

ORTAK YARARLI İŞLETME YA DA NAM-I DİĞER "MÜŞTEREK EMANET"(*)

Prof. Dr. İl Han ÖZAY(**)

Resmi Gazetenin 19 Aralık 1984 gün ve 18610 sayılı nüshasında yayınlanan 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" ile 23 Şubat 1987 gün ve 19381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan, aynı konuda "Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik" kabul edildiğinde ortaya çıkan "yeni" sistem, adına bazı çevrelerde "yap-işlet-devret" bile dense aslında "imtiyaz usulü" olarak nitelendirilmişti. Nitekim, önce Mart 1989 tarihli "Yap-İşlet-Devret" başlıklı bir incelemesinde Prof. Dr. Lütfi DURAN, daha sonra ikinci cildi 1990 Martında yayınlanan "Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma" isimli kitabımda, aynı başlık altında ben ve nihayet Mayıs 1990 da Ankara'da toplanan "I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi"nde Prof. Dr. Pertev BİLGİN sistemi hep bir "imtiyaz" şeklinde değerlendirdik. Hatta bu son meslekdaş, Anayasa'da öngörülen Danıştay incelemesi usulüne uyulmadan gerçekleştirilen uygulamaların "yok hükmünde" olduğu tezini bile savunduğu gibi, bildiğim kadarıyla halen de bu görüşünde bir değişiklik meydana gelmedi.

Bunun üzerine, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı "işin mahiyetinin kamu hizmeti niteliğinde sayılması nedeniyle imtiyaza paralel bir biçimde

(*) Danıştay Onuncu Dairesinin 29.04.1993 tarih ve E. 1991/1 - K. 1993/1752 sayılı EYCAN kararı, kamuoyunda artık bir galat-ı meşhur haline gelerek herkes tarafından "Aktaş Olayı" diye anılan ve İdare Hukuku literatürüne "yap-işlet-devret" formülü şeklinde malolan usule ilişkin tartışmalara yepyeni bir boyut kazandırıcı nitelikte sayılmak gerekir. Bu yazı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının isteği üzerine konu ve sorunun yasal düzenlemeler, öğretilerde kabul edilen ve önerilen çözümlerle Türk ve yabancı yargısal kararların ışığı altında incelenmesiyle hazırlanan bir görüştür.

(**) İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler(in) ortaya çık(tığı), ayrıca bazı kongrelerde bu yönde görüşlerin savunulduğu" gerekçesiyle Danıştay'dan istişarî görüş sorulmasına karar vermiş ve adı geçen kuruluşa başvurmuştur.

Danıştay'ın bu konu ile ilgili Birinci Daire'si, sorunu zaten olması gerektiği gibi sadece yasal düzenlemeleri yorumlama bazında ve yapılan sözleşmelerden bağımsız olarak, objektif bir biçimde ele almış, sonuçta da, bilinen 24.9.1992 tarih ve E. 1992/232 - K. 1992/294 sayılı karar ile görüşünü açıklamıştır.

Bu karar teorik açıdan çok doğru olmakla beraber, sanki, Birinci Dairenin başka bir olay vesilesiyle, aynı hukuksal soruna ilişkin görüşüyle çelişiyor denemese bile farklı bir bakış açısı sergiliyor gibidir. Nitekim, Sağlık Bakanlığı, tedavi kurumlarını finansman sıkıntısından kurtarmak için kendisine bağlı olarak kurduğu "Tedavî Hizmetleri Vakfı"nın da **iştirak edeceği** bir organizasyonla "kur-işlet-devret" modelinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda düşünülen duraksamanın giderilmesi amacıyla Danıştay'a başvurmuş ve aynı Birinci Daire 28.6.1990 gününde oybirliği ile verdiği E. 1990/94 - K. 1990/109 sayılı kararında, konuyu uzun uzun tartıştıktan sonra bakınız ne demiş:

"Bütün bu açıklamaların ışığı altında kur-işlet-devret modelinin gerçekleştirilmesi için ilk yapılabilecek iş Yasa koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması ve modelin uygulanabilirliğini sağlamasıdır. (Örneğin klasik bir kamu hizmeti olan otoyolu yapımı ve işletilmesinde bu yapılmış ve 28 Mayıs 1988 günlü ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır).

İzlenebilecek diğer bir yol olarak da kur-işlet-devret modeline ilişkin bir kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin hazırlanması, hazırlanan taslağın Danıştay incelemesinden geçirilmesinden sonra yürütme organınca, Bakanlar Kurulu kararı çıkartılması gösterilebilir.

Sonuç olarak Sağlık Bakanlığı'na bağlı tedavi hizmet birimlerinin modernizasyonunu sağlamak ve gerekli finansman sıkıntısını gidermek amacıyla Sağlık Bakanlığının kurduğu Tedavi Hizmet Vakfı'nın da dahil edilebileceği bir organizasyonla kur-işlet-devret modelinin uygulanabilmesi hususunun ya bu konuda yasal bir düzenlemeye gidilmesine ya da kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi yapılmasına bağlı olduğu mütalaa kılınmakla..."

Birinci Dairenin bu kararının "lafzı" o denli açıktır ki, Yüksek Kurul belli bir konuda "özel yasal düzenleme" ile "imtiyaz"ı alternatif yollar ya da seçenekler olarak görmekte, Hükûmetin, yerindelik bakımından bunlardan

hangisini isterse onu seçmek konusunda tam bir "takdir yetkisi"nin bulunduğunu kabul etmektedir.

Hal böyle olmakla beraber, acaba neden, aynı Birinci Dairenin 1990'daki görüşü ile 1992 tarihli olanı arasında bir "çelişki" var demiyoruz da "sanki farklı bir bakış açısı sergiliyor gibidir" şeklinde bir ifade kullanıyoruz sorusu da, bu noktada akla gelebilir.

Sorunun cevabı güç gibi görünse de aslında hukuk mantığı ile tam anlamıyla bağdaşmaktadır. Çünkü, Danıştay, belli bir konuda, özel yasal çerçevede içinde, maddî ya da "virtüel" kamu hizmetlerinin ya "emanet"en, ya "ruhsat" ve "imtiyaz" vermek suretiyle veya klasik İdare Hukuku kitaplarında "müşterek emanet" olarak anılan ama Fransızca "régie intéressée" teriminin asıl Türkçe karşılığı olan "ortak yararlı yönetim" usulüyle yürütülebileceği, bazen de bir "affermage" yani "iltizam"ın sözkonusu olabileceğini düşünmektedir. Zaten, işte bu nedenledir ki, Sağlık Bakanlığının sorusuna cevap verirken örnek olarak "erişme kontrollü karayolu"na ilişkin yasayı göstermiştir. Zira, o formülde, bir kamusal mal olan "otoyol"ları, Devlet ve İdare, büyük inşaat ve tesisat işlerini konu alan ve uygulama ile mahkeme içtihatlarına göre Borçlar Kanunu'nun 355-371 inci maddelerinde öngörülmüş bulunan "istisna akdi" ile, yani parasını ödeyerek yaptıracağına, müteahhidin masrafları üstlenerek daha sonra bunu işletme yoluyla amorti etmesi ve kâra çevirmesi yöntemi izlenmektedir ki, bazıları buna "bayındırlık imtiyazı" deseler bile gerçekte ortaya konulan usul "iltizam"dan başka birşey değildir⁽¹⁾.

