

## YAP – İŞLET – DEVRET SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ MAHİYETİ VE YARGISAL DENETİMİ

Arş Gör. S. Burak AÇDOYURAN\*

### GİRİŞ

Cumhuriyetimizin kuruluşundan 1980’li yıllara kadar ülkemizin özel kesimdeki teknik ve sermaye yetersizliği, Devleti sürekli olarak ekonomik hayatın içinde olmaya zorlamıştır.

Devletin bu faaliyetleri, daha çok kamu hizmeti olarak nitelendirebileceğimiz savunma, güvenlik, eğitim, sağlık ve ulaştırma alanlarından başlayarak, ekonomik alana doğru genişlemiştir.

Devlet ile kamu hizmeti işletmeleri arasındaki ilişkiler çok sıkı bir şekilde talimatlar ve denetimler tarzında yürütülmesine karşın, iyi işletmecilik sisteminin oluşturulamaması nedeniyle işletmeler sürekli zarar etmiş ve kamu bütçesi açık vermiştir.

Bu büyük zararlar, devletin bu işlerden çekilmesi zarureti doğurmuş ve bu bağlamda da geniş anlamıyla “özelleştirme” olarak nitelenen politikalar yani Devleti küçültüp kamu kesimini daraltmaya yönelik çabalar ağırlık kazanmıştır.

İdarede yeni rasyonellik arayışı, birtakım kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamalarını da yaygınlaştırmaya başlamış, bu konuda bilinen klasik yöntem olan “Kamu Hizmeti İmtiyazı” dışında yeni yöntemler arayışına gidilmiştir.

Biz bu çalışmamız çerçevesinde, kamu hizmeti kavramı, kamu hizmetinin görülme usulleri, 1980’li yıllardan sonra gündeme gelen Yap – İşlet – Devret modeli, modelin hukukî yapısı ve bu modelden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümü üzerinde duracağız.

---

\* S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

## I. KAMU HİZMETİ

Kamu Hizmeti, toplum halinde yaşayan bireylerin birlikte yaşamalarından kaynaklanan gereksinimlerinin giderilmesi ve tatmini için Devlet ya da kamu idarelerinin yaptıkları etkileridir<sup>1</sup>.

Kamu idaresinin temel kavramlarından olan kamu hizmeti, kamu idaresinin uğraş alanının belirlenmesinde yardımcı olan bir kavramdır<sup>2</sup>.

Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi ve denetimi altındaki özel hukuk tüzel kişileri tarafından vatandaşların ortak ihtiyaçlarının karşılanması ve tatmini için topluma arz edilmiş, devamlı ve düzenli faaliyetlere Kamu Hizmeti adı verilmektedir<sup>3</sup>.

Kamu hizmetlerinde aslolan hizmetin Devlet tarafından görülmesidir. Hizmetin istisnaen de olsa, kamu hizmeti imtiyaz usulünde olduğu gibi özel kişilerce görülmesi halinde bile, idare hizmetin aslî sahibi niteliğindedir ve idarenin sahip olduğu yetkiler ağırlıktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “Kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak, toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur”<sup>4</sup> diyerek, aynı yönde görüş belirtmiştir.

Faaliyetin niteliği açısından bir değerlendirme yapacak olursak; kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan faaliyettir. Bu faaliyetin “süreklilik” taşıması ve yerine

<sup>1</sup> ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, c.1, İstanbul 1966, s. 13.

<sup>2</sup> GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku*, c.1, Ankara 1998, s. 433.

<sup>3</sup> POLATKAN Vahit, *Yap – İşlet – Devret*, Ankara 1997, s. 2; GÜLHAN Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD., Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, s. 1–3, y.9, 1988, s. 148.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 90/4, K. 90/6, KT., 12.4.1990, AMKD., sy. 26, s. 135.

getirilmemesi halinde toplumda huzursuzluğun baş göstereceği varsayımı kamu hizmetinin unsurlarıdır<sup>5</sup>.

Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtım faaliyetleri; otoyollarının yapımı, bakımı ve işletilmesi faaliyetleri; köprü, baraj, tünel yapımı ve işletilmesi faaliyetleri; turizm, haberleşme ve eğitim faaliyet ve işletmeleri kamu hizmetinden öte bir şey değildir.

## II. KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİ

Kamu hizmetlerinin, kamu kesimi tüzel kişileri veya özel hukuk gerçek yahut tüzel kişileri eliyle yürütülmesine göre bir ayırım yapılmaktadır<sup>6</sup>.

### 1. Kamu Hizmetinin Kamu Kesimi Tüzel Kişileri Eliyle Yürütülmesi – Emanet Usulü

Bir kamu hizmetinin emanet usulüyle görülmesi o kamu hizmetinin, bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi aynî ve malî vasıtalarıyla idare edilmesini ifade eder<sup>7</sup>.

“Emanet Usulü”nü belirleyici nitelik, hizmetin bir kamu tüzel kişisince üstlenip yürütülmesidir. Buna karşılık, hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesi emanet usulünün belirleyici bir niteliği değildir<sup>8</sup>.

Bu hukuki rejim içinde hizmeti görenler kamu görevlisidir; hizmetin yürütülmesi sırasında yapılan işlemler de genelde tek yanlı idarî işlemler ve idarî sözleşmelerdir<sup>9</sup>.

### 2. Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Gerçek veya Tüzel Kişileri Eliyle Yürütülmesi

Kamu hizmetinin bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi tarafından görülmesinde gündeme gelen usuller “müşterek emanet”, “iltizam”, “ruhsat”, “imtiyaz” ve son zamanlarda gündeme gelen “yap – işlet – devlet” usulleridir.

<sup>5</sup> ÖZAY İl Han, *Günüşğında Yönetim*, İstanbul 1996, s. 237.

<sup>6</sup> ÖZAY, s. 250.

<sup>7</sup> GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 1996, s. 228.

<sup>8</sup> ÖZAY, s. 251.

<sup>9</sup> GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 453.

### a. Müşterek Emanet Usulü

Bu usul, bir kamu hizmetinin masrafları, hasar ve zararı idareye ait olmak kaydıyla, gelir üzerinden belli bir pay veya götürü bir ücret karşılığı özel bir kişiye gördürülme usulüdür<sup>10</sup>.

Bu usul bir bakıma, emanet ile imtiyaz usulü arasında bir usulle kamu hizmetlerinin görülmesi usulüdür<sup>11</sup>.

### b. İltizam Usulü

Bu usul, kamu hizmetinin önceden kararlaştırılan bedel karşılığında özel hukuk kişisi tarafından görülmesi usulüdür. Bu yöntemde hizmet için gerekli tesisler idare tarafından kurulmakla beraber işletilmesi, önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel hukuk kişilerine bırakılmaktadır<sup>12</sup>.

İltizam usulü bugün terk edilmiştir<sup>13</sup>.

### c. Ruhsat Usulü (İzin Usulü)

Diğerlerinden farklı olarak, ruhsat usulünde, idare ile özel kişi arasında kamu hizmetinin görülmesi yönünde yapılmış bir idarî sözleşme yoktur<sup>14</sup>.

İdare hukukunda görülmesi idare lehine bir tekel oluşturmamış kamu hizmetlerinin özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından üstlenilip yürütülmesine ruhsat veya izin usulü denir<sup>15</sup>.

Bu usulde, özel hukuk kişilerinin yetersiz kalmaları durumunda idarenin derhal harekete geçerek önlemler alma yükümlülüğü vardır. İdare ayrıca, hizmetin düzenlenmesinde de görevli ve yetkilidir. Özel kişi ancak bu düzenlemelere uygun davrandığı sürece o faaliyeti sürdürebilir<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> GÜNDAY, s. 229.

<sup>11</sup> POLATKAN, s. 4.

