

## YEREL YÖNETİMLERDE İMTİYAZ UYGULAMALARI

Hasan Hüseyin CAN\*

### Öz

Günümüzde yerel yönetimlerin yürütmekle sorumlu olduğu kamu hizmetlerinin finansmanı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun çözümünde başvurulan yollardan birisi de hizmetin yürütülmesi için imtiyaz verilmesidir.

Gerçekten de yerel yönetimlerin sorumluluğundaki kamu hizmet alanlarına bakıldığında; toplu ulaşımın sağlanması, içme suyu temini, kanalizasyon sisteminin yapılması, arıtma tesislerinin kurulup işletilmesi, katı atık dönüşüm tesislerinin kurulup işletilmesi gibi önemli ölçüde kaynak ihtiyacını gerektiren sahalar karşımıza çıkmaktadır. Bu hizmet alanlarındaki yatırımların yapılması için ihtiyaç duyulan kaynakların temini bakımından yerli veya yabancı sermayeden yararlanılması makul ve mantıklı bir tercih olarak dikkate alınmalıdır.

Bu çerçevede, hizmetin yürütülmesiyle ilgili genel ilke ve kuralların ilgili kamu idaresi tarafından tayin ve tespit edilmesi şartıyla, belli kamu hizmet alanlarının özel sektöre açılması, uygulamada başvurulan bir yoldur. Bu sistemin yaygın şekilde uygulanabilmesi için, gereken hukuki altyapının daha sağlıklı şekilde oluşturulması önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yerel Yönetim, İmtiyaz Sözleşmesi, Kamu Hizmeti, Yatırımların Finansmanı, Hukuki Altyapı.



\*Dr., Hukuk Müşaviri, hasancan2008@gmail.com

## CONCESSION PRACTICE IN LOCAL GOVERNMENTS

### ABSTRACT

*Nowadays, financing public services that are managed by the local governments appears to be an important issue. One of the solutions that are used to solve this problem is to grant concessions to run the service.*

*Indeed, considering the public services under the responsibility of local government, such as providing public transport, supplying drinking water, building the sewage system, building and managing purification facilities, or solid waste recycling plants, it appears that these are the services which clearly require considerable resources. The benefits of domestic and foreign capital in order to obtain necessary resources for the investments in these service areas should be considered as a rational and reasonable option.*

*In this framework, allowing certain public services to be run by the private sector, on the condition that the general principles and rules to run that service are to be determined and ascertained by the relevant public administration, is a method used in practice. Therefore, in order to spread this practice, it is important to clearly establish the necessary legal basis.*

**Keywords:** *Local Government, Concession Agreement, Public Services, Investment Financing, Legal Basis/Infrastructure.*

### GİRİŞ

Yerel yönetimlerin yürütmekte olduğu hizmetlerin bir kısmının imtiyaz yoluyla gördürülmesi mümkündür. İmtiyaz usulüne başvurulması her şeyden önce yatırımlar için bir kaynak temini ve finansman modeli olarak ön plana çıkmaktadır. Ulaşım, su, kanalizasyon ve katı atık gibi büyük maliyet gerektiren hizmet alanlarındaki yatırımların gerçekleştirilmesi için imtiyaz verilmesi, kaynak yetersizliği içinde bulunan belediyelerin zorunlu olarak başvurduğu bir yoldur. Kaynak temininin yanı sıra imtiyaz yönteminin kullanılması yoluyla ilgili hizmet sektörlerine yeni teknolojilerin transferi de mümkün olmaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinin niteliği gereği; bir yanda kamu yararını amaçlayan bir hizmetinin sunulması, diğer tarafta ise işletme çıkarını gözeten özel kişinin bulunması, zıt isteklerin ve çıkarların bağdaştırılmasını da gerektirmektedir. Bunun sağlanabilmesi için idareye imtiyazlı hizmet üzerinde yeterince yetki ve sorumluluk tanınması, imtiyaz sahibine ise mali güvenceler verilmesi esas olmalıdır.

Bu incelemede imtiyaz uygulamasına ilişkin olarak tarihi süreç de esas alınmak suretiyle, kavram olarak imtiyaz sözleşmesi ve nitelikleri incelenmiştir. Yöntem olarak, tarihi metinler, ilgili mevzuat ve yargı kararlarının tetkik edilmesi esas alınmış olup yerel yönetim veya mahalli idare ifadesi aynı anlamda ve birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Çalışma ile yerel yönetimlerin yapacağı imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uygulamalara ışık tutulması amaçlanmıştır. İnceleme kapsamında; tarihsel süreçteki imtiyaz uygulamasına dair örnekler, yeni yasal düzenlemelerden hareketle Danıştay'ın yaptığı incelemeler ve tespitler, sözleşme yapacak idarelerin dikkat edeceği ilkeler ve Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile imtiyaz sözleşmesinin mukayesesi, Türkiye örneğinde ve ölçeğinde ortaya konulmuştur.

## 1. İMTİYAZ KAVRAMI

İmtiyaz kavramının ayırt edici niteliğini tespit bakımından şunun öncelikle ifade edilmesi gerekir. Eğer bir idarenin sahip olduğu mutlak bir yetki varsa, buna bağlı olarak bir imtiyazın varlığı da söz konusudur. İmtiyaz, Türk Hukuk Lügatinde yetki veya salahiyet olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre imtiyaz: Kanundan veya akitten doğan hukuki bir iktidardır (Başbakanlık, 1998, s. 291).

İmtiyazın sözlük anlamında ise; farklılık, ayrıcalık, bir işin başkaları yapmamak üzere özel bir müsaade ile bir kimseye veya kuruma devredilmesine vurgu yapılmaktadır (Develioğlu, 1995, s. 434). İdare hukukunda imtiyaz, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

Hukukumuzda imtiyaz kavramı, bir kamusal hizmetin akdi ilişkiye dayalı

olarak yürütülmesini ifade etmektedir. İmtiyaz yoluyla yürütülecek kamu hizmetinin bedelinin de hizmeti kullananlardan tahsil edilmesi gerekmektedir. (Sezginer: 2009, 1080). Keza, imtiyaz sözleşmesinde bir yükleniciye tevdi edilen kamusal hizmetin yarar ve riskleri de tamamen işletmeciyeye ait olmaktadır. (Akyılmaz, Sezginer, Kaya: 2009, s.422).

İmtiyaz sözleşmeleri, en tam ve en mükemmel bir idari sözleşme biçimidir. Bu çerçevede imtiyaz sözleşmesi denildiğinde, kamu hizmetlerinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak ve bunun karşılığında da bir takım mali menfaatler elde edilmek üzere özel kesim tarafından yerine getirilmesi anlaşılır. İmtiyaz verilirken, kamu hizmetinin yerine getirilmesi işini üstlenen özel teşebbüs ile kamu kurumu arasında bir sözleşmenin akdedilmesi esastır. Burada idarenin gerekli şartları koyması, işi üstlenene gerekli yetkiyi tanınması ve elde edilecek menfaati tespit ve tayin etmesi lazımdır (Onar, 1960, s.419). Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyazının özel hukuk kişilerine verileceği kabul edilmekle beraber, Fransa'da elektrik ve gaz konusunda kamu hukuku tüzel kişilerine de imtiyaz verileceği kabul edilmektedir (Gözübüyük, Tan: 2008, s, 719).

Yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesi zorunlu hale gelmektedir. Niteliği gereği imtiyaz, iki taraflı bir sözleşmedir; bu sözleşme ile kamu idaresi bir müteahhidi veya bir ortaklığı belirli şartlar altında bir kamusal hizmeti yapmaya yani kamusal menfaat icabı olan bir işi görmeye yetkilendirmektedir. Bu tür sözleşmelerin çeşitli şekillerde sona ermesi mümkün olup tarafların bu hususu sözleşmenin yapılması aşamasında şarta bağlayabilecekleri de kabul edilmektedir ( Atay, 2012, s.565 ).

Bir kamu hizmetinin imtiyaza konu edilmesinin, kamu ekonomisi bakımından israfı önleyeceği ve hizmetin daha etkin sunumuna imkan vereceğini savunan görüşler de vardır (Delice, 2010, s.57).

### **1.1. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Özellikleri**

Daha çok ekonomik niteliğe sahip hizmetlerin imtiyaz yoluyla gördürülmesi söz konusudur. Taşıdığı nitelikler ve uygulandığı alanlar itibariyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bazı ayırt edici özellikleri vardır. Bu özelliklere bakıldığında özetle şu tespitlerin yapılması mümkündür: (Onar, 1960, s.419-422).

1. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi oluşturur,

2. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara, kamu gücüne dayanan bazı yetkiler tanınır,

3. Bu sözleşmelerde, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için idare, yürütülen hizmet konusunda denetim ve gözetim yetkisine sahiptir.

4. Hizmetin gerektirdiği yatırımların bir bölümü veya tümü idare tarafından üstlenilebildiği gibi; hizmetin görülmesi sırasında imtiyaz sahibine yardım yoluna da gidilebilir.

5. Hizmetin sorumlusu olan idare tarafından, bir özel kişi ya da kuruluşa belli bir süreyle imtiyaza konu hizmet alanında ayrıcalık, muafiyet veya tekel olma bağışıklığı verilir. İmtiyaza konu alanda tekel olma hakkının elde edilmesi, yatırımcı lehine önemli bir avantajdır.

6. İmtiyaz sözleşmelerinin süresi genel olarak uzun bir zaman dilimini kapsar.

7. Bu sözleşmelerde sermaye, kâr, hasar ve zarar sözleşmeye taraf özel hukuk tüzel kişisine aittir.

8. İmtiyaz veren idare, gerektiğinde hizmetin ücret tarifelerini de kapsayan gözetim ve denetim hakkına sahiptir.

9. İmtiyaz süresi sonunda, hizmet alanında özel kişi veya kuruluş tarafından gerçekleştirilen hizmete ilişkin her türlü tesis ve müstemilatın,

imtiyazı veren idareye imtiyaz sözleşmesi esaslarına göre devir olunacağı hüküm altına alınır.

10. İmtiyaz sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin taşınması gereken bütün nitelikleri taşınması da esastır. Anayasa Mahkemesinin, yukarıda verilen E:1996/63, K: 1997/40 sayılı kararında ortaya konulduğu gibi, idarî sözleşmeyi belirleyen en önemli ölçüt, kamu hizmeti olup; kamu hizmeti de kısaca, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak ifade edilebilir.