Biraz önce, dipnotunda değinildiği gibi arada bir fark bulunmasına karşın iki kurumun yani "iltizam" ile "imtiyaz"ın birbiriyle karıştırılması ve biri yerine diğerinin sözkonusu olduğunun sanılması, bir başka noktada çok daha olağan ve hatta sıradandır. Bu da yine kamu hizmetinin yürütülüş biçimleri arasında olan ve örneğine bizde çok ender rastlanan "müşterek emanet"in "imtiyaz" ile karıştırılmasında görülmektedir⁽²⁾. "İmtiyaz" ile, kısa

(1) "Kamu hizmetinin önceden kararlaştırılan belli bir bedel karşılığı özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi olarak ortaya çıkan (ve Osmanlı İmparatorluğu döneminde özellikle vergi toplama alanında kullanılan) "iltizam" zamanla farklı bir anlam daha kazanmış ve İdare için gerekli altyapı tesisleri ile inşaatların yaptırılması da böyle" anılmaya başlanmıştır. (ÖZAY İl Han, Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma IV, İstanbul 1990, s. 570 "İltizam" ile "imtiyaz" usulü arasındaki fark birinin sadece inşaat diğerinin ise "işletme"yi de kapsamasında görüldüğünden, biraz önce vurguladığım gibi, bazıları buna da "bayındırlık imtiyazı" diyebilmektedirler.

(2) İdare sistem ve hukukumuz neredeyse Tanzimat'tan başlayarak Fransa'dan esinlenmiş olduğu için tüm bu terimlerin kökeni de o ülkenin dilidir. "Müşterek emanet", yukarıda açıklandığı gibi, Fransızca "régie intéressée" sözcüğünün Sıddık Sami onar tarafından yapılan çevirisidir. Bununla beraber Duran'ın kullandığı "ortak yararlı yönetim" hem işin yürütülmesi hem de kazanç üzerinde belli bir paylaşımı da ifade ettiğinden kavramı daha iyi anlatan bir terim olarak tercih edilmelidir. Ben de bu terimi tercih etmekle beraber, metin içinde, zaman zaman, sırf yerleşik olması ve kısalığı nedeniyle "müşterek emanet"i de kullanacağım.

olduğu için kullanırsak "müşterek emanet" in çoğu kez karıştırıldığına ilişkin değerlendirmeyi benimsemekle beraber aslında bu benim eserim değildir. Genelde "Hukuk" ve özel olarak da İdare Hukuku'nun tartışılmaz otoritesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR, üçüncü basısı 1966 yılında yapılan "İdare Hukukunun Umumî Esasları" isimli Kamu Hukukunun temel kitabı olan eserinin 540-541 inci sayfalarında, "Ferdin Müşterek Emanet Mukavelesiyle Amme Hizmetine İştiraki" başlığı altında bakınız bu noktayı nasıl vurguluyor:

"Bazı hallerde de ferdin âmme hizmetine iştiraki müşterek emanet şeklinde vâki olur. **Müşterek emaret mukavelesi fizyonomi itibariyle imtiyaz mukavelesine çok benzer; hatta bu iki mukavelenin birbiriyle karıştırıldığı noktaları da vardır. ...**

Müşterek emanet mukavelesi de tamamen idarî bir mukaveledir. ...Bundan doğan durum da imtiyaz mukavelesinden doğan durum gibi esas ve temel bakımından ferdî bir hukukî durumdur ve mukavelenin diğer mahiyetlerinden doğan farklı durumlar bu esas ortadan kaldırmaz."⁽³⁾

Ord. Prof. Onar, böyle bir olası "karıştırma"ya tanıklık edebilecekler arasında başta gelenidir. Zira 1937 yılında, Osmanlı Devleti ile, başta "imtiyaz" gibi düşünülen "(Sahil) Fenerler(i) İdaresi" arasında uyuşmazlık çıktığında, Devlet Şurası, 12/8/937 tarihinde "Burdur saylavı ve Ankara Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Profesörü Mustafa Şeref Özkan'ın Merkez Bankası İdare Meclisi Reisi Nusret Metya ile İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörü Sıddık Sami Onar'ın hadiseyi halle memur hakem olarak seçilmelerine" karar vermişti⁽⁴⁾.

Hakem kurulunun, ayrıntılı bir inceleme ürünü olan görüşü de, sonuç olarak şöyle özetlenmiş ve anlatılmıştır:

"Hakem heyeti, mes'eleyi vakıfane bir surette tetkik eylemiş ve Fenerler İdaresinin bir imtiyaz olmadığını, menfaati müşterek bir rejiden ibaret bulunduğunu meydana koymuştur. Bu maksatla evvela imtiyazı tarif etmiş ve imtiyaz vasıflarını bu idarede aramıştır.

(3) Onar'ın altı tarafımdan çizilmiş bulunan bu açıklamaları, bir ölçüde, Danıştay Onuncu Dairesinin kararının gerekçesi ile de kanıtlanmaktadır. Çünkü, Yüksek Mahkeme, bu kararında, idarî sözleşmelerin ölçüt ve unsurlarını gerekçe olarak kullanarak, aslında bu davada kendisinin görevli olduğunu vurgulamış ve sanki, bunun doğal sonucu, ilişkinin ancak "imtiyaz" olabileceğini, satır aralarında, varsayarak iptal kararı vermiştir.

(4) OSTEN Necmi, İdarî Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, İstanbul 1938, s. 43.

Filhakika, 'bir âmme hizmeti mukavelesi: bir şahsın masrafı ve vukuunda zarar ve ziyanı kendisine ait olmak üzere, bir âmme hizmetinin işletilmesini ve işletilen âmme hizmetinden istifade edeceklerden tahsil edeceği rüsum ile masraf ve sermayesinin amorti ve temettüünü ve muhtemel zarar ve ziyanların hissesini karşılamayı taahhüt ettiğini bildiren bir akittir.'

