare faaliyetin ayrıcalıklı bir aracını oluşturduğu belirtilmektedir.⁵ Osmanlı döneminde pek çok kamu hizmeti için bu yola başvurulmuş, Cumhuriyet döneminde imtiyazlı şirketlerin kaldırılması sonucu bu hizmetler kamu kurumlarına verilmiştir⁶. 1950 sonrası dönemin ekonomik politikası sonucu kamu hizmeti imtiyazı usulüne yeniden başvurulduğu görülmekle beraber önemini yitirmiştir.

Ancak, son yıllarda kamu hizmeti imtiyazı usulünün yeniden önem kazandığını söylemek yanlış olmaz. Son yıllarda neo-liberalizmin etkisiyle yöntemin yenilenerek canlanma gösterdiği ve daha çok başvurulur olduğu ileri sürülmektedir⁷. Son otuz yılda Devletin kamu hizmetlerinde (otoyollar, tüneller, hastane hizmetleri vb.) ve yerel kamu hizmetlerinde (Su, elektrik, ısıtma ve toplu taşıma vb.) yeniden itibar kazandığını savunan Lachaume'a göre, özellikle yerel hizmetlerde hizmetin finansmanı kaygısı, günlük yönetimin sıkıntılarından kurtulma isteği, buna karşılık hizmet ve imtiyaz sahibi üzerinde çeşitli yetki ve ayrıcalıklara sahip olma, imtiyaz yolunu güncelleştiren nedenlerdir⁸.

A. İMTİYAZIN HUKUKSAL REJİMİ

Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin bir sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesini belli bir süre için bir özel kişiye vermesidir. Gene kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımı çerçevesinde, imtiyaz sahibi hizmet karşılığında yararlanarlardan bir bedel almakla beraber hizmeti kar ve zarar kendisine ait olmak üzere, şartlaşma hükümleri çerçevesinde idarenin buyruğu ve sorumluluğu altında yürütmektedir. Uygulamada genellikle, imtiyaz

⁴T. Yıldırım, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, Kazancı Yayını, İstanbul, 1991, s. 114.

⁵T. Allibert, "L'intiutus personae' dans la concession de service public: un principe en mutation?", La Revue Administrative, No: 258, 1990, s. 507.

⁶T. Tan, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, SBF D: c. XXII, sayı:2, 1968, s. 285 vd.

⁷A. Örnek, Kamu Yönetimi, İstanbul, 1991, s. 61.

⁸J.-F. Lachaume, Grands Services Publics, Masson, Paris 1989, s. 201.

kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesislerin yapılmasını da içerdiğinden kamu hizmeti imtiyazı aynı zamanda bayındırlık işi imtiyazını da kapsamaktadır⁹.

İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinde imtiyaz yoluna gitmesi, hizmetin yürütülmesi için gerekli sermayeyi yatırmak istemeyişi veya o sırada genel kanının "kamu tüzel kişilerinin bu faaliyeti teknik veya ticari yönden iyi yönetemeyeceği şeklinde" oluşu ile açıklanmaktadır¹⁰.

İmtiyaz işlemi karma bir nitelik taşımakta tarafların mali hak ve borçlarını öngören sözleşme ile hizmetin kuruluş, işleyiş kuralları ile görev ve yetkileri düzenleyen hükümler içeren şartlaşmadan oluşmaktadır. Sözleşmeden farklı olarak şartlaşma kural-ışlem niteliği göstermektedir. Bu özelliği nedeniyle idare tarafından kamu yararının gereklerine göre tek yanlı değiştirilmesi olanağı da bulunmaktadır. Ayrıca, idare, hizmetin şartlaşmada yer alan hükümlere ve kamu hizmetinin genel ilkelerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini de gözetmek durumundadır. Nitekim, bu denetimin kolluk denetimi sınırlarını aşan bir nitelik taşıdığı da kabul edilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyazı, özellikle bayındırlık işi imtiyazını da içeren durumlarda genelde, imtiyaz sahibinin yatırımını amorti etmesini sağlayacak kadar uzunca bir süre için verilmektedir. Zira, imtiyaz sahibince sağlanan gerekli taşınır ve taşınmaz mallarla tesislerin imtiyaz süresi sonunda kendiliğinden ve bedelsiz olarak idareye geçmesi gerekmektedir.

İmtiyaz usulü hukukumuzda 10 Haziran 1326 (1910) tarihli **Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun** ile düzenlenmiştir. 2.7.1932 tarih ve 2025 sayılı Yasa ile bazı değişiklikler geçirerek yürürlüğünü bugün de sürdüren bu Yasa ile getirilen sistem şöyle özetlenebilir: Devletçe mali taahhütte bulunmayı içermeyen, umuma ait mülk ve emlakın tahsisini öngörmeyen, birinci derecede bütçeye dahil bir umumi hizmete ilişkin olmayan, bu Yasada belirtilen muafiyetin dışında herhangi bir muafiyet kapsamayan, belediyelerin kuruluşuna ilişkin olarak çıkarılacak Yasa ile mahalli idarelerin yetkisinde bulunmayacak olan umumun menfaatine yönelik imalatın imtiyazının doğrudan Bakanlar Kurulunca verileceği (m.1); imtiyaz konusu imalata yönelik kurulacak tesisler için gerekli taşınmazların, imtiyaz sahibi ile malik arasında herhangi bir uyuşmazlık halinde istümlak Kanunu uyarınca kamulaştırılarak alınacağı ve taşınmaz bedeli ile her türlü giderlerin imtiyaz sahibince karşılanacağı, tesis için gerekli arazinin gerektiğinde imtiyaz sahibine imtiyaz süresinin sonuna kadar yararlanmak üzere ücretsiz terkedilebileceği, gene hükümetçe uygun görülmesi halinde geçici olarak işgal edilmesi gerekli yerlerle taş ocaklarının da ücretsiz imtiyaz sahibine tahsis edilebileceği (m.2), imtiyaz süresinin sonunda işletmede kullanılan taşınır mallar ile alet ve levazımın satın alınabileceği hususunun sözleşmeye konulabileceği, imtiyaz sözleşmesindeki belirli sürenin bitiminde hükümetin işletmeye iştirak hakkının bulunduğu hususunun korunacağı, imalata yönelik eşya ile alet ve edevatın satınalmaya esas bedelinin, hesap ve defterlerin incelenmesi suretiyle bilirkişi tarafından veya hükümetçe uygun görülecek diğer usullerle takdir ve tayin edileceği (m.4); imtiyazın son 15 yılı içinde, ilgili bakanlığın ruhsatı ile imtiyaz süresi ile

⁹L. Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1982, s. 330; R. Chapus, *Droit Administratif General*, Tome:1,4. ed., Montchrestien Paris, 1988, s. 406.

¹⁰J. Girilli ve P. Bilgen, *İdare Hukuku*, Kervan Yayınları, İstanbul, 1993, s. 149.

bağlantılı olarak yeniden veya tesise ek olarak yapılacak imalatın giderlerine denk bir meblağın, her yıl için bedelinden 1/15 oranında indirim yapılarak hükümetçe imtiyaz sahibine tazminat olarak ödeneceği hususunun gerek görülürse sözleşmede belirtilebileceği (m.5); imtiyazın sözleşme ve şartnamelerde belirtilen sürenin sonunda Osmanlı Anonim şirketlerine devredileceği (m.7); imtiyaz konusu işde çalışacak idareci, teknik eleman, usta ve ustabaşlarının ne kadarının yabancı uyruklu olacağı belirleneceği ve sınırlandırılacağı (m.8); il ve diğer belediyelerin imtiyaz konusu olacak işleri ile ilgili işlemlerinin kuruluşlarına ilişkin Yasal düzenleme yapıncaya kadar merkezi idarece yürütüleceği (m.10); bu Yasa hükümlerinin özel yasa hükümlerine bağlı madenler ile taşocakları hakkında, ayrıca ticaret, tarım ve sarraflığa ilişkin olarak verilecek imtiyazlara uygulanmayacağı (m.12).

