

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**MECCANİLİK İLKESİ VE TÜRKİYE’DE KAMU
HİZMETİNDEN YARARLANANDAN KARŞILIK
ALINMASININ MEŞRUIYETİ**

BÜŞRA İZCİ
2501160511

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. AYDIN GÜLAN

İSTANBUL 2019

ÖZ

MECCANİLİK İLKESİ VE TÜRKİYE’DE KAMU HİZMETİNDEN YARARLANANDAN KARŞILIK ALINMASININ MEŞRUIYETİ

BÜŞRA İZCİ

Kamu hizmetlerinin sunulması doğal olarak birtakım gider ve harcama yapılmasını gerektirmektedir. Bireyler bu giderlerin karşılanmasına özellikle kuruluş aşamasında vergilerle katılmaktadır. Ancak sosyal ve ekonomik birtakım gelişmeler, değişen eşitlik ve kamu yararı anlayışı kamu hizmetlerinden yararlananlardan vergilerin dışında karşılık alınmasını gerektirmiştir. Klasik anlamıyla kamu hizmetinden karşılık alınmaması anlamına gelen meccanilik ilkesinde kırılma gerçekleşmiştir.

Çalışma kapsamında kamu hizmetinden yararlanandan alınan karşılıkların meşruiyeti, niteliği ve sınırlarının tespit edilmesi ve buradan hareketle meccanilik ilkesinin günümüzdeki anlam ve sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmıştır. Konuyla ilgili yargı kararları ve mevzuat hükümleri ele alınmış, doktrin incelenmiş böylelikle somut malzemeler üzerinden değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Meccanilik ilkesi, karşılık, kamu hizmetinden yararlanma

ABSTRACT

The provision of public services naturally requires some expenditure. Every individual in the society participates with these taxes to cover these expenses. However, a number of social and economic developments, and a changing understanding of equality and public interest, require an additional payment from public service beneficiaries outside of taxes. There has been a break in the principle of gratuitousness, which means that there is no remuneration for public service in the classical sense.

Within the scope of the study, it has been aimed to determine the legitimacy, quality and limit of the remuneration received from the public service beneficiaries and to reveal the current meaning and results of the principle of gratuitousness. The relevant judicial decisions, legislative provisions and the doctrine have been examined through concrete cases and materials.

Key words: Gratuitousness principle, remuneration, access to public services.

ÖNSÖZ

Meccanilik ilkesi ve kamu hizmetinden karşılık alınması hususundaki rolü, idare hukukunun eskimiş görünen fakat dinamik ve güncel bir konularından biridir. Bu yönüyle öncelikle meccanilik ilkesine “bir anı” olarak bakmak gibi bir ön yargıdan sıyrılarak, doktrin, mevzuat ve mahkeme kararlarına yansıyan boyutun oluşturduğu gerçeklik ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra, ortaya çıkan mevcut tablo yorumlanarak bir değerlendirme yapmak yoluna gidilmiştir. Faydalı olmasını temenni ediyorum.

Tez çalışmamın başından sonuna dek katkısı olan herkesi saymak burada mümkün olmamakla beraber, sağladıkları huzurlu çalışma ortamlarından dolayı meslektaşlarıma, manevi destekçim olan aileme ve arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca bu süreçte değerli düşüncelerini paylaşarak gelişmeye katkıda bulunan hocam Dr. Öğr. Üyesi Halit UYANIK’a teşekkür etmek isterim.

Tez çalışmamın başından sonu kadar en büyük emeğe sahip olan, destek, fikir ve tavsiyelerini esirgemeyen, her konuda yol gösteren tez danışmanım Prof. Dr. Aydın GÜLAN’a şükranlarımı sunarım.

Büşra İZCİ
İstanbul, 2019



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ÜLKEMİZDE KAMU HİZMETİNDEN KARŞILIK ALINMAYA BAŞLANMASININ GELİŞİMİ

I. TEMEL KAVRAMLAR.....	3
A. KAMU HİZMETİ KAVRAMI.....	3
B. MECCANİLİK KAVRAMI	7
C. KARŞILIK KAVRAMI VE KAPSAMI.....	11
1. Karşılık Kavramı	11
2. Karşılık Teriminin Kapsamı.....	11
a. Mali yükümlülükler	12
(1) Vergi	13
(2) Harç	13
(3) Resim.....	14
(4) Benzeri Mali Yükümlük	15
b. Ücret.....	16
c. Fiyat.....	17
d. Katılım Payı	18
II. TÜRKİYE’DE KAMU HİZMETİNDEN KARŞILIK ALINMAYA BAŞLANMASININ GELİŞMESİ	19

İKİNCİ BÖLÜM

YARGININ VE DOKTRİNİN KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADAN KARŞILIK ALMA HUSUSUNDAKİ YAKLAŞIMLARI VE MEVZUATIN DURUMU

I. YARGININ YAKLAŞIMI	25
A. ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASINA DAİR YAKLAŞIMI.....	25
1. Karşılık Alınmasının Kabul Edilmediği Kararlar	26
2. Karşılık Alınmasının Kabul Edildiği Kararlar	29
a. Karşılık Alınma Gerekçeleri	29
(1) Kamu Hizmetinin Eşitlik İlkesinden Hareket Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Gerekçeleri.....	30
(2) Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesinden Hareket Eden Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçeleri	32
b. Alınan Karşılığın Niteliği.....	33
c. Alınan Karşılığın Belirlenme Kriterleri	36
B. DANIŞTAY’IN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDAKİ YAKLAŞIMI.....	38
1. Karşılık Alınması Bakımından Kamu Tüzel Kişilerince Görülen Kamu Hizmetleri Ayrımı	39
a. Karşılık Alınmayan Kamu Hizmetleri	39
(1) Karşılık Alınmayan Mahalli Kamu Hizmetleri	39
(2) Karşılık Alınmayan Milli Kamu Hizmetleri	43
b. Karşılık Alınan Kamu Hizmetleri	44
(1) Katılım Payı Alınması Kabul Edilen Kamu Hizmetleri	45
(2) Ücret ve Fiyat Niteliğinde Karşılık Alınması Kabul Edilen Kamu Hizmetleri.....	49
2. Danıştay’a Göre Özel Kişiler Tarafından Görülen Kamu Hizmeti Görülüş Usullerinin Karşılık Hususuna Etkisi.....	55
3. Meccanilik İlkesinin Diğer İdari Faaliyetlere ve İdarenin Özel Hukuka Tabi Faaliyetlerine Etkisi	58

a. Kolluk ve Regölasyon Faaliyetinden Karşılık Alınması.....	58
b. İdarenin Özel Hukuka Tabi Faaliyetleri.....	61
C. YARGITAY VE UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ’NİN KAMU	
HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDA YAKLAŞIMI	62
D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KAMU	
HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASINA DAİR YAKLAŞIMI	67
II. MEVZUATIMIZDA MECCANİLİK İLKESİNE İLİŞKİN	
DÜZENLEMELER.....	70
A. KAMU HİZMETLERİNİN KARŞILIĞI HUSUSUNA İLİŞKİN	
DÜZENLEMELER VE YARARLANMA BİÇİMİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	71
1. Parasız Sunulan Kamu Hizmetleri	72
2. Paralı Sunulan Kamu Hizmetlerine İlişkin Düzenlemeler	74
a. Statüter Yararlanma Biçimi ile Yararlanılan Paralı Kamu Hizmetleri.....	75
b. Sözleşmesel Yararlanma Biçimi ile Yararlanılan Paralı Kamu Hizmetleri76	
B. İDARENİN KAMU HİZMETİ KARŞILIĞINI BELİRLEME YETKİSİ	77
1. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Mevzuat Temeli.....	77
2. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı ve 4736 Sayılı Kanun’un	
Etkisi	81
a. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı	81
b. 4736 Sayılı Kanun’un İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı	
Üzerindeki Etkisi.....	84
C. KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDA DÜZENLEME OLMAYAN KAMU	
HİZMETLERİNE UYGULANACAK HUKUKİ REJİM.....	86
III. DOKTRİNDE MECCANİLİK İLKESİ VE KAMU HİZMETLERİNDEKİ	
YERİ VE ETKİSİNE DAİR YAKLAŞIMLAR	89
A. KLASİK DÖNEM YAKLAŞIMLARI.....	89
1. Meccaniliği Bir Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Kabul Eden Yaklaşım.....	89
2. Meccaniliği Bir Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Kabul Etmeyen Yaklaşım.....	91
B. GÜNÜMÜZDE ANLAM VE ETKİSİ DEĞİŞEN MECCANİLİK.....	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MECCANİLİK İLKESİNİN GÜNCELLİĞİ VE BAĞIMSIZLIĞI

I. MECCANİLİĞİ GÖLGELEYENLERDEN KURTARMAK YA DA MECCANİLİK İLKESİNİ KAMU HUKUKUNDAKİ FARKLI GÖRÜNÜMLERİ ARASINDAN AÇIĞA ÇIKARMAK..... 97

A. KANUNİLİK İLKESİ	97
1. Mali Yükümlükler Bakımından Kanunilik İlkesi.....	98
2. Ücretler Bakımından İdarenin Kanuniliği İlkesi.....	99
B. SOSYAL DEVLET İLKESİ.....	101
C. EŞİTLİK İLKESİ.....	108

II. BİR KAMU HİZMETİ İLKESİ OLARAK MECCANİLİK İLKESİNİN KENDİNE ÖZGÜ HUKUKİ SONUÇLARI..... 115

A. HUKUKİ SONUCA ETKİSİ AÇISINDAN MECCANİLİK İLKESİNİN KAMU HİZMETİNDEN KARŞILIK ALINMASI KONUSUNDA DOĞURDUĞU SONUÇLAR.....	116
1. Kamu Hizmeti Niteliğinin Tespitine Etkisi	118
a. Niteliği Gereği Karşılık Alınmayacak Kamu Hizmetleri.....	118
b. Niteliği Karşılık Alınmaya Müsait Kamu Hizmetleri.....	119
2. Kamu Hizmetinden Yararlanma Biçimi Açısından Etkisi.....	121
a. Anonim Yararlanma	122
b. Kişiselleştirilmiş Bir Hukuki Durum Aracılığıyla Yararlanma	125
(1) Statüter Yararlanma.....	126
(2) Sözleşmesel Yararlanma	128
3. Kamu Hizmetinden Yararlanma ile Elde Edilen Faydanın Yoğunluğu.....	129
4. Kamu Hizmetinden Yararlananların Niteliği	132
5. Kamu Hizmetinden Karşılık Alınma Gerekçesi ile Karşılık Miktarı Arasında Tutarlı Bir Bağlantının Gerekliliği.....	132
a. Kamu Kaynaklarının İsrafının ve İstismarının Önlenmesi.....	133
b. Eşitliğin Sağlanması.....	136
c. Kamu Hizmetinin Sürekliliğinin Sağlanması.....	138

d. Kamu Hizmetlerinin Değişkenlik ve Uyarlanması.....	140
6. Kamu Hizmeti Karşılığı Bakımından Özel Kamu Yararı Görünümleri	142
a. Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri	143
b. Rekabetin Korunması.....	144
B. KAMU HİZMETİNİN BİR KRİTERİ OLMASI NEDENİYLE KAMU HİZMETİ ALANININ BELİRLENMESİ AÇISINDAN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇ	149
SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA	157

KISALTMALAR LİSTESİ

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AJDA	: L'Actualité Juridique Droit Administratif
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CE	: Conseil d'État
D.1.D.	: Danıştay 1. Dairesi (Diğer Daireler de bu şekilde kısaltılmıştır.)
DD.	: Danıştay Dergisi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DVDGK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	: Esas Numarası
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
in	: İçinde
K.	: Karar Numarası
RFDA	: Revue Française de Droit Administratif
RG.	: Resmî Gazete
RKK	: Rekabet Kurumu Kararı
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
v.	: versus
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Kamu hizmeti, idare hukukunun kurucu kavramlarından biridir. Zira bu kavram idare hukukunun ortaya çıkmasında olduğu gibi idare hukukunun işlev ve kapsamının belirlenmesi bakımından da belirleyicidir. Bununla beraber kamu yararını amaçlayan kamu hizmetlerinin yürütülmesi, birtakım harcamalar gerektirdiğinden, bu faaliyetlerin bir finansman kaynağına ihtiyacı vardır. Klasik idare hukuku doktrininde kamu hizmetlerinin finansman ihtiyacının halktan toplanan vergilerle karşılanması öngörülmüştür. Bunun sonucunda kamu hizmetinden yararlananların kamu hizmeti giderlerine iştiraki anonim ve genel olarak sağlanmıştır. Kamu hizmetlerine vergiler yoluyla katılanlardan kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığında herhangi bir para istenmesine lüzum kalmamıştır. Böylece kamu hizmetlerinden doğrudan yararlanmanın parasız olduğunu ifade eden meccanilik fikri doğmuştur.

Toplumdaki demografik değişimler ve teknolojik gelişmeler sonucunda yatırım bedellerinin artması, klasik kamu hizmeti anlayışının temelini oluşturan kamu yararı kavramının toplumdaki algısının ve tatmin edilmesi gereken ortak ihtiyaçların değişmesi üzerine kamu hizmetlerinin finansmanında sadece vergiler yeterli olmamış ya da sadece vergilerle finanse edilmesinin eşitliğe ve hakkaniyete aykırı olduğu düşünülmeye başlanmıştır. Nihayetinde kamu hizmetlerinden yararlananlardan, verginin yanı sıra bunun dışında bir karşılık alınmaya başlanmıştır. Doğrudan yararlanma karşılığında para alınmaya başlanmasıyla meccanilik ilkesinin klasik görünümü de çözünmeye başlamıştır.

Biz bu çalışmada günümüzde meccanilik ilkesinin teorik etkisini tamamen kabul ya da reddetmek yerine günümüzdeki anlam ve işlevini ortaya koyarak bu ilkenin güncel kapsam ve işlevini anlama ekseninde konuyu işledik.

Bu amaçla, birinci bölümde kamu hizmeti ve meccanilik kavramları üzerinde ilk başlıkta teorik çerçevesi üzerinde, ikinci başlıkta ülkemizde kamu hizmetinden yararlandıran karşılık alınmaya başlanması gelişimine ana hatlarıyla yer vererek somut örnekleri üzerinde durmaya çalıştık.

İkinci bölümde ise günümüzde meccanilik ilkesinin etkisini tespit etmek için konunun doktrindeki yaklaşımlara, yargı kararlarına ve yasal düzenlemelere konu

olan boyutu üzerinde ayrıntılı olarak durmaya gayret ettik. Mevcut durumunun ayrıntılı bir görünümünü sağlamak amacıyla her yaklaşım içinde mümkün olduğunca da alt tasniflerine yer verdik.

Üçüncü bölümde, yargı kararlarında, mevzuatta ve doktrinde baskın olan görüşü tespit etmeye gayret ederek bu yaklaşımın aksayan yönlerine ilişkin işlevsel çözümler üretmeye çalıştık. Böylece hem meccanilik ilkesinin bugünkü anlam ve etkisinin değişen zaman ve zemine dayanan bir esneklikle işlevselliğe kavuşturulmasının sağlanması hem de kamu hizmetlerinden karşılık alınmasındaki meşruiyet zemininin oluşturulması amaçlanmıştır.

Bu çalışmanın kapsamını sadece kamu hizmetlerine özgüledik. Konu, idarenin diğer faaliyetleri bakımından da incelenebilirdi. Ancak meccanilik ilkesi ve karşılık alınmasının meşruiyeti problemi ilk olarak kamu hizmetlerinde ortaya çıkmıştır. Nitekim bu çalışma kapsamında peşine düşülen problemlerin çözümü diğer faaliyetler bakımından karşılık problemi çıkmasında da işlevsel olabilecektir. Bu yüzden çalışmamız kapsamında gerektiği yerlerde diğer faaliyetlerden karşılık alınması hususuna da yer verdik.

Çalışmamız kapsamında elde edilen verilerin hedeflenen teorik temelinin oluşturulması bakımından önemli rol oynaması nedeniyle olabildiğince ayrıntılı bir tarama yapılmaya gayret edilmiştir. Türk doktrininde bu konuda çok fazla monografi olmamasına rağmen kamu hizmeti teorisine değinen hemen her yazar, meccanilik ilkesi ve kamu hizmetlerinden karşılık alınması hususundaki kanaatini belirtmiştir. Hem kamu hizmetinin hem de meccanilik ilkesinin Fransız menşeli olması nedeniyle Fransız doktrininde konuyla alakalı monografilere de yer verilmeye gayret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ÜLKEMİZDEKİ GELİŞİMLERİ

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde ölçüt kavram niteliğini haizdir. Buna rağmen kavramın kapsamı üzerinde bir uzlaşma olmadığı gibi tanımlanması da kolay değildir. Bu durumun, bu kavramın sadece idare hukukunu değil aynı zamanda diğer kamu hukuku dallarını da ilgilendiren biçimde çeşitli düzenlemelerde ve yargı kararlarında değişik anlamlarla kullanılması, idare hukuku içinde ise idarenin tüm faaliyetlerini anlatmak için kullanılması¹, yargı kararlarında sık ancak farklı anlamlarda kullanılması² gibi çeşitli nedenlerden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Kavram üzerinde uzlaşmanın bulunmaması ve tanımın zorluğu, bir Fransız idare hukukçusu tarafından veciz bir şekilde ifade edilmiştir: “*Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır.*”³

Günümüzde idarenin tüm faaliyetleri kamu hizmeti olarak kabul edilmemektedir⁴. İdarenin tüm faaliyetleri, kamu yararını sağlama amacına yönelik olsa dahi her birinin hukuki rejimi, kullandığı araç ve usulleri farklılık arz edebilir. Dolayısıyla diğerlerinden farklı bir idari faaliyetin hukuki rejimini ifade eden bir kamu hizmeti tanımı yapılması gerekmektedir⁵.

İdarenin faaliyetlerinden biri olarak kamu hizmetine ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır. Onar, “*Devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişiler)*

¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

² Aydın Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987., s.7-8.

³ Didier Truchet, “*Label de service public et statut de service public*”, **AJDA** 1982, s.427-440., aktaran: Aydın Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987., s.8.

⁴ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 303.

⁵ Aydın Gülan, **2015-2016 Yılı İdare Hukuku Ders Notları**, (basılmamış çoğaltma) s.30.

tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere kamu hizmeti”⁶ denir şeklinde ifade etmektedir. Duran ise ““Kamu hizmeti, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetler”⁷olarak tanımlamıştır. Özay’a göre kamu hizmeti, “Kamu hukuku tüzel kişileri veya kuruluşları tarafından gerçekleştirilen kamu yararının umumi menfaatin gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere icra edilen faaliyetlerdir.”⁸ Anayasa Mahkemesi ise “... kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”⁹ olarak tanımlamıştır. Gülan ise bu tanımlardan farklı olarak kamu yararını, kamu hizmeti tanımında yer vermeyerek “Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet”¹⁰ şeklinde tanımlamıştır. Gülan’a göre, kamu yararı, kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan çok bir sonucudur. Ayrıca kamu hizmeti gibi kamu yararı kavramı da idare hukukunun tanımlaması güç ve çok yönlü kavramlarından biri olduğundan, bir bilinmeyenin diğer bir bilinmeyenle açıklanmasının paradoksal olduğunu savunmaktadır¹¹.

Doktrinde ve yargı kararlarında verilen kamu hizmeti tanımlarına bakıldığında yapılan tanımların genellikle iki esaslı veri üzerinden şekillendirildiği görülmektedir. Bunlardan biri organik unsur, diğeri ise maddi unsurdur.

⁶ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I., s.13.

⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.307.

⁸ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.225-226.

⁹ AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. 20.3.1996.

¹⁰ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s.4.

¹¹ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s.5.

Organik unsur, kamu hizmetini yürüten idari teşkilatı ifade etmektedir¹². Doktrinde kamu hizmetinin mutlaka klasik idari kuruluşları tarafından yapılma şartı aranmamakta idarenin gözetimi, denetimi ve sorumluluğunun korunması şartıyla özel hukuk kişilerince de kamu hizmeti görülebileceği kabul edilmektedir¹³. İdare ya da bir özel hukuk kişisi tarafından görülen bir faaliyetin kamu hizmeti olarak tanımlanması için o faaliyetin idareye yasa ile görev olarak verilmesi şarttır¹⁴. Dolayısıyla kamu hizmetini tanımlamada tek başına yeterli olmasa da organik unsurun mutlaka bulunması gerekir. Yoksa, eksikliği diğer unsur olsa dahi bu faaliyeti kamu hizmeti olmaktan alıkoyar¹⁵.

Kamu hizmetinin diğer bir unsuru maddi unsurdur. Maddi unsur, kamu yararı amacına yönelik ortak ve genel bir ihtiyacı tatmin etmeye yönelik faaliyet olmasını kasteder. Faaliyetin konusunu teşkil eden ihtiyacın ortak ve genel niteliği, toplumun geneline eşit sunulan gayrişahsi bir yararı kastetmektedir. Bu ortak ve genel çıkar/yarar her dönem bakımından aynı ihtiyaçlara işaret etmez, insani faaliyetler belli bir dönemde, belli bir yerde hâkim olan sosyal ve iktisadi sisteme göre yetkili makamların iradesine bağlı olarak değişir¹⁶. Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir: “*Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir.*”¹⁷

Kamu hizmetinin konusunu teşkil edecek genel ve ortak yararı tespit etme yetkisi yasa koyucuya ait olmakla beraber kimi faaliyetlerin “niteliği gereği kamu hizmeti” olduğu ileri sürülmüştür. Bu fikre göre “*Devletin bünyesine has olan, ancak Devlet tarafından ifası mümkün ve zaruri bulunan bir faaliyet*”¹⁸ niteliği gereği kamu hizmetidir. Niteliği gereği kamu hizmeti teorisi aldığı eleştiriler ile zaman içinde değişmiştir. Bugün gelinen noktada Anayasa Mahkemesi, “*Bir hizmetin kamu*

¹² Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.72., Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2017, s.530-533., Melikşah Yasin, “*Kamu Hizmeti*” in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncellenmiş 7.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018., s. 413.

¹³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları** s.304.

¹⁴ Yasin, “*Kamu Hizmeti*”, s. 415.

¹⁵ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017., s.274., Gülan “*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*”, s.13.

¹⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.304., Günday, **İdare Hukuku**, s. 331.

¹⁷ AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. 20.3.1996- 22586.

¹⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, s.28.

hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir."¹⁹ diyerek bu fikri en azından bir açıklama biçimi olarak kabul etmiş, "... elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir."²⁰, "kişilerin elektrik, su, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir."²¹, "köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir."²² demiştir. Ancak niteliği gereği kamu hizmetinin belirlenmesi için kullanılacak ölçütlerin belirsiz olması eleştirilmesine neden olmuştur²³.

Konuya bir de tersinden yaklaşıldığında yani toplumdaki faaliyetlerin hangilerinin kamu hizmeti alanından çıkarılamayacağına bakıldığında, bir ölçüt olarak Anayasa'da Devlete teşkilat kurma yükümlülüğü getirilen faaliyetlerin düşünülebileceği teklif edilmiştir. Bu ölçütten hareketle, eğitim (md. 42), sağlık (md. 56), sosyal güvenlik (md. 60, 61), ailenin korunması (md. 41), yükseköğretim (md. 130), radyo ve televizyon yayını (md. 133) gibi hizmetlerin Anayasa'daki ilgili hükümleri değişmedikçe kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağı belirtilmiştir²⁴.

Organik unsur ve maddi unsurun yanı sıra biçimsel unsur olarak faaliyetin kamusal usullerle yürütülmesi de ileri sürülmüştür. Ancak bu unsur, günümüzde özel hukuka tabi olarak görülen kamu hizmetlerinin varlığı ile önemini yitirmiştir. Nitekim 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra olarak eklenen hükümle, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin özel hukuk rejimine tabi tutulması mümkün olmuştur. Bu hükümdeki "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetler*" kapsamına kamu hizmetlerinin de girdiğine şüphe bulunmamaktadır²⁵. Kamusal usulle yürütülme, hizmetin bir unsuru olmaktan çok bir sonucu olmasından ötürü ayrı bir unsur olarak ele almamak daha uygun olabilir.

¹⁹ AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. 20.3.1996- 22586.

²⁰ AYM, E. 1994/43., K. 1994/42-2, T. 9.12.1994, R.G. 24.01.1995-22181.

²¹ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

²² AYM, E.1974/17, K.1974/41, T.8.10.1974., R.G. 29.1.1974/15133.

²³ Görüşler için bkz. Gülan "*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*", s. 16.

²⁴ Turan Yıldırım, "*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*", in **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, İstanbul, 2001, s.44.

²⁵ Ali Ulusoy, "*Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları*" in **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, İstanbul, 2001., s.10.

Dolayısıyla, günümüzde kamu hizmetlerinin kamusal usullerle görülmesinin şart olmadığı, yasa koyucunun saptadığı ölçü üzerinden kamu hukuku ile özel hukuktan oluşan karma bir rejim uygulandığı ifade edilmiştir²⁶.

İdarenin kâr amacının meşruluğu bağlamında ayırım yapılmasını gerektiren iki faaliyetinden biri kamu hizmeti diğeri de özel hukuka tabi faaliyetleridir. İdarenin bu alandaki hangi faaliyetlerinin kamu hizmeti olmadığı, idarenin özel hukuka tabi faaliyeti olduğu hususuna gelince burada da tam bir mutabakatın olmadığına işaret edilmelidir²⁷. Doktrinde “*sırf kendi patrimuanlarını alakalandıran ve bu patrimuanlara mali menfaatler temin eden*”²⁸, “*sadece idareye bir mali çıkar sağlayan*”²⁹, “*ilk aşamada idarenin kendi ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik*”³⁰ faaliyetler kamu hizmeti sayılmamaktadır. Bu ifadelerin ortak yanı, salt mali amaç gütmenin kamu hizmeti alanının belirlenmesi bakımından önemine işaret edilmesidir. Dolayısıyla Türk idare hukuku doktrininde sadece ve doğrudan gelir getirme güdüsüyle yürütülen bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilemeyeceğinde ittifak olduğu söylenebilir³¹.

B. MECCANİLİK KAVRAMI

Meccani, Arapçadan dilimize geçen bir kelime olup parasız, karşılıksız, bedava anlamına gelmektedir³². Fransızca karşılığı *gratuité* ise “*parasal bir katılım olmaksızın verilen, yapılan ya da yararlanılabilen şey*” olarak tanımlanmaktadır³³.

İdare hukukunda meccaniliğin kavram anlamı Türkçe ve Fransızca sözlük anlamlarından uzak değildir. Özellikle kamu hizmetinin halen yaşayan bir ilkesi olup olmadığının tartışılması bakımından gündeme gelen meccanilik, kamu hizmetinden yararlananlardan doğrudan yararlanma karşılığında hiçbir mali karşılık alınmaması anlamına gelmektedir³⁴. Meccaniliğin tüm kamu işleri, malları ve hizmetlerinden

²⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.306, Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*”, s.10.

²⁷ Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*”, s.11.

²⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, s.16.

²⁹ Metin Kıratlı, **Koruyucu İdarî Hizmetler**, TODAİE, Ankara 1973. s.1.

³⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.246.

³¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I., s. 19., Özay, **Günışığında Yönetim**, s.238-239.

³² <http://www.kamusturki.com/meccani> (Çevrimiçi, erişim tarihi 6.3.19.)

³³ <http://www.cnrtl.fr/definition/gratuit> (Çevrimiçi, erişim tarihi 6.3.19.)

³⁴ Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Clotilde Deffigier, **Droits des Services Publics**, 3. Edition, Paris, LexisNexis, 2018., s.647., Yves Gaudemet, « *La gratuite du domaine public* », **Mélanges en l'honneur de Paul Marie Gaudemet**, Economica, Paris, 1984, s. 1023-1030., s.1023.

yararlanma bakımından geçerli olduğu ve tüm bu faaliyetlere ulaşma ve yararlanma karşılığında hiçbir ödemenin gerekmemesini ifade ettiği ileri sürülmüştür³⁵.

Meccanilik parasızlık ve karşılıksız anlamına geldiğinden bu hizmetlerden doğrudan doğruya yararlanma mukabilinde yararlanan kişiden sadece mali değil, aynı ya da bedeni bir karşılığın da istenmemesi gerekir.

Kamu hizmetinden karşılık alınması problemi meccanilik ilkesinin varlığı ve etkisi üzerinden tartışılmaktadır. Ekonomik anlamda parasız kamu hizmeti yoktur, çünkü kamu hizmetlerinin o hizmeti gören idare ve tüm toplum için bir maliyeti vardır³⁶. Kamu hizmetlerinin amaçladığı kamu yararının gerçekleşmesi için bu maliyetin karşılanması gerekir ki bu da vergiler ve diğer kaynaklarla gerçekleştirilir³⁷.

Kamu hizmetinin meccaniliği fikrinin eşitlik ve kamu yararı şeklinde iki kuramsal temeli bulunduğu ileri sürülmüştür. Kamu hizmetinin sahip olduğu bir tatmin aracı olarak yani kamu yararının bulunduğu ortak ihtiyaçların tatminini sağladığından kamu hizmetleri meccani olmalıdır³⁸. Ayrıca eşitlik düşüncesinin bir uzantısı olarak meccanilik, vatandaşlar arasında eşitliği bir sağlama aracıdır.

Kamu hizmetinin meccaniliği fikri, klasik kamu hizmeti teorisinin ekonomik ve politik arka planını oluşturan 19. yy. liberal iktisatçıların kamu hizmetlerinin vergilerle finanse edilmesi fikrinden doğmuştur³⁹. Bu düşünceye göre, jandarma devlet, bu anlayışın gerektirdiği ve doğal olarak sınırladığı kamu hizmetlerinin finanse edilmesi için kamu gücü kullanarak vergiler koyar. Dolayısıyla kamu güvenliğinin sağlanması için zorunlu görülen kamu hizmetlerinin kurulmasını meşru kılan ortak ve toplumsal ihtiyaçlar, devletin kamu gücü kullanarak koyduğu vergilere bağlıdır⁴⁰.

Virginie Donnier, « *Les Lois de Service Public : Entre Tradition et Modernité* », **RFDA**, 2006, s.1216. (Dalloz Veri Tabanı),

³⁵ Yves Gaudemet, « *La gratuite du domaine public* », s.1023.

³⁶ Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.647-648., Alain-Serge Mescheriakoff, **Droit des Services Publics**, Presses Universitaires de France, 1991, s.192.

³⁷ Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.648., Donnier, « *Les Lois de Service Public* », s. 1216.

³⁸ Catherine Teitgen-Colly, **La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative**, Economica, Paris, 1981., s.312.

³⁹ Teitgen-Colly, **La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative**, s.313.

⁴⁰ Teitgen-Colly, **La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative**, s.313., Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.648.

Liberal iktisatçıların etkisi, özellikle kamu hizmetlerinin kazanç amaçlı olmama karakterini kamu hizmetinin hâkim karakteri olarak gören Hauriou'yu etkilemiştir. 20. yy.'ın başında kamu hizmetinin meccaniliği fikrini savunan Hauriou'ya göre, kamu hizmetleri -vergilere zorunlu katılım dışında- meccanidir ve meccanilik kamu hizmetlerinin ayırıcı özelliğidir⁴¹.

Kamu hizmetinin meccaniliği, idarenin yürüttüğü faaliyetlerin özgüllüğünün hâkim sebebi olarak görülmektedir. Kamu hizmetinin sonunda, kendi organizasyonunu meşru kılan kamu yararının tatmini, o hizmetin meccaniliğini de içerir. Kamu hizmeti, kamu yararını amaçlar ve kamusal kaynaklara beslenerek sürdürülebilir bu yüzden hizmeti sağlayan organizasyon kamudur. Hauriou tarafından *“kendi kapsamı içinde sınırlı bir komünizm”* olarak adlandırılan bu düşünce, kamu yararını hedefleyen kamu hizmetinin yararlanan kişilerce değil, kamu tarafından topluca finanse edilmesini gerektirir⁴². Toplumun tümünü ilgilendiren genel bir ihtiyacın tatmini ile ortaya çıkan kamu yararının bireysel olarak değil, yine toplumsal olarak finanse edilmesi gerekir. *“Amme hizmetlerinin umuma arz edilmiş olmasının bir neticesi de bunların meccani, parasız olmasıdır.”*⁴³ Başka deyişle, kamu hizmetinin sonucunda kamu yararının tatminin sağlanması için hizmetin meccanen sunulması gerekir.

Kamu hizmetinin meccaniliğini sınırlı bir komünizm olarak adlandıran Hauriou'nun düşünceleri ışığında ikinci bir kuramsal temel ortaya çıkmaktadır: Eşitlik. Kamu hizmetlerinin sunulmasında, bireysel olarak değil genel ve toplu bir yararın tatmini amaçlandığından bu yararın tüm yurttaşlar bakımından eşit bir tatmin gücüne sahip olması gerekir⁴⁴. Kamu hizmetinin giderlerinin vergilerle finanse edilmesi ve kamu hizmetlerinin meccanen sunulmasıyla uygulamada bir eşitlik sağlanır⁴⁵. Kamu hizmetlerinden doğrudan yararlanmanın karşılıksız olması, hiçbir sınırlama olmaksızın hizmeti erişebilir kılar. Burada meccaniliğin gördüğü işlev, idare edilenler arasında; gelir düzeyi, yararlanmadan elde edilen katkı, yararlanma niteliği ve sıklığı, yararlanmadan elde edilen avantaja göre ayırım yapılmaksızın şekli

⁴¹ Teitgen-Colly, *La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative*, s.313., Lachaume, Pauliat, Deffigier *Droits des Services Publics*, s.648.

⁴² Teitgen-Colly, *La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative*, s.314.

⁴³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 18.

⁴⁴ Teitgen-Colly, *La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative*, s.314.

⁴⁵ Teitgen-Colly, *La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative*, s.315.

bir eşitlik sağlamasıdır. Hizmetin vergilerle finanse edilmesi ile tüm yurttaşların kamu giderlerine katılımı sağlanmakta ve vergilerin mali güçle orantılı olması esası da yine eşitleyici bir fonksiyon görmektedir⁴⁶.

Toulouse ekolüne göre meccanilik kamu hizmetinin temel ilkelerinden birini teşkil ediyorken, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin varlığı ve kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile kâr amacı güden özel kişilerce görülmesi, meccaniliği ortadan kaldırmaz. Hauriou'ya göre, yararlananlardan karşılık alınmasını gerektiren kamu hizmetlerini, meccaniliğin bir istisnası olarak görmek gerekir. Nitekim bu hizmetlerden karşılık alınması meccanilik ile çatışmaz, çünkü bu hizmetten karşılık alınsa dahi meccanilik ilkesi alınacak karşılığın belirlenmesi üzerinde etkilidir⁴⁷.

Duguit ve Bordeaux ekolü, hiçbir zaman açıkça kamu hizmetinin meccaniliğini, kamu hizmeti tanımında ve kamu hizmetinin temel özellikleri arasında zikretmez. Kamu hizmetinin içtihadattan çıkan ilkelerini sistematize eden Rolland, meccaniliğin kamu hizmetinin bir unsuru olmadığını belirtmiş ancak meccaniliğin eşitliğin sağlamaştırılması için bir araç olduğunu ifade etmiştir. Waline ise meccanilik ilkesinin, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinde geçerli olmadığını belirterek, eğer yasa aksini öngörmemişse idari kamu hizmetlerinde de uygulanmasının zorunlu olmadığı fikrine varmıştır⁴⁸.

Meccanilik ilkesi, Devletin varlık sebebini oluşturan kamu hizmetlerinin, yürütülmesi için bu giderlerin vergilerle karşılanması fikrine müstenittir. Dolayısıyla meccaniliğin tam ve mutlak bir karşılıksızlıktan ziyade, doğrudan doğruya yararlanma karşılığında ayrıca bir karşılık ödememe şeklinde anlaşılması gerekir. Kısacası meccanilik, kamu hizmetinin finansmanına önceden vergi mükellefi olarak katılan kişiden, yararlanan sıfatıyla ikinci kez karşılık alınmaması anlamına gelmektedir.

İdarenin varlık sebebi kamu hizmeti sunmak olduğuna göre ve bunun için vergi toplandığından kural olarak ayrıca bir karşılık alınmaksızın, bu genel ve ortak ihtiyaçların tatmin edilmesi gerekir. Genel ve ortak ihtiyaçların varlığı ve idarenin

⁴⁶ Gaudemet, « *La gratuite du domaine public* », s.1023., Teitgen-Colly, **La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative**, s.315.

⁴⁷ Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.648., Teitgen-Colly, **La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative**, s.315.

⁴⁸ Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.648

herkes için bu görevini yerine getirmesi aslında teorik temellerde meccaniliği de içinde barındırır. Bu yüzden meccanilik “beleşçilik” gibi pejoratif bir anlam ihtiva etmez, saygın bir durumu ifade eder.

C. KARŞILIK KAVRAMI VE KAPSAMI

1. Karşılık Kavramı

Günümüzde kullanılan dil bakımından bedelsiz, bedava, parasızlık gibi kelimelerin yerine en kapsamlı şekilde karşılayan kelime olarak “karşılık” alıp almama ekseninde değerlendirmek isabetli olabilir.

Karşılık kelimesinin çeşitli sözlük anlamları bulunmakla beraber çalışmamız bakımından uygun olan anlamıyla, *bir şey alınırken karşı tarafa verilen başka şey* olarak tanımlanabilir⁴⁹. Bu çalışma kapsamında karşılık kelimesi, teknik bir anlama özgülenerik idarenin tüm faaliyetlerini kapsayan ve bu faaliyetlerinden mukabilinde alınan tüm edimleri içeren bir üstdil kavramı olarak kullanılacaktır. Dolayısıyla bu kavramın tanımından ziyade kapsamının ortaya konması daha işlevsel olabilir.

Karşılık kavramı idarenin tüm faaliyetlerini kapsayan, parasal, ayni ya da bedeni tüm yükümlükleri içeren bir kapsama sahiptir. Ancak bu çalışma kapsamında, yukarıda belirttiğimiz teknik anlamda kamu hizmetlerinden yararlanma mukabilinde bir şey alınıp alınmamasını ifade etmek amacıyla incelenecektir. Öte yandan kimi zaman alınan edimin kamu hizmetine mi yoksa diğer idari faaliyet alanına mı ilişkin olduğu noktasında yaşanan tereddüdün giderilmesi için kimi zaman “sınırdan” yer alan bu faaliyetlerden alınan karşılıkların incelenmesi de gerekmektedir⁵⁰.

2. Karşılık Teriminin Kapsamı

Bir kamu hizmetinden alınan karşılık, genellikle parasal edimler şeklinde ortaya çıkmakla beraber ayni ya da bedeni bir edimler şeklinde de olabilir. Kamu hizmetinden yararlanma mukabilinde ayni ya da benzer hizmeti karşılıksız sunma gibi edimler oldukça nadir olup örnek olarak düzenleme ortaklık payı uygulaması ve özel okulların belli bir oranda öğrenci okutma yükümlüğü verilebilir⁵¹.

⁴⁹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_karistirilan&view=karistirilan&kategori1=krs_akan&kelimez=56

⁵⁰ Bkz. İnfra. ikinci bölüm.

⁵¹ İmar Kanunu 18.madde; 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ek 4. madde.

Kamu hizmetinden alınan karşılıklar genellikle parasaldır. Ancak parasal edimler de kendi içlerinde tabi oldukları hukuki rejime göre alt tasnife konu edilebilir. Bu tasnifi Anayasa'nın 73.maddesinde öngörülen hukuki rejime tabi olan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler olarak ifade edilen mali yükümlülükler ve bu rejim dışında kalan fakat birbirinden farklı anlamları olan ücret, fiyat ve katkı payı şeklinde yapmak isabetli olabilir.

a. Mali yükümlülükler

İdarenin faaliyetlerinin sürdürebilmesi için, bu faaliyetlerden doğan giderlerin finanse edilmesi gerekmektedir. İdare, kamu hizmetinin ya da kolluk faaliyetinin düzenli ve sürekli biçimde sunulabilmesi için birtakım kaynaklara ihtiyaç duymakta ve bu nedenle yürütülen faaliyetin öncesinde, sonrasında ya da akabinde bireylerden vergi, resim, harç gibi faaliyetin doğrudan kaynaklarını oluşturan birtakım mali yükümlülükler alınmaktadır⁵².

Genellikle kamu giderlerinin karşılanması mali yükümlülüklerle gerçekleştirilmektedir. Burada çeşitli hukuki niteliği haiz olan karşılık türlerinin üst kavramı olarak kullanılan mali yükümlülük kavramı, kamusal egemenliğe dayalı olarak getirilebilecek mali içerikli tüm yükümlülüklerdir. Bunlar parasal edimlerdir ve bu nitelikte olmayan (örneğin, ayni edimlerden oluşan) yükümlülükleri dışlar. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler birbirlerinden belli noktalarda ayrılmakla beraber tümü mali yükümlülük kavramı altından toplanabildiğinden hepsi için ortak ve geçerli birtakım özelliklere sahip olmaları gerekir⁵³.

Mali yükümlülüklerin en belirgin özelliği, kamu gücüne bağlı olarak ortaya çıkması ve buna dayalı olarak da zorunluluk içermesidir. Mali yükümlülüğün ilgilisinin, bu mali yükümü yerine getirmeme gibi bir seçim hakkı bulunmaktadır. Tüm mali yükümlülükler başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil ettiğinden Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca, ancak kanunla konulabilir, kanunla değiştirilebilir ve kaldırılabilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 73. maddesindeki kanunla düzenleme gereğini sadece konulma, düzenleme ve kaldırmanın hususunda değil, bu mali yükümlülüklerin

⁵² Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III., Üçüncü Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966., s.1646.

⁵³ Funda Başaran, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, **Vergi Sorunları**, S.118, Temmuz 1998, ss.114-133., s.117.

matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku ve tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönlerinin de kanunla düzenlenmesi gerektiği şeklinde ifade etmiştir⁵⁴. Bir mali yükümlülüğün mevcudiyeti, mali yükümlülüğün miktar ve oranının düşük ya da yüksek olması ya da bu miktarın nasıl belirleneceği ile bağlı değildir. Burada yukarıda belirtilen zorunluluk unsuru varsa, malın ya da hizmetin mukabili olan paranın maliyetinin altında ya da üstünde bir meblağ olması mali yükümlülüğün varlığını saptama bakımından önemsizdir, ortada bir mali yükümlülük vardır⁵⁵. Bu ifade ile mali yükümlülüklerin miktar ve oran bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı anlamı da çıkmamalıdır. Çünkü esasen bu denetimde, mali güce göre vergilendirme, ölçülülük gibi anayasal birtakım ilkeler devreye girmektedir⁵⁶.