'Demek oluyor ki, imtiyaz mukavelesi bir âmme hizmetinin imtiyazını alan şahs nam ve hesabına işletilmesini tazammun eder. Hizmetin, imtiyazı olan şahs nam ve hesabına işletilmesi demek de, imtiyazı alanın, âmme hizmetinin işlemesi için lazım olan sermayeyi getirmesi ve her türlü iktisadî teşebbüslerde olduğu gibi, teşebbüsün zarar ve ziyan ihtimalini üzerinde taşıması keyfiyetidir." Kolas ve Mişel âmme hizmetinin işletilmesini, hukukî ve iktisadî mânasiyle, Devlet namına yapmışlardır. Diğer taraftan bunlar, ne tesis ve ne de işletmek için sermaye koymamışlardır.

Mukavelenin 10 uncu maddesinde 'pazarlık sebebi ile idarenin muattal kalmaması için cibayet edilen rüsumun hükûmet hissesinden bir cüz'ünün ayrılması ve bu suretle Hükûmet hissesinden ihtiyat teşkili" yazılı olduğuna göre, müessislerin bu iş münasebetile üzerlerine aldıkları zarar ve ziyan ihtimali de mevcut değildir.

Şu halde, Devletle bu müteşebbisleri yekdiğerine bağlayan rabıta bir âmme hizmeti imtiyazında bulunması iktiza eden âmme hizmeti işletilmesi, sermaye konması, zarar ve ziyana maruz kalınması gibi unsurlar bulunmadığından, bir âmme hizmeti imtiyazı değildir."⁽⁵⁾

Bu nedenle, Onar, biraz önce anılan "Umumî Esaslar"ında, konu ve sorununa şu satırlarla tam bir açıklık getirmektedir:

"Müşterek emanet bir âmme hizmetinin hasarı devlete ait olmak ve menfaati Devletle müteahhit arasında paylaşılmak üzere hususi bir şahıs tarafından görülmesidir. Müşterek emanetin mevzuu bir âmme hizmetidir. Burada da hizmeti ifa eden kimsenin temin edeceği malî menfaatler vardır. Hizmeti gören hususî şahıs masrafları da yapar ancak temin ettiği malî menfaat masrafları karşılamadığı zaman hasar idareye aittir. Binaenaleyh hizmetin kurulması ve işlemesi için gereken malî vasıta, sermaye idare tarafından temin edilecek ve teşebbüsün uğrayacağı zarara da bu Devlet sermayesi maruz kalacaktır. Böyle bir durumda fert ancak emeğinin karşılığını alamayacak ve fakat sermayesini kaybetmek gibi malî bir hasara maruz kalmayacaktır.

(5) A.g.e., s. 44.

Görülüyor ki imtiyazla müşterek emanet arasındaki tek fark hasar meselesidir: hasar hususî şahsa ait olduğu zaman imtiyaz, idareye ait olduğu zaman ise müşterek emanet mevcuttur.

Müşterek emanette malî vasıtalar Devlet tarafından temin edildiği için hakikatta bir emanet vaziyeti mevcuttur. Bunun emanetten ayrıldığı nokta hizmetin diğer vasıtalarının müteşebbüs tarafından temin edilmesi ve müteşebbisin Devletten maktu maaş veya ücret gibi bir para almak suretiyle onun ecir ve müstahdemi vaziyetine girmeyerek hakkını hasılat üzerinden ve mütehavvil bir şekilde almasıdır.

...
İmtiyaz mukavelesiyle müşterek emanet mukavelesinin karıştırıldığı nokta şudur: Devletle fert arasındaki mukavelede görünürde fert bir sermaye koymuştur. Bu sermayenin teşebbüse tahsisi hasarın müteşebbise ait olduğunu gösterir, ancak Devlet te müteşebbise karşı giriştiği malî taahhütler arasında bu sermayeyi koruyacak vecibeler altına girmiş, onun açığını kapatmak üzere lüzumunda malî yardımlarda bulunmayı, malî yardım karşılığı bir para ödemeyi (subvention) taahhüt etmiştir. Böyle bir taahhüt, yukarıda da söylediğimiz gibi, imtiyaz mukavelelerinde bulunabilir, ancak bu malî yardım müteşebbisin sermayesini her türlü hasardan koruyor ve kurtarıyorsa hakikatte imtiyaz mukavelesiyle müşterek emanet arasındaki tek kriter ve imtiyaz mukavelesinin esaslı unsuru olan hasar ortadan kalkıyor demektir. İşte bu hal **imtiyaz mukavelesi gibi görünen mukavelenin hakikî mahiyetinin müşterek emanetten ibaret olduğunu** gösterir ve onu müşterek emanet hükümlerine tâbi kılar."⁽⁶⁾

Kamu hizmeti imtiyazı ile müşterek emanet arasındaki farkı belirlemeye ilişkin bu sorun acaba 1930'larda mı kaldı ve sadece bununla Türk İdare Hukukunda mı karşılaşıldı? Hiç böyle sanılmasın, çünkü 1948 tarihini taşımakla beraber, Fransız İdare Hukukçularının ders kitaplarının günümüzde yapılan basılarında da yollamada buldukları⁽⁷⁾ bir makalesinde, WALINE, şöyle söylemek zorunda kalıyor: "(s)orunun zorluğu, herşeyden önce ne kamu hizmeti imtiyazı ne de müşterek emanet konusunda hiç bir yasal ve yargısal tanım bulunmamasından kaynaklanmaktadır."

Fransız İdare Hukuku otoritesi söze böyle başlamakla beraber daha sonra Watrin'in iktisadî kamu hizmetlerine ilişkin bir değerlendirmesini de anarak, "asıl girişimci kamunun kendisi olup elde edilen gelirin bir kısmını o

(6) A.g.e., s. 540-541. Bazı yerlerin altı tarafımdan çizilmiştir.

(7) VEDEL George-DELVOLVE Pierre, Droit Administratif, Paris-P.U.F., 1984 9 uncu Bası, s. 1129.

işi yüklenen ile paylaşmayı kabul etmekle"⁽⁸⁾ ortak yararlı işletme yani "müşterek emanet" in gerçekleştiğini yazmaktadır⁽⁹⁾.

Öte yandan, "MM Marc et Bérenger" davasında, Conseil d'Etat'ın "Paris"te havagazı hizmetinin, kent adına müşterek emanet usulüyle" yapıldığına ilişkin kararı da bu konuda en önemli örnek olarak gösterilmektedir. Waline'e göre "kent adına" formülü ve eğer bir zarar sözkonusu olursa bunun kamu tarafından üstlenilecek olması Yüksek Mahkemenin bu ilişkiyi "ortak yararlı işletme" olarak nitelemesinde en önemli etken olmuştur.