Burada vurgulanması gereken diğer bir husus da, hizmetin ifası ile mükellef olan idarenin, imtiyaz sözleşmesini gerekçe göstererek üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kaçınamayacak olmasıdır. Çünkü hizmetin kurallara uygun şekilde, sürekli, yeterli ve zamanında yerine getirilmesinden hizmetin yapılmasıyla ilgili yetki ve görev sahibi olan idare sorumludur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 7.5.2002 tarih ve E: 2000/17, K: 2002/46 sayılı kararında da kamu hizmetinin gerçek sahibi olan Devlet idaresinin, bu hizmetin imtiyazını vermekle sorumluluktan kurtulmuş olmayacağı, dolayısıyla imtiyaz verilen işletmenin teknik, idari ve malî hususları üzerinde denetim ve gözetim yapmasının doğal olduğu ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi, görülmekte olan kamu hizmeti kesintiye uğrarsa, idarenin derhal meseleye el koyması ve hizmetin ifasını temin etmesi lazımdır. Bu esnada ortaya çıkacak zarar, ziyan ve sair masraftan ise kural olarak imtiyaz sahibi sorumlu tutulacaktır. Bu esasların temini bakımından, idarenin imtiyaz sahibi üzerinde sürekli ve etkili bir denetim yetkisine sahip olmasını doğal karşılamak gerekir.

### **1.2. İmtiyaz Sözleşmelerinde Süre Unsuru**

İmtiyaz sözleşmelerinin önemli bir özelliği sözleşme sürelerinin uzun tutulmasıdır. İmtiyaz sözleşmelerindeki sürenin uzun veya kısa olması itibarıyla farklı avantaj veya dezavantajların olduğu ileri sürülebilir. Eğer

süre kısa tutulursa, bunun rekabeti sağlayacağı ve tüketici lehine olabileceği belirtilirken, sürenin uzun tutulmasının da yatırımların amortismanını sağlayacağı, dolayısıyla maliyeti azaltabileceği belirtilmektedir. Danıştay 10. Dairesi, 29.4.1999 tarih ve E:1992/232, K:1993/172 sayılı bir kararında, hizmet devrinin uzun bir süreye yayılmış olmasını, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırt eden bir hususiyet olduğunu vurgulamıştır ( Gözübüyük, Tan: 2008, s. 717). Keza, Anayasa Mahkemesinin, 9.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42 sayılı kararı da, sözleşme süresinin uzunluğunu imtiyaz sözleşmesinin bir özelliği olarak zikretmiştir (Gözübüyük, Tan: 2008, s.718). Gerçekten de imtiyaz süresinin uzun tutulması amaca hizmet edecek bir nitelik taşımaktadır. Çünkü imtiyaz sahibi imtiyaz süresi sonunda hizmet ürettiği tesisleri, hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz malları bedelsiz olarak idareye bırakmak durumunda olduğu için imtiyaz süresi, yatırımın bedelini amorti etmeye yetecek bir zaman dilimini kapsmalıdır.

### **1.3. İmtiyaz Sözleşmelerinde Yargısal Denetim**

İmtiyaz sözleşmeleri idari sözleşmelerdir. Yönetim ile imtiyaz sahibi arasında idari sözleşmelerden doğan davaların, tam yargı davası olarak idari yargıda görülmesi esastır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 16.07.2003 tarih ve 25170 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 4.6.2003 tarih ve E: 2003/46, K: 2003/46 sayılı kararında da idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idari yargının yetki alanına girdiğine, imzalanan imtiyaz sözleşmesinin idare hukukuna özgü yöntemlerle oluşturulduğu, uyuşmazlık konusu işlemin idari nitelikte olması nedeniyle bu konuya ilişkin davanın idari yargının görev alanına girdiğine işaret edilmiştir.

İmtiyaz sahibi ile imtiyazdan yararlananlar arasındaki uyuşmazlıklar adli yargıda görülecektir. Öte yandan, imtiyazdan yararlanan kişilerin, imtiyaz sahibinin görev ve sorumluluklarını yerine getirmemesi dolayısıyla, imtiyazı veren yönetime başvurarak hakkını talep etmesi de mümkündür. Çünkü hizmetin yürütülmesinden sorumlu olan idare, aynı zamanda hizmetten

yararlanacaklara karşı sorumludur. Bu esastan hareketle, hizmetten yararlanan kişinin idareye yaptığı müracaat üzerine, eğer idareden olumsuz bir cevap alırsa bunun için idari yargıda iptal ya da tazminat davası açma hakkı vardır ( Gözübüyük, Dinçer: 1999, s.260 ). İmtiyaz sözleşmesi dolayısıyla, yönetim ile üçüncü kişiler arasında ya da imtiyazdan yararlananlar arasında çıkan uyuşmazlıklarda davalı olarak yönetimin gösterilmesi gerekir. İmtiyaz sahibi ile üçüncü kişiler, ya da imtiyazdan yararlananlar arasındaki uyuşmazlıklarda ise imtiyaz sahibinin davalı olarak gösterilmesi ve davanın da adli yargıda açılması gerekir, Danıştay'ın bunun hilafına kararları da vardır (Gözübüyük, 2011, s.379) .

### ***1.3.1. İmtiyaza Taraf Şirkette Yabancılık Unsurunun Bulunması Halinde Yargısal Denetim***

İmtiyaz alanına yabancı sermayenin girişini kolaylaştırmak amacıyla, 2000 yılında 4501 sayılı Kamu Hizmetlileri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, 2003 yılında ise 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yasalaşmıştır. Bu çerçevede, imtiyaz sözleşmesine taraf olan şirkette yabancılık unsurunun bulunması halinde, yabancı yatırımcının hakkının korunması amacıyla bazı esaslara riayet edilmesi gereklidir.

Bu kapsamda, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için sözleşmeye hüküm konulması mümkündür. 4501 sayılı Kanuna göre, sözleşmeye taraf olan kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birisinin bulunduğu durum yabancılık unsurunun varlığını mümkün kılmaktadır.



Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümü gerekebilir. Bu durumda;

a)Türkiye`de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,

b)Yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka karar verecek hakem ve hakem kurulunda,

c)Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda, anlaşmazlığın çözülmesi sözleşmeye konu edilebilecektir.

Bu tür sözleşmelerde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekâlet ücreti ve benzeri konuların ayrıntılı biçimde düzenlenmesi öngörülmüştür.

4501 sayılı Kanundaki düzenlemelere benzer hükümler, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda da yer almıştır. 4875 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesinde yabancı yatırımcıların haklarının korunması esastır. Aynı Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan hükümler uyarınca, uyuşmazlıkların çözümü kapsamında yabancı yatırımcıların Türkiye'deki idarelerle yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde, görevli ve yetkili mahkemeler tespit edilebilecektir. Aynı maddedeki hükme göre, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilmesine de imkân verilmiştir.

Uluslararası ekonomik hukuk bakımından malların, sermayenin, kişilerin ve fikirlerin serbest dolaşımında belli kurallar dahilinde kurumsal ve yasal normların oluşturulması (Dunoff, Ratner, Wippen, 2006: 827) sermayenin kendisini güvende hissetmesi bakımından göz ardı edilmemelidir. Bunun temini bakımından iç hukukumuzdaki düzenlemeler çerçevesinde, 4501 ve 4875 sayılı kanunlar imtiyaz sözleşmeleri bağlamında yabancı sermayenin girişi için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Türkiye, bu yasalardan da önce yabancı yatırımcıya güven veren uluslar arası bazı anlaşmalara taraf olmuştur, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi/International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) gibi (Carter, 2009, s.129). Yatırımların karşılıklı korunmasını temin eden uluslar arası anlaşmalar yoluyla sermaye sahibinin, devletleştirme ve benzeri risklere karşı korunması temel amaçtır ( Çakmak, Ergün, 2011, s.45). Bir kamu hizmetinin ifası konusunda imtiyaz verilen yatırımcıya hukuki bakımdan güvence sağlanması, uluslararası sermayeden istifade edilmesi bakımından önemli bir koşuldur.

## **2. MAHALLİ İDARELERDE İMTİYAZ UYGULAMASINA DAİR HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHİ SEYRİ**

İmtiyaz sözleşmelerinin yaygın örneklerini özellikle Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde görüyoruz. Osmanlı İmparatorluğundaki imtiyazlar; gaz depolama, elektrik hattı yapımı ve aydınlatma, demiryolu yapımı ve işletilmesi, su isale hattı yapımı, iskele yapımı ve deniz ulaşımının sağlanması, metro hattı yapılması ve işletilmesi gibi alanlarda uygulamaya konulmuştur.

Osmanlı dönemi belediyelerinin görevlerine bakıldığında, 1877 tarihli Dersaadet Belediye Kanununda; suyollarının bakım ve onarımı, ulaşım, emlak kaydı, çarşı ve meydanların bakımı ve temizliği, ücret tarifelerinin tespiti, işyerlerinin düzenlenmesi ve denetiminin belediye idaresinde olduğu görülmektedir. Keza, iskelelerin bakımı, yük ve nakliye hizmetleri, ölçü ve tartı

aletlerinin ayarlanması, mezbaha hizmetleri, gıda denetimleri de belediyelere tevdi edilmiştir. Bunların yanında, yetim ve fakirler ile diğer ihtiyaç sahiplerine yardım, fakirler için hastane va sair kurumların yapımı gibi birçok görevin belediyelere verildiği görülüyor ( Ergin, 1995, s.1627). Bu görevlerin doğal sonucu olarak da İstanbul Belediyesi/Şehremaneti muhtelif imtiyazlar vermiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinin yapılabilmesi, buna imkân veren hukuki bir zeminin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede, Osmanlı dönemi imtiyaz hukuku alanında yapılan ilk yasal düzenlemelerden birisi, 24 Haziran 1908 tarihli Takvimi Vakayi'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanundur. Kanuna göre, "... vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itasi hükümeti mahalliyenin dairei salahiyetlerinde bulunmayacak olan menafii umumiyeye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye tarafından verilecektir". Yani, belediye tüzel kişiliğinin vereceği imtiyazlar dışındaki imtiyazlar yürütme gücü tarafından verilecektir. Belediyelerin vereceği imtiyazlar bakımından Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca, yeni mevzuat düzenlemesi yapıncaya kadar merkezi idare/yürütme tarafından gerekli yetki kullanılacaktır. Kanunun bu konuya dair hükmü şöyledir: "Vilayet ve devairi belediyenin teşkilatına dair yapılacak kanunlar ile itası hükümeti mahalliyenin salahiyetleri dairesinde bulunacak olan imtiyazlar hakkında kavanini mezkurenin neşrine kadar hükümeti merkeziyece bersabık ifayı muamele edilecektir" ( <http://www.mevzuat.gov.tr>).