(1) Vergi

Kamu giderlerinin finanse edilmesi amacıyla alınan mali yükümlülüklerin başında vergiler gelmektedir. Verginin kanuni bir tanımı olmamasına rağmen üzerinde uzlaşmaya varılmış bir kavram olduğu söylenebilir. Vergi, kanunla gerçek ya da tüzel kişilerden mali güçleri ile orantılı olarak alınan ve belli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan tüm kamu giderlerine ortak ve anonim katılım payıdır⁵⁷.

(2) Harç

Harcın kanuni bir tanımı olmamasına rağmen 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun gerekçesinde *"fertlerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemelerdir."* şeklinde tanımlanmıştır. Harcı herkes değil, doğrudan doğruya kamu malından ya da hizmetinden yararlanmak isteyen kişi öder. Dolayısıyla karşılıklıdır, sunulan hizmetten ya da maldan yararlanarak özel bir yarar sağlayan kişiden alınır. Dolayısıyla bireye sunulan bir edimden elde ettiği faydayı karşılamakta ve bireysel

⁵⁴ AYM, E.1986/20, K. 1987/9, T.31.3.1987, RG. 28.05.1987-19473. Aynı yönde Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.34., Başaran, *"Anayasa Temelinde "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı"*, s.118.

⁵⁵ Başaran, *"Anayasa Temelinde "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı"*, s.119.

⁵⁶ AYM, E. 2011/28, K. 2012/22, K. 16.2.2012, RG. 21.7.2012/28360.

⁵⁷ AYM, E. 1990/18, K.1991/4, T.14.02.1991, RG. 08.05.1991/20865., AYM, E.2013/66, K.2014/19, T.29.01.2014, RG. 10.01.2015/29232., AYM, E. 2011/16, K. 2012/129, T. 27.09.2012, RG. 22.11.2013/28829. Kaneti, **Vergi Hukuku**, s.4., Başaran, *"Anayasa Temelinde "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı"*, s. 121.

olarak hesaplanabilir bir harcamayı aktarmaktadır. Vergilerden farklı olarak harçlar kamusal bir harcamanın varlığı şartına bağlıdır⁵⁸.

Harcın yararlanma şartına bağlanması ve bireyin yararlanmaması durumunda doğmayacağı, ilk bakışta harcın kamu gücüne dayalı bir zorunluluk barındırmadığı, *ihtiyari* olduğunu akla getirmektedir. Ancak mevzuatımızda harç karşılığında sunulan yargı, tapu gibi hizmetlerden yararlanma konusunda kişinin gerçek bir seçim hakkına sahip olduğu söylenemez. Çünkü bir kişiden sırf harç ödememek için yargı ya da tapu gibi hizmetlerden yararlanmadan vazgeçmesi beklenemez. Bu nedenle harçlar da diğer yükümlülükler gibi kamu gücüne dayanır⁵⁹.

(3) Resim

Resim, Anayasa Mahkemesi tarafından “... devlet dairelerinde ve kamu kuruluşlarında görülen hizmet ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili olan gerçek ve tüzelkişilerden sağlanan gelirlerdir.”⁶⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Ancak hukukumuzda kimi zaman vergilerin kimi zaman harç niteliğindeki karşılıkların yerine kullanılması nedeniyle belirsiz bir kavram olduğu ileri sürülmektedir⁶¹. Bununla birlikte resim, idareden alınan izin karşılığı⁶² veya kamu malının işgali mukabilinde yalnız o iş için gerçek ya da tüzel kişilerce ödenen mali yükümlülük şeklinde de tanımlanmaktadır⁶³.

Günümüze kadar gelmiş tek resim örneği, 1981 yılında yürürlüğe girmiş, “Gemi Sağlık Resmi Kanunu”dur. Kanun’da Her gemiden net ton başına tahsil edilmekte olan gemi sağlık resminin, gemilerden, önleyici ya da koruyucu bir sağlık denetim hizmeti karşılığında tahsil edildiği belirtilmektedir. Bu anlamıyla hem öğretilerdeki hem de mahkeme kararlarındaki tanıma da uygun şekilde, tam bir “harç” niteliğindedir. Zira burada, resim tanımının ayırt edici unsurunu teşkil eden “bir

⁵⁸ Başaran, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, s.122., AYM, E.1986/20, K. 1987/9, T.31.3.1987, RG. 28.05.1987/19473.

⁵⁹ Gizem Kapucu, Rabia Yılmaz, Metin Kocatepe, “Yargı Harçları Anayasa’ya Uygun Mu? (I) - Yasallık ve Eşitlik İlkesi Yönünden-”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Mayıs 2019.

⁶⁰ AYM, E.1986/20, K. 1987/9, T.31.3.1987, RG. 28.05.1987/19473.

⁶¹ Başaran, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, s. 123.

⁶² Kaneti, **Vergi Hukuku**, s.6, Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011., s.40-41.

⁶³ Kaneti, **Vergi Hukuku**, s. 6., Başaran, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, s.123.

makamdan izin alınması” hususu da söz konusu değildir⁶⁴. Bunun yanında kimi resimlerin harç olarak adlandırılması da söz konusudur. Örneğin, işyeri açma harcı olarak ifade edilen karşılık aslında bir resimdir. Doktrinde, resim mali yükümlülüğünün oldukça belirsizleşen bir kavram olduğu ve yarattığı kavram karmaşasının ortadan kaldırılması amacıyla harç kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı savunulmaktadır⁶⁵.

(4) Benzeri Mali Yükümlük

Benzeri mali yükümlülükler, yükümlünün kim olduğu önemli olmaksızın özel ihtiyaçların finansmanına tahsis edilen karşılıklardır. Hem bu yükümlülük hem de bundan elde edilen gelirin kullanımı tek kişiyi değil belirli ya da belirlenebilir bir grubu ilgilendirir. Bunlar esasen karşılıksızdırlar, yükümlünün doğrudan bir yararı bulunmamaktadır. Buradaki karşılıksızlık belli bir grup içindeki harcamaların tümü bakımından söz konusu olduğundan vergilerden; birebir yararlanmanın olmaması bakımından da resim ve harçtan ayrılır⁶⁶.

Benzeri mali yükümlülük kavramı, heterojen bir grubun üst başlığıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, benzeri mali yükümlülüklerin vergi, harç, resim gibi mali yükümlülüklerin farklı oranlarda birleşiminden oluştuğunu belirtmiştir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu hizmeti giderlerinin karşılanması amacıyla alınmasından ötürü bekçi ücretlerini vergi benzeri mali yükümlülük olarak kabul etmiştir⁶⁸.

Bu başlık altında değinilmesi gerekli bir karşılık da *harcamalara katılma payı*dır. Harcamalara katılma payı, bir kamu gücüne dayanarak kamu harcamalarının finansmanı, kamusal tesislerin yapılması, genişletilmesi ya da iyileştirilmesi için yapılan harcamalara doğrudan bir katkı olarak alınan paralar şeklinde tanımlanmıştır. *Şerefiye* olarak da ifade edilen⁶⁹ bu karşılık türüne 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nda düzenlenen yol, kanalizasyon ve su tesisi harcamalarına katılma payları

⁶⁴ Güneş Yılmaz, “‘Vergi, Resim, Harç’ Kavramlarının Tarihsel Devinimi: Kavram Kargaşası Bağlamında ‘Resmin’ Günümüzdeki Varlık Sorunu” **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 40, S. 2, Aralık 2018, ss. 370-393. s.381.

⁶⁵ Yılmaz, “‘Vergi, Resim, Harç’ Kavramlarının Tarihsel Devinimi: Kavram Kargaşası Bağlamında ‘Resmin’ Günümüzdeki Varlık Sorunu”, s.385.

⁶⁶ Başaran, “Anayasa Temelinde ‘Benzeri Mali Yükümlülük’ Kavramı”, s.128-131.

⁶⁷ AYM, E. 2013/66, K. 2014/19, T. 29.1.2011, RG. 10.1.2015/29232.

⁶⁸ AYM, E. 1965/25, K. 1965/57, K.26.10.1965, RG. 8.12.1965/12171.

⁶⁹ Kaneti, **Vergi Hukuku**, s.6., dip.11.

örnek olarak gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi, Belediye Gelirleri Kanunu'nda resim türünde bir karşılık bulunmamasına rağmen, harcamalara katılma payının, *“hizmetten yararlanacak olan arsa ya da bina sahibinin ödemesi gereken resim benzeri bir mali yükümlülük niteliğinde”* olduğuna karar vermiştir⁷⁰.

Benzeri mali yükümlülükler örnek olarak verilebilecek bir başka karşılık türü de fonlardır. Türk hukukunda fon kavramı bütçe içi ve bütçe dışı olmak üzere iki çeşittir. Konumuzu ilgilendiren fonlar bütçe dışı fonlar olup, bunlar tahsis edildikleri kuruluşa bütçe kuralları ve disiplini dışında harcama yetkisi vermektedir. Fonlar da oldukça heterojen yapıda olup bunların az sayıdaki ortak özelliklerinden birisi, mali mevzuatın dar kalıplarını bertaraf etmektir⁷¹.

Benzeri mali yükümlülükler, bu başlık altında yer verdiğimiz karşılık türleri ile sınırlı değildir. Farklı adlar altında ve farklı nitelikte, kamu gücü kullanımını içeren mali yükümlülük türü karşılıklar çeşitlerinin de olabileceğine işaret etmek gerekir.

b. Ücret

Ücret kelimesi Arapça kökenli olup sözlükte *“bir mal veya iş gücü için uygun görülen para karşılığı”*⁷²olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmetinden yararlandan alınan bir karşılık türü olarak, bir hizmetten yararlanmanın doğurduğu maliyet miktarı kadar alınan karşılık şeklinde tanımlanabilir. Ücret, bir hizmetin maliyet miktarı ya da buna yakın miktar kadar alınan karşılıkları ifade etmektedir. Dolayısıyla maliyet miktarını aşmaz ve kâr gibi ek bir karşılık miktarını da ihtiva etmez.

Anayasa Mahkemesi, ücreti, kimi kararlarında⁷³ fiyat ile eş anlamda kullandığı görüntüsü vererek bu iki karşılık türü arasında bir ayrım yapmıyormuş izlenimi verse de esasen ücreti kâr ihtiva etmeyen hizmet karşılıkları anlamında kullandığı söylenebilir. Nitekim bir kararında, ücret ve fiyat karşılıkları arasındaki farkı

⁷⁰ AYM, E. 1987/19, K.1987/31, T. 24/11/1987, R.G. 29.03.1988-19769.

⁷¹ Nami Çağan, *“Anayasal Yönden Fonlar”*, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.3, Y.1986, ss.107-124., s.111.

⁷²http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c9f726d3035d3.94786761,http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c9f736e1452b5.89744804

⁷³ AYM, E.1990/18, K. 1991/4, T. 14.2.1991. RG. 8.5.1991/20865., AYM, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18.2.1985, RG. 26.6.1985/18793.

açıklayarak ve ücretin hizmet giderlerini karşılayan ve kâr içermeyen yönünü vurgulamıştır.

*“... kamu kurum ve kuruluşları sağlık kuruluşlarında verilen her türlü hizmetin fiyatının tesbiti ile gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının ücret tarifelerinin bu bakanlıkça onaylanmasının sosyal hukuk devletine aykırı düştüğü savının “fiyat” kavramının tanımıyla kanıtlanması yeterli bulunmamıştır. Bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan “fiyat”ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, **hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri asgarî**” düzeyde karşılayan “ücret”in “fiyat” sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî işletmenin “satış” yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir.”⁷⁴*

c. Fiyat

Fiyat kelimesi, sözlükte “Alım veya satımda bir şeyin para karşılığındaki değeri, eder, paha”⁷⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Sözlük anlamının tanımında kullanılan alım ve satım kelimeleri, fiyatın piyasada oluşan iktisadi yönüne işaret etmektedir. Dolayısıyla bir karşılık türü olarak fiyatı, bir mal veya hizmetten yararlanma mukabilinde, piyasada iktisadi koşullara göre ve kâr sağlamak maksadıyla belirlenmiş karşılık olarak tanımlamak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında alınması öngörülen karşılığı fiyat olarak nitelerken fiyatın iktisadi şartlara göre oluşturulan yönüne işaret etmiştir: “Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır(...)”⁷⁶

Mahkeme, yukarıda da zikrettiğimiz kararında “Bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan “fiyat”ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de...”⁷⁷ diyerek fiyatın kârı ihtiva eden yönü belirtmiştir.

⁷⁴ AYM, E. 1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, RG. 23.8.1988/19908.

⁷⁵ <http://sozluk.gov.tr>

⁷⁶ AYM, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18.2.1985, RG. 26.6.1985/18793.

⁷⁷ AYM, E. 1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, RG. 23.8.1988/19908.

Özellikle idari kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların fiyat niteliğinde olmayacağı; iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların maliyet ve kârı ihtiva etmesini öngören kanuni düzenlemeler karşısında⁷⁸, fiyat olabileceği kabul edilmektedir⁷⁹. Buna rağmen, kamu hizmetlerinden alınacak karşılıkların kârı ihtiva eden bir karşılık yani fiyat olması, karşılık alınmamasından kâr elde edilmeme anlamına dönüşen meccanilik ilkesinin ve sosyal devlet ilkesinin etkisi nedeniyle eleştirilmekte⁸⁰ ve anormal bulunmaktadır⁸¹.

d. Katılım Payı

Katkı payı olarak da kimi zaman ifade edilen bir başka karşılık türü de katılım payıdır. Katılım payını, kamu hizmetinin istismar edilmesine ve bu yolla kamu kaynaklarının israf edilmesini engel olma maksadıyla ücret yaklaşımı ile belirlenmemiş yararlanma bedeli olarak tanımlamak mümkündür.

Kamu hizmetinden yararlanandan alınan katılım payı türündeki karşılıklar, o kamu hizmetinin maliyetini karşılamaktan uzak, cüzi ve kimi zaman göstermelik bir miktardır. Bir kamu hizmetinin meccani olması nedeniyle o hizmetten yararlanmaya gerçekten ihtiyaç duymayan kişilerin gereksiz yararlanmalarını engelleyecek fakat aynı zamanda hizmetten yararlanacak kişilerin hizmete ulaşmalarına bir engel teşkil etmeyecek nitelikteki karşılıklar katılım payıdır. Bunlara örnek olarak, ülkemizdeki sağlık ve yükseköğretim hizmetleri verilebilir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenen sağlık hizmetlerinden alınacak katılım payını düzenleyen hükmü örnek gösterilebilir: *"Katılım payı, birinci fıkranın (a) bendindeki sağlık hizmetleri için 2 Türk Lirası olarak uygulanır."*

Anayasa Mahkemesi, bir kararında gereksiz yararlanmaların önüne geçecek ama hizmetin herkesin yararlanmasına hâdim olan katkı payı alınmasının gerekli olabileceğine işaret etmiştir.

"Sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi için bu hizmetlerden yararlananlardan belli ölçüde bir katkı payı alınması gerekli hale gelebilir."

⁷⁸ 2560 sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 23. md.

⁷⁹ Lachaume, Pauliat, Deffigier **Droits des Services Publics**, s.670, Mescheriakoff, **Droit des Services Publics**, s.202.

⁸⁰ Yıldızhan Yayla, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete(veya Kamu Hizmetinin Sonu)" **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.1, C.1, 1986, ss.33-37.

⁸¹ Robert Hertzog, *Le Prix de Service Public* **AJDA**, 1997. (Dalloz Veri Tabanı)

Zira sağlık hizmetlerinden belli ölçüde katılım payı alınması, bir yönüyle kamu üzerindeki finansman yükünü kısmen hafifletmekte bir yönüyle de bu hizmetlerden gereksiz yararlanmaları engellemek suretiyle kamu harcamalarının artmasını engellemektedir.”⁸²

“Kuraldaki tutarın normalde kişilerin kendilerinin karşılaması gereken sağlık giderlerinin Devletçe karşılanması nedeniyle kendilerinden istenilen katkı payı olduğu ve bu yönüyle Anayasa'nın 73. maddesindeki vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlölük niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.”⁸³

II. TÜRKİYE’DE KAMU HİZMETİNDEN KARŞILIK ALINMAYA BAŞLANMASININ GELİŞMESİ

Ülkemizde de toplumun genel ve ortak nitelikte ihtiyaçları farklı yaklaşımlarla karşılanmıştır. Zaman ve zemine göre değişen bu ihtiyaçlar her zaman bugünkü gibi devlet tarafından üstlenilmemiştir. Bugün kamu hizmeti olarak kabul ettiğimiz ihtiyaçlar ve bunların doğurduğu giderlerin finansmanına yönelik uygulamalar da ortak ve genel ihtiyaçlarla birlikte değişmiştir. Oldukça hacimli olan bu tür bir gelişim incelemesinin sınırlandırılması için, bu çalışmada modern kamu hizmetinin ortaya çıkışı ve bu kamu hizmetlerinin finansman metodu olarak karşılık alınma uygulamasının başlaması ve bunun değişimi temelinde genel hatlarıyla kısaca incelenecektir.

Osmanlı Devleti’nin klasik devirlerinde Devlet fonksiyonlarından sırf siyasi nitelikte olan ve otoriteye ihtiyaç duyulan savunma, adalet gibi hizmetler devlet eliyle yapılırken bunların dışında kalan diğer hizmetlerin vakıflar vasıtası ile sunulduğu söylenmektedir⁸⁴. Bayındırlık, kültür, eğitim, sağlık ve içtimai yardım gibi alanlarda ortak ve genel ihtiyaçların tatmini özel hukuk kişileri olan vakıflar eliyle görölmele beraber Devlet bu faaliyetleri çeşitli mali yardımlarla özendirmiş, desteklemiş ve denetlemiştir⁸⁵. Bu dönemde özellikle mahalli nitelikte olan toplu ve ortak kimi ihtiyaçların yerine getirilmesi için gereken parasal kaynak mahallede din ya da mezhep ayırt edilmeksizin herkes tarafından toplanan örfi vergilerle oluşan avarız sandıkları kullanılmıştır. Bu sandıklardan elde edilen paralar sosyal

⁸² AYM, E.2013/89, K. 2014/116, T. 3.7.2014., RG. 4.7.2015/ 29406.

⁸³ AYM, E.2006/111, K.2006/112, T.15.12.2006, RG. 30.12.2006/26392, 5. Mükerrer.

⁸⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s.668.

⁸⁵ Aydın, Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 97.

yardımlaşma faaliyetleri ve su yolu, mektep, kaldırım inşası ya da tamiri gibi işler için kullanılmıştır⁸⁶.

Osmanlı Devleti modernleşme döneminde, nafia, ziraat, ticaret, maarif, posta işleri, nüfus, karantina işleri gibi daha önce faaliyet alanı dışında kalan kimi hizmetleri üstlenmiş ve bu işlerin yürütülmesi için idari makamlar kurulmuştur⁸⁷. Bununla beraber özellikle 1800'ün ortasından itibaren Devlet'in toplu ve genel ihtiyaçların tamamına cevap verecek teknik ya da ekonomik gücü bulunmamaktaydı. Özellikle 1881'de Duyun-u Umumiye İdaresinin kurulmasından sonra ülkeye yabancı sermayenin giriş-çıkışının kolaylaşmasıyla su, elektrik, doğalgaz, tramvay gibi hizmetler gibi rekabet koşullarından uzak çalışmalarını sağlayan kamu hizmeti alanlarında Avrupalı şirketlere kamu hizmeti imtiyazları verilmiştir⁸⁸.

Modernleşme döneminde mahalli yönetimler alanında da gelişmeler olmuştur. Bu dönemde Fransa örnek alınarak belediye ve il özel idaresi gibi mahalli idareler kurularak bunlara bazı yerel kamu hizmetleri yüklenmiştir. 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanunu Muvakkatı ile il tüzel kişiliği de kurularak il bazında yolların yapılması, göl ve bataklıkların kurutulması, sulama işleri, bayındırlık işleri sağlık, sosyal yardım, ilköğretim, bazı sanat ve meslek okulları gibi bazı kamu hizmetlerinin görülmesi il özel idaresine bırakılmıştır⁸⁹. 1876 tarihli Dersaadet Teşkilat-ı Belediye Kanunu çıkarılmış ve 1930 tarihli Belediye Kanunu çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Daha önce avarız vakıflarınca yerine getirilen hizmetlerin devlet ve mahalli idarelere devredilmesiyle, bu vakıflarda biriken paralar da 19 ve 20 yy.'da devlet idaresince kamu hizmeti gören kurumlara tahsis edilmiştir⁹⁰. Bu dönemde mali özerkliği bulunsa da mahalli yönetimlerin mali kaynaklarının oldukça sınırlı olması yüzünden faaliyetlerin yerine getirilemediğini belirtmektedir⁹¹.

⁸⁶ Mehmet İpşirli, "Avarız Vakfı", *DİA*, s.109.

⁸⁷ Bu devirde devletin üzerine aldığı hizmetler bakımından yapılan faaliyetlerin bir kısmı için bkz. Metin Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetleri*, Ankara, TODAİE Yayınları, 1973, s.3

⁸⁸ Turgut Tan, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXII/2, 1967, ss. 285-326., s.293-294.

⁸⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, s.711.

⁹⁰ İpşirli, "Avarız Vakfı", s.109.

⁹¹ Osman Nuri Engin, *Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye*, İBB Kültür AŞ Yayınları, İstanbul, 2007, s.46-49.

İdari fonksiyon ve idari teşkilat fikrinin ortaya çıkması⁹² ile üstlenilen çok sayıda kamu hizmeti ile kamu giderleri artmış olduğundan finansman arayışı ortaya çıkmıştır. Özellikle mahalli idareler için finansman probleminin aşılması için o dönemde benimsenen merkezileşme politikasının da bir sonucu olarak mahalli idarelere görev olarak verilen kamu hizmetlerine ilişkin masrafların merkezi bütçe içinden ayrılan pay ve mahalli idarelerin mallarından elde edilen gelirlerle karşılanması sağlanmıştır⁹³. Ayrıca Avrupalı sermaye tarafından rekabet koşullarından uzak olarak yürütülen kamu hizmetlerinden elde edilen muazzam kârların⁹⁴ bir kısmının mahalli idarelere verilmesi ve imtiyaz üzerindeki Devlet hakkının artırılması konusunda da girişimlerde bulunulmuşsa da o sırada Avrupalı sermayelerin Düyün-u Umumi ve diğer Devlet teşkilatı üzerindeki tesirleri nedeniyle pek sonuç alınamamıştır⁹⁵.

Cumhuriyet döneminde temel hedef ekonomik ve sosyal ihtiyaçların giderilmesi için her faaliyeti bizatihi yerine getirerek hızlı kalkınmayı sağlamak olmuştur. Çünkü uzun bir savaş döneminden çıkan ülkede halkın sosyo-ekonomik durumu ve özel sektörün dahi genel ve ortak nitelikteki kamu hizmetlerini yürütülmesinde katılacak gücünün bulunmaması ekonomik alanların dahi Devlet tarafından üstlenilmesini gerektirmiştir. Devletçi ekonomi politikalarının benimsenmesi ve ekonomik niteliği ağır basan kamu hizmeti ürünleriyle toplumun sosyo-ekonomik durumu iyileştirilirken aynı zamanda özel sektör desteklenmiştir⁹⁶.

Osmanlı Devleti'nden devralınan kamu hizmetlerine ek olarak dönemin şartları gereği ekonomik nitelikte olanlar dahil olmak üzere kamu hizmetleri kurulmuş, bunun yanında I. Dünya savaşından önce yabancıların, sahip oldukları kamu hizmeti imtiyazları sayesinde edindikleri siyasi ve iktisadi menfaatleri ile savaş sırasında birtakım güçlükler çıkarmalarından ötürü bunlara bir tepki olarak

⁹² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s.695-697., Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, s.3-4.

⁹³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s.711.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tan, *“Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”*, s.285-326.

⁹⁵ Engin, **Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye** s.248-254., Tan, *“Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”* s. 285-326.

⁹⁶ Gülan, *“Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”*, s.98-99., Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015., s.147.

Cumhuriyet döneminde bu kamu hizmeti imtiyazları devletleştirilmiştir⁹⁷. Böylece Cumhuriyet döneminde üstlenilen kamu hizmeti sayısında artış gerçekleşmiştir.

Artan kamu hizmetlerine rağmen bu dönemde kurulan kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğu meccanen sunulmuştur. Toplumun neredeyse tamamının sosyo-ekonomik gücünün oldukça yetersiz olduğu bir dönemde, bu durumun iyileştirilmesi için sunulan kamu hizmetlerine herkesin eşit ve engelsiz olarak erişebilmesi gerekmektedir. Meccanilik ise herkesin “*umumi ve müsavi*”⁹⁸ olarak kamu hizmetlerine ulaşmasına hizmet eden en iyi araç idi. Herkes yararlanmak istediği hizmete nakdi ya da başka türlü bir engele takılmaksızın ulaşabilecekti.

Bu dönemde açıkça meccanen sunulacağı düzenlenen birçok kamu hizmeti ihdas edilmiştir. 1924 Anayasasında ilköğretimin parasız olduğu hüküm altına alınmış olmakla beraber yükseköğretim de parasız olarak sunulmuştur. Sağlık hizmetleri de çeşitlendirilmiş ve meccanen sunulacağı hüküm altına alınmıştır⁹⁹. Bunun yanında dönemdeki meccanilik algısının etkisiyle günümüzde bile parasız olarak sunulmaya devam eden kimi hizmetler paralı ya da parasız sunulacağı belirtilmemesine rağmen meccanen sunulmuştur¹⁰⁰. Meccanilik, kamu hizmetinin bir gereği olarak algılanmış, açıkça bahsedildiği metinler gereği olmasa da meccanen sunulacağına ilişkin hükümler vurgu amacıyla yapılmış sayılmıştır.

Dolayısıyla Cumhuriyet dönemi meccanilik fikrinin ve uygulamasının doğduğu ve oturduğu dönemdir. Meccanilik, Fransız idare hukukuyla beraber ithal edilen bir kavram olmakla beraber Ülkemizin içinde bulunduğu dönemde oynadığı kilit rol nedeniyle Fransız idare hukukunda verilen değerden farklı bir değeri haizdir. Nitekim Cumhuriyet uygulamasıyla ithal değerini aşan ve millileşen meccaniliğin toplumda doğurduğu algı günümüze kadar etkisini sürdürmüştür.

⁹⁷ Gülan, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, s.98.

⁹⁸ Onar, **İdare Hukukun Umumi Esasları**, C.I., s.18.

⁹⁹ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, md. 75., 91., 96., 99., 117., 118., 125., 142., 150., 153., 154., 4459 Sayılı Köy Ebeleri ve Köy Sağlık Memurları Teşkilatı Yapılmasına ve 3017 Numaralı Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun md. 4., 3686 Sayılı Evlenme Kağıtları ve Nüfus Kütüklerine Tescilleri Hakkında Kanun md. 1.

¹⁰⁰ Belediye ve il özel idarelerce sunulan ve anonim yararlanmaya konu olan mahalli kamu hizmetleri (ağaçlandırma, aydınlatma, itfaiye gibi), sosyal hizmetler, genel kolluk hizmetleri, nüfus hizmetleri, devlet arşiv hizmetleri, milli ve halk kütüphanelerinden yararlanılması örnek olarak gösterilebilir.

1970’li yılların ortalarına kadar devletçi ekonomi politikaları sayesinde sonunda özel sektör güçlenmiş ve dünyadaki ekonomik gelişmelerin etkisiyle birlikte kamu hizmeti alanına girmeyi talep etmeye başlamıştır. Liberal ekonomi politikalarının da benimsenmesiyle beraber kimi zaman bir alanın tamamen kamu hizmeti olmaktan çıkarılması ve bu alanın özel sektöre bırakılması kimi zaman da o alana ilişkin hukuki rejimin daha esnek ve güvenli hale getirilmesi söz konusu olmuştur. Müteakiben özel kesimin, kamu hizmeti alanına katılımının artırılması şeklindeki talepleri Devletçe benimsenmeye başlamıştır¹⁰¹. Böylece ülke gündemine oturan özelleştirme ve etkileri kamu hizmetine ilişkin pek çok alanda olduğu gibi kamu hizmetlerinin finansmanında da görülmeye başlanmış ve verginin yerine *ücret* almaya başlanmıştır¹⁰².

Bu döneme kadar sadece iktisadi-sınai kamu hizmetlerinden alınan *ücret* niteliğindeki karşılıkların kârı da ihtiva eden *fiyatlara* dönüşmesi, karşılık alınmayan idari kamu hizmetlerinden de karşılık alınmaya başlanması, Cumhuriyet döneminde yerleşen meccanilik algısını sarsmış ve kamu hizmetinden yararlandan alınan bu karşılıkların meşruiyetinin sorgulanmasına neden olmuştur. Örneğin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun kamu kurum ve kuruluşlarından oluşan sağlık işletmelerinin gelirlerini sayan 5. maddesinde, “*sağlık hizmetlerinden elde edilen gelir*” ifadesi ile sağlık hizmetlerinin paralı hale getirilmiştir. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi’nin kimi hizmetlerden alınan karşılıkları *fiyat* olarak nitelemesi bu dönüşümün göstergelerindendir.

“Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır.”

Yasal düzenlemeler ve bunlarına ilişkin yargı organlarının yaptığı değerlendirmeler, doktrinde günümüze kadar devam eden büyük tartışmalar yaratmıştır.

1980’lerden itibaren hızla yaşanan bu dönüşüm, günümüzde klasik ilke, kurum ve kavramların sorgulanmasını ve ihtiyaçlar karşısında gözden geçirilmesini

¹⁰¹ Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 99.

¹⁰² Turgut Tan, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, *AİD*, s. 73-90., s.73-74.

zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla meccanilik ilkesinin yaşanan dönüşüm sonucunda anlam ve etkisinin ortaya konulması ve kamu hizmetinden alınan karşılıkların meşruiyet problemine tutarlı açıklama getirmek için, mevzuattaki düzenlemelerin, yargının ve doktrinin açıklamalarının ele alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM

YARGININ VE DOKTRİNİN KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADAN KARŞILIK ALMA HUSUSUNDAKİ YAKLAŞIMLARI VE MEVZUATIN DURUMU

I. YARGININ YAKLAŞIMI

Bu başlık altında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin meccanilik ilkesine yaklaşımları ve kamu hizmetinden karşılık alınmasına ilişkin kararlarının gerekçeleri incelenecektir.

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASINA DAİR YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin meccanilik ilkesine ve kamu hizmetinden yararlananlardan alınan karşılıklara ilişkin yaklaşımı zaman içinde değişiklik göstermiştir. İlk dönemlerde kamu hizmetleri nedeniyle oluşan kamu giderlerinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle finanse edilmesi kabul ediliyordu. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin meccanilik ilkesine atfettiği değer sonucunda, kamu hizmetlerinden yasayla öngörülen vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliği dışında karşılık alınamayacağı ve kamu hizmetlerinin kâr amacına konu olamayacağı kabul edilmekteydi¹.

1980'li yıllarda Yüksek Mahkeme, liberal ekonomi politikalarının benimsenmesi ve bunun etkileri kamu hizmetlerinin finansmanında da açıkça görülmesiyle, kamu hizmetlerinden yararlandıran vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliğinde olmayan bir karşılık alınması kabul etmiştir². Mahkeme bu kabulde birlikte alınan karşılıkların meşruiyetine ve sınırlarına ilişkin açıklamalar geliştirmiştir. Mahkemenin kararlarında yer verdiği bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde,

¹ AYM, E. 1969/31, K.1971/2 ve T.12.1.1971, R.G. 26.3.1971/13790., AYM, E. 1973/32, K.1974/11 ve T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

² AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793., AYM, E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, R.G.8.5.1991/20865., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360., AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922; AYM, E.1990/4, K. 1990/6, T. 12.4.1990, R.G.17.6.1990/20551., AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T 3.4.2007, R.G.18.03.2008-26820., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

gerekeçe çeşitliliğini şu gruplar altında toplamak mümkündür: “müstakbel kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak”³, “kamu hizmetlerinin daha iyi, sürekli ve nitelikli sunulmasını sağlamak”⁴ ve kamu hizmetlerinden bir karşılık alınarak bu hizmetlerden “gereksiz yararlanmaların engellenmesi suretiyle finansman yükünün hafiflemesini sağlamak”⁵ ve söz konusu kamu hizmetlerinden daha çok yararlananlardan karşılık alınarak, “hizmetten yararlananlar ile yararlanmayanlar arasında eşitliği sağlamak”⁶.

1. Karşılık Alınmasının Kabul Edilmediği Kararlar

Anayasa Mahkemesi, ilk dönemlerde kamu hizmetlerinden yasayla öngörülen vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliği dışında kamu hizmetinden yararlananlardan karşılık alınmasını kabul etmemekteydi. Bu dönemde, idarenin kamu hizmetlerinden yararlanmanın bir karşılığa bağlanması kabul edilmediği gibi, bu hizmetlerin devlet ve devletin gözetim ve denetimi altında özel kişilerce görülmesi durumunda kâr amacı güdülerek sunulması dahi kabul edilmemiştir.

Mahkeme’nin meccanilik ilkesine yaklaşımını en iyi gösteren kararlarından birisi, 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu’nun yüksek öğretimin paralı olmasını öngören 72. maddesinin (c) bendindeki “*Üniversite, Fakülte ve bunlara bağlı kurumlarca alınacak harç ve ücretler*” ifadesinin iptali istemiyle açılmıştır⁷. Yüksek Mahkeme, yüksek öğretimin paralı olmasını gerektiren bir anayasal temel aramıştır: “*Üniversite öğretiminin paralı olduğu ilkesinin Anayasal bir temele dayanıp dayanmadığını incelemek için, Anayasa’nın bu konuya değinen hükümleri ele alınacak ve gerekli değerlendirmeler yapılacaktır.*” Bu ifadeden, kamu hizmetlerinden para alınmasının mutlak olmadığı, ancak bir hizmetten para alınması söz konusu edilmişse de bunun kanunla öngörülmesinin yeterli olmadığı, ayrıca

³ AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793., AYM, E.1990/18, K.1991/4 T.14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

⁴ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922; AYM, E.1990/4, K. 1990/6, T. 12.4.1990, R.G. 17.6.1990/20551., AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

⁵ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922., AYM, E. 2013/89, K.2014/116, T.3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406.

⁶ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908. AYM, E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865; AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360; AYM, E. 2014/177, K.2015/49 , T.14.5.2015, R.G. 11.6.2015/29383.

⁷ AYM, E.1973/38 ve K.1975/23, 11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975, R.G. 3.12.1975/15431.

Anayasa’da bu duruma istisna getirilmesine imkân tanıyan bir temele dayanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Yüksek Mahkeme’ye göre, Anayasa'nın "öğrenimin sağlanması" başlığını taşıyan 50. maddesinde Devletin başta gelen ödevlerinden olduğu belirtilen eğitim ve öğretim hizmetlerinin, çağdaş uygarlığın gerektirdiği düzeye ulaştırılabilmesi için uygun tedbirlerin alınmasının zorunludur. *“Bu tedbirler alınırken Üniversite öğreniminin paralı hale dönüştürülmesi, Anayasal amacın tamamen tersine, öğrenimi zorlaştıran bir davranış olur.”* diyerek yüksek öğretimin paralı olmasına 50. maddenin bir dayanak oluşturmadığından ve iptal davasına konu edilen hükmün *“ücret”* kısmını iptal etmiştir.

Mahkeme’nin konuya yaklaşımının farklı bir görünümü için, Devletin kamu hizmetlerinin görülmesinde kâr amacı güdememesi hususundaki kararına da yer vermek gerekir. 1969 yılında, Danıştay Dava Kurulu tarafından Anayasa aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine taşınan davada, özel öğretim kurumlarının ve özel yüksek okulların her türlü gerçek ve tüzel kişilerce açılabilmesini düzenleyen 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 1. maddesi bu gerekçeyle iptal edilmiştir.

*“... Devletin başta gelen ve salt iktisadî alan dışında bulunan bir ödevi için yardımcı olmak üzere açılacak ve işletilecek bir kurumun zarardan korunmak düşüncesiyle yetinmeyip kazanç amacı gütmesi, sosyal Devlet ilkesi ile bağdaştırılamaz ve böyle bir duruma izin veren hiçbir kural, Anayasamızda yer almış değildir. Gerçekten salt iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa'nın temel ilkelerindendir.”*⁸

Mahkeme’nin, kamu hizmetlerinin görülmesinde, Devletin bir kâr amacı gütmesine müsaade eden bir anayasal dayanak bulunmadığına ilişkin ifadesinden, bir kamu hizmetinden kâr edilmesine yönelik bir düzenlemenin ancak Anayasa’da buna cevaz veren bir madde ile mümkün olabileceği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim kararda açıkça, kamu hizmetlerinin kâr amacı güdülmeksizin görülmesinin anayasanın temel ilkelerinden olduğuna yer verilmiştir. Bu ifadelerinden Yüksek

⁸ AYM, E. 1969/31, K.1971/2 ve T.12.1.1971, R.G. 26.3.1971/13790.

Mahkeme'nin meccanilik ilkesinin bir görünümü olan “kâr amacı güdememe” esasına anayasal değer atfettiği söylenebilecektir.

Karardaki, Devletin salt iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinde kâr amacı güdülmesi kabul edilmemesine ilişkin ifadesinin mefhum-u muhalifinden, Devletin salt iktisadi nitelikte olan kamu işlerini kâr amacı güdereak yürütmesinin kabul edildiğı anlaşılmaktadır. Kamu işleri ifadesi ise, sadece kamu hizmeti alanını değıl, kolluk, özendirme destekleme faaliyetleri ile idarenin özel hukuka tabi faaliyetlerini de kapsar niteliktedir. Dolayısıyla Devletin, salt iktisadi nitelikte olan faaliyetler yürütmesi ve bu faaliyetlerin yürütölmesinde kâr amacı güdebilmesine bu kararla cevaz verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kanunda bazı kamu hizmetlerinden yararlanma nedeniyle ücret niteliğinde bir karşılık alınacağı öngörölmüşse, bu ücretin, kamu hizmetinden doğan kamu giderinin finansmanı için alınan bir mali yüküm olduğına karar vermiştir⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 29 Nisan 1330 günlü Çarşı ve Mahallât Bekçileri Hakkındaki Kanun'da yer alan “bekçi ücretleri” ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, bu yönde karar vermiştir:

“Çarşı ve mahalle bekçilerinin görevi, zabitanın denetimi altında ve onun yardımcıları olarak genel güvenliğı sağlamak ve adli zabıtaya yardımcı olmaktır. Bu görevin bir kamu hizmeti olduğı meydandadır. Şu hâlde bekçilere, hizmetlerine karşılık verilen ücret, bir kamu gideridir. Bu gideri karşılamak amacı ile kişilerden alınan para da kendilerine yönetilen, Anayasa deyimi ile, vergi benzeri bir mali yükümdür.”¹⁰

Yüksek Mahkeme'nin, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nda yükseköğretimden “öğrenim harç ve ücretleri” alınmasını öngören hükümdeki “ücret” ibaresinin niteliğine ilişkin değıerlendirmesi, tüm kamu hizmetlerinin giderlerinin vergiler yoluyla tam bir şekilde karşılanmasının verginin tekniğı bakımından olanaksız olması nedeniyle bazı ek kaynağı ihtiyac duyulabileceğinden, niteliğı doğrudan yararlanmaya uygun düşen kamu hizmetlerinden karşılık alınabileceğı yönünde olmuştur. Kanundaki “öğrenim harç ve ücretleri” şeklinde alınması öngörölen paraların, bir mali yüküm olduğına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından çıkan sonuç, kamu giderleri vergilerin yanı sıra,

⁹ AYM, E. 1965/25, K. 1965/57, T.26.10.1965, R.G. 8.12.1965/12171.

¹⁰ AYM, E. 1965/25, K. 1965/57, T.26.10.1965, R.G. 8.12.1965/12171.

kanunlarda ne isim altında düzenlendiklerine bakılmaksızın, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle finanse edilebileceğidir.

“38. maddenin ikinci fıkrasında ise öğrenim harç ve ücretlerinin burada sözü edilen ücretin, niteliğine göre, Anayasa'nın 61. maddesindeki "benzeri malî yükümler" deyiminin kapsamı içine girdiğinde kuşku yoktur, yalnızca sözü edilmekte ve bunların tutarlarının ve ödenme tarzlarının saptanması Maliye Bakanlığı ile birlikte hazırlanacak yönetmeliğe bırakılmaktadır. Kuralın Anayasanın değişik 61. maddesine aykırı olduğu apaçık ortadadır.”¹¹

2. Karşılık Alınmasının Kabul Edildiği Kararlar

1980’li yıllarda Yüksek Mahkeme, liberal ekonomi politikalarının benimsenmesi ve bunun etkilerinin kamu hizmetlerinin finansmanında da açıkça görülmesiyle, kamu hizmetlerinden yararlandan vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliğinde olmayan bir karşılık alınmasını kabul etmeye başlamıştır. Mahkeme bu kabulle birlikte alınan karşılıkların meşruiyetine ve sınırlarına ilişkin açıklamalar geliştirmiştir.

a. Karşılık Alınma Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi, klasik yaklaşımını değiştirerek kamu hizmetlerinin finansmanında sadece vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden başka ve bunların tabi olduğu hukuki rejim dışında kalan bir karşılık alınmasının meşruluğuna karar vermiştir. Fakat bu önemli yaklaşım değişikliğini meşrulaştırmak amacıyla birtakım gerekçeler kullanmıştır. Kararlarda yer aldığı şekliyle bu gerekçeler, “müstakbel kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak”¹², “kamu hizmetlerinin daha iyi, sürekli ve nitelikli sunulmasını sağlamak”¹³ ve “kamu hizmetlerinden bir karşılık alınarak bu hizmetlerden gereksiz yararlanmaların engellenmesi suretiyle finansman yükünün hafiflemesini sağlamak”¹⁴ ve söz konusu kamu hizmetlerinden daha çok yararlananlardan karşılık alınarak, “hizmetten yararlananlar ile yararlanmayanlar

¹¹ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

¹² AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793., AYM, E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865.; AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

¹³ AYM, E. 1973/32, K.1974/11, T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.; AYM, E.1990/4, K. 1990/6, T. 12.4.1990, R.G. 17.6.1990/20551.; AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

¹⁴ AYM, E. 1973/32, K.1974/11 ve T. 26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922., AYM, E. 2013/89, K.2014/116, T.3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406.

arasında eşitliği sağlamak”¹⁵ olarak sayabiliriz. Mahkeme’nin kararlarında kullandığı bu gerekçeleri, kamu hizmetine hâkim olan eşitlik ve uyarlama ilkelerinin sonuçları olarak ele alıp iki grup altında değerlendirmek mümkündür.

