



Kamu Hizmetleri

Av. Leyla DEMİR



Giriş

Yakın tarihe baktığımızda görmekteyiz ki; kamu hizmeti 20. yüzyılın ilk çeyreğinde olduğu gibi son çeyreğinde de temel sorun alanlarından birini oluşturmuştur. İlk çeyrekte olduğu gibi son çeyrekte de kamu hizmeti kriz kavramı ile birlikte anılmıştır. Krizin etki alanı içerisine, toplumsal yaşamı konu edinen disiplinler ile birlikte hukuk da dahil edilmiştir. Zaten, kamu hizmeti ile ilgili olarak yaşanmış olan bu krizlerin doğrudan görünümü de her şeyden önce hukuksal olmuştur.

Modern devlet, genişlemiş toplumsal işlevleri ile ortaya çıkmıştır. Bu esnada, devlet faaliyetlerinin hukuksal yapısını inceleyen hukuk dalları da kavram ve kategorilerinde değişim yaşamıştır. Devletin işlevleri ile birlikte devletin hukukunda da genişleme yaşanmıştır. Yüzyılın başında hukukçuların çok zamanını alan gelişmeleri açıklama ve bu yaşanan gelişmelere uyum sağlama hususundaki sorunlar, “genişleme krizi”ne neden olurken, son çeyrekte ise “daralma krizi” kendisini hissettirmiştir.¹

Devletin işlerinde meydana gelen bu yeni dönüşümlerden ilki, hangi amaçla ya da hangi etkenle meydana geldiğine bakılmaksızın toplumsal nitelikli bir gelişmeyi ifade ederken, ikinci dönüşüm ise, toplumsallık kaygısından daha uzak, sadece düzen sağlama işlevinde odaklaşan bir etkinlik arayışını ifade etmektedir.²

Bu kriz dönemlerinin ardından baktığımızda, kamu hizmetlerinin, toplum içindeki fert-

lerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin, devlet eli ile görülmesini ifade ettiğini görürüz. Ancak, devlet üretim ilişkilerinin yer aldığı alanın kurallarından belirli oranda bağışık kalarak bu hizmetleri üstlenmektedir. Devlet tarafından üretilen bu hizmetlerin konuları, anayasa hukukunda, kamu maliyesinde, ekonomide ve siyaset biliminde önemli yer tutmaktadır.³

Kamu hizmeti konusunun sınırlarını saptamak oldukça güç olmaktadır. Somutlaştırılmış anayasa hukuku olarak da tanımlanmakta olan idare hukuku için devlet faaliyetlerinin hukuku demek de mümkündür. Kamu hizmeti, idarenin ve idare hukukunun varlık nedeni olarak kabul edildiğinde, kamu hizmeti ile ilgili bir çalışmanın tüm idari örgütlenmeyi, personeli ve malları dahil olmak üzere, tüm idareyi ve idare hukukuna ilişkin tüm konuların incelenmesini gerekli kıldığı söylenebilir. Bu şekilde bakıldığında, kamu hizmetini ele almanın tüm idare hukukunu da ele almayı beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür.⁴

1. Bölüm

Kamu Hizmeti Kavramı

1. Kamu Hizmetine İlişkin Yaklaşımlar

Kamu hizmeti, farklı ad ve tanımlamalarla olsa da yukarıda da belirtildiği üzere birçok disiplinin inceleme alanına girmektedir. Bu da, diğer disiplinlerde nasıl ve ne şekilde anlaşıldığını sorgulamayı beraberinde getir-

¹ KARAHANOGULLARI, Onur; “Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)”, s. 1.

² KARAHANOGULLARI, Onur, a.g.e., s. 1.

³ KARAHANOGULLARI, Onur, a.g.e., s. 5.

⁴ KARAHANOGULLARI, Onur, a.g.e., s. 5-6.

mekte ve böylece bu konu ile ilgili olarak birçok disiplinden faydalanılması söz konusu olmaktadır. Ancak, unutmamak gerekir ki, kamu hizmeti konusunu hukuk açısından ele almak bir zorunluluk olmaktadır.

Kamu hizmeti, devletin işlevleri konusu ile ilgili olarak siyaset bilimi tarafından incelenmekte iken; kamu kesimi, kamu malı konuları ile ilgili olarak da kamu ekonomisini ve kamu maliyesinin inceleme alanına girmektedir. İdare hukuku bu disiplinlerden ayrık bir biçimde gelişimini sürdürmektedir. Kamu hizmeti ile ilgili olarak, ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamış olup, siyaset bilimi ise yüzyılın başında az da olsa etkin olmuştur.

Kamu hizmeti ile ilgili olarak, üç yaklaşımın mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar;

- İktisadi Nedensellik Olarak Kamu Hizmeti,
- Devletin İşlevleri Olarak Kamu Hizmeti,
- Devletin Yarattığı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti.⁵

a) İktisadi Nedensellik Olarak Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti kavramı, kamu maliyesi için iktisadi bir anlam ifade etmektedir. Zira, kamu maliyesinin konusunu da kamu kesiminin iktisadi nitelikteki faaliyetleri oluşturmaktadır. Maliye disiplini, kamu hizmetini, bütünü ile iktisadi açıdan ele almakta olup, iktisadi faaliyet dışında bir kamu kesimi görmemektedir. Bunu yaparken kamu kesimini özel kesimden ayırmaktadır. Bütünü ile iktisadi bakış açısına sahip bu anlayışın en uç şekli; alınan tüm siyasi kararların, tüm bürokrat kararlarının iktisadi karar alma mantığı ile açıklanmaya çalışılması şeklinde ifadesini bulmaktadır.⁶

Piyasa mekanizması, kamusal malların karşılanmasında etkili bir biçimde kaynak ayırımını yapamamakta ve bu malları en etkili bir biçimde temin edememektedir. Bu da kamu kesiminin varlık sebebini oluşturmaktadır.

Özel ve kamu kesimleri birbirlerine rakip değildir. Biri toplumsal, diğeri bireysel ihtiyaçları gidermektedir. Yani bunların üretim alanları farklılık arz etmektedir. Ancak özel üniversiteler de görüldüğü gibi bazı hallerde aynı işi yaptıkları da olmaktadır. Bu tarz örneklerde belki, kıt kaynaklar açısından rekabet yapıldığından söz etmek mümkün olabilmektedir.

Özcü bir iktisadilik anlayışı, kamu maliyesi disiplininin kamu malları anlayışına hakimdir. Burada, malların niteliğine bakılmak sureti ile kamusal mal ve özel mal ayırımı yapılmakta ve bu şekilde de kamu kesimi belirlenme yoluna gidilmektedir.

Mal ve hizmetleri; kamusal mal ve hizmetler, yarı kamusal mal ve hizmetler ile özel mal ve hizmetler şeklinde ayırmak mümkündür.

Kamusal mallar veya hizmetler devlet tarafından yerine getirilen ihtiyaçlardır.

Tam kamusal mal ve hizmetler; tamamen kamu kuruluşları tarafından karşılanan kamu hizmetleri olup, bunların bedelleri genel bütçeden karşılanır. Bu mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayıran en temel özellik, faydaların bölünememesidir. Bu mal ve hizmetler toplumun tümüne sunulan ve toplumun tümü tarafından tüketilen mal ve hizmetlerdir. En tipik örneğini savunma hizmetinde gördüğümüz gibi, bu hizmetten elde edilen fayda bölünemediğinden tek tek bireylerin değil toplumun istifadesine sunulmaktadır.

Bu mal ve hizmetler pazarlanamazlar ve talebin tek tek bireyler tarafından gelmemesi nedeni ile de piyasa fiyatlarının oluşması söz konusu olamamaktadır. Fiyatı ve faydası bölünemediğinden bu mal ve hizmetlerin özel kesimce üretimi söz konusu olamamaktadır.

Bu mal ve hizmetlerin tüketimlerinde rekabet söz konusu olmayıp, bu hizmetler herkese eşit oranda sunulmak durumundadır. Bu mal ve hizmetlerin tüketimlerinden birilerinin mahrum bırakılması söz konusu dahi değildir, herkesin faydalanmasına ağıttır.

Üretim hacimleri çok geniş olan bu mal ve hizmetlerin kullanılması eğitimin zorunlu olması halinde olduğu gibi bazen zorunlu tutu-

⁵ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 9.

⁶ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 10.

labilmektedir. Marjinal sosyal faydaları, marjinal özel faydalarından daha büyük olup, arzi siyasal süreççe belirlenmektedir.

Tam kamusal ihtiyaçlar, kamu kesimini oluşturan temel unsur olup, günümüzde devletin bu tür görevleri, ülkede mevcut olan devlet anlayışı ne şekilde olursa olsun kabul görmektedir.⁷

Tam kamusal malların devlet tarafından yerine getirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Yarı kamusal mal ve hizmetlerin; tüketimini parçalamak mümkün olup, bu mal ve hizmetlerin faydaları bireylere bölünerek dağıtılabilmekte ve satışları da bu nedenle söz konusu olabilmektedir. Satışı yapılabildiği için de pazarlaması söz konusudur. Dolayısıyla fiyatları da oluşmaktadır.