İmparatorluk döneminde uygulamaya giren 1913 tarihli İdarei Hususiyei Vilayet Kanunu Muvakkati ki, 2005 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. İl özel idarelerinin imtiyaz sözleşmesi yapmasına cevaz vermektedir. Bu Kanununun 78 inci maddesine göre, şehir ve kasabalarda belediye yararına olan ve şartları Devlet tarafından belirlenen esaslara uygun olarak; süresi kırk yılı geçmeyecek şekilde, hayvan, buhar ve elektrikle işleyen tramvaylar inşa edilmesi, elektrikle veya hava gaziyle aydınlatma yapılması ile elektrik

dağıtım ve içme suyu dağıtım hatlarının yapımı için imtiyaz verilmesinde il özel idareleri yetkili kılınmıştır. Aynı düzenleme kapsamında, süresi kırık yılı geçen imtiyaz sözleşmelerinin ise Bayındırlık Bakanlığınca (Nafia Nezaretince) verileceği hüküm altına alınmıştır.

### **2.1. Tarihsel Süreçte İmtiyaz Uygulamasının İlk Örnekleri**

Ülkemizdeki imtiyaz uygulamasının tarihine bakıldığında 19. Yüzyılın sonu ve 20.Yüzyılın başlarında önemli hizmet alanlarının imtiyaza açıldığı görülüyor. Bu çerçevede, demiryolu, rıhtım, elektrik, su, havagazı, tramvay, tünel, gibi alanlarda muhtelif imtiyazlar verilmiştir (Toprak, 1993, s.219). Aslında kapitülasyonların verilmesinden itibaren başlayan süreç de bir nevi imtiyaz uygulamasıdır. Ancak, burada teknik olarak verdiğimiz imtiyaz tanımından hareketle münhasır sözleşmelere dayanan uygulamaların bazılarında değinilmesi yararlı görülmüştür. Osmanlı İmparatorluğu döneminde verilen imtiyazlarda bazen İstanbul Belediyesinin/Şehremanetinin bazen de diğer bakanlıkların imtiyaz sözleşmelerinde taraf olduğu görülüyor. Bu kapsamda imtiyaz alanlarına ve imtiyaz şartlarına dair bazı örnekler şu şekilde özetlenebilir.

#### **2.1.1. Dersaâdette Müceddeden İnşa ve Tesis Olunacak Tramvay Hatlarına Dair Mukavelename**

Bu imtiyaz sözleşmesi 1881 tarihlidir. Ancak sözleşme, 1869 yılında 4 tramvay hattı için verilen imtiyazın yenilenmesini esas almaktadır. Bu Sözleşme ile Devleti Aliyye Dersaâdet Tramvay Şirketi'ne imtiyaz verilmiştir. İmtiyazın başlıca şartları şunlardır: (Ergin,1995, s.2418-2426).

a) Şirket; masrafı, zararı ve ziyanı kendisine ait olacak şekilde şartnamede belirtilen tramvay hatlarını inşa edecektir.

b) İmtiyazın süresi onay tarihinden itibaren otuz altı buçuk sene olup, Şirket, dört bin Osmanlı Lirasını teminat akçesi olarak Osmanlı Bankasına teslim edecek ve hatların yarısı işletmeye açıldığında yatırılan teminatın yüzde ellisi, kalan hat işletmeye açıldığında ise geri kalan yüzde ellisi şirkete iade edilecektir.

c) Tramvay hatlarının işlemeye başladığı süreden on sene sonra Şirketin net kârı % 15'i geçerse var olan tarifede indirim yapılması zorunludur.

d) Hatların geçeceği emlakın Şirket tarafından satın alınması esas olup, hat güzergâhındaki mabet, mezar ve türbeler ile kale duvarlarının korunması esastır.

e) Hatların inşası sırasında bulunacak eski eserler hükümete teslim edilecektir.

### **2.1.2. Haliç Dersâdet Vapurları İmtiyazına Dair Mukavelename**

1909 tarihli bu imtiyaz sözleşmesi, Osmanlı Ticaret ve Nafia Nazırı Hallaçyan Efendi ile Cemile Sultan adına hareket eden Celaleddin Beyefendi arasında imzalanmıştır. Sözleşmenin süresi kırk yıl olarak öngörülmüştür. Sözleşmenin Padişah tarafından onaylanmasını müteakip imtiyaz sahibi tarafından dört ay içinde, yüz bin Osmanlı lirası sermayeye sahip bir Osmanlı anonim şirketi kurulması ve hizmetleri bu şirketin yapması öngörülmüştür. İmtiyaz sahibi, İstanbul'un Galata semtinden Kâğıthane'ye kadar mevcut iskeleleri kullanması veya yeni iskeleler kurması sözleşmenin hükümleri arasında yer almıştır. İmtiyaz sözleşmesinin Padişah tarafından onaylanmasını müteakip iki bin beş yüz Osmanlı lirası veya mukabili Devlet tahvilinin Osmanlı Bankasına tevdi edilmesi de sözleşmede yer almış olup, Sözleşmede yer alan diğer bazı şartların şu şekilde özetlenmesi mümkündür: ( Ergin, 1995, s.2337-2340).

1. İmtiyaz alan şirket, imtiyaz süresince her ay on beş Osmanlı lirasını teftiş masrafı olarak ödeyecektir.

2. İmtiyaz sahibi şirket, işleteceği vapurlardan mevcut tarifeye göre ücret alacak ve Osmanlı Hükümetinin müsaadesi olmadan ücret artışı yapılmayacaktır.

3. Şirketin istihdam edeceği memur ve müstahdemler Osmanlı uyruğundan olacak ve şirketin iş ve işlemlerinde Türkçe Lisanı kullanılacaktır.

4. Şirket her altı ayda bir net kârın yüzde seksen altısını Şehremanetine verecektir.

5. Şirketin imtiyazı münhasıran denizde yolcu nakline ilişkin olup, şirketin yetkili olduğu alanda, şirketin sahip olduğu deniz araçlarının dışında, makine ile çalışan başka ticari deniz araçlarına müsaade edilmeyecektir.

6. Şirket tarafından bir sandık oluşturularak şirket çalışanlarından hasta ve muhtaç duruma düşenlere yardım yapılması sağlanacaktır.

7. İmtiyazın bitiminde mevcut vapurlar ve iskelelerle sair teferruat Hükümete bedelsiz, borçsuz, herhangi bir yükümlülük altında olmaksızın, iyi ve çalışır halde teslim edilecektir.

8. Sözleşme ve eki şartnamenin muhtevasının yorumundan dolayı ortaya çıkacak ihtilaf Şurayı Devlet tarafından, bunun dışındaki anlaşmazlıklar ise adliye mahkemelerinde halledilecektir.

İmtiyazı alan şirketin sadece Osmanlı uyuğundan kişileri çalıştırmak zorunda olduğuna dair hüküm, 1913 tarihli bir tadilatla şirketin idari veya teknik işlerini yürütmek üzere, Ticaret Nezaretinin müsaadesi ile en fazla üç yabancı çalıştırılacak şekilde yeniden düzenlenmiştir (Ergin, 1995, s.2354).

### ***2.1.3. Dersââdette Gaz ve İspirto Hıfzına Mahsus Ambarlar için Verilen İmtiyaz Mukavelenamesi***

Bu imtiyaz sözleşmesi 1880 tarihlidir ve 25 yıl süreyle verilmiştir. Sözleşme, Sami Bey namında bir gerçek kişiyle imzalanmıştır. Sözleşmedeki hükme göre, inşa edilecek depolar Avrupa'daki en son tecrübeler dikkate alınarak yapılacaktır. İnşaatın denetimi İstanbul Belediyesince gerçekleştirilecektir. İmtiyaz sahibi kendi çalıştıracağı personeli masrafı yine kendisine ait olmak üzere istediği gibi istihdam edecek, ayrıca depolara girecek malları da sigorta ettirecektir. İmtiyaz sözleşmesinin Padişah tarafından onaylanmasını müteakip beş yüz Osmanlı altını tutarındaki teminatın Osmanlı Bankasına yatırılması da sözleşmenin hükümleri arasında yer almıştır. Ambarların işletilmesinden

elde edilecek yıllık gelirin %40'ının İstanbul belediyesine ait olması ve imtiyaz süresinin bitiminde, bütün ambarların kullanılabilir durumda İstanbul Belediyesine geçeceği de imtiyaz sözleşmesi ile hükme bağlanmıştır ( Ergin, 1995, s. 2130-2133).

#### **2.1.4. Tünel İmtiyazı**

Osmanlı dönemindeki önemli imtiyazlardan birisi de, 1870 tarihli fermanla verilmiştir. Bu imtiyaz sözleşmesi kapsamında; İstanbul'un Galata semtinden Beyoğlu'na kadar yer altından bir tünel yapılması ve bunun otuz ayda bitirilmesi şartıyla kırk iki sene süreyle imtiyaz verilmiştir. İmtiyaz sahibi kişi, Fransız uyruğundandır. İşletmeden elde edilecek hâsılâtın yüzde bir buçuğu Osmanlı Hazinesine verilecektir. İmtiyaz sözleşmesine dair fermanla, imtiyaz sözleşmesi ve şartnamesinin Şurayı Devlet tarafından mütalaa ve tetkik edildiği de belirtilmiştir. Sözleşme ile tünelin otuz ayda tamamlanması öngörülmüş olmakla beraber, inşaatın bitirilip tünelin işletmeye alınması ancak beş yılda tamamlanabilmiştir. Tünelin işletilmesi sırasında beş yaşından aşağı çocuklardan ücret alınmaması, zabıtaban ve resmi elbise taşıyan askerden ise yarım ücret alınması şart koşulmuştur Tünel imtiyazı, 1907 yılında mevcut sürenin bitiminden sonra 75 sene müddetle yenilenmiş ve bu işletmeyi yürütecek bir Osmanlı anonim şirketinin kurulması öngörülmüştür. Uzatılan süre için Devlete ödenecek tutar da yüzde bir buçuktan yüzde dörde çıkarılmıştır (Ergin, 1995, s.2489-2524). Tünel imtiyazında, Devlete ödenmesi öngörülen miktar, açılan davalar ve öne sürülen zarar iddiaları dolayısıyla imtiyaz sahibinden tahsil edilerek Devlet hesabına aktarılamamıştır (Ergin, 1995, s.2526)

#### **2.1.5. Metropolitan Demir Yolu İnşa ve İşletilmesine İlişkin İmtiyaz**

Bu imtiyaz sözleşmesi 1912 tarihlidir. Sözleşme, Dersaâdet ve Civarının Rumeli Cihetinde Metropolitan Tabir Olunur Bir Şehir Demiryolu İnşa ve İşletilmesi Hakkında İrade-i Seniyye, adıyla Danıştay ve Bakanlar Kurulu kararına istinaden yapılmıştır. İmtiyaz, Deutsche Bank adına hareket eden bir

girişimciye verilmiş olup süresi 81 yıl olarak tespit edilmiştir. Demiryolunun çift hatlı olarak inşa edilmesi ve elektrikle işlemesi öngörülmüştür. Demiryolu hattının güzergâhı ise, Beyazıt, Yenikapı, Eyüp ve Dolmabahçe'dir. İmtiyaz için bloke edilecek teminat miktarı 15 bin Osmanlı altınıdır, bunun Devlet tahvili olarak ödenmesine de imkân verilmiştir. İmtiyaz sahibinin dört ay içinde demiryolunu yapıp işletecek bir Osmanlı anonim şirketi kurması ve şirketin Devlet daireleriyle yapılacak yazışmaların Türkçe yapılması da Sözleşmenin şartları arasında yer almaktadır (Ergin, 1995, s.2528-2530).