(1) Kamu Hizmetinin Eşitlik İlkesinden Hareket Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Gerekçeleri

Kamu hizmetine hâkim olan eşitlik ilkesi, anayasada düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin bir görünümüdür. Hukukun genel ilkelerinden bir olan bu ilke, klasik anlamda meccanilik ilkesinin fikri temellerinden biri olmakla beraber, günümüzde meccanilik ilkesinin anlam ve işlevinin değişmesi nedeniyle, hem kamu hizmetlerinden karşılık alınmasına ilişkin meşruiyet zeminin sağlanma gerekçelerinden birini hem de bu hizmetlerden alınacak olan karşılığın sınırlarının belirlenmesi noktasında önemli rolü haizdir¹⁶. Anayasa Mahkemesi, bu hususu bir kararında şöyle ifade etmiştir:

“Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî 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. Bu ücreti ödeyemeyecek durumda olanlar için değişik uygulama yapılması gereği ayrıdır. İncelenen konuyla doğrudan ilgisi yoktur. Kaldı ki yasa, bu durumda olanlar için geçici 3. madde ile olanaklar getirmiştir.”¹⁷

Yüksek Mahkeme, faydası bölünebilir nitelikte olan kamu hizmetlerinden ücret niteliğinde bir karşılık alınmasının Anayasa’ya aykırı olmadığına dair hükmünü yine eşitlik ilkesi üzerinden tesis etmiştir. Karardaki, bölünebilen kamu hizmeti teriminden, anonim bir yararlanma olarak değil, teker teker yararlanma başka deyişle birel ve doğrudan yararlanmaların söz konusu olduğu kamu hizmetlerini anlamak gerekmektedir. Nitekim dava konusu edilen hükümle DSİ tarafından yapılan

¹⁵ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908., AYM, E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865.; AYM, E. 2005/52, K. 2007/35 T.3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.; AYM, E. 2014/177, K.2015/49, T.14.5.2015, R.G. 11.6.2015/29383.

¹⁶ Eşitlik ilkesinin bir görünümü olmakla beraber meccaniliğin kuramsal temeli olan eşitlik ilkesi ile kamu hizmetinden yararlandıranlardan karşılık alınmasının gerektiren eşitlik anlayışının aynı konuda doğrudukları iki ayrı hukuki sonuç nedeniyle aynı eşitlik olmadığı, bunların farklı oldukları düşünülmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *İnfa* III. Bölüm.

¹⁷ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

doğrudan yerine getirilen su yapılarının denetim hizmetlerine ilişkin masrafların ilgililerden tahsili öngörülmüştür.

“Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.”¹⁸

Kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik ilkesince, söz konusu hizmetten alınacak karşılıkların tespitinde, bu hizmetten yararlanacak asgari gelir düzeyindeki kişilerin yararlanma sıklığı ile onların bütçesine yüklenecek mali yükün gözetilmesi gerekir. Aksi durum, hizmete ihtiyaç duyanların bir kısmını, sırf mali yetersizlik nedeniyle hizmetten yararlanamaması sonucu doğuracağından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur¹⁹. Bununla birlikte hizmetten yararlandıktan alınacak karşılığın, hizmetin istismarına da neden olmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Çünkü bu durumda da, kamu hizmetinin, bu hizmete gerçekten ihtiyaç duymayan kişilerce istismar edilmesi, hizmete gerçekten ihtiyaç duyan kişilerin hizmete ulaşmalarını engelleme sonucunu doğurabilir ve böylece kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki eşitlik bozulmuş olur. Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetinden gereksiz yararlanılması başka deyişle sömürülmesi nedeniyle kamu kaynağının israf edilmesini önlemeye yönelik olarak kamu hizmetlerinden karşılık alınabileceğine karar vermektedir.

*“Sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi için bu hizmetlerden yararlananlardan belli ölçüde bir katkı payı alınması gerekli hale gelebilir. Zira sağlık hizmetlerinden belli ölçüde katılım payı alınması, bir yönüyle kamu üzerindeki finansman yükünü kısmen hafifletmekte bir yönüyle de **bu hizmetlerden gereksiz yararlanmaları engellemek suretiyle kamu harcamalarının artmasını engellemektedir**. Dolayısıyla kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık*

¹⁸ AYM, E. 2014/177, K.2015/49, T.14.5.2015, R.G. 11.6.2015/29383., AYM, E. 2013/89, K.2014/116, T. 3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406.

¹⁹ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, s.40.

hizmetlerinde sağlık hizmet bedeline ek olarak bu bedelin iki katına kadar ücret alınmasının meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.”²⁰

(2) Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesinden Hareket Eden Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmetlerinden karşılık alınmasının meşruiyetini sağlama gerekçelerinin diğer temeli de kamu hizmetinin uyarlama ilkesidir. Uyarlama ilkesi, zaman içinde değişen ve gelişen ihtiyaçları en iyi ve yeterli şekilde tatmin edilmesi için kamu hizmetinin yeni koşullara uyarlanmasıdır. Ülkemizin zaman içinde ekonomik, teknolojik ve demografik değişimi sonucunda, kamu hizmetlerin türünün ve bu hizmetlerden yararlanan sayısının artması, uyarlama ilkesinin bir gereği olarak, bu hizmetten yararlanan kişilerden bir karşılık alınmasını gerektirmiş ve bu, meccanilik ilkesinin klasik anlam ve işlevini dönüştürmesine neden olmuştur. Kamu hizmetinden yararlananların sayısındaki değişim, kamu hizmetinin sunulmasında teknolojik gelişimler ve idarenin kamu hizmetlerinin anayasanın öngördüğü seviyeye ulaştırılması ve o seviyenin korunması gibi gerekler, kamu hizmetinin durmaksızın uyarlanmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi da bu hususa kararlarında farklı açılardan işaret etmiştir.

*“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 sayılamaz. Bu itibarla, bunların “Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa’nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”²¹*

*“... büyükşehir belediyelerinin **su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi** için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”²²*

²⁰ AYM, E. 2013/89, K.2014/116, T.3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406.

²¹ AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793.

²² AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

“Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa’nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur. Anayasa’nın 65. Maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü Devleti kimi düzenlemeler yapmak zorunda bırakmaktadır.”²³

Anayasa Mahkemesi’nin günümüzde işlevi ve anlamı değişen meccanilik ilkesine klasik anlamı ve işlevi dışında bir misyon yükleyerek bu sayede kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların aşırı artmasını önleyici işlev verdiği görülmektedir. Nitekim sağlık hizmetlerinde, özel sağlık kuruluşlarınca alınacak karşılıkların Bakanlıkça belirlenmesini öngören kanunun anayasaya aykırılık iddiasını incelerken yaptığı değerlendirmede bu hususa işaret edilmektedir.

“Özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tariflerinin Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı’na onaylanmasının, gerek görülen durumlarda olması, özel kesimin kayırılması, başıboşluğa bırakılması ya da engelleme, gereksiz müdahale değil, kamu kurum ve kuruluşlarının sağlık hizmetlerine göre çok yüksek ya da çok düşük ücret tespitiyle hizmetleri olumsuz yönde etkileyip verimin düşürülmesinde denge ve düzen sağlayan, hizmetin konusuna, amacına ve niteliğine uygun bir işlemdir. İncelenen bendin Anayasa’nın 2. Maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.”²⁴

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinden vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük dışında kalan bir karşılık alınmasını kabul etmektedir. Ancak bu durum, meccanilik ilkesinin artık tasfiye edildiği anlamına gelmez. Çünkü karşılık alınmasının meşruiyetini güçlü gerekçelerle sağlama çabası bu ilkenin tamamen ortadan kalkmadığı, sadece klasik anlam ve işlevinin değiştiği gösterir. Ayrıca bu ilkenin yeni anlam ve işlevinin geldiği noktayı göstermektedir. Gelinek noktada meccanilik ilkesi, özellikle kamu hizmeti ilkelerinden eşitlik ve uyarlama ilkesinin baskın ve dönüştürücü etkisi altında kalarak esnemiştir denilebilecektir.

b. Alınan Karşılığın Niteliği

Anayasa Mahkemesi’nin E. 1984/9, K. 1985/9 sayılı ve 18 Şubat 1985 tarihli 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun bazı maddelerinin iptali istemi ile açılan davada verdiği kararıyla; kamu hizmetlerinden doğrudan yararlanma nedeniyle, harç, resim ve benzeri mali

²³ AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T.3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

²⁴ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

yükümlülükten ayrı nitelikte bir karşılık alınması kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, daha önce de kamu hizmetinden doğrudan yararlanma nedeniyle bedel alınmasını çeşitli gerekçelerle kabul etmişse de ilk defa bu kararıyla bu bedelin piyasa koşullarına göre belirlenen maliyet ve “kâr” ı da içeren “fiyat” niteliğinde bir karşılık olacağına hükmetmiş, bu karşılığın vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülük dışında kalmasından ötürü, bunların anayasal vergilendirme rejiminin de dışında olduğuna işaret edilmiştir.

“Vergi ödevinde kişinin, belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Altyapı tesislerinden doğrudan doğruya yararlanma karşılığı alınan para bu nitelikte olmadığından vergi ve benzeri yükümlülük olarak kabul edilemez.

*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 sayılamaz.** Bu itibarla, bunların “Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa’nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”²⁵*

Yüksek Mahkeme, bu farklı niteleme yaklaşımını günümüze değin sürdürmeye devam ederek, önüne taşınan uyuşmazlıklarda; kamu hizmetlerinden alınan paranın niteliğini, bazı ölçütlerden hareketle vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülük ya da bir karşılık niteliğinde olduğuna karar vermektedir. Bir bedelin, mali yükümlülük dışında bir karşılık olması için ilk olarak, söz konusu bedelin, kamu hizmeti giderlerinin karşılanması amacıyla değil bir kamu hizmetinden doğrudan yararlanma nedeniyle alınması yani zorolun unsurunu içermemesidir. Aslında ilk ölçütün türevi niteliğinde olan diğer ölçüt de söz konusu paranın kamu gücüne dayalı olarak idarenin tek taraflı iradesiyle alınmamasıdır.

*“Ücret, aidat, kesenek, harç, katılma payı, fon payı, katkı payı gibi adları ne olursa olsun parasal yükümlülük ya da ödemelerin Anayasa’nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük sayılabilmesi için ödemenin kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması, kamu gücüne dayanması, **zorunlu olması**, ödenmemesi halinde hukuki yolla tahsili,*

²⁵ AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793.

devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekir.

Kuraldaki tutarın normalde kişilerin kendilerinin karşılaması gereken sağlık giderlerinin Devletçe karşılanması nedeniyle kendilerinden istenilen katkı payı olduğu ve bu yönüyle Anayasa'nın 73. maddesindeki vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.”²⁶

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında ise idare ile hizmetten yararlanan arasında bir özel hukuk ilişkisi kurulması ve bedelin maliyet+kâr esasına göre alınması ölçütünü de kullanmaktadır.

“... su bedelinin su satışı ve kullanılmış suların uzaklaştırılması karşılığında yapılan tarife ve abonman sözleşmesine göre alındığı, bu şekilde idare ile birey arasında özel hukuk ilişkisi kurulduğu ve ödenecek bedelin maliyet-kâr esasına göre belirlendiği, dolayısıyla idarece verilen **bir hizmet karşılığında** tarife göre saptanarak alınan bedelin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı, ücret niteliğini haiz olduğu belirlenmiştir.”²⁷

Anayasa Mahkemesi, mali yükümlülük ile karşılık nitelendirmesi yaparken, söz konusu bedelin, bir kamu hizmetinden doğrudan yararlanma karşılığında isteğe bağlı olarak alınması hususuna vurgu yapmaktadır. Nitekim birçok kararında, dava konusu karşılığın niteliğine bu ölçütten hareketle karar vermiştir.

“Denetlenen yasa maddesinde sağlık kütüğüne yazılacaklardan Bakanlar Kurulu'nun tespit edeceği miktarda alınacağı bildirilen paranın adı “prim” olsa da, kamu yönetimlerinin alacakları paralar adlarına değil niteliklerine göre değerlendirilir. Belki amaçlarının gerçekleştirilmesine, 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**. Sağlık kütüğüne yazılmak, başvuruya, isteğe bağlıdır. Ödemeyenlerin rehabilite giderleri de kendilerinden ya da kayıt oldukları özel sigorta kurumlarından, ödemeyecek düzeyde yoksullukları yerel yönetimlerce belgelenenlerin primlerinin bir bölümü ya da tamamı sosyal yardım maksadıyla kurulmuş fon ve kuruluşlardan alınacaktır. Yazılanların isteğinden kaynaklanan bir zorunluluk vardır. Bir malî yüküm, sorumlusunun isteğine bağlı ise, onun iradesi uyarınca zorunluluk taşıyorsa tümüyle yasadan gelen zorunluluk

²⁶ AYM, E. 2006/111, K. 2006/112, T.15.12.2006, R.G. 30.12.2006/26392 5. Mükerrer.

²⁷ AYM, E.1990/18, K.1991/4, T.14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865., AYM, E.1986/20, K. 1987/9, T. 31.3.1987, R.G. 28.05.1987-19473.

niteliğinde olmadığından “vergi benzeri malî yüküm” sayılması olanaksızdır. Bu nedenle vergi benzeri niteliğinde olmayan primin miktarının Bakanlar Kurulu’nca saptanmasında Anayasa’nın 73. maddesine aykırılık görülmemiştir.”²⁸

“Belli oranda ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğunun hem özel okullara ve hem de buralarda öğrenim gören öğrenci ailelerine bir miktar malî yük getireceği kuşkusuzdur. Ancak, bu yükün, vergi benzeri malî yükümlülük niteliğinde olduğu kabul edilemez. Çünkü, yukarıda işaret edildiği gibi, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama faaliyeti önemli kamu hizmetlerindendir. Olayda, Devlet, özel öğretim kurumlarına ilk ve orta dereceli okullarda bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim görevini yapmak üzere yasayla yetki vermektedir. Burada her ne kadar bir sözleşme yoksa da, giderleri ve riski kendisine ait olmak ve hizmetten yararlananlardan aldığı ücretle, yatırımlarını amorti etmek üzere bir kamu hizmetinin, kurulması ve işletilmesi söz konusudur. O halde özel okulların yaptığı hizmetin “kamu hizmeti imtiyazı”na benzer yönünün daha ağır bastığı ortadadır. **Özel okullarda okuyup okumama seçeneği de dikkate alınır**sa özel okulların ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğu vergi benzeri malî yükümlülük biçiminde nitelendirilemez.”²⁹

c. Alınan Karşılığın Belirlenme Kriterleri

Anayasa Mahkemesi’nin, kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların, vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm dışında kalan bir ücret niteliğinde olduğuna hükmetmesiyle; bu karşılıklar, anayasada öngörülen vergilendirme rejiminin dışına çıkarılmıştır. Buradan, yasama organının bu karşılıkları özgürce belirleme yetkisi olduğu anlaşılmamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, birçok kararında söz konusu karşılıkların tespitinin anayasal ilkelerin çizdiği sınırlar içinde olması gerektiğine hükmetmiştir.

“Anayasa’nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükme dayanılarak, ülkemizde halen büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş on altı belediye bulunmaktadır. Bunlar arasında nüfus, yüz ölçüm, sanayileşme, su alt yapı sorunları veya gelir kaynakları açısından farklılıkların olması doğaldır. Ancak Anayasa’da bu verilere bağlı bir görev ve gelir kaynağı teminine dair ayrıntıya yer verilmemiştir. Bu durumda, mahalli idarelerin görevleri ile orantılı gelir sağlama ve verilen hizmetler karşılığında elde edilecek gelirlerde kârlılık oranını belirleme konusunda, **ölçülü ve adil olmak ve anayasal ilkelere bağlı kalmak** koşuluyla takdir hakkının bulunması gerekir.”³⁰

²⁸ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T. 19.4.1988, RG. 23.8.1988/19908.

²⁹ AYM, E.1990/4, K.1990/6, T. 12.4.1990, RG. 17.6.1990/20551.

³⁰ AYM, E.2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, RG. 21.7.2012/28360.

Kamu hizmetinden alınacak karşılıkların belirlenmesinde uygulanacak kriterlerden biri *ölçülü* olmaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen hizmet bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerden bahsedilen bedellerin iki katına kadar ilave ücret alınabilmesini mümkün kılan 5510 sayılı Kanun'un 73/2 hükmünün, kamu hizmetinin istismarını önleyerek kamu üzerindeki finansman yükünü azaltmayı hedeflediğinden meşru amaç taşıdığını belirterek ölçülülük incelemesi yapmıştır.

“Ancak meşru bir amaca dayanan bu sınırlamanın ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. İtiraz konusu kuralda öngörülen, sağlık hizmetinin sağlanması usulü ve sağlık hizmet bedellerinin belirlenmesi yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, kanun koyucu, belirtilen yetkisine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılık" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.”³¹

2560 sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un su tarifesinin belirlenmesinde esas alınacak unsurları düzenleyen 23. maddesinde; giderler ve maliyetler ile itiraz konusu edilen kârlılık oranına yer verilmiştir. Bu maddenin anayasaya uygunluk denetiminde de alınacak karşılıkların ölçülü olmasına işaret edilmiştir.

“Anayasa'nın 127. maddesinde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüş olup, büyükşehir belediyelerinin su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”³²

³¹ AYM, E. 2013/89, K.2014/116, T. 3.7.2014, RG. 4.7.2015/29406.

³² AYM, E. 2011/6, K.2012/16, T. 26.1.2012, RG T/S.: 21.7.2012/28360.

Anayasa Mahkemesi, ölçülülüğü, sadece ücret niteliğinde olan karşılıklar bakımından değil, aynı zamanda resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin anayasal denetiminde de kullanılmaktadır. Mahkeme’ye göre, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ittihazında ölçülülüğün yanı sıra sosyal devlet ilkesi de gözetilmelidir. Bu sebeple ödeme gücünün yetersizliği nedeniyle hizmetten yararlanamayacak olanların da hizmetten yararlanabilmesi için özel bir düzenlenmenin yapılması zorunludur.

Nitekim Yüksek Mahkeme, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nda yapılan değişikliklerle eklenen temyiz, istinaf ve itiraz başvuruları harçlarının anayasaya uygunluğunu incelerken, ölçülülük ve sosyal devlet ilkesine uygun olmasına işaret ederek, söz konusu hükmü sosyal devlet ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.

“Kanun koyucunun, yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bunun, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için ‘harcın miktarının makul olması’, ‘harcın alınmasında haklı bir amacın olması’, ‘ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması’ ve ‘ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması’ kriterlerine uyulması gerekir.

Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dâhil ‘yargılama giderlerinden muafiyet’ sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır. Yine hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından da uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir.”³³

B. DANIŞTAY’IN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

Danıştay’ın kamu hizmetlerinden yararlandan karşılık alınması ve meccanilik ilkesine bakış açısını ortaya koyabilmek için kamu hizmetinin görülüş usulleri bakımından ayırım yapmak gerekir. Kamu hizmetlerinin sunulmasında “emanet”³⁴

³³ AYM, E. 2011/54, K. 2011/142, T. 20.10.2011, RG T/S.: 29.12.2011-28157, AYM, E. 2011/64, K. 2012/168, T. 1.11.2012, RG T/S.: 13.03.2013-28586.

³⁴ Genel kabul bu olsa da kimi yazarlar, Fransa’da olduğu gibi, emanet usulü altında “kamu kurumu aracılığıyla kamu hizmetinin görülmesi” şeklinde bir ayırım daha yapılmaktadır. Bu görülüş usulü, bir

denilen kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişilerince görülmesi ve özel hukuk tüzel kişilerince görülmesi şeklinde iki ana görülüş usulü vardır. Bu ana iki görülüş usulünün kamu hizmetinden alınacak karşılıklar bakımından farklı hukuki sonuç doğurma olasılığı nedeniyle konunun, kamu tüzel kişilerince görülen kamu hizmetleri ve özel hukuk tüzel kişilerince görülen kamu hizmetleri şeklinde bir ayırım yapılarak incelenmesi isabetli olabilir.

1. Karşılık Alınması Bakımından Kamu Tüzel Kişilerince Görülen Kamu Hizmetleri Ayrımı

a. Karşılık Alınmayan Kamu Hizmetleri

Kamu hizmetleri değişik açılardan ele alınarak, doktrinde çeşitli ayırma tabi tutulmuştur. Bu ayırlardan biri de hizmetin faaliyet alanına göre yapılan milli ve mahalli kamu hizmeti ayırımıdır. Bu ayırım esasında kamu hizmetinin rejimi bakımından hukuki sonuç doğuran bir ayırım olmasa da Danıştay, kamu hizmetinden karşılık alınması hususunda, milli ve mahalli kamu hizmetleri bakımından farklı sonuçlar doğuran değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle konunun milli ve mahalli kamu hizmetleri olarak iki ayrı başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

(1) Karşılık Alınmayan Mahalli Kamu Hizmetleri

Danıştay, mahalli nitelikte olan kamu hizmetlerinden karşılık alınma ve alınmama hususunda mecburi kamu hizmetleri ve ihtiyari kamu hizmetleri şeklinde bir ayırım yapmaktadır³⁵. Bu ayırma göre, kanunda mahalli idarelere görev olarak verilen ve sunulması hizmetten yararlanan kişilerin taleplerine bağlı olmayan hizmetler mecburi kamu hizmetleridir. İhtiyari kamu hizmetleri ise, 2464 sayılı Kanun'un 97. maddesinde, Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edilen ve yararlanma mukabilinde *ücret* niteliğinde bir karşılık alınması kabul edilen hizmetlerdir.

Danıştay, karşılık alınması hususunda takip ettiği mecburi kamu hizmeti- ihtiyari kamu hizmeti ayrımı ile hizmetten yararlanma biçimine göre yapılan bir ayırma işaret etmektedir. Kişileştirmemiş bir hukuki durum aracılığıyla anonim

idarenin sadece bir faaliyeti görmek için kanunla kurulmasında söz konusu olmaktadır. Bu çalışma kapsamında, kamu hizmetinin hem emanet usulü hem de kamu kurumu aracılığıyla görülmesi usulünü kapsayıcı olması için kamu tüzel kişilerince görülen kamu hizmetleri başlığının kullanılması tercih edilmiştir.

³⁵ D. 9. D., E.2006/433, K. 2008/961, T. 27.2.2008, DD.118, s.289.

yararlanmanın söz konusu olduğu hizmetler mecburi kamu hizmeti olarak adlandırılmakta ve karşılık alınamayacağı belirtilirken, kamu hizmetinden yararlanma için kişinin talebiyle birlikte ek bir işlem yapılarak kişiselleştirilmiş bir hukuki statü aracılığıyla gerçekleştiği hizmetler ihtiyari kamu hizmeti olarak adlandırılmakta ve bu hizmetlerden yararlanmanın karşılık esasına bağlanabileceği kabul edilmektedir.

Danıştay, idarelere kanunla verilen görevlerinden -kanunda harç veya katılma payı konusu yapması dışında³⁶- mecburi kamu hizmeti olarak nitelediklerinden ücret niteliğinde bir karşılık alınmasını kabul etmemektedir. Bu yaklaşımı Danıştay, yıllar içinde değiştirmemiştir. Bu hususa örnek vermek gerekirse, çöp toplama ve taşıma hizmeti karşılığında Belediye meclisince düzenlenen ücret tarifesine karşı açılan bir davada, bu faaliyetin yararlananların taleplerinden bağımsız olarak yürütülmesi gereken belediyenin bir asli görevi olduğundan, bu hizmetten bir karşılık alınması kabul edilmemiştir³⁷.

“... çöplerin toplanması ve taşınmasının belediyenin zorunlu görevleri arasında olduğu, kişi ve kuruluşların isteğine bağlı olmaksızın çöplerin toplanmasının belediyenin asli görevi içinde bulunduğu, bu nedenle yasal dayanaktan yoksun tarhiyatın terkinin icap edeceği ...”³⁸

Bursa Şehirlerarası Otobüs Terminalindeki otoparkın ücretsiz hale getirilmesi yolundaki başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 8. Dairesi, otopark yapılmasının kanunda belediyelere verilen bir görev olmasından hareketle, sınırlı süreli ücretsiz otopark yeri tahsis edilmemesine ilişkin kısmının iptaline hükmeden yerel mahkeme kararını onamıştır.

“3194 sayılı İmar Kanununun 37. maddesinde yer alan "otopark ihtiyacı bulunan... tesislere lüzumlu otopark yeri tefrik edilmedikçe yapı izni, otopark tesis edilmedikçe de kullanma izni verilemez" hükmü ile 1580 sayılı Kanunun 1. maddesinde, "Belediye, beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef hükmi bir şahsiyettir" şeklindeki ana başlıkta ifadesini bulan belde halkının ihtiyaçlarını

³⁶ Burada, kanunda harç veya katılım payı konusu edilen kamu hizmetlerinde karşılık alınması hususuna da değinmek gerekir. Danıştay, bu kamu hizmetlerinden de harç veya katılım payı niteliğinde bir karşılık alınmasında, bu hizmetlerin ifa edilmesi şartı aramaktadır. Emsal olarak bkz. D.9.D., E.2006/1782, K.2008/601, DD.119, s.296.

³⁷ D. 9. D. E.1989/486, K.1990/3638, T.22.11.1990., DD.82-83, s.736., D.3.D., E.1976/602, K.1976/612, DD. 36-27, s.72.

³⁸ D. 9. D. E.1989/486, K.1990/3638, T.22.11.1990., DD.82-83, s.736.

karşılama yükümlülüğü birlikte gözönüne alındığında, şehirlerarası otobüs terminalleri yapmanın bir kamu görevi olduğu, otopark ihtiyacı bulunan tesislerin, otoparktan ayrı düşünülmemeyeceği, terminal tesisi ile otoparkın bir bütün olarak belediyelerce karşılanması gereken kamusal bir ihtiyaç niteliği taşıdığı sonucuna ulaşıldığı, dolayısıyla belde halkının ortak ve medeni ihtiyacı olan "terminal tesisinden" yararlanmasının da makul sınırlar içinde ücretsiz olması gerektiği, (...) Belediyenin görevi kapsamında yapılan şehirlerarası otobüs terminalinden faydalanmak isteyen belde sakinlerinin özel araçlarıyla yolcu indirme, kısa süreli bekleme ve yolcu almak için park yeri temin edilmesi yukarıda sözü edilen Kanunların bir gereği olduğundan talebin bu kısmının reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmediği ... ”³⁹

Belediyenin, halkın hizmetine sunduğu parkın aydınlatmasının park hizmetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğundan bu hizmetin yararlananların isteğine bağlı olmaksızın sunulması gereken bir hizmet olmasından bahisle, ücret alınması kabul edilmemiştir:

“...genel aydınlatma payı istenebileceğine ilişkin herhangi bir hükmün de bulunmadığı, olayda isteğe bağlı bir hizmet ifası söz konusu olmayıp, belediyenin kendi mülkü olan ve halkın hizmetine (ücretli olarak) sunulan kültürparkın aydınlatılması ücretlerinin sabit tesis ve iştirakçilerden istenmesi mümkün olmadığından, bu hizmetin ücrete dayandırılması ile ilgili olarak tarife hazırlanmasında ve bu tarife göre ücret istenilmesinde yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İzmir 4. Vergi Mahkemesi kararı(nın)... onamasına karar verilmiştir. ”⁴⁰

Danıştay’a göre ihtiyari kamu hizmetlerinden karşılık alınması bazı şartlara bağlıdır. Bu şartlar, hizmetin konusunun “mecburi hizmet kapsamında olmaması” ve “kanunla vergi, harç, resim ve benzeri mali yüküm kapsamında olan bir hizmet olmaması”, hizmetin sunulmasının talebe bağlı olmasından ötürü bu hizmetten yararlanmak için “bir talebin olması”⁴¹, “talep edilen hizmetten gerçekten yararlanılması”⁴² ve “alınacak karşılığın hizmetle bağlantılı olması”⁴³ şeklinde sayılabilir. Hem mecburi kamu hizmetlerinden karşılık alınamayacağı esasını hem de ihtiyari kamu hizmetlerinden karşılık alınabilme koşullarını ortaya koyan Danıştay 9.

³⁹ D. 8. D. E. 2005/1852, K. 2006/2747 T. 28.6.2006, DD.114., s.244.

⁴⁰ D. 9.D., E.1989/5038, K.1991/1194, DD. 82-83., s.741.

⁴¹ D. 9.D., E.2006/433, K.2008/961, T.27.2.2008, DD.118, s.289.

⁴² D. 9.D., E.2006/433, K.2008/961, T.27.2.2008, DD.118, s.289. Burada belirtelim ki vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülük konusu olan bir mecburi kamu hizmetinde söz konusu mali yükümün tahakkuk etmesi için hizmetin ifa edilmesi gerektiği açıktır. Ancak aksi yönde Danıştay kararı da mevcuttur. Bknz. DDDK, E.1971/621, K.1972/1065, T.1.12.1972. DD.11, s.179.

⁴³ D. 9.D., E.2006/433, K.2008/961, T.27.2.2008, DD.118, s.289.

Dairesinin 2008 yılında verdiği bir kararı bu meyanda zikredilebilir. Uyuşmazlık, Meryem Ana Kültür Derneğinin mülkiyetinde bulunan ve genel ziyarete açık bir evin bulunduğu mahalli için Belediye tarafından bir tarife düzenlenerek Meryem Ana Kültür Parkı ve otoparkına giriş ücreti alınmasına karar verilmesinden doğmuştur. Yerel mahkemenin uyuşmazlığın çözümündeki değerlendirmesi Danıştay 9. Dairesi tarafından da onanmıştır:

*“Belediyenin 2464 sayılı Kanunun 97. maddesine göre ücret alınabilmesi için, evin sınırı dışındaki söz konusu yere götürdüğü otopark hizmetinden başka yapmış olduğu bir hizmet bulunmadığı, her ne kadar davalı idarece su, yol, elektrik, koruma ve çevre düzenleme gibi birtakım hizmetlerin de ulaştırıldığından bahsedilmekte ise de, bu tür hizmetlerin ilgililerin isteğine bağlı olmaksızın ve kanunlarla belediyelere tanınmış görev, hak ve yetkilere göre götürülmesi gereken hizmetler olduğu, ilgililerin, **genel hizmetlerin dışında ayrıca kendileri hizmet talep etmeleri durumunda belediyenin, hizmeti isteyen şahıs ya da kurumlardan sadece bu hizmetin karşılığı olarak ve söz konusu hizmet devam ettiği sürece ücret talep edebilecekleri ...**”⁴⁴*

Danıştay, kanunda vergi, harç, resim ve benzeri mali yüküm konusu yapılan⁴⁵ ya da yapılmayan bir kamu hizmetinin doğal parçalarını oluşturan hizmetlerin bölünerek yahut bölünmeksizin, başka bir isim altında karşılık alınmasını kabul etmemektedir. Bu hususa örnek olarak 9. Daire’nin Çanakkale arabalı vapur iskelesinde vapura binecek araçlardan otopark ücreti alınmasına ilişkin belediye meclis kararına karşı açılan davada, yaptığı değerlendirme gösterilebilir.

*“Nakil araçlarının araba vapurlarına binebilmelerini teminen gerekli düzenlemelerin yapılması 1580 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin 10 uncu bendi gereğince belediyelerin asli görevleri arasındadır. Bu nedenle araba vapuruna alınmak üzere sıraya giren arabaların sahiplerinden otopark ücreti adıyla bir ücret talep edilmesi mümkün bulunmadığı gibi ihtilaflı yerin otopark sayılması da caiz değildir. **Zira oto parklar genel olarak araçların istenildiği kadar ihtiyari olarak bırakılabileceği yerlerdir. Davalı belediye araba vapuruna girmek için sıraya giren arabaların işgal ettiği saha dışında ve istenildiği sürece araba park edilebilecek bir park tesis ettiğini iddia ve isbat da edememiştir.**”⁴⁶*

⁴⁴ D. 9.D., E.2006/433, K.2008/961, T.27.2.2008, DD.118, s.289.

⁴⁵ D.9.D., E. 2000/2118, K. 2001/2412, T. 31.5.2001., D.9.D., E.2005/4674, K.2007/2210, T. 6.6.2007, DD.116, s.255., D.9.D., E.1994/6166, K.1995/3654, T. 26.12.1995, DD.91, s.928., D. 9.D., E.1995/2449, K.1995/2976, T. 10 .11.1995, DD.91, s.931.

⁴⁶ D.9.D., E.1972/1833, E.1973/898, T. 21.4.1973, DD.12-13., s.424.
D. 9.D., E.1989/5038, K.1991/1194, DD. 82-83., s.741.

Örneğin, davacı şirkete ait olan taşınmazlara, davalı belediyece yürütülen imar ıslah çalışmaları sırasında taşınmazın m² birim fiyatı üzerinden plan-proje ücreti istenmesi üzerine açılan davada, Danıştay 2464 sayılı Kanun'un 80.maddesinde imarla ilgili harçların sayıldığına ve plan-proje ücretine dayanak olan parselasyon hizmetinin bu maddede düzenlenen parselasyon harcına konu edilmesinden ötürü, bu hizmetten ayrıca plan-proje ücreti istenemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁷. Bir başka kararında, yapı kullanma izin ruhsatı almak için belediyeye başvuran davacıya inşaat sırasında alması gereken temel üstü ve yer gösterme ücretinin ödenmemesi dolayısıyla verilmemesi üzerine açılan davada, Mahkeme, kanunda harç konusu yapılan bir hizmete ilişkin ücret tarife yapılamayacağı ve buna istinaden bir ücret alınamayacağına hükmetmiştir⁴⁸.

(2) Karşılık Alınmayan Milli Kamu Hizmetleri

Karşılık alınması kabul edilmeyen ve milli düzeyde yürütülen kamu hizmeti sınıfı, tespit edebildiğim kadarıyla, sosyal kamu hizmetleridir. Bu hizmetlerden karşılık alınmasının kabul edilmediği kararlara bir ilk örnek olarak, 2000 tarihli Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen karar gösterilebilir. 2828 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca yeterli ekonomik güce sahip olan ve ana babası bulunan engelli kişilerin bakımı için ayrıca ücret talep edilmesine ilişkin açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, ülkemizin mevcut şartlarına bakıldığında sosyal hizmetlerden yararlanma talebinin hizmet arzından fazla olduğu ve bu durumda hizmetin maliyeti göz önünde bulundurularak yeterli ekonomik güce sahip olan ve ana babası bulunan engelli kişilerin bakımı için ücret talep edilmesinde kamu yararı ve hizmet gereğine aykırılık olmadığına karar vermiştir⁴⁹. Daha sonra bu uyuşmazlık karar düzeltme istemiyle Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na taşınmıştır. DİDDGK bu hizmetlerden bir karşılık alınmasının Anayasa'da yer alan sosyal devlet ilkesine aykırı bularak dava konusu genelgeyi iptal etmiştir.

“Sosyal hizmetler, maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçların karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve

⁴⁷ D. 9.D., E.1995/2449, K.1995/2976, T. 10 .11.1995, DD.91, s.931.

⁴⁸ D.9.D., E. 2000/2118, K.2001/2412, T. 31.5.2001, (Kazancı İçtihat Bankası) D.9.D., E.2005/4674, K.2007/2210, T. 6.6.2007, DD. 116, s. 255., D.9.D., E.1994/6166, K.1995/3654, T. 26.12.1995, DD.91, s.928.

⁴⁹ D. 10.D. E. 1998/1582, K.1999/2239, T.6.5.1999, DD.114., s.244.

çözümlemesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini, yükseltilmesini amaçladığına göre sosyal hizmetlerin ücret karşılığı sunulmasının söz konusu olamayacağı dolayısıyla Anayasada yerini bulan sosyal devlet olma ilkesinin bir gereği olarak söz konusu hizmetlerden muhtaç ve özürlü olan herkesin aynı ölçüde yararlandırılması gerektiği kuşkusuzdur.”⁵⁰

Danıştay’ın benzer yaklaşımla verdiği bir diğer kararında, uyuşmazlık, Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan, zihinsel engellilerde yaş koşulu aranmaksızın eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasını ve zihinsel engelli çocuklar dışında kalan engelliler için 18 yaş sınırı getirilmesini öngören tebliğin ilgili maddesinin iptali isteminden doğmuştur. Bu davada Danıştay 8. Dairesi, Anayasa’da yer verilen sosyal devlet ilkesi uyarınca çıkarılan 5378 sayılı Kanun’da engellilerin her bakımdan gelişmelerini sağlamak için birtakım düzenlemeler yapıldığını belirterek, söz konusu Kanun’da engelliler bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olduğundan zihinsel engelliler dışında kalanların Kanun’da öngörülen ekonomik imkandan yararlandırılmamasının hem sosyal devlet ilkesine hem de söz konusu Kanun’a aykırı olacağından bahisle ilgili dava konusu tebliği iptal etmiştir⁵¹. Sosyal hizmetlerin varlık amacı, toplumda dezavantajlı konumda bulunan kişilerin hayat standartlarını yükselterek toplumsal hayata katılmalarını sağlamaktır. Dolayısıyla bu amacı taşıyan hizmetlerden bir karşılık alınmasının kabul edilmemesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Esasen kamu hizmetlerinin meccani olmasının temelinde, toplumun her seviyesinin kamu hizmetlerinden yararlanmasını sağlama amacı olması, eşitlik ilkesiyle birlikte dezavantajlı grupların da yararlanmasını sağlama bakımından sosyal devlet ilkesi de yer almaktadır. Zaman içerisinde, toplumun demografik ve ekonomik durumu değişse de dezavantajlı birtakım kişilerin de kamu hizmetlerin sunulmasında düşünülmesi gerekmektedir. Bu nedenle de eşitlik ilkesinin aksine sosyal devlet ilkesinin işlevi, bugün karşılık alınmaması noktasında değişmemiştir.

b. Karşılık Alınan Kamu Hizmetleri

Danıştay kararlarında karşılık alınması kabul edilen kamu hizmetlerini alınan karşılığın düzeyine göre iki başlık altında inceleyebiliriz.

⁵⁰ DİDDGK, E.2000/401, K.2000/939, T.3.7.2000, DD.104, s.54.

⁵¹ D.8.D., E. 2007/6457, K.2008/8352, DD.121., s.290.

(1) Katılım Payı Alınması Kabul Edilen Kamu Hizmetleri

Danıştay, bazı kamu hizmetlerinden yararlanandan karşılık alınarak, hizmet giderlerinin bir kısmına katılmalarını kabul etmektedir. Bu hizmetler tespit edilebildiği kadarıyla eğitim ve sağlık kamu hizmetleridir. Bununla birlikte bu başlık altına giren kamu hizmetleri eğitim ve sağlıkla sınırlı değildir. Danıştay kararlarında, kamu hizmetlerinde alınacak karşılığın kanuni bir dayanağı olması şartıyla⁵² kamu hizmetlerinden maliyetinin altında bir karşılık alınmasının kabul edildiği görülmektedir. Nitekim bir üniversitenin sosyal bilimler enstitüsü tarafından yüksek lisans eğitimi gören kişilerden yazılı sınav ücreti talep etmesi ve ödemeyen kişilerin yazılı sınava alınmayarak sözlü sınava tabi tutulması işlemine karşı açılan davada, Danıştay 8. Dairesi, ilgili işlemin yasal dayanağı olmadığından bahisle dava konusu işlemi iptal eden yerel mahkeme kararını onamıştır.

“... üniversitenin sınavları yazılı ya da sözlü yapma yetkisinin bulunduğu savunulmakta ise de, anılan madde hükmünde yazılı sınavlar için herhangi bir koşulun yerine getirilmesi öngörülmediğinden, yazılı sınava alınmanın bağış koşuluna bağlanmasına yasal olanak olmadığı gibi, davalı idarenin yazılı sınav hakkını bu şekilde şarta bağlaması ve bu koşulu yerine getirmeyenleri sözlü sınava tabi tutacağını bildirmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği...”⁵³

Aynı yönde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na dayanılarak çıkarılan ve özel sağlık kurum ve kuruluşları ile kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuran hastalardan, katılım payının farklı alınmasını öngören tebliğin iptali istemiyle açılan davayı Danıştay, aşağıdaki gerekçeyle iptal etmiştir.

“... (katılım payı alınmasını öngören) Kanun’da sağlık kurum ve kuruluşları ile kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuran hastalardan, katılım payının farklı alınmasına olanak sağlayan bir kural bulunmadığı ...”⁵⁴

Danıştay, kamu hizmetlerinden alınacak cüzi karşılıklarla kamu hizmeti giderlerine katılmalarını kabul etmiş ancak bir yandan da karşılık alınmasının meşruiyetini sağlamak bakımından birtakım gerekçeler geliştirmiştir. Danıştay’ın kararlarında kullandığı gerekçelerin, eşitlik ilkesinin uzantısı olduğu söylenebilir.

⁵² D. 8.D, E. 1995/4420, K. 1997/1490, T.5.5.1997, DD. 94, s.539.

⁵³ D. 8.D, E. 1995/4420, K. 1997/1490, T.5.5.1997, DD. 94, s.539.

⁵⁴ D. 10.D., E. 2008/11388, T. 3.4.2009. (Kazancı İçtihat Bankası)

Nitekim “kamu hizmetinin genişlemesi ile hizmetten yararlananların sayısındaki artış”⁵⁵ ile “hizmetten yararlanan ve yararlanmayan arasında eşitliği sağlamak”⁵⁶ gerekçeleri eşitlik ilkesine dayalı gerekçelerdir. Bunun yanı sıra kamu hizmetinden aşırı yararlanmanın başka deyişle “kamu hizmetinin istismarının önlenmesi”⁵⁷ ve “kamu üzerindeki finansman yükünü azaltmasıyla, hizmet giderlerinin, hizmetten hiç yararlanmayandan alınmasının engellenmesi” eşitlik ilkesine dayalı gerekçelerdendir. Nitekim Danıştay’ın, Sağlık Bakanlığınca çıkarılan su analiz ücreti alınmasını öngören yönetmeliğin iptali istemi ile açılan davada yaptığı değerlendirme, meccanilik ilkesine atıf yaparak hem bu ilkenin günümüzdeki anlam ve işlevine işaret etmesi hem de **eşitlik ilkesinin meccanilik ilkesi üzerindeki dönüştürücü etkisini göstermesi** bakımından önemlidir.