Kamu hizmeti imtiyazına ilişkin bu genel yasal düzenleme yanında yerel idarelerle ilgili mevzuatta da bazı kurallar bulunmaktadır. Örneğin, İdarei Umumiyei Vilayet Kanunu Muvakkati (m.78/3) ne göre, şehir ve kasabalarda belediyeler yararına ve koşulları devletin koyduğu kurallara uygun olmak kaydıyla süresi kırk yılı aşmamak üzere hayvan, buhar ve elektrikle çalışan tranvaylar inşa ve elektrikle veya havagazıyla aydınlatma, elektrik enerjisi dağıtımı ve "şürbe salih su isalesi" için imtiyaz vermek yetkisi il özel idarelerine tanınmaktadır.

1580 sayılı Belediye Kanununa göre de "Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazı, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevahili mütevaize vapurları nakliyatını deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır." Ancak, belediyelerin bu işlerin tesis ve işletilmesi için süresi kırk yılı aşmamak üzere, koşulları Devletçe konulmuş kurallara uygun olmak kaydıyla imtiyaz yoluyla gördürebileceği de belirtilmektedir (m.19/4.a). Gene 1580 sayılı Yasaya (m.19/5) göre, belediye sınırları içinde belirli yerler arasında yolcu taşımak üzere otobüs, omnibüs, otokar, tünel, trolley, funiküler işletmek ve mezbahalarda kesilen elleri satış yerlerine taşımamanın yalnızca belediyelerin hakkı olduğu belirtilmekte; ancak, bunların imtiyaz yolu ile gördürülmesinin Bakanlar Kurulu kararına bağlı olduğu öngörülmektedir.

Yukarıda hukuksal rejiminin genel niteliklerini vermeye çalıştığımız kamu hizmeti imtiyazı yeniden güncelleştirken, zaman içinde bazı değişimler geçirdiği de kabul edilmektedir. Bu değişimin üç noktada ortaya çıktığı ileri sürülmektedir:¹¹

- İmtiyaz özel kişilere olduğu gibi, kamu kurumlarına ve karma şirketlere de verilebilmektedir.
- İmtiyaz, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin işletilmesi yanında idari kamu hizmetlerinin görülmesinde de kullanılmaya başlanmıştır;
- Kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımında olduğu gibi, imtiyaz sahibinin hizmeti masraf ve zararı kendisine ait olmak üzere işletmesi ilkesi yumuşamış ve imtiyaz verenin mali yardımları ile imtiyaz sahibini desteklemesi kabul edilmeye başlanmıştır.

¹¹Chapus, op. cit., s. 409.

B. İMTİYAZIN ÖTEKİ USULLERDEN AYIRDEDİLMESİ

Kamu hizmet ve faaliyetlerinin görülmesinde ruhsat, izin, işletme hakkı, imtiyaz sözleşmesi gibi değişik hukuksal yolların zaman zaman ayırddedilmesinde güçlüklerle karşılaşıldığı veya karıştırıldığı bir gerçektir.¹²

Örneğin, Anayasa Mahkememiz, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununda değişiklik yapan 3035 sayılı Yasa ile ilgili kararında, eğitim hizmetlerine Devletçe öteki kamu hizmetleri arasında önemli bir ağırlık verilmesi zorunluğunu belirttikten sonra, "Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit (kamu hizmeti imtiyazı) na benzetmek mümkündür" demektedir.¹³

Öte yandan, Danıştay, 1160 sayılı Mükerrer Sigorta İhisarı Hakkında Kanuna dayanarak, T. İş Bankasına bağlı özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş Milli Reassürans TAŞ'a verilen mükerrer sigorta tekelinin süresinin uzatılması ve kapsamının genişletilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılan davada, konunun bir kamu hizmeti imtiyazı olup olmadığını tartışmıştır. Kanun Sözcüsünün, mükerrer sigorta tekelinin bir anonim şirkete devredilmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığını, bazı üyelerin de tipik bir imtiyaz devrinin söz konusu olduğunu savunmalarına karşın, Dava Daireleri Kurulu, çoğunlukla verdiği kararında, "Bir kamu görevinin görülmesinde emanet dışındaki usuller"den söz ederek, "bir sözleşme ve şartlaşma niteliği taşımayan dava konusu karamamenin" Danıştay incelemesinden geçirilmemiş olmasının iptali gerektirir bir usul eksikliği oluşturmadığı sonucuna varmıştır.¹⁴

Öte yandan, benzer duraksama maden işletme imtiyazı konusunda da görülmektedir. Danıştay'a göre, "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerden kişilerin yararlanması için izin verilmesi şeklinde tanımlanabilecek olan maden işletme imtiyazlarının idari sözleşmelerin bir türü olduğundan şüphe edilemez. Esasen doktrinde bu imtiyaz sözleşmelerinin en tipik örneğini teşkil ettiği noktası üzerinde birleşilmektedir"¹⁵.

Prof. Türk'e göre, "Kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme imtiyazlarının da birer idari sözleşmeye dayanması, işletme imtiyazı sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay incelemesinden geçirilmesi ve imtiyazın Bakanlar Kurulu kararı ile verilmesi, yine Kamu hizmeti imtiyazları gibi maden işletme haklarının da sahiplerine geçici işgal ve kamulaştırma gibi idari usullerden ve kamu gücünden yararlanma yetkisi vermesi, imtiyaz süresi sonunda bazı tesislerin bedelsiz Devlete intikal etmesi, maden işletme

¹²G. Vedel et P. Delvolve, Droit Administratif, 10. ed., PUF, Paris, 1988, s. 1133.

¹³Anayasa Mahkemesinin, 12.4.1990 tarih ve E. 990/4-K. 990/6 sayılı kararı. RG; 17.6.1990, sayı: 20551, s. 13.

¹⁴23.11.1973 tarih ve E. 972/339-K. 973/697 sayılı karar. Danıştay Dergisi, say: 14-15, s. 216 vd.

¹⁵Danıştay Genel Kurulu'nun 24.10.1974 tarih ve E. 974/33-K. 974/62 sayılı kararı. DD; sayı: 18-19, s. 261.

hakları (işletme ruhsatname ve imtiyazları) ile kamu hizmeti imtiyazları arasındaki diğer ortak noktalar olarak gösterilebilir".¹⁶

Anayasa Mahkemesine göre, "Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynakların aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması Anayasa Koyucunun bu işleri (kamu hizmeti) niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır. Böyle olunca da maddenin son tümcesi uyarınca özel teşebbüsün madeni Devletle birlikte ya da tek başına arayıp işletebilmesi, başka bir deyişle, bu kamu hizmetinin özel teşebbüs eliyle veya onun katılmasıyla görülebilmesi, Devletin arama izni vermesi ya da Devletle özel teşebbüs arasında işletme konusunda bir (yönetmelik sözleşme) yapılması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır".¹⁷ Aynı kararda maden rezervi Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu için, Kamu hizmeti imtiyazının satın alınması demek olan "rachat" hükümlerinin tümüyle uygulanamayacağı; yapılanın "devletleştirme" de olmadığı belirtilmekte, özel girişimcinin elindeki taşınmazların idarenin mülkiyetine geçirilmesinin ise "kamulaştırma" olduğu vurgulanmaktadır.