## ***2.2. Cumhuriyet Dönemi Öncesindeki İmtiyaz Sözleşmelerinin Temel Özellikleri ve İlgili Yargı Kararları***

Burada Osmanlı döneminde verilen imtiyazlara dair sözleşmelerin bazı temel ve genel özelliklerine bakılması yararlı olacaktır. Bu çerçevede Osmanlı döneminde imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin geneline baktığımızda bazı ortak özelliklerin ön plana çıktığı görülüyor. Bu esasların başlıcalarının aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

- a) İmtiyaz imalatına konu alanda en son teknolojilerin kullanılması,
- b) İmtiyaza konu inşaat ve imalatın imtiyazı veren idare tarafından denetlenmesi,
- c) İmtiyaz ihalesine/sözleşmesine dair geçici ve kesin teminatın bankaya yatırılmasının sağlanması,
- d) İmtiyaz sahibinin kendi çalıştıracağı elemanı Osmanlı tebaasından olmak üzere seçmekte özgür bırakılması,
- e) Zorunlu hallerde yabancı çalıştırılması gerekiyorsa, bunun sayısal olarak sınırlandırılması,
- f) İmtiyaza konu hizmet bakımından indirimli ve ücretsiz yapılacak hizmetlerin önceden belirlenmesi,
- g) Sözleşmelerde, kayıtların Devletin resmi dili olan Türkçe ile tutulması ve Devlet daireleriyle yapılacak yazışmaların Türkçe yapılması,



h) İmtiyaz verilen alanda başka bir şirkete imtiyaz verilmemesi,

i) İmtiyaz alan şirketin personelinin giyeceği kıyafetin belirlenmesi,

j) İmtiyaz sözleşmelerindeki anlaşmazlıkların çözümlenmesinde Osmanlı yargısının geçerli olması ve bu çerçevede; anlaşmazlığın Belediye veya Hükümet ile şirket arasındaki sözleşmeye ilişkin olması halinde, yetkili mahkemenin Şurayı Devlet ( Danıştay ), imtiyaz sahibi ile hizmetten yararlanan vatandaş arasındaki anlaşmazlıkta ise adli mahkemelerin yetkili olması.

k) İmtiyaz sözleşmesi uyarınca yapılan bina ve sair tesislerin sürenin bitiminde imtiyaza taraf idareye tesliminde borç bırakılmaması ve kullanılabilir durumda teslim edilmesi,

Mahkemelerin yetkisi konusundaki düzenlemeler genel olarak; sözleşmelerin uygulanmasına dair işleyişle ilgilidir. Örneğin, 1891 tarihli, Kadıköy ve Üsküdar ile Boğaziçi'nin Anadolu Cihetinin Havagazıyla Tenviri İmtiyazına Dair Mukavelenamenin 17 nci maddesinde sözleşmenin ve sözleşmeye bağlı şartnamenin uygulanması ve yorumlanması bakımından, İmtiyaz sahibi ile Belediye arasında ortaya çıkacak her türlü anlaşmazlığın Şurayı Devlet tarafından çözümleneceği; hukuk davalarının çözümünün de, Osmanlı Mahkemelerinde olacağı şeklindedir (Ergin, 1995, s.2654). Keza, Dersâadet Rıhtımları İmtiyazına Dair Sözleşmenin 28 inci maddesi de imtiyaz sahibi ile ahali arasında çıkacak anlaşmazlıkların söz konusu işin ait olduğu Osmanlı Mahkemesince çözümlenmesini öngörmektedir ( Ergin, 1995, s.2804). 1913 tarihli ve 50 yıl süreli olarak verilen, İstanbul Şehrinin Beyoğlu ve Yeniköy Daire-i Belediyeleri Dâhilindeki Mahallerine Havagazı Tevzi ve İcrası Hakkındaki İmtiyaz Sözleşmesine ekli Şartnamenin 47 nci maddesi ise Şurayı Devletin ( Danıştay ) yetkisine dair düzenleme ihtiva etmektedir ( Ergin, 1995, s.2632).

İmtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan anlaşmazlıklar konusundaki yargı kararları da dikkat çekicidir. Örneğin, 1909 tarihli bir Şurayı Devlet (Danıştay) kararında, İstanbul Belediyesine devrolunan

Etfal Hastanesine, Terkos Su Şirketinin imtiyaz sözleşmesi kapsamında ücretsiz su vermeye zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu Danıştay kararında, imtiyaz sözleşmesinde ismen sayılan hastanelere sonradan ilave yapılmasının mümkün olmayacağı hüküm altına alınmıştır (Ergin, 1995, s.4173). Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerindeki hak ve menfaatlerin başlangıçtaki tayininden sonra, bunlara dair değişikliğin ancak idare ile üstlenici arasında varılacak mutabakatla değiştirilmesi mümkün olacaktır. Bu çerçevede şunu da belirtelim: imtiyaz veren idarenin üstlenici aleyhine sözleşmedeki gelir harcama kompozisyonunu ve mali dengeyi tek taraflı bozma hakkına sahip olmadığı doktrinde de kabul görmektedir (Onar, 1960, s.421).

Sözleşmelerde kullanılacak lisanın ne olacağı hususu da zaman zaman anlaşmazlık konusu olmuştur. Bu meseleler yargı tarafından çözülmüştür. Örneğin, Dersaadet Su Şirketinin Hükümetle yazışması konusundaki 1890 tarihli bir Danıştay kararında; Şirketin merkezinin İstanbul olduğu, Şirketin Devleti Aliye kanunlarına tabi olduğu, Osmanlı şirketi niteliği taşıdığı, bu esaslardan hareket edildiğinde, Dersaadet Su Şirketinin, Devletin resmi lisanı olan Türkçe ile yazışma yapması gerektiği, çünkü Şirkete verilen imtiyaz sözleşmesinde Şirketin Hükümet daireleri ile Fransızca yazışma yapacağına ilişkin bir şart bulunmadığına işaret edilmiştir (Ergin, 1995, s.4190).

Bazı imtiyaz sözleşmelerinde ise ücret tarifesine ek olarak resimlerin imtiyaz sahibince toplanması hüküm altına alınmıştır. Örneğin, 1891 tarihinde 85 sene müddetle verilen Dersaadet Rıhtımları İmtiyazına Dair Sözleşmenin 23 üncü maddesine göre Palamar Resmi, Rıhtım Resmi ve Abonman Resmi imtiyaz sahibince tahsil edilecektir (Ergin, 1995, s.2802).

Yukarıda da işaret edildiği gibi imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmında, şirket çalışanlarının kıyafetine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Meselâ, 1891 tarihinde 50 sene müddetle verilen, Kadıköy ve Üsküdar ile Boğaziçi'nin Anadolu Cihetinin Havağazıyla Tenviri İmtiyazına Dair Mukavelenamenin 12 nci maddesine göre, Gazhanenin teknik elemanlarının dışındaki memur, işçi ve hademelerin fes giymesi şart koşulmuştur (Ergin, 1995, s.2653).

Bazı imtiyaz sözleşmelerinde ise, imtiyaz sahibinin ileriye dönük olarak, ortaya çıkacak ihtiyaca binaen ücretsiz hizmet sunması kayıt altına alınmıştır. Örneğin, su temini konusunda verilen imtiyazlarda bunu daha açık görüyoruz. Bu tür imtiyaz sözleşmelerinin bazısında; meccanen su verilecek yerler, bedeli imtiyaz sahibince karşılanmak üzere yapılacak çeşmeler ve bunlara su temin edilmesinin şartları ortaya konulmuştur. Bu çerçevede, 1875 yılında, önce 40 sene müddetle imtiyaz verilen ve daha sonra süresi 75 seneye yükseltilen, Terkos Gölünden Beyoğlu, Galata ve Haliç'e Su İsalesini Öngören İmtiyaz Sözleşmesinde, imtiyaz alan şirketin İstanbul Belediyesinin göstereceği yerlere 12 adet çeşme yapıp bu çeşmelere gün doğumundan gün batımına kadar ücretsiz su sağlayacağı hükme bağlanmıştır. Keza şirketin, güzergâhtaki mevcut olan ve sonradan yapılacak okullara, kışlalara ve hastanelere de ücretsiz su temin etmesi kayıt altına alınmıştır. Buna mukabil, imtiyaz sahibi şirketle rekabet edebilecek başka bir şirkete imtiyaz verilmeyeceği de sözleşme ile taahhüt edilmiştir ( Ergin, 1995, s. 2890-2894)

### 3. CUMHURİYET DÖNEMİNDE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

Özellikle yabancılara imtiyaz verilmesi konusunda Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki politikaların Cumhuriyetin kuruluşunu izleyen dönemde devam etmediği görülüyor. Cumhuriyet dönemindeki ilk uygulamalarda, imtiyazlı şirketlerin yürüttüğü hizmetlerin kamu kurumlarına verilmesi şeklinde bir politika benimsenmiştir. İmtiyazın Osmanlı dönemi kapitülasyonlarını hatırlatmasından dolayı Cumhuriyetin ilk yıllarında bu müessesenin çok zorlaştırıldığı da bir gerçektir (Çal, 2010, s.59). Nitekim 1924 Anayasası imtiyazın ancak Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayı ile geçerlilik kazanmasını öngörmüştür ( Çal, 2010, s.51). Görüldüğü gibi, imtiyaz sözleşmeleri, 1924 Anayasası'nda TBMM denetimine tabi tutulmuştur. Bu sözleşmeler, 1961 ve 1982 Anayasalarında ise Danıştay denetimine tâbi kılınmıştır. Yapılan imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararının kollanıp kollanmadığı konusunda Danıştay'ın yapacağı inceleme ve görüş bildirmesi bu yönüyle önem taşımaktadır.

