

“YAP-İŞLET-DEVRET”

Lütfi DURAN

Sihirbazların temaşa yerlerinde sergiledikleri marifetlere benzer şekilde, iktidar mensupları siyaset sahnesinde, bu yazının başlığındaki sözcükleri, uzun bir süreden beri, kamu idaresi sorunlarını çözümleyebilecek, kendi buluşları özgün ve tılsımlı bir anahtar gibi sunmakta ve uygulamaya koyduklarını söylemektedirler. Ancak, yetkili ve ilgililer, “Yap-İşlet-Devret” (Y-İ-D) formülünün ne olduğunu, neye dayandığını, kime yaradığını, hangi amaca yöneldiğini, nasıl işleyip ne gibi sonuçlara varabileceğini, bugüne kadar açıklamış ve ortaya koymuş değillerdir. TRT bültenleri ile basında yer alan haberlerden öğrenilen sadece, Y-İ-D’in kamu idaresinin çeşitli faaliyet konularında tek başına yabancı sermaye veya onunla yerli sermayenin oluşturduğu konsorsuyumlar yararına uygulamaya geçirildiğidir.

Böyle bir idare yöntemi, bildiğim kadariyle, Türk hukukunda ne öngörülmüş, ne de bunun olabileceği düşünülmüştür. Bu bakımdan, siyasi iktidarın Y-İ-D anahtarının patenti üzerinde hak iddiasını reddetmek kolay değildir. Şu kadar ki, kamu yönetimi, sınai ya da ticari faaliyet niteliğinde olmadığından, bu alandaki keşif ve icadlar Anayasa veya yasalar ile tescil edilmedikçe varlık ve geçerlik kazanamaz. Çünkü, 1982 Anayasasına göre, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” (m. 6) ve “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir (m. 123).

Gerçi Türk hukuk düzenlemelerinde, Y-İ-D formülüne yakınlaştırılmak istenebilecek kamusal etkinlik yöntemleri yok değildir. Fakat, Y-İ-D’in ortaya çıkan uygulamalarında karşılaşılan aktörler, konular, koşullar, biçim ve amaçlar, kamu hizmetlerinde mevcut ve geçerli hukuki rejimlerden hiçbirine tümü ile uyarlı görünmemektedir. Bu makalede, işte bu noktalardan Y-İ-D formülünü incelemeye ve açıklamaya çalışacağım.

I. Olgularda Y-İ-D görünümleri

Siyasi iktidar yetkilileri, hemen her tutum ve davranışlarında olduğu gibi, Y-İ-D formülünü ortaya atarken ve uygularken, bunun yasal

ya da yönetsel kaynağını belirtmek gereğini duymamışlar ve belki de hiç akıllarından geçirmemişlerdir. Gerçekten, "iş bitirici" olmakla övünen bir iktidarın, kendisince ayakbağı sayılabilecek böyle bir kaygı taşınması yersiz ve imkânsızdır. O nedenle, yetkililerin söylem ve işlemlerinde, Y-İ-D'in dayanağını gösteren işaret ve izleri aramak boşuna bir çabadır.

Böyle olunca, iktidarın Y-İ-D yöntemini, hiçbir noktada sınırlı, kısıtlı ve bağlı olmadan, tam bir serbestlik ve mutlak bir takdir ile kullanma durumunda bulunduğu söylenebilir. Nitekim, Y-İ-D uygulamalarının herbiri kendine özgü unsur ve koşullardan oluşmakta ve tümünü kapsayan bir rejim belirmemektedir.

Bu bakımdan, Y-İ-D formülünü pratikte yalnız devlet değil, belediye ve il özel idareleri ile kamu kurumları da dilediklerinde her türlü kamusal faaliyet için kullanabilmektedir. Şöyle ki, devlet, nükleer santral ve otoyol inşa ve işletmesi konusunda Y-İ-D yöntemleriyle yabancı sermayeye yatırım çağrısı yapmakta ise de, bu yolda henüz olumlu bir yanıt alamamış olmasına karşı; örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesinin, bu formül uyarınca Metro yapımı ve işletmesi için bir Kanada firmasıyla 1989 yılı başlarında bağtladığı sözleşmeye, hükümet aracılığı ile imza atmış bulunmaktadır. "Protokol" diye de anılan bu tür sözleşmeler tam olarak açıklanmadığı ve hiçbir yerde yayınlanmadığı için, hükümetin bunlara taraf olarak mı, yoksa kefil sıfatıyla mı katıldığı bilinmemektedir.

Ne varki, Ankara'dan önce diğer birçok belediye idaresi, toplu taşımacılık, konut inşaatı, otogar, otel-motel, eğlence ve ticaret merkezi yapımı ve işletmesi konularında Y-İ-D formülünü uyguladıklarını, övünerek açıklamış idi. Bunların arasında İstanbul Büyükşehir Belediyesi, "hafif" Metro, Bebek'te "kazıklı" Marina, doğalgaz şebekesi kurulmasına ve işletilmesine ilişkin Y-İ-D anlaşmaları ile başı çekmekte ve "büyük işler" başardığını ileri sürmektedir.

İl Özel İdareleri de bu alanda belediyelerden geri kalmadıklarını, güçleri yeterse mali katkılarla ve daha çok arazi ve arsa sağlayarak, otel-motel inşaatı ve işletmesi yaptırmak suretiyle kanıtlamaya çalışmaktadırlar. Vakıflar, Turizm Bankası ve Bakanlığı, aynı konuda, yerli ve yabancı sermayeye, Y-İ-D yöntemine göre tesisler kurdurup işletilmesi girişimlerinde bulunmaktadır. T.C. Karayolları, PTT ve DDY gibi kamu kurumları da, görevleri arasında bulunan işlerde Y-İ-D formülünü uygulama hazırlıkları içinde görünmektedirler.

Bu konudaki en ilginç girişim, hiç kuşkusuz, Sağlık Bakanlığı'nın resmi hastanelerin tıbbi cihazlarını, bunları üreten yabancı firmalara ya da Türkiye mümessillerine kurdurup kendi hesaplarına çalıştırmaları yolu-

nu açmış olmasıdır. Gerçekten, burada söz konusu olan, bir bayındırlık eseri vücuda getirmek veya bir kamu hizmetini veya faaliyetini bütünü ile işletmek ve yerine getirmek değil, taşınır mal olan bir cihazın kendini amorti edinceye kadar çalıştırılıp kazanç sağlanmasıdır. Genellikle eski kuşak ve gelişmiş ülkelerde kullanma dışında bırakılmış olan araç ve gereçleri kapsayan bu “kur-ışlet-at” modelinde, tıbbî cihaz firmaları doğrudan doğruya hastalara kamu tesislerinde özel hizmetler sunmakta ve ortada devlete devredilebilecek birşey kalmamaktadır. Böyle bir uygulamanın benzetilebileceği ya da yakınlaştırılabileceği herhangi bir kamusal yöntem Türk hukukunda bulunmamaktadır.

Kamu idareleri ile kurumları adına gerçekleştirilen bütün bu teşebbüsler, çoğu kez görkemli imza ve temel atma törenleriyle başlatılmakta, fakat ilgili tüzel kişilerin, hangi organının kararına dayanılarak, ne sıfatla ve kimin temsilcisi olarak bağıt kurduğu pek anlaşılmamaktadır. Genellikle “**protokol**” diye adlandırılan bu konudaki sözleşmelerin idari ve teknik şartnamelerinin bulunup bulunmadığı, mali koşullarının neler olduğu, faaliyetten yararlanacaklara ilişkin düzenlemeleri içerip içermediği, çıkabilecek uyuşmazlıkların hangi yollardan çözümleneceği bilinmemektedir. Kamu oyuna açıklanan sadece işletmenin 20, 30, 40 yıl ve daha uzun süreler için özel teşebbüse bırakılmış olduğudur. Bazan işletmeye başlama tarihi de, yakın bir gelecekte ise, müjde olarak belirtilmektedir.

Y-İ-D formülü özellikle yabancı sermaye yararına kullanılmak istendiğinden, bu konuda yatırımcılara ne gibi ekonomik ve mali yarar ve güvenceler tanındığı büyük önem taşımaktadır. Örneğin bu alandaki girişimcilere tekel veya tekele dönüşebilecek bir konu, kâr ve kur garantileri, bedelsiz arazi verilmesi, vergi muafiyeti ya da istisnaları öngörülmede midir? İşletmecilerin ödev ve yükümlerini yerine getirmemeleri durumunda ve çalışma sürelerinin bitiminde ya da bitimine yakın dönemde, ne gibi yaptırım ve borçlara katılmak zorunda oldukları, yapılan sözleşmelerde saptanmış mıdır? Gerçekten, burada, İdarenin salt kendi gereksinimlerini karşılamak üzere yapılan iç etkinlikler değil, halkın günlük yaşantısında vazgeçilmez ihtiyaç ve yararlarının yerine getirilmesine yönelik kamu faaliyet ve hizmetleri söz konusu olduğundan; işletmenin sağlıklı, sürekli ve güvenli biçimde yürütülmesi zorunluğu vardır. Bu işler ve gerekler ise, ancak yukarıdaki soruların Y-İ-D belgelerinde yanıtlarının açık ve kesin biçimde önceden saptanmış olmasıyla sağlanabilir.