Yapılan işlemin niteliği öğretide geniş tartışmalara yol açmıştır. Madenlerin Devlet tarafından aranıp işletilmesi halinde kamu hizmeti sayılıp, özel girişim tarafından yapıldığında ise böyle nitelenemeyeceğini belirten Prof. Azrak'a göre, 2172 sayılı Yasanın yaptığı bu işi kamu hizmeti olarak görüp kamu kuruluşlarına vermesidir. Prof. Azrak'a göre, bir kamu hizmetini ruhsatla görmek olanaksız olduğu gibi, maden imtiyazları kamu hizmeti imtiyazı da değildir. Dolayısıyla maden imtiyazının sona ermesine "rachat" hükümleri uygulanmayacaktır. Bu bir devletleştirmedir. Aksi takdirde Devlete geçen araç gereç ve malzeme mülkiyeti ile yoksun kalınan kar karşılığı tazminat nasıl açıklanacaktır? Prof. Azrak'a göre, devletleştirme bazı hallerde bir araç olarak kamulaştırmayı da içeren genel ve kapsayıcı bir işlem niteliği taşımaktadır.¹⁸

Öte yandan, Doç. Bilgen'e göre ise Anayasa'nın 130. maddesi madenlerin aranması ve işletilmesi Devletin görevleri arasında alarak bu faaliyetin bir kamu hizmeti olduğunu açıkça kabul ve beyan etmektedir. Ne var ki, 6309 sayılı Maden Kanununa göre verilen işletme ruhsat ve imtiyazları bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini özel kişilere devreden işlemler olmayıp, kişilere devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bir doğal zenginlikten yararlanma izni veren idari işlem ve sözleşmelerdir.¹⁹

Yürürlükteki hukuksal düzenlemelerde de ruhsat, izin, işletme hakkı verme veya imtiyaz gibi hukuksal usullerin bazen birbiri yerine kullanıldığı gözlenmektedir veya zaman içinde bir usulün yerini alabilmektedir. Örneğin, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik (m.4), "Üretim tesisi kurup işletme izni verilmesi" başlığı altında, "üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi"nin 99 yıla kadar süreli olacağını öngörmektedir.

¹⁶H.S. Türk, Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, A.Ü.H.F.D.; c.36, 1979, sayı:1-4, s. 89.

¹⁷21.6.1979 tarih ve E. 979/1-K. 979/30 sayılı karar. RG; 14.1.1980, sayı: 16869, s. 11.

¹⁸Ü. Azrak, "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun"a ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı üzerine Düşünceler, Yargı, Mart 1980, sayı: 47, s. 12.

¹⁹P. Bilgen, Kamu Hizmeti Hakkında, İ.H.I.D.; Mart 1980, sayı:1, s. 116.

Aynı şekilde, 2983 sayılı Yasadaki "işletme Hakkı"nın verilmesi de Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliğine (m.25) göre bir sözleşme yapılmasını gerektirmektedir. Nitekim, "kamu hizmeti işletme ruhsatı"nın, "idarenin tek yanlı bir işlemle belli bir kamusal faaliyeti özel kişilerin gerçekleştirmesine olanak sağlayan belge" olduğunu belirten Prof. Duran, 2983 sayılı Yasada öngörülen "işletme hakkı" verilmesi usulünün bayındırlık tesislerine ve kamu hizmeti gören kamu iktisadi kuruluşlarına uygulandığı takdirde "bayındırlık imtiyazı" ya da "kamu hizmeti imtiyazı" tanınması "etkisini ve niteliğini içerdiğinden" gerçek anlamda "işletme ruhsatı" sayılamayacağı görüşündedir.²⁰ Öte yandan, teşvik tedbirleri uygulamasının imtiyaz sözleşmelerini andırır içerikte bir idari sözleşme olduğu da ileri sürülmektedir.²¹

Aslında, ruhsat veya izin vermek suretiyle özel kişilerin faaliyetleri üzerindeki denetim ve kayıtlamalar, izne bağlanan faaliyetin özelliğine göre farklı nitelik taşımaktadır. Örneğin, "virtüel kamu hizmeti" (kamu hizmeti olmaya yakın hizmet) olarak nitelenen faaliyetler üzerindeki denetimin kolluk denetimini aşan ve faaliyeti kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutmaya varan bir iç denetim niteliği kazandığı kabul edilmektedir.²²

Nitekim, kamu hizmeti olarak nitelenen televizyon hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde 1982'deki yasal düzenleme ile kamu hizmeti imtiyaz rejimini kabul eden Fransa, 1986'daki yasal değişiklikle izin sistemine geçmiştir.²³ Ancak, söz konusu olan izin, yukarıda değindiğimiz anlamda idareye özel denetim ve gözetim yetkileri tanıyan bir izin sistemidir. Çünkü, görülen hizmetin özellikleri bunu gerektirmektedir. Oysa, İdarenin kolluk yetkilerini kullanarak verdiği izinlerde, ilgililerin uymak durumunda bulunduğu kayıtlamalar ise kamu güvenliği, dirlik ve esenlik ya da sağlığa ilişkin olabilir.²⁴

II. KAMU HİZMETLERİNDE ÖZEL KİŞİLERDEN YARARLANMA UYGULAMALARI

Son on yıl içinde yapılan yasal düzenlemelerle bu alanda değişik uygulamalara gidildiği gözlenmektedir. Bunlardan bazıları üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

A. TÜRKİYE ELEKTRİK KURUMU DIŞINDA ÖZEL KİŞİLERİN ELEKTRİK ÜRETİMİ, DAĞITIMI VE TİCARETİ İLE GÖREVLENDİRİLMESİ

TEK dışında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini

²⁰L. Duran, "Yap-İşlet-Devret", Prof. M. Aksoy'a Armağan, SBF; c. XLVI, Ocak-Haziran 1991, s. 159-160.

²¹T. Akgüner, Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri, İstanbul, 1979, s. 236.

²²I. Özay, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma II, İstanbul, 1990, s. 35 ve 58.

²³T. Tan, Özel Televizyon Düzeni, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, A.Ü. SBF, c. 1, sayı:2-3, mayıs -Eylül 1991, s. 7-14.

²⁴L. Duran, op. cit. s. 268.

düzenlemek amacıyla 4.12.1984 tarihli 3096 sayılı Yasa²⁵ çıkarılmıştır. Yasa (m.3) görevlendirmeyi iki değişik biçimde düzenlemektedir: Üretim tesisi kurup işletmek veya mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına (KİT'ler dahil) ait tesislerin işletme hakkının verilmesi.

Bu iki durum ayrı ayrı, "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme izni Verilmesini Belirleyen Yönetmelik"²⁶ ile "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik"²⁷ çıkarılarak düzenlenmek yoluna gidilmiştir.

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

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

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

Aslında, 3096 sayılı Yasa ile getirilen sistem temel nitelikleri açısından kamu hizmeti imtiyazı usulü ile benzerlik göstermektedir. Kaldı ki, Yasanın geçici maddelerinde, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte bu alanda faaliyette bulunan imtiyaza sahip şirketlerin belirli bir süre içinde başvurularını kaydıyla görev şirketine dönüşmeyi istemeleri; imtiyazı sona ermiş olan şirketlere de bu Yasaya göre yeniden görev vermeye Bakanlar Kurulunun yetkili kılınması, 3096 sayılı Yasanın kamu hizmeti imtiyazı usulünün yerine geçecek bir yeni usul getirmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

²⁵RG; 19.12.1984, sayı: 18610.

²⁶RG; 4.9.1985, sayı: 18858.

