

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU HİZMETİ YAKLAŞIMI

Prof. Dr. Turgut TAN*

GİRİŞ

Hukukta ölçüt-kavramlardan biri olan kamu hizmeti son on yılda çeşitli ülkelerde, bu arada Türkiye’de gözlenen ve kısaca “özel-leştirme” olarak isimlendirilen değişik uygulamalar karşısında yeniden tanımlanmaya ihtiyaç göstermektedir. Nitekim, bu nedendir ki, idare hukuku öğretisinde kamu hizmeti kavramında krizden sözeden incelemelere sıkça rastlanmaktadır.

Gerçekten, XX. yüzyılın başında idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde temel ölçüt olarak görülen “kamu hizmeti” kavramının günümüzde bir kimlik bunalımı geçirdiğini söylemek yanlış olmaz.

Bordeaux Okulu ve öğretisi olarak bilinen Duguit, Jeze gibi ünlü hukukçuların savdukları, Devletin toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla giriştiği tüm faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve bunun için idarenin yaptığı işlem ve eylemlerin de idare hukukunun konusunu oluşturduğu şeklinde özetlenebilecek olan görüş, zaman içinde geçirilen değişim karşısında geçerliliğini kaybetmiş görünmektedir.

Özel kişilerin kamu hizmetleri alanında faaliyette bulunmaya başlamaları, öte yandan idarenin özel hukuk rejimine bağlı olarak yürüttüğü faaliyetlerin çeşitlenmesi karşısında kamu hizmeti kavramının bir kimlik bunalımı geçirdiği ileri sürülmekle beraber, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, XX. yüzyılın başındaki kadar olmasa da, hala belirleyici rol oynadığı da kabul edilmektedir (1).

(*) H. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Öğretim Üyesi

(1) G. Braibant, Le Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1984, s. 149.

Anayasa hukuku ile idare hukukunun içiçeliği kamu hizmeti kavramındaki bu krizin Anayasa hukuku alanına ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımaya da yol açmıştır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir kararında “idari işlem”i belirlerken “kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir... bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik” taşır (2) diyerek XX. yüzyılın başındaki kamu hizmeti anlayışını benimsediği izlenimi veriyorsa da sonraki kararlarında, “Kamu hizmetleri kapsamının gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerinca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği... bir gerçektir” (3). “Devletin yalnız ülkede disiplinini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugünkü devletin bir çok iktisadi görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz” (4) diyerek kavramdaki değişimi vurgulamaktadır.

I. KAMU HİZMETİ NEDİR?

Başta da belirttiğimiz gibi, kamu hizmetini tanımlamak kolay değil. Bir Fransız hukukçunun belirttiği gibi, yasa koyucunun tanımlama endişesi olmamış, yargıç değerlendirme özgürlüğünü yitirmemek için tanımlamak istememiş, öğretisi ise bütün çabalarına karşın tanımlayamamıştır. (5).

Yasal düzenlemelerde kavramın değişik kullanımına rastlanmaktadır: Örneğin 775 sayılı Gecekondu Kanununda (m. 24) “. . . yol, kaldırım, kanalizasyon, su, elektrik gibi kamu hizmet ve tesisleri..” denilirken, 233 sayılı KHK’de Kamu İktisadi Kuruluşu “kamu hizmeti niteliği ağır basan” KİT olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesimizin bazı kararların da “Devlet mal ve parasının kullanılmasını gerektiren her iş ve hizmette kamu yararı ve

(2) 25.5.1976 tarih ve E. 976/1-K. 976/38 sayılı karar, A.M.K.D., sayı: 14, s. 185.

(3) 21.1.1971 tarih ve E. 969/33-K. 971/7 sayılı karar, RG., 23.8.1971, sayı: 13935.

(4) 23-25.10.1969 tarih ve E. 967/41-K. 969/57 sayılı karar RG., 12.3.1971, sayı: 13776, s. 9.

(5) D. Truchet, Label de service public et statut du service public, A.J.D.A., 1982, s. 428.

kamu hizmeti niteliğinin bulunması zorunludur” (6) denilerek genel bir tanım verme çabası görülürken, bazı kararlarında da belirli faaliyet türleri için kamu hizmeti nitelmesi yapılmaktadı: Örneğin “Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmeti” (7), “eğitim ve öğretim hizmetlerine, devletçe öteki kamu hizmetleri arasında önemli bir ağırlık verilmesi zorunluğu vardır”(8), “Yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi kamu hizmeti niteliğindedir” (9), “çağımızda önemli bir kamu hizmeti niteliği kazanan dış ticaretin düzenlenmesi” (10) “radyo-televizyon yayını gibi çağın en ileri teknolojik aşamasını yapmış kamu hizmeti” (11) gibi....

Nitekim öğretide niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyet olmadığı, bu nitelmenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu (12), dolayısıyla herhangi bir sosyal faaliyetin her zaman kamu hizmetine dönüştürülebileceği kabul edilmekte (13), bu nedenle kamu hizmetinin hukuki bir kategori olmaktan çıkıp “instrument politique” olduğu da ileri sürülmektedir (14).

Gerçekten kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların iradesi olduğu pozitif düzenlemelerle de kanıtlanmaktadır. Nitekim, Anayasa'nun devletleştirme ile ilgili maddesinde (m. 47) “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin” kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği öngörülmektedir. Demek ki, özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyet belirli bir zamanda kamu hizmeti niteliği kazanabiliyor, buna da yasama organı karar veriyor.

Anayasa Mahkememiz de bir kararında “Hiç şüphesiz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerek-

-
- (6) 8.10.1974 tarih ve E. 974/17-E. 974/41 sayılı karar, A.M.K.D., sayı: 12, s. 350.
(7) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar, RG., 23.8.1988, sayı : 19908, s. 49.
(8) 12.4.1990 tarih ve E. 990/4-K. 990/6 sayılı karar, RG., 17.6.1990, Sayı: 20551, s. 12.
(9) 19.3.1987 tarih ve E. 986/5-K. 987/7 sayılı karar, RG. 12.11.1987, sayı: 19632, s. 43.
(10) 11.1.1985 tarih ve E. 984/6-K. 985/1 sayılı karar, RG., 17.6.1985, sayı: 18787, s. 9.
(11) 18.5.1990, tarih ve E. 989/9-K. 990/8 sayılı karar, RG., 26.7.1990, sayı: 20586, s. 7 vd.
(12) **G. Vedel ve P. Dehobe**, Droit administratif PUF, Paris, 10. bası, 1988, s. 1099.
(13) **J. Chevallier**, Le Service Public, PUF, Paris, s. 105.
(14) **S. Rigoud**, le service public et la doctrine: Pour un plaidoyer dans le proces en cours, RDP, 1987, s. 17-20.

li kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine olarak bir kamu hizmeti tesis edebilir” demektedir (15).

Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki güçlükler, öte yandan idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt-kavram olarak kamu hizmetinden vazgeçilmezlik, hukuki rejimleri bakımından kamu hizmetleri arasında bir çeşitlenmeye gidilmesine yol açtığı gibi yeni kavramlar da geliştirilmeye çalışılmıştır. İdari kamu hizmetleri ile endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin ayrılması yanında “kamu hizmeti ödevi” (mission de service public) ve “kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet” (service public virtuel) kavramları geliştirilmiştir. Öğretide idare hukukunun temel yapısındaki sürekliliğin dayandığı kavramların esnekliğinden kaynaklandığının ileri sürülmesi de (16) bunun bir sonucudur.

Özetle söylemek gerekirse, aslında bir hukuki rejimi ifade eden kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde, hizmeti görenin “idare” olması koşulu, yani organik unsur zorunlu olarak aranmamakta, faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşımasına koşul olarak kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerin varlığı halinde geniş bir kamu hizmeti kavramı benimsenmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkememiz de bir kararında yurdun çeşitli yörelerinde sanayi kurulması, kısaca plan ereklerinin gerçekleştirilmesine çalışılmasını “kamu işi” olarak niteledikten sonra bu amaçla bir ortaklığa Devletin katılmasını, bunda plan uygulaması açısından zorunluk görülüyorsa, katılmada kamu yararı varsa, kamu hizmeti olarak ele alınabilir demektedir (17).

“Virtüel kamu hizmeti”, yani “kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet” veya “kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler” (18) genelde kamu emlakinden normalin dışında bir yararlanmayı gerektiren faaliyeti ifade etmekte olup, söz konusu faaliyeti yürüten özel kişinin idare ile ilişkileri de bir izne dayanmakla beraber idarenin denetim yetkisi kolluk yetkisi boyutlarını aşır hizmete içten

(15) 28.11.1985 tarih ve E. 985/2-K. 985/22 sayılı karar, RG., 21.1.1986, sayı: 18995, s. 42.

(16) **D. Lochak**, le réorganisation conceptuelle, in *L'Administration dans son droit*, Publisud, 1985, s. 251.

(17) 23-25.10.1969 tarih ve E. 967/41-K. 969/17 sayılı karar, RG., 12.3.1971, sayı: 13776 s. 9 vd.

(18) **İ. Özay**, Devlet Yargısal Koruma, İstanbul, C. 1, s. 34.

müdahale niteliği kazanmaktadır (19). Hatta, bu özelliği dolayısıyla, izin alarak faaliyeti yürüten kişinin durumunun imtiyaz sahibinin durumuna yaklaştığı da kabul edilmektedir (20).

Uygulamada, Danıştay'ın özel öğretim kurumlarına (21) ve minibüs işletme ruhsatlarına (22) ilişkin kararlara virtüel kamu hizmeti anlayışının benimsendiğine örnek olarak kabul edilmektedir.

Bununla beraber, bir kamu hizmetini ruhsatla görmenin olanaksız olduğunu, aksi takdirde "Devlete paralel olarak özel kişilerin yaptığı kimi etkinlikleri, bu arada özel hastane, hizmetleri ve hatta giyim eşyası üretimi etkinliklerini bile, gerçek anlamda, kamu hizmeti saymak gerekecektir ki, bu günümüz hukuk gerçeğine uymamaktadır" diyen (23) Prof. Azrak'a karşılık, Prof. Bilgen idare ile özel kişi arasındaki ilişkinin bir iç ilişki olduğunu, denetim ve gözetim sayesinde kişilerin bu faaliyeti kamu hizmetlerinin tabii olduğu kurallara göre yürütmek zorunda olduklarını, dolayısıyla bu faaliyetlerin "kurulması ve işletilmesi bir ruhsatla özel kişilere devrolunan kamu hizmetleri" olduklarını savunmaktadır (24). Aslında, Prof. Azrak da bu tür faaliyetlerin "gerçek anlamda" kamu hizmeti kavramını tümüyle dışlamamış olmaktadır.

Bununla beraber, Anayasa Mahkememizin de virtüel kamu hizmeti kavramını benimsediğini söylemek güçtür. Nitekim, Yüksek Mahkeme, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununda değişiklik yapan 3035 sayılı Yasa ile ilgili kararında, "Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit "kamu hizmeti imtiyazı"na benzetmek mümkündür" demektedir (25). Ancak, kararda yer alan değerlendirmeler İdareden izin alınarak yürütülen bu faaliyet üzerinde idarenin sahip olduğu denetim yetkisini yukarıda virtüel kamu hizmetini açıklarken söylediğimiz biçimde ortaya koymaktadır. Yüksek Mahke-

(19) **B. Chenot**, Organisation économique, Dalloz, Paris, 1965, s. 87-88, **Ü. Azrak**, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul, 1976, s. 36-37.

(20) **Azrak**, *op. cit.*, s. 37.

(21) 12. D., 23.10.1967, E. 967/518-K. 967/1679, DKD, 119-122, s. 394 vd.

(22) DDK., 30.6.1967, E. 967/134-K. 967/708, DKD., 115-118, s. 155 vd.

(23) **Ü. Azrak**, "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanun"a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler. YARGI, Mart 1980, sayı : 47, s. 12-13.

(24) **P. Bilgen**, Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD., sayı: 1, Mart 1980, s. 115.