Yukarıda belirtilen özelliklerin tümü özel mal ve hizmetler için de geçerlidir. Eğitim, sağlık gibi örneklerin verilmesi mümkün olan bu mal ve hizmetleri özel mal ve hizmetlerden ayıran temel kriter kişiye sağladığı özel faydanın yanında sosyal faydalarının da mevcut oluşudur. Burada dikkat edilmesi gereken husus sosyal faydanın pazarlanamamasıdır. Özel sektör arza göre hareket eder. Yani kişilerin talebi arzın oluşumunda en büyük etken olur. Ancak, sosyal faydanın varlığından bahsedilen bu yarı kamusal mal ve hizmetlerde sosyal faydanın özel sektörün ihtiyarına bırakılması söz konusu olamaz.

Özel mal ve hizmetlerde; hizmeti üretenlerin asıl amacı kar elde etmektir. Bu malların faydaları bölünebilmekte olup, pazarlanabilirler, fiyatları vardır ve talep doğrultusunda üretilirler

Devlet; özel kesime öncülük etmek için ya da sosyal faydayı da barındıran mal ve hizmetlerin belli fiyatlarla sunumunu sağlamak amacı ile özel mal ve hizmetlerin üretimine dahil olabilmektedir. Ancak, devlet bu mal ve hizmetleri üretirken de özel kesimden farklı olarak kar gayesi gütmmez.

Kısaca, kamu kesimi ile özel kesimin ayrımında; amaç, kamu gücü ve siyasal karar süreci şeklinde temel kriterlerin etkili olduğu nu söylemek mümkündür.

⁷ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 12.

— Özel kesimde kararların alınmasında piyasa etkili olmakta iken, kamu kesiminde siyasal sürecin etkin olduğu gözlenmektedir.

— Özel kesim sermaye, işgücü ve mal piyasalarında eşit ve serbest değişimi esas alırken, kamu kesiminde gerekli hallerde devletin zor kullanma yetkisi kendisini hissettirmektedir.

— Özel kesimin amacı, azami kar iken kamu kesiminde temel amaç kar değildir.⁸

Özetle bakılacak olursa, malların iktisadi tahliline dayanan bu kuramsal çerçeve içinde devlet, belirli ekonomik özellikleri yönünden piyasa tarafından üretilemeyen veya üretildikleri hallerde de karşılaştırmalı maliyetleri yüksek olan mal ve hizmetleri üretmekle yükümlü arzi bir organ haline getirilmektedir. Bu görüş, ne piyasa ekonomisine, ne de dünyadaki ekonomik yapılanmalar hakkındaki son değişikliklere cevap verebilecek nitelikte değildir.⁹

b) Devletin İşlevleri Olarak Kamu Hizmeti

Bu görüş taraftarlarına göre, kamu hizmetleri esas itibari ile devletin işlevlerine denk düşmektedir. Kamu hizmetleri ile devletin işlevlerinin eşitliğinin kabul edildiğini görmekteyiz. Bu eşitlik mutlak nitelik arz etmektedir. Yani yasama, yürütme ve yargı da dahil olmak üzere tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gerektiği, devletin kamu hizmeti niteliğini taşımayan bir faaliyetinin söz konusu olamayacağını ifade eder niteliktedir.¹⁰

Kamu hizmeti okuluna göre, tüm kamu hizmetleri organik olarak devletle bağlantılıdır. Bu mutlak bağlantılılık görüşü bu okulun eleştirilere maruz kalmasına sebep olmuştur. Gelişmeler karşısında, bu mutlak bağlantının zayıfladığı ve beraberinde de geçerliliğini yitirdiği ifade edilmiştir. Burada unutulmaması gereken bir husus bulunmaktadır. Bu da, bağlantıdan, kamu hizmetlerinin bizzat ve bilfiil

⁸ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 11.

⁹ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 17.

¹⁰ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 17.

devlet tarafından yerine getirilmesi sonucunun çıkarılmaması gerektiğidir. Hizmet, özel kesim tarafından üretilse de devletin içsel denetim yükümlülüğü ve uygulanan kamusal usuller nedeni ile hizmetle devlet arasındaki bağlantı devam edecektir. Kamu hizmetleri okuluna göre idare hukuku, kamu hizmetleri hukukudur. Devletin işleyişi idare hukuku tarafından kapsanmakta olup, devletin işlevleri de kamu hizmetlerine indirgenmiş olmaktadır. Yani, bu okula göre idare hukuku eşittir kamu hizmeti şeklindedir.¹¹

Kamu hizmetleri ile devletin işlevleri arasında bağlantı kurulması yalnız kamu hizmetleri ekolünde mevcut değildir. İdare hukukunu açıklayıcı kavramın tek başına kamu hizmeti olmadığını düşünenlere göre de kamu hizmeti idare hukuku içerisinde yer alan önemli kavramlardandır.

Bütün hukuksal kavramlarda olduğu gibi kamu hizmeti de, toplumsal gerçeklikteki bir olgunun hukukileştirilmesi şeklinde algılanmalıdır. Pek çok toplumsal olgu hukuk tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukuki düzenlemeler çok tabi olarak egemen gücün iradesi olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, unutmamakta fayda vardır ki, düzenlemenin içeriği kanun koyucunun keyfi seçimlerinden değil toplumsal olgulardan gelmektedir.

Bu görüş taraftarlarına göre, büründüğü somut biçim ne olursa olsun devlet; üretici güçleri korumak, egemen üretim ilişkilerini korumak ve bu iki işlevi yerine getirirken de toplumsal karşıtlıkların üzerinde yer alarak güçlü olmak şeklinde beliren üç işlevi yerine getirecektir. Kamu hizmetini, toplumsal yapıdan kaynaklanan devletin işlevleri arasında aramakta olan bu görüş çeşitli şekillerde eleştirilere maruz kalmıştır.¹²

c) Devletin Yarattığı İşlevler Olarak Kamu Hizmeti

Gerek iktisadi nedensellik olarak ve gerekse de devletin işlevleri olarak kamu hizmetini algılayan her iki görüş, kamu hizmetini esas olarak, devletin iradesinin dışında algılamak-

tadır. Ancak, bu üçüncü görüşe göre, esas olan yönetenlerin iradesini almaktır ve yönetenler tarafından kendisine kamu hizmeti niteliği verilen faaliyetler kamu hizmeti niteliği kazanmış olacaktır. Bir başka ifade ile, yöneticiler iradeleri ile ortak ihtiyaç niteliğindeki faaliyetlere kamu hizmeti niteliği verebilecektir. Bu durumun istisnası olarak da, uygulayıcılar ve hakimler hukuki metinlerde kamu hizmetine ilişkin açık saptama olmadığı zamanlarda yorum yapmak sureti ile kamu hizmetini belirleme yetkisine sahip olabilecektir.¹³

Bu görüşe göre, kamu hizmeti hukuki bir yöntem olup, ayrıca ihtiyaçların giderilmesi hususunda kullanılan tek yöntem de değildir. Yöntemlerden sadece biridir. Böylece, kamu hizmeti ortak ihtiyaçların görülmesi hususunun üzerine kurulmaktadır. Bu ihtiyaçlar idarece karşılanabileceği gibi özel kişilerce de karşılanabilir. Özel kişilerce ihtiyaçların giderilmesi hali özel hukuku ilgilendirmekte olup, kamu hizmeti kavramı kamu hukuku kavramına bağlıdır.¹⁴

Bu görüşte kamu hizmeti kavramı, ortak ihtiyaçların karşılanması ve bunun için izlenen yöntemlerin üzerine inşa edilmiş bulunmaktadır.

2. Tanımı, Ölçüleri

Kamu hizmetleri ile ilgili olarak ülkemizde, günümüzde de geçerliliğini sürdürmeye devam eden ve köklerini cumhuriyetin ilk yıllarında bulan iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlar, kamu hizmetlerinin mutlak olarak yasa koyucunun iradesine dayanması ile piyasa yetersizliğidir. Yasa koyucunun mutlak belirleyici olduğu görüşü öğretide istisnasız kabul görmüştür. Piyasa yetersizliği anlayışı, devletçi kalkınma modelinin varlık nedenini teşkil etmektedir. Devletin, belirli toplumsal ihtiyaçları üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması istisnai ve aynı zamanda geçici nitelik arz etmektedir. Devletin bu çalışması, kapitalist üretim biçimini aşma yönünde olmayıp, daha ziyade kapitalist sistemi geliştirmeye ve kalıcılaştırmaya yöneliktir. Piyasa-

¹¹ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 17-18.

¹² KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 20.

¹³ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 39.

¹⁴ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 41.

nın eksiklikleri giderildikçe, kamu hizmetleri alanları özelleştirme yoluna gidilecektir.¹⁵

Kamu hizmeti İdare Hukukunda en çok kullanılan kavramlardan biridir. Kavram, çeşitli anayasalarda ve 1982 T.C. Anayasasının çeşitli maddelerinde de yer almıştır. Ancak, bu kavramın anayasal ve yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Ayrıca, yargı içtihatlarında da bir tanımı yapılmış değildir. Kamu hizmeti kavramına ait tanımlamalar kendini öğretide hissettirmiş olup, öğretide bu kavram çeşitli açılardan tanımlanmıştır.