²⁷RG; 23.2.1987, sayı: 19381

B. KARAYOLLARI GENEL MÜDÜRLÜĞÜ DIŞINDAKİ KURULUŞLARIN OTOYOL YAPIMI BAKIMI VE İŞLETİLMESİ İLE GÖREVLENDİRİLMESİ

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

Görev süresi sonunda otoyol ile bütün tesisleri ve müstemilatı, her türlü borç ve taahhütlerden arı ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğüne kendiliğinden ve bedelsiz olarak geçecektir. Yukarıda değindiğimiz elektrikle ilgili 3096 sayılı Yasadan farklı olarak, otoyol ve tesisleri için gerekli kamulaşturmaların Genel Müdürlükçe ve Genel Müdürlük adına yapılacağı, ancak kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen görevli şirket tarafından ödenmesi konusunun hükme bağlanabileceği öngörülmektedir. Kamulaştırılmış arsa veya arazi ile üzerinde yapılacak tesislerin mülkiyetinin Genel Müdürlüğe ait olduğu ve Devlet malı hükmünde bulunduğu da ayrıca öngörülmektedir.

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

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

C. SAĞLIK HİZMETİ ALANINDA UYGULAMA GİRİŞİMİ

Bakanlığa bağlı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturmak ve bu sistemleri işletmek imtiyazını Tedavi Hizmetleri Vakfına vermek isteyen Sağlık Bakanlığı, bu Vakıf aracılığı ile "kur-ışlet-devret" modelinin uygulanıp uygulanamayacağını Başbakanlık kanalı ile Danıştay'dan sormuş, Danıştay Birinci Dairesi de, Anayasa'nın 56. maddesinin sağlıklı yaşamak ve sağlık hizmetinden yararlanmayı temel bir sosyal hak olarak kabul edip Devleti bu temel hakkı sağlamakla yükümlü tutmakla "kamu hizmeti niteliğini bütün gerçekliğiyle ve boyutlarıyla" vurguladığını belirttikten sonra, "Sağlık hizmeti Devlet eliyle yürütülen bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise Yasa koyucuya ait bir yetkidir. Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir" demektedir.

Danıştay'a göre, "Kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri de imtiyaz yoludur. Medeni ihtiyaçların zorlaması, idarelerin işlerinin çokluğu ve mali kaynak bulma güçlüğü gibi sorunlar imtiyazname usulünü ortaya çıkarmıştır. Kamu hizmeti

niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse kamu hizmeti imtiyaz şeklinde yürütülüyor demektir."

Öte yandan, "Kur-işlet-devret modelinin gerçekleştirilmesi için ilk yapılacak iş Yasa koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması ve modelin uygulanabilirliğini sağlamasıdır." (Örneğin klasik bir kamu hizmeti olan otoyolun yapımı ve işletilmesinde bu yapılmış ve 28 Mayıs günlü ve 3465 sayılı... Kanun çıkarılmıştır)

"İzlenebilecek diğer bir yol olarak da kur-işlet-devret modeline ilişkin bir kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin hazırlanması, hazırlanan taslağın Danıştay incelemesinden geçirilmesinden sonra yürütme organınca Bakanlar Kurulu kararı çıkarılması gösterilebilir." Dolayısıyla, Danıştay Birinci Dairesi Sağlık Bakanlığının bu modeli uygulayabilmesi için iki yoldan birini seçmesi gerektiğini belirtmektedir.²⁸

Sağlık Bakanlığı bu iki yoldan ikincisini seçerek, Sağlık Bakanlığına bağlı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturmak ve bu sistemleri işletmek imtiyazının Tedavi Hizmetleri Vakfına verilmesine ilişkin sözleşme tasarısını hazırlayarak Danıştay'ın incelemesine sunmuştur.

Sözleşme tasarısına göre, imtiyaz on yıl için verilmekte, gerekirse yirmi yıla kadar uzatılabilmektedir. Tesisler ayrıca yapılacak teknik sözleşmelere göre kurulacak, Bakanlık kurulaçak sistemlerdeki teknik cihazların türü ile teşhis ve tedavi hizmetlerinin standartlarını belirleyecektir. Bakanlık sistemin kurulması için gerekli mekanı tahsis edecek; ayrıca aydınlatma, ısıtma, temizlik ve su gibi giderlerini de karşılayacaktır. Diğer giderler ise Vakıf tarafından karşılanacaktır. Sistemde çalıştırılacak personelin nitelik ve nicelikleri Bakanlıkça belirlenecek. Özlük hakları Vakıf tarafından karşılanacaktır. Vakıf, teşhis ve tedavi hizmetleri karşılığında Bakanlıkça her takvim yılında, kamu sağlık kuruluşlarında uygulanan ücretler gözönünde tutularak, maliyet ve karşılaştırılan makul karı kapsayacak şekilde belirlenen bir ücret alacaktır. Ücretlerin tahsilinde Bakanlık Vakfa yardımcı olmayı kabul ettiği gibi, sistemin verimli çalışması için gerekli hasta sayısını da garanti etmektedir. Vakıf her yıl karının % 10'unu 3418 sayılı Yasa (m.39) uyarınca kurulan Geliştirme ve Destekleme Fonuna Bakanlık adına yatıracaktır. Vakıf, kurduğu sistemlerde Bakanlık mensuplarına eğitim verme yükümlülüğünü de üstlenmektedir. Nihayet, tesisler teknik sözleşmede belirlenen süre sonunda iyi ve işler durumda Bakanlığa bedelsiz olarak devir ve teslim edilecektir.

Birinci Daire tarafından benimsenen sözleşme tasarısı incelenmek üzere İdari İşler Kuruluna sunulmuştur. İdari İşler Kurulu ise oyçokluğu ile verdiği kararında, Anayasa'nın 56.maddesine göre sağlık hizmetinin "öncelikle devletin yükümlülüğünde olan bir kamu hizmeti" olduğunu belirttikten sonra, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan sağlık hakkının "devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal ve hukuk devleti olma niteliğinin kapsamını da belirleyen tıpkı eğitim ve öğretim gibi, kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardandır. ve asıl olan bunların devlet eliyle yürütülmesidir" demektir.

Özel kişilerin sağlık hizmetine nasıl yardımcı olacağına Anayasa'daki hükme (m.56/4) uygun olarak çıkarılan kanunlarla düzenlenmiş ve devletin bunlar üzerindeki

²⁸28.6.1990 tarih ve E. 990/94-K, 990/109 sayılı karar. (yayınlanmamıştır).

denetiminin kurallara bağlanmış olduğunu da belirten İdari İşler Kuruluna göre, "Kanuna dayalı olarak kurulan ve ayrı bir teşkilat olan bu kuruluşların mevcudiyeti ve devlet tarafından denetlenebilir olması, devletin temel amaç ve görevleri kapsamında bulunan sağlık hizmetinin imtiyaz şeklinde bir özel kuruluşla gördürülebileceğinin gerekçesini oluşturmaz."

