-KAMU HİZMETİ GÖRÜLÜŞ USULLERİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI-

İZDENİZ KARARI

İzmir Büyükşehir Belediyesi ile İzmir Deniz İşletmeciliği Nakliye, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi arasında İzmir Körfezinde araç ve yolcu taşımacılığı işinin yapılması için bir sözleşme akdedilmiştir. Araç ve yolcu taşımacılığı işini yapacak anonim şirketin sermayesinin tamamı belediyeye aittir. Taşımacılık işinde kullanılacak deniz ulaşım vasıtaları bedeli ödenerek Özelleştirme İdaresinden alınmış ve iskelelerin kullanım haklarıyla birlikte belediyenin malı haline gelmiştir. Türkiye Denizcilik İşletmelerinden özelleştirme nedeniyle devralınan ve bu hizmette kullanılan personel statüsü de kamu personeli statüsüdür.

Akdedilen bu sözleşmenin "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" olduğu söylenerek Danıştay'ın görüş bildirmesi istenmektedir. Bu özellikleri taşıyan İzdeniz A.Ş. ile İzmir Büyükşehir Belediyesi arasında akdedilen İzmir Körfezinde araç ve yolcu toplu taşımacılığına ilişkin sözleşmenin hukuki niteliği nedir?

T.C. DANIŞTAY 1. DAİRE E. 2006/203 K. 2006/719 T. 6.7.2006

• İZMİR KÖRFEZİNDE ARAÇ VE YOLCU TOPLU TAŞIMACILIĞINA İLİŞKİN İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ TASLAĞI

• BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİNİN SERMAYESİNİN TAMAMI BELEDİYEYE AİT ŞİRKETLE İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ YAPMASI (

ÖZET : 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" nın konusu ve içeriği itibariyle imtiyaz usulünün koşullarını taşımaması karşısında, imtiyaz 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, karar verildi.

(…)

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:

KARAR : 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 üç yüz otuz beş 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.

İdare hukuku doktrininde, 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 malları 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 Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı " hakkında İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığının görüş isteminde bulunduğu görülmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun, Danıştay'ın, 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 içinde 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 malları, 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, (…)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 işde 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.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle "İzmir Körfezinde Araç ve Yolcu Toplu Taşımacılığına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" nın konusu ve içeriği itibariyle imtiyaz usulünün koşullarını taşımaması karşısında, imtiyaz 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, 06.07.2006 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY :

Kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin klasik yöntemi imtiyazdır. 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. Söz konusu 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:2006/203, K:2006/719 Sayılı Karar; İdari İşler Kurulu'nun 15.11.2006 tarihli ve E:2006/14, K:2006/14 sayılı kararı ile onanmıştır.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin niteliği ve tabi olduğu hukuki rejim hk.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:1994/71 Karar Sayısı:1995/23 Karar Günü:28.6.1995 R.G. Tarih-Sayı:20.03.1996-22586

(…)

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

(…)

Sözleşme

MADDE 5.- Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.

(…)

IV- ESASIN İNCELENMESİ

(…)

A- 3996 sayılı Yasa'nın 5. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Yasa'nın 5. maddesinde "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" denilmektedir.

(…)

Maddede, Yasa'da gösterilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin bir yandan "özel hukuk hükümlerine tabi olduğu" belirtilirken öte yandan da bu sözleşmelerin "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" olması öngörülmektedir. Bu iki konunun birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1- Sözleşmelerin Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı Tutulmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

(…)

Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin "idarî sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.

"Kamu hizmeti" kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

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 kişilerince 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.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu 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.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

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.

Nitekim, 3996 sayılı Yasa'nın "Yetki" başlığını taşıyan 4. maddesinde, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketi veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelerin, maddede sayılan Bakanlıklar ve kamu kurumlarınca ortaklaşa hazırlanacağı ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacağı belirtilmektedir.

"Ücret" başlıklı 8. maddesine göre de, Yasa'da öngörülen model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler, 4. maddeye göre Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca, (gerekli görülen hallerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından) belirlenebilecektir.