<sup>12</sup> GÖZÜBÜYÜK - TAN, s. 462.

<sup>13</sup> GÜNDAY, s. 229.

<sup>14</sup> GÖZÜBÜYÜK - TAN, s. 456.

<sup>15</sup> GÜNDAY, s. 228.

<sup>16</sup> ÖZAY, s. 256.

#### d. İmtiyaz Usulü

İmtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması veya işletilmesi usulüdür<sup>17</sup>.

İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafı olan idareye özel hukuk yetkilerini aşan bir takım yetkiler tanınmaktadır. Bu nedenle idare, hizmetin işlenmesini devamlı olarak denetimi altında tutabilmektedir.

İmtiyaz sözleşmesinde, idarenin tek yanlı idaresi ile sözleşmede değişiklik yapması, sözleşmenin uygulanması koşullarını ağırlaştırması halinde, imtiyaz sahibinin “Fait du Prince” ilkesi gereği, bu artan yükümlülüklerine bir mali karşılık isteme hakkı gündeme gelir<sup>18</sup>.

Öte yandan, sözleşmenin uygulanması sırasında tarafların iradelerinin dışında ortaya çıkan olaylar sebebiyle, imtiyaz sahibinin mahvına neden olacak ölçüde yükümlülüklerinin artması halinde, imtiyaz sahibinin imprevision (öngörülmezlik) teorisi gereğince sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını ve zararlarının paylaşılmasını idareden isteme hakkı da vardır<sup>19</sup>.

İmtiyazın, müşterek emanetten ayrıldığı nokta, sermaye ve riskin idare ile sözleşmeyi imzalayan özel hukuk tüzel kişisine ait olması ve faaliyetten kaynaklanan zararın, yukarıda belirttiğimiz iki istisnaî durum dışında, yine özel hukuk tüzel kişisi üzerinde kalmasıdır.

#### e. Yap – İşlet – Devret Usulü

##### aa. Genel Olarak

YİD modeline, bir bakıma, özel şirket eliyle yatırım için geliştirilmiş yeni bir özel finans modeli diyebiliriz.

Son on yıl içinde yapılan kanunî düzenlemelerle, kamu hizmetlerinde özel kişilerden yararlanma alanında farklı uygulamalara gidildiği görülmektedir. Konunun yasal zemininin anlaşılabilmesi için bunlardan bazıları üzerinde kısaca durulması gerekmektedir.

Bu düzenlemelerden ilki 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi İletimi Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” düzenlemesidir. Bu kanun TEK

<sup>17</sup> POLATKAN, s. 6.

<sup>18</sup> ÖZAY, s. 259.

<sup>19</sup> GÜNDAY, s. 232 – 233.

dışında, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli yabancı şirketlerin elektrik üretimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır<sup>20</sup>. Ancak bu usulün uygulanması, sadece, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konuları ile sınırlı kalmıştır<sup>21</sup>.

İkinci düzenleme, 28 Mayıs 1988 tarih ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrolü (Otoyol) Yapımı Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”dur. Bu kanun, otoyollarla, yapılmış veya yapılacak otoyollar üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin görevlendirilmesini düzenlemektedir<sup>22</sup>.

Ve nihayet, konuya ilişkin olarak açık bir tanımlamaya giden ve konuyu doğrudan düzenleyen düzenleme de, 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun”dur<sup>23</sup>. Yap – işlet – devret modeliyle ilgili temel kanun olan 3996 sayılı kanun; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanım suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, otoyol, demiryolu, yer altı ve yerüstü oto parkı, sivil kullanıma dönük deniz ve havalimanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerinin yaptırılması ve işletilmesinin yerli ve yabancı özel hukuk şirketleriyle gerçekleştirilmesini hedeflemiştir.