*“Öğretide ilke olarak, kamu hizmetlerinin bedelsiz (meccani) olduğu kabul edilmekle birlikte, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalması ve buna paralel olarak hizmetten yararlananların sayısının artması nedeniyle, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün, o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenilmesini önlemek amacıyla, belli hizmetlerden yararlananlardan ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle belirlenen bir katılım payının alınabileceği de kabul edilmektedir.”*⁵⁸

Danıştay’a göre, kamu hizmetinin istismarının önlenmesi hususunda, kamu yararı ile kişisel yarar arasında bir adil denge kurulması gerekmektedir. Kurulan bu adil denge ile, bir yandan kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması veya başka deyişle kamu kaynaklarının istismarının önlenmesini sağlanırken bir yandan da bireylerin karşılayamayacakları hizmet giderleri altında kalmaları önlenmektedir. Tüp bebek uygulamalarında 40 yaş üstü kadınların ilaç bedellerinin idare tarafından karşılanmamasına ilişkin düzenleyici işlemin ve buna binaen tesis edilen birel işleminin iptali istemini reddeden Danıştay’ın bu konudaki değerlendirmesi, güzel bir örnektir:

“Tüp Bebek uygulaması ve kullanılan ilaçların maliyetinin yüksekliği karşısında, bu uygulamanın ancak olumlu sonuç alınma ihtimali yüksek kişiler

⁵⁵ D.8.D., E. 2011/7969, T. 18.01.2012. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁵⁶ D.8.D., E. 2011/7969, T. 18.01.2012. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁵⁷ D. 2.D. E. 2007/4397 K. 2008/3749 T. 26.9.2008, DD.121, s.117., D. 10.D. E. 1995/665 K. 1997/801 T. 11.3.1997, DD.94, s.637., D. 8.D. E. 1996/1356, K. 1998/1090., T. 23.3.1998, DD. 97, s. 538.

⁵⁸ D.8.D., E. 2011/7969, T. 18.01.2012. (Kazancı İçtihat Bankası)

bakımından bedelinin ödenmesi, bilimsel olarak bu ihtimalin son derece düşük olduğu belirlenen 40 yaş ve üstü kişiler bakımından ise kamu kaynaklarının riske edilmemesi, böylelikle kişisel menfaat ile kamusal menfaat arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmaması ...”⁵⁹

Danıştay, bir kararında, yararlanmanın fazlalaşması, ithal edilmesi ve pahalı olması gerekçesiyle büyüme hormonu ilacının katılma payından muaf ilaçlar listesinden çıkarılmasına ilişkin düzenleyici işlem ve buna istinaden tesis edilen birel işlemi iptal etmiştir. Karara göre, kamu hizmetinin istismarının önlenmesi amacıyla yapılan işlemin, idarenin görevini yerine getirmemesi ve hizmete gerçekten ihtiyaç duyan kişilerin kamu hizmetinden yararlanamaması şeklinde bir sonuç doğurmaması gerekmektedir.

“Davalı idare büyüme hormonu hastalığının tedavisinde kullanılan ilaçların ithal edildiğini, pahalı ilaçlar olması nedeniyle kuruma aşırı yük yüklediğini bu nedenle katılma payından muaf tutulan ilaçlar listesinden çıkarıldığını öne sürmektedir. Ancak 506 sayılı Yasaya göre ayakta yapılan tedavide kullanılan, hayati önemi haiz ilaçların bedellerini katılma payı olmadan karşılamakla yükümlü bulunan davalı idarenin yüksek maliyet iddiasıyla belirtilen yasal yükümlülüğü yerine getirmemesi düşünülemez.

Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi olmanın ülkemizde kolay olduğu, bu nedenle büyüme hormonu hastalıklarının tedavisinin çoğunlukla kendi kurumlarınca yapıldığı iddia edilmekte ise de; bu konunun çözümünün büyüme hormonu hastalıklarının tedavisinde kullanılan ilaçlardan katılma payı alınması olmadığı açıktır.”⁶⁰

“5234 sayılı Yasa hükümleri ile verilen yetkinin, tedavi giderleri ile ilgili olarak serbest piyasa ortamında sunulan çeşitli mal ve hizmetler ile oluşan farklı fiyatlar arasında azami faydayı en düşük maliyetle sağlayacak olanın seçilerek bedelinin ödenmesinin temin edilmesi, böylelikle gereksiz kaynak aktarımının önüne geçilerek kamu kaynaklarının yerinde kullanılması, ayrıca planlama ve bazı düzenlemelerin yapılabilmesi amaçlarıyla kullanılması gerektiği açık olup, bunun haricinde, bu yetkinin veriliş amacı aşılıarak asgari tedavi ücretinin altında bir fiyat belirlemek suretiyle ilgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesi veya ağır bir yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanması hukuken mümkün değildir”⁶¹.

⁵⁹ D. 2.D., E. 2007/4397 K. 2008/3749 T. 26.9.2008., DD.121, s.117., D. 2.D., E. 2007/4588, K.2008/499, DD.119, s.123.

⁶⁰ D. 10.D., E. 1995/665, K. 1997/801, T. 11.3.1997. DD.94, s.637.

⁶¹ D. 2.D., E. 2007/1200, K.2011/268, T. 23.10.2007., DD. 129, s.88., D. 10.D., E. 1995/665, K. 1997/801, T. 11.3.1997. DD.94, s.637.

DİDDGK öğrenci katkı payı alınmasını öngören düzenlemenin iptali istemiyle gördüğü bir davada, katkı payının, eğitim kamu hizmetinin karşılığı olmadığı, öğrencilere eğitim dışında kalan birtakım sosyal ihtiyaçların tatmini için yapılan giderlerin karşılanması amacıyla kullanılan cüzi bir miktar olduğundan hukuka uygun bulmuştur.

“... bu durumda öğrenci katkı payı olarak toplanan miktarlar doğrudan doğruya eğitim öğretim hizmetleri için harcanmayıp, öğrencilerin beslenme, sağlık, barınma, kültür, spor ve diğer sosyal ihtiyaçları ile öğrencilerin kısmi zamanlı olarak geçici işlerde çalıştırılmasına ilişkin giderleri için de kullanıldığından bu giderlerin ancak çok sınırlı bir bölümünü karşılayabilen öğrenci katkı paylarının ... alınmasına ilişkin (işlemden) hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.”⁶²

Danıştay, karşılık alınan kamu hizmetlerinde söz konusu karşılıkların belirlenmesinde ölçülülük ilkesini de bir değerlendirme kriteri olarak kabul etmektedir. Danıştay’a göre alınacak karşılıklar, yararlanan kişilerin ödeme gücü ile orantılı olmalı ve kişilerin hizmetten yararlanmasını engeller nitelikte olmamalıdır. Nitekim kanser hastası olan bir kamu görevlisinin tedavi masraflarını talep etmesi üzerine ilgili idare tarafından Maliye Bakanlığının tebliği dayanak gösterilerek isteminin reddedilmesi işlemine karşı açılan davada, alınacak karşılıkların ölçülülük ilkesine işaret edilmiştir.

*“5234 sayılı Yasa hükümleri ile verilen yetkinin, tedavi giderleri ile ilgili olarak serbest piyasa ortamında sunulan çeşitli mal ve hizmetler ile oluşan farklı fiyatlar arasında azami faydayı en düşük maliyetle sağlayacak olanın seçilerek bedelinin ödenmesinin temin edilmesi, böylelikle gereksiz kaynak aktarımının önüne geçilerek kamu kaynaklarının yerinde kullanılması, ayrıca planlama ve bazı düzenlemelerin yapılabilmesi amaçlarıyla kullanılması gerektiği açık olup, bunun haricinde, bu yetkinin verilmiş amacı aşarak asgari tedavi ücretinin altında bir fiyat belirlemek suretiyle **ilgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesi veya ağır bir yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanması hukuken mümkün değildir**”⁶³.*

⁶² DİDDGK, E. 1996/392, K. 1998/432., DD.99, s.55.

⁶³ D. 2.D., E. 2007/1200, K.2011/268, T. 23.10.2007., DD. 129, s.88., D. 10.D., E. 1995/665, K. 1997/801, T. 11.3.1997. DD. 94, s.637.

“... belli hizmetlerden yararlananlardan ödeme gücünün de dikkate alınması suretiyle belirlenen bir katılım payının alınabileceği de kabul edilmektedir.”⁶⁴

Danıştay, eğitim ve sağlık hizmetlerin alınan karşılıkların niteliğini vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden ayrı bir karşılık olarak nitelemiştir. Yükseköğretim hizmetlerinden alınacak *harç* adı altında alınacak karşılıklar hakkında Danıştay, “2547 sayılı Kanunun anılan maddesinin başlığı “Harç” iken “Cari Hizmet Maliyeti” olarak değiştirildiği, bu nedenle Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere, düzenlemenin harçla bir ilgisinin bulunmadığı ...”⁶⁵ diyerek her ne kadar “harç” olarak nitelendirilse de bu karşılığın Anayasa’nın 73. maddesi anlamından bir harç olmadığına karar vermiştir.

(2) Ücret ve Fiyat Niteliğinde Karşılık Alınması Kabul Edilen Kamu Hizmetleri

Danıştay, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden maliyet+kâr niteliğinde bir karşılık alınmasını kabul etmektedir.

“... herkesin makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanması gerektiği, ücretlerin Kanun’da belirtildiği üzere maliyetleri yansıtacak ve makul bir kârı karşılayacak şekilde belirleneceği, bu anlamda tarifelerin “maliyet esaslı” olmasının, makul bir ölçüde kârı da içerdiği, dolayısıyla maliyet belirlemelerinde makul ölçüde kârın da yansıtılması gerektiği, ...”⁶⁶

“... aktarılan düzenlemelere göre, davalı idare yaptığı iş ve yürüttüğü hizmetlerin karşılığı olarak alınacak ücretleri kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda belirlemekte serbesttir. Ancak idarenin konuya ilişkin her türlü işleminin kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak hukuka uygunluğunun denetleneceği açıktır.”⁶⁷

Alıntılanan kararında da görüldüğü gibi, Danıştay iktisadi ve sınai nitelikteki kamu hizmetlerin her ne kadar verimlilik ve kârlılık esasına ve ekonomik koşullarına göre yürütüleceği kanunda öngörülmüş olsa da bu hizmetlerden karşılık alınmasına

⁶⁴ D.8.D., E. 2011/7969, T. 18.01.2012 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁵ DİDDGK, E. 1996/392, K. 1998/432., DD. 99, s.55.

⁶⁶ D.13.D., E. 2005/6280, K.2006/4684, DD.115., s.411., D.8.D., E. 2008/8591 K. 2009/2023, T. 24.3.2009, DD. 121, s.306., D. 10.D., E. 2000/4714, K. 2002/767, T. 19.3.2002, D. 14.D., E. 2015/793, K. 2017/525, T. 6.2.2017 (Kazancı İçtihat Bankası), D. 11.D., E. 1970/2401, K. 1970/3088, T. 24.12.1970 , DD.3, s.474., D. 10.D., E.1995/5447, K.1998/1162, T. DD.97, s.648., D.13.D, E. 2005/1754, K. 2006/3981, T. 16.10.2006, DD.114, s.371., D.13.D., E. 2005/6280, K.2006/4684, DD.115., s.411.

⁶⁷ D.10.D., E.1996/993, K. 1999/3627, T.23.6.1999. DD.102, s.676.

dair işlemin, bir idari işlem olmasından ötürü hukuka uygunluk denetimine tabi olacağını kabul etmektedir.

“Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir; bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlar.”⁶⁸

Danıştay, elektrik abonelerinden alınacak depozito miktarının tespitine ilişkin belediye encümeni kararının bankalardan 500.000 lira depozito alınmasını öngören kısmının iptali istemiyle önüne taşınan davada, hizmet bedelinin, amortisman giderlerinin ve bu giderleri karşılayacak bir miktar alınabileceğine ancak bu ölçünün üzerinde bir karşılık alınması için gerekçe gösterilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. Buradaki *“kurtaracak bir miktarın”* sadece maliyeti değil kanımca *“kârı”* da içerdiği söylenebilir.

“Elektirik abonelerinden alınacak depozito miktarının hangi ölçüye göre tesbit edildiği hususunun açıkça belirtilmesi gerekeceği gibi bu miktarın hesap edilmesinde, abonelerin bir ödeme döneminde sarfedecekleri en yüksek elektrik akımı bedeli ile varsa aboneye işletme tarafından teslim edilen demirbaş vs eşyanın bedelini karşılayacak ve bu bedeli kurtaracak bir miktarın gözönünde tutulması ve bu ölçünün üstünde bir meblağ tesbit edildiği takdirde, sebeplerinin kararda açıklanması zorunlu bulunmaktadır. Dava konusu uyuşmazlıkta herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin davacı bankadan 500.000 lira gibi çok yüksek ve ölçüsüz bir meblağın depozito olarak alınmasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”⁶⁹

Danıştay su, elektrik, doğalgaz, ulaşım, telekomünikasyon gibi iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden karşılık alınması işlemlerinin yargısal denetiminde birtakım esaslara yer vermektedir. Bunlar, hizmetin ve bu hizmetten yararlananların niteliğine göre karşılığın belirlenmesi başka deyişle eşitlik ilkesi, karşılık alınmasının hizmetten yararlananlara ekonomik yük teşkil edecek nitelikte olmaması, bu hizmetlerden karşılık alınabilmesi için bir yararlanma talebinin olması ve yararlanmanın gerçekleşmesi, kanunda belirtilen usuller dışında başka bir usulle

⁶⁸D.8.D., E.1997/1102 K.1997/2230, T. 23.06.1997, (Kazancı İçtihat Bankası), D.10.D., E.1996/993, K. 1999/3627, T.23.6.1999. DD.102, s.676., D. 11.D., E. 1970/2401, K. 1970/3088, T. 24.12.1970 , DD.3, s.474., D.8.D., E.1998/2595 K.1998/4026, T. 3.12.1998, DD.100, s.412., D. 8.D., E. 1997/185 K. 1997/2229 T. 23.6.1997., DD.95, s.536.

⁶⁹ D.11.D., E.1970/2401 K. 1970/3088, T.24.12.1970, DD.3, s.474.

karşılığın hesaplanamayacağı, kamu hizmetinin doğal ve zorunlu parçasını oluşturan hizmetlerin parçalanması suretiyle ortaya çıkan yapay hizmetlerden karşılık alınamayacağı hususlarıdır.

“Kamu hizmetinin sağlıklı ve verimli bir şekilde, bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesi için, hizmetin tesisinden doğacak olan giderlerin karşılanabilmesi amacıyla bu hizmetten yararlanacak olan ilgililerden ücret alınması doğal olmakla birlikte ilgililere yansıtılacak olan bu yükün yapılan hizmetin bir karşılığı olması ve aynı hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve haksızlığa yol açmayacak şekilde adil ve dengeli olmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.”⁷⁰

“Belde halkının müşterek ihtiyacı olan şebeke suyunun dağıtımı, depolanması, atık suyun uzaklaştırılması ve fiyatının belirlenmesi konusunda tekel konumunda olan Su ve Kanalizasyon İdarelerinin, belde halkına ekonomik olarak yük teşkil edecek, makul sayılamayacak uygulamalardan kaçınması gerektiği açıktır.”

Davacı tarafından, abonelerden su ve atık su tarifesi karşılığı bakım ücreti alınması yolundaki İzmir Büyükşehir Belediyesi İz-Su Tarifeler Yönetmeliğinin 14. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, kanunda öngörülen maliyet+kâr niteliğindeki karşılığın içinde dava konusu bakım ücretinin de dahil olmasından ötürü aynı hizmetin zorunlu bir parçasından tekrar karşılık alınmasını hukuka aykırı bulan yerel mahkeme kararını onamıştır.

“İZSU Tarifeler Yönetmeliğinin dayanağını oluşturan 2560 Sayılı Yasada, su tarifeleri belirlenirken, bakım ve tamir giderlerini de kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda Yasada belirlenen bakım ve tamir giderleri dışında ayrıca her türlü bakım işleri için abonelerden her ay 2 m3 karşılığı olarak bakım ücreti alınmasına dair davaya konu yönetmelik hükmünde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.”⁷¹

Ankara Barosu tarafından Ankara'da uygulanan su tarifesinin, TEFE'ye göre belirlenmesine karşı açılan davada, yerel mahkeme kararını onamıştır.

“... su satış ücretinin 2560 sayılı Yasanın 23. maddesinde belirtildiği şekilde, yönetim ve işletme giderleri ile amortismanlar, doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve %10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kar oranı esas alınarak belirlenmesi gerekirken, sözü

⁷⁰ D.8.D., E.1998/6982, K.1999/1478, T. 13.03.1999, DD.101, s.596., D.13.D., E. 2005/5537, K. 2005/5705, DD.112, s.368.

⁷¹ D. 8.D E. 2010/3173, K. 2011/4604, T. 10.10.2011. (Kazancı İçtihat Bankası)

edilen kriterler kullanılmaksızın su ücretinin tespit edilmesi ve TEFE oranları uygulanmak suretiyle dönemsel artışlara tabi tutulmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin, su satış ücretinin TEFE'ye göre artırılarak belirlenmesine ilişkin kısmını iptal eden..."⁷²

Aslında Danıştay kararlarında, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden maliyet+kâr niteliğinde bir karşılığın alınma gerekçesi çok fazla tartışılmamış, gerekçeye yer veren kararlarında söz konusu hizmetlerin etkin, verimli ve sağlıklı yürütülmesi ve hizmet giderlerinin karşılanması hususları üzerinde durulmuştur. Karşılık alınma gerekçelerine çok fazla yer verilmemesinin sebebi, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerden karşılık alınmasını öngören kanunlarda açıkça maliyet+kâr niteliğinde bir karşılık alınmasının öngörülmesi⁷³ ve bazı kanunlarda ise bu hizmetlerden karşılık alınma gerekçelerine doğrudan yer verilmesidir. Örneğin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde “*iktisadi devlet teşekküllerinin ekonomik gereklere uygun olarak verimlik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda ... sermaye birikimine yardım etmeleri ve bu sayede daha fazla yatırım kaynağını yaratmaları*” ifadesiyle KİT’lerin kâr elde etme gerekçesi olarak müstakbel yatırımlara finansman kaynağı sağlanma amacı gösterilmektedir.

*“Kamu hizmetinin sağlıklı ve verimli bir şekilde, bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesi için, hizmetin tesisinden doğacak olan giderlerin karşılanabilmesi amacıyla bu hizmetten yararlanacak olan ilgililerden ücret alınması doğal olmakla birlikte...”*⁷⁴

İktisadi ve sınai nitelikte kamu hizmetlerinden alınan karşılığın niteliğinin belirlenmesi önem arzeden hususlardan biridir. Zira bu husus, kamu hizmeti karşılıklarına Anayasa 73. maddesinde öngörülen kanunla belirlenme ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağıının yanı sıra bu karşılıklardan doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin belirlenmesinde de önemlidir. Danıştay’ın bu konudaki yaklaşımı çoğunlukla bu karşılıkların bir vergi, harç, resim ve mali yüküm niteliğinde olmadığı

⁷² D.8.D., E. 2008/8591 K. 2009/2023, T. 24.3.2009, DD. 121, s.306.

⁷³ Örneğin, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasanın 23. maddesinde, su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve %10’dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınacağı, düzenlenmektedir.

⁷⁴ D.8.D., E.1998/6982, K.1999/1478, T. 13.03.1999, DD.101, s.596., D.13.D., E. 2005/5537, K. 2005/5705, DD.112, s.368.

yönündedir. Örneğin, 1978 yılı sulama ücret tarifelerinin onanmasına dair Bakanlar Kurulu kararının, ücretlerin çok yüksek olduğu iddia edilerek iptali istemiyle açılan davada, sulama hizmeti karşılığının bir mali yüküm olmadığına hükmetmiştir. *“Anılan maddeler ile, idareye sulama ücretlerinin saptanmasında takdir yetkisi verilmemiş, tesislerden faydalanacak olanların ödeyeceği sulama ücretlerinin nasıl hesaplanacağı objektif olarak gösterilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, bu ücretler, idarece yapılan bir masrafın karşılığı olup vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler niteliğinde olmadığından, 6200 sayılı Kanunun 28 ve 29 uncu maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ciddi görülmemiştir.”*⁷⁵

2006 yılında atık suların uzaklaştırılması hizmetinden alınan karşılıkların niteliğini değerlendirirken 1991 yılında verilen Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarında da atıf yapmıştır.

*“2560 sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca alınan atık su bedeli, vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliğinde olmayıp aynı Kanununa dayanılarak çıkarılan Tarifeler Yönetmeliği uyarınca abonelik sözleşmesine göre ve kullanılmış suların uzaklaştırılması hizmeti karşılığında alınmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 14.2.1991 tarih ve E:1990/18, K:1991/4 sayılı kararında da atık su bedelinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı ve abonelik sözleşmesi ve özel hukuk ilişkisine dayanan ve hizmet karşılığı alınan bir bedel olduğu vurgulanmış yine Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 14.10.1991 tarih ve E:1991/29, K:1991/29 sayılı kararında da atık su bedelinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı ve bu bedelin abonelik sözleşmesi kapsamında hizmet karşılığı alınan bir bedel olduğundan uyuşmazlığın görüm ve çözüm merciinin adli yargı olduğu belirtilmiştir.”*⁷⁶

İktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların ücret niteliğinde ya da mali yüküm niteliğinde olmasının bir diğer sonucunun da uyuşmazlığın çözüm yerinin belirlenmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Danıştay, iktisadi ve sınai nitelikteki kamu hizmetlerinden alınan ücretlerin mali yüküm olmadığına ve kamu hizmetlerinin ücretlerinden doğan uyuşmazlıklarda (abonman sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere) idare mahkemelerinin, vergi, resim, harç ve mali yüküm niteliğinde bir karşılığa konu edilen hizmetlerde ise vergi mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermektedir.

⁷⁵ DDDK, E. 1978/1247 K.1980/771, T. 26.12.1980, DD.42-43, s.103.

⁷⁶ D. 9.D., E. 2005/1195 K. 2006/180, T. 22.12.2005, DD.112, s.269.

“... belediyelerin belirledikleri tarifelere göre aldıkları atık su ücretleri, çevre temizlik vergisi niteliğinde olduğundan atık su tarifelerine ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümü vergi mahkemelerinin görevine girmekte, ücrete tabi iş niteliğinde olan anılan 97. maddeye göre alınan su ücretlerine ilişkin tarifeler ise vergi, resim ve harç niteliğinde olmadığından, bunlara ilişkin uyuşmazlıkların idare mahkemelerinin görev alanında bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁷⁷

Karşılığı vergi, resim, harç ve benzer, mali yüküm niteliğinde olmayan ve abonman sözleşmeleri ile yararlanılan doğalgaz, elektrik, su gibi iktisadi ve sınıai kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde ise Danıştay ikili bir ayrıma gitmektedir. Abonman sözleşmesinin konusunu ve esasını belirleyen düzenleyici işlemlerden doğan veya abonman sözleşmelerinin kurulmasından önce çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı iken; abonman sözleşmesinin kurulmasından sonra çıkan uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olduğu kabul edilmektedir.

“Elektrik, su ve doğalgaz gibi kamu idarelerince bedeli karşılığı dağıtılan kamu hizmetinden abonman sözleşmesi ile yararlanılmakta olup, bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirler. Sözleşmedeki koşulların yerine getirilmemesi halinde tarafların edimlerini yerine getirmekten kaçınma hakları doğar ve gerekirse cezai şartlara ilişkin hükümler uygulanır. Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların da adli yargı yerinde çözümleneceği açıktır.

Olayda ise, kaçak su kullanıldığından bahisle kaçak su bedeli tahakkuk ettirilerek dava konusu işlemle davacıdan istenildiği, ortada taraflar arasında daha önceden belirlenmiş bir abonelik sözleşmesi bulunmadığı, bu haliyle işlemin, idarece kamu gücüne dayanılarak hazırlanmış ve tek taraflı olarak uygulanan bir idari işlem niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, davaya konusu uyuşmazlık idari yargının görev alanına girdiğinden aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”⁷⁸

⁷⁷ D. 8.D., E.1996/474 K.1999/4245, T. 24.6 1999, DD.102, s.527. Atık su bedelleri 1.1.1994 yılında çevre temizlik vergisi kapsamına alınmış, bu tarihten itibaren atık su bedellerine ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri vergi mahkemeleri olarak belirlenmişti. Ancak 1.1.2004 tarihinde atık su bedelleri çevre temizlik vergisi kapsamından çıkarıldığından dolayı artık bu uyuşmazlıkların çözüm yeri, abonelik sözleşmesine dayanılarak istenen atık su bedeline karşı açılacak davada çözüm yeri adli yargı iken, idarenin tek taraflı kamu gücüne dayanarak tesis ettiği düzenleyici işlem atık su tarifesine ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri idare mahkemeleridir. DVDGK, E.1997/406, K. 1998/283, T. 23.10.1998, DD. 99, s.67., D.9.D. E. 2005/1195, K.2006/180, T. 22.12.2005, DD.112, s.269., D.9. D. E. 2005/278, K.2006/352, T.16.2.2006, DD. 112, s.272., D. 8. D. E. 2004/4249, K.2005/2083, T. 03.05.2005, DD.110, s.250.

⁷⁸ D.8.D., E.2007/3339, K.2007/5682,T. 5.11.2007, DD.117, s.238., D.10.D., E.1985/579, K. 1986/2179, T. 24.11.1986, DD. 66-67, s.464., D.8. D., E.1992/3333 K.1994/79, T. 13.11.1994, DD. 90, s.913.

“Elektrik, su ve doğal gaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez.

İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir.”⁷⁹

2. Danıştay’a Göre Özel Kişiler Tarafından Görülen Kamu Hizmeti Görülüş Usullerinin Karşılık Hususuna Etkisi

Bir özel kişinin kamu hizmetinin görülüşüne katılırken güttüğü amaç, idarenin kamu hizmetlerini sunmasındaki amaçtan farklıdır. İdare, kendisine kanunla verilen görevleri yürütmek durumundadır ve kural olarak hizmetin sunumundaki asıl amacı kâr elde etmek değildir. Ancak özel hukuk kişilerinin kâr amacı gütmeksizin bir kamu hizmeti görmesi beklenemez. Hatta birçok durumda, özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinin görülüşüne katılmasının altında, sıradan bir ticari faaliyete göre, kamu hizmeti alanının daha kârlı görülmesi yatmaktadır. Gerçekten de sunulan hizmetin bir kamu hizmeti olması, özel kişiye çok sayıda yararlanmaya hazır ve yararlanmak zorunda olan “müşteri” potansiyeli temin etmekte, faaliyetten elde edilecek zarar riskini ve pazarlama giderlerini en aza indirerek, kârın maksimize edilmesini sağlamaktadır⁸⁰.

İdare ile kamu hizmetine katılacak özel kişinin nihai hedefi aynı olmasa da kamu hizmetinden karşılık alınmasına dair kurallar da dahil olmak üzere, kamu hizmetine ilişkin temel ilkeler, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerin yürütülmesi durumunda da geçerli olduğundan⁸¹, idarenin kamu hizmetinin asli sahibi ve yükümlüsü olarak sahip olduğu birtakım içkin denetim yetkileri aracılığıyla hizmetten yararlanma koşullarını belirleyerek özel kişinin kâr amacı ile hizmetten yararlananların hak ve menfaatlerini dengelemesi gerekmektedir. Böylece özel kişinin kâr amacını tatmin edecek ve aynı zamanda yararlanan kişilerin hizmetten faydalanmasını

⁷⁹ D.8. D., E.1997/185, K. 1997/2229 T. 23.6.1997, DD.95, s.536., D.10.D., E.1997/1340, K.2000/1596, T. 17.4.2000, DD. 104, s.504., D.8.D., E.1998/2595 K.1998/4026, T. 3.12.1998, DD.100, s.412., D.8. D., E.2007/3339, K.2007/5682,T. 5.11.2007, DD.117, s.238., D.8. D., E.1992/3333 K.1994/79, T. 13.11.1994, DD. 90, s.913.

⁸⁰ Gülan, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 79-80.

⁸¹ Gülan, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.79.

etkilemeyecek şekilde tespit edilen yararlanma koşulları ile denge sağlanmış olacaktır.

Bir faaliyet serbestleştirilebildiği ölçüde, idare kendisi bu kamu hizmetini görebileceği gibi özel kişilerin de bu faaliyeti ticari faaliyet olarak görmesine müsaade edebilir. Örneğin, diş hekimi muayenahaneleri, özel poliklinikler gibi serbestleştirilmiş faaliyetler kamu hizmeti değildir, ancak idareye görev olarak verilen sağlık hizmetleri bir kamu hizmetidir. Dolayısıyla özel kişilere bırakılan alan ticari faaliyet üzerinde kamu hizmetinin asli sahibi olarak içkin denetim yapamayacaksa da denetim yetkisi kapsamında kolluk faaliyetine konu olabilecektir⁸². Burada idarenin aynı faaliyeti kamu hizmeti olarak sunuyor olması karşılık miktarını dengeleyici bir işlev görmektedir.

İdarenin, kamu hizmetinin yürütümüne katılan özel kişilerin kâr amacı ile yararlanıcılar bakımından alınacak karşılıkları nasıl dengelemesi gerektiğine ihtimalli olarak cevap verilebilir.

İlk ihtimal, özel kişinin yürütümüne katıldığı kamu hizmetinden karşılık alınabilir olması durumudur. Bu durumda, idare o hizmeti kendisi sunduğunda nasıl karşılık alacaksa, hizmetin asıl sahibi ve yükümlüsü olarak özel kişilerin hizmetten yararlananlardan alacağı karşılıkları da öyle belirlemesi gerekmektedir. Burada, ilgili kamu hizmetinden yararlananlardan özel kişi tarafından alınacak karşılıkların belirleme işlemi genellikle, idare ile özel kişi arasında düzenlenmiş şartname yahut idarece hazırlanan tarife ile yapılır. Toplu taşıma kamu hizmetlerinde durum böyledir. İdarenin yanı sıra özel hukuk kişilerinin de toplu taşıma hizmeti sunması durumunda da hizmetin hukuki niteliği değişmeyeceğinden, yararlananlardan alınan karşılık da değişmeyecektir. Toplu taşıma hizmetine katılan özel kişi, idarenin belirlediği tarife üzerinden yararlanıcılardan karşılık alır. Özel kişilerin yanında idarenin kendisinin de kamu hizmetini yürütmesi durumunda, karşılıklara ilişkin tarife hem idare hem de özel kişi tarafından uygulanmak zorundadır. Örneğin Danıştay, kararında, belediyenin işletme hakkını devrettiği toplu taşıma hizmetinden, vazife malulü olan davacının ücretsiz yararlanma isteminin kabul edilmemesi üzerine

⁸² Gülan, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.79.

açılan davada, hizmet devredilmiş olsa da ilgili mevzuata uygun biçimde faaliyette bulunması gerektiğini belirterek işlemi iptal etmiştir⁸³.

Bu ihtimalde, özel kişinin kâr amacı, yararlanıcı başına aldığı karşılık miktarı üzerinden doğrudan etkili görülme de, yararlanıcı sayısındaki çokluk ve kamu hizmetinin uzun süreli yürütümü, özel kişiye uzun vadede kâr elde etme imkânı verir. Onar, müteşebbisin kamu hizmetlerindeki kâr gayesinin, ani kâr değil tedrici kâr olduğunu ifade etmektedir⁸⁴.

İkinci bir ihtimal, özel kişinin yürütümüne katıldığı kamu hizmetinin, karşılık alınmayan bir kamu hizmeti olması durumudur. Meccanen sunulan hizmetler özel kişiler bakımından pek çekici görünmeyebilir. Fakat idare, kamu hizmetinin daha iyi standartlarda ve kendisi bakımından daha az masraf oluşturacak şekilde yürütülmesini tercih etmiş olabilir. Bu durumda özel kişinin hizmetin yürütümüne katılmasını sağlayan kâr amacının hizmetle bağdaştırılmasında, idarenin özel kişiye yararlanıcılardan alınacak karşılık uygulaması yerine, idarenin özel kişiye hizmet karşılığında yapacağı kaynak aktarımı uygulaması çözüm olabilir.

Ülkemizde, kamu hizmetinin görülüş usullerindeki çeşitlenme ve genişlemelerin meccanilik ilkesinin de klasik işlevini dönüştürdüğü ifade edilmektedir⁸⁵. Kamu ve özel işbirliği, evrensel hizmet gibi yeni görülüş usullerinin⁸⁶ gündeme gelmesi ile, klasik imtiyazdaki gibi kâr ve zararın özel kişiye ait olması yerine, özel kişinin yine idare tarafından belirlenen miktarlar üzerinden karşılık alması ve belli bir yararlanıcı garantisi verilerek, bunun altında kalan kısımların idare tarafından tamamlanması benimsenmektedir⁸⁷.

Evrensel kamu hizmetleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve makul bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan

⁸³ D.10. D., E.1997/160, K.1997/2583, T.25.6.1997, DD. 95, s. 641.

⁸⁴ Onar, **İdare Hukukun Umumi Esasları**, C.I, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966., s.19.

⁸⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019., s.554.

⁸⁶ Evrensel hizmetinin kamu hizmeti olup olmadığı tartışması için bkz. Eser Us, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012., Melikşah Yasin, “*Kamu Hizmeti*” in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncellenmiş 7.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018., s.425.

⁸⁷ Fatih Gökyurt, **Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018., s.113.

hizmetlerdir⁸⁸. Bu hizmetlerin coğrafi olarak her yere ulaştırılması yükümlülüğü ve bu alandaki işletme içi sübvansiyon yasakları nedeniyle evrensel hizmet yükümlüsünün her bölgeden kâr elde edememesi ile sonuçlanabilir. Bu durum, hizmetin *makul fiyat* karşılığında yürütülmesi için idarenin başkaca uygulamalar geliştirmesini gerektirebilir. Bunun neticesinde, işletmeciler için kârlı bulunmayan evrensel kamu hizmetlerinin sağlanması için net maliyetlerin sübvansiyonlar ve bu kapsamda kurulan Fondan kaynak aktarımı ile karşılandığı göz önüne alınırsa, alınan karşılığın hizmet maliyetine tekabül etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır⁸⁹.

Böylece özel kişinin kâr amacının sağlama alınması yoluyla kamu hizmetine katılımların özendirilmesi sağlanırken, özel kişilerin bekledikleri kâr miktarını sağlamak ve yatırım maliyetlerini karşılamak amacıyla talep ettikleri miktar artışının, yararlanıcılardan alınan karşılıklara doğrudan yansması da engellenmiş olmaktadır.

Sonuç olarak söylenebilir ki, kâr amacı güden özel kişilerin kamu hizmetinin yürütümüne katılması, idare tarafından özel kişinin kâr amacının doğrudan yararlanıcılara yansmasını engelleyici uygulama seçeneklerin mevcudiyeti nedeniyle, meccanilik ilkesini günümüzdeki anlamı ile aşındıran bir sonuç doğurmamakta, bu hizmetlerden alınan karşılıkların makul olmasını sağlamaktadır.

3. Meccanilik İlkesinin Diğer İdari Faaliyetlere ve İdarenin Özel Hukuka Tabi Faaliyetlerine Etkisi

a. Kolluk ve Regülasyon Faaliyetinden Karşılık Alınması

Danıştay, kolluk ve regülasyon faaliyetinin denetim kısmına ilişkin faaliyetlerden ücret niteliğinde karşılık alınmasını kabul etmemektedir. Danıştay’a göre, denetim, idarelere çeşitli kanunlarla verilmiş görevlerdendir. Tıpkı mahalli kamu hizmetlerinde olduğu gibi, kanunlarda idarelere görev olarak verilen kolluk faaliyetlerinden de karşılık alınması söz konusu değildir. Ancak söz konusu denetimin, Anayasa’nın 73. maddesine uygun olarak, kanunla bir harç, resim veya benzeri mali yüküm konusu yapılması bu cümle dışındadır.

Danıştay’ın regülasyon kapsamında yapılan denetimlerden karşılık alınmamasına ilişkin yaklaşımını göstermesi açısından, 28.2.2003 tarih ve 25034 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde

⁸⁸ Yasin, “Kamu Hizmeti”, s.424.

⁸⁹ Us, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, s.186.

Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada verdiği karar örnek olarak ele alınabilir. Kararda, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurulunca, lisans sahibi tüzel kişinin faaliyet ve işlemlerinin denetim hizmetlerinden bedel alınmasını öngören 21. ve 22. maddeleri, denetim hizmetinin kurumun zorunlu görevlerinden olmasından ötürü bu hizmetlerden bir karşılık alınamayacağı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.

“Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.

*4628 sayılı Kanunun 5. maddesinin beşinci fıkrasının (j) bendinde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin denetlenmiş mali tablolarını incelemek veya incelettirmek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevleri arasında belirlenmiş olup, davalı idarenin yapmakla yükümlü olduğu **bu denetim görevi** karşısında yukarıda açıklandığı üzere bir bedel istenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*

Bu itibarla sözü edilen yönetmelik hükmünün ‘Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir.’ şeklinde düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”⁹⁰

Kolluk faaliyeti kapsamındaki denetim hizmetlerinden karşılık alınması noktasında da Danıştay’ın yaklaşımı aynıdır. Örneğin, Belediye Meclisinin ekmek ve unlu mamulleri üretenlere özel etiket verilmesi ve satılan mamullerin satış bedelleri üzerinden katma değer vergisi dahil %3 bandrol ücreti alınmasına ilişkin işleminin iptalinde, kolluk faaliyetlerinden kanunla öngörülenden başka karşılık alınamayacağı gerekçesi kullanılmıştır.

“... ekmek imalinde ekmeklerin sağlığa uygunluğu ve gramaj denetimi hizmetlerinin belediyenin asli görevleri içinde bulunduğu bu tür hizmetler için ücret istenemeyeceğinden belediye meclis kararı ve bu kararın uygulanmasına ilişkin işlemde yasaya uyarlılık görülmediği gerekçesi ile kabul ederek dava konusu karar ve işlemi iptal eden ... 1. Vergi Mahkemesinin 25.9.1992 gün ve 1992/654 sayılı kararının ... onanmasına oybirliği ile karar verilmiştir.”⁹¹

⁹⁰ D.13.D., E. 2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005., DD.112., s.438.

⁹¹ D. 9. D., E.1993/335, K. 1993/1595, T. 13.4.1993., DD.88., s.398

“Olayda yükümlü şirket tarafından ... Büyükşehir Belediyesi ... Et Entegre Tesislerinde kesilen etlerin, ...'daki satış mağazasında satışa sunulması nedeniyle ... Belediyesince 3285 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol karşılığında yükümlü şirketten et kontrol ücreti talep edilmekte ise de, yükümlü tarafından hizmet talebinde bulunulmadığı anlaşıldığından ve belediye sınırları içinde satılan etlerin kontrolü belediyenin asli görevi içinde bulunduğundan, bu tür hizmetler için belediyece ücret talep edilmesinin yasal olmadığı sonucuna varılmıştır.”⁹²

Danıştay’ın temel yaklaşımının tam olarak aktarılması için bir hususa daha değinmek gerekmektedir. Temel kolluk denetiminde, yapılan denetim hizmetinden bir karşılık alınamayacağı açık ise de idareye verilen asıl kolluk faaliyetinin öncesinde, idarenin kolluk faaliyeti ortadan kaldırmayan nitelikteki işlemler bir “ön denetim” kapsamında değerlendirilmekte ve bunlardan karşılık alınması kabul edilmektedir.

“Olayda belediyenin kendi yetkisi içinde 2. sınıf gayrisihhi müesseseler alanında faaliyet gösteren yükümlüye ait işyerinde yapılan kontrolde, işyerinin ruhsatsız olarak faaliyette bulunduğu ve bu iş yerinde ruhsatsız motor ve makinaların bulunduğu tespit edilerek, belediye meclisince belirlenen ücret tarifesi üzerinden ücret tahakkuk ettirilerek tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda belediyenin kendisine yasa ile tanınan yetkiye istinaden yaptığı kontrol sonucunda yasalara aykırı olarak tespit ettiği hususlar için yukarıda sözü edilen yasa hükümlerine göre ücret tahakkuk ettirmesi yerinde olduğundan tarhiyatı kaldıran mahkeme kararında isabet görülmemiştir.”⁹³

Kolluk ve regülasyon faaliyetlerinde, doğrudan doğruya yararlanmanın gerçekleşmesi durumunda mali yükümlülük niteliğinde karşılıklar alınmaktadır⁹⁴. Bu karşılıklar dışında genel denetim ve kontrollerden ücret niteliğinde karşılık alınamaması, yine bu faaliyetlerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Mutat kontrollerin karşılık esasına bağlanması, kişilerin denetimden uzaklaşmalarına sebebiyet verebilir. Kolluk ve regülasyonun kamu gücü içeren yönü, bu faaliyetlerden alınacak karşılıkların ancak mali yüküm olabileceğini gösterir. Zira ücret, fiyat ya da katılım payı gibi içeriğinde kamu gücü, zorunlu olma unsuru

⁹² D. 9. D., E.1997/3873, K.1998/2158, T.26.5.1998, DD.99, s.440.

⁹³ D. 9. D., E.1991/2317, K.1992/2241, T. 14.5.1992, DD.86, s.418.

⁹⁴ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Der yayınları, İstanbul, 2014., s.79., Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 232.

içermeyen karşılıkların kamu gücü kullanılarak yürütülen bu faaliyetlerden alınması, faaliyetin niteliği ile tutarlı bir durum oluşturmaz.

b. İdarenin Özel Hukuka Tabi Faaliyetleri

Kamu tüzel kişiliği, özel hukuk tüzel kişiliğini de içeren bir kurum olduğundan, kamu tüzel kişiliğine sahip her idarenin kendi malvarlığını ilgilendiren ve bu malvarlığına mali menfaatler temin eden faaliyetlere girişme hakları bulunmaktadır⁹⁵.

Kamu hizmetlerini, özel hukuk faaliyetlerinden ayıran unsurlardan biri, kamu hizmetinin yöneldiği kamu yararının doğrudan doğruya ilk amaç olmasıdır. Bir faaliyetin dolaylı yoldan yine kamu yararını sağlaması, o faaliyetin kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir. İdarenin malvarlığıyla ilgili ve malvarlığına mali menfaatler temin etmeye yönelmiş faaliyetlerinden de elde edilen menfaat yine kamuya ait olsa da bu faaliyetler neticesinde elde edilen *dolayısıyla* bir kamu yararıdır. Zira buradaki kamu yararı, faaliyetin yürütümünde kamuya sunulan bir menfaat şeklinde değil, kamu tüzel kişiliğinin faaliyetleri neticesinde malvarlığında bir artış şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu tür faaliyetler, kamu hizmeti değil, idarenin özel hukuka tabi olan faaliyetleri olarak adlandırılırlar⁹⁶.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesi, belediyelere kamu hizmetleri dışında kalan yani kanunda görev olarak verilmeyen birtakım *işleri*, kişilerin talepleri üzerine sunarak karşılık almasına imkân tanındığını gösteren bir maddedir. "*Ücrete tabi işler*" başlıklı 97 . madde şu şekildedir:

"Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir. Belediye'ye tekel olarak verilmiş işler kendi özel hükümlerine tabidir."