(25) 12.4.1990 tarih ve E. 990/4-K. 990/6 sayılı karar. RG., 17.6.1990, sayı: 20551, s. 12.

meye göre, "özel okulları, iç yönetimlerin ve dış etkinliklerin de Devlet okullarında olduğu gibi hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin görevidir. O halde bir yandan genel kamu yararını amaçlayan bir kamu hizmeti öte yandan da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasının dengelenmesi söz konusudur. Bunu sağlayabilmek için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna yetki ve sorumluluk tanımak gerekir" (26)

Benzer sorunun yakın gelecekte özel radyo ve televizyon konusunda da gündeme gelmesi beklenmektedir. Zira, başta Anayasa olmak üzere yapılacak bir dizi yasal düzenlemelerle özel televizyon kurulmasına izin verilmesi gereği konusunda genel bir anlaşma gözlenmektedir. Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu bu amaçla hazırladığı raporda özel kişilere izin verilirken radyo ve televizyonun kamu hizmeti niteliği dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır (27). Nitekim, Fransa'da da özel televizyon uygulamasına geçirilirken 1982 yılından başlayarak yapılan bir dizi yasal düzenlemede imtiyaz sözleşmesi ve izin sistemleri denenmiştir (28).

II. ÖZEL KİŞİLER-KAMU HİZMETİ VE KOLLUK FAALİYETİ

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel kişilerden yararlanma uygulamalarının son yıllarda çeşitlenerek yaygınlaşması, bir bölümü Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıyan hukuki sorunlara yol açmıştır. Bunlardan en çarpıcı olanı 3194 sayılı İmar Kanunu ile getirilen "**yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları**" uygulamasıdır. Benzer durum Maden Kanununda değişiklik yapan 3213 sayılı Yasadaki "**yeminli teknik bürolar**" ile vergi yasalarının

(26) Ibid., s. 13.

(27) S. Rigoud, La dualité public - privé et le droit de la communication audiovisuelle, Revue française de droit administratif, 1987, No: 3, s. 356 vd.

(28) Radyo Televizyon Yüksek Kurulu'nun 6 Aralık 1990 tarihli raporunda temel politika belirlenirken, "Devlet radyo ve televizyon kurumu, daha da güçlendirilmek suretiyle tarafsız ve özerk bir kamu hizmeti teşkilatı olarak varlığını sürdürmeli" denilmekte, Anayasa'nın 133. maddesinde yapılacak değişiklikte "Kanun, özel tüzel kişilerin kamu hizmeti niteliğinde ve tarafsız radyo ve televizyon yayınları yapabilmelerine ilişkin esas ve usulleri gösterir" hükmü önerilmektedir.

Önerilen değişiklik gerekçesinde de özel radyo ve televizyonun "kamu hizmeti niteliğinde" yayın yapabileceği belirtildikten sonra "Bu itibarla yayınlarda kamu hizmetine ilişkin esaslara uyulacak..." denilmektedir. (Rapor, s. 6).

da değişiklik yapan 3239 sayılı Yasa ile getirilen “**yeminli mali müşavirlik**’ uygulamalarında da görölmektedir.

3914 sayılı Yasa (m. 24) yapı ruhsatiyesi ile ilgili görevlerin, gerektiğinde Bakanlıkça belirlenecek belediyelerde ve illerde, belediye ve valiliklerin yanı sıra yürütmek üzere kurulacak yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına verileceği hükme bağlanmaktadır. Gene Yasada yeminli büro kuruluşunda aranacak bazı koşullar ve faaliyetine ilişkin sınırlamalar getirmekte ve bu arada büro elemanlarının görevlerini yaparken Devlet memuru sayılacaklarını ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacaklarını, bu suçları işleyen büro sahiplerinin bürolarının kapatılacağını, bunların bir daha büro açamayacaklarını, suç işleyen büroda çalışan görevlilerin de bürolarda bir daha görev alamayacaklarını öngörmektedir. Yasada büroların denetiminin de bakanlığa ait olduğu söylenmektedir.

Kısaca, Anayasa Mahkemesinin deyiimi ile “yeminli büroların kurulduğu yerlerde yapı ruhsatiyesi ile ilgili görevlerin, valilik ve belediyelerin yanı sıra yeminli bürolarca yürütüleceği anlaşılmaktadır”.

Yeminli büro uygulaması ile ilgili 3194 sayılı Yasadaki düzenlemelerin Anayasaya uygunluğunu inceleyen Yüksek Mahkeme “Yapı izni verme bir kamu görevidir. Polis örgütünün, özellikle tabanca izni, pasaport gibi kimi görevleri nasıl özel dedektif bürolarına bırakılmazsa kolluk görevi niteliğindeki yapı denetiminin özünü oluşturan yapı ve kullanma izinlerini verme yetkisi de özel kişilere devredilemez.” (29).

Öte yandan, gene, Anayasa Mahkemesine göre, “Uygulamada ve öğretilerde de kabul edildiği gibi, ister (bağlı yetki) ister (takdir yetkisi) şeklinde kullanılsın (ruhsat verme) idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle, ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslı ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa’nın 128 inci maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır.” (30).

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, “yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmet-

(29) Anayasa Mahkemesinin 11. 12. 1986 tarih ve E. 995/29 sayılı kararı, RG. 18. 4. 1987, sayı: 19435, s. 25.

(30) Ibid., s. 26.

lerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasanın 128 inci maddesinde nitelikleri belirtilen (kamu görevlileri) deyimine kapsamına girmedikleri gerekçeyle 3194 sayılı Yasanın yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin 24 ve 25 inci maddeleri ile buna bağlı 21 ve 22 nci maddelerini Anayasa'nın 128 inci maddesine aykırı bulmuştur (31).

Anayasa Mahkemesi Maden Kanununda değişiklik yapan 3213 sayılı Yasanın kurulmasını öngördüğü ve yönetmelikle belirlenecek görevleri yerine getirmek üzere oluşturulacak "yeminli teknik bürolar" konusunda da bu büro personelinin "kamu hizmeti göreceğinde" kuşku bulunmadığını belirterek personeli "memur" veya "kamu görevlisi" olmayan bu bürolara ilişkin düzenlemenin "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmünü getiren Anayasa'nın 128 inci maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır (32).

Bir başka örnek ise vergi yasalarında değişiklik yapan 3239 sayılı Yasanın düzenlediği yeminli mali müşavirlik konusudur.