Cumhuriyetin kurulmasını müteakip izlenen milli maliye politikası gereğince, daha önce imtiyazla yabancılara verilen hizmet alanlarında kurulan şirketlerin geri alınması şeklindeki uygulama kapsamında İstanbul Terkos Su Şirketi 1933 yılında 1.3 milyon Fransız frangı ödenerek İstanbul Belediyesine devredilmiştir. İstanbul TAŞ ise 1936 yılında 800 bin İngiliz lirası ödenerek geri alınmıştır (Akbank, 1980:84).

Cumhuriyetin kuruluşunu izleyen yıllardaki uygulamalar kapsamında, İmparatorluk döneminde verilen imtiyazların geri alınmasına dair yasal hükümlerden birisi, şu anda mülga olan 1580 sayılı Belediye Kanununda yer almıştır. Mezkûr Kanunun 157 inci maddesinde hükme göre su, elektrik, havagazı, tramvay ve benzeri belediye sınırı dâhilinde bulunan imtiyazlı şirketlerin sözleşmelerinde öngörülen sürenin bitiminde, sözleşme uyarınca Devlete intikal edecek olan bilcümle tesisat ve emval bilabedel belediyelere devrolunacaktır. Keza, söz konusu şirketlerin imtiyaz sözleşmelerinde hükümet tarafından mubayaa/satın alma hakkı için kabul edilen müddetin başlamasından itibaren belediyelerin müracaat ve talebi üzerine satın alma bedeli belediye tarafından temin edilmek şartıyla hükümet tarafından satın alma gerçekleştirilerek şirket tesisleri ve mallar belediyelere devredilecektir.

Görüldüğü gibi, 1580 sayılı mülga Kanunun bu hükmü ile yürütülmesi belediyenin yetkisinde olan kamusal hizmet bakımından, daha önce imtiyaz sözleşmeleri ile özel şirketlere verilen imtiyazların bitiminde tesislerin belediyelere bedelsiz olarak geçmesi öngörülmüştür. Ayrıca imtiyaz sözleşmesindeki süre sona ermeden, yapılan sözleşmelerde belli bir bedel ödenerek imtiyaz sahibinin elindeki tesislerin erkenden alınması öngörülmüş ise sözleşmedeki süre beklenmeden bedeli belediyece karşılanmak suretiyle tesislerin devir alınmasına da imkân tanınmıştır. Ancak bu hüküm, belediyelerin yeni imtiyazlar vermesine engel de değildir. Çünkü 1580 sayılı Kanun, aynı zamanda imtiyaz verilmesine ilişkin hükümleri de ihtiva etmektedir.

Cumhuriyetin kuruluş yıllarında egemen olan imtiyaz karşıtı katı tavrda

zaman içinde yumuşama görülmüştür. Bu çerçevede, 1950 yıllarını izleyen dönemde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine başvurulmaya başlanmıştır. Ancak bunların çok önemli alana inhisar etmediği de görülüyor. 1980'leri izleyen dönemden günümüze kadar izlenen Neo-liberal politikalar gereği imtiyaz usulünün tekrar canlanmaya başladığını ifade edebiliriz. Özellikle haberleşme sektöründe bunu çok açık biçimde müşahade ediyoruz. İmtiyaz usulünün tekrar uygulama sahasına girmesinde, münhasıran hizmetlerin finansmanında yaşanan sorunların etkili olduğu da ileri sürülmektedir (Gözübüyük, Tan, 2008, s. 717).

### ***3.1. Cumhuriyet Dönemi Yerel Yönetimlerinde İmtiyaz Uygulamaları***

Mahalli idarelerin kamu hizmeti üretmesi sırasında gerçek ve tüzel kişilerle sözleşme yapmasına dair muhtelif uygulamalar söz konusudur. Bu tür sözleşmelerden birisinin de imtiyaz sözleşmeleri olduğunu belirtmiştik. Mahalli idarelerin imtiyaz yetkisine bakıldığında, Cumhuriyet Dönemindeki uygulamalar çerçevesinde, 1930 tarihinde yürürlüğe konulan 1580 sayılı Belediye Kanununun, belediyelerin imtiyaza konu edilebilecek hizmet alanlarına dair temel düzenlemeleri ortaya koyduğu belirtilmelidir. 1580 sayılı Kanunun, belediyelerin hakları, salahiyet ve imtiyazları başlıklı 19 uncu maddesine göre, kazanılmış haklara zarar vermemek şartıyla belediye sınırı dâhilinde; doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazı, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sahiller ile civarındaki vapurların çalışmasını deruhte etmek belediyelerin hakkıdır. Belediyeler isterlerse, bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi geçmemek üzere ve Devletçe konulan kurallara uygun olarak imtiyaz verebileceklerdir.

Keza, bu maddenin beşinci fıkrasına göre, belediye hudutları dahilinde muayyen semtler arasında yolcu nakil vasıtası olarak otobüs, omnibüs, otokar, tünel trolley, füniküler işletmek ve mezbahalarda kesilen etleri belediye meclisince tayin ve İçişleri Bakanlığınca tasdik edilecek ücret mukabilinde

satış yerlerine nakletmek de münhasıran Belediyelerin hakkıdır. Bunların, belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya kiraya verilmesi mümkündür. Gerektiğinde İçişleri Bakanlığının kararı ile bu hizmetlerin de imtiyazın devri yoluyla gördürülmesi mümkündür. Kanunun 70 inci maddesindeki hükme göre, kamu yararı gözetilerek belediye adına verilecek olan imtiyaz sözleşmelerinin belediye meclisinde görüşülüp kabul edilmesi de gerekmektedir. Dolayısıyla, belediye adına bir imtiyaz mukavelesinin yapılabilmesi için konunun İçişleri Bakanlığına sunulmasından önce ilgili belediye meclisince karara bağlanması gerekiyordu (Can, Yıldız, 2004, s.94).

1580 sayılı Kanun, belediyelerin kuruluş ve örgütlenmesini, yetki, imtiyaz ve görevlerini düzenleyen temel metin olarak 2004 yılına kadar uygulamada kalmıştır. Büyükşehir belediyelerinin yerel yönetim sistemine dahil olduğu 1980'lerde belediye idaresi hakkında bir başka düzenleme olan 1984 tarihli ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun yasalarmıştır. 3030 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre, büyük şehir ve ilçe belediyeleri de, görevli oldukları konularda, 1580 sayılı Belediye Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri ile belediyelere tanınan hak, yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahiptir. 2004 yılında 3030 sayılı Kanunun yerini alan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 10 uncu maddesi, 3030 sayılı Kanundaki hükmü tekrarlamak suretiyle, büyükşehir ve ilçe belediyelerinin; görevli oldukları konularda bu Kanunla birlikte Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri ile ilgisine göre belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahip olduğunu hüküm altına almıştır.

1580 sayılı Belediye Kanununun uygulandığı dönemde belediyelerin imtiyaz vermesi uygun görülmüştür. Danıştay Birinci Dairesince verilen, E: 2000/148, K: 2000/192 sayılı istişari kararda, 10 Haziran 1910 tarihli "Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun"un halen yürürlükte olduğu ve belediyelerin imtiyaz verebileceği hususuna işaret edilmiştir.

### 3.1.1. Yerel Yönetimlerce İmtiyaz Sözleşmelerinde İzlenecek Yöntem

İmtiyaz vermek isteyen yerel yönetim tarafından hazırlanıp İçişleri Bakanlığına gönderilecek sözleşme dosyasında bazı esasların gözetilmesi gerekmektedir. Gerek Bakanlıkta izlenen prosedür gerekse Danıştay tarafından yapılan inceleme esas alındığında, imtiyaz sözleşme taslaklarına ilişkin olarak İçişleri Bakanlığına yapılan başvurularda şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir:

**a) İmtiyaz uygulamasının ne şekilde uygulanacağına dair imtiyaz sözleşme taslağı:** İmtiyaz sözleşme taslağında; İdarenin ve işin tanımı, imtiyaz hakkının kapsamı ve konusu, imtiyaz hakkı sahibinin kimliği, imtiyaz bedeli, imtiyaz kullanım bedeli ve imtiyaza konu edilen hizmetlerin tarifeleri ve bedelleri öncelikle yer almalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 26.06.2001 tarih ve E: 1996/63, K: 1997/40 sayılı kararında; imtiyazlı şirketin, yüklendiği hizmeti, sözleşmenin hüküm ve şartları ile kamu hizmetinin genel ilkelerine göre yerine getirme yükümlülüğüne karşılık, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını ve sağlanmasını isteme hakkının da bulunduğu işaret edilmiştir.

İmtiyaz taslağında ayrıca imtiyazsın süresi, idarenin sorumlulukları, imtiyaz hakkı sahibinin sorumlulukları ve imtiyaz süresince kullanıcı yurttaşlardan veya hizmetten yararlanacaklardan talep edilecek ücretlerin ve bedellerin miktarına dair örnek tablolara yer verilmesi de yararlı olacaktır. Sözleşme taslağında ayrıca yapılacak işler ve imalat konusunda yeterli düzenleme de bulunmalıdır. Bu kapsamda kontrollük hizmetleri, yapım ve imalatın kabul işlemleri, yapım işlerinin süresi, mücbir sebepler ve ceza uygulaması gibi ortaya çıkacak muhtelif durumlara göre düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması lazımdır.

Yapılacak tesislerin güvenliği ve sigorta ettirilmesi gibi hususlar da sözleşme tasarısında düzenlenmelidir. İmtiyaza konu işletmede idari ve mali denetim ile bu hususta idarenin yetkilerinin neler olacağına da açıklık getirilmelidir.

İmtiyaz sözleşme taslağında düzenlenmesi gereken önemli diğer hususlar ise; imtiyaz süresi sonunda tesislerin idareye devri ve devir öncesinde tesisleri devir alacak idari personelin eğitime ilişkin hususlardır.