YİD modeli uygulaması 1994 yılında çıkartılan 3996 sayılı Kanun’dan önce bir yasal dayanaktan yoksundu. Söz konusu Kanun’un 3/a md.’de Yap – İşlet – Devret Modeli; “ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere gerçekleştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin

<sup>20</sup> TAN Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap – İşlet – Devlet” Modeline”, AÜSBFD., Bedri Gürsoy’a Armağan, c. 47, sy. 3-4, 1992, s. 314.

<sup>21</sup> GÜNDAY, s. 234.

<sup>22</sup> TAN Turgut, “İdare Hukuku Açısından Yap – İşlet – Devret Sözleşmesi”, Yap – İşlet – Devlet Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Önerileri Sempozyumu, Ankara 1996, s. 25.

<sup>23</sup> DEDE Emre, “Yap – İşlet – Devret Modeli’nin Hukukî Yapısı ve Eleştirisi”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, y. 2, sy. 16, Mart 1997, s. 18; PİRLER Orhan, “Yerel Yönetimler ve Yap – İşlet – Devret Modeli”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, c. 4, sy. 1, 1995, s. 60.

(elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketinin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu ifadeden ve konuyla ilgili temel kanunî düzenlemelerden çıkan sonuca göre, YİD modelinin amaçlarını şu şekilde özetleyebiliriz<sup>24</sup>:

- İleri teknoloji transferi.
- Yabancı sermaye girişini artırma.
- Alt yapı kamu yatırımlarındaki kamu payını azaltma.
- Yatırımlar arasında seçimi kolaylaştırma.
- Bazı yatırım alanlarına ilgiyi artırma.
- Bölgeler arasındaki kalkınmışlık farkını giderme.

## **bb. Modelin Hukuki Yapısı**

### **aaa. Doktrinin Görüşü**

Bir sözleşmenin hukukî yapısını saptamak için sadece adına bakmak ve buna göre hüküm vermek yeterli olmamaktadır. Yapılması gereken şey, sözleşmenin şartlarının ve konusunun incelenmesidir<sup>25</sup>.

Konuyla ilgili temel düzenleme olan 3996 sayılı kanunun, Anayasa Mahkemesi tarafından bir kısmı iptal edilmeden önceki ilk haline baktığımızda, kanunun 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır, bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” ifadesini görmekteyiz. Kanun koyucunun, yap – işlet – devret modelini, idarî sözleşmelerden kabul etmeyip bir özel hukuk sözleşmesi saymasının en önemli nedeni, faaliyetini yürütürken, başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili kanunî düzenlemelerle belirlenen sistemde öngörülmüş olan “usul” kurallarının bertaraf edilmesi ve bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzlukların idarî yargı yerlerinde çözümlenmemesi arzusudur<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> POLATKAN, s. 11.

<sup>25</sup> BİLGEN Pertev, “Yap – İşlet – Devret Sözleşmeleri Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, s. 799.

<sup>26</sup> ÖZAY, s. 263; GÜNDAY, s. 237; Maddenin yargı kararlarında sonra nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak bkz. ZABUNOĞLU Yahya, “YİD Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme

Yap – İşlet – Devret modeli, bir kamu hizmetinin gerek kurulmasının ve gerekse görülmesinin bir idarî sözleşme çerçevesinde belli bir süre için Devlet’in sahip olduğu bir potansiyel rant hakkının, yatırım karşılığında bir özel hukuk sermaye şirketine verilmesidir<sup>27</sup>.

Kamu hizmeti imtiyazı ile, YİD modeli arasında çok büyük bir benzerlik dikkati çekmektedir. Öğretide de iki yöntem arasında fark bulunmadığı yönündeki görüş yaygındır.

Bu modelde yerli ya da yabancı bir özel hukuk kişisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti ile görevlendirilmektedir. Ayrıca sermaye, bütün riski kendisine ait olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en fazla 99 yıl süreli bir idarî sözleşme imzalanacaktır. Faaliyetin yürütülmesi sırasında idarenin geniş yetkileri vardır. Özay’a göre bu hükümlerinin tümü, YİD modelinin “imtiyaz”dan başka bir şey olmadığına delilidir. Bu nedenle YİD modeli, kamu yararından başka bir amaca yönelik olarak yetki ve usul saptırılması yani maksat unsuru sakat bir imtiyaz usulü olmaktan öte hiçbir anlamı ifade etmemektedir<sup>28</sup>.