Anayasa Mahkemesi önce yasanın yeminli mali müşavirlere tanıdığı görev ve yetkileri ele alıp "Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın mevcut vergi denetim personelinin sahip olduğu görev ve yetkinin, yeminli mali müşavirlere de tanınması demektir. Gerçi yeminli mali müşavirlerin bu görev ve yetki ile donatılmaları, kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır" diyerek yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işleminin "kamu hizmeti" niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (33).

Daha sonra yeminli mali müşavirlerin "memur" veya "kamu görevlisi" şeklinde "bir kamu hizmetlisi" olup olmadıklarını araştırmak gerektiğini söyleyen Yüksek Mahkeme, yeminli mali müşavirlerin

(31) Ibid., s. 27.

(32) Anayasa Mahkemesinin 24.12.1986 tarih ve E. 985/20, K. 986/30 sayılı kararı, RG. 15.3.1987, sayı:19401, s. 50.

(33) Anayasa Mahkemesinin 19.3.1987 tarih ve E. 986/5, K. 987/7 sayılı kararı, RG., 12.11.1987, sayı: 19632, s. 43.

“idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar” olmadıkları, kendilerine tanınmış tasdik yetkisi nedeniyle “bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu”nu, devlet ile aralarındaki ilişkinin kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olması dolayısıyla “bir kamu hukuku ilişkisi” olduğunu kabul etmekte ve yeminli mali müşavirlerin sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle bir “kamu görevlisi” sayılmaları gerektiği sonucuna varmaktadır (34).

Görüldüğü gibi her üç kararda da “kanun hizmeti”, “kolluk”, “kamu görevi” gibi değişik kavramlar kullanılmakta, bunların bağlı oldukları hukuki rejimden hareketle özel kişilerce yerine getirilip getirilemeyeceği veya bunların yerine kişilerin hukuki statülerinin ne olacağı konusunda değişik çözümler getirilmektedir. İmar Kanunundaki “yeminli serbest mimarlık ve mühendislik” büroları ile ilgili olarak görülen işin kolluk yetkisinin özel kişilere devri niteliğinden hareketle çözüm bulunmaya çalışılırken Maden Kanunundaki “yeminli teknik bürolar” konusunda yalnızca bunların “kamu hizmeti” göreceklarinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, “kamu hizmeti”, “kolluk yetkisi”, “kamu görevi” gibi hukuki rejimleri farklı bazı kavramları, hukuki rejim farklılığını gözardı ederek kullandığı izlenimi vermektedir. Zira, İmar Kanunu ile ilgili olarak kolluk yetkisinin özel kişilere devri sorunundan hareket ettiği izlenimini verirken, Maden Kanunu ve yeminli mali müşavirlik ile ilgili kararlarında ise yalnızca kamu hizmeti kavramını kullanarak kamu hizmeti ve kolluk ayrımı yapmadığını göstermektedir.

Aslında, kamu hizmeti-kolluk ayrımının yapılabileceği konusu idare hukuku öğretisinde de tartışmalıdır. Kolluk faaliyetinin de bir kamu hizmeti olduğu ve onun işleyiş kural ve ilkelerine tabi bulunduğu (35) ayrımın daha çok pedagojik gereklerden kaynaklandığı kabul edilmekle beraber işlevsel kamu hizmeti anlayışını benimseyenler bu iki faaliyet türüne karşılık iki büyük kamu hizmeti kategorisinin “düzenleme” (règlementation) ve “edimde bulunma”

(34) Ibid., s. 43.

(35) **A. Demichel**, *Le Droit Administratif. Essai de reflexion théorique*, L.G.D.J., Paris 1978, s. 58.

(prestation) varlığını savunmaktadırlar. (36) Buna karşılık hukuki incelemede izlenen amaçtan çok kullanılan araçların dikkate alınması gerektiğini kabul edenler de kamu hizmeti, kolluk ve özel faaliyete yardım türlerinin ayrılması gerektiğini savunmaktadırlar (37).

Gerçekten kolluk faaliyeti geniş anlamda kamu hizmeti içinde ele alırsa da hukuki rejimleri bakımından aralarındaki bazı farkların da gözardı edilmesi mümkün değildir ve bu farklılık hukuki rejimlere de yansımaktadır (38).

Bu farklılıkları, özetle, kolluk faaliyetinin doğrudan idare tarafından yerine getirilmesi ve idarenin kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçememesi, bu faaliyetin yerine getirilmesinde yalnızca tek yanlı işlemler yapıp sözleşme yoluna gidilememesi ve nihayet gelir sağlamak amacıyla bu yetkinin kullanılmaması biçimlerinde ortaya çıkmaktadır (39).

Anayasa Mahkememizin de İmar Kanunu ile ilgili kararında "yeminli serbest mühendislik ve mimarlık büroları"na verilen yapı ruhsatı ile ilgili yetkilerin "kolluk faaliyeti içinde yer alması" veya kolluk görevi niteliğindeki yapı denetimi" görüşünden hareket etmesi isabetli olmuştur. Ancak, diğer kararlarından bu farklılığı her zaman uygulamadığı da anlaşılmaktadır.

Kaldı ki, yeminli büro uygulamasına ilişkin öğretilerdeki değerlendirmelerde de bu ayırımın gözden kaçırıldığı ve değerlendirilmelerin hep kamu hizmetinin veya kamu görevinin özel kişilere gördürülmesi konusu üzerinde durulduğu gözlenmektedir.

Nitekim, bir görüşe göre, "İdare'ye yardımcı fakat İdare'den soyut bir kimlikle" faaliyetini sürdüren (sui generis) "güven ilkesine dayalı olarak kurulan" bu bürolar üzerinde idarenin denetimi yok denecek kadar az olmakla beraber, "bir kamu hizmeti yapma bilinciyle hareket eden yeminli Özel Teknik Büroların gördüğü hizmetin önemini tamamiyle yadsamak mümkün değildir" (40).

(36) **J.-L. Corail**, le juge administratif et les qualifications des interventions de l'Etat dans le domaine de l'économie, in *Recueil d'Études en Hommage à Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, s. 318.

(37) **J.-P. Négrin**, l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, *I.G.D.J.*, Paris 1971, s. 94-95.