Y-İ-D anlaşmalarının ayrıntıları açıklanmadığı ve metinleri yayınlanmadığı için, bu alanda yetkili ve ilgililerin, belirttiğim önlem ve güvenceleri alıp almadıklarını kesinlikle söylemek mümkün değildir. Ancak, söz konusu sözleşmelere, daha çok bir anlaşmanın genel esaslarını

saptayan belgeye verilen “**protokol**” adı takıldığına göre; toplum ve kamu yararlarını gözeten ve güvenceye bağlayan hüküm ve şartların konulduğunu hiç sanmıyorum. Buna karşılık, Y-İ-D sözleşmelerinin, açıklanan kural ve koşullarından; Türkiye’de yabancı sermaye yatırımlarını özendirme ve desteklemek amacıyla, bunlara anılan formülle bir takım kolaylık, yarar bağıışıklık ve ayrıcalıkların tanınmak istendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, sözkonusu teşebbüslerin finansmanında kullanılmak üzere, devletin ve belediyelerin milletlerarası mali kuruluşlar ve ticari bankalardan yüksek faiz ve kısa vadelerle milyarlarca dolar istikraz ettikleri bildirilmektedir. Fakat, bu mali ilişkilerin belgeleri yayınlanmadığı gibi, esas ve koşulları da resmen açıklanmamaktadır.

Bütün bu bilinmezlikler içinde, Y-İ-D formülü kısaca tanımlamak olası ise, denilebilir ki, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kâr gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir. Bu şema, aşağıda açıklayacağım kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazları rejimine, ana çizgileriyle benzetilebilir.

II. Kamusal etkinliklerin hukukî rejimi

Türkiye’de yürütme ve idarenin kamusal etkinliklerinin hukukî rejimi, kamu hukukudur. Kamu hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, organ, makam ve görevliler işlem ve eylem yaparken, serbest irade ile hareket edemeyip, yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş bir takım esas ve usullere uygun olarak davranmak zorundadırlar. Bu saslara başında “kanunilik ilkesi” gelir ki, buna göre, yürütme ve idare, Anayasa veya kanunlarda öngörülme-yen hiçbir konuda doğrudan doğruya (kendiliğinden) herhangi bir işlem ve eylemde bulunamaz. Aynı ilke uyarınca, öngörülen konulardaki kamusal etkinliklerin yürütülmesi de, ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam veya görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle sağlanabilir. Kamu hizmet ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde, ayrıca kamu hukukundan doğan kurallara aykırı davranılmaması da gerekir.

Kamu hukukunun bir kuralı gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizatihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeğe elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üye-

rinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belli yasal usullere göre özel müteşebbislere yaptırılabilir. Örneğin, Millî Savunma ve kolluk etkinlikleri, kamu gücüne özgü faaliyetler olduğundan, herhangi bir şekil ve koşulda tümüyle özel kişilere bırakılamaz. Gerçi, askeri yönetimin çıkardığı bir kanunla, özel koruma gerektiren bazı müesseselerin ilgili makamların tek yanlı izni ile çalıştırılabileceği kendi personeli eliyle kolluk gereksinmesini karşılayabileceği kabul edilmiştir; lâkin bu personelin seçimi, eğitimi, çalışma esas ve usulleri, gözetim ve denetimi 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. Şu da var ki, kolluk faaliyetleri, hiçbir yanı ile sözleşmeye konu yapılamaz.

Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise, bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz. Genellikle sınaî ve ticarî nitelik taşıyan kamu hizmetleri ile özel malî yanı ağırlıklı olan faaliyetler, yine yasalarda düzenlenmiş yetki, şekil ve usul kuralları uyarınca, değişik statüler çerçevesinde, gerçek ve özel-tüzel kişilere ya da kamu tüzel kişilerine bırakılabilir.

Bugün Türkiye’de yürürlükte ve geçerli olan yasal düzenlemelerde kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel teşebbüs eliyle yaptırılması için kullanılacak başlıca dört yöntem öngörülmüştür. Şöyle ki:

1 — Kamu hizmeti imtiyazı, demiryolu, havagazı, elektrik, su v.b... gibi iktisadî ve teknik nitelikli kamu etkinliklerinin gerek kuruluş, gerek işletmelerini devletin kendi sorumluluk, gözetim ve denetimi altında, belirli bir süre ile, özel kişiler eliyle gerçekleştirilmesi yöntemidir. Liberal sistemin egemen olduğu 19. yüzyılda Batı’da ortaya çıkan ve Osmanlı ülkesinde de uygulanan bu usul uyarınca, teşebbüsün yatırımları, kâr ve zararları imtiyazcıya ait olup, işletme süresi sonunda tümü ile bedelsiz olarak devlete bırakılmasını içerir.

Osmanlı Devleti, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, demiryolu, liman, rihtim, fener, havagazı, elektrik, su, telefon, v.b. kamu hizmetlerinin kurulmasını ve işletilmesini, yabancılara verilen imtiyaz yöntemi ile sağlamaya çalışmıştır. Bu konuda, maden ve taşocaklarının aksine, herhangi bir yasal düzenlemeye gerek görülmemiş ve devlet, hükümlerlik yetkisini kullanarak, ayrı ayrı ve değişik koşullarla imtiyaz sözleşmeleri yapmak yolunu seçmiştir. Bir yandan kapitülasyonların, öte yandan dış

borç ve Düyun-u Umumiyenin baskıları altında, hem imtiyazcılar yararına devlet zararına bağışlar ve durumlar yaratılmıştır.¹ İstibdat yönetimine karşı 1908'de Hürriyetin ilânından sonra, II. Meşrutiyet rejiminde, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli ve "Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyaz Hakkında Kanun" (Takvimi Vakayi, 24 Haziran 1326 (1910)-576) çıkarılarak bayındırlık işleri ve kamu hizmeti imtiyazları yasal bir statüye kavuşturulmuştur. Cumhuriyet döneminde, özellikle imtiyazcıya vergi ve resim bağışıklığı tanınmasını ve bütçelerden ödeme yapılmasını içeren sözleşmeleri TBMM'nin onayına bağlı tutan 1932 tarihli ve 2025 no'lu kanunun ek düzenlemesi ile, anılan kanun bugüne kadar yürürlüğünü korumuştur.²

Bununla beraber, I. ve II. Cumhuriyet dönemlerinde, Osmanlıdan intikal eden imtiyazlı şirketlerin satın alınma (rachat)'sına gidildiği gibi, kamu hizmetleri alanında yabancı sermaye yatırımlarına iltifat edilmediğinden; yerli sermaye yararına bir iki istisna (Çukurova Elektrik, Bünyan ve havalisi Elektrik) dışında, 1910 Kanunu uygulamaya konu olmamıştır. Yine de kabul etmek gerekir ki, 20. yüzyılın başlarında Fransa'daki kamu hizmetleri imtiyazı rejimine ilişkin esas ve usulleri içeren bu kanun, 1960'lara kadar yeterli ve uygulanabilir bir statü sayılabildi.

Bu kanuna ve Cumhuriyet Anayasaları ile Danıştay kanunlarına göre, kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazları ancak Osmanlı-Türk anonim şirketlerine, Danıştay'ın incelemesi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ve yasama organının onayı ile verilebilir. Mahalli idareler, Osmanlı döneminde imtiyaz vermeğe yetkili kılınmamış iken, Cumhuriyet rejiminde 1930 tarihli Belediye Kanunu (m. 19/4-A) ile belediyeler kimi yerel kamu hizmetleri için, devletin koyduğu ve uyguladığı esas ve usullere uygun olmak kaydıyla, (40) kırk yılı aşmayan süreli imtiyaz sözleşmeleri yapmaya yetkili kabul edilmiştir. İl özel idareleri ise, sadece çevre belediyeleri yararına olmak üzere, aynı konularda ve koşullarla imtiyaz verme yetkisine sahiptirler. Ancak, I. ve II. Cumhuriyet dönemlerinde, belediyeler ile il özel idarelerinin herhangi bir kamu hizmeti konusunda imtiyaz sözleşmesi yaptığı görülmemiştir.

2 — Elektrik görev sözleşmesi, ülkenin belirli bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin, Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) dışında sermaye şirketlerine yaptırıl-

¹ Turgut TAN, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", Ank. Ün. Siy. Bil. Faö. Der. Cilt XXII, Sayı 2, Mar t1967, s. 285-326.

² "Uygulama imkanı kalmamış olan kanunların yürürlükten kaldırılması hakkında"ki, 27 Ekim 1988 tarihli ve 3488 numaralı (R.G. 8 Kasım 1988-19983), "kanun"a ekli listede de, söz konusu Osmanlı Kanunu ve eki Cumhuriyet Kanunu yer almamıştır.

ması konusunda devletçe başvurulabilecek bir yöntemdir. Aslında, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli kanunda düzenlenen genel, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesinden hiç de farklı olmayan “elektrik görev sözleşmesi”, 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 numaralı kanunla (R.G. 19 Aralık 1984-18610, 1, 3-4) öngörülen, yalnızca elektrik enerjisine özgü bir usulden ibarettir.

Cumhuriyet döneminde elektrik konusunda önce Etibank ile belediyeler, daha sonra TEK’le belediyeler yararına kurulmuş olan tekel ilk kez, Milli Güvenlik Konseyi tarafından, 1312 numaralı Türkiye Elektrik Kurumu Kanununa, 9 Eylül 1982 tarihli ve 2705 numaralı kanunla getirilen ek bend hükmü ile (m. 26/d) kaldırılarak, KİT’ler ile ticarî şirketlere elektrik üretimi yapma müsaadesi verilmesi yolu açılmıştır. Aynı zamanda bu kanunun geçici maddesiyle, Cumhuriyet döneminde kurulmuş olan imtiyazlı elektrik şirketlerinin hukukî durumları düzeltilip geçerli kılınmıştır. Yine askerî yönetimin son günlerinde çıkarılan 10 Ekim 1983 tarihli ve KHK 110 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu hakkındaki kararnamede, Türkiye’deki elektrik tekeline son veren 2705 numaralı kanunun sürekli ve geçici hükümleri geliştirilerek, bu konuda özel teşebbüs dönemi kesinlikle başlatılmıştır.