Dolayısıyla, İdari İşler Kurulu, sağlık hizmetinin anayasal niteliğinin imtiyaz yolu ile özel kişilere gördürülmesine engel oluşturduğu, ayrıca devlete ait bakım ve masrafları devlet tarafından karşılanan binalar veya bu binalarda yer tahsis edilerek teşhis ve tedavi sistemleri kurulması işinin imtiyaz yolu ile Vakfa verilmesinin 10.6.1926 tarih ve 576 sayılı Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun hükümlerine de uygun bulunmadığı sonucuna varmıştır.²⁹

D. YEREL HİZMETLER ALANINDA

Son yıllarda özel kişilerden yararlanan bir başka alan da yerel yönetim hizmetleridir. Bu alanda özel kişilerden yararlanmanın teşvik edildiği de gözlenmektedir. Bazı belediye hizmetlerinin yap-işlet-devret modeli uygulanarak özelleştirilebilecekleri; "belediyelerin genel idare hizmeti mi yoksa belediye faaliyeti mi olduğu tartışılabilir belediye hizmetlerini belli sözleşmelerle, şartnameler hükümleri ön yazılı kurallar içinde özel hukuk kişilerine gördürmelerinde Anayasa ve sair yasalara aykırı bir cihet bulunmadığı" belirtilmektedir.³⁰

Belediyelerin bazı hizmetleri yerine getirmede özel kişilerden yararlanma yoluna giderken yap-işlet-devret veya restore et-işlet-devret adını taktıkları bir sözleşme türünden yararlanarak; müteahhitle Devlet İhale Kanununa (m.51/g) göre bayındırlık işi sözleşmesi ile birlikte bedel yerine müteahhidin önereceği belli bir süreyi kapsayan ve hasılat kirası

²⁹25.10.1990 tarih ve E. 990/90-K 990/73 sayılı karar. (yayınlanmamıştır) Karara karşı oy yazan üyelere göre "Esasen hizmet Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken, yargı, dış güvenlik ve iç güvenlikten ibaret üç temel hizmet vardır. Bunlar dışındaki kamu hizmetlerinin görülme ve örgütlenme biçimlerinin belirlenmesi idarenin takdirine bağlıdır. "Gene bu üyelere göre, kamu hizmetleri çeşitli yollardan görülüp değişik biçimlerde örgütlenebilir. Bu Kamu hizmetlerinin konusuna ve niteliğine göre değişmektedir. Bu konuda uyulması zorunlu kesin bir kural mevcut olmayıp, ilgili organ ve makamların takdir yetkisi vardır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi yolları ve örgütlenmesi emanet, kamu hizmeti imtiyazı, iltizam ve karma bir biçim de olabilir. Bu üyelere göre, "Kamu hizmetinin esas sahibi idare olduğundan hizmetin en verimli ve uygun biçimde yürütülmesi için idarece imtiyaz sahibine, taşınır ve taşınmaz mallar tahsis edilebileceği gibi mali yardımda da bulunulabilir...Gerekli mekan sağlanarak, aydınlatma, ısıtma, temizlik, su gibi giderleri idarece karşılamak ve üretilmesi gereken teşhis ve tedavi miktarına göre gerekli hasta sayısı garanti edilmek suretiyle bir kısım sağlık hizmetlerinin imtiyaz usulüyle yürütülmesinin hukuka aykırı bir yönü bulunmamaktadır." Hatta, girdileri etkileyecek bu durumun ücretlerin de aşağı düzeyde oluşmasına yol açacağı vurgulanmaktadır. Karşıoy yazan bir başka üyede, yasaya aykırılık savına değinerek, yasanın hangi imtiyazın hangi makam tarafından verilebileceğini göstermek için çıkarıldığını belirtmekte ve "Meşrutiyet devrinde çıkarılmış olan bu kanunun terimlerinin dar anlamlarına bağlı kalarak (imalat) teriminin (hizmet üretimini) kapsamadığı sonucuna varmak ve devrin (bütçe) anlayışını ihtiyaçlarına uygun bir yorum sayılmaz" demektedir.

³⁰DPT VI. Beş Yıllık Kalkınma Planı Mahalli Hizmetlerin Yerinden Karşılanması Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Mart 1989, s. 87-88. (çoğaltma).

sözleşmesine benzer sözleşme yapmak yoluna gittiklerini belirten Doç. Bilgen'e göre, "Oysa belediyelerin Belediyeler Kanununun 19. maddesinde sayılanlar dışında kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri akdetmeye yetkileri bulunmamaktadır. Bir an için belediyelerin Belediye Kanununun 19. maddesi dışında da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri akdedebilecekleri düşünülse bile imtiyaz sözleşmelerinin Danıştayın incelenmesinden geçirilmesi Anayasal ve genel bir kural olduğu ve somut sözleşmelerin hiçbirinde bu inceleme yapılmadığı için bu sözleşmelerin.. yetki unsurunun hukuka aykırı olduğu muhakkaktır."³¹

Belediye Kanununun m. 19/4-B hükmünü değerlendiren Gerdaneri ve Berk'e göre, bu maddede sayılan işler için "idare etmek veya ettirmek" deyiminden devre izin verdiği anlamı çıkmakla birlikte, "Kanunun 19. maddesinin 4/A ve 5. maddeleri hükümleri aksine bu devrin hangi usulle yapılacağı belirtilmemiştir. İmtiyaz ve ruhsat usulü ile hizmetin devri, Kanun'un açıkca cevaz verdiği hüllere münhasır olduğunu göre, bu devrin (ihale) usulü ile gerçekleştirilebileceği öne sürülebilirse de.. 2886 sayılı Kanun'un 1. ve 4. maddelerinde tesis edilen hükümler karşısında bu usulün uygulanmasında da yasal güçlükler bulunduğu ve bu konuda Kanunda boşluk olduğu kanısına varılmaktadır."³²

Gerdaneri ve Berk'e göre, Belediye Kanununun 19/4-A maddesine göre belediyelerin su, havagazi, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve civar sahiller vapur nakliyatı hizmetlerini imtiyaz yolu ve idari sözleşme ile özel kişilere gördürmesi mümkün olduğu gibi; 19. madde ayarınca belediye sınırları içinde yolcu taşıma aracı olarak otobüs, omnibüs, otokar, tünel, trolley, finiküler işletmesini ve 2678 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen özel kombinalar dışında, mezbahalarda kesilen etlerin satış yerlerine taşınmasını, Bakanlar Kurulu kararı ile izin verilmek koşulu ile gerek özel kişi ve kuruluşlarla birleşerek şirket kurarak gerçekleştirilmesi veya imtiyaz sözleşmesi ile özel kişilere gördürmesi mümkündür.³³

III. "YAP-İŞLET-DEVRET" MODELİ BİR TÜR KAMU HİZMETİ İMTİYAZI MIDIR?

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi kamu hizmeti imtiyazı ile "Yap-İşlet-Devret" modeli olarak isimlendirilen yöntem arasında büyük bir benzerlik dikkat çekmektedir. Nitekim, yargı kararları ile öğretide iki yöntem arasında fark bulunmadığı yönündeki görüş yaygındır.

Elektrik ve otoyolla ilgili olarak yukarıda değindiğimiz iki yasal düzenlemeyi ele alan Prof. Özay, bu hükümlerin tümünün, ortada kamu hizmeti varsa, modelin "imtiyaz"dan başka bir şey olacağını kanıtladığı görüşündedir. buna karşın, "imtiyaz" denilmeyişinin Özay'a göre iki nedeni bulunmaktadır: Birincisi imtiyaz sözcüğünün

³¹Bilgen, Loc. cit. Kamu Hukuku Bülteni, Mart 1990, sayı: 3, s. 6.

³²H. Gerdaneri ve M.E. Berk, Belediye vergi ve harçlarının ihale suretiyle özel kişi ve kuruluşlar marifetiyle tarh, tahakkuk ve/veya tahsulinin, belediyelerin yükümlülüğünde bulunan hizmetlerin özel kişi ve kuruluşlara ihale suretiyle gördürülmesinin mümkün olup olmadığı, bu tür uygulamaların mali, hukuki ve cezai sonuçları ile teftiş ve denetim hizmetlerine etkileri, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerinin 1985-1986 Kış Dönemi İnceleme-Araştırma Raporları, Ankara, 1986 s. 148-149.

³³Ibid.