Yasa'nın 10. maddesinde, bu yatırım ve hizmetler için gerektiğinde "kamulaştırma" öngörülmüş; 11. maddesinde ise, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere çeşitli garantiler vermeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakan yetkili kılınmıştır.

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.

Anayasa'nın "yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren "her türlü" eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.

Bu nedenlerle, 3996 sayılı Yasa'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran 5. maddenin ikinci tümcesi, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2- Sözleşmelerin, İmtiyaz Teşkil Etmeyecek Nitelikte Olmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 155. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerini incelemek Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu kuralla, bir yandan Danıştay'ın görevleri belirlenirken, öte yandan da imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın öndenetimine bağlı olması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2., 11. ve 125. maddelerine ilişkin inceleme bölümünde yer verilen açıklamalar, 5. maddenin birinci tümcesinin sözleşmeleri "imtiyaz sözleşmesi" olmaktan çıkaran içeriği yönünden de geçerlidir.

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabûl edilmektedir. Kamu hizmetinin, uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir. 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. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti

yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, "bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin", "amme hizmetinin görülmesinin.....devri", "amme hizmetlerinden birini ifa", "kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak" hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle "idarî sözleşme" olduğu gibi, aynı zamanda bir "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"dir.

Bu açıklamalar karşısında 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 yükümlülükten arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.

5. madde, yasa kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasında yap-işlet-devret modelinin uygulanması için yapılacak sözleşmelerin Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti kurulurken, imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok duyarlı davranılmış; 1924 (mad. 51), 1961 (mad.140) ve 1982 (mad.155) Anayasaları ile bu yetki Danıştay'a verilmiştir. Aslında bu sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesinin uzun süre özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle, sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için, Danıştay öndenetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı da bulunmaktadır.

Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersi durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organınındır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim, amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır.

Bu nedenlerle, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay'ın öndenetimi dışına çıkaran

içeriği nedeniyle 5. maddenin birinci tümcesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır. Tümcedeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptali gerekir.

(…)

3996 sayılı Kanun kapsamında Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin niteliği hk.

AYM Esas Sayısı : 1996/63 Karar Sayısı : 1997/40 Karar Günü : 26.3.1997

İPTAL DAVASININ KONUSU : 30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2., 5., 7., 10., 11., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesi şöyledir:

"Madde 11.- Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir."

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor ve ekleri, iptali istenilen yasa kuralıyla dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 11. maddenin “Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler” biçimindeki bölümünün, daha önce iptal edilen bir yasa hükmüne dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararını yeniden yasa hükmü haline getirdiği, Anayasa Mahkemesi'nin, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesine ilişkin iptal kararında, bu Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu ve Danıştay denetimine bağlı olduğunun kabul edildiği; oysa, maddede göndermede bulunulan Bakanlar Kurulu Kararında, bu Yasa'ya göre imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayacağının, bu bağlamda Danıştay denetiminden de geçirilmeyeceğinin belirtildiği; bu nedenle, yapılan değişiklikle Anayasa'ya aykırı “Usul ve Esaslara İlişkin Karar”ın geçerli hale getirildiği; ayrıca bu kararda, Bakanlar Kurulu her zaman değişiklik yapabileceği için düzenlemenin aynı zamanda “süresiz ve sınırsız” bir yetki devri olduğu ileri sürülerek söz konusu bölümün, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin 153. maddesine, yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağına ilişkin 11. maddesine, yasama ile yürütmenin ilişkisini düzenleyen “Başlangıç”ının dördüncü paragrafına, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine, hukuk devleti ilkesini benimseyen 2. maddesine, imtiyaz sözleşmelerinin denetimi için Danıştay'ı görevlendiren 155. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Maddenin diğer bölümünün de, yapılan düzenlemenin, ne için olduğu anlaşılmayacak biçimde, üretim girdilerinde devlet garantisi getirmesinin, aynı girdilerle üretim yapan öteki şirketler zararına ayrıcalık yaratarak eşitliği bozacağı; ayrıca, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığa tanınan yetkinin sınırlı ve bağlayıcı olmaması nedeniyle aynı Yasa kapsamındaki projelerden bazılarına bu garantinin verilebileceği, bazılarına da verilmeyebileceği, bu yönden de eşitsizliğe yol açılabileceği; 3996 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetlerin kamu hizmeti olması nedeniyle ancak imtiyaz sözleşmeleriyle devredilebileceği; imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerinden olan yönetimi üstün kılan kurallardan, devlet adına sözleşmeyi imzalayacak idarenin vazgeçemeyeceği; Yasa'nın, buna izin veremeyeceği; devletin ve onun adına hareket edenlerin devlete ait yetkileri geri alınmayacak biçimde özel şirketlere devretme yetkisinin bulunmadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2. maddesi ile “Türk Milletinin bağımsızlığını korumak”, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak amaç ve görevlerini devlete veren 5. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