Sonuç olarak "ortak yararlı işletme"nin tanımı ve unsurları şöyle belirlenip özetlenebilir:

"Fransız doktrin ve uygulamasında 'régie simple' (alelâde emanet)den farklı olarak 'régie intéressée' (müşterek emanet) adını alan bu usul, emanet ile imtiyaz arasında bir yer tutmakla beraber daha ziyade emanete benzer; gerçekten bu usulde de emanette olduğu gibi İdarenin kendi aynî vasıtalarını (eşyasını) vermek suretiyle kurduğu bir kamu hizmetinin sadece işletilmesi bir özel kişiye verilmiştir. Oysa imtiyazda sermayesi ve hizmetin eşyasını temin eden İdare değil, imtiyazcıdır. **Müşterek emanette, hizmetin fertlere arz edilmesi sonucu elde edilen gelirin bir kısmını özel müteşebbis alır, bir kısmı da İdare tarafından alınır.** Hizmeti kuran ve finanse eden İdare olduğu için, müteşebbis hizmetin maruz bulunduğu zararları yüklenmez. İşletmenin zarar etmesi halinde müteşebbisin kaybettiği şey olsa olsa emeğidir. Faaliyetten net bir gelir elde edilememişse müteşebbis İdareden (aksine bir sözleşme hükmü yoksa) bir şey istiyemez.

Müşterek emanet usulünün bizdeki uygulaması yabancı firmalar tarafından Osmanlı İmparatorluğu devrinde işletilen Deniz Fenerleri ve bir de Tütün rejisidir. İmparatorluk İdaresi bu şirketlerden, elde ettikleri kazanç üzerinden bir faiz almakla yetinmekteydi. Bu işletmeler de I. cumhuriyet devrinde millîleştirilmiştir."⁽¹⁰⁾

Bu teorik esaslardan hareket ederek, "Aktaş" konusunda, Türkiye Elektrik Kurumu ile imzalanmış bulunan "Devir Sözleşmesi" ile ortaya çı-

(8) WALINE Marcel, La notion de régie intéressée, in Revue de droit public, 1948, s. 337-346.

(9) Waline de, Onar gibi, bu durumda "girişimcinin sene sonunda hasılat üzerinden bir (tür) risturn almak" suretiyle bir kazanç sağladığı ve böylece, kurulmuş bulunan ilişkinin "artık bir imtiyaz değil de müşterek emanet haline dönüştüğünü" kabul etmektedir (WALINE 343-344, ONAR 540). Özel girişimcinin başarılı olduğu ölçüde değişen kazancının bir tür prim sayılması gerektiği (VEDDEL-DEL VOLVE, a.g.e. s. 1130) konusunda öğretilerde duraksama yok gibi görünmektedir.

(10) AZRAK Ali Ülkü, Kamu Yönetimi Ders Notları, İstanbul 1976, s. 50.

kan ilişkisinin ne olduğunun belirlenmesi mümkündür. Ancak bunun için önce Danıştay Birinci Dairesinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının istemi üzerine hazırladığı istişarî mütalaa'yı da irdelemek gerekmektedir.

Fransa'da yüzyılın başlarındaki kamu hizmetleri imtiyazı rejimine ilişkin esas ve usulleri içeren bizim Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Kanunumuz 1960'lara kadar yeterli ve uygulanabilir bir statü sayılabilirse de Duran'ın anlatımıyla "bugün artık ihtiyaçları karşılamaktan uzak"⁽¹¹⁾ bir hale gelince birçok alanda çıkarılmaya başlanan özel yasalar bu arada bizi asıl ilgilendiren 3096 sayılı Kanun ile neyin amaçlandığı bir yana, öğretide ortaya atılan bazı görüşler sonucu. Başbakanlık Danıştay'dan bir görüş istemişti. Kanun ve daha sonra çıkarılmış Yönetmeliği nesnel ve herhangi bir somut ilişkiyi sözkonusu etmeden değerlendiren Birinci Daire'nin vardığı sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1 – Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı bir kamu hizmetidir.

2 – Bu hizmet bir kamu iktisadî kuruluşu olan Türkiye Elektrik Kurumu tarafından üstlenilmiştir.

3 – Bu konuda yapılacak sözleşmelerin niteliği "idarî"dir.

4 – "Kısaca, kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi sözkonusudur. Kamu hizmeti imtiyazlarında, bu anlatımda yer alan kamu hizmeti ve idari sözleşme unsurlarının birarada bulunması vazgeçilmez bir zorunluluktur."

Mütalaa eğer burada son buluyor olsa idi, Birinci Daire'nin, başka hiçbir olasılığı düşünmeden kamu hizmeti artı idari sözleşme eşittir imtiyaz şeklinde bir özdeşleştirme yaptığı ve Onuncu Daire'nin de Eycan kararında özellikle bu 4 üncü nokta olarak aktarılan "denklem"i bir formül gibi olaya uyguladığı ve iptal ettiği düşünülebilirdi. Buna karşılık, Birinci Daire, imtiyaz tanımlarken bir kamu hizmetinin "giderleri ile kâr ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere" kurulmasını esas almakta ve buna bağlı olarak işletme devir unsurlarına yer vermektedir. Biz de aynı noktadan hareketle, "Aktaş" olayındaki iptal edilen "devir sözleşmesi"ne göre bir "imtiyaz usulü"nü sözkonusu olup olmadığını belirlemeye çalışalım. Zira, soyutta başka bir şekilde değerlendirilebilecek ilişkilerin, belli bir yasal çerçevede işinde, çeşitli firmalarla imzalanmış bulunan "Tesis" ve "Görev" sözleşmelerinin içerikleri, yani ihtiva ettikleri hükümler ve ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından bazen "iltizam", bazen "müşterek emanet usulü", bazen de kendine özgü bir tür "ruhsat" gibi mütalaa edilebilmeleri de mümkün olabilir.

(11) DURAN Lütfi, İdare Hukuku Dersnotları, İstanbul 1982, 4 üncü Bası, s. 330.

Bu noktada bir an için, tekrar, Birinci Daire'nin istişarî mütalaasına ve orada yer alan ilişkiyi belirlemede etken olan unsurlara dönelim. Bunlardan birincisi, kamu hizmetinin özel girişimci tarafından "kurulma"sıdır. Somut olayda bu unsur mevcut değildir. Daha doğrusu elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını kamu hizmeti özel girişimci tarafından kurulmamıştır ve bu etkinliklerden ikisi yapılmamaktadır da. Zira elektrik kamusal tesislerde üretilip yerleşim merkezlerine iletilmekte e özel girişimciye de sadece "dağıtım" için verilmektedir⁽¹²⁾.