(38) Bu ayırımın gerçekçi olmadığı konusunda bkz. **İ. Özay**, Devlet İdari Rejim ve yargısal Koruma, III. Kitap, İst. 1990, s. 31.

(39) **Demichel**, op. cit., s. 59-60.

(40) **N. Kızıl** (Erkelli), 2981 sayılı İmar Affı Kanunu ve Bu Kanuna Dayanılarak Kurulan Yeminli Teknik Büroların Faaliyet Süreci, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, yıl: 4, 1983, sayı: 1 3, s. 81.

Kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti arasında hukuki rejimlerin dik-kate alarak yukarıda yaptığımız ayrımı belirgin biçimde ortaya koy-ması bakımından “Ticari Plakaların Verilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında” Bakanlar Kurulu Kararına ilişkin Prof. Duran’ın görüşlerine kısaca değinmek istiyoruz.

Prof. Dr. L. Duran, on büyük ilin merkez ve ilçelerinde yeniden trafiğe çıkacak taksi, dolmuş ve minibüslere verilecek plaka sayı-sını il trafik komisyonları raporu üzerine, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Başbakan tarafından belirleneceğine ve bu şekilde belirlenen yeni plakaların il trafik komisyonlarınca ikişer aylık aralarla yılda altı kez kapalı zarf usulü ile attırmaya çıkarılarak en yüksek bedeli teklif edene ihale edileceğini öngören, ayrıca, ihale ile sağlanan geli-rin dağıtımına ilişkin esaslar getiren Bakanlar Kurulu kararının (41) değerlendirilirken Karayolları Trafik Kanununun bu konuda kamu düzenini sağlamaya yönelik, kısacası genel kolluk yetkisi ile Belediye Kanununun (m. 19/5) belediyelerin tekeline bıraktığı ve birinciden farklı hukuki nitelikte olan “toplu taşıma kamu hizmeti” arasındaki farklılıktan yola çıkarak bu ayrımı ortaya koymaktadır.

Prof. Duran’a göre Anayasa ve Kamu hukukunun genel ilke ve kurallarına göre, “devlet, kolluk (zabıta) yetkisini, sözleşme hukuki aracı ile kamu hizmeti veya kamu maliyesi yararına bile olsa kullanamaz” (42).

“Zabıta faaliyetleri, genel anlamda kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla, temel hak ve özgürlüklere yönelik olduğundan, kamu hizmetlerinin kolaylaştırılmasını veya iyileştirilmesini veya dev-lete mali çıkarlar sağlanmasını gaye edinemez.”

“Kolluk etkinliklerinin salt Kamusal yönetim biçimi ile gerçek-leştirilmesine karşılık; kamu hizmetleri, özel yönetim usulü ile de görü-lebilir ve genel olarak bunlardan yararlanma, ilgililerin iradelerine bağlıdır. Bu nedenle, kimi kamu hizmetlerinden yararlanma, sözleş-me, yani idare ile ilgilinin anlaşması yoluyla ve çerçevesinde sağlanır. Zabıta tedbir ve kararları ise, devletin tek yanlı işlemleri ile alınır ve ilgililerin rıza ve muvafakatı aranmaksızın, bazen dirençlerine karşın uygulanır ve yerine getirilir. Kolluk yetkisinin bu niteliğinden ötü-

(41) 86/10553 sayılı “Ticari Plakaların Verilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkın-da Karar, RG. 3.V.1986, sayı: 19006, s. 41-42.

(42) **L. Duran**, Peştemalılık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi, AİD., C. 20, sayı 1, Mart 1987, s. 3. vd.

rü sözleşme konusu yapılamıyacağı ve ilgililerle pazarlık, anlaşma ve uzlaşma yolu ile kullanılamıyacağı mutlak olarak kabul edilmektedir” (43).

Öte yandan, “Yönetim hukukunda kamu hizmeti görülmesi amacıyla bazı yetkilerin özel hukuk öznelerine kullanılması mümkündür” diyen Prof. Akıllıoğlu’na göre “İmar Kanunu uygulamasındaki yeminli bürolar gerçek veya tüzel özel hukuk kişilerinden oluşur. Bunlar ruhsat verme yetkisi ile donatılmışlardır. Ruhsat veya izin yetkisi çokluk sanıldığı gibi, kamu hizmeti değil fakat kolluk yetkisidir. Kolluk yetkileri 1876 Anayasasından bu yana daima devlet tekelinde olagelmışlerdir. Bunların özel hukuk öznelerine devri olanaklı sayılmamıştır. Bu kanunla aksi söylenebilecektir.” (44)

III. KAMU HİZMETİ VE GENEL İDARE ESASLARI

Bilindiği gibi Anayasamız (m. 128) kamu hizmeti görevlileri ile ilgili genel ilkelere belirlerken, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler” deyimini kullanmaktadır. Bu düzenlemenin arkasında “genel idare esaslarına” göre yürütülen kamu hizmetleri ile bu nitelikte olmayan kamu hizmetleri ayrımı yatmaktadır.

Başta da değindiğimiz gibi, artık kamu hizmetlerini bütünüyle idare hukuku esaslarına göre yürütülen faaliyetler olarak görmek mümkün değildir. Özellikle idari kamu hizmetleriyle endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri ayrımı da bunun bir sonucudur. Nitekim, Fransız idare hukuku öğretisinde kamu kişilerince yürütülen idari kamu hizmetlerinde idare hukukunun egemen özel hukukun istisna olduğu, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde idare hukuku ile özel hukuk uygulamasının eşit ağırlıkta olduğu, nitelikleri ne olursa olsun özel kişilerce görülen kamu hizmetlerinde de özel hukukun egemen olduğu ileri sürülmektedir (45).

Bu konunun hukukumuzda açık bir çözüme kavuşturulmuş olduğu söylenemez. Anayasa Mahkememiz Devlet Yatırım Bankasının özel hukuk hükümlerine bağlı bir anonim şirket halinde faaliyet gös-

(43) Ibid., s. 12.

(44) T. Akıllıoğlu, İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku, AİD., s. 19, sayı: 2, Haziran 1986, s. 99.