Organik açıdan kamu hizmeti; belli bir görevin yürütülmesi için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmıştır. Anayasanın 70. Maddesinde yer alan “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir” hükmündeki kamu hizmeti deyiminin organik açıdan kullanıldığını görmekteyiz.¹⁶

Maddi açıdan kamu hizmetinden bahsedildiğinde, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak ve yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak yapılan tanımlamadır. Buna göre; kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Anayasanın 47. Maddesinde yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler [...] devletleştirilebilir.” hükmünün kamu hizmeti deyiminin faaliyet anlamında kullanıldığını görmekteyiz. Burada, yapılan iş önem arz etmektedir.¹⁷

Nihayet şekli açıdan kamu hizmetine baktığımızda ise; belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade ettiğini görmekteyiz. Buna göre bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir. Kamusal yönetim usullerine tabi olmayan hizmetler kamu hizmeti olarak adedilmemektedir.¹⁸

Liberal dönemde devletin (İdarenin) faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetleri

yanında, bireylerin ve toplulukların ekonomik olarak güçlerinin yetmediği ya da bir çıkar göremedikleri için yürütmedikleri veya yürütemedikleri faaliyetlerle sınırlı idi. Bu nedenle, bu dönemde devlet (idare) toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadı ile doğrudan kendi buyruğu ve sorumluluğu altında olmak kaydı ile üstün ve ayrıcalıklı usuller kullanarak söz konusu faaliyetleri yürütmekteydi. Buna göre, kamu hizmetleri idarenin kamu yararını sağlamak amacı ile kamusal yönetim usulleri ile yürüttüğü faaliyetleri idi. Bu tanım da göstermektedir ki; liberal dönemde kamu hizmetleri tanımı, organik, maddi ve şekli ölçüleri bünyesinde barındırmaktaydı.¹⁹

Liberal anlayış terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesi, devletin ekonomik ve sosyal yaşama alabildiğine müdahale etmesini beraberinde getirdi. Devlet önceden beri özel kişilerce yürütülen faaliyetleri de yükümlenmeye başladı. Böylece idarenin faaliyet alanı alabildiğine genişleme gösterdi. Bu gelişme paralelinde, organik, maddi ve şekli ölçüler arasındaki bağlantının çözülmeye başlamasına ve zamanla da tamamen ortadan kalkmasına neden oldu. Artık bu üç ölçütün kamu hizmetinin tanımında kullanılmasının mümkün olmamasını beraberinde getirmişti.

İlk olarak, organik ölçütün çözüldüğünü görmekteyiz. Yani, böylece bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmaya başlandı. Artık, kamu hizmetlerinin sadece klasik idari kuruluşlar dışında kamu kuruluşları, kamusal-özel karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlar aracılığı ile de yürütülebileceği kabul olunmaktadır. Bugün için tüm kamu hizmetlerinin imtiyaz usulü ile özel kişilere gördürülebileceği kabul edilir olmuştur. Ancak, bu hizmetler hangi elle ve usulle yürütülürse yürütülsün, bunlar üzerinde sürekli denetim ve gözetim yetkisinin kamu yararının sağlanmasından birinci derecede sorumlu olan Devlete veya ilgili kamu idaresine ait olması gerektiği hususu tartışmasız kabul edilmektedir.²⁰

Maddi ölçüt bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamaya tek başına yeterli gel-

¹⁵ KARAHANOGULLARI; Onur; a.g.e., s. 96.

¹⁶ GÜNDAY, Metin; “İdare Hukuku”, s. 222.

¹⁷ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 222.

¹⁸ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 222.

¹⁹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223.

²⁰ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223.

memektedir. Ülkemizde hakim olan “yasa koyucunun iradesine dayanma” görüşü çerçevesinde, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. İnsan faaliyetleri niteliklerine göre değil de belli bir dönemde ve belli bir yerde topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sisteme göre kamusal ve özel faaliyetler olarak ayrılmaktadırlar. Bu nedenle, her insani faaliyet, niteliğine bakılmaksızın kamu hizmeti olmaya elverişlidir. Bunun tek şartı siyasal organların o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesidir. Demokratik toplumlarda, bir toplumun genel ihtiyaçlarını belirlemek ve kamu yararını değerlendirmek o toplumun seçimle iş başına getirdiği temsilcilerinin serbest yetkilerindedir. Bu nedenle; bir faaliyetin toplumsal ihtiyaçları karşılamaya ve böylece kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını takdir etmek başta yasama organı olmak üzere siyasal organlarının yetkisi dahilindedir. Bu nedenle, ancak toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet, siyasal organlarca kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ise, kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Aksi takdirde, bir faaliyetin kamu hizmeti olduğundan sözü edilemez.²¹

Organik ve maddi ölçütlerin çözülmeye başlaması, beraberinde şekli ölçütün de gevşemesine ve çözülmeye yol açmıştır. Devletin benimsediği sosyal devlet ilkesi, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesine ve o zamana kadar özel kesim tarafından yürütülen bazı iktisadi, sınai ve ticari faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmesine neden olmuştur. Bu hizmetler, ayrı bir hukuki rejime değil özel kesim ile rekabet içinde yürütülebilmeleri için özel hukuki rejime tabi tutulmak yoluna gidilmiştir.²²

Bu sürecin ardından kamu hizmeti nedir diye baktığımızda; “Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir.”²³ demek çok tabii mümkün olabilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, her şeyden önce siyasal organların iradesine bakılması gerektiği sonucuna bakmak gerekmektedir. Yani, kanunda bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmiş ise sorun bulunmamaktadır. Kanunda her hangi bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu yönünde bir açıklık yoksa ne yapılması gerekir? Bu halde de farklı bir takım ölçülere başvurmak sureti ile kanun koyucunun iradesini belirlemek gerekli hale gelecektir. Bunlar, söz konusu faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, bu faaliyetin görülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunmasıdır. Bu ölçütlerden bir veya birkaçının bir arada bulunması halinde, söz konusu faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden farklı bir faaliyet olarak görülmesi sağlanacak ve bu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesine yeterli olacaktır.

3. Kamu Hizmetlerinin Kurulması ve Kaldırılması

a. Kurulması

Genel ve ortak olan ihtiyaçların giderilmesine yönelik faaliyetler, özel girişimciler için kar sağlama gayesi ile yapılmakta iken aynı faaliyet kamu tarafından yapıldığında burada kamunun kar sağlama halinden söz edilemez. İdare burada görev saiki ile hareket etmek durumundadır. İdare hukukunda, görev ve yetki kavramlarını birbirinden ayırmak güçtür. Kamu hukuku kurallarına göre ise yetki ancak kanunlar ile verilebilecek nitelikte olup, bir kamu hizmetinin kurulabilmesi de ancak kanunlarla olmak durumundadır.²⁴

Bu kuralı belirttikten sonra kamu iktidarını kullanma yetkisine sahip birimler arasında yetki paylaşımı hususu üzerinde durmak gerekecektir. Sorun daha ziyade yasama ve yürütme erkleri arasındaki yetki paylaşımı olarak ortaya çıkmaktadır. Virtüel kamu hizmetleri ve anayasal kamu hizmetleri tartışmaları ve son dönemlerde yaşanan özelleştirme-

²¹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223-224.

²² GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 224.

²³ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 224.

²⁴ ÖZAY, İl Han; “Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma”, s. 38.

ler neticesinde ortaya çıkan içtihatlar çerçevesinde bakan görüşler, “yargı da kamu hizmeti kuruculuğunda belirleyici hale gelmektedir” şeklinde saptamalar yapmaktadır. Bu görüşe göre, devletin herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstlenmesi saf ve yalın bir biçimde ortaya çıkmamaktadır. İdeal olan bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı kanun tarafından belirlenmesi olup, yalnız bu tek olasılık değildir. Örneğin, uyuşmazlık konusu herhangi bir hususta idari yargının bu faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığına karar vermesi halinde faaliyetin özel hukuktan çıkarılarak devletin görevleri arasına sokulması söz konusu olmaktadır. Buna benzer bir biçimde Anayasa Mahkemesinin de bazı faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak nitelendirerek bunların hukuki rejimini kamusalılaştırdığı görülmektedir.²⁵

Tartışmalara neden olan bu husus bir kenara bırakılacak olursa; bir faaliyet, yasa koyucu tarafından ya ilk kez ve doğrudan doğruya kanun ile kamu tüzel kişisine yükletilir. Bu halde, kanun koyucu bu hizmeti direk bir tüzel kişiliğe yükleyebileceği gibi; bir kanun ile kurduğu kamu tüzel kişisine aynı veya başka bir yasal düzenleme ile doğrudan doğruya belli bir kamu hizmeti yüklemek yerine, bir kamu tüzel kişisine açıkça bir yetki verebilir. Böylece bir kanuna dayanılarak bir idare, idari işlemle kurulmuş olur. Ya da özel kesim alanından kamu kesimine aktarılacak suretiyle kamu hizmeti haline getirilmiş olur. Birinci halde, tekel biçiminde yürütülen bir kamu hizmeti söz konusudur. Bir başka anlatımla, kamu hizmeti haline getirilmiş olan faaliyet bireyler ve topluluklarına kapatılmış ve yasaklanmıştır. Bu durumun bireylerin ve toplulukların temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü kısıtlayıcı olduğu açıktır. İkinci halde ise, kamu hizmeti haline getirilmiş bulunan faaliyet birey ve topluluklarına yasaklanmamış olup, birey ve toplulukları tarafından da yürütülebilir. Ancak bu durumda da, idare gibi güçlü bir rakibin ortaya çıkmış olması nedeni ile, birey ve topluluklara yasaklanmamış olup, birey ve toplulukların çalışma özgürlüğü yine de belli ölçüde sınırlandırılmış olur. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler

kanun ile sınırlanabileceğinden, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuracak olan kamu hizmetlerinin kurulması da kanunla olmak gerekir.