(...)

Bu sözleşmenin, taraflarından biri İdare, konusu ise Yasa'nın 2. maddesinde sayılanlarla benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesidir. Sözleşmenin diğer tarafı olan şirketin yapacağı yatırım projeleri için 11. madde ile garanti verilmekte 10. maddede de Yasa'da öngörülen yatırım ve hizmetler için gerektiğinde idare tarafından kamulaştırmaya olanak sağlanmaktadır. Bunun yanısıra 12. maddede, şirketlere yapacakları bütün iş ve işlemler için vergi bağışıklığı getirilmektedir. Böylece, kamu yetki ve usullerinin kullanılması öngörülmüş olmaktadır. 7. maddede, sözleşmelerin 49 yıla varan uzun sürelerle yapılmasına olanak tanınmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin imzalanması aşamasında ve gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretlerin belirlenmesi sırasında 4. ve 8. maddelerle, idareye özel hukuk sözleşmelerini aşan üstün yetkiler verilmektedir. Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin, Yasa ile belirlenen bu özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, bunların idarî sözleşmeler olduğu açıkça görülmektedir. Çünkü kamu hukukunda, idarenin yaptığı

sözleşmelerden, konusu kamu hizmeti olan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin "idarî" sayılacağı kabul edilmektedir. İdarî sözleşmeyi belirleyen ölçütler arasında en tartışılanı "kamu hizmeti"dir.

(…)

Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesindeki idarî sözleşmeler, aynı zamanda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Çünkü bunlar, idarenin, özel kişiyle yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olan kamu hizmeti imtiyazının bütün özelliklerini taşımaktadır.

Yasa'nın 3. maddesinde, Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak yatırımların bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması yoluyla ödenmesi öngörülmekte; 9. maddesinde ise "Bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer" denilmektedir. Sözleşmelerin, 7. maddede belirtildiği biçimde, 49 yıla varan sürelerle yapılması da dikkate alındığında bunların imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, sözleşmeye konu edilen hizmetin niteliği gözardı edilerek bunların, imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde yapılmasını ve özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasını öngören 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilgili kuralları, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Ancak, dava konusu yasa kuralı ile iptal edilen kurallara koşut düzenleme içeren bir Bakanlar Kurulu Kararına gönderme yapılarak aynı kurallar dolaylı yoldan aynen yasalaştırılmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Üstelik, yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü, kararlar gerekçeleriyle genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle yasama organı, yasa çıkarırken, iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Yasa'nın 4. maddesine dayanılarak çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan düzenlemeye koşut hükümler içermesine karşın yürürlükten kaldırılmamıştır. Dava konusu madde ile bu karara göndermede bulunulması, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği sözcük ve kurallarla benimsenen ilkelerin yeniden yasalaştırılması anlamına gelmektedir.

Bu nedenle, maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler..." bölümü Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

Vazife malulü olan davacının ... Deniz Otobüsleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından yerine getirilen toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz faydalandırılması yolundaki başvurusu reddedilmiştir. Belediyeye tekel niteliğinde imtiyaz ve hak olarak verilen toplu taşıma hizmetlerinin bütününden; bu imtiyazın bir kısmının mülkiyeti veya işletme hakkının devredilmesi halinde kamu hizmetinden ücretsiz yararlananların akıbeti ne olacaktır?