Ancak, kamu iktisadî teşebbüslerini yeniden düzenleyen 8 Haziran 1984 tarihli ve KHK 233 sayılı kararname (R.G. 18 Haziran 1984-1843» mükerrer, s. 976), diğer İktisadî Devlet Teşebbüsleri ve Kamu İktisadî Kuruluşlarının statüleri arasında TEK’in kuruluş statüsü olan KHK 110 sayılı Kararnameyi de yürürlükten kaldırdığından; elektrik kamu hizmetinin imtiyaz yolu ile yürütülebilmesi için, 4 Aralık 1984 tarihli ve 3097 numaralı kanunun çıkarılmasına gereksinme duyulmuştur. Bu kanun gerçekte, KHK 110 sayılı kararnamenin bu hususa ilişkin hükümleri ile (m. 24, geçici 1 ve 2) 10 Haziran 1326 (1910) tarihli kanunun genel düzenlemelerini kaynaştıramaktan öteye yeni bir şey yapmış değildir. Gerek 2705 numaralı kanun ile KHK 110 sayılı Kararnamenin, gerek 3096 numaralı kanunun diğer bir gerçek amacı da; TEK’in açmış olduğu idarî davalar sonucunda, Çukurova³, Kepez ve Bünyan Elektrik Şirketlerinin 1970’lerde Danıştay’ca iptal edilmiş bulunan imtiyaz sözleşmelerinin yasama yolu ile canlandırılmasını ve genişletilmesini sağlamaktadır (3096 numaralı Kanun ve özellikle geçici m. 1, 2). Nitekim, bu düzenlemelerin üzerinden beş-altı yıl geçmiş olduğu halde; elektrik enerjisi konusunda özel teşebbüse halâ yeni bir imtiyaz veya görev verildiği görülmemiştir.^{3a}

³ Danıştay DDK, 13 Mayıs 1977, Türkiye Elektrik Kurumu, E.1976/456, K.1977/254, Danıştay Dergisi, Sayı: 28-29 (1978), s. 261-284.

^{3a} Bakanlar Kurulu, 1989-1990 yılları içinde, İzmir-İzmirliye termik santrali için bir Japon firmasına elektrik üretim tesisi kurma ve işletme müsaadesi vermek girişiminde bulunmuş ise de; yerel halkın ve çevrecilerle yeşillerin tepki ve baskısı karşısında, duraksamalar geçirerek, belirsizlik içine girmiş bulunmaktadır.

“**Elektrik görev sözleşmesi**”, Devlet Plânlama Teşkilâtının (DPT) görüşü alınarak, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulundan verilecek bir karar uyarınca, adı geçen bakanlıkla görevli şirket arasında aktedilir. Sadece elektrik üretmek üzere kurulacak sermaye şirketlerine ise; DPT'nin olumlu görüşünü almak suretiyle, doğrudan doğruya Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, **elektrik üretim tesisi kurma ve işletme müsaadesi** verilebilir. Bu tesislerde üretilecek elektrik enerjisi, adı geçen bakanlığın tespit ettiği tarifeye göre, bölgelerindeki TEK'e veya görevli şirkete satılır. Fakat, Bakanlar Kurulu'nda, görev bölgesinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarına (KİT'ler dahil, yani TEK) ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesini kararlaştırabilir ve bunların işletilmesine 2983 numaralı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması hakkındaki Kanun ile yönetmeliği uygulanır. Elektrik görev sözleşmesi ve üretim tesisi kurma ve işletme müsaadesi süreleri (99) doksan dokuz yıla kadar öngörülebilir.

Böylece Türkiye'de, elektrik kamu hizmetine özgü daha çok yerli ya da yabancı özel sermayeyi kayıran bir karma rejimin oluşturulması amaçlanmakta ve bu kamusal etkinlikler, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli kanundan farklı olarak, yasama organının istenç ve bilgisi dışında, Danıştay incelemesinden geçirilmeden hükümet ve hatta tek başına bir bakan tarafından yürütülmek istenmektedir.

Bu alandaki ilk uygulama, günlük basından öğrendiğime göre,⁴ geçen 1988 yılının sonlarına doğru, Adana, Hatay ve İçel illeriyle Kahramanmaraş ilinin merkez ilçesine bağlı bazı köylerde elektrik iletimi, dağıtımı ve ticaretinin Çukurova Elektrik A.Ş.'ne (70) yetmiş yıl süre ile bırakılmasını içeren sözleşmenin Yüksek Planlama Kurulu'ndan (YPK) geçirilmesiyle başlamış görünmektedir. Anılan fıkra yazısından, sözkonusu sözleşmenin kapsamına giren bölgede elektrik iletim, dağıtım ve ticareti “**İşletme müsaadesinin**”, 3096 numaralı kanunun 5. maddesine göre Bakanlar Kurulunca, 2983 numaralı Kanunun çerçevesinde “**görevli şirket**”lerden sayılan bir özel şirkete verilmek istendiği anlaşılmaktadır. Bu arada, aynı fıkroda, Çukurova Elektrik A.Ş.'nin 2002 yılında sona erecek olan imtiyaz süresinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca 18 Ekim 1988 günü (56) elli altı yıl daha uzatıldığı belirtilmektedir. 3096 numaralı kanunun 3. ve geçici 2. maddelerinin açık hükmüne rağmen, bu süre

⁴ Uğur Mumcu, “Elektrik” (Gözlem) sütunu, Cumhuriyet Gazetesi, 22 Kasım 1988, s. 1 ve 10. Önceki cumhuriyet dönemlerinde, 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1322 numaralı Kanunların ve Nizamnamelerin Neşir ve İlanı Hakkındaki Kanuna uygun olarak, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları ve bunları onaylayan Bakanlar Kurulu kararları Resmi Gazete'de yayınlanmakta idi.

uzatma işlemi doğrudan doğruya Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yapılmış ise; TEK’e ait işletme haklarının Çukurova Elektrik A.Ş.’ye devrini gerçekleştiren sözleşmenin Danıştay’ın incelemesinden geçirilmeden ve Bakanlar Kurulu kararı alınmadan imzalanacağı ya da imzalandığı tahmin edilebilir. Bunun gibi, TEK Boğaziçi Dağıtım Müessesesinin İstanbul’da Anadolu yakasındaki iletim, dağıtım ve satış hizmetleri, 1990 yılında yerli özel bir şirkete elektrik görev sözleşmesi ile verilmiş bulunmaktadır.

Oysa, hukuki işlemler, onlara verilen ad veya başlıklara göre değil, içerikleri ve amaçları uyarınca değerlendirilip nitelenmek gerekir. Bu ölçütler, elektrik konusunda “görev sözleşmesi”ne ve “işletme müsaadesi verilmesi” işlemine uygulandığında; bunların “bayındırlık imtiyazı” ve “kamu hizmeti imtiyazı” olduğu görülür.

Gerçekten, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve satışı geleneksel kamu hizmeti etkinliklerindedir ve kamu yararı amacıyla yapılır. “Görev sözleşmesi”nde, bu kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi bir arada veya ayrı ayrı olabildiği halde; “işletme müsaadesi verilmesi” işleminde, yalnız kurma ve üretme faaliyeti sözkonusudur. Kamu tesislerinin sadece kurulmasını ve karşılığında ürünün toptan satışını içeren sözleşme, gerçekte bir “bayındırlık imtiyazı sözleşmesi”dir.

Bu bakımdan, 3096 numaralı kanunun 4. maddesiyle düzenlenen “Elektrik üretimi müsaadesi”, gerçekte “kamu hizmeti imtiyazı” benzeri olup, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının tek yanlı ruhsatı ile değil, aynı kanunun 3. maddesinde öngörülen “elektrik görev sözleşmesi” gibi Bakanlar Kurulu kararıyla verilebilmeliydi.

İşte, 3096 numaralı kanunun elektrik kamu hizmeti konusundaki bütün bu saptırmaları, yönetsel düzenlemelerde tüzük yerine yönetmelik işleminin yeğlenmesinde olduğu gibi, salt kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyaz sözleşmeleri ile şartlaşmalarını Danıştay incelemesinden kaçırmayı sağlamaya yönelik görünmektedir. Ancak, II. ve III. Cumhuriyet Anayasalarında bu tür yürütme işlemleri, yasama organının onay yetkisi dışına çıkarılmış olması bakımından, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli imtiyazlara ilişkin genel kanunda öngörülen bu onay işleminin, 3096 numaralı özel kanunla kalkmış olduğu kabul edilse bile; 1982 Anayasası ve 9 Ocak 1982 tarihli ve 2575 numaralı Danıştay Kanununda korunmuş ve düzenlenmiş bulunan, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay incelemesinden geçirilmesi zorunluğu, gerek “Elektrik görev sözleşmesi” ve gerek bayındırlık işi imtiyazı niteliğindeki “Elektrik üretim müsaadesi” için sürmektedir. 3096 numaralı kanun, bu yolda yorumlanmak ve uygulanmak gerekir.

Bu itibarla, Danıştay incelemesine konu olmadan yapılan “Elektrik görev sözleşmesi” ve verilen “Elektrik üretim müsaadesi”, 2575 numaralı kanuna ve Anayasa’ya aykırılık nedeniyle sakat sayılıp, iptal edilmelidir.