Bir hizmetin kurulması belli bir örgütün kurulmasını ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete tahsis etmesini gerekli kılar. Anayasanın 123. Maddesinin 1. Fıkrası, “idare, kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir” demektir. Bundan da idarenin kuruluş ve örgütlenmesinde asli yetkinin yasama organına ait olduğu sonucunu çıkarılmaktadır. Nitekim devletin kamu hizmeti örgütlerinin temel birimleri olan bakanlıkların kanunla kurulması gerekmektedir. Bu durum anayasanın 113. maddesinin 1. fıkrasında “bakanlıkların, kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir” ibaresi ile açıkça ifadesini bulmuştur. Ayrıca, eğer bir kamu hizmeti devlet tüzel kişisi dışında ayrı bir tüzel kişiliği olarak örgütlenecek ise, böyle bir kamu tüzel kişisinin de kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak bir idari işlem ile kurulması gerektiği de öngörülmüştür.

Kamu hizmetlerinin kurulması bahsini bitirmeden önce virtüel kamu hizmetleri hususuna değinmekte fayda olacaktır.

Virtüel kamu hizmetleri: Bu hizmet türü, kamu hizmetinin kurucu iradenin dışında bağımsız ve nesnel bir doğasının olduğu görüşüne dayanmaktadır. Bir faaliyeti yasa koyucu veya idare tarafından yetkileri dahilinde kamu hizmeti olarak tanımlanmamış olmasına rağmen, idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanabilmektedir. İdari yargı, bu faaliyeti ile görev alanını genişletmektedir. İdari yargının bu eylemi ile faaliyet idari yargı düzenine aktarılmakta ve kamu hukukuna tabi tutulmaktadır. İdari yargının, yetkilerini aşmak sureti ile de olsa kamu hizmetlerinin kurulmasına bu şekilde katıldığı söylenebilir.²⁶

Özel teşebbüsün, halkın günlük, kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği bir takım faaliyetler vardır ki, bunların bir yandan idare ile ve bir yandan da kamu emlakı ile özel ilişkisi bulunması nedeni ile bu tür faaliyetlerin uygulamada kamu hizmetine dönüş-

²⁵ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 254 vd.

²⁶ KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 267.

türülebilecekleri kabul edilmektedir. Bu kavram, ilk başta bu isimle kullanılmasa da ilk olarak Fransız öğretisinde yer bulmuştur. Kavram, bazı faaliyetlerin idare veya yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmemelerine rağmen, nitelikleri gereği potansiyel kamu hizmeti olarak değerlendirilmesinin söz konusu olabileceği görüşüne dayanmaktadır. Eğer bir hizmet, özel teşebbüs tarafından görülmesine rağmen bünyesinde kamu yararı taşıyor ise bu idari yargı kararı ile kamu hizmeti olarak addedilebilir.

Bu kamu hizmeti kavramı, idarenin özel girişimler üzerindeki kolluk denetimi ve buna dayanan ruhsat rejiminin, özel faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi için yeterli saymanın idareye kamu hizmeti kurma yetkisi verdiği özelliğe bu durumun girişim özgürlüğü aleyhinde²⁷ sınırsız genişleme göstereceği yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır.

Bunun en güzel örneğini ülkemizde, ilk ve orta düzeydeki okullar oluşturmaktadır. Özel okul öğretmenlerinin atanmasından, okulun ders müfredatına, ders saat ve programlarına kadar her husus idari yargı denetimine tabidir.

İdare kamu hizmetini yürütürken, kendi özel çıkarlarını önceleyen bir kimse gibi değil toplumun menfaatlerini üstün tutan bir tavır sergilemek durumundadır. İdarenin, ister organik anlamda ve isterse de işlevsel anlamda virtüel kamu hizmetleri olsun, özel teşebbüsten üstün durumda olması gerekir. Buna da kamu gücü denilmektedir. İdarenin kamu gücü ayrıcalığından yararlanmasının gerekçesi kamu yararı olup, özel çıkarı söz konusu değildir. Virtüel kamu hizmetleri, bu hususun dolaylı yollardan yargısal kararlara yansması şeklindedir.²⁸

b. Kaldırılması

Bir kamu hizmetinin, kurulmasına yol açan toplumsal gereksinimin ortadan kalkması nedeni ile, kuruluşundaki usullere uygun olarak kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin kurulmasında olduğu gibi

kaldırılmasında da asli yetki yasama organına aittir. Ancak kamu hukukuna egemen olan temel ilkelerden olan **değişiklik ilkesi** uyarınca bir kamu hizmetinin kaldırılmasına pek rastlanmamakta olup, daha ziyade kamu hizmetleri yeni koşullara uyarlanmak sureti ile sürdürülmektedirler.

4. Kamu Hizmetine Egemen Olan Temel İlkeler

Her kamu hizmetinin ortaya çıkış nedenlerine bağlı olarak bir takım özellikleri vardır. Her bir kamu hizmeti kendi özel kurallarına tabi ise de, hepsinde ortak olan bazı özellikler ve hepsine egemen olan temel bazı ilkeler vardır. Bunlar;

a. Süreklilik (Kesintisizlik) ve Düzenlilik

Kamu hizmetleri, tatmininde kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılayan faaliyetler olarak kabul edildiklerinden, bunların sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi gerekir. Aksi takdirde kamu gereksinimi karşılanamaz ve kamu yararı gerçekleşmez.

Kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütülmesi demek, onların mutlaka her an, günün ve gecenin her saatinde yürütülmesi gerektiği anlamına gelemez. Her hizmet niteliğine ve özelliklerine göre farklılık arz etmektedir. Bu özellikler göz önünde bulundurulmak sureti ile her durum için ayrı ayrı süreklilik ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin sağlık, elektrik, ulaşım gibi kendisini her an hissettirdiği hallerde, kamu hizmetinin kesintisiz olma özelliği daha belirgindir. Buna karşılık eğitim ve öğretimde olduğu gibi belli zamanlarda karşılanması söz konusu olan gereksinimler kendisine ayrılan zamanlarda yürütülen hizmetlerle karşılanır.

Süreklilik ilkesinin bir yönünü, zaman bakımından devamlılık oluştururken, diğer yönünü ise istikrar oluşturmaktadır.²⁹

Süreklilik ve düzenlilik ilkesinin zedelenmemesi açısından kanun koyucu bazı sınırla-

²⁷ KARAHANOGULLARI, Onur; a.g.e., s. 269.

²⁸ ÖZAY, İl Han; "Günüşiğinde Yönetim", s. 234.

²⁹ ÖZAY, İl Han; "Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 42.

malar yapma yoluna gitmeyi uygun bulmuştur. Örneğin, istifa eden bir memurun yerine bir ay içinde yeni bir memur veya vekil gelene kadar beklemesi, imtiyaz sözleşmelerinde geçerli olan imprivizyon (öngörmezlik) kuramı, idari sözleşmelerde akide yüklenen ağır yükümlülükler ve idareye tanınan üstün yetkiler ve de kamu mallarının devir ve ferağ yasağı gibi pek çok idare hukuku ilke ve kuralının da varlık nedenidir.

Kamu Hizmetlerinin sürekli ve düzenli olma ilkesine ters düşen bir idari işlem hukuka aykırı olduğundan idari yargı yerlerince iptal edilebilecektir. Eğer bu niteliğe ters düşen bir idari işlem veya eylem nedeni ile bir zarar oluşmuş ise idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi çok tabi olarak mümkündür.

Türk idare hukuku öğretisinde süreklilik ilkesi hep kronolojik yani zaman bakımından devamlılık yönü ile fazla önemsenmiştir. İçerik ve yoğunluk özelliği daha ziyade göz ardı edilmiştir ve bunun paralelinde de kamu personelinin grev hakkı bu süreklilik ilkesine feda edilir hale gelmiştir. Çoğunlukta olan fikre göre, kamu hizmetinin zaman bakımından kesintiye uğramaması için grev yasağı yerindedir. Yürütmenin durdurulması kararlarına bakıldığında yargının da bu şekilde düşündüğü görülmektedir. İtalya'da kamu personeli, grev hakkını kötüye kullanma seviyesine vardırılacak derecede kullanmakta olmasına rağmen, burada kamu hizmetleri kronolojik bakımdan kesintiye uğrasa bile içerik ve yoğunluk bakımından düzeylerinin bizden üstün olduğu görülmektedir.

b. Değişkenlik (Uyarılama)

Süreklilik kavramının tek başına bir anlam taşımadığı, buna karşılık içerik ve yoğunluk bakımından da aynı düzeyde devamı sağlayacak istikrarın söz konusu olması gerektiğinden ister istemez değişkenlik ve uyarılama kavramlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi, o konudaki kamusal ihtiyacın en iyi en uygun bir biçimde karşılanması amacına yönelik olduğundan, kamu hizmeti değişken olmak zorundadır.