DANIŞTAY 10. DAİRE E. 1997/160 K. 1997/2583 T. 25.6.1997

ÖZET : **Belediyeye tekel niteliğinde imtiyaz ve hak olarak verilen toplu taşıma hizmetlerinin bütününden ücretsiz yararlananlar bu imtiyazın bir kısmının mülkiyeti veya işletme hakkı devredilse de, ücretsiz yararlanmaya devam ederler.**

(…)

Türk milleti adına hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü:

Dava; vazife malulü olan davacının, 1005 sayılı Yasanın 3761 sayılı Yasayla değişik 2. maddesi uyarınca ... Deniz Otobüsleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından işletilen deniz otobüslerinden ücretsiz faydalandırılması yolundaki başvurusunun; işletmeci şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğu ve Belediye bünyesinde hizmet veren bir birim niteliği taşımadığından bahisle reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali iştemiyle açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi; mülkiyeti ... Büyükşehir Belediyesine ait olan deniz otobüslerinin sözleşme ile kiralandığı anonim şirketin belediyeye bağlı olmadığı anlaşılmakla, kanunla belediye vasıtalarından ücretsiz seyahat etme hakkı tanınmış olan davacının ... Deniz Otobüsleri San. ve Tic. A.Ş.nin işlettiği deniz otobüslerinden ücretsiz faydalanma imkanı bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi hukuka uygun görmüş ve davayı reddetmiştir.

Davacı; şirketin belediye tarafından kurulduğu ve deniz otobüslerinin idaresinin bu şirkete devredildiği, işletilen araçların belediyenin malı olduğunun davalı tarafından da kabul edildiği ve yasanın amir hükmü gereği bu toplu taşım araçlarından ücretsiz faydalandırılmasının zorunlu olduğu savlarıyla; anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulmasını istemektedir.

1580 sayılı Belediye Kanunu`nun 19/5 maddesinde "Belediye hudutları dahilinde muayyen mıntıkalar arasında yolcu nakil vasıtası olarak otobüs, minibüs otokar, tünel, troley füniküler işletmenin münhasıran belediyenin hakkı olduğu belirtilmiş 3030 sayılı Yasanın 6/A-g maddesinde büyükşehir dahilindeki toplu taşıma hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak işletmek veya işlettirmek büyükşehir belediyelerinin görevleri arasında sayılmış, aynı yasanın 8. maddesinde büyükşehir ve

ilçe belediyelerinin görevli oldukları konularda 1580 sayılı Belediye Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri ile belediyelere tanınan hak, yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahip oldukları hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla belediyelerin, yasayla tanınan hizmetini bizzat yerine getirmeyip toplu taşımada kullanılan araçların mülkiyetini veya işletme hakkını devretmesi, hizmetin hukuki niteliğini değiştirmeyecektir.

Diğer taraftan; 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun`un, bu yasada değişiklik yapılmasına ilişkin 3761 sayılı Yasayla değişik 2. maddesi 1. fıkrasında, belediye vasıtalarında ücretsiz seyahat edecekleri hükme bağlananlar arasında, vazife malulleri ve kendilerine refakat eden eşleri de sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... Deniz Otobüslerinin toplu taşıma hizmetinde kullanılmak üzere ... Deniz Otobüsleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından işletildiği, bu şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bir şirket olup; kurucu üyelerinden birinin de ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı olduğu anlaşılmaktadır.

Toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olan belediyenin toplu taşıma ile ilgili görevlerinden bir kısmını yürüten ... Deniz Otobüsleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de, **yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili mevzuata uygun biçimde faaliyette bulunması gerekir.**

Bu durumda, mevzuatımızda bir kamu hizmeti olarak düzenlenen ve belediye sınırları içinde belediyeye tekel niteliğinde imtiyaz ve hak olarak verilen toplu taşıma hizmetlerinin bütününden; bu imtiyazın bir kısmının mülkiyeti veya işletme hakkı devredilmiş olsa dahi; 1005 sayılı Yasanın 3761 sayılı Yasayla değişik 2. maddesinde sayılanlar arasında bulunan vazife malulleri ve eşlerinin ücretsiz faydalandırılmaları yasanın amir hükmü gereği olup, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 30.11.1994 tarih ve E: 1993/323, K: 1994/2074 sayılı kararının BOZULMASINA, dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine 25.6.1997 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN İDARE TARAFINDAN FESHİ

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile KEPEZ Elektrik A.Ş. arasında Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi imzalanmıştır.
Sözleşmede, yapılan kamulaştırmalar çerçevesinde şirketin görev bölgesindeki hizmetlerde kullanılan arazilerin Hazine adına tescil edileceğine dair hüküm varken KEPEZ Elektrik A.Ş, kamulaştırılan taşınmazları şirket adına tescil ettirmiştir.

Şirket, hizmetin aksatılmaksızın sağlanması için gerekli yatırımları yapması gerekirken, şirket kaynaklarını grup şirketlerinin finansman açığını kapatmak

amacıyla kullanmıştır. Yatırımların düşük seviyelerde kalması sonucu da görev sahasında elektrik üretiminde fazla bir artış olmamıştır ve şirketin sattığı elektriğin büyük bir bölümü de yine Devlet'ten aldığı elektrikle karşılanmaktadır.

Yine KEPEZ Elektrik A.Ş., 3096 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuatına uygun olarak kurulan otoprodüktör şirketlerin ürettiği elektrik enerjisini iletim sistemine bağlamamış veya bağlantısını haksız olarak kesmiştir.

BU VERİLER KARŞISINDA SÖZLEŞMENİN İDARECE FESHİNE KARAR VERİLMESİ İLE BU FESHİN HUKUKİ SONUCU OLAN ŞİRKETÇE İŞLETİLEN TESİSLERE VE BU TESİSLERİN MÜTEMMİM CÜZLERİ İLE İŞLETME FAALİYETİ İÇİN GEREKLİ TÜM ARAÇ VE GERECE BAKANLIK TARAFINDAN EL KONULMASI VE BU KONUDA BAKANLAR KURULU'NUN KARARIYLA ŞİRKETİN GÖREVLENDİRİLMESİNİN KALDIRILMASI HUKUKA UYGUN MUDUR?

T.C. DANIŞTAY 13. DAİREE. 2005/5919 K. 2005/2879T. 31.5.2005

Anonim şirkete ait elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi veren kararnamenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının ve imtiyaz sözleşmesinin feshiyle, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı tesislerine elkonulmasına ilişkin Bakanlık işleminin ve bu işlemin uygulanmasına dair Bakanlık işlemlerinin iptali talebi.

KARAR : Dava, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile KEPEZ Elektrik A.Ş. arasında imzalanan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin feshine, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece elkonulmasına ilişkin Bakanlığın 11.6.2003 tarih ve 9176 sayılı, aynı Bakanlığın fesih ve elkoyma kararının resen uygulanmasıyla ilgili olarak tesis ettiği 11.06.2003 tarih ve 1921 sayılı, 12.6.2003 tarih ve 1929-1930-1931 sayılı işlemlerinin; Bakanlar Kurulu'nun 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5712 sayılı kararının, ... Elektrik A.Ş.'nin 1. Görev Bölgesinde (Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri ile Kahramanmaraş ilinin üç köyü) görevlendirilmesine ilişkin 26.09.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Kararname ile işletme haklarının bazı şirketlere verilmesine ilişkin 23.06.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Kararnamenin Elektrik A.Ş.'ne ilişkin hükmünün yürürlükten kaldırılması yolundaki kısımlarının iptalleri istemiyle açılmıştır.

……
……..