Duran’a göre ise YİD formülü, “Bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir”<sup>29</sup>. Yazara göre Anayasa’da öngörülen Danıştay incelemesini ortadan kaldırmayı amaçlanması nedeniyle “usul saptırması” ve “yetki aşımı” oluşturması nedeniyle, YİD modelini öngören kanunî düzenlemelerin sakat ve geçersiz sayılması gerekmektedir ve kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olan YİD modeline ilişkin işlemlerin asıl olarak veya dolayısıyla sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda taraflar görevli ve yetkili yargı yerleri önünde, konuya ilişkin kanuni düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı iddiasında bulunarak,

**Modeli**”, Yap – İşlet – Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara 1996, s. 45 – 54.

<sup>27</sup> POLAT, s. 13.

<sup>28</sup> ÖZAY, s. 264.

<sup>29</sup> DURAN Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, Muammer Aksoy’a Armağan, AÜSBFD., c. 46, sy. 1 –3 1991, s. 150.



itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin denetim mekanizmasını çalıştırmalıdır<sup>30</sup>.

Bilgen ise YİD uygulamasında yapılan sözleşmelerin hukuki mahiyeti ve anayasal anlamı itibari ile bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu ifade ettiği makalesinde, bu sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmemesinin, Danıştay'ın inceleme kararlarının yetki unsuru içinde mütalaa edilmesinden dolayı, yetki unsurunu sakatlayacağını ve Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunu Muvakkat'ın 9. Maddesi gereğince bir kanunla onaylanmamasının da sözleşmenin hükümsüzlüğünü gerektireceğini belirtmektedir<sup>31</sup>.

Günday da konuya ilişkin olarak, "...3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak olan sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin pekçok ögeyi içermesi öngörülmüştür. 3996 sayılı Kanuna göre yapılacak sözleşmeler ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri arasındaki belli başlı fark, ikincilerinin sadece Türk anonim şirketi statüsündeki bir şirket ile yapılabilmelerine karşılık, birincilerin anonim şirket statüsünde olmayan bir Türk şirketi ile ya da Türkiye'de faaliyet göstermesine izin verilmiş bir yabancı şirket ile de yapılabilmeleridir...Sözleşmelerin mutlaka bir Türk anonim şirketi statüsündeki yerli şirket ile yapılmasının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin belirleyici bir niteliği olmadığı açıktır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerin de, tıpkı imtiyaz sözleşmeleri gibi, Anayasa'nın 155/2. maddesi ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu hükümleri uyarınca Danıştay incelemesine tabi olması ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların da idari yargıca çözümlenmesi gerekir..." ifadelerini kullanarak, diğer yazarlarla aynı yönde görüş bildirmektedir<sup>32</sup>.

Doktrinde genel kabul gören bu görüşten çıkarılacak sonuç, YİD sözleşmelerinin esas itibarıyla, ülkedeki temel altyapı yatırımlarının yapılmasında özel kesime açılmayı ve yabancı sermayenin katkısını

<sup>30</sup> DURAN, s. 161.

<sup>31</sup> BİLGEN Pertev, "Yap – İşlet – Devret Sözleşmeleri Hakkında", Kamu Hukuku Bülteni, sy. 3, Mart 1990, s. 6.

<sup>32</sup> GÜNDAY, s. 237.

amaçlayan<sup>33</sup>, çağın gereği olan özelleştirme çalışmalarını güçlendiren, son yıllara has bir model olduğudur. Ancak, bu usul iddia edilenlerin aksine, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin yeni bir şekli olmayıp, klasik imtiyaz usulünün değişen koşullara ve gereksinimlere uydurulmasından başka bir şey değildir.