İşin geçmişine bakıldığında bu "dağıtım" kamu hizmetini TEK de kurmamıştır. Hizmet 1939'da bir kanunla kurulan "İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel (İETT) İşletmeleri Umum Müdürlüğü" tarafından, (galiba yabancılara) yaptırılan tesislerle yürütülürken, 1970 de, yine bir kanunla TEK oluşturularak dağıtım işi de belediyeden alınıp bu kamu iktisadî kuruluşuna verilmiştir. Şu halde kamu hizmetinin "kuruluş"u idare tarafındandır.

Buna karşılık "Devir Sözleşmesi" ile acaba kurulu hizmetin "tesisleri" de özel girişimciye verilmiş midir? Sözleşme hükümlerine göre tesislerin verilmesi de sözkonusu olmamıştır. Vermek, eğer teknik hukuksal terimler kullanılacak olursak ya mülkiyet ya da usus fructus yani yararlanma ve yararlan-dırma, bir diğer deyişle "intifa" hakkı demektir. Halbuki, bu somut olayda belki bir "faaliyet sürdürebilmek için yararlanma"dan sözedilebilir ama, her ne şekilde olursa olsun başkasına "devir yasağı" da içeren sözleşme hükümlerine göre, özel girişimcinin sadece dağıtım faaliyeti yürütüldüğü süreyle sınırlı olarak tesisleri "kullanma" yani bir tür "sükna" hakkı vardır denebilir. Daha da doğrusu, oturmak sözkonusu olmadığına göre, ortada özel girişimci lehine tam bir "irtifak"ın varlığını kabul etmek gerekir.

"Devir Sözleşmesi"nin 1 inci maddesindeki anlatımıyla "Türkiye Elektrik Kurumuna ait elektrik DAĞITIM tesisleri", 5 inci maddedeki "mülkiyeti TEK'e ait" ifadesi ve en önemlisi 17 nci maddenin son paragrafındaki "işletme hakkı devir edilecek tesisler" belirlemesi hep bunu kanıtlayan for-müllerdir.

Öte yandan, 6 ncı maddeye göre büro, atölye, işyeri ve lojmanların Şirket tarafından TEK'den kiralanabilmesi, bundan da daha önemlisi devredilen her türlü dağıtım tesisleri ile iş makinalarının "TEK tarafından sigorta ettiril(mesi)"ne ilişkin hüküm hep bu süreli izin verme ya da "irtifak" kavramını tartışmasız bir biçimde gösteren kanıtlardır.

(12) Hatta buradaki ilginç durum TEK tarafından Aktaş'a sanki bir satış değil de ileride hesaplaşmak üzere veriş gibi bir olayın sözkonusu olmasıdır. Gerçi iki kuruluş arasındaki 1/7/1990 tarihli "Enerji Satış Anlaşması" burada gerçek bir alış-verişin sözkonusu olduğunu göstermektedir ama, onu bir tarafa bırakarak sadece "Devir Sözleşmesi" hükümlerine bakacak olursak, burada çok "kendine özgü" bir "satış"ın bulunduğu da gerçektir.

Sonuç olarak kamu hizmeti idare tarafından kurulduğu gibi tesisler de onun olmaya devam etmekte, ancak faaliyet için özel girişimcinin bunlara ihtiyacı nedeniyle süreli bir biçimde yararlanmasına izin verilmektedir. Bu şekliyle de, kamu malından özel ve istisnai yararlanmanın bir türü olan "ruhsat" ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

İmtiyaz, ya da moda deyimiyile "yap-işlet-devret" formül ve usulünün kamu hizmetinin "kurulma"sına ilişkin bu değerlendirmeden sonra, "işletme"yi, sonra bu noktaya yeniden dönmek üzere şimdilik bir tarafa bırakarak, "devretme"yi ele alacak olursak görürüz ki, bu da kurumun esaslı üç yapıcı unsurundan biridir. Nitekim "imtiyaz usulü"nde bir kamu hizmetinin kurulması, belli bir süre işletilmesi ve sonunda da tüm malvarlığının bedelsiz olarak İdareye devredilmesi sözkonusudur. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesinin süresinin sona erdiği zaman, o hizmete ilişkin tüm malvarlığı, kendiliğinden İdareye devredilmiş olur⁽¹³⁾.

Bu teorik esası, somut olay ve sözleşmeye uygulayacak olursak görürüz ki, "devir" edilen zaten biraz önce de vurgulandığı gibi sadece bir "işletme hakkı" olduğundan bunun sona ermesi ile aslında Idarenin mülkiyetinden hiçbir zaman çıkmamış bulunan malvarlığının da yine aynı Bakanlık ve uygun göreceği "kuruluş"a dönmesi veya geçmesi sözkonusudur. Öte yandan, "Görev Şirketi Sözleşmesi" de, 22 nci maddesinin başlığı olarak "(i)şletme (h)akkı (d)evredilen (t)esislerin (i)adesi" ifadesine yer verdiği için, yukarıda da vurgulandığı gibi hizmeti yürütmek için ödünç alınan bir malvarlığı veya kiralanan tesislerin geri verilmesi sözkonusudur ki, bu da klâsik anlamda bir imtiyaz usulünün dışında bulunduğumuzu gösterir.

Sadece bu kadar da değil. Sözleşme'nin 36 ncı maddesinin (c) fıkrası, işletme sırasında gerekli görülen ve Bakanlık tarafından onaylanarak Şirketin gerçekleştirdiği yeni ya da idame ve yenileme yatırımları "kredi kullanılarak borçlanmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise; tesisi devralan kuruluş(un) bakiye borcu aynı koşullarla ödemeyi taahhüt edece(ğini)" öngörmektedir. Dahası, yine aynı maddenin bir hükmüne göre "(ş)ayet bu idame ve yenileme yatırımları Şirket'in özkaynakları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise; tesisi devralan kuruluş(un) bu yatırım için Bakanlık'ın onayladığı gelir-gider fon tablosundaki esaslara uygun olarak bakiye borcu Şirket'e taahhüt e(tmesi) ve ö(demesi) gerekmektedir⁽¹⁴⁾.

(13) ÖZAY, a.g.e., III, s. 61. DURAN da, a.g. "Dersnotları"nda, "süresi sonunda işletme bedelsiz olarak İdareye geçer" (s. 340) demektedir. Zaten bu konuda öğretilde herhangi bir duraksama yoktur.