3096 sayılı Kanunun 8. maddesinde, belli bir süreyi kapsayan sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde sürenin bitimi ile son bulacağı, bu takdirde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak Devlet'e bedelsiz olarak geçeceği, sözleşmelerin görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde süresinden önce feshedilebileceği, sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümler ile sona ermesinin sonuçlarının sözleşmede düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anılan kurala göre, taraflar arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesinin 19. maddesinde, şirket kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi hali düzenlenmiştir. Buna göre, ""Şirket, sözleşme hükümlerine aykırı davranır veya kamu güvenliğini bozacak durumlara yol açar veya işletmenin bakım ve onarımında esaslı ihmalleri görülür ve Bakanlıkça uygun süre verilerek bunların önlenmesi istenildiği halde bu isteği yerine getirmez ise, Bakanlık masrafları şirkete ait olmak üzere bunları yaptırmaya ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir.

Bakanlığın yukarıda belirtilen yazılı uyarısına ve geçici olarak aldığı önlemlere rağmen, Şirket, işlerini tamamen ihmal eder, umumun emniyet ve selametini bozacak hallerin tekrarına veya devamına meydan verirse, Bakanlık işletmeye elkoymak ve sözleşmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir.

Şirket bu durumda Bakanlıktan hiçbir ödeme ve tazminat talebinde bulunamaz."" kuralı taraflar arasında kararlaştırılmıştır.

Belirtilen hükümler uyarınca, idari sözleşmenin tarafı ve hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına şartların oluşması halinde sözleşmeyi feshetme ve işletmeye elkoyma yetkisi açık olarak tanınmış bulunmakta olup bu yetki aynı zamanda Bakanlığın görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının iptali için Başbakanlığa teklifte bulunmasını da içermektedir.

……..

Bu itibarla davacı ...Elektrik A.Ş'nin, kamulaştırılan taşınmazları şirket adına tescil ettirerek, sözleşme hükmünü açıkça ihlal ettiği ve kusurlu davrandığı sonucuna ulaşılmıştır.

…….

Bu tespitler ışığında, şirketin 3096 sayılı Kanunun ve sözleşmenin amacı doğrultusunda görevli olduğu bölgedeki yıllar içinde elektrik üretimi, dağıtımı ve iletimi hizmetinin aksatılmaksızın sağlanması için gerekli yatırımların yapılması gerekirken, şirket kaynaklarının grup şirketlerinin finansman açığını kapatmak amacıyla kullanılması, yıllar içinde yatırımların düşük seviyelerde kalması sonucu görev sahasında elektrik üretiminde fazla bir artış olmaması, şirketin sattığı elektriğin büyük bir bölümünün yine Devlet'ten aldığı elektrikle karşılanması karşısında, şirketin sözleşmenin amacına aykırı bir biçimde davrandığı anlaşılmaktadır.

……..

Bu durumda, davacının otoprodüktör şirketlerin Kanuna aykırı olarak faaliyet gösterdiği iddiası yerinde görülmemekle birlikte, tüm uyarılara rağmen davacının sözleşmenin 21/h maddesine aykırı biçimde 3096 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuatına uygun olarak kurulan otoprodüktör şirketlerin ürettiği elektrik enerjisini iletim sistemine bağlamaması veya bağlantısını haksız olarak kesmesi gibi davranışları şirketin kusurunu ortaya koymaktadır. Nitekim, otoprodüktör şirketlerin kurulmasına

ve faaliyet göstermesine izin veren Yönetmelik maddelerinin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nde açılan davalarda reddedilmiştir (E: 1999/4016, K: 2001/4978; E: 2000/6066, K: 2002/4417).

……
……..

Yukarıda belirtilen sözleşme ihlalleri nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığının anlaşılması karşısında, Bakanlık ile şirket arasında imzalanmış olan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin, şirketin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesi uyarınca feshine karar verilmesi ile bu feshin hukuki sonucu olan şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlık tarafından elkonulmasında ve bu konuda Bakanlar Kurulu'nun 2003/5712 sayılı kararıyla ...'ın görevlendirilmesinin kaldırılmasında **hukuka aykırılık görülmemiştir.**

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle hukuki dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 31.05.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.