**b) Teknik şartnameler:** İmtiyaz sözleşme taslağına inşaat işlerinin, tesis genişletme ve ilavelerinin veya sair imalatın, teknik esaslarını düzenleyen şartnameler ve projeler de düzenlenerek eklenmelidir. Bu şartnameler dâhilinde teknik sorumlular, kontrollük hizmetlerinin ayrıntıları, mekanik ve elektrik işlerine dair projeler ve ölçekli planlar gibi imtiyazın niteliğine göre gereken detaylar düzenlenmiş olmalıdır.

#### **4. İMTİYAZ SÖZLEŞME TASLAKLARININ DANIŞTAY TARAFINDAN İNCELENMESİ**

Anayasamızın 155. Maddesi, Danıştay'a imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleyerek görüş bildirme görevini vermektedir. Bu hükümden hareketle 2575 sayılı Danıştay Kanununda gerekli düzenlemelerin yapıldığı görülüyor. Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirmenin Danıştay'ın görevi olduğuna işaret edilmiştir. Aynı Kanunun 24 üncü maddesi ise, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar arasında, tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaların karara bağlanmasını saymıştır. Danıştay Birinci Dairesinin görevlerine yer verilen 42 nci maddedeki hükme göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini Birinci Daire inceleyecek ve düşüncesini bildirecektir. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin incelenmesi ve görüş oluşturulması çerçevesinde Danıştay Kanununun 46 ıncı maddesi ile İdari İşler Kuruluna da görev tevdi edilmiştir. Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorunda olduğuna dair hüküm ise



Danıştay Kanununun 48 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Danıştay'a verilen bu yetki ve görevler kapsamında yapılan incelemeler ve buna istinaden verilen kararlar, imtiyaz uygulamasının önemli bir esasını teşkil etmektedir. İçişleri Bakanlığı kural olarak, Danıştay tarafından verilen inceleme kararında belirtilen hususların gereği yerine getirilmeden imtiyaz onayı vermemektedir. İmtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay tarafından yapılan incelemeler üzerine ortaya konulan temel ilkelerin bilinmesi de önemlidir. Bu ilke ve esasların aşağıdaki başlıklar altında özetlenmesi mümkündür.

#### **4.1. İmtiyaz Verilmesinde Nihai Sorumluluk Vesayet Makamı Olan İçişleri Bakanlığına Aittir**

İmtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme taslaklarının Danıştay tarafından incelenmesinde İçişleri Bakanlığının sorumluluğuna işaret edilmektedir. Buna dair bazı kararları şu şekilde ifade edilebilir:

a) Danıştay Birinci Dairesinin E: 2005/969; K: 2006/185 sayılı kararı: Danıştay'ın bu kararında, incelenen imtiyaz sözleşmesi bakımından İçişleri Bakanlığının sorumluluğuna işaret edilerek, özetle şu esaslara vurgu yapılmıştır. ( Can, 2010, s.368).

1. Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra nihai karar makamı İçişleri Bakanlığıdır.

2. İçişleri Bakanlığı, imtiyaz devrine karar verirken yerindelik denetimi yapma hak ve yetkisine sahiptir.

3. İmtiyaza konu işin ihale edilmesi süreci ve ihalede rekabetin sağlanıp sağlanmadığına ve sair esaslara ilişkin olarak gereken sorumluluk, ilgili belediye ve vesayet makamı olan İçişleri Bakanlığına aittir.

Birinci dairenin bu kararı, Danıştay İdari İşler Kurulu tarafından E: 2006/8; K: 2006/7 sayılı kararlarla uygun görülmüştür. İçişleri Bakanlığı Mahallî

İdareler Genel Müdürlüğü ise bu süreç sonunda 15.06.2006 tarihli kararla işin imtiyaz yoluyla yapılmasına izin vermiştir.

b) Danıştay Birinci Dairesinin, 14.05.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararı: Danıştay bu kararında özetle;

1) 5393 sayılı Kanundaki düzenlemeye göre, imtiyaz verilmesinin İçişleri Bakanlığının vesayet denetimine tabi olduğu dolayısıyla, hem hukukilik hem de yerindelik denetimi yapılması gerektiği,

2) İmtiyaz işinin ihale sürecinin ve rekabete açık ihale yapıp yapılmadığının, imtiyaz süresinin ve imtiyaz bedelinin denetiminin Belediyesine ve vesayet makamı olan İçişleri Bakanlığına ait olduğu,

3) Ekonomik tercihler ve teknik veriler konusunun da keza, ilgili belediyenin ve İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu,

4) İmtiyaz hukuku kapsamında idarenin kusursuzluğu esas olduğu için, sözleşmeye bu konuda hüküm konulmasına gerek olmadığı,

5) İmtiyaz sözleşmesinde değişiklik yapılacaksa, bunun için Danıştay'ın görüşünün alınması, İçişleri Bakanlığının onayı ve belediye meclisinin kabulüne bağlı olduğunun sözleşmeye yazılması gerektiği,

hususlarına işaret edilmiştir.

Danıştay Birinci Dairesinin bu kararı, Danıştay İdari İşler Kurulunun 21.7.2009 tarih ve E: 2009/11, K: 2009/12 sayılı kararıyla uygun bulunmuştur. Bu işlem sürecini müteakip, 29 yıllık imtiyaz sözleşmesi İçişleri Bakanlığınca 15.02.2010 tarihli onayla uygun görülmüştür.

Görüldüğü gibi, imtiyaz verilmesinde rekabete açık bir ihale yönteminin uygulanması önemlidir. İhale mevzuatı açısından mahalli idareler de dâhil bütün kamu idareleri iki temel yasaya tabidir; bunlardan birisi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu diğeri ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur. Kural olarak, idareye gelir getirici veya idarenin harcama yapmasını gerektirmeyen alanlarda Devlet

İhale Kanunu, idarenin harcama yapmasını gerektiren alanlarda ise Kamu İhale Kanunu uygulanmaktadır. Bu esastan hareketle, imtiyaz ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanması mümkündür. Eğer yapılan imtiyaz ihalesinde ilgili idarenin harcama yapması söz konusu ise bu takdirde Kamu İhale Kanununun uygulanmasına da bir engel yoktur.

Hangi kanun uygulanırsa uygulansın, hizmetin ifasından sorumlu olan idarenin, imtiyaz sözleşmesinin yapılmasında usulüne uygun bir ihale yöntemi izlemesi önemlidir. Anayasa Mahkemesi, E: 2000/17, K: 2002/46 sayılı kararında, imtiyaz sözleşmelerinin kendi hukukî rejimleri içinde genel kurallara bağlı tutulmalarını ve imtiyazın ihalesiz ve bedelsiz verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

#### ***4.2. Danıştay'ın İncelediği İmtiyaz Sözleşmesinde Yapılan Düzeltmenin Tekrar Danıştay'da İncelenmesine Gerek Yoktur***

Danıştay tarafından görüş bildirilen bir imtiyaz sözleşmesinin idaresince düzeltilmesinden sonra tekrar Danıştay'da incelenmesine gerek olmadığı, Danıştay Birinci Dairesinin 09.12.2009 tarih ve E: 2009/1535, K: 2009/1682 sayılı kararıyla ortaya konulmuştur. Söz konusu kararda; 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesine göre Danıştay tarafından yeniden inceleme yapıp görüş bildirilmesine olanak olmadığı ifade edilmiştir.

#### ***4.3. Belediyenin İmtiyaz Vermesi Ancak İçişleri Bakanlığının Kararıyla Mümkündür***

Belediye toplu taşıma hizmetlerinin imtiyaz yoluyla gördürülmesi, 5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Konu hakkında Danıştay Sekizinci Dairesinin E: 2007/1861, K: 2008/2875 sayılı kararında; belediye meclisinin, toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz yoluyla kiraya verebilmesi için, Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı kararının alınması gerektiğine hükmedilmiştir.

#### **4.4. İmtiyaza Konu Olmayan İdari İşlemler için Danıştay'ın Görüşünün Alınmasına Olanak Yoktur**

İmtiyaz verilmesine dair sözleşmelerin incelenmesi Danıştay'a tevdi edilmiş olup Danıştay'a görev verilmeyen bir konuda inceleme yapılmasına dair istekler doğal olarak reddedilmektedir. Konuya ilişkin olarak, Danıştay 1. Dairesinin 23.09.2005 tarih ve E: 2005/924, K: 2005/1073 sayılı kararında özetle; Belediyeye ait içme ve kullanma suyu işletmesinin ihale ile kiralanması hususunda 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin (e) bendi uyarınca görüş bildirilmesinin istendiği, belediyenin imtiyaz dışındaki usullerden birini tercih etmesi durumunda Danıştay'ın görüşünün alınacağına ilişkin bir hükme yer verilmediği için görüş bildiremeyeceğine hükmedilmiştir. Danıştay Birinci Dairesinin E:2008/744, K:2008/834 nolu kararında da, her hangi bir belediye işlemine imtiyaz sözleşmesi denilmesinin, sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi haline getirmeyeceğine de işaret edilmiştir.

#### **4.5. İmtiyaz Sözleşmelerine Cari Yasalara Aykırı Hüküm Konulamaz**

İmtiyaz sözleşmelerine konulacak hükümlerin yürürlükteki mevzuata aykırı olmaması gerekmektedir. Danıştay Birinci Dairesinin E: 2006/1055, K: 2007/229 sayılı kararında; imtiyaz sözleşmesi taslağında yer alan, belediye personeline su ücretlerinin indirimli uygulanacağına dair hüküm, 4736 sayılı Kanun hükümlerine aykırı bulunmuştur. Birinci Dairenin bu kararı, Danıştay İdari İşler Kurulunun, E: 2007/7, K: 2007/6 sayılı kararıyla da uygun görülmüştür.

#### **4.6. İdarenin İmtiyaz Sözleşmesinde Tek Yanlı Değişiklik Yapma Yetkisi Sınırlıdır**

İdarenin yapmış olduğu imtiyaz sözleşmesinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi olduğu kabul edilmekle beraber, bunun bazı esaslara istinat etmesi gerektiği ortadadır.

Konuya ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, E:2009/1533, K: 2009/1729 sayılı kararında idarenin, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı, örneğin; sözleşmeciyeye ödenen avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapılamayacağına hükmedilmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafı olan idarenin tek taraflı işlemleri münhasıran, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine ve hizmetin yürütülmesine ilişkin olmalıdır.