Değişkenlik ve uyarılama ilkesi ile çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanak-

ları olabildiğince göz önünde tutulmakta ve buna göre de sunulan hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinde sürekli değişiklik yapılabilmesi mümkün olmaktadır. Kamu hizmetlerinin değişkenliği nedeni ile hizmetten yararlananların, hizmetin örgütleniş ve işleyişinde yapılacak değişiklikler karşısında, hizmetten yararlanmaya başladıkları zamana göre herhangi bir kazanılmış hak iddiasında bulunmaları söz konusu değildir.

Değişkenlik ilkesi de, idarenin takdir yetkisinde olduğu gibi pek çok İdare Hukuku ilke ve kuralının ve de idareye tanınan yetkilerin varlık nedenidir. İdareye tanınan taktir yetkisi de bunlardan biridir. İdarenin taktir yetkisinin tek nedeni olamamakla birlikte nedenlerinden biridir. İdarenin taktir yetkisinin olmaması halinde yasama organı, kamu hizmetlerini değişen ve gelişen koşullara uydurabilmek için sık sık yasaları değiştirmek zorunda kalacaktı. Bu da beraberinde yasama organının ağır işleyen faaliyet yapısına sahip olması ile belli bir gecikmeye yol açacaktı. Bu durumun önüne geçebilmek açısından idareye tanınan taktir yetkisi önemli bir etkiye sahiptir. Böylece idare tek yanlı olarak kamu hizmetlerinin düzenini değiştirme yetkisi ile donatılmış olur.³⁰

Değişkenlik ve uyarılamanın sınırı olarak Devletin ekonomik durumu kabul edilebilirse de sosyal düzeyini düşünmek sureti ile ortalama ölçülere göre ayak uydurmak gerektiği ifade edilebilir. Ancak, ortalama ölçünün sınırcı sonuçları göz ardı edilmemelidir.³¹

c. Nesnellik ve Eşitlik

İdare hukuku statüler hukukudur. Yani, idare hukuku ilişkisinde idare ile ilişkiye girilmeden önce her şey kurallar halinde belirlenmiştir. Bu nedenle, idaredeki eşitlik aynı statüdeki insanlar arasındaki eşitliktir.

İdare, ortak ve genel ihtiyacı duyan herkese hizmeti eşit bir biçimde sunmak ve bunların bu hizmetlerden eşit bir biçimde yararlanmalarını temin etmek zorundadır. Yani, hizmetin sunumunda olduğu kadar yararlan-

³⁰ GÜNDAY, Metin, a.g.e, s. 226-227.

³¹ ÖZAY, İl Han; "Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma", s. 44.

dırılmasında da eşit olmak zorundadır. Bu ilke Anayasanın “Kanun Önündeki Eşitlik” kenar başlığını taşıyan 10. maddesinde ifadesini bulmaktadır.

Kamu hizmetleri bireysel değildir. Toplum-sal gereksinimlerin giderilmesi için yürütül-düklerinden, İdare bu hizmetleri yürütürken nesnel(objektif) davranmak ve taraf tutma-mak yani tarafsız olmak zorundadır. Bu ne-denle, bireyler de kamu hizmetleri yönünden gerek yararlanma ve gerekse katılma yönün-den eşit durumdadırlar. Ayrıca kamu hizmeti-nin getirdiği yükümlülükler açısından da fark gözetilemez. Bu doğrultuda bakıldığında, kanun önünde eşitlik kavramının soyut bir kavram değil, aynı koşulları taşıyanlara aynı hak, yetki, olanak ve ayrıcalıklardan yararlan-ması ve yararlandırılma imkanının tanınması anlamını taşıyan somut ve nesnel bir kural olduğu görülmektedir.³²

d. Bedelsizlik (Meccanilik)

Bu unsurun olguda artık hiçbir anlam ta-şımadığını ve buna uygulamada hiçbir şekilde uyulmadığını savunan birçok görüş mevcuttur. Ancak kamu hizmetlerinden alınan para-nın niteliği ne olursa olsun aslında hemen vurgulanması gereken bunun bir “fiyat” olma-dığı, olmaması gerektiğidir. Fiyat “maliyet + kar” unsurlarını bünyesinde barındıran bir kavramdır. Bunların olabildiğince düşük tutulması için çaba sarf edilebilir ama bu iki unsurdan oluşan fiyattan vazgeçen hiçbir ekonomik girişim olamaz. Özel girişim tanım olarak gelir getirici yani karın esas alındığı bir etkinliktir. Kardan vazgeçen bir özel girişim düşünülemez.³³

Kamu hizmetinde kar söz konusu olmadığı gibi amacı da kamu yararı şeklinde belirir. İdarenin bir faaliyete gelir elde etmek amacı ile girişmesi hallerinde bu hiçbir şekilde kamu hizmeti olarak düşünülemez. Devlet ile diğer kamu tüzel kişilerinin bu tür etkinlikleri de medeni haklardan yararlanma ve onları kul-lanmanın bir sonucudur. Aslında ilke olarak hiç ödenmemesi gereken buna karşılık yarar-

lanma için çoğu kez ödenen para, ne bir fiyat ne de bedel sayılamayacağına göre eski dilde bedava, parasız anlamına gelen “meccani” teriminden yararlanılabilir. Bu nedenle kamu hizmetleri karşılığı yararlananlardan hiç para alınmaması İdare Hukukunun kamu yararı ile birlikte anılan temel ilkelerinden biridir. Kural bu olmakla birlikte, bunun istisnasının, yani belli bir para almanın da yine kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bu temel ilkeye uygun düşmesi gerekmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti karşılığı alınan paranın genel niteliği bakımından, ancak vergi türünden bir şey, bir edim, hizmet, faaliyetten ötürü bundan fay-dalanana yüklenen resim veya harçtan başka bir şey olmadığı söylenebilir. Bu durumda sadece yararlandıran alınan bir çeşit dolaylı vergiden söz edilebilir. Bunu bir vergi olarak düşündüğümüzde Anayasanın vergi ödevi kenar başlığını taşıyan 73. maddesinde “her-kesin ...vergi ödemekle yükümlü” olduğunu öngörmekle beraber, bunun “mali gücüne göre” olmasının istendiğini görmekteyiz. Ver-gide kamu giderlerinin eşit biçimde karşılan-ması dolayısıyla hizmetin maliyetinin bölün-mesi değil, buna ekonomik güç oranında bir katılım ilke ve kuralı temel alınmıştır. Bunu kamu hizmetlerine uyarladığımız zaman veya doğrudan vergilerle zaten bu katılım gerçekteleşeceği için hiçbir parasal karşılık söz konusu olmayacak ya da bunun için ödenen, en az gelir düzeyindeki kimselerin bile kolaylıkla verebilecekleri bir miktarı aşamayacaktır.³⁴

2. Bölüm

Kamu Hizmetlerinin Türleri ve Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri

1. Kamu Hizmetlerinin Türleri³⁵

Tekelli - Tekelsiz Kamu Hizmetleri

Kamu Hizmetleri, konularını oluşturan faa-liyetin özel kesime de bırakılmasına veya özel kesime tamamen yasaklamasına göre bir ayrıma tabi tutulabilir. Buna göre, demiryollarında olduğu gibi kamu hizmetinin konusunu

³² ÖZAY, İl Han; a.g.e., s. 49.

³³ ÖZAY, İl Han; “Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korun-ma”, s. 45.

³⁴ ÖZAY, İl Han; a.g.e., s. 46, s. 228 v.d.

³⁵ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 223.

oluşturan faaliyetin özel kesime tamamen yasaklaması halinde tekelli kamu hizmetleri söz konusu olurken, eğitim hizmetinde olduğu gibi kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyetin özel kesime de bırakılması hallerinde tekelsiz kamu hizmetlerinden söz edilir.

Yürütüldükleri Alana Göre

Kamu Hizmetlerini yürütüldükleri alana göre, milli kamu hizmetleri ve mahalli kamu hizmetleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Yine demiryolu örneğinde görüldüğü üzere milli kamu hizmetleri, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetleridir ve dolayısıyla tüm yurttaşların yararlanmalarına da sunulmaktadır. Belli bir yörede yürütülen ve sadece o yöre halkının yararlanmasına sunulmuş kamu hizmetleri ise mahalli kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir.

Bireylerin Yararlanma Biçimlerine Göre

Kamu hizmetlerinin bireylerin yararlanma biçimlerine göre; doğrudan doğruya ve bireysel yararlanma sağlayan kamu hizmetleri ve dolaylı ve birlikte yararlanma sağlayan kamu hizmetleri şeklinde ayırma tabi tutulabilir.

Konularına Göre

Kamu hizmetleri konularına göre, idari, iktisadi, sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleri olmak üzere dört grup altında toplanabilir. Kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan ayrımı, kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukuki rejimi belirleme açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten bu ayırım her bir tür kamu hizmeti içinde kamusal ve özel yönetim usullerinin yerini ve yoğunluğunu da ortaya koymaktadır.