(45) Braibant, op. cit., s. 150.

termek üzere yeniden düzenlenmesi yetkisini Bakanlar Kuruluna veren 3332 sayılı Yasa (m. 2) konusunda, "Bilindiği gibi, kamu bankaları tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi, kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunmakta ve özel sektör bankaları ile yoğun bir rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. Bu nedenle banka personelinin hizmetini "genel İdare esaslarına göre" yürütülen "kamu hizmetleri"nden saymaya imkan yoktur" demektedir (46).

Ancak, KİT statüsünde olan kamu bankalarının özel kesimdeki benzerleri gibi, özel işletmecilik esaslarına göre çalışacaklarını kabul eden Yüksek Mahkeme, KİT personel rejimine ilişkin 308 sayılı KHK konusundaki kararında "Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "kamu iktisadi teşebbüsleri'nin de 135. maddenin ikinci fıkrasında ayrıca belirtildiği gibi, "genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri "mutlaka vardır ve bunların da "memur" ya da "diğer kamu görevlileri" eliyle yürütülmesi gerekir" demektedir (47).

Gene Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'nın 128. maddesi, yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden söz ederken "kamu hizmetleri"yle bağlantı kurmuş, hizmetlerin nitelik yönünden ayrılık taşıyacağı düşüncesinden hareketle devleti, kamu iktisadi teşebbüslerini ve diğer kamu tüzel kişilerini ayrı ayrı saymışsa da hepsinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve bu hizmetleri görenlerin ancak memur ve diğer kamu görevlileri olabileceğini belirtmiştir." (48)

Öte yandan Yüksek Mahkeme, Adalet Teşkilatı Güçlendirme Fonu kurulmasına Dair 3454 sayılı Yasa ile ilgili kararında ise, "T.C. Ziraat Bankası, kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüslerinden biridir. Doğrudan yasa ile veya yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak yürütme organı tasarrufu ile bu kuruluşa Devlete ilişkin kamu hizmetlerin yürütülmesi görevi verilebilir" demektedir

(46) 21.1.1988 tarih ve E. 987/11-K. 988/2 sayılı karar, RG., 29.3.1988, sayı: 19769, s. 38 vd.

(47) 22.12.1988 tarih ve E. 988/5-K. 988/55 sayılı karar, RG., 25.7.1989, sayı: 20232, s. 34 vd. Karara karşı oy yazan bir üye bu karar ile yukarıda değinilen 3332 sayılı Yasaya ilişkin karar arasındaki çelişkiye dikkat çekmektedir. Bkz. s. 67.

(48) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar, RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 51.

(49). Anayasa Mahkemesinin Emlak Kredi Bankası ile ilgili kararı da (50) bu doğrultudadır.

Bilindiği gibi, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı KHK “kamu hizmeti niteliği ağır basan “KİT”leri Kamu İktisadi Kuruluşu olarak nitelirmektedir ve kamu bankaları bunlar arasında yer almamaktadır. Ayrıca, “Devlette verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü” kurumlarla bu nitelikte olmayan kurumların tesbitine ilişkin olarak 26.11.1975 tarih ve 7/10986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının (51) geçerliliği Anayasa Mahkememiz tarafından kabul edildiğine (52) göre, bu Bakanlar Kurulu Kararında da Devlet Yatırım Bankası, T.C. Ziraat Bankası, Halk Bankası, Türkiye Emlak Kredi Bankası gibi kamu bankaları “Devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar” arasında yer almaktadır.

Kaldı ki, Uyuşmazlık Mahkemesi de Halk Bankasında sözleşme ile çalışan personelle ilgili kararında, idari sözleşmelerin genel niteliğinin Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretide “kamu tüzel kişisi tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacı ile idare tarafından düzenlenen yazılı tip sözleşmeler olarak “belirlendiğini söyledikten sonra” İdare mahkemeleri, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle görevli olduğundan, idari sözleşmenin idare tarafından feshinden doğan anlaşmazlığın görüm ve çözümü de idari yargı yerine ait olması gerekir” sonucuna varmaktadır. (53)

IV. KAMU HİZMETLERİ VE KARŞILIK SORUNU

Kamu hizmetlerinin sunulması karşılığı bir bedel alınıp alınmayacağı, alınacaksa bu bedelin hizmetin türüne göre değişiklik gösterip göstermeyeceği ve niteliğinin ne olduğu konuları da gene son

(49) 8.9.1989 tarih ve E. 988/37-K. 989/36 sayılı karar, RG., 18.1.1990, sayı: 20406, s. 55.

(50) Ibid. s. 55

(51) RG. 28.11.1975, sayı: 15426, s. 5-6.

(52) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar, RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 52.

(53) U.M. 27.11.1989, tarih ve E. 989/26-K. 989/32, RG., 24.12.1989, sayı: 20382, s. 22 vd.

yıllarda tartışılan sorunlar arasındadır. Anayasa Mahkememize göre, “Klasik idare hukukunun bedelsiz, meccani olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir” (54).

Ancak, Yüksek Mahkeme verdiği bir başka kararında Devletin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan bir ücret isteyip istemeyeceği sorusunun genel, kapsamlı ve değişmez bir cevaba bağlanmasının olanaksız olduğunu belirttikten sonra “kimi kamu hizmetleri vardır ki, onlar dolayısıyla bir para alınması düşünülemez bile. Sözelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı bir para istenmesi hiç bir zaman sözkonusu olamaz. Buna karşılık adalet hizmeti ele alınca görülecek olan şudur: Hizmetin sırf varoluşu nedeniyle tüm yurttaşlar onun manevî varlığından yararlanmakta ve vergi yoluyla bu hizmetin giderlerine katılmaktadırlar. Ancak, hizmetten belirli bir kimsenin doğrudan doğruya yararlanması sözkonusu olunca o kişinin ayrıca mahkeme giderleri, harç gibi adlar altında özel bir karşılık ödemesi gerekmektedir... Kimi karayollarından köprülerden geçiş ücrete tabidir. Demir, deniz, havayollarından ancak para ödenilerek yararlanılabilir... Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir. Bu ihtiyaçların parasız giderilmesi düşünülemez bile” (55) demektedir.