3 — Bayındırlık işleri imtiyazı, idareye ait taşınmazlar üzerinde kamunun yararlanacağı ve kullanacağı kamusal mallar arasında yer almak üzere, özellikleri bulunan inşaat ve tesisatın yapılıp kurulması ve işletilmesi konusunda özel müteşebbis ile kamu tüzel kişileri arasında bağitlanan bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Bayındırlık imtiyazının, benzeri sözleşme ve işlemlerden farklı ve belirgin yani; inşaat ve tesisatı üstlenen özel kişinin, karşılık olarak, para yerine belli bir süre işletmenin gelirini elde etmesi ve fakat bunun klâsik bir kamu hizmeti niteliğini taşımaya-bilmesidir. Ancak, kamu hizmeti imtiyazı ilk kuruluşu içermekte ise; bunun başlangıç aşaması bir bayındırlık imtiyazını kapsar.⁵ Bayındırlık imtiyazı usulü, büyük boydaki, uzun erimli ve özellikleri olan kamusal inşaat, tesisat ve teşebbüslerin, kamu bütçelerine ağır yük getirmeden gerçekleştirilmesi yolunda kullanılır. Örneğin, baraj, kanal, kanalizasyon, otoyol, tünel, köprü, petrol boru hattı, deniz ve hava limanları, otogar, otopark ve benzeri yapılar ile tesisatın inşaaı, kurulması ve işletilmesi bayındırlık işleri imtiyaz sözleşmeleri ile sağlanabilir.

“Bayındırlık imtiyazları” terim ve kavramı, 2575 numaralı Danıştay Kanunu’nun 42/c maddesinde, Birinci Dairenin görevleri arasında yer almakta, fakat mevzuatta 1326 (1910) kanunundan başka bir düzenlemeye konu olmamış görünmektedir. Teorik açıdan, bayındırlık işleri imtiyazının idari sözleşmelerin bir türünü oluşturduğu kuşkusuz olmakla beraber,⁶ anılan Danıştay kanununu hazırlayanlarca, Artırma, Eksiltme ve İhale ve/veya Devlet İhale Kanunlarında öngörülen kamusal inşaat ve tesisat işlerini konu alan ve öteden beri, yönetsel uygulamalar ile mahkeme içtihatlarında, özel hukukun “*istisna*” akdi (B.K. m. 355-371) olarak düşünülmüş ve benimsenmiş olabilir. Kamu kesimindeki büyük inşaatın ve önemli tesisatın yapımı sıkça Devlet İhale Kanununun kapsamı dışında bırakıldığından; bayındırlık işleri imtiyazı olgularda ancak özel ihale işlemlerinde ya da kamu hizmeti ile birlikte ve içinde görülmektedir. Yukarıda işaret edildiği gibi, “elektrik üretim müsaadesi”, tesisin ürününün sadece toptan satışını öngördüğünden, gerçek bir “bayındırlık işi imti-

⁵ M. Waline, *Précis de Droit Administratif*, I, Montchrestien, Paris, 1969, No: 771-772, s. 395-396; G. Vedel-P. Dévolvé, *Droit Administratif*, 7e-éd., P.U.F., Paris 1980, s. 1050; R. Chapus, *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 1985, T.I., No: 616, s. 38, No: 675, s. 423, T. II, No: 629, s. 460; J.-M. Auby-R. Ducos-Ader, *Grands Services Publics*, P.U.F., 2e-éd., Paris, 1975, s. 234-235.

⁶ Turhan Feyzioğlu, *İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi*, S.B. Okulu Yay., Sayı 18, Ankara, 1947, s. 66-73; L. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İ.Ü.H.F. Yay., No: 2956/648, İstanbul, 1982, s. 332, 428, 429-435.

yazı” sayılabilir. Otoyol inşaatı ve işletmesi sözleşmesi, karayolu taşımacılığı kamu hizmeti olmadığından, bayındırlık işi imtiyazının prototipi kabul edilmektedir.

Gerçekten, “Karayolları Genel Müdürlüğü dışındaki kuruluşların erişme kontrollü karayolu (otoyol) yapımı, bakımı ve işletmesi ile görevlendirilmesi hakkında kanun” (28 Mayıs 1988-3465, R.G. 2 Haziran 1988-19830, s. 14-16), yukarıda 2. de incelenen “Elektrik görev sözleşmesi”ne ilişkin 3096 numaralı kanundan uyarlanan bir metin olmasına karşın, düzenlediği kanunun niteliği gereği bir “**bayındırlık imtiyazı**”nı içermektedir. Şöyle ki, bu kanuna göre, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri otoyolların ve üzerindeki bütün tesisleri ile otoyol güzergahındaki otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu, tamirhane gibi yolculukla ilgili tesislerin yapımı ve işletilmesi ile görevlendirilebilir. Bu konuda Karayolları Genel Müdürlüğü, görevlendireceği şirketi seçmekte tamamen serbest olup, onunla bağitlayacağı sözleşmenin kural ve koşullarını dilediği gibi düzenleyebilecektir. Sadece, verilecek görev “bütün tesisleri ile otoyolun veya yolculukla ilgili hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsar” (m. 5/1) ve buna ilişkin sözleşmenin süresi, bütün tesislerin yapım, bakım ve işletilmesini de içermek üzere, 49 yılı aşmamak gerekir (m. 50/2). Otoyol görev sözleşmesinin elektrik görev sözleşmesinden önemli farkı, bu konuda asıl görevli kamu kurumu olan Karayolları Genel Müdürlüğü’nün tek başına yetki ve iradesine bırakılmış olmasıdır, ilgili Bayındırlık ve İskan Bakanlığı yalnızca otoyol geçiş ücretleri tarifesini onaylamak (m. 7/1) ve kanunun uygulanması ile ilgili yönetmeliği hazırlayıp Bakanlar Kuruluna sunmak (m. 11) durumundadır. Ayrıca, 3465 numaralı kanun, 3096 sayılı kanunda olduğu gibi, 2983 numaralı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması hakkındaki kanuna yollama yapmamaktadır.

Yasama politikası açısından bu düzenlemenin yerindeliği ve yeterliği bir yana, “**bayındırlık imtiyazı**” içeren bir sözleşmenin, Anayasanın 155. maddesi gereğince, Danıştay incelemesinden geçirilerek Bakanlar Kurulunca kararlaştırılması zorunlu iken, tümü ile, bir kamu kurumu tüzel kişisi olan Karayolları Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkisine bırakılması, izah ve kabul edilemez. Her ne kadar burada söz konusu olan otoyol ve yolculukla ilgili tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi, dar anlamda kamu hizmeti etkinliklerinden sayılmaz ise de; bu yapılar, tesisler ve cihazlar kamusal mal niteliğinde olduğundan, özel kişilerce ancak “**bayındırlık imtiyazı**” denilen kamu hukuku rejimi altında kurulup yürütülebilir. Çünkü devlet ve idare, anılan mallardan ve bunların işletilmesinden sorumlu, onların gerçek ve eylemli sahibidir; bunları özel teşebbüse bıraktığı belirli ve geçici süre içerisinde dahi kendi yetki ve ödevlerinden

sıyrılmış ve kurtulmuş olmaz. Nasıl ki, görevli şirketin de bu konuda kamu hukukundan kaynaklanan bir takım hak ve yükümlülükleri vardır. Aynı şekilde, otoyol ve tesislerinden yararlanan bireyler de, gerek idareye, gerek görevli şirkete karşı bazı kamusal hak ve olanaklara sahiptirler. Bütün bu ikili ve üçlü ilişkilerin, özel hukuktaki çeşitli sözleşme düzenlemeleri çerçevesinde düşünülmesi ve çözümlenmesi mümkün olmasa gerek.

Basında, (E-5) karayolunun Toros'lardaki kesiminde bulunan kısa bir otoyolun uzantısı olarak bir şirkete Y-İ-D formülü ile ihale yapılmış olduğu haber verilmiş ise de; 28 Mayıs 1988 tarihli ve 3465 numaralı kanunun uygulamasına ilişkin bir sözleşmenin varlığı —bu tür belgeler Resmi Gazete'de yayınlanmadığı için— doğrulanmamıştır. Bu nedenle, idarenin kanunu nasıl ve ne yönde uyguladığı bilinmemektedir.

Türk hukukunda "bayındırlık işi imtiyazı" kategorisinin varlığı ve işlerliği kabul edilirse; buna ilişkin sözleşmelerin de, maden imtiyazları gibi, Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi zorunluğu doğar. Gerçekten, Anayasa genel ve salt olarak "imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları"nı, yapılmadan önce Danıştay incelemesine ve Bakanlar Kurulu kararına bağlı tutmaktadır. Bu bakımdan Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, yeni kanundaki "bayındırlık imtiyazı" kavramından yararlanarak, kamusal inşaat ve tesisat sözleşmelerinin idari mukavele niteliğinde olduğunu içtihat ederse; bu her yönden önemli konuyu Danıştay'ın yönetsel ve yargısal denetimi altına alabilir.

4 — Kamu hizmeti işletme ruhsatı, idarenin tek yanlı bir işlemle, belli bir kamusal faaliyeti özel kişilerin gerçekleştirmesine olanak sağlayan belgedir. İşletme ruhsatı, belirli bir süre için verilmiş olsa bile, gerekli görüldüğünde idarece kaldırılabilir. Ancak, ruhsatın geçerliğine son verme, idarenin usulsüz ve haksız bir işlemiyle yapılmış ise; malî sorumluluğunu gerektirir ve tazminata mahkûm edilmesine neden olabilir.

Ruhsat ile kamu hizmeti gördürülmesine eski bir örnek olarak, belediyenin şehir içinde çeşitli araçlarla yolcu taşımacılığını özel teşebbüse verebilmesi gösterilebilir (Belediye Kanunu m. 19/5). Aslında belediyenin bizatihi yapması gerekli görevleri arasında bulunan toplu taşıma hizmetini, geçici ya da tamamlayıcı olarak, özel kişilere bırakması bir önlem niteliğindedir ve er-geç sona erdirilmelidir. Türkiye'de bu konudaki uygulama ise, olağan ve sürekli sayılma görünümündedir.

Kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, bugünkü iktidarın sözde neoliberal ekonomi politikasının uygulama olarak tercih ettiği seçeneklerden biridir. Şöyleki, 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 numaralı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının

Hızlandırılması Hakkında Kanununun (R.G. 17 Mart 1984-18344), KİT'lerin işletme haklarının uzatılabilme (15) onbeş yıl süreyle özel teşebbüse verilebilmesini öngörmektedir. Bunun gibi, daha önce sözü edilen 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 numaralı kanun da, elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine elektrik üretme tesisi kurma ve işletme müsaadesi (ruhsat) verme yetkisini Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na tanımaktadır (m. 4). Aynı kanun, Bakanlar Kurulu'nun, kamu kurum ve kuruluşlarının (KİT'ler dahil) elinde bulunan ve inşa edilecek elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının "görevli şirketlere" verilmesini kararlaştırabileceğini kabul etmiştir (m. 5). Bu konuda, 2983 numaralı kanun ile yönetmeliğinin uygulanacağı bilinmektedir.

Bunlardan başka, 12 Eylül askeri yönetimini izleyen siyasi iktidar, göreve başladığı ilk günden itibaren bir çok alanda, kırtasiyeciliği önleme ve kamusal işleri hızlandırma gerekçesiyle, bürokrasinin yerine özel kişilere resmi belgeler düzenlemek, gözetim ve denetim yapmak yetkilerini içeren ruhsatlar vermeyi öngören kanunlar çıkarmıştır. Ancak, bu ruhsatlar imar, turizm, trafik, vergi, banka, sigorta vb. konularda özel zabıtaya ilişkin belgelerin düzenlenmesini, gözetim ve denetimlerin yapılmasını içerdiğinden; kamu hizmeti kurulması ve işletilmesi ile ilgili değildir. Esasen söz konusu kanunların bu noktaya ilişkin hükümlerinden bazıları, Anayasaya aykırılığı nedeniyle, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bu bakımdan, özel kişilere bazı kamusal görev ve yetkiler verilmesini içeren ruhsatlardan burada sözedilmesine yer ve gerek yoktur.⁷

KİT'lerin ve TEK'in Elektrik müesseselerinin işletme haklarının 2983 ve 3096 numaralı kanunlara göre özel kişilere devri işlemi, 27 Ağustos

⁷ — 2981 sayılı ve 24.2.1984 tarihli İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6775 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, md. 8, değişik 4. fıkra (3368-18.5.1987) (R.G., 8.3.1984-18335).

— 3194 sayılı ve 3.5.1986 tarihli İmar Kanunu (R.G., 9.5.1985-18749) md. 21, 22, 23, 24, 25, 26. (Bu maddelerde yeminli teknik bürolara verilen yetkilerle ilgili kısımlar Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 tarih, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmiştir).

— 3213 sayılı ve 4.6.1985 tarihli Maden Kanunu (R.G., 15.6.1985-18785) md. 48. (Bu madde Anayasa Mahkemesinin, 24.12.1986 tarih ve E.1985/2, K.1986/30 sayılı kararı ile iptal edilmiştir).

— 3239 sayılı ve 4.12.1985 tarihli, 213 sayılı Vergi Usul Kanununu Değiştiren Kanun (R.G., 11.12.1985-18955), 141. md.'ye ek madde getiren 13. md. (Anayasa Mahkemesinin, 19.3.1987 tarihli, E.1986/5, K.1987/7 sayılı kararı ile iptal edilmiştir).

— 2918 sayılı ve 13.10.1983 tarihli Karayolları Trafik Kanunu, md. 35/1, (R.G., 18.10.1983-18195).

— 3492 sayılı ve 2.11.1988 tarihli, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 30'uncu maddesinin değiştirilmesi hakkında kanun, md. 30.

1984 tarihli ve 84/8495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyl eyürürlüğe konulan “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği” (R.G. 13 Eylül 1984-18514, s. 24-30) uyarınca yapılmak gerekiyor. Çünkü, anılan kanunlarda buna ilişkin kısa bir tanımdan başka bir düzenleme yoktur. Adı geçen yönetmelikte “İşletme Hakkı”, KİT tesislerinin, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla belirli bir bedel karşılığında, belirli süre ve şartlar dahilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesini ve mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılmasını ifade eder.

İşletme hakkının devri, Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulunca belirlenen tesislerin, ilgili kuruluşun yapacağı inceleme ile tespit edeceği rayiç bedelini ve sözleşme koşullarını Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı’na bildirmesi üzerine, yerel basın ve Resmi Gazete ile, gerekirse radyo ve televizyonda yapılacak duyurular sonunda başvuran istekliler arasından uygun görülene, adı geçen idarenin kurulu tarafından yapılır. Bu karar çerçevesinde hazırlanacak “işletme hakkı sözleşmesi” anılan idarenin başkanı, ilgili kuruluşun genel müdürü ve tesisi devralan özel kişi arasında imzalanır. Konuya ilişkin 2983 ve 3096 numaralı kanunlar, işletme hakkı devrini tek yanlı bir işlem gibi gösterirken; Kamu Ortaklığı Fonu yönetmeliği bunun sözleşmeye bağlanmasını istemektedir.

Ne varki, basından ve TRT’den izleyebildiğim kadariyle, bugüne kadar 2983 numaralı kanuna göre herhangi bir KİT tesisinin işletme hakkı özel teşebbüse devredilmiş değildir. Bunun nedeni, acaba işletme haklarını devralmaya istekli çıkmamış olması mı; yoksa siyasi iktidarın KİT müessese, işletme ve bağlı ortaklıklarını kökten ve toptan yabancı sermayeye satmayı yeğlemesi midir?

Kamu hizmeti işletme ruhsatı görünümüyle sunulan “elektrik üretme müsaadesi”nin gerçekte bir “bayındırlık imtiyazı” olduğunu ve “ruhsat” hukuki rejimine tabi tutulması gerektiğini yukarıda belirtmiştim. Bunun gibi, KİT’lerin elinde bulunan elektrik üretim, iletim, dağıtım ve satış işletme haklarının Bakanlar Kurulunca “görevli şirket”lere verilmesi de tek yanlı bir işlemle sağlansa bile, aslında bir “kamu hizmeti imtiyazı” kurulması veya devri anlam ve sonucunu taşıdığından; “işletme ruhsatı” niteliğinde mütalaa ve kabul edilmemelidir. Elektrik konusunu düzenleyen 3096 numaralı kanunun bu noktada yollamada bulunduğu 2983 numaralı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkındaki Kanun ile öngörülen “İşletme Hakkı” verilmesi usulü de, bayındırlık tesislerine ve kamu hizmetleri gören Kamu İktisadi Kuruluşlarına uygulandığı takdirde, “Bayındırlık İmtiyazı” ya da “Kamu Hizmeti İmtiyazı” tanınması etkisini ve niteliğini içerdiğinden, gerçek “işletme ruhsatı”

yöntemi sayılmamalıdır. Nitekim ilgili yönetmelik bu hususta “sözleşme” yapılmasını öngörmektedir.

Ne varki, ilgili kanunlar, sözkonusu bayındırlık tesisleri ile kamu hizmetleri kuruluşlarını kurma müsaadesinin ve/veya işletme hakkının özel kişinin, karşılık olarak, para yerine belli bir süre işletmenin gelirini tek yanlı işlemlerle özel kişilere verilmesini ya da devrini kabul etmiş görünmektedir. Bu yasal düzenlemelerin, Anayasa ile zorunlu kılınan Danıştay incelemesini ortadan kaldırmaya yönelik bulunması nedeniyle, “usul saptırması” ve “yetki aşımı” oluşturmasından ötürü, sakat ve geçersiz sayılması gerekir. Bayındırlık veya kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olan işletme ruhsatı ya da müsaadesi işlemlerinin, asıl olarak veya dolayısıyla sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda taraflar görevli ve yetkili yargı yerleri önünde, bunların Anayasa’ya aykırılığı iddiasında bulunarak, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçirilmesini isteyebilirler.

Şu halde, belediyelerin toplu taşımacılık konusunda geçici olarak özel kişilere verebileceği ruhsatlar dışında, Anayasaya göre, yürütme ve idarenin kamu hizmet ve faaliyetlerini imtiyaz usulünden başka bir yöntemle özel teşebbüse bırakması mümkün bulunmamaktadır.

Kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi konusunda, “müşterek emanet” (régie intéressée=ortak yararlı yönetim) ve “iltizam”, (affermage) usullerine de başvurduğu görülmektedir. Ancak bunlar, kamu hizmeti imtiyazı ve işletme ruhsatı yöntemlerinin değişik çeşitlerinden ibaret olduğundan, üzerinde fazla durmaya gerek yoktur. Kısaca belirtiyim ki, müşterek emanette, imtiyaz sahibine idarece asgari bir kâr garanti edilmesi; iltizamın ise, tek yanlı işlemle ya da sözleşme ile, maktu (götürü) bedel karşılığında verilmesi, bu iki çeşidin özelliklerini oluşturur.⁸

5 — Serbest bölgelerin kurulması ve işletilmesi, 6 Haziran 1985 tarihli ve 3218 numaralı kanuna göre (m. 2/2); Bakanlar Kurulunca, kamu kurum ve kuruluşları yanında, yerli veya yabancı gerçek veya tüzel kişilere de verilebilir. “Serbest Bölgede gemi ve liman hizmetleri işletici tarafından yapılır veya kamu kurum ve kuruluşlarına, gerçek veya tüzel kişilere yaptırılır.” (m. 9/2). Serbest Bölgeler Kanunu, bu konuya ilişkin iç hukuk mevzuatının anılan yerlerde uygulanmayacağını (m. 12) ve işleticilerle kullanıcılar hakkındaki düzenlemelerin yönetmeliklerle yapılacağını (m. 13) öngörmüş olduğundan; yürütme ve idare serbest bölge-

⁸ Ayrıntı için, yukarıda (5) numaralı dipnotundaki kaynaklara ve L. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 333-334’e bakılabilir.

lerde yer alan kamu hizmetlerinin ve kamusal malların hukukî rejimini dilediği gibi belirleyebilecek demektir. Ancak, bu alandaki yetkilerin de, Anayasa kuralları ve Hukukun genel prensipleriyle sınırlı olduğu kabul edilmek gerekir. Bu itibarla, serbest bölgelerde girilecek Y-İ-D formülü uygulamaları da, iç hukuk örnekleri gibi, genel ilke ve kurallara bağlı olacaktır.