### **bbb. Yargı Organlarının Yaklaşımı**

Anayasa Mahkemesi YİD modeli sözleşmelerinin bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı hakkındaki görüşünü, çeşitli tarihlerde konuyla ilgili kararlarında ortaya koymuştur.

Mahkeme ilk olarak 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı "...Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun" un Ek 5. maddesinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin, 3291 sayılı Özelleştirme Hakkındaki Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurmak veya işletmelerini veya mevcutların işletme haklarına dair alanlarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin "özel hukuk hükümlerine tabi..." olduğu ve "imtiyaz teşkil etme..." yeceğine ilişkin hükmünü iptal etmiştir<sup>34</sup>.

Anayasa Mahkemesi "kamu hizmeti", "idarî sözleşme" ve "imtiyaz sözleşmesi" kavramlarına açıklık getirdiği daha sonraki bir kararında<sup>35</sup> ise; kamu hukukunda imtiyaz kavramının, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olduğunu, konusu kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelerin "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olduğunu vurgulamış ve "...Bu açıklamalar karşısında 3996 sayılı yasa ile düzenlenen yapışletdevret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile

<sup>33</sup> ŞENYÜZ Doğan, *Borçlar Hukukuna Göre Yap – İşlet – Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumları*, Ankara 1996, s. 4.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, E.94/43, K. 94/42, KT., 9.12.1994, R.G., 24.1.1995 -22181, s.3.

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi, E.94/71, K. 95/23, KT., 28.6.1995, R.G., 20.3.1996 -22586, s. 37.

getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir...” şeklinde açık bir ifadeyle YİD modeline ilişkin 3996 sayılı Kanun’da öngörülen etkinliklerin de kamu hizmeti olması nedeniyle, söz konusu sözleşmenin bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, Anayasa Yargısı alanında bir faaliyetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı, kanunda yapılan tanımlamaya bakılarak değil, ancak niteliğe bakılarak saptanabilir. Bu anlamda, eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişimciye gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.

Danıştay ise konuya ilişkin yaklaşımını ilk kez, 3096 sayılı kanunun uygulanması çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin Danıştay incelemesine tabi olup olmayacağı hususunda verdiği görüşle ortaya koymuştur. Danıştay’a göre, “...kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi sözkonusudur... öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kar ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır. Ayrıca, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir devre için verilir...bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır”<sup>36</sup>. Kısacası Danıştay sözleşmenin hangi adla düzenlenirse düzenlensin, kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesinin idarî bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmesi halinde, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesinin söz konusu olduğunu belirtmiş ve bu çerçevede yapılacak her türlü sözleşmenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığını kabul etmiştir.

<sup>36</sup> DİD., KT., 24.9.1992, E. 92/232, K. 92/294, DD., sy. 87, s. 33-40.

Danıştay, daha sonra, TEK ile AKTAŞ Elektrik A.Ş. arasında 3096 sayılı kanuna göre yapılan “işletme hakkı verilmesine ilişkin sözleşme” yi iptal ettiği kararında da aynı gerekçeleri kullanmıştır<sup>37</sup>.

Görülüyor ki, YİD sözleşmelerinin aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden başka bir şey olmadığı konusunda, doktrin ve yargı organları tam bir fikir birliği içindedir.

### **cc. YİD Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü**

YİD sözleşmelerinin hukukî rejimi ile ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalarda, yüksek yargı organlarının verdikleri kararlarda ve doktrindeki ortak görüşte, YİD sözleşmesinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kabul edildiğini vurgulamıştık. Bu konuyla ilgili olarak, doğrudan açıklama getiren 28.6.1995 gün ve E.94/71, K.95/23 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararında açıkça şu ifadeler kullanılmaktadır:

“Anayasa'nın “yargı yolu” başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” biçimindeki kural kuşkusuz yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren “her türlü” eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasanın “Kanunî hakim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında “hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci

<sup>37</sup> D10D., KT., 29.4.1993, E. 91/1, K.93/1752. “ Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir...mevzuatın ve dava konusu sözleşmelerde mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır”.