Anayasa Mahkememizin alınacak karşılık açısından kamu hizmetleri arasında bir ayırım yaptığı ve bu açıdan idari kamu hizmetleri ile endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerini farklı rejimlere tabi tuttuğu izlenimi ediniliyorsa da, öteki kararlarında bu ayırımın tam olarak uygulandığı görülmemektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesine göre, “ulusal savunma ve iç güvenliğin sağlanması kadar ve hemen hemen eşdeğerde ödevler olarak, halkın eğitim ve öğretim koşullarının çağdaş uygarlığın gerektirdiği düzeye ulaştırılabilmesi için uygun tedbirlerin alınması zorunludur. Bu tedbirler alınırken üniversite öğreniminin paralı hale dönüştürülmesi, Anayasal amacın tamamen tersine, öğrenimi zorlaştıran bir dav-

(54) 19.4.1988 tarih ve E. 967/16-K. 988/8 sayılı karar RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 39.

(55) 26.3.1974 tarih ve E. 973/32-K. 974/11 sayılı karar AMKD., sayı: 12, s. 122.

ranış olur" (56). Yüksek Mahkemeye göre üniversite öğreniminin paralı olması, Devleti yeni engeller koyan bir örgüt haline getireceğinden, Devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldıracağını, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlayacağını öngören 1961 Anayasasının 10. maddesi hükmü ile de çelişki yaratmaktadır (57).

Öte yandan Anayasa Mahkemesi yakın tarihlerde verdiği bir kararında ise, Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" bölümünde yer alan "sağlık, çevre, konut hakları, devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal devlet niteliğinin içeriğini oluşturan haklardır. Bu konularda devletin görevli bulunduğu tartışmasızdır... devletin sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini 65. maddesinin belirlediği gibi mali kaynakların yeterliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır. Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir" demektedir (58).

Kamu hizmetlerinin karşılığında yararlananlardan bir bedel alınması ilke olarak kabul edildikten sonra alınacak bu karşılığın niteliğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır.

"Kamu idareleri tarafından alınan paraların isimlerine değil, içerik ve niteliklerine göre değerlendirilmesi gerekir" (59) diyen Anayasa Mahkemesine göre:

ÜCRET "bir hizmet karşılığı ödenen paradır" Örneğin 2464 sayılı Belediye Kanunu, m. 97 (60).

"Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ÜCRET alınabileceği kabul edilmektedir" (61).

(56) 11-14 ve 25.2.1978 tarih ve E. 973/38-K. 975/23 sayılı karar. AMKD., sayı: 13, s. 259.

(57) Ibid.,

(58) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 49.

(59) 31.3.1987 tarih ve E. 986/20-K. 937/9 sayılı karar RG. 28.5.1987, sayı: 19473, s. 23.

(60) Ibid.

(61) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar, RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 49.

HARÇ “bir hizmetin harç konusu olabilmesi için, kişilerin bir kamu kurumundan yararlanmaları, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması ve kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması gerekmektedir” (62).

RESİM “Devlet dairelerinde ve kamu kuruluşlarında görülen hizmet ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili olan gerçek ve tüzel kişilerden sağlanan gelirlerdir.” (63).

PRİM/KESENEK/ÖDENTİ “belli yararların sağlanmasına bağlı prim, kesenek, ödenti adını taşıyan ödemeler yasalara dayandıklarından öz yönünden vergilere benzeseler de vergilerden ayırırlar. Bunlar vergiler gibi genel ya da belirli kimi kamu hizmetlerinin giderlerini karşılamak için değil belirli kişilere, ödeyenlere yarar sağlayan hizmetler için alınır. Sağlık kütüğü için prim, devletçe sağlanan hizmetinden somut biçimde yararlananların, giderlerin karşılanmasında kamu gücüne dayanılarak alınan vergi, resim, harç, kesenek, ödenti gibi devletin geniş anlamda vergilendirme yetkisi kapsamındaki türler gibi düşünülebilirse de onlardan ayıran yanı zorunlulukla değil istekle ödenmesidir” (64).

Kamu hizmetlerinin bedelsiz olması veya vergiye dayanan finansman biçimi, herkesin gelirleri ölçüsünde katılması sağlanarak, sosyal eşitsizlikleri giderme düşüncesi ile açıklanmıştır (65). Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınmak suretiyle, “hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasında eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır” demektedir (66).

(62) 31.3.1987 tarih ve E. 986/20-K. 987/9 sayılı karar RG., 28.5.1987, sayı: 19473, s. 23.

(63) Ibid.,

(64) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 56.

(65) **M. Wilhemın ve J.L. Pothat**, La gratuite du service public à légard de ases usagers, in Sur les Services Publics, Economica, Paris, 1982, s. 18.

(66) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar RG., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 49.

Dolayısıyla kamu hizmetlerinden yararlananlardan alınan “bedel”in piyasa koşullarına göre oluşan bir “fiyat” mı, yoksa kamusal makamlarca belirlenen vergi benzeri bir yükümlülük mü olduğu konusu tartışılmaktadır. Prof. Özey’a göre,

“Kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı ödenen paranın hukuksal niteliği ne olursa olsun aslında vurgulanması gereken bunun bir “fiyat” olmadığı, olmaması gerektiğidir....

“... kamu hizmetleri karşılığı yararlananlardan hiç para alınmaması İdare Hukuku’nun “kamu yararı” ile birlikte anılan temel ilkelerinden biridir. Ancak kural bu olunca, bunun ayrık halinin, yani belli bir para alınmamasının da yine kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bu temel ilkeye uygun düşmesi gerekmektedir. Bu nedenle “kamu hizmeti karşılığı alınan para(nın) genel niteliği bakımından ancak... vergi türünden bir şey... bir edim, hizmet, faaliyetten ötürü bundan faydalananı yüklenen bir (resim), (harç)-dan başka bir şey olmadığı” söylenebilir. Bu durumda sadece yararlananın ödediği “dolaylı bir vergi” şeklinde nitelendirme yanlış sayılmaz” (67).

Anayasa Mahkemesine göre “Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, iktisadi şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılamaz” (68).