#### ***4.7. Sözleşmenin Bitiminde Devir Sorunsuz Şekilde Sağlanmalıdır***

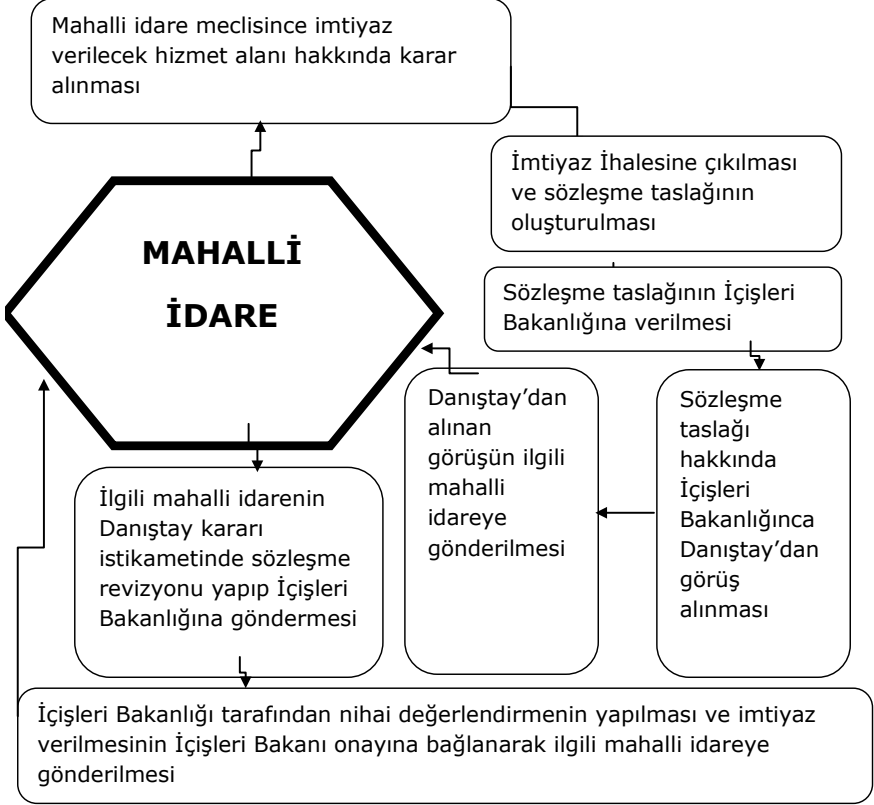
Danıştay Birinci Dairesinin 2.4.2012 tarih ve E:2011/1607, K:2012/527 sayılı kararında ortaya konulduğu üzere; sözleşme süresinin sonunda tesislerde çalışan personelin İş Kanunu uyarınca ödenmesi gereken haklarının ödenmiş olması, yüklenicinin sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca ilişkisizlik belgesi temin etmesi ve vergi dairesinden vergi borcu bulunmadığına dair belgeyi idareye sunması hususundaki hükümler sözleşmede yer almalı ve taraflar birbirini ibra etmelidir.

#### ***4.8. İmtiyaz Sözleşmesindeki Değişiklik Sözleşmenin Yürürlüğe Konulmasındaki Usule Paralel Olmalıdır***

Danıştay Birinci Dairesinin 2.4.2012 tarih ve E:2011/1607, K:2012/527 sayılı kararı uyarınca; bir imtiyaz sözleşmesinde yapılacak değişiklik, söz konusu imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe konulmasındaki esasa paralel olmalıdır. Bu çerçevede, bir değişiklikte mutabakata varılması halinde; ilgili idare meclisinin (belediyelerde belediye meclisinin) kararı Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girmelidir.

Mahalli idarelerin imtiyaz vermesine dair işlem döngüsü aşağıdaki şemada gösterilmiştir.

### İmtiyaz İhalesi İşlem Döngüsü



### 5. YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ (YİD) VE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

Kamu hizmetlerinin yapılmasında kullanılan bir yöntem de yap-işlet-devret (YİD) modelidir. Bu sistemin de kamusal hizmetlerin finansmanında kullanılan bir yöntem olduğu bilinmektedir. Kamusal bir hizmetin uzun süreli olarak bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından sunulması açısından bakılırsa, bu sistemin de bir imtiyaz niteliği taşıdığını görüyoruz. 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci maddesine göre; belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, belediye meclisi karar verecektir. Ancak, gerçekleşmesi ve uygulanması

bakımından imtiyaz usulü ile bire bir örtüşmez. Bu özelliği itibariyle; Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın YİD modeli hakkındaki değerlendirmeleri de farklılık arz ediyor.

YİD modeli, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun” 3 üncü maddesinin (a) bendinde, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olarak tanımlanmıştır. Bu modelde yatırım bedelinin, görevlendirilen şirketin ürettiği mal ve hizmetin, idare ya da hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi öngörülmüştür. 3996 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde sayılan ve her biri kamu hizmeti niteliğini taşıyan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılacak sözleşmeler, Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E:1994/71, K:1995/23 sayılı kararına göre, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bir türüdür. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında; anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığını yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabileceğini, eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, bunun için düzenlenen sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu hüküm altına almıştır.

Anayasa Mahkemesinin bahse konu kararında konu, hukuksal nitelik ve sözleşmenin taşıdığı özellikler bakımından incelenerek, YİD modelinin idari bir sözleşme niteliğini taşıdığı, çünkü bu sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olduğu, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunduğu, yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanındığı, YİD modeli kapsamında yapılacak kamusal hizmetler olan; köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu tesisi, arıtma sistemi yapılması, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinliklerin birer kamu hizmeti olduğu ve bu hizmetlerin, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerden oluştuğuna vurgu yapılarak, bu esaslar itibariyle

YİD modelinin özü itibarıyla imtiyaz sözleşmesinin bütün niteliklerini taşıdığı ifade edilmiştir. Keza, Anayasa Mahkemesinin, 26.06.2001 tarih ve E:1996/63, K:1997/40 sayılı kararında da, YİD modeli çerçevesindeki idarî sözleşmelerin, 49 yıla varan sürelerle yapıldığı, bu sözleşmelerle, idarenin bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere, kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağlandığı ve bu özellikleriyle imtiyaz sözleşmesinin niteliklerini taşıdığına vurgu yapılmıştır.

Danıştay ise farklı bir değerlendirme yapmaktadır: Danıştay On Üçüncü Dairesinin E: 2008/5151, K: 2008/6509 sayılı kararına göre, imtiyaz sözleşmesi ile YİD sözleşmesi arasında bazı farklar söz konusudur. Danıştay bu kararında; imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemekle, dolayısıyla bir sözleşmenin imtiyaz niteliğine sahip olup olmadığı hususunu belirlemekle görevlendirilen Danıştay Birinci Dairesi'nin, incelenmek ve düşüncesini bildirmek üzere kendisine gönderilen YİD modeline ilişkin bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmediğinden dolayı, incelenmeksizin iadesini dikkate alarak, YİD modeline dair sözleşmenin mevzuatın öngördüğü şekilde bir imtiyaz sözleşmesi olmadığına hükmetmiştir (Can, 2012: 52).

Danıştay söz konusu kararında; 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında YİD modeliyle yaptırılan iş hakkında, görevli şirketle imzalanan sözleşmenin iptali istemiyle açılan davanın Danıştay'da görülemeyeceğini, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24 üncü maddesinin birinci fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaların Danıştay tarafından çözümleneceğini oysa, 3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığını ifade etmiştir. Bundan dolayı, dava konusu idarî sözleşmenin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idarî sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yer idare mahkemesinin görevli ve yetkili bulunduğunu hükme bağlamıştır.



### **5.1. Yüksek Mahkemelerin Kararlarına Göre Yid Modeli ve İmtiyaz Sözleşmelerinin Niteliği**

Hem Anayasa Mahkemesinin hem de Danıştay'ın kararları ve değerlendirmeleri hukuki bakımdan mantıklı gerekçelere dayanmaktadır. Şöyle ki; Danıştay'ın yaptığı değerlendirme; Danıştay Kanunundaki görev tanımına dayanmakta ve Kanunda Danıştay Birinci Dairesi'nin imtiyaz sözleşmelerini incelenmek ve düşüncesini bildirmek hususunda görevli olduğu, bu görev tanımında YİD modelinin yer olmadığı dolayısıyla, YİD sözleşmesinin mevzuatın öngördüğü şekilde imtiyaz sözleşmesi olarak incelenemeyeceği esasına dayanmaktadır ve kanunlardaki hükümler bakımından yerinde bir tespittir. Anayasa Mahkemesi ise salt bir yasadan ziyade, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde konuyu irdelemek suretiyle, YİD modelinin bir tür imtiyaz sözleşmesi olduğunu ortaya koymuştur.

Yukarıda sözü edilen Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre, YİD modeli ile imtiyaz sözleşmeleri ortak birçok unsur içermektedir. YİD modelindeki sözleşmeler, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan uzun süreli idarî sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden sıradan sözleşmeler gibi olmayıp, imtiyaz sözleşmelerine daha yakındır. YİD sözleşmelerinde öngörülen süre de 49 yıl gibi uzun bir süreyi öngörmektedir.

Keza, YİD sözleşmelerinin yapılmasında özel bir yöntem de söz konusudur. 11.06.2011 tarih ve 27961 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı" YİD sözleşmeleri için zorunlu olarak uygulanacaktır.

Bu Bakanlar Kurulu Kararına göre, mahalli idarelerin münhasıran

belediyelerin sorumlu olduğu hizmetler itibariyle; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar ile bu kapsamda atık toplama-ayırma, geri kazanım, geri dönüşüm, yakma ve bertaraf tesisleri, yeraltı ve yerüstü otoparkı, yolcu ve yük taşımaya yönelik terminaller ve müteemmimleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetler YİD modeli kapsamındadır.

Bu sistem, özel bir finansman modeli olup, elde edilecek kâr dâhil yatırım bedelinin şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenecektir. Bir yatırımı veya hizmeti YİD modeli ile yaptırmak isteyen belediye, projeye ilişkin ön yapılabirlik etüdüyle birlikte taleplerini İçişleri Bakanı imzalı olarak Yüksek Planlama Kuruluna (YPK) iletacaktır. YPK tarafından yetkilendirme kararı verilmeden önce gerekli durumlarda Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı ile diğer ilgili kuruluşların görüşü de alınacaktır.

YPK tarafından yetkilendirme kararı verildikten sonra, YİD modeli ile gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri mahalli idarelerin ilgili Bakanlığı olan İçişleri Bakanlığının onayı alınarak görevli şirket veya sermaye şirketi ile imzalanacaktır. Ayrıca, her YİD projesi için ayrı bir şirket kurulması ve bu şirketin ana sözleşmesinde YİD projesini, faaliyet konusu olarak belirtilmesi de gerekmektedir. YİD kapsamındaki yatırımlar, uygulama sözleşmesi sonunda her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçecektir. İmtiyaz sözleşmesinde olduğu gibi YİD sözleşmesinde de ihtilafların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırmak mümkündür. YİD sözleşmesine göre yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırma işlemleri de idare tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılacak ve kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye ait olacaktır. Kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen görevli şirketçe ödenmesi hususu idare ile görevli şirket arasında yapılacak uygulama sözleşmesinde hükme bağlanabilecektir.