"kapitülasyonlar" ile çağrışım yapması; ikincisi başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülmuş bulunan "usul" kurallarının dışlanması arzusudur.³⁴

Özyörük de "herkesce kolay anlaşılacak" bir deyim bulunarak "yap-işlet-devret" adı takılan bu formülün bizdeki eski adının "imtiyaz" olduğunu belirterek; "Halen de hukuk ilminde ve tekniğinde bunun adı budur" demektedir.³⁵ İmtiyaz yönteminin yenilediğini vurgulayan Örnek'e göre "Yöntemin yeni bir biçimi kimilerince yap-işlet-devret formülüyle ifade edilir."³⁶

Ancak, "yap-işlet-devret" modeli ile imtiyaz arasında önemli farklılıklar olduğunu savunanlar da vardır. Bu farklılıklar şöyle sıralanmaktadır:³⁷

- Yap-işlet-devret modelinin uygulanmasına ilgili kurumun yetkili organları karar verebildiği halde, imtiyazın uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı gereklidir.

- Yap-işlet-devret modelinde yapılan tesisin mülkiyetinin ilgili idareye ait olmasına karşılık, imtiyazda her türlü alet ve edevat imtiyaz sahibine aittir.

- Yap-işlet-devret modelinde şirketin işletmesine verilen tesisin işletilme süresinin üst sınırı, yapılan tesisin mali portresi dikkate alınarak saptandığı halde imtiyazda böyle olmamaktadır.

- Yap-işlet-devret modelinde kurulacak tesisler için gerekli taşınmazlar ilgili kurumca şirkete verildiği ve mülkiyeti kuruma ait olduğu halde, imtiyazda gerekli taşınmazları imtiyaz sahibi bedellerini ödeyerek almak durumundadır.

- Yap-işlet-devret, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa bağlı hizmetler uygulanabildiği halde, imtiyaz Bakanlar Kurulunca belirlenecek esaslar doğrultusunda ilgili hizmetlere uygulanabilmektedir.

- Yap-işlet-devret modelinde şirket tarafından yapılan tesislerin işletme süresi sonunda hiç bir bedel ödenmeden ilgili kuruma devredilmesine karşılık, imtiyazda tesisler ancak kamulaştırma veya imtiyaz süresi sonunda satınalma yolu ile devlete geçebilir.

- Yap-işlet-devret modeli ile yapılan tesislerde çalışacak yabancı personelin kısıtlanmasına karşılık, imtiyaz yolunda bu konuda kayıtlamalar getirilmesi zorunludur.

İki yöntem arasındaki farklılıklar olarak ileri sürülen bu özelliklerin pek çoğuna katılmak olanaksız. Herşeyden önce her iki yöntemde de işletme süresi yapılacak tesislerin amortismanına yetecek bir süre olarak belirlenmektedir. İkincisi, her iki yöntemde de tesisler işletme süresi sonunda bedelsiz olarak devlete geçmektedir. Nihayet,

³⁴Özay, op.cit., III. Kitap, s. 67,68.

³⁵M. Özyörük, "Yap-İşlet-Devret uygulanmalıdır", Tercüman Gazetesi, 15.3.1985.

³⁶A. Örnek, Kamu, Kamu Yönetimi, İstanbul, 1991, s. 61.

³⁷H.E. Şenalp ve A. Bilir, Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği, Türk İdare Dergisi, sayı: 382, Mart 1989, s. 153-154.

çalıştırılacak yabancı personel için geçmiş dönemde, dönemin özelliği gereği, getirilmiş olup imtiyaz usulünde bu konuda mutlaka kayıtlama getirileceği anlamına gelmez.

Aslında, başta da kısmen değindiğimiz gibi, her iki yöntem arasında büyük benzerlik dikkat çekmektedir. Böyle olunca, hukuksal açıdan, yap-işlet-devret modeli uygulamasında yapılan sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile karşılaştırılması gerekmektedir. Nitekim, yap-işlet-devret modeli uygulamasında yapılan sözleşmelerin "hukuki mahiyeti ve anayasal anlamı itibarıyla" bir "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olduğunu belirten Bilgen'e göre, bu sözleşmelerin Anayasa ve Danıştay Kanunu (m.23/d, 42/c ve 46/B) gereğince Danıştay incelemesinden geçirilmemesi, Danıştay incelemesi yetki unsuru içinde değerlendirildiğinden, yetki unsurunu sakatlayacağı gibi; Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanununun 9. maddesi gereği bir yasa ile onaylanmaması da sözleşmenin hükümsüzlüğünü gerektirecektir.³⁸

Öte yandan, gene Bilgen'e göre, elektrikle ilgili olarak 3096 sayılı Yasanın "tekel şeklinde Devletçe kurulup işletilen bir kamu hizmetinin kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi usulü ile özel kişilerce de kurulup işletilmesine izin veren ve bu iznin verilmesi usullerini belirleyen bir kanun olacağı için Danıştay Kanunu ile Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunu Muvakkatı tadil ettiği veya Anayasaya aykırı olduğu düşünülemez"³⁹

İmtiyazla ilgili 1910 tarihli Yasanın öngördüğü sistemin Danıştay incelemesi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ve yasama organının onayı içerdiğini belirten Özay'a göre de yap-işlet-devret modeli, "kamu yararından başka bir amaca yönelik olarak, yetki ve usul saptırılması" yani maksat unsuru sakat bir imtiyaz usulü olmaktan öte hiç bir anlam taşımamaktadır.⁴⁰

3096 sayılı Yasanın sermaye şirketlerinin elektrik üretme tesisi kurma ve işletilmesi ile görevlendirilmesini, 2983 sayılı Yasanın da KİT'lerin işletme hakkına ilişkin düzenlemeler öngörerek, bağımsızlık tesisleri ile kamu hizmetleri kuruluşları kurma izninin ve/veya işletme hakkının özel kişilere devrini düzenlediklerini belirten Duran ise, "Anayasa ile zorunlu kılınan Danıştay incelemesini ortadan kaldırmaya yönelik bulunması nedeniyle usul saptırması ve yetki aşımı oluşturmasından ötürü" bu yasal düzenlemelerin sakat ve geçersiz sayılması gerektiği görüşündedir.⁴¹ Zira, Duran'a göre, "Belediyelerin toplu taşımacılık konusunda geçici olarak özel kişilere verebilecekleri ruhsatlar dışında, Anayasaya göre, yürütme ve idarenin kamu hizmet ve faaliyetlerini imtiyaz usulünden başka bir yöntemle özel teşebbüse bırakması mümkün değildir"⁴²

Özetle belirtmek gerekirse, yap-işlet-devret modeli olarak sunulan yöntem temelde kamu hizmeti imtiyazından farklı değildir. Ancak, Menafii Umumiyye Müteallik

³⁸P. Bilgen, Yap-işlet-devret Sözleşmeleri Hakkında, KAMU HUKUKU BÜLTENİ, M.Ü. Hukuk Fakültesi, mart 1990, sayı:3, s. 6.

³⁹Bilgen, loc. cit., s.6.

⁴⁰Özay, op. cit., III. Kitap, s. 68.

⁴¹Duran, "Yap-İşlet-Devret", s. 161.

⁴²Duran, loc. cit., s. 161.

İmtiyaz Hakkında Kanun'un getirdiği sistemin dışına çıkma isteğinin arkasında, imtiyaz sözcüğünün kötü çağrışımlarını bir yana bırakırsak, bazı şekil ve usul kurallarından kurtulma isteğinin etkili olduğunu düşünüyoruz.

1910 tarihli bu Yasa, 27.10.1988 tarihli ve 3488 sayılı Uygulama İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmamış olmamakla beraber bugün uygulama alanının fiilen kalmamış olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kaldı ku, yukarıda değindiğimiz elektrikle ilgili 3096 sayılı Yasanın (Geçici madde 2) yaptığı gibi, mevcut imtiyazlı şirketlerin, isterlerse Yasa'nın yayımını izleyen belirli bir süre içerisinde "görev şirketi"ne dönüşmeyi isteyebileceklerdir. Dolayısıyla, esasen sayıları çok sınırlı olan imtiyazlı şirketler de, hukuksal rejimleri benzerlik taşısa da, başka isimler taşıyan statülere geçerek ortadan kalkacaklardır.