(14) Madde bu idame ve yenileme yatırımlarının finansmanının FON'dan hibe şeklinde karşılanmış olması halinde, yani paranın İdareden çıkıp yine onun malvarlığına girmiş bulunması durumunda Şirket'e herhangi bir ödeme yapılmıyacağını öngörmektedir ki, bu da hem teorik esası hem de alışlagelmiş "imtiyaz usulü" dışı bir ilişki ile karşı karşıya olduğumuzu kanıtlayan bir hükümdür.

İmtiyaz usulünde, ilişkinin olağan sona eriş anında, yapılmış olan tüm yatırımlar ve sahip olunan malvarlığının, Birinci Daire'nin "görüşü"nde yer alan ifadeyle "tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerinden arî olarak Devlete bedelsiz olarak geç(mesi)" kural olduğundan Sözleşmenin bu hükümlerinin başka bir "kurum" ile karşı karşıya olduğumuzun açık-seçik kanıtlarından biri şeklinde nitelenebileceği kanısındayım.

Görev sözleşmesine bakınca sanki bir tür "ruhsat", işletme devir hakkını düzenleyen metnin hükümlerine göre de "imtiyaz usulü" dışı bir ilişki deyince akla acaba İdare Hukuku böyle bir durumu öngörmemiş ve çözümlememiş midir diye bir soru takılabilir. Bu sorunun cevabını yine Üstad Onar'ın kaleminden birlikte okuyalım:

"Emanet ile imtiyaz arasında mutavassıt bir şekil, müşterek emanet şeklindedir. Bu işletme şeklinde hizmet gene hususi bir şahıs tarafından idare edilir. Bu şahıs bir sermaye koymaz, sermaye idare tarafından konulmuştur. Binaenaleyh zarar ve hasar idareye aittir. Hususi şahıs ihtisas ve emeği ile bu hizmete iştirak etmiştir. Masraflar hizmetin getireceği hasılâtle karşılanır, hasılâtın mütebakisi, aralarında kararlaştırılacak şekilde, idare ile işleten kimse arasında taksim edilir. Eğer böyle bir bakiyye yoksa işleten kimse bir şey talep edemeyecek veya hut aralarında kararlaştırılmış olan asgari bir para istiyecektir. Hasılât, masrafları karşılayacak derecede olmazsa idare bunu temin etmekle mükelleftir. Bu duruma nazaran müşterek emanet halinde hizmeti işleten kimse maktu olmayan ve hasılata göre azalıp çoğalan bir ücret mukabilinde çalışan bir ecir vaziyetindedir.

Müşterek emanet ile imtiyaz arasındaki en mühim mahiyet farkı, müşterek emanette sermaye ve hasarın idareye ait olması ve zarar halinde müteşebbisin sadece emeğinin karşılığını kaybetmesi, imtiyaz halinde ise sermayenin ve dolayısıyla zarar halinde hasarın müteşebbise ait bulunması yani müteşebbisin kârı ile beraber sermayesini de kaybetmek tehlikesine maruz kalmasıdır. Hattâ imtiyaz adı verilen bir işletmede mukavelede mevcut hükümlere nazaran idarenin müteşebbise yardımı sermayeyi teşkil edecek derecede geniş olur ve zarar halinde de bu zarar netice itibariyle idareye raci olacak kadar müteşebbis zararına iştiraki azaltılmış bulunursa mukavelenin hakiki mahiyeti imtiyaz mukavelesi olmaktan ziyade, müşterek emanet sayılmak icap eder. Osmanlı İmparatorluğunda sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi için müteşebbislerle akdedilmiş olan mukavele cumhuriyet devrinde işletenlerle Devlet arasında çıkan bir ihtilâf üzerine hakemlerce müşterek emanet sayılmış ve işletme işi bu suretle tasfiyeye tâbi

tutularak fenerlerin işletilmesi Devlet işletmesi haline konulmuştur"⁽¹⁵⁾.

Bu teorik esastan hareket ederek "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" hükümlerini incelediğimizde ise şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır:

1 - "TEK ile Şirket'in Tarife Üzerindeki Müşterek Çalışma Esasları" kenarbaşlığını taşıyan 25 inci madde, "...(bir) yıl içinde (g)örev (b)ölgesindeki elektrik enerjisi satış hasılatından Ş(irket'e) kalacak mutasavver miktarı(n) ...anlaşma suretiyle belirle(neceği) ..." "Ş(irket)'in bir önceki yıla ait gerçek elektrik enerjisi satışından elde etmiş olduğu tüm hasılatın alacağı miktarı (TEK'le) müştereken tesbit edip B(akanlık)'in onayına sunaca(ğı)" ve "B(akanlık)'ca onaylanıp kesinleşen bu miktara göre TEK ile Ş(irket) arasında gerekli mahsuplaşma(nın) yapılaca(ğını)" öngörmektedir.

2 - "Ö(demeler) kenarbaşlığını taşıyan 26 ncı maddeye göre de, "...aylık bazdaki bir yıllık süre için enerji hasılatı(nın) Ş(irket) ve TEK tarafından müştereken tahmin edilerek bu husus(un) bir protokola bağlanaca(ğı)" ... "... her aylık enerji hasılatının TEK'e ait miktarı(nın), hasılatın ait olduğu aydan itibaren en geç 30 gün içerisinde TEK'in göstereceği hesaba Ş(irket) tarafından nakden ödenece(ği)"; "(y)ılın son gününü takip eden 30 gün içerisinde (de) taraflar(ın) kesin değerler üzerinden elektrik enerjisi satışından elde edilen tüm hasılatı tesbit ederek, TEK'e ve Ş(irket)'e ait olarak kesin miktarları hesaplayıp yıl içerisinde yapılan ödemelerden gereken mahsuplaşma(nın)..." gerçekleşmesi gerekmektedir⁽¹⁶⁾.

Dağıtım işini bu elektrik enerjisi satışı ve elde edilen hasılatın bölüşümünü de gözönünde nitelememiz gerekirse, daha önceki sayfalarda verilen Paris gaz şirketi örneğindeki gibi, bunun "kent adına" yani bir "müşterek emanet" ya da "ortak yararlı işletme" olduğu pekâla söylenebilir⁽¹⁷⁾.

Özetle ve sonuç olarak, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi", temeli, dış görünüşü, hatta biraz da adı nedeniyle ilk bakışta tipik bir "imtiyaz usulü" belgesi gibi görünse de, içeriğini inceledikten sonra maddi bakımdan bir nitelendirme yapmak gerektiğinde, ortaya çıkmış bulunan ve karma nitelikli

(15) ONAR, a.g. Umumi Esaslar, s. 45.