önüne çıkarılamaz” biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında idarî uyuşmazlıkları çözümlenme Danıştay’ın görevleri arasına alınmıştır<sup>38</sup>. Mahkeme bu kararında 3996 sayılı Kanunun, YİD modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği ve özel hukuk kurallarının tabi olduğuna ilişkin düzenlemelerini, Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir.

Buraya kadar ki açıklamalarımızdan, YİD modeli çerçevesinde gündeme gelecek sözleşmelerin, aslında birer kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu saptamasını yapmış bulunuyoruz. Bu tespitten sonra YİD sözleşmelerinin yargısal denetimini üç başlık altında incelemek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

#### **aaa. Kamu Hizmeti İmtiyazının Kurulması Aşamasından**

##### **Önceki Uyuşmazlıklar ve Bunların Çözümü**

Kamu hizmeti imtiyazlarının kurulmasından önceki aşama, hazırlık aşaması olan ihale aşamasıdır. Burada söz konusu olan, sözleşmenin idare tarafı alınacak olan bir bakanlığın veya kamu kurumunun tek taraflı tesis ettiği idarî işlemdir.

Bu idarî işlemin yetki, şekil, sebep, konu ya da maksat unsurlarında biri ya da birkaçı nedeniyle hukuka aykırı olması halinde İYUK 2. maddede ve 32. madde gereği, idarî işlemin yani ihale işleminin iptali için, işlemi yapan idarî merciinin bulunduğu yerdeki İdare Mahkemesinde dava açılabilir.

#### **bbb. İmtiyaz Sözleşmelerinin Kurulmasında Danıştay’ın**

##### **Ön İnceleme Görevi**

YİD modeli çerçevesinde yapılacak olan tüm sözleşmeler, öncelikle Anayasanın 155. maddesinde ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun bu madde paralelinde düzenlenmiş bulunan 23/d ve 46/b maddelerinde düzenlendiği şekilde, Danıştay’ın idarî incelemesine tabi bulunmaktadır.

Danıştay’da sözleşme taslağı üzerinde yapılan incelemede, mevzuata aykırı maddeler varsa bunlar taslaktan çıkarılır. Hukuka uygun

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi , E. 94/71, K. 95/23, KT., 28.6.1995, RG., 20.3.1996 - 22586, s. 37.

hale getirilebilenler düzeltilir<sup>39</sup>. Yapılan inceleme sonucunda, yalnızca mütalaa verilmekle yetinilmeyip, tüzüklerin incelemesinde yapıldığı gibi, sözleşmelerde ve özellikle şartlaşmalarda lüzumlu görülen değişiklikler yapılır<sup>40</sup>.

### **ccc. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü**

2575 sayılı Danıştay Kanunu, 24. maddesi “imtiyaz sözleşmesinden doğan idarî davaları”, ilk derece mahkemesi olmak Danıştay’ın görevine sokmaktadır<sup>41</sup>.

Buraya kadar ki açıklamalarımızdan çıkan sonuç, her biri birer kamu hizmeti imtiyazı kabul edilen enerji üretimi ve işletimi, otoyol yapımı ve işletilmesi ve ülkenin temel alt-yapı işletmeleriyle ilgili YİD modeli sözleşmelerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların da, 2575 sayılı kanunun 24. maddesi gereği Danıştay’da görülüp çözümleneceğidir.

### **dd. YİD Modelinin Fayda ve Sakıncaları**

Çalışmamız neticesinde, YİD modelinin kamu yönetimi ve toplumsal hayat açısından getirdiği fayda ve sakıncaları şu şekilde özetleyebiliriz<sup>42</sup>;

Faydalı yanlar:

- Toplam iç tasarrufların artırılması.
- Dış sermayeyi yurda çekme.
- Yatırımların gerçekleşme ve işletme aşamalarındaki bürokratik güçlüklerin önüne geçilmesi.