IV. HANGİ KAMU HİZMETLERİ ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLEBİLİR

Yukarıdaki açıklamalarımız sırasında da görüldüğü gibi, ister kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ister başka yollarla olsun özel kişilere gördürülebilecek kamu hizmetleri konusunda bazı sınırlılıklar bulunduğu bir gerçektir. Hiç kuşkusuz bu sorun kamu hizmeti kavramına verilen anlamla da yakından ilgilidir.

Anayasa Mahkememiz yapı ruhsatı ile ilgili görevlerin gerektiğinde bakanlıkça belirlenecek belediye ve illerde belediye ve valiliklerin yanısıra yeminli serbest mühendislik ve mimarlık bürolarınca da yürütülmesine olanak verme 3914 sayılı İmar Kanunu konusunda verdiği kararında, "Yapı izni verme bir kamu görevidir. Polis örgütünün, özellikle tabanca izni, pasaport gibi kimi görevleri nasıl özel dedektif bürolarına bırakılmazsa kolluk görevi niteliğindeki yapı denetiminin özünü oluşturan yapı ve kullanıma izinlerini verme yetkisi de özel kişilere devredilemez"⁴³ denilmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, ister bağlı yetki ister takdir yetkisi şeklinde kullanılsın, ruhsat verme "idarenin kolluk yetkileri içinde yer almaktadır. Bu nedenle, ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur."⁴⁴

Danıştay İdari İşler Kuruluna göre de sağlık hakkı, "devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal ve hukuk devleti olma niteliğinin kapsamını da belirleyen, tıpkı eğitim ve öğretim gibi, kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardandır ve asıl olan bunların devlet eliyle yürütülmesidir."⁴⁵ Bu görüşe katılmayıp karşı oy yazan üyelere göre ise, "Esasen bizzat Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken, yargı, dış güvenlik iç güvenlikten ibaret üç temel hizmet vardır. Bunlar dışında kamu hizmetlerinin görülme ve örgütlenme biçimlerinin belirlenmesi idarenin takdirine bağlıdır."⁴⁶

⁴³ Anayasa Mahkemesinin, 11.12.1986 tarih ve E.985/11-K. 986/29 sayılı karar. RG; 18.4.1987, sayı: 19435, s. 25.

⁴⁴ Ibid; s. 26.

⁴⁵ 25.10.1990 tarih ve E. 990/90-K. 990/73 sayılı karar.

⁴⁶ Ibid.

Kamu hizmet ve faaliyetlerinin idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesinin "asıl ve olağan" olduğunu belirten Prof. Duran'a göre, "Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimine göre gerçekleştirilmeye elverişli olanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belli yasal usullere göre özel teşebbüslere yaptırılabilirler. Örneğin milli savunma ve kolluk etkinlikleri, kamu gücüne özgü faaliyetler olduklarından herhangi bir şekil ve koşulda tümüyle özel kişilere bırakılamaz"⁴⁷. Prof. Duran, özel kişilere gördürülmesi olanaklı faaliyet ve hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinin yasalarda öngörülmüş olmasına bağlı bulunduğunu da belirtmektedir.

Yerel idarelerde yap-işlet-devret modelinin uygulanabilirliğini araştıran Şenalp ve Bilir'e göre, "genelde toplum hayatını düzenleyen ve ona müdahale eden, kontrol, denetim, izin ve ruhsat vermek, menetmek, onamak gibi kamu kudretine dayalı ve kamu yetkisinin kullanımını gerektiren mahiyetteki görev ve yetkiler" yap-işlet-devret modeli ile özel kişilere gördürülemez.⁴⁸

Gerdaneri ve Berk de, belediye vergi ve harçlarının ihale yoluyla özel kişi ve kuruluşlar aracılığı ile tarh, tahakkuk ve/veya tahsil konusunda yaptıkları incelemede, benzer ölçütleri kullanarak "buyurucu ve toplum hayatına müdahale edici nitelik taşıyan, denetim, kontrol, ruhsat ve izin verme, men etme gibi kamu kudretine dayalı görev ve yetkilerin özel kişi ve kuruluşlara gördürülmesinin mümkün olmadığı" sonucuna varmaktadır.⁴⁹

Adana Belediyesinin emlak vergisinin "beyan kabulü, tahakkuk, tahsilat, asgari beyan kontrolü, gecikme cezası, kaçakçılık, dava takibi, icra takibi" işlerini *Devlet İhale Kanununa* göre pazarlık usulü ile bilgisayarlı bir yükleniciye ihaleye çıkarmış olmasını eleştiren Prof. Duran'a göre, şartlaşmada yüklenicinin bilgisayarla gerçekleştireceği işlemlerin belediye amir ve memurlarının gözetim ve denetimi altında yürütüleceği ve kimi belgelerin bunların imzalarını taşıyacağına öngörülmesine karşın, "bu önlemler kamu gücünün en belirgin ve idarece kullanılmasını gerektiren bir örneği olan vergi salma ve toplama işlem ve eylemlerinin özel kişilere bırakılmış olduğu gerçeğini kamufle etmeye yetmez." Prof. Duran'a göre bu girişim "Anayasa'nın kamusal gücün kaynağı, demokratik hukuk devleti, vergi ödevi, idarenin kanuniliği, kamu gelirlerinin ancak devlet ve öbür kamu tüzel kişilerinince doğrudan salınıp alınabileceği gibi bir çok ilkesine ve kamu hukukunun kimi kurallarına uygun olmadıktan başka, bizzatıhi kendi hukuki statüsü olan Belediye Kanununun 111. maddesine açıkça ve kesinlikle aykırı bulunmaktadır."⁵⁰

⁴⁷Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 150-151.

⁴⁸H.E. Şenalp ve A. Bilir, Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği, Türk İdare Dergisi, sayı: 382, Mart 1989, s. 145,149,168-169.

⁴⁹H. Gerdaneri ve M.E. Berk, Belediye vergi ve harçlarının ihale suretiyle özel kişi veya kuruluşlar marifetiyle tarh, tahakkuk ve/veya tahsilinin.. mümkün olup olmadığı..., İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerinin 1985-1986 Kış Dönemi İnceleme-Araştırma Raporları, Ankara, 1986.

⁵⁰L. Duran, Devlet İhalesi.. Cumhuriyet Gazetesi, 13.3.1986.

Bütün bu değerlendirmelerde yapılan ayrımlarda açık bir ölçüte dayanıldığını söylemek zordur. Prof. Duran, "Kamu gücüne özgü faaliyetler", diğerleri de "kamu yetkisinin devri" veya "kamu kudretinin kullanımı sonucu doğuran" durumlardan söz ederek, ölçütün kamu gücünün kullanılmasında arandığı anlaşılmaktadır. Ancak, buna koşut olarak, "genellik, süreklilik ve eşitlik ilkelerine göre yapmakla yükümlü oldukları görevlerin yürütülmesine yönelik hizmetler"den de söz edilmesi⁵¹ bu ilkeler esasen tüm kamu hizmetlerine özgü oldukları için ayrıca bir ölçüt değeri taşımamaktadır.