Bu hüküm uyarınca, belediye meclisine, personel, para ve özel mallarının işletilmesiyle gelir kaynağı oluşturabilme imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla bu faaliyetlerin bedeli ve ifası kanun gereği değil, belediye kararına müstenit olarak sunulmaktadır. Burada Kanun'un verdiği imkana dayalı olarak belediye meclisince bir kamu idaresi olmasından ötürü yeni kamu hizmeti kurmaktan farklı olarak

⁹⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, s.16.

⁹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, s.16- 17.

belediyeden özel olarak alınacak “iş” karşılığı tarife belirlenmesi vardır. 2464 sayılı Kanundaki hükmün amacı, geçmişte bu konuda oldukça sıkıntılı olan ve kamu hizmetlerin yerine getirilmesine el vermeyen belediye kaynaklarının artırılmasıdır⁹⁷. Dolayısıyla Kanun’daki hizmet ifadesinin, kamu hizmetinin “*hizmeti*” değil, belediyenin edimi anlamında bir faaliyeti ifade eden hizmet anlaşılmalıdır.

İdarenin özel hukuka tabi olan bu faaliyetine örnek olarak, bir kişinin, belediye kültür merkezini veya toplantı salonunu kullanması, ilan veya reklam vermek istemesi, evinin bahçesindeki ağaçları budamak ya da kesmek istemesi durumunda, belediyenin 2464 sayılı Kanun’un 97. maddesindeki hükme müstenit hazırlanan tarife üzerinden ilgili işe göre belirlenmiş ücret üzerinden karşılık alınmaktadır⁹⁸. Örnekteki faaliyetleri idareye görev olarak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi doğrudan kamunun kullanımına yönelik faaliyetler de değildir. Bu faaliyetler neticesinde, belediyenin ilgili “iş” karşılığında aldığı *ücret*, elbette kamu yararına kullanılacak olmakla beraber buradaki kamu yararının dolaylı olması, bunların kamu hizmeti olmadığını göstermektedir.

İdarenin bu faaliyetlerinden karşılık alınabilmesi için; 97. madde uyarınca, ilgili edim belediyeye kanunda görev olarak verilmemiş olması, kanunda karşılık konusu yapılmamış olması, bir belediye meclis kararına müstenit olması ve kişinin o faaliyetten yararlanma talebinin mevcut olması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleşmeksizin karşılık alınması, idarenin meşru olmayan bir kâr amacı peşine düştüğü gösterir ki bu da hukuka aykırıdır.

C. YARGITAY VE UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ’NİN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDA YAKLAŞIMI

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1921 *Bac d’Eloka* kararına kadar tüm kamu hizmetleri kamu hukukuna tabi idi. Bu karar ile iktisadi ve sınai nitelikte olan kamu hizmetlerinin özel hukuka da belli oranda tabi olabileceğine hükmedilmiştir⁹⁹. Conseil d’Etat’nın 1956 tarihli *Union syndicale de aéronautiques* kararıyla, iktisadi

⁹⁷ Belediyelerin gelir probleminin kamu hizmetlerinin sunulmasına engel olması ve bu problemin aşılmasına yönelik tedbirlere tarihi bir bakış açısı için bkz. Osman Nuri Engin, **Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye**, İBB Kültür AŞ Yayınları, İstanbul, 2007., s.47.

⁹⁸ <https://basaksehir.bel.tr/storage/announcements/f9TdlnQLo5wI9W8FjcVayf0rCpMSGl2Upy29gZW3.pdf>

⁹⁹ Tribunal des Conflits, du 22 janvier 1921, société commerciale de l’ouest africain.

ve sınai nitelikte kamu hizmetleri ile idari kamu hizmetlerinin birbirinden ayırt edilmesini sağlayıcı kriterler geliştirilmiştir. Karara göre, karine olarak tüm kamu hizmetleri idari kamu hizmetidir, fakat sunulan hizmetin niteliği, hizmeti sunan idarenin yönetim ve finansmanı modeli özel hukuk kişilerinin faaliyeti gibi ise bu karine düşer; söz konusu hizmetin iktisadi ve sınai kamu hizmeti olarak kabul edilmesi gerekir¹⁰⁰.

İktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin pek çoğundan sözleşmesel yararlanma söz konusudur. Su, elektrik, doğalgaz gibi abonman sözleşmesi ile hizmetten yararlanan ile idare arasında bir akdi ilişki kurulmuş olur ve bu akdi ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır. Nitekim Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi önüne taşınan uyuşmazlıkların temeli de budur.

Yargıtay'ın konuya yaklaşımını en iyi gösteren kararı E. 1944/4, K. ve 5.4.1944 tarihli içtihadı birleştirme kararıdır. Bu kararda Mahkeme, radyo ruhsat harcının hukuki niteliği hakkında düşünülen fikir ayrılığını gidermek amacıyla içtihadı birleştirme yoluna gitmiştir.

“Demiryolları bizde olduğu gibi Devlet tarafından işletildiği vakit Devletin ticarî bir teşebbüs yapmış olacağı, yolcular ve nakliyecilerle demiryolları idaresi arasındaki münasebetin hususî hukuk kaidelerine tabi bulunacağı ve bunun neticesi olarak bu nevi nakliye işleri karşısında ferdin vaziyetinin tamamen akti mahiyette bulunduğunu ve bu mukavelelerin bir nakliye mukavelesinden başka bir şey olmadığını kabul etmek icap eder. Fertle demiryolları arasındaki münasebet aktî sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de, bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen, aktî mahiyette bir ücret addedilir. Nitekim telefon, gaz ve elektrik gibi faaliyetlerde de fert ile idare bir mukavele aktedip abonman mukavelesi denilen bu mukavele adındaki münasebetin kaide ve hükümlerini ihtiva eder. Bazan amme hizmeti sınai veya ticarî bir teşebbüs mahiyetini haiz olur. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten istifade etmesi bir mukavele ile mümkündür.

Bu mukavele umumiyet itibariyle bir hususî hukuk mukavelesi olup bu yüzden çıkan ihtilaflar hususî hukuk prensipleriyle hal olunur. Fert bu radyo neşriyatından aktettiği karşılıklı hak ve vecibeleri ihtiva eden bir hususî hukuk mukavelesi ile istifade eder. Akit, ne suretle tesbit edilmiş olursa olsun iki iradenin hukukî bir alakası olan bir mevzu üzerinde birleşmesinden ibaret olduğuna göre radyo faaliyetinden istifade edenlerle posta idaresi arasındaki irade birleşmesi de tamamen bir aktin ifadesidir. Ancak bunda iradelerin mevzuu evvelce tespit edilmiştir. Bunun bir iltihakî akit olmasına göre akit

¹⁰⁰ CE, statuant au contentieux 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques.

zımında alınan para da akte müsteniden alınmış vergi ve resim haricindeki bir ücretten ibarettir.”¹⁰¹

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önemli bir kararı; E. 1991/29, K. 1991/29 sayılı ve 14.2.1991 tarihli karardır. Bu kararda uyuşmazlık, yeraltı suyu kullanan davacının İSKİ tarafından 2560 sayılı Kanun’a ve Yönetmeliğe göre tayin, tespit ve tahakkuk ettirilen atık su bedelinin haksız olduğu iddiasıyla ve uygulanan işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Mahkeme değerlendirmesine atık su bedelinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olup olmadığı yönünden inceleyerek başlamıştır. Mahkeme’ye göre 2560 sayılı Kanun ile İSKİ’ye yapacağı hizmetlerin giderlerini karşılamak amacıyla maliyet ve %10’dan aşağı olmayacak bir kâr oranı üzerinden bir tarife hazırlama ve tahsilata ilişkin esas ve usullerin belirlendiği yönetmelik yapma yetkisi verilmiştir. Anayasa’nın 73. maddesine göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulabileceğinden İSKİ’ye tanınan yetki kapsamında hazırlayacağı tarifelerin Anayasa’nın 73. maddesi anlamında bir mali yüküm olmadığına karar vermiştir. Atık su bedellerinin bir ücret görünümünde olduğunu ortaya koyduktan sonra Mahkeme incelemesine şöyle devam etmiştir:

“Atıksu bedelinin bir tarifeye göre alınması ve bir abonman sözleşmesine dayalı olması da idareyle kişi arasında özel hukuk alanında bir alacak borç ilişkisinin varlığının kabulünü gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle ortada bir abonman sözleşmesi vardır. Bu sözleşmeler görülecek hizmetin tekel niteliği ve çok kimseye götürülme zorunluluğundan dolayı tip sözleşmeler biçimindedir. Kişinin bu sözleşmeye katılımı nedeniyle sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliği ortaya çıkmaktadır. Bu hizmet karşılığının maliyet kâr esasına dayalı olarak tarifeyle saptanması ve bunun temelini abonman sözleşmesinin oluşturması bakımından ödemelerin yapılmaması halinde tahsilatın 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre değil, özel hukuk kurallarına göre yapılması gerekmektedir.

Bu itibarla, atık su bedeli vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmayıp, özel hukuk alanındaki alacak borç ilişkisini içeren abonman sözleşmesine dayalı ve idarece düzenlenen bir tarife uyarınca alınan bir bedel olduğundan bu konuyla ilgili anlaşmazlığın çözümü adli yargının görevine girmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 8/5/1991 gün ve 20865 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 14/2/1991 gün ve E.1990/18, K.1991/4 sayılı kararında yazılı gerekçede de bu görüş kabul edilmiş bulunmaktadır.”¹⁰²

¹⁰¹ YİBGK, E.1944/4, K.1944/12, T.5.4.1944. (Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁰² UYM, Hukuk Bölümü, E.1991/29, K.1991/29, T.14.2.1991., UYM, Hukuk Bölümü E.1993/22, K.1993/22, T. 24.5.1993., UYM Hukuk Bölümü, E.1996/33, K.1996/76, T. 17.6.1996., UYM, Hukuk

Alıntılanan kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi, alınan karşılığın maliyet+kâr mahiyetinde olduğuna hükmedilmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bir kararında, abonman sözleşmelerinin dayanağı olan tarifelerin ekonominin kurallarına göre serbestçe ve hizmetin karşılığının maliyet+kâr esasına göre belirleneceğine hükmetmiştir.

“Atık su bedeli, ekonominin kurallarına uygun olarak serbestçe tespit edilen bir tarife ve abonman sözleşmesine göre alınmaktadır. Başka bir deyişle, idare ile kişi arasında sözleşme ile alacak borç ilişkisi doğmakta, ödenecek miktar idare ile kişi arasında abonman sözleşmesi ile özel hukuk ilişkisinin kurulmasından sonra verilen hizmet karşılığında maliyet kar esasına göre belirlenmektedir. Ödemenin hukuksal dayanağı, kamu gücüne değil, tarife ve iki taraf arasında yapılan abonman sözleşmesine dayanmaktadır.”¹⁰³

Yargıtay, E.1996/13-346 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında da alınan karşılığın maliyet + kârı içeren bir ücret niteliğinde olduğunu belirterek, bu karşılığın alınma gerekçesini yeni tesisler kurulması ve mevcut tesislerin bakım ve onarım masraflarının karşılanması olarak göstermiştir.

“Hukuk Genel Kurulu'nca da yapılan müzakerede istenen atık su bedeli, bir hizmet karşılığı olabileceği gibi, ekonomik koşullara göre oluşturulan İstanbul şehrinin içme, kullanma ve Endüstri suyu ihtiyaçlarının, yeraltı ve yerüstü kaynaklardan sağlanması, ihtiyaç sahiplerine dağıtılması, kullanılmış sular ile bunların uzaklaştırılması, bölge içindeki su kaynaklarının, deniz, göl, akarsu ve yeraltı sularının kullanılmış sularla kirlenmesini önlemek için yeni tesisler kurmak, kurulu olanların bakım ve işletilmesini sağlamak amacıyla bu hizmetlerin görülmesini temin zımında özel hukuk hükümlerinden doğan ve sözleşme ilişkisine dayanılarak İSKİ tarafından alınan bir bedel olduğu görüşü benimsenmiştir.”¹⁰⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi de maliyet + kârı içeren ücret niteliğinde bir karşılık alınması hususunda birtakım gerekçeler göstermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin meşhur E. 1984/9 ve E. 1990/18 kararlarına atıf yapılarak verilen kararlarında Anayasa Mahkemesi'nin meşruiyet gerekçeleri tekrarlanmıştır. Bunun yanı sıra bazı kararlarında hizmetlerin sürdürülmesi amacıyla alınmasından bahsedilmekte; bazı

Bölümü E.2002/56, K.2003/33, T.16.6.2003., UYM, Hukuk Bölümü, E.2014/1153, K.2014/1192, T. 29.12.2014. (Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁰³ Y. 3.HD., E.2008/20090, K.2009/1246, T.3.2.2009. (Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁰⁴ YHGK E.1996/13-346, K. 1996/678, T. 9.10.1996., YHGK, E. 2003/13-139, K. 2003/142, T. 5.3.2003. Kazancı İçtihat Bankası)

kararlarında da Yargıtay'ın yukarıda alıntılanan kararındaki gibi mevcut tesislerin bakım ve onarımı gerekçesini kullanmaktadır.

“Bilindiği gibi belediyelerin, yapacağı hizmetler nedeniyle doğacak giderlerin karşılanmasında tarifeler yapma ve bu tarifeleri maliyet kar esasına göre düzenleme yetkisi bulunmaktadır.”¹⁰⁵

“Nitekim iddia edildiği gibi kullanılan suyun kendi mülk ve imkanlarıyla sağlanmış olsa bile, yeraltından sağlanan ve kullanıldıktan sonra şehir kanalizasyonuna bırakılan bu suyun atıksu niteliğinde olduğunu ve bu suyun uzaklaştırılmasında kanalizasyondan yararlanıldığı tartışmasız bir gerçektir. Bu tesislerin bakım ve onarım giderleri ile yenileme, genişletme, amortisman ve yönetim giderlerinin karşılanması bakımından hizmetten yararlananlardan belli bir katılım payı ve atıksu ücretinin alınmasında yasaya aykırılık bulunmadığı gibi, yönetmeliğin bu maddesinde atıksu abone sözleşmesi yapılması yolunda bir hükme yer verilmiş olmasında da yukarıda yazılı yasa hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır.”¹⁰⁶

Günümüzde, her ne kadar kanunlarda ve içtihatlarda bu hizmetlerden alınacak karşılıkların serbestçe belirlenmesi öngörülmüşse de hizmeti sunan idarenin kamu hizmetine hâkim olan ilkelere tabi olması ve bu sınırların dışına çıkarak hâkim durumunu kötüye kullanmaması gerekmektedir. Nitekim bu husus bir Yargıtay kararına da konu olmuştur.

“Gerçekten, davalı PTT İdaresi bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de; kamu hizmeti gören idare ondan yararlanmak hakkını taşıyan bütün kişilere, kendisinin olanakları el verdiği oranda ve eşitlikle işlem yapmak zorunluğundadır. İdarenin objektif şartlarla ilan ettiği hizmetlerin yapılması için kendine düşeni yerine getiren kişi, bu hizmetlerden yeterince yararlanma hakkını haizdir. Belirli bir bedel karşılığında ve bazı şartlar altında yararlanan hizmetlerin genellik vasfı olmayıp, akdi bir niteliği vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi kişilerin belirli şartlara uymak (intibak etmek) ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler "iltihaki sözleşmeler" dir. İltihaki sözleşmeler (Contrata d'adhesion); bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arzeden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazı ya da PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı, halkın bunları ya kabul yahut reddedebilmesindedir. Teşebbüsün, yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devam bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi

¹⁰⁵ UYM, Hukuk Bölümü E.1993/22, K.1993/22, T. 24.5.1993.

¹⁰⁶ UYM, Hukuk Bölümü E.2002/56, K.2003/33, T. 16.6.2003.

gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınamaz ve hele tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez.”¹⁰⁷

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KAMU HİZMETLERİNDEN KARŞILIK ALINMASINA DAİR YAKLAŞIMI

Mülkiyet hakkını düzenleyen 1 nolu ek protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasında devletlerin vergi ve diğer yükümlülükler koyabilme yetkisi hüküm altına alınmıştır:

Madde 1- Mülkiyetin Korunması

Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yaralanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngörüldüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasının denetim altına almak ya da vergilerin ya da diğer katkıların yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.

Vergi ve diğer yükümlülük ittihaz etme yetkisinin taraf devletlerin kamu gücü ayrıcalıklarından biri olduğundan ve P1-1/2’de bu yetkinin hüküm altına alınmasından ötürü AİHM yargılanmasında ilk dönemlerde vergi ve diğer katkılardan doğan uyuşmazlıklarda kabul edilmezlik kararı veriliyordu¹⁰⁸. Ancak *Ferrazzi v. İtalya* kararı ile birlikte bir adım atmış ve vergi uyuşmazlıklarının AİHM’ce görülebileceği kabul edilmiştir. Fakat bununla birlikte bu uyuşmazlıklarının vergilendirmenin kamu gücü ayrıcalıklarının sert kabuğunun bir parçası olduğundan, adil yargılanma hakkı md.6 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁹.

Stork v. Almanya kararında bir adım daha atılarak diğer yükümlülükler ve vergilerden doğan uyuşmazlıklar arasında adil yargılanma hakkının uygulanabilirliğine ilişkin bir ayrıma gidilmiştir. Bu kararda somut uyuşmazlık,

¹⁰⁷ Y. 4. HD. E.1973/6285 ve K.1974/16590, T. 6.12.1974. (Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁰⁸ *Travers and Others v. Italy*, App No.15117/89, 16.1.1995., *X v. Germany*, App No.7544/761, 2.7.1978.

¹⁰⁹ *Ferrazzi v. Italy*, App No.24046/94, 17.1.1995.

başvurucuların mülkünün bulunduğu caddede yapılan altyapı çalışmaları nedeniyle belediye kararı ile bir katkı payı istenmesinden doğmuştur. Mahkeme, altyapı çalışmaları nedeniyle istenen karşılığın genel kamu hizmetlerinin finansmanı için alınan bir **vergi** değil, başvurucuların mülküne de katkı sağlayan ve spesifik (olayda caddedeki altyapı hizmeti) projelerin finansmanı için alınan bir **diğer yükümlülük** olduğuna hükmetmiştir. Bu yüzden diğer yükümlülüklerle adil yargılanma hakkının uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir¹¹⁰. Vergi dışındaki diğer yükümlülüklerle adil yargılanma hakkının uygulanabilir olduğu hususuna bir diğer örnek olarak AİHM'in *Ülger v. Türkiye* kararı gösterilebilir. Bu davada, bir işçi olan başvuru, faizi ile birlikte ödenmeyen maaşları ile kıdem tazminatını almak için çalıştığı şirkete dava açıp kazanmış ancak 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesi uyarınca ilam harcını ödeyemediğinden ilamı icraya koyamamış; bu durumun adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğinden bahisle AİHM önüne taşınmıştır. AİHM, ilam harcının aşırı bir yük teşkil ettiğinden bahisle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

“... başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı kanısındadır. Dolayısıyla AİHS'in 6. Maddesini ihlal edilmiştir.”¹¹¹

AİHM'in bu kararı iç hukukumuzu da etkilemiş ve Anayasa Mahkemesi, 14.1.2010 yılında E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararıyla, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin “Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez.” biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermiştir.

AİHM yargısında vergiler ve diğer yükümlülüklerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün kabul edilmesinden sonra, görülen davaların birçoğunun mülkiyet hakkı ihlali gerekçesiyle açıldığı görülmektedir. AİHM bu davalarda, ilk olarak sosyal, ekonomik ve siyasi ihtiyaçları nedeniyle vergi ve diğer yükümlülük ittihaz etmenin taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğuna belirtmektedir. Taraf devletlere tanınan bu geniş takdir yetkisi nedeniyle vergi ve diğer yükümlülüklerden doğan

¹¹⁰ Stork v. Germany, App No.38033/02, 13.7.2006., Cuscani v. The United Kingdom, App No. 32771/96, 24.9.2002.

¹¹¹ Ülger v. Türkiye, App No.25321/02, 26.6.2007.

uyuşmazlıklardan dolayı bir mülkiyet hakkı ihlalinin söz konusu olabilmesinin ancak bu mali yükümlerin bireylere aşırı bir yük niteliği teşkil etmesi durumunda olabileceğini vurgulamıştır¹¹². Ancak bir insan hakları mahkemesi olarak AİHM, mali yükümlülükler konusunda takdir marjı kavramını çok geniş yorumlamaktadır¹¹³. AİHM'in bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmiş ve bir insan hakları mahkemesi olarak vergi ve benzeri mali yükümlülükle konusunda önüne gelen uyuşmazlıklarda takdir marjını dar yorumlayarak daha sıkı bir denetim yapması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁴.

Takdir marjı doktrininin bir insan hakları mahkemesi olan AİHM tarafından bu denli geniş yorumlanması doktrinde eleştirilmekle birlikte, bu doktrinin geniş yorumlanmasının temelinde Avrupa insan hakları sözleşmesinin uygulanabilir kılınmasının sağlanması düşüncesi yatmaktadır. Nitekim doktrinde takdir marjının, taraf devletlerin bağımsızlığı ile AİHS'in işlerliğinin sağlanması arasında esneklik sağlayan oldukça makul bir araç olmasının yanı sıra takdir marjı doktrinin gayesinin, üye devletler arasındaki kültürel ve sosyal koşulların farklılığı da göz önüne alarak AİHM yargılamasında, sözleşmedeki değerlere ortak bir standart oluşturmak ve insan hakları değerlerine tek bir uygulama biçimi geliştirmek olduğu da ifade edilmektedir¹¹⁵.

AİHM'e göre mali yükümlükler konusunda mülkiyet ihlalinin doğuran bir başka durum ise vergi ve diğer yükümlülüklerin ittihaz edilmesinde AİHS md. 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edilmesidir. Mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılığa uğranıldığı iddiasıyla Mahkeme önüne taşınan birçok uyuşmazlık bulunmaktadır¹¹⁶. Örneğin, *Karlheinz Schmidt v. Almanya* kararında yerel itfaiye hizmetlerinden dolayı sadece erkeklerden bir karşılık alınmasını öngören belediye kararının mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla AİHM

¹¹² Bartosch v. Austria, App. No.26593/95, 16.10.1996., Allesch and Others v. Austria, App. No.18168/91, 1.12.1993.

¹¹³ AİHM, Devletin vergi uyuşmazlıklarında meşru amaç bakımından tanıdığı takdir marjını o kadar geniş yorumlamaktadır ki bilinebildiği kadarıyla bu minvalde verdiği tek bir ihlal kararı bulunmaktadır: S.A. Dangeville v. France, App No.36677/97, 16.4.2002.

¹¹⁴ H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.504. Selami Demirkol, "Vergi Türevli Davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Kabul Edilebilir Bulunması", **İHİD**, sayı 1, cilt. 15, ss.33-70, s.68.

¹¹⁵ Arai-Takashi Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECRH**, Intersentia, Antwerp, 2002., s.3.

¹¹⁶ Karlheinz Schmidt v. Germany, App No.13580/88, 18.7.1994.; Van Raalte v. The Netherlands, App No.20060/92, 21.2.1997.; Eeg-Slachthuis Verbist Izegem v. Belgium, App No.60559/00, 10.11.2005.

önüne taşınmıştır. Mahkeme, mali yükümlüklerin cinsiyete dayalı olarak farklılık arz etmesini haklı çıkaran bir gerekçe olmadığından, bu karşılığın sadece erkeklerden alınıp kadınlardan alınmamasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir¹¹⁷.

Sonuç olarak AİHM, vergiler gibi diğer yükümlülükler başlığı altında kamu hizmetlerinden alınan karşılıklar bakımından taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğu; ancak bu karşılıkların kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlalinin intaç etmemesi için söz konusu takdir yetkisinin eşit muamele ilkesine uygun olarak ve bireylere aşırı yük oluşturmayacak başka deyişle ölçülü olarak kullanılması gerektiğini içtihat ettiği söylenebilir.

II. MEVZUATIMIZDA MECCANİLİK İLKESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ülkemiz mevzuatında, geçmişten günümüze kamu hizmetlerinden karşılık alınması hususuna ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Kamu hizmetlerinden para alınmasını düzenleyen eski dönem düzenlemelerden birine örnek olarak, gelir elde etmek değil köprülerin tahribine engel olma maksadıyla konulan “*köprülerden bila-vâsıta istinad eden merâkipten alınacak ücret ta’rifesi*” düzenleme gösterilebilir¹¹⁸. Benzer konuda ve nispeten yeni bir düzenleme örneği olarak da Karayolları Genel Müdürlüğü’ne Boğaz köprüsünden alınacak karşılıkları belirleme yetkisine müstenit çıkarılan yönetmelik gösterilebilir¹¹⁹.

Düzenlenen karşılıkların bir kısmı harç, resim ve benzeri mali yüküm, bir kısmı da ücret olarak nitelenmiştir. Bir kamu hizmetinden alınacak paranın niteliğinin harç, resim ve benzeri mali yüküm ya da ücret, fiyat, katılım payı olması, bu karşılığa uygulanacak rejimde farklılık doğurur. Harç, resim ve benzeri mali yükümlerin Anayasa’nın 73. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması gerekmektedir.

¹¹⁷ Karlheinz Schmidt v. Germany, App No.13580/88, 18.7.1994

¹¹⁸ Köprülerden merâkipte (binekle) geçişten para alınması, 1336 (1920) senesinden itibaren Cem’iyyet-i Umûmiyye-i Belediye tarafından kabul edilen düzenleme ile başlamıştır. Osman Nuri Engin, **Muhtasar Mecelle-i Umur-u Belediye**, s.311.

¹¹⁹<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4718&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

Bu yüzden ilköğretim dışındaki kamu hizmetlerinden harç, resim ve mali yüküm alınmasını öngören bir düzenleme kanunla yapıldığı sürece kural olarak hukuka aykırılık doğurmayacaktır. Elbette karşılığın miktarına ilişkin değerlendirmeler saklıdır. Ancak ücret, fiyat, katılım payı niteliğinde olan karşılıkların rejimi Anayasa'nın 73. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu yüzden ücret, fiyat, katılım payı niteliğinde olanların belirlenme ve tahsil usulleri harç, resim ve mali yükümlerden farklıdır. Ücret, fiyat, katılım payı olarak nitelendirilen diğer karşılıklara ilişkin düzenlemelerin incelenmesi, bu bölümün ana eksenini oluşturacaktır.

Mevzuatta kamu hizmetlerinden karşılık alınması hususunu düzenleyen hükümleri, parasız olması öngörülen kamu hizmetlerine ilişkin olanlar ve paralı olması öngörülen kamu hizmetlerine ilişkin olanlar şeklinde iki başlık altında toplamak mümkündür. **Kamu hizmetlerinin paralı ya da parasız sunulmasına ilişkin düzenlemeler ile bu hizmetlerden yararlanma biçimi arasında yakın bir ilişki bulunduğu görülmektedir.** Nitekim aşağıda ayrıntılarıyla da inceleneceği üzere, hizmetlerin paralı ya da parasız olması şeklinde yapılan ayırım, söz konusu hizmetlerden yararlanma biçimine dayanmaktadır.

Faaliyet esasına göre yapılan bu ayırımdan başka, mevzuatta idarelere karşılık alabilme ve alınacak karşılıkların kapsamını tespit yetkisi veren düzenlemelerin de incelenmesi gerekmektedir. Çünkü bu yetkilerin düzenlenme biçimi ile yetkinin kapsamına ilişkin düzenlemelerdeki gelişmeler, meccanilik ilkesinin pozitif hukuktaki yerini göstermesi bakımından önemlidir.

Tüm bu ayrımların yanında, pozitif hukukta karşılık alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermeyen kamu hizmetleri de bulunmaktadır. Bu duruma uygulanması gereken hukuki rejim, idare hukukun ilkeleri ışığında irdelenecektir.

A. KAMU HİZMETLERİNİN KARŞILIĞI HUSUSUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE YARARLANMA BİÇİMİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kamu hizmetlerinin parasız ya da paralı sunulması ile bu hizmetlerden yararlanma biçimi arasında yakın ilişki bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Bunun yanında hizmetten yararlanma biçimi, hizmetten alınan karşılığın –tabi eğer alınması öngörülmüşse- niteliğinin tespitinde de belirleyicidir.

1. Parasız Sunulan Kamu Hizmetleri

Mevzuatımızda, karşılık alınmayacak kamu hizmetlerine ilişkin hükümler, “*meccani*”, “*parasız*”, “*ücretsiz*” gibi çeşitli lafızlarda düzenlenmiştir. Bu ifadelerle kastedilen, söz konusu kamu hizmetlerinden yararlanmanın hiçbir edim şartına bağlanmamasıdır¹²⁰. Başka deyişle, “*meccani*”, “*parasız*”, “*ücretsiz*” olan kamu hizmetleri, harç, resim ve benzeri mali yükümler veya ücretler gibi nakdi yahut aynî hiçbir karşılığa bağlanamaz. Nitekim yargının da yaklaşımı bu yöndedir¹²¹. Son olarak, sunulan kamu hizmetinin herhangi bir edim şartına bağlanmamasını ifade eden bu kavramlar, aynı anlam ve sonuçları doğursalar da mevzuattaki düzenlemelerde terim tutarlılığının ve kapsam yeknesaklığının olmadığı not edilmelidir.

Karşılık alınmayan kamu hizmetlerinin sayısında da zaman içinde değişiklik meydana gelmiştir. Açıkça bir kamu hizmetinin parasız, ücretsiz ya da meccani olduğu şeklindeki düzenlemelerin sayısı azalmaktadır. Örneğin, 1580 sayılı mülga Belediye Kanunu’nda doğum ve ebe yardımının meccanen sunulacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktayken¹²² 5216 Büyükşehir Belediye Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda bu hizmetlerin meccani olduğunu belirten ifadelere yer verilmemiştir. Bu durum ücretsiz ya da meccani kamu hizmetlerinin sayısındaki daralmaya işaret etmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, yapılan değişikliklerle meccani olduğu düzenlenen kamu hizmetlerinin ücretli ya da paralı hale getirilmesi de söz konusu değildir. Bu hizmetlerden karşılık alınması hususunda yasaklayıcı hüküm

¹²⁰ Zaman içinde değişikliğe uğrayan meccaniliğin asıl anlamı üzerinde düşünülebilir. Örneğin bugünkü parasız yatılı okumayı düzenleyen 2684 sayılı İlköğretim ve Ortaöğretimde Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun’dan önceki kanunlara bakıldığında, 915 sayılı Lise ve Orta Mekteplere Alınacak Leyli Meccani Talebe Hakkında Kanun’da bugünkü parasız yatılının leylimeccani şeklinde düzenlendiği ve 1237 sayılı Meccani Leyli Talebenin Mecburi Hizmetlerine Dair Kanun ile de leyli meccaniden yararlanan öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğünün getirildiği görülmektedir. Böylece hiçbir edim şartına bağlanmama olarak ifade eden meccanilik ifadesiyle sunulan bir kamu hizmeti bir hizmet yükümlülüğü şeklinde karşılığa bağlanmıştır.

¹²¹ Örneğin, Danıştay ilköğretimde velilerden bağış adı altında bir para alınmasına ilişkin işleme karşı açılan davada, önce velilerden alınan paranın isteğe bağlı olmama kriterinden hareketle mali yüküm olduğuna hükmetmiş ve ardından da Anayasa’nın parasız olmasını öngördüğü hizmetten mali yüküm şeklinde bir para alınmasını hukuka aykırı bularak işlemin iptaline karar vermiştir. D.8.D. E. 2005/77, K. 2006/751, T.27.2.2006., DD.112., s.159.

¹²² 1580 sayılı Belediye Kanunu, md. 57.

kalkmıştır. Yapılan değişikliğin sonucu ve bu duruma uygulanacak hukuki rejim aşağıda incelenmeye çalışılacaktır¹²³.

Parasız kamu hizmetlerinde yararlanmanın şekli genel, kişiselleşmemiş bir statü içinde yararlanmadır. Bu yararlanmada, idare kendisine görev olarak verilen bir faaliyeti yürütmekte ve bu faaliyetin yürütülmesi sonucunda fertlerin yararlanmasına umumi olarak sunulan bir fayda ortaya çıkmaktadır. Ferdin bu hizmetten yararlanması için kendisine karşı belirli bir işlem yapılmasını ya da bir gereği yerine getirilmesini istemesine gerek yoktur. Bu yararlanma biçiminin söz konusu olduğu kamu hizmetlerinde karşılık alınması durumu azdır. Doktrinde birçok yazar tarafından, “zorunlu kamu hizmetlerinden karşılık alınamayacağı”¹²⁴ şeklinde izah edilen kamu hizmetlerinden, yararlanmanın ek bir işlem ile kişiselleştirme yapılmasına gerek olmaksızın doğrudan umumun yararlanmasına sunulan kamu hizmetlerini anlamak gerekmektedir.

Sunulması mukabilinde karşılık alınmayacak kamu hizmetlerinin ortak noktası, bu kamu hizmetlerinin çağdaş hayatta bir bireyin mali imkânı olsun ya da olmasın mutlaka yararlanması gereken temel ve zaruri olan ihtiyaçlarının tatminine ilişkin olmasıdır. Bunun yanında zaruret, temel insani ihtiyaçlar dışında, Devletin bireylere yüklediği zorunlu bir ödevden kaynaklanıyor da olabilir. Sonuç olarak bu hizmetlerin sunulması kişilerin yararlanması bakımından zorunludur. Yararlanılması devlet tarafından yüklenen bir zorunluluktan ya da insani bir zorunluluktan kaynaklansa da kişinin yararlanma talebinin belirleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Toplumun genelinin yararlanmasına açık olan bu kamu hizmetlerinden yararlanma biçiminin kişiselleştirilmesi gerekmez. Başka deyişle toplumun tüm kesiminin yararlanmasına açık olan bu hizmetlerden yararlanma biçimi, toplu, genel ya da anonim yararlanma şeklindedir.

Devletin kişilere yüklediği bir görevden kaynaklanan parasız hizmetlerin başında, ilköğretim¹²⁵ gelmektedir. Anayasa’nın 42. maddesine göre, ilköğretim devlet okullarında zorunlu ve parasızdır.

¹²³ İkinci bölüm, II., B.

¹²⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019., s. 347.

¹²⁵ 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun 7. maddesinde, dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumu olarak tanımlanmıştır.

Çağdaş yaşamın temel gereksinimlerini oluşturan parasız kamu hizmetlerine örnek olarak sağlık¹²⁶ ve bayındırlık¹²⁷ hizmetleri verilebilir. Yararlanmanın miktarı ya da yoğunluğu bakımından kademelendirilmeye müsait kamu hizmetlerinde, hizmetlerin tüm basamaklarıyla parasız olması değil, sadece temel basamağının parasız olduğu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında değindiği üzere, kamu hizmetlerinin tamamıyla parasız olması devletin ekonomik gücüyle irtibatlıdır¹²⁸. Anayasa'nın "*Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları*" başlıklı 65. maddesi uyarınca "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlardaki ödevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle*" yükümlüdür. Bu nedenle Devlet, Anayasa'da parasız olduğu hüküm altına alınan ilköğretimin dışında kalan diğer kamu hizmetlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle mükelleftir. Ancak ülkemizde demografik artış ve yeni kamu hizmetlerinin gelişmesi gibi nedenlerle tüm kamu hizmetlerinin parasız olmasını beklemek günümüz şartlarında makul olamayabilir. Buna rağmen, temel gereksinimlerin tatmini ve devletin hedeflediği amaçlar bakımından vatandaşlarından beklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesi için en azından zaruri ihtiyaçları karşılayan kamu hizmetlerinin parasız olması şarttır.

2. Paralı Sunulan Kamu Hizmetlerine İlişkin Düzenlemeler

Kamu hizmetlerinden yararlanandan karşılık alınmasını öngören birçok düzenleme bulunmaktadır. Tarihi seyir içinde ise *ücretli* ya da *paralı* olarak düzenlenen kamu hizmeti sayısında artış gerçekleşmiştir. Mesela, ilk defa sağlık hizmetlerinden karşılık alınmasını öngören 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu 1987 ve yükseköğretimi paralı hale getiren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu 1981 yılında çıkarılmıştır. Bu düzenlemelerden önce, sağlık ve yükseköğretim hizmetlerinin parasız ya da meccani olduğu düzenlenmemiştir. 80'lerin başından itibaren paralı yararlanmayı öngören düzenlemelerin çoğalması, paralı kamu hizmetlerindeki genişlemeyi göstermektedir.

¹²⁶ 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu, md.5.; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md. 69.; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, md.75., 91., 96., 99., 117., 118., 125., 142., 150., 153., 154.

¹²⁷ 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun, md.14.

¹²⁸ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T.19.4.1988, RG. 23.8.1988-19908.

Kamu hizmetinden yararlanma mukabilinde karşılık alınmasını öngören düzenlemelerde, hizmetlerin *ücretli* ya da *paralı* olduğu şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Bu konuda da mevzuatta terim birliğinin olmadığına işaret edilmelidir. Bununla birlikte *paralı* ya da *ücretli* olarak düzenlenen kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların tamamının rejimi aynı değildir. Bu hizmetleri de kendi içinde yararlanma biçimine göre tasnif etmek mümkündür.

a. Statüter Yararlanma Biçimi ile Yararlanılan Paralı Kamu Hizmetleri

Mevzuatımızda paralı ya da ücretli olarak düzenlenen kamu hizmetlerine bakıldığında, bu hizmetlerden yararlanmanın kişilerin “*olmasa da olur*” şeklindeki ihtiyaçlardan “*isteğine bağlı yararlanma niteliğinde*” olduğu söylenebilir. Paralı kamu hizmetlerine ilişkin düzenlemelerin pek çoğunda hizmetin *isteğe bağlı* olduğu açıkça düzenlenmiştir¹²⁹. Bazılarında ise, açıkça düzenlenmese de isteğe bağlı olma durumu, hizmetin kuruluş şeklinin mantıkî sonucudur¹³⁰.

Paralı kamu hizmetlerinde genellikle, kişilere katma değer getiren bireysel yararlanma söz konusudur. Bireylerin bu zorunluluk içermeyen kamu hizmetlerinden yararlanması için idareye ek bir talepte bulunması gerekir. Kişinin hizmetten yararlanmak için idareye ek bir talepte bulunması ve kişinin önceden ve objektif olarak belirlenmiş olan statünün şartlarını yerine getirmesi durumunda, idare tek taraflı ya da iki taraflı bir işlem tesis ederek kişiyi yararlanmada hak sahibi yapar. İşte kişinin, bu hakka dayanarak önceden belirlenen statü içinde ve statünün şartlarını yerine getirerek yararlanması, statüter yararlanmayı oluşturmaktadır. Bu yararlanmanın söz konusu olduğu kamu hizmetleri genellikle paralıdır.

Kanun koyucu, temel ve zaruri gördüğü kamu hizmetlerinin parasız olduğu düzenlendikten sonra, bu hizmetlerin üst basamağını teşkil eden ve temel yararlanmanın makul sınırları dışında kalan hizmetlerin paralı olmasını takdir etmiştir. Örneğin, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun’un *Geçiş Ücretlerinin Belirlenmesi* başlıklı 14. maddesinin ilk fıkrasında otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarının ücretli olacak

¹²⁹ 3843 Sayılı Yükseköğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunun Bazı Maddelerin Değiştirilmesi ve Bu Kanunun Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun md. 7, 14.; 1789 sayılı Temel Eğitim Kanunu, md. 38.; 2698 Millî Eğitim Bakanlığı Okul Pansiyonları Kanunu, md.1.

¹³⁰ 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun, md.14.

kısımlarının; ikinci fıkrasında ücretsiz olması öngörülen kesimlerin belirlenmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir¹³¹. Bu düzenlemelerde karayollarının bir kısmının ücretli bir kısmının da ücretsiz olması öngörülmüştür. Dolayısıyla karayollarının ücretsiz alternatifi sunulduğundan, daha hızlı, daha kolay, daha kısa yoldan gitmek isteyen kişilerin, otoyollardan yararlanması ile ek bir fayda sağladıkları ortadadır. Sağlık hizmetlerinde de temel muayene hizmetleri parasız iken kişi öğretim üyesi bir doktora muayene olmakla ek bir fayda sağlamaktadır¹³². Bu gibi ek değerden faydalanmak isteyen kişinin, ücretli kesimden yararlanabilmek için bir miktar para ödemesi gerekmektedir¹³³.

Statüter yararlanmanın söz konusu olduğu paralı kamu hizmetlerinde, alınan paranın niteliğine de değinmek gerekir. Kamu hizmetinden doğan giderlerin tümünün, yararlananlardan alınan parayla karşılanması mümkün olmadığından bu hizmetlerde, yararlanan kişilerin hizmetin giderlerinin bir kısmına katılması söz konusudur. Bu nedenle statüter yararlanmanın söz konusu olduğu paralı kamu hizmetlerinde, alınan paranın niteliği maliyet + kârı kapsayan bir fiyat değil, maliyet ya da maliyet altı bir değer olarak ifade edebileceğimiz *katılım payıdır*¹³⁴.

b. Sözleşmesel Yararlanma Biçimi ile Yararlanılan Paralı Kamu Hizmetleri

Bazı kamu hizmetlerinden yararlanmak için kişinin idare ile arasında abonman sözleşmesi denilen bir mukavele yapması söz konusu olmaktadır. Elektrik, su, doğalgaz gibi belirli bir kişiye belirli bir hizmetin ifası şeklindeki kamu hizmetlerinden yararlanma sözleşme iledir. Bu sözleşmeler iki taraf arasında yapılmış olsa da bu bir katılmalı sözleşmedir. İlgili hizmetin yararlanıcısı sözleşmenin şartlarını belirleme yetkisine sahip değildir. Sözleşmesel yararlanmanın söz konusu olduğu bu kamu hizmetlerinden, önceden belirlenmiş bir düzenleyici

¹³¹ Bu Kanun'dan önce yürürlükte olan 5539 Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un *Yol Ağları* başlıklı 15. maddesinde de otoyolların ücretli olduğu doğrudan düzenlenmiş ve ücretsiz olması öngörülen kısımlarının tespit esaslarına yer verilmiştir. 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun, md.14.; 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşlarla Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, md. 7.

¹³² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md. 68.

¹³³ 3843 Sayılı Yükseköğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunun Bazı Maddelerin Değiştirilmesi ve Bu Kanunun Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun md. 7, 14.; 1789 sayılı Temel Eğitim Kanunu, md. 38.

