

T.C.

İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN
KAYNAKLANAN
UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI**

Ahmet Karahan

25-01-080514

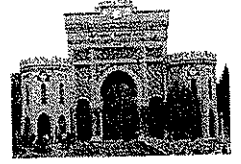
Tez danışmanı

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul 2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501080514** numaralı **AHMET KARAHAN**'ın hazırladığı "**İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI**" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **11.08.2011 Perşembe** günü saat **11.00'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ**'ne ***OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.AYDIN GÜLAN	KABUL	
DOÇ.DR.CEMİL KAYA	DÜZELTME	
DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN	KABUL	
DOÇ.DR.EMİNE YAZICIOĞLU	KABUL	
YRD.DOÇ.DR.CENK ŞAHİN	KABUL	

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

Ahmet Karahan

ÖZ

İdarenin genellikle karşılaşılan tek taraflı işlemleri dışında değerlendirilen ve ayrı bir hukuki rejime tabi olan sözleşmelerinin ilk akla gelen türü olan imtiyaz sözleşmelerin mahiyetinin 4446 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa hükümleri ve takip eden yeni kanunlar ile farklılaştığı görülmektedir. Bu farklılaşma bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm usullerinin de değişmesine neden olmuştur.

Bu çerçevede; tezin ilk kısmında, idari sözleşmelerin ve özel olarak kamu hizmeti imtiyazının ayırt edici özelliklerinin tespiti ile yaşanan tarihsel dönüşüm ve bu sözleşmelerin bugünkü durumu üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise bu sözleşmelere dair hazırlık ve imzalanma süreçleri ile içerik ve uygulanması hakkında genel bilgiler paylaşılmaya çalışılmıştır. Son bölüm ise uyuşmazlıkların sınıflandırılmasını ve buna ilişkin başvurulabilecek çözüm yollarının genel olarak değerlendirilmesini yansıtmaktadır.

Tez kapsamında, tarihsel değişim üzerinde durulmaya ve tartışılan konulara ilişkin gerek öğretinin gerekse ihtilafların çözümündeki uygulamanın genel yaklaşım ve görüşlerinin yansıtılması hedeflenmiştir. Bununla birlikte, halihazırda mevcudiyetini koruyan sorunların kapsam ve niteliğin belirlenmesi ve anlaşılır kılınmasına da özen gösterilmiştir.

ABSTRACT

The most usual type of the public contracts that are subject to a different legal regime from that of the state authorities' or public administrations' unilateral acts, which are frequently used for execution of their activities are the concession agreements.

These agreements' characteristics are transformed by constitutional provisions that have been amended in accordance with Law No. 4446 and the laws following the enactment of this Law. Through this transformation, the dispute resolution procedures for these agreements have also been changed.

In this respect, the first section provides the characteristics and actual status of concessions through public contracts and explains the historical process of these agreements. The second section gives general information regarding the preparation, execution and application procedures, together with the regular content and matter for these agreements. The classification of disputes, and the relevant resolution methods and procedures, are reviewed in detail within the scope of the last section.

The purpose of this thesis is to provide information concerning the historical transformation, and to reflect the scholarly and practical opinions and approaches. Moreover, this thesis will also determine and, accordingly, expose the scope and nature of the current legal issues.

ÖNSÖZ

İdari sözleşmelerin en temel örneğini teşkil eden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğini haiz bir takım sözleşmelerin, artık özel hukuk hükümlerine tabi olabildiği ve Anayasa ile tanınan imkan ile artık milli ya da milletlerarası tahkim yargılamalarına tabi olabildikleri görülmektedir.

Hal böyle olunca idarenin idari ve özel hukuk sözleşmelerinin ayrımında yaşanan güçlükler daha da artmış ve niteliği gereği bir takım farklı esas ve usullerin geçerli olması gerektiği düşünülen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri özelinde iktisadi ve hukuki olmak üzere birçok tartışma gündeme gelmiştir. Bu tartışmalar halihazırda güncelliğini korumakla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yönünden bir takım yeni düzenlemeler yapılması gerektiği halen dillendirilmektedir. Tartışmaların anlaşılması açısından 1999 yılına kadar ve bu yıldan sonra oluşan hukuki birikim üzerinde çalışmak ve değerlendirme yapmak gerekmiştir.

Bu çalışmaya yönelik ilk görüşlerin oluşması, yüksek lisans ve doktora öğrencilerine verilen İdari Sözleşmeler dersine dayanmaktadır. Bu ders ile her bir öğrenci için konunun karanlık yüzünün aydınlatılması ve kapsamının anlaşılmasına imkan yaratan değerli danışman hocam Prof. Dr. Aydın Gülan'a bu tez vesilesiyle sonsuz teşekkürlerimi bir kez daha sunmak isterim.

Çalışmanın büyük bölümünde yanımda hissettiğim ve bana bir çok imkan yaratan Hergüner Bilgen Özeke Avukatlık Ortaklığı'na ve akademik çalışmalarımı her zaman destekleyen Ayşe Hergüner Bilgen ve çalışma arkadaşlarıma da teşekkürü bir borç bilirim.

Kullanılan kaynak ve araçların toplanmasında yardımlarını eksik etmeyen ve haklarını ödeyemeyeceğim meslektaşım Kerim Bayat ile üniversitemiz Medeni-Borçlar Hukuku araştırma görevlilerinden Mustafa Göktürk Yıldız'a da ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAYI	ii
ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1
I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ.....	3
A. Kavram ve Kapsam.....	3
1. Sözleşme ve İdarenin Sözleşmeleri.....	3
2. İdari Sözleşme ve Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi	5
B. İdari Sözleşme ve Kamu Hizmeti İmtiyazının Karakteri.....	10
1. Sözleşmenin Bir Tarafının İdare ve Konusunun Kamu Hizmeti Olması.....	10
2. Şartnameler	14
3. İdarenin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi, Re’sen Hareket Ederek Yaptırım Uygulama ve Fesih	16
4. Genel Olarak İdari Sözleşme Türleri	18
a. Müşterek Emanet.....	19
b. İltizam	20
c. Nafia İşleri Taahhütnamesi	21
d. İstikraz.....	22
e. Hizmet Sözleşmeleri	22
5. Kamu Hizmeti İmtiyazı ile İdari Sözleşme Teorisinden Sapmalar.....	23
a. Yap-İşlet-Devret Modeli	24
b. Yap-İşlet Modeli	28
c. İşletme Hakkının Devri Modeli.....	32
C. İdari Sözleşmelerin Ayrımında Kullanılan Ölçütler.....	40
1. Sözleşmelerin Yasa ile Nitelendirilmesi	42
2. İçtihatlar Çerçevesinde Vasıflandırılma.....	44
D. Tarihsel Değişim ve Hukuksal Dönüşüm	47

1. Anayasa Değişiklikleri Öncesi Durum	47
2. 4446 sayılı Kanun ve Anayasa Değişiklikleri.....	55
3. Değişikliklerin Genel Olarak Değerlendirilmesi	67
II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE HAZIRLIK VE UYGULAMA.....	81
A. Sözleşmenin Yapılması	81
1. Hazırlık Aşaması.....	81
2. İhale Aşaması, İhale Sürecine Hakim Olan İlkeler ve Usuller	84
3. Sözleşmenin Akdedilmesi.....	96
B. Sözleşmenin Uygulanması ve Tarafların Hak ve Borçları	99
1. Genel Olarak Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	102
a. İmtiyazcının Hak ve Yükümlülükleri.....	102
b. İdarenin Hak ve Yükümlülükleri	105
2. Gözetim, Denetim, Emir, Değişiklik Yapma ve Fait du Prince.....	109
3. Beklenilmeyen Haller Karşısında Değişiklik Yapma ve Imprévision	114
C. Sözleşmenin Sona Ermesi	116
1. Olağan Sona Erme	116
2. Muvakkat El Koyma	117
3. İmtiyazın Iskatı (Déchéance)	118
4. Geri Alma (Rachat).....	120
III. UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI	123
A. Uyuşmazlıkların Sınıflandırılması.....	123
1. Taraflar Arasında Çıkabilecek Uyuşmazlıklar.....	124
2. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılacak Davalar	126
3. Ayrılabilir İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıklar.....	130
4. Sözleşme Yapılmadan Önceki Uyuşmazlıkların Çözümü	137
5. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	138
B. Uyuşmazlıkların Çözüm Yol ve Usulleri	140
1. İdari Yargı	140
2. Adli Yargı	146
3. Tahkim	151
a. Ulusal Mevzuatta Milletlerarası Tahkim.....	153

(1) Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun	154
(2) Milletlerarası Tahkim Kanunu	156
b. Kurumsal ve Ad Hoc (Arizi) Tahkim	162
c. Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID.....	164
d. Tahkime Elverişlilik ve Kamu İmtiyazına Tahkim Yargılamasında Gösterilen Genel Yaklaşım	168
(1) Sübjektif Tahkime Elverişlilik	169
(2) Ehliyet	172
(3) Sübjektif Tahkime Elverişlilik ve İdari İşlemler	174
i. İdari Kararlar.....	174
ii. İdari Sözleşmeler ve Kamu Hizmeti İmtiyazları	175
(4) Tahkim Sözleşmesinin, Sözleşmenin Tarafı Olmayan Üçüncü Kişilere Teşmili ve Kamu İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Sözleşmesine Taraf Olmayan Devletin Taraf Gösterilmesi	184
i. İdarenin Bütünlüğü İlkesi	189
ii. İdari İşlemde Yetki	191
iii. Tahkim Yargılamasında Kamu Menfaati ve Araçlar.....	192
e. Devletin Dava ve İcra Muafiyeti	194
4. Sulh	197
SONUÇ.....	204
KAYNAKÇA.....	208

KISALTMALAR

A.e.	: aynı eser
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirme
Çev.	: Çeviren
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Center For Settlement of Investment Disputes
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİGEM	: Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi
KİK	: Kamu İktisadi Kuruluşu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
LCIA	: London Court of International Arbitration
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
Sy.	: sayı
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu
v.d.	: ve devamı

GİRİŞ

Kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı kavramları, genç bir hukuk dalı olan idare hukuku öğretisi ve bireylerin idare karşısında yargısal yönden korunmasını hedefleyen idari yargı mercileri tarafından yıllardır tanımlanmaya ve vasıflandırılmaya çalışılmaktadır.

Bu doğrultuda, idarenin özel hukukun temelini teşkil eden sözleşme teorisinden faydalanarak kendi kural ve ilkeleri çerçevesinde bir sözleşme öğretisi ve anlayışı oluşturmaya çabaladığı görülmektedir. Bu çabanın bir ürünü olarak idarenin konumu, sözleşmenin konusu ve tabi olduğu hukuki rejim dolayısıyla idarenin bazen özel hukuk bazen de kamu gücünü haiz bir kişilik olarak hareket ederek iki ve daha çok taraflı hukuki muamelelerde yer aldığı gözlemlenmektedir.

Kesin kuralların mevcut olmaması ve ilk bakışta bir ayırım yapılamaması idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme olarak vasıflandırılmasına yönelik ölçütlerin belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu ayırımın yapılmasında bir çok kriter kullanılmakta olup idari sözleşmelerin belirleyici örneklerinden birinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucu genel olarak kabul görmüştür.

Bu çerçevede, tezimiz kapsamında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yaşadığı tarihsel ve hukuk sürecin anlaşılacak bugünkü güncel durumun tespit edilmesi hedeflenmiştir. Bu doğrultuda da, bahsi geçen sözleşme için bir takım nitelendirmeler yaparak bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda çözüm yollarını ayırt edebilmek ve çözüm aşamasında gözetilmesi gereken unsur ve hususlar belirlenmek istenmiştir.

İdari sözleşmeler yönünden belirleyici ölçütlerin tespit edilmesi güçlük arz ederken, bir takım hizmet ve işlerin kanun ile özel hukuka tabi kılınabilmesine yönelik Anayasa ile yasama organına imkan tanınmış ve idari sözleşmeleri ayırt

etmedeki güçlük daha da derinleştirmiştir. Aslında bu aşamadan sonra, idari sözleşmeler ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından ortaya konulan değerlendirme ve önerilerin bir bakıma kanun koyucunun nazara alması gerektiği hususlar olarak da anlaşılması düşünülebilir.

Bu bakış açısıyla, tezin ilk bölümünde, idari sözleşmeler bakımından ayırt edici özelliklerin genel bir değerlendirmesine yer verilmiş, bunun yanı sıra tarihsel ve hukuksal süreç üzerinde de durularak kamu hizmeti imtiyazlarının bugünkü durumu ve uygulama alanı tespit edilemeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde ise, bu sözleşmelerin temel tipleri bakımından hazırlık süreçleri, taraflarının hak ve yükümlülüklerini içeren içerikleri ve uygulanması hakkında genel bilgilerin derlenmesi ve değerlendirilmesi hedeflenmiştir. Bahsi geçen hazırlık ve ihale süreçlerinin idarenin hareket ve karar alanında bulunması dolayısıyla detaylı bir hukuki düzenlemeye tabi olması gerekirken halihazırda bu yönde bağlayıcı bir mevzuat olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, idarenin tasarrufları ile hareket alanı kıyas yapılabilecek konularda uygulama alanı bulan ve bir takım ilkeleri bünyesinde barındıran mevzuat kapsamında yorumlanmaya çalışılmıştır. Devamında da yine sözleşme sürecinde idarenin salt idari tasarrufu addedilebilecek uygulama ve bu uygulamaların sözleşme üzerinde etkileri değerlendirilmek istenmiş ve böylelikle uyuşmazlıklara da bir geçiş yapılmıştır.

Son olarak, kamu hizmeti imtiyazlarının uzun yıllar boyunca tabi olduğu hukuki rejim dışında, bugün cari olan uyuşmazlıkların çözüm yolları belirlenmeden önce sözleşmenin doğası gereği gündeme gelen ve özellik arz eden uyuşmazlıklar sınıflandırılmaya çabalanmıştır. Takip eden bölümde, başvurulabilecek yargı yolları ve bu yargı yollarının uyguladıkları genel usul ve esaslar çerçevesinde değerlendirmeler yanı sıra eleştirilere ve özellikle göz önünde bulundurulması gereken hususlara yer verilmiştir.

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

A. Kavram ve Kapsam

1. Sözleşme ve İdarenin Sözleşmeleri

Arzu edilen hukuki sonucun meydana gelmesi için, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarını gerektiren iki taraflı hukuki muameleler sözleşme olarak bilinmektedir.¹

Sözleşmeler, geniş ve teknik bir tanımlamayla, bir şahsın teklifini ihtiva eden ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanı olarak² ifade edilen icap ile icaba karşılık muhatap tarafından icabı yapana yöneltilen ve akdi icaba uygun olarak meydana getirme arzusunu kesin olarak ifade eden irade beyanı³ olarak belirtilen kabulün örtüşmesi ile oluşan çok yanlı hukuki işlemdir.⁴

Tanımda yer alan özellikler ihtiva etmesi gereken sözleşmeler bakımından her şartta bulunması gereken bir takım kurucu unsurlar mevcuttur. Bunlar sözleşmenin geçerliliği için aranan şartlar olup sözleşmenin hukuki muamele ehliyeti bulunan kişilerce, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve imkansız olmayan bir konuda, muvazaalı olmayan sıhhatli irade beyanlarına istinaden yapılması gerekmektedir.⁵

Bu şartlar, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun ve sözleşme hangi şartlar altında akdedilirse edilsin, sözleşmenin geçerli olması için temel koşullardır. Bununla birlikte, sözleşmenin taraflarına ve tabi olduğu hukuka bağlı olarak ayrıca ilave şartları karşılaması da gerekebilecektir.

¹ Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, 11. Bası, İstanbul Eylül 2004, Beta Basım Yayım Dağıtım s. 121

² Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005, Filiz Kitabevi, s. 45 vd.

³ **A.e.**

⁴ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul 2005, Vedat Kitapçılık s.253

⁵ Oğuzman, Barlas, **A.g.e.**, s. 138

Bu noktada, kamu tüzel kişiliği haiz ya da Devlet tüzel kişiliği bünyesinde yer alan idarelerin Anayasa ve yasalar ile kendilerine verilen görevleri yerine getirmek için pek çok halde tek yanlı işlemler tesis etmekte oldukları bilinmektedir. Ancak bu işlemlerle birlikte idarelerin gerek kendi aralarında gerekse özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerle karşılıklı iradelerin uyuşmasına binaen sözleşmeler de yapması gerekebilmektedir.

Bu doğrultuda, idare üstlendiği görev ve hizmetleri yerine getirmek için gereksinim duyduğu çeşitli mal ve hizmetleri karşılamak yanı sıra halkı kamu hizmetlerinden yararlandırmak için sözleşmeler akdedebilmektedir. Bu sözleşmeler genel olarak idarenin sözleşmeleri olarak nitelendirmesine karşılık, idarenin bahsi geçen her sözleşmesinde, kamu yararının özel yarara üstün tutulması düşünülemeyecektir. Bu halde idarenin taraf olduğu tüm sözleşmelerin idarenin tek taraflı kamu gücünü yansıtan hak ve yetkilerini ihtiva etmemesi de söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, idarenin bir takım sözleşmelerin idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olmaması sonucu ortaya çıkabilmektedir.⁶

Bu bakımdan, idarenin sözleşmeleri “*idarenin özel hukuk sözleşmeleri*” ve “*idari sözleşmeler*” olarak tabi oldukları hukuki rejim yönünden bir ayrıma tabi tutulmuş ve bu doğrultuda, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların da adli yargıda çözümlenmesi kabul edilmiştir.

Türkiye’de bu tip özel hukuk sözleşmelerine örnek olarak, kategorik olarak İhale Kanunlarına tabi olarak akdedilen yol, köprü, baraj, bina yapımı gibi bayındırlık (nafia) sözleşmeleri yanında idarenin özel kişilerle akdettiği yiyecek, araç, gereç satın alınmasına ilişkin sözleşmeler gösterilmektedir. Bunlara ilaveten sınai ve ticari kamu hizmetlerini kullanan kişilerin bu hizmetleri veren kamu kurumları ile yararlanmak amacıyla yaptıkları abonman sözleşmeleri de özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır.⁷

⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2004, İmaj Yayınevi, s. 166 vd.

⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa 2005, Ekin Kitabevi, s.180 vd.

Özel hukuk kişilerinin doğrudan doğruya idarenin sahip olduğu kamu hizmetini ifa etmesi ya da bu hizmetin ifasına katılması yanında Devletin hüküm ve tasarrufu ve gözetim ve denetimi altında bulunan milli servet ve değerlerin işletilmesi ise her halükarda özellik ve farklılık arz etmektedir. Bu nedenlerle, bu çerçevedeki sözleşmelerin, tarafların eşitliğini öngören ve bir tarafa sözleşme dışı nedenlerle kendi başına değişiklik yapma yetkisi vermeyen özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir hukuki rejime tabi tutulması gerektiği düşünülmektedir.⁸

Ayrıca buna bağlı olarak bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yol ve usullerinin de farklı olması sonucuna varılmaktadır. Zira özel hukuk sözleşmeleri kural olarak sözleşme hükümleri yanı sıra tarafların karşılıklı ve eşit çıkarlarını öngören kural ve ilkeleri barındıran bir hukuka tabi olarak, yine tarafların getirdiği iddia, savunma ve delillere istinaden yargısal denetimden geçmektedir. Ancak idari sözleşmelerin kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerinin baskın olduğu bir yargılamaya tabi olması ve bu bakış açısıyla re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi gerekmektedir.

2. İdari Sözleşme ve Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi

Genç bir hukuk dalı olan idare hukuku için özel hukuk kaynaklı akit teorisi geçerliliğini genel olarak kabul ettirmekle birlikte, idari sözleşmelerin göz ardı edilemeyecek bir takım farklılıklar ve özellikler arz etmekte olduğu görülmektedir.

Bu noktada özellikle belirtmekte yarar vardır ki, liberalleşen global dünyada Kıta Avrupası ve bilhassa Fransa hudutları dahilinde kabul gören idare hukuku doktrinin izlerinin günden güne kaybolmasına paralel olarak özel hukuk kaynaklı akit teorisi ve doktrininin etkileri, idare hukuku kapsamında değerlendirilen ve kamu hizmetlerinin görülmesinde müracaat edilen sözleşmelerinin görünümünü de farklılaştırmaktadır.

⁸ Günday, A.g.e, s.166 vd.

Bu açıdan özel hukuk sözleşmelerine hakim olan sözleşme serbestisi ile tarafların eşitliği prensiplerinin idari sözleşmelerde de günden güne kendilerine yer buldukları ve önem kazandıkları görülmektedir.

Halbuki, klasik öğreti çerçevesinde, idare hukukunda mevcut sözleşme teorisi ve müessesesinin kamu yararı, kamu hizmeti, kamu gücü gibi esasların tesiriyle başka bir mahiyet ve şekil arz etmekte olduğu ifade edilmektedir. Bir görüşe göre; idari tasarrufların, üstün bir irade ile ona tabi olmak mecburiyetinde olan başka bir irade veya iradeler arasındaki münasebetleri ortaya koyması ve tarafların bağımsız ve eşit iradelerini dışlaması dolayısıyla sözleşme mahiyeti taşıyamayacağının savunulması dahi söz konusudur.⁹

Bununla birlikte, genel akit teorisinin karakterini teşkil eden çift irade ve bu iraden doğan sübjektif bir durumun varlığı dolayısıyla idarenin akdettiği mukaveleler yönünden ayırım yapılmasına yer olmadığı dahi savunulmaktadır. Genel kabul ise sözleşme müessesesinin mahiyet ve şekil değiştirerek idare hukuku kapsamında yerini almış olduğu yönündedir. Bu çerçevede; idari sözleşmelerin, idari usullerin temelini teşkil eden kamu gücünün icrai karar, re'sen hareket gibi unsurları ile idari rejimin esasını teşkil eden adliye tahtında idarenin istiklal prensibine dayanmakta olduğu belirtilmektedir.¹⁰

Danıştay tarafından idari sözleşmelere ilişkin verilen ilk prensip karar kapsamında; imtiyaz sözleşmesi özelinde idari sözleşmenin özellikleri şu şekilde ifade edilmiştir¹¹:

“[...] yardımcı ve yarımsız, menafi garantisini muhtevi veya garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefid olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için görülmesi

⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III. Cilt, Üçüncü Bası., İsmail Akgün Matbaası İstanbul 1966, s. 1590 vd

¹⁰ A.e.

¹¹ A.e.

ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenid bulunan mukavelelere amme hizmeti imtiyazı mukaveleleri denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müştak mükellefiyetler tarh etmek itibarıyla idari mukavele mecmuasına dahil olmakla beraber akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin etmek için amme kudreti haklarıyla da teçhiz edildiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz ederler”¹²

Benzer şekilde, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21 Ocak 1946 tarihli kararında da idari sözleşmelerin genel mahiyet ve özellikleri aşağıdaki şekilde ortaya konulmuştur¹³:

“[...] bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin maksadı ile mün’akid olan ve idari prensip kaideleri harekete getiren idari mukaveleler; Devletin amme kudretine dayanmaksızın tamamen bir fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arz eder. Bu mukavelelerde akit olan özel veya tüzel kişinin hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili; hizmetin umurun menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelade bir fert mevkiinde bulunmaması; amme hizmetlerinin icap ve zaruretlere icraatınca değişebileceğinden mukaveleleri bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyetini idareye tanınması; hizmetin yürütülmesinde aksaklık husule getiren akit hakkında zecri hükümler vazı; elkoyma; uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukaveleler hududunu aşan şartların bulunması mutad olmuştur.”

İdarenin işleyişi, konusu ve faaliyetlerinin çeşitliliği karşısında, ayrıca bütünüyle özel hukuk kural ve kaidelerine istinaden özel hukuk kişileri gibi sözleşmeler de imzalamaya gereksinim duyduğu görülmektedir.

¹² Devlet Şurası Devai Daireleri Umumi Heyetinin Nafia Vekaleti – İstanbul Tramvay Şirketi davasındaki 26 Şubat 1936 tarihli kararı (Onar, **A.g.e.** s.1593’ten naklen)

¹³ Onar, **A.g.e.** s. 1590 vd., yazarın atfına istinaden Zingal Şirketi ile İdare arasında çıkan uyuşmazlığa ilişkin verilen karar olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan, kanunla yapılan belirlemeler yanı sıra günün şartları dairesinde ihtiyaç duyulan bir takım sözleşmeler bakımından bu usul benimsenmekle birlikte daha önceki zamanlarda bu tip sözleşmelerin daha çok ve genellikle idarenin taşınır ve taşınmaz malvarlığına ilişkin olarak akdedildiği görülmektedir¹⁴.

İdari sözleşmelerin ve tezimiz kapsamında inceleyeceğimiz kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yer almayan bir takım özellikleri bulunduğu aslında Fransız hukukunda kabul görmüş ve bu etki Türkiye'ye de yansımıştır. İdari sözleşmelerde, idare tarafından özel hukuk kişisine bir takım hak ve yetkilerin devredildiği görülmekte olup, bu devir sonrasında taraflar arasındaki ilişkinin kamusal niteliği ön plana çıkmaktadır. Bunun sonuçları olarak da özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen şekilde bir takım kurum ve uygulamalar gündeme gelmektedir. Bunlara kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi özelinde örnek olarak, idarenin geri alma ve özel hukuk kişisinin idare dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile Devlet tarafından sebep olunan zararların tazminini isteme hak ve yetkisi gösterilmektedir.¹⁵

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak adlandırılan bu sözleşmelerin teşekkül ve inikadı yönünden de idarenin iç teşkilatı ve faaliyeti bakımından bir takım şekillerin geçerli olması sebebiyle idari sözleşmelerin ayırım ve vasıflandırılmasında organik kriterler çoğu zaman yeterli olamamaktadır.¹⁶ Bu bakımdan, genel olarak idari mukaveleler için akdin idare kudretine dayanması, bu kudretin unsur ve karakterlerini ihtiva etmesi ve idareye tek taraflı değişiklik yapma, re'sen hareketle müeyyide uygulama yetkisi tanınması gibi bir takım kriterlerin belirlenmesi yönünde inceleme ve denetim yapılmakta ve bu suretle idari mukavele vasıflandırması gerçekleştirilmeye çabalanmaktadır.

Diğer yandan, idare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir

¹⁴ A.e.

¹⁵ Spyridon Flogaitis, **Les Contrats Administratif**, European Public Law Series, Nisan 2008 London, Esperia Publications Ltd., s.35 vd.

¹⁶ Onar, A.g.e., s. 1590 vd.

"idari sözleşme" uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denilmektedir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Bu çerçevede; konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.¹⁷

Kamu hizmeti imtiyazının genel olarak özellikleri bakımından yapılacak bir değerlendirmede ise, imtiyazın kökeninde, idarenin halihazırda sahip olmadığı ya da kamu yararı gereği sevk ve tedarik etmek istemediği teknoloji, para, tesisler ve uzman personel eksikliğinin bir özel hukuk kişisi aracılığıyla giderilmesi suretiyle kamu hizmetinin görülmesi ihtiyacının yer aldığı anlaşılmaktadır. "Kamu hizmetinin görülmesi için tesisleri, araçları yapan, bulan özel kişi, bu yatırımların karşılığını hizmetten yararlananlardan aldığı ücretlerden toplamakta"¹⁸ olduğundan kamu hizmeti imtiyazı uzun süreli bir hukuki ilişkiyi gerektirmektedir. Ayrıca imtiyaz sözleşmesi belli bir yerde veya alanda ister istemez sözleşmenin tarafı olan özel kişiye o hizmeti tek başına verme imkanı da yaratmaktadır."¹⁹

Bu sebeptendir ki, Fransız hukukunda imtiyaz anlamına gelen "*concession*" terimi aynı zamanda daha geniş bir anlam yelpazesi ile özel hukukta da kullanılmakta ve bizdeki tacir yardımcısı sıfatını haiz distribütör ve tek (yetkili) satıcı ile kurulan hukuki ilişkiyi nitelendirmek için de kullanılmaktadır. Bu noktadaki benzerlikler, sözleşmenin tarafları arasında mutlak bir eşitlikten bahsedilemeyecek olması yanı sıra imtiyazcıya bir monopol yaratılması olarak gösterilmektedir.²⁰

Bu aşamada, idari sözleşmelerin ve buna bağlı olarak idari sözleşmelerin en temel örneği olarak gösterilen kamu hizmeti imtiyazının

¹⁷ Onar, **A.g.e.**, s. 1590 vd.; Taner Ayanoglu, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri", **İÜHF**, Cilt: LXV, Sy:1, 2007, s.3 vd

¹⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 169 vd.

¹⁹ **A.e**

²⁰ Philippe Le Tourneau, **Les Contrats de Concession**, 2^{ème} Edition, Paris 2010, LexisNexis Litec, s.3 vd.

özelliklerinin ayrıca değerlendirilmesinde ve özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde müracaat edilen kriterlerin belirlenmesinde yarar vardır.

B. İdari Sözleşme ve Kamu Hizmeti İmtiyazının Karakteri

1. Sözleşmenin Bir Tarafının İdare ve Konusunun Kamu Hizmeti Olması

Bir idari sözleşmenin varlığından bahsedilmesi için doğrudan incelenmesi ve bu minvalde sonuca varılması gereken bir takım unsurlar mevcut bulunmaktadır. Ne var ki, idarenin faaliyetlerinin çeşitliliği ve bu çerçevede doğan ihtiyaçları bu unsurların çoğu zaman yetersiz kalması neticesini doğurmaktadır.

İdari sözleşmelerin nitelendirmesi açısından vazgeçilmez nitelikteki ancak varlığının sağlanması halinde kesin bir sonuca varılması güçlük arz eden ilk şart sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasıdır.

Bu bakımdan, özellikle göz önünde bulundurulması gereken husus, idarenin kamu hizmetinin kurulması, işletilmesi ya da doğrudan kamu hizmetinin görülmesi yönünden idari sözleşme akdettiği özel hukuk kişilerinin, özel hukuk üçüncü kişileri ile akdedecekleri sözleşmelerinin idari nitelik taşıyamayacağıdır. Bu şahıslara, idare hukukuna mahsus bir takım yetkiler ve görevler yüklenmiş olması da akdedilen sözleşmelere idari sözleşme karakteri sağlayamayacaktır²¹. Ancak idarelerin özel hukuk sözleşmeleri akdetmek yönünde hak ve yetkilerinin bulunduğu da her halükarda nazara alınmalı ve sözleşmenin vasıflandırılmasında bu konuya da ayrıca dikkat edilmelidir.

Sözleşmenin idari nitelikte bir sözleşme sayılabilmesi için diğer bir şart da sözleşmenin konusunu doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak kamu hizmetlerinin oluşturmasıdır. Ne var ki, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile alakasının derecesi, mahiyetinin tayininde önem ve özellik arz etmektedir²².

²¹ Onar, A.g.e., s. 1697 vd.

²² A.e.; Özey İl Han; *Günlük Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 248 vd

Bu çerçevede, genel olarak idarenin alım satım mukavelelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı ve doğrudan kamu hizmetini ilgilendirmediği düşünülse de alım satım konusu emtianın kamu menfaati bakımından hayati bir nitelik taşıması söz konusu olabilecektir. Kamunun ihtiyaçları yanında kamu hizmetinin sürekliliği yönünden aksama yaşanmamasına yönelik idarenin özel hukuktan kaynaklanan hak ve yetkileri aşan ve doğrudan kamu gücüne işaret eden hak ve yetkileri sözleşme içeriğine dahil ettiği görülebilecektir. Bu halde sözleşmenin idari sözleşme karakterinde olduğu yönünde sonuca varılması gerekir²³.

Kamu hizmeti kavramı ise değişkenlik mahiyeti dolayısıyla esas olarak içinde bulunulan dönem ve bu dönemde var olan koşullara göre tanımlanmalıdır. Doğal bir kamu hizmetinden bahsetmek ise güçtür. Zira devletlerin bazı hizmetleri politikaları gereği kamu hizmeti addedebildiği görülebilmektedir. Bu nedenle, kamu hizmetleri bakımından, kamu yararı doğrultusunda farklı bir rejime tabi olarak yürütülen hizmetler bütünü²⁴ tanımı yapılabilir.

Diğer yandan, toplumun süreklilik arz eden genel ve ortak gereksinimlerin saymakla tüketilemeyeceği ve dolayısıyla kamu yararının ve umumi menfaatin gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere icra edilen faaliyetlerin de genel olarak belirlenemeyeceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Kaldı ki, kamu hizmeti bir üst kavram niteliğinde olup, idarenin özendirme ve destekleme ile kolluk faaliyetlerini de kapsamaktadır.²⁵

İşin doğrudan doğruya kamu hizmeti ile ilgi ve ilişkisinde tereddüt hasıl olmasa da; idarenin özel hukuk sözleşmesi akdetmesinin mümkün olduğu alanlar da mevcut bulunmaktadır. O halde, bu durumlarda aşağıda izah edilecek çerçevede, idarenin özel hukuktan doğan hak ve yetkileri aşan düzenlemeler ile sözleşme

²³ Onar, **A.g.e.**, s. 1597 vd.; Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006., s.181 vd.

²⁴ Guglielmi, Koubi, **Droit du Service Public**, 2^{ème} Edition, Paris 2007, Montchrestien E.J.A.,s. 87 vd.

²⁵ Özay, **A.g.e.**, s. 225 vd.

kapsamında kendine çeşitli koruma ve imkan tanımış olup olmadığının irdelenmesi gerekecektir.

Örneğin; konusuna göre, alım-satım, nafıa işleri taahhüdü ve iltizam gibi sözleşme türlerinde doğrudan kamu hizmetinin işletilmesi söz konusu olmamakta, yalnızca kamu hizmetinin ihtiyaç ve gereklerinin karşılanmasına yönelik bu sözleşmeler akdedilmektedir. Bu nedenle, anılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak tanzim ve akdi söz konusu olabildiğinden ayrıca tarafların hak ve yetkilerinin değerlendirilmesi zarureti ortaya çıkmaktadır.

Fransız hukukunda da benzer şekilde, prensip olarak sözleşmenin konusun kamu hizmetinin doğrudan kurulması ya da yürütülmesine ilişkin olması hallerinde sözleşmenin idari nitelikte olduğu kabul edilmektedir.²⁶

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde doğrudan bir kamu hizmetinin işletilmesi söz konusudur. Bu sözleşmeler bakımından her halükarda hizmetin sahibinin idare olması dolayısıyla her halükarda idare ile imtiyaz sahibi arasında idare lehine kamu gücünden kaynaklanan üstün yetkiler tanınmaktadır. Aynı sebeplerle imtiyazcı ya da müteahhit de üçüncü şahıslar karşısında kamu gücünden kaynaklanan hak ve yetkilere sahip olmakta ve bunları kullanmaktadır.

Bu anlayış çerçevesinde, imtiyaz ve müşterek emanet usulleri haricinde kalan idari sözleşmeler bakımından, bir tarafın idare olması ve konusunun kamu hizmetine ilişkin olması gibi organik unsurlar yeterince ayırt edici olamamaktadır.

Dahası zaman zaman sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin olup olmadığı dahi tartışmalı olabilecektir. Zira kamu hizmeti de Devletin siyasal tercihleri ile günün şartları dahilinde farklılık gösterebilmektedir.

²⁶ Flogaitis, A.g.e., s. 139 vd.

Bu nedenle, kamu hizmeti kavramında olduğu gibi, sözleşmenin vasıflandırılmasında da hukuki ilişki ve durumların incelenmesi neticesinde elde edilecek bulgulara istinaden idarenin konum ve amacının belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu yönde yapılacak bir inceleme neticesinde ortaya konulacak bulgular, sözleşme kapsamında idarenin özel hukuk kişisi karşısında sahip olduğu yetkilerin özel hukuktan doğan hak ve menfaatlerin aşılması yönünde tezahür ediyorsa sözleşme idari nitelik kazanacaktır.

Danıştay da konuya ilk yaklaşımında, imtiyaz ve müşterek emanet usulleri haricinde açık bir sonuca varılabilecek bir değerlendirme yapamamış ve somut olay ve mevcut sözleşmenin değerlendirmesinin belirleyici olacağını ifade etmekle yetinmiştir:

“idare velev ki amme menfaati ile alakadar bir ihtiyacı temin bakımından olsun aktececeği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idare mukavele ismi ile anılan şekilde amme hukuku hükümlerine istinat suretiyle akit yapmakta serbesttir. Bu serbesti dolayısıyla yaptığı akitlerin de idari veya adli kaza murakabesine tabi olacağı tabiidir. İdari kazanın vazifesi ve binaenaleyh mukavelenin idari mahiyette olması mukavelenin amme hukuku ve rejimlerinin tatbiki suretiyle hazırlanmış olması halinde teessüs eder. Mukavelenin amme hükümlerine istinat ettiğini tebyin edecek husus da (mukaveleye umumi bir şartname ilhak edilmesi, müteahhidin şahsen umumi hizmetin işlemesine iştiraki, işin mahiyetinin zaruri olarak amme hizmetine mülhak bulunması, mukaveleden mütehaddis ihtilafların hallinde idari kazanın salahiyeti sarahaten kabul edilmiş olması gibi) akdin metin ve mahiyetinden istidlal olunur.”²⁷

Bu doğrultuda, doktrin ve içtihadın mahiyeti itibarıyla idari sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmekte olduğu imtiyaz sözleşmeleri dışında, idarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, yargı kararları ışığında, bir takım kriterler

²⁷ Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyetinin 24.09.1940 tarih ve 40/290 sayılı kararı, Kararlar Dergisi Sayı 14, sf.52; (Onar, **A.g.e.** s.1602’den naklen)

dairesinde inceleme yapılması ve bu inceleme neticesindeki bulgulara binaen vasıflandırma yapılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁸

Ayrıca, tarafların sözleşmeden doğacak ihtilafların çözüm mercilerini belirlememiş olmasının da yeterli olmayacağı ifade edilmektedir. Kamu hizmeti ve kamu yararının her halükarda kamu tarafından da gözetilerek bu sözleşmelere karşı kamu tarafından yargısal korunma talep edilebilecek olması bu sözleşmelerin vasıflandırılmasının taraflarına bırakılamayacağını göstermektedir.

Bu bakımdan, sözleşmelerin vasıflandırılmasında, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde genel bir değerlendirme yapılması gerektiği, kamu hizmetinin işleyişine iştirak maksadının mevcut olması, idarenin üstünlüğü ve otoritesini yansıtacak şekilde sözleşmede kamu gücünün belirmesi, idareye tek taraflı hareket yetkisi yanı sıra res'sen hareket ile zecri tedbirler alma gücünün tanınması ve sözleşmenin süreklilik arz etmesi gibi şartların belirleyici olacağı düşünülmektedir²⁹.

2. Şartnameler

İdari sözleşmelerin akdedilmesi öncesinde tamamıyla idarece ve hatta teknik özel bilgiye sahip idare birimlerince hazırlanan genel düzenleyici niteliği haiz olduğu kabul gören tasarruflar şartname olarak adlandırılmaktadır. Şartnamelerin varlığı da bir sözleşmenin idari sözleşme olarak değerlendirilmesi için organik anlamda yeterli bir kriter olup olamayacağı açısından eleştirilmektedir.

Şartnameler doğrudan uygulanabilir niteliği haiz bulunmamaktadır. Ancak şartname ile genel hukuki ve teknik bir statü yaratılmakta ve şartnameyi müteakip özel hukuk kişisi ilgililerce yapılacak başvurulara istinaden idare ile sözleşmelerin akdedilmesi neticesinde, şartnameler birey yönünden sonuçlar doğurmaktadır. Bu anda, şartnamelerin genel düzenleyici niteliği gözle görülür bir hal almaktadır. Bu nedenle, şart-tasarruf mahiyetindeki şartnamelerin idari sözleşmenin bir kısmı ve

²⁸ Onar, A.g.e., s. 1697 vd.

²⁹ A.e.

aşaması görülmesi yanında sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisini tanzim edilmiş bir statüye koyduğu ifade edilmektedir³⁰.

Şartnameler genel nitelikli olarak hukuki ve teknik içerikte düzenlenmekte, bununla birlikte işin özelliklerine göre hususi nitelikte olan şartnameler de hazırlanmaktadır. Böylelikle işin gereklerinin sağlanması ve genel nitelikli şartnamenin tamamlanması söz konusu olmaktadır.³¹

Bu yönde tanzim edilen şartnamelerin varlığı idari sözleşmelerin ayırt edilmesi bakımından organik bir ölçüt olarak kabul edilmekteyse de; idarenin görev ve yetkileri ile her türlü faaliyetlerinin kanuni ve kanuna müstenit düzenlemeler çerçevesinde vuku bulduğu ve şekillendiği gözetildiğinde şartnamenin yalnızca idari sözleşmelerin kapsam ve süreçlerinde mevcut olmadığı görülecektir.

Bununla birlikte, şartnameler için önceleri benimsenen merkezi idare tarafından hazırlama yetkisinin bugün yerini artık idarelerin hatta taşra teşkilat ve mahalli idarelere bırakıldığı görülmektedir. Ülkemizde, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından halihazır şartnamelere müracaat edilmekteyse de şartnamelerin genel olarak somut iş ve hizmet kapsamında hazırlanması söz konusu olmaktadır.³² Fransa’da da gelişimin bu yönde olduğu ve halihazırda yalnızca elektrik ve gaz piyasasında hazırlanan şartnamelerin merkezi idare yetkisinde kaldığı ve zorunlu olduğu, diğer konularda ise özellikle taşra teşkilat ve mahalli idareler yetkisinde bulunan şartnamelerin hazırlanmasının seçimlik olduğu ifade edilmektedir³³.

Bu bakımdan şartnameler idare karşısında sözleşme tarafına ve işin içeriğine yönelik ihdas edilmiş hazırlık niteliğinde genel bir şart-tasarruf olması dolayısıyla idari sözleşmenin ayırt edici bir özelliğini yansıtmakla birlikte, kamu hizmeti imtiyazının ya da genel olarak idari sözleşmenin belirlenmesi için yeterli

³⁰ Onar, A.e.

³¹ A.e.

³² A.e.

³³ Laurent Richer, **Les Contrats Administratif**, Paris 2006, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, EJA s. 159 vd.

olamamaktadır. Zira ilerleyen aşamalarda görüleceği üzere, idare hemen hemen her işinde şartnameler ihdasıyla özel hukuk kişileri ile sözleşmeler imzalamakta ve bugün bu sözleşmeler daha çok özel hukuka tabi kılınmaktadır.

3. İdarenin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi, Re'sen Hareket Ederek Yaptırım Uygulama ve Fesih

Şartnamenin idari sözleşmenin bir aşamasını oluşturması yanı sıra tek taraflı bir idari tasarruf niteliğini haiz olduğu görülmektedir. Bu tek taraflı tasarrufun yine idare tarafından geri alınabileceği ve değişikliklere tabi olabileceği de başka bir ayırt edici özellik olarak ortaya konulmaktadır.

Bu çerçevede, idarenin sözleşmenin şartlarını tespit veya bunları tadil etmekte tek taraflı iradesi ile hareket ettiği ve icrai kararlarla sözleşmenin diğer tarafı ve üçüncü kişilere tesir edecek hukuki durumlar yarattığı görülmektedir³⁴. Bu durum idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerden doğan hukuki rejimden farklı etki ve sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır.

Sözleşme ile her ne kadar hizmet özel hukuk kişisine gördürülmek istenmekte ve bu yönde işletme devri ile görevlendirme yapılmaktaysa da; kamu hizmetlerinin devamlılığı prensibine binaen idarenin hiçbir şekilde hakim kararı ya da cebri icra marifetine ihtiyaç duymaksızın hizmetin aksamadan sürekli olarak yürütülmesini temin adına hizmeti kurmak, görmek ve işletmekle mükellef müteahhit ya da imtiyazcı adlarını taşıyan özel hukuk kişisine, derhal yaptırım uygulamak hakkına da sahip bulunması gerekmektedir.

Re'sen hareketle ihtarsız yaptırım uygulama hakkının uygulamada, imtiyazcı ya da müteahhit sıfatını haiz özel hukuk kişisi tarafından yatırılan teminatların irat kaydedilmesi, işin eksik veya ayıplı ifası ya da ifa edilmemesi hallerinde işe el konularak imtiyazcı ya da müteahhit nam ve hesabına işin sözleşme dışı üçüncü

³⁴ Onar, A.g.e. s. 1597 vd.

kişilere gördürülmesi ve imtiyazcı ya da müteahhidin tesisat, levazım ve araçlarına el konulması gibi görünümelerde ortaya çıktığı bilinmektedir.³⁵

Son olarak idari tasarruf niteliği ağır basan idari sözleşmelerin kamu hizmetinin ihdası ve işletilmesi yönünden idarenin takdir hakkının varlığına binaen sonlandırılmasında da özellik arz ettiği ifade olunmaktadır.³⁶ Bu noktada, kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesine yönelik takdir yetkisine sahip idare, aynı şekilde, idari sözleşme akdedilmesi yönündeki irade ve tasarrufunu geri almaya da muktedirdir.

Ne var ki, yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere şart tasarruf mahiyetindeki sözleşmenin kurulması yönündeki şartnamenin özel hukuk kişisine uygulanması (sözleşmenin imzalanması) neticesinde bir sübjektif hakkın husule geldiği ve bu hakkın korunması gerektiği de açıktır. Bu hal ve şartlar altında, fesih keyfiyeti karşısında sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisinin bir tazminat alacağını mevcut olduğu kabul görmektedir. Sözleşme tarafının bu yönde bir hakkının mevcudiyeti idarenin fesih salahiyetini kullanmasına mani teşkil etmediğinden ve hiçbir şekilde sözleşmeye aykırı bir nitelik arz etmediğinden re'sen hareket ve tek taraflı değişiklik yapma salahiyetlerinin bir görünümü olan geri alma (*raşa*, *rachat*) yolu da idari sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerinden farklılaştığı bir nokta olarak gösterilmektedir³⁷.

Bu noktada, dikkate alınması gereken düzenleyici işlem yapma yetkisini haiz olan idarenin aslında hizmetin kurulması ve yürütülmesine ilişkin düzenleme yetkisinin de tek ve/veya asıl sahibi olduğudur. Bu çerçevede, idarenin bu yöndeki yetkilerini özel hukuk kişisine sözleşmeyle devretmesinin imkansız olması karşısında idari sözleşmelerin ve özel olarak imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmının idarenin tek taraflı işlemi olarak kabul edilmesi dahi mümkündür.³⁸

³⁵ Yayla, **A.g.e.**, s. 169 vd.

³⁶ Onar, **A.g.e.**, s. 1590 vd.

³⁷ **A.e.**

³⁸ Flogaëtis, **A.g.e.**, s.37 vd.

Bununla birlikte, idari sözleşme ile sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisi hakkında yaratılan birel/sübjektif durumun da üzerinde durulmasında yarar vardır. Zira sözleşmeye taraf özel hukuk kişinin sözleşmeye istinaden temin edeceği ve idarece taahhüt edilen mali menfaatlara ilişkin bölüm idari sözleşmelerin bünyesinde yer alan idarenin üstün yetkileri dışında kalır ve bu bölümden kaynaklanan hakların korunması gerekir.³⁹

İdare icrai kararlarla, re'sen hareket suretiyle yani idare kudret ve takdirine dayanarak ve genel idari usuller dairesinde, özel hukuk kişinin mali menfaatlerine sınırsız şekilde müdahale edemez. Bu kısım, idari sözleşmenin sübjektif tasarruf kısmını teşkil eder ve bundan doğan taraflar arasındaki mali dengeye ilişkin durum özel ferdi bir durum olarak kabul edilerek tek taraflı olarak değiştirilemez.

Aynı sebeplerle, sözleşmenin özel hukuk kişisi yönünden konusunu teşkil eden mali menfaat tamamen temin edilmeden sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi halinde, idare aleyhine ve özel hukuk kişisi lehine bir tazmin borcu doğmaktadır. Böylelikle, özel hukuk kişinin idari sözleşmeden doğan mali menfaatlerinin korunması hedeflenmektedir.⁴⁰

Sözleşmenin tarafı özel hukuk kişinin kusuru dolayısıyla fesih, başka bir ifade ile imtiyazın ıskatı (*déchéance*) hali ve bu halde uygulanacak usuller ise farklılık olup bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

4. Genel Olarak İdari Sözleşme Türleri

İdari sözleşmelerin tür ve tipleri, birçok kaynak ve eserde nafia işleri taahhüdü, iltizam, istikraz, hizmet, müşterek emanet ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak gösterilmekte ve sıralanmakta olup, bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak belirlenmesinde yukarıda arz edilen özelliklerin varlığının araştırıldığı görülmektedir.

³⁹ Onar, **A.g.e.**, s. 1590 vd.

⁴⁰ Flogaïtis, **A.g.e.**, s.37 vd.

Aşağıda bu sözleşmeler hakkında genel bilgiler verilmeye çalışılacak olup, bu sözleşmelerin yukarıda belirtilen özelliklerin mevcudiyeti dolayısıyla idari sözleşme olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Bu nedenle de akdedilmesi, icrası ve sonlandırılması ile bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari sözleşmelerin gerektirdiği usul ve esaslar etkili olacaktır.

Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, aslında belirli sayıda ve tipte idari sözleşmenin varlığından bahsedilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Ancak uygulamada genellikle karşılaşılan ve örnek gösterilen idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile birlikte kapsam ve içeriğinin verilmesinde fayda vardır. Zira bu yolla özellikle kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini konu alan kamu hizmeti imtiyazı ile diğer idari tasarrufların konu yönünden bir ayrımı da yapılmış olacaktır.⁴¹

a. Müşterek Emanet

Müşterek emanet usulünde, kamu imtiyaz usulünde olduğu gibi kamu hizmetinin işletilmesi ve doğrudan özel hukuk kişilerine gördürülmesi söz konusu olmaktadır. Bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı ile birlikte idari sözleşmelerin tam tiplerini teşkil ettiği ifade edilmektedir.⁴²

Müşterek emanet kapsamında, idare tarafından halihazır kurulmuş bir kamu hizmetimin yürütüm ve görümünün özel hukuk kişisine belirli bir süre ile devri kararlaştırılmakta olup, hizmeti gören özel hukuk kişisi hizmetin giderlerini hizmetin sunulduğu kişilerden alınan bedelden karşılamakta ve ayrıca elde edilen kazancı da idare ile paylaşmaktadır. Müşterek emanet ile kamu hizmeti imtiyazı arasında en belirgin fark olarak, müşterek emanette hasarın idareye ait olmasına karşılık kamu hizmeti imtiyazında hasarın kamu hizmetinin görülmesi ve işletilmesini üstlenen imtiyazcıya ait olması gösterilmektedir. Bu sebep dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyazı

⁴¹ Onar, **A.g.e.**, s. 1590 vd.; Günday, **A.g.e.**, s. 171 vd.

⁴² Onar, **A.g.e.**, s. 1590 vd

belirli bir kamu hizmetinin masraf, kar ve zararı tamamen imtiyaz sahibi ya da imtiyazcı olarak adlandırılmakta olan özel kişiye ait olmak üzere kurulması ve işletilmesi usulü olarak tanımlanmaktadır.⁴³

Müşterek emanet usulünde, kamu hizmeti idare tarafından kendi mal ve parasıyla kurulmakta, ancak yürütülmesi özel hukuk kişisine verilmektedir. Hizmeti yürütmeyi üstlenen özel hukuk kişisi, işletme karşılığı olarak ya götürü bir kazanç ve/veya kardan belli oranda pay almaktadır.⁴⁴

b. İltizam

İltizam usulünde ise, müşterek emanet usulünde olduğu gibi idare tarafından kurulmuş bir kamu hizmeti ve bayındırlık tesisatı mevcuttur. Bu doğrultuda, kurulu kamu hizmetinin yürütülmesine katılım konusunda özel hukuk kişisinden destek alınmaktadır. Kamu hizmetine katılımın iştirak etmekten öte kısmi bir görevlendirme mahiyetinde olduğu görülmektedir.

Hizmetin kurulu olması dolayısıyla müşterek emanet usulüne benzeyen iltizam usulünde de, bir kamu malının işletilmesi veya kamuya ait bir hakkın kullanılmasıyla oluşturulan kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve işletilmesi görevi, götürü bir kazanç ya da kazançtan belli oranda pay alma karşılığında “mültezim” adı verilen özel hukuk kişilerine bırakılmaktadır. İltizam usulüne konu olan faaliyetin dar anlamda kamu hizmeti olma niteliği zayıf olup bu “görevlendirmede” idare adına gelir tahsili karakteri, hizmeti işletme karakterinden daha baskındır.⁴⁵

Özel hukuk kişisi yürüttüğü faaliyete karşılık idare ile anlaşmasına bağlı olarak ya götürü bir kazanç elde etmekte ya da genel kazançtan belli oranlarda kar elde etmektedir. Müşterek emanet ile karşılaştırıldığında, müşterek emanette bir kamu

⁴³ A.e.; Taner Ayanoğlu, “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, **İÜHFM**, Cilt: LXV, Sy:1, 2007, s.3 vd.

⁴⁴ Ayanoğlu, **A.g.m.** s.3 vd

⁴⁵ A.e.; Ümit Akın, “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”; **DD**, Yıl:30, 2000, Sayı:102, s.31 vd

hizmetinin özel hukuk kişi tarafından işletilmesi suretiyle görülmesi söz konusu iken, iltizamda mültezim adı verilen özel hukuk kişinin daha çok kamu gelirini tahsil etmek suretiyle faaliyete katıldığı görülecektir. Bu nedenle, bu usulde hizmetin işletilmesine katılım çok düşük düzeyde bulunmaktadır.⁴⁶

Bir kamu hizmetinin götürü olarak ya da orantılı bir kazanç ve ücret karşılığında “mültezim” adı verilen özel kişi veya kuruluşa bırakılması yöntemi olarak beliren iltizam sözleşmesi yönetiminin, tarihte daha çok kamu gelirlerinin toplanmasında kullanılmış olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷ Ayrıca, iltizam sözleşmeleri ile idare ile mültezim arasında doğrudan doğruya tek bir maddenin temin ve teslimi yahut kamu hizmetinin işlemesi için gerek duyulan levazımın devamlı ve düzenli şekilde teslimi konusunda mutabakata varılabilmektedir. Her iki durumda da idarenin sıkı denetim ve yükümü dolayısıyla bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazlarına benzetildiği görülmektedir.⁴⁸

c. Nafia İşleri Taahhütnamesi

Nafia işleri taahhütnameleri ile müteahhit denilen bir müteşebbis ile idare arasında bir nafia işinin inşası, tanzim ve tamiri gibi hususların ifası konusunda anlaşma sağlanmaktadır.

Bayındırlık imtiyazı olarak da bilinen bu yöntem ile devlet aslında eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ile bir bayındırlık eserinin yapılmasını borç altına girmeksizin yapmak istemektedir. Bu doğrultuda, eserin yapımı bir özel kişiye verilirken, özel kişinin koyduğu sermayeyi eserin bir tür işletilmesi ile çıkarması hedeflenmektedir.⁴⁹

⁴⁶ Günday, **A.g.e.**, s. 171 vd.

⁴⁷ Ayanoglu, **A.g.m.** s.3 vd.

⁴⁸ Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 65

⁴⁹ Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlırlı Hukuk Yayınları, Ankara 2006, s. 59 vd.

Bayındırlık eserinden bir inşaatının ya da tesisin baştan yapımı ya da doğrudan bir kamu hizmetinin kurulmasının anlaşılması gerekir. İdarenin ihale kanunlarına istinaden yaptırmakta olduğu yapım işlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.⁵⁰

d. İstikraz

İstikraz sözleşmelerinde ise devlet ya da başkaca kamu tüzel kişiliklerinin ihtiyacı olan para ödünç yoluyla temin edilmektedir.

Türkiye’de özellikle Devletin özel kişilerden tahvil ve bono gibi isimlerle çıkardığı senetlerle borç para aldığı bilinmektedir. Bu tip senetlerin genel olarak özel hukuk hükümlerine tabi olmasına karşın haciz edilememesi, kimi durumlarda doğrudan para yerine geçmesi gibi kamu gücüne dayandırılan özellikleri dolayısıyla özel hukuku aşan hükümlere tabi olduğundan bahisle idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade olunmaktadır.⁵¹

Bu sözleşmelerin ayrıca genellikle geri ödemeye ilişkin uzun süreler getirmesi yanında idareye faizleri tek taraflı değiştirme, erken ödeme imkanı ile borcun vadesini erteleme gibi özellikleri bir idari sözleşmenin varlığına işaret etmektedir.⁵² Ancak devletin borç para almak üzere akdettiği sözleşmelerin özel hukuku aşan hükümler ihtiva etmemesi haline ilişkin olarak da özel hukuk sözleşmesi nitelendirmesi yapılması gerektiği belirtilmektedir.⁵³

e. Hizmet Sözleşmeleri

Hizmet sözleşmeleriyle Devlet ya da diğer kamu tüzel kişiliklerince kamu hizmeti teşkilatı personel kadrolarının kuvvetlendirilmesi amacıyla bireylerin emekleri idarenin hizmetine tahsis edilmektedir. Hizmet sözleşmesinin içeriğine göre

⁵⁰ Ayhan Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2002, s. 188

⁵¹ Gözler, **A.g.e.** s. 186

⁵² Günday, **A.g.e.** s. 171

⁵³ Gözler, **A.g.e.** s. 196 vd.

idare bireylerin belli düzeyde fikri ya da bedeni emeğinden yararlanabileceği gibi bireylerin doğrudan kamu hizmetine iştiraki de söz konusu olabilmektedir.