- *İdari kamu hizmetleri*; Devletin öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetleridir. Bunlar; bayındırlık, sağlık, eğitim, nüfus işleri, tapu ve kadastro hizmetleri gibi iktisadi, sosyal ve bilimsel teknik-kültürel nitelikli olmayan tüm kamu hizmetleridir. Bu hizmet türleri, esas itibarıyla kamu hukuku kurallarına tabidir. Bu hizmetlere ait yetkiler, usuller, personel ve sair hususlar kamu hukuki rejimine tabidir. Bu hizmetlere ilişkin işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Ancak ayrık hallerde bu hizmetler için özel hukuk sözleşmeleri yapılabilir.

- *İktisadi kamu hizmetleri*; Hizmetlerin bir kısmı 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan demiryolları, gaz, elektrik, telefon gibi bireylerin ve toplulukların mali güçlerinin yetersizliği nedeni ile yürütemedikleri iktisadi ve sınai nitelikteki faaliyetlerinden oluşmaktaydı. Bu hizmetler devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmüştür. Ancak 20. yüzyılın başından ve özellikle I. Dünya Savaşı'ndan sonra devletin ekonomik yaşama müdahalesi sonucu, özel kişilerin sanayi, ticaret, maliye ve tarım alanlarında yürüttükleri faaliyetler de kamu hizmetleri haline getirildi ve özel kişilerle yan yana yürütülmeye başlandı. Gerçi daha eskiden beri yürütülen iktisadi kamu hizmetlerini özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt etmek kolaydır. Ama daha yeni tarihlerde üstlenilen iktisadi kamu hizmetlerinin özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt edilmesi son derece güçtür.

- *Sosyal Kamu Hizmetleri*; Devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından öteden beri yürütülen emeklilik ve fakirlere yardım gibi faaliyetlerin yanı sıra, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra gelişmeye başlayan çalışma düzenine ve sosyal güvenliğe ilişkin faaliyetlerdir. Sosyal kamu hizmetlerinden bir kısmı Devletin tekeli altındadır. Örneğin iş ve işçi bulma hizmetleri. Buna karşılık, sosyal kamu hizmetlerinin bir kısmı ise özel teşebbüs ile beraber yürütülmektedir. Örneğin işçilerin sosyal güvenlik işleri ile özel sigorta şirketlerinin yaptıkları hastalık, kaza ya da hayat sigortaları arasında büyük benzerlik vardır.

- *Bilimsel-teknik- kültürel kamu hizmetleri*; idarenin yakın zamanlarda genellikle özel faaliyete konu olan bilimsel ve teknik araştırmalara, müzik, resim, tiyatro, bale vs. gibi sanat ve kültür hareketlerine el atması sonucu ortaya çıkmış olan kamu hizmetleridir. Toplum yaşamında oynadıkları önemli rol nedeniyle kamu hizmeti haline getirilmiş bulunan bu faaliyetler, nitelikleri gereği, idari kamu hizmetlerinin örgüt biçimleri, görev ve yetki kuralları, usulleri ve işleyişleri ile bağdaşmazlar. Bu kamu hizmetleri, kamu hukukunun katı kalıpları içinde yürütülemezler. Bu nedenle bu kamu hizmetleri için özel kuruluşlar, bağımsız personel ve daha serbest usuller ile geniş maddi olanakların kabulü zorunlu olmuştur.

2. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin bugün mutlaka idare tarafından görülmesi bir zorunluluk değildir. Kamu hizmetlerinin idare tarafından görülmesi mümkün olduğu gibi özel kişiler tarafından görülebilmesi de mümkündür.

Kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişiler tarafından görülme usulü emanet usulüdür. Buna karşılık kamu hizmetlerinin özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince görülme usullerinin de ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret usulleri olduğunu görmekteyiz.

Emanet Usulü

Emanet usulü, kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişilere, kendi aracı, kendi personeli ve kendi parası ile gördürülme usulüdür. Diğer bir ifade ile emanet, bir kamu hizmetinin devlet veya öteki kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya ve kendi örgütleriyle ve hizmete tahsis ettikleri aynı ve şahsi vasıtalarla gördürülme usulüdür.³⁶

Emanet usulü, devlet örgütlenmesinin klasik biçimini ifade temekte olup, bunun ayrı bir yöntem olarak ele alınmasına gerek yoktur.³⁷ Emanet usulü için belirleyici nitelik, bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya devlet veya öteki kamu tüzel kişilerinince görülmesidir. Buna karşılık bir hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesi emanet usulünün belirleyici bir niteliği değildir. Bu nedenle; bağlı bulunacağı rejimin kamusal yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri ya da özel yönetim usullerine tabi kamu hizmetleri olması önemli değildir.³⁸

Fak Fuk Fon olarak anılan Sosyal Yardım- laşma ve Dayanışma Vakıfları Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olmakla birlikte, yetkilileri kamu ajanlarıdır ve kaynaklarını kamusal yardımlardan temin etmektedir. Bunlar emanet usulüne örnek kuruluşlardır.

³⁶ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 233.

³⁷ KARAHANOGULLARI; Onur, a.g.e., s. 284.

³⁸ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 233.

Müşterek Emanet Usulü

Bu usul, bir kamu hizmetinin masrafları, hasar ve zararı idareye ait olmak üzere, gelir üzerinden belli bir pay veya götürü bir ücret karşılığı özel bir kişiye gördürülme usulüdür.³⁹

Müşterek emanet usulünde, idare ile özel hukuk kişisi arasında karma nitelikli bir idari sözleşme yapılmaktadır. Müşterek emanet usulü bu yönü ile imtiyaz usulüne benzemektedir. Ancak, sözleşmenin içeriğine bakılarak bu sözleşmenin müşterek emanet mi yoksa imtiyaz mı olduğu anlaşılabilir. Özel hukuk tüzel kişisine gördürülen hizmetin hasar ve zararı idareye ait ise müşterek emanet usulü, buna karşılık hizmeti gören kişiye ait ise, imtiyaz usulü söz konusu olmaktadır. Yani fark, hasarın kime ait olduğu noktasındadır. Müşterek emanet usulünde sermaye tamamen idareye ait olup, hizmeti gören özel kişi kendi emek, bilgi ve becerisi ile hizmeti yürütmektedir. Hizmetin masrafları hizmetten yararlananlardan alınan belli bir bedel ile karşılanmakta, masraflar çıktıktan sonra kalan fazlalık idare ile özel kişi arasında paylaşılmakta veya özel kişi götürü bir ücret almaktadır. Oysa imtiyaz usulünde hizmeti yürüten özel kişi tam bir girişimci olarak hareket etmekte, sermayeyi kendi getirmekte, hizmetten yararlananlardan kendi namına belli bir bedel almakta ve hizmetin tüm masrafları, kar ve zararı kendisine ait olmaktadır.⁴⁰

Müşterek emanet usulü bugün için terk edilmiş olup, Osmanlı İmparatorluğu Döneminde sahil fenerlerinin yakılma olayı bu usul ile özel kişilerce işletilmiştir.

Ruhsat Usulü

Ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikteki kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetlerin, yasa ile idare lehine tekel konusu yapılmamış veya belli bir özel hukuk kişisine imtiyaz verilmemiş olması hallerinde bu faaliyetin idarenin vereceği bir izin ile özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından da gördürülebilmeleri mümkündür. Belediyelerin toplu taşımacılık hizmetleri, eğitim ve sağlık hizmetleri bu nevidendir.

³⁹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

⁴⁰ ÖZAY, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 253.

Ruhsat usulünde, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz yada yap-işlet-devret usullerinin aksine, idare ile bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi arasında herhangi bir sözleşme yapılmaz. Hükümleri belirlenmiş faaliyet alanında çalışmak isteyen özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi idareye başvuruda bulunur. Bunun üzerine, idarenin tek yanlı olarak vereceği bir izin ile belli bir kamu hizmetinin özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine gördürülmesi söz konusu olur. İznin verilip verilemeyeceği hususu idarenin taktir yetkisi dahilindedir.⁴¹

Ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan, idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi vardır. Eğitim hizmeti, ruhsat usulü ile özel kişilere gördürülse dahi, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır (AY. Md. 42/6). Bu kurumların öğretmenleri, kamu görevlisi olabilme koşullarını taşıyanlar arasından Milli Eğitim Bakanının onayı ile atanırlar.⁴²

Özel teşebbüsün etkinliği sonucu kar elde etmek maksadında olması doğal olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi uyarınca, yararlananlardan yani müşterilerinden alabileceği ücret de idare tarafından tespit edilir.⁴³ Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi, bu usulde gördürülen kamu hizmetlerini etkiler. İdare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olarak gerekli değişiklikleri yapmaya yetkili olup hizmeti gören kişinin bu değişikliklere katlanması zorunludur.⁴⁴

İltizam Usulü

Kamu hizmetinin, önceden kararlaştırılan belli bir bedel karşılığında, özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁵ Müşterek emanet usulünün mali konularda uygulanma biçimi olan iltizam usulü, mültezim adı verilen bir özel kişiye götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında bir kamu hizmetinin gördürülmesidir.⁴⁶

İltizam usulü ile Osmanlı İmparatorluğunda tarım ürünlerinin vergilerinin toplanması yoluna gidilmiştir. İltizam usulü bugün terk edilmiştir.

İmtiyaz Usulü

İmtiyaz, idarenin Türk hukuk sistemine göre kurulmuş Anonim Şirket statüsündeki bir tüzel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere işletilmesi usulüdür. Bu usulde idareye imtiyaz veren, hizmeti gören özel hukuk tüzel kişisine ise imtiyaz sahibi denilmektedir.⁴⁷

İmtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşme ile verilmekte ve bu sözleşme ya belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletmesi veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin sadece işletmesi ya da her ikisi için birlikte yapılmaktadır. Belli bir kamu hizmetinin sadece kurulması için yapılan sözleşmelerin yargı içtihatlarında idari sözleşme olarak değil özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir.⁴⁸

Devlet adına kamu hizmeti imtiyazı tesis etme yetkisi, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli olup, bugünkü ihtiyaçları karşılamaktan uzak olan Menafii Umumiyyeye Ait İmtiyaz Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, devlet adına imtiyaz verme yetkisi bakanlar kuruluna aittir. 1580 Sayılı Belediye Kanunu (md. 19/4-A), belediye idarelerinin su, havagazı ve tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapmak haklarını devletçe saptanan kurallara uygun olmak üzere ve 40 yılı aşmamak kaydı ile imtiyaza verebileceklerini öngörmüştür. Yine Belediye Kanununun 19. maddesine 07.02.1990 tarih ve 3612 sayılı kanun ile eklenen ek bent, belediye idarelerinin belde içinde yolcu taşıma işlerini de imtiyaz usulü ile yaptırabileceklerini öngörmüştür. Belediye idareleri adına imtiyaz verme yetkisi belediye meclisine ait olup (Belediye Kanunu md. 70/14), belediye meclisinin bu yön-

⁴¹ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s. 233.

⁴² GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 233.

⁴³ ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*, s. 255.

⁴⁴ GÜNDAY, Metin; a.g.e., 233-234

⁴⁵ ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*, s. 254.

⁴⁶ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

⁴⁷ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

⁴⁸ GÜNDAY, Metin; a.g.e. ve KARAHANOĞULLARI, Onur; a.g.e., s. 248.

deki kararı İçişleri Bakanlığının onamasına tabi tutulmuştur.⁴⁹

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de, öteki idari sözleşmeler gibi yazılı şekle tabidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için önceden hazırlanmış şartnameler mevcuttur. Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı niteliğindedir ve kural işlemler niteliğindedirler. Şartnameye dayanan sözleşme beyannameleri ile, bir yandan sözleşmeciyi şartnamede belirlenen genel ve nesnel bir statüye sokulur. Öte yandan mali hükümler düzenlenir. Bu nedenle sözleşme beyannameleri bir yönü ile *şart işlem*, öteki yönü ile ise *sübjektif işlem* niteliğindedir.⁵⁰

Sözleşmecinin, ne şartnameye ve ne de sözleşme belgelerine etki etmesi söz konusu değildir. Bunlar, idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. Sözleşmecinin, idarece hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya bütünü ile kabul etmesi ya da yine bütünü ile reddetme imkanı bulunmaktadır. Bu nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri iltihaki (katılmalı) sözleşmeler statüsündedir.⁵¹

Gerek şartname ve gerek sözleşme belgelerinin tüzük tasarılarının usulüne tabi olmak üzere Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeleri şarttır.

1326 tarihli Kanuna göre, imtiyaz alacak kişinin Türk anonim şirketi statüsünde bir tüzel kişi olması gerekir. Bunun dışındakilere imtiyaz verilmesi söz konusu değildir.

İmtiyazın belli bir kişiye devri ile imtiyaz sahibinin tekel yetkisi oluşmaktadır. Bu yönü ile ruhsat usulünden ayrılır. Ayrıca, hizmetin bünyesinde barındırdığı tüm ayrıcalıklar da özel hukuk tüzel kişisinin üzerine geçmektedir.

İmtiyaz usulünün, müşterek emanetten ayrıldığı en önemli nokta, sermaye ve riskin imtiyaz sahibine ait olmasıdır. Belli istisnai hallerde zararın idare üzerinde bırakılması söz konusu olabilmektedir.

İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin Yetkileri

- *Denetim ve yaptırım uygulama yetkisi:* İdarenin bu yetkileri onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanmaktadır. İdare, üstün yetkilerle donatıldığı imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetkilerin idarece kullanılabilmesi için sözleşme ve şartnamede açıkça belirtilmiş olmasına gerek yoktur. Bu yetkiler var kabul edilir.⁵²

İdarenin uygulayacağı yaptırımların başında, belli bir miktar paranın ödenmesini isteme, işletmeye geçici olarak el koyma ve sözleşmeyi geçici olarak feshetme (imtiyazı düşürme) yer almaktadır. İdare için belli bir süre içinde bitirilmemesi halinde, sözleşmede cezai şart olarak öngörülmüş bulunan belli bir miktar parayı sözleşmecinin teminatından doğrudan irad kaydetmek suretiyle alır. Ayrıca, imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde, herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshedebilir.⁵³

- *Tek yanlı değişiklik yapma yetkisi:* Kamu hizmetlerinin değişken olma özelliğinin bir sonucudur. İdare, bu yetkisi ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnamesinin hüküm ve şartlarını tek yanlı iradesi ile değiştirme yetkisine sahiptir. İdarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu şartların oluşması halinde, idarenin tek yanlı iradesi ile yapacağı değişiklikler ile imtiyaz sahibinin yükümlülükleri artmakta ise, imtiyaz sahibine belli bir karşılık verilmesi gerekir.⁵⁴

- *Tek yanlı fesih yetkisi:* İdare, imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde bir yaptırım olarak sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilme yetkisinin yanı sıra, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi, hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde, sözleşmeyi tek yanlı feshetme yetkisine sahiptir. Eğer, imtiyaz sözleşmesi, imtiyaz sahibinin ağır kusuru üzerine feshedilirse imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödemesi gerekme-

⁴⁹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 234.

⁵⁰ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 235.

⁵¹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 235.

⁵² GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

⁵³ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

⁵⁴ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236-237.

mektedir. Ancak, diğer halde idare, imtiyaz sahibinin zararını tamamen gidermek zorundadır. Bu ikinci hal **rachat** olarak adlandırılmakta olup, rachat, imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında idarece satın alınarak imtiyaz sözleşmesine son verilmesidir. Rachat, idarenin kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan bir olanak olup, sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi kullanılabilir olan bir yetkidir. Ancak idare rachat yoluna başvurup da imtiyaz sözleşmesini tek yanlı olarak feshettiğinde, imtiyaz sahibinin işletmeden beklediği normal kazanç ve karları da tamamen tazmin etmek zorundadır.⁵⁵

İmtiyaz Sahibinin Hakları, Ayrıcalıkları ve Yükümlülükleri

İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine bir takım mali haklar ve özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan türden bazı ayrıcalıklar ve olanaklar da sağlanmaktadır.

İmtiyaz sahibinin, söz konusu kamu hizmetini yükümlenirken amacı, belli bir kar ve kazanç elde etmektir. Bu kar ve kazanç ise, hizmetten yararlananlardan alınacak belli bir ücretten sağlanmaktadır. Hizmetten alınacak bu ücret idarece belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibi kadar hizmetten yararlananları da göz önünde tutmak durumundadır. Bu nedenle, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret bir fiyat olmaktan çok, bir harç yada resim niteliğindedir. İmtiyaz sahibi, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkına sahiptir.⁵⁶

Sözleşmenin uygulanması sırasında tarafların iradelerinin dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve kamu hizmetini yürüten özel hukuk tüzel kişisinin artık bu faaliyeti yürütemez hale gelmesine neden olacak olağanüstü olayların ortaya çıkması halinde, imtiyaz sahibi **imprevision (öngörülmezlik)** kuramı uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını ve zararlarının paylaşılmasını idareden isteme hakkına sahiptir.⁵⁷

Kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile görülüyor olsa da, kesintiye uğramadan devam etmesi gerekir. Bu hem idarenin ve hem de özel hukuk tüzel kişisinin görevidir. Ancak, yukarıda şartları belirtilen bir takım sebeplerle o hizmetin devamı imkansızlaşmış ise, sürekliliği sağlama görevi idareye ait olmaktadır. Özel hukuk tüzel kişisi bu talebi ile, hizmetin kesintiye uğramaması açısından yardım istemektedir. Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde idare imtiyaz sahibi için ortaya çıkan yükünü paylaşmak zorundadır. Tarafların bu konuda anlaşmaları halinde, görevli idari yargı yeri öngörülmemiş olaylar nedeniyle ortaya çıkan ek yükümü hesaplar ve bunun idare ile imtiyaz sahibi arasında nasıl paylaşılacağını belirler. Kabul edilen görüş, söz konusu yardımın geçici olduğu öngörülemeyen olayın sona ermesinden sonra da kesilmesi gerektiğidir.⁵⁸

İmtiyaz sahibine bazı kamusal olanakların da sağlanmış olması mümkündür. İdare imtiyaz sahibine hizmet ile ilgili taşınır veya taşınmaz malları, araç-gereçleri temin etmiş olabileceği gibi imtiyaz sahibine kamu malları üzerinde veya altında tesisler yapma olanağı tanınmış olabilir ya da imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapmak öngörülmüş de olabilir.⁵⁹

İmtiyaz sahibi hizmeti, kamu hizmetine egemen olan ilkelere ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütmekle mükelleftir. İmtiyaz sahibi, eşitlik ilkesi uyarınca, hizmetten yararlanacakları ve bunlardan alınacak ücretleri serbestçe belirleme olanağına sahip olmayıp, hizmetten yararlanma şartları ve ücret, şartname ve sözleşmede belirlenmiş bulunduğundan imtiyaz sahibi bu hükümlere uymak zorundadır. Değişkenlik ilkesi uyarınca, idarenin yapacağı tek yanlı değişiklikleri kabul etmek zorunda olup, süreklilik ve düzenlilik ilkesi uyarınca da idarenin gözetim ve denetimine katlanmak zorundadır. İmtiyaz sahibi, sözleşme ile elde ettiği kazancın bir kısmını "yıllık aidat" olarak idareye vermekle yükümlü kılınabileceği gibi, ürettiği mal ve hizmetlerin bir kısmını da karşılıksız olarak idareye vermeyi kabul etmiş olabilir. Ayrıca,

⁵⁵ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

⁵⁶ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 236.