Prof. Güran’a göre Anayasa Mahkemesinin “fiyat” adını verdiği paranın yurttaş açısından, mahkeme harcından, üniversite, harcından, hastanelerde ödediği “öteki” paralardan, aydınlatma, temizlik resminden, otopark, pazaryeri, hayvan kesimi ve muayene, müze, öğrenen yeri ücretlerinden bir farkı yoktur. Üstelik bu hizmetlerin en kritiklerinin sadece karardaki hizmet kuruluşları tarafından sunulduğu, alternatiflerinin bulunmadığı, rakamlarının belirlenmesi yetkisinin idare gücünün kendisi olduğu hatırlanınca adı değiştirilerek fiyat söz-

(67) Özey, op. cit., III. Kitap, s. 45-46.

(68) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9-K. 985/4 sayılı karar, RG., 26.6.1985, sayı: 18793, s. 23-24.

cüğüyle ifade edilen bu paraların, kamu makamlarınca alınan parasal yüküm olmadığını söylemek mümkün değildir” (69) (70).

Nitekim Anayasa Mahkemesi de belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yeraltı sularından, kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre “ücret” adı altında alınan paranın, “bir hizmet veya malın karşılığını oluşturmaması, maliyet-kâr esasına göre belirlenmemesi ve kamu gücüne dayanılarak tek taraflı irade ile tesbit olunması açısından belediyeler için vergi benzeri mali kaynak oluşturduğu” görüşündedir (71).

Söz konusu faaliyetler dolayısıyla alınan paraların Yüksek Mahkemenin kararında belirtildiği gibi, sosyal değil ekonomik koşullara göre oluşturulacağına dikkat çeken Prof. Yayla, haklı olarak, “bu fiyat sayesinde GELİR nasıl sağlanacaktır? Eğer, bakım, idame ve yeni yatırımlar yapılması dışında bir imkan verilmeyecekse, kimler hangi gelirin ortağı olacaklardır? Demek ki, söz konusu FİYAT’ın içinde KÂR da bulunacaktır. Üstelik, dağıtılacak gelirin sürekli ve güvenli olmasına da bağlıdır” diye yazmaktadır (72). Gerçekten, gelir ortaklığı senedi sahiplerine enflasyonun üzerinde sürekli gelir sağlanacağı idare tarafından verilen gazete ilanlarında vadedilmiştir (73).

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise “Bir iktisadi kuruluş için satış bedelini anlatan ‘fiyat’ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri as-

- (69) **S. Güran**, Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı, İHİD, Ocak 1984, sayı: 1-3, s. 82.
- (70) Anayasa Mahkemesi kararında çoğunluk görüşüne katılmayan M. Turan karşı oy yazısında “görülen kamu hizmeti dolayısıyla ilgililerden alınan paraları uygulamada ismi ne olursa olsun, serbest piyasa şartlarına ve bir çok ekonomik unsurlara göre oluşması gereken (normal, fiyat, emek, sermaye, taşınmaz ve müteşebbis paylarına göre, yani ücret, faiz, rant, amortisman ve kâr unsurlarına göre oluşur) fiyat, bedel ücret saymak doğru olmaz. Bunların geniş anlamdaki (Ekonomik ve hukuki mahiyetleri bakımından) vergiler (vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler) kavram ve kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir” diye yazmaktadır. Bkz. RG., 26.6.1986, sayı: 18793, s. 33.
- (71) 31.3.1987 tarih ve E. 986/20-K. 987/9 sayılı karar, RG., 28.5.1987, sayı: 19473, s. 24.
- (72) **Y. Yayla**, Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1986, s.7.
- (73) **T. Tan**, Gelir Ortaklığı Konusundaki Çelişki, Milliyet Gazetesi. 18.1.1984, s.2, Güran, loc., cit., İHİD., Ocak 1984, sayı: 1-2, s. 71 vd.

gari düzeyde karşılayan “ücret’in “fiyat” sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadi işletmenin “satış” yapmasıyla bir tutulmaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz” demektir (74). Gene aynı kararda “kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülenmiş varlıkların salt ticari işletme durumuna indirgenerek piyasa ekonomisi kurallarına açık tutulmaları olgusu bir yana Anayasasının 2. maddesine aykırı bir yön yoktur” (75) demek suretiyle dolaylı ve üstü kapalı biçimde de olsa kamu hizmeti karşılığının piyasa koşullarına göre oluşacak bir fiyat olamayacağı izlenimi vermektedir.

Bununla beraber Anayasa Mahkememizin yukarıda değindiğimiz kararları öğretide eleştirilerek, Yüksek Mahkemenin tutumunun “ülkemiz bakımından gerçek bir ‘imkan ve fırsat’ eşitliğinin henüz çok uzakta olduğunu” gösterdiği, eğitimden sağlığa en temel kamu hizmetlerinin piyasa koşullarına göre oluşacak “fiyatlar” karşılığında, ancak o güce sahip olanların yararlanabileceği etkinlikler olarak düşünülmesinin özellikle son on yılda yaygınlaşmasının ve bu görüşün temelinin Anayasada bulunabilmiş olmasının yeni ve algılanması zor bir sosyal devlet anlayışı ortaya çıkardığı ileri sürülmüştür. (76)

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle Yüksek Mahkememizin kamu hizmeti yaklaşımını belirlemeye çalıştığımız bu bildirimizde kamu hizmetine ilişkin tüm sorunları ele alıp incelemedik. Bu sorunlardan yalnız Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilmiş olanların üzerinde durduk.

Bu kısa bildirimizle ortaya koymaya çalıştığımız gibi, kamu hizmeti kavramı geçirdiği değişimlere karşın bugün hala anayasa hukuku ve idare hukuku alanlarında önemli bir ağırlığı olan ölçüt-kavram niteliğini korumaktadır. Ancak, günümüzdeki hızlı değişimi yadsıyarak, kamu hizmeti hukuki rejimini yüzyılın başındaki görüşlerle açıklamak da mümkün değil. Yapılması gereken günümüz gereklerine de uygun kendi içinde tutarlı bir kamu hizmeti yaklaşımı oluşturmaya çalışmaktır.

(74) 19.4.1988 tarih ve E. 987/16-K. 988/8 sayılı karar, R.G., 23.8.1988, sayı: 19908, s. 38.

(75) *Ibid.*, s. 50.

(76) **Özay**, op. cit., III. Kitap, s. 21.