İdarenin sözleşmeli personeli olarak bilinen özel hukuk kişileri ile akdettiği sözleşmeler de idari sözleşme olarak kabul edilmekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde idari yargı nezdinde çözümlenmektedir.⁵⁴

Tüm bu idari sözleşmeler yanında halihazırda uygulaması bulunmayan yeraltı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme, özellikle de maden işletme sözleşmeleri ile orman işletme sözleşmeleri de idari sözleşme örneği olarak verilebilmektedir.⁵⁵ Bunun yanı sıra sınırlı sayıda idari sözleşmenin varlığından bahsedilemez; zira bu şekilde bir sınırlandırma getiren bir kural bulunmadığı gibi, idari sözleşme olmanın organik ve maddi şartlarının mevcut olması halinde sözleşmeyi idari olarak nitelendirmek gerekecektir.⁵⁶ Kaldı ki, kamu hizmetinin çeşitliliği ve günün şartlarına bağlı olarak yenilenmesi ya da güncellenmesi gerekleri de bu anlayışı zorunlu kılmaktadır.

5. Kamu Hizmeti İmtiyazı ile İdari Sözleşme Teorisinden Sapmalar

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir.⁵⁷

- konusunu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması,
- hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması,
- idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması,

⁵⁴ Gözler, A.e.

⁵⁵ Gözler, A.e., Günday, A.g.e., s. 170 vd.

⁵⁶ Gözler, A.g.e., s. 187

⁵⁷ Danıştay 10. Daire'nin, 1997/2407 E. 2002/347 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

- imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması,
- bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması ve
- imtiyazcı lehine tekel hakkı yaratılması

Bununla birlikte, içerik ve konu itibariyle imtiyaz niteliği taşıyan bir takım sözleşmelerin ise kanun ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmekte olduğu görülmektedir.

Değişen kamu hizmet anlayışı ve güncel gereksinimler dairesinde şekillenen ve klasik idari sözleşme anlayışından sapma niteliği taşıyan bu tasarrufların hukuken varlık kazanması bakımından geçerli olan hukuki süreç ve perspektif üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır. Ancak kanuni nitelendirme dolayısıyla bugün artık bir tür idari sözleşme olarak vasıflandırılması ve dolayısıyla aslında bu çalışma altında tartışılması mümkün olmayan yap-işlet-devret, yap-işlet sözleşmeleri ile işletme hakkının devri modelinin üzerinde durulmasında yarar görülmektedir.

a. Yap-İşlet-Devret Modeli

Yap-işlet-devret modeli, kamunun görev alanına giren bir yatırım veya hizmetin, yatırım ve işletme döneminde yapılacak masrafları yüklenen ve karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi önceden belirlenen bir süre ve tarife üzerinden işletme hakkına sahip olan bir şirket eliyle gördürülmesi ve nihayetinde belirlenen süre sonunda tesisin hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idareye geçmesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁸.

Yap-İşlet-Devret Modelinin, 4.12.1984 gün ve 18160 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki*

⁵⁸ Bayram Keskin, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Basım Yayım, Ocak 2008, s. 46.; Uğur Emek, **Ek ve Değişiklikler ile Yap-İşlet-Devret ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT Kasım 2002 s.3 vd; Bilal Eryılmaz, “Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler”, **TİD**, Y.61, S.382, s.41 vd.”

Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamında ve 16.08.1985 tarih ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Kanun’a dayanılarak çıkarılan 04.09.1985 gün ve 18858 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe giren *Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi Ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesis Kurma Ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik* dahilinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Kanun’un “Amaç” başlıklı ilk maddesinde merkezi idarenin “Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini” hedeflemiş olduğu açık şekilde ortaya konulmuştur.

Yap-İşlet-Devret modelinin yasal düzeydeki bir başka düzenlemesi olarak karşımıza çıkan 2.06.1988 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3465 sayılı *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*’un da yine “Amaç” başlıklı ilk maddesi kapsamında ilgili model ile “özel hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin; otoyollarının ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devri” hedeflenmiş olduğu belirtilmiştir.

Bu modelin diğer bir uygulanması hakkında yasal düzenlemeyi oluşturan ve 13.06.1994 gün ve 21959 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3996 sayılı *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun*’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesi altında bu model “İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten

yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi” şeklinde tanımlanmış bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra; ilgili modelin uygulanmasına ilişkin olarak, 1.10.1994 gün ve 22608 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 06.08.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı da aynı tanım ve usulü ihtiva etmektedir. Kanun’un “*Kapsam*” başlıklı 9.05.2008 tarih ve 5762 sayılı Kanun ile değişik 3. maddesinin son haline göre, merkezi idarenin; köprü, tünel, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu, gar kompleksi, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi⁵⁹ öngörülmektedir.

Yap-İşlet-Devret modelinin çerçevesini belirleyen kanunlar ve diğer düzenlemeler incelendiğinde, bu model üzerine kurulu olan sözleşmelerde belirli bir sürenin öngörülmesi, tesisin süre sonunda her türlü borç ve taahhütten ari olarak idareye bedelsiz şekilde devrinin öngörülmesi, idareye tek taraflı değişiklik, belirleme ve fesih yetkisinin tanınmış olması, kamulaştırmaya ilişkin yetki ve hükümler içerebilmesi ve konularının doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmetini ilgilendirmesi karşısında bu modelin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile aynı mahiyette olduğu düşünülmektedir⁶⁰.

Ne var ki, Anayasa’nın 47. maddesinde 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 4. fıkra olarak getirilen “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin

⁵⁹ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁰ Günday, A.g.e., s. 317 vd.

özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir”⁶¹ şeklindeki düzenlemeye istinaden 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun⁶² yürürlüğe girmiş ve 3096 sayılı Kanun kapsamında yer alan sözleşmeleri de 3996 sayılı Kanun kapsamına alarak bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak akdedilmesi imkanı yaratılmıştır. Böylelikle, aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin hemen hemen tümüne yakını özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine gördürölmesine olanak tanınmıştır⁶³.

3996 sayılı Kanun’un 3/a maddesi ile “ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli”⁶⁴ olarak adlandırılan yap-işlet-devret modelinde, yatırımcı sermaye şirketinin, yaptığı yatırım bedelini (elde edilecek kar dâhil), işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetlerin idare veya hizmetten yararlananlar tarafından satın alınması suretiyle geri alması öngörülmektedir.⁶⁵ Öğretide, modelin “yatırım taahhüt ve şartı ile işletme hakkının verilmesi” olarak da adlandırılabilceği ifade edilmektedir.⁶⁶

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürölmesi ya da bu kişilerin bu yönde görevlendirilmesi, aslında kamu hizmeti kurmak ve işletmekle görevli olan idarenin buna ilişkin hak ve görevlerinin finanse edilmesi ihtiyacı ile doğmuş ve işletme ve işletmenin bakım ve yenilenmesinin finansmanı için de kullandığı görölmüştür. Bu özellikleri doğrultusunda emanet usulünün kural, geleneksel yöntemlerin ise emanet usulünün hayata geçirilmesini temin etmek için başvuru olan arızı yöntemler olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷

⁶¹ **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

⁶² 22.12.1999 gün ve 23914 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

⁶³ Günday, **A.g.e.**, s. 317 vd

⁶⁴ **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

⁶⁵ Ayanoğlu, **A.g.m.**, s. 3 vd.

⁶⁶ **A.e.**

⁶⁷ Ayanoğlu, **A.g.m.** s. 3 vd.; Ümit Akın, **A.g.m.** s.31 vd.

Danıştay da bu doğrultuda kural usulden farklılaşan kamu hizmetinin gördürülmesi usullerini değerlendirmiş ve bu perspektifte kamu hizmeti imtiyazını mevcut koşul ve gerçeklikler kapsamında mütalaa etmiştir.

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine imtiyaz denir. Gereksinimler karşısında yönteminin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri’ olarak tanımlanmaktadır.”⁶⁸

Bu haliyle yap-işlet-devret modelinin Danıştay tarafından da verilen tanım ile de açıkça ortaya konulmuş olduğu üzere; geleneksel kamu hizmeti imtiyazı yönetimini sadece isim yönünden farklılaştırdığı ve fakat Anayasa ve kanunlar ile tanınan imkan dahilinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile içeriği aynı olan sözleşmelerin tabi olduğu hukuk yanı sıra bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözümü yönünden başkalaştırıldığı gözlemlenmektedir.

b. Yap-İşlet Modeli

Yap-İşlet Modeli ise Yap-İşlet-Devret Modeli ile paralel bir tanım ve özellik arz eden ve fakat bu kez hizmetin kurulu tesisat ve araçlarının hizmetin asıl sahibi olan idareye devrinin öngörülmediği sözleşme tipini ortaya koymaktadır.

Bu sözleşmenin hukuki kapsam ve içeriğini, 16.07.1997 tarih ve 4283 sayılı *Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun* ile Kanun’un uygulamasına yönelik olarak

⁶⁸ Danıştay 10. Daire’nin 06.02.2002 tarih ve 1999/2407 E., 2002/347 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

çıkartılan 29.08.1997 gün ve 23095 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren *Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik* hükümleri belirlemektedir.

İlgili Kanunu’nun “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinde Yap-İşlet Modeli; “Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model”⁶⁹ olarak tanımlanmaktadır. Kanun, aynı zamanda “*Amaç ve Kapsam*” maddesinde açıklanmakta olduğu üzere; termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına yönelik ihdas edilmiş olup hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kurulması ve işletilmesi konusunu kapsam dışında tutmuştur.

Yap-işlet modeli bakımından Danıştay görüşü nazara alındığında gerek geleneksel yöntemler gerekse de modern kamu hizmetinin görülmesi ve yürütülmesi bakımından hizmetin içeriğinin ve niteliğinin önem arz ettiğinin bilinmesi gerekmektedir.

Zira Danıştay, yap-işlet modelini değerlendirirken dahi kurulacak tesisatın mülkiyetinin kime ait olduğunu ve kamu hizmetini gören sermaye şirketinin hangi idari işleme tabi olduğunu gözetmekten öte yapılan işin ve yürütülen hizmetin niteliğine önem atfetmiş bulunmaktadır.

Bu bakımdan, idare yap-işlet modeli kapsamında, özel hukuk kişisine elektrik üretim, iletim ve dağıtım bakımından gereksinim duyulan tesisat için mülkiyet hakkı tanıyor olsa da her halükarda elektrik dağıtımının bir kamu hizmeti olarak idarenin görev ve yetkisi tekelinde bulunduğunu unutmamak gerekmektedir. Danıştay tarafından yap-işlet modelini konu alan sözleşmelerin değerlendirilmesinden elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti olarak kabulünden yola çıkılarak bu sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

⁶⁹ 19.07.1997 gün ve 23054 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

“...Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetinin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindendir.

Bu açıklamalar karşısında, 4283 sayılı Yasa ile düzenlenecek Yap İşlet Modeliyle getirilen üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu anlaşıldığından, 2575 sayılı Yasanın 24. Maddesi uyarınca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptaline ilişkin bulunan davanın görüm ve çözüm yerinin ilk derece mahkemesi olarak Danıştay olduğunun kabul edilmesi gerekir.”⁷⁰

Bununla birlikte, Danıştay Anayasa Mahkemesi’nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E., 1994/42-2 K.⁷¹ sayılı kararına atıfla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı hizmetin kamusal boyutuna işaret etmek⁷² suretiyle bu yöndeki görüşünü korumuşsa da bu

⁷⁰ Danıştay 10. Daire’nin 06.02.2002 tarih ve 1999/2407 E., 2002/347 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı Kararı, “...Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, “...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir” denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır. Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**,

⁷² Danıştay 13. Daire’nin 23.01.2008 tarih ve 2006/975 E., 2008/1274 K. sayılı Kararı, “...İzmir Bölgesi’nde doğal gazla dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin iptali istemiyle davacı KİGEM tarafından Ankara 8. İdare Mahkemesi’nde açılan davada; Mahkeme’nin verdiği 10.05.1999 tarih ve E: 1998/1203, K:1999/428 sayılı kararla, davacı vakfın, idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulamadığı gerekçesiyle dava ehliyet

sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması yönündeki yasal nitelendirme sonrasında artık idari yargının denetiminin söz konusu olamayacağı da kabul edilmiştir:

“Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmenin imzalanması nedeniyle, bu davanın konusunu oluşturan ve Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. ile İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. arasında İzmir Bölgesinde doğal gazla dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 08.10.1998 tarihli sözleşme ortadan kaldırıldığından, bu davada iptal istemi hakkında bir karar verilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.”⁷³

4283 sayılı Kanun uyarınca “Yap-İşlet modeli” ile üretim şirketlerinin ülke enerji plan ve politikalarına uygun biçimde elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurmaları, bunlara işletme izni verilmesi ve üretilen enerji satışının yapılması unsurlarını içerdiği görülmektedir. Bu bakımdan, yap-işlet modeli kapsamında da kamu hizmetlerinin işletilmesine yönelik özel hukuk kişileri görevlendirilmektedir.

Bu görevlendirme, verilen işletme hakkı ile üretim tesisinde elektrik üretim faaliyetinde bulunma iznini ve üretilen elektrik enerjisinin satış iznini kapsamaktadır. Bu yöntemde işletme hakkı devrinin değil işletme hakkının verilmesinin söz konusu

yönünden reddedilmiş, anılan kararın temyizen incelenmesi sonunda, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.02.2002 tarih ve E: 1999/2543, K:2002/348 sayılı kararıyla da; KİGEM'in vakıf senedinde yer alan ve Vakfın Genel Amaçları başlıklı 3. maddesinde "özelleştirme uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek, bu konularda çalışanların örgütleri ve başkaca kamusal ve özel kuruluşlarla işbirliği yapmak" şeklinde yer alan amacı doğrultusunda, doğal gazla dayalı termik santral kurma ve işletilmesi konusundaki sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada, davacı vakfın subjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle Mahkeme tarafından verilen ve davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karar bozulurken, Danıştay Onuncu Dairesi tarafından ayrıca, 4283 sayılı Kanun ile düzenlenerek Yap-İşlet Modeli'yle getirilen üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu, 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptaline ilişkin davanın görüm ve çözüm yerinin, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay olduğu belirlenmiştir.” **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası,**

⁷³ Danıştay 13. Daire'nin 27.11.2006 tarih ve 2005/5304 E., 2006/4486 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Zira, 4283 sayılı Kanun kapsamında ne yatırımın finanse edilmesi, ne de süre sonunda santralin mülkiyetinin idareye devri öngörülmektedir.⁷⁵

Yukarıda da belirtildiği üzere yap-işlet sözleşmeleri, Danıştay tarafından “*konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması*” sebebiyle imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilebileceği düşünülmüşse de; yap-işlet sözleşmelerinin, geleneksel kamu hizmeti imtiyazının karakteristik unsurlarından bazılarını taşınamaması dolayısıyla ancak yeni bir tür kamu hizmeti imtiyazı olarak adlandırılabilirliği de düşünülmektedir.⁷⁶

Zira bu modelde, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dâhil), işletme süresi içerisinde üretilen mal veya hizmetlerin idare veya hizmetten yararlananlar tarafından satın alınması suretiyle ödenmesi ve sözleşme süresinin sonunda santralin mülkiyetinin idareye devri yönünde bir unsur olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede modelin esas ve dayandığı temelin geleneksel modellerden farklılaştığı görülmektedir.

Yap-İşlet Modeli açısından belirtmekte yarar vardır ki, tesisin devrinin ya da kanun kapsamında bu modelde akdedilecek sözleşmeler için süre öngörülmemiş olması sınırsız bir işletme hakkının varlığı sonucunu doğurmayacaktır. ilgili Yönetmelikte (4. maddenin (g) bendi) sözleşmenin süresinin en fazla yirmi yıl olabileceği belirtilmiş olup, hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu idarenin, sürenin dolması üzerine üretim şirketinin tesisi satın alarak ya da almaksızın hizmeti kendi yürütebileceği gibi sürenin uzatılması yoluna başvurabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

c. İşletme Hakkının Devri Modeli

⁷⁴ Ayanoğlu, A.g.m., s.3 vd.

⁷⁵ A.e.

⁷⁶ A.e.

İşletme hakkı, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerine ait işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak üzere bir bedel karşılığında ve belli bir süre işletilmesi için bir özel kişiye devredilmesi yöntemi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ İşletme hakkı sahibinin yürüteceği işletme dolayısıyla bir takım yükümlülükleri de gündeme gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, işletme hakkının devri modeli ile özel kişi ya da şirketlerin, kurulu olan tesisleri belli bir bedel karşılığında devir alınması, kar elde etmek için işletmesi ve sözleşmelerde belirlenen süre sonunda idareye geri vermesi sağlanmaktadır. İşletme hakkının devri sisteminde kamuya ait olan tesisler kamuya ait olmaya devam etmekte, ancak tesislerin bakım ve onarım işleri işletme hakkını devralan şirkete ait olmakta ve bu işlemlerin belirlenen esaslara göre yerine getirilmesi gerekmektedir.⁷⁸

İşletme hakkının devri, mülkiyet hakkının devrini içermemekte; taşınır mallara ilişkin sözleşmede öngörülen hükümler hariç olmak üzere, işletme konusu kuruluşlar ile mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakları, işletme hakkının devredildiği süre boyunca da devreden kamu tüzel kişisine ait olmaya devam etmektedir.⁷⁹

İşletme hakkı devir sözleşmelerinin niteliği ve tabi oldukları hukuki rejimin değerlendirilmesi bakımından, sözleşme konusu olan işletmelerde yürütülen faaliyete göre üretilen mal veya hizmetin kamu hizmeti niteliği taşıması halinde, sözleşmenin idari sözleşme addedilmesi mümkün olacak; aksi takdirde sözleşmenin idari bir sözleşme olduğundan bahsedilemeyecektir.⁸⁰

29.02.1984 tarih ve 2983 sayılı *Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkın Kanun*'da⁸¹, kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerine ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerlerinin belirli süre ve

⁷⁷ Akın, **A.g.m.**, s.31 vd.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2002 tarih ve 2001/293 E., 2002/28 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁷⁹ İlhan Baytan, **Özelleştirme**, Ankara, 1999, Arkadaş Yayınları, s. 320 vd.

⁸⁰ Ayanoğlu, **A.g.m.**, s. 3 vd.

⁸¹ 17.03.1984 gün ve 18344 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

şartlar dahilinde işletilmesi hakkının devri öngörülmekte 4046 sayılı Kanunu'nun 18/A-c maddesine göre ise işletme hakkı devrinin konusunu "kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri" oluşturmaktadır.

24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*'un⁸² birinci maddesi çerçevesinde işletme hakkı verilebilecek kuruluşlar⁸³ nazara alındığında, gerek 2983 gerekse 4046 sayılı Kanunlar çerçevesinde, işletme hakkı devrine konu olan işletmelerin hepsinin kamu hizmeti niteliğinde mal ve hizmet üretim birimleri olduğunu söylemek olanaklı olmayacaktır.⁸⁴

Nitekim 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK'de⁸⁵ iktisadi devlet teşekkülü (İDT), "sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü", kamu iktisadi kuruluşu (KİK) ise "sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü" olarak tanımlanmaktadır.

⁸² 27.11.1994 gün ve 22124 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁸³ **Madde 1** - Bu Kanunun amacı;

A) Bu maddede belirtilen ve Kanunun uygulanmasında "kuruluş" adı ile anılacak olan;

a) İktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu paylarının,

b) Kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu paylarının,

c) Devletin diğer iştiraklerindeki kamu payları ile Hazineye ait payların,

d) Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi teşebbüslerinden kamu iktisadi kuruluşlarının gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki paylarının,

e) Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının,

f) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ile bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) fıkrasında belirtilen kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının,

Ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemektir.

⁸⁴ Ayanoğlu, A.g.m., s. 3 vd.

⁸⁵ 18.06.1984 gün ve 18435 1. Mükerrer sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Yine Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası⁸⁶ yanı sıra 4046 sayılı Kanun'un 15. maddesi⁸⁷ kapsamında değerlendirme yapılacak olursa; hem genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin işletme hakkının devrini, hem de kamu iktisadi kuruluşlarının (KİK) temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletme hakkının devrini konu alan sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesi ve idari sözleşme niteliğinde olacaktır.⁸⁸ Bu doğrultuda, Kamu iktisadi kuruluşlarının (KİK) tanımları gereği ürettikleri tüm mal ve hizmetler tekel niteliği arz ettiğinden bunlara ait işletme hakkı devrinin, 233 sayılı KHK'de yer alan tanımları uyarınca imtiyaz ve idari sözleşme addedilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte İktisadi Devlet Teşekkülleri için böyle bir genel değerlendirme yapılması mümkün görünmemektedir. Aynı yönde yapılacak bir değerlendirmede, genel ve katma (özel) bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların tekel niteliğinde olmayan mal ve hizmet üretim birimlerinin işletme hakkının devrini konu alan sözleşmeler ile iktisadi devlet teşekküllerinin müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin işletme hakkı devrini konu

⁸⁶ "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir." **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁸⁷ "Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

a) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri),

b) Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin,

İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır.

Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez." **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁸⁸ Ayanoglu, A.g.m., s. 3 vd.

alan sözleşmelerin idari sözleşme olmadığı sonucuna varılacaktır. Danıştay⁸⁹ da, 3096 sayılı Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca Türkiye Elektrik Kurumu'nun İstanbul İli Anadolu Yakasında TEK'e ait bulunan elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının 30 yıl süre ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.'ye devrinin, yukarıda yer verilen Kamu İktisadi Kuruluşu (KİK) tanımını da nazara alarak sözleşmenin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu ve sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığından bahisle imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi de bu yönde kanaat bildirmek suretiyle 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*'un 15. maddesinde yer alan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamış ve aşağıdaki şekilde değerlendirme yapmıştır.

⁸⁹ Danıştay 10. Daire'nin 29.04.1993 tarih ve 1991/1 E. 1993/1752 K. sayılı Kararı ile aynı konuya ilişkin Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 3.10.1996 tarih ve 1996/79 E., 1996/83 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**; "... Elektrik Ticaret Anonim Şirketi arasında 30.3.1990 tarihinde imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptali talebiyle açılan dava sonucunda Danıştay Onuncu Dairesince verilen 29.4.1993 gün ve E: 1991/1, K: 1993/1752 sayılı kararda, idari sözleşmelerin niteliği açıklandıktan sonra kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi sırasında hizmetin idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmesi durumunda kamu hizmetinin imtiyaz yöntemiyle yürütülmesinden söz edilebileceğine değinilmiş; Türkiye Elektrik Kurumu tarafından veya bu kurumun gözetimi altında bulunan özel bir girişimci tarafından kamuya sağlanan, elektrik üretim, iletim dağıtım tesislerini kurmak, işletmek, ticaretini yapmak şeklindeki hizmetin bir kamu hizmeti olduğu özellikle vurgulanmıştır. 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirme yapılan kararda, bu kanunun amacının, TEK dışındaki, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemek olduğu belirtilmiş, bu yasa kurallarına göre yapılan sözleşmelerin, düzenleniş biçimi ve unsurları itibarıyla imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu sonucuna varılmıştır.

İptali istenilen sözleşmenin hukuki niteliğinin tesbitinden sonra Anayasanın 155 inci maddesinin 2 nci fıkrası hükmüne yer verilen kararda, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği belirtilmiş ve Anayasa hükmüne rağmen Danıştay'ı incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi iptal edilmiş, söz konusu karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca onanmıştır.

Tüm bu kararlar karşısında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı görevinin özel bir şirkete devrinin ancak bir imtiyaz sözleşmesiyle mümkün olabileceği kesinlik kazanmıştır.

Olayımızda, 30.3.1990 günü işletme hakkı devir sözleşmesinin iptal edildiği ileri sürülmekte ise de, bir imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşımayan 24.11.1989 günlü görev verme sözleşmesinin hukuken geçerli olduğu sonucuna ulaşılamaz.

Sonuç itibarıyla ortada Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görevli şirket (... Elektrik Ticaret Anonim Şirketi) arasında Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek imzalanmış bir imtiyaz sözleşmesi mevcut bulunmadığından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca 3096 sayılı Kanun'un 11 inci maddesi gereğince ... Elektrik Ticaret Anonim Şirketi lehine kamulaştırma yapılması mümkün değildir."

“Anayasanın 47. Maddesinin 4446 sayılı Yasa’nın 1. maddesi ile eklenen 4. fıkrasında Devlet, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi ya da devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükmü yer almaktadır. Buna göre Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerine yürüttükleri yatırım ve hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilme veya devredilebilme yetkisi tanınması karşısında, 4046 sayılı Yasa’nın 15. Maddesinde öngörülen belirli mal ve hizmetlerin imtiyaz addolunarak bunların dışında kalanların imtiyaz sayılmayacağı yolundaki düzenlemenin yasakoyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir.”⁹⁰

Danıştay da aynı şekilde izah edilen sisteme itibar ederek, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın araç muayene hizmetinin tekel niteliği taşıdığından bahisle görüş istediği sözleşmeye ilişkin olarak imtiyaz sözleşmesinin kapsam ve çerçevesini belirlememiş ve aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir:

“Burada genel ve katma bütçeli idarelerle bu idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri arasındaki organik ve işlevsel bağlılığa açıkça vurgu yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, kamusal bir hizmet üretim faaliyeti, tekel olma niteliğinden çıkmışsa ve genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise bu hizmet kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılmayacaktır. Olayımızda, 2918 sayılı Yasa’da 5228 sayılı Yasa ile değişiklikler ile tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet olmaktan çıkarılmış bulunduğundan bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”⁹¹

Karar mevcut mevzuat uyarınca yerinde olup yukarıda yapılan değerlendirmeleri bütünüyle yansıtmaktadır. Zira konuya ilişkin olarak 5228 sayılı

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 05.01.2006 tarih ve 2002/47 E. 2006/1 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

⁹¹ Danıştay 1. Daire’nin 18.05.2005 tarih ve 2005/307 E. 2005/668 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

Yasa'nın 45. maddesi ile "araçların muayenelerinin, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin, bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilecekleri" öngörülmüş bulunmaktadır. Bu halde, araç muayene hizmetinin kamu hizmeti olduğu açık olsa da; artık 5228 sayılı Yasa'dan sonra bu konuda bir tekel hakkının varlığından bahsedilemez.

Bu aşamada belirtmekte yarar vardır ki, elektrik hizmeti açısından ise bu hizmetin hala kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi, bu hizmete dair uygulama sırasında yaşanacak sorunlarının hukuki çözümünde piyasa mantık ve dengesinden öte kamu hizmeti ilke ve gereklerinin etkili olacağı şeklinde yorumlanmaktadır.⁹²

Bunun yanı sıra "rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının" oluşturulmasına yönelik 20.02.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu⁹³ sonrasında yine kamu hizmeti niteliği taşıyan elektrik dağıtım faaliyeti bakımından da tekel niteliğinin varlığından bahsedilemez.

Bu çerçevede, 4628 sayılı Kanun'un 14. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında iletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.*"

Bu kapsamda imzalanarak uygulamaya konulan işletme hakkı devir sözleşmeleri bakımından model özelleştirme şeklinde nitelendirilmekte ve sistem aşağıdaki şekilde özetlenmektedir:

⁹² Yeliz Şanlı, "Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti", **Mülkiye Dergisi**, Cilt XXXI, Sy. 254, s. 51 vd.

⁹³ 3.03.2001 gün ve 24335 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

“Dağıtım özelleştirmesinde İşletme Hakkı Devri (“İHD”)'ne dayalı Hisse Satış Modeli uygulanacaktır (“İHS modeli”). Bu modele göre yatırımcı, özelleştirilen ve ilgili bölgedeki tek elektrik dağıtım lisansının sahibi olan dağıtım şirketinin hisselerinin sahibi olacaktır; ancak, yatırımcının işletme hakkını devraldığı dağıtım tesisleri ve bu tesislerin işletilmesinde varlığı zorunlu unsurlarının mülkiyeti TEDAŞ'ın uhdesinde kalmaya devam edecektir. Yatırımcı, dağıtım şirketinin hisselerinin sahibi olarak, TEDAŞ ile imzalanmış olan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi (“İHD Sözleşmesi”) çerçevesinde dağıtım varlıklarının işletme hakkını elde etmektedir.”⁹⁴

4628 sayılı Kanun'un 14. maddesinin atfıyla 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ve yapılacak işletme hakkı devir sözleşmelerinde, sadece TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin işletme amacıyla kullanılması söz konusu olduğu görülmektedir. Bu açıdan bu sözleşmeler kapsamında, 3096 sayılı Kanun uyarınca yapılmış bulunan işletme hakkı devir sözleşmelerindeki gibi, hem dağıtım tesislerini işletme hakkı, hem dağıtım faaliyetlerinde bulunma hakkı ve izni verilmesi, hem de elektriğin perakende ticareti hakkı verilmemektedir.⁹⁵

Bu sözleşmeler kapsamında elektrik piyasası faaliyetlerinden olan “dağıtım faaliyeti yapma hak ve yetkisinin devri” de söz konusu olmamaktadır; zira 4628 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, “belirli bir bölgede dağıtım faaliyetinde bulunabilme” hak ve yetkisini, Enerji Piyasası Düzeleme Kurumu'na verilen “dağıtım lisansı” sağlamakta olup, TEDAŞ dahi faaliyette bulunmak için bu lisansa sahip olmak yükümlülüğü altındadır⁹⁶.

⁹⁴ Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmesi Bilgi Dokümanı, www.oib.gov.tr/tedas/bilgi_dokumani_turkce.pdf

⁹⁵ Ayanoğlu, A.g.m., s. 3 vd.

⁹⁶ 4628 sayılı Kanun Geçici madde 3/B-1: “Elektrik Üretim Anonim Şirketi, Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi, TEDAŞ ve üretim ve dağıtım tesislerini işletmekte olan veya mevcut sözleşmeleri ile üretim ve dağıtım tesislerini işletme hakkı elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler, ilgili yönetmeliklerin çıkarılmasını takiben, yönetmeliklerde belirtilen lisans başvurusuna ilişkin bilgi ve belgeleri, yönetmeliklerde belirtilen süreler içinde Kurula sunar. Bu Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getiren tüzel kişilere Kurum tarafından, başvuru tarihlerinden itibaren bir ay içinde lisansları verilir. Söz konusu tüzel kişiler, lisansların verilmesine kadar, piyasa faaliyetlerini yürürlükteki usul ve esaslar uyarınca yürütürler.” **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

Diğer yandan, TEDAŞ, 12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, Türkiye Elektrik Kurumu'nun Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi unvanlı iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü şeklinde teşkilatlandırılmasıyla oluşturulmuş bir iktisadi devlet teşekkülüdür. Dolayısıyla da 4046 sayılı Kanun'un 15/2 maddesi kapsamında TEDAŞ'ın mülkiyetindeki dağıtım tesislerinin hizmet üretiminin imtiyaz sayılması da olanaklı görülmemektedir. Bu bakımdan TEDAŞ ile dağıtım şirketleri arasında imzalanan sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁹⁷

C. İdari Sözleşmelerin Ayırımında Kullanılan Ölçütler

İdarenin kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olmakla mevcudiyetinde şüphe bulunmayan tasarruf ehliyetine istinaden gerek özel hukuka tabi bazı sözleşmeler gerekse de idari sözleşmeler akdedebileceği ifade edilmişti. Ne var ki, bu sözleşmelerin ayırımının yapılması güçlük arz etmekte olup, idarenin düzenleyici ya da subjektif işlemleri ile de sözleşmenin niteliğini belirlemesi söz konusu değildir.

Ancak Anayasa'nın 47. maddesinde “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlen”ebileceği ifade edilmiştir.

Bu noktada, idarenin akdedeceği sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirlemede seçim yapma yetkisinin olup olmadığı düşünülebilir. İdarenin bu konuda takdir hakkının bulunmadığı ve idarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinin tamamını ya da bir kısmı özel kişilere devrettiği sözleşmeler dışında bu yetkiye sahip olduğu yönünde iki görüşün mevcut olduğu ve Danıştay'ın da ikinci görüş yönünde içtihat buyurduğu belirtilmektedir.⁹⁸ Bu doğrultuda, sözleşmenin niteliğini

⁹⁷ Ayanoglu, A.g.m., s. 3 vd.

⁹⁸ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 8.07.1941 tarih ve 1941/41 E., 1941/216 K. ve 24.09.1940 tarih ve 1940/239 E., 1940/290 K. sayılı Kararları, Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara 2007, Yetkin Yayınları, s. 65 vd.

belirlemekte önceliğin kanunda olduğunu, kanunun açıkça yasak etmiş olduğu hususlar ile bir takım iş ve hizmetler yönünden belirlemiş olduğu usul ve esaslar haricinde hareket edilerek aksi yönde idarenin tercih ve takdirde bulunamayacağı düşünülmelidir.⁹⁹ Bu halde, Anayasa'nın 4446 sayılı Kanun ile değişik 47. maddesi lafzından da yola çıkılırsa, kanun ile belirleme olduğu halde idarenin ilgili hizmet iş ve yatırım yönünden özel hukuk sözleşmesi yolunu aksi takdirde idari sözleşme yolunu benimsemesi gerekecektir.¹⁰⁰

Ayrıca kamu hizmeti ile dolaylı ilişkisi olan, idarenin kamu hizmetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu edimlerin teminine ilişkin ihale sözleşmeleri bakımından bu takdir hakkının mevcut olduğu düşünülmektedir.¹⁰¹

Uygulamada da kamu hizmeti ile dolaylı ilişkisi olan edim teminine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak akdedildiği görülmekteyse de edimin türüne göre bunun değişkenlik arz edebileceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Zira milli savunma, sağlık ya da başkaca özellik arz eden konulara ilişkin mal ve hizmet teminlerinin kamu hizmeti bakımından dolaylı bir ilişkisi olduğunun düşünülmesi dahi kimi zaman aşağıda izah edilen kriterlerin varlığına yönelik bir sözleşme gerektirebilir. Bu bakımdan, bu sözleşmelerin hazırlık süreçleri ve dolayısıyla idarenin sözleşmeye yönelik iradesinin, idari yargının denetiminde olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gibi durumlarda idari yargı, kullanılan tercih ve takdir hak ve yetkisinin hukuka uygunluğunu denetleyebilecektir.

Bu halde, her ne kadar kanunların açıkça idari sözleşme olarak nitelendirdiği sözleşmeler bakımından tartışılacak herhangi bir nokta bulunmasa da,¹⁰² bir sözleşmenin idari nitelikte sayılarak idare hukuku ilke ve kurallarına tabi kılınması yönünden bir takım kriterler yönünden inceleme yapılması ve bir sonuca varılması

⁹⁹ İl Han Özay, "İhale Usulleri", **Yavuz Alangoya'ya Armağan**, İstanbul 2007, s. 871, vd, Flogaitis, **A.g.e.**, s. 53.

¹⁰⁰ Buz, **A.ge.** 65 vd.

¹⁰¹ **A.e.**

¹⁰² Gözler, **A.g.e.**, s. 181 vd.

gerekmektedir. Bu doğrultuda, kanuni nitelendirme ile yargısal içtihat ve doktrin görüşlerinin özelliklerinin incelemesinde yarar vardır.

1. Sözleşmelerin Yasa ile Nitelendirilmesi

Yasa koyucu, idarenin sözleşmelerinden hangilerinin özel hangilerinin kamu hukuku sözleşmesi olduğuna dair kimi zaman doğrudan kimi zaman dolaylı niteleme yapmaktadır.¹⁰³ Bu kapsamda, kanunun doğrudan bir nitelendirme yaptığı, sözleşmenin hukuki rejiminin belirlenmesi suretiyle bir nitelendirme yapıldığı ya da sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı yolunun belirlenmesi ile nitelendirme yapıldığı haller gündeme gelebilmektedir.¹⁰⁴

Doğrudan nitelendirmede sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir. Aynı şekilde sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkündür; ancak bu yönde bir kullanım ile genellikle karşılaşılmaz. Aslında, sözleşme özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olarak nitelendirilmesine bakılmaksızın, kanun ile nitelendirme yönetiminin çok kullanılabilir olduğunu düşünmemek gerekir.

Zira bahsedildiği üzere, idarenin faaliyetlerinde bir sınır ya da sınıflandırmaya başvurmak mümkün görünmemektedir. Ayrıca idarenin yürütmekle görevli olduğu görevlerin çeşitliliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Kamu hizmeti kavramının belirsizliği bir kenara, toplumun süreklilik arz eden genel ve ortak gereksinimlerin saymakla tüketilemeyeceği ve dolayısıyla kamu yararının ve umumi menfaatin gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere icra edilen faaliyetlerin de genel olarak belirlenemeyeceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Kaldı ki, kamu hizmeti bir üst kavram niteliğinde olup, idarenin özendirme ve destekleme ile kolluk faaliyetlerini de kapsamaktadır.¹⁰⁵

¹⁰³ Ayhan Tekinsoy, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜHFD, C. 55, Sy.2, s.185 vd.

¹⁰⁴ Gözler, **A.g.e.**, s. 181 vd.

¹⁰⁵ Özay İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 225 vd.

Belirli bir hukuki rejime tabi kılmadan anlaşılması gereken ise kanun ile sözleşmenin idare ya da kamu hukuku hükümlerine ya da özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun bildirilmesidir.¹⁰⁶

Uyuşmazlıkların çözüm yollarının belirtilerek nitelendirme yönteminde ise; çözüm yolunun adli yargı, hakem ya da hakem heyetleri¹⁰⁷ olarak gösterilmesi halinde özel hukuk sözleşmesi; aksine idari yargı nezdinde çözümünün öngörülmesi halinde ise idari sözleşme şeklinde nitelendirme yapılması gerekecektir.¹⁰⁸

Anayasa Mahkemesi yap-işlet-devret sözleşmelerinin “idari sözleşme olduğu ve kanun hükmü ile özel hukuk sözleşmesi sayılamayacağı” yönünde içtihat bildirmişse de Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile bu Kanun’a göre idare ile sermaye şirketi arasında akdedilecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılınacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan artık bahsi geçen Kanun kapsamına giren iş ve hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yönelik imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu genel olarak kabul görmektedir.

Kanun tarafından niteleme karşısında, başkaca kritere bakılmaması gerektiği ve niteliğinin tartışmasız olduğuna yönünde görüşlere de yer verilirken, aksini savunanlar da mevcuttur¹⁰⁹. Kanun tarafından nitelemenin tartışmasız olduğunu savunan görüşler, Anayasa’nın 47. maddesini de dayanak göstererek, bizzat Anayasa’nın idarenin yapmış olduğu sözleşmeleri bir özel hukuk veya idare hukuku sözleşmesi olarak nitelendirebileceğini öngörmesi ile birlikte bu kriterin artık sorgulanamayacağını düşünmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁶ Gözler, **A.g.e.**, s. 181 vd.

¹⁰⁷ Tahkim müessesinin özel hukuka ait olduğunun genel olarak kabul görmesi dolayısıyla bu yönde bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁰⁸ Gözler, **A.g.e.**, s. 181 vd.

¹⁰⁹ Günday, **A.g.e.**, s. 313 vd., Çeşitli görüşler için bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 2, Bursa, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, 2009 s. 9 vd.;

¹¹⁰ Gözler, **A.e.**, s.9 vd.; Buz, **A.g.e.**, s. 51 vd.

Bununla birlikte, aksi yöndeki görüş, kanunlarda uyumsuzluğun çözüleceği merciin gösterilmesi halinde dahi, bunun kesin bir kriter olmadığını belirtmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi gereğince, kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun öngörülmesiyle, bu sözleşmelerin mutlaka özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varılmasının yanlış olacağı görüşündedirler.¹¹¹

4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri ile sonrasında geçiş döneminde uygulanmak üzere ya da kalıcı olarak getirilen sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi yönündeki kanuni düzenlemelerin somut olaylar nezdinde çözüm getirmek amacıyla hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuş olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde artık kanuni nitelendirmenin idarenin sözleşmesinin türünün belirlenmesinde her zaman yeterli olamayacağı sonucuna varmak gerekir.

2. İctihatlar Çerçevesinde Vasıflandırılma

Özellikle kanuni nitelendirme dışında sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından bir takım kriterler oluşturularak sonuca varılmak istendiği görülmektedir. Ancak bunların varlığının da idarenin sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesine yalnızca yardımcı olduklarını, yoksa kesin anlamda bir sonuca varılmasının mümkün olmadığını ifade etmek gerekir.

Bu yönde ilk ayırt edici özellik, sözleşmenin bir tarafının idare yani kamu tüzel kişiliği olmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte idarenin özel hukuk sözleşmelerinin varlığından bahsedilmekle idari sözleşme vasıflandırması yapılabilmesi için bu kriterin tek başına yeterli olamayacağı açıktır.

Sözleşmenin taraflardan en az birisinin kamu tüzel kişisi olmasının gerekmesi organik kriter olarak adlandırılmaktadır. Bu ölçüt her ne kadar idarenin sözleşmeleri bakımından ayırt edici nitelik taşıyorsa bile, bir ön koşul niteliğindedir. Keza, iki kamu tüzel kişi arasında akdedilen sözleşmelerin dahi, idari sözleşme olduğu kesin

¹¹¹ Buz, A.e.

olmayıp, yalnızca bir karine teşkil etmektedir.¹¹² Eğer iki kamu tüzel kişisi arasında akdedilen bir sözleşmede, konusu bakımından sadece özel hukuk ilişkisi doğuruyor ise bu sözleşmenin de özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Örneğin iki kamu tüzel kişisi arasındaki kira ilişkisi bu niteliktedir. Bununla birlikte, iki özel hukuk kişi arasında imzalanan bir sözleşmenin idari nitelik taşıyabileceğinin de Fransız idari hukukunda yargı kararlarıyla kabul edilmiş olduğu; ancak bu halde, taraflardan birinin kamu tüzel kişisi hesabına hareket etmesi halinde idari sözleşmenin varlığından bahsetmek mümkün olabilmektedir.¹¹³ Türk hukuku bakımından böyle bir kabul için yeterli bir tartışma ve hukuki denetim fırsatı doğmamışsa da telekomünikasyon alanında, GSM operatörlerinin faaliyetleri imtiyaz sözleşmesine dayandığından, GSM şirketlerinin kendi aralarında yapmış oldukları ara-bağlantı sözleşmelerinin de imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir.¹¹⁴

Organik kriterin yeterli olmaması sözleşmenin niteliğinden yola çıkılarak maddi yönden bir değerlendirme yapılmasını ve böylelikle sözleşmenin vasıflandırılmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan maddi kritere göre, sözleşmenin idari sözleşme olması için sözleşmenin konusun kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olması, bu hizmetin ifasına katılma üzerine ya da özellik arz eden bir konuda imzalanması ve bu sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁵ İdari sözleşme nitelendirmesi için sözleşmenin konusuna ilişkin kriter yanı sıra idarenin sözleşme tahtındaki konumuna ilişkin kriterin birlikte aranması gerektiği düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay uygulaması da bu yöndedir.¹¹⁶

¹¹² Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 181 vd.

¹¹³ Gözler, **İdare Hukuku**, s.22

¹¹⁴ Tekinsoy, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, s.195

¹¹⁵ Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 181 vd.

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı Kararı: "Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kamu kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**; Danıştay 10. Daire'nin 29.04.1993 tarih ve 1991/1 E., 1993/1752 K. sayılı Kararı: "Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir." **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Bu çerçevede, bir kamu tüzel kişiliği ya da onun denetimi altında olan bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararına yönelik faaliyet olarak tanımlanan kamu hizmetinin ya doğrudan doğruya özel hukuk kişi tarafından yürütülmesi ya da bu hizmete özel hukuk kişilerince iştirak edilmesini konu edinen sözleşmelerin idari sözleşme olacağı kabul edilmektedir.¹¹⁷ Aynı şekilde, konusunu Devletin hüküm ve tasarrufu ve gözetim ve denetimi altında bulunan ve bu milli servetlerin işletilmesi oluşturan sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmelerinden farklı olduğu ve idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyacı olduğu belirtilmektedir.¹¹⁸ Bu kriterlerin Anayasa'nın 47. maddesinde 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle önemini ve belirleyici rolünü kaybetmiş olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁹

Bunun yanında, idarenin sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri türden kayıt ve şartları içermesi; diğer bir ifadeyle, sözleşmede idareye tek taraflı hareket yetkisi ve özel hukuk kişisine göre üstün haklar, dahası eşitlik ilkesine aykırı haklar tanınması hallerinde, bu türden sözleşmelerin de idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁰

Aynı sorun Fransız öğretisinde de tartışılmaktadır. Şöyle ki, kanunla nitelendirme ya da doğrudan kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesine yönelik bir sözleşme mevcut değilse, Fransız doktrin ve içtihadı da sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığını sözleşmede taraflara tanınan hak ve yetkiler kapsamında mütalaa etmektedir. Ancak, idarenin özel hukuk kişilerini aşan yetkilerinin var olduğunun tespiti her zaman mümkün olamamaktadır. Bu halde sözleşmede, taraf iradelerini aşan bir kamu gücünün varlığı söz konusu ve bu güce istinaden tarafların

¹¹⁷ Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 181 vd.; Günday, **İdare Hukuku**, s. 166 vd.,

¹¹⁸ Günday, **A.e.**

¹¹⁹ Buz, **A.g.e.**, s. 55

¹²⁰ Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 183; Yazar idari sözleşmede idareye tanınabilmesi şu örneklerle açıklamaktadır; “sözleşme konusu borcun cebri icrası, bazı vergi muafiyetlerinin tanınması”, “idareye özel kişi üzerinde denetleme yetkisi, özel kişinin uygulayacağı fiyat tarifesini tespit etme, çalışma saatleri belirleme yetkisi, diğer sözleşmeci taraf üzerinde tek taraflı olarak yaptırım uygulama, idareye sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkisi, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisi, sözleşmeci özel kişiye belirli faaliyetler için idarenin izni alma zorunluluğu getirilmesi”

hak ve yetkileri mevcut ise sözleşme yine idari nitelikte değerlendirilmektedir.¹²¹ Buna örnek olarak özel hukuk kişinin kamulaştırma talep hakkının mevcut olması; ya da sözleşmenin idarenin tek taraflı işlemi niteliğindeki bir takım izin ve ruhsatlara ilişkin düzenlemeler ihtiva etmesi gösterilebilir.

Bununla birlikte, idarenin özel hukuku aşan yetkileri yönündeki kriterin özel hukuk sözleşmeleri bakımından geçerli olduğu ifade edilen eşitlik ilkesinin yanlış anlaşılması ve değerlendirilmesinden kaynaklandığı da savunulmaktadır.¹²²

Zira sözleşmenin idari nitelikte ya da özel hukuka tabi olmasına bağlı olmaksızın Borçlar Kanunu’nun 19. ve 20. maddeleri uyarınca tarafların sözleşme serbesti ilkesi uyarınca dilediği gibi düzenleme yapabilecekleri ve bir tarafa üstünlük ve ayrıcalık anlamına gelebilecek mahiyette hükümler sevk edilebileceği ifade edilmektedir. Borçlar Kanunu ile sözleşme özgürlüğü bakımından sınırlama getiren kamu düzenine, kişilik haklarına, emredici hukuk kurallarına, ahlaka aykırı nitelikte ya da konusu imkansız olan sözleşmelerin akdedilmesi yönündeki yasağın idari sözleşmeler yönünden de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeler ışığında maddi kriterlerin idari sözleşmenin belirlenmesi bakımından yetersiz olduğu savunulmaktadır.¹²³

D. Tarihsel Değişim ve Hukuksal Dönüşüm

1. Anayasa Değişiklikleri Öncesi Durum

Türkiye’de kamu hizmeti imtiyazları uygulamasının kanuni temeli Osmanlı döneminde 24.06.1326 (1908) gün ve 576 sayılı Takvimi Vakayı’de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş olan 25 Haziran 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun¹²⁴ ile değişik “Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”a dayanmaktadır.

¹²¹ Flogaitis, **A.g.e.**, s. 176 vd.

¹²² Buz, **A.g.e.**, s. 55 vd.

¹²³ **A.e.**

¹²⁴ 2 Temmuz 1932 gün ve 2139 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

Anılan Kanun hükümleri uyarınca ülkede kimi özel sektör kuruluşlarına elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konularında imtiyaz verilmiş olup, bu imtiyazlara örnek olarak; Adana ve İçel illerinde elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile satışı konularında 49 yıl için Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ), Antalya ilinde 60 yıl süreyle Kepez Antalya Havalisi Türk A.Ş. ve Kayseri ve çevresinde 50 yıl süreli Kayseri ve Civarı Elektrik A.Ş. ile akdedilen imtiyaz sözleşmeleri gösterilmektedir.¹²⁵

Belirtilen yasal düzenleme sonrasında özellikle 1980 ve takip eden yıllarda artan yatırım ihtiyacı ile kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi neticesinde birçok konuda yasal düzenleme ihtiyacı doğurmuştur. Bu çerçevede, elektrik sektöründe girişim ve yatırım yapılmasına yönelik özel hukuk kişilerine imkan ve fırsat tanıyan ilk olarak 3096 sayılı Kanun¹²⁶ olmuştur. Kanun kapsamında bir çok yönü ile kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabul edilen elektrik sektöründe özel hukuk kişilerine hizmet gördürülmesi ya da başka bir ifade ile özel hukuk kişilerinin “görevlendirilmesi” söz konusu olmuştur.¹²⁷

3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*’un Yap-İşlet-Devret modeli ile kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesini benimsediğinin kabulü hakim olup, Danıştay¹²⁸ yaklaşımı da bu yönde olmuş ve Anayasa’nın 155. maddesi hükmünün eski hali gereği bu sözleşmelerin zorunlu olarak Danıştay incelemesinden geçmesi gerektiği ifade olunmuştur.

¹²⁵ Sedat Çal, **Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Çerçevesindeki Değişimi ve Dönüşümü**; Doktora Tezi; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Ankara 2007, s. 358 vd.

¹²⁶ 19.12.1984 gün ve 18610 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹²⁷ Çal, **A.g.e.**, s. 358 vd.; Özay; **A.g.e.**, s. 257 vd.

¹²⁸ Danıştay 1. Daire’nin 24 Eylül 1992 tarih ve 1992/232 E., 1992/294 K. sayılı Kararı; “Gerek mevzuatın gerekse uygulamada tip sözleşme niteliğinde hazırlanan üretim şirketi sözleşmesiyle görev şirketi sözleşmesi örneklerinde yer verilen hükümlerin incelenmesinden, konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmelerin, idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran ve yukarıda açıklanan tüm unsurları taşımaktadır. [...] Sonuç olarak, 4 Aralık 1984 günlü 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve Anayasa hükmü gereği Danıştayın incelenmesinden geçirilmesi gerektiğine karar verildi.” **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

Takip eden süreçte, 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun¹²⁹ ile değişiklik yapılmış ve enerji sektöründeki özelleştirmelerinin özel hukuka tâbi olacakları yönünde düzenleme getirilmiştir. Ne var ki, bu kez de Anayasa Mahkemesi tarafından aynı yaklaşım dairesinde verilen 1994/43 E. ve 1994/42-2 K. sayılı kararlar¹³⁰ ilgili Kanun Anayasa'ya aykırı bulunarak iptale mahkum edilmiştir.

Danıştay tarafından verilen görüş, ayrıca 3096 sayılı Kanun'a¹³¹ dayanılarak akdedilen sözleşmeler hakkında verilen iptal kararları ile Anayasa Mahkemesi nezdinde görülmekte olan dava; 3996 sayılı Kanun'un hazırlanması ve yürürlüğe konulmasına neden olmuştur. Kanun çerçevesinde Yap-İşlet-Devret modelinin yasal altyapısı düzenlenmiş ve Kanun'un 5. maddesi ile bu sözleşmelerinin imtiyaz teşkil etmeyen özel hukuk sözleşmeleri olduğu hükmü getirilmiştir.¹³²

Bu doğrultuda, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde bir sözleşme

¹²⁹ 1.03.1994 gün ve 21864 sayılı Resmi Gazete (Anayasa Mahkemesi'nin 1994/43 E. ve 1994/42-2 K. sayılı karar metninden alınmıştır)

¹³⁰ 24 Ocak 1995 gün ve 22181 sayılı Resmi Gazete; "[...] Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir" denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır. [...] Dava konusu 3974 sayılı Yasa'da, yönetime üstünlük tanıyan kurallara yer verilmiştir. [...] Bu nedenlerle ek 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi Anayasa uyarınca idarî yargının görev alanına girmektedir. Ek 5. maddede ise, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece ek 5. madde Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır. [...] 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm öğelerini içermektedir. Sermaye, riski de kendisinin olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 99 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin (idarenin) hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'ya göre süre sonunda tüm tesisler ve mallar borçtan arınmış olarak idareye geçecektir. Bu arada 3096 sayılı Yasa'daki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay ödenetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığını vurgulamakta yarar bulunmaktadır.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹³¹ 4.12.1984 gün ve 18160 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹³² Çal, A.g.e., s. 358 vd.;

yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” ifadelerine yer verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin genel yaklaşım ve anlayışını bir kez daha aynı şekil ve içerikte yansıtarak 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararıyla anılan hükmün “imtiyaz teşkil etmeyecek” kısmı ve “(b)u sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” şeklindeki 2. cümlesinin iptaline karar vermiştir.¹³³

Görüleceği üzere; Anayasa Mahkemesi, özellikle Kanun ile öngörülen ve niteliğinin belirlenmesi gereken tartışma konusu sözleşmelerin konusunun kamu hizmeti olduğu ve bu sözleşmelerin imtiyazın tüm öğelerini yansıttığı ifade ederek, içerik ve karakterine karşılık sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini uygun görmemiştir.

¹³³ 20 Mart 1996 gün ve 22586 sayılı Resmi Gazete; “[...] Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. "Kamu hizmeti" kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir. [...] Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir. [...] 3996 sayılı Yasa'da, özel hukuk kurallarına bağlı yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin, 2. maddede belirtilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi ile görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. "Yap-İşlet-Devret Modeli"ni içeren yasalarda, yönetimi üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır. 5. maddeye göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiği görülmektedir. [...] Bu nedenlerle, 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece maddenin ikinci tümcesi Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır. [...]3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret 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 getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir. Yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'nın 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler borçtan ve yükümlülüğünden arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay ödenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Bu doğrultuda, Anayasa ve yasalar ile Danıştay’a verilen imtiyaz sözleşmelerinin öndenetimi yetkisinin kaldırılmasının sağlanmasının mümkün olmadığı ve ilgili yasaların bir bakıma bu yetkinin kullanılmasının engellenmesine yönelik ihdas edilmiş olduğu ifade olunmuştur.

Bu süreç dahilinde, ayrıca 4283 sayılı “*Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun*” 19.07.1997 gün ve 23054 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal ve yürütmenin durdurulması istemlerine konu edilmemiştir. Ancak bu Kanun’a istinaden İzmir Elektrik Üretim Limited Şirketi ile Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) arasında imzalanan sözleşmeye ilişkin davada verilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanamayacağından bahisle sözleşmenin devamı yolunda alınan 22.08.2005 tarih ve P.2005/1 sayılı Bakanlar Kurulu Prensip kararının iptaline ilişkin davalarda Danıştayca verilen kararlardan anlaşılabacağı üzere; bu model de Anayasa’nın sözleşmenin akdedildiği dönemdeki hükümlerine istinaden kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelendirmiş ve bu sözleşmeler bakımından da Danıştay öndenetiminin zorunluluğuna işaret edilmiştir.¹³⁴

¹³⁴ Danıştay 13. Daire’nin 27.11.2006 tarih ve 2005/5304 E., 2006/4486 K. ile 23.01.2008 tarih ve 2006/975 E., 2008/1274 K. sayılı kararları: “[...] Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelere "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" denilmektedir. Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindendir. T.C. Anayasasının dava konusu sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 155. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan: "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşünce bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." hükmü uyarınca, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemek görevinin Danıştay'a ait olduğu açıktır. Bu durumda, dava konusu sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunun saptanması, bu sözleşmeyi inceleme görevinin Anayasa hükmü uyarınca Danıştay'a verilmiş olması ve Anayasanın bağlayıcılığı temel ilkesi ve Danıştay Kanununun kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 23/d, 42/c ve 46/b maddeleri hükümleri karşısında, 08.10.1998 tarihli sözleşmenin Danıştay incelenmesinden geçirilmesi gerekmektedir.” **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Bu modele ilişkin olarak ilerleyen süreçte, 18 Temmuz 2006 tarih ve 26232 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5539 sayılı Kanun ile bu model çerçevesinde yer alan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve akdedilen sözleşmelerden doğan haklar saklı kalmak kaydıyla bir kısım sözleşmelerin geçerliliklerinin devamı, bir kısmının da başvuru üzerine yeniden imzalanması yönünde hükümler¹³⁵ sevk edilmiştir.

Bunun yanı sıra; 3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*, 3465 sayılı *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ve Görevlendirilmesi Hakkında Kanun* ile 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* hükümleri uyarınca; işletme hakkı devri de ayrı bir model olarak bu süreçte yerini almış ve Devlet ile diğer kamu tüzel kişiliklerine ait işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bir bedel karşılığında ve belli bir süre işletilmesi için bir özel kişiye devredilmesi yöntemi olarak tanımlanmıştır.¹³⁶

¹³⁵ “MADDE 1 – 16/07/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun;

a) 3üncü maddesinin beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere altıncı fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir.”

b) Geçici 1 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 2- Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır. Bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan hazine garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütnameler ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmeleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılır.

Bu madde uyarınca imzalanan sözleşmeler için 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2 nci maddesinde yer alan onay ve süreye ilişkin hükümler uygulanmaz.”, **Kazancı İhtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

¹³⁶ Ümit Akın, “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”; **DD**, s.31 vd.

Anayasa Mahkemesi de 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun¹³⁷ Geçici 4. maddesinin iptali istemine ilişkin davada vermiş olduğu 13.02.2002 tarih ve 2001/293 E., 2002/28 K. sayılı kararında¹³⁸, benzer şekilde “İşletme hakkının devri modeli ile özel kişi ya da şirketlerin kurulu olan tesisleri belli bir bedel karşılığında devir alması, kâr elde etmek için işletmesi ve sözleşmelerde belirlenen süre sonunda idareye geri vermesi sağlanmakta” olduğu görüşüne yer vermiştir.