¹³⁴ AYM, E. 2013/89, K. 2014/116., T. 3.7.2014, RG.4.7.2015-29406., D.8.D, E. 2011/7969, T. 18.1.2012.(Kazancı İçtihat Bankası)

işlemin hükümlerine göre oluşturulan ancak hem idareyi hem de hizmetten yararlanmak isteyenı bağlayan özel hukuka tabi bir sözleşme ilişkisine dayanılarak yararlanılmaktadır.

Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması dolayısıyla bu kamu hizmetlerinden yararlanmadan doğan uyuşmazlıklar özel hukuk sözleşmesi temeli sebebiyle adli yargıda çözümlenecektir. Sözleşmesel yararlanılan kamu hizmetlerine ilişkin düzenlemelerde, hizmet karşılığı alınması öngörülen paranın bir miktar kâr içermesi öngörülmektedir¹³⁵. Bu nedenle, alınan paranın maliyet + kârı içermesinden ötürü bir fiyat olduğu söylenebilecektir¹³⁶.

B. İDARENİN KAMU HİZMETİ KARŞILIĞINI BELİRLEME YETKİSİ

Meccanilik ilkesinin incelenmesi gereken bir boyutu da idarenin karşılık alma yetkisidir. Bugün meccanilik ilkesinin anlam ve işlevine hangi anlam yüklenirse yüklensin bunun, pozitif hukukta idareye sunduğu hizmetten karşılık alma yetkisi veren düzenlemelerle birlikte düşünülmesi şarttır. Örneğin, “günümüzde meccanilik diye bir ilke yoktur ve hiçbir işlevi kalmamıştır” şeklindeki bir ifade, mevzuatta idarelere karşılık alma yetkisi veren, sınırlandıran hükümlerin olması ve bu hükümlerin yargı organlarınca yorumlanması ve sınırlandırılması karşısında mutlak olmaktan uzaktır. Bu yüzden bu başlık altında, kamu hizmetlerinden yararlananlardan alınacak karşılıkların belirlenmesine ilişkin yetkinin varlığı ve bu yetkilerin kapsamı incelenecektir. Ayrıca idarenin kamu hizmetinden alınan karşılıkları belirleme yetkisi kapsamında önemli bir gelişme olan 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un konuya etkisi irdelenecektir.

1. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Mevzuat Temeli

Mevzuatımızda, kamu hizmetlerinin paralı ya da parasız olduğu şeklindeki hükümlerin yanı sıra, ilgili idarenin sunduğu kamu hizmetinden alacağı karşılığı belirleme hususundaki yetkilerine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Söz konusu hükümleri iki ayrı grupta toplamak mümkündür.

¹³⁵ 2560 İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 23., 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, md. 1.; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, md.17/6-f.; 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, md.11/3-4.

¹³⁶ AYM, E. 1990/18, K. 1991/4, T. 14.2.1991, RG.8.5.1992/20865.

İlk düzenleme biçimi, karşılık belirleme yetkisinin *doğrudan* düzenlenmesidir. Burada, kamu hizmetini kuran ya da düzenleyen hükümlerde ilgili idarenin, bu hizmetten alınacak karşılığı belirleme yetkisi olduğu açıkça düzenlenmiştir¹³⁷. Bu durumda karşılık belirleme yetkisi, ilgili idarenin kendi sunduğu kamu hizmetine ilişkin olabileceği gibi vesayeti altında olan bir idarenin sunduğu hizmete ilişkin de olabilir¹³⁸.

İkinci düzenleme biçiminde, idarenin karşılığı belirleme yetkisi *dolaylı* olarak verilmiştir. Bu biçimde, ilgili idarenin görev ve yetkileri arasında ya da herhangi başka bir düzenlemede idareye karşılık alınması hususunda açık bir yetki verilmemiştir. Bununla birlikte, ilgili idarenin gelirlerine yer verilen düzenlemelerde hizmetten elde edilecek gelirlere yer verilmiştir. Örnek olarak Türkiye Akreditasyon Kurumu (TÜRKAK) verilebilir. TÜRKAK'ın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kamu Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 632. maddesinde, sunduğu hizmetten karşılık alabileceğine dair açık bir hüküm bulunmamakla beraber, 1. fıkranın son bendine, "*faaliyet alanı ile ilgili diğer görevlerini yerine getirmek*" ifadesine yer verilmiştir. Kurumun gelirlerinin sayıldığı 638. maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde "*Yapılan hizmetler karşılığı alınacak ücretler*" sayılmıştır. Ancak Kurum'un akreditasyon hizmet ücretleri rehberine

¹³⁷ Örneğin, 3465 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşlarla Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun md.7., 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun md. 14.; 2560 İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 23., 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, md. 1. ile kamu iktisadi kuruluşları; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, md.17/6-f.; 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, md.11/3-4. ile hizmeti sunan ilgili tüzel kişilerin Kanun'da öngörülen usullerde hazırlayacakları onaylama yetkisi verilmiştir. 23 sayılı Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin md.6/6-i; 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kamu Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 121. maddesinde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü; 188.maddesinde Kredi ve Yurtlar Genel Müdürlüğü; 347. maddesinde Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı; 389. maddesinde Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi; 724. maddesinde Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 97. maddesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı; 166. maddesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 352. maddesinde Sağlık Bakanlığı; 474. maddesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığına sunacakları hizmetlerden ücret alma yetkisi açıkça verilmiştir.

¹³⁸ Örneğin, 3843 Sayılı Yükseköğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunun Bir Ek Madde Eklendiği Hakkında Kanun md. 7, 14. hükümleri ile öğretim ücretlerini belirleme yetkisi YÖK' verilmiştir. Ancak bu ücretler, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 46. uyarınca üniversiteler aittir. 6940 Riyaseticumhur Senfoni Orkestrası Kuruluşu Hakkında Kanun'da ücretli konserlere giriş ücretlerini belirleme yetkisi Maarif Vekaletine bırakılmıştır.

bakıldığında, alınacak olan her bir hizmet karşılığının miktarına ve belirlenme esasına Kurumun karar verdiği görülmektedir¹³⁹. Yani burada ilgili kuruma sunduğu hizmet mukabilinde bir karşılık alma yetkisi kurumun gelirleri arasında bu karşılıkların sayılması ile verilmiştir.

Doğrudan ya da dolaylı biçimde olsun idarenin, kamu hizmetlerinden alınacak karşılıkları belirleme yetkisi vardır ve bu yetkinin kapsamı aksi yönde düzenleme bulunmadıkça aynıdır. Burada örnek olarak Anayasa Mahkemesinin bir kararına¹⁴⁰ konu olan düzenleme biçimini gösterebiliriz. Sağlık hizmetlerinin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun kamu kurum ve kuruluşlarından oluşan sağlık işletmelerinin gelirlerini sayan 5. maddesindeki “sağlık hizmetlerinden elde edilen gelir” ifadesi ile paralı hale getirilmesine karşı açılmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi, bu hizmetin paralı hale getirilmesini, meccanilik ve sosyal devlet ilkeleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Yine sağlık hizmetlerinden alınacak karşılıklara ilişkin başka bir kararında ise dava konusu edilen düzenleme¹⁴¹ Sağlık Bakanlığına, sağlık hizmetinin parçasını oluşturan kimi mal ve hizmetleri “fiyatlandırma” yetkisi vermektedir. Anayasa Mahkemesi, dava konusu düzenlemeyi, yine sosyal devlet ilkesi ve kamu hizmetinin süreklilik ilkesi ışığında değerlendirmiştir.

Vurgulamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin konuları bakımından oldukça benzerlik taşıdığından örnek verilen bu iki ayrı düzenleme biçiminde, (ilki dolaylı olarak idareyi yetkilendirirken, ikincisi doğrudan yetkilendirmektedir.) aykırılık iddiasını ele alış biçiminde farklılık oluşturmamıştır. Yani idarenin kamu hizmetinden karşılık alınması hususundaki yetkisinin mevzuattaki farklı düzenleniş

¹³⁹ <http://www.turkak.org.tr/TURKAKSITE/AkreditasyonHizmetUcretleri.aspx> (Çevrimiçi, erişim tarihi, 21 Ocak 2019)

¹⁴⁰ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, RG. 23.8.1988/19908.

¹⁴¹ 5335 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin (b) bendi ile değiştirilen 209 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri: “Bakanlık, birinci basamak sağlık hizmeti sunan kuruluşlar da dahil olmak üzere Sağlık Bakanlığı kurum ve kuruluşları ile bağlı kuruluşlarındaki (Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü hariç);

a) Muayene, teşhis, tedavi, laboratuvar, tetkik ve tahlil işlerini,

b) Aşı, ilaç, serum, insan kanı ve kan ürünleri imali ile istihsal veya imal edilecek diğer maddeleri,

...

Maliye Bakanlığınca yayımlanan yılları Bütçe Uygulama Talimatlarında yer alanlar hariç, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca belirlenen tarife üzerinden fiyatlandırmaya ve yukarıda belirtilen mal ve hizmetlerden elde edilecek gelirler ile sağlık kurum ve kuruluşlarına üçüncü şahıslarca yapılacak her türlü bağış ve yardımları döner sermayeye gelir kaydettermeye yetkilidir. ...”

biçimi, idarenin bu yetkisinin kapsamına etki eden bir durum oluşturmamaktadır. Dolayısıyla denilebilir ki ister dolaylı ister doğrudan idareye karşılık alınma yetkisi verilmişse bunun mevzuattaki temeline bakılmaksızın idarenin kamu hizmetinden karşılık alma yetkisi vardır şeklinde anlaşılması gerekir.

Önemle not edilmelidir ki idareye karşılık alma yetkisinin *dolaylı* olarak verildiğinin kabul edilmesi, ancak ilgili idarenin sunduğu kamu hizmetleri bakımından özgülendiği hallerde geçerlidir. Başka deyişle, gelirleri arasında “*sunacağı kamu hizmetinden elde edeceği gelirler*” şeklinde bir ifade idareye karşılık alma yetkisinin *dolaylı* olarak verilmesi olarak kabul edilmekle beraber “tüm gelirleri” şeklinde bir özgün olmayan ifade idareye sunduğu hizmetlerden karşılık alma yetkisi vermez. Karşılık alma yetkisinin mutlaka sunduğu kamu hizmetlerine özgü olarak düzenlenmesi gerekir.

Mevzuatımızda, son yıllarda, özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle birlikte, idareye kamu hizmetinden karşılık alma yetkisinin verilmesinde, doğrudan belirleme yerine dolaylı belirleme usulünün benimsendiği görülmektedir¹⁴². Karşılık belirleme yetkisinin kanunla ve doğrudan verilmesi, meccanilik ilkesinin etkisini göstermektedir. Çünkü bu, meccanilik ilkesinin, etkisi dolayısıyla ancak kanunla aşılabileceği anlamına gelmektedir. Ancak giderek yaygınlaşan dolaylı yetki verilmesi usulüyle meccanilik ilkesinin etkisinin pozitif hukukta azaldığı görülmektedir. Fakat bütçenin kanuniliği ilkesi uyarınca gelir ve giderlerin kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, en azından idarenin gelirlerini düzenleyen hükümlerde, hizmet karşılıklarına yer verilmesi, meccanilik ilkesinin yine tümüyle ortadan kalkmadığı ama bütçenin kanuniliği ilkesinin bir görünümü haline geldiğini göstermektedir.

¹⁴² 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kamu Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 637. maddesinde Türk Akreditasyon Kurumu; 770. maddesinde Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü; 591. maddesinde Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, 646. maddesinde Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 530. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri gibi sayılan kuruluşların sunacakları hizmetler karşılığında elde edecekleri gelirler sayılmıştır.

2. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı ve 4736 Sayılı Kanun'un Etkisi

a. İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı

Ülkemiz mevzuatında, idareye sunduğu kamu hizmetinin karşılığını belirleme yetkisinin kapsamı çeşitlidir. Bazı kamu hizmetleri bakımından, alınacak karşılığın hesaplanma metodu ve kalemleri¹⁴³ ayrıntılı olarak sayılmış ve hatta bazı kamu hizmetleri için karşılığın tam miktarı¹⁴⁴ da belirlenmiştir. Eğitim, sağlık, su gibi hizmetlerde ilgili idarelere verilen yetkiler buna örnek gösterilebilir¹⁴⁵. Bazı kamu hizmetlerinde ise, idarenin görev ve yetkileri arasında, sunulan kamu hizmetlerinden alınacak karşılıkları belirleme yetkisi düzenlenmiş ancak bu karşılıkların belirlenme esas ve usulleri bakımından hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁴⁶. Bu bakımdan idareye, karşılıkların belirlenmesi hususunda bir takdir yetkisi bırakıldığı anlaşılmaktadır.

İdarenin, sunduğu kamu hizmetinden alacağı karşılığı belirleme hususundaki takdir yetkisi sınırsız ve temelsiz olamaz. İdare bu yetkisini, takdir yetkisinin dayanağı olan kanunun çizdiği çerçevede kullanmak zorundadır. Dolayısıyla takdir yetkisinin genişliğini kanunun çizdiği sınır oluşturmaktadır. Kanun, karşılığı tam olarak belirleyebileceği gibi karşılıkların belirlenmesi hususunda birtakım ilke ya da esaslar da koymuş olabilir. Bu durumda, kanunda öngörülen biçime uyulmaksızın işlem yapılması açıkça hukuka aykırılık oluşturacaktır.

¹⁴³ 2560 İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 23, *Tarife tespit esasları*: “Su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masraflarına ilave (...) bir kar oranı esas alınır.”

¹⁴⁴ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md. 68. “Katılım payı, birinci fıkranın (a) bendindeki sağlık hizmetleri için 2 Türk Lirası olarak uygulanır.”

¹⁴⁵ 3843 Sayılı Yükseköğretim Kurumlarında İkili Öğretim Yapılması, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunun Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun md. 7, 14. ;5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md. 68.; 2560 İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 23.

¹⁴⁶ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kamu Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 188.maddesinde Kredi ve Yurtlar Genel Müdürlüğü; 347. maddesinde Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı; 389. maddesinde Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi; 724. maddesinde Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 97. maddesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı; 166. maddesinde Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı, 352. maddesinde Sağlık Bakanlığı; 474. maddesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, 23 sayılı Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesinin 6. fıkrasının (i) bendi ile verilen yetkiler böyledir.

Mevzuatımızda yaygın biçimde yer alan bir diğer düzenleme biçiminde, üst norm, sadece idareye karşılık alma noktasında yetki vermekte ancak karşılığın belirlenmesi hususunda hiçbir hüküm içermemektedir. Bunun yanında, idareye, sunduğu hizmetten alacağı karşılığı, sadece gelirleri kısmında zikrederek karşılık alma konusunda yetki vermiş olabilir. Bu durumlarda idarenin karşılık belirleme yetkisi geniş olmakla beraber sınırsız değildir.

Konumuz bakımından önem arz eden husus, idarelerin karşılık alma konusundaki takdir yetkisinin sınırlandırılmasında kullanılan gerekçelerdir. İdare sahip olduğu bu geniş takdir yetkisi ile, hizmetin karşılığına esas olan maliyet ya da giderlerin hesaplanma metodunu¹⁴⁷, karşılığın hangi para birimi üzerinden alınacağını¹⁴⁸, karşılığın tahsil periyodunu tayin etme¹⁴⁹, hizmetin kademelere ayrılması ya da tarifye bağlanması¹⁵⁰ ve sunulan hizmetten ücretsiz ya da tenzilatlı yararlanacakları belirleme yetkisini haizdir. Bu konuları tayin etme hususunda bir takdir yetkisi mevzuat temeli olması halinde bulunduğu açıksa da yapılan işlem, bir idari işlem olduğundan hukuka uygun ve yargısal denetime açık olmak durumundadır. Nitekim Danıştay, belediye tarafından tespit edilen elektrik tarifesinin, Enerji Bakanlığınca geriye yürütülme kaydıyla onanması işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. “Anlaşmazlık konusu olayda, tasarrufun asıl unsuru

¹⁴⁷ Danıştay, Enerji KİT’lerinin döviz kurlarındaki ve petrol piyasasındaki değişim nedeniyle mali hedeflerinin altında kalınmasından ötürü maliyet bazlı fiyatlandırma usul ve esaslarına geçilmesine ilişkin Yüksek planlama kurulu kararının iptali istemiyle açılan davayı reddetmiştir. D.13.D., E.2008/8484, K.2010/3539, T.27.4.2010, DD.125, s.411.

¹⁴⁸ Karşılığın alınacağı para birimi kural olarak Türk lirasıdır. “Devletin kurum ve kuruluşlarınca tekel niteliğinde kamu hizmeti olarak sunulduğu açık olan bir hizmetin fiyatının, özel hukuk kişileri gibi akit serbestisi içinde yabancı para birimi ile belirlemesi ve böylece değişken bir esasa bağlanması, kamu hizmetinin önem ve ciddiyeti ile bağdaşmayacağı gibi bu tür hizmetlerin bedelinin Devletin kabul ettiği ve Türkiye Cumhuriyeti’nin resmi para birimi üzerinden belirlenmesi de asıldır. Öte yandan kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, döviz kurlarındaki artışlardan etkilenen hizmetlerin fiyatlarının dövizle endekslenerek belirlenmesi ulusal ekonominin hedefleri ve sosyal gereklerle de bağdaşmamaktadır.” D.10.D., T. 12.3.1997, E.1996/10317. Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 373. Türk Lirası dışında bir para birimi üzerinden karşılık alınmasının idarenin takdir yetkisinde olması için buna müsaade eden bir düzenleme gerekir. Dolayısıyla olaya özgü bir düzenleme olması gerekir. Buna örnek olarak Boğaz köprüsünden geçiş ücretlerinin yabancı para birimi üzerinden de yapılabileceğine ilişkin yönetmelik (özellikle 12. madde)

gösterilebilir.<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4718&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

¹⁴⁹ Danıştay, Ankara’da su ücretlerinin TEFE (Toptan Eşya Fiyatları Endeksi)’ye göre belirlenmesi, tüketim miktarını kademelendirilmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesi işlemine karşı açılan davada, bu işlemin belde halkına yük teşkil edecek ve eşitliği bozacak bir uygulama olması gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. D. 8.D., E. 2008/8591, K. 2009/2023, DD.121, s.306.

¹⁵⁰ D. 8. D. E. 2011/706, K. 2014/1738, T. 16.5.2012, DD.131(2012), s.214.

olan iradeyi, yerinden yönetim idaresinin karar organı olan belediye meclisince 28.6.1976 gününde kabul edilen zamlı elektrik tarifesi oluşturmakta olup bu tarifiede Elektrik Tarifeleri Talimatnamesi gereğince vesayet makamı olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca herhangi bir değişiklik yapılması olanağı bulunmadığından, tarifenin yürürlük tarihinin, belediye meclisi karar tarihi olan 28.6.1977 günü olarak saptanması gerekirdi. Bu tarihten daha ~~sonraki~~ tarih olan 1.3.1977 günü olarak saptanması yasal olarak mümkün değildir.”¹⁵¹

Dolayısıyla özellikle yargı organlarının, idarenin karşılık alma yetkisinin kullanmasının hukuka uygunluğu denetiminde kullandığı gerekçelerin ayrıca incelenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Zira bu gerekçeler, idarenin karşılık alma yetkisinin sınırlarının tespiti ve böylece meccanilik ilkesinin bu yetki üzerindeki etkisini göstermesi bakımından önemli parametrelerdir.

Danıştay, kamu hizmetinden karşılık alma yetkisine dayalı olarak yapılan işlemlerin yargısal denetiminde “*kamu hizmetinin niteliğini*¹⁵² ve *maliyetini*”¹⁵³ göz önünde bulundurmaktadır. Bunun yanında o “*hizmetin yararlanıcı kitlesini*”¹⁵⁴ göz önüne almakta ve bu yararlanıcı kitlesi içinde farklı hukuki statüde olanlara “*eşitliği sağlama*” maksatlı çeşitli uygulamaların isabetini değerlendirmektedir. Yapılan karşılık belirleme işleminin hem bizzatı kendisinin hem de eşitliği bozucu etkisinin değerlendirilmesinde ortaya çıkan bir başka gerekçe de “*kişilere külfet getirmeme yükümlülüğü*”¹⁵⁵dür.

Sonuç olarak idareye karşılık alma yetkisi verildiği durumlarda dahi, meccanilik ilkesi etkisini sürdürmektedir. Zira yukarda zikredilen kararlarda da görüldüğü üzere, idareye karşılık belirleme yetkisi verilse dahi karşılık alma

¹⁵¹ D.9.D., E.1977/4474, K.1978/3022, T. 9.11.1978, DD.34-35, s.417. Kararın naklettiğimiz son cümlesindeki “sonraki” ifadesi sehven yazılmış olduğu anlaşılmakta ve bu ifadenin “öncesi” şeklinde anlaşılması gerekir.

¹⁵² “...yasa ile düzenlenmeyen ve yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular kapsamında yer verilmeyen sosyal hizmetlerin bedel karşılığı sunulması koşulunun yönetmelikle getirilmesine olanak bulunmadığı...” DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.3.7.2000, DD.104, s.54., D.8.D., E.1995/4420, K.1997/1490, T.5.5.1997., DD. 94, s.539., D.13.D., E. 2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005., DD.112., s.438.

¹⁵³ Danıştay, ülkemizde doğalgazın %90’ının ithal edilmesini nedeniyle, dünya piyasasında petrol ücretleri, döviz kurlarında değişim gibi unsurların hizmet maliyetine etkisi nedeniyle doğalgazdan alınan karşılıklara yapılan zamları hukuka aykırı bulmamıştır. D.13.D., E.2008/8484, K.2010/3539, T.27.4.2010, DD.125, s.411.

¹⁵⁴ D. 8.D., E. 2008/8591, K. 2009/2023, DD.121, s.306.

¹⁵⁵ D.10.D., T. 12.3.1997, E.1996/10317. Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s. 373., D. 8.D., E. 2008/8591, K. 2009/2023, DD.121, s.306.

yetkisine dayalı olarak yapılan işlemlerin yargısal denetiminde, yapılan faaliyetin niteliği, maliyeti, yararlanıcı kitlesi gibi hususlar birlikte düşünülerek değerlendirme yapılmaktadır. Yargının açıkça olmasa da birtakım esaslar üzerinden idarenin karşılık alma yetkisini sınırlama çabası, meccanilik ilkesinin etkisini gösterir nitelikte olup günümüzde meccanilik ilkesinin anlam ve işlevini ortaya çıkarmaktadır.

b. 4736 Sayılı Kanun'un İdarenin Karşılık Belirleme Yetkisinin Kapsamı Üzerindeki Etkisi

İdarenin sunduğu kamu hizmetinden alacağı karşılığı belirleme yetkisi bağlamında, bu yetkinin kapsamında değişiklik yapan 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a değinmek gerekir. Bu Kanun'dan önceki dönemde, tüm kamu hizmetlerinden yararlanma mukabilinde alınan karşılıkların belirlenmesinde olduğu gibi, bu hizmetlerden kimlerin ücretsiz ya da tenzilatlı yararlanacağına ilişkin toplu bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ücretsiz ya da tenzilatlı yararlanmalara ilişkin hükümler mevzuatımızda dağınık halde ve farklı norm seviyelerinde düzenlenmiş bulunmaktaydı¹⁵⁶. Dağınık mevzuat ve takdir yetkisinin, hukukun genel ilkelerine uygun kullanılmaması sonucunda, uygulamada bir yeknesaklığın olmaması kamu hizmetinden yararlanmada birtakım ciddi problemlere yol açmaktaydı. Düşünülmeden ve dağınık halde yapılan gereksiz indirimler ile ücretsiz yararlanmalar sonucunda kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmaması, özellikle iktisadi değeri olan kamu hizmetlerinde öngörülen “kârlılık ve verimlilik” sağlanılamaması, kamu kaynağında israfın artması, kamu hizmetinden yararlanmada külfette eşitsizliğe yol açması gibi problemler ortaya çıkmaktaydı¹⁵⁷.

¹⁵⁶24/02/1968 tarihli 1005 Sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun, 03/11/1980 tarihli ve 2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve 12/04/1991 tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, TCDD Ücretsiz ve Tarife Altı Taşıma Yönetmeliği gibi düzenlemeler örnek gösterilebilir.

¹⁵⁷ D.1.D. E.1998/594, K.1999/18, T. 27.1.1999., DD.101, s.266. Bu tür problemleri doğuran talep ve alışkanlıkların 4736 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bile görülmeye devam etmesi, idarelerin bu konudaki takdir yetkilerini istismar ederek kullanmalarının ne kadar kemikleşmiş bir hal aldığını göstermesi bakımından önemlidir. Nitekim bu hususlara 4736 sayılı Kanun aracılığıyla son verilme amacı güdüldüğü Kanun'un genel gerekçesinde de belirtilmiştir. D.10.D., E. 2003/1034, K. 2005/399, T.8.7.2005., D.10.D., E.2008/9199, K. 2008/9358, T. 24.12.2008. DD.121, s. 340. Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı, K.41995, T. 7.6.2016. Sayıştay, 4.D., K. 29976, T. 5.4.2005., Sayıştay Temyiz Kurul Kararı K. 39285 T. 24.6.2014., Sayıştay 4. Daire K. 29976 T. 5.4.2005., (Kazancı İçtihat Bankası).

Danıştay, Kanun öncesi dönemde bu konuyla ilgili, yargı önüne taşınan uyuşmazlıklarda verdiği kararlarda, bir kamu hizmetinden ücretsiz ya da tenzilatlı yararlanmanın ancak yasal bir zorunluluk olduğu hallerde ve dar gelirliyi korumak gibi kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda mümkün olabileceğine hükmediyordu¹⁵⁸. Yargı organları, bu kriterlere uymayan işlemleri iptal ederek, kamu hizmetlerinden ücretsiz ve tenzilatlı yararlanmaları topluca düzenleyen belirli bir standart oluşturacak bir kanuna ihtiyaç duyulduğuna işaret ediyordu. Yargı organlarının, sadece dava konusu edilen işlemler bakımından yaptığı denetim kıymetli olmakla beraber uygulamadaki problemlerin çözümü için sınırlı kalmakta, kamu kaynaklarını koruyucu, yeknesak düzenlemenin kanun gücü ile korunması gerekmektedir.

Kanun koyucu, uygulamadaki ve yargı organları önüne taşınan bu problemlere çözüm olarak 2002 yılında 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'u kabul etmiştir. Bu Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticari indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanamayacağı, aynı maddenin 4. fıkrasında da Cumhurbaşkanı'nın 1. fıkra hükmünden muaf tutulacak kişi veya kurumları tespit etmeye yetkili olduğu kuralı yer almıştır. Bu düzenlemelerle, kamu hizmetlerinden ücretsiz ve indirimli yararlanmalarda bir standart getirilerek kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik sağlanmıştır. Bu Kanun'un 1. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında bazı dezavantajlı grupların kamu hizmetlerinden yararlanması için ayrı bir statü oluşturulmuş ve bu statü içine giren kişilere kamu hizmetlerinden ücretsiz ve indirimli yararlanma imkânı getirilmiştir. Bu Kanun'la beraber, Kanun'un çıkarılmasından önce geçerli olan indirimli ya da ücretsiz yararlanmalara ilişkin her türlü düzenleme de ilga edilmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ D.1.D. E.1998/594, K.1999/18, T. 27.1.1999., DD.101, s.266.

¹⁵⁹ TCDD Ücretsiz ve Tarife Altı Taşıma Yönetmeliği, Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği gibi yönetmelikler ilga edilmiştir. D.10.D., E. 2003/1034, K. 2005/399, T.8.7.2005., D.10.D., E.2008/9199, K. 2008/9358, T. 24.12.2008. DD.121, s. 340. Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı, K.41995, T. 7.6.2016. Sayıştay, 4.D., K. 29976, T. 5.4.2005., Sayıştay Temyiz Kurul Kararı K. 39285 T. 24.6.2014., Sayıştay 4. Daire K. 29976 T. 5.4.2005., (Kazancı İçtihat Bankası).

4736 sayılı Kanun'un, yürürlüğe girmesinden önceki döneme ait uygulamalara ve kararlara bakıldığında, idarelerin ürettikleri mal ve hizmetlerin gereksiz ve/veya eşitliği bozan ücretsiz ya da indirimli yararlanma şeklindeki uygulamaları nedeniyle ortaya çıkan israfın engellenerek kamu kaynaklarının korunması amacıyla çıkarılan bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Bu Kanun ile birlikte, idarenin mali kaynaklarının kanun gücüyle korunması sağlanmıştır. Böylece Kanun ve Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanı'nın belirledikleri dışındakilerin gereksiz olarak ücretsiz ve indirimli yararlanması hususunda idarenin icbar edilememesi sağlanmıştır.

Kanun'un amacı ve içeriğindeki düzenlemelere bakıldığında, "kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerin kural olarak paralı olduğu" çıkarımının yapılamayacağı görülmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin, tüm kamu hizmetlerini paralı hale getiren bir yönü ve kapsamı bulunmadığı anlaşılmış, yalnızca mevcut düzenlemelerde paralı olarak sunulması öngörülen hizmet ve mallardan, Kanun'a ve Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak çıkarılacak düzenlemeler kapsamında, ücretsiz ya da indirimli yararlanmanın gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Böylelikle kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerde amaçlanan hedeflerin gerçekleşmesi, yararlananlar arasında eşitliği bozucu uygulamaların ve kamu kaynaklarının israfının önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Sonuç olarak bu Kanun'un amacı, özellikle iktisadi kurumların piyasa koşullarına uygun kârlılık amacını güdebilmesi için diğer idarelerin indirimli ve ücretsiz olma yaklaşımını engellemeye yöneliktir. Yoksa meccaniliğe karşı açılmış bir savaşın kazanıldığını gösteren bir kanun değildir.

C. KARŞILIK ALINMASI HUSUSUNDA DÜZENLEME OLMAYAN KAMU HİZMETLERİNE UYGULANACAK HUKUKİ REJİM

Mevzuatımızda, karşılık alınması hususunda hiçbir hüküm içermeyen kamu hizmetleri bulunmaktadır. Bu kamu hizmetlerine uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesi için öncelikle idare hukukunda kanunun yeri ve önemi ile idare hukukunda boşluğun anlamına ilişkin ihtimallerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdare, kendisine kanunla görev olarak verilen faaliyetleri birtakım kamu gücü ayrıcalıkları içeren kamusal yetki ve usullere göre yürütür. İdare

verilen görevi, faaliyetlerin yürütülmesinde takip edilecek usul ve yetkilerin düzenlendiği kanuna dayanarak ve bu kanunun çizdiği sınırlar içinde yerine getirir. Buna idarenin kanuniliği ilkesi denir.

İdarelerin kanunla kurulma ve görev ve yetkilerin kanunla düzenlenme gereği ile kamu hizmetlerinin de yürütülmesinde kullanılan birtakım kamusal yetki ve usuller dolayısıyla kanunla kurulması, düzenlenmesi ve kaldırılması gerekmektedir¹⁶⁰. Kamu hizmetlerinin sunulması mukabilinde yararlanan kişilerden bir karşılık alınması da kamu hizmetinin doğal olarak içinde mündemiç olmayan ama eklenebilen bir unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetinden karşılık alınması hususunun yine kanunla, cumhurbaşkanı kararnamesiyle ya da bunların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak yapılan bir idari işlemle düzenlenmesi gerekir.

Mevzuatımızda kimi kamu hizmetlerine ilişkin hükümlerin yer aldığı düzenlemelere bakıldığında, bu hizmetlerden karşılık alınması hususunda yetki veren ya da buna işaret eden hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir¹⁶¹. Kamu hizmetinden karşılık alınması hususunda hiçbir hükmün yer almadığı düzenlemelerdeki boşluğun anlamına ilişkin iki ihtimal bulunmaktadır: *bilinçli boşluk* ve *bilinçli olmayan boşluk*. Bilinçli olmayan boşluk, toplumun gelişen ihtiyaçlarına tam olarak yetişememe durumunda meydana gelebilir. Doktrinde, bilinçli olmayan boşluklar, idare hukukunun genç ve gelişmekte olan bir hukuk dalı olmasından ötürü doğal karşılanmış ve bu boşluğun doldurulması için birtakım metotlar önerilmiştir¹⁶². Kıyas ve hukukun genel ilkelerinden yararlanma metotları kullanılarak bu boşluklar doldurulabilir. Fakat bu metotların kullanılarak boşlukların doldurulmasıyla kişilere yükümlülük getirme ya da hak ve hürriyetleri kısıtlama yoluna gidilemez.

¹⁶⁰ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar C. I**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara, , s.649-650., Aydın Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987., s.28-29.

¹⁶¹ Mevzuatta karşılık alınması hususunda hiçbir hüküm olmayan kamu hizmetlerine, belediye ve il özel idarelerce sunulan ve genel statü içinde yararlanılan tüm mahalli kamu hizmetleri (ağaçlandırma, aydınlatma, itfaiye gibi), sosyal hizmetler, genel kolluk hizmetleri, nüfus hizmetleri, devlet arşiv hizmetleri, milli ve halk kütüphanelerinden yararlanılması ve meteoroloji hizmetleri örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶² Tahsin Bekir Balta, **Kısa İdare Hukuku I**, TODAİE, Ankara, 1967., s.84.; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku** s. 150., Tekin Akıllıoğlu, **Hangi Hukuka Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.286-290.

Bilinçli boşluk durumunda, kanun koyucunun bir konudaki sessizliği, bilinçli bir olumsuzluk ve edilgen bir tutumdur. Bu sessizlik ve edilgen tutum, yasanın böyle bir hususu unuttuğu ve gerisinde bir boşluk bıraktığı anlamına gelmez. Sessizlik ve edilgenlik pek ala da olumsuz çözüm anlamına gelebilir¹⁶³. Bu ihtimalde, kimi kamu hizmetlerinden alınacak karşılıklara ilişkin düzenleme olmayışı, kanun koyucunun bu hizmetlerden karşılık alınmamasını sağlamak bakımından takındığı bir tutumdur. Bu ihtimal, idarenin yetki ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini gerektiren idarenin kanuniliği ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Nitekim yargı organlarının önüne taşınan uyuşmazlıklara ilişkin değerlendirmeleri de bu yaklaşımı haklı kılmaktadır. Yargı organlarına göre, kanunda karşılık alınması hususunda bir belirleme bulunmuyorsa, idareler, düzenleyici işlemlerle karşılık alınması hususunu düzenleyemez. *“Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.”*¹⁶⁴

Bu durumda, eğer bir kanunda veya cumhurbaşkanı kararnamesinde düzenlenen kamu hizmeti mukabilinde karşılık alınması hususu düzenlenmemişse ve bu hususta bir takdir yetkisi verildiğine ilişkin hüküm bulunmuyorsa, buradaki boşluk bir bilinçli boşluktur ve kanun koyucu bu hizmetlerden karşılık alınmamasını istemiştir. Mevzuatta karşılık alınması hususunda hiçbir hüküm olmayan kamu hizmetlerine, belediye ve il özel idarelerce sunulan ve anonim yararlanmaya konu olan mahalli kamu hizmetleri (ağaçlandırma, aydınlatma, itfaiye gibi), sosyal hizmetler, genel kolluk hizmetleri, nüfus hizmetleri, devlet arşiv hizmetleri, milli ve halk kütüphanelerinden yararlanılması ve meteoroloji hizmetleri örnek olarak gösterilebilir. Bu hizmetlerin niteliğinin statüter yararlanmaya uygun düşmediği, hizmetlerden elde edilen faydanın bölünemez olmasından ötürü ancak anonim yararlanmaya konu olabileceği görülmektedir. Bu yararlanma biçiminin genel olarak meccani yararlanma biçiminde uygulanması da göz önünde bulundurulduğunda,

¹⁶³ Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015., s. 113.

¹⁶⁴ D.8.D., E.1995/4420, K.1997/1490, T.5.5.1997., DD. 94, s.539., D.13.D., E. 2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005., DD.112., s.438., DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.3.7.2000, DD.104, s.54.

karşılık hususunda bir düzenleme bulunmayan kamu hizmetlerinden yararlanmanın meccani olması gerekmektedir. Dolayısıyla karşılık konusunda hiçbir belirlemenin bulunmadığı durumlarda, kural olarak ücretsiz yararlanma geçerlidir ve uygulanacak hukuki rejim meccanilik ilkesinin klasik görünümüdür.

III. DOKTRİNDE MECCANİLİK İLKESİ VE KAMU HİZMETLERİNDEKİ YERİ VE ETKİSİNE DAİR YAKLAŞIMLAR

1980'lerden itibaren kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların çeşitlenmesi, meccanilik ilkesinin klasik anlam ve etkisindeki değişim, doktrindeki görüşleri de etkilemiştir. Zira doktrinin bu değişimi değerlendirmesi ve meccanilik ilkesinin anlam ve etkisini yeniden düşünmesi gerekmiştir. Bu nedenle doktrindeki yaklaşımların sağlıklı biçimde ele alınması için, konunun dönemsel boyutunu da kucaklayan bir plan üzerinde anlatmak gerekebilir. Dolayısıyla meccanilik ilkesinin yeri ve anlamına ilişkin doktrindeki görüşlerin 1980'lerdeki dönüşüm öncesindeki dönemi anlatmak için klasik dönem; bu tarih ve sonrası için modern dönem şeklinde iki ana başlık altında aktarılması tercih edilmiştir.

A. KLASİK DÖNEM YAKLAŞIMLARI

Klasik dönemde, meccaniliği kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edenler ve etmeyenler olmak üzere iki temel yaklaşım görülmektedir.

1. Meccaniliği Bir Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Kabul Eden Yaklaşım

Meccaniliği kamu hizmeti ilkesi ve kamu hizmetinin bir unsuru olarak kabul eden yaklaşımın temsilcileri olan *Onar* ve *Sarıca*'nın görüşlerine bakıldığında, meccanilik fikrini idare hukukunda ortaya atanlardan biri olan *Hauriou*'nun görüşlerine oldukça benzediği görülmektedir. Tıpkı *Hauriou* gibi, kamu hizmetinin meccaniliğini, kamu hizmetinin kamu yararına yönelmiş bir faaliyet olmasına dayandırmaktadırlar. Nitekim *Onar*, "*Amme hizmetlerinin umuma arz edilmiş olmasının bir neticesi de bunların meccani, parasız olmasıdır.*"¹⁶⁵ diyerek meccaniliği kamu yararının bir sonucu olarak görürken *Sarıca* da "*sunulan kamu hizmetlerinden karşılık alınmaması, idare görevi ve kamu hizmeti kavramlarının felsefesinin bir gereğidir.*"¹⁶⁶ demiştir. Ancak *Hauriou*'dan farklı olarak kamu

¹⁶⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, s.18.

¹⁶⁶ Ragıp Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları*, (daktilo ile çoğaltma), 1971-1971, İstanbul, s.35.

yararının yanı sıra eşitliğin de meccaniliğin bir temeli olduğu vurgusu yapılmasa da *Onar*, kamu hizmetinin umumilik esası başlığı altında eşitlik ve meccaniliği birlikte ele almış ve eserin muhtelif sayfalarında yaptığı değerlendirmelerinde de kamu hizmetine ilişkin uygulanacak esaslar arasında eşitlikle birlikte meccaniliği de zikretmiştir¹⁶⁷.

Sarıca'ya göre, meccanilik ilkesi, kamu hizmetini bir özel hukuk teşebbüsünden ayıran önemli bir özelliktir. Çünkü kamu hizmetinin konusu kamu yararadır ve idarenin bu faaliyetleri yürütürken bir özel teşebbüs gibi özel kâr amacı gibi bir gayesi yoktur¹⁶⁸. Ona göre, kamu hizmetinden alınan karşılıklar, asla bir kârı barındıramayacağı gibi hizmet giderlerinin tam karşılığı olan maliyet de değildir. Çünkü sadece hizmetin maliyetini içeren bir karşılık da bazı yararlananlar bakımından yüksek olabilir ve bu kişileri hizmetten yararlanmadan caydırabilir ya da o hizmetten yararlanmak için başka bir ihtiyacından fedakârlık yapmasına neden olabilir¹⁶⁹. *Sarıca*'dan farklı olarak *Onar*, kâr amacını kamu hizmetinin meccaniliği ile bağdaştırmaktadır. *Onar*'a göre, kamu hizmetlerinden bir kâr elde edilirse de bu bir gaye değil sonuçtur. Asıl amaç kâr elde etmek olmadığı sürece, kamu hizmeti neticesinde bir kâr edilse bile bu yine toplumun faydasıdır. Çünkü bu, kollektif ihtiyaçların daha kolay ve müsait bir şekilde karşılanmasına sarf edilir¹⁷⁰.

Onar ve *Sarıca* kamu hizmetinden yararlanma biçimlerine göre kimi hizmetlerden doğrudan doğruya yararlanmalardan bir *ücret* alınabileceğini söylemektedir¹⁷¹. Ancak bu durum, meccanilik ilkesinin bir istisnası olarak görülmelidir¹⁷². Çünkü meccanilik zaten kişilerin vergiler yoluyla kamu hizmeti giderlerine iştirak etmelerinden doğduğundan, dolaylı bir vergi olarak düşünülmesi gereken *ücret*lerin de meccanilik ilkesine aykırı görülmemesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim bu paraların, sunulan hizmetin tüm giderlerinin karşılanması mümkün

¹⁶⁷ *Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s.17., 526., 537.

¹⁶⁸ *Sarıca, İdare Hukuku Ders Notları*, s.35.

¹⁶⁹ *Sarıca, İdare Hukuku Ders Notları*, s. 38.

¹⁷⁰ *Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 19.

¹⁷¹ *Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 521- 524., *Sarıca, İdare Hukuku Ders Notları*, s. 36.

¹⁷² *Sarıca, İdare Hukuku Ders Notları*, s. 36.

olmadığı gibi belirlenme esasları da iktisadi esaslar değil, adil vergilendirme esaslarıdır¹⁷³.

2. Meccaniliği Bir Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Kabul Etmeyen Yaklaşım

Meccaniliği bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul etmeyen yaklaşımdaki yazarların ortak yönü, meccaniliğin, kamu hizmetinin bir unsurunu ya da belirleyici bir özelliğini teşkil etmediğini savunmalarındır. Kamu hizmetleri paralı sunulabileceği gibi parasız da olabilir. Nitekim *Duran*'a göre, idari faaliyetin paralı ya da parasız olması kamu hizmeti sayılması ya da sayılmamasını gerektirmez¹⁷⁴.

Bu yaklaşımdaki bazı yazarlar, meccaniliğin kamu hizmetlerinin az sayıda olduğu zamanlarda geçerli bir ilke olduğunu fakat günümüzde geçerli bir ilke olarak kabul edilmemesi gerektiğini¹⁷⁵ savunurken bazı yazarlar da meccaniliğin kamu hizmeti ile ilgisi olmayan bir mali politika sorunu olduğunu yazmaktadır¹⁷⁶.

