

idarelerin taraf olduğu İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ve Kira Sözleşmesi

Kullanma ve yararlanma hakkının devrini hedefleyen kira sözleşmelerinin, idarenin taraf olduğu ve kira sözleşmesi ile benzer unsurlar taşıyan diğer sözleşmelerden ayırt etmek gerekmektedir. Bu bağlamda işletme hakkı devir sözleşmelerinde de, tıpkı kira sözleşmesi gibi, sözleşme taraflarından biri, karşı tarafa sözleşme konusunun belirli bir süre kullanıldıktan sonra devrini borçlanmaktadır.

4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”un “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15. maddesinde, kiralama ve işletme hakkının devrini, işletme hakkı verilmesini hedefleyen sözleşmeler değil fakat işletme hakkı verilmesi yöntemi olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez

Buna karşılık, işletme hakkı devri sözleşmesinin İdare Hukuku’ndaki görünüm biçimleri kira sözleşmesiyle tamamen özdeş değildir. Nitekim burada anlatılacak husus da, işletme hakkı devri sözleşmesinin kira sözleşmesinden ayrılan yönlerini belirlemek amacıyla işletme hakkı devri sözleşmelerinin özellik arz eden noktalarını ele almaktır.

“İşletme hakkı devri sözleşmesi” terimindeki “işletme hakkı devri”, Türk hukukunda iki anlama gelecek biçimde kullanılmaktadır. İşletme hakkı devri, ilk olarak düzenlendiği 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”da ve daha sonra 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi

Hakkında Kanun”da, belirli tür kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesi yöntemi olarak; 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”da ise, bir özelleştirme yöntemi olarak düzenlenmiştir.

İşletme hakkı devri sözleşmesi ise, 3096 sayılı Kanun’a dayanarak çıkarılan Yönetmelik’te, “*mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına ait olup, (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) görev şirketlerine işletme hakkı verilecek tesisler için ilgili kuruluş ile görev şirketi arasında düzenlenen sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. İşletme hakkının devrini bir özelleştirme yöntemi olarak düzenleyen 4046 sayılı Kanun’un 18. maddesine göre ise, “işletme hakkının verilmesi; kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin -mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla- bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir.”

Mülkiyeti kamu tüzelkişilerine ait bir işletme, bu işletmeler üzerindeki işletme hakkının bedel karşılığında ve belirli bir süre ile özel hukuk kişilerine devri. İşletme hakkı devrinde, belirli bir hizmetin görülmesi için gerekli olan tesisin kurulması söz konusu olmamakta; bu devirle, kurulmuş bulunan kamuya ait bir tesisin, bir özel hukuk kişisi tarafından sadece işletilmesi suretiyle, bir kamu hizmetinin gördürülmesi amaçlanmaktadır.

Ancak eklemek gerekir ki, işletme hakkı devir sözleşmeleri her durumda, kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin bir idari sözleşme olmayabilir. İdarenin özel hukuk alanında bir faaliyeti söz konusu olduğunda, örneğin özelleştirme programındaki bir otelin veya fabrikanın işletme hakkının devri için yapılan sözleşmelerin idari sözleşme olmadıkları söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da, işletme hakkı devir sözleşmelerinin, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Anayasa'nın 155. maddesine göre 'imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek', Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu son derece açık hüküm gereği, kamuya ait elektrik, üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkının devri, bir imtiyaz sözleşmesinin konusu olacak, bu nedenle de Danıştay denetiminden geçecektir ve normal olarak; yaptığı sözleşmelerde 'kamunun çıkarlarını kollayan' idarenin bundan çekinmesini gerektiren bir durum yoktur. (...) Bu açıklamalar karşısında 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür." (AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 09.12.1994, RG., 24.01.1995/22181)

"(...) Bu durumda, yukarıda anılan yasal düzenlemelere uygun özelleştirme ve ihale sürecinin onaylanmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı ve Limanın ihaleye açılmasına ilişkin işleme yönelik Mersin İdare Mahkemesi tarafından verilen 'yürütmenin durdurulması' kararının davalı idarece yapılan itiraz üzerine Adana Bölge İdare Mahkemesi tarafından kaldırıldığından ve 'Mersin Limanı İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi' imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğundan, sözleşme taslak metnin Danıştay'ın incelemesinden geçtikten sonra kesinleşecek olması karşısında davacı sendikanın özelleştirme ve ihale sürecine ilişkin iddiaları hukukî bulunmamaktadır." (Dan. 13. D, E. 2005/9561, K. 2006/4222, T. 07.11.2006, DD, S. 104, s. 394-400)

Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yargı organlarının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan tek idari sözleşme türü olarak kabul eden bir yaklaşım içine girip, imtiyaz sözleşmesine işlevsel bir nitelik kazandırdıkları gözlenmektedir

İşletme hakkının devri sözleşmelerinin hukuki niteliği, bir başka ifadeyle idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi

mi olduğu konusunda, doktrinde sözleşmenin konusunun esas alındığı görölmektedir. İşletme hakkı devir sözleşmelerinin niteliği ve tabi oldukları hukuki rejim, bu sözleşmelerin konusu olan işletmelerde yürütölen faaliyetlerin niteliğine göre belirlenecektir.¹⁶⁶ Eđer sözleşmenin konusu olan mal, işletme veya faaliyet bir kamu hizmeti ile ilgili değil ise, sözleşme de idari bir sözleşme değildir.

Sonuç olarak, işletme hakkı devri sözleşmeleri ile kira sözleşmeleri çeşitli unsurları itibariyle, -mülkiyet hakkının devrine yönelik olmaması, sözleşmenin belli süre için geçerli olması, sözleşme konusunun devri karşılığında bedel ödenmesi-benzerlik taşımaktadır. Ancak iki sözleşme türü arasında önemli farklılıkların bulunduğu da açıktır. İşletme hakkı devri sözleşmelerinin konusunu oluşturan "işletme hakkı" ile kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan "kullanma hakkı" kavramları arasındaki fark, aslında her iki yöntemin birbirinden ayrılmasını sağlayan temel farktır. Özelleştirme yöntemleri bağlamında, kira sözleşmesinin konusunu, kuruluşların aktiflerindeki taşınır ve taşınmaz varlıklar oluştururken; işletme hakkının devrinde mevcut bir işletmenin veya kurulu bir kamu hizmetinin bulunması gerekir.

İşletme hakkı devri sözleşmelerini, adi kira sözleşmelerinden ayırmak için yukarıdaki açıklamalar geçerli olmakla birlikte, hâsılat kirası sözkonusu olduğunda farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Kanaatimizce, işletme hakkı devri sözleşmesinin konusu bir kamu hizmetinin gördürölmesi ve bu sözleşme bir idari sözleşme ise, hasılat (ürün) kirasından farkı, hukuki niteliği -idari sözleşme- ve tabi olduğu hukuki rejim -kamu hukuku- olacaktır. Buna karşılık işletme hakkı devrinin konusu kamu hizmetinin gördürölmesi değil ise, bu durumda sözleşme özel hukuk kurallarına tabi olacak ve kira sözleşmesinin alt ayrımında hasılat (ürün) kirası kategorisinde yer alacaktır.