Bu çerçevede, işletme hakkının devri modeli yönünden yapılacak bir değerlendirme kapsamında, bu dönem için, idarenin 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümlerine binaen özel hukuk sözleşmesi olarak düzenleme keyfiyeti yanı sıra bu modelde sözleşmelerin konusu olan işletmelerde yürütülen faaliyetin niteliğinin belirleyici olacağı sonucuna varılabilecektir.

Zira sözleşme konusu işletmede üretilen mal veya hizmet kamu hizmeti niteliği taşıyor ise, sözleşmede idari sözleşme niteliği taşımayacaktır. Şöyle ki; kanuni nitelendirme bir yana, Anayasa Mahkemesi kararında işletmenin faaliyetinin değerlendirilmemiş olması yanı sıra elektrik üretim, dağıtım ve iletim faaliyetleri bakımından faaliyet yönünden ayırım yapmayan vaki kabuller ışığında vasıflandırmanın kamu hizmeti yönünde olduğu nazara alınmalıdır.

Bu görüşe paralel şekilde; Danıştay 10. Daire'nin 3096 sayılı Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca Türkiye Elektrik Kurumu'nun İstanbul İli Anadolu Yakasında TEK'e ait bulunan elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının 30 yıl süre ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.'ye devrine ilişkin yapmış olduğu değerlendirme neticesinde vermiş olduğu 29.04.1993 tarih ve 1991/1 E. 1993/1752 K. sayılı kararda da sözleşmenin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu ve sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığından bahisle imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde değerlendirme yapılmıştır.

¹³⁷ 3.03/2001 gün ve 24335 Mükerrer sayılı Resmi Gazetei **Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

¹³⁸ 18.04.2002 gün ve 24730 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

Bu doğrultuda, gerek Yap-İşlet gerekse de Yap-İşlet-Devret modellerine yaklaşım, ile faaliyetin nevine bağlı olarak işletme hakkının devri modeli de değerlendirildiğinde, konusu kamu imtiyazı olan sözleşmeler bakımından yargı kararlarında, Danıştay ve idari yargı yetkisinin anayasal nitelikte olduğuna vurgu yapılmış olduğundan; aksi yöndeki kanuni düzenlemelerin idari sözleşmelerin niteliğini değiştiremeyeceğinin kabul edilmiş olduğu sonucuna varmak gerekir.

Bu bakımdan 3996, 3096 ve 4283 sayılı Kanunlar ile öngörülen Yap-İşlet-Devret modelinin imtiyaz sözleşmesi özellikleri gösterdiği belirtilmekle bu model için söz konusu olan bir takım yatırımcı odaklı arzuların belirli bir süreyle rafa kaldırılması ve öncelikli düzenleme ihtiyacının anayasal düzlemde gerçekleştirilmesi gerektiği ortaya çıkmıştır.

Bununla birlikte, yabancı yatırımcıların ülkeye girişi ve tartışma konusu kanunlar kapsamında yer alan yatırım, hizmet ve işlerin gerektirdiği yüksek teknoloji, maliyet ve finansmanın da ayrı bir düzenlemeyi gerektirdiği savunulmakta ve mesele ekonomik düzlemde hayati önemi haiz görülmektedir. Bu günlerde ülkenin 135 Milyar Dolarlık bir yatırımından olduğu ve düzenin değişmesi gerektiği sıkça ifade edilmiştir.¹³⁹

Bunun yanında uyumsuzlukların çözümü ve gelişmiş ülkelerde bu yönde gerçekleşen gelişmeler de bir takım değişikliklerin ve ayrı finansal değerlendirmelerin nazara alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu süreçte, idari sözleşme vasıflandırmasına yönelik sergilenen hukuki kavramların amaca yönelik bir değerlendirme ve özenli bir yaklaşım gerektirdiği önerilmektedir.

Bu doğrultuda, ekonomi ile hukukun karşı karşıya kaldığı konularda, her ne kadar güncel gereklilikler karşısında hukuki değerlendirme ve kurumlarda eskiye nazaran iktisadi bakış açısının daha önemli bir yer teşkil etmekte olduğu kabul görse

¹³⁹ Bkz. Yücel Sayman'ın Tebliği, **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim**, Panel 16 Temmuz 1999, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 14 vd.

de¹⁴⁰; finans ve ekonomiyle ilgili unsurların her halükarda saydam nitelik taşımasının gerektiği ve salt hukuki analizlerle yeterli bir idrak bütünlüğüne varma imkanının bulunmadığı yönünde eleştiriler de hasıl olmuştur.¹⁴¹

Sonuç olarak, enerji sektöründe yaşanan darboğazın özel sektör katılımıyla Yap-İşlet-Devret veya Yap-İşlet modelleri çerçevesinde çözümüne ilişkin olarak finansman sağlanması sürecinde karşılaşılan yargısal süreçler sonucunda Anayasa’da yapılacak değişikliklerle imtiyaz açısından konuya açıklık getirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

2. 4446 sayılı Kanun ve Anayasa Değişiklikleri

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; gerek altyapı hizmetlerinde gerekse de ödün verilmeksizin her türlü elektrik faaliyetinin gerçekleştirilmesinde; yargısal içtihatlar ile, özel hukuka tabi kılınarak Danıştay öndenetiminden çıkarılmak istenen sözleşmelerin idari sözleşme ve bu sözleşmelerin en tip örneği olan kamu hizmeti imtiyazı olarak vasıflandırılması gerektiği yönünde kesin bir görüş ortaya konulmuştur.

Bu doğrultuda, sözleşmelerden doğan ihtilafların idari yargı mercilerinde çözümü tek yol olarak benimsenmiştir. Buna karşılık, büyük yatırım ve teknolojik altyapı gerektiren altyapı, bayındırlık ve elektrik projeleri yönünden halihazır bulunan yabancı yatırımcıların, özellikle gelişmiş dünya ülkeleri ile benzer şekilde bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun öngörülebilmesini arzuladıkları gözlemlenmektedir.

Bu nedenle 1995 itibariyle yargının kesin kararları ile kurulmuş ve fakat ticari bağlamda memnuniyet verici olmayan bir düzenin mevcut olmasına karşılık ne gibi girişimlerde bulunması gerektiği tartışma konusu yapılmıştır. Yabancı yatırımcılar ile

¹⁴⁰ İnel Ahmet, “İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık 2005

¹⁴¹ Uğur Emek, “İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, **Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 26-28 vd.; Çal, **A.g.e.**; s. 358 vd.;

yabancı yatırımın tereddütsüz bir şekilde ülkeye girişini hedefleyen bu anlayış çerçevesinde bir çok olanak ve önerinin değerlendirildiği görülmektedir.

Bu öneriler kapsamında, konusunu kamu imtiyazı teşkil eden sözleşmelerin özel hukuka tabi olması inadı bir kenara bırakılarak yabancı ya da uluslararası hakem heyetlerince verilen kararların tenfiz ve/veya temyiz merciinin idari yargı olarak belirlenebileceği yönünde görüş dahi bildirilmiştir.¹⁴²

Ne var ki, yasal mevzuatımızın buna cevaz vermesi bir kenara, yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların ve giderek her türlü ticari uyuşmazlığa ilişkin verilen hakem kararlarının tenfiz sürecinin tahkimin kendi dinamikleri içinde kolaylaştırılmak ve mümkün mertebe kaldırılmak istendiği bir süreçte, Türkiye uygulamasının da aksi yönde olamayacağı savunulmuştur.

Kaldı ki, Türkiye tarafından 8.05.1991 tarih ve 3732 sayılı Kanun ile onaylanıp 25.09.1991 günlü Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren New York Sözleşmesi ve tenfizsiz icrayı öngören ve 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun ile onaylanmak 06.12.1988 gün ve 20011 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma (ICSID Sözleşmesi) usulleri ile bu yöndeki öneri ve beklentilerin hayata geçirilmesinin zorunlu hale geldiği ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin diğer bir tereddüdün de idari yargı mercilerin re’sen inceleme yetkisi ile kamu yararı perspektifinde değerlendirme yapmasının tahkim kararlarının incelenmesi yönünde sorunlar yaratacağı şeklindedir. Halihazırda 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un¹⁴³ 62. maddesinde öngörülen tenfiz incelemesi kapsamında genel ahlaka ve kamu düzenine

¹⁴² Nurkut İnan, “İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998 s. 16,17 vd.

¹⁴³ 12.12.2007 gün ve 26728 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

aykırılığın tenfize engel teşkil ettiği görülmektedir.¹⁴⁴ Ancak adli yargıya tanınmış olan tenfiz yetkisi kapsamında yapılan incelemede nazara alınacak bu hususların şekli nitelik arz ettiği, aksi yönde hareketle görevli mahkemenin hakeme kararını esas ve öz yönünden değerlendirmesi uygun görülmemektedir.

Bu minvalde; incelemenin, hakem kararlarının açık biçimde hak ve nasafete aykırı olması, hakemlerin bağımsızlığının ihlal edilmiş olması veya genel ahlaka ters düşen sözleşmelerden kaynaklanan edimleri hüküm altına alıyor olması, savunma hakkının ihlal edilmiş olması gibi belirgin hususlara yönelik yapılması öngörülmüştür. Kamu düzenine aykırılık değerlendirilirken aykırılığın “açık olması” arandığı gibi, bu aykırılığın incelenmesinde hakemlerin belirli bir devletin kamu düzeni ve emredici kurallarından çok milletlerarası ticarete geçerli olan ilkeleri dikkate alması gereğinden hareketle ‘milletlerarası hukuk bakımından geçerli olan kamu düzeni anlayışı’ ekseninde bir kamu düzenine uygunluk denetiminin yapılması gerekmektedir.¹⁴⁵

Diğer yandan, kamu imtiyazının bir kanun ile belirlenmek suretiyle kapsam ve içeriğinin açık şekilde ortaya konulması ile sorunun önüne geçilmek ve bu suretle idarelerin kamusal niteliği haiz hizmetlerinin kurulması, işletilmesi ve yürütülmesi konusunda özel hukuk kişilerini görevlendirebileceği de önerilmişse de, Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın yıllar boyu yapmış oldukları tanımlamalar yanı sıra imtiyaz müessesinin yargı içtihatları ile belirlenmesi, tanımın kanun ile yapılmasına olanak tanımaması karşısında bu önerinin de işlerlik kazanması mümkün görülmemiştir. Bu şartlar altında yürürlüğe konulacak herhangi bir kanunun Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararlarına atıfla iptale mahkum edileceğini öngörmek çok da güç değildir.

¹⁴⁴ 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında da aynı yönde düzenlemelerin mevcut olduğu ve bu yönde değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

¹⁴⁵ Suha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001., s. 96-106.

Son olarak bir öneri olmaktan öte, sorunun hukuki çözümü addedilemeyecek olsa bile, neticesinde yaratılan fiili durum nazara alındığında, yaşanan hukuksal karmaşanın önüne geçilmesine yönelik olarak akdedilen uluslararası ve ayrıca taraf olunan yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin ikili anlaşmalarla Türkiye'nin tahkim olanağını kabul edilmiş olduğu da savunulmaktadır. Bu yönde bir yorum için "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." şeklindeki Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinin de nazara alınması söz konusu olabilecektir.

Uluslararası niteliği haiz ilk akla gelen 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun ile onaylanmak ve 06.12.188 gün ve 20011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren *Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma* (ICSID Anlaşması)'dır.

Dünya Bankası bünyesinde yer alan Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi (ICSID) tahkiminde, tarafların tahkim iradesinin yatırım ya da sözleşmesi kapsamında yer alması şart değildir. Devlet ve yatırımcı ya da imtiyazcının uyruğunda bulunduğu ülkenin ICSID Sözleşmesine taraf olması yönündeki organik şarta ilaveten, ilgili devlet, belli uyuşmazlıkların çözümünü doğrudan ICSID tahkimine tâbi kılmak hususunda münhasıran izin verebileceği gibi taraflar da bu yönde anlaşabilmektedir.

İzin bakımından ilgili devlet tek taraflı davranabileceği gibi izne yönelik herhangi zamansal bir süre de mevcut bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın çıkmasını müteakip ICSID tahkimi için rıza gösterilebileceği gibi, ilgili devletin yatırımcı ya da imtiyazcının uyruğunda bulunduğu ülke arasında ikili uluslararası anlaşma veya her iki ülkenin de taraf olduğu çok taraflı uluslararası anlaşmaların mevcut bulunması da yine rızanın varlığına delalet edecektir. Devlet ayrıca kanuni bir düzenleme ile de yatırımcı ve imtiyazcı için ICSID tahkimi yolunu açabilecektir.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Çal, A.g.e., s. 358 vd.

ICSID tahkimi için gerekli taraf rızalarının temelini teşkil edebilecek Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları yanında Türkiye, ayrıca Enerji Şartı Sözleşmesi'ni (EŞS) de 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalamış ve bu Şart 1 Şubat 2000 tarih ve 45119 sayılı Kanun ile bu Sözleşme onaylanarak uygun bulunmuş ve 12 Temmuz 2000 tarih ve 24107 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bahsi geçen Şart kapsamında, Yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların öncelikle dostane çözüme kavuşturulması öngörülmüş, üç ay olarak belirlenen sürede uyuşmazlığın çözülememesi halinde hakeme de müracaat etme imkanı tanınmıştır.

Bu şartlar altında, Türkiye özelinde durum değerlendirilirken bir yandan uluslararası anlaşmalar dolayısıyla yargısal içtihatlarla imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı kesinleşen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunun zaten benimsenmiş olduğu görüşüne binaen Türkiye'nin çelişki yaratan bir konumda bulunduğu savunulmuştur¹⁴⁷.

Dolayısıyla da her ne kadar idarelerin özel hukuk kişilerini görevlendirdiği sözleşmelerin akıbeti ve özel hukuk sözleşmesi olarak addedilip addedilemeyeceği belirsizlik içinde bulunsun da; yatırımcı ve imtiyazcılar yönünden tahkim imkanının uluslararası anlaşmalara binaen mevcut olduğu sonucuna varılabilmektedir. Gerçekten de Türkiye'nin çok büyük bir bölümü 1999 yılı öncesinde olmak üzere 2010 yılı itibarıyla 82 ülke ile Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Sözleşmeleri imzalamış olduğu bilinmektedir.¹⁴⁸

Bununla birlikte, bahsi geçen ikili anlaşmaların tanıdığı imkanların iyi değerlendirilmesi gerektiği; zira yatırımcı ya da imtiyazcı ile Devlet arasında ikili anlaşmalara istinaden ihdas edilen yatırımlarda, yabancı yatırımcılara milli muamele,

¹⁴⁷ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul 2005, Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 38.

¹⁴⁸ <http://www.invest.gov.tr/tr-TR/investmentguide/investorguide/Pages/BusinessLegislation.aspx>

en çok gözetilen ulus ve benzeri uygulamalar dairesinde yaklaşılmasına yönelik uyuşmazlıkların çözümünde alternatif tanındığı savunulmaktadır.¹⁴⁹

Buna karşılık, uyuşmazlığın ticari boyutu yönünden bu alternatif çözüm yolları dairesinde uygulama yapılamayacağı da ifade edilmektedir. Bahsi geçen anlaşmalar ile taraf devlet uyuşmazlığındaki yatırımcı ve imtiyazcılarının idareler ile özellikle tek taraflı kamusal tasarruf ve uygulamalar çerçevesinde karşılaşılabilecekleri ayrımcılığın önüne geçilmek istendiği, dolayısıyla da güven tesisine yönelik hüküm sevk edildiği düşünülmektedir.¹⁵⁰

Yukarıda izah edilen hukuksal zemin ve tartışmalar içerisinde, 1999 yılına gelindiğinde, Anayasa değişiklikleri gündeme gelmiş ve bu yöndeki ihtiyacın özellikle enerji projelerinin merkezi idare için çok büyük bir maliyet teşkil etmesi dolayısıyla günden güne artmakta olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle yabancı yatırımcıların istekleri doğrultusunda dünyadaki gelişmelere paralel bir uyuşmazlıkların çözümü teminatı yaratılacak ve Anayasa Mahkemesi'nin kati surette koymuş olduğu idari sözleşme yaklaşımı ile idari yargı denetiminin zorunluluğu yanında Danıştay'ın özellikle kamu yararı ekseninde ortaya koymakta olduğu öndenetim ve iptal kararlarının önüne geçilmiş olacağı bir hukuksal zemin yaratılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

14 Ağustos 1999 gün ve 23786 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47., 125. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, 47. maddenin "Devletleştirme" biçimindeki başlığı "*Devletleştirme ve Özelleştirme*" biçiminde değiştirilerek; "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." şeklindeki üçüncü fıkra ile "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk

¹⁴⁹ Şanlı, **A.g.e.**, s. 38 vd.

¹⁵⁰ Çal, **A.g.e.**, s. 358 vd.

sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” şeklindeki 4. fıkra eklenmiştir.

Konumuza ilişkin değışiklik 47. maddenin 4. fıkra altında yer almakta olup, dikkat edilecek olursa düzenleme kapsamında özellikle kamu hizmeti şeklinde bir tanımlama ve ayırım yapılmaktan imtina edilmiş olacağı görülecektir.

Bu bakımdan “devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğerk kamu tüzel kişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetler” ifadesi ile yürütölen işin mahiyet ve vasıflandırılması üzerinde durulmaksızın kapsayıcı nitelikte bir alan yaratılarak kanunla düzenlemeye imkan tanınmıştır.

Bu madde aslında değışikliğin yapıldığı tarihte kesinlik arz eden ve kamu hizmeti tanım ve kapsamı doğrultusunda iptaline karar verilmiş olan kanunlar bakımından önem arz etmektedir. Zira 3996 sayılı Kanun ile öngörölen Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında akdedilecek sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağı yönündeki hükümler Anayasa Mahkemesi’nin kararları ile iptal edilmiştir. Keza Danıştay’ın da yürütmekte olduğı öndenetim ve sözleşmelerin iptal istemlerine ilişkin vermiş olduğı kararlar da bu sözleşmelerin konusunun kamu hizmeti olması halinde idari yargı denetimine tabi olması gerektiğı yönündedir.

4446 sayılı Kanun ile 125. maddede gerçekleştirilen değışiklikle, “(k)amu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” şeklinde hüküm sevk edilmiştir.

125. maddenin ilk fıkrasında yer alan ilk cümle ile “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” ifadesini takip eden bu iki cümleden ibaret değışiklik bir arada okunduğunda ilk dikkat çekmesi gereken husus idari eylem ve işlemler yönünden ulusal yargı haricinde uyuşmazlıkların çözümü bakımından kural

olarak bir elverişsizlik söz konusu olduğu ve fakat bu bağlamda idari tasarruf olduğu kabul gören şartlaşma ve sözleşmeler açısından bir ayırım yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu noktada, özellikle üzerinde durulması gereken bir husus olarak; kamu hizmeti, kamu yararı ve dolayısıyla yargı yolu ekseninde yıllar boyunca süren tartışmaların tüm teknik hukuki değerlendirme ve birikim bir kenara bırakılarak Anayasal düzeyde bir düzenleme ile dolandırıldığı ve sorunların böylelikle çözüme kavuşturulmak istendiği göze çarpmaktadır. Ancak sözleşmelerin niteliğine dair tartışmaların ilgili düzenleme çerçevesinde bir önem taşımadığı ve yargı yolunun seçiminde özellikle sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olup olmadığının, sözleşme içeriğinde idareye üstün yetkiler tanınıp tanınmadığının artık belirleyici olamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişiklikle ise Danıştay'ın görevleri arasında yer alan “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek” görevi, “kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” biçiminde formüle edilmiştir. Böylece, bu değişiklikle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri bakımından kurucu nitelik arz eden Danıştay denetimi istisari bir hal almıştır.

Bu değişiklik neticesinde Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri açısından vize vermesi ya da gözetmekle yükümlü olduğu kamu yararına müteallik değerlendirmelerinin bağlayıcı niteliği ortadan kaldırılmıştır. Hal böyle olunca, artık Danıştay iki aylık sürede görüş vermez ise ya da vermiş olduğu görüş dahilinde sözleşmenin yapısal ya da teknik eleştirisi yer alsa bile idare bu durum ile bağlı olmayacak ve takdirine bağlı olarak sözleşmenin icrasına yönelik adımları atabilecektir.

İlgili Anayasal değişikliklerin uygulanmasını ve kanunlar ile uyumunu teminen Danıştay Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu'nun “*Danıştay'ın Görevleri*” başlıklı 23. maddesi, “*İdari İşlerde Görev*” başlıklı 42.

maddesi, “*İdari İşler Kurulu’nun Görevleri*” başlıklı 46. maddesi ile “*Kanun Ve Tüzük Tasarıları İle Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinin Görüşülmesi*” başlıklı 48. maddesi imtiyaz sözleşmeleri hakkında iki ay içinde görüş bildirme yönünde yeniden düzenlenmiştir.

Aynı şekilde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “*İdari Dava Türleri Ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı*” başlıklı 2. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendinde yapılan değişiklikle de artık “Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” bir tür idari dava olarak tanımlanmış olup tahkim yolu öngörülenler bu kapsamdan çıkarılmıştır.

Bu noktada belirtilmekte yarar vardır ki, düzenlemenin eksikliği dolayısıyla sözleşmenin idari sözleşme niteliğini haiz olmasına rağmen tahkim yolu öngörülmüş olması halinde, yatırımcı ya da imtiyazcının idari yargı mercilerine başvurması durumunda görevsizlik kararı verileceği sonucuna varılmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun her halükarda uygulama alanı bulan 5. maddesinin atfıyla tahkim itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Bu doğrultuda, Anayasal düzenleme dolayısıyla imtiyazcı açısından tahkim dışında, tahkim itirazı ile karşılaşmamak kaydıyla yalnızca adli yargı nezdinde yargısal korunma talep etmek imkanı kalmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanun’un ilk itirazlara atıfta bulunmaması ve düzenlemenin lafzı çerçevesinde idari yargı mercilerinin zorunlu görevsizlikleri öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bakımdan, konusunu kamu hizmetinin teşkil ettiği ve fakat bünyesinde tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşme bakımından, tarafların kendi iradeleri ve fiili uygulamaları doğrultusunda dahi tahkim yoluna müracaattan sarfinazar ve idari yargı mercilerine müracaat etme imkanları kalmamıştır.

Anayasa değişikliğini müteakip 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile, kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşıdığı yargı kararları ile sabit bulunan ve Yap-İşlet-

Devret modelinin temelini teşkil eden 3996 sayılı Kanun’un “*Kapsam*” başlıklı 2. maddesi dahilinde aslında 3096 sayılı Kanun ile düzenlenmiş bulunan ve yine kamu hizmeti niteliği yönünde yargısal kesinlik arz eden “elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti” de alınmıştır.

Yine aynı Kanun ile daha önce konusunun kamu hizmeti olması ve özel hukuka tabi kılınmakla yargı yolunun değiştirilmesine sebep olunacağı gerekçeleriyle iptale mahkum edilen hüküm bu kez “*Sözleşme*” başlıklı 5. madde altında “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine 3996 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesine yönelik olarak 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun ile “...birinci fıkrada belirtilen proje ve işler”¹⁵¹ ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun* ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*’a tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5. madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği de bir geçiş düzenlemesi olarak getirilmiştir.

Ayrıca, “idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir.” şeklinde düzenleme de ilave edilmiştir. Anlaşılacağı üzere; idarece düzenlenmiş olan ve fakat yargının kamu hizmeti imtiyazı vasıflandırmasına tabi tutulan 3096 ve 3465 sayılı Kanun’a tabi

¹⁵¹ 3996 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce YİD modeli çerçevesinde yürütülen işler.

yatırım, hizmet ve işler bakımından da tahkim ve özel hukuka tabi olma imkanı temin edilmeye çalışılmıştır.

Paralel şekilde, tartışmaların odak noktasında yer alan elektrik piyasasına yönelik olarak 20.02.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹⁵² yürürlüğe konulmuş ve piyasanın özel hukuk hükümlerine istinaden işletilmesi sağlanmıştır.

Zira Kanun'un "*Amaç, kapsam ve tanımlar*" başlıklı 1. maddesi altında; Kanun'un amacı "elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında *özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek*, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması" olarak özetlenmiştir.

Bu Kanun da aynı şekilde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kamu yararı ve kamu hizmeti değerlendirmelerinden etkilenen sözleşmeleri unutmamış ve tanımlar arasında yer verdiği mevcut sözleşmelerin, "Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Kanun, 8.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanun, 16.07.1997 tarihli ve 4283 sayılı Kanun, 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri ve ilgili yönetmeliklere göre imzalanan sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmelerini ve uygulama sözleşmelerini" ifade ettiğini belirtmiştir.

Son olarak, elektrik kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesine ilişkin Yap-İşlet modelini öngören 4283 sayılı Kanun'da da 1.07.2006 tarih ve 5539 sayılı Kanun ile benzer değişiklikler yapılmıştır. Kanun uyarınca TEAŞ tarafından uygun teklif belirlenmesi, ilgili üretim şirketine tesis kurma ve işletme izni verilmek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bu teklifin gönderilmesi, izin verilmesi halinde de TEAŞ ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanması düzenlenmektedir. 5539 sayılı Kanun ile 4283

¹⁵² 3.03.2001 gün ve 24335 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

sayılı Kanun'un 3. maddesine 6. fıkra eklenmiş ve bu kapsamda “Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir” ifadesine yer verilmiştir.

Tüm uyumlaştırma çabalarında olduğu gibi, geçmiş dönemde aktedilen sözleşmeler yönünden de yineleme ve yenilemeye yönelik olarak 5539 sayılı Kanun ile de 4283 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi hükmü sevk edilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında yer alan hüküm ise şu şekildedir:

“Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır. Bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan hazine garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütnameler ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmeleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılır.”

Yukarıda bahsi geçen 4501 sayılı Kanun ile Kanun'un “Amaç” başlıklı ilk maddesinde de belirtilmiş olduğu üzere; “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek” hedeflenmiş olup, Kanun'un “Tanımlar” başlıklı ikinci maddesinde sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunun belirtilmesine bu kez ihtiyaç duyulmaksızın sözleşmenin “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini” ifade etmekte olduğu bildirilmiştir.

Yine aynı Kanun ile yukarıda 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinde yapılan değişikliğe ilaveten, bu Kanun'un da Geçici 1. maddesi kapsamında “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre

sonuçlandırıl”ması öngörölmüş; “[a]ncak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar veril”eceği de düzenlenmiştir.

4501 sayılı Kanun’un yalnızca “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözölmcsinin öngörölmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları” içerdığı görölmektedir. Kanun ayrıca usule ilişkin düzenlemeler içermemektedir.¹⁵³ Dolayısıyla bu Kanun’a tabi tahkimlerin bu Kanun’dan sonra ayrıca çıkarılan 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na¹⁵⁴ tabi olması öngörölmüşür. Kanun’un “*Amaç ve Kapsam*” başlıklı birinci maddesinin beşinci fıkrası; “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğı kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözölmcsü de bu Kanuna tabidir” şeklindedir.

3. Değişikliklerin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere; Anayasa değişiklikleri ile öncelikle bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürölmesinin ya da işletmesinin devredölmesinin kanunla düzenlenmesi ve bunun da imtiyaz sözleşmesi olarak addolunmaması yönünde bir imkanın ihdas edilmiş olduğı görölmektedir.

Ne var ki, bu değişiklikler öncesinde Anayasa Mahkemesi aksi yönde içtihat sevk etmiş olup, hizmetin niteliğinin tespitinde içeriğın ve mahiyetinin değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu doğrultuda da kamu hizmetinin

¹⁵³ Şanlı, A.g.e., s.232 vd

¹⁵⁴ 5.07.2001 gün ve 24453 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

yürütümünde özel hukuk kişilerinin görevlendirilmesinin aracı olarak da imtiyaz sözleşmelerinin varlığına işaret edilmiştir.

Anayasa ile yapılan değişiklik gerek Anayasa Mahkemesi gerekse de Danıştay içtihatları ile çelişir bir nitelik arz etmekle kalmamakta doktrinin de tanım ve kapsam belirleme çabaları ile bağdaştırılmaz bir nitelik ortaya koymaktadır.

Zira, imtiyaz sözleşmesi nitelendirmesinin ucu açık şekilde yapılması ve kapsamının belirsiz olması kamu hizmeti ve kamu hizmetinin asıl sahibinin idare olması yönündeki anlayış ile bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemine genel ve asli bir yöntem olarak değil, istisnai ve tali bir yöntem olarak başvurmak gerektiği ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, sadece idare için finansmanı güç olacak, önemli altyapı yatırımları gerektiren ve ulusal güvenlikle doğrudan bağlantılı olmayan kamu hizmetlerinin bu yöntemle özel kişilere gördürülmesinin tercih edilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.¹⁵⁵

Diğer yandan, Anayasa değişiklikleri ile hem sözleşmelerin özel hukuka tabi olabileceği hem de bu sözleşmelerin imtiyaz niteliği taşıyacağı yönünde düzenleme getirilmiş olması da başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu şartlar altında, sadece kamu hizmetinin özel sektör eliyle yaptırılması halinde ortaya çıkabilecek kamu hizmeti imtiyazının yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesine tabi kılınması durumunun hukuki rejim ve vasıflandırılmasının ne yönde olacağı da oldukça büyük bir karmaşa yaratacak niteliktedir.

¹⁵⁵ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004 s. 37, 72.

Zira kamu hizmeti yasal nitelendirmeye özel hukuka tabi kılındıktan sonra, artık bir imtiyaz sözleşmesinden bahis imkanı ortadan kalkacak, dolayısıyla uluslararası tahkime ilişkin hükümlere de bir engel olmaksızın zaten yer verilebilecektir¹⁵⁶. Zira, “(ö)zel hukuk sözleşmelerinde tahkim zaten anayasa değişikliklerinden önce de hukukumuzda mümkün görüldüğünden, dolaylı olarak, özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenme sebebiyle tahkime imkan sağlanmış olmaktadır.”¹⁵⁷

Bununla birlikte, halihazırda kamu hizmetinin sınırlı olarak kanunla özel hukuka tabi kılınması dolayısıyla yargısal içtihatlar ışığında kamu hizmet değerlendirmesine devam edileceği ve bu kapsamda bir çok hizmetin kamusal ve kamu hukuka tabi niteliğini devam ettireceği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca tahkim şartına imkanın da geçici maddeler yoluyla bir takım imtiyaz sözleşmelerine getirilebileceği ve bilhassa belediyelerin faaliyetlerini düzenleyen yasalar dolayısıyla, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi durumunda yine imtiyaz sözleşmelerinden bahsedilebileceğinin de nazara alınması gerekmektedir.¹⁵⁸

Özel hukuka tabi kılma ile doğrudan tahkim şartı getirilebileceği hususunun göz ardı edilerek karışıklığa neden olabilecek bir düzenleme yapılmış olduğu da görülmektedir. Bu çerçevede, özel hukuka tabi imtiyaz sözleşmelerin varlığı yanı sıra iki türlü de tahkim imkanı yaratılmış olduğu sonucuna varılmaktadır:

¹⁵⁶ Çal, A.g.e., s. 358 vd.

¹⁵⁷ Aydın Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001, s. 145.

¹⁵⁸ Çal, A.g.e., s. 358 vd.; Konuya ilişkin ayrıca bir Danıştay üyesi açıklamalarına yer verilmekte olup bu doğrultuda şu şekilde aktarım yapılmıştır: “Anayasa ve yasalarda yapılan değişiklikler ile Danıştay’ın bu değişiklikler üzerine verdiği kararlarıyla ortaya çıkan son duruma göre, 3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ve bu sözleşmeler hakkında Danıştay’ın düşünce bildirmesine olanak bulunmamakta ise de, gerek Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun, gerekse (5272 sayılı Belediye Kanunu ile yürürlükten kaldırılmasından önceki haliyle) 1580 sayılı Belediye Kanunu hükümlerinin uygulanması suretiyle verilecek imtiyazlara ilişkin sözleşmeler hakkında, Danıştay’ın düşüncesini bildirme görevi devam etmektedir. Nitekim, “Silivri Belediyesi İçme Suyu Tesis ve İşletme İmtiyazı Sözleşmesi Taslağı” ve “Kumseka Belediyeler Birliği İçmesuyu Tesisi Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı” mülga 1580 sayılı Belediye Kanununun 19/4-A maddesi hükmü uyarınca Birinci Daire ve İdari İşler Kurulunca incelenerek görüş bildirilmiştir.”

“Birincisi, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişisi tarafından görülmesi yoluyla bu özel hukuk sözleşmesi içinde yer alabilecek tahkim, ikincisi ise, bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesinde anayasa gereği mümkün hale gelen tahkim. (Bu ikisi arasındaki temel farklılık ise şu noktada ortaya çıkmaktadır:) Her ikisinde de kamu hizmeti (söz konusu olmakla beraber)... kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde Danıştay’ın iki ay ile sınırlı şekilde düşüncesini almak gereği var iken... özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetinin gördürülmesi usulünde bu (durum söz konusu değildir).”¹⁵⁹

Diğer yandan kamu hukuku ilke ve esaslarına tabi olan ve bu doğrultuda yargı kararlarında tanımlanmaya çalışan sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınmasının da haklı olarak eleştirildiği görülmektedir:

“kamu hukukunun genel ilkelerine uygun olmayan esas husus tahkime idari sözleşmelerde istisnai olarak imkan tanımaktan çok, bunun dışında, gerçekte içeriğine göre hukuki niteliği belirlenen sözleşmenin idari sözleşme şartları taşısa bile yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesi yolunun açılmış olmasıdır. Çünkü bir işlemin idari olması ve fakat bundan çıkacak uyumsuzluğun bu niteliğine rağmen Adli Yargı denetimine tâbi tutulabilmesi, tartışmalı olsa bile, genellikle kabul görürken; geçerli kriterlere göre, sözleşmenin konusundan ve taraflarından hareketle idari sözleşme olma hukuki niteliği taşıyan bir sözleşmenin, idari sözleşme kriterlerine rağmen, görmezden gelinerek, özel hukuk sözleşmesi olarak yasa koyucu iradesine göre nitelenebilmesi mümkün ve hukuka uygun olmasa gerektir.”¹⁶⁰

Bu noktada, mahiyet ve içeriğine bakılmaksızın yasa ile sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin bir hukuksal dönüşüm yaratmış olduğu ve daha da ileri giderek bu hukuksal dönüşümün hukukun genel ilkelerine aykırı ve zorlama bir tekniğe dayalı olduğu düşünülmektedir:

¹⁵⁹ Gülan, A.g.m, s. 145.

¹⁶⁰ Gülan, Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayını, Mayıs 2002., s. 130, 131.

“Kanun koyucuya, özel hukuk sözleşmesi nitelmesi yapabilmek suretiyle İdare Hukukunun genel ilkelerine aykırı, zorlama ve gerçekte kendisinin ve hatta tarafların iradesinden bağımsız şekilde belirlenmesi gereken bir sözleşmenin hukuki niteliğine müdahale imkanı getirilmiştir... Sorun artık İdari Yargının anayasa tarafından korunan ve Yasama organının da müdahale edemeyeceği bir görev alanı(nın varlığı konusundan çıkarak), yasa koyucunun İdare Hukuku müesseselerini başkalaştırma, farklı nitelme hakkı olup olmadığına dönmektedir.”¹⁶¹

Bu çerçevede, “özel hukuk sözleşmelerinde tahkim mümkün görüldüğü için, tahkimden bahsedilmeyerek sadece özel hukuk sözleşmesi haline getirme operasyonu ile yetinilseydi, zaten tahkimi mümkün kılan altyapı, hukuka uygun olmasa da, oluşmuş sayılacaktı. Ayrıca (kamu imtiyaz sözleşmesi halinde kalan sözleşmelerde) tahkime yer verilmiş bulunulması, ne bu altyapıya bir ek getirmiş, ne de mevcut hukuka aykırı şekilde sözleşmenin içeriğine göre değil, kanun koyucunun iradesine dayalı nitelme şeklini hukukileştirmiştir.”¹⁶²

Bu minvalde, “gerçekte idari olan ve idari sayılması gereken sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılabilmesi imkanı da bu arada getirilmiştir. Kanun koyucuya, özel hukuk sözleşmesi niteliği yapabilmek suretiyle İdare Hukukunun genel ilkelerine aykırı, zorlama ve gerçekten kendisinin ve hatta tarafların iradesinden bağımsız şekilde belirlenmesi gereken bir sözleşmenin hukuki niteliğine müdahale imkanı”¹⁶³ tanınmıştır.

Ayrıca, yukarıda yapılan açıklamalar ve Anayasa değişiklikleri sonrasında ortaya çıkan durum nazara alındığında özel hukuka tabi kılınmayan ve fakat Anayasa değişikliklerini müteakip uygulanması öngörülen geçici dönem koşullarını düzenleyen geçici maddeler dairesine mevcut imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı da getirilmesi imkanı yaratılmıştır.

¹⁶¹ A.e., s. 135.

¹⁶² Gülan, A.g.m, s.148.

¹⁶³ A.e.

Bu bakımdan, tahkimli imtiyaz kavramına gelinmesinde bir açıdan yarar görülebilir. Bilindiği üzere, imtiyaz sözleşmesi kapsamında hizmetin uzun süreyle kesintisiz ve yeterli kalitede sunulması zorunluluğu karşısında, bu sözleşmelerde zaman içinde kamu adına müdahale olanağının korunmasına yönelik olarak idarenin tek taraflı tasarruf ve re'sen icra yetkilerini haiz olması gerekmektedir. Bu müdahale imkanı karşısında imtiyazcının mali durumunun incelenmesi ve kayıplarının tazmin edilmesi yönünden tahkim imkanının kabul edilebilir olduğu düşünülebilecektir.¹⁶⁴

Taraflarının eşit olduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü kabul edilmekle birlikte yukarıda yer verilen varsayım türünden bir uyuşmazlığın hasıl olması halinde gerekli revizyonun denetimi ile imtiyaz sözleşmesinin mali dengesinin ve imtiyazcının haklarının korunması için gerekli ve yeterli imkanın kamu hukuku kural ve içtihatları uyarınca mevcut olduğunun da her halükarda nazara alınması gerekir.

Bu mevcut imkanlara karşın bu müesseselerin işletilmeksizin ya da bu müesseseleri işletmeye yönelik uygulamanın gerekli denetimi yapılmaksızın Anayasa değişikliğine gidildiği görülmektedir. Zira mevcut kurum ve müesseselere rağmen gerekli korunmanın sağlanmaması da bir hukuka aykırılık halinin mevcut olduğunu işaret etmekte olup, bu halin sorumlusunun da hukuka uygun olmayan uygulamaya dayanan nedenlerle yargı mercileri, sözleşme tarafları ve siyasal iktidar olması muhtemeldir.

Taraflar arasındaki mali denge ve kurgunun denetiminin hakemlerce yürütülmesinde sorun görülmemesinden öte, temelini özel hukuktan alan bu denetime hakim olan ilkelerin yine özel hukuk kural ve ilkeleri çerçevesinde olacağının bilinmesi gerekir. Bu halde de hakemlerin genel kamu çıkarlarını gözetmesi beklenemeyeceğinden dolayı, idare hukukuna ait bir uyuşmazlıkta hakeme

¹⁶⁴ Çal, A.g.e., 358 vd

müracaat söz konusu olmamalıdır, zira bu hal ve uygulama idare hukukunun bizzat varoluş nedenine aykırıdır.¹⁶⁵

Anayasa değişiklikleri başka bir hukuki tartışmayı da beraberinde getirmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, Anayasa ile kanun koyucuya tanınan yetkiye bakılırsa kanun koyucu dilediğinde her türlü faaliyetini özel hukuk kişilerine gördürebilecektir. Böylece, iktisadi mahiyetteki kamu hizmetlerinin devri veya özel sektör eliyle “gördürülmesi” gündeme gelebileceği gibi, gayri iktisadi mahiyetteki hizmetlerin de bu kapsam içerisinde bulunulabileceği düşünülmektedir.¹⁶⁶ Bununla birlikte belirtmekte yarar vardır ki, Anayasa’nın bir bütün olarak değerlendirilmesinden milli savunma, mili eğitim ve sağlık hizmetleri yönünden imtiyaz yoluyla hizmetin kurulması ya da işletilmesine imkan verilemeyeceği sonucuna varmak mümkündür.

Ne var ki, 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerin ilk bakışta aksi yönde bir serbesti tanıdığı düşünülebilmektedir. Bu bakımdan, bahsi geçen değişikliklerin detaylı bir hukuki çalışmayı barındırmadığı ve götürü değerlendirmeler ile zorlama sonuçlara vardığı genel olarak kabul edilmektedir.

Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerine yönelik inceleme yapmak yetkisinde değişiklik yapan Anayasa değişikliği yönünden de eleştiriler gündeme gelmiştir. Öncelikle inceleme yapmadan görüş bildirmenin mümkün olmayacağı¹⁶⁷ gerçeğinden yola çıkıldığında görüş bildirmenin mahiyet ve sonuçlarının değerlendirilmesinde ve bu konunun yargı yerlerince bir açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

¹⁶⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s. 315 vd.

¹⁶⁶ Ali Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001, s.11-12

¹⁶⁷ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, İnternet Paylaşımı 2004, s. 327 vd.

Diğer yandan Danıştay’a görüş bildirmesi için tanınan iki aylık süreye uyulmaması halinin sonuçları da belirsizlik arz etmektedir. İki aylık sürede görüş verilmesi halinde imtiyaz sözleşmesine yönelik icrai işlemlere devam edileceği düşünülebileceği gibi, genellikle bu tip sürelerin yargılama ve benzer süreçleri hızlandırmak üzere öngörülmüş düzenleyici süreler olduğu ve yaptırımının olmadığı yanı sıra idarenin, Danıştay görüşünü beklemesinin bir zorunluluk olduğu da ileri sürülebilmektedir.¹⁶⁸

Bununla birlikte, Danıştay’ın eski düzenlemelere binaen yürütmekte olduğu inceleme ya da başka bir ifade ile öndenetim sonucunda vereceği kararın bağlayıcılığı konusunda da bir sonuca varılmış değildir. Bir görüşe göre, bu yarı bağlayıcı bir hükümdür¹⁶⁹ ve idarenin eski metni imzalama yetkisi vardır. Bu halde Danıştay’ın iptal davası kapsamında usuli bir sakatlık tespiti ile sözleşmenin iptaline karar vermesi ihtimali mevcut bulunmaktadır.

Bu yönde, Anayasa değişiklikleri öncesi hukuki durum değerlendirilecek olursa; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmek zorunluluğuna binaen sözleşmelerin akıbeti yargı organlarınca belirlenmiş ve bu minvalde Danıştay 1. Daire, 28 Haziran 1990 tarih ve 1990/109 E., 1990/94 K. sayılı kararı ile Danıştay incelemesinin sözleşmenin yetki unsurunu oluşturduğuna işaret edilerek sözleşmenin geçerliliği bakımından ön şart olduğu ifade edilmiştir.¹⁷⁰

Anayasa Mahkemesi’nin konuya yaklaşımının da aynı yönde olduğu sonucuna varılması mümkündür. Zira 406 sayılı "*Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun*’a ilişkin iptal istemine yönelik yapılan yargılama kapsamında yapılan

¹⁶⁸ A.e.

¹⁶⁹ Burak Öztürk, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, s. 62.

¹⁷⁰ Danıştay 1. Daire’nin 28 Haziran 1990 tarih ve 1990/109 E., 1990/94 K. sayılı kararı: “Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay’a ait olduğu belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmüyle 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23/d, 42/e ve 46/b hükümlerine göre Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin yürütme organı tarafından kararlaştırılmadan önce Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi şarttır. Bu durum sözleşmenin yetki unsurunu oluşturur”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

değerlendirmelerde Danıştay ön denetiminin kamu imtiyaz sözleşmeleri bakımından önem ve özellik arz ettiğine vurgu yapılmaktadır.¹⁷¹ Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 3974 sayılı Kanun ile getirilen özel hukuka tabi kamu imtiyaz sözleşmesine ilişkin değerlendirmelerini ihtiva eden kararının¹⁷² da bu yönde değerlendirilmesi mümkündür.

Ancak Danıştay dava dairelerinin idari görevlerin icrasını her ne kadar dikkate alacağı düşünülse bile bu yönde verilen Danıştay 1. Daire ve İdari İşler Kurulu kararlarının aslında bağlayıcı olmadığı da bilinmektedir.

Ne var ki, Anayasa değişiklikleri sonrasında ortaya çıkan hukuki zeminde özel hukuka tâbi kılınmış sözleşmenin dava konusu olarak Danıştay önüne gelmesi

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994 tarih ve 1994/70 E., 1994/65-2 K. sayılı kararı (28.01.1995 gün ve 22185 sayılı Resmi Gazete) "Ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre sermaye şirketlerine verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının niteliğine gelince: 406 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde yapılan değişiklik sonucu kurulan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin "özel hukuk hükümlerine bağlı" olduğunun öngörülmesi ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının da özel hukuk kurallarına bağlı olması sonucunu doğurmaz. Çünkü, ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre, sermaye şirketlerine katma değerli hizmetlerin işletme lisans ve ruhsatı, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından değil, "Bakanlık" tarafından verilecektir. Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin ana sözleşmesinin 3. maddesinin (j) bendinde mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo televizyon, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetlerin lisans ve ruhsat karşılığı sermaye şirketlerine verilebilmesi hususunda Ulaştırma Bakanlığı'na önerilerde bulunmak şirketin amaç ve faaliyet konuları arasında sayılmıştır. Ulaştırma Bakanlığı, işletme lisans ve ruhsatlarını kuşkusuz şirket yönetiminin önerilerini dikkate alarak verecektir. Ancak, birinci fıkradaki katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yapılması durumunda da sözleşmelerin "imtiyaz sözleşmesi", daha geniş bir tanımla "idari sözleşme" olma niteliği değişmeyecektir. Çünkü, 1. maddenin açıklanmasında belirtildiği gibi, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi 233 sayılı KHK kurallarına bağlı bir kamu tüzelkişisidir. Özel hukuk hükümlerine bağlılığı faaliyetleri ile yapacağı özel hukuk sözleşmeleri ile sınırlıdır. Ulaştırma Bakanlığının söz konusu fıkra gereğince, işletme lisans ve ruhsatına ilişkin sermaye şirketleriyle yapacağı sözleşmelerin idari sözleşme olacağı kuşkusuzdur. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Yasa ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Yasası uyarınca, Bakanlık lisans ve ruhsat verdiği şirketler için koşulları belirleme, gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Gerçekten de, kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan, koşullarını Ulaştırma Bakanlığının belirleyeceği sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir. Bu nedenle Anayasa'nın 155. maddesi gereğince Danıştay'ın öndenetimine bağlıdırlar. Kaldığı, nitelikleri gereği idari olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı tutularak idari yargı denetiminin dışına çıkarılması veya nitelikleri gereği imtiyaz sözleşmesi olan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kabul edilmemesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Nitekim, 3974 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 3291 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 5. maddedeki bu netelikteki kural Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 günlü, 1994/43 Esas 1994/42-2 Karar sayılı kararı ile Anayasa'nın 2., 11., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁷² Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E. ve 1994/42-2 K. sayılı kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

imkanı zaten halihazırda mevcut bulunmamaktadır. Danıştay da bu yönde değerlendirme yapmış ve görüş bildirmiştir:

“3996 sayılı Kanunun 4493 sayılı Kanunla değişik 2 ve 5 inci maddelerinin bu açık hükümleri ve gerekçesi karşısında, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" ile ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilerine yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliği değiştirilerek özel hukuk sözleşmesi sayıldığı ve özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı sonucuna ulaşılmıştır. Böylece, bu tür sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi olanağı kalmamış, dolayısıyla bu sözleşmeler üzerinde Danıştay'ın yönetsel denetimi ortadan kalkmış bulunmaktadır.”¹⁷³

Bununla birlikte, Danıştay'ın yetkilerinin genel olarak değerlendirilmesinden bir sonuca varan ve bu yönde Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri yönünden artık yetkisinin yalnızca istişari nitelik arz ettiği görüş yol gösterici addedilebilir.

“(Sözgelimi), Kanun tasarılarının Danıştay'a görüş bildirilmek üzere gönderilmesi konusunda, yürütme organının herhangi bir zorunluluğu yoktur... (Burada y)apılan inceleme, tamamen istişaridir ve görüş bildirmekten ibarettir. (Oysa, tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirilmesinde bağlayıcılık bulunmaktadır, zira burada “inceleme” ibaresinin kullanılmış olması, “düşünce bildirmek”ten farklı bir hukuki sonuç yaratmayı öngörmektedir. Bu itibarla) Danıştay'ın incelemesine sunulduktan sonra tüzük tasarısını geri almak tasarrufu hariç, başka bir tasarrufta bulunmak yetkisi bulunmamaktadır.”¹⁷⁴

Sonuç olarak, “Anayasa değişikliğine koşut olarak Danıştay Kanunu'nda da yapılan değişikliklere göre, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay

¹⁷³ Danıştay 1. Daire'nin 14.04.2000 tarih ve 2000/60 E., 2000/55 K. sayılı Kararı, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹⁷⁴ Çal, A.g.e. s. 358 vd.;

tarafından verilen kararların, idarenin uymak ve uygulamak zorunda olmadığı, görüş belirtilen kararlar niteliğine büründüğü genel olarak kabul edilmektedir.”¹⁷⁵

Konuya ilişkin Danıştay yaklaşımı da önem arz etmektedir. Zira öncelikle Danıştay artık özel hukuka tabi sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşımadığına kanaat getirerek görüş bildirmek yönünde kendisine tanınmış bir görevden bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Bu doğrultuda, Danıştay 1. Daire’nin 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılacak tünel ve bağlantı yollarına ilişkin vermiş olduğu kararın önem arz eden bölümleri şu şekildedir: “3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5inci maddesi, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.” biçiminde değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde de Anayasanın 47 nci maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir. Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır. Bu durumda, "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmayan bu tür sözleşmeler üzerinde Danıştay’ın inceleme yaparak görüş bildirme görevi bulunmamaktadır.”¹⁷⁶

Benzer şekilde, Danıştay İdari İşler Kurulu’nun da “3096 sayılı Kanun kapsamında yeni yapılacak enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği yargısına vardığı” ifade edilmektedir¹⁷⁷. Bu çerçevede, “Danıştay, 3996 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen 5. maddesinde yapılan değişiklikle sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi” olacağı yönündeki düzenlemeden

¹⁷⁵ A.e.; Yılmaz Çimen, **Danıştay’ın Danışma İşlevi**, Danıştay 2004 yılı İdari Yargı Günü Sempozyumu, 136 Yıl, 11 Mayıs 2004, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:71, s. 33 vd.

¹⁷⁶ Danıştay 1. Daire’nin 11.09.2003 tarih ve 2003/108 E. ve 2003/110 K. sayılı kararı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁷⁷ Danıştay İdari İşler Kurulu’nun 2000/33 E. 2000/27 K. sayılı kararına atıfla Çal, A.g.e., s. 358 vd.

sonra, 3096 sayılı Kanun’da buna yönelik herhangi bir değişiklik öngörülmemiş olmasına karşın, ‘başlatılmış durumda olmayan’ projelere ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapımına artık yer olmadığına hükmetmiştir.”¹⁷⁸

Bununla birlikte, görüş bildirmenin neticesinin ve verilen görüş ile idarenin bağlı olup olmadığı hususlarına ilişkin olarak son dönemde Danıştay 1. Daire tarafından verilen bir kararın yol gösterici olduğunu düşünmek imkan dahilindedir. Zira Danıştay 1. Daire tarafından görüş verilen imtiyaz sözleşmesi taslağının ikinci defa Danıştay’a görüş bildirilmek üzere gönderilmesi çerçevesinde verilmiş olup bu kararda¹⁷⁹ aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“Bu durumda, Pamukova Belediye Başkanlığı ile ... Katı Atık İşleme Enerji ve Çevre Sanayi Ticaret ve Anonim Şirketi arasında akdedilen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında Dairemizin 14.5.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararıyla düşünce bildirilmiş olduğundan, söz konusu düşünce bildirilmesine ilişkin kararımız üzerine düzenlenen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre yeniden düşünce bildirilmesine olanak bulunmamaktadır.”

Netice itibarıyla itibarla, “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmış, ancak yasal değişiklikler sonrasında sözleşmenin diğer hükümleri aynı kalmakla beraber sadece tahkim maddesi konulmuş sözleşmeler”in¹⁸⁰ varlığı yanında 5393 sayılı Belediye Kanunu kapsamında yer alan ve özel hukuka tabi tutulması öngörülmediğinden kamu

¹⁷⁸ Çal, A.g.e., s. 358 vd.

¹⁷⁹ Danıştay 1. Daire’nin 09.12.2009 tarih ve 2009/1535 E. 2009/1682 K. sayılı Kararı; “Dosyanın incelenmesinden, Pamukova Belediye Başkanlığı ile ... Katı Atık İşleme Enerji ve Çevre Sanayi Ticaret ve Anonim Şirketi arasında akdedilen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı, İçişleri Bakanlığının 29.12.2008 tarihli Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü 32863 -46374 sayılı yazısıyla düşünce bildirilmek üzere Dairemize gönderilmiş, Dairemizin 14.5.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararıyla düşünce bildirilmiş ve Danıştay İdari İşler Kurulunun 21.7.2009 tarih ve E: 2009/11, K: 2009/12 sayılı kararıyla da aynen kabul edilmiştir. Söz konusu Danıştay kararları İçişleri Bakanlığının 03.08.2009 tarih ve 20431-45632 sayılı yazısıyla Pamukova Belediye Başkanlığına gönderilmiş, Pamukova Belediye Başkanlığı tarafından Danıştay Birinci Dairesinin ve Danıştay İdari İşler Kurulunun düşünce bildirilmesine ilişkin kararları doğrultusunda hazırlanan Sözleşme Taslağı ve eklerinin 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre yeniden incelenmek üzere Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır. ”, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹⁸⁰ Çal, A.g.e., s. 358 vd.

hizmeti imtiyazı niteliğini sürdüren sözleşmelerin mevcut bulunduğu görülmektedir. Kaldı ki, idarenin belirli kanunlarla ile yapılan vasıflandırmalar haricinde idari sözleşme yapma muhtariyeti de hala devam etmektedir.

Sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar bakımından tahkim yolu öngörülebileceği açık olsa da; kimi sözleşmelerin kanuni nitelendirme ve mahiyeti gereği kamu hizmeti imtiyazı özelliklerini arz etmekte olduğu da görülebilecektir.

Tahkim şartı öngörülmesi halinde bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı niteliğini kaybedeceği yönündeki görüş¹⁸¹ ile Anayasa değişikliğine istinaden bu sözleşmelerin de her zaman özel hukuka tabi kılınabileceği şimdilik bir kenara bırakılacak olursa aynı tarz sözleşmelerden birisi imtiyaz, diğeri tahkimli imtiyaz, bir üçüncüsünün de özel hukuk sözleşmesi olabileceği sonucuna varılacaktır.¹⁸²

Bununla birlikte, tahkim yolu öngören düzenlemelere rağmen idarenin telekomünikasyon sektöründe klasik kamu hizmeti imtiyazı yaklaşımını benimsediği ve tahkime ilişkin hükümler içermeyen bir özel hukuk kişisi görevlendirme usulüne yönelebildiği ifade edilmektedir.¹⁸³

Ancak bu konuda şunu belirtmekte yarar vardır ki, 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu'nun¹⁸⁴ 5809 sayılı Kanun¹⁸⁵ ile değişmeden önceki halinde, “İmtiyaz sözleşmesi”, “işletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık ve işletmeci arasında yapılan sözleşme” olarak tanımlanmış olup, halihazırda bu tanım ve bu yönde sözleşmelerin Türk Telekom'un özelleştirilmesine bağlı olarak yapılması mümkün değildir.

¹⁸¹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 315;

¹⁸² Çal, **A.g.e.**, 358 vd.

¹⁸³ Çal, **A.g.e.**, 358 vd.

¹⁸⁴ 21.02.1340 gün ve 59 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹⁸⁵ 10.11.2008 gün ve 27050 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

Aynı nitelikte olduğu kabul edilen ve yine imtiyaz sözleşmesi olarak vasıflandırılan “Görev sözleşmesi”¹⁸⁶ ve “GSM görev sözleşmesi”¹⁸⁷ de Kanun kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, 5809 sayılı Kanun’un Geçici 2. maddesi ile, “Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 406 sayılı Kanunun linci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibarıyla bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler” şeklinde hüküm sevk edilmiştir.

Anlaşılaçağı üzere, telekomünikasyon sektöründe imtiyaz sözleşmeleri mevcudiyetlerini halihazırda korumakla birlikte, bu sözleşmelerin de bir çoğunda Anayasa ile tanınan serbestiye istinaden tahkim şartı bulunduğunu söylemek gerekir.¹⁸⁸

Aynı zamanda, belirtmekte yarar vardır ki, tartışmaların odak noktasında bulunan elektrik piyasası bakımından da 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile rekabetçi bir düzene geçilerek Yap-İşlet-Devret ve İşletme Hakkının Devri modellerinin yavaş yavaş terk edilmesi karşısında, kamu hizmetine hakim olan ilkelerin gözetilerek yeniden Anayasa değişikliği yapılması ve yaratılan hukuki karmaşanın giderilmesinde yarar vardır.

¹⁸⁶ “Madde 1: ...Türk Telekom ile Bakanlık arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Bakanlığın takdir edeceği bir süre için akdedilen sözleşme”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁸⁷ “Madde 1: ...Türk Telekom ile Bakanlık arasında, GSM 1800 mobil telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve gerekli telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere akdedilen bir sözleşme” **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁸⁸ Ahmet Erdinç Çavuşoğlu, **Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim**, Doktora Tezi, İstanbul 2007, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.140 vd.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE HAZIRLIK VE UYGULAMA

A. Sözleşmenin Yapılması

1. Hazırlık Aşaması

İdari sözleşmelerde idarenin tek taraflı belirleme yetkisi kapsamına örnek olarak mütalaa ettiğimiz şartnamenin hazırlanması sürecinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin de hazırlık aşamasını oluşturduğu söylenebilecektir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun¹ “*Tanımlar*” başlıklı 7. maddesine göre şartnameler, “Yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri” ifade etmektedir. Şartnameler, yapılacak işe göre genel ve özel mahiyette olabileceği gibi şartnameler açısından genel esasların belirlenmesi bakımından Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Bu doğrultuda aynı Kanun’un 8. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca; Bakanlar Kurulu, “Tip şartnamelerin genel ve ortak esaslarını belirlemeye” ve “Şartnamelere konulmak üzere 7nci maddede sayılan hususlarla ilgili veya bunlar dışındaki konularda genel esaslar tespit etmeye, yetkilidir.”

Bahsi geçen 7. maddenin ikinci fıkrasında şartnamelerde işin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartlardan başka genel olarak gösterilmesi zorunlu görülen hususlar belirtilmiştir. Bu hususlar; işin niteliği, nevi ve miktarı, taşınmaz malların satışı, kiraya verilmesi, trampa edilmesi ve üzerlerinde mülkiyetin gayri ayni hak tesisinde tapu kayıtlarına göre yeri, sınırı, yüz ölçümü, varsa pafta, ada ve parsel numarası ve durumu, tahmin edilen bedeli, geçici teminat miktarı ve kesin teminata ait şartlar, işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, işe başlama ve işi bitirme tarihi, gecikme halinde alınacak cezalar, isteklilerde aranılan şartlar ve belgeler, ihaleyi yapıp yapmamakta ve uygun bedeli tespitte idarenin serbest olduğu, ihale kararının karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde ita amirince

¹ 10.09.1983 gün ve 18161sayılı Resmi Gazete, **Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

onaylanacağı veya iptal edilebileceği, vergi, resim ve harçlarla sözleşme giderlerinin kimin tarafından ödeneceği, ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilemeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı, sözleşme konusu işlerin malzeme veya birim fiyatlarındaki değişiklikler nedeniyle eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği, süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları, işin süresinden önce bitirilmesinde fayda görülen hallerde erken bitirme primi verilecekse miktarı, şartları ve ödeme şekli ve ihtilafların çözüm şekli olarak sıralanmıştır.

Benzer hususlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun² 27. maddesinde de sıralanmış olup bu Kanun'un "*Şartnameler*" başlıklı 12. maddesi kapsamında "İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verile"ceğinin belirtilmesi yanında bu teknik kriterlerin "verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacak" nitelikte olması öngörülmüştür. Ayrıca aynı madde kapsamında "Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler" in de yapılacağı, ve "ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebil"mesine sınırlı olarak imkan tanınmıştır.

Bu hususlar dairesinde idarelerin bu hususları karşılamak adına yapacağı çalışma ve netice itibarıyla belirleme yetkisi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hazırlanmasına yönelik öncelikli işlerdir.

Şartnamelerin hukuki niteliği yönünden yapılan değerlendirmelerde ise, şartnamelerin idarenin üstünlüğü ilkesine dayanılarak tek yanlı idarî tasarruf ile düzenleyici nitelikte yapılmakta olduğu ifade edilmektedir. Şartnameler tamamen idarenin hüküm ve tasarruflarına tabi olup diğer âkit tarafın genel şartnameler üzerinde hiçbir söz hakkı bulunmadığı belirtilmektedir. Bu açıdan özel hukuk kişileri

² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 04.01.2002 tarihinde kabul edilmiş ve 22.01.2002 gün ve 24648 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

“Şartnamelere ilâve yapamaz, şartnameleri değiştiremez, kısmen kabul veya kısmen reddedemez.”³ Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı olarak belirtilmekte ve idarenin kural işlemlerinden kabul edilmektedir. Şartnameye dayanan sözleşme belgeleri ile, sözleşmecî şartnamede belirlenen genel ve nesnel bir statüye dahil edilmektedir. Diğer yandan sözleşme belgeleri mali hükümler de içerebilmektedir. Bu nedenle sözleşme belgeleri bir yönüyle şart işlem, öteki yönüyle subjektif işlem olarak nitelendirilmektedir.⁴

Şartnameler, ilgili Bakanlık tarafından hazırlanarak Danıştay incelemesinden geçtikten sonra Bakanlar Kurulu’nun onayına sunulur. Bu şartnameler “tip şartname” olarak adlandırılmakta olup ilgili bakanlıkça hazırlanan şartname Bakanlar Kurulu kararıyla düzenleyici işlem haline gelmekte ve bir sonraki aşamada yapılacak ihaleye katılacak özel hukuk kişileri yönünden bir statü yaratmaktadır. Bu doğrultuda, özel hukuk kişileri yönünden şartname hüküm ve şartları bağlayıcı olmaktadır. Özel hukuk kişilerin şartnamede değişiklik yapılmasını istemesi ise mümkün değildir.⁵

Diğer yandan sözleşme konusu iş için bütçede ödeneğin bulunup bulunmadığının araştırılması da hazırlık aşamasında yapılması gereken en önemli işlerden addedilmektedir. Bu bakımdan, idare tarafından öncelikle ödenek durumu araştırılmalı ve daha sonra özel ve teknik şartnamenin hazırlanması gerektiği düşünülmelidir; zira ödenek yok iken ihalenin yapılması, idarenin sorumluluğunu doğuracaktır.⁶

Yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, sözleşme kapsamında özel hukuk kişisine gördürülecek işin özellikleri, bir takım idari zorunlulukların ayrıca karşılanmasını ve bu kapsamda usuli her türlü eksikliğin giderilmesini de

³ Bayram Keskin, **Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**; Ocak 2008 s.115 vd.; Arıkan Basım Yayın Dağıtım; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998 C.II Sy.1-2 s. 174 vd.

⁴ Günday, **A.g.e.**, .308 vd..

⁵ Keskin, **A.g.e.**, s.115 vd.; Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.; Günday, **A.g.e.**, s.180 vd..

⁶ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd; Giritli, Bilgen, Akgüner, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006., s.181 vd.

gerektirebilir. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun temel ilkelere ilişkin 5. maddesinin son fıkrasında Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Olumlu Raporu gerektiren projeler yönünden bu değerlendirme ve tasvibin ihale öncesinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷

2. İhale Aşaması, İhale Sürecine Hakim Olan İlkeler ve Usuller

İhale tanımına 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında yer verilmiş olup, burada yer alan tanıma göre ihale “işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” ifade etmektedir. Bununla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında da benzer bir tanıma yer verilmiş olup, burada kapsamın “özellikle mal ve hizmet alımları ile yapım işleri”ne yönelik olduğu belirtilmiştir.

İhaleler bir piyasa değerlendirme yöntemi olarak⁸ ihale konusunun tahsisinde alıcılar ve satıcılar arasındaki fiyat rekabetinin cereyan ettiği ve belirlemenin yapıldığı bir sistemi oluşturmaktadır⁹.

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere; mevzuatımızda kamusal faaliyetlerde etkili olan ve ihaledeki genel usul ve esasları belirleyen iki kanun mevcut bulunmaktadır. Bunlardan ilki 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu olup bu Kanun’un amacı, ilk maddesinde belirtildiği üzere; “amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.” Kanun’un ikinci maddesi ise kapsamı belirlemekte olup yine aynı madde altında belirtilen idarelerin¹⁰ “kullanımında bulunan her türlü kaynaktan

⁷ “Madde 5/son: İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁸ Günday, **A.g.e.**, s.180 vd..

⁹ Keskin, **A.g.e.**,s.115 vd., Odyakmaz, **A.g.m.** s.174 vd..

¹⁰ MADDE 2.- Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri” kapsam dahilinde yer almaktadır. Bununla birlikte, “İstisnalar” başlıklı 3. madde altında da, her ne kadar yaptırımları yönünden bu Kanun hükümlerinin geçerli olduğu belirtilmişse de, Kanun’a tabi olmayacak iş ve hizmetler belirlenmiştir.¹¹

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (mesleki kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.

¹¹ MADDE 3.- a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

b) Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,

c) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları, "özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,"

d) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

e) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve “hizmetler” için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar “ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve

İhalelerin genel usul ve esaslarını ortaya koyan mevzuatımızdaki diğer kanun ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹² olup bu Kanun daha genel bir kapsam maddesi arz etmektedir. Şöyle ki; “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel

tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar”,

f) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,

g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli 5.849.426,- TL’i aşmayan mal veya hizmet alımları,

h) Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbi malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları,”

i) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki "taşınır ve taşınmaz" kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon "ve konservasyon" projeleri, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,

j) Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil müdahale planlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale planlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

k) Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,

l) Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

m) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,

n) Uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

o) Elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtımı alanında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları,

p) Gençlik ve Spor Bakanlığının uluslararası gençlik faaliyetleri ile Spor Genel Müdürlüğü ve bağımsız spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

r) Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnamele kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir. **Kazancı İhtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

¹² 10.09.1983 gün ve 18161 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı İhtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.”

Bu noktada, kapsam bakımından dikkate alınması gereken ilk husus; “Kamunun elindeki malların satılması ya da kiraya verilmesi işlemlerinde ise bu alan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmediğinden 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanacak”¹³ olmasıdır. Zira 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, yalnızca mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini kapsamakta, bunun dışında kalan satım ve kira muamelelerini ihtiva etmemektedir.

Diğer bir fark da 2886 sayılı Devlet İhale Kanun’un, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu aksine yalnızca sübjektif açıdan daha sınırlı bir kapsam maddesi getirmiş olmasıdır. Şöyle ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tüm kamu kuruluşlarını ilgilendirirken, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyeleri” ilgilendirmektedir. Ayrıca belirtmekte yarar vardır ki her ne kadar bir takım idarelerin kimi faaliyetleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesi ile istisna kapsamına alınarak bu Kanun’un uygulaması dışında bırakılmışsa da aynı Kanun’un Geçici 3. maddesi ile istisnai bu tasarrufların yetki unsuru ayrıca belirlenmiş bulunmaktadır.¹⁴

¹³ Keskin, A.g.e., s.115 vd.;

¹⁴ GEÇİCİ MADDE 4.-a) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendine ilişkin esas ve usuller ilgili kurumlar tarafından,

b) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (d) bendine ilişkin esas ve usuller, Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü üzerine, Dışişleri, Milli Savunma, Maliye ve Bayındırlık ve İskan Bakanlıkları tarafından,

c) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendi gereğince yapılacak mal ve hizmet alımlarına ilişkin esas ve usuller, Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü üzerine, ilgili kurumlar tarafından,

İlgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanarak, Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulur.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (e) bendi gereğince "yapılacak alımlarda uygulanacak esas ve usuller Kurum tarafından," Devlet Malzeme Ofisinden yapılacak alımlara ilişkin esas ve usuller ise gerekli görülmesi halinde Maliye Bakanlığı tarafından belirlenebilir.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi kapsamındaki mal ve hizmetler, ilgili kuruluşların talebi üzerine Kurum tarafından belirlenir.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (h) bendine ilişkin esas ve usuller, Sağlık Bakanlığı ve Kurumun görüşleri alınarak Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tabi olurlar. "Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının Türkiye karasuları ile uluslararası sular dahilinde petrol ve doğalgaz arama,

Bununla birlikte, yetki unsurunun belirlenmiş olmasına karşılık “kamunun çoğunluk hissesine sahip bulunduğu şirketlerin “istisna” kapsamındaki alımlarını düzenleyen esasların” kim tarafından ve nasıl belirleyeceğinin belirsiz olmasının eleştirilmekte olduğu görülmektedir.¹⁵

İlgili kanunlar kapsamında yer alan usul ve esaslar dairesinde yürütülecek ihaleye ilişkin olarak gerek idare hukuku prensiplerinden kaynaklanan gerekse de bu kanunlar kapsamında açıkça düzenlenen bir takım ilke ve kurallar mevcut bulunmaktadır. Bu çerçevede, bu ilkelerin genel bir değerlendirmesinin yapılması ihale süreçlerinin usul ve esaslarının anlaşılır olması bakımından yardımcı olacak niteliktedir.

Bununla birlikte, belirtmekte yarar vardır ki, bahsi geçen mevzuat daha çok idarenin özel hukuk sözleşmeleri yönünden uygulama alanı bulmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından gerek belirtilen mevzuat gerekse de idarenin ihale süreçlerinde uyması gereken usul ve esasları belirleyen 2.06.1934 tarih ve 2490 sayılı mülga Artırma Eksilme ve İhale Kanunu’nun hiçbir zaman uygulanması söz konusu olmamıştır. Ayrıca, kanuni nitelendirmeler dolayısıyla kamu hizmeti imtiyazı vasfını yitiren 3096, 3465, 3996 ve 4628 sayılı Kanunlara tabi projeler bakımından da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale

sondaj, üretim ve taşıma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmaz."

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (i) bendine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendine ilişkin esas ve usuller, Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu ve Denizcilik Müsteşarlığının görüşleri alınarak Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (l) bendine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak Adalet ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (k) bendine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendi gereğince Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından uygulanacak usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve Kurumun görüşleri alınarak Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından; (n) bendine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı ve Kurumun görüşleri alınarak ilgili bakanlıklar tarafından hazırlanacak yönetmeliklerle belirlenir.

¹⁵ Keskin, A.g.e., s.115 vd.;

Kanunu'nun uygulanması ya da benzer bir usul öngörölmüş değildir. Bu kanunlara ilişkin mevzuat kapsamında ilan ve ihale usullerine ilişkin bir takım emredici olmayan kurallar getirilmiş ve öngörölen süreçler daha çok yetki sahibi idarenin takdirine bırakılmıştır.¹⁶

Bu çerçevede, bu bölümde izah edilen usullerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yönünden hazırlık sürecinin daha anlaşılır olabilmesi, uygulanabilecek usullerin genel olarak ortaya konulması bakımından açıklandığı düşünülmelidir. Zira, idare hazırlık aşamasında tek yanlı idari tasarruflarla süreci yürütmekte olup, bu sürecin özel hukuk hükümlerine tabi olması ya da idari yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bu nedenle, özellikle bu sürece hakim olan ilkeler idarenin takdir yetkisinin sınırının belirlenmesi ve yargısal denetimi bakımından belirleyici rol oynayacaktır.

Ayrıca, imtiyazcının belirlenmesi ya da seçimi bakımından başvuru kriterlerin yeterlilik ve uzmanlık olduğu ifade edilmekte ve bu kriterleri karşılayacak özel hukuku kişisini seçmekte idarenin takdir yetkisi bulunduğu belirtilmektedir. İmtiyazcının serbestçe seçilmesinden idarenin bu konuda denetimi olmayan bir işlem tesis edebileceği anlaşılmamalıdır. İdare tercih ve takdirini rekabet ve piyasanın gerekleri doğrultusunda ortaya koymalıdır.¹⁷

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "*Temel İlkeler*" başlıklı 5. maddesi altında ihale öncesinde ve ihalenin her aşamasında idarelerce dikkate alınması gereken hususlar belirtilmiş bulunmaktadır. Buna göre; "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." Yine benzer şekilde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "*İlkeler*" başlıklı 2. maddesinde de "Bu Kanunun yürütölmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında

¹⁶ Günday, **A.g.e.**, s. 178 vd.

¹⁷ Sedat Çal, "İntuittu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine...", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, Sy. 2010/3, s. 94

karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.” ifadesine yer verilmiştir.

Bu çerçevede, yer verilen saydamlık başka bir ifade ile açıklık idarenin, tüm idarî sözleşmelerde olduğu gibi kamu hizmeti imtiyazlarını verirken de açmış olduğu ihalelerde gözetmesi gereken bir ilke olarak gözetilmelidir.¹⁸ Sözleşmenin ve konusu teşkil eden kamu hizmetinin en uygun şekilde, işin ifasında en ehil imtiyazcıya verilmesi ve yolsuzluk şüphesine yer bırakılmaması bakımından saydamlık önem arz etmektedir. Saydamlığın ilan yoluyla sağlanması mümkün görünmekle birlikte kapalı tekliflerde zarfların istekliler önünde açılmasının da bu ilkeye hizmet edeceği ifade edilmektedir.¹⁹

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 21. maddesi²⁰ altında düzenlenen “Pazarlık Usulü” bakımından bu ilkenin geçerli olmayacağını düşünmek mümkündür. İlgili usule yalnızca madde kapsamında yer alan şart ve hallerde

¹⁸ Onar, A.g.e., s.1617.

¹⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, A.g.e., s.182.; Keskin, A.g.e., s.115 vd.;

²⁰ “Pazarlık Usulü MADDE 21.- Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti 127.154,- TL na kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.

Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

(b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.” **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

başvurulabileceği nazara alındığında idari tasarrufun özelliği, hal ve şartların ivedilik gerektirmesi ve kamu yararı doğrultusunda bu usule yer verilmiş olduğu ve her halükarda ikincil bir yol olarak benimsenmesi gerektiği düşünülmelidir.

İdarenin yalnızca ihaleyi saydamlık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirmesi değil aynı zamanda, ilgililerin ihaleye serbestçe katılabilecekleri ortamı hazırlaması ve katılım gösteren ilgililere eşit mesafede bulunması da gerekmektedir. Bu ilke ilgililer arasında rekabet ve idarenin ilgililere yaklaşımı bakımından eşit muamele ilkesi olarak bilinmektedir. İlgililere eşit muameleden, süreç dahilinde yer alan şartnamelerin bağımsız şekilde hazırlanması yanı sıra ilgili mevzuat uyarınca belirlenen teknik ve mali yeterliliği haiz ilgililere eşit davranılması gerektiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu durumun aksine sebebiyet verecek bir çok fiil ilgili kanunlar kapsamında yasak edilmiş ve vukuu yaptırıma bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, eşit muamelenin sağlanması bakımından bir takım şahısların ihaleye katılamayacağının baştan öngörülmesi gerektiği sarıh olup, bu yönde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 6. ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddeleri ile ihaleye katılamayacaklara ilişkin hükümler sevk edilmiş olduğu görülmektedir.

Bu süreç dahilinde yer alan bir diğer ilke de güvenilirlik ve gizlilik olarak belirtilmekte ve bu ilke doğrultusunda “katılan tarafından verilen ihale dokümanlarının diğer teklif verenlere ve ihale ile ilgisi olmayanlara duyurulmamasını sağlamak”²¹ hedeflenmektedir. Bu bakımından özellikle idarece yapılan fiyat araştırmaları ile maliyet değerlendirmelerinin ve yine kamu imtiyaz sözleşmelerinde sıklıkla uygulanan ve teklif sahiplerince sunulan dokümanlarla karşılaştırılan fizibilite raporları ile finansal değerlendirmelerin de gizlilik içinde korunması gerekecektir.

Zira tekliflerin yeterliliği ve kabulü bakımından belirleyici olacak nitelikteki bu çalışmaların ifşasının ihalenin sıhhatini ve sonuç itibarıyla elde edilecek kamu menfaatini sarsacağında şüphe bulunmaması gerekir. 4734 sayılı Kamu İhale

²¹ Keskin, A.g.e., s.115 vd.;

Kanunu'nun 9. maddesi kapsamında yer verilen yaklaşık maliyet bakımından sevk edilen hüküm şu şekildedir: "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz."

Benzer şekilde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 9. maddesinde de bu yönde tahmin edilen bedelin tespiti şeklinde düzenleme yapılmış ve "Tahmin edilen bedel, idarelerce tespit edilir veya ettirilir. İşin özelliğine göre gerektiğinde bu bedel veya bu bedelin hesabında kullanılacak fiyatlar belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulur. Tahmin edilen bedel, bunun dayanaklarının da eklendiği bir hesap tutanağında gösterilir ve asıl evrak arasında saklanır. Bu bedel gerektiğinde ihale komisyonlarınca tahkik ettirilir" ifadelerine yer verilmiştir.

Bedel ve maliyet tespitlerini yakından ilgilendiren ve ihalenin sonucu bakımından en belirleyici ilke olarak ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması yönündeki ilkenin en uygun bedelin bulunması amacına hizmet etmekte olduğu ve bedel tespiti konusunu yakından ilgilendirdiği bilinmektedir.

Bu bakımdan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 28. maddesinde "Arttırmalarda uygun bedel; tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yükseği", "Eksiltmelerde uygun bedel" ise; "tahmin edilen bedeli geçmemek şartı ile, teklif edilen bedellerin tercihe layık görüleni" olarak tanımlanmıştır. İdarece yapılan hazırlık çalışması kapsamında bedel tespitinin yapılmış olması da teklif konusu bedeller yönünden değerlendirmeye referans teşkil edecektir. Bu bağlamda aynı madde kapsamında şu ifadelere yer verilmiştir: "Kapalı teklif usulüyle yapılan ihalelerde; bedel tahmini yapılmışsa uygun bedel, teklif edilen bedellerden tahmin edilen bedeli geçmemek şartıyla tercihe lâyık görüleni; bedel tahmini yapılmamışsa uygun bedel,teklif edilen bedellerin tercihe lâyık görülenidir.

Tercih gerekçeleri kararlarda belirtilir. Ancak, bedel tahmini yapılmamış kapalı teklif usulü ihalelerde, ihalenin geçerli sayılması, bizzat ilgili bakanın onayına bağlıdır.”

Bu noktada, tercih için belirleyici olan hususlar önem arz etmekte olup, aynı madde altında; “Uygun bedelin tercihinde kullanılacak kriterler ile eksiltmelerde kabul edilecek azami indirim miktar veya oranları; işin niteliği, nevi ve miktarı, birim fiyatları, istekli tarafından talep edilen avans miktarı ve isteklinin buna benzer teknik ve mali yeterliği ile ilgili diğer hususlar da göz önünde bulundurulmak ve gerektiğinde diğer bakanlıkların da görüşleri alınmak suretiyle her yıl Bayındırlık ve İskân Bakanının koordinatörlüğünde Milli Savunma, Maliye ve Gümrük, Tarım Orman ve Köy İşleri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlarınca tespit olunarak Resmi Gazete’de yayımlanır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Buna karşılık 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 40. maddesinde ihalenin “ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.” ifadesine yer verilmiştir. Aynı maddenin devam eden fıkrasında “Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir” denilmekle ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasından yalnızca idare lehine mali değer değil; işin, faaliyetin ve hizmetin kapsam ve içeriğine ilişkin kamu yararının en iyi şekilde karşılanması olduğu anlaşılmaktadır.

Belirtilen ilkeler dışında gerek 2886 Devlet İhale Kanunu’nun 2. maddesi²² gerekse de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesi²³ gereğince birden fazla

²² “Başka başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamaz. Ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları birarada yapılabilir.” **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

²³ “Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemez.” **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

işin aralarında doğal bir bağlantı olmadığı sürece birlikte ihaleye çıkarılması da mümkün değildir. Bu anlayış doğrultusunda, idarelerin her iş için ayrı bir yeterlilik arayarak gerekli uzmanlığı sağlaması ve kamu yararına hizmet eden en iyi teklifi benimsemesin amaçlandığı görülmektedir.

İlgili ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilecek ihalelere ilişkin usuller 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinde sırasıyla açık ihale usûlü, belli istekliler arasında ihale usûlü ve pazarlık usûlü olarak gösterilirken 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen usuller dışında ayrıca yarışma usulüne de yer verilmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesi gereğince açık ihale usûlü ile belli istekliler arasında ihale usûlü temel usuller olarak belirlenmiş, pazarlık usulünün yalnızca Kanun'da belirtilen özel durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu da bu yönde bir tercihe yer vermiş ve 36. madde ile tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Açık ihale usulü bütün isteklilerin teklif verebildiği usul olarak tanımlanmaktadır. Belli istekliler arasında ihale usulü ise ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü ifade etmektedir. Bu noktada, her iki usulün de aslında tüm isteklilere açık olduğu nazara alındığında saydamlık ve açıklık ilkesinin gereğinin bu usuller dairesinde sağlandığı söylenebilecektir. Bu ilke ile bağdaştırılamayacak nitelikteki ve bu sebeple esas usul olarak benimsenemeyen pazarlık usulü ise ancak kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatını isteklilerle görüştüğü usulü ifade etmektedir.

Bunlar haricinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer alan açık teklif ve kapalı teklif ifadelerinin tekliflerin gizli ya da sözlü olarak yapılmasını ifade etmekte olduğu görülmektedir. Son olarak, yine aynı Kanun'da yer alan yarışma usulü ile de

idarelerin her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde yarışma ile yaptırması öngörülmektedir. Nihayetinde bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri ile projesi uygulanacak olan yarışmacıya işin ihalesinde pazarlık usulüne başvurulabilmesi söz konusu olabilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca ihale işlemleri, “İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendir”ilmesi suretiyle teşekkül edilen bir komisyon tarafından yürütülmekte olup ihale yetkilisinin onayı ile tamamlanmaktadır.

Benzer şekilde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca da sözleşmeden önceki işlemleri teşkil eden ihale işlemleri “İta amirleri, ilgili idarenin memurlarından birinin başkanlığında idareden, yapım işlerinde işin ehli veya uzmanı olmak şartıyla, en az bir kişi ve maliye memurunun katılımıyla kurulacak komisyonlar” aracılığıyla yürütülmektedir. Bu Kanuna göre ihale işlemleri, 41. madde de belirtilen şekilde, “kabul edilen teklifler incelenerek”, “İhalenin yapıldığı, ancak ita amirinin onayına bağlı kaldığı”, “Tekliflerin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için süreye ihtiyaç duyulduğu” ve “şartnamelerde daha uzun bir süre öngörülmemiş ise ihalenin 15 günü geçmemek üzere başka bir güne bırakıldığı”, “İhalenin yapılmadığı, hususlarından birine karar veril”mesi ile sonlanmaktadır.”

İhale aşaması neticelenene kadar akdin teşekkül etmemiş olduğu ve bu aşama kapsamında idarenin kamu hizmetini gördürmeyi ya da ihalenin konusuna göre mal ve hizmet alımları ile başkaca işlerinde muhatabını seçtiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, sözleşme serbestisinin gerektirdiği karşı tarafın serbestçe seçilmesi gibi bir hususun idari sözleşmeler yönünden kabulü mümkün değildir. Hatta görüleceği üzere özel hukuk sözleşmeleri yönünden dahi idarenin sınırsız bir takdir yetkisinden bahsedilemez.

Bu aşamada gerçekleşen işlemlerin bir idari tasarruf mahiyetini taşıyan ihale işlemine ilişkin olduğu ve idarenin işlem ve eylemlerinin denetiminin her halükarda mümkün olması gerekliliği karşısında yargısal denetime açık olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, taliplerden birinin şartları haiz olmadığı yolundaki itirazı kabul edilmeyen veya komisyon tarafından şartları haiz olmadığından dolayı eksiltmeden çıkarılmasına karar verilen şahıslar bu yöndeki kararları dava konusu edebilecektir. Aynı şekilde, zaptın noksanlığı, aleniyet şartlarına riayet edilmediği, zarfların usulü dairesinde açılmadığı yönündeki iddialar da yargısal denetime tabi tutulabilecektir. Bu bakımdan ihaleye kadar henüz sözleşme ve hukuki ilişki henüz mevcut olmadığından idare ile özel hukuk kişisi arasında sözleşmeden doğan bir uyumsuzluğun varlığından bahsedilemez. Bu nedenle bu aşamaya kadar olan kısım sözleşmesinin hazırlık aşaması ve sözleşme dışı aşama olarak kabul edilmektedir. Bu aşamanın “idari bir mahiyette olan tasarrufları ve fiilleri ihtiva ettiği için” idari ihtilaflara ve davalara mevzu olabileceği genel olarak kabul görmüştür.”²⁴

3. Sözleşmenin Akdedilmesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca “[k]anunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri” ifade eden ihalenin netice itibariyle ihale yetkilisinin onayını müteakip imzalanan sözleşme ile tamamlandığı kabul edilmektedir. Benzer şekilde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda da bu husus, ihale sürecinin sözleşme ile tamamlanacağı; ihalenin, “istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” olarak tanımlanması ile belirtilmiştir.

Bu çerçevede, ihale kapsamında ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkesi çerçevesinde kabul gören teklifin sahibine ihale bırakılacak olup, bu noktada 4734 sayılı Kamu İhale

²⁴ Onar, A.g.e., s. 1590 vd.,

Kanunu'nda da açık şekilde ifade edilmiş olduğu üzere teklif sahibi ile yazılı bir sözleşmenin imzalanması gerekmektedir.

Bu şekil şartı aynı zamanda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda da belirtilmiştir. Gelineen noktada, idare ile kabul gören teklif sahibi arasında ihalenin ihale dokümanı ve içeriğine uygun bir sözleşmeye bağlanması söz konusu olacaktır.

Bu bakımdan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesi uygulanacak olup, bu maddede “Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir” şeklinde hükümler sevk edilmiştir. Sözleşmenin imzalanması öncesinde ilgililerin ciddiyeti ve idarenin ihale sürecinde herhangi bir zarara uğramaması bakımından alınan geçici teminatlar gibi bu aşamada da ayrıca kesin teminat alınması öngörülmektedir.²⁵ Bahsi geçen kesin teminat, sözleşmenin imzalanmaması halinde gelir kaydedilecektir. Yazılı bir sözleşmenin imzalanması ve sözleşme imzalanmadan evvel kesin bir teminat alınması usullerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine yönelik süreçlerde de uygulandığı görülmektedir.

²⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu MADDE 43.- “Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır.

Yapım işlerinde, 38 inci maddeye göre gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra, ihalenin aynı madde uyarınca hesaplanan sınır değerinin altında teklif veren isteklilerden biri üzerinde bırakılması halinde, kesin teminat sınır değerinin yüzde altısı oranında alınır.

Ancak, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten %6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.”

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu MADDE 54 - Taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır. (Ek cümle: 5234 - 17.9.2004 / m.9/c - Yürürlük m.34/c) Tasfiye idaresince yapılan taşınır mal satışlarında kesin teminat, ihale bedelinin %6'sından az olamaz.

Müteahhit veya müşterinin bu zorunluluğa uymaması halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir.

Verilen kesin teminat, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir. Sözleşmenin yapılmasından sonra geçici teminat iade edilir.” **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerin akdedilmesine yönelik yetkili idare bakımından değerlendirme yapıldığında, halihazırda halen yürürlükte bulunan Menafii Umumiyye Ait İmtiyazat ve Hakkında Kanun uyarınca Devlet adına imtiyazat verme yetkisi Bakanlar Kurulu'nundur.²⁶

Bununla birlikte, Yerel yönetimler yönünden yapılacak değerlendirmede ise 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun²⁷ 15. maddesi uyarınca, belediyelerin görevleri arasında "...[m]üktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek; kaynak sularını işletmek veya işlettmek", "Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek" ve "Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak" gösterilmiş olup, bu hizmetlerin imtiyaz usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülebileceği ifade edilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca belirtilen hizmetlerin "Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebil"eceği düzenlenmiştir.

Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri bakımından idarenin karşısındaki özel hukuk kişinin Menafii Umumiyye Ait İmtiyazat ve Hakkında Kanun uyarınca Osmanlı (Türk) anonim şirketi olması gerektiği ifade edilmektedir.²⁸ Uygulamada kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve bu niteliği arz eden ve fakat kanuni nitelendirme ya da tahkim şartı öngörülmesi dolayısıyla sapma niteliği arz ederek farklı değerlendirme ve yargısal denetime tabi tutulan sözleşmeler bakımından da özel hukuk kişinin genelde bir sermaye şirketi, özellikle de anonim şirket olduğu görülmektedir.

²⁶ Günday, **A.g.e.**, s. 308 vd.

²⁷ 13.07.2005 gün ve 25874 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

²⁸ Günday, **A.g.e.**, s. 308 vd.

Bu noktaya kadar yapılan açıklamaların da açıkça ortaya koyduğu üzere; imtiyazcı, sözleşmeci, müteahhit ve/veya yatırımcı her ne adla anılırsa alınsın idare karşısında yer alan özel hukuk kişisi idarenin tek yanlı tasarruflarını kabul ederek yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmiş olmakla artık iradesinin yansıyacağı sözleşmenin imzalanması ve sonrasında da uygulanması aşamasına gelmiştir. Bu imza öncesinde yer alan “[g]erek şartname ve gerek sözleşme belgeleri esas itibarıyla idarenin tek yanlı iradesi ile belirlen”mekte ve “sözleşmeci sadece idarece hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya toptan kabul veya toptan reddetme imkanına sahip bulunmaktadır.”²⁹

B. Sözleşmenin Uygulanması ve Tarafların Hak ve Borçları

Kamu hizmeti imtiyazının bir sözleşme ile yani iki taraflı bir hukuki işlem ile tanınacak olması gereği bu sözleşme kapsamında tarafların karşılıklı hak ve borçların mevcut olacağı açıktır. Bu nedenle imtiyazın kâr ve zarar ihtimalleri taşıyan bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. İmtiyazcının ne kadar kâr elde edeceği ya da kâr elde edip edemeyeceği kesin olarak bilinemez. Bu nedenle imtiyaz sahibi öngörülemezlik durumu hariç az kazanç veya zarar ederse sözleşmenin değiştirilmesini talep etmesi de düşünülemeyecektir.³⁰

Bununla birlikte, kamu hizmetinin en belirgin özelliklerinden birinin de değişkenlik olduğu ifade edilmektedir.³¹ Kamu hizmetini kurmak ve işletmek görevi idarenin sorumluluğunda olduğuna göre, idarenin değişkenlik dolayısıyla hasıl olabilecek bu yöndeki takdir ve iradesinin sözleşmeye yansıtılması gerekecektir. Elbette ki sözleşme şartlarında imtiyazcı aleyhine bir ağırlaşma durumu söz konusu olabilecektir, bu halde idarenin mali dengenin korunmasına ve sözleşme şartlarının yeni duruma uyarlanmasına yönelik adımları gündeme gelecektir.

²⁹ Günday, **A.g.e.** s. 308 vd.

³⁰ Keskin, **A.g.e.** s. 126,

³¹ A.Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ağustos 2006, 4. Bası., Turhan Kitabevi, s.624 vd.

İmtiyazcının tüm hak ve borçlarının imtiyaz sözleşmesi kapsamında, imtiyaz süresi ile sınırlı olarak ve ancak kamu hizmetinin kurulum, görüm ve yürütümüne yönelik kullanılması imkanı mevcuttur. Bu bakımdan, imtiyazcı kamu hizmeti yapmak için kurduğu tesislerin kural olarak maliki olmayacak; hatta tesisler üzerinde idari bir tasarruf ile izin verilmediği sürece aynı hak sahibi olması da mümkün olmayacaktır.³² İmtiyazcının kamu idaresi yerine geçerek ihtiyaçları doğrultusunda kendi adına kamulaştırma yapılmasını istemek ve idarî irtifak haklarından istifade etmek gibi hakları ise gündeme gelebilecektir. Ancak tüm bu imkânlar imtiyaz sahibine kamu hizmetinin görülmesi için tanınmış³³ olup, kesinlikle kar etme amacına yönelik olarak imtiyazcının ticari faaliyetleri kapsamında mütalaa edilmemelidir.

Sözleşmesinin uygulanması bakımından imtiyazcının bulunduğu hukuksal durum değerlendirildiğinde sözleşme yanında yürütülen kamu hizmeti bakımından diğer tüm kanun ve sair mevzuatın da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu doğrultuda, imtiyazcı kamu hizmetini en iyi ve usulüne uygun şekilde sözleşme boyunca eksiksiz ve aksaklığa mahal vermeksizin yürütmek ve sözleşme sona erdiğinde mücbir sebep hariç hizmeti tesis, içerdiği tüm haklar ve araçlar ile birlikte devretmekle mükelleftir.³⁴

İmtiyazcının ise bir özel hukuk kişisi olması dolayısıyla asıl amacının kamu hizmetinin görülmesinden ziyade kâr elde etmek ve mali menfaat temin etmek olduğunu kabul etmek gerekir. Sermaye şirketi olmanın bunu gerektirdiği açıktır. Bu menfaatin temini idarenin imtiyazcıya yapacağı malî yardımlar, imtiyazcının imtiyazdan istifade edenlerden alacağı ücretler ve idarenin imtiyaz sahibine temin edeceği bir takım menfaatlerle ve sair şekillerle karşılanır ve sağlanır.³⁵ Ne var ki, bu noktada, imtiyazcının kendi başına belirleme yetkisinin mevcut olmadığına bir kez daha belirtilmesi gerekir.

³² Onar: **A.g.e.**, s.538.

³³ Keskin, **A.g.e.**, s. 126,

³⁴ Onar, **A.g.e.**, s.538.

³⁵ **A.e.**

Zira imtiyazcı ancak kendi menfaatleri ve hizmetin kaliteli ve kamu yararının gerektirdiği şekilde sürdürülmesine yönelik ihtiyacın belirlenmesi konusunda hazırlık süreçlerinde yardımcı rol üstelenebilir ve kısmen etkili olabilir. Ancak bu belirlemenin idarenin takdirine bağlı olduğu ve bu açıdan imtiyazcının hizmetten yararlananlardan ve doğrudan idareden elde edeceği menfaatlerde idarenin asli belirleyici olduğunun her halükarda göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, hizmetin asıl sahibi olarak idare, hizmetten yararlanan ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun devam ettiğini de dikkate alarak imtiyazcının malî menfaatinin temin etmekle de yükümlüdür. Mali dengenin bozulması halinde, idare bu dengeyi düzeltmek, yeniden tesis etmek ve gerektiğinde imtiyazcının zararlarını tazmin etmek durumundadır.³⁶

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereği imtiyazlar uzun müddetli verilmektedir.³⁷ Bu doğrultuda, uygulamada 29, 49, 59 ve 99 yıllık kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri veya içerdiği gereği bu sözleşme niteliğini gösteren ve fakat kanuni vasıflandırma dolayısıyla farklı hükümlere tabi olan sözleşmeler akdedildiği görülmektedir. Öğretide, idarenin kamu hizmetinin kalitesinin korunması, değişkenlik özelliği gereği uyarlanması, ihtiyaca, teknik ve teknolojik yenilikler çerçevesinde serbest piyasa imkanının doğması ve rekabetçi bir ortamın sağlanabilecek olması ihtimalleri dolayısıyla çok uzun süreli imtiyazların mali külfet ve altından kalkılması güç riskler yaratabildiği de ifade olunmaktadır.³⁸ Ancak imtiyazın uzun vadeli krediler gerektirdiği ve imtiyazcının da bu kapsamda hem kredinin ödenmesi hem de doğası gereği kar etme amacı da gözetilerek makul düzeyde bir uzun sürenin idarece takdir edilmesi karşılıklı hukuki ilişkinin bir gereğidir.

Bu doğrultuda, idare sözleşmenin konusunu teşkil eden kamu hizmetinin özelliği gereği, uygulama aşamasında “belli yetkilerini kullanmaktan vazgeçemez. Sözleşmenin diğer tarafı da, yürüttüğü hizmetin özellikleriyle bağlıdır. İdarenin

³⁶ Keskin, A.g.e., s. 126

³⁷ A.e.,

³⁸ Çal, A.g.e., s. 358 vd.

denetim ve gözetim yetkisine tabi olması yanında, şartların olumsuzluğuna rağmen her halükarda hizmeti göremeye devam etmek durumundadır.”³⁹ Aşağıda bu çerçevede, somut haller ve uygulama bulan hukuki kurumlara yer verilmeye çalışılacaktır.

1. Genel Olarak Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

a. İmtiyazcının Hak ve Yükümlülükleri

İmtiyazcının bir özel hukuk kişi olarak idarece belirlenen şart ve tarifeler uyarınca yapmış olduğu harcamaları ve gelirini kamu hizmetinden yararlananlardan yani kamudan tahsil ettiği ifade edilmişti. İmtiyazcının kamu gücüne ve idari tasarruflara tabi olması gereği kar elde etmek yönünden daha kısıtlayıcı bir faaliyeti olması onun kural olarak özel hukuktan kaynaklanan basiretli davranma yükümünü ortadan kaldırmayacaktır.

Bu bakımdan, imtiyazcının özel hukuk kişisi olarak kamu ile işbirliği içinde olmasının yalnızca bir avantaj olarak değil; yürütmekte olduğu faaliyet, tekel hakkı ve uzun süreli sözleşmeden doğan mali hakları dolayısıyla daha ağır bir sorumluluk ve daha hassas bir basiretli hareket yükümünün var olduğu şeklinde anlaşılması gerekir. Bu doğrultuda, imtiyazcı ekonomik dalgalanmaları kestirebilmek durumunda olup kazancın azalması dolayısıyla tazminat talep edemeyecektir. Aksi yönde bir durumda kazancın çoğalması da idareye sözleşme şartlarını değiştirme hakkı vermeyecektir.⁴⁰

Ancak öngörülemeyen zararlar farklı hükümlere tabidir. Bu konuya ilişkin olarak ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Sözleşme şartları dairesinde idarece ya da sözleşmeye taraf olmayan başka bir otoritenin kararı ve işlemi neticesinde imtiyazcının yükünün ağırlaştırılması söz konusu olabileceği gibi sözleşmenin uygulanması sırasında taraflara yüklenemeyecek nedenlerle öngörülemeyecek

³⁹ Yayla, **A.g.e.**, s. 169 vd.

⁴⁰ Günday, **A.g.e.**, s. 311 vd.

nitelikte büyük ve köklü iktisadî değişiklikler yüzünden imtiyazcı özel kişi aslında uygulayabileceği sözleşmeyi iktisaden yerine getiremeyecek hale de gelebilecektir.⁴¹ Bu hallerin her ikisinde de idarenin imtiyazcı lehine sözleşmeye müdahalesi ve zararın paylaşılması söz konusu olabilecek olup, bu minvalde “imprévision” ve “fait du prince” gibi idarenin zarar tazmin mekanizmaları devreye girecektir.

Ekonomik bir değerlendirmede, özel hukuk kişinin üstlenmekte olduğu riskler nazara alınarak, imtiyazcının özellikle finansal yönetimi sırasında doğan fırsatları değerlendirmesine yönelik imkanlar tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan, uzun süreli sözleşmenin sağladığı garanti yanında düzenli aralıklarla fiyatların revizyonu da imtiyazcı tarafından talep edilebilmelidir.⁴²

Ancak hizmete karşılık hizmetten yararlananların ödemekle mükellef olduğu miktarların her halükarda idarenin onayı ile yürürlüğe konulması ve tahsil edilmesi gerekir. İdarenin aski yönde hareket eden imtiyazcı aleyhine idari para cezası tahakkuk ettirmesi olağandır. Danıştay uygulamasında da onaya tabi tutulmayan tarife değişikliklerine ilişkin idari para cezalarının hukuka uygun addedildiği görülmektedir.⁴³

Daha detaylı şekilde aşağıda izah edilecek olan öngörülemezlik kuramında (imprévision) mücbir sebeplerden farklı olarak tarafların iradeleri dışında meydana gelen ve öngörülemeyen ekonomik değişiklikler sözleşmenin icrasını

⁴¹ Keskin,, **A.g.e.**, s. 115 vd.

⁴² Kırat, Marty, L'Économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs, in **Economie et Droit de Contrat Administratif**, Paris 2005, La Documentation Française, p. s.53

⁴³ Danıştay 10. Daire'nin 22.02.2006 tarih ve 2005/6376 E., 2006/1131 K. sayılı Kararı: “Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından belli bir süre uygulandığı anlaşılan promosyon kampanyasının incelenmesi sonucunda, daha önce belirlenen tarife üzerinden kontör atış periyodunun uzatılması ve indirim oranlarının artırılması yoluyla hizmete olan talebi arttırmayı amaçlayan, onaya tabi yeni bir tarife değişikliği niteliğinde düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Diğer yandan, Türk Telekom'un promosyon uygulamasının onaya tabi bir tarife değişikliği niteliğinde bulunmadığının kabulünü, yasal düzenlemelerle Türk Telekomünikasyon sektöründe genel anlamda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama görevi verilen Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleriyle de bağdaştırma olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, Telekomünikasyon Kurumu'na onaylatılması gereken tarife değişikliğinin onaylatma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle, davacı şirkete bir önceki yıl cirosunun %1'i oranında idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

güçleşmektedir. Buna örnek olarak aşırı değişkenlik arz eden ekonomi ve enflasyon gösterilmektedir.⁴⁴

Bununla birlikte, sözleşme şartlarının ve imtiyazcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri idare tarafından değiştirilmekte ve ağırlaştırılmaktaysa idarenin sözleşmenin mali dengesini korumak adına yine imtiyazcı lehine müdahalede bulunması gerekir ki, bu da öğretide “egemen olgusu”, “kamu gücü”⁴⁵, “kamu gücünün eylemi”⁴⁶ veya “kamu makamlarının uygulamaları”⁴⁷ olarak tercüme edilmeye çalışan “fait du prince” ile gerçekleştirilir.

Bununla birlikte beklenilmeyen bir hal karşısında imtiyazcının mali durumunun düzeltilmesine yönelik imprévision kuramına dayalı idarenin müdahalesi kısmi bir katkıdan ibaret iken, fait du prince kuramı dahilinde mali durum ve dengenin korunmasına yönelik olarak bütün olarak zarar tazmin edilmektedir.

Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin yapılması sırasında işletmenin ne dereceye kadar kazançlı olacağını kesin olarak tahmin etme imkânı olmayabileceğinden bahisle imtiyaz sözleşmesine bir takım hükümler konularak imtiyazcının mali açıdan güçlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bu hükümlerin yardım, inanca katılma ve kazanca katılma mahiyetinde olabileceği düşünülmektedir”⁴⁸.

Yukarıda da yer verilmiş olduğu üzere, ihale neticesinde akdedilecek sözleşme ve sözleşmenin eki niteliğindeki şartname subjektif bir özellik arz etmektedir. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasında imtiyaz sahibinin yeterlilik, hukuki statü ve kişiliğinin etkili olduğu dikkate alındığında imtiyaz sahibinin sözleşmeyi kendi irade ve inisiyatifi ile bir başkasına devretmesi ya da hak ve borçlarını kısmen

⁴⁴ Odyakmaz, **A.g.m.** s. 183

⁴⁵ Özay, **A.g.e.** s. 259.

⁴⁶ Gözübüyük, Tan, **A.g.e.** s. 407

⁴⁷ Yayla, **A.g.e.**, s. 175:

⁴⁸ Keskin, **A.g.e.**, s. 115, “Yardımda imtiyaz sahibinin az veya çok kazancı olup olmadığına bakılmaz. İnanca katılmada ise, sözleşmede belli bir miktar gelir ve kazanç sağlamayan imtiyaz sahibine gelirini ve kazancını bu miktara çıkarmak için gereken para kamu idaresinden karşılanır hükmü olduğu için kazanç miktarına bakılacaktır. Nihayet gelir ve kazanç çok yüksek olduğunda bunu bir kısmının idareye verileceği hükmünün sözleşmede yer alması ise kazanca katılmadır.”

temlik etmesi ve/veya hizmetin ifasında alt sözleşmeler akdetmesi söz konusu olamaz. “İmtiyaz sahibi, teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez.”⁴⁹ Bu noktada, idare tarafından baştan muvafakat edilmemesi hali haricinde hizmetin asıl sahibinin idare olması prensibi ve kamu hizmetinin özellikleri gereği idarenin izni ve onayı ile hareket edilmesi gerekecektir.

İmtiyazcının en temel borç ve edimi, diğer bir deyişle sözleşmenin esaslı edimi ise gerekli araç ve gerecin temini ve tesisin kurulması ile kamu hizmetinin düzgün, kaliteli, aksaklık ve eksiklik içermeyen yürütülmesi ve işletilmesidir.

Bunlar haricinde, imtiyazcıya bazı kamusal olanakların da sağlanmış olabileceği ifade edilmektedir. İdare imtiyazcıya hizmet ile ilgili taşınır veya taşınmaz malları, araç gereçleri temin etmiş olabileceği gibi imtiyazcıya kamu malları üzerinde veya altında tesisler yapma olanağı tanınmış olabilir. Ayrıca imtiyazcı lehine kamulaştırma yapılması da öngörülmüş olabilecektir.⁵⁰ Bu şartlar altında, imtiyazcı bu yönde kendisine taahhüt edilen kamusal olanakların yerine getirilmesini de her aşamada talep etme hakkına sahip olacaktır.

b. İdarenin Hak ve Yükümlülükleri

Yukarıda müteaddit defalar ifade edilmiş olduğu üzere, imtiyaz kamu hizmetin bir özel hukuk kişisine kurdurulması, gördürülmesi ve yürütülmesi ise de her halükarda hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu idaredir. Bu sebeple hizmetten yararlananlar yanı sıra üçüncü kişilere karşı idarenin sorumluluğu devam etmekte olup bu sorumluluğun gerektirdiği şekilde işin ve hizmetin denetiminin ve gözetiminin yapılması gerekir.

Özel hukuk sözleşmeleri kapsamında da gözetim ve denetime ilişkin hükümlerin sevk edilmesi mümkündür. Ancak bu gözetim ve denetim yükünün

⁴⁹ Günday, **A.g.e.**, s. 311

⁵⁰ **A.e.**,

re'sen hareket yetkisine dönüşmesi imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme olmasından kaynaklanan bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, “idare, amme hizmeti için lüzumlu maddenin zamanında temini veya bayındırlık işinin vaktinde yetiştirilmesini veya amme hizmetinin kaideye uygun ve inkıtasız bir tarzda görülmesini temin için hakimın kararına veya adli makamların yani icra ve iflas dairelerinin tavassutuna lüzum olmaksızın icrai kararlar ve re'sen hareket sureti ile şartname hükümlerini yerine getirir.”⁵¹

İdari sözleşmelerin ve dolayısıyla kamu hizmeti imtiyazının özelliklerinin açıklandığı aşamada detaylı şekilde izah edilmiş olduğu üzere; idarenin sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma hak ve yetkisi bulunmaktadır. İdarenin bu noktada özellikle hizmetin işleyişi ve kurulmasına ilişkin olarak malzemenin kalite ve niteliği, birimleri, inşaatın şekli, hizmetten yararlananlardan alınan bedel ve/veya vergi konularında değişiklik yapması söz konusu olabilmektedir. Bu durum sözleşmenin sübjektif niteliği yanı sıra kaide-tasarruf kısmını da ortaya koymaktadır.⁵²

Değişiklik yapma, gözetim, denetim ve dolayısıyla yaptırım uygulama hakkının sözleşmede öngörülmemiş olsa bile genel ve asli nitelikte bir hak olduğu için her zaman doğrudan kullanılabileceği ifade edilmektedir. Bu yaptırımlar, sözleşme hükümlerinin zamanında yerine getirilmemesinden kaynaklanan para cezaları olabileceği gibi, karşı âkidin edimini kötü ifası, ifa etmemesi ya da gecikmelerle ifa etmesi ya da izin olmamasına rağmen işin tamamının ya da bir kısmının üçüncü kişilere devri nedeniyle işe geçici olarak el koyma veya tamamen el koyup sözleşmeyi tazminatsız olarak feshetme şeklinde olabileceği belirtilmektedir.⁵³

Sözleşmede yapılan değişiklikler bakımından idarenin mali dengeyi korumak adına yukarıda yer verilen *imprévision* ve *fait du prince* kuramlarına istinaden ödeme yapması ve imtiyazcının zararlarını karşılaması gerekecektir. Bununla birlikte

⁵¹ Onar, A.g.e., s.1628.

⁵² A.e.,

⁵³ Keskin, A.g.e., s. 115,

sözleşmenin sonlandırılmasına yönelik işletmenin imtiyazcı elinden alınması ve buna karşılık idarece bir bedel ödenmesi de söz konusu olabilecektir. Konuya ilişkin açıklamalar geri alma (rachat) olarak nitelendirilen sona erme halinde detaylı şekilde anlatılacaktır.

Her ne kadar hizmetten yararlananlardan tahsil edilen gelirler ve bunlar açısından belirleyici rol oynayan tarifeler idarenin onayı ve değerlendirmesine tabi olsa da idarenin bu konuda sınırsız bir takdir yetkisinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak bu ücretin belirlenmesinde, “imtiyaz sahibinin karı kadar hizmetten yararlananların ödeme gücünün de göz önünde tutulması söz konusudur. Bu nedenle, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret bir fiyat olmaktan çok, bir harç ya da resim niteliğinde” mütalaa edilmektedir.⁵⁴

Bu bakımdan, sözleşmenin icrası sürecinde, “mali dengenin korunması ile görülen işin kamu hizmeti olması, hizmet karşılığı yararlananlardan alınan ücretin tespitini de etkiler”⁵⁵. Bu konuya ilişkin imtiyazcı kendiliğinden ve dilediğince hareket edemez. “İdare de tek taraflı karar yetkisini bu konuda kullanamaz. Bazı işlerde ise, idarenin bir ön ödeme yapması dahi gerekebilir.”⁵⁶

İdarenin hizmetten yararlananlardan alınacak ücretlerin tespitinde de sınırsız bir yetkisinin olduğu söylenemez. Zira belirlenen tarifelerin her aşamada dava konusu edilmesi söz konusu olabilecektir. Kaldı ki, imtiyazcının çıkarları gözetilmeksizin belirlenen rakamların kamu hizmeti açısından riskler doğurması muhtemeldir. Bu çerçevede, fiyatların belirlenirken, idarenin kamu hizmetinin sürekliliği ve değişkenliği ilkelerini göz önünde bulundurması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁷

⁵⁴ Günday, **A.g.e.**, s. 311

⁵⁵ Yayla, **A.g.e.**, s. 169 vd.

⁵⁶ **A.e.**,

⁵⁷ Kırat, Vidal, Marty, “Le Juge Administratif et le risque: sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif”, in **Economie et Droit de Contrat Administratif**, Paris 2005, La Documentation Française s. 246 vd.

İmtiyazcının hizmetten yararlananlardan tahsil etmek suretiyle elde ettiği gelirler üzerinden idarenin bir hazine payı alması ya da buna hak kazanması söz konusudur. Bu açıdan sözleşme belirleyici nitelikte olup, hazine payı bir oran olarak kararlaştırılmaktadır. Bunun yıllık aidat olarak adlandırılabilirdiği ve mal ve hizmetlerin bir kısmının idareye karşılıksız verilmesi gibi olabileceği de öğretide ifade edilmektedir.⁵⁸

Bu doğrultuda, Danıştay'ın mobil telefon sisteminin kurulması ve işletilmesine ilişkin verilen imtiyaz tahtında sözleşmede kararlaştırılan oranlar üzerinden idareye ödenmesi gereken hazine payının matrahına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, "[i]mtiyaz sözleşmesinde tesis ücretleri ve haberleşme ücretlerinin tanımı yapılmamış ise de, yukarıda açıklanan 2. madde kuralı uyarınca sözleşmenin konusunu oluşturan mobil telefon sisteminin kurulması, geliştirilmesi ve işletilmesi kapsamında verilmeye başlanan her türlü hizmet nedeniyle alınan ücretlerin tesis ücreti veya haberleşme ücreti sayılması gerekeceği açık olduğu" ifade edilmiş ve "bir bütün olan haberleşme hizmeti nedeniyle alınan her türlü ücretin hazine payı hesabına esas alınması gerektiği" belirtilmiştir.⁵⁹

⁵⁸ Günday, A.g.e., s. 311

⁵⁹ Danıştay 10. Daire'nin 20.10.2003 tarih ve 2001/1576 E., 2003/4042 K. sayılı Kararı: "[...] Uyuşmazlık, davacı şirket ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanarak 27.4.1998 tarihinde yürürlüğe giren imtiyaz sözleşmesinin 8 ve 5/L maddelerinin uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Davacı şirket ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanan ... Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin, "Hazineye Ödenecek Pay" başlığını taşıyan 8 nci maddesi "İşletmeci, tüm abone sayısı üzerinden elde edilecek brüt gelirin % 15 ini Hazineye ödeyecektir. Aylık pay ödemeleri en geç brüt gelirlerin faturalandırıldığı ay'ı izleyen ay'ın son gününe kadar işletmeci tarafından Hazineye ödenecektir" ve "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlığını taşıyan 5/L maddesi ise "Brüt Gelir; Her türlü vergi, resim, harç ve fonlar dahil olmak kaydıyla, tesis ücretleri, aylık sabit ücretler, haberleşme ücretleridir." hükümlerini amir bulunmaktadır.

Anılan sözleşmenin "Sözleşmenin konusu başlıklı 2. maddesinde sözleşmenin konusunun GSM standartlarında bir mobil sisteminin kurulması, değiştirilmesi, işletilmesi olduğu kuralına yer verilmiştir.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, GSM işletmecisinin sözleşme konusu kapsamında elde edeceği brüt gelirin %15'ini Hazineye ödemesi gerektiği, brüt gelir tanımına "tesis ücretleri" ve "haberleşme ücretleri"nin dahil olduğu, brüt gelire dahil hizmetlerin tek tek sayılması yerine sözleşmenin yapılmasından sonra uygulamaya konulabilecek yeni hizmet türleri olabileceği göz önüne alınarak "tesis ücretleri" ve "haberleşme ücretleri" gibi geniş anlamli kavramların tercih edildiği sonucu çıkmaktadır.

İmtiyaz sözleşmesinde tesis ücretleri ve haberleşme ücretlerinin tanımı yapılmamış ise de, yukarıda açıklanan 2. madde kuralı uyarınca sözleşmenin konusunu oluşturan mobil telefon sisteminin kurulması, geliştirilmesi ve işletilmesi kapsamında verilmeye başlanan her türlü hizmet nedeniyle

Son aşamada, hizmetin ve hizmetin tabi olduğu mevzuat dışı ya da sözleşmenin akdedilmesi sonrasında yürürlüğe giren işlem ve uygulamalar dolayısıyla idarenin sorumluluğunun mevcut olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. İdari sözleşmenin üstün tarafı olarak ortaya çıkan idare veya genel olarak idare işlem ve eylemleriyle akidin sözleşme konusu işini yürütmesini doğrudan veya dolaylı olarak güçleştirmiş olabileceği hallerde, söz konusu olan sözleşmenin tarafı olan idarenin işlem ve eylemleri ise özel kişinin zararının tamamının karşılanması gerektiği genel kabuldür.⁶⁰

Bu bölümde, genel olarak tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri açıklanmış olup, özellikle hizmetin asıl sahibinin idare olmasından kaynaklanan idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin görünümüne binaen taraflar arası mali durumun korunması ya da imtiyazcı uhdesinde oluşan zararların tazminini sağlayan kuramlara da göz atmakta yarar vardır.