III. Y-İ-D FORMÜLÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye'de bugün yürürlükte ve geçerli olan kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel kişiler aracılığıyla ifasına ilişkin yukarıda açıklanan yöntemler karşısında Y-İ-D formülünün değerlendirilmesine olanak bulunup bulunmadığı sorulabilir. Gerçekten, böyle bir karşılaştırmayı yapabilmek için, Y-İ-D'i oluşturan öge ve kuralların resmi metin ve belgelerde bulunup görülmesi gerekir. Oysa, bu somut verilerin ortada olmadığını bir kaç kez işaret ettim. Bu haliyle Y-İ-D formülünün iktidar mensuplarının ağzında slogandan öteye bir anlam ve geçerlik ifade etmediği söylenebilir. Ancak, Y-İ-D'in slogan olarak havada kalmayıp, uygulamalarla ülke üzerinde maddi eserler şeklinde kendini gösterdiği de bir gerçektir. O nedenle, zor ve yanılığa açık olsa da, olgularda ortaya çıkan Y-İ-D formülü örnekleri gözönüne alınarak, bu konuda bir değerlendirme denemesinde bulunmasının mümkün ve yararlı olduğu kanısındayım.

Ta başta ve genel olarak denilebilir ki, Y-İ-D formülünün uygulanması diye yapılan girişimler, belirli bir kanuni dayanaktan yoksun bulunmaları nedeniyle, hukuka aykırı ve sakat işlem ve eylemlerden ibarettir. Bu teşebbüsler ,kimi noktalardan yasal yöntemlere benzese veya yakın olsa bile, aykırılık ve sakatlıktan kurtulamaz.

Bununla beraber, Y-İ-D'in olgularda görülen konu, yetki ve şekil-Usül öğeleri açısından yapılabilecek genel bir değerlendirmede bazı saptama ve yargılara varılabilir. Şöyle ki:

1 — Konu yönünden, kamu idare ve kurumlarından hiçbirinin görev alanına girmiyen işlerin Y-İ-D- yöntemi ile gerçekleştirildiği gözlenmektedir. Örneğin, belediye ve il özel idareleri işhanı ,gazino ,otel, motel, eğlence ve ticaret merkezleri; Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Turizm Bakanlığı eski han ve kervansarayları turistik tesis olarak özel teşebbüse kurdurmak veya yeniletmek, bir süre işletildikten sonra kendilerine devretmek koşulu ile bu formülü uygulamaktadır. Oysa, hiçbir kanun bu tür tesislerin kurulup işletilmesini kamu hizmeti ya da faaliyeti olarak herhangi bir idare ve kuruma görev olarak vermiş değildir. Bu konu tamamen özel teşebbüse ait olup ,kamu makamlarının bunlar üzerinde sadece kolluk yetkileri vardır.

İdarenin bu nitelikte özel faaliyetleri kendiliğinden ve doğrudan doğruya üstlenmesi mümkün olmadığı gibi; özel kişiler eliyle veya bunlarla ortaklaşa karma kuruluşlar aracılığıyla yürütmeye de yetkisi yoktur. Böyle bir uygulama, iktidarın liberal ekonomi ve toplum politikasına da ters düşer; meğer ki, bu yoldan devletin, ayrıcalıklı kişileri zengin ederek, sermaye birikimi sağlama amacıyla olduğu ifade ve kabul edilsin! Bu takdirde, Y-İ-D formülü, özel çıkarlar için kullanılmış olacağından, kamu yararından başka bir amaç güdemeyecek idari işlem ve eylemler “**mak-sat**” yönünden hukuka aykırı sayılmak gerekir.

Bu itibarla, devlet, il özel idaresi, belediye, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve öteki kamu kurumlarının, kat veya daire karşılığı inşaat taahhütlerinde olduğu gibi, arazi ve arsalarını özel müteşebbislere tahsis ederek, işletme hakkı mukabilinde, özel mülkiyet konusu olan birtakım bina ve tesisatı, Y-İ-D formülüne göre yaptırması asla mümkün ve caiz değildir.

Y-İ-D formülü ile özel kişilere yaptırılacak kamu hizmeti ve bayındırlık işleri devlet genel bütçesinde yer almakta ise veya kanunlara göre devlet tekelinde bulunuyorsa; bunların hükümet kararıyla imtiyaza verilmesi mümkün ve caiz değildir. Örneğin, PTT kamu iktisadi kuruluşu eliyle yürütülmekte olan iletişim hizmetlerinin hiçbiri, devlet tekelinde olduğu sürece, herhangi bir suretle özel teşebbüse bırakılamaz. Ayrıca, yasal tekele bağlı olmayan kamu hizmetleri ile bayındırlık işleri, nitelikleri ve konuları itibariyle kolayca fiili tekele dönüşmeye yatkın bulduğundan; bunlara ilişkin sözleşme ve şartlaşmalarda, gerek kamu yararını, gerek yararlanan ve kullananların çıkarlarını kollayıcı ve koruyucu önlem ve koşulların öngörülmesi gereklidir. Bu bakımdan, özellikle güçlü durumda bulunan yabancı sermayeye imtiyaz verilirken çok dikkatli ve ödünsüz davranılmalıdır. Çünkü, yabancı yatırımları, ileride belirteceğim gibi, milletlerarası andlaşmalarla güvence altında bulunmaktadır.

Yürütme ve idare, Y-İ-D formülü uygulamalarında, imtiyaz sahiplerine vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna veya muafiyet tanımaya yetkili olmadığı gibi; kamunun taşınır ve taşınmaz mallarının temlikini içeren, bütçelerden harcamayı gerektiren sübvansiyon, kredi, kefalet, kur garantisi, kâr güvencesi v.b. mali ve parasal taahhütler üstlenemez. Bu gibi hüküm ve şartları içeren sözleşme ve ruhsatlar, ancak kanun koyucunun işlemi veya onayı ile geçerlik ve yürürlük kazanabilir. Ankara Belediyesi'nin Y-İ-D formülüne göre yaptığı Metro sözleşmesine hükümet adına da imza konmuş olması, imtiyazcı şirkete işaret edilen türden bazı hak ve olanaklar tanınmış bulunabileceği izlenimini vermektedir.

Konu yönünden Y-İ-D yönteminde uygulanması gereken birçok esas arasında son olarak, etki ve sonuçları itibariyle önemli ve yaşamsal olan,

uyuşmazlıkların çözüm yeri sorununa kısaca değinmekle yetineceğim. Milletlerarası mali kuruluşlar ve yabancı firmalar, Türkiye'de gerek kamu kesimi, gerek özel kesim kuruluşları ve kişiler ile kurdukları ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıkların, hemen daima hakem yolu ile çözümlenmesini yeğlemekte ve karşı tarafa kabul ettirmektedir. Böylece yapılan sözleşmelere "tahkim şartı" konmakta ve genellikle yine yabancı organ ve kişilerin hakem seçilmesi öngörülmektedir. İşte bu teamül doğrultusunda, kamu hizmeti ve bayındırlık işleri imtiyazlarının yabancı sermayeye veya yerli-yabancı karması firmalara verilmesini konu alan sözleşmelerden çıkacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası hakemler eliyle çözümleneceği kaydı taraflarca benimsenmiş olabilir.

Ancak, yargı mercilerinin görev konuları kamu düzenine ilişkin, uyulması zorunlu kurallardan olduğu gibi; İdare Hukukunun bir genel kuralına göre, idari sözleşmelere tahkim şartı konulamaz. Bu itibarla, biraz idari sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan kamu hizmeti veya bayındırlık imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki Y-İ-D anlaşmalarında uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümlenmesi yolunda öngörülen düzenlemeler, 2575, 2576 ve 2577 numaralı idari yargı kanunlarında yer alan yargısal görev kurallarına ve kamu düzenine aykırı olduğundan, hükümsüz ve yok sayılır. Gerçi 2577 numaralı İdari Yargılama Usulü Kanununun m. 32/2 de "idari sözleşmelerde sözleşme ile yetkili mahkeme belirlenebilir" denilmekte; fakat bu bir görev kuralı, hakem de "mahkeme" olmadığı gibi; anılan yasa hükmüne göre, "yetki de kamu düzenindedir".

2 — **Yetki yönünden**, Y-İ-D formülüne bakıldığında; bunun uygulanması, ancak kamu hizmeti veya bayındırlık işi imtiyazları için kanunlarda öngörülen kurallara uyulmuş olması halinde sağlıklı ve geçerli sayılabilir. Bu bakımdan, kanunlar idare ile özel kişiler arasındaki sözleşmeli ilişkiler hakkında kullandığı adlar veya terimler ne olursa olsun, kamu hizmeti ya da bayındırlık işi söz konusu ise; herşeyden önce Anayasa ile belirlenen yetki ve usul hükümlerine bakmak ve uymak zorunludur.