Sakıncalı Yanlar:

- Kamu yatırımları arasındaki dengenin bozulması ihtimali.
- Yabancı sermayenin gereğinden fazla söz sahibi olması.
- Yatırım politikalarının, özel sektör tarafından ipotek altına alınması.

<sup>39</sup> POLATKAN, s. 164.

<sup>40</sup> KUZUM Yıldırım, “İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 773.

<sup>41</sup> TAN, İdare Hukuku Açısından, s. 35.

<sup>42</sup> ŞENYÜZ, s. 5.

## SONUÇ

Yap – İşlet – Devret modeli olarak adlandırılan usul, başlangıçta iddia edildiğinin aksine, kamu hizmetlerinin özel kişilere gönderilmesinin yeni bir usulü olmayıp, klasik imtiyaz usulünün değişen şartlara ve ihtiyaçlara adapte edilmesinden başka bir şey değildir.

Doktrin ve yüksek yargı organlarının da kabul ettiği bu görüş karşısında, YİD formülüne göre yapılmış sözleşmelerin ilgili üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilerek idare mahkemeleri ve Danıştay’da yargısal yoldan denetlenmesi gerekir.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerde yararlanmanın giderek yaygınlaştığı günümüzde, YİD formülünde olduğu gibi bir karışıklığın ortaya çıkmasını önlemek için, klasik idarî sözleşme kuramının gözden geçirilmesinde yarar vardır. Bu yapılmadığı takdirde, bu yöndeki tüm uygulamaların kamu hizmeti imtiyazının hukukî rejimi içinde ele alınması zorunluluğu doğacaktır. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyazını düzenleyen 1329 (1910) tarihli “Menafî Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” yürürlükten kaldırılmalı ve kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi amacıyla, çağın gereği olarak ortaya çıkan farklı sözleşme türlerinin varlığı kabul edilerek, bunları ortak bir hukukî rejime kavuşturacak yeni düzenlemeler yapılması yoluna gidilmelidir.

## KAYNAKÇA

- BİLGİN Pertev, “Yap – İşlet – Devret Sözleşmeleri Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990.
- BİLGİN Pertev, “Yap – İşlet – Devret Sözleşmeleri Hakkında”, Kamu Hukuku Bülteni, sy. 3, Mart 1990.
- DEDE Emre, “Yap – İşlet – Devret Modeli’nin Hukukî Yapısı ve Eleştirisi”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, y. 2, sy. 16, Mart 1997.
- DURAN Lütfi, “Yap – İşlet – Devret”, Muammer Aksoy’a Armağan, AÜSBFD., c. 46, sy. 1 –3, 1991.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, **İdare Hukuku**, c.1, Ankara 1998.

- GÜLHAN Aydın, “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, İHİD., Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, s. 1–3, y. 9, 1988.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 1996.
- KUZUM Yıldırım, “**İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi**”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, c.1, İstanbul 1966.
- ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul 1996.
- PİRLER Orhan, “**Yerel Yönetimler ve Yap – İşlet – Devret Modeli**”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, c. 4, sy. 1, 1995.
- POLATKAN Vahit, **Yap – İşlet – Devret**, Ankara 1997
- ŞENYÜZ Doğan, **Borçlar Hukukuna Göre Yap – İşlet – Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumları**, Ankara 1996.
- TAN Turgut, “**İdare Hukuku Açısından Yap – İşlet – Devret Sözleşmesi**”, Yap – İşlet – Devlet Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Önerileri Sempozyumu, Ankara 1996.
- TAN Turgut, “**Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap – İşlet – Devlet” Modeline**”, AÜSBFD., Bedrî Gürsoy’a Armağan, c. 47, sy. 3–4, 1992.
- ZABUNOĞLU Yahya, “**YİD Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli**”, Yap – İşlet – Devlet Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara 1996.