2. Gözetim, Denetim, Emir, Değişiklik Yapma ve Fait du Prince

alınan ücretlerin tesis ücreti veya haberleşme ücreti sayılması gerekeceği açık olduğundan davacı iddialarının kabulüne olanak görülmemiştir.

Bu durumda, bir bütün olan haberleşme hizmeti nedeniyle alınan her türlü ücretin hazine payı hesabına esas alınması gerektiğinden dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Davanın hazineye ödenecek %15 nispetindeki payların matrahına gecikme zamları (faizleri)nin dahil edilmesine ilişkin kısmına gelince;

Gelir, kişinin mal varlığında meydana gelen artış başka bir anlatımla üretime katılma karşılığında elde edilen hasılatın, bu üretimin gerektirdiği giderlerin indirilmesi suretiyle bulunan tutardır. Brüt gelir ise müteşebbisin elde ettiği hasılatın, giderlerin indirilmesinden önceki tutarını ifade etmektedir. Bu bağlamda bir tahsilatın, tahsil eden yönünden gelir sayılabilmesi tahsil edenin mamelekine girmiş olmasına bağlıdır.

Uyuşmazlık konusu olayda ise; davacı şirketin abonelerin faturalarını zamanında ödememesi nedeniyle tahsil ettiği gecikme zamları (faizleri) nin, haberleşme ücretlerine sıkı sıkıya bağlı olması ve mamelekine girmesi nedeniyle "Brüt Gelir" tanımı içinde kaldığının dolayısıyla % 15 Hazine payı ödenmesi gerektiğinin kabulü gerekmektedir.

Dolayısıyla tesis edilen işlemin bu kısmında da hukuka aykırılık görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle davanın davacı şirket tarafından Hazineye ödenecek %15 oranındaki payın matrahına Incoming Roaming, Bilgi Hattı, Finans Hattı, Tele Sekreter, Fatura Bilgi Hattı, SMS Geliri, Fax, Data, Ayrıntılı Fatura Geliri, Hat Açma-Kapama, Ünvan Değiştirme, Devir Ücreti, Kapama Ücreti, Şebeke Ücreti, Simkart Değişiklik Ücreti, Fal Servisi, Flash Haber, Fatura Güncelleme, Bilinmeyen Numaralar Ücretinden elde edilen gelirlerin dahil edilmesi yönündeki kısmının oybirliğiyle reddine, 20.10.2003 tarihinde karar verildi.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁶⁰ Yayla, A.g.e., s. 175 vd.

Yukarıda imtiyaz sözleşmesinin konusu kamu hizmetlerinin teşkil etmesi ve kamu hizmetinin değişkenliği karşısında idarenin, kamu yararına değişiklik yetkisinin varlığından bahsedilmişti. Ancak bu yetkinin sınırsız bir takdir yetkisine dayandığı düşünülemez, kaldı ki idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargısal denetime tabi olduğu da her halükarda göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu halde, idarenin öncelikle sözleşmenin mali dengeye ilişkin hükümleri haricinde kalan belli bir takım düzenlemelerine ilişkin olarak re'sen hareketle değişiklik yapma yetkisinin mevcut olduğunun dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte, sözleşmenin mali dengesine ve özellikle imtiyazcının sözleşmeden kaynaklanan mali haklarına ilişkin hükümlerin aslında imtiyazcının sözleşmenin akdedilmesine ilişkin iradesinin en somut örneği olduğunun dikkate alınması ise şarttır. Bu hükümler sözleşmenin genelinde baskın olan şart-tasarruf mahiyetten farklı olarak sözleşmenin subjektif yönünü yansıtmaktadır.

Bu çerçevede, idarenin taraflar arasındaki mali dengeye ilişkin müdahale veya başkaca değişikliklerin mali dengeye etki etmesi hallerinde, imtiyazcının mali dengenin iadesi ve yeniden tesisini talep hakkı mevcut bulunmaktadır.⁶¹

Bu bakımdan, idare sözleşmenin ancak doğrudan doğruya amme hizmetini, amme emlakini ve amme menfaatini alakanlandıran hükümleri üzerinde değişiklik yapma hakkına sahip olup bu hak sözleşmenin kaide-tasarruf ve şart tasarruf mahiyetinde hükümleri üzerinde kullanılabilmektedir.⁶²

Yine aynı zamanda değişikliklerin imtiyazcının taahhüt ettiği vecibelerden bütünüyle ayrı mahiyette yükümlülükler getirmesi de olağan değildir. Bu bakımdan da şartnamede yer alan icra tarzlarının değiştirilebileceği ancak imtiyazcının ediminin konu ve kapsamının başkalaştırılamayacağı ifade edilmektedir. Aksi durumun hakim denetimine tabi olması yanı sıra imtiyazcının sözleşmenin feshine

⁶¹ Onar, A.g.e., s.1630.

⁶² A.e.

yönelik hüküm ve usullerin icrasını talep edebilmesi sonucunu doğurması muhtemeldir.⁶³

Bu kapsamda; idarenin mali sorumluluğunu doğuracak ve imtiyazcının zararı tazminle mükellef olduğu hususlar, sözleşmenin mali dengesine ilişkin olan idarenin sözleşmeye aykırı hareketler, kusurlu davranışlar ve kamu yararı doğrultusunda imtiyazcıya ifa ettirmek durumunda kaldığı munzam edimler olarak ortaya çıkacaktır. Fransa’da kabul gören ve uygulama bulan sözleşmenin akdedilmesi aşamasında mevcut olmayan şartlar dolayısıyla, imtiyazcının halli gereken ilave işlere ilişkin olarak mali açıdan tatmin edilmesine yönelik öngörülen zaruri işler teorisinin imtiyazcının kamu yararına faaliyeti kapsamında mütalaa edilmesi gerekmektedir. Bu sorumluluğun da vekaletsiz iş görme hükümleri dışında sözleşmesel nitelikte değerlendirilmesi ve sözleşme hükümlerine tabi olması yerinde ve uygun kabul edilmektedir. Zira imtiyaz sözleşmesinin konusunun kamu hizmeti olması ve amacının da kamu yararı olması bunu gerektirir, aksinin kamu hizmetinin eksik ve gereği gibi yerine getirilememesi sonucu doğuracağı ve telafisi imkansız zararlara neden olabileceği düşünülmektedir.⁶⁴

Buna benzer durumların uzun süreli sözleşmenin her aşamasında gündeme geleceğinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Sözleşmelerin uzun süreli olması, zaman içerisinde yeni tesis ve ilaveler yapılmasını gerektirebilecektir. Bu durumun bedelsiz devir aşamasında dikkate alınacağı ve ilave tesislerin geri dönüşü (amortismanı) için yeterince zaman kalmadığında, söz konusu tesislerin amortisman bedeli düşülerek bedellerinin imtiyazcıya ödenmesi gerektiği öngörülmektedir.”⁶⁵

Öğretide “egemen olgusu”, “kamu gücü”⁶⁶, “kamu gücünün eylemi”⁶⁷ veya “kamu makamlarının uygulamaları”⁶⁸ olarak tercüme edilmeye çalışan “fait du

⁶³ A.e.

⁶⁴ Onar A.g.e., s.1630.

⁶⁵ Yayla, A.g.e., s. 174 vd.

⁶⁶ Özey, A.g.e. s. 259.

⁶⁷ Gözübüyük, Tan, A.g.e. s. 407

⁶⁸ Yayla, A.g.e., s. 175: Yazar bu fait du prince’in karşılığı olarak bu ifadeyi tercih etmesinin sebebini şu şekilde açıklamaktadır: “Kanaatimce, işlem ve eylemleri birlikte kapsadığı için ‘uygulamaları’

prince”, idarenin kendi tasarruf ve fiilleriyle imtiyazcının yükümlülüklerini ağırlaştırması, masraflarını ve çalışmalarını çoğaltması, daha ağır külfetler altına girmesini gerektirecek koşullar yaratması halinde imtiyazcının katlanacağı masrafları ve uğrayacağı zararları tamamen karşılama ve sözleşmenin mali dengesinin yeniden tesisi mecburiyeti olarak tanımlanmaktadır.⁶⁹

Fait du prince kuramının uygulanması, idareye sözleşme ile tanınan imkanların kullanılması suretiyle tek taraflı değişiklik yapılması⁷⁰ ile ortaya çıkması ile söz konusu olabileceği gibi doğrudan doğruya sözleşme hükümlerinin değiştirilmediği ve fakat bir takım eylem ve işlemlerin icrası ile ortaya konulan uygulama ve tedbirlere bağlı olarak imtiyazcının borçlarının ağırlaştırılması, karının azaltılması hallerine binaen mali dengede bozulma sonucuna sebebiyet verilmesi ile de ortaya çıkabilecektir.⁷¹ İlkinde idare sözleşmeden doğan haklarını kullanarak ikincisinde ise sözleşme harici işlemler tesisi ve fiili uygulamalar ile sözleşmenin subjektif boyutuna etki etmektedir.

Sözleşme hükümleri haricinde idarece yapılan değişikliklerin fait du prince kuramı tahtında değerlendirilebilmesi için ferdi ve özel bir tasarruf niteliği arz etmesi ya da genel nitelik taşısa da doğrudan doğruya sözleşmenin konusuna ve sözleşmenin akdedilmesi aşamasında tarafların karşılıklı göz önünde bulundurdıkları hususlara etki etmiş olması gerektiği düşünülmektedir. Kamuya yönelik alınan genel nitelikli ve aynı hukuksal statüde bulunan tüm şahıslara etki eden eylem ve işlemlerin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan, tam bir tazminat ödenerek bozulan dengenin yeniden kurulması ya da yargı yerinin fait du prince’e

kelimesi uygundur. Bu nedenle bir özneyi daha belirgin şekilde ifade ettiği için ‘kamu makamları’ nitelendirmesini tercih ediyorum.”

⁶⁹ Onar **A.g.e.**, s.1633

⁷⁰ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.: Yazar bu noktada farklı bir görüş bildirmekte ve sözleşmeye dayanarak tazminat istenebilecek hallerde fait du prince kurumunun uygulanmayacağını ifade etmektedir. “Âkit idare tek taraflı tasarrufu ile doğrudan doğruya diğer âkidin borçlarını arttırmışsa bu takdirde âkit özel kişi sözleşmeye dayanarak tazminat isteyebileceği için Fait du prince kuramı uygulanmaz.” Ne var ki idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin sınırlı olmadığı açık olup sorumluluğun sözleşmesel nitelik taşımasının da neticeye yönelik bir değerlendirme arz etmesi bu görüşe katılmayı zorlaştırmaktadır.

⁷¹ Onar, **A.g.e.**, s.1633

dayanarak bunu kararlaştırması için sözleşmenin tarafı idarenin “birel” ya da “genel-düzenleyici” bir işlem ve kararı” olup olmaması çok önemlidir.”⁷²

Bu doğrultuda; genel nitelikli vergi, ek mali yükümlülük, sosyal düzenlemeler nedeniyle idarenin zararı ya da kar kaybını karşılayacağı düşünülemeyecekse de doğrudan hizmetten yararlananlardan alınan bedel, resim ve/veya harçlarda değişiklik nedeniyle oluşan farklılıktan doğan mali durumun eski hale getirilmesi gerekecektir.⁷³

Sözleşmenin icrası sırasında taraflar haricinde yürürlük kazanan genel ve nesnel nitelikli uygulamalar da dahil olmak üzere idari ve yasal tasarruflar bakımından “Fransa’da, sözleşme tarafı olmayan kamu makamlarının uygulamalarından dolayı, ancak sözleşmenin esasını etkileyen ve sözleşmenin imzalanması sırasındaki şartları değiştiren bir sonuç ortaya çıkıyorsa akidin tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir”.⁷⁴ Ne var ki, ülkemiz uygulaması ve öğretinin genel kabulünde, sözleşmenin tarafı olmayan idare ve otoriteler tarafından alınan tedbirlerin, yapılan tasarrufların ve fiillerin doğrudan sözleşmenin mali dengesine müessir olmadığı düşünülmektedir.⁷⁵ Bunların, “asgari ücretin artırılması, sosyal güvenlik kurumuna yapılması gereken zorunlu ödemeler ve benzeri durumlar”⁷⁶ olarak örneklendirilmesi mümkündür.

Fait du prince kuramından doğan tazminat sözleşmesel nitelikte olup kusur gerektirmez ve sözleşme ile oluşan mali dengenin aynen tesisini temin edecek tam bir tazminat olması gerekir. Diğer bir deyişle, bu tazminatın imtiyazcının uğradığı ve katlanmak durumunda kaldığı her türlü somut zarar yanı sıra kar mahrumiyeti ve diğer müspet zararları karşılaması gerekmektedir.

⁷² Özay, A.g.e., 255 vd.

⁷³ Onar, A.g.e., s.1634

⁷⁴ Yayla, A.g.e., s. 175

⁷⁵ Onar, A.g.e., s.1634

⁷⁶ Özay, A.g.e., 255 vd.

3. Beklenilmeyen Haller Karşısında Değişiklik Yapma ve Imprévision

Fait du prince kuramı dahilinde kamu makamlarının ya da sözleşmenin tarafı idarenin imtiyazcının yükümlülüklerini artırması yanında sözleşmenin icrası sürecinde sözleşmenin mali dengesini bozan, ekonomiyi büyük boyutlarda etkileyen olaylar da meydana gelebilir.⁷⁷ Bu noktada, sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin aksamadan aynı kalite ve verimlilikte yürütülebilmesine yönelik olarak ortaya çıkan güçlüklerin kısmen idarece de göğüslenmesi gerekebilecektir.

Zira beklenilmeyen haller karşısında imtiyazcının borçlarının ifası güçleştiği, bir tür iktisadi imkansızlık olduğu hallerde idarenin tazminatla sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Ancak imtiyazcının kusurundan ve idarenin sözleşmeden doğan tasarruf ve fiillerinden kaynaklanan hallerin meydana gelmesi neticesinde mali dengede bir takım farklılıklar oluşuyorsa, bu halde öngörülemezlik (imprévision) kuramının işletilmesi ve idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olamayacaktır.⁷⁸

Bu bakımdan; “öngörülemezlik (imprévision) kuramı, sözleşmenin yeni şartlara göre tekrar düzenlenmesini, bu yolda anlaşma olamıyorsa mahkemenin zararı taraflar arasında paylaştırılmasını sağlar.”⁷⁹ Bu halde, idarenin talebe mukabil tazminat ödemesi söz konusu olabileceği gibi, imtiyazcının kendine karşı mali borç ve yükümlülüklerini de belirli bir süre ile özellikle de öngörülemeyen durum etkilerini kaybedene dek azaltması, hafifletmesi yoluna gidilebilecektir.

Bu noktada, öğretide genellikle bundan dolayı yardım ifadesine yer verilmekte ve Danıştay’ın⁸⁰ kurama itibar eden ilk kararları kapsamında idarenin sorumluluğunun yalnızca tazminat kapsamında değerlendirilmesi eleştirilmektedir.

⁷⁷ Yayla, **A.g.e.**, s. 175

⁷⁸ Onar, **A.g.e.**, s. 1636

⁷⁹ Yayla, **A.g.e.**, s. 175

⁸⁰ Şurayı Devlet, Daavi Daireleri Umumi Heyeti’nin Haliç Vapur İşletmesine yönelik 23.11.1937 tarih 1937/286 E., 1937/256 K. sayılı Kararı: “[...] bu gibi bir halin tahakkununda imtiyazcıların isteyebilecekleri şey, sadece bu gayri tabii ve gayri muntazar şeraitin zevaline kadar idarece kendilerine tazminat verilmekten ibarettir.”

Sorumluluğun sözleşmesel nitelik arz etmediği, zira taraflarca öngörülme, doğal olarak da sözleşmede yer almayan hususlardan kaynaklandığı ortadadır. Bu noktada öngörülemezlik durumlarının içerik ve kapsamı önem arz etmekte olup, bu bakımdan öngörülemezlik (imprévision) teorisine esas teşkil edecek olayların fevkalade ve istisnai olmaları yanında öngörülemezlik bir nitelik arz etmeleri ve imtiyazcının iktisadi durumunu olağandışı ve esaslı şekilde etkilemesi gerekmektedir.⁸¹ Bu hallerde sözleşmenin devamının sağlanması gerekir ki, bu yönüyle hukuki ve doğal mücbir sebep hallerinden farklılaşmaktadır.

Bu nitelikteki hal ve olayların ortaya çıkması durumunda imtiyazcının hizmeti aksatması ya da durdurması söz konusu olamaz. Zaten süreklilik ilkesi gereği bir aksama halinde hizmetin asıl sahibi idarenin gerekli tedbirleri alarak hizmetin işletilmesinin devamını sağlaması gerekir. Ancak bu halde, idarenin imtiyaza derhal ve re'sen hareketle el koyması söz konusu olacaktır. Bu halde imtiyazcının külfetin paylaşılması yönünde istekte bulunması da gündeme gelemeyecektir.⁸²

Buraya kadar açıklananlardan varılacak sonuçlar şu şekilde sıralanabilir; Fait du prince sözleşmesel sorumluluğa ilişkin olup idare bu kapsamda imtiyazcının tüm zararını tazmin ederken; imprévision kuramının uygulanmasının dayanağı ise tarafların iradeleri dışında oluşan öngörülemezlik nedenlerinden dolayı imtiyazcının iktisaden akdi yürütmekte acze düşmüş olmasıdır. Fait du prince kuramında idarenin tam bir tazminat ödemesi söz konusuysa imprévision kuramında idare sınırlı olarak yalnızca sözleşmenin yürütülmesini mümkün kılacak ölçüde yardımda bulunmaktadır.

Ayrıca imprévision kuramına temel teşkil eden olgular, mücbir sebeplerden farklıdır; zira devletin yasaklar koyması gibi hukukî nedenlerden; deprem, sel, su baskını gibi doğal, yangın gibi sözleşmenin ifasını imkansız kılan nedenler değil, tarafların iradeleri dışında meydana gelen ve öngörülemezlik ekonomik

⁸¹Onar, A.g.e., s.1637

⁸² A.e.

değişikliklerden kaynaklanmaktadır. Bu değişiklikler, sözleşmenin uygulanması bakımından imtiyazcı uhdesinde geçici nitelikte iktisadi aciz doğurmaktadır.⁸³

Bununla birlikte, Fransız öğretisinde idari mücbir sebep ifadesiyle, gerekirse bir tazminat talebinde de bulunularak, idari sözleşmenin feshinin de ayrıca sözleşme hakimden talep edilebileceği ifade edilmektedir. Kuruma yönelik yapılan tanımlamalar geri alma (rachat) için mevcut olması gereken şartlara benzerlik göstermektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin devamının, özellikle bütçe açığı, gelirin gideri karşılayamaması ve benzeri gibi finansal nedenlerle, zor olduğu hallerde sözleşmenin öngörülenden önce sonlandırılabilmesi ifade edilmektedir.⁸⁴

C. Sözleşmenin Sona Ermesi

İmtiyaz sözleşmelerinin süresinin ya da işin tamamlanması ile sona ermesi yanı sıra sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ve idarenin re'sen hareket ve icrai karar alma yetkileri dolayısıyla da bir takım özel sona erme halleri gündeme gelebilecektir.

Bununla birlikte sözleşmelerin genel olarak taraflardan birinin ölümü ya da tüzel kişinin tüzel kişiliğini kaybetmesi, iflâs, mücbir sebeplerle ve sözleşmenin yürütülemez hale gelmesi ile de sonlandığı düşünüldüğünde, sermaye şirketi olan imtiyazcının tüzel kişiliğini kaybetmesi, iflası, mücbir sebeplerle ya da kusur bulunmaksızın sözleşmenin yürütülemez hale gelmesi gibi nedenlerle de sona erebileceği düşünülebilir.

1. Olağan Sona Erme

Olağan sona erme hallerinin sözleşmenin doğasından kaynaklanan halleri kapsadığı söylenebilir. Zira sözleşmenin olağan şekilde sona ermesi uzatılmamış

⁸³ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174.

⁸⁴ François Lichère, **Droit des Contrats Publics**, Editions Dalloz, Paris 2005, s. 98

olduğu takdirde süresinin sona ermesi, tarafların anlaşması veya yapılacak ve verilecek hizmetin tamamlanması gibi hallerde gerçekleşmektedir.

Ancak sözleşmenin süresinin sona ermesi halinde dahi bedelsiz devir gerçekleşecek olması ve göz ardı edilemeyecek bir ekonomik çerçeve bulunması dolayısıyla uygulamada sorunlar yaşanabildiği ve özellikle imtiyazcının zaman kazanmaya yönelik davranışlarının gündeme gelebildiği ifade edilmektedir.⁸⁵

Süreyle sona erme bakımından kamu hizmetinin devamına ihtiyaç duyulması ve imtiyazcının da hizmeti iyi ifa etmekte olması halinde idarenin sürenin dolması karşısında sözleşme süresinin uzatılmasına karar vermesi gerekir. Bu noktada da idarenin sınırsız bir takdir hakkına sahip olmaması gerektiği yönünde yorum itibara değerlidir. Zira idarenin hizmeti kendi ifa etmeyecek olması, hizmetin sözleşme süresince sorunsuz ve aksaklığa mahal vermeden yürütülmüş olması karşısında idarenin haklı bir gerekçesi mevcut olmaksızın keyfi uygulama yapmaması gerekir. Bu yönde “Danıştay 8. Dairesi E.1963/9879, K.1964/121 sayılı kararında sözleşme konusunun sürekli bir kamu hizmetine bizzat katılma niteliğinde olması halinde, idarenin sözleşme süresinin bitmesine rağmen haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi yenilemekten kaçınamayacağına karar vermiştir.”⁸⁶

2. Muvakkat El Koyma

İsminden de anlaşılacağı üzere geçici nitelikte bir tedbiri ifade eden yaptırım, “imtiyaz sahibinin haklarını kullanmasını ve imtiyazı işletme yetkisini muvakkaten kaldırma ve idareye imtiyaz sahibi nam ve hesabına imtiyaz işletme kudretini veren bir idari tedbir”⁸⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Bu yaptırımın, imtiyazcının geçici sebepler dolayısıyla hizmetini gereği gibi ifa edememesi, durumun kamu menfaati bakımından geçici bir tehlike arz etmesi,

⁸⁵ Yayla, **A.g.e.**, s. 176 vd.

⁸⁶ Keskin, **A.g.e.**, s. 46

⁸⁷ Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.,

hizmetin geçici olarak aksama ve arızaya uğraması hallerinde uygulanacağı ifade edilmektedir. Yaptırımın uygulamasında hizmetin zaten asıl sahibi olan idarenin kamuya karşı sorumluluğunu imtiyazcı yerine geçerek yerine getirmesi söz konusu olmaktadır. İdarenin imtiyazcı yerine geçmesi yanında hizmet ve işi giderleri imtiyazcıya ait olmak üzere imtiyazcı nam ve hesabına başkalarına da yaptırabilecektir.⁸⁸

İdarenin re'sen hareketle imtiyazcının tesisatına el koyması suretiyle gerçekleşecek yaptırım, idarenin konuya ilişkin işleminin ve eyleminin icrai doğası gereği doğrudan sonuçlarını doğuracaktır. Bununla birlikte, idarenin bu yöndeki işlem ve eyleminin idari yargıca denetimini ve yürürlüğünün durdurulmasını imtiyazcının talep etmesi mümkündür.

3. İmtiyazın İskatı (Déchéance)

Muvakkat el koyma yaptırımının geçici niteliğine karşın idarenin imtiyazcının ağır kusurlu hareketlerine kanaat getirmesi halinde uygulayacağı nihai nitelikteki yaptırım ise imtiyazın ıskatı olarak ifade edilmektedir.

Bu yaptırım “imtiyaz sahibinin bütün haklarının sukutunu ve Devletin imtiyazın bütününe el koymasını, hukuken de imtiyazın ve bunun mütemmim cüzünü ve teferruatını teşkil eden tekml hakların Devlet’e geçmesi”⁸⁹ sonucunu doğurmaktadır. Bunun yanı sıra bu yaptırıma idarenin müracaatı için muvakkaten el koyma tedbiri yaptırımı gerektiren imtiyazcının kusurunun geçici ve giderilebilecek bir nitelik arz etmemesi durumu aşan mahiyette bir kusurun varlığı şarttır.⁹⁰

Hizmetin asıl sahibinin idare olması ve bu sebeple her halükarda hizmette aksamanın ve eksikliğin önüne geçilmesi gerekleri dolayısıyla idarenin bu hak ve yaptırım imkanından feragat etmesi düşünülemez. Bu açıdan, bu yönde bir yaptırım

⁸⁸ Odyakmaz, **A.g.m**, s.175

⁸⁹ Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.

⁹⁰ **A.e.**

imkanının şartname ya da sözleşmede yer almaması ya da aksinin kararlaştırılmış olmasının sonucu değiştirmeyeceği ifade edilmektedir.⁹¹

Ancak sözleşme ile yaptırımın uygulanma şart ve kapsamı belirlenebilir. Bu açıdan, idarenin re'sen hareket ve icrai işlem ve eylemleri ile bu yola başvurusu ya da bu imkanı ancak yargı mercilerine müracaatla kullanabileceği yönünde şartların sözleşmeye derç edilmesi kabul görmektedir. Fransa'da doktrin ve içtihatlarla kabul gören bu esasın imtiyazcı için bir teminat teşkil ettiği ve uygulanması gerektiği düşünülmektedir.⁹²

Fransa'da hukukun genel ilkelerine dayandırılan bu görüş bakımından özel hukuk bağlamından dahi değerlendirme yapıldığında fesih hakkının taraflar açısından yenilik doğurucu, inşai niteliği dikkate alındığında, bu hakkın hakim takdir ve kanaatine bırakılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

Ne var ki, imtiyaz sözleşmelerinin feshinin ancak mahkeme kararıyla mümkün olduğu ve idarenin tek taraflı tasarrufu ile olamayacağı da savlanmaktadır. Bu bakımdan, “imtiyaz sözleşmesinin feshini gerektiren hallerin varlığında idare hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla derhal işe geçici olarak el koyar ve sözleşmenin feshi için Danıştay'a başvurur. İdarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya idarî sözleşmenin değişen koşullar altında yürütülememesi hallerinde âkit özel kişi de fesih için idarî mahkemeye başvurabilir.”⁹³

Kanaatimce bu görüş pratik anlamda çok makul değildir. Zira idare imtiyazı kendi takdir ve icrai tasarrufu ile gerçekleştirmek yolunu da seçebilecektir. Bu halde, imtiyazcı yargısal korunma ile idari tasarrufun iptalini elbette talep edebilecektir; ancak özel hukuk hükümlerine istinaden dahi yenilik doğurucu bir hak olarak fesih müessesesine müracaat mümkün iken, sözleşmede yer almadığı noktada genel bir

⁹¹ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.175

⁹² Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.

⁹³ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.175

kural olarak idarenin ıskat için mahkemeye müracaatından bahsetmek çok da doğru olmayacaktır.⁹⁴

Bu aşamada, idarenin re'sen hareket yetkisi dahilinde ya da bu yetki haricinde yapılacak tüm değerlendirmeler bakımından varılacak sonuç yargı mercilerinin ancak feshin ya da idare hukuku müessesesi olan imtiyazın ıskatının haklılığı ve hukuka uygunluğu yönünde denetim yapılabileceğidir. Bu denetim tazminat talebini de kapsar nitelikte olabileceği gibi, bu yöndeki idari tasarrufun iptali ile tasarruf öncesi duruma dönülmesi neticesine yönelik de olabilecektir.

Iskat halinde imtiyazcının herhangi bir talebinin karşılanması söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile haksız ıskat halinin mevcut olması hali dışında, ıskatın imtiyazcının kusurlu davranışına dayanması dolayısıyla bir hak bulunmamaktadır. Bununla birlikte, imtiyazcı imtiyaz sözleşmesinden doğan tüm hak ve kazançlarını da kaybetmiş olacaktır. İdare ise ıskatı takiben imtiyazcının kusurlu davranışı nedeniyle uğradığı zararlarının da ayrıca karşılanmasını talep edebilecektir.

4. Geri Alma (Rachat)

Geri alma idarenin hizmet tesisatı ve bütünleyici parçalarının bedeli ödeyerek satın alması anlamına gelip bu suretle sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde idarenin takdirini ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan geri alma da kamu gücüne dayalı icrai karar niteliğinde bir idari tasarruf olarak sözleşmenin konu ve hükümlerinin sözleşmenin hitamı öncesinde

⁹⁴ Aynı görüşte bkz. Keskin, **A.g.e.**, s. 46: Yazar, “2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24/1. Gerçi 1982 Anayasasının 47, 125 ve 155. Maddelerinde 4446 sayılı Kanunla bazı değişiklikler yapılarak uluslar arası tahkimin alt yapısı hazırlanmış ancak ilgili kanunlarda Danıştay’ın tekeline kaldıracak değişiklikler henüz yapılmamıştır.” ifadelerine yer vermişse de halihazırda fesih için Danıştay’a başvuruyu zorunlu kılan bir düzenlemenin varlığından bahsedilemez.

ortadan kalkması ve imtiyaza bağılı gayrimenkul ve menkul tesisatın idareye intikali sonucunu doğurmaktadır.⁹⁵

Doktrinde, kamu hizmeti tesisatını ve faaliyetlerini milli savunma gibi tamamen takdiri düşüncelerle kaldırmak, bir hizmete ait teşebbüsü tamamen millileştirmek, devletleştirmek ya da belediye marifetiyle işletmek amaçları gibi amaçlara yönelik bütünüyle siyasi ve takdiri sebeplerle bu yola başvurulabileceği belirtilmektedir. Bu sebeplerle, idarenin geri alma hakkından feragat etmesinin söz konusu olamayacağı ve buna yönelik sözleşme ya da şartnamede hüküm sevk edilemeyeceği düşünülmekte ve aksi yöndeki hükümler ile bu hakkın kullanılmasını imkansız hale getirecek şartların da hükümsüz sayılması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁶

Bu doğrultuda, geri alma hakkına yönelik uygulamanın sözleşme ve şartnamede düzenlenmesinin mümkün olması yanı sıra bu düzenlemelerle dahi kısıtlanamayacak geri alma hakkının her halükarda mevcut olduğunun düşünülmesi gerekecektir. Geri alma işleminin sebep unsurunun siyasi ve takdiri niteliği dolayısıyla; hakim in idareyi bu işlemi tesise sevk eden olguları değerlendirmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 125. maddesine 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile getirilen 4. fıkra⁹⁷ ile artık bu yönde bir denetimin hiçbir şekilde mümkün olmadığını söylemek mümkündür.

Geri alım kapsamında, hizmetin tüm tesisat, bütünüleyici parça ve teferruatının idareye eksiksiz ve hizmetin işlemlerini sağlayacak hal ve konumda teslimi gerekir. İdarenin bu tesisat ve eşyanın bir kısmını alması söz konusu olamayacağı gibi imtiyazcı da hiçbir şekilde teslimden kaçınamayacaktır. Geri almada kül halinde yapılacak devre mukabil taraflarca bir bedelin kararlaştırılması, kararlaştırılamaması

⁹⁵ Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.

⁹⁶ **A.e.**

⁹⁷ (Değişik cümle: 07/05/2010-5982 S.K./11. md.) “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

halinde de idarece idari yargının denetimine tabii bedelin takdir edilmesi gerekecektir.

Söz konusu bedelin kapsamı bakımından başlangıçta sözleşme ile hükümler sevk edilmiş olabileceği gibi yukarıda da ifade edildiği üzere bu husus taraflar arasında da kararlaştırılabilecektir. Hal böyle olmakla, tarafların anlaşamaması halinde söz konusu bedel yapılacak yargılama neticesinde hakim tarafından takdir edilerek hüküm altına alınacaktır. Bu bedelin, aksi kararlaştırılmadıkça, amortismanı çıktıktan sonra tesisat ile bütünleyici parçalarının değerini, levazım, ambar mevcudu ve mobilya gibi menkul eşya değerlerini, yoksun kalınan karı, imtiyazcının memur ve işçilerine verilecek tazminatları karşılayacak nitelikte olması gerekir.⁹⁸

Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne intikal eden ve millîleştirme veya devletleştirme adı altında varlıklarına son verilen imtiyaz sözleşmelerinin, büyük kısmının, görülen kamu hizmetlerinin gerçek sahibi idare olduğu düşüncesiyle, imtiyazın satın alınması (rachat) suretiyle idareye geçmiş olduğu ve sonrasında bu kamu hizmetlerinin idare tarafından işletildiği belirtilmektedir.⁹⁹

⁹⁸ Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.

⁹⁹ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.175; Onar, **A.g.e.**, s.1590 vd.

III. UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

A. Uyuşmazlıkların Sınıflandırılması

İdari sözleşmelerden doğan ihtilaflara ilişkin olarak ülkemizde mevcut iptal ve tam yargı davaları dışında özel bir nitelendirme yapılmadığı görülmektedir. Uygulamada, sözleşmeye ilişkin bir takım davaların iptal davası olarak değerlendirilmesi ve neticede sözleşmelerin iptaline karar verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Bu açıdan, uyuşmazlıklara yönelik yapılacak sınıflandırmanın özellikle idarenin tek taraflı iradesinin geçerli olduğu ve sözleşme imzalanmadığından özel hukuk kişinin halen sözleşme tahtında bir sığata sahip olmadığı sözleşme öncesi ile sözleşmenin imzalanması sonrasında sürüp giden sözleşme sonrası döneme ilişkin yapılması tercih edilebilir niteliktedir. Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve idarenin iradesini barındırması yanı sıra idarenin her türlü işlem ve eyleminde kamu yararının gözetilmesi zorunluluğı dolayısıyla ayrıca sözleşme ve sözleşme ile bağlantılı işlemlerin üçüncü kişiler tarafından da dava konusu yapılabileceğinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de, hem taraflar açısından hem de üçüncü kişiler tarafından açılacak davaların da bir sınıflandırmaya tabi tutulması uygun görülmüştür.

Fransa'da, özellikle sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından iptalinin mümkün görülmemesi ve sözleşmenin tabi olduğu rejimin objektif nitelikli bir iptal davasında değerlendirilmemesi amacıyla, sözleşmenin iptali yönündeki bir yargılamanın ancak sözleşmenin taraflarınca başlatılabileceğı ve tam yargı davası niteliğinde görüleceğı öngörülmüştür.¹

Bu yargılama, sözleşme hakimi olarak ifade edilen hakimce yürütölmekte olup sözleşme öncesine dayanan ve taraflar arasında vuku bulabilecek haksız fiil benzeri

¹ Gözler, **A.g.e.**, s. 201 vd.; Gözübüyük, Tan, **A.g.e.**, s. 277

eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkları da kapsamaktadır. İptal davasına ise sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idarenin işlem ve eylemleri ile genel düzenleyici işlemleri konu edilebilmektedir. Tek istisnai durum ise lokal idarelere tanınan yetkiye istinaden akdedilen sözleşmelerin 2001 yılı itibarıyla, merkezi idarenin taşradaki temsilcisi vali tarafından iptal davasına konu edilebilecek olmasıdır.²

1. Taraflar Arasında Çıkabilecek Uyuşmazlıklar

Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca “tahkim yolu öngörülmemeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar”ın çözümünde Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olması öngörülmüştür. Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; taraflar arasında tahkim şartı öngörülmemiş olması halinde ancak idari yargı taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde görevli olabilecektir.

Bununla birlikte yukarıda tartışma konusu yapmaya çalıştığımız üzere³, imtiyazcının ya da idarenin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan hak ve iddiaları yönünden tahkim şartının varlığına rağmen Danıştay’a müracaatları halinde, neticenin ne olacağına kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Belirtilen madde hükmü dolayısıyla tahkim şartının varlığı doğrudan görevsizlik kararı verilmesini mi gerekecektir?

Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca tahkim yönünden ilk inceleme yapılması söz konusu olmadığı gibi, idari yargılama usulünde ilk itiraz ve buna mukabil bir değerlendirme yöntemi de bulunmamaktadır. Bu halde, tahkim şartının varlığı nedeniyle sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesi ve görevsizlik ile uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girdiği yönünde mi karar verilmesi gerekecektir? Tüm bu hususlar ve belirsizlik, temelinde hukuki birikim ve teknik barındırmayan 4446 sayılı Kanun ile yapılan

² Richer, A.g.e., s. 165 vd.

³ Bkz. I. Bölüm – Tarihsel değişim ve Hukuksal Dönüşüm, 4446 sayılı Kanun ve Anayasa Değişiklikleri, s. 62 vd.

Anayasa değişiklileri ve devamında yürürlüğe konulan yasalardan kaynaklanmaktadır.

Taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara yönelik olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasında idari dava olarak ayrıca "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" da gösterilmiş olup, bu davaların tam yargı davası olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁴

Ancak haklı olarak bu yönde bir değerlendirme dahilinde ancak sözleşmenin mali hükümlerine ilişkin davaların tam yargı davası olarak ifade edilebileceği, yoksa kamu gücünü haiz idarenin sözleşmeye ilişkin tek taraflı değişiklik, re'sen hareket ile icra ve fesih yönündeki tasarruflarına yönelik yargısal korunma taleplerinin bu kapsamda mütalaa edilemeyeceği de düşünölebilmelidir. Özellikle, bu kapsamda değerlendirilebilecek nitelikteki sözleşmenin feshine yönelik tarafların idari yargıya müracaatı ile idarenin tek yanlı ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerine yönelik yargılamanın tam yargı davası olarak nitelendirilmesi olanaksızdır.

Son olarak, olası bir sözleşmenin iptali halinde, tarafların zarar ve ziyanlarının tazmini talep etmeleri söz konusu olacaktır. Fransa'da bu yöndeki sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı bu taleplerin de sözleşme hakimince tam yargı davasında çözümlenmesi söz konudur.⁵ Türkiye açısından da idareye hizmet kusuru ve sair sebeplerle tam yargı davası ile tazminat talebi yöneltilebileceği düşünölebilecektir. Bu açıdan, yerine getirilen kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için tazminat davalarının idari yargı mercilerince görölmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁶ Ancak

⁴ Günday, **A.g.e.**, s. 317 vd.; Gözübüyük, Tan: **A.g.e.**, s.624 vd.;

⁵ Richer, **A.g.e.**, s. 195 vd.

⁶ Bahtiyar Akyılmaz, **Türkiye'de İdarenin Mali Sorumluluğu**, Profesörlük Çalışması, Konya 2004, (Yayımlanmamıştır), s. 62 vd.; Ayrıca Örnek Karalar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 7.07.1994 tarih ve 1994/10 E., 1994/11 K. sayılı Kararı ile Danıştay 10. Daire'nin 22.11.1999 tarih, 1998/187 E.,

idarenin özel hukuk kişisine yönelteceği tazminat talepleri için adli yargıya müracaat etmesi gerekecektir.

2. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılabilecek Davalar

İdarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar yönünden önceleri üçüncü şahısların doğrudan dava ikame edemeyeceği; ancak idarî sözleşme hakkında idareye başvurarak sözleşmenin değiştirilmesi veya feshi isteğinde bulunanların ret işlemini dava konusu edebilecekleri ve bu halde dava konusunu sözleşme değil aslında idarenin başkaca bir işlemi oluşturduğu düşünülmektedir.⁷

Ancak bugün, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi nedeniyle menfaati ihlal edilen, sözleşmenin tarafı olamayan üçüncü kişilerin sözleşmenin hukuka ve kamu yararına aykırılığından bahisle sözleşmenin iptalini talep edebilecekleri ve buna ilişkin olarak hukuki bir engelin mevcut olmadığı genel olarak kabul görmektedir.⁸

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idarenin tek yanlı işlemlerinden değil, iki yanlı işlemlerinden olduğundan bahisle dava konusu edilemeyeceği yönünde düşünceler⁹ hasıl olmuşsa da kanuni bir ayırımın mevcut olmaması ve dava açma hakkının da ancak kanun ile sınırlandırılabilmesi gerekleri karşısında bu yönde yorum yapmak güçleşmektedir. Kaldı ki, idarenin eylem ve işlemleri kapsamında idarenin icrai nitelik arz eden ve kesin ve yürütülebilir şekilde sözleşme çerçevesinde tecelli eden iradesinin de dava konusu edilebilir olacağının düşünülmesi yerinde olacaktır. Zira idarenin eylem ve işlemlerinin yalnızca iradesinin bir görünümünden ibaret olduğu sonucuna varmak mümkündür.¹⁰ Sözleşmenin idarenin işlemlerinden

1999/6197 K. ve 16.06.1998 tarih ve 1996/10203 E., 1998/2643 K. sayılı Kararları

⁷ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.175 vd.

⁸ Günday, **A.g.e.**, s. 317 vd.

⁹ Gözübüyük, Tan, **A.g.e.** s. 261; Gözler **A.g.e.**, Cilt 2 s. 235 vd.; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ağustos 2006, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 146 vd. ile 277; Sözleşmenin iptal davasına konu edilemeyecek olduğunu savunan yazarlar, “iptal davalarının objektif niteliğine ve idari sözleşmelerin idari işlem olmadığına” vurgu yapmaktadırlar. Ayrıca “sözleşmelerin özel hukuk kişilerinin de iradelerini barındırdığını ve özel kişilerin işlemlerinin ancak adli yargıda geçersiz addedilebileceğini” de belirtmektedirler.

¹⁰ Aynı yönde Karahanoğulları, **A.g.e.**, 418 vd.: Yazar, Danıştay’ın üçüncü kişiler tarafında açılan

sayılması mümkün görünmese de; özel hukuk kişisi ile idare arasında bir irade uyuşması ile kamu hizmetinin görülmesi amaçlanıyorsa, ortak iradede de kamusal yönün ağır bastığı düşünülmelidir. Sözleşmenin varlığının hizmetten yararlananlara yönelik ve onlar yararına olması karşısında hizmetten yararlananların dava açma haklarının kısıtlanması makul olmayacaktır.

İmtiyaz sözleşmesine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar kapsamında, sözleşmenin bir kısmının idarenin hizmetin kurulması ve yürütülmesine ilişkin düzenleyici yetkisine dayandırıldığı ifade edilmişti. Hal böyle olmakla, düzenleyici yetkinin muhatabının da hizmetten yararlananlar, daha kapsamlı bir ifade ile kamu olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu hal de, çoğu zaman hizmet bakımından düzenleyici işlemi ikame edecek sözleşme karşısında üçüncü kişilerin korunmasını bir zorunluluk haline getirmektedir.¹¹

Bu yönde davayı açabilecek üçüncü kişinin sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinden yararlanan bir kişi olabileceği gibi, vergi yükümlüsü, kararın alındığı kurulun üyesi, malları elinden alınan işletmeci gibi gerçek ve tüzel kişiler de olabileceği düşünülmektedir.¹² Daha sık karşılaşılan örnek ise Danıştay'ın geniş bir yorumla mütalaa ettiği menfaat kavramına dayanan ve bu menfaatin ihlal edildiğini düşünen meslek örgüt ve kuruluşlarının dava yoluna başvurmasıdır. İdari dava açmak yönünde irade gösteren kişilerin idari dava açabilmesi bakımından subjektif nitelikli dava ehliyetini karşılaması gerekir. Diğer bir deyişle, dava açanın sözleşmenin akdi ile ilgili bir işlemin iptal edilmesinde menfaati olmalıdır. Şöyle ki, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, iptal davaları için menfaatleri ihlal edilenlerin, tam yargı davaları için ise kişisel hakları doğrudan muhtel olanların davacı olabileceklerini açıkça belirtmiş bulunmaktadır.

davalarda sözleşmenin iptali imkanını tanımış olmasını Danıştay'ın Fransız öğretisine nazaran daha ileri bir tutumu olarak değerlendirmektedir. Yapılan Anayasa değişikliklerinin de bu imkanı ortadan kaldırmaya yönelik olduğunu ifade etmektedir.

¹¹ Flogaitis, **A.g.e.**, s. 41 vd.

¹² Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.

Bu noktada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasında iptal davaları, "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan" davalar olarak idari davalar arasında tanımlanmaktadır. Ayrıca 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde de "tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar" Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak karara bağlayacağı davalar arasında sayılmıştır.

Danıştay'ın üçüncü kişilerin tarafı olmadıkları sözleşmenin iptalini isteyip istemeyecekleri konusuna ilişkin olarak yaklaşımı da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddeleri doğrultusundadır. Bu yönde Danıştay¹³ tarafından "taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmakta" ve ancak bu yönden üçüncü kişilerin iptal taleplerinin sınırlandırılması uygun görülmektedir.

Danıştay, konuya yaklaşımını "iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir" yönünde gerekçeler ile açıklamaktadır. Bu noktada, Danıştay'ın bu yöndeki davaları sözleşmeden doğan tam yargı davaları olarak değerlendirmedeği sonucuna varmak mümkündür.

¹³ Danıştay 10. Daire'nin 06.02.2002 tarih ve 1999/2407 E., 2002/347 K. sayılı Kararı: "Bu durumda, davacı Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfının Vakıf senedinde yer alan ve Vakfın Genel Amaçları başlıklı 3. maddesinde "özelleştirme uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek, bu konularda çalışanların örgütleri ve başkaca kamusal ve özel kuruluşlarla işbirliği yapmak" şeklinde yer alan amacı doğrultusunda, doğal gaza dayalı termik santral kurma ve işletilmesi konusundaki sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada, davacı vakfın subjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Bununla birlikte, idari sözleşmenin icrası ya da kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi dolayısıyla ve her halükarda hizmetin kötü, eksik ve kalitesiz ifası hallerinde, üçüncü kişilerin zararlarının doğması muhtemeledir. Bu halde de; hizmetin asıl sahibinin idare olması ve hizmeti kuran ve işleten imtiyazcı üzerinde idarenin mutlak gözetim ve denetim sorumluluğu bulunması dolayısıyla, yine İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrası gereği “kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” ile üçüncü kişilerin tazminat talebinde bulunması söz konusu olabilecektir.

Üçüncü kişilerin açacakları davaların sözleşmenin icrasından kaynaklanması ve tazminat talebi ihtiva etmesi hallerinde, hizmetin asıl sahibinin idare olması yanında işlem ve eylemin imtiyazcıya özgülenebildiği haller de söz konusu olabilecektir. Bu durumda adli yargıda imtiyazcıdan da tazminat talep edilebileceği düşünülmektedir.¹⁴ Bu açıklamalar bakımından, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin ihlalinin “sözleşmenin konusu idari hizmetle bağlantılı olarak ve bu idari hizmetin yerine getirilmesinden doğması” gerekmemekte olup, idarenin hizmetin asıl sorumlusu olarak sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığının göz önünde bulundurulması gerekir.¹⁵ Bu noktada, her ne kadar Common Law ülkelerinde özel hukuk kişileri ile akdedilen sözleşmelerde kamusal bir çerçeve belirlenememişse de, kamusal nitelik arz eden sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda hem idareye hem de özel hukuk kişisine başvurma bakımından yarışan bir hakkın tesisi ve bu yönde düzenlemelerin sevk edilmesi önerilmektedir.¹⁶ Bu çerçevede, hizmetin asıl sahibi idare ile hizmeti üstlenen imtiyazcının hizmetten yararlananlar karşısında koşut tazminat sorumluluğunun bulunmasının aslında hizmetin bir gereği olduğu yönünde bir değerlendirme yapmak mümkündür.

İmtiyaz sahibi ile hizmetlileri ve işçileri arasındaki uyuşmazlıklar ile hizmetten yararlananlar ile imtiyaz sahibi arasındaki uyuşmazlıklar ise genel olarak idari

¹⁴ Danıştay 10. Daire'nin 06.02.2002 tarih ve 1999/2407 E., 2002/347 K. sayılı Kararı

¹⁵ Danıştay 6. Daire'nin 18.03.1970 tarih ve 1966/2898 E. 1970/713 K. sayılı Kararı, bkz. Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.

¹⁶ Anne (A C L) Davies, **The Public Law of Government Contracts**, 2008 New York, Oxford University Press, s. 236 vd.

nitelikte görülmemekte ve adli yargıda çözümlenmektedir. Bununla birlikte, hizmetten yararlananların, idareye başvurarak imtiyaz sahibinin sözleşmeye uymaya zorlanmasını isterler ve bu istekleri idarece reddedilir ise buna karşı yerine göre iptal veya tam yargı davaları açılacakları de ifade edilmektedir.¹⁷ Bu görüşe ilişkin olarak başvurunun hizmetin asıl sahibi olan idarenin iradesi dışında yapılan bir uygulamaya yönelik olması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Aksi bir düşünce ile üçüncü kişilerin, idarenin gerek tek yanlı tasarrufları ile ya da imtiyazcı ile sözleşme tahtında belirlediği hususlara ilişkin olarak sınırsız bir dava hakkına sahip oldukları düşünülemez. Bu hallerde üçüncü kişilerin ancak yasal süresi içinde ve menfaatleri ihlal edilmesi halinde dava açacaklarının belirtilmesi yerinde olacaktır.

Bu açıklamalara ilaveten, idarenin kesin ve yürütülebilir nitelikteki icrai işlemlerinin dava konusu edilebilirliği anlayışının sözleşmenin icrası sırasındaki uygulaması olarak ayrılabilir işlem kuramının ve bu kuram ışığında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin değerlendirilmesinde yarar vardır.

3. Ayrılabilir İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıklar

Sözleşmeye yönelik hazırlık, ihale, imtiyazcının belirlenmesi ve nihayetinde sözleşmenin akdedilmesi şeklinde gerçekleşen süreçte, işin özelliklerine ve uygulanan mevzuatın çeşitli hükümlerine göre birden fazla işlem tesis edilmektedir. Önceleri bu işlemlerin sözleşmenin imzalandığı aşamaya kadar sözleşmeden ayrılamayan, sözleşme ile değer kazanan, tek başına değer taşımayan işlemler olduğu görüşü kabul görmüş ve uygulanmış ise de bu görüş zamanla değer kaybetmiştir.¹⁸

Bu doğrultuda kabul edilen görüşe göre, temel amacı "belirli bir süreç içinde yer alan işlemlerin, başlı başına hukuksal sonuçlar yaratmaları halinde, bu süreçten

¹⁷ Cengiz Ünsal, **İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2000, s. 130 vd.

¹⁸ Memduh Cemil Şirin, **Yargı Kararların Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 16 vd.

bağımsız olarak ve oluştukları anda iptal davasına konu edilebilmeleri"¹⁹ olan ayrılabilir işlem kuramı, idarenin yalnızca kesin ve yürütülebilir icrai işlemlerine yönelik bir yargısal denetim imkanını yaratmakta yoksa idarenin icrai özelliğe sahip olmayan hazırlık işlemleri ile görüş bildiren işlemlerini kapsamamaktadır.²⁰

Ayrılabilir işlem kuramına, bu kuramın idari sözleşmelerin hukuka uygunluk kontrolünün gerçekleştirilmesine hizmet etmesi nedeniyle önem atfedilmektedir.²¹ Bu bakış açısıyla, bu türden işlemler “birden çok idarî işlemin aşama aşama yapılması ile gerçekleşen bir işlemde, birbirini izleyen işlemlerden herhangi birinin başlı başına yürütülebilir nitelikte bir işlem olması halinde, diğer işlemler ile gerçekleşen işlemden ayrı olarak, genellikle idarî yargı yerinde çözümlenecek türden bir uyuşmazlığa konu olan işlem” olarak nitelendirilmektedir.²²

Bu bakımdan, ayrılabilir işlem teorisi, idari karar alma sürecinde gerçekleştirilen bir dizi işlemin, her birinin tek başlarına hukuki sonuçlar doğurabilme yeterliliğine sahip olmaları durumunda, farklı hukuki değerlendirmeye tabi tutulabilmesini ve asıl ya da nihai işlemten bağımsız olarak iptal davasına konu edilebilmelerini sağlamaktadır.²³ Bu çerçevede, "yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı bir takım hukuki sonuçlar oluşturabilen işlemler söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu oluşturabilirler."²⁴ Buna bağlı olarak da ayrılabilir işlemin tek başına ya da idari sürecin sona ermesi ile ortaya çıkacak nihai işlemin dava edilmesi gibi iki imkan ortaya çıkacaktır.²⁵

İmtiyazcı ve idare arasındaki uzlaşma sonucu ortaya çıkan mali hükümlere ilişkin kısmın hukuki ilişkisinin sübjektif yönünü ortaya koyduğundan, bu kısmın asıl sözleşme olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu kısım dışında kalan ve kamu

¹⁹ Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.

²⁰ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara 1990, Danıştay Matbaası, s.128

²¹ Laurent Richer, **Les Contrats Administratif**, Paris 2006, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, EJA s.175 vd.

²² Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.

²³ Erkut, **A.g.e.**, s. 128 vd.

²⁴ **A.e.**

²⁵ **A.e.**

hizmetinin yürütülmesine ilişkin hükümlerin ise sözleşmeden ayrı nitelik gösterdiğinden bahsedilmektedir. Bu bölümün genel düzenleyici işlem addedilerek şartnameye benzetildiği ve sözleşmenin akıbeti ve yargısal denetiminden ayrı tutulmak suretiyle iptal davasına konu edilebileceği ifade edilmektedir.²⁶ Bu yöndeki değerlendirmeler bir yönden haklılık taşımakla birlikte, ayrılabilir işlem teorisine binaen yapılacak değerlendirmeler dahilinde dahi idare ile imtiyazcı arasındaki ihtilaflar ve üçüncü kişiler tarafından ikame edilen ihtilafların ayrı bir sınıflandırma ile değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır.

Zira üçüncü kişiler menfaatlerini ihlal eden ve kesin ve yürütülebilir nitelik taşıyan işlemleri ayrılabilir işlem teorisinin yaratmakta olduğu imkana istinaden dava konusu edebilecektir. Ancak imtiyazcı ile idare arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması dolayısıyla bu hizmetin özellikleri ve kamu yararı doğrultusunda değerlendirilmesi gerekeceği ve imtiyazcının beklentilerinin asıl amacı olan kar etmeye yönelik olacağı açıktır. Bu halde bu tür ihtilafların sözleşmeden değil ayrılabilir bir işlemten doğduğundan ya da sözleşmenin bir bölümünün ayrı bir nitelik taşıdığından bahisle gündeme gelmesi olası değildir.

Bununla birlikte, Anayasa değişiklikleri sonrasında yasal düzenleme ve nitelendirme yönündeki yasal yetkiye istinaden artık özel hukuk sözleşmesi olarak üçüncü kişilere gördürülen kamu hizmetlerine yönelik hukuki süreçlerin de ayrılabilir işlem teorisi bağlamında idari yargı denetimine tabi olduğu görülmektedir. Şöyle ki; “İdarenin hem özel hukuk sözleşmelerinde hem de idari sözleşmelerinde sözleşme oluşumunda yapılan tek taraflı idari işlemler ayrılabilir işlem olarak nitelendirilebilir ve idari yargıda dava konusu yapılabilir.”²⁷

²⁶ Yüksel Koçak, **Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s. 82 vd.

²⁷ Şirin, **A.g.e.**, s. 105 vd.

Danıştay²⁸ da aynı yönde görüş bildirmiş ve “[H]enüz ihale sonrası sözleşme aşamasına gelinmediği” ve “ihalenin iptaline bağlı bir idari işlem niteliği taşımakta olduğundan bu işlemin Yasaya uygun olup olmadığının denetimi de idari yargının görevi içerisinde yer almaktadır.” ifadelerine yer vermek suretiyle sözleşme öncesi işlemlerin yargısal denetime açık olması yanında idari yargının görevinin de devam ettiğine vurgu yapmıştır.

Sözleşmenin yapılmasından önce iptal edilen bir ayrılabilir işlem, sözleşmenin yapılması bakımından tamamlanması gereken usulün bir parçasını teşkil ediyor ya da doğrudan sözleşme ile özel hukuk kişisine hizmetin işletilmesine yönelik devir bakımından temel teşkil ediyorsa ayrılabilir işlemin iptali halinde zaten sözleşme akdedilemeyecektir.²⁹ Bununla birlikte, her işlemin kendi başına yargısal denetime tabi tutulması ve bu bakımdan ayrı dava açma sürelerine ve yargılama usulüne tabi olması yanı sıra esas yönünden yapılacak bir değerlendirmede ayrılabilir işlemin doğrudan sözleşmenin iptali yönünde sonuç doğurması da düşünülmemelidir.

²⁸ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 20.04.2005 tarih ve E. 2003 / 2683, K. 2005 / 1981 K. sayılı Kararı: “...2886 sayılı İhale Yasasına dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliktedir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi tüm hazırlıkların, idarenin, yasanın verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirdiği tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemler olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu tür işlemlere karşı açılacak davalar idari yargının görevinde olup sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargının görevine girecektir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Gebze İlçesi Muallimköy sınırları içerisinde bulunan 12 pafta, 3318 parsel no’lu taşınmazın 30.5.2002 tarihinde yapılan satış ihalesinin davacı üzerinde kaldığı, 17.6.2002 tarihinde onaylanarak 24.6.2002 tarihli yazıyla davacıya 15 gün içerisinde satış bedelinin ödenmesi aksi halde ihalenin, feshedilerek geçici teminatın Hazineye irat kaydedileceğinin bildirildiği, davacının 19.6.2002 tarihli başvuru ile ihaleye konu alanın 22.5.2002 tarihli tescil ile Organize Sanayi Bölgesi sınırları içerisinde kaldığından, bahisle ihalenin iptal edilerek teminatın iadesini istediği, dava konusu işlemle bu talebin reddi üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Henüz ihale sonrası sözleşme aşamasına gelinmediği, ihale bedelinin ödenmemesi halinde geçici teminat mektubunun davacıya iade edilip edilmeyeceği noktasından kaynaklanan bu uyuşmazlıkta, idarenin ihaleyi iptal etmesinden sonra geçici teminat mektubunu iade etmemesi ihalenin iptaline bağlı bir idari işlem niteliği taşımakta olduğundan bu işlemin Yasaya uygun olup olmadığının denetimi de idari yargının görevi içerisinde yer almaktadır.

Bu durumda dava konusu işlemin adli yargı yerinde irdelenip karar verilmesi gerektiği yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

²⁹ Şirin, A.g.e.,105 vd.

Ayrılabilir işlemin iptali halinde idarenin mevzuata uygun şekilde oluşan eksiklikleri gidermesi gerekir. Bu nedenle ayrılabilir işlemin iptali aslında doğrudan sözleşmenin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmayacaktır. Ancak eksikliklerin giderilmemesi, ya da ayrılabilir işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararının uygulanmaması halleri sözleşmenin de akıbetine etki edebileceğinden, idarenin öncelikle bu konuyu nazara alması gerekmektedir.³⁰

Ayrılabilir işlemin iptali ile sözleşmenin akıbetinin doğrudan birlikte değerlendirilmemesinin sebebi olarak sözleşmenin idare ile imtiyazcının ortak iradesini oluşturması gösterilmektedir.³¹ Bununla birlikte, gerek sözleşmenin akdedilmesine yönelik hazırlık aşamasında, gerekse de sözleşmenin uygulandığı aşamada imtiyazcının ya da öncesinde müstakbel imtiyazcının menfaatlerinin ihlal edildiğinden bahisle ayrılabilir nitelikte bir işlemin iptalini talep etmesi de mümkündür. Bu halin de doğrudan sözleşmeye etki edeceğinin düşünülmemesi gerekir.

Ancak ayrılabilir işlemin sakat addedilmesinin sözleşmenin akdedilmesine engel teşkil edeceği ya da sözleşmenin ifası için yeterli zeminin oluşmasının mümkün olamayacağı hallerle de karşılaşılması mümkündür. Bu bakımdan, iptal edilen ayrılabilir işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturan bir işlem ise aralarında sıkı bir ilişki var demektir ve bu durumda ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaması imkansızdır.³²

Üçüncü kişiler tarafından ayrılabilir işlemin iptalinin istenmesi hallerinde, sözleşmenin feshinin “tam yargı davası ile istenebileceği ve tam yargı davası da ancak sözleşmenin tarafları tarafından açılabileceği görüşü ekseninde ayrılabilir işlemin iptal edilmiş olmasının sözleşmenin tarafları istemedikçe sözleşmenin

³⁰ Richer, **A.g.e.**, s. 182 vd.

³¹ Gözler, **a.g.e.**, s. 192

³² Gözübüyük, Tan, **A.g.e.** s. 407 vd.

geçerliliği ve sona ermesi bakımından hiçbir sonuç doğurmayacağı”³³ ifade edilmektedir.

Bu görüşe binaen, iptal edilen ayrılabilir işlemin hukuka aykırılığından bahisle, idarenin ayrıca yapılacak başvurular ile yargı kararını yerine getirmeye ve dolayısıyla sözleşmeyi iptal etmeye zorlanabileceği de belirtilmektedir.³⁴ Yargı kararının uygulanması bir zorunluluk olmakla birlikte, yargı kararında belirtilen hukuka ya da usule aykırılığı gidermek bakımından belirlenecek usul ve yöntem açısından idarenin takdir yetkisi mevcuttur. Bu bakımdan, idarece tesis edilecek işleminin önem arz etmesi bir yana Türkiye uygulamasında ayrılabilir işlemler ile birlikte ve/veya bu işlemlerdeki hukuka aykırılıklara istinaden sözleşmelerin iptalinin üçüncü kişiler tarafından istenebildiği bilinmektedir.

Bununla birlikte, ayrılabilir işlem teorisinin aslında sözleşmenin iptalinin üçüncü kişiler tarafından kabul edilmediği Fransız hukukuna dayandığı bilinmektedir. Bu kuram ile üçüncü kişilerin sözleşmenin yarattığı etki ve menfaat ihlallerinden korunması asıl hedeftir. Bu kapsamda, sözleşmeye yönelik idarenin tek taraflı iradesinin ve işlemlerinin dava konusu edildiği teknik olarak benimsenmektedir.³⁵ Bu çerçevede, korunmak istenen sözleşme ve dolayısıyla özel hukuk kişinin iradesinin iptali sözleşme öncesinde sözleşme akdetmeye yönelik iradeyi ortaya koyan ayrılabilir nitelikteki idari işlemin iptaline özgülünmektedir.³⁶

Bunun yanı sıra, Fransa’da ayrılabilir işlemin sözleşme hükümlerine dayanması halinde sözleşmenin iptalinin de gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca ayrılabilir işlem doğrudan sözleşmenin akdedilmesine ilişkin bir işlem ise sözleşmenin de iptali sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir³⁷. Bunun için yalnızca malumun ilanına yönelik bir yargısal korunma talebinin ya da bu yöndeki mahkeme

³³ Şirin, **A.g.e.**, 105 vd.

³⁴ Gözler, **A.g.e.**, s.221 vd.

³⁵ Flogaitis, **A.g.e.**, s. 84,

³⁶ **A.e.**, s. 37 vd.; Richer, **A.g.e.**, s. 182 vd.,

³⁷ **A.e.**, 183.

kararının uygulamak zorunda olan tarafların sözleşmenin iptalini istemesinin vaki olduğu anlaşılmaktadır.

Danıştay'ın³⁸ üçüncü kişiler tarafından açılacak davalara genel yaklaşımı yukarıda detaylı şekilde ortaya konulmuş olup bu yönde değerlendirme yapıldığında, Danıştay'ın uygulamada sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları tam yargı davası olarak sınıflandırmaması ve sözleşmeden doğan uyuşmazlık kapsamında kendisini ayrı bir sözleşme yargıcu gibi görmemesi farklı bir netice doğurmaktadır. Bu, bakımdan Danıştay'ın re'sen inceleme yetkisi ve her halükarda göz önünde bulundurması gereken kamu yararı yanı sıra 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından özellikle bir tam yargı davası nitelendirmesi yapılmamış olduğu görülmektedir. Böyle bir ayırım yapılmadığından sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların pratikte tam yargı davası olarak nitelendirilmesine gerek yoktur.

Ayrılabilir işlemin sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturan bir işlem olması halinde ise talep edilmişse sözleşmenin iptalinin gerekeceğinde şüphe bulunmamaktadır. "Sözleşmenin yapılmasına sebep teşkil eden veya idarenin iradesinin oluşmasında dayanak olan bir işlemin iptali halinde sözleşmenin bu iptal kararından etkilenmeyeceği, en azından idarenin bu durumda hareketsiz kalabileceğini kabul etmek mümkün değildir."³⁹

Son olarak, ayrılabilir işlem teorisinin tersi görünümünün de sözleşmenin iptaline yönelik uyuşmazlıklar bakımından nazara alınması gerekir. Zira, sözleşmenin akdedilmesine yönelik birden fazla idari işlem farklı idarelerce tesis edilmiş olacak olup hukuka ve usule uygun olarak tesis edilen işbu işlemlerin idari anlamda kesinleşmiş olduğunun kabulü ile sözleşmenin hukuka uygunluğunun denetimin yapılması gerekir.

³⁸ Danıştay 10. Daire'nin 06.02.2002 tarih ve 1999/2407 E., 2002/347 K. sayılı Kararı:

³⁹ Şirin, **A.g.e.**, s. 105 vd.

Danıştay'ın⁴⁰ da bu anlayışı yansıtan görüşleri mevcut olup iptal istemleri bakımından yetkili idareler tarafından tesis edilen ve sözleşmeye dayanak teşkil eden işlemlerin mevcut hukuki durumu her halükarda nazara alınmalı ve sözleşme öncesi doğan hukuki sonuçların korunması sağlanmalıdır. Bu anlayışın gerekçesi Danıştay tarafından “[i]dari yargı yerince iptal edilmedikleri veya geri alınma sebepleri bulunmadığı sürece idari işlemlerin hukuka uygun sayılmaları, hukuki sonuçlarının korunması, hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir” şeklinde ortaya konulmuştur.

4. Sözleşme Yapılmadan Önceki Uyuşmazlıkların Çözümü

Sözleşmenin yapılmasından önce idare tarafından tesis edilen işlemler ile uygulanan usul yukarıda detaylı şekilde anlatılmıştı.

Bu çerçevede, sözleşmeye hazırlık safhasında, ilân safhasında, ihalenin yapılması safhasında veya sözleşmenin yapılması safhasında idarenin tek taraflı işlemleri ile gerek imtiyaz sözleşmesinin tarafına yönelik gerekse de hizmetten yararlananlara yönelik hukuki sonuçlar oluşturulmaktadır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan davalara örnek olarak, usulüne uygun ilân yapılmadığı iddiasıyla açılan idarî davalar, teklif mektubu ve zarfları usulüne uygun olduğu halde ihaleye sokulmayan kişinin ihale kararının iptali için açtığı davalar, ihale kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu için açılan iptal davaları

⁴⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2007/939 E. sayılı dosyada vermiş olduğu 27.12.2007 tarihli kararı: “İdari yargı yerince iptal edilmedikleri veya geri alınma sebepleri bulunmadığı sürece idari işlemlerin hukuka uygun sayılmaları, hukuki sonuçlarının korunması, hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. İptal davalarında, bir idari işlemin tek sebebi farklı hukuki sonuç doğuran diğer bir idari işlem ise, bu zincir işlemlerden doğrudan uygulanabilir, kesin nitelikte olup, dava konusu edilmeyen idari işlemin de hukuka uygunluk denetimi yapılmakla birlikte; belirtilen şekilde yapılan denetimde de, dava konusu olmamasına rağmen denetlenen idari işlemin hukuki sonucu korunmaktadır. Dava konusu edilmeyen idari işlem hakkında hüküm kurulmaksızın, bu işlemin hukuki sonucu ortadan kaldırılmadan yapılan sebep denetiminin sonucunda, dava konusu işlemle sınırlı biçimde karar verilmektedir. Kamu görevlilerine ilişkin mevzuat ile emeklilik mevzuatından doğan uyuşmazlıklarda, dava konusu işlemin tek sebebinin farklı bir hukuki sonuç doğuran diğer bir idari işlem olması şartıyla istisnai biçimde uygulanan bu yargısal denetim yönteminin, ekonomik alanda, özelleştirme sürecinde aynı nihai amaca yönelik birbirinin devamı olan, kesin, doğrudan uygulanabilir nitelikteki, önceki işlemler yanında, yeni değerlendirme ve sebeplere de dayanan idari işlemler hakkında uygulanması mümkün değildir.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

ve ihale kararının onanmasına ilişkin işlemin iptali davaları gösterilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte, süreç dahilinde idarece verilen izinler, yapılan tasdikler, vizeler ile varsa ruhsatlar da ayrıca iptal davasına konu edilebilir.

Bu yöndeki işlemlere karşı da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan idari davalardan iptal ve tam yargı davalarının açılabilceğı açıktır. Zira, yapılacak sözleşmenin özel hukuk ya da idare hukuku kurallarına tabi olduğuna bakılmaksızın, sözleşme yapılıncaya kadar geçen her aşamada tesis edilen idarenin bütün tasarrufları idare hukuku kurallarına tâbidir. Çünkü sözleşme yapılıncaya kadar geçen aşamada alınan kararlar ve birbirini izleyerek sürdürülen işlemler, birer idarî karar ve idarî işlemdir. Bu aşamada çıkacak uyuşmazlıklar sözleşmeden değil, birbirini izleyen bu idarî işlemlerin her birinden doğmaktadır.⁴²

Fransa'da özellikle sözleşme öncesinde ilan ve ihale sürecinde tesis edilen bir takım işlem ve eylemlerin yine sözleşme hakimince tam yargı davası ile çözümlenebildiğı görülmektedir. Bu noktada özellikle ayrıntılı bir denetim yapılmamakta ve tesis edilen işlemin unsurları incelenmemektedir. Amaç, özellikle ilan ve eşit koşullarda rekabetin tesisinin sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesidir.⁴³

5. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Tarafların sözleşmeyi akdetmesiyle başlayan süreç ile sözleşmenin icrası ve uygulanması başlamaktadır. Bu süreç dahilinde, idarenin tek taraflı işlemler ile eylemlerde bulunması yanı sıra tarafların sözleşmenin icrasında kararlaştırdığı bir takım hususların da hukuki etkiler doğurması olağandır.

Bu bakımdan, idari tasarrufun niteliğine göre bir iptal davası ya da uğranılan zararın tazmini için tam yargı davası niteliğinde idari davalarının, ayrıca her iki davanın birlikte açılmasının da gündeme gelmesi beklenebilir.

⁴¹ Günday, **A.g.e.**, s.155.

⁴² Odyakmaz, **A.g.m.**, s.174 vd.

⁴³ Richer, **A.g.e.**, s. 173

Taraflar arasındaki hukuki ilişki kapsamında sözleşmenin icrası döneminde idarenin genel yetkilerini kullanarak ve sözleşmeye dayanarak geçici olarak işletmeye el koyması, sözleşmeyi feshetmesi, kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi, veya bu konudaki ağır kusuru, imtiyazcı aleyhine para cezası yaptırımına başvurusu, sözleşme şartlarında tek yanlı değişiklikler yapması şeklindeki tasarruflar imtiyazcı tarafından bir iptal davasına veya tam yargı davasına konu edilebilecektir.⁴⁴

İdarenin özellikle sebep unsuru yönünden kendini gösteren geniş takdir yetkisine sahip olduğu geri alma işleminde ise özellikle diğer unsurlara dayanan hukuka aykırılıklara ilişkin uyuşmazlıklarla karşılaşılması mümkündür.

Zira idare, konu unsuru yönünden yapılacak bir değerlendirmede; hizmete dair tesisat, bütünleyici parçaları ve diğer araç gereçler ile amortismanın düşülerek ödenmesi gereken sonradan hizmete dahil edilmiş malvarlığı ve yatırım kapsamında yer alan başkaca malvarlığı değerlerinin bir kısmını devralmaktan imtina edebileceği gibi geri alma işleminin yetkisiz makamlarca ve eksik usul dairesinde gerçekleşmesi de söz konusu olabilecektir. İdarenin amaç unsuru yönünden denetlenmesi güç olsa da; kamu yararından öte şahsi menfaat gözetilmesi hallerinin kabul edilemeyeceği ve sırf imtiyazcuyu zarara uğratmak adına geri alma işlemine başvurulduğu yönünde tespitlerin işlemin sakat addedilmesine sebebiyet vereceği aşıkardır.

Tahkim şartı öngörülmesi halinde Danıştay'ın yetkisinin akıbetine ilişkin açıklamalarımıza tahkim bölümünde yer vereceğiz. Ancak belirtmekte yarar vardır ki, tahkim şartı öngörülen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak vasıflandırılabilir olması yanında, doğrudan özel hukuk sözleşmesi olarak kanuni nitelendirme yapıldığında da taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklarda artık Danıştay'ın kural olarak görevli olmayacağını söylemek gerekecektir. Bu yöndeki

⁴⁴ Keskin, A.g.e., s.137

değerlendirmelere de aşağıda adli ve idari yargıya ilişkin açıklamalarımız kapsamında yer verilecektir.

Sözleşmenin sona ermesini takiben, açılacak davalar bakımından bu davaların sözleşme öncesindeki çıkan uyuşmazlıklarla bir değerlendirilerek çözülmesi gerektiği yönünde görüş⁴⁵ bildirilmişse de; kanaatimce taraflar arasındaki uyuşmazlık yönünden hizmetin özellikleri yanı sıra sözleşmeden doğan tarafların hukuku nazara alınarak sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar gibi değerlendirilme yapılması da mümkündür. Üçüncü kişiler tarafından açılacak davalar yönünden ise uyuşmazlıkların kapsamı ve sözleşmenin durumu ile bulunduğu aşamanın özellik arz etmeyeceği düşünülmelidir.

B. Uyuşmazlıkların Çözüm Yol ve Usulleri

1. İdari Yargı

Yukarıda yer verilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan ihtilaflar yönünden genel ve asli yetki kural olarak idari yargı mercilerindir. Bununla birlikte yukarıda da yer yer izah edilmeye çalışıldığı üzere; içerik ve mahiyet itibarıyla kamu hizmeti imtiyazı teşkil eden hizmetlerin 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında kanuni belirlemelere binaen özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine gördürülebilecek olması dolayısıyla bu sözleşmeler yönünden idari yargı artık yetkili olamayacaktır.

Bunun yanı sıra, tahkim şartının varlığının sözleşmenin doğrudan özel hukuk sözleşmesi addedilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı hususuna ilişkin yapılacak değerlendirmelere aşağıda tahkime ilişkin bölümde yer verilmeye çalışılacaktır. Ancak tahkim şartının ya da anlaşmasının varlığının doğrudan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olması sonucunu doğurmayacağı nazara alındığında, bu sözleşmeler bakımından yetki ve görevin artık idari yargıda olmadığı

⁴⁵ Odyakmaz, **A.g.m.** s.174 vd.

anlaşılmaktadır. Zira 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi’nin ikinci fıkrasında yer alan “tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri” ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendinde yer alan “tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri” şeklindeki açık ifadeler dolayısıyla artık idari yargının bu şart ve özellikleri taşıyan sözleşmeler bakımından görevli ve yetkili olamayacağı açıktır.

Bununla birlikte, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme, tahkim şartı ihtiva etme gibi kriterlerin hiçbir etkisi söz konusu olmaksızın, menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler tarafından sözleşmenin imtiyazcı ile idari arasındakiki sübjektif kısmı haricinde, sözleşmenin hazırlık, yapılması ve icrası süreçleri dahilinde idareye karşı idari yargıda yasal dava açması süresi içinde dava açılması mümkündür. Bu bakımdan, gerek sözleşmenin sebep ya da konu unsurunu teşkil eden ayrılabilir nitelikteki bir işlemin, gerekse de bu işlemin sözleşmenin hukuka aykırılığı sonucunu yarattığından bahisle sözleşmenin iptali talep edilebilecektir.

Bununla birlikte, hakları ihlal edilenlerin ayrıca tam yargı davası ikame ederek zararlarının tazmini de talep edebilmeleri gerekir. Tüm bu yargılama süreçlerinde, hizmetin asıl sahibi olan idarenin davalı sıfatını haiz olacağı, imtiyazcının ise yalnızca davalı idare yanında müdahil sıfatıyla bulunabileceği ise açıktır.

Sözleşmeye karşı ikame edilecek davalar bakımından ayrıca bir dava açma süresi öngörülmediğinden 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 7. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca; “Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün”dür. Yine aynı Kanun’un 8. maddesi gereği, “Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.” Tam yargı davası içinde aynı süreler geçerli olmakla birlikte, tam yargı davası öncesinde iptal davası açılması haline ilişkin olarak iptale ilişkin verilen kararın kesinleşmesini müteakiben yasal süre içinde dava açılabilceği

de öngörülmüştür. Yine bir işlemin icrası dolayısıyla icra tarihini takip eden yasal süre içinde de dava açılması mümkündür.⁴⁶

Ayrıca, yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca dava açılmadan önce üst makamlara ya da idarenin kendisine başvurulması imkanına ve bu bakımdan yasal sürenin durmasına yönelik hüküm sevk edilmiştir. Bu kapsamda; ilgililer, üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını talep edebilecektir.

Bu noktada, dikkat edilmesi gereken husus, bu yöndeki başvurunun yalnızca yasal süreyi durdurmakta olduğudur. Bu çerçevede, başvuru yapılan günü takip eden süreçte cevap verilmesi halinde cevap tarihinden, cevap verilmemesi halinde, aynı Kanun'un 10. maddesi⁴⁷ ile belirlenmiş olan 60 günlük sürenin sonundan itibaren, yasal süreden başvuru yapılana kadar geçen sürenin mahsubu ile bulunacak bakiye süre içinde dava açılması gerektiğidir.

Son aşamada, sözleşmenin taraflarının özel hukuka tabi kılınmış ya da tahkim şartı öngörülmüş bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığı idari yargı yerleri nezdinde çözmek yönünde irade göstermesi veya bir tarafın bu yöndeki girişimi üzerine karşı

⁴⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 12: "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁴⁷ İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 10: "1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler." **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

tarafın sessiz kalması ya da karşılıklı anlaşılması durumunun değerlendirilmesinde yarar vardır.

Bu noktada, görev ve yetki hususlarının idari yargı yerlerince re'sen nazara alınması yanında, 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerini takiben 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişikliklerin açık hükümleri karşısında özel hukuka tabi kılınmış ve tahkim şartı öngörölmüş imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri bakımından idari yargının görevsizliği sabittir.

Ancak tahkim şartının varlığının doğrudan sözleşmenin idari niteliğini değiştirmeyeceği yönündeki görüş dolayısıyla taraflardan birinin ya da her ikisinin birlikte hareketle idari yargıya müracaatlarının akıbeti belirsizdir. Öncelikle tahkim şartı ya da anlaşması sözleşme imzalandıktan sonra ve hatta dava sırasında dahi irade uyuşması ile değiştirilebilecek niteliktedir. Bu hallerde kanaatimce eğer sözleşme açık şekilde özel hukuk hükümlerine tabi kılınmamışsa idari yargı yeniden görevli hale gelecektir. Diğer bir ihtimalde, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümüne yönelik idari yargıya başvurusu ve karşı tarafından da sessiz kalması halinde neticenin nasıl belirlenmesi gerektiğine ilk bakışta karar verilmesi ise güçtür.

Zira özel hukuk uygulamasında tahkim şartı ve anlaşmasına yönelik itiraz ilk itiraz hükümlerine tabidir. Ancak 2577 sayılı Yargılama Usul Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atfı kısıtlı olup, ilk itiraz hükümlerini kapsamamaktadır.⁴⁸ Bu atfın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun genel

⁴⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 31: "1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5.4.1990 – 3622/11 md.; Değişik: 10.6.1994 – 4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

nitelikli uygulanması öngörülen 5. maddesi⁴⁹ uyarınca da gerçekleştirilmesi güç görünmektedir.

Ancak burada yer alan “mahkeme” ifadesinin idari yargı yerlerini de kapsadığı ve yalnızca adli mahkemeleri işaret etmek istemediği de düşünülebilecektir. Sonuç ne olursa olsun, tarafların serbestçe kararlaştırabildiği tahkim yolundan vazgeçerek idari yargı mercileri önünde uyuşmazlığın çözümünü istemeleri durumunda dahi mevcut Anayasa ve yasa hükümlerinin sorun teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili ve görevli yargı yerinin belirlenmesi bakımından; Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğunda ise tartışma bulunmamaktadır. Tahkim şartı öngörülmeyen ve kanuni nitelendirme ile özel hukuk sözleşmesi kabul edilmeyen sözleşmeler yönünden Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olduğu açıktır.⁵⁰ Ancak imtiyaz sözleşmeleri hakkında görüş bildirme yetkisi Anayasa ile Danıştay’a verilmiş olması karşısında sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespiti bakımından yapılacak inceleme ve verilecek görüş belirleyici rol oynamaktadır.

Zira Anayasa’nın 155. maddesinde yapılan görevlendirme yanı sıra 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesinde de açıkça belirli hizmetlerin “Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca Danıştay Kanunu’nun Birinci Dairenin görevlerine ilişkin 42. maddesi ile İdari İşler Kurulu’nun görevlerine ilişkin 46. madde kapsamında da ayırım yapılmaksızın “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bu halde ister Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin ilk fıkrasının (d) bendinde yer

⁴⁹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Madde 5: “Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir.” **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁵⁰ Günday, **A.g.e.**, s.313 vd.

alan “Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemler” üzerinden isterse de olması gerektiği şekilde aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan “tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar” ifadeleri üzerinden değerlendirme yapılsın; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli ve yetkili olduğu açıktır.

Ancak Danıştay tarafından sözleşmenin incelenmesi bakımından öncelikle şu hususun değerlendirmeye alındığı görülmektedir. Danıştay Birinci Daire’nin kararları doğrultusunda imtiyaz sözleşme ve şartlaşması olarak kabul edilmeyen bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta artık Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, sözleşmenin idari sözleşme vasfını taşıması ise her halükarda imkan dahilinde bulunduğu bu incelemenin de idari yargı yerlerince incelenerek karara bağlanması gerektiği düşünülmektedir. Konuya ilişkin Danıştay 13. Daire’nin bir kararı⁵¹ oldukça çarpıcıdır:

⁵¹ Danıştay 13. Daire’nin 26.09.2008 tarih ve 2008/5151 E., 2008/6509 Kararı: “...Dava, acente motorlarının Kepez Limanı’nın iskelesine bağlanmaları/yanışmaları hususunda yetkinin Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş.’ye ait olduğu yolunda Ulaştırma Bakanlığı Demiryollar, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü’nce tesis edilen 25.02.2008 tarih ve 2449 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş. ile üst yapı tesislerinin yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına ilişkin 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açılmıştır...Dava dosyasının incelenmesinden; davaya konu sözleşmenin 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle yaptırılan Çanakkale-Kepez Limanı üst yapı tesisleri inşaatına ilişkin olarak kurulduğu, bu sözleşmeyi inceleyen Danıştay Birinci Dairesi’nin 07.11.2005 tarih ve E:2005/958, K:2005/1293 sayılı kararıyla, Anayasa ve yasalarda yapılan değişiklikler sonucunda, 3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunmayan sözleşme hakkında düşünce bildirilme isteğinin reddedildiği, dolayısıyla iptali istenilen sözleşmenin Danıştay incelemesinden geçmediği anlaşılmaktadır.

...Yukarıda aktarılan Yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden, 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 bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek incelenmeksizin iadesi halinde, bu sözleşmenin mevzuatın öngördüğü şekilde imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır.

...Bu bağlamda, 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle yaptırılan Çanakkale-Kepez Limanı üst yapı tesisleri inşaatına ilişkin olarak görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş. ile imzalanan 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istemi ile açılan davanın, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin 1/f bendi ikinci alt bendinde yer alan “Tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar” kapsamında Danıştay’da görülemeyeceği açıktır.

“...[Y]asa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden, 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 bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek incelenmeksizin iadesi halinde, bu sözleşmenin mevzuatın öngördüğü şekilde imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır.”

Bu bakımdan Danıştay Birinci Daire'nin yönetsel görevi dairesinde vermiş olduğu görüş imtiyaz sözleşme ve şartlaşması bakımından belirleyici olmakta ve aksi bir değerlendirme halinde bu tip sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkta artık Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevli kabul edilememektedir.

2. Adli Yargı

Danıştay Birinci Dairesi'nin ilgili sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek düşünce bildirmemesi halinde, bu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamakta ise de, söz konusu sözleşmenin idarî sözleşme olup olmadığı hususu, bu durumdan ayrı olarak idarî yargı yerlerince incelenmesi gerekmektedir.

En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî 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 özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.

İptali istenen sözleşmenin konusunun, sözleşmeye ekli vaziyet planında belirlenen alanda, alt yapı tesislerinin tamamına yakın bölümü idare tarafından tamamlanmış bulunan mevcut Çanakale Limanı tesisinin en az 1 milyon ton/yıl nihaî yükleme-boşaltma kapasitesi ile yolcu ve Ro-Ro fonksiyonlarına hizmet verecek şekilde eksik kalan altyapı, gerekli olan üstyapı tesisleri ve liman bağlantı yolunun uygulama projelerinin hazırlanmasına, inşaatına, gerekli ekipmanlarının teminine ve tesisine, yapılan tesisin bakım ve onarımına, işletilmesine ve sözleşme süresi sonunda her türlü borçtan ari, bakımlı ve kullanılabilir durumda bedelsiz idareye devrine ilişkin olması, sözleşme süresinin 10 ay 9 gün yatırım, 29 yıl işletim süresi olmak üzere toplam 29 yıl 10 ay 9 gün olarak belirlenmesi, idareye denetim ve sözleşmenin feshi hakkında ayrıcalıklı yetki tanınması yönleriyle idarî nitelikli olduğu görülmektedir. 2576 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin bu Kanun'la verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş "genel görevli" mahkemeler olduğu hükmüne bağlandıktan sonra, aynı Kanun'un 5. maddesinde; idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla, ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki; iptal davalarını, tam yargı davalarını, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümleyeceği kuralı yer almaktadır...”, **Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası**

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar açısından idari yargının genel ve asli yetkili olduğu söylenmişti. Bununla birlikte, 4446 sayılı Anayasa değişiklikleri ve takip eden kanuni düzenlemeler uyarınca kanunla nitelendirme dolayısıyla sözleşmelerin içerik ve mahiyetleri önem taşımaksızın özel hukuka tabi kılınmaları ve bu sözleşmeler yönünden tahkim usulünün öngörülebilmesi gibi bir olanak yaratılmış olduğu görülmektedir. Bu halde idari yargının görev alanından ayrılan sözleşmelerin artık adli yargının görev alanında bulunduğu düşünülmesi gerekmektedir. Kaldı ki, tahkim yolunun da aslen bir özel hukuk kurumu olduğu ve bu kapsamda değerlendirme yapılması gerektiği de ifade edilmektedir.⁵²

Bu çerçevede, eğer sözleşme idari bir sözleşme ise ve idare ile karşı taraf akdettikleri sözleşmeden dolayı çıkacak uyuşmazlıklarda çözüm yeri olarak idari yargıyı göstermişlerse bu gibi hallerde doğacak uyuşmazlıklarda çözüm yeri idari yargı olacaktır.⁵³

Bunun dışında kalan hallerde, görevin adli yargıya geçmiş olduğunun ve tahkim şartı öngörülmüşse de tahkim yoluna müracaat edilmemesi halinde yargısal korunmanın adli mercilerden istenmesi gerektiği sonucuna varılması gerekecektir. Sözleşmenin idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ya da kanuni nitelendirmeye istinaden açıkça özel hukuka tabi kılınmış bir sözleşme olması halinde ise çıkacak uyuşmazlıklarda çözüm yerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı mercileri olacağında şüphe ve tartışma bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın idarenin taraf olduğu sözleşmeler yönünden idari yargının görev ve nitelendirmesinin asıl olduğu, bu kapsamda değerlendirme yapılması gerektiği görüşünü ortaya koyduğu gözlemlenmektedir. Yargıtay'ın, GSM Operatörü bir şirketin Ulaştırma Bakanlığı'na karşı bir kısmı idari yargı yerlerince iptal edilen Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi'nin mali hükümlerine ilişkin doğan

⁵² Günday, **A.g.e.**, s. 307 vd.

⁵³ Koçak, **A.g.e.**, s. 87 vd.

boşluğun giderilmesine yönelik ikame etmiş olduğu dava neticesinde vermiş olduğu kararında bu yönde şu gerekçeye yer verilmiştir:

“İptal davaları objektif ve genel nitelikte olduğundan, iptal hükmü o davanın tarafları yanında iptal edilen tasarrufla ilgisi olan herkesi ve her durumu kapsar. Anayasanın 138/son maddesi hükmü karşısında, kesinleşen İdare Mahkemesi kararının, yasama ve yürütme organları ile bütün mahkemeleri ve davanın tarafları yanında, iptal edilen sözleşme hükümleriyle ilgisi olan GSM işletmecisini de bağlayacağı açıktır. Bu durumda, GSM İşletmecisi ile Türk Telekomünikasyon A.Ş. arasında akdedilen Ara Bağlantı Sözleşmesinin, çağrı sonlanma ücretlerine ilişkin esasları düzenleyen bölümün İdare Mahkemesince iptal edilmesi sonucu idari sözleşmede oluşan boşluk nedeniyle doğan uyuşmazlığın çözümünün de idari yargının görevine gireceği belirgindir.”⁵⁴

Yargıtay’ın sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar yönünden idari yargının nitelendirme ve tespitlerine öncelik verdiği düşünülse bile tarafların dışında kalan üçüncü kişilerin benzer sözleşmeler dolayısıyla uğradıkları zararların tazminine yönelik istemlere ilişkin olarak daha birey bazlı bir düşünce ile yaklaşıldığı

⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.02.2004 tarih ve 2004/19-64 E., 2004/102 K. sayılı Kararı: “Her ne kadar, yerel mahkemenin direnme kararında, taraflar arasındaki sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ise de; sonuçta, bu nitelendirmeye çelişecek şekilde, aynı sözleşmeyi bir idari sözleşme olarak kabul eden idare mahkemesince verilir kesinleşen iptal kararının, sözleşmenin iptale konu bölümünü hukuken ortadan kaldırmış olduğu benimsenmek suretiyle; anılan iptal kararının, iptal davasının tarafı olmayan eldeki davanın davacısı Turkcell A.Ş. yi de salt sözleşmenin tarafı olması nedeniyle bağlayacağı Yerel Mahkemece de kabul edilmiş bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan duruma göre, yerel mahkeme, gerekçe bölümünde tersini benimsemiş olsa da, taraflar arasındaki sözleşmeyi bir idari sözleşme olarak nitelendiren İdare Mahkemesi kararının hukuksal sonuçlarını (Sözleşmenin iptal edilen bölümünden dolayı bir hukuksal boşluk doğduğunu) kabul etmek suretiyle, bu kabulünün zorunlu ve mantıki sonucu olarak, anılan iptal kararının, İdare Mahkemesince idari yargının görev alanındaki bir konuda yapılan yargılama sonucunda oluşturulduğunu, dolayısıyla, anılan sözleşmenin bir idari sözleşme olduğunu da kabul etmiştir. Bu benimsemenin doğal ve zorunlu sonucu olarak, davalının, taraflar arasındaki ücret paylaşımı konusundaki uygulamayı, iptal kararındaki gerekçe doğrultusunda değiştirmek istemesinden kaynaklanan somut uyuşmazlığın (bu şekilde yaratıldığı ileri sürülen muarazanın) çözümünün de, idari yargının görev alanı içerisinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Başka bir anlatımla; Danıştay 10.Dairesinin 11.3.1999 gün ve E.1998/6754, K.1999/830 sayılı kararında "Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinden sonra, bu sözleşmenin uygulanmasına yönelik ve verdiği yetkiye dayalı olarak imzalanan şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle 2575 sayılı Kanunun 24.maddesi uyarınca uyuşmazlığın genel görevli İdare Mahkemesinde çözülmesi gerekir" gerekçesiyle, davanın görev yönünden reddine, dosyanın yetkili Ankara İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

görülmektedir. Bununla birlikte, ayrıca sözleşmenin özel hukuka tabi kılınmış olması haline ilişkin olarak da; taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda artık görevli olamayacak idari yargının, üçüncü kişilerin tazminat taleplerinde bu kez görevli olmasının hak arama özgürlüğünü zedelediği yönünde görüş bildirmiştir. Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir:

“Akid taraflar arasındaki sözleşmeden çıkacak uyumsuzlukların çözüm yeri idari yargı olmadığı halde, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların idari yargıda görülmesi usul ekonomisine uygun olmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hak arama ve adil yargılanma haklarının ihlali olduğu kanaatine varılmıştır.”⁵⁵

Bu şartlar altında, görülmektedir ki, gerek idari yargı gerekse adli yargı tarafından sözleşmenin özel hukuka tabi kılınması ya da tahkim şartı ihtiva etmesi hallerinde bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından idari yargının görevsizliği anlayışı benimsenmiştir. Bu noktada, tahkim kurumunun da bir özel hukuk müessesesi olarak kabul edilerek bu halde de idari yargının görev ve yetkisinin dışlandığını söylemek güç olmayacaktır.

⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.04.2010 tarih ve 2010/7-216 E., 2010/31 K. sayılı Kararı: “...Yerel mahkemece; “...Kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediye bu hizmeti “doğrudan kendisinin verdiği” sırada üçüncü kişilerin uğradığı zararların hizmet kusuru var ise isteneceği yer tam yargı davası olarak idari yargıdır. Ancak somut olayda davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı ile onama kararıyla dava dışı olan davalı Çekdil İnş... Ltd. Şti arasında yapılan sözleşmenin istisna sözleşmesi olduğu, davalı belediyenin kamu hizmetini “bizzat kendisinin yapmadığı” özel hukuk ilişkisine girdiği diğer davalı şirkete yaptırdığı dosya kapsamıyla sabittir. İstisna sözleşmesinin 22. maddesi incelendiğinde ise; işe ilişkin talimatların işverenin görevlendireceği kişinin vereceği, buna yüklenicinin uyacağına ilişkin hükümlerin bulunması karşısında; davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bakanlığının adam çalıştıran konumunda olduğu, onun gözetimi altında ve talimatına uyarak çalışan yüklenicinin de, yani davalı Çekdil İnş... Ltd.Şti’nin Borçlar Kanun 55. maddesi anlamında çalıştırılan niteliğini taşıdığı anlaşılmaktadır. Davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bakanlığı ile onama kararıyla dava dışı kalan davalı Çekdil İnş... Ltd.Şti’nin arasında yapılan davaya konu istisna akdi incelendiğinde; bir özel hukuk akti olduğu görülmektedir. Bu istisna akdi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde hakem heyetinin yetkili ve görevli olduğu aktedilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmede dahi, kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin lehine olarak düzenmiş bir idari sözleşme değildir. Akid taraflar arasındaki sözleşmeden çıkacak uyumsuzlukların çözüm yeri idari yargı olmadığı halde, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların idari yargıda görülmesi usul ekonomisine uygun olmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hak arama ve adil yargılanma haklarının ihlali olduğu kanaatine varılmıştır.” Belirtilen gerekçeye istinaden yerel mahkemenin idari yargının görevli olacağı yönündeki direnme kararı bozulmuştur. **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

Tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeler bakımından; tahkim şartının taraflarca kaldırılması halinde yetkinin ilk elden adli yargı mercileri olacağı sonucuna varmak güç olmayacaktır. Diğer yandan, yargılama sırasında da medeni usul hukuku kural ve kaideleri belirleyici olacak ve tahkim şartının varlığına rağmen taraflardan birinin adli yargıya müracaat etmesi halinde, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun genel olarak uygulanması⁵⁶ öngörülen 5. maddesi uyarınca; tahkim itirazı ilk itiraz hükümlerine tabi olacaktır. Bu halde itiraz edilmediği ya da süresinde itiraz edilmemesi durumunda karşı tarafça geç itiraza muvafakat gösterilmediği sürece, bu tipteki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargı mercilerince karara bağlanabilecektir.

Yeri gelmişken, belirtmekte yarar vardır ki, 4446 sayılı Anayasa değişikliği ile kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri yönünden özel hukuka tabi kılma açısından yasa koyucuya yetki verilmiş olduğundan, adli yargının yetkisinin bu sözleşmelerin konu ve özelliklerine bağlı olarak sınırlı olduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda kanun ile tanınan yetkiye istinaden hizmetin içerik ve kapsamı ile sözleşmelerin özellikleri önem taşımaksızın adli yargı yetkili olabilecektir.

Buna karşılık, aynı Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklik ile "Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilece"ği gibi bir sınırlama getirilmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye binaen, her ne kadar yabancılık unsuru oldukça geniş bir anlam içeriyor olsa da, yalnızca imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara binaen milletlerarası tahkim heyetlerinin yetkisinde yabancılık unsuruna bağlı bir sınırlamanın söz konusu olduğu ve ulusal hakem yargılaması bakımından bir sınırlamanın mevcut olmadığı sonucuna varılması mümkündür. Diğer yandan sözleşme özel hukuk sözleşmesi olduğunda ise bu yönde bir sınırlamadan bahsedilemeyecektir.

⁵⁶ Kanun aslında kapsam itibarıyla yalnızca tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi halinde uygulanmaktadır. Ancak 5. madde, her halükarda uygulanmak üzere ihdas edilmiştir.

Son olarak belirtmekte yarar vardır ki, idari yargıda mahkemeler re'sen inceleme yetkileri doğrultusunda halihazırda yürürlükte bulunan Türk kanunları ve sair mevzuat ile taraf olunan Uluslararası Sözleşmeler çerçevesinde yargılama faaliyeti yürütmektedir. Bu kapsamda özellikle, kamu düzeni, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı kavramlarını her halükarda göz önünde bulundurulmaktadır. Adli yargı ya da tahkim usulü ise taraf iradesi ve katılımının ağırlık gösterdiği bir yargılama olup, bu yargılamada tarafların getirdiği bilgi, belge ve deliller ile tarafların kararlaştırdığı ya da kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek uygulanacak hukuk çerçevesinde yargılama yapılmaktadır.

3. Tahkim

Bir hukuki ilişkinin tarafları arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukuki ihtilafların devlet yargısı dışında taraflarca seçilen ve hakem denen tarafsız özel şahıslar marifetiyle nihai olarak karara bağlanması anlamına gelen tahkim⁵⁷; doğumu ve doğası gereği idare hukukunun temel ilkelerini yansıtan idari sözleşme niteliğindeki kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar açısından gündeme geldiğinde önem, özellik ve farklılık arz etmektedir.

Konunun özellikle politik mülahazalar ekseninde tartışıldığı; bu bakımdan her şeyden evvel değerlendirmelerde ekonomik bakış açısı ve politik bakış açısı şeklinde ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir. Ekonomik bakış açısı kapsamında milletlerarası ticari muamelelere saygı ve bu muameleler açısından muayyeniyet sağlanması menfaatlerinin öncelikli olarak savunulduğu görülmektedir. Bu nedenle devletten bağımsızlığı konusunda şüphe bulunmayan tahkim müessesine ayrı bir önem ve güven atfedilmektedir.

Diğer yandan, politik bakış açısı ile de, genellikle devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklar tahtında tartışılan sözleşmelerin; toplumun geniş kesimlerini ilgilendirmesi, bu sözleşmeler bakımından her aşamada kamu yararının gözetilmesi

⁵⁷ Şanlı, A.g.e., s. 219

gerektiği, devletin egemenlik haklarına ve dava-icra muafiyetine halel gelmemesi gerektiği gibi düşüncelerle tahkime taraf olmak ya da taraf gösterilmek olumsuz nitelendirilebilmektedir.

Ülkemiz uygulaması açısından ise, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklikler neticesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesi olanağı getirilmiştir.⁵⁸

İlk bakışta kamu hizmeti imtiyazı yönünden tahkim usulünün uygulanmasının büyük sorun teşkil edeceği ve konuya ilişkin düzenlemelerin çelişkiler ihtiva etmesi sebebiyle Anayasa'ya aykırılığundan bahsedildiği görülmektedir. Zira genel anlayışa göre, tahkim usulünde uyuşmazlığın tarafların karşılıklı çıkarlarının uzlaştırılması yönünden bir çözümlemeye yönlendirilmesi karşısında kamu hizmeti imtiyazına yönelik ihtilafların objektif hukuk kuralları yanı sıra kamu yararı esası çerçevesinde yapılacak bir yargılama gerektirmesi eleştirilere neden olmuştur.⁵⁹

Buna karşılık, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu teşkil eden işlerin yüksek bir mali değere sahip olması, bu sözleşmelerin uzun bir zaman dilimine yayılmış olması ve birçok teknik hüküm ve dokümanı ihtiva etmesi dolayısıyla bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine ihtisas sahibi kişilere çözdürülmek istenmesinin makul değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca idari yargının yatırım ihtilaflarını çözmekte yetersiz kalabileceği ve devlet mahkemelerinin idareye sempati ile bakarak onu koruyup kollayacağı da ifade edilmiştir.⁶⁰ Bununla birlikte, *Türkiye'nin "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma (ICSID)* ve pek çok devletle imzalanan *Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları*"nın ulusal mevzuat ile çelişkiler yarattığı da ileri sürülmüştür.⁶¹

⁵⁸ Günday, **A.g.e.**, s. 307 vd.

⁵⁹ **A.e.**

⁶⁰ Nomer, Ekşi, Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku** Cilt I, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008, s. 154 vd

⁶¹ Şanlı, **A.g.e.**, s. 232 vd.

Bu tartışmalar sürüp giderken, yasal düzenlemelere karşı Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı ilamında da ortaya konulmuş olan “niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız” olduğu yönündeki görüşün aşılması ve böylelikle özellikle kamu hizmeti imtiyazları başta olmak üzere idari sözleşmelerin özel hukuka tabi olabilmesi ve aynı doğrultuda bu sözleşmelere tahkim şartı getirilebilmesini sağlamaya yönelik 4446 sayılı Kanun ile yukarıda detaylı şekilde izah edilmiş bulunan Anayasa değişiklikleri yapılmıştır.

Bununla birlikte, “tahkim yöntemi, bir kamu hizmeti sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir. Buna karşılık, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin idarece tek yanlı olarak feshedilmesi halinde tek yanlı fesih işlemi sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve tek yanlı bir işlem olduğundan bu işlemin iptali istemiyle açılacak olan bir davanın görevli idari yargı merciinde karara bağlanması gerekir”⁶² şeklinde görüş bildirilmekteyse de; aşağıda daha detaylı şekilde izah edilmeye çalışılacağı üzere; bu işlemin idari yargıda dava konusu edilmesi bütünüyle imtiyazcının takdirinde olacaktır. Zira hakemlerin kendi yetkilerinin kapsamını belirlemekte takdir haklarının bulunması yanı sıra, ayrılabilir işlem teorisinin seçimlik bir hak doğurması ve özel hukuk anlayışına göre kural olarak sözleşmenin feshine yönelik iradenin de sözleşmeden kaynaklanması gereği bu sonuca varılmaktadır.

a. Ulusal Mevzuatta Milletlerarası Tahkim

Anayasal düzeyde yapılan düzenlemeler ile artık tahkim usul ve esaslarının uygulanmasına yönelik gerekli zemin oluşmuş olup, bu kapsamda halihazırda yürürlüğünü korumakta olan konuya ilişkin “21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı *Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun*” ile

⁶² Günday, **A.g.e.**, s. 307 vd.

“21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu”nun da kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

(1) Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun

Anayasa değişikliklerini takiben 22 Ocak 2000 tarihli Resmi Gazete’de⁶³ yayımlanarak yürürlüğe giren Kanun dokuz madde ile bir geçici maddeden oluşmaktadır. Kanun’un amacı ilk maddesinde belirtildiği üzere; “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektir.”

Kanun geçmişe dönük bir düzenleme getirmemekte olup Kanun’un Geçici 1. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır.” ifadesiyle Kanun’un yürürlüğü öncesindeki sözleşme ve şartlaşmaların idari yargının görev ve yetkisi dahilinde olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca; “kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkra da belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar” verileceği belirtilmiştir. Danıştay da kendisinden istenen görüşe binaen, bahsi geçen başlatılmış iş ve projeler bakımından sözleşmenin imzalanmamış olmasından öte imtiyazcı şirketlerin ayrıca başvuru ile bu yönde Bakanlar Kurulu kararı alması halinde 4501 sayılı Yasa hükümlerinin imtiyazcılar açısından sonuç doğuracağını belirtmiştir.⁶⁴

⁶³ 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁶⁴ Danıştay 1. Daire’nin 2000/60 E 2000/55 K., 2000/84 E. 2000/90 K. ve 2000/68 E. 2000/76 K. sayılı Kararları, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Kanun'un ikinci maddesinde; tahkim yolu, milletlerarası tahkim anlaşması ve yabancılık unsuru tanımlanmış olup, bu çerçevede tahkim, “Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti” olarak tanımlanmıştır.

Kanun kapsamında özel olarak tanımlanan milletlerarası tahkim anlaşması ise “Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşma” olarak tanımlanmış ve bu anlaşmaya istinaden uyuşmazlıkların “Türkiye’de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda”, “Yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda” veya “Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda” çözülmesi için olanak yaratılmıştır. Bu bakımdan, her türlü tahkim usulünün kararlaştırılabileceğinin ortaya konulmuş olması yanı sıra uyuşmazlığın çözümünün Türk hukuku dışında bir hukuka tabi kılınmasının da olağan olduğu görülmektedir.

Bu yönde bir uygulama için ise yalnızca yabancılık unsuru şart koşulmuş olup, yabancılık unsurunun da “Sözleşmeye taraf 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 birini” ifade ettiği düzenlenmiştir.

Tanımın geniş bir çerçeve yaratması dışında, Kanun’un uygulamasının daha sonra yürürlüğe giren 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulamasına dahil edildiği nazara alındığında; yabancılık unsurunun aslında daha da geniş yorumlanması gerektiğinin düşünülmesi gerekecektir. Bu doğrultuda, “sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından birinin şirketteki hisse oranı minimum düzeyde dahi olsa yabancılık unsurunun kabulü için yeterli olacağı

gibi sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanması için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise gene yabancılık unsurunun kabulü gerekecektir”.⁶⁵ Kamu hizmeti imtiyazı uygulamamaların genel görünümü ve tarihsel süreçte akdedilen sözleşmeler, böylelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tamamında yabancılık unsurunun mevcut olduğunu göstermektedir.

Kanun’a ismini veren ilkelerin ise yalnızca 4. madde kapsamında düzenlenmiş olduğu ve tahkim sözleşmesinin de sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olmasının gerektiğinin belirtilmesi yanında, “Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; 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, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlen”mesi gerektiği ifade edilmiştir. Burada sıralanan unsurların bir geçerlilik şartı olarak değil, yalnızca örnek teşkil etmek ve yol göstermek amacıyla kanun kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir.⁶⁶

Anlaşılabacağı üzere, 4501 sayılı Kanun ile tahkim yolu bakımından taraf iradeleri ile sözleşme serbestisine uygun bir usul benimsenmiş ve düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, sözleşmenin bir tarafının idare olması ve idarenin yalnızca mevzuat uyarınca hareket kabiliyetinin bulunması, dolayısıyla da kendi tarafında yapacağı işlemlerin mevzuata uygun olması gerekliliği önem arz etmektedir. Örneğin, tahkim anlaşmasının da sözleşmeyi imzalayan yetkili makam ve kişilerce imzalanması gerekmektedir.

(2) Milletlerarası Tahkim Kanunu

⁶⁵ Günday, A.g.e., s. 307 vd.

⁶⁶ Şanlı, A.g.e., s. 232 vd.

Yukarıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 4501 sayılı Kanun tahkim usulünü detaylı bir şekilde düzenlememiştir. Özellikle milletlerarası tahkim usulüne ilişkin detaylı bir düzenleme ihtiyacı ise yıllardan beri dillendirilmektedir.

Bu ihtiyaçlar doğrultusunda, UNCITRAL'in 1985 tarihli Model Kanunu ve 1987 tarihli İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun Uluslararası Tahkim Bölümünden yararlanılarak hazırlanan 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu meclis tarafından kabul edilerek 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete'de⁶⁷ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin bir tahkim merkezi olmasının sağlanması bakımından da bu yönde bir kanun mevcut olmasının önem arz ettiği de düşünülmekte ve ifade edilmektedir.⁶⁸

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun "yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulan"acağı öngörülmüş olup, Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrası ile yukarıda detaylı şekilde izah edilmeye çalışılan 4501 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün de bu Kanuna tabi kılınmış⁶⁹ olduğu belirtilmiştir.

Bununla birlikte, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi ile 4501 sayılı Kanun'un "Hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizi" başlıklı 5. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile birlikte gerek 4501 sayılı Kanun'un atfı gerekse de 4686 sayılı Kanun'un atfı dolayısıyla milletlerarası hakem kararı sonrasında uygulanacak prosedürde taraflar ancak asliye hukuk mahkemesi nezdinde yabancı hakem kararının uygulanmasına yönelik olarak lehe karar alan

⁶⁷ 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Kanun, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁶⁸ Şanlı, A.g.e., s. 232 vd.

⁶⁹ "21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılik unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tabidir.", **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

tarafından tenfiz ya da tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında aleyhe karar alan tarafından iptal yollarına başvurulabilecektir.

Bu noktada, son sözün dahi idari yargıya verilmemiş olması eleştirilmektedir. Bu eleştiriler kapsamında aşağıdaki ifadeler yer verilmektedir:

“[a]ynı nitelikteki bir sözleşmede tahkim koşulu bulunduğu son sözü adli yargının, tahkim koşulu konulmadığında ise son söz idari yargının söylemesi açık bir çelişki olduktan, bu çelişkiyi haklı kılacak hiçbir neden bulunmadıktan ve de görev gibi kamu düzeni ile ilgili bir kanunun sözleşmenin taraflarının iradesine göre belirlenmesine olanak tanıdıktan başka, Türkiye gibi idari rejimi benimsemiş olan bir ülkede kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi idare hukuku ilke ve kurallarına tabi bir sözleşmeden kaynaklanan ve idari nitelikte olduğunda kuşku bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında son aşamada adli yargının söz söylemesi de Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir.”⁷⁰

Ne var ki, tahkimin doğrudan bir özel hukuk müessesesi olarak kabulüne binaen tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların özel hukuka tabi olduğunun varsayılması ve bu yönde bir denetim usulünün öngörülmesi olağan görünmektedir. Kaldı ki, hakem kararının denetimi açık şekilde kanunla belirlenen görev ile asliye hukuk mahkemelerine (adli yargıya) verilmiş olup, idari yargının denetimine olanak tanınmamıştır. Amaca yönelik bir değerlendirmede; asıl istenenin zaten hakem kararına karşı müracaat edilebilecek yollarda usuli bir değerlendirme yapılmasının, esasa ilişkin bir incelemeye ise imkan verilmemesinin sağlanması olduğu rahatlıkla anlaşılabılır.

Bu doğrultuda, gerek tenfiz sürecinde gerekse iptal davaları bakımından yapılacak yargılamanın yalnızca belirlenen kriterler yönünden sınırlı olarak yapılabileceği de genel kabul gören yaklaşımdır. Bu bakımdan, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan sebeplerin bulunması halinde 30 günlük yasal başvuru süresi içinde hakem kararının iptali istenebilecektir.

⁷⁰ Günday, A.g.e., s. 307 vd.

Bu bakımdan, iptal başvurusunu yapan taraf; tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini, hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, tabi olunan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu ve tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini iddia edip ispatlayabilirse hakem kararının iptalini sağlayabilecektir. Ayrıca iptal yargılamasını yürüten mahkeme tarafından hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu da mahkemece tespit edilirse yine hakem kararının iptaline karar verilecektir.

Benzer şekilde, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku⁷¹ Hakkında Kanun'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin 62. maddesinde göstermiş olduğu ret sebepleri de hakem kararın Türkiye'de icrasını engelleyecektir. Bu sebepler de, tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması, hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olması, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün olmaması, taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş olması, hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması, tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem

⁷¹ 12.12.2007 gün ve 26728 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

hükümünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması, hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükümünün verildiği ülke hukukuna aykırı olması, hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olması halleri olarak sıralanmıştır. Bu hallerde kararın tenfizi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olması halinde kararın bu kısmının tenfizi kabul edilmeyecektir.⁷²

Her iki denetim kapsamında da kendine yer bulan “tahkime elverişli olmama” ve “kamu düzenine aykırılık” hususlarından kısaca bahsedilmesinde yarar vardır. Zira kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin içerik ve mahiyeti itibarıyla tahkime elverişli olmadığı ve kamu yararını gözetmeyen bir kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği yönünde göz ardı edilmemesi gereken görüşlerin mevcut olduğu bilinmektedir.

Bu hususların ayrıca mahkeme tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği ve tenfiz ve iptal prosedürleri haricinde icra edilebilirlik belgesi istenmesi halinde dahi mahkemece dikkate alınması gerektiğini belirtmekte yarar vardır.⁷³

Bununla birlikte, Anayasa değişiklikleri ve bu değişiklikleri takiben yürürlüğe konulan kanunlar kapsamında artık kamu hizmeti imtiyazlarının tahkime elverişli olduğunun kabulü gerekir.⁷⁴ Kamu düzenine aykırılık yönünden yapılacak değerlendirmeler bakımından ise hakem kararının Türk hukukundakinden farklı maddi ve usuli kurallar uygulanarak verilmesinin yeterli olmayacağı, kararda yer alan hüküm ve hükümlerin Anayasa’nın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine, Türk toplumun genel örf-adet ve ahlak telakkilerine aykırı olmasının gerekeceği ifade edilmektedir. Bu aşamada, yalnızca hükümün kamu düzenine aykırılığının denetime

⁷² Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2007, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 630 vd.

⁷³ Nomer, Ekşi, Gelgel, **A.g.e.**, s. 154 vd.

⁷⁴ **A.e.**

tabi olduğu, yoksa gerekçenin bu denetime dahil edilemeyeceği de ifade edilmekte ve yalnızca emredici kurallara aykırılığın kamu düzenine aykırılık olarak anlaşılamayacağı da düşünülmektedir.⁷⁵

Bu yönde bir örnek verilmesi gerekirse, idare mahkemeleri dahi idarenin yerine geçecek şekilde hüküm veremeyeceklerdir. Bu husus Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası ile de teminat altına alınmış durumdadır. Bu halde, tahkim heyetinin idarenin yerine geçerek bir işlem yapılması yönünde hüküm sevk etmesi kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Son olarak, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yabancılık unsuru bu kez örneklendirme yoluyla tanımlanmaya çalışılmıştır. Kanun'da yer alan örneklerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin milletlerarası tahkime elverişliliğinin araştırılması gerektiği noktada dikkate alınmalıdır.

Bu örnekler, Kanun'un 2. maddesinde, "tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması; tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, asıl sözleşmeden doğan yükümlölüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması; tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması ile tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl

⁷⁵ Şanlı, A.g.e., s. 206 vd.: Yazar tarafından kamu düzenine aykırılık mahiyetinde gösterilen örnekler: "....Anayasa yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan kararlar, savunma haklarına riayet edilmeden verilen kararlar, gerekçesiz kararlar, genel ahlaka aykırı talep ve ilişkileri hüküm altına alan kararlar, hukuken veya ahlaken ifası istenemeyen ve himayesi caiz olmayan bir alacağı, özellikle tenfiz devletin veya bir üçüncü devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacakları hüküm altına alan kararlar, sahte evrak tanzim etmek suretiyle elde edilen kararlar...."

sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi halleri şeklinde sıralanmıştır.

Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere; bunlar yalnızca birer örnekten ibaret olup yabancılık unsurunun varlığına ilişkin yorumların oldukça geniş tutulması gerektiği düşünülmektedir. Örneğin, kamu imtiyaz sözleşmelerine yönelik ihale ilanının yurt dışında yapılması yanı sıra yalnızca sözleşmenin yabancı dilde hazırlanması ve imzalanması dahi yabancılık unsurunun varlığına işaret edecektir. Bu bakış açısıyla, Kanun'da, yabancılık unsurunun bulunduğu hal ve durumların sayılmasının sebebinin bu işin bir tanım konusu yapılması ile düşülen hatadan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan tüm hallerin bir tanım çerçevesinde sayılmasına imkan olmadığı ifade edilmekte ve örnekler hakkında mahkemeler ve doktrin tarafından tartışılarak bir sonuca varılması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁶

b. Kurumsal ve Ad Hoc (Arizi) Tahkim

Tahkim yargılamasına duyulan gereksinim genellikle uyuşmazlığın çözümünde yetkin ve uzman kişilerin görev alması ve kısa sürede en doğru ve adil çözümün ortaya konulması yönündeki ihtiyaçlara dayandırılmaktadır.

İhtiyaç duyulan vasıfları haiz ve tarafların beklentilerini karşılayabilecek bu yetkin kişilerin belirlenmesi bakımından daha çok tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması söz konusu olmakla birlikte tahkim yargılamasının genel usul kaideleri çerçevesinde yapılması yönünde de çalışmalar yapılmaktadır. Bu kapsamda, tahkim yargılamaların yönelik olarak daimi kuruluşların faaliyete geçirilmesi yanında tarafların da somut uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak hakem seçmekte serbestçe davranabildikleri görülmektedir.

Bu çerçevede, “kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden kaleme alınmış kurallarına teb'an, onun kontrolünde cereyan eden tahkim” olarak

⁷⁶ A..e.

tanımlanırken, “ad hoc tahkimin ise kurumsal tahkim haricinde kalan tahkimleri” ifade ettiği belirtilmektedir.⁷⁷

Ad hoc ya da arızı tahkimde tarafların belirlediği veya atıfta bulunduğu belirli kural ve yasalara istinaden yine taraflarca belirlenen hakemler tarafından yargılama yapılmaktadır. Ad hoc (arızı) tahkimin tercih edilmesine kurumsal tahkim kuruluşlarının bürokratik denetime tabi olması ve uluslararası sermayeyi gözetmekte olduğu endişelerinin neden olduğu belirtilmektedir. Aynı neden dolayısıyla da devlet ya da devlet birimlerinin ad hoc tahkimi daha sıkça tercih ettikleri ileri sürülmektedir.⁷⁸

Ad hoc tahkimler yönünden sıkça tercih edilen usul kurallarının BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 15.12.1976 tarihli Genel Kurulda kabul edilen 31/98 sayılı Karara konu kuralların olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, tarafların sözleşmenin hazırlanması aşamasında daha iyi tanınan ve kuralları çok daha iyi bilinen tahkim kuruluşlarını da tercih ettikleri bilinmektedir. Aslında sayısız uluslararası tahkim kurumu mevcut olup, bunların en çok tanınanları Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID), Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (ICC Arbitration Court) ve Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) olarak sıralanabilir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yönünden, 4501 sayılı Kanun’un “Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümü” başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca; sınırlama yapılmaksızın Türkiye’de ya da yabancı bir ülkede karar verecek hakem ya da hakem kurullarının Türk hukukuna veya yabancı hukuka göre karar vermeleri öngörüldüğünden; yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların ad hoc veya kurumsal tahkime götürülebileceği sonucuna varmak mümkündür. Kaldı ki, aynı Kanun’un 2. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde tahkim yolu: “tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı

⁷⁷ A.e., s. 255 vd.

⁷⁸ A.e.

aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti” olarak tanımlanmıştır. Bu haliyle de hiçbir sınırlamanın mevcut olmadığı aşıkardır.⁷⁹

c. Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID

Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Merkez (International Center for the Settlement of Investment Disputes), 1966 yılında yürürlüğe giren “*Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma*” ile Dünya Bankası bünyesinde kurulmuş olup halihazırda faaliyetlerini Amerika Birleşik Devletleri-Washington’da yürütmektedir. Türkiye tarafından ICSID Anlaşması 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun ile onaylanmış ve 06.12.1988 gün ve 20011 sayılı Resmi Gazete’de⁸⁰ yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulmuştur.

Anlaşma’nın uygulaması bakımından, yatırımdan ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. ICSID Anlaşması kapsamında yatırım tanımlanmamakla birlikte, özellikle devletlerin akdetmekte oldukları yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması yönündeki anlaşmalardan yola çıkılarak yatırım uyuşmazlığının; gerçek veya tüzel kişiler arasında yatırıma ilişkin imzalanan imtiyaz, istisna, lisans, know-how, management gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar olabileceği gibi herhangi bir yatırım müsaade, izin veya muvafakatin uygulanması ve yorumundan doğan uyuşmazlıklar ve anlaşma ile verilen veya yaratılan hakların ihlal edildiğine ilişkin iddialardan doğan uyuşmazlıklar olarak tanımlanabileceği ifade edilmektedir.⁸¹

Ayrıca, yatırımdan hem geleneksel yatırım olarak sermaye katılımının hem de hizmet akitleri ile teknoloji transferlerinin de anlaşılması gerektiği ve yatırım kavramının en geniş anlamı ile değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu

⁷⁹ Nomer, Ekşi, Gelgel, A.g.e., s. 159 vd.

⁸⁰ 7.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁸¹ Şanlı, A.g.e., s. 258 vd.; Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi**, 1. Baskı, Isparta 2006, Asli Yayın Dağıtım

bakımdan, geleneksel yatırım türü olarak kabul gören imtiyaz sözleşmeleri yanında yapısal ve finansal düzenlemelerin de yatırım kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği söylenmektedir. Uygulamada ise daha çok ICSID önüne gelen uyuşmazlıkların modern yatırım türlerini konu edindiği ve şu ana kadar yatırım kavramı dolayısıyla ICSID yetkisine itirazda bulunulmadığı bildirilmektedir.⁸²

Uluslararası yatırımlarla ilgili bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine götürülebilmesi için; kural olarak tarafların bu konuda anlaşması gerekmektedir. Her ne kadar taraflardan biri devlet olarak ifade edilmekteyse de bunun devletin alt birim ve kuruluşları olabileceği de kabul edilmektedir. Ancak Merkez'in yetkisinin kabulü bakımından, bu alt birim veya makamların rızalarının ayrıca devletin onayına bağlı olduğu hallerde, bu onay olmaksızın Merkezin uyuşmazlığın çözümünde yetkili olduğu söylenemeyecektir.

Zira ICSID Anlaşması'nın 25. maddesi gereğince yalnızca ev sahibi devlet ile Anlaşma'ya taraf ya da yatırımcı sıfatını haiz gerçek kişi ya da tüzel kişinin uyruğunda bulunduğu devlet bakımından Anlaşma'nın yürürlükte bulunması yeterli görülmemekte, ayrıca merkezin yetkisini de kabul eden bir rızanın varlığı aranmaktadır. Bahsi geçen rızanın; bir tarafça Merkez'e başvurulması halinde karşı tarafça açık veya zımni olarak kabul gösterilmesi, ev sahibi ülke ile yatırımcının uyruğunda bulunduğu ülke arasında yatırımların teşviki ve korunması anlaşmaları taraflar arasında aktedilen yatırım sözleşmesi ya da devletin objektif nitelikteki yasal düzenlemeleri ile ortaya konulabileceği öngörülmüştür.⁸³

Bununla birlikte, Anlaşma'nın uygulanabilirliğinin tespiti bakımından, yatırımcının uyruğu da önem arz etmektedir. Bu hususun tespitinde önemli olan Merkez'e uyuşmazlığın tahkim ya da uzlaşma yoluyla çözülmesine yönelik yapılan başvurunun tarihidir. Ancak ev sahibi ülke vatandaşı sıfatını haiz gerçek kişiler Merkez nezdinde uyuşmazlığın çözüm yoluna müracaat edemezler. Tüzel kişiler

⁸² Nomer, Ekşi, Gelgel, A.g.e., s. 159 vd.

⁸³ Şanlı, A.g.e., s. 258 vd.; İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2004, Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 45 vd.

yönünden değerlendirme yapıldığında ise; tarafların yabancı sayılacağını kararlaştırdıkları ve Türk kanunlarına göre kurulmuş olmasına karşın yabancı kontrolünde olan tüzel kişiler açısından Merkez’e müracaat edilebilecektir. Gerçek kişiler yönünden geçerli olan kural, “yabancı sayılacağı anlaşma ile kararlaştırılmayan, fakat ihtiyari olarak ve yasal zorunluluklar sebebiyle ev sahibi devlette yerel şirket formunda yatırım yapan şirketin akit devlet vatandaşı yabancı ortaklarının ICSID’e başvurmalarına” engel teşkil etmeyecektir.⁸⁴

ICSID yargılamasında esasa uygulanacak hukuk yönünden esas olan yine taraflarca kararlaştırılan hukuktur. Bununla birlikte uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir hukuk seçilmemişse, hakemler Anlaşma’nın 42. maddesi uyarınca taraf devletin hukukunun kanunlar ihtilafı ve Milletlerarası Hukuk kuralları da dahil olmak üzere uygulayacaktır. İhtilafa uygulanacak hukukun belirsiz olması halinde karar verilmekten imtina edilebileceği gibi taraflar uzlaşırlarsa hak ve nesafete göre karar verilebilecektir.

Bu noktada, devletin hukukunu değiştirme yetkisini haiz olması ve uyuşmazlığın da bu sebeple doğması ihmalinin yüksek olması karşısında, uyuşmazlığa yatırım anlaşmasının akdedildiği tarihteki taraf ülke hukukunun mu yoksa uyuşmazlık tarihindeki hukukun mu uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Devletin egemenlik hakkına ilişkin olarak hukuki düzenleme yapma yetkisi ve bağımsız bir devletin özellikle yatırımlar konusunu teşkil eden yeraltı ve yerüstü servetlerini ile kamu menfaatleri nedeniyle gündeme gelmesi dolayısıyla tercih uyuşmazlık tarihindeki hukuk yönünde yapılmış ancak bu dönemde cari olan hukukun Anlaşma’nın 1. maddesi uyarınca Milletlerarası Hukuk prensipleri ile sınırlı olarak uygulanması uygun görülmüştür.

Böylelikle yatırımcı, ev sahibi ülke hukukundaki istikrarsızlıklara ve Milletlerarası Hukuka aykırı gelişmelere karşı korunurken, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanımı ve verilen zararların tazmini gibi

⁸⁴ Şanlı, A.g.e., s. 258 vd.; Yılmaz, A.g.e., s. 97 vd

Medeni Milletlerce Kabul Edilen Genel Hukuk İlkelerinin uygulanması ile adaletin sağlanması sağlanmak istenmiştir.⁸⁵

Bununla birlikte, Türkiye, Türkiye'deki taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların ICSID'e götürülemeyeceği ve ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülemeyeceği yönünde çekince koymuştur. İlk çekince Türk uygulamasında genel olarak tahkime elverişli olmayan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkları konu edinirken ikinci konu aslında Anlaşma'nın 64. maddesi uyarınca Anlaşma'nın kendisinin yorum ve uygulanmasından doğan ve anlaşmaya varılamayan sorunlar bakımından Lahey Adalet Divanı'nın yetkisinin kabul edilmediğini ifade etmektedir.⁸⁶

ICSID tarafından verilen kararlar Anlaşma'nın 54. maddesi uyarınca ev sahibi ülke mahkemelerinin kararlarının kuvvet ve niteliğini haiz addedilmiş olup bu bakımdan doğrudan icra edilebilir bir vasa sahiptir. Bu bakımdan, taraf devletler ulusal mahkemeleri nezdinde karara itiraz edemeyecek ve kararın icrasını durdurmayacaktır. Basit bir usul ile kararın icrasına yönelik olarak Merkez'e bildirilen mercilerden⁸⁷ exequatur kararı alınacak ve bu bakımdan kamu düzenine aykırılık yönünden dahi denetim yapılamayacaktır.⁸⁸

Bu kararlar bakımından devletlerin yargı ve icra muafiyetinden de bahsedilemeyeceği; zira Anlaşmaya taraf olmak ve ICSID yetkisini kabul eden rızayı göstermekle yargı ve icra muafiyetinden zımnen feragat edilmiş olduğu kabul edilmektedir.⁸⁹ Kaldı ki, Anlaşma'nın 25. maddesi ile tarafların rızalarını tek taraflı olarak geri alamayacakları da ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte, ICSID Anlaşması'na devletlerin yoğun olarak katılım göstermesine rağmen uyuşmazlıkların çok seyrek ICSID'e taşındığı ve bu

⁸⁵ Şanlı, **A.g.e.**, s. 413 vd.

⁸⁶ Nomer, Ekşi, Gelgel, **A.g.e.**, s. 159 vd.

⁸⁷ Türkiye tarafından bu mercinin 2005 itibarıyla bildirilmediği belirtilmektedir. Bkz. Şanlı, **A.g.e.**, s. 413 vd.

⁸⁸ Nomer, Ekşi, Gelgel, **A.g.e.**, s. 159 vd.

⁸⁹ Şanlı, **A.g.e.**, s. 258 vd.

uyuşmazlıkların da daha çok “ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden muayyen davranışlarından doğan ve ihtilafın vukuundan sonraki safhada ev sahibi devletin Merkezin yetkisini kabul ettiği olaylar” ile ilgili olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰

d. Tahkime Elverişlilik ve Kamu İmtiyazına Tahkim Yargılamasında Gösterilen Genel Yaklaşım

Kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde özellik arz eden kavramların tartışılmasında, idare hukuku ve kamu hizmeti anlayışı dışında, özellikle tahkimin kendi birikim ve terminolojisi kapsamında değerlendirme yapılması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Kamu tüzel kişiliğini haiz devletin taraf olduğu tahkimler yanı sıra devletin, herhangi bir tahkim şart veya sözleşmesinde taraf olmamasına rağmen kendi tüzel kişiliği altında yer alan birimler ve/veya Devlet kontrolünde bulunan başkaca kamu tüzel kişilikleri dolayısıyla taraf gösterilme ihtimali bulunan tahkim yargılamasında bir takım kavram ve kurumların gündeme geldiği ve tartışıldığı görülmektedir.

Bu kavram ve kurumları anlaşılır kılmak amacıyla, özellikle konu devlet ve devlet birimleri ile kamu hukuku tüzel kişilikleri olunca gündeme gelen subjektif tahkime elverişlilik ve ehliyet kavramları değerlendirilmeye çalışılacaktır. Diğer yandan, kamu imtiyaz sözleşmelerine tahkim yargılamasında gösterilen yaklaşım ve tahkim sözleşmelerinin üçüncü kişilere teşmili ile devletlerin yargı bağıışıklığı gibi hukuki müesseseler de tartışılmak suretiyle konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılmasında yarar görülmektedir.

Bu değerlendirme çabası kapsamında, ayrıca idare hukuku öğretisinin yaklaşımları ekseninde tahkim yargılamasının özellikleri ve yarattığı sonuçlar hakkında da değerlendirmelere yer verilmeye gayret gösterilecektir.

⁹⁰ Yılmaz, A.g.e., s. 69 vd.; Şanlı, A.g.e., s. 258 vd.

Devletin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğu; Devletlerin tahkim yargılamasına taraf olmasının, hem milletlerarası ticari tahkimin ihtiyaçlarının hem de bunlar arasında yer alan artık bir *lex mercatoria* değerini haiz olduğunu savunulan ‘*ticari muamelelere saygı*’ ilkesinin bir gereği olduğu savunulmaktadır. Aynı zamanda; bu kurumun, devletlerinin ve devlet birimlerinin temsil etmek ve korumak zorunda oldukları kamu menfaatinin hesaba katıldığı milletlerarası ticari tahkim tatbikatının geliştirilmesi hedefine hizmet edeceği de iddia edilmektedir⁹¹.

Devletin tahkim yargılamasındaki varlığına ilişkin uzlaştırma ortamının daha da güçlendirilmesi ve desteklenmesi uluslararası ticaret ortamının hedefleri arasında görölmekte olup, genel eğilim de bu yöndedir. Bu doğrultuda, milletlerarası ticari tahkim bakımından kabul gören milletlerarası ticaret uygulayıcılarının ehil olduğu karinesi, müzakerecinin yetki eksikliğinin hüküm ifade etmeyeceği, çelişkili davranış yasağı ve tahkim anlaşmasının ayakta tutulması gibi gereklilikler, kural, menfaat ve ilkeler ortaya konulan görüşlerin temelini teşkil etmektedir. Aksi halde devletin taraf olduğu sözleşmeler açısından milletlerarası ticari muamele ve münasebetlerde muayyeniyetin sağlanamayacağına inanılmakta ve bu yönde hareket edilmesi bir mecburiyet olarak görölmektedir.⁹²

(1) Sübjektif Tahkime Elverişlilik

Geleneksel analizlere göre sübjektif tahkime elverişliliğin, devletlerin ve devlet birimlerinin uyuşmazlıkları tahkime götürme konusundaki ehliyetlerine tekabül ettiği ifade edilmektedir. Bir kamu hukuku kişinin tahkime gidip gidemeyeceği ya da özel hukuk kişisi tarafından başlatılan uyuşmazlıkların çözümünde devletin ya da kamu hukuku tüzel kişilerinin tahkim yargılamasına dahil edilip edilemeyeceği, tahkime elverişlilikten öte, aslında tahkim sözleşmesinin yalnızca bir sözleşmeden ibaret olduğundan bahisle sadece bir ehliyet sorunu olarak değerlendirilebildiği de görülebilmektedir.

⁹¹ Eduardo Silva-Romero, “MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler”, **MHB**, Yıl 27, Sayı 1-2/2007, Çev: Emre Esen, s. 115 vd.

⁹² **A.e.**

Bununla birlikte, sübjektif tahkime elverişlilik, ehliyet uygulama ve anlayışından başka bir sonuca götürmekte ve ehliyetsizliğin tahkim sözleşmesinin akıbetini etkilemesinin karşısında çaresiz kalmak yerine tahkim sözleşmesinin ayakta tutulmasının sağlanarak ticari muamelelerin esası ekseninde bir değerlendirme ve yargılama yapma ortamı yaratmaktadır.⁹³ Anlaşılabacağı üzere, her sözleşme bakımından geçerlilik şartı olan ehliyetin bir kenara bırakılarak ehliyetin bulunmadığı hallerde dahi hakemlerin yargılama yapmak ve karar vermek istediği görülmektedir.

Zira, kimlerin tahkim anlaşması yapmaya ehil olduğu hususunu belirlemek için milli hukuka bakmak gerekecektir. Ehliyet yokluğunun her halükarda tüm sözleşmeler bakımından geçersizlik nedeni olarak kabul edildiği ise tartışmasızdır. Tahkim anlaşması, saf bir maddi hukuk sözleşmesi veya usuli bir sözleşme olarak ele alındığında⁹⁴ dahi, bu anlaşmayı akdetmek için haklardan faydalanma ve hakları kullanma ehliyeti aranması asıl kuraldır.

Klasik anlayış bakımından, konunun ehliyetle ilişkilendirilmesi halinde, ehliyete uygulanacak hukuk önem arz etmektedir. Genel olarak, Kıta Avrupası Hukukuna göre kişinin ehliyetine uygulanacak hukuk, kişinin milli hukukudur. Common Law ülkelerinde ise ehliyete, ilgilinin ikametgâhının ya da mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanmaktadır. Devletler açısından bu kuralların fark arz etmesi söz konusu olmayacaktır, bu nedenle her halükarda devletin tahkim sözleşmesine taraf olma ehliyeti o devletin hukukuna tabi kılınacaktır. 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK da bu yönde, 9. maddesi⁹⁵ ile, kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında

⁹³ Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 120

⁹⁴ Nevhis D. Yıldırım, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi 2004, s.21 vd.

⁹⁵ 12.12.2007 gün ve 26728 sayılı Resmi Gazete “Ehliyet MADDE 9- (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir.

(2) Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

öncelikle “Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir” ve devamında da “Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir” şeklinde hükümler sevk etmiştir.

Bu bakımdan, konunun ehliyet ekseninde değil, sübjektif tahkime elverişlilik bağlamında değerlendirilmesinde ise asıl amaç tahkim anlaşmasının ayakta tutulması ve geçerli kılınmasıdır. Bu amaç doğrultusunda devletin tahkim sözleşmesine taraf olup olamayacağının, devletin ya da kamu kurumunun ehliyetinin tabi olduğu milli hukuk tahtında değil, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk bağlamında değerlendirilmesi savunulmaktadır. Fransa’da bu görüşün en büyük yansıması, Temyiz Mahkemesince verilen *Galakis*⁹⁶ ve *Dalico*⁹⁷ davalarında verilen kararlar olmuştur. İsviçre de ise bu durum 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun’un 177/II maddesinde açıkça düzenlenmiştir⁹⁸.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabidir.

Vesayet, kısıtlılık ve kayımlık

MADDE 10- (1) Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir.

(2) Yabancıнын milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hallerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hallerde de Türk hukuku uygulanır.

(3) Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tabidir.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

⁹⁶ Cour de Cassation., 1. Chambre Civile, 2 Mayıs 1966; “Fransız Medeni Usul Kanunu m. 83 ve 1004’ten kaynaklanan yasak, Fransız Medeni Kanunu m. 3 anlamında ehliyete ilişkin bir sorun meydana çıkarmamaktadır: Temyiz Mahkemesi sadece, yalnızca mahalli sözleşmeler için getirilmiş bu hükmün, deniz ticareti çerçevesinde ve onun teamül teamülleri doğrultusunda yapılan bir milletlerarası sözleşme içinde uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir; itiraz edilen karar yasağın böyle bir sözleşme için uygulanamayacağını haklı olarak ortaya koymaktadır ve Temyiz Mahkemesi sonradan kamu hukuku kişinin imzaladığı tahkim anlaşmasını geçerli bularak kararını hukuken haklı çıkarmaktadır.” Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121

⁹⁷ Cour de Cassation., 1. Chambre Civile; 20 Kasım 1993; “Milletlerarası tahkim hukukunun müstakil kuralı icabı , tahkim klotu doğrudan veya atıf yoluyla dahil olduğu esas sözleşmeden hukuken bağımsızdır ve Fransız Hukukunun zorunlu kuralları ve milletlerarası kamu düzeni uyarınca varlığı ve hükümleri bir devlet hukukuna bakmaya gerek olmaksızın tarafların müşterek arzularına göre tayin edilir.” Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121

⁹⁸ Tahkime Elverişlilik: Madde 177: (1) *Malvarlığı kaynaklı her türlü konu tahkime konu edilebilir.*

Genel kabul gören bu görüşün savunucuları ve milletlerarası hakemler, devletlerin ve kamu kurum ve kuruluşlarının kendi hukuklarına dayanarak ehliyetsizlik iddiasında bulunmalarına itibar edilmemesini tahkim içtihat hukukunda büyük önem arz eden ve genel kabul gören milletlerarası kamu düzeni ve iyi niyet kavramlarına dayandırmaktadırlar⁹⁹.

Bu kapsamda, durum, özellikle milletlerarası kamu düzeni bağlamında değerlendirilmektedir. Hakemlerin doğal koruyucuları olduğu milletlerarası ticarete muayyeniyetin sağlanması açısından gereksinilen güvene zarar veren böyle bir davranış, ulusalüstü kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁰.

(2) Ehliyet

Klasik görüş doğrultusunda, tahkim anlaşması “usul sözleşmesi” olarak nitelendirildiğinde, geçerlilik şartları olarak taraf ve dava ehliyeti gündeme gelecektir.

Milletlerarası tahkimde anlaşmanın bir tarafı çoğunlukla yabancı bir devlet ve taraf ehliyetini haiz olan veya olamayan bir devlet kuruluşudur. Ehliyet konusu ile bağlantılı olan bir başka tartışmalı nokta da devletin, tahkim anlaşmasının sonuçlarına katlanmaktan hükümranlılık (Immunität) iddiasında bulunarak kaçınp

(2) Bir devlet ya da onun kontrolünde yahut idaresi altında bulunan bir teşebbüs veya organizasyon bir tahkim anlaşmasına taraf olduğu takdirde, böyle bir tarafın, uyumsuzluğun tahkime elverişliliği veya tahkime taraf olma bakımından kendi ehliyeti konusunda kendi hukukuna dayanan iddialarda bulunamaz. Yıldırım, **A.g.m.**, s.21 vd.

⁹⁹ “Milletlerarası kamu düzeni, bir devlet kişinin, yabancı kişilerle olan ilişkilerinde açıkça, bilerek ve isteyerek diğer tarafın güvenliğini tazeleyen bir tahkim anlaşması yapıldıktan sonra tahkim yargılaması ve tenfiz usulü esnasında iradesinin hükümsüz olduğunu ileri sürmesine müsaade edilmesinin şiddetle karşısındadır. 1986’da 4381 sayılı davada verilen hakem kararında bu formülasyonun tahkim içtihat hukukunu yansıttığı ifade edilmiştir. Devletin tahkime gitme yetkisi, ulusalüstü kamu düzeninin en sık gündeme geldiği anlardan biridir. Devletin veya kamu hukuku kişilerinin tahkime gitme konusunda yetkilendirilmelerini gerektiren milli mevzuatlardan daha üstün bir prensip olan ulusalüstü kamu düzenine aykırı olan bir devletin veya kamu teşebbüsünün tahkime gitme yetkisi bulunmaması değil, devletin veya kamu hukuku kişinin yetkisiz olduğunu ifşa etmeden bir tahkim anlaşması yapması ve sonra yükümlüğünden kaçmak için yetkisizliğine güvenmesidir.”

Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121

¹⁰⁰ **A.e.**

kaçınmayacağıdır. Geçmişte devletler veya devlet kuruluşları böyle bir nitelik taşımayan tarafa karşı sık sık bu tür bir savunma nedeni ileri sürmüşler ise de, söz konusu savunma nedeni pacta sunt servanda hakkının, hakkın kötüye kullanılması, principle of estoppel¹⁰¹, dürüstlük kuralı gibi mülahazalarla reddedilmiştir. Nihayet İsviçreli kanun koyucu MÖHUK'nun 177/II. maddesinde öngördüğü radikal düzenleme ile bu sorunu bertaraf etmek istemiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin devlet veya devlet tarafından kontrol edilen bir kuruluş olması halinde, bu tarafın kendi hukukuna dayanarak tahkime taraf olma ehliyetine sahip olmadığı veya tahkime konu teşkil eden uyuşmazlığın tahkime uygun olmadığı yönünde itirazda bulunması mümkün görülmemektedir.¹⁰²

Aynı maddenin 2. fıkrasının düzenlenmesi milletlerarası tahkim açısından devrim niteliğinde görülmektedir. Nitekim Alman Medeni Usul Kanunu'nun gerekçesinde de İsviçre MÖHUK m. 177/II. maddesindeki hükmünün Alman hukuku açısından da geçerli olacağı vurgulanmaktadır¹⁰³. Genel olarak, söz konusu hüküm dürüstlük kuralının ve uluslararası kamu düzeninin bir parçası sayılmaktadır. Aynı esas, ICSID sözleşmesi m. 25/I/2'de de anlaşma bazında garanti altına alınmıştır. Bu sonucun yalnız madde 25/I/2'den değil, genel olarak ICSID Sözleşmesi'nin amacından da çıkarılabileceği, zira söz konusu sözleşmenin amacının yatırım uyuşmazlıklarının etkin biçimde çözülmesi olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁴.

Her ne kadar sonuç olarak aynı noktaya varılması amaçlansa da subjektif tahkime elverişliliği ve ehliyeti ayrı iki hukuki müessese olarak algılamamak gerekir.

¹⁰¹ Taraflardan birinin yargılama kurallarına uymamasının usuli hakların kaybına yol açtığına ilişkin Anglo-Amerikan Hukuku esası

¹⁰² Yıldırım, **A.g.e.**, s. 31 vd.

¹⁰³ Turgut Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması", **Ünal Tekinalp'e Armağan**, İstanbul 2003, C. II, s.1027 vd.

¹⁰⁴ "İsviçre MÖHUK Madde 177: Tahkime Elverişlilik: Malvarlığı kaynaklı her türlü konu tahkime konu edilebilir. (1) Bir devlet ya da onun kontrolünde yahut idaresi altında bulunan bir teşebbüs veya organizasyon bir tahkim anlaşmasına taraf olduğu takdirde, böyle bir tarafın, uyuşmazlığın tahkime elverişliliği veya tahkime taraf olma bakımından kendi ehliyeti konusunda kendi hukukuna dayanan iddialarda bulunamaz", Yıldırım, **A.g.e.**, s.21 vd.; "ICSID Sözleşmesi KISIM II: Merkezin Yargılama Yetkisi Madde 25 - 1. Merkezin yarılama yetkisi akit ülkeler ya da onları oluşturan alt birimler (ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık hali ile ilgili yazılı rızasını sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurları tek taraflı olarak geri alamaz.", Şanlı, **A.g.e.**, s.477 vd.

Sonuç itibariyle, ehliyet kurumuna istinaden devletlerin ileri sürebileceği ehliyetsizlik iddialarının hüküm ifade etmeyeceği yönünde bir istisna kabul edilmeye ve kurgulanmaya çabalanmaktadır. Halbuki, bunun yerine, uluslararası ticaret uygulayıcıları ve hakemler nezdinde daha kolay sonuç elde edilebilecek ve istisnasız bir kural olarak benimsenebilecek olan tarafların iradesine yönelik yapılacak bir değerlendirme neticesinde tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuk kapsamında bir değerlendirilme yapılması da tercih edilebilir. Ancak ifade edildiği üzere; üretilmek istenen doktrin ile aslında özel hukuk anlayışının temeli olan ehliyet dolanılmak istenmekte ve güçlü taraf olduğu düşünülen devletin öncelikle tahkim yargılamasındaki yerini benimsemesi için gerekli şartların oluşturulması hedeflenmektedir.

(3) Sübjektif Tahkime Elverişlilik ve İdari İşlemler

i. İdari Kararlar

Her ne kadar milletlerarası ticaret hukukunda muayyeniyetin sağlanması adına tahkim içtihat hukukuyla sübjektif tahkime elverişlilik anlayışı benimsenmiş ve devletlerinin ve diğer kamu hukuku kişilerinin kendi yetkisizliklerine dayanarak tahkim şartı ya da sözleşmesinin geçersizliğini ortaya koymaları engellenmek istenmiş ise de, devletlerin birçok açıdan özellikle de idari karar ve idari sözleşme kavramlarıyla tahkime gitme serbestisini kısıtladıkları görülmektedir¹⁰⁵.

Genellikle kamu hukuku kişilerinin milli ve milletlerarası tahkim anlaşması akdetme yetkisi ve ehliyetleri olduğu kabul edilmiş olsa da, uyuşmazlığın bir kamu hukuku kişisi tarafından verilen idari kararlar dolayısıyla ortaya çıkması hallerinde, uyuşmazlığın uygulama anlaşmasıyla ilişkilendirilememesinden bahisle, tahkime gidilemeyeceği de savunulmaktadır. Yüzeysel bir tanımla, bir devlet organının iradesinin sözlü veya fiili tezahürü, idari karar teşkil edebilmektedir. Hukukumuzda da idarenin benzer şekilde tek yanlı olarak, hukuki durumda değişiklik yapan, taraflar

¹⁰⁵ Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121 vd.

arası hukuki ilişkileri etkileyen kararlar alma yetkisi mevcuttur. İdarenin bu yetkisine dayanarak aldığı kararlara “*icrai karar*” yahut “*hukuki durumu etkileyici karar*” ya da kısaca “*idari karar*” denilmektedir¹⁰⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da; idarenin tüm işlemlerinin açıklanan nitelikleri taşıyan bir idari karar olmadığıdır. İdarenin kendi örgütüne yönelik yaptığı içdüzen işlemleri, bildirdiği görüş ve önerileri, icrai nitelik taşımayan idari işlemlerdendir. Bu bakımdan idare; bir sözleşmenin, müzakereden feshe her aşamasına ilişkin olarak birçok karar verebilmektedir. Bu işlemlerin nitelendirmeleri dolayısıyla sübjektif tahkime elverişlilik tartışma konusu yapılabilecektir. İdare açısından kamu hukuku yönünden haklılık taşıdığı düşünülebilecek bu durumun özel hukuk kişisi yönünden risk arz ettiği ise açıktır. Bu noktada özellikle, uyuşmazlığın sözleşmeden mi yoksa idarenin varlık nedeni gereği tesis ettiği idari işlemlerden mi kaynaklandığının tespiti uyuşmazlığın çözümde belirleyici olacaktır.

Uyuşmazlığın aslında bir kamu kişisi tarafından verilen karara müstenit olduğu iddiası ile, UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülen ad hoc nitelikli bir milletlerarası ticari tahkim önünde böyle bir itiraz vaktiyle gündeme getirilmiştir. Bir kamu kişisi olan *Empresa de Transporte Masivo Del Valle de Abura Ltda* ile *Hispano-German Konsorsiyumu* arasındaki uyuşmazlıkla ilgili davada, bu itiraza her ne kadar önem ve değer atfedilmemiş olsa da, daha sonra Kolombiya Yüksek İdare Mahkemesi bu itirazı kabul ederek haklı bulmuştur¹⁰⁷. Uluslararası ticari muamelelerde muayyeniyet, yalnızca hakem önünde yapılan yargılamada değil, hakem kararının tasdiki ve tenfizi aşamasında da önem arz ettiğinden ülkelerin ulusal mevzuatlarını göz ardı etmek görüleceği üzere özel hukuk kişinin de varmak istediği amaca hizmet etmeyecektir.

ii. İdari Sözleşmeler ve Kamu Hizmeti İmtiyazları

¹⁰⁶ Gözübüyük, Tan: **A.g.e.**, C. 1, p. 500

¹⁰⁷ Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121 vd.

Tahkim şart ve/veya sözleşmelerinin idari sözleşmeler dolayısıyla kısıtlandığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Genellikle karşılaşılan durum, hala birçok dünya devletinde de geçerli olduğu üzere, kamu hukuku kişilerinin özel hukuk kişisi gibi hareket ederek akdetmiş oldukları özel hukuk sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelerinin tahkime elverişli kabul edilmemesidir.¹⁰⁸

Her ne kadar sorun, en azından ilgili ülke açısından, çoğu kez idari sözleşmenin tanımına ve nitelendirilmesine bağlı gibi görünse de, idare hukuku kavram ve ilkelerinin muğlak oluşu dolayısıyla idari sözleşmeler bakımından tanımlama ve nitelendirme yapmak güçleşebilmektedir.

Bu nedenle kamu hukuku kişilerinin kamu gücüne dayanarak akdettikleri sözleşmeler ile özel hukuk kişisi gibi hareket ederek imzaladıkları ve tarafların eşit iradesini yansıtan özel hukuk sözleşmelerini ayırt etmek her zaman kolay değildir. Bu gibi bir ayırmada, savunulan ölçüt ve görüşlerinin katılığı ile idari sözleşme değerlendirmesine meyletmenin, ülkelerin muhafazakârlık ve liberalizm tercihleri ekseninde yorumlandığı da görülmektedir¹⁰⁹. Bu noktada göz ardı edilen aslında kamu hizmeti ve toplumun ortak gereksinimlerinin bir ürünü olan idari sözleşmelerin özel hukuk temelli bir ticari muamele olarak değerlendirilmesinin mümkün olmaması ve kamu yararı ekseninde yapılacak bir değerlendirmeyi hak etmesidir. Toplumların ihtiyaçları göz ardı edilerek, milletlerarası ticarete hız kazandırılması kabul edilebilir değildir.

Türk Hukuku açısından da idari sözleşmeler, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmeler olarak tanımlamakta ve “*idari sözleşme*” ile “*idarenin sözleşmeleri*” arasında bir ayırım yapılmaktadır. İdarenin sözleşmeleri, idari sözleşmeleri kapsamakta; ancak anlaşılabileceği üzere idarenin tüm sözleşmeleri idari sözleşme niteliğinde bulunmamaktadır. Ancak ayırımın, yine sözleşmenin idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olup olmadığının araştırılmasına dayanarak yapılacak olması dolayısıyla her halükarda rahatlıkla yapılabilecek bir ayırmadan,

¹⁰⁸ Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121 vd.

¹⁰⁹ **A.e.**

belirlenebilecek bir sözleşme niteliğinden bahsetmek güçleşmektedir. Sözleşmenin niteliği sözleşmenin mahiyetine bakılarak belirlenecektir. Sözleşmenin konusu veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişki, özel hukuk dışında idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteriyor ise, bu takdirde ortada bir idari sözleşmenin var olduğu kabul edilmektedir¹¹⁰.

Anayasa ve Danıştay kararlarına göre; idarenin yaptığı ve karşı tarafın “*bir kamu hizmetinin yürütülmesini veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler*” idari sözleşme sayılmaktadır¹¹¹. Aynı şekilde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-c maddesinde ‘*genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmeler*’den bahsetmek suretiyle sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması halinde, özel hukuk sözleşmesi değil, bir idari sözleşmenin var olduğuna işaret edilmektedir. Ancak bu tanımdan anlaşılması gereken bir başka husus da, kamu hizmetine ilişkin yapılan her türlü sözleşmenin idari sözleşme olarak addedilemeyeceğidir ki, bu konu detaylı şekilde yukarıda anlatılmıştır.

Türkiye özelinde bir değerlendirme yapıldığında, idari sözleşmelere ilişkin ayırt edici ölçütlerin mevcut olduğu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin, 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında artık Anayasa uyarınca kanuni nitelendirmelere binaen özel hukuka tabi kılınabileceği, kılınmasa bile bu tip sözleşmelerin tahkim şartı içerebileceği ise açıktır. İmtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasına ilişkin 3996 sayılı Kanun gibi istisnalar yaratılması yanında bu sözleşmelerin tahkime elverişliliği karşısında, sözleşmenin artık idari sözleşme niteliğini koruyup korumadığı ve yeni bir kamu hizmeti görülüş usulü yaratılıp yaratılmadığı¹¹² halen tartışılmaktadır¹¹³. Bu husus

¹¹⁰ Günday, A.g.e., 166 vd.; Özay, A.g.e., 248 vd.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 gün ve 1994/23 E, 1995/42-2 K., Danıştay 12D. 02.11.1976 gün ve 1974/1958 E., 1976/2141 K.; Danıştay 10.D, 29.04.1993 gün ve 1991/1 E., 1993/1752 K. sayılı Kararları, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹¹² Gülan, A.g.m., 145 vd.

¹¹³ Aslan, Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4. sy. 8, Güz 2005/2, s. 1 vd.; Karahanoğulları A.g.e., s. 390 vd.

bütünüyle Türk hukukunun problemi olarak kalmakta, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklarda bu yön gözetilmeksizin tahkim yargılamaları yapılabilmektedir.

Bununla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek taşıdıkları mali önem, projenin içeriği, büyüklüğü ve ilgilendirdiği kesimin genişliği dolayısıyla büyük özellik arz etmekte ve özellikle uluslararası yatırımcı ve ticaret uygulayıcıları ile oluşan ticari ilişkiler dolayısıyla konumuzu ilgilendirmektedir. Bu çerçevede, imtiyaz sözleşmeleri, bir yandan teknik konuların *kural* olarak düzenlendiği, bir yandan da özel kişi olan tarafın hak ve yetkilerini gösteren *koşul* ve mali konulara ilişkin olarak subjektif hükümler içerdiklerinden idarenin karma işlemleri kategorisine dâhil edilmektedir.¹¹⁴

Bu bakımdan, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin karma nitelikte bir işlem olması dolayısıyla bu tip sözleşmelerin hizmete ilişkin kurallarını belirleyen ve idare tarafından tek taraflı oluşturulan düzenleyici işlem kısmı ile bu işleme katılma ile bu aşamada sözleşmelerin mali hükümlerinin taraflarca karşılıklı olarak belirlendiği ve sözleşme olarak nitelendirilen kısımdan oluştuğu ve böylece bir bütün olarak kabul edilen imtiyaz sözleşmesinin kural koymaya ilişkin olan kısmının sözleşme özelliği gösteren mali hükümler kısımdan ayrılarak “ayrılabilir işlem kuramı” gereği ayrıca iptal davasına konu olabileceği de her halükarda nazara alınmalıdır¹¹⁵.

Ayrıca, imtiyaz sözleşmeleri açısından önem arz eden ve kamu menfaatini ilgilendiren diğer bir husus; görülmekte ve yürütülmekte olan kamu hizmetinin asıl sahibinin her halükarda idare olması ve kural işlemin doğası gereği idarenin her halükarda yargısal denetime tabi olması yanı sıra gerek üçüncü kişiler gerekse sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisi açısından hasım gösterilmesinin mümkün olmasıdır. Bu doğrultuda; hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin hizmetin işlemesiyle ilgili konularda, menfaatlerinin ihlali sebebiyle hizmeti gören özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıya gidebilecekleri gibi, imtiyaz sözleşmesinin iptali için idari

¹¹⁴ Aslan, Arat, **A.g.m**, s.22; Özay, **A.g.e.**, s. 253 vd.; Onar, **Ag.e.**, s. 1697 vd.

¹¹⁵ Erkut, **A.g.e.**, s. 42 vd.

yargıya gidebileceklerdir¹¹⁶. Bu durum, sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilse bile, sözleşmenin idari sözleşme niteliğini koruduğu yönünde bir değerlendirme yapılması sonucu doğurabileceği gibi sözleşmenin taraflarının iradeleri dışında sözleşmenin iptal edilebileceği gerçeğini ortaya koymaktadır.

Tahkim yargılamasında bu sözleşmelerin doğasının ve idari niteliklerinin nazara alınmaması, ya da bu tip kuralların milletlerarası hukukun ilkeleri ile sınırlandırıldığından bahsedilmesi kabul edilebilir görünmemektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabulü ve bu bakımdan idare hukukunun özellikle mali dengenin korunmasına yönelik imtiyazcı lehine müesseselerin tahkim yargılaması kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceği ise ayrı bir belirsizlik konusudur. Aynı şekilde, içeriği itibarıyla imtiyaz niteliği taşıyan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması durumu dolayısıyla değişen şartlar, teknoloji ve koşullar bağlamında idarenin tek yanlı işlemi müteakip gündeme gelebilecek *fait du prince* ve *imprévision* gibi idare hukuku müesseseleri kapsamında bir sonuca varılıp varılamayacağını da kestirmek mümkün değildir. Bu nedenlerle; büyük bir kesim tarafından tahkim yargılamasının yalnızca sözleşmenin mali hükümlerine istinaden yapılması gerektiği, bunun imtiyazcı lehine de bir durum olduğu da savunulmaktadır¹¹⁷. Zira aksi yönde bir değerlendirmenin imtiyazcı lehine müesseselerin işlevsizleştirilmesi sonucu doğuracağı açıktır.

Dünya genelinde söz konusu idari sözleşme ve tartışılan kamu hizmeti anlayışı dolayısıyla milletlerarası tahkim kizları halen tartışma konusu yapılmakta ve uyuşmazlıkların çözüm yerinin yerel ihtisas mahkemeleri olduğu yönünde düzenleme ve bağlayıcı mahkeme kararları gündeme gelebilmektedir. Örneğin; *Etat Libanais v. Société FTML (Cellis) SAL* ve *Etat Libanais v. Libancell SAL* davalarında Lübnan İdare Mahkemesi, imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerde yer alan tahkim kizlarını, sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde

¹¹⁶ Süha Tanrıver, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 1063 vd.

¹¹⁷ Gülan, A.g.m, s. 145 vd.

olduğu ve idari sözleşmelerde tahkim yasağının mahkeme kararlarında ve idare hukuku doktrininde katıyetle kabul edildiği gerekçeleriyle iptal etmiştir¹¹⁸.

Türkiye açısından tahkim kararlarına karşı müracaat edilebilecek yollar bakımından idari yargı değil fakat adli yargı görevli olsa da; herhangi bir mahkemenin Anayasa hükümleri ve yargı içtihatları çerçevesinde yapacağı bir inceleme neticesinde konuyu kamu düzenine aykırılık olarak kabul etmesi ise imkan ve ihtimal dahilindedir. Bu halde, her ne kadar hakem kararına karşı işletilebilecek bahsi geçen yollar kapsamında esas denetimi yapılmayacağı düşünülse de; ulusal mahkemelerin kendi hukuk sistemleri doğrultusunda yargılama yaptığı ve kamu hizmeti ekseninde değerlendirme yaparak kamu yararını gözetebilecekleri de açıktır. Bu kapsamda gündeme gelen tartışmaların tahkim önünde yapılması durumunda hakemlerin nasıl bir yaklaşım ve denetim ortaya koyacağı ise diğer bir merak konusudur.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı'nın önüne, tahkim usulünün ulusal mevzuat ile yasaklandığından bahisle uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı iddiası ön sorun olarak getirilse, MTO Tahkim Kuralları'nın 6/II. maddesi uyarınca iki seçenek mevcut olduğu söylenmektedir¹¹⁹. Bu çerçevede, ya hakem heyeti kendini görevsiz addedecektir ya da tahkim anlaşmasının varlığının kabulü ile yargılamaya devam edecektir. Bu noktada, sözleşme yapıldıktan sonra, taraflardan birinin bilinmeyen ya da az bilinen hukukuna bağlı olarak sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilmesinden dolayı hakem heyetinin görevsizliğini kabul etmesinin iyi niyet ve ahde vefa ilkeleri ile bağdaştırılamayacağı düşünülmektedir.

¹¹⁸ Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 121 vd.

¹¹⁹ “Kurallar m. 6/II: Eğer davalı cevap vermezse veya taraflardan birini tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği kapsamına ilişkin itirazda bulunursa, MTO Tahkim Divanı itirazın makul veya haklı oluşuna hanel gelmeksizin kurallar çerçevesinde bir tahkim anlaşmasının varlığına prima facie kanaat getirir ve tahkim yargılamasının devamına karar verebilir. Böyle bir durumda hakem heyetinin yargı yetkisine ilişkin kararlar ancak hakem heyetinin kendisi tarafından alınabilir. Eğer MTO tahkim Divanı buna kanaat getirmezse taraflara tahkim yargılamasının yürütülmeyeceği bildirilir. Böyle bir durumda tarafların herhangi bir yetkili mahkemeye, bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını sorma hakları mevcuttur.” Silva-Romero, **A.g.m.**, s. 125 vd.

Yine MTO Tahkim Kuralları'nın 1(2) maddesi incelendiğinde görüleceği üzere; MTO Tahkim Divanı tarafından ilgili devletin anayasasının yorumu ve uygulanması temelinde tahkimin vuku bulup bulamayacağı yönünde değerlendirme yapılması yerine doğrudan milli hukukunun değil, usul kurallarının öncelikle uygulaması gerektiği kabul edilmektedir.¹²⁰

Gerçekten de tahkim uygulayıcılarının, ilk incelemeleri neticesinde, *Kompetenz-Kompetenz* prensibine riayet etmek, iyi niyet ve ahde vefa prensiplerine itibar etmek, milletlerarası ticari muamelelerin muayyeniyetini ve değerini gözetmek amaç ve kaygılarıyla uyuşmazlığın çözümünü, öncelikle tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında hüküm verilmek üzere hakem heyetine sevk etmeleri daha olasıdır.

Bu gibi durumlar açısından tahkim yerinin belirlenmemiş olması hali özellik arz etmektedir. Zira hal böyle ise, MTO Tahkim Kuralları madde 14 uyarınca MTO Tahkim Divanı'nın taraflardan bağımsız bir yeri tahkim yeri olarak seçmesi kabul edilebilir bir çözüm olarak görünmektedir. Ancak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk da eğer kararlaştırılmamış ise, bu durumda uygulanacak hukuk doğrudan tahkim yeri hukuku olacağından, belirlenen yerin aslında taraf menfaatlerini gözeterek seçilmesi gerekir. MTO davalarından birinde bir Latin Amerika devleti ile Fransız şirket arasında çıkan uyuşmazlıkta taraf devlet, anayasası uyarınca tahkime gitmesinin yasaklandığından tahkim sözleşmesinin geçersizliğini iddia etmiştir. MTO Tahkim Divanı, tahkim yerini Cenevre seçmekle tarafsız bir ülkeyi tahkim yeri seçmiş olabilir; ancak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk da dolayısıyla İsviçre Hukuku seçilmiş olduğundan taraf devlete tahkim sözleşmesinin geçersizliği hakkında herhangi bir savunma hakkı tanınmış bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, böylesine bir seçim, karara her ne kadar dünyanın her yerinde icra kabiliyeti kazandırmasa da; İsviçre Federal Mahkemesi'nde açılacak bir iptal davasında da aynı iddia ve savunmaların gündeme getirilmesinin önü kapatılmış olmaktadır. Liberal birçok kesim tarafından, bu seçim ve değerlendirme ile taraf muamelelerinin ve milletlerarası ticaretin muayyeniyetinin korunduğu savunulmaktadır.

¹²⁰ Kurallar m. 1(2): “*Divan Uyuşmazlıkları kendisi çözmez. Bu kuralların uygulanmasını sağlama fonksiyonu vardır. Kendi İç Tüzük’ünü yapar*”, Şanlı, A.g.e., s. 509, Silva-Romero, A.g.e., s. 125.

Eğer yetkisizlik ve dolayısıyla tahkim sözleşmesindeki geçersizlik iddiası anayasaya dayanıyor ise doğrudan sözleşme tarafı yabancı şirketin, ülkenin mevzuatını bilemeyeceği gibi bir sonuç çıkarılamaz. Zira, uluslararası faaliyet gösteren şirketin, faaliyet gösterdiği ülke anayasası hakkında bilgi sahibi olamayacağını savunmak¹²¹ da çok makul ve adil olmayacaktır. Ticari muameleleri korumak ve uluslararası ticaretin muayyeniyetini sağlamak amacıyla aslında amaca hizmet etmeyecek, hukuk ve adaletle bağdaşmayacak şekilde yargılama yapmak milletlerarası tahkime zaten az olan güveni daha da azaltacak ve güvensizliği artıracaktır.

Bununla birlikte, tahkim yargılamasında, devletler ve kamu hukuku kişileri açısından yürütülen hizmetin özelliği ve bir takım farklı kurallara tabi olması dolayısıyla kamu menfaatini gözetir bir değerlendirme yapılacağı da savunulmakta ve tavsiye edilmektedir.¹²² Bu bakımdan devletin taraf olduğu bir yargılamada, devletin zorunlu bir kuralı işin esasını etkileyecek düzeyde uygulayıp uygulamadığı yönünde soru sorulmalı ve araştırma yapılması gerekmektedir.

Sözleşme dışı uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu edilip edilemeyeceği ve tahkim sözleşmesinin maddi içeriğinden sayılıp sayılamayacağı da başka bir sorundur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin, tarafı idarenin işlemlerinin ya da bunun dışında kamu gücüne dayanan başkaca işlemlerin bulunduğu bir ortamda icra edildiği düşünüldüğünde bu konu da ayrı bir özellik arz etmektedir.

Bu çerçevede, özel bir İtalyan şirket ile bir Afrika kamu hukuku kişisi arasında meydana gelen ihtilafta, hakemlerin seçiminden ve görev belgesinin tanziminden sonra İtalyan şirket tarafından inşaat sözleşmesinin ifasına bağlı; ancak sözleşme dışı bir takım iddialarda bulunmuştur. Afrika kamu hukuku kişisi, görev belgesinde yer almayan ve sözleşme dışı olan bu iddiaların tahkime elverişli olmadığından bahisle bu konuda tahkim heyetinin yetkisiz olduğunu iddia etmiştir. Bu bakımdan hakem

¹²¹ Silva-Romero, A.g.e., s. 130 vd.

¹²² A.e.,

heyeti, yalnızca tahkim sözleşmesinin lafzından ve yorumundan yola çıkarak, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından değerlendirme yapma ihtiyacı görmeksizin, İtalyan şirketin sözleşme dışı taleplerinin, inşaat sözleşmesinin ifasıyla açık bir bağı olduğu gerekçesiyle yetkili olduğuna karar vermiştir.¹²³

Benzer bir davanın da Fransız şirket ile Afrikalı bir kamu hukuku kişisi arasında akdedilen inşaat sözleşmesi dışında, Afrika kamu hukuku kişinin iyi niyetle hareket etmediğinden bahisle haksız davranışı dolayısıyla ikame edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin ifası bakımından Fransız şirkete verilmesi gereken bir bilginin verilmediği iddia edilmektedir. Bu tahkim davasında da hakem heyeti tahkim klotunun içerdiği *“bu sözleşmeden veya bu sözleşmeyle bağlantılı olarak doğan her türlü uyuşmazlık”* ibaresinden yola çıkarak yetkili olduğuna karar vermiştir.¹²⁴

Bu konuda, sözleşme ile bağlantılı olarak ve fakat sözleşme imzalanmasından önce vuku bulan (haksız) davranışların tahkim anlaşması kapsamına girmediğinin kabul edilemeyeceği düşünülmektedir. Bu neticenin tamamen esas sözleşmenin geçersiz olup olmadığının hakem heyetince incelenmesini ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı doğrultusunda tahkim sözleşmesine yönelik geçersizlik iddialarını dahi hakemlerin değerlendirmelerini sağlayan *Kompetenz-Kompetenz* prensibine dayanmakta olduğu belirtilmektedir.¹²⁵

Konunun özel hukuk öğretisi tarafından kabul edilen kurum ve kuramlar dairesinde değerlendirilmesi imkansızdır. Zira kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından sözleşmenin imzalanması öncesindeki tüm tasarrufların bütünüyle idare hukuku kural ve ilkeleri çerçevesinde yorumlanması zaruridir. İdare bu aşamada, sözleşmenin tarafına karşı herhangi bir yükümlülük ve sorumluluk taşımamakta olup, kendine yol gösteren mevzuat ile belirlenmiş esas ve usuller kapsamında tasarruflarda bulunmaktadır. Bu bakımdan sözleşme öncesi işlem ve eylemlerin

¹²³ Silva-Romero, A.g.e., 140 vd

¹²⁴ A.e.

¹²⁵ A.e.

sözleşmenin hukuku tahtında değerlendirilmesi ve haksız addedilmesi olağan değildir. Bununla birlikte, Anayasa hükümleri ile imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından bahsedildiğinden sözleşmenin imzalanması ile şartnamelerin de sözleşme kapsamında mütalaa edilebileceği ve tahkim yargılamasına dahil edilebileceği gözetilmelidir.

(4) Tahkim Sözleşmesinin, Sözleşmenin Tarafı Olmayan Üçüncü Kişilere Teşmili ve Kamu İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Sözleşmesine Taraf Olmayan Devletin Taraf Gösterilmesi

Devletin taraf olduğu tahkim yargılamalarında gündeme gelen bir diğer sorun da, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışılmasından öte tahkim anlaşmasına muvafakat gösterilmesi aşamasında muvafakatin maddi ve kişisel kapsamı bağlamında gündeme gelmektedir. Bu bağlamda, tahkim sözleşmesinin yalnızca sözleşmenin taraflarına değil, sözleşme tarafı özel şirket açısından onun ana şirketine, sözleşme tarafı kamu hukuku kişisiyse onun bağlı/tabii olduğu devlete yöneltilip yöneltilemeyeceği de tartışma konusu haline gelebilmektedir.

Her ne kadar tahkim yargılamasının temeli ve yegâne hukuki dayanağı taraf iradesi olsa da; tahkim yargılamasında davacı tarafın, aslında tahkim iradesi olmayan gerçek veya tüzel kişileri tahkim yargılamasına dâhil etmek yönündeki talepleri ile de sıkça karşılaşmaktadır. Taraflar bu yola çeşitli sebeplerle başvurabilmekte; çoğunlukla da maddi tahsil imkan ve kabiliyetlerin sözleşme tarafı kişilerden, şirketlerden ziyade bu şirketlerin ana hissedarı ya da kişilerin işvereni ve benzeri konumundaki kişi veya şirketlerde olması nedeniyle bu yol tercih edilmektedir. Anlaşılaacağı üzere; söz konusu teoriler, hakem kararı ile tevsik edilmesi muhtemel bir alacağa ya da edime tahsil ve ifa kabiliyeti kazandırmak amacıyla genelde sözleşmeler hukuku ve vekâlet ilişkisinden türetilmektedir.

Kural olarak bir tahkim anlaşmasına veya şartına taraf olmamış bir kimsenin, söz konusu tahkim iradesinin yokluğunda, tahkim tamamen taraf iradelerine dayalı bir yargılama biçimi olduğundan, herhangi bir tahkim yargılamasına dâhil edilmesi

mümkün değildir. Bununla beraber, çeşitli ülke hukuklarında ve uluslararası tahkim çevrelerinde bazı durumlarda kabul görebilecek ve bu istisnai hallerde esasen fiiliyatta bir tahkim iradesinin olduğundan bahsedilebilecek çeşitli hukuki ilişki ve yöntemler kabul edilmektedir. Ancak söz konusu seçeneklerin, gerek tahkim heyeti önünde değerlendirileceğini gerekse de gündeme gelen iptal ve tenfiz davalarında da yerel mahkemelerce inceleneceğini belirtmek gerekir.

Bu teoriler açısından ortak özellikler, uygulanmaları için çok ağır ispat koşullarının aranmasıdır. Zira, en temel ilkenin istisnasına başvurmak için ispat koşullarının iyiden iyiye ağırlaştırılması normal karşılanmalıdır. İspat unsurları, temelde üçüncü kişinin iradesine yönelik olmakla birlikte, tahkim sözleşmesinin ve tahkim sözleşmesinin temelinde yer alan esas sözleşmenin müzakere, kuruluş, ifa ve sonlandırılma aşamalarına dâhil olma olgusunun ortaya konulmasına dayanmaktadır. Bunlar yanı sıra ekonomik birliktelik, dürüstlük kuralına uyulmaması, üçüncü kişiler gözünde yaratılan ortaklık-birliktelik gibi olgularla da ispat yoluna başvurulabilmektedir.¹²⁶

Türk Hukuku açısından, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişinin ilgili tahkim anlaşması ile bağlı kılınmasının güçlüğü, Yargıtay'ın¹²⁷, "...uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına

¹²⁶ Bu teorilerin uygulanması bakımından bir diğer problem de uygulanacak hukuk konusundaki belirsizliktir. Bu nedenle öncelikle hakemler bu problemi çözmekle meşgul olacaklardır. Ancak yukarıda yer verdiğimiz açıklamalara istinaden sübjektif tahkime elverişlilik bağlamında genel olarak tahkim kuralları ile beraber usule uygulanacak tahkim yeri hukukunun bu konudaki değerlendirmelerde dikkate alınacağını söylemek mümkündür.

¹²⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2003/2654 E., 2004/2603 K. Sayılı, 11.3.2004 tarihli kararı "Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. AŞ. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hakimde yargılama hakkına aykırı düşer. Bu nedenlerle tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan davalı İ... Bankası ve M... Corp'a teşmil edilemeyeceğinden, adı geçenler hakkındaki davanın esasının incelenip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde uyuşmazlığın tahkime tabi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.", **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hakimde yargılama hakkına aykırı düşer.” yönündeki tespiti ile gözler önüne serilmektedir.

Konunun özellikle politik ve ekonomik tartışma konusu oluşturan ve çoğu zaman Devletler için mali, siyasi ve idari önem arz eden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından değerlendirilmesinde, kamu menfaati ve milletlerarası ticari muamelelerinin muayyeniyeti ilkelerinin uzlaştırılmaya çalışıldığı ileri sürülmektedir.¹²⁸ Ne var ki sağlam hukuki temellere dayanmayan kavramlara istinaden hakemler tarafından bir devlet aleyhine teşmilin gerçekleştirilecek olması tahkim müessesine duyulan güven açısından değerlendirme yapılmasını ve ileride gündeme gelecek iptal ve tenfiz davalarının düşünülmesini de zorunlu kılmaktadır.

MTO Tahkim Divanı’nın *Westland*¹²⁹ ve *Pyramides*¹³⁰ davalarında, davacı tarafından temin edilen *prima facie* deliller hakkında oldukça katı davranıldığı ve davacı tarafından sözleşmenin müzakere, kurulma, ifa veya fesih safhalarında devletin de yer aldığını açıkça gösterir bilgi ve belgeler sunulmasının arandığı belirtilmektedir¹³¹. Bu davranışın ve bu yönde bir inceleme arayışının altında yatan sebep olarak da MTO Tahkim Divanının, özellikle devletlerin ve/veya kamu hukuku kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından kamu menfaatini gözetmesinin olduğu iddia edilmektedir.

Westland davasında davacı, karşı taraf olarak *Arab Organisation for Industrialisation* yanında *Mısır, Katar, Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri*’ni de göstermiş ve husumet yöneltmiştir. MTO Tahkim Divanı, Mısır tarafından tahkim sözleşmesinin tarafı olmadığından ve hakem heyetinin bu nedenle yetkili olmadığından bahisle yapmış olduğu itirazı nihai kararı hakem heyetinin vereceği şeklinde yanıtlayarak *prima facie* karar vermiş ve itiraz hakem heyeti tarafından incelenmiştir. Hakem heyeti, *Kompetenz-Kompetenz* prensibi

¹²⁸ Silva-Romero, A.g.e., s.140 vd.

¹²⁹ A.e.

¹³⁰ A.e.

¹³¹ A.e. s. 42

doğrultusunda davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiş ve tahkim sözleşmesini bu dört devlete teşmil etmiştir. Sonrasında karar Mısır devletinin talebi üzerine İsviçre Mahkemelerinde iptal edilmiştir.¹³²

Pyramides davasında da aynı şekilde tahkim sözleşmesi *Pyramides* ile *Mısır Turizm Bakanlığı* arasında akdedilmiş olmasına rağmen *Mısır Arap Cumhuriyeti*'ne de husumet yöneltmiştir. Mısır devleti sözleşmenin kendi tarafından imzalanmadığından bahisle MTO Tahkim Divanı'nın yetkisine itiraz etmiştir. Davacı, Mısır Turizm Bakanlığı'nın sözleşmeyi imzalaması yanı sıra “onaylanmış, kabul edilmiş ve tasdik edilmiştir” şerhini eklemiş olduğundan bahisle Mısır devletinin itirazına karşılık vermiştir. Tahkim Divanı yetkili olabileceğini düşünerek uyuşmazlığı nihai karar verilmek üzere hakem heyetine tevdi etmiştir. Hakem heyeti yetkili olduğunu ve Mısır devletinin tahkim sözleşmesinin tarafı olduğuna hükmetmiştir. Tahkim yeri olan Paris'te, Paris İstinaf Mahkemesi (Cour d'Appel) kararı iptal etmiş, yapılan temyiz başvurusu üzerine de Cour de Cassation (Temyiz Mahkemesi) bu iptal kararını onamıştır.¹³³

Bu davalar dışında, daha yakın bir tarihte İtalyan bir şirket ile bir Afrika devletinin Elektrik Bakanlığı arasında husule gelen bir uyuşmazlıkta da Afrika devleti hasım gösterilmiştir. Buna karşılık MTO Tahkim Divanı, davacı İtalyan şirketten, devletin sözleşmenin müzakere, kurulma, ifa ve sonlandırma aşamalarında yer aldığına dair belge istemiştir. Fakat İtalyan şirketi iddiasını tevsik eder bir belge sunamadığından Tahkim Divanı *prima facie* incelemesi neticesinde devletin tahkim sözleşmesine taraf olmadığına kanaat getirmiştir.¹³⁴

Türkiye açısından verilen örnek¹³⁵ dava ise; Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd. ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasındaki ihtilafa ilişkindir. Anlaşma gereği tarafların dava ve icra muafiyetlerinden feragat ettiklerini ancak tüzel kişiliği

¹³² Silva-Romero, **A.g.e.**, s.140 vd.

¹³³ **A.e.**

¹³⁴ **A.e.**, s. 142

¹³⁵ Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul 2008, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 262 vd.

bulunmayan bakanlığın malvarlığı edinemediğinden bahisle Türkiye Cumhuriyeti devletinin sözleşme ve tahkim anlaşmasına taraf kabul edilmesi gerektiği talep edilmiştir. Hakem heyeti, bakanlıkların hukuki kişiliği bulunmadığı ve devlet nam ve hesabına hareket ettiği gerekçeleriyle bu yöndeki iddiaları oyçokluğuyla kabul etmiştir. Ancak kararda yer alan muhalif görüş dikkate değerdir:

“Davacı ve davalı olma ehliyeti bir hakkın sahibi olmaya bağlıdır ve maddi hukukta hak sahibi olabilme ehliyetinin usul hukukundaki karşılığı olduğundan, maddi hukuka ait bir meseledir ve ilgilinin milli hukukuna, olayda Türk hukukuna tabidir. Türk hukukunda Enerji Bakanlığı, 3154 sayılı Kuruluş Kanunu uyarınca, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak üzere hak sahibi olmaya ehildir. Bunun sonucu olarak da kendi adına davacı veya davalı olabileceği yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir.”¹³⁶

Başka bir davada da aynı konular yine tartışma konusu yapılmış ve öncelikle tarafların iradesi aksini göstermedikçe yalnızca tahkim sözleşmesinde imzası bulunanların tahkimde taraf gösterilebileceği ifade edilmiştir. Davanın dayandığı vaka, Sovyetler Birliği’nin çökmesi sonrası kurulan bir devlete bağlı bir kamu teşebbüsünün yabancı şirketler ile yaptığı maden çıkarmaya ve işletmeye yönelik *joint-venture* sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirememesi üzerine bu şirketlerin tahkim yoluna başvurmasıdır¹³⁷. Bu davada öncelikle tahkim sözleşmesi ve esas anlaşma bakımından, mevcut bilgi ve belgelerden devletin tahkim sözleşmesine ya da sözleşmeye yönelik bir irade sahibi olduğu sonucuna varılamamıştır. Ancak daha sonradan getirilen birçok belgeden; devletin, sözleşmenin kurulması ve müzakere aşamasında etkin rol oynadığı ve ayrıca yabancı şirketlerin söz konusu işi üstlenmesi ve ikna edilmesi bakımından birçok konuda garanti verdiği anlaşılmıştır. Bu nedenle tahkim sözleşmesinin devlet aleyhine teşmil edilmesine karar verilmiştir¹³⁸.

¹³⁶ A.e.

¹³⁷ Silva-Romero, A.g.e. s. 138 vd.

¹³⁸ A.e.

Son dönemler itibariyle, MTO Tahkim Divanı'nın, karşı davalar bakımından ise uyuşmazlığın üçüncü kişilere sirayeti ve teşmili konusu bakımından iki şartın bir arada gerçekleşmesini bir zorunluluk olarak aradığı belirtilmektedir. Bu şartlardan ilki; davalının üçüncü bir kişinin davaya dâhil edilmesi yanında başkaca taleplerde de bulunması iken ikinci şart da anılan üçüncü kişinin tahkim talebinin dayanağını teşkil eden tahkim sözleşmesini muhakkak imza, onay ya da tasdik etmiş olmasıdır.¹³⁹ Bunun yeterli olamayacağı; zira devlet onay ya da tasdikinin usuli bir zorunluluk olabileceği de öngörülmektedir.¹⁴⁰

Bu çerçevede, sözleşme teorisi bakımından bir takım kurucu unsur taşıyan ve her halükarda nazara alınması gereken hususların, taraf menfaatlerinin uzlaştırılması amacını taşıyan tahkim yargılamasında konu devlet olunca teşmile meyil tercihinin ağır basması dolayısıyla göz ardı edildiği görülebilmektedir. Halbuki, uluslararası kamu düzeni gibi soyut ve müphem kavramların bu yöndeki eğilimi açıklamak için yetersiz kalacağının gözetilmesi gerekir.¹⁴¹

Bu bakımdan, özellikle tahkim sözleşmesinin devlet biriminden devlete doğru ya da kamu hukuku kişisinden devlete doğru teşmil edildiği durumlar açısından gündeme gelen ya da getirilen idare hukuku kurallarının tartışılması ve açıklığa kavuşturulması uygun olacaktır.

Bu bağlamda ilk akla gelen idare hukuku prensipleri, idarenin bütünlüğü ve idari işlemin yetki unsuru olacaktır.

i. İdarenin Bütünlüğü İlkesi

İdarenin bütünlüğü ilkesi, Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddede idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu açıkça ifade edilmiştir. İdarenin gerek kuruluş gerekse de görevleri yönünden bütünlüğü, hiyerarşi ve idari vesayet olarak belli başlı iki hukuki araç ile gerçekleştirilmektedir.

¹³⁹ A.e.

¹⁴⁰ Esen, A.g.e., s. 276.

¹⁴¹ A.e., s. 262 vd.

Bunlardan hiyerarşi, merkezi idari kuruluşları arasında bütünlüğü sağladığı gibi, aynı tüzel kişi içinde yer alan çeşitli örgüt ve birimler arasında da bütünlüğü sağlamaktadır. İdari vesayet ise, merkezi idari kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşları (öteki kamu tüzel kişilikleri) arasındaki bütünlüğü sağlayan hukuki araçtır. Bununla birlikte idareyi oluşturan her bir örgüt, kanuni idare ilkesi uyarınca ya doğrudan doğruya kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmaktadır. Bu anlamda idarenin bütünlüğü ilkesi tekçi devlet ve kanuni idare ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkilidir¹⁴².

Söz konusu ilkenin tamamen idarenin iç işleyişine yönelik bir prensip getirdiği ve milletlerarası sahada devletlerin iç işleyişlerinin farklılık gösterdiği düşünülecek olursa, bu ilkeden yola çıkarak tahkim sözleşmesine devletin milli hukukunun uygulanması yoluyla tahkim sözleşmesinin kapsamının devlet aleyhine teşmilinin kabulü mümkün değildir.

Kaldı ki, Türk hukuku ve yargılama sistemimiz açısından dahi kamu hukuku kurum ve kuruluşlarının çoğuna tüzel kişilik tanınmış, ayrıca hiyerarşi kapsamında tüzel kişiliği bulunmayan ve doğrudan devlet tüzel kişiliğine bağlı olan bakanlıklara da kuruluş kanunları uyarınca pasif husumet ehliyeti verilmiştir. Bu noktada, aslında tahkim uygulayıcılarının tüzel kişilerin farklılığını ve ehliyet konusunu ayırt edebildikleri ve fakat devlet teşekkül ve başkaca hizmet kurumlarının devlet tarafından kurulması ve yine devlet kontrolünde olması dolayısıyla amaca uygun hareket etmeleri gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴³

Bu doğrultuda, pasif husumet ehliyetinin tahkim yargılaması bakımından yeterli olmadığı zira, verilecek kararın işlev ve icrası sürecinin de gözetilerek, hakem

¹⁴² Gözler, **A.g.e.**, Cilt 1 s.194 vd.; Günday, **A.g.e.**, s. 70 vd.; Özay, **A.g.e.**, s. 152 vd.

¹⁴³ Pierre-Marie Dupuy, “Are State Liable For the Conduct of Their Instrumentalities? Concluding Remarks” in **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, Juris Publishing Inc, Paris 2005, s. 78-79

kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu'nun yalnızca gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanabilirliğine atıf yapılmaktadır.¹⁴⁴

ii. İdari İşlemde Yetki

Yetki konusunda ise öncelikle söylenmesi gereken, her idarenin ancak kanunlarla kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilmesi ile bağlantılı olarak idarelerin ancak kendi alanı içinde ve bu alana yönelik olarak karar alabileceği ve işlem tesis edebileceğidir.

Bunun yanı sıra idarenin yetkisi, Anayasa ve kanunlarda detaylı şekilde belirlenmiştir. Yetki paralelliği ilkesi gereği, bir idari işlem, ancak işlemi yapmaya yetkili makam ya da organ tarafından değiştirilebilir, kaldırabilir ya da geri alınabilir. Yetki kurallarına uyulmamasının sonucu yetki gaspı ya da yetki tecavüzü olması hallerine bağlı olarak işlemin yok hükmünde addedilmesi ya da iptal edilmesidir.

Kural olarak yetki kurallarına aykırılık yargı mercileri tarafından re'sen dikkate alınır. Yetki konusundaki hukuka aykırılık kişi, yer ve zaman yönünden söz konusu olabilmektedir¹⁴⁵.

Yetki konusunda tahkim sözleşmesi akdetmeye yetkili olanın tespiti, eğer klasik görüş doğrultusunda ehliyet dikkate alınacaksa ve bu bakımdan devletin ya da kamu hukuku kişinin milli hukuku uygulanacaksa önem arz etmektedir. Zira, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, idarenin tahkim sözleşmesine taraf olması yönündeki irade ve tasarrufunun kesin ve yürütülebilir bir idari karar/işlem olarak kabulü mümkündür.

Tahkim sözleşmesi yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları ile bu ehliyetin sona erme sebepleri ehliyeti yöneten hukuka tabidir. Özellikle devlet veya devlet kurumu ya da şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri bakımından bu husus

¹⁴⁴ Esen, **A.g.e.**, s. 261 vd.

¹⁴⁵ Günday, **A.g.e.**, s.124 vd.; Özay, **A.g.e.**, 464 vd.

önemlidir. Sözleşmeye taraf devlet, kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkilerinin tanınmamış, kısıtlanmış veya bazı onay ve sair bürokratik işlemlerin ikmaline bağlanmış olması muhtemeldir. Bu gibi durumlarda tenfiz safhasında davayı kaybeden tarafın ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılabilir. Bu tür itirazlar, prensip olarak iyi niyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kurumlarının statülerine istinaden karara bağlanacaktır¹⁴⁶.

iii. Tahkim Yargılamasında Kamu Menfaati ve Araçlar

Politik mülahazalar bir yana, genel anlamda konuya ilişkin yapılan değerlendirmeler açısından hem tahkim yargılamalarında kamu menfaatinin gözetildiğini hem de tahkime yönelik yapılacak değerlendirmelerde yaklaşımların daha iyi düşülmesi gerektiği yönünde birçok açıklama ve araştırma ortaya konulmuştur.

Bu bakımdan özellikle kamu menfaati ve Devletin egemenliği, dava ve icra muafiyeti kapsamında yapılacak değerlendirmelerde, Devlet ve İdare ayrımının yapılması gerektiği ve idari sözleşmelere uygulanacak hukuk anlayışı bakımından bu ayrımın bir dönüm noktası olacağı düşünülmektedir. Zira bağımsız bir devletin bir özel kişiyle olan ilişkisindeki bağlılığın kapsamını tayin etmek için, “*bağımsız devletin*”, teşkilatının ya da mahalli idari sözleşmelerinin olağan tarafı olan devlet idaresinden farklı bir varlık anlamına geldiği ifade edilmektedir.¹⁴⁷

Asıl olarak adli mahkemelerinin ya da hakem heyetlerinin görevleri arasında kamu menfaatinin temininin yer almadığı bilinmektedir.¹⁴⁸ Tahkim uygulayıcılarına

¹⁴⁶ Şanlı, A.g.e., s. 413 vd.

¹⁴⁷ Silva-Romero, A.g.e. s.145 vd. (P. Mayer’e atıfla) “hakiki “devletin taraf olduğu sözleşme” kavramı, sözleşmesel ilişkiye devletin hukukun tatbikini dışlar. Özel hukuk veya kamu hukuku sınıflandırması bakımından bu aslında hiçbir sorun teşkil etmez. Devletin mevcudiyeti, özel hukuk kapsamında sınıflandırma yapma olanağını ortadan kaldırmakta ve kamu hukuku kapsamındaki sınıflandırma ise devlet için dahili bir ilişki gerektirmektedir. Bağımsız devlet, bir ilişkideki süjelerden biri olduğunda, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrımı atfen, idare kavramı söz konusu değildir; böyle bir durum geleneksel ayrımların yer almadığı veya aynı anlamı taşımadığı bir başka alana milletlerarası sahaya aittir.”

¹⁴⁸ Esen, A.g.e., s. 276.

göre, devletin hakem heyetinin teşkilinde, hakem sayısının belirlenmesinde, devlet tarafından bağımsız hakem/hakemler atanabilmesinde, hakemini atamayan devlet için devlet menfaatleri göz önünde bulundurularak hakem atanması dolayısıyla her halükarda özellikle devletin taraf olduğu uyuşmazlıkların muhteviyatında yer alan kamu menfaatinin tahkim eliyle de korunmaya çalışıldığı ifade edilmektedir. Devletin hakem seçmemesi halinde, tamamlayıcı tahkim kuralları uyarınca hakem ataması söz konusu olmakta; fakat bu aşamada hiçbir şekilde devlet tarafının menfaati göz ardı edilmediği hatta kurallar biraz daha geniş yorumlanarak esnek davranıldığı da belirtilmektedir.¹⁴⁹

Bu aşamada, özellikle kamu menfaatinin gözetilmesine yönelik olarak sözleşmelerin içerik ve mahiyetlerinin değerlendirilmesi bakımından yapılan yargılamada taraf ülke geçerli olan doğrudan uygulanabilir nitelikte özellikle kamu yararına hizmet eden bir takım kural ve ilkelerin de göz önünde bulundurulmasında yarar vardır. Zira idarenin yargısal yönden denetimi temelde bireylerin korunmasına yönelik ihdas edilmiş olup, bu yönde benimsenen kuralların milletlerarası ticaretin ekonomik boyutu karşısında göz ardı edilmesi kabul edilemez.

İleride gündeme gelebilecek bir sorun olarak açıklanması gereken bir husus da; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim eliyle çözülmesi durumunda hakem kararlarının ülkede tenfiz edilip edilemeyeceğidir. Anayasa'nın 90. maddesi gereği kanun hükmünde addedilen New York Anlaşması bakımından Türkiye'nin, Anlaşmanın 1/3. maddesine göre milli hukuku bağlamında yalnızca “ticari” uyuşmazlıklarla ilgili verilen hakem kararlarının tenfizine uygulanacağı yönünde çekincesi mevcut bulunmaktadır.

Bu bakımdan konu itibarıyla New York Anlaşması'nın uygulama alanını, Türk Hukuku'ndaki “ticari iş” kavramı belirleyecektir. Türk Hukukunda “ticari iş”in tanımı Türk Ticaret Kanunu'nun 3. ve 21. maddelerine göre belirlenecektir. Türk Hukukunda ticari işlerin tanımı oldukça geniş tutulmuş olduğundan, Anlaşma'nın

¹⁴⁹ Silva-Romero, A.g.e. s. 140 vd.

uygulama alanının önemli ölçüde sınırlanacağı söylenemeyecektir¹⁵⁰. Bu bakımdan içeriği ve mahiyeti ne olursa olsun özel hukuka tabi kılınmış kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ticari iş kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmelidir. Zira, Türk Ticaret Kanunu’nun 18. maddesi doğrultusunda, “devlet, vilâyet, belediye gibi âmme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler”in tacir sayılacağı açıktır. Bununla birlikte, bahsi geçen 18. maddenin ikinci fıkrasında ise “Devlet, vilâyet ve belediye gibi âmme hükmi şahısları ile umumi menfaate hadim cemiyetler, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister âmme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmi şahıs eliyle işletsinler kendileri tacir sayılama”yacakları ifade edilmiştir¹⁵¹.

Bunun yanı sıra, hem tahkim yargılamasında devletin taraf olmasının hem de devlete karşı bu hakem kararlarının tenfizinin istenebilecek ve tenfizine karar verilebilecek nitelikte olması dolayısıyla devletin dava ve icra muafiyeti muafiyetinin ayrıca değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

e. Devletin Dava ve İcra Muafiyeti

Devletin ülkesi üzerindeki yargı yetkisine, milletlerarası teamül hukukunun koymuş olduğu bir sınırlama, devletlere tanınan yargı muafiyetidir. Devletlerin yargı muafiyeti, yani bir devletin diğer bir devletin mahkemelerinde yargılanamayacağı prensibi devletlerin eşitliğine dayandırılmış bir prensip olmakla birlikte sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Bu nedenle devlet aleyhine ikame edilen davalarda bir hâkimiyet tasarrufunun mu yoksa özel hukuka ait bir faaliyetin mi bulunduğu tespitinin yapılması gerekir. Bu tespiti yapacak olan başvuru mahkemesidir¹⁵².

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu’nun 49. maddesinde modern gelişmeye ve mülga MÖHUK’daki düzenlemeye bağlı kalınarak

¹⁵⁰ Şanlı, **A.g.e.**, s. 287 vd.

¹⁵¹ 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 9.07.1956 gün 9353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁵² Nomer, Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2010, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 406 vd.

bu muafiyetinin sınırı açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda, “Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz” ve “Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir” şeklinde hüküm sevk edilmiştir.¹⁵³

Devletin hâkimiyet tasarruflarında dahi yargı muafiyetinden feragat edebileceği kabul edilmektedir. Yabancı devletler, yargı muafiyetine sahip olunan hâkimiyet tasarruflarında, ancak davalı yabancı devletin yargı muafiyetine istinaden itiraz etmemesi şartı ile yargı yolunu açabilmektedir. Tahkim anlaşması yapmış bir devlet de, tahkim davasında yargı muafiyetinden feragat etmiş kabul edilmekte ve bu devletin artık hakem mahkemesi önünde yargı muafiyetini ileri sürmesi kabul edilmemektedir¹⁵⁴.

Genel olarak uluslararası hukukta devletin yargı ve icra muafiyeti birbirinden farklı değerlendirilmektedir. Özellikle devletlerin icra muafiyetlerinin kapsam ve uygulaması bakımından milli hukukların yaklaşımları birbirinden farklı içerik ve kapsamda olabilmektedir.

Diğer bir ifade ile bu konuda, Uluslararası Hukuk bağlamında teşekkül etmiş bir “*teamül*” kuralından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Ülkemizde de İcra İflas Kanunu’nun 82/1. maddesi uyarınca devlet mallarının haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Devlete karşı icra takibi yapılabilse bile; devlet malları haczedilemeyecektir. Devletin borçlarını rızaen ödeyeceği farz olunmuştur. Kanun hükmünden anlaşılması gerekenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti olduğu düşünülmektedir¹⁵⁵. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁵⁶.

Özellikle tahkim yargılamalarında verilen kararların uygulanması bakımından dünyadaki örnekler önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, Fransız Yüksek Mahkemesi

¹⁵³ 12.12.2007 gün ve 26728 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁵⁴ Nomer, Şanlı. **A.g.e.** s. 406 vd.

¹⁵⁵ Şanlı, **A.g.e.** s. 427 vd..

¹⁵⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 11.06.1993 tarih, 1993/12512 E. 1993/10561 K., **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Société Creighton v. Ministère des Fiances de L'Etat du Quatar davasında verdiği 6 Temmuz 2000 tarihli kararında aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

“yabancı devletlerin yargı muafiyetini düzenleyen milletlerarası hukuk prensiplerinin ve MTO tahkim kurallarının 24. maddesinin -(1998 tarihli kurallardaki muadili m.28/VI¹⁵⁷)-, hacizlerin kaldırılmasını emreden ve ilgili devletin icra muafiyetinden feragat ettiğinin tespit edilmediğini ve tahkim klotunun kabulünün yargı muafiyetinden farklı olan bu muafiyetten feragat edildiği anlamına gelmeyeceğini belirtilen bu kararla ihlal edildiğini, halbuki hakem kararını MTO tahkim kuralları m. 24’e göre icra etmek üzere tahkim anlaşması imzalayan devletin taahhüdünün, icra muafiyetinden feragat ettiğini ortaya koy(maktadır)”¹⁵⁸

Tahkim kurallarının, asıl sözleşmeye dâhil edilmekle o sözleşmenin doğasını paylaşmakta olduğu ve benzer biçimde bağlayıcı addedilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Böylece tahkim kurallarına yapılan atıflar da taraf iradesinin bir görünümü ve sonucu olarak değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, tahkim kuralları hükümlerinin hukuk kuralı statüsüne yükseltildiği dahi düşünülmektedir.

Bu bakımdan, *pacta sunt servanda* prensibinin, hem icra muafiyetinden feragatin kaynağını hem de bu feragatin sınırlarını teşkil ettiği anlamına geldiği düşünülmektedir. Bununla birlikte, devletin icra ve dava muafiyetine ilişkin olarak tahkim kurallarına atıf yapılmasının önem arz ettiği; zira bu kurallar dairesinde devletin muafiyetten feragat ettiği yönünde değerlendirme yapılabileceği düşünülmektedir.¹⁵⁹ Zira tahkim anlaşması yapılması doğrudan devletin bu yöndeki itiraz hak ve muafiyetlerinde feragat etmiş olduğu sonucunu doğurmamaktadır.

¹⁵⁷ 1998 tarihli Tahkim Kuralları md. 28/VI: “Her karar tarafları için bağlayıcıdır. İhtilafı, bu kurallar altında tahkime sunmakla taraflar verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna feragat etmiş sayılacaklardır.”, Şanlı, **A.g.e.**, s. 521

¹⁵⁸ Silva-Romero, **A.g.e.** s. 131; Emmanuel Gaillard, “Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities-Three Incompatible Principles” in **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, Juris Publishing Inc, Paris 2005, s. 186-187; Silva-Romero, **A.g.e.** s. 131

¹⁵⁹ Silva-Romero, **A.g.e.** s. 131

Bu doğrultuda, özel şirketlerin kamu hukuku kişisi aleyhine yabancı hakem kararının tenfizi çerçevesinde haciz isteyebileceği düşünülse bile hangi kamu mallarının hacze kabil olduğunu da ayrıca tartışmak gerekir. Keza, Paris Temyiz Mahkemesi de, *Creighton* kararında benimsenen icra muafiyetinden feragat anlayışının, sadece devlete ve devlet birimine ait olup *kamu hizmetine tahsis edilmemiş malvarlığına* yönelik uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁶⁰. Bu bakımdan haciz aşamasında kamu mallarının kamu hizmetine tahsis edilmiş olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Ancak bilindiği üzere, kamu mallarının çok önemli bir kısmı, az ya da çok kamu hizmeti faaliyetine tahsis edilmiştir¹⁶¹.

4. Sulh

Uyuşmazlıkların çözümünde sıkça başvurulanan bir çözüm yolu da sulhtur. Sulh kurumu “bir maddi hukuk işlemi olup karşılıklı icap ve kabul ile oluşan” bir anlaşma olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan aslında bir özel hukuk müessesesi olan sulh sözleşmesinin yapılabilmesi yine tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri dava ve uyuşmazlıklarda mümkündür.¹⁶² Bu açıdan gerek uyuşmazlık yargılama aşamasına taşınmadan önce gerekse de yargılama sırasında verilen hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada sulh yöntemine başvurulabilmesi gerekir. Ancak önem arz eden husus, tarafların serbestçe kararlaştırabilecekleri konularda etki doğurabilecek şekilde sulh yoluna müracaat edebilmeleridir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin büyük mali değerler oluşturması ve konusunun oldukça büyük önem taşıması yanında çoğu kez gecikme ve aksamaların daha büyük zararlara sebebiyet verecek olması gerçeği karşısında sulh yönetiminin bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde benimsenmesi ve sıkça başvurulması gayet olağandır.

¹⁶⁰ A.e., s. 133

¹⁶¹ Silva-Romero, A.g.e. s. 133

¹⁶² Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 2.06.2010 tarih ve 2010/5944 E., 2010/6502 K. sayılı ilamı, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

Ne var ki, sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin sulh yönünden denetimden ari bir şekilde hareket etmesi ve sınırsız bir takdir yetkisine sahip olması düşünülemez. Her eylem ve işleminde olduğu gibi, idarenin bir takım kural ve uygulamalar dairesinde hareket ederek hukuka ve usule uygun şekilde çözüme gitmesi gerekecektir. Bu bakımdan idarece sulhe yönelik yeni bir işlem tesis edileceğinin ve bu işlem dolayısıyla menfaatleri ihlal edilenlerin de bu işleme karşı yargısal korunma talep edebileceklerinin unutulmaması gerekir.

Bu çerçevede, sulh yoluna başvuru bakımından genel usul ve esasların 8.01.1943 tarih ve 4353 sayılı “*Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin Ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine Ve Merkez Ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişikliklerin Yapılmasına Dair Kanun*”¹⁶³ kapsamında düzenlendiği görülmektedir. Kanun, hem dava ve icra aşamasında bulunan hem de henüz dava ve icraya başvurulmamış olan uyuşmazlıklar yönünden sulh yolunu düzenlemiş bulunmaktadır.

Kanun’un “*Davaya Veya İcraya İntikal Etmiş Olan İhtilafların Sulh Yoluyla Halli*” başlığını taşıyan 30. maddesinde¹⁶⁴ genel bütçeli idarelerin mahkemelere, hakeme ya da icraya intikal eden uyuşmazlıklarında, sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümünde menfaat bulunması halinde Muhakemat Umum Müdürünün teklifi üzerine bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinine ilişkin olarak anlaşma yapmaya Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır. Bununla birlikte Maliye Bakanının yetkisi de miktar yönünden sınırlandırılmış olup, bu sınır halihazırda 2.000.000 TL olarak belirlenmiş bulunmaktadır.¹⁶⁵ Bu sınırı aşan tutardaki sulh anlaşmaları

¹⁶³ 18.01.1943 tarih ve 5307 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁶⁴ “MADDE 30 - Umumi muvazene içindeki daireleri alâkalandıran ve mahkemelere, hakeme veya icraya intikal etmiş olan işlerin sulh yoluyla halinde menfaat görüldüğü takdirde Muhakemat Umum Müdürünün teklifi üzerine 50.000.0000 liraya kadar (50.000.000 lira dahil) bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinin tazammum eden anlaşmalar yapmağa Maliye Vekili salâhiyetlidir. Bu miktarı geçen anlaşmalar Devlet Şûrasının muvafık mütalâasıyla ve alınacak kararname ile yapılır.”, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁶⁵ Madde 30 da 50.000.000 TL olarak belirlenen parasal sınır, 28.12.2007 tarih ve 26740 sayılı 1. mükerrer R.G.'de yayımlanan, 14.12.2007 tarih ve 5724 sayılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun (İ) cetveli ile 2.000.000. - YTL olarak tesbit edilmiştir, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

yönünden ayrıca Danıştay'ın olumlu görüşüne istinaden Maliye Bakanlığınca kararname çıkarılması gerekecektir.

Aynı Kanun'un “*Davaya Veya İcraya İntikal Etmemiş Olan İhtilafların Sulh Yoluyla Halli*” başlıklı 31. maddesinde¹⁶⁶ yine genel bütçeli idareler ile kurum, kuruluş, teşekkül ile gerçek ve tüzel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar henüz adli makamlara, icraya ya da hakeme intikal etmeden önce menfaat görülmesi halinde Başhukuk Müşavirinin görüşüne istinaden bakanlar tarafından bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinine ilişkin anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleri yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak bu hallere ilişkin olarak da miktar sınırlaması getirilmiş olup halihazırda bu sınır 1.000.000 TL¹⁶⁷ olarak belirlenmiştir. Sınırı aşan miktarlar bakımından, yine Danıştay'ın olumlu görüşüne istinaden Maliye Bakanlığınca kararname çıkarılması gerekmektedir.

Danıştay'ın sözleşmenin sulhen tasfiyesine yönelik olarak müspet görüşünü en çok bakanlıklarca gerekçeli olarak yapılan ve ilgili idareyi tatmin eden sebepler üzerine vermekte olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Sulh yönünde tesis edilecek işlem bakımından parasal sınırlar dairesinde belirlenen usul yönünden yapılacak değerlendirmede, özellikle dostane çözüm yolu ile neticelendirmek istenen AIHM

¹⁶⁶ MADDE 31 - Bir mukavele mevcut olsun olmasın umumi muavezene dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya hakikî ve hükmi şahıslar arasında çıkan ve henüz kaza mercilerine, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki ihtilafların sulh yoluyla halinde menfaat görüldüğü takdirde Başhukuk Müşavirinin mütalâasına istinaden 50.000.000 liraya kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinini tazammun eden anlaşmalar veya mukavele tadilleri yapmağa vekâletler salâhiyetlidir.

Bu miktarı geçen anlaşmalarla mukavele tadilleri, Devlet Şurasının mütalâasına istinaden Maliye Vekâletince alınacak kararname ile yapılır.

Başhukuk Maşavirliğinin veya Devlet Şurasının mütalâalarına muhalif olarak anlaşmalar veya mukavele tadilleri yapılabilmesi İcra Vekilleri Heyetinden karar alınmasına bağlıdır.

Bir mukavelelerin tatbikından karşılıklı olarak vazgeçmek ve akdi feshetmek anlaşma hükmündedir.

Bu gibi hallerde tatbikından vazgeçilen mukavele teminatının miktarına göre mütalâası alınacak merci tayin ve bu madde hükümleri dairesinde hareket olunur.

Mukavelelerde yazılı sebeplerle müddetlerin uzatılması ve mukavelede tasrih olunan mücbir sebeplerden takdiri âkîd vekâletler ve dairelere aittir. Mukavele dışında kalan mücbir sebeplerle mukavelelerde yapılacak tadillere veya müddetlerin uzatılmasına veya mukavelelerin karşılıklı olarak tasfiyesine mütâallik hususlarda 1, 2 ve 3 üncü fıkralar hükümleri tatbik olunur.

¹⁶⁷ Madde 31 de yer alan 50.000.000 TL tutarındaki parasal sınır, 28.12.2007 tarih ve 26740 sayılı 1. mükerrer R.G.'de yayımlanan, 14.12.2007 tarih ve 5724 sayılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun (İ) cetveli ile 1.000.000. - YTL olarak tesbit edilmiştir., **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁶⁸ Ünsal, A.g.e., s. 130 vd.

nezdindeki uyuşmazlıklarda, Dış İşleri Bakanlığı'nın yetki ve usul unsuru yönünden ihlallerinin Danıştay tarafından göz ardı edilebildiği görülmektedir. Bakanlıkça taahhüt edilen meblağlar sonrasında AIHM'e olumlu görüş bildirilmiştir. Bu yöndeki karar ve uygulama muhalefet şerhine konu olmuştur.¹⁶⁹ Gerçekten de sulhe yönelik gösterilen iradeyi ortaya koyan işlem yönünden yetki ve usulün kanun ile belirlenmiş olmasına karşın, bu hususlara riayetsizlik edilmesi üzerinde Danıştayca durulmaması dolayısıyla kanunda belirtilen kurallara uyulmamasının sakatlık addedilmediği ve konuya ilişkin esnek davranıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay'ın, konunun insan hakları ve devletin prestiji yönünden önem arz ettiğinden bu hususu göz ardı etmiş olması da düşünülebilecek olup, aslında yetki unsurundaki sakatlıkların açık hukuk aykırılık teşkil ettiği bilinmektedir.

Konuya ilişkin olarak Başhukuk Müşavirlikleri ve Danıştay tarafından olumlu görüş verilmemesi hallerinde Bakanlar Kurulu'nun bu görüşler aksine sulh sözleşmesi yapması ise her halükarda mümkündür.

Yine Kanun kapsamında, sözleşmenin uygulanmasından karşılıklı olarak vazgeçmek ve akdi feshetmek anlaşma hükmünde kabul edilmiş ve sözleşmelerin akdedilmesi açısından alınan teminatların akıbetinin de ilgili sınırlar dahilinde

¹⁶⁹ Danıştay 1. Daire'nin 1.10.2002 tarih ve 2002/147 E., 2002/144 K. sayılı Kararı, Muhalefet şerhinde olayın perde arkası daha açık ortaya konulmuştur: "...4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde öngörülen anlaşmazlıkların sulhen halli konusundaki yetki, bütçe kanunları ile belirlenen sınırlar içinde Maliye Bakanlığına ait olup, bu miktarı geçen sulh anlaşmalarının ise Danıştayın olumlu görüşü ve kararnameyle yapılabileceği açıktır.

Bu durumda, 4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde belirtilen yetkili mercilerin kararı veya olumlu görüşü ve kararname alınmadan AIHM sekreteryası nezdinde TC Devleti adına bir taahhütte veya ödeme teklifinde bulunmak mümkün değildir. Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün 4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde öngörülen yetkili mercilerden karar istihlal etmeden Dışişleri Bakanlığından gereğinin bu yolda yerine getirilmesini istemesi ve bunu takiben sözü edilen madde uyarınca gerekli değerlendirmenin yapılabileceğini bildirmesinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

...Bir kanun hükmünün öngördüğü prosedürün önceden yerine getirilmesi yerine, işlemler tamamlanıp hukuki sonuçlar yaratan fiili durumlardan sonra bu prosedürün yerine getirilmeye çalışılmasının prensip olarak uygun görülmesi, hukuk kurallarıyla sağlanmak istenen güveni, kamu düzenini ve hukuka saygıyı zayıflatır ve hatta ortadan kaldırır." Usulün taahhüt verilmesinden sonra işletildiği gösterir nitelikteki benzer kararlar için bkz. Danıştay 1. Daire'nin 5.11.2001 tarih ve 2001/148 E., 2001/158 K. ve 12.2.2002 tarih ve 2002/94 E., 2002/106 K. sayılı kararları, **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**

değerlendirilmesi ve bu teminat miktarlarının da sulh sözleşmesinin parasal değerinde dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür.

Bunun yanı sıra, idarenin davacı ve alacaklı olduğu konuların takibinin yapılmaması ya da sonuçsuz bırakılması da Kanun'un 28. maddesi ile 29. maddelerinde düzenlenmiş olup, yine belirlenen ve halihazırda 2.000.000 TL tutarında bulunan parasal sınır içerisinde bir hak veya menfaatin terkinine ilişkin olarak, maddi veya hukuki sebeplerle takip edilmesinde veya yüksek dereceli mahkeme ve mercilerde tetkik olunmasını istememek yetkisi Muhakemat Umum Müdürünün teklifi üzerine Maliye Bakanı'na bırakılmıştır. Sınırın üzerindeki vazgeçme işlemleri bakımından ise Danıştay'ın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca kararname alınması gerekecektir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde genellikle bakanlıkların taraf olduğu görülmekle birlikte teşkilat dahilinde yer alan özel bütçeli idarelerin de bu konuda yetki sahibi olması yanı sıra 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca Belediyelere verilen bir takım yetkiler yönünden Belediyelerin de imtiyaz vermesi söz konusu olabilecektir. 4393 sayılı Kanun'un yalnızca genel bütçeli idarelerin sulh yoluna başvurularında izlenmesi gereken usul ve esasları düzenlediği görülmekle genel bütçeli idareler dışında kalan idareler yönünden usul ve yetkinin ayrıca araştırılması gerekmektedir.

10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu¹⁷⁰ uyarınca; genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir. Bununla birlikte, eski ifadesi katma bütçe olan¹⁷¹ özel bütçe ise bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve Kanuna ekli

¹⁷⁰ 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası**

¹⁷¹ Şirin Yaşar, "Taşıt Mevzuatın Genel Bir Bakış", **Bütçe Dünyası**, Cilt 3, Sayı 31, Kış 2009, s. 13 vd.: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Strateji Geliştirme Daire Başkanı yazar, "5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun yürürlüğe girmesi ile katma bütçe ifadesi özel bütçe olarak ifade edilmiştir." Şeklinde açıklamaya yer vermiştir.

(II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesi olarak ifade edilmektedir. Yine aynı Kanun, mahallî idare bütçesini de tanımlamış ve bu bütçeyi de mahallî idare kapsamındaki kamu idarelerinin bütçesi olarak ifade etmiştir.

Bu çerçevede, özel (katma) ve mahalli bütçeye sahip kamu tüzel kişiliklerin sulh yoluyla uyuşmazlıkları çözme yoluna müracaat etmesi halinde, başvuracakları usul ve esaslar, 4393 sayılı Kanun'da yer alan kurallara benzer nitelik göstermekle birlikte kendi mevzuatlarında ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

Örneğin, 25.06.2010 tarih ve 6001 sayılı “*Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*”un¹⁷² 26. maddesinde “sulh çözüm yetkisi” başlığı altında bu husus düzenlenmiş ve 1.000.000 TL tutarına kadar Genel Müdür, 1.000.001 TL tutarından 10.000.000 TL tutarında kadar Genel Müdür teklifi üzerine Ulaştırma Bakanı ve üzerindeki tutarlar için Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Benzer şekilde ve aynı sınırlar geçerli olmak üzere, 18.12.1953 tarih ve 6200 sayılı “*Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat Ve Vazifeleri Hakkında Kanun*” un¹⁷³ 35. maddesi ile de parasal sınırlara göre sırasıyla Genel Müdür, Genel Müdür teklifiyle Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve nihayet yine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Son örnek olarak, 31.10.1985 tarih ve 3234 sayılı “*Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*”un¹⁷⁴ “*Anlaşmazlıkların Halli*” başlıklı 36. maddesinde 30.000 TL tutarına kadar Orman Müdürü, bu tutardan 150.000 TL'ye kadar Orman Bölge Müdürü, 150.000 TL ila 1.200.000 TL tutarları arası Genel Müdür, 1.200.000 TL ile 5.500.000 TL arası Çevre ve Orman Bakanı, bu tutar üzerindeki değerler için Danıştay'ın görüşü alınarak müşterek karar verilmek suretiyle sulh yoluna müracaat edilebileceği düzenlenmiştir.

Mahalli idareler bakımından değerlendirme yapılacak olur ise; halihazırda 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca belediyelere imtiyaz yetkisi

¹⁷² 13.07.2010 gün ve 27640 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹⁷³ 25.12.1953 gün ve 8592 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

¹⁷⁴ 8.11.1985 gün ve 18922 sayılı Resmi Gazete, **Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası**

tanınmış olup, aynı Kanun'un 18. maddesinin ilk fıkrasının (h) bendi ile "Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek" yetkisi Belediye Meclisine tanınmıştır.

SONUÇ

Sözleşme ile özel hukuk kişinin kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmesi ya da doğrudan kamu hizmetine katılımının sağlanması halleri yanında, sözleşme ile idareye özel hukuku aşan tek taraflı değişiklik yapma ve icrai hareket hak ve yetkilerinin tanınmasının idari sözleşmelerin vasıflandırılmasında ayırt edici olduğu genel olarak kabul edilmiştir.

Ne var ki; bugün, kamu hizmetlerinin kanunla yapılacak belirlemelere istinaden özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi imkanı mevcut olduğundan “kamu hizmetine iştirak ya da doğrudan ifa” şeklinde tanımlanabilecek kriterin uygulama alanının daraldığı görülmektedir. Sözleşme kapsamında bir tarafa üstünlük ya da ayrıcalıklar tanınması ise sözleşmenin kamu düzenine, ahlaka ve hukuka aykırı olmadığı sürece, özel hukuk hükümleri kapsamında da sağlanabilir. Bu nedenle, kanuni nitelendirmelerin yarattığı zorluk yanı sıra mevcut ölçütlerin de yetersiz kaldığı ve işlevsizleştiği gözlemlenmektedir.

Bu bakımdan, kural olarak özel bir kanuni nitelendirme bulunmadığı alanlarda özel hukuk kişilerine kamu hizmetinin doğrudan gördürülmesi veya doğrudan özel hukuk kişilerinin bu hizmetlere katılması hallerinde idarenin bu konulara ilişkin hukuk seçiminde bir takdir hakkı bulunmadığı nazara alınarak, bu yöndeki iki ya da çok taraflı muamelelerin idari sözleşme olarak addedilmesi yerinde olacaktır.

Diğer yandan kanun ile nitelendirmeye rağmen, Anayasa’nın özellikle bir takım hizmetlere yönelik öncelikli önem atfettiği ve hatta devlet adına bir takım taahhütler sevk ettiği gözetilerek bu hizmetlerin de özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağı ve bu bakımdan yasama yetkisinin de sınırlandırılmış olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira milli savunma, sağlık eğitim ve benzeri hizmetlerin birey çıkar ve iradelerinin hakim olduğu özel hukuk kapsamında mütalaa edilmesi kabul edilebilir değildir. Milli savunmanın devletin

bağımsızlığına, eğitim ve sağlığın ise sosyal devlet ilkesine ilişkin olduğu her halükarda göz önünde bulundurulmalıdır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin; uzun bir dönemin siyasi, iktisadi ve hukuki tartışma konularının başında geldiği ve arz ettiği hassasiyet dolayısıyla tali kurucu iktidarı Anayasal düzeyde değişikliğe yönelttiği görülmektedir. Bu değişikliklerin, bu sözleşmelerin doğasına uygun olmadığı ve konuya ilişkin hukuksal birikimi göz ardı ettiği, hatta Anayasa Mahkemesi kararlarını dolanmak amacıyla yapılmış olduğu ise tartışmasızdır.

Sonuç ise, halihazırda geleneksel teoriyi yansıtan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin mevcudiyeti yanı sıra özel hukuka tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ve ayrıca bir de tahkimli imtiyaz sözleşmelerinin varlığı olmuştur. Bu da kavramsal bir karmaşanın doğmasına ve uyuşmazlıkların çözümünde uyulacak olan usul ve esasların belirsiz bir nitelik arz etmesine sebebiyet vermiştir. Zira benzer ve hatta aynı konularda idari yargının, adli yargının ve hakemlerin görevli olduğu uyuşmazlıklarla karşılaşmak artık mümkündür.

Her şeyden öte kamu hizmetinin süreklilik ve değişkenlik ilkeleri ışığında konunun tespiti ile toplumun genel gereklilik ve ihtiyaçlarını gözeten, kamu yararının üstünlüğünü tesis etmeyi hedefleyen bir yargılamamanın kural olarak benimsenmesi gerekirken; bugün, bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümünde taraf iradelerinin önemi ve ticari muamelelere saygı gibi ilkelerin öncelik taşıdığı görülmektedir.

Bu bakımdan, özellikle ticari çevrelerce güven odağı olarak görülen tahkim yargılamalarının toplumlar nezdinde güvensizlik doğurduğu ve nihayetinde bireylere idare karşısında koruma sağlayan idari yargının bu yönden işlevsizleştiği anlaşılmaktadır. Bu işlevsizlik öyle bir düzeydedir ki, idari yargı denetim ve incelemesinden alınan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların hiçbir derece ve aşamada idari yargı önüne gelemeyeceği şekilde düzenlemeler sevk edilmektedir.

Buna karşılık, idari yargının varlık amacı doğrultusunda, sözleşmenin akdedilmesi öncesindeki süreçte tesis edilen idari tasarrufların ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki tasarrufların her halükarda herkes için idari yargı nezdinde görüm ve çözüme kavuşturulabileceği ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, üçüncü kişilerin özel hukuka tabi kılınmış sözleşmenin iptalini dahi isteyebilecekleri de hukukumuzda kabul edilmiştir. Sözleşme taraflarının ise kararlaştırdıkları hukuka tabi olmaları ve öngördükleri tahkim yoluna müracaat etmeleri gerektiği sonucuna varılması gerekir. Bu bakımdan da idari yargının ve idare hukuk öğretisinin anlayışı aksine tarafların hukukunun yalnızca subjektif nitelikli mali hükümlere indirgenemediği, bunun özel hukuk ve tahkim yargılamalarında kabul görmediği anlaşılmaktadır.

Bu noktada, özellikle özel hukuka tabi olan ve taraflarının çıkarlarının uzlaştırılmasına hizmet ettiği ifade edilen tahkim yoluyla yapılan yargılamalarda kamu gücü, kamu yararı ve kamu hizmeti gibi kavramların göz ardı edilmesi aslında sözleşmenin doğası gereği doğan uyuşmazlığın maddi anlamda adil bir çözüme kavuşturulmasına engel teşkil etmektedir.

Dahası, devletlerin emredici kurallarının ve genel hukuk ilkelerinin milletlerarası hukukun temel ilkeleri gerekçe gösterilerek dikkate alınmaması daha da büyük sorunlara neden olmaktadır. Bu çerçevede verilen hakem kararlarının yine ulusal yargı makamlarınca iptale mahkum edilmesi ya da tenfizlerine imkan tanınmaması da bu konudaki eleştirilerin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

Sözleşmenin doğası ve içeriği ne olursa olsun, tahkim kurumunun kurum ve kavramlarına itibar edilmesi gerektiği de elbette düşünülebilir. Ancak hakem ve milletlerarası ticaret uygulayıcılarının, kamu hukuku kavram ve ilkeleri ile devletlerin emredici nitelikteki kuralları ve kamu yararının üstünlüğüne saygı göstermesinin de bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan; idarenin öncelikle kamu hizmetinin güncel durumunu gözeterek ve değişkenlik özelliğinin farklı hukuki rejimlere de açıklığı beraberinde getirebileceği düşünülerek, mevcut gerekliler karşısında yine kamu yararı doğrultusunda bir yol benimsenmesi ve idarenin bu doğrultuda sözleşmeler akdetmesi en uygun olanıdır.

Bu çerçevede, kamu hizmetine hakim olan ilkelerin gözetilmesi suretiyle yeni bir Anayasa değişikliği yapılarak yaratılan hukuki karmaşanın giderilmesinde yarar vardır. Bu bakımdan, hukuki rejim ile buna bağlı çözüm yolların kural olarak belirli olmasının sağlanması yanı sıra belirli çözüm yolları dışında kalan istisnai yolların da yalnızca alternatif usuller olduğunun anlaşılmasına hizmet eden, hukuki birikim ve uygulamanın gereklerini yansıtan düzenlemelerin sevk edilmesi bir gerekliliktir.

KAYNAKÇA

- Akın, Ümit: “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”; **DD**, Yıl:30, 2000, Sayı:102,
- Akyılmaz, Bahtiyar: **Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu**, Profesörlük Çalışması, Konya 2004, (Yayımlanmamıştır)
- Ayanoğlu, Taner: “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, **İÜHFM**, Cilt: LXV, Sy:1, 2007,
- Baytan, İlhan **Özelleştirme**, Ankara, 1999, Arkadaş Yayınları
- Buz, Vedat: **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**,
- Çal, Sedat: Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, Sy. 2010/3,
- Çal, Sedat: **Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Çerçevesindeki Değişimi ve Dönüşümü**; Doktora Tezi; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Ankara 2007
- Çavuşoğlu, Ahmet Erdinç: **Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim**, Doktora Tezi, İstanbul 2007, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü,
- Çelikel, Aysel: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2007, Beta Basım Yayın Dağıtım,
- Çimen, Yılmaz: **Danıştay’ın Danışma İşlevi**, Danıştay 2004 yılı İdari Yargı Günü Sempozyumu, 136 Yıl, 11 Mayıs 2004, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:71,

- Davies, Anne (A C L): **The Public Law of Government Contracts**, 2008 New York, Oxford University Press,
- Dost, Süleyman: **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi**, 1. Baskı, Isparta 2006, Asli Yayın Dağıtım
- Dupuy, Pierre-Marie: “Are State Liable For the Conduct of Their Instrumentalities? Concluding Remarks” in **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, Juris Publishing Inc, Paris 2005
- Emek, Uğur: **Ek ve Değişiklikler ile Yap-İşlet-Devret ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT, Kasım 2002
- Emek, Uğur: İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, **Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- Erkut, Celal: **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara 1990, Danıştay Matbaası, s.128
- Eryılmaz, Bilal: “Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler”, **TİD**, Y.61, S.382, s.41 vd.”
- Esen, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul 2008, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Flogaëtis, Spyridon **Les Contrats Administratif**, European Public Law Series, Nisan 2008 London , Esperia Publications Ltd., s.35 vd.
- Gaillard, Emmanuel: Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities-Three Incompatible Principles” in **State Entities in International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, Juris Publishing Inc, Paris 2005
- Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Tayfun Akgüner: **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006.,
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt I-II, Bursa, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, 2009

- Gözler, Kemal: **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa 2005, Ekin Kitabevi
- Gözübüyük A.Şeref, Tan Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt 1-2, Ağustos 2006, 4. Bası., Turhan Kitabevi
- Gözübüyük, A.Şeref: **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ağustos 2006, Ankara, Turhan Kitabevi,
- Guglielmi Gilles J., Koubi Geneviève: **Droit du Service Public**, 2^{ème} Edition, Paris 2007, Montchrestien E.J.A.,
- Gülan, Aydın: **Kamu Hizmeti ve Görölüş Usulleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987
- Gülan, Aydın: “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001
- Gülan Aydın, Berkarda Kemal: “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayını, Mayıs 2002
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2004, İmaj Yayınevi
- İnan, Nurkut: “İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998
- İnsel, Ahmet: “İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık 2005
- Kalpsüz, Turgut: “Tahkim Anlaşması”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul 2003, C. II, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Karahanoğulları, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, İnternet Paylaşımı, 2004,

- Keskin, Bayram: **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, Arıkan Basım Yayım, Ocak 2008
- Kirat Thierry, Marty Frédéric: “L’Economie de la repartition des risques dans les contrats administratif”, in **Economie et Droit de Contrat Administratif**, Paris 2005, La Documentation Française, s. 25 vd.
- Kirat Thierry, Vidal Laurent, Marty Frédéric: “Le Juge Administratif et le risque: sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif”, in **Economie et Droit de Contrat Administratif**, Paris 2005, La Documentation Française s. 213 vd.
- Koçak, Yüksel: **Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997
- Laurent, Richer: **Les Contrats Administratif**, Paris 2006, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, EJA
- Lichère, François: **Droit des contrats Publics**, Editions Dalloz, Paris 2005
- Nomer Ergin, Ekşi Nuray, Gelgel Günseli Öztekin: **Milletlerarası Tahkim Hukuku** Cilt I, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008
- Nomer Ergin, Şanlı Cemal: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2010, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Odyakmaz, Zehra: Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Haziran-Aralık 1998 C.II Sy.1-2
- Oğuzman, Kemal, Nami Barlas: **Medeni Hukuk**, 11. Bası, İstanbul Eylül 2004, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Oğuzman, Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005, Filiz Kitabevi,
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası İstanbul

- Orak, Cem Çağatay: **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlırlı Hukuk Yayınları, Ankara 2006
- Özay, İl Han: “İhale Usulleri”, **Yavuz Alangoya’ya Armağan**, İstanbul 2007 s. 871 vd.
- Özay, İl Han: **Günüşığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002
- Öztürk, Burak: **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000
- Sayman, Yücel: 16 Temmuz 1999 tarihinde gerçekleştirilen **İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim** konulu Panel, Ankara, Ankara Barosu Yayınları
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul 2005, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Şanlı, Yeliz: “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt XXXI, Sy. 254
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul 2005, Vedat Kitapçılık
- Şirin, Memduh Cemil: **Yargı Kararların Göre İdari Sözleşmelerin Sona Erme Halleri**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006
- Silva-Romero, Eduardo: “MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler”, **MHB**, Yıl 27, Sayı 1-2/2007, Çev: Emre Esen
- Tanrıver, Süha: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Tanrıver, Süha: “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001
- Tekinsoy, Ayhan: **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2002

- Tekinsoy, Ayhan: **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜHFD, C. 55, Sy.2,
- Tourneau, Philippe Le: **Les Contrats de Concession**, 2^{ème} Edition, Paris 2010, LexisNexis Litec
- Ulusoy, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004
- Ulusoy, Ali: Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Kavramları** (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001
- Ünsal, Cengiz: **İdari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2000
- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, Beta Basım Yayım Dağıtım
- Yaşar, Şirin: “Taşıt Mevzuatın Genel Bir Bakış”, **Bütçe Dünyası**, Cilt 3, Sayı 31, Kış 2009, s. 13 vd.
- Yıldırım, Nevhis Deren: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi 2004
- Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2004, Beta Basım Yayım Dağıtım,

Yargı Kararları ve Ulusal Mevzuat, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası’ndan tedarik edilmiştir: www.kazanci.com

Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmesi Bilgi Dokümanı: www.oib.gov.tr/tedas/bilgi_dokumani_turkce.pdf

Türkiye’nin taraf olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları: <http://www.invest.gov.tr/trTR/investmentguide/investorguide/Pages/BusinessLegislation.aspx>