## 1. D., E. 2006/203 K. 2006/719 T. 6.7.2006

T.C. Danıştay Başkanlığı - 1. Daire

Esas No.: 2006/203

Karar No.: 2006/719

Karar tarihi: 06.07.2006

İzmir Büyükşehir Belediyesi ile İzmir Deniz İşletmeciliği Nakliye, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi arasında akdedilen "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" hakkında İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığının 7.3.2006 günlü, 200/5566 sayılı yazısında aynen:

"Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 04.02.2000 tarih ve 2000/6 sayılı kararı doğrultusunda TDİ.A.Ş.İzmir İşletmesi faaliyet gösterdiği İzmir Körfezindeki yolcu ve araç taşıma hizmetlerinden çekilerek 8 adet yolcu ve 3 adet arabalı vapuru İzmir Büyükşehir Belediyesine satmış 7 adet iskelesinin de kullanım hakkını Belediyeye devretmiştir.(Ek.l)

Belediyemiz TDİ A.Ş. den devraldığı gemilerle yapacağı yolcu ve araç taşıma işinin organizasyonunu sermayesinin %98 i Belediyeye % 2 si de Belediye şirketlerinden olan İZULAŞ (İzmir Ulaşım Hizmetleri ve Makine Sanayi A.Ş.) ve İZBETON (İzmir Büyükşehir Belediyesi Beton ve Asfalt Enerji Üretim ve Dağıtım Tesisleri Su Kanalizasyon San.A.Ş.) ye ait olan Deniz İşletmeciliği Nakliyat ve Turizm Ticaret A.Ş. (İZDENİZ) ye Belediye Meclisimizin 30.03.2005 tarihine kadar olan süreyi kapsayan sözleşme İle vermiştir. (Ek.2)

Sözleşmenin sona ermesi ve mevcut İşin devamı gerektiğinden İzmir Büyükşehir Belediye Meclisinin 10/10/2005 tarih ve 892 sayılı kararı ile 23.12.2005 tarih ve 1198 sayılı sözleşmenin 5 yıllık olacağı ve Danıştay onayına sunulacağı ibarelerini belirten düzeltme kararlarıyla (Ek.3) 10.10.2005 tarihinden başlamak üzere körfezdeki yolcu ve araç taşıma işinin 5393 sayılı Belediye Kanununun 15/f maddesindeki "Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek" hükmüne ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7/f maddesindeki yetkilere, Ayrıca Metro taşımacılığının Belediyemiz Şirketlerinden Metro A.Ş. eliyle müşterek emanet usulüyle yürütülmesinde "Kamu zararı yoktur" yargı kararına istinaden; (Ek.4)

Körfezdeki yolcu ve araç taşıma işi İZDENİZ A.Ş. ne ekte sunulan İmtiyaz Sözleşmesi taslağı çerçevesinde imtiyaz verilmek suretiyle üstlendirilecektir.

Hizmetin bu çerçevede yürütülebilmesi amacıyla alınan Meclis Kararları ve hazırlanan imtiyaz sözleşmesi taslağı ekte sunulmuştur. (Ek.5)

5393 sayılı Belediye Kanununun 15.maddesinin 3.fıkrası gereğince görüşlerinize arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdür Yardımcısı ..., İzmir Büyükşehir Belediyesi Deniz Ulaşım Şube Müdürü ... ve Avukat ...'un açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

# Gereği Görüşülüp Düşünüldü

İzmir Büyükşehir Belediyesi ile İzmir Deniz İşletmeciliği Nakliye, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi arasında akdedilen "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" hakkında görüş bildirilmesi istenilmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek belediyenin yetkileri arasında yer almakta, ikinci fıkrasında da belediyenin, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebileceği hükme bağlanmaktadır.

Öte yandan, 5393 sayılı Belediye Kanununun "şirket kurulması" başlıklı 70 inci maddesinde, belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabileceği öngörülmüş, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, belediyelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin, belediyelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtildikten sonra aynı Yasa'nın 3 üncü maddesinin (g) bendinde, 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî 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 üç trilyon üçyüzotuzbeş milyar yedi milyon Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımlarının bu Kanuna tabi olmadığı hükmü getirilmiştir.

Sözü edilen hükümlere göre, belediyelerin otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek konusunda tekel niteliğinde yetkileri bulunmaktadır. Hükümde geçen kurmak ve işletmek şeklindeki ifade ile bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinde faaliyetin belediye tüzel kişisi tarafından, kendi örgüt, araç- gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi demek olan "emanet" usulüne işaret edilmekte, kurdurmak ve işlettirmek ifadesi ile de, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinin emanet usulü dışında kalan usullerden herhangi biri tercih edilerek kamu hizmetinin gördürülmesine olanak sağlanmak istendiği izlenimi yaratılmakta ise de, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin emanet usulü dışındaki diğer usullerden sadece imtiyaz usulünden söz edilen 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işletmek konusunda sadece "emanet" veya "imtiyaz" usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

idare hukuku doktorininde, kamu hizmetinin görülüş biçimleri olarak, "emanet", "imtiyaz", "ruhsat", "müşterek emanet" ve "iltizam" usullerinin bulunduğundan söz edilmekte, kamu hizmetinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesine yönelik olarak yeni sözleşme türlerinin geliştirilmesi gerektiğine de değinilmektedir.