⁵⁷ GÜNDAY, Metin, a.g.e., s. 237.

⁵⁸ ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*.

⁵⁹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 262.

imtiyaz sahibi yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi, yüklenildiği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez.⁶⁰

Kamu Hizmet İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, ya sürelerinin dolması, ya idarece tek yanlı olarak feshedilmeleri, ya da mahkeme kararı ile feshedilmeleri ile sona ererler.

- Kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmeleri belli bir süre için yapılırlar. Dolayısıyla, bu sürenin dolması ile kendiliklerinden sona ererler. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde sürenin dolması ile birlikte işletme bedelsiz olarak idareye geçer.

- Mahkeme kararı ile fesih, ya imtiyaz sahibinin idarenin ağır kusuru nedeniyle mahkemeye başvurması sonucu ile olur. Bu halde, imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini talep etmesinin yanı sıra, tazminata da hak kazanır. Veya idarenin tek yanlı fesih yetkisini kullanmayarak mahkemeden sözleşmenin feshini istemesi ya da öngörülme hallerin süreklilik kazanması üzerine her iki tarafın mahkemeye başvurması sonucu mahkeme kararı ile olur.

Yap - İşlet - Devret Usulü

Özellikle 1980'li yıllarda adından sıkça söz ettiren Yap-İşlet-Devret usulü, bir kamu hizmetine ilişkin tesisin; özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kar sağlanması amacı ile belli bir süre işletilmesini ve daha sonra bedelsiz olarak ilgili idareye devir ve teslimini sağlayan bir usuldür.⁶¹

Yap-İşlet-Devret usulü, ilk kez 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlen-

dirilmesi Hakkında Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan bir yönetmelikle yasal bir çerçeveye kavuşturulmak istenmiştir. Ancak bu usulün uygulanması, sadece elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı kanunları ile sınırlı kalmamıştır. Şöyle ki; bu usul, herhangi yasal bir çerçeve mevcut olmamasına rağmen, uzunca bir süre otogar, metro, doğal gaz şebekesi, turistik otel ve motel inşaatı gibi son derece değişik alanlarda ve konularda uygulanmıştır. Nihayet 13 Haziran 1994 tarih ve 21959 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bazı yatırım ve hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırılması hakkında 3996 sayılı Kanun ile bu usule ilişkin yasal çerçeve daha da genişletilerek, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve görev alanı içinde olup da ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren pek çok yatırım ve hizmetin bu usulle yaptırılması ve işletilmesi amaçlanmıştır.⁶²

Sermaye, özel hukuk kişisi tarafından konulacak olup tüm risk de kendisine ait olacaktır. İdare ile özel hukuk kişisi arasında en çok 99 yıl süreli bir idari sözleşme imzalanacaktır. Sözleşme süresinin sonunda tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerinden sıyrılmış bir biçimde ve bedelsiz olarak devlete geçecektir.

İlgili idarenin hizmet konusunda denetim, yaptırım uygulama, yararlananlardan alınacak bedeli belirleme gibi yetkileri yanında özel hukuk kişisinin hizmete ilişkin ihtiyacı doğduğunda lehine kamulaştırma da yapılabilecektir.

Yasal düzenlemelerin içerdiği bu hükümlerin tümü, eğer ortada bir kamu hizmeti varsa "Yap-İşlet-Devret" modeli diye alınan bu usulün "imtiyaz" dan başka bir şey olmadığını kanıtlamaktadır.

İmtiyazdan farklı bir isim tercih edilmesinin nedenlerinden ilki imtiyazların, kapitülasyonları çağrıştırması iken, diğeri de başta anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerle belirtilen sistemde öngörülmuş bulunan usul kurallarını bertaraf etmektir. Örneğin, yap-işlet-devlet sözleşmeleri Danıştay denetiminden geçirilmemektedir.⁶³

⁶⁰ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 238.

⁶¹ GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 239.

⁶² GÜNDAY, Metin; a.g.e., s. 239.

⁶³ ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*.

Günümüzde Anayasa ve Danıştay Kanunu öngördüğü sistem uyarınca izlenmesi gereken usul Danıştay'ın incelemesi üzerine Bakanlar Kurulu kararını içermektedir. Öte yandan belediyeler de, kendi kanunlarına göre, yerel kamu hizmetleri için, devletin koyduğu ve uyguladığı esas ve usullere uygun olarak, fakat Meclislerinin "imtiyaz" konusundaki kararı ile bu usulü izleyebilirler, bu halde de yine Danıştay incelemesi ve Bakanlar Kurulunun vesayet denetimine bağlı bir karar söz konusudur.

Bununla beraber 25.06.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, "Muvazenei Umumiyyeye ve mülhak bütçelerle dahil ve mukavelenin akdi tarihinde mevcut veya atiyen ihdas edilecek olan herhangi bir vergi ve ya resim muafiyetini tazammum ve atiyen bütçelerden tediyatı istilzam ederek verilmesine Hükümetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunur." Bu durumda, bazı sözleşmeler Bakanlar Kurulunun kararı ile tamamlanamamakta, Yasama organının onayı da zorunlu bulunmaktadır.

"Bu durumda ister merkezden yönetim isterse mahalli idareler tarafından olsun, hiçbir yönden sınırlı olmayan bir biçimde, çoğu kez tek bir yetkilinin kararı ile uygulamaya konulan Yap-İşlet-Devret modeli, kamu yararından başka bir amaca yönelik olarak yetki ve usul saptırılması, yani "maksat" unsuru sakat bir "imtiyaz" usulü olmaktan öte hiçbir anlam taşımamaktadır."⁶⁴

Bu yorum ve değerlendirmeler karşısında Danıştay'ın "AKTAŞ" olayında işletme devir hakkı sözleşmesini imtiyaz olarak niteleyip iptal etmesinden de tedirgin olan Bakanlar Kurulunun girişimi ile 08.06.1994 tarihinde ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" çıkarıldı. 3996 sayılı Kanunun 2. Maddesinde, bu Kanunun amacının, "köprü, tünel, baraj, sulama içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yer altı ve yer üstü otoparkı ve sivil kulla-

nıma yönelik deniz ve hava limanları vb. yatırım ve hizmetlerinin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin gönderilmesine ilişkin usul ve esasları" belirlemek olduğu vurgulanmaktadır.

Kanunun 4. maddesinin son fıkrasında "öngörülen yatırım ve hizmetleri yap – işlet – devret modeline göre yaptırmak isteyen idarenin, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat ederek ve bu Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabileceği" hükmü yer almaktadır.

Bununla beraber yasa koyucunun asıl amacı "sözleşme" kenar başlığını taşıyan 5. maddeden anlaşılmaktadır. Nitekim, burada "Yüksek Planlama Kurulunca belirtilen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır ve bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." denilmektedir.

Bu Kanun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş, Mahkeme, "... bir sözleşmenin idari ... sayılabilmesi için ... taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu yada kuruluşu olması; ... kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuku aşan yetkiler tanınması gerektiğini" vurgulayarak Kanunu iptal etmiştir.

"Anayasa Mahkemesinin kararı bir yana, gözden kaçan bir husus Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi ve usulü belli bir yasal düzenlemeden kaynaklanmamaktadır. Bunu Anayasa da öngörmüş bulunduğu için Danıştay kendini yetkili saymaktadır. O halde "Aktaş" olayında olduğu gibi, sözleşmenin adı değişik bile olsa, eğer içerik, anlam ve kapsam bakımından Danıştay'ca "imtiyaz" olarak nitelenirse Anayasanın öngördüğü usule uyulmamış olması her zaman bir iptal yaptırımının uygulanması tehlikesini beraberinde getirir."⁶⁵

⁶⁴ ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*.

⁶⁵ ÖZAY, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

Kaynakça

- KARAHANÖĞLLARI, Onur; “*Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*”, Turhan Kitabevi, Ankara: 2002.
- GÜNDAY, Metin; “*İdare Hukuku*”, İmaj Yayıncılık, Ankara: 1999.
- ÖZAY, İl Han; “*Günışığında Yönetim*”, Alfa Yayınları, İstanbul: 1996.
- ÖZAY, İl Han; “*Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma*”, Filiz Kitabevi, İstanbul: 1990
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; “*Türkiye'nin İdari Yapısı*”, Sevinç Matbaası, Ankara: 1969.
- YILDIRIM, Turan; Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkım Yayınevi.