Bu yaklaşımı benimseyen yazarlar, meccaniliği bir kamu hizmeti sorunu olarak kabul etmeseler de bazı kamu hizmetlerinin parasız bazı kamu hizmetlerinin kamu yararı gereğince paralı olması gerektiğini ileri sürmekten kendilerini alamamışlardır. Yararlanma biçiminin, hizmetin paralı ya da parasız olması üzerinde etkisine değinen *Duran*'a göre, anonim yararlanmalar parasız iken teker teker yararlanmalar genellikle paralıdır¹⁷⁷. *Gözübüyük*'e göre, kolluk hizmetleri parasız iken iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin paralı olması kuraldır¹⁷⁸. *Balta* da iktisadi kamu hizmetleri gibi ücretli birtakım kamu hizmetlerinin paralı olmasının kural olduğunu belirtmiştir. Zira bu hizmetler yararlanan kişilere birtakım iktisadi değer sağladıklarından bu gibi hizmetlerin parasız sunulması, kamu hizmetinin dayandığı kamu yararı anlayışına ve eşitliğe aykırılık oluşturur. Bu gibi yararlanana iktisadi fayda sağlayan hizmetlerin parasız olması, bu hizmetten doğan giderlerin vergilerle karşılanmasını gerektirir. Böylece, hizmetin mali yükünü, hizmetten hiç

¹⁷³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I., s. 18-19., 520., Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 39.

¹⁷⁴ Lûtfî Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982., s.307.

¹⁷⁵ Lûtfî Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.307-308.

¹⁷⁶ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, C.I, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970, (AÜSBF yayınları no:326). s.22.

¹⁷⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.307.

¹⁷⁸ Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s.162.

yararlanmayanların, az yararlanan veya ne kadar yararlandığı belli olmayan vergi yükümlülerinin sırtına yüklemek anlamına gelir ki bu da hakkaniyete uygun değildir¹⁷⁹.

B. GÜNÜMÜZDE ANLAM VE ETKİSİ DEĞİŞEN MECCANİLİK

1980'lerden günümüzde kadar geçen sürede, meccanilik ilkesine ilişkin yazılan eserlerin büyük çoğunluğunda, meccanilik ilkesinin klasik yeri ve etkisinin değiştiği ifade edilmiştir.

Meccaniliğin klasik anlam ve etkisinin, kamu hizmetinin hem nicelik hem de nitelik bakımından çoğalması¹⁸⁰, kamu hizmetinden yararlananların sayısında artış olması¹⁸¹, yararlanan ile yararlanmayan arasındaki eşitsizliğin giderilmesi¹⁸², kamu hizmetlerinin görülüş usullerindeki genişleme, yeni yatırımların yapılma ihtiyacının doğması ve daha fazla finansman ihtiyacının ortaya çıkması¹⁸³ gibi gerekçelerle yitirdiği ileri sürülmüştür.

Meccanilik ilkesinin geçirdiği bu dönüşüm neticesinde, kamu hizmetlerinden karşılık alınıp alınmayacağı, alınırsa hangi kamu hizmetlerinden alınacağı, alınan karşılığın miktarı ve niteliğinin nasıl tespit edilmesi gerektiği ile ilgili ortaya çıkan birçok problemin çözümü hususunda doktrinde kısmi bir uzlaşının sağlandığı söylenebilir. Bu kısmi uzlaşya göre, meccanilik ilkesinin günümüzde, kamu hizmetinden yararlanandan alınan karşılıkların hakkaniyete uygun, eşitliği bozmayan, adil ve makul ölçülerde tespit edilmesini sağlayan ve kâr amacı ile kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleyen işlev olmak üzere iki temel fonksiyonu bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinden alınan karşılıklar bakımından yerine getirdiği işlev, kamu hizmetinden alınacak karşılıkların gelir düzeyi en düşük olanların bile kolaylıkla ulaşabileceği biçimde, adil, makul bir miktarda olmasını sağlamasıdır¹⁸⁴. Başka deyişle kamu hizmetinden alınacak karşılıkların toplumda hizmete ulaşmak

¹⁷⁹ Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, s.22., Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.308.

¹⁸⁰ Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, s.41., Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017., s.335-337.

¹⁸¹ Günday, **İdare Hukuku**, s.335-337.

¹⁸² Tan, **İdare Hukuku**, s. 656., Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2010., s.80., Yasin, “*Kamu Hizmeti*”, s. 438., Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, **İdare Hukuku**, s.554.

¹⁸³ Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, **İdare Hukuku**, s.554.

¹⁸⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s.81-82.

bakımından herkesin ödeyebileceği bir miktar olması ve yararlananlar arasında eşitliği bozmayacak, hizmetten yararlanmayı zorlaştırmayacak şekilde belirlenmesi meccanilik ilkesinin günümüzdeki işlevi olarak görülmektedir¹⁸⁵. Meccaniliğin, yararlananlar arasında eşitliği sağlama gerekçesi ile dönüşmesi ve yararlananlar arasında eşitliği sağlamada bir araç olması nedeniyle, kimi yazarlar meccanilik ilkesinin müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olmadığını düşünmekte ve eşitlik ilkesinin altında ele almaktadır¹⁸⁶.

İdarenin hangi kamu hizmetlerinden karşılık alabileceği hangilerinden almayacağı hususu net olarak ortaya konmamakla beraber, mecburi kamu hizmetlerinden aksi yönde bir düzenleme olmadıkça karşılık alamayacağı kabul edilirken iktisadi ve sınai kamu hizmetleri ve ihtiyari kamu hizmetlerinden karşılık alabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁷. Karşılık alınabileceği kabul edilen kamu hizmetlerinden alınacak karşılığın miktarı hususunda, karşılık alınabileceğine ilişkin bir hüküm var ise de iktisadi nitelikte olmayan kamu hizmetlerinden kâr ihtiva eden bir karşılık alınamayacağı, hatta yararlanıcıların hizmete ulaşmalarını zorlaştıracığından ötürü maliyet düzeyinde bile karşılık alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁸. İktisadi ve sınai kamu hizmetleri bakımından ise kâr amacının asıl gaye olmaması kaydıyla yararlanıcıların hizmete ulaşmasını zorlaştırmayan ve ödeme güçleri oranında kâr elde edilebileceği kabul edilmektedir. Kâr amacı ile bağdaşabilir olması nedeniyle birçok yazar meccanilik ilkesinin, iktisadi ve sınai kamu hizmetleri bakımından geçerli olmadığını ileri sürmektedir¹⁸⁹.

Kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların niteliği hususunda da bir mutabakat bulunmamakla beraber çoğunluk görüşü, iktisadi nitelikte olmayan kamu hizmetlerinden alınan karşılığın dolaylı bir vergi olarak görülmesini savunmakta iken

¹⁸⁵ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017., s.239., Turan Yıldırım, “*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*”, in **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, İstanbul, 2001., s. 40-41., Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **İdare Hukuku**, s.615.,

¹⁸⁶ Tan, **İdare Hukuku**, s.658-666. Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*”, s.38-40.

¹⁸⁷ Yayla, **İdare Hukuku**, s.79., Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015., s. 232., Gözler, **İdare Hukuku**, s. 347.

¹⁸⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s.335-337.

¹⁸⁹ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.230., Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018., s.242-243., Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014, 170-171.

diğer görüş iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin maliyet ve kârdan oluşan bir *fıyat* olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁰.

Meccanilik ilkesinin ikinci işlevi, kamu hizmetlerinin salt kâr amacı ile yürütülmesini engelleyici fonksiyonudur. Buna göre, meccanilik ilkesi, idare hukukun kamu yararı kavramıyla anılan temel bir kavramıdır. İdarenin kamu hizmetlerine girişmedeki amacının kamu yararını sağlamak olduğu, bir “kâr” elde etmek olmadığı için, eğer kamu hizmetlerinden bir karşılık alınması öngörülüyorsa da bunun mutlaka kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bunun temel ilkeye uygun düşmesi gerekir¹⁹¹. Ancak buradaki kâr amacı, asla kamu hizmetinin asıl gayesi olamaz¹⁹².

Sonuç olarak, doktrinde meccanilik ilkesinin günümüzdeki kamu hizmetleri üzerindeki etki, anlam ve işlevi bakımından ağırlıklı olarak “*tam karşılıksızlıktan kâr amacı gütmemeye varan geniş bir yelpaze*”¹⁹³ kabul edildiğini söylemek mümkündür¹⁹⁴. Bunun yanında idarenin kamu hizmetlerinin sunulmasında bir miktar kâr içeren karşılık alabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, faaliyetin yürütülmesinde asıl gaye asla kâr amacı olamaz, faaliyetin asıl amacı olan kamu yararı ile birlikte düşünülmesi zorunludur¹⁹⁵.

Bu noktada doktrinin uygulama ve yargı kararlarıyla uyuşmayan yorumlarının, yasama ve yargıya olması gerekeni gösterme kaygısından kaynaklandığı vurgulanmalıdır. Nitekim Özey, meccanilik kavramının, idare tarafından tamamen unutulmuş, gelir düzeyi en yüksek ülkelerde bile görülmeyen tek bir yüksek fiyat uygulaması ile kamu hizmetlerinin satıldığı belirtmiştir. Bu eleştirisini veciz bir şekilde şöyle dile getirmiştir: “... kamu hizmetinin karşılığına ilişkin görüntüde

¹⁹⁰ Özey, *Günlükte Yönetim* s.239., Yasin, “*Kamu Hizmeti*”, s. 439., Gözler, *İdare Hukuku*, s. 345-352., Günday, *İdare Hukuku*, s.335-337., Karşı Yönde; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s.242-243.

¹⁹¹ Özey, *Günlükte Yönetim*, s.238-239., Yıldırım, “*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*”, s. Günday, *İdare Hukuku*, s.335-337.

¹⁹² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 19., Özey, *Günlükte Yönetim*, s.238-239.

¹⁹³ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s.234.

¹⁹⁴ Özey, *Günlükte Yönetim*, s.238-239., Gülan, “*Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*”, s.38-41. Günday, *İdare Hukuku*, s. 335-337., Yaşar, *İdare Hukuku*, s.170-171.

¹⁹⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 19., Özey, *Günlükte Yönetim*, s.238-239.

hizmet sunan sanki ‘idare’ değil de gözüünü para hırsı bürümüş ‘muhtekir bir tüccar’dır.’¹⁹⁶



¹⁹⁶ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 240. Benzer yönde bir eleştiri, Karahanoğulları tarafından dile getirilmiştir. gelinen noktada Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmetlerini kâr sağlama amacı bağdaştırmasını ve hatta “sağlık işletmelerinin zorunlu olarak kâr amacı güdeceğini” belirttiği kararını kamu hizmetlerinin kamu hizmetlerinin satılması anlayışına geçilmesi nedeniyle eleştirmiştir. Günümüzde, kamu hizmetlerinin bedelli olması anlayışından ücretli olma anlayışına geçildiğini belirten Karahanoğulları, idare ile hizmetten yararlanan arasındaki ilişkinin alım satım ilişkisine, yararlananların da müşteriye dönüştüğünü belirtmiştir. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.241-243.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MECCANİLİK İLKESİNİN GÜNCELLİĞİ VE BAĞIMSIZLIĞI

Kamu hizmetinin meccaniliği, Cumhuriyet'in ilk yıllarında dönemin sosyo-ekonomik şartları nedeniyle benimsenen devletçi ekonomi politikalarının etkisiyle, imkanların el verdiği oranda, toplumsal ihtiyaçları tatmin etme ve eşitliği sağlama araçlarından en mükemmeli idi. Bu anlayış ülkemizde uzun süre devam etmiş ve kamu hizmetlerinin meccani olarak sunulması ya da karşılık esasına bağlanması hususunun ülkelerin benimsedikleri ekonomi politikası ile bağlantısı gözden kaçmıştır. Bunun neticesinde kamu hizmetinin meccaniliği dondurulmuş, adeta *kıvrılmaz kırılır* bir hale gelmiştir. Ülkemizin sosyo-ekonomik durumu ile beraber 1980'lerden itibaren tercih edilen ekonomi politikalarının değişmesi, kamu hizmetlerinin finansmanı ve kamu hizmeti karşılıklarını da etkilemeye başlayınca, kamu hizmetlerinden karşılık alınmasının yaygınlaşması, kırılmayı gerçekleştirmiş ve meccanilik ilkesi hukuki değerini kaybeden “*tarihsel bir anı*”¹ şeklinde ifade edilmiştir.

Değerini kaybettiği ifade edilmekle beraber meccanilik ilkesinin yerine getirdiği işlevlerini tam olarak ifa eden ikame bir kavram da ikmal edilememiştir. Bunun yerine hukuki değeri daha yüksek olan kimi ilke ve kavramların koruması altına sokulmuştur. Hem kamu hizmeti karşılığının ekonomi politikalarıyla olan ilgisinin değerlendirilememesi hem de bu kestirme gölgeleme çözümü, meccanilik ilkesinin aşınmasına neden olmuş ve birçok kere ifade edildiği üzere *kamu hizmetlerinde bedel sorunu*² olarak günümüze kadar gelmiştir.

Kamu hizmetlerinden alınan karşılıklar ve meccanilik ilkesinin hukuki değer ve sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bu bölümde, ilk olarak ilkenin, koruması altına sokulduğu kavram ve ilkelerden temizlenmesi ile sağlam zemine oturacak bir değerlendirme imkânı oluşturulacak; ikinci olarak kurulan zemin üzerinde meccanilik hukuki sonuçları ile birlikte inşa edilmeye çalışılacaktır.

¹ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017., s.235.

² Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s.371., Onur Çağdaş Artantaş, “*Kamu Hizmet ve Bedel*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.

I. MECCANİLİĞİ GÖLGELEYENLERDEN KURTARMAK YA DA MECCANİLİK İLKESİNİ KAMU HUKUKUNDAKİ FARKLI GÖRÜNÜMLERİ ARASINDAN AÇIĞA ÇIKARMAK

Meccanilik ilkesini ve hukuki değerini konu edinen bu çalışmada, evvela bu düşüncenin taşıyıcısı olan kavramın kapsam ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu, esasında kolay olmayan bir uğraş olmakla beraber açıklığa kavuşturulması gereken ilk problematik olup daha sonraki hususları değerlendirebilmek için sağlam bir zemin oluşturacaktır.

Meccanilik ilkesi ve kamu hizmetinden karşılık alınması hususu, anayasa, vergi ve idare hukukunun çeşitli dallarını ilgilendirmektedir. Konunun çok yönlülüğü nedeniyle meccanilik ilkesi birçok kamu hukuku kavramı ile iç içe olmuştur. 1980'lerden itibaren yaşadığı ölüm-kalım savaşı nedeniyle de meccanilik ilkesinin diğer kavramlarla kurduğu dirsek teması zayıflatılarak hukuki değeri daha güçlü olan ilke ve kavramların gölgesine itilmiştir. Esasen bu uğraşın kıymetli olduğuna işaret edilmelidir, çünkü böylece meccanilik ilkesi ve hukuki kıymeti tamamen bir tarafa atılmak yerine başka ilke ve kavramların gölgeleri altında da olsa hayatta kalmaya devam etmiştir. İyi niyetli bir çaba olduğunu kabul etmekle beraber bu durum, meccaniliğin asıl değer ve sonuçlarını da gölgelemiştir. Ancak hukuk düşüncesinin gelişmesi, meccanilik ilkesinin bu gölgelerden çıkmasını ve zamana ve koşullara dayanaklı bir açıklama peşine düşmeyi gerektirmektedir.

Yargı kararları, mevzuattaki hükümler ve doktrindeki görüşlerle birlikte ortaya çıkan tablo, meccanilik ilkesinin kamu hukukunda üç temel gölgeye büründüğünü göstermektedir: Kanunilik ilkesi, sosyal devlet ilkesi ve eşitlik ilkesi.

A. KANUNİLİK İLKESİ

Kamu hizmetinin kurulması ve hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğunun tespitinde kanun ölçüt olarak kabul edilmektedir. Buna göre, kamu hizmetlerinin kurulması, kaldırılması ve kamu hizmeti olarak belirlenen alan içindeki hukuki rejim bakımından idarenin kanunilik ilkesi hakimdir. Kamu hizmetlerinden alınan karşılıklara ilişkin hususların da kamu hizmetinin hukuki rejimine ilişkin hususlardan biri olması ve idarenin karşılık alma bakımından bir yetkisi olması gerekmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetinden yararlanandan alınan karşılıkların belirlenmesi

bakımından, idarenin kanunla yetkilendirilmesi gereken bir husus olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Kanunilik ilkesinin mali yükümlülük niteliğinde olanlar ve olmayan ücret, fiyat, katılım payı gibi karşılıklar bakımından doğurduğu hukuki sonucu farklıdır.

Kamu hizmeti karşılığının mali yükümlülük ya da ücret, fiyat, katılım payı şeklinde belirlenmesi noktasında tercihin politik olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Kanun koyucu, anayasal sınırlara uygun olmak kaydıyla kamu hizmetinden karşılık alınmasını ya da alınmamasını takdir etmek noktasında olduğu gibi karşılık türünün belirlenmesi noktasında da karar verme tekeli haizdir³.

1. Mali Yükümlükler Bakımdan Kanunilik İlkesi

Kamu hizmetinden yararlandıran alanan karşılıkların bir mali yükümlülük niteliğinde olması durumunda Anayasa'nın 73. maddesi, bu karşılıkların daha sıkı bir kanunilik rejimine tabi olması öngörülmüştür. Nitekim özel olarak “vergide kanunilik ilkesi” ya da “münhasır kanunilik”⁴ olarak ifade edilen kanunilik ilkesi, vergi resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağını hüküm altına alan Anayasa'nın 73. maddesi dolayısıyla daha sert ve sağlam bir güvenceye sahiptir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın uygulaması da bu yöndedir. Yüksek yargı organlarına göre, mali yükümlülüklerin tabi olduğu kanunilik ilkesi, kanunla konulma, kaldırılma ve değiştirilmesi işlemlerinin kanunla yapılması ile sınırlı değildir. Kanunilik ilkesi ve özelde vergilerin kanuniliği ilkesi, mali yükümlülüklerle ilişkin yükümlü, matrah, zamanaşımı, muafiyet ve istisnalar, miktar ve oranlarına ilişkin hükümlerin de mutlaka kanunla düzenlenmesini gerektirir⁵. Dolayısıyla, mali

³ AYM, E. 2014/177, K.2015/49, T. 14.5.2015, RG. 11.6.2015/29383.

⁴ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018., s. 83.

⁵ “Anayasa Koyucunun, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ancak kanunla konur ilkesini getirmekle, yükümlülük bakımından keyfi uygulamaları önlemek amacını güttüğü, yalnızca yükümlülüğün konusunun belli edilmesiyle ilgililere bir mali yüküm konmasını yeterli görmediği, mali yükümleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönlerinin de yasada yer almasını ve yeterince belirlenmesini istediği açıktır.(...) Oysa itiraz edilen 57. maddede, yalnızca mali yükümlünün konusu olan tescil ücreti ve bunun yükümlüsünün belirtilmesiyle yetinilmiş; matrah, oran, yukarı ve aşağı sınırlar gibi unsurlara yer verilmemiştir. Yasa maddesindeki bu esaslı eksikliğin ve boşluğun tüzük hükümleriyle doldurulmasına da olanak bulunmadığından, itiraz konusu 57. maddede yer alan (Mahiyetleri ve nevileri Tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) kuralı, muamele tescil ücreti açısından Anayasa'nın 61. maddesine aykırı bir duruma düşmüştür. Bu nedenle bu hükmün tescil ücreti açısından iptaline karar

yükümlüklere ilişkin bu hükümlerin kanunla düzenlenmemesi ya da mevcut kanunda öngörülen hükümlere göre yapılmaması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

*“‘Vergilerin yasallığı’ ilkesi olarak da nitelendirilen bu kural gereği, kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir vergi, resim, harç veya benzeri bir mali yükümlülük alınmasına izin vermesi bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli değildir. Getirilen malî yükümlülüğün miktar ve oranı ile yükümlüsünün de kanunda gösterilmesi zorunludur.”*⁶

2. Ücretler Bakımından İdarenin Kanuniliği İlkesi

Ücret, fiyat ve katılım payı şeklinde olup mali yükümlülük rejimi dışında kalan karşılıklar bakımından idarenin kanuniliği ilkesi geçerlidir. Nitekim idarenin kamu hizmetinden yararlananlardan alacağı karşılıkların, idarenin gelirleri arasında yer alması ve kamu hizmetinin sunulmasıyla ilgili doğrudan bağlantısının olması, kanunla düzenlenmesini gerektirir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, idarenin karşılık belirleme yetkisinin *kanuna dayanması* ve kanuna dayalı bu yetkinin *kanuna uygun olarak kullanılması* gerekmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında bu gerekliliğe işaret etmiştir:

*“Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.”*⁷

Anayasa Mahkemesi de idareye sunduğu hizmetlerden karşılık alma yetkisi veren bir düzenlemenin yapılması şartına işaret ettikten sonra ve bu karşılığın belirlenme esas ve usullerine ilişkin hususların, teknik uzmanlık gerektirmesi, ekonomik koşullara ve hizmetin niteliğine göre değişken nitelikte olması nedeniyle idarenin yetki alanına bırakılmasını Anayasa’ya aykırı bulmamaktadır.

“Yasa koyucu tarafından ücretin alınması hususunda genel kural ve ücretin alınacağı çerçeve belirlendikten sonra dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle hangi hizmet türünden ne miktarda ücret alınacağı konusunda değişen koşullar karşısında farklılık gösterebilecek ve bu sebeple dinamik bir mevzuatla yönetilmesi gereken alanda yürütmeye düzenleme yapma izni

verilmelidir.” AYM, E.1980/27, K.1981/9, T.27.1.1981, RG. 18.1.1981/17224., Aynı yönde, AYM, E.1995/24, K.1995/52, T. 28.9.1995, RG. 11.06.1998-23369., D. 3.D., E.2006/1401, K.2006/3160, T.29.11.2006, DD.115, s.143.

⁶ AYM, E. 2010/80, K. 2011/178, T. 29.12.2011, RG. 29.05.2012-28307.

⁷ D.8.D., E.1995/4420, K.1997/1490, T.5.5.1997., D.13.D., E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005., DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.3.7.2000. (Kazancı İçtihat Bankası), D.13.D., E.2005/1034, K.2005/3309,

verildiği görülmektedir. Yukarıda belirtilen kriterler ışığında bu düzenlemenin hukuk devletinin belirlilik ilkesiyle çelişir bir yönü bulunmamaktadır.”⁸

Kanunilik ilkesinin, kamu hizmetinden karşılık alınması bakımından doğurduğu hukuki sonuç, alınacak karşılıklara ilişkin ya da idareyi karşılık alma konusunda yetkilendiren bir kanun olmasını gerektirmesidir. Kamu hizmetinden karşılık alınması hususunun kanunla düzenlenmesi zorunluluğu, karşılık türüne göre farklı ağırlıklarda olmak üzere, vergide kanunilik, idarenin kanuniliği ve bütçenin kanuniliği şeklinde tezahür eden kanunilik ilkesinin etkisi nedeniyledir.

Meccanilik ilkesinin ilk gölgesi olan kanunilik ilkesi ile ilişkisine gelinecek olursa, kamu hizmeti karşılıklarının kanunla düzenlenmesi zorunluluğunun meccanilik ilkesinin değil kanunilik ilkesinin bir hukuki sonucu olduğu belirtilmelidir. **Kamu hizmetlerinden herhangi bir karşılık alınmaması anlamına gelen meccanilik ilkesine aykırı bir düzenlemenin kanunla yapılması zorunluluğu, meccanilik ilkesinin etkisi nedeniyle ona getirilecek istisnanın kanunla yapılması şeklinde anlaşılabilir.** İşte bu, meccaniliğin kanunilik ilkesi tarafından gölgelenmesidir. Yani sırf kanunilikte sağladığı karine, kanun aksini düzenlemedikçe karşılık alınmama sonucu, meccanilik ilkesinin varlığının ve etkinliğinin delilidir.

Kanunilik ilkesinin kamu hizmeti karşılığı hususundaki etkisi, meccanilik ilkesinin kanunilik ilkesi gölgesi altında hayatta kalmasında önemli bir etkidir. Ancak meccanilik ilkesinin kendi hukuki etki ve sonuçlarının ortaya konulması için bu iki ilke arasındaki *kommensal ilişkide*⁹ her ilkenin etki ve sonuçlarının ayrıştırılması gerekmektedir.

⁸ AYM, E. 2010/80, K. 2011/178, T. 29.12.2011, RG. 29.05.2012-28307. Aynı yönde, “*Maddede alınması öngörülen ücretler, ülkedeki ekonomik duruma ve yapılan işin niteliğine göre değişebilecek nitelikte olup, bu ücretlerin belirlenmesi de teknik ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Bu nedenle, Yasa'nın hangi ücretlerin alınacağını belirtmek suretiyle çerçevesini belirlediği bu hizmetlere karşılık, Bakanlık tarafından ücretlerin her yıl Ocak ayında belirlenip ilan edilerek, teknik ve ayrıntılara ilişkin konuların yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.*” AYM, E. 2007/2, K. 2011/13, T.13.1.2011, RG. 23.7.2011-28003., AYM, E. 1990/18, K.1991/4, T. 14.2.1991, RG. 8.5.1991/20865.

⁹ Birden fazla canlının ortak yaşam ilişkisi olarak ifade edilen *simbiyoz* türlerinden biri olan *kommensalizm (commensalism)*, ilişkiye ortak olan türlerden birinin fayda sağladığı, diğerinin ise ilişkiden pek fazla etkilenmediği ilişkilere verilen isimdir. Burada meccanilik ilkesi kanunilik ilkesinin kendisine sağladığı korumadan yararlanmakta fakat kanunilik ilkesi meccanilik ilkesinin yararlanmasından ne çıkar ne de zarar elde etmektedir.

B. SOSYAL DEVLET İLKESİ

Anayasamızın 2. maddesinde, Cumhuriyetin niteliklerinden birisinin de sosyal devlet olduğu belirtilmiştir. Özellikle 20 yy.'ın başlarında batı demokrasilerinde ortaya çıkan sosyal devlet ya da refah devleti kavramı, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti gerçekleştirmek amacıyla sosyal ve ekonomik hayata müdahalesini meşru ve gerekli gören ve böylece sınıf çatışmalarını yumuşatan ve milli bütünleşmeyi sağlamaya çalışan bir devlet anlayışıdır¹⁰. Bu yüzden sosyal devletin hürriyet anlayışı, klasik liberal devletin sadece negatif statü hakkı tanıyan anlayışından farklı olarak, devlete pozitif statü haklarını da yükler. Sosyal devlette buna *hürleştirme* görevi denilmektedir¹¹. Anayasamız da bu hürriyet anlayışını benimsemiştir. Nitekim 5. maddede “... *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” devletin amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında ve doktrinde yapılan tanımlar şöyle birleşmektedir: “*Sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgarî bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü bir devlettir.*”¹²

Anayasamız, yukarıda zikredilen hükümlerle Devlete, sosyal devlet ilkesini hayata geçirmeye yönelik birtakım tedbirler alma ve uygulama görevi yüklemiştir. Devletin bu görevi, idarenin faaliyetleri olarak ne ölçüde hayata geçireceği ve ne ölçüde işlevsel hale getireceği hem bir *tercih* hem de bir *imkân* meselesidir¹³. Çünkü bu görevin yerine getirilmesi, Devletin ekonomik hayata müdahalesini gerektirdiği gibi, bunun ölçü ve sınırlarına da bağlıdır¹⁴.

Anayasamızda, devletin ekonomik hayata müdahalesini genel olarak düzenleyen bir madde bulunmamakla beraber müdahaleyi gerektiren hükümler çeşitli

¹⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.137.

¹¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s.192., Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.138-139.

¹² Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 140.

¹³ Aydın, Gülan, **2015-2016 Yılı İdare Hukuku Ders Notları**, (Basılmamış, Çoğaltma Notlar) İstanbul, 2016, s.18.

¹⁴ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.140.

maddelere serpiştirilmiştir¹⁵. Sosyal devlet anlayışını benimseyen Anayasamız, belirli bir ekonomik düzen empoze etmemektedir. Liberal ekonomi politikalarına da devletçi ekonomi modelinde de açık olup siyasal iktidarların ekonomik politikayı kendi siyasal tercih ve önceliklere göre *Anayasa ilkelerine ters düşmemek kaydıyla*¹⁶ yönlendirmeleri doğal ve demokratiktir¹⁷.

Sosyal ekonomik haklardan bazıları Devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektirir. Eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, konut gibi doğrudan doğruya uygulanabilir olması için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulan bu hakların yerine getirilmesinde Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü bir sınır olarak konulmuştur. Anayasa'nın 65. maddesinde düzenlenen mali kaynaklarının yeterliği ve bu hakların ne ölçüde yerine getirilebileceği hususları tamamen siyasi iktidarın takdirine bırakılmış hususlardır. Ancak önemle belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırın, yasama organının bu hakları gerçekleştirip gerçekleştirilmeme hususunda değil, bu hakların ne ölçüde yerine getirileceğine ilişkin sahip olduğu bir takdir yetkisi olarak kabul edilmelidir¹⁸.

Devlete verilen “engelleri kaldırma” yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik hukuki yöntemlerden biri, herkese, insan haysiyetine yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler almaktır¹⁹. Çeşitli yansımaları olan bu tedbirlerden konumuzu ilgilendiren kısmı elbette kamu hizmetleridir.

Anayasa'da devlete görev olarak verilen sosyal haklardan gerçekleşmesi için edim sunulmasını gerektirenler (eğitim, sağlık, sosyal güvenlik ve konut gibi) kamu hizmeti olarak idare tarafından sunulmaktadır. Bu kamu hizmetlerinin idarece sunulması, sosyal devlet ilkesinin açık bir gereği ve görünümüdür. Bilindiği üzere kamu hizmetleri, tatmin edilmediği zaman toplumda huzursuzluğa neden olabilecek nitelikte olan toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılama amacıyla sunulmaktadır. Anayasamız, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi hizmetlerin

¹⁵ Anayasa md. 5, 48, 166, 167.

¹⁶ AYM, E.1984/9, K.1985/4, T. 18.2. 1985, R.G. 26.06.1985-18793.

¹⁷ Turgut Tan, “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, **Anayasa Yargısı**, Y.1990, C.7, ss.161-178., s.163-165., Lütfi Duran, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni II*”, **AİD**, C.19, S.2, Y.1986, ss.3-22, Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.141., Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 193-194.

¹⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s.151.

¹⁹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 193-194. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** s.144.

sunulmasını, toplumun refah seviyesinin artması ve herkesin asgari bir hayat düzeyine kavuşturulması için zorunlu görmüştür.

Kamu hizmetlerinin meccani sunulup sunulmaması konusunda ilköğretim dışında Anayasa’da hüküm bulunmamaktadır. Ancak ilköğretim dışında kalan diğer hizmetlerin meccani sunulmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmayıp bu husus kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Siyasi iktidarın benimsediği ekonomi modeline göre bu hizmetler meccani sunulabileceği gibi karşılık esasına da bağlanabilecektir. Nitekim devletçi ekonomi modelinin benimsendiği yıllarda 1930’lardan 1970’lerin sonlarına kadar sağlık, eğitim gibi hizmetler meccani olarak sunulmuş olmakla beraber 1980’lerden itibaren liberal ekonomi modelinin benimsenmesiyle bu hizmetlerden de karşılık alınmaya başlanmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarından beri uygulanan meccani kamu hizmeti, sosyal devlet ilkesinin ölçütlerinden biri olarak görülmeye başlanmıştır²⁰. Bu yüzden sosyal hak görünümünde olan kamu hizmetlerinden karşılık alınmasına ilişkin düzenlemeler sosyal devlet ilkesine aykırı olduğundan bahisle pek çok kere yargı önüne taşınmıştır.

Yargı organlarının, kamu hizmetlerinden karşılık alınmasını sosyal devlet ilkesine aykırı olmadığına karar vermesi²¹ bir yana bunu sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak yorumlaması, meccani kamu hizmeti anlayışını yıkmış ve dolayısıyla sosyal devletin sonu olarak görülmüş, yorumlanmıştır²². Nitekim, Anayasa Mahkemesinin “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun” ile ilgili olarak verdiği kararında, takip edilen ekonomi modelinin değiştirilmesi ve kamu hizmetlerinin meccaniliği arasındaki ilişki görülmektedir.

“Atatürk’ün iktisadi görüşleri kati ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka, bir ifadeyle, ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez.

Öte yandan, çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır.

Kamu yatırımları için ek finansman kaynakları yaratmaya yönelik anılan madde hükmünün sosyal hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü yoktur...

²⁰ Orhan Aldıkaçtı, “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı**, Y. 1997, C.14, ss.79-85., s.

²¹ AYM, E.2005/52, K. 2007/35, T 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820.

²² Yıldızhan Yayla, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete veya Kamu Hizmetinin Sonu”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, İstanbul, 1986., , Sait GÜRAN, “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı”, **İHİD**, Sayı: 1-3, İstanbul, 1984.

Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, 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 sayılamaz. Bu itibarla, bunların “Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa’nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”²³

Özellikle yukarıda aktardığımız karardan sonra, karşılık alınan kamu hizmetleri yaygınlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, daha sonra aynı hususta önüne taşınan uyuşmazlıklarda sosyal devlet ilkesini, paralı kamu hizmeti anlayışı ile bağdaştırmıştır. Nitekim bir kararında “*Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez. Kaldı ki sağlık sigortası dışında kalanlar içinde 3816 ve 4736 sayılı Yasalarda ücretsiz tedaviye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.*”²⁴ diyerek sosyal devletin gerçekleşebilmesi için hizmetten yararlananlardan bir miktar karşılık alınarak daha iyi sürdürülmesini sağlamanın sosyal devlet ilkesi ile çelişmediği belirtilmiştir.

Kamu hizmetlerinin meccaniliği ilkesi yerine 1980’lerden itibaren benimsenen ekonomik politikasındaki değişikliğin bir refleksiyonu olarak toplumun dezavantajlı gruplarının çeşitli sosyal uygulamalarla desteklenmesi fikri benimsenmeye başlanmıştır. Bu sosyal uygulamaların birkaç farklı uygulaması akla gelebilir. İlk olarak, kamu hizmetlerinin meccaniliği yerine paralı kamu hizmetlerinden yararlanan herkesten bir karşılık alınarak bu karşılığı ödemeyecek olan dezavantajlı gruplara çeşitli sosyal yardımlar yapılabilir. Böylece dezavantajlı

²³ AYM, E.1984/9, K.1985/4, T. 18.2. 1985, R.G. 26.06.1985-18793.

²⁴ “Yüksek Öğrenimin paralı olması bir bakıma, akçalı kaynakları elverişsiz bir ülkede sosyal Devlet ilkesinin bir alan ve oranda bir çeşit uygulanaşı da sayılabilir. Çünkü böylece varlıklı öğrencilerden alınacak paralar varlıksız, başarılı öğrencilere yardım olanaklarını artıracak ve Devletin yanı başında varlıklı kişilerin de bu yardımda payları olacaktır.”, AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922., AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, T. 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820.

grupların kamu hizmetlerinden yararlanma mukabilinde ödeyecek karşılıkların öncesinde kendilerine verilmesi ile sonuçta bu kişilerin meccani ya da indirimli yararlanmaları sağlanabilir. Başka bir uygulama ise kamu hizmetlerinin toplumun tüm kesimlerinin yararlanması için meccani olması yerine kimi kamu hizmetlerinin dezavantajlı grupların meccani ya da indirimli yararlanması, bu gruplar dışındaki kişilerin karşılıklı yararlanmaları şeklinde olabilir.

Ülkemizde konuyla ilgili yargı kararlarında ve mevzuata bakıldığında, kamu hizmetinin meccaniliği ilkesinin sosyal devlet uygulamasının bir ölçütü olduğu fikri yerine sosyal devletin ilkesini gerçekleştirmek için vazgeçilmez olduğu düşüncesinin terk edilmeye başlandığı görülmektedir. Ülkemizde, kamu hizmetlerinin meccaniliği fikri yerine, yargı organlarının yukarıda zikredilen kararları ve özellikle dezavantajlı grupların meccani ya da indirimli yararlanmaları hakkında genel hüküm niteliğindeki *4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*'un 1. maddesinin ikinci fıkrası²⁵ ile ortaya çıkan tablo, aktarılan ikinci uygulamanın benimsendiğini göstermektedir.

Bununla beraber, ödeme gücü oranında alınması öngörülen bu kamu hizmeti karşılıklarının, kimi grupların ödemeyeceği ihtimalinin düşünülerek itti haz edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bugün de geçerli olan kabule göre, niteliği uygun düşen

²⁵ (Ek fıkra: 12/7/2013-6495/88 md.) 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun veya 28/5/1986 tarihli ve 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun kapsamındaki hizmetleri sebebiyle vatani hizmet tertibinden aylık bağlananların; 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 56 ncı maddesi ile mülga 45 inci ve 64 üncü maddelerine veya 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 47 nci maddesine, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malulü sayılarak aylık bağlananların kendileri, eşleri, evli olmayan ve yirmi beş yaşını doldurmamış olan çocukları, anne ve babaları; yukarıda sayılan kanunlara göre harp veya vazife malulü sayılanlardan sınıf veya görev değiştirerek çalışmaya devam edenler ile vazife malulü sayılarak aylık bağlananlardan, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında çalışmaya başlamaları nedeniyle ödenmekte olan aylıkları kesilenlerin kendileri ile eşleri, evli olmayan ve yirmi beş yaşını doldurmamış çocukları, anne ve babaları; yukarıda sayılan kanunlara göre harp veya vazife malulü sayılacak şekilde hayatını kaybedenlerin ya da aynı kapsamda aylık almaktayken hayatını kaybedenlerin eşleri, evli olmayan ve yirmi beş yaşını doldurmamış olan çocukları, anne ve babaları; engelliler için sağlık kurulu raporuyla %40 ve üzerinde engelli olduğunu belgeleyen Türk vatandaşlarının kendileri, ağır engellilerin kendileri ile birlikte birden fazla olmamak üzere birliktelyolculuk ettikleri refakatçileri, demiryolları ve denizyollarının şehiriçi ve şehirlerarası hatlarından, belediyelere, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlere ait şehiriçi toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz olarak yararlanırlar.

kamu hizmetlerinden yararlanandan alınabilecek karşılıkların, toplumdaki bireylerin herhangi bir ihtiyacından feragat etmeksizin ve hizmete ulaşmayı zorlaştırmayan bir miktarda belirlenmesi gerekmektedir. Buna rağmen gelir düzeyi gibi yönlerden toplumun genel seviyesinden aşağıda kalan kimi dezavantajlı grupların bu kamu hizmetlerine ulaşmasının ayrıca düşünülmesi sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların Anayasa'ya uygunluğunu incelediği neredeyse tüm kararlarında dezavantajlı gruplara ilişkin ayrıca bir düzenleme olup olmadığını irdelemektedir²⁶. Toplumunun dezavantajlı gruplar olarak adlandırılan kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanmasına ilişkin ayrıca bir düzenleme ya da bunlara pozitif ayrımcılık yapılmasına ilişkin takdir yetkisi veren bir hüküm²⁷ bulunmadığı ihtimalde, kamu hizmetlerinden alınan karşılıkların sosyal devlet ilkesine uygunluğundan söz edilemez. Zira bu durumda bireyin önündeki engelleri kaldırmakla yükümlü olan sosyal devlet, bu amaçla sahip olduğu araçları engelleri kaldırmak için değil bilhassa kendisi bir engel tesis etmek için kullanmış olacaktır.

*“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. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki 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. Yasanın 3. maddesinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nun belirleyip duyuracağı ücretleri ödeyemeyecek durumda olanlar için geçici 3. maddenin tanıdığı objektif olanaklar da vardır. Bu durumlar karşısında, iptali istenilen madde, sözü edilen maddelerle birlikte düşünülünce, kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülenmiş varlıkların salt ticarî işletme durumuna indirgenerek piyasa ekonomisi kurallarına açık tutulmaları olgusu bu yana, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yön yoktur.”*²⁸

²⁶ AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, T. 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820., AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T. 26.3.1974, R.G.21.6.1974/14922.

²⁷ 4736 sayılı kanunun sayılan kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarının ürettiği mal ve hizmetlerden indirimli ya da ücretsiz yararlanmalarının sağlanmasını öngören ikinci maddesi, idareye, bu gruplar bakımından takdir yetkisi veren genel bir madde şeklinde kabul edilebilir.

²⁸ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

Sosyal devlet ilkesi kapsamında değinilmesi gereken önemli bir husus da sosyal kamu hizmetleridir. Sosyal devletin bir parçası olan *sosyal kamu hizmetleri*, her bir sosyal hakkı karşılayan, toplum içinde refahı sağlamayı ve gelirin yeniden dağılımını temin etmeyi hedefleyen eşitleme araçlarından biri olarak tanımlanmaktadır. Sosyal kamu hizmetlerinin klasik kamu hizmetleri bakımından da geçerli olmakla beraber, sosyal kamu hizmetinin ayırıcı özelliği, bireyin refahı ile doğrudan ilgisidir²⁹. Tüm kamu hizmetlerinin amacı kamu yararadır ve iyi yürütülmesini sağlamaktır ancak sosyal kamu hizmeti, iyi yürütülmesinin yanında yararlanan üzerindeki etkisi ile de ilgilidir. Tüm kamu hizmetleri gibi toplumun refahına yönelik olmasının yanında sosyal kamu hizmetleri bireyin refahını sağlamayı amaçlar³⁰.

Toplumda dezavantajlı durumda bulunanlara yönelik ek tedbir ve edimler şeklinde tezahür eden sosyal kamu hizmetleri ile bu kişilerin refah düzeyinin toplum düzeyine çekilmesi amaçlanmaktadır. Örneğin; yaşlılar, engelliler, kimsesizler, muhtaçlar gibi grupların sosyal kamu hizmetleri kapsamında eğitim, sağlık gibi maddi yardımlara yahut parasal yardımlara konu edilmektedirler. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununda bu hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sosyal kamu hizmetlerinin mantığı ve niteliği, bu hizmetlerin meccanen sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim mevzuatta sosyal kamu hizmetlerinden yararlandan karşılık alınmasını düzenleyen herhangi bir düzenlemeye şu ana kadar rastlanılmamıştır. Danıştay'ın uygulaması da bu yöndedir³¹.