Yerel hizmetlerde idarenin, finansman ve günlük yönetim bakımından sınırlayıcı kuralların yarattığı sıkıntılardan kurtarılması bir ihtiyaç olarak kendini göstermekte ise de, imtiyaz dışındaki diğer usullerin uygulanış biçimlerine ilişkin kurallar manzumesi, yasa hükümleriyle belirgin bir şekilde düzenlenmemiştir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci maddesinde yer alan, "belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceği" yolundaki hükmün; bu şirketlerin; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan, faaliyetlerini kendi yönetim ve karar organlarının iradelerine göre yürüten, gerektiğinde sorumluluk durumlarına göre mallan haczedilebilen ve iflasa tabi olan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip oldukları da dikkate alındığında, belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında hangi hukuki rejime tabi olarak ve hizmetin asıl sahibi olan Belediye ile nasıl bir hukuki bağ kurmak suretiyle faaliyette bulunabilecekleri konusu, netlik kazanmamaktadır.

Bu açıklamalardan sonra, dosyadaki olaya ve Dairemizden istenilen hususa gelince, İzmir Büyükşehir Belediyesi ile İzmir Deniz İşletmeciliği Nakliye, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi arasında akdedildiği belirtilerek "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toptu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı " hakkında İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığının görüş isteminde bulunduğu görülmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun, Danıştayın, Dairemizin ve İdari İşler Kurulunun görevlerini belirleyen 23/d, 42/c ve 46/b maddelerinde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleyerek düşünce bildirmek görevi verilmiştir.

Bu maddelerde geçen "imtiyaz sözleşmeleri" terimi, teknik anlamda İdare Hukukunda, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında geniş bir şekilde işlenmiş bulunan "imtiyaz" usulünü ve imtiyazla ilgili işlemleri belirtmektedir. Bilinen tanımına göre kamu hizmeti imtiyazı; bir kamu hukuku kişisinin bir gerçek veya tüzel özel hukuk kişisi konumundaki ve genel olarak Özel kesim sermaye şirketi olan tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre İçinde kurulması ve işletilmesinin, hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere, idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında gerçekleştirilmesini sağlayan bir yönetim biçimidir. "İltizam" ve "Müşterek Emanet" usullerinde de idarenin bir kamu hizmetini özel kişiye gördürmesi için belirli süreli bir sözleşme yapması söz konusudur.

Ancak imtiyaz usulünün en belirgin özelliği, kamu hizmetinin imtiyaz sahibi tarafından kurulması ve bu hizmetin görülmesinde gerekli olan sermaye, personel, yatırım mallan, araç-gereç ve her türlü diğer donanımın imtiyaz sahibi tarafından sağlanmasıdır. Hizmet için gerekli tesislerin, idare tarafından kurulmuş ya da sağlanmış olması halinde imtiyaz usulünden ayrı bir yöntem uygulamaya konulmuş olur. Bu yöntem sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesine göre emanet, iltizam ya da müşterek emanet olarak nitelendirilebilir.

Ayrıca İmtiyaz usulünde, imtiyaz sahibinin kamu hizmetinin görülmesini aksatması halinde, idarenin geçici olarak imtiyaz sahibinin yerine geçerek, hizmeti risk ve zararı imtiyaz sahibine ait olmak üzere sürdürmesi sözleşme hükümlerine dayalı olarak söz konusu olabilmekte, imtiyaz sonunda imtiyaz sahibi tarafından kamu hizmetine özgülenmiş malların sözleşmede öngörülen biçimde idareye geçmesi ya da paylaşılması da gerekmektedir.

Olayımızda ise, İzmir Büyükşehir Belediye Meclisinin 10.10.2005 günlü, 05.892 sayılı karan ile, İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığı İşinin İzmir Deniz İşletmeciliği Nakliye, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi'ne (İZDENİZ A.Ş.) 10.10.2005 tarihinden itibaren başlamak üzere 5 yıllığına devredilmesine İlişkin İzmir Büyükşehir Belediyesi ile İZDENİZ A.Ş. arasında İmtiyaz Sözleşmesi Taslağının akdedildiği, bir özel hukuk tüzel kişisi olan İZDENİZ A.Ş.'nin sermayesinin %98 oranı İzmir Büyükşehir Belediyesine, %2 oranı da Belediye şirketlerinden olan İzmir Ulaşım Hizmetleri ve Makine Sanayi A.Ş. (İZULAŞ) ile İzmir Büyükşehir Belediyesi Beton ve Asfalt Enerji Üretim ve Dağıtım Tesisleri Su Kanalizasyon Sanayi A.Ş.'ne (İZBETON) ait olduğu, toplu deniz taşımacılığı hizmetlerini yerine getirmek ve bunu sağlamak amacıyla olanakları hazırlamak, düzenlemek, düzenlenenlere katılmak, işletmek, işlettirmek amacıyla kurulan İZDENİZ A.Ş.'nin genel kurulu ile yönetim ve denetim kurulu üyelerinin Belediyenin görevlilerinden oluştuğu ve şirketin tamamıyla Belediyenin mal varlığı içinde ve hakimiyeti altında bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, İZDENİZ A.Ş. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile 3 üncü maddesinin (g) bendi kapsamındadır.

Öte yandan, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 4.2.2000 günlü, 2000/6 sayılı kararıyla, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. İzmir İşletmesi Körfez hattında faaliyet gösterdiği yolcu ve araç taşıma işinden çekilerek anılan bölgedeki bu hizmetler ile 8 adet yolcu gemisi ve 3 adet arabalı vapur bedeli karşılığında, İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığına devredilmiş, bu devir işleminde iskelelerin tahsisi ve bu İşde çalışan tüm personelin devri de gerçekleştirilmiştir.

Bu durumda, İzmir Körfezinde araç ve yolcu taşımacılığı işini yapacak olan Şirketin sermayesinin tamamının belediyeye ait olduğu, Özelleştirme İdaresinden 4046 sayılı Yasa uyarınca alınan deniz ulaşım vasıtalarının bedeli ödenerek, iskelelerin kullanım haklarıyla birlikte belediyenin malı haline geldiği, Türkiye Denizcilik İşletmelerinden özelleştirme nedeniyle devralınan ve bu hizmette kullanılan personelin de kamu personeli statüsünde oldukları, dolayısıyla sözü edilen kamu hizmetinin esasen belediye tarafından kurulmuş bir şekilde, kamu mallarının, kamu personelinin kullanılması suretiyle yine kamu sermayesiyle kurulmuş bir şirkete sadece işletmesinin verilmesi şeklindeki bir yöntemin "imtiyaz" yöntemi olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, bir sözleşmenin adının imtiyaz sözleşmesi olarak belirlenmiş olması da sözleşmeye bu niteliği kazandırmaz.

Açıklanan nedenlerle "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" nin konusu ve içeriği itibariyle imtiyaz usulünün koşullarını taşımaması karşısında, İmtiyaz sözleşmesi olarak kabulü mümkün görülmediğinden Dairemizce incelenerek görüş bildirilmesine olanak bulunmadığına, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 46 ncı maddesinin (b) bendi uyarınca İdari İşler Kurulunda görüşülmek üzere dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 6.7.2006 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

# KARŞI OY

Kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin klasik yöntemi imtiyazıdır. Ancak son yıllarda iltizam, müşterek emanet ve imtiyaz gibi klasik yöntemler uygulama alanını yitirirken, yeni yöntemlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin değişik yasal düzenlemelerle işletme hakkı verilmesi sözleşmesi, yap-işlet-devret modeli, görev ve devir gibi farklı sözleşme türleri yaratılmıştır. Sözkonusu sözleşmelerin, idareye kamusal yetki ve ayrıcalıklar veren kurallar içermesi nedeniyle idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır.

Bu sözleşmeleri öteki idari sözleşmelerden ayıran, sonuçları kendisine ait olmak üzere, imtiyaz alan özel hukuk tüzel kişisi ya da gerçek kişinin hizmeti kurması koşulu artık aranmamakta, hizmetin gerektirdiği yatırımların bir bölümü ya da tümünün idare tarafından üstlenilebildiği gibi hizmetin görülmesi sırasında imtiyaz sahibine yardım yoluna da gidilebilinmektedir.

Örneğin, TEK dışında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin elektrik üretim, iletim, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenleyen 3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletmeye ilişkin görev sözleşmesi yanında kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim, dağıtım tesislerinin işletme haklarının da görevli şirketlere verilmesi mümkün kılınmıştır.

Nitekim, Danıştay Birinci Dairesinin E: 1999/19, K: 1999/78 sayılı, E: 1996/177, K: 1997/134 sayılı kararlar ile benzeri kararlarda TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin imtiyaz sahibi şirkete devri öngörülmüştür.

Bu durumda, imtiyaz sahibinin ayni, hukuki, mali nitelikte haklarına karşılık idarenin, hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz mallarını, araç ve gereçlerini, imtiyaz süresince şirkete devredebileceği de açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın "imtiyaz" ve "emanet" e ilişkin tanım ve gerekçelerine katılmıyorum.

NOT : Birinci Dairece Verilen 06/07/2006 tarihli ve E:2006/203r K:2006/719 Sayılı Karar; İdari İşler Kurulu'nun 15/11/2006 tarihli ve E:2006/14, K:2006/14 sayılı kararı ile onanmıştır.