Y-İ-D formülünün uygulanmak istendiği konuların imtiyaza bağlanmaya elverişli nitelikte olması koşulu yanında, bunun hangi kamu idaresi ya da kurumu tarafından, nasıl bir yol izlenerek gerçekleştirileceği belirlenmelidir. İmtiyaz usulü hakkında daha önce yaptığım açıklama ve saptamalar çerçevesinde, Elektrik ve Otoyol görev sözleşmeleri ve elektrik üretme müsaadesi veya elektrik ve otoyol tesisleri işletme haklarının verilmesi işlemleri ya da Serbest Bölge kurma ve işletme izni veya sade Y-İ-D formülü uygulamalarında, yasal düzenlemelerin metin ve sözcükleriyle bağlı kalınmayarak, Anayasa ve Kamu Hukukunun ışığı altında bu tasarrufların, yukarıda irdelenen gerçek nitelik ve amaçlarına göre, yetki ve usul koşulları yerine getirilmiş olmalıdır.

Şöyle ki, belediyelerin toplu taşımacılıktaki ruhsat usulü ayrık tutulursa, yürütme ve idarenin, Y-İ-D sloganiyle, özel teşebbüse ve yabancı sermayeye tevdi ettiği işlerin ya kamu hizmeti, ya bayındırlık işi ya da ikisi birlikte imtiyaz yolu ile kurulması, işletilmesi veya her ikisini içeren işlemleri, mutlaka Danıştay’ın incelemesinden geçirilerek Bakanlar Kurulunca kararlaştırıldıktan sonra ilgili bakan, il valisi veya belediye başkanı tarafından sözleşmeye bağlanmalıdır. Bu prosedürün mahalli idarelerce kendi görev konularında uygulanmak istenmesi halinde, ilgili belediye meclisi veya il genel meclisinin, işin imtiyaza verilmesi hakkında karar alması gerekir. Yürürlükteki yasal düzenlemeye göre, bu kararın yetkili vesayet makamı bakanlık veya Bakanlar Kurulunca onaylanması zorunluğu vardır.

Devlet tarafından verilecek imtiyazın Bakanlar Kurulunca kararlaştırılmasından önce Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesinde olduğu gibi, mahalli idareler imtiyazlarının da onaylanmadan önce Danıştay incelemesine tabi tutulması gerektiği savunulabilir. Çünkü, Anayasa’nın bu hususa ilişkin 155. maddesi, genel ve mutlak olarak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin incelenmek üzere Danıştay’a **Bakanlar Kurulunca gönderilmesini** emretmektedir. Belediye Kanununun bazı yerel hizmetlerin imtiyazla gördürülmesine izin veren hüküm de (m. 19/4-A), “**şeraiti devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak**” (koşulları devletçe saptanmış kurallara uygun olmak) kaydını taşıdığına göre; Anayasa ve Danıştay Kanunu uyarınca, mahalli idarelerin imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının idari vesayet makamının onayından önce Danıştay’ca incelenmesi gerekir. Bakanlar Kurulunun onayı, imtiyaz işleminin yetki ögesine girdiği kuşkusuz ise de; Danıştay incelemesinin aynı yetki unsurunu mu, yoksa şekil-usul ögesini mi oluşturduğu görülebilir. Danıştay öteden beri, “**inceleme**” görevinin önemini ve özelliğini titizlik ve ısrar ile gözetip korumakla beraber; bu işlemin hukuki nitelik ve gücünü belirtmekten kaçınmıştır. Ancak, imtiyaz belgeleri gibi incelemeye bağlı olan tüzükler’den birine karşı açılmış olan bir iptal davasında, bu yakınlarda verdiği kararda⁹ Danıştay; “**Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarabilmesi için, tüzüğün Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi anayasal bir koşuldur**” ilkesinden kalkarak, “**düşünce bildirme**” ile incelemenin birbirinden ayrı işlemler olduğunu açıkça ifade ile, “**Tüzüğün, Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi koşulu** bir defaya özgü bir kural olmayıp, Anayasanın aradığı koşullar yerine getirilip yayımlanarak yürürlüğe konulan tüzükte yapılacak değişiklikleri kapsadığı gibi, Danıştay’ın incelemesinden geçirildikten sonra, ancak yayımlamadan önce yapılan değişiklikleri de kapsayan bir ku-

⁹ Danıştay İDDGK, 25 Aralık 1987, Kadıoğlu, E.1987/38, K.1987/59, Danıştay Dergisi, Sayı: 70-71 (1988), s. 94-96.

raldır" demek suretiyle "inceleme"nin bir danışma ya da "**düşünce bildirme**" değil, "**yetki**" ögesine giren bir irade işlemi olduğunu içtihad etmiş bulunmaktadır.

Kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazları verilmesi işlemlerini yetki ögesi yönünden özetlemek gerekirse denilebilir ki, ister devlet, ister mahalli idareler adına ve hesabına hareket edilsin, Danıştay ile Bakanlar Kurulu ortak irade sahibidir; yerel yönetimler söz konusu olursa, bunların genel yetkili organı olan meclislerin istenci, prosedürün başlatılması için zorunlu bir koşuldur. Daha önce konu yönünden açıkladığım şartları aşan ve yasama yetkisi alanına giren hususlara ilişkin kayıt ve şartların yürütme ve idarece benimsenmesi mümkün olmadığından; bunun aksine düzenlenen imtiyaz belgeleri de, yetkisizlik nedeniyle sakat, hatta hükümsüz ve yok sayılır.

Y-İ-D formülünün bugüne kadar açıklanan uygulama örneklerinde, yukarıdaki yetki koşullarına uyulmuş olduğu çok kuşkuludur. Kimi kanunlar bu konuda Danıştay incelemesini ve Bakanlar Kurulu onayını bertaraf etmek istemiş görünse de; bu düzenlemelerin, Anayasa'ya aykırılığından ötürü, Anayasa Mahkemesince iptali yoluna gidilerek, uyumsuzlukların çözümünde uygulanmaması gerekir.

Bu itibarla, pratikte doğrudan doğruya bir belediye başkanının, valinin veya Bakanlar Kurulunun verdiği yetkiye dayansa bile bir bakanın imzaladığı Y-İ-D protokolü ya da sözleşmesi, yetki yönünden sakat ve bazan da yok hükmündedir.

3 — Şekil-Usul yönünden, Y-İ-D formülü uygulamasının sağlıklı ve geçerli sayılabilmesi için de, kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazlarının oluşmasında öngörülen yolun izlenmesi gerekir.

Şöyle ki, söz konusu olan Y-İ-D konusunda, Devlet İhale Kanunu dışında 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. İmtiyaz veya görev veren makam, tercihinin neden ve gerekçelerini kararında belirtmeli ve bu işlemin dosyası bütün ilgililere açık tutulmalıdır. Ancak bu usulle Y-İ-D uygulamalarının yargısal denetimi gerçekleştirilebilir.

Y-İ-D formülü girişiminde, imtiyaza verilecek hizmet veya eserin yapımı hususunda teknik, mali ve idari yönlerden esaslı inceleme ve araştırmalara dayanan proje ve programlar ile sözleşme ve şartlaşma ta-

sarılarını içeren bir dosyanın hazırlanması ve isteklilerin bilgisine sunulması gerekir. Böyle bir dosya üzerine yetkili organ ve makamca işin ihaleye çıkarılmasına karar verildikten sonradır ki, imtiyazı almaya istekli olanlar arasında seçme yapılabilir. Seçilen adaya imtiyazın kesin olarak verilebilmesi ise; ihale işlemlerinin kanunlarda öngörülen idari, mali ve teknik denetim mercilerinden geçirildikten sonra, Danıştay incelemesi üzerine Bakanlar Kurulu'nca alınacak karara göre, ilgili idare veya kurum temsilcisinin imzalayacağı sözleşme ve şartlaşmanın noter tarafından onanmasına bağlı bir dizi belgenin düzenlenmiş olması ile mümkündür. İmtiyaz prosedürünün “sözleşme” ve “şartlaşma” denilen ayrı ve farklı nitelikte iki işlemi kapsaması esaslı bir şekil koşuludur. Kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazının oluşmasını sağlayan bu dizi işlemler, yasal düzenlemelerde öngörülen sıra ve süreler içinde yapılmak koşulu ile sağlıklı ve geçerli sayılabilir ve bunlardan eksik ya da sakat olan hiçbir sonradan tamamlanamaz ve düzeltilemez.

Böylece şekil ve usulüne uygun olarak düzenlenen imtiyaz sözleşme ve şartlaşması, kamuyu yakından ilgilendiren işlemler olduğu için, 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1322 numaralı Kanunların ve nizamnamelerin neşir ve ilanı hakkındaki kanun (m. 1) gereğince, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile birlikte Resmi Gazete’de yayınlanmalıdır. Gerçekten, bu resmi belgelerde, yalnız idare ile imtiyaz veya görev alan şirket arasındaki ilişkileri değil, kamu hizmeti veya bayındırlık eserinden yararlanan ya da etkilenen herkesin durumunu düzenleyen kural ve kayıtlarda yer alır. Bununla beraber, söz konusu işlemlerin Resmi Gazete’de yayımlanmamış olması, varlık ve sağlıklarını etkilemezse de, üçüncü kişiler hakkında yürürlük ve uygulanabilirlik kazanmaz. Bu sonuç da, idare ve ilgili şirket bakımından birçok engelle ve sakıncaya yol açar.

Bugüne kadar basın aracılığıyla kamu oyuna yansıyan Y-İ-D uygulamalarında genellikle “protokol”, bazen de “sözleşme” imzalandığından söz edildiğine ve Resmi Gazete’de bunların belgelerine rastlanmadığına göre, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları için öngörülen şekil-usul ilke ve kurallarına hiç uyulmadığı anlaşılmaktadır. Buna son bir örnek; 1988 sonraları ile 1989 başlarında günlük basını haftalar ve hatta aylarca uğraştıran İstanbul Bebek koyunda yapımına girişilen “kazıklı marina” konusundaki Y-İ-D uygulamasına ilişkin Büyük Şehir Belediye Başkanlığının ve ilgili Bayındırlık ve İskan ve/veya Turizm Bakanlığının herhangi bir işleminin hiçbir yerde açıklanıp yayınlanmamış olmasıdır.

Ne var ki, ortada açıklanmış yazılı bir işlem veya yayınlanmış bir belge bulunmamasına karşın, gerek Bebek’teki “kazıklı marina” olayında, gerek Aliğa termik santrali işinde, ilgililerin ve bu arada Mimarlar Odasının açtıkları davalar üzerine, İdare Mahkemeleri ile Danıştay’ın aldığı yü-

rütmenin durdurulması kararları karşısında ya girişimden vazgeçilmiş (İstanbul), ya da İdarece yargı kararına direnilmiştir (İzmir). Bildiğim kadarıyla, Sağlık Bakanlığının hastanelerinde kurulup çalıştırılmasına müsaade ettiği tıbbî cihazlar konusunda, herhangi bir işlem veya belge açıklanmamış olduğu gibi; bunlara karşı ilgililerden bir tepki gelmemiş ve dava da açılmamıştır.

Sonuç

Y-İ-D uygulamalarında görülen bu duruma pek de şaşmamak lazım; çünkü, bu formülün hiçbir kanuni dayanağı bulunmadığından, yetkili ve ilgililer imzaladıkları belgeleri açıklamaktan çekinmektedirler. Gerçekten, elektrik ve otoyol görev sözleşmeleri ile işletme müsaadeleri ve sözleşmeleri gibi yasal esasları bulunan işlemler söz konusu olduğu hallerde dahi, imtiyaz verilmesine ilişkin yetki ve şekil-usul kurallarına uyulmadan Y-İ-D anlaşmaları yapılmış olması nedeniyle; bunların tümünün ortaya çıkarılmasından sakınılmaktadır. Ayrıca, önemli Y-İ-D uygulamalarından bazıları, yabancı sermaye veya yerli-yabancı konsorsiyum yararına bir takım mali kombinezonlarla gerçekleştirildiği için, bunların içyüzünün araştırılıp sergilenmesi kaygısından ötürü, belgelerinin açıklanması sakıncalı görülmüş olabilir.

Kamu hizmeti ve bayındırlık işleri konusunda özel kişilerle imzalanan “protokoller”, genellikle kanuni dayanaktan yoksun bulunduğu; bu işlemler, idarenin kanuniliği ilkesine aykırılığı nedeniyle sakat ve geçersizdir. Nitekim Danıştay, üç köyün ortaklaşa yararlanmakta olduğu bir yaylayı kullanmalarını engelleyen ve diğer bir köyün istifadesine açan mülki idare amirlerinin işleminin “... hangi yasanın hangi hükümlerine göre tesis edildiği anlaşılmadığından, yapılan işlemin yasaların saptadığı koşullara uygun olup olmadığının incelenmesine olanak bulunmamıştır. Bu nedenle yasal dayanağı gösterilmeyen işlemlerin iptaline ... oybirliğiyle karar” vermiştir.¹⁰

Kanunî dayanağı gösterilebilecek elektrik ve otoyol sözleşme ve müsaadelerinin söz konusu olduğu Y-İ-D anlaşmalarında, bu işlemlerin, ilgili 3096, 3465 ve 2983 numaralı kanunlara ve bu kanunların bazı noktalardan T.C. Anayasasına uygun olmaması nedeniyle sağlıksız ve geçersiz bulunduğu ileri sürülerek iptali istenebilir. Ancak denilebilir ki, ortada sadece bir sözleşme olduğuna göre; buna karşı yalnız tarafları, idare ile imtiyazlı şirket dava hakkına sahip bulunduğu (İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 2/1-c), üçüncü kişilerin yargı yoluna başvurma yeter-

¹⁰ Danıştay 12. Daire, 7 Kasım 1977, Çamurlu, Akçaören ve Sağrıca köyleri, E.1976/2149, K.1977/2296, Danıştay Dergisi, Sayı: 30-31 (1978), s. 465-467.

liği yoktur. Sözleşmenin taraflarının bu amaçla dava açmakta yararları olmadığı için, bu işlemin yargısal denetimini sağlamak mümkün görünmemektedir.

Gerçekten, elektrik üretme müsaadesi ve işletme hakkı devri gibi tek yanlı idari işlemlerle gerçekleştirilen Y-İ-D uygulamalarına karşı, bunlardan yararları zedelenen bütün ilgililer iptal davası açabilirlerse de (İYUK m. 2/1-a); sözleşmeye bağlanan imtiyaz işlerinde üçüncü kişilerin bu yoldan idari yargıya başvurmaları genellikle kabul edilmemektedir. Ancak, Danıştay, 1970 ten bu yana, sözleşmenin de bir “**idari işlem**” olduğu gerekçesiyle, ilgili kişilerin buna karşı iptal davası açabileceğini içtihat etmekte ve yargısal denetimini yapmaktadır.¹¹ Fransız Devlet Şurası ise, “**ayrılabilen işlem**” kuramını çok geniş ve esnek biçimde uygulayarak, sözleşmeleri oluşturan idarenin tek yanlı kararlarını üçüncü kişilerin iptal başvurusuna (recours pour excès de pouvoir) konu yapabileceğini kabul etmek suretiyle, kararların ilişkin olduğu sözleşmeleri dolayısıyla hükümsüz kılmaktadır. Hatta Fransa yüksek idare mahkemesinin bir kararında, ilgili kişinin başvurusu üzerine sözleşmeyi doğrudan doğruya iptal yoluna gittiği ifade edilmektedir. Fransız doktrini son zamanlarda, Devlet Şurasının bu yöntemini ve uygulamalarını yapay ve tutarsız bularak eleştirmekte ve idari sözleşmelere karşı da iptal başvurusunu kabul etmesini öngörmektedir.¹²

Yüksek idare mahkemelerinin bu içtihad ve uygulamaları karşısında, Y-İ-D formülüne göre yapılmış sözleşmelerin ilgili üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilerek idare mahkemeleri ve Danıştay’da yargısal yoldan denetletirilebilir. Bu yargısal denetim, yukarıda açıklandığı üzere, Y-İ-D işlemlerinin kanuni dayanaktan yoksunluk nedeniyle ya da yasal bağlantı kurulabildiği hallerde sözleşmelerin konu, yetki ve şekil-üsul öğeleri yönlerinden kanunlara aykırılığından ötürü iptal edilmesiyle gerçekleştirilebilir.

Ne var ki, 19. yüzyılın ikinci yarısında ve 20 yüzyılın başlarında Osmanlı İmparatorluğu’nda Babiâli’nin yaptığı gibi, 1980’lerin siyasi iktidarı da, Y-İ-D formülü çerçevesinde kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazlarının önemli ve büyük boyutlu olanlarını yabancı sermaye veya

¹¹ Danıştay 12. Daire, 2 Kasım 1976, Gemlik Belediye Başkanlığı, E.1974/1958, K.1976/2141, Danıştay Dergisi, Sayı: 26-27 (1977), s. 509-51; Danıştay DDK, 13 Mayıs 1977, Türkiye Elektrik Kurumu, E.1976/456, K.1977/254, aynı dergi, Sayı: 28-29 (1978), s. 261-284.

¹² Philippe Terneyre, “Les paradoxes du contentieux de l’annulation des contrats administratifs”, Conseil d’Etat-Etudes et Documents, No: 39 (1988), s. 69-92; Raphael Romi, “La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux”, AJDA, 1989-1, s. 9-14.

karması yatırımcılara vermeyi yeğlemekte ve bunlara ilişkin sözleşmelerde Türk yargısının yetkisini kenara iten “tahkim şartı” kabul etmekte olduğu için, bu alanda eylemli ve gerçek bir yargısal denetim yürütülmesi mümkün görünmemektedir. Hele 27 Mayıs 1988 tarihli ve 3460 numaralı kanunla onaylanması uygun bulunan (R.G. 2 Haziran 1988-19830, s. 12). Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez’i (ICSID) kuran “Devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasında yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi hakkında sözleşme”nin yürürlüğe konmasından sonra milletlerarası güvence altında bulunacak olan yabancı sermayeli Y-İ-D- sözleşmelerinin yargısal denetim ve yaptırımlarının Türk organ ve makamlarınca gerçekleştirilmesi imkansız hale gelebilir. Her ne kadar, anılan onaylamayı uygun bulan kanun, Türk mahkemelelerinin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarına ilişkin münhasır yetkisini saklı tutmayı ve münferit ikili anlaşmazlıklarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanına götürülmesine ilişkin sözleşmenin 64. maddesine rezerv konulmasını öngörmekte ise de; bu kayıtlar, Y-İ-D uygulamalarının yabancı hakemler önüne götürülmesini önleyecek nitelikte değildir.

Bu bakımdan, T. Tan’ın “Osmanlı İmparatorluğu’nda yabancılara verilmiş kamu hizmeti imtiyazları” hakkındaki şu değerlendirmesi, III. Cumhuriyetin Y-İ-D uygulamaları için aynen geçerlidir:

“İmtiyaz mukavelelerinde saptanmış konuların tam olarak gerçekleştirilmediği, bu durumlar için görülmüş yaptırımların da uygulanmadığı daha doğrusu uygulanmadığı bir gerçektir. Esasen düşkün zamanlarında memuruna para verebilmek ordunun ihtiyacını giderebilmek için borç aldığı şirkete karşı devletin bu yaptırımları uygulaması beklenemezdi. ... Kamu hizmetlerinin gördürülmesi için, yabancılara imtiyaz dağıtmakta gösterilen acelecilik, ciddi koşullar ve garantiler aranmaması, sonradan uzun ve faydasız yakınmalara sebep olmuştur.”¹³

¹³ T. Tan, (1) numaralı dipnotunda anılan inceleme, s. 325-326.