(16) Bu hükümler tek başlarına ele alındığında, Şirket'in tüm bu faaliyeti TEK "nam ve hesabına" yaptığı, adeta, teknik olmayan bir terimle onun "taşeronu" konumunda olduğu anlaşılmaktadır.

(17) Buna karşılık önce "dağıtım" sözkonusu olmasa, yukarıda incelenen hükümler "iltizam" ile çok büyük bir çağrışım yapmaktadır. Zira Fransa'da kabul edilen anlamı ile "iltizam" işletmenin belli bir bedel karşılığı özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesidir. Buna karşılık "özel kişiye götürü veya orantılı kazanç ya da ücret karşılığında anlaşma ile bir idarî işin gördürülmesi" demek olan "iltizam" ve müşterek emanet imtiyazdan tamamen ayrı ve farklıdır. (DURAN, a.g. Dersnotları, s. 333-334).

işlemlerin bir "bileşimi" olan ilişkinin "ortak yararlı işletme" ya da "müşterek emanet" olma yanı ağır basmaktadır⁽¹⁸⁾.

Başta, önce Onar daha sonra da Azrak'ın müşterek emanet konusunda yazdıklarını anmıştık. Şimdi de adı geçen eserlerden daha sonra yayınlanan ve bu bakımdan da, eğer bir gelişme olmuşsa, onu da yansıtacak bir ders kitabında bu konuda yazılana bakalım:

"... masrafları ile kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere İdare, sözleşme ile elindeki bir kamu hizmetinin işletilmesini bir müteşebbise, **göreceği işin niceliği ve toplayacağı gelirler tutarı ile orantılı veya götürü bir kazanç karşılığında** verdiği taktirde 'imtiyaz' değil 'müşterek emanet' (régie intéressée) usulü sözkonusu olur. Çünkü, kamu hizmeti imtiyazının önemli şartlarından biri, teşebbüsün içerdiği riskin imtiyaz sahibi üzerinde olması ve İdarenin ancak istisnaen yardımda bulunmasıdır.

Oysa, müşterek emanette müteşebbis sadece bilgi, beceri ve emeğini koymakta ve karşılığını şu veya bu ölçüde mutlaka almaktadır; faaliyetin sonuçlarından yarar sağlayabilir, fakat zarar görmez. ..."⁽¹⁹⁾.

Bu konu ve soruna ilişkin olarak, öğretide şimdiye kadar yazılanlar ve varılan sonuçları da şöyle özetleyebiliriz:

"Klasik İdare Hukuku kitaplarında da ülkemize ilişkin sadece tek bir örneği gösterilen 'müşterek emanet usulü' bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesini anlatmak için kullanılan bir terimdir.

Müşterek emanet usulünde İdare ile özel hukuk kişisi arasında, kamu hizmeti imtiyazında olduğu gibi karma nitelikli bir sözleşme imzalanmakta ve bu 'idarî' sayılmaktadır. Her iki durumda da taraflardan biri 'İdare' olan sözleşmenin içeriğine bakarak 'imtiyaz' mı yoksa 'müşterek emanet' mi sözkonusu olduğu anlaşılabilir. Zira aradaki tek fark hasarın kime ait olduğu noktasında görülmektedir. Hasar özel hukuk kişisinin ise 'imtiyaz' İdareye ait ise de 'müşterek emanet' usulü var

(18) Aktaş bir özel hukuk tüzel kişisi olmakla beraber, aynı zamanda, Ticaret Sicili'nde kayıtlı bilgilere göre TEK'in de bu kuruluşta % 15 oranında hissesi buhlunmaktadır. Yani İdare Hukuku açısından bakılınca ve teknik terimlerle bir "iştirak"tir. Bu bakımdan da, aslında bilerek ya da bilmeyerek "İşletme Devir Hakkı Sözleşmesi" ile bir "müşterek emanet usulü"nü gerçekleştirilmiş olması, bu çerçevede de sebepsiz değildir.

(19) DURAN, a.g. Dersnotları, s. 333. (Altını ben çizdim).

demektir. Bazıları 'öngörülemezlik' kuramı nedeniyle 'imtiyaz' usulünde de zararın tamamen özel hukuk kişisi üzerinde kalmadığını, bu bakımdan da aradaki farkın pek belirgin olmadığını iddia ile başka ölçütlerin yardımına ihtiyaç duyulduğunu savunuyorlarsa da, kanımca ilkinde araya mutlaka bir yargısal 'destekleme' kararının girmesi zorunluğunu, bunda ise hasar ve zarar konusunun, istisnai bir durum olması gerekse de mutlaka sözleşmede yer almasının yeterli sayılması aradaki farkın pek de belirsiz olmadığını göstermektedir.

Müşterek emanette sermaye İdareye aittir. Özel hukuk kişisi emeği ve bilgisi ile hizmeti yürütmekte ve masraflarını da yararlananlardan alınan bedelin bir kısmı ile karşılamaktadır. Arta kalan da İdare ile bu kişi tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı ölçüde paylaşılacağından, bu fazlalık olmaması durumunda özel hukuk kişisi ya hiçbir şey elde edememekte ya da ancak kendi hakkını isteyebilmektedir. Böyle bir durumda da zarar idarenin sermayesi ya da payından karşılanmış olmaktadır.

İmtiyaz usulünde özel hukuk tüzel kişisi gerçek bir 'girişimci' niteliğini taşımakta, önceden sözleşme ile veya sonra İdare tarafından belirlense de, yine bir karşılığı yararlananlardan kendi nam ve hesabına almaktadır. Buna pekâla 'kâr' adı verilebilir. Müşterek emanette ise, özel kişi, başkası, yani İdare hesabına işgören niteliği ile başarılı olduğu ölçüde değişen bir kazanç elde etmekte, bu da bir tür 'prim' sayılmaktadır."⁽²⁰⁾

Sonuç olarak ve özetle 4 Aralık 1984 gün ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" tıpkı halen yürürlükte bulunan "Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat" gibi bir genel ilke belirlemiş ve çerçeve çizmiştir. Aradaki tek fark, birinin "genel" diğeri ise elektrik alanında" özel yasa" olmasındadır.

(20) ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1992, s. 130-131.

Burada ve somut olaya ilişkin olarak Şirket'in hem de küçüksenmeyecek bir sermayesinin bulunduğu ve dolayısıyla teoride yazınlara uygun bir durumun olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Nevarki, günümüzde işportacılık yapan bir kimsenin bile sermayeye ihtiyacı olduğu da bir gerçektir. Ancak dikkat edilirse, elektrik dağıtım faaliyetinin "aynî sermaye"si İdareye aittir. Kaynağı, yani enerji de yine İdareye ait tesislerde üretilmektedir. O halde, Şirket'in sermayesi bu faaliyet nedeniyle değil özel hukuk tüzel kişisi olabilmesi içindir. Üstelik bu sermayede İdare de (TEK) bir pay sahibidir. Kaldı ki kaynak ve tesisler İdareye ait bile olsa bu çapta bir işletme için herhalde yüklü bir sermayeye ihtiyaç vardır. Öte yandan, enerji İdareden satın alınarak daha yüksek bir bedel karşılığı dağıtıldığından zarar riski de sözkonusu değildir. Sermaye sorununa ONAR da (s. 5) değinmektedir. Bütün bu değerlendirmeler sonunda da ortaya çıkan durumun "müşterek emanet" in teorik tanımına uygun olmadığı söylenemez.

Bu özel yasa ve ona bağlı yönetmelikler nesnel olarak ele alındıklarında kamu hizmeti imtiyazı usulünü öngörüp düzenlediklerinde kuşku yoktur. İşte bu nedenle de, öğreti konuya şimdiye kadar o açıdan bakmış, Danıştay Birinci Dairesi de 1992 tarihli istişari mütalaasında bu teorik esası tekrarlayarak karara bağlamıştır.

Bununla beraber, hukukta bir kurumun adı, büründüğü şekil veya onunla ulaşılmak istenen ve kamu yararı olarak anılan soyut amaç yanıtıcı olabilir. Kurumların ve ilişkilerin gerçek ve maddî nitelikleri ancak onların içeriklerini irdeleyip sınıflandırmakla belirlenebilir. Bu nedenle, Bakanlığınızın çeşitli şirketlerle kurduğu ilişkinin niteliğini herbir somut olayda sözkonusu olan sözleşmelerin içeriklerine göre belirlemek en sağlıklı yol olacaktır.

Aktaş olayına gelince, Türkiye elektrik Kurumu ile bu şirket arasında imzalanmış bulunan "İşletme Hakkı Devir sözleşmesi" ile kurulmuş bulunan ilişki ve çizilen çerçeve, sözkonusu belgenin çeşitli hükümlerinin incelenmesinden anlaşıldığı ve yukarıda da gerekçeli biçimde anlatıldığı gibi bir "ortak yararlı işletme" ya da, daha yerleşik terimlerle "müşterek emanet"⁽²¹⁾ tir.

Bu değerlendirme, Danıştay kararına neden olan uyuşmazlıkta varılan sonucu değiştirir mi? Aktaş'ın başvurusu üzerine bu konuda görüş açıklayan İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın A. Ülkü Azrak da, aşağı yukarı benzer gerekçelerle, ortaya çıkmış bulunanın "müşterek emanet" olduğu sonucuna varmıştır. Azrak, henüz yayınlanmamış olan "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki (Kuruluşlara) Elektrik Enerjisi Üretimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev ve İşletme Hakkı Verilmesi Esasları Hakkında Bilimsel Görüş"ünün "Sonuç" kısmında şunları yazmaktadır:

"Dava konusu İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi"nin öne sürülen bilimsel kanıtlar karşısında, bir **imtiyaz sözleşmesi değil, müşterek emanet sözleşmesi niteliğini taşıdığı** kabul edildiği takdirde, bunun geçerlik kazanması için Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesinin **gerekmediği** sonucuna varılması zorunludur. Çünkü yargılama usulüne ve yargı organlarının görevlerine ilişkin bütün yasa hükümlerinde görüldüğü gibi, Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrası ile Danıştay Kanunu'nun 23/d, 42/c ve 46/b maddeleri hükümlerinde geçen **imtiyaz sözleşme ve şartlaşma** teriminin teknik ve bilimsel bakımdan imtiyaz kavramının dışında kalan usulleri kapsayacak bir geniş yoruma tabi tutulmaması gerekir."⁽²²⁾

(21) Böylece İdare Hukuku ders kitaplarına da, bundan sonra, Osmanlı Fenerler İdaresi dışında "müşterek emanet" in bir örneği daha konulabilecektir.

(22) AZRAK A. Ülkü, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki (Kuruluşlara) Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev ve İşletme Hakkı Verilmesi Esasları Hakkında Bilimsel Görüş (yayınlanmamıştır), s. 11-12.

Bununla beraber, başta anılan ünlü makalesinde Waline, Watrin'in "L'Administration de la troisième republique/Üçüncü Cumhuriyetin İdaresi" isimli eserinin 453 üncü sayfasına yollama yaparak "iktisadî kamu hizmetlerinde 'müşterek emanet' özel bir işleyiş (ya da yürütülüş) biçiminden daha çok 'imtiyaz'ın değişik bir şekli gibi görünmektedir" demek suretiyle iki kurumun neredeyse birbiriyle özdeş olduğu sonucuna varmaktadır. Böyle olunca da, ha "imtiyaz" ha "ortak yararlı işletme" bu ilişkiyi doğuran sözleşme veya belgenin Danıştay incelemesinden geçirilmesi anayasal bir zorunluluk sayılmak gerekir. Dolayısıyla gerek Onuncu Daire gerekse Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu'nun kararları gerekçe yönünden olmasa da varılan sonuç bakımından doğrudur⁽²³⁾. Ben de, Danıştay incelemesine sunulsaydı bile uygun görülecek böyle bir ilişkinin anayasal usulü değil de gerçek niteliği bakımından, aslında nesli tükendiği sanılan "müşterek emanet" in ilginç bir örneği sayılabileceğini raslantı sonucu farketmişimden "Aktaş" olayında bu "ortak yararlı işletme" tezini ortaya atmıştım. Belki de zamanlaması iyi yapılmamış olduğundan Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu önünde arzu ettiğim değerlendirmeye, ilk aşamada ulaşamamışsa da, ileride bu görüşün yine aynı Yüksek Yargı ve bilim çevrelerinde daha büyük bir dikkate layık bulunacağını umuyorum.

(23) Nitekim, Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, oyçokluğuyla verdiği ve henüz yayınlanmamış 21.1.1994 tarih ve E. 1993/358-K. 1994/10 sayılı kararıyla davalı Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü'nün temyiz başvurusunu reddetmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme ne daha önceki yürütmenin durdurulması istemini red ne de bu son kararında hukuksal ilişkinin niteliğini irdeleyen gerekçelere yer vermemiştir. Giderek, karar tarihinde Danıştay Başkanı olan Sayın Metin GÜVEN ile Sekizinci Daire üyesi Sayın Nurşen ÇATAL'ın ortak karşı oylarında bile bu konu çok üstü kapalı bir biçimde ele alınmıştır.