Görüldüğü gibi, imtiyaz sözleşmesindeki Danıştay incelemesinin yerini YİD modelinde YPK almaktadır. Nihai sözleşme yapılmasında ise hem imtiyaz hem de YİD sözleşmesi için kesin karar İçişleri Bakanlığına aittir. Sözleşme süreleri bakımından da hem imtiyaz hem de YİD sözleşmesi için en fazla 49 yıllık bir süre öngörülmüştür. Sonuç olarak, imtiyaz sözleşmesi ve YİD modeli taşıdıkları ortak özellikler itibariyle; kamusal denetime tabi olmaları, kamusal inceleme ve onay süreçlerinin zorunluluğu, sözleşme sonucunda hizmet tesisinin idareye devir mecburiyeti, öngörülen sürelerin üst sınırı, tahkimin esas alınabilmesine imkan tanınması gibi esaslar bakımından benzer nitelikler taşımaktadır.

Öte yandan, YİD modelinde hizmetin yapılması için başka kamu kaynaklarının yatırımcıya devrine dair bir sisteme de sıcak bakılmamaktadır. Nitekim Danıştay Birinci Dairesinin 16.12.1998 tarih ve E:1998/267, K:1998/481 sayılı kararında bu husus irdelenmek suretiyle, İstanbul-Bursa-İzmir Otoyolunun 3996 sayılı Kanun uyarınca Yap-İşlet-Devret Modeline göre yaptırılması planlanan Orhangazi-Bursa-İzmir kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara İstanbul boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesine hukuken olanak bulunmadığı ifade edilmiştir. Danıştay bu kararında özetle; İmtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde de, bu Kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verildiği, bu durumda, sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara İstanbul boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.

Bu tespitlerden de görüldüğü gibi, temelde YİD modeli ile imtiyaz yöntemi birçok yönden aynı özellikleri taşımakla beraber, idarenin imtiyaz yerine YİD modelini tercih etmesi bir anlamda yargısal denetimden kaçınmaya dönüktür. İmtiyaz yöntemindeki Danıştay incelemesi, YİD modelinde yerini idari incelemeye bırakmaktadır. Bu da doğal olarak idari takdiri ve tercihi ön plana çıkarmaktadır.

## 6. MODELLERİN SAĞLIKLI İŞLEMESİNE DÖNÜK DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

İmtiyaz verilmesi ve YİD modelinin uygulanmasında sistemlerin sağlıklı olarak işlemesi bakımından, her iki model için de bazı önerilerin getirilmesi mümkündür.

### 6.1. İmtiyaz Sözleşmeleri Bakımından Uygulamaya Dönük Öneriler

a) İmtiyaz sözleşmelerinin hayata geçirilmesi aşamasında, önce sözleşme taslağının yapılması, ihaleye çıkılması ve izleyen süreçte Danıştay incelemesine sunulması söz konusudur. Oysa imtiyaza ilişkin taslağın ihaleye çıkmadan önce Danıştay incelemesinden geçirilmesi ve bu şekilde kesinleşen taslak esas alınarak, idarenin ihaleye çıkması süreci kısaltacak ve işleyişi daha pratik hale getirecektir.

b) Danıştay kural olarak bir defa incelediği imtiyaz sözleşme taslağına dönük olarak getirdiği önerilere uyulup uyulmadığını tespit bakımından, yeniden veya ilave incelemeyi reddetmektedir. Buna rağmen, İçişleri Bakanlığı revize taslakları da Danıştay görüşüne sunmakta ve süreci gereksiz yere uzatmaktadır. Bu uygulamaya da son verilmelidir.

c) İmtiyaz sözleşmeleri kural olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yürütülmekle beraber, imtiyaz veren idarenin de harcama yapmasını gerektiren durumlarda Devlet İhale Kanunu yeterli olmamaktadır. Bu itibarla, imtiyaz alanının özel bir yasa ile düzenlenmesi sağlanmalıdır.

### 6.2. YİD Modelinin Uygulanmasına Dönük Öneriler

a) YİD modeli özellikle mahalli idarelerde çok yaygın olarak uygulanamamaktadır. Bunun önemli bir nedeni Yüksek Planlama Kurulu incelemelerinin çok uzun süreler almasıdır. Bu inceleme süresinin kısaltılmasında yarar vardır.

b) YİD modeli kural olarak önemli maddi kaynak gerektirdiği için, bu tür yatırımları uygulayacak olan mahalli idarelere merkezi idarenin kaynak

desteğinde bulunması sağlanmalıdır. Özellikle katı atık bertarafı ve dönüşümü, arıtma sistemlerinin ve raylı ulaşım sistemlerinin kurulup işletilmesi yatırımlarında merkezi idarenin kaynak temini ve desteği önem taşımaktadır. Nitekim Ankara raylı ulaşım sisteminin ikmali ancak, Merkezi Hükümetin devreye girmesi ile sağlanabilmiştir.

## SONUÇ

Kamu kurum ve kuruluşlarının yürütmekle sorumlu olduğu hizmetlerle bunun yapılması için gereken mali kaynaklar arasındaki orantısızlık, imtiyaz uygulaması suretiyle, kaynak sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Mahalli idarelerin özellikle de belediyelerin bazı hizmetleri imtiyaz yoluyla yaptırması gittikçe yaygınlaşan bir yöntem olarak uygulama alanı bulmaktadır.

İmtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin yürütülmesinde başvuru ve 49 yıla kadar süreli olabilen sözleşmelerdir. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin sağlam bir hukuki zemine oturması ve hizmet üreten tüzel kişilikle hizmetten yararlanan kişiler arasındaki dengenin korunması önemlidir. Hukukumuzdaki mevcut kamu ihalelerinin yapılmasına dair düzenlemelere ilave olarak, özellikle imtiyaz yönteminde izlenecek ihale usulü hakkında münhasır düzenlemelerin yapılmasında yarar olduğu değerlendirilmektedir. Böylece, imtiyaz ihale yönteminin tereddüde meydan vermeyecek şekilde belli kurallara bağlanması yararlı olacaktır.

Yüksek maliyetli kamu hizmetlerinin gördürülmesinde uygulanan bir model de YİD modelidir. Bu modelin imtiyaz yönteminden farkı, sözleşmenin hiçbir aşamasında yargısal bir denetimin öngörülmemesidir. Uygulama bu özelliği itibarıyla tartışmaya açıktır. Çünkü uzun süreli bir kamusal hizmet üstlenilmesi olan YİD modelinin de, başlangıçta yargısal bir incelemeye tabi tutulması, daha sonra ortaya çıkacak bazı ihtilafların önüne geçilmesine imkân verebilir.

Gerek YİD modelinde gerekse imtiyaz yönteminde, mahalli idarelerin ve hizmetten yararlanacak olan tüketicilerin hakkının korunmasında en önemli sorumluluk İçişleri Bakanlığına düşmektedir. Çünkü sözleşmenin yapılması ve sistemin hayata geçirilmesi konusundaki nihai karar bu Bakanlıkça verilmektedir. Çok uzun vadeli hizmet sunumlarını esas alan her iki sistemin de, hizmetten yararlananların alım gücünü zorlamayacak şekilde sunulması önemlidir. İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak inceleme ve buna göre verilecek kararda; hizmet sahibi idare, hizmetten yararlanan vatandaş ve hizmetin sunumuyla görevli yüklenici arasındaki menfaat dengesi, hakkaniyete uygun biçimde ayarlanmalıdır.

#### KAYNAKÇA

- Atay, E. E. ( 2012 )** İdare Hukuk, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Başbakanlık (1998) Türk Hukuk Lûgatı.** 4. Baskı, Ankara:Başbakanlık Basımevi.
- Akbank, (1980)** Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ekonomisi 1923-1978, İstanbul: Akbank kültür yayını).
- Akyılmaz, B., SEZGİNER, M., KAYA, C. (2009)** Türk İdare Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Can, H. H. (2010)** “Mahalli İdare Yasalarında İdari Vesayet Uygulamaları” 5. Kamu Yönetimi Sempozyumu Türk Kamu Yönetiminin Yapısal ve İşlevsel Sorunları. Sayfa:363-373, Konya: Selçuk Üniversitesi Yayını.
- Can, H. H. (2012)** “Müteahhitlik Sektörü ve Belediyelerde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanması” Yapı Dünyası Dergisi, Yıl: 16, Sayı:195-195, Sayfa:51-54, Ankara.
- Can, H. H., YILDIZ, N. (2004)** Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler. Ankara: İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayını.
- Carter, E. B. ( 2009 )** International Law, Selected Documents, New York: Aspen Publishers.
- Çakmak, M., Evrim, E. ( 2011 )** Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları, Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Çal, S. (2010)** “Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine” Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/3, Sayfa: 49-116. Ankara.
- Delice, G. (2010)** “Özelleştirmenin Nedenleri, Amaçları ve Yöntemleri” Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Sayfa:41-66, Ankara: Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını.
- Develioğlu, F. ( 1995 )** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları.
- Dunoff, L. J., Steven, R. R., David, W. ( 2006 )** International Law Norms, Actors, Process. Second Edition, New York: Aspen Publishers.
- Ergin, O. N. ( 1995 )** Mecelle-i Umur-ı Belediye, 4,5,8 ciltler, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayını.
- Gözübüyük, A. Ş. (2011)** Yönetmelik Yargı, Otuzbirinci Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş., DİNÇER, G. ( 1999 )** İdari Yargılama Usulü, İkinci baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

**Gözübüyük, A. Ş. TAN, T. (2008)** İdare Hukuku, Cilt 1, Altıncı Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

**Onar, S. S. ( 1960 )** İdare Hukukunun Umumi Esasları Birinci Cilt, İkinci Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

**Sezginer, M. (2009)** “İmtiyaz Söleşmelerinde İhale Süreci” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2007, Cilt XI, Sayfa:10791093, Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

**Toprak, Z. (1993)** “İktisat Tarihi” Türkiye Tarihi-Osmanlı Devleti 1609-1908, 3 Cilt. Sayfa:190-246, Ankara: Cem Yayınevi,

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/0.1.6.pdf>: Erişim: 12.3.2014