Aslında ayrımın dayanağını anlamlı biçimi açık ve net olmasa da kamu hizmeti-kolluk farklılığı oluşturmaktadır. Nitekim, Prof. Duran, "kamu gücüne özgü faaliyet" olarak "kolluk etkinlikleri"ni açıkça belirtmektedir.⁵² Prof. Akıllıoğlu'na göre de "Ruhsat verme veya izin yetkisi çokluk sanıldığı gibi kamu hizmeti değil fakat kolluk yetkisidir. kolluk yetkileri 1876 Anayasasından bu yana daima devlet tekeli olagelmışlerdir".⁵³

Gerçekten, kolluk faaliyetinin de geniş anlamda kamu hizmeti içinde düşünülmesine karşın, hukuki rejimlerinin farklılığı dikkate alınarak ayrım yapıldığı görülmektedir.⁵⁴ Kolluk faaliyeti ile kamu hizmeti arasında hukuki rejimleri açısından farklılık şöyle özetlenebilir:⁵⁵

•Kolluk faaliyeti idare tarafından doğrudan kamusal yönetim biçiminde gerçekleştirilir ve idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez. Buna karşılık kamu hizmetleri özel yönetim biçimi ile de gerçekleştirilebilir.

•Kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde idarenin tek yanlı işlemleri söz konusudur, bunlar sözleşmeye konu yapılamaz.

•İdare kamu düzenini korumak amacı ile yürüttüğü kolluk yetkisini gelir sağlamak veya kamu hizmetlerini kolaylaştırmak gibi amaçlarla kullanamaz.

Bununla beraber, bazen idarenin kolluk yetkisinin özel kişilere bırakıldığı durumlara da rastlanmaktadır. Nitekim, idare hukuku öğretisinde özel kişilerin genel idari kolluk alanına müdahalelerinin olanaksızlığına karşın yarışlar ve avcılık gibi özel kolluk alanlarına ve ekonomik kolluk alanına müdahale edebilecekleri kabul ediliyor.⁵⁶ Kolluk yetkisinin özel kişilere devrinin olanaklı olması durumunda bu delegasyona mevzuatın

⁵¹Şenalp ve Bilir, op. cit. s. 149.

⁵²Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 151.

⁵³T. Akıllıoğlu, İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku, AİD; c. 19, sayı:2, s. 99.

⁵⁴J-L. Corail, le juge administratif et les qualifications des interventions de l'Etat dans le domaine de l'economie, in Recueil d'Etudes en Hommage Eisenmann, Cujas, 1975, Paris, s. 318; J-P. Negrin, L'intervention des personnes morales de droit prive dans l'action administrative, LGDJ; Paris, 1971, s. 94-95.

⁵⁵A. Demichel, le Droit Administratif. Essai de reflexions theorique, LGDJ; Paris, 1978, s. 58; L.Duran, Peştemallık ve Ulüfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi, AİD; c. 20, sayı: 1, Mart 1987, s. 3vd. Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 151.

⁵⁶Negrin, op. cit. s. 102.

izin vermesi koşulu aranmakta ve bunun sözleşmeye benzer bir teknikle yapılmasına karşın imtiyaz olmadığı vurgulanmaktadır.⁵⁷

Bizim hukukumuzda da bunun örneği bulunmaktadır. 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun, at yarışları yapmak ve bu yarışlar üzerinde memleketin neresinde olursa olsun müşterek bahisler tertip etmek hak ve yetkisini Tarım Bakanlığına vermekle beraber, Bakanlığın bu yetkisini kamu yararına çalışan ve o alanda faaliyette bulunan derneklere 30 yılı geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile devredebilmesine izin vermektedir.

Gene son yıllarda bankacılık ve sermaye piyasası alanlarında özel kuruluşlarca denetim olanağı veren düzenlemelere gidildiği gibi, genel idari kolluk alanında yardımcı nitelikte özel kişilerden yararlanmaya yönelik uygulamalar da dikkat çekmektedir. Bu cümleden olarak, 23.7.1981 tarihli ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun (RG:24.7.1981, sayı:17410) "Milli ekonomiye ve Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan, kısmen veya tamamen yıkılmaları, hasara uğratılmaları veya geçici bir zaman için dahi olsa çalışmadan alıkonulmaları, ülke güvenliği, ülke ekonomisi veya toplum hayatı bakımından olumsuz neticeler yaratacak, kamuya veya özel kişilere ait kurum veya kuruluşların" güvenliklerinin sağlanmasında özel bazı düzenlemeler getirerek, bu nitelikte kuruluş olduğuna Bakanlar Kurulunca karar verilelerin ÖZEL GÜVENLİK TEŞKİLATI kurabilecekleri öngörülmektedir.

Yasada (m.8) "özel güvenlik teşkilatı", bağlı olduğu kuruluşu bu Yasa hükümleri çerçevesinde korumak ve güvenliğini sağlamakla görevli ve yetkileri gene bu Yasa ile sınırlı bir ÖZEL KOLLUK KUVVETİ olarak tanımlamaktadır. Özellikle bu Yasanın uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılmış Yönetmelikte Özel Güvenlik Teşkilatı Personelinin görev alanları içinde, bazı durumlarda da görev alanları dışında silah taşıyabilecekleri öngörüldüğü gibi; hangi durumlarda "zor kullanma" ve "silah kullanma" yetkisine sahip oldukları da ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Türk Ceza Kanunu uygulamasında "memur" sayılan özel güvenlik teşkilatı personeli, statü ve özlük hakları bakımından genel olarak bağlı buldukları kuruluşun mevzuatına bağlı olmaktadır. Prof. Duran'ın belirttiği gibi, "bu personelin seçimi, eğitimi, çalışma esas ve usulleri, gözetim ve denetim tamamen emniyet makamlarının yetkisi içinde olup, özel korumacıların kolluğa ilişkin tutum ve davranışlarından tümü ile doğrudan doğruya devlet sorumlu durumdadır, ilgili müesseseler, koruma personelinin sadece ücretini, sosyal haklarını, giysi ve gereçlerini sağlamakla yükümlüdür."⁵⁸ Nitekim, bu personelin göreve alma çıkarma işlemleri yönetsel yargıda dava konusu yapılmakta ve çözümlenmektedir.⁵⁹

⁵⁷C. Laviolle, L'evolution de la conception de la decision exécutoire en droit administratif Français. LGDS, Paris, 1974, s. 312.

⁵⁸Duran, "Yap-İşlet-Devret", s. 151.

⁵⁹Danıştay 5. Dairesinin 19.3.1987 tarih ve E. 987/193-K 987/433, Danıştay Dergisi, sayı: 68-69, s.385-386.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma uygulamasının giderek yaygınlaşması olgusu karşısında ortaya çıkan hukuksal sorunların çıktığı da bir gerçektir. Herşeyden önce özel kişilere bırakılmayacak kamusal hizmetlerin, neler olduklarının sağlam ölçütlere dayanılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan, genel idari kolluk faaliyetinin doğrudan idarece yerine getirilmesi gerektiği konusunda öğretide ve yargı kararlarında görüş birliği bulunduğu söylenebilir.

Kamu hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesinde uygulanan hukuksal rejim kamu hizmeti imtiyazı ve ruhsat olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, kamu hizmeti imtiyazını düzenleyen Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un çok eski tarihli olması nedeniyle günümüzün gereksinimlerini karşılayamadığı bir gerçektir. Bu Yasa'nın günümüz gereklerine uydurulamamış olması karşısında ya elektrik ve otoyollar konusunda olduğu gibi özel yasal düzenlemeler yapılmakta ya da özel hukuk usullerini de içeren değişik uygulamalara gidilmektedir. Yap-ışlet-devret modelinin kamu hizmeti imtiyazından farklı bir yol olmamasına karşın bu konudaki yasal düzenlemenin yetki ve usul kuralları dışına çıkarıldığına değinmiştik.

Yapılması gereken ya Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un yeniden günümüz gerekleri doğrultusunda düzenlenmesi ya da bu Yasa kaldırılarak belirli faaliyet alanları için özel yasal düzenlemeler yapılmasıdır. Ama herhalde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde tutarlı bir uygulama sağlanamaz.