“Sosyal hizmetler, maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçların karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini, yükseltilmesini amaçladığına göre sosyal hizmetlerin ücret karşılığı

²⁹ Esin Örüçü, “*Sosyal Kamu Hizmeti*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 36, Sayı: 1-4, İstanbul, 1970, ss.212-232., s.228.

³⁰ Örüçü, “*Sosyal Kamu Hizmeti*”, s.218.

³¹ Danıştay kararları genellikle bu yönde olmakla beraber, bir kararında sosyal hizmetlerinin tanımını yaparken, kanaatimce yapılan tanımla çelişik biçimde, bu hizmetlerin karşılıklı veya karşılıksız sunulabileceğini belirtmiştir. “...yoksulluklarından veya başka nedenlerle, toplumdaki mevcut ortalama yaşayış ve algılayış seviyesine, ellerinde olmayan sebeplerle ulaşamayıp, toplumsal veya ekonomik yönden desteklenme gereksinimi duyan kişilere, karşılıklı veya karşılıksız biçimde sunulan hizmetler olarak tanımlanan “sosyal hizmetler”, sadece yoksulluktan kaynaklanan sorunların giderilmesini amaçlayan hizmetler olmayıp, ekonomik yetersizlikleri sebebiyle geçimini sağlama olanağı bulamayan yoksul kişilerin yanı sıra, kişisel sebeplerle değişik türde uzmanlık hizmetlerine ihtiyaç duyan, fakat ekonomik yönden yetersizlikleri söz konusu olmayan kişilere yönelik hizmetleri de kapsamaktadır” D. 10.D. E. 2004/11533, K. 2008/1156., T. 14.03.2008, DD.119, s.322.

sunulmasının söz konusu olamayacağı dolayısıyla Anayasada yerini bulan sosyal devlet olma ilkesinin bir gereği olarak söz konusu hizmetlerden muhtaç ve özürli olan herkesin aynı ölçüde yararlandırılması gerektiği kuşkusuzdur. Bu çerçevede yasa ile düzenlenmeyen ve yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular kapsamında yer verilmeyen sosyal hizmetlerin bedel karşılığı sunulması koşulunun yönetmelikle getirilmesine olanak bulunmadığından dava konusu işlemin ve dayanağı anılan, Yönetmeliğin 32. ve 47. maddelerinin iptali gerekirken davanın reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”³²

Kararda sosyal kamu hizmetlerinden karşılık alınması hususunun kanuni bir dayanak olmaksızın yönetmelikle çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilmesi, bu hizmetlerin kanunla bir karşılık alınmasına karar verilebileceği gibi bir sonucu doğurmaktadır. Ancak, kararın aktarılan ilk cümlesindeki gerekçeye göre, sosyal kamu hizmetlerinden karşılık alınmasını öngören bir kanun, bu hizmetlerin niteliğinden ötürü sosyal devlet ilkesine aykırı olacağından, bu yönde bir düzenlemenin kanunla dahi yapılamayacağı anlamı çıkmaktadır.

Sonuç olarak kamu hizmetlerinin meccaniliği fikri, sosyal devletin bir unsuru ve ölçütü olarak kabul edilmiş ve bu kabul nedeniyle meccaniliğe yöneltilen her türlü tehlikenin sosyal devlet ilkesine de yöneltildiği düşünülmüştür. Ancak sosyal devletin gerçekleşebilmesi için kamu hizmetinin meccaniliği yerine benimsenebilecek çağdaş modellerin varlığı, sosyal devletin, gölgelediği meccaniliğe artık ihtiyacı olmadığını göstermiştir. Böylece sosyal devlet ilkesi ile meccanilik ilkesinin hukuki etki ve sonuçlarının ayrışması sonucunda meccanilik ilkesinin, sosyal devlet ilkesinin gerçek bir uzantısı değil bir yanılsaması olduğu anlaşılmıştır. Bu durum meccanilik ilkesinin sosyal devlet ilkesinin gölgesinden çıkması ve sosyal devlet olmaya etkisi ve katkısı sebebiyle de meccaniliğin ayrıca ele alınmasının ve varlığının görülmesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır.

C. EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi anayasal temeli olan bir ilkedir bunun yanında kamu hizmetlerinde eşitlik diye ifade edilen bir ilke onun somut görünümü şeklindedir ve

³² DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.3.7.2000, DD.104, s.54., D.8.D., E.2007/6457, K.2008/8352, DD.121., s.290.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlikten farklı bir fonksiyon görmektedir³³.

Kamu hizmetinin eşitliği, etkisini en çok, yararlananlar üzerinden göstermektedir³⁴.

İdare hukukunda, toplumdaki birey ve topluluklar ile kamu yönetiminde yer alan kuruluş ve görevliler arasındaki ilişki, üstlendikleri görevi yerine getirenler ve bunun gerektirdiği yetkileri kullananlar ile idarenin sunduğu etkinliklerden yararlananlar şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yararlanmanın tam bir eşitlik biçiminde gerçekleşmesi gereği hem hizmetin ortak ve genel ihtiyacı duyan herkese eşit biçimde sunulmasını hem de söz konusu hizmetten herkesi eşit biçimde yararlandırmayı içerir³⁵. Başka deyişle kamu hizmetinin eşitlik ilkesi hem kamu hizmetinin sunulmasında hem de yararlandırmasına hâkim bir ilke olarak “arz ve yararlanmada eşitlik”³⁶ olarak ifade edilebilir.

Kamu hizmetinin meccaniliği eşitlik ilkesi ile yakından ilgilidir³⁷. Eşitlik ilkesi, kamu yararı ile birlikte meccaniliğin çifte kuramsal temelini oluşturmak bakımından başat bir rol oynamıştır. Kamu hizmetlerinin sonucunda bireysel olarak değil genel ve toplu bir yararın tatmini amaçlandığından bu yararın tüm yurttaşlarca eşit bir tatmin gücüne sahip olması gerekir. Kamu hizmetinin giderlerinin vergilerle finanse edilerek meccanen sunulmasıyla uygulamada bir eşitlik sağlanır³⁸. Kamu hizmetlerinden doğrudan yararlanmanın karşılıksız olması, hiçbir sınırlama olmaksızın hizmeti erişilebilir kılar. Burada meccaniliğin gördüğü işlev; idare edilenler arasında, yararlanmadan elde edilen katkı, yararlanma niteliği ve sıklığı, yararlanmadan elde edilen avantaja göre ayırım yapılmaksızın şekli bir eşitlik sağlamasıdır. Hizmetin vergilerle finanse edilmesi, kamu giderlerine tüm yurttaşların katılımını sağlamak ve vergilerin mali güçle orantılı olması da yine eşitleyici bir fonksiyon görmektedir³⁹.

³³ Gülan, **Ders Notları**, s.54.

³⁴ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.217.

³⁵ Özay, **Günüşğında Yönetim**, s.241.

³⁶ Özay, **Günüşğında Yönetim**, s.243.

³⁷ Onar, **İdare Hukukun Umumi Esasları**, s.18, Tan, **İdare Hukuku**, s. 588.

³⁸ Teitgen-Colly, **La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative**, Economica, Paris, 1981, s.315.

³⁹ Yves Gaudemet, « *La gratuite du domaine public* », **Mélanges en l'honneur de Paul Marie Gaudemet**, Economica, Paris, 1984, ss. 1023-1030., s.1023.

Meccanilik ilkesinin günümüzdeki anlam ve işlevinin dönüşmesinin altında, ilkenin temelini oluşturan eşitlik anlayışının değişmesi yatmaktadır. İlkenin doğuşunda hizmetten herkesin engelsiz yararlanmasını eşitliğin gereği sayan anlayış yerine; yararlanmadan elde edilen avantaja, yararlanma niteliği ve sıklığına göre ayırım yapılarak yararlanmadan karşılık alınması ile yararlanan ile yararlanmayan arasında adaletin sağlanması eşitliğin gereği sayılmıştır. Nitekim bu değişimi Anayasa Mahkemesi de birçok kararında vurgulamıştır:

“Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî 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.”⁴⁰

“Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.”⁴¹

Kamu hizmetinin eşitlik ilkesi, kamu hizmetinden yararlanmanın hukuki statüsünün düzenlenmesinde ve bu statülerin uygulanması sırasında aynı hukuki statüdekilere aynı; farklı hukuki statüdekilere farklı muamele yapılmasını gerektirir. Anayasa’da kanun önünde eşitlik olarak ifade edilen eşitlik anlayışı aritmetik bir eşitliği değil, somut olayda *hizmetle ilgisi olduğu oranda ve haklı bir nedenin bulunması* durumunda, oluşturulan farklı *bir statüye dayanılarak* farklı muamele yapılmasını gerektirir⁴². Eşit yararlanmanın engellenmesi, *yararlanma bağlamında* bunu gerektiren haklı bir neden ve yasal dayanak yok ise bazı kişi ya da toplumunun

⁴⁰ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908., AYM, E. 1990/18, K.1991/4, T. 14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865.

⁴¹ AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, T. 14.5.2015, R.G. 11.6.2015/29383.

⁴² AYM, E. 2011/28, K. 2012/22, T. 16.2.2012, RG. 21.7.2012/28360., Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.217.

kamu hizmetinden yararlandırılmaması veya daha ağır şartlara bağlanması eşitlik ilkesini ihlal eder⁴³.

Danıştay, eşitlikten ayrılmayı gerektiren farklı muamele için açıkça, haklı neden ve yasal dayanak şartını aramaktadır. Örneğin, Yoksullar Yardım Vakfı başkan ve üyelerinin ulaşım hizmetinden ücretsiz yararlanmasına ilişkin işlemi, haklı bir neden ve yasal dayanak olmadığından iptal etmiştir.

“Şehiriçi toplu taşıma aracı işletmek belediyelere bir hak ve imtiyaz olarak tanınmış ise de bu amaçla verilecek hizmetten ücretsiz veya indirimli olarak yararlanmak ancak, yasal gerek ve zorunluluklardan ya da dar gelirli kişilerin korumak gibi sosyal amaç ve yükümlülüklerden kaynaklanmak zorundadır.

Belediyece, sözkonusu kararda belirtilen kişilere tanınan bu ayrıcalık, kamu hizmetlerinden yararlanmada gözetilmesi gereken külfette eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, gerek 1580 sayılı Yasa ve gerekse diğer mevzuatta, belediye hizmetlerinden anılan kişilerin ayrıcalıklı olarak yararlanabileceklerini öngören bir düzenleme de yer almadığından, bu kişilerin toplu taşıma araçlarından ücretsiz veya indirimli olarak yararlandırılmaları hukuka açıkça aykırı bulunmaktadır.”⁴⁴

“...anılan madde hükmünde yazılı sınavlar için herhangi bir koşulun yerine getirilmesi öngörülmediğinden, yazılı sınava alınmanın bağış koşuluna bağlanmasına yasal olanak olmadığı gibi, davalı idarenin yazılı sınav hakkını bu şekilde şarta bağlaması ve bu koşulu yerine getirmeyenleri sözlü sınava tabi tutacağını bildirmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği, bu durumda, davacının yazılı sınava alınmamasına ilişkin uygulama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı...”⁴⁵

Danıştay, yararlanıcıların niteliğinin ve teşvik faaliyetleri gibi kamu yararı bulunan durumların, yine yasal dayanak bulunması şartı ile, eşit muameleden ayrılmayı gerektiren haklı bir neden oluşturduğunu kabul etmektedir. Nitekim Danıştay askerler⁴⁶, öğrenciler⁴⁷, muhtaç, engelli kişiler⁴⁸, kamu görevlileri⁴⁹, ticari işletmeler⁵⁰, ikincil evler⁵¹ gibi hukuki statülerin yararlanan sıfatlarının eşitlikten ayrılmayı gerektiren haklı bir neden olarak kabul etmiştir.

⁴³ Yayla, **İdare Hukuku**, s.76.

⁴⁴ D.1.D. E.1998/594, K.1999/18, T. 27.1.1999., DD.101, s.266.

⁴⁵ D. 8.D., E.1995/4420, K. 1997/1490, T.5.5.1997., DD. 94, s.539.

⁴⁶ D.10.D., E.1996/993, K. 1999/3627, T.23.6.1999. DD.102, s.676.

⁴⁷ D.8.D. 1989/1379 E, 1990/1339 K, K.T. 19.11.1990, D. 82-83., D.8.D., E.2008/3052, K.2010/3222, DD.124, s.305.

⁴⁸ D. 1.D, E.1988/145, K.1988/137., T. 27.5.1988, DD.72-73, s. 40.

⁴⁹ D.10.D. E. 1995/1839, K.1996/3048, T. 28.05.1996, DD. 92, s.752.

⁵⁰ D. 8.D., E. 2004/170, K. 2004/3543, T. 30.9.2004. (Kazancı İçtihat Bankası).

Bunların yanında hizmetin niteliğini ve hizmetin maliyetindeki farklılığı da haklı bir neden olarak kabul etmektedir⁵². Örneğin, Danıştay, ikincil nitelikteki meskenlere farklı su ücret tarifesi uygulanmasını, su hizmetlerinin belde halkına ulaştırılmasından doğan maliyet farklarının dengeli biçimde dağıtılması gerekçesiyle hukuka ve hakkaniyete aykırı bulmamıştır⁵³. Aynı şekilde, EPDK'nın elektrik iletim ve dağıtım sistemi, sistem kullanım fiyatlarını belirlenmesi işlemine karşı açılan davada, uzunca hizmetin tekniğini irdelemiş ve sonuç olarak hizmetin tekniğinin farklı fiyatlandırılmasını hukuka uygun bulmuştur.

“... iletim ve dağıtım sistemlerinin gerilim seviyesi açısından olduğu gibi yapısal olarak da birbirinden farklı sistemler olmasının, dağıtım sistemlerinde bulunan kullanıcıların güç ve enerji kullanım seviyelerinin birbirinden çok farklı olması ve ölçüm sistemlerinin, özellikle küçük kullanıcılar için, enerji ölçümüne dayalı olması karşısında söz konusu iki ayrı sistem için değişik fiyatlandırma metodolojileri kullanılması gerektiğinden Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından 4628 sayılı Kanun hükümlerine dayanılarak oluşturulan 323 ve 324 sayılı Kurul kararlarında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”⁵⁴

Eşit muameleden sapmayı gerektiren üçüncü bir kriter, yasal dayanağı olan bir haklı nedenin olup olmadığını incelemek için tartışma zemininin yararlanma bağlamı olmasıdır. Danıştay kararlarında bu husus, bir kriter olarak zikredilmemekle beraber karşılık alınmasında eşitlik ilkesine ilişkin uyumsuzluklarda tartışma zeminini oluşturduğu görülebilir. Eşit muameleden ayrılmayı gerektiren sebebin hizmetle ilgisi olmayan bir zeminde değil, bizatihi yararlanma bağlamında aranması gerekir. Danıştay'ın bu yaklaşımının en iyi görülebildiği kararlarından biri, EGO Genel Müdürlüğünün 28 yaşı geçen öğrencilere öğrenci pasosu verilmeyeceği yönünde düzenleyici işleme karşı açılan davada verdiği karardır. Yararlanma bağlamında öğrenci sıfatını esas tutarak yaş koşulunu bu bağlamda haklı bir sebep olarak kabul etmemiştir.

“... adı geçen yönetmelik kuralının hiç bir yasal dayanağının bulunmadığı, her ne kadar bu kuralın getirilmesinde 28 yaşını geçen öğrencilerin, ücretli, maaşlı

⁵¹ D.8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵² D.13.D., E. 2005/5537, K. 2005/5705, DD.112, s.368., D.8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005 (Kazancı İçtihat Bankası), DİDD, 1968/661 E, 1972/119 K, T. 11.02.1972, DD. 8, s.302., D.10.D. 1989/359 E, 1990/1493 K, K.T.21.06.1990, DD, S. 81, s. 329.

⁵³ D.8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005, (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁴ D.10.D., E. 2005/5537, K. 2005/5705, DD.112, s.368.

veya gündelikli olarak çalışmaları gerektiği varsayımına dayanıldığı anlaşılmakta ise de; aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle... iptaline karar veren yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir.”⁵⁵

İdare yasal dayanak bulunması durumunda haklı bir nedene istinaden farklı bir muamele tesis edebilir. Burada belki tespiti en önemli husus, farklı muamelenin üst sınırıdır. Başka deyişle eşit davranma zorunluluğundan sapmayı gerektiren haklı neden ne kadar farklı muamele gerektirir? İdarenin sahip olduğu farklı muamele yetkisinin yine eşitlik ile sınırlı olması ve eşitliğin gerektirdiği sınırı aşan bir uygulamanın eşitliği ihlal ettiği kabul edilmelidir⁵⁶. Bu nedenle eşitliği sağlama maksadı dışında, hizmetin karşılığı olmayan⁵⁷ ve bu maksadı aşan farklı bir uygulamanın söz konusu olması, idarenin sahip olduğu yetkiyi kötüye kullandığını gösterir. Örneğin, kimi yararlanıcılardan kazanç sağlama amacı güden bir uygulama mahiyetinde olan tarifenin, eşitliği sağlama maksadını aştığı söylenebilir.

*“... birim su fiyatının ve buna bağlı olarak birim atık su ücretinin Resmi Daireler, Kamu iktisadi Teşebbüsleri ile bunlara bağlı fabrikalar, işyerleri ve birimlerinden yüksek tutularak diğer tüketici gruplarında düşük belirlenmesinde eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığı, bu birim fiyatları arasında dört-beş hatta altı kat gibi bir fark bulunmasının, sunulan hizmet karşılığında bir ücret talep edilmesi amacından öte kamu kurumlarından **gelir elde etmeye yönelik bir uygulama mahiyetinde** olup bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle ... iptaline karar veren mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir.”⁵⁸*

“Beldenin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik durum sebep gösterilerek tercih edilen bazı tüketici grupları için düşük birim fiyat belirlenirken, su hizmeti için sonuçta ortaya çıkacak olan bu zararın özel bankalar için uygulanacak yüksek tarife ile telafi edilmek istenilmesinin eşitsizliğe neden olduğu gerekçesiyle dava konusu meclis kararının özel bankalara uygulanacak tarifeye ilişkin kısmını

⁵⁵ D.8.D., E.1989/1379, K.1990/1339, T.19.11.1990, DD. 82-83, s. 613.

⁵⁶ “Kamu hizmetinin sağlıklı ve verimli bir şekilde, bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesi için, hizmetin tesisinden doğacak olan giderlerin karşılanabilmesi amacıyla bu hizmetten yararlanacak olan ilgililerden ücret alınması doğal olmakla birlikte, ilgililere yansıtılacak olan bu yükün yapılan hizmetin bir karşılığı olması ve aynı hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve haksızlığa yol açmayacak şekilde adil ve dengeli olmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.” D.8.D., E.1998/6982, K.1999/1478, T. 13.03.1999, DD.101, s.596.

⁵⁷ D.8.D., E.1998/6982, K.1999/1478, T. 13.03.1999, DD.101, s.596.

⁵⁸ D. 8.D., E. 1994/661, K. 1994/2608, T. 17.10.1994, DD.90., s. 838.

iptal eden İdare Mahkemesi kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gerekir.”⁵⁹

Ankara'da uygulanan su tarifesinin, konutların su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesine ilişkin ASKİ yönetim kurulu kararını iptal eden Danıştay, tahakkuk periyodunun değiştirilerek hesaplanacak su bedelindeki artışın, su kullanımından fazla olması vesilesiyle hizmetin karşılığı olmayan ek bir kazanç elde etmeye yönelik uygulamayı eşitliğe aykırı bulmuştur.

“Belde halkının müşterek ihtiyacı olan şebeke suyunun dağıtımı, depolanması, atık suyun uzaklaştırılması ve fiyatının belirlenmesi konusunda tekel konumunda olan Su ve Kanalizasyon İdarelerinin, belde halkına ekonomik olarak yük teşkil edecek, makul sayılamayacak uygulamalardan kaçınması gerektiği açıktır.

Anılan Yasa hükmü gereğince, su bedeli maliyet bazlı olarak belirleneceğine göre, her bir metreküp su bedelinin eşit olacağı açıktır. Bu bakımdan, maliyeti eşit olanın satış bedelinin de eşit olması gereklidir. Su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ise, eşit maliyetli bir maldan daha fazla ücret alınması sonucunu doğurduğundan, bu da eşitlik ilkesine aykırıdır.”⁶⁰

Toplumda yaşayan herkesin ekonomik durumu aynı değildir. Doğal olarak toplumun ortak ve genel nitelikteki ihtiyacı olan kamu hizmetinden karşılık alınmasında, alınan karşılığın bireylerin bütçelerine yüklediği yükler farklı olacaktır. Dolayısıyla kamu hizmetinden yararlanma mukabilinde alınacak karşılıkların hizmetten yararlananlar arasında haksızlığa ve eşitsizliğe yol açmayacak şekilde olması gerekir⁶¹. Farklı ekonomik statüde olan kişilerden aynı karşılık alınması kimi zaman eşitliği zedeler nitelikte olabilir. Bu yüzden kimi düzenlemelerde idareye, sunulan hizmet karşılığında alınan karşılığı yararlanıcı kitlesi bakımından farklılıklar oluşturma yetkisi verilmiştir⁶². Kimi zaman ekonomik bakımından yararlanıcı kitlesinin ayrıştırılarak farklı muamele yapılması yerine dezavantajlı gruplar desteklenerek tek bir yararlanıcı statüsü oluşturulmaktadır⁶³.

⁵⁹ D. 8.D., E. 2004/170, K. 2004/3543, T. 30.9.2004. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁰ D. 8.D., E. 2008/8591, K. 2009/2023, DD.121, s.306.

⁶¹ Yayla, **İdare Hukuku**, s.76.

⁶² Özellikle tarifeye bağlanması öngörülen kamu hizmetlerinden olan su, elektrik, doğalgaz hizmetleri örnek gösterilebilir.

⁶³ Yükseköğretim, eğitim, sağlık gibi hizmetler örnek gösterilebilir.

Tek bir yararlanıcı statüsünün olduğu kamu hizmetlerinden yararlanma mukabilinde alınan karşılık, o hizmete ihtiyaç duyanların bir kısmının ödeyemeyeceği miktarda olması durumunda, sırf mali yetersizlikleri sebebiyle hizmetten yararlanamama sonucunu doğuracağından eşitlik ilkesini zedeler⁶⁴. Dolayısıyla kamu hizmetinden alınacak karşılıkların saptanmasında en düşük gelirlinin ve onun hizmetten yararlanma sıklığının bütçesine etkisinin de göz önüne alınması gerekir⁶⁵.

Eşitlik ilkesi meccanilik ilkesinin hem doğuşunda hem de zaman içindeki dönüşümünde başat bir role sahiptir. Kamu hizmetinden yararlanmanın meccani ya da paralı olması noktasında, meccanilik ilkesinin yerine getirdiği pek çok fonksiyonu içinde barındırmaktadır. Bu nedenle meccaniliğin eşitlik ilkesinin koruması altında kaldığı savunulabilir. Zira eşitlik-meccanilik ilişkisinde şu çekinmeden söylenebilir ki eşitlik ilkesi, meccanilik ilkesi için bir gölgeden öte gerçek bir hamidir. Meccanilik ilkesinin eşitliğin gölgesi altında doğurduğu hukuki değer ve sonuçların eşitliğin bir uzantısı olduğu kabul edilmekle beraber, eşitlik ile kesişmeyen hukuki sonuçları nedeniyle meccanilik ilkesinin müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyim⁶⁶.

II. BİR KAMU HİZMETİ İLKESİ OLARAK MECCANİLİK İLKESİNİN KENDİNE ÖZGÜ HUKUKİ SONUÇLARI

Meccanilik ilkesinin hukuki sonuçlarının ortaya konulabilmesi için kamu hukukunda hami konumuna getirilen diğer ilkelerin gölgesinden çıkılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiş idik. Bu doğrultuda yapılan incelemeler sonucunda, meccanilik ilkesinin başta eşitlik ilkesi olmak üzere diğer kamu hukuku kavramlarından farklı hukuki sonuçları olduğundan bahisle müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edilmesinin daha isabetli olabileceği kanaatine ulaşmıştık. Şimdi, bu iddianın ispat edilmesi için elbette bu farklı hukuki sonuçların ortaya konulması gerekmektedir.

Meccanilik ilkesinin hukuki sonuçları ortaya konulmadan diğer ilkelerden ayırt edilmeye çalışılması tersten gitmiş gibi bir görünüm verse de esasında bir sağlama işlemidir. Zira başta diğer ilkelerinin hukuki sonuçları ve meccanilik ilkesi

⁶⁴ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri” s.40.

⁶⁵ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s.40-42.

⁶⁶ Bkz. İnfra II-B.

ile ilgisi ortaya konularak daha sonra meccanilik ilkesinin hukuki sonuçları anlatıldığında, bu sonucun diğer ilkelerin bir sonucu mu meccaniliğin kendine özgü bir sonucu mu olduğu belirlenmiş olacaktır.

Meccanilik ilkesinin bir kamu hizmeti ilkesi olarak, kamu hizmeti statüsü içinde yerine getirdiği temel işlevi, kamu hizmetinden yararlandan alınan karşılıkların makul bir seviyede olmasını sağlamaktır. Kamu hizmeti karşılığının makul olması noktasında yapılacak değerlendirmenin birden fazla unsurun göz önüne alınarak yapılmasını gerektirmektedir.

Meccaniliğin bir de katma etkisi bulunmaktadır ki bu aslında ilk işlevinden bağımsız değildir. Kamu hizmeti statüsü içindeki karşılıkların makul olma noktasında doğurduğu hukuki sonuç vesilesiyle haiz olduğu bu hukuki değeri, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmaması noktasında belirleyicidir. Nitekim pek çok kere kâr amacı gütmek, özel girişim ile kamu hizmetini ayıran bir unsur olarak kabul edilmiştir⁶⁷.

A. HUKUKİ SONUCA ETKİSİ AÇISINDAN MECCANİLİK İLKESİNİN KAMU HİZMETİNDEN KARŞILIK ALINMASI KONUSUNDA DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Meccanilik ilkesinin günümüzdeki değeri hakkında hangi görüş benimsenmiş olursa olsun tüm görüşler, kamu hizmetlerinden alınacak karşılıkların adil, ölçülü, makul bir karşılık olması gerektiği vurgulamaktadır⁶⁸. Meccanilik ilkesinin doktrinde ve yargı kararlarında üzerinde en çok durulan boyutu, alınacak karşılıkların kişilerin ödeme gücü ile orantılı olması gereğidir. Çünkü kişilerin ödeme güçlerine göre belirlenmeyen bir karşılık miktarı, kişilerin hizmetten yararlanmasını engeller nitelikte olabileceği gibi onları hizmetten yararlanmaktan caydırabilir ya da onların söz konusu hizmetten yararlanmak için başka bir ihtiyacından fedakârlık yapmasına neden olabilir⁶⁹. Dolayısıyla karşılığın, kamuya sunulması amaçlanan yararın ve

⁶⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I., s.19., Akyılmaz /Sezginer/ Kaya, **İdare Hukuku**, s.545-555., Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s.242-243.

⁶⁸ AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, T. 12.4.1990, RG. 17.6.1990/20551., AYM, E.2013/89 K. 2014/116, T. 3.7.2014., R.G. 4.7.2015/29406., AYM, E.2011/54, K.2011/142, T. 20.10.2011, RG. 29.12.2011-28157., Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 37-38., Tan, **İdare Hukuku**, s. 656., Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.308., Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, s.22., Yıldırım, *"Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı"*, s. 36-41.

⁶⁹ Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 37-38.

yararlanacak kişilerin kullanım oranları⁷⁰ ve ödeme güçleri göz önünde tutularak⁷¹ dar gelirli de dahil olmak üzere herkesin katlanabileceği makul bir ölçüde⁷² ve yararlanmayı zorlaştırmayacak⁷³ şekilde belirlenmesi gerekir.

Kamu hizmetinin tatmin edilmediği zaman huzursuzluğa neden olacak nitelikteki ortak ve genel bir toplumsal ihtiyaca yönelik olması göz önüne alındığında, kamu hizmetinden yararlandan alınan karşılık, bu kamu hizmetine ulaşmayı güçleştirdiği ölçüde kamu düzenini bozacağından hukuka aykırı olacaktır⁷⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetinden alınan karşılıkların bu anlamda ölçülü olması gerektiğini birçok kararda vurgulamıştır.

“Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır.”⁷⁵

“Söz konusu ücret, adalet hizmetleri alt yapısının geliştirilmesinde kullanılmak üzere, hizmet karşılığı, miktarı az bir bedel olarak alınmakta olup, bu ücretin hiçbir biçimde malî zorluk sayılabilecek düzeye getirilmesi düşünülememektedir.”⁷⁶

Meccanilik ilkesinin temel işlevi, kamu hizmeti karşılıklarının *makul* olmasını sağlamaktır. Yargı kararlarında ve doktrinde bu işlev, kamu hizmetinden yararlandan alınacak karşılıkların *ödeme gücü ile orantılı, mali güce göre, ölçülü, adil* gibi çeşitli nitelemelerle ifade edilmiştir. Kamu hizmeti karşılığının bu işlevinin *makul* sıfat ile ifade edilmesi, bu işlevin yerine gelmesinde birden fazla unsurun göz önüne alınarak yapılan değerlendirmeye işaret etmesi bakımından tercih edilmiştir. Dolayısıyla meccanilik ilkesinin yerine getirdiği bu *makullük* değerlendirmesi, içeriğinde aşağıda birer birer inceleyeceğimiz birden fazla unsuru ve değişkeni barındırmaktadır.

⁷⁰ Tan, **İdare Hukuku**, s. 656.

⁷¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.308.

⁷² Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, s.22.

⁷³ Yıldırım, “*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*”, s. 36-41.

⁷⁴ Yıldırım, “*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*”, s. 36-41.

⁷⁵ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

⁷⁶ AYM, E. 1988/37, K. 1989/36, T. 8.9.1989.

1. Kamu Hizmeti Niteliğinin Tespitine Etkisi

Bir kamu hizmetinden yararlanmanın meccani olması ya da karşılık alınması hususunda evvela dikkate alınması gereken kamu hizmetinin niteliğidir. Bir kamu hizmetinden karşılık alınması hususunda belirleyici ilk kriter kamu hizmetinin özelliği olmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de “Devletçe yürütülen bir kamu hizmetinin özelliği gerektiriyorsa, bu hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca bir karşılık istenmesine hukukça engel bulunup bulunmadığı üzerinde durulmak gerekecektir.”⁷⁷ diyerek karşılık alınması için kamu hizmetinin niteliğinin uygun düşüp düşmediğini incelemenin gereğini belirtmiştir.

Kamu hizmetlerinden bazıları, tatmin etmeye yöneldiği ihtiyacın niteliği bu hizmetten belirlenebilir bir yararlanma gerçekleşse de yine de karşılık esasına bağlanması mümkün olmayabilir. Kimi kamu hizmetlerinden yararlanma ise o hizmetten yararlanma ile elde edilen faydanın özel niteliğinden ötürü hep karşılık mukabilinde yararlanmaya konu edilmiştir. Bu nedenle kamu hizmetinin niteliğinin karşılık hususuna etkisinin, *niteliği gereği karşılık alınmayacak kamu hizmetleri* ve *niteliği karşılık alınmaya müsait olan kamu hizmetleri* şeklinde iki alt tasnif takip edilerek incelenmesi daha isabetli olacaktır.

a. Niteliği Gereği Karşılık Alınmayacak Kamu Hizmetleri

Tüm idari faaliyetler gibi nihai amacı kamu yararı olan kamu hizmetlerinden bazıları, bunlardan yararlananların elde ettiği menfaatin ve bu hizmetin tatmin etmeye yöneldiği ihtiyacın niteliğinden ötürü karşılık alınmaya müsait olamayabilir. Niteliği karşılık alınmaya uygun olmayan bu hizmetlerden yararlanmanın bir karşılık esasına bağlı olması o faaliyetin amacına ve mantığına aykırı olabileceği gibi faaliyetin yürütümü bakımından da mümkün değildir.

İtfaiye, acil yardım, arama ve kurtarma hizmetleri gibi pek çok hizmet, niteliği gereği karşılık esasına bağlanamaz. Toplumun ve toplumdaki fertlerin can ve mal güvenliğini sağlayan bu gibi hizmetler herkesin engelsiz yararlanmasına her zaman açık olmak durumundadır. Bu hizmetlerden yararlandıran cüzi de olsa bir karşılık alınması, toplum yaşamı bakımından hayatiyet arz eden bu hizmetlerin fonksiyonunu yerine getirmesine engel olur ve bu engel bizatihi idare eliyle

⁷⁷ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

konulmuş olur. Anayasa Mahkemesi bir kararında, karakol örneği üzerinden yola çıkılarak bu hizmetlerden yararlanan kişilerden karşılık alınamayacağını belirtmiştir.

“Devletin yapmakla yükümlü bulunduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan bir ücret isteyip işleyemeyeceği sorusunu da karşılamak gerekir. Ancak böyle bir soruyu genel, kapsamlı, değişmez bir cevaba bağlamak olanak dışıdır. Çünkü kimi kamu hizmetleri vardır ki onlar dolayısıyla bir para alınması düşünülemez bile. Sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı bir para istenmesi hiçbir zaman söz konusu olamaz.”⁷⁸

Danıştay, ülkemiz karayolları ve otoyollarında seyahat eden sürücülerin, trafik kazası, yangın, sağlık hizmeti, araç arızası veya yol kapanması gibi durumlarda yardım talebinde bulunabilmelerini teminen ücretsiz aranabilir "159" kısa numarasının Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğü'ne tahsis edilmesi işlemine karşı açılan davada, bu kararla amaçlanan hukuki yararın asayiş, can ve mal güvenliğinin sağlanması olduğundan reddetmiştir⁷⁹.

Niteliği karşılık alınmasına müsait olmayan kamu hizmetleri kapsamında sosyal kamu hizmetleri de yer almaktadır. Sosyal kamu hizmetleri, toplumda sadece ekonomik olarak değil, çeşitli faktörlerden ötürü dezavantajlı durumda olanlara özel ve ek birtakım edimler sunarak bu kişilerin toplum hayatına etkin şekilde katılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu hizmetin tatmin etmeye yöneldiği ihtiyacın niteliği, bu hizmetten karşılık alınması fikrine aykırıdır. Nitekim Danıştay, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan bu hizmetin, niteliğinin ücret karşılığı sunulmaya müsait olmaması nedeniyle işlemi sosyal devlet ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁸⁰.

b. Niteliği Karşılık Alınmaya Müsait Kamu Hizmetleri

Kamu hizmetlerinden niteliği karşılık alınmaya uygun düşmeyenler dışında kalan ve diğer kriterleri sağlayan kamu hizmetleri karşılık esasına bağlanmaya müsaittir. Belirtilmelidir ki diğer kriterlere uygun olmak kaydıyla niteliği uygun düşen kamu hizmetlerinin karşılık esasına bağlanması politik bir tercihtir. Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla bu kamu hizmetlerinin meccanen ya da para

⁷⁸ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922;

⁷⁹ D. 13. D. E. 2005/6586, K.2007/693, T. 13.2.2007., DD.115, s.425.

⁸⁰ DİDDGK, E.2000/401, K.2000/938, T.3.7.2000., DD.104, s.54., D.8.D., E.2007/6457, K.2008/8352, DD.121., s.290.

karşılığında sunulması konusundaki tercih, siyasi otoritenin benimsediği ekonomik düzen seçime bağlıdır. Tüm kamu hizmetlerinin meccani olacağı bir ekonomik düzen tercihi yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, çeşitli ülkeler benimsedikleri ekonomik düzen tercihlerine göre kimi hizmetlerden karşılıksız yararlanılmasına karar vermektedir⁸¹. Bu nedenle *niteliği gereği karşılık alınan kamu hizmetleri* şeklinde ifade etmek kamu hizmetinin meccaniliği ile ilgili kanun koyucunun haiz olduğu takdir yetkisini sınırlar nitelikte olduğundan tercih edilmemiştir.

İktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin klasik kamu hizmetlerinden farklı olarak yararlananlardan elde edilen karşılıklarla finanse edilmesi, bu hizmetlerin sürekliliğinin sağlanması için yararlananlardan karşılık alınmasını gerektirmektedir. Ülkemizde iktisadi ve sınai hizmetlerin ilk ortaya çıkışından devletleştirilmesine ve günümüze kadar geçen sürede, bu hizmetlerden hep ücret mukabilinde yararlanılması bu hizmetlerden parasız yararlanmanın söz konusu olamayacağını düşündürmektedir. Nitekim doktrinin⁸² ve Anayasa Mahkemesinin de bu kanaatte olduğu anlaşılmaktadır.

“Kimi karayollarından, köprülerden geçiş ücrete bağlıdır. Demir, deniz, havayollarından ancak para ödenilerek yararlanılabilir. Hastaneler genellikle bu durumdadır. Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir. Bu ihtiyaçların parasız giderilmesi düşünülemez bile.”⁸³

Belirtmek gerekir ki bu gibi hizmetlerin ülkemiz bakımından hiçbir zaman meccani sunulmamış olması ve günümüzde de meccanen sunulmasının olası olmadığına dair bu değerlendirme, bunları karşılıksız olarak sunmak isteyen siyasi iradeyi sınırlar nitelikte değildir. Kanun koyucu, siyasi iktidarın benimsediği doğrultuda, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin meccani olarak sunulmasını takdir ederse, bu hizmetlerin, yararlananlardan alınan karşılıklarla sağlanması metodu yerine hazineye pay aktarılması ile vergilerin finansman kaynağı olarak görülmesi sağlanabilir. Bu modelin, bugün ülkemizde hâkim olan eşitlik anlayışına uygun

⁸¹ <https://www.haberturk.com/tv/yasam/haber/1786626-hangi-ulkede-hangi-hizmet-bedava>

⁸² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.307-308., Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s.162., Yaşar, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014., s. 170-171., Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.231.

⁸³ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

olmadığı kabul edilse de özellikle komünist devlet düzenini benimsemiş kimi ülkelerde iktisadi ve sınai nitelikte olan hizmetler parasız sunulmaktadır.

2. Kamu Hizmetinden Yararlanma Biçimi Açısından Etkisi

Kamu hizmetlerinden yararlanma biçimi ile hizmetin paralı ya da parasız sunulması arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. Bireylerin kamu hizmetlerinden yararlanırken hizmet ile aralarındaki hukuki bağ iki temel şekilde kurulur: ya kişi doğrudan doğruya objektif hukuk kurallarına istinaden ve araya ikinci bir hukuki işlem girmeksizin anonim yararlanma ile o hizmetten yararlanır ya da kişinin kamu hizmetinden yararlanabilmesi için mevcut hukuk kurallarına dayanarak tek taraflı yahut iki taraflı bir hukuki tasarrufun tesis edilmesi şeklinde gerçekleşen statüter yararlanma biçiminde istifade edilir⁸⁴. Anonim yararlanmalar parasız iken statüter yararlanmalar genellikle paralıdır⁸⁵. Bu nedenle yararlanma biçimlerinin hukuki statülerinin mümkün olduğunca net biçimde ortaya konmasına ihtiyaç vardır.

Yararlanma biçimine ilişkin açıklamalar anonim yararlanma ve kişiselleştirilmiş bir hukuki durum aracılığıyla yararlanma şeklinde iki ana başlık altında incelenebilir. Bu temel ayrımın yanı sıra idare ile yararlanan arasında kurulan ilişkinin niteliğine göre alt tasnifler yapılabilir: Tek taraflı bir muamele ile kurulan yararlanma ve sözleşmeyle kurulan hukuki durum aracılığıyla yararlanma.

İdare ile birey arasında kurulan yararlanma ilişkisinin kamu mallarında da söz konusu olması nedeniyle yararlanma biçimine ilişkin tasniflerin yapılmasında ve yararlanma biçimlerinin hukuki rejimin açıklanmasında, niteliği uygun düştüğü ölçüde, kamu mallarından yararlanma teorisinden de istifade edilebilir olduğu kanaatindeyiz⁸⁶.

⁸⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.II, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966., s.511.

⁸⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları** s.307.

⁸⁶ Kamu mallarından yararlanma teorisi için bkz. Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s. 179., Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.II., s.512.

a. Anonim Yararlanma

İdarenin hukuk kurallarınca kendisine görev olarak verilen kamu hizmetlerini ifa etmek suretiyle ortaya çıkan menfaat neticesinde idare ile hizmetten yararlanan kişiler arasında bir muamele ya da sığata gerek olmaksızın yararlanma usulü anonim yararlanmadır. Bu yararlanma biçiminin hâkim özelliğı, yararlanan kişilerin hizmete ilişkin önceden belirlenen objektif şartlar çerçevesinde ayrıca bir hak sağlamaksızın kişiselleşmemiş genel bir statü içinde tam bir anonimlik içinde yararlanmasıdır^{398a}.

Anonim yararlanmaya konu olan kamu hizmetlerinin meccani olarak sunulması gereğı iki temel gerekçeye dayandırılabilir. İlki bu hizmetlerin bölünemez niteliğinden kaynaklanan teknik gerekçedir. İkincisi ise hizmetlerin ortak ve genel menfaate sunulmasından ötürü herkesin eşit biçimde ve miktarda yararlanmasının gerekmesidir.

Anonim yararlanmanın söz konusu olduğı kamu hizmetlerinde ortaya çıkan fayda bölünebilir ve yararlanma miktarı tayin edilebilir nitelikte değildir. Dolayısıyla bu yararlanma biçimine konu olan kamu hizmetlerinden elde edilen yarar toplumun geneline ortak olarak sunulmaktadır. Toplumun tamamına sunulan bir menfaatten herkesin eşit ve serbest yararlanması gerekir. Herkesin eşit biçimde ve serbest yararlanması ise bu hizmetlerin meccanen sunulmasını gerektirir. Çünkü meccanilik ilkesi hiçbir karşılık şartı koşmadığından temelde eşitliğin sağlanmasında mükemmel bir araçtır.

Anonim yararlanmaya konu kamu hizmetlerinin meccanen sunulmasının nedeni, bu hizmetlerden elde edilen menfaatin bölünemez nitelikte olmasıdır. Çünkü bu hizmetlerden doğrudan doğruya yararlanma ile kimin ne kadar bireysel menfaat elde ettiğini tespit etmek imkânsız olduğı gibi bu hizmetlerin toplumda bizatihi mevcudiyeti ile kişiler bir menfaat temin eder. Dolayısıyla teknik olarak karşılık konusu yapılabilecek bir fayda tespit ve tayin edilemeyeceğinden, bu hizmetlerin meccanen sunulması gerekir.

“Devletin yapmakla yükümlü bulunduğı bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan bir ücret isteyip işleyemeyeceğı sorusunu da karşılamak gerekir. Ancak böyle bir soruyu genel, kapsamlı, değişmez bir cevaba bağlamak olanak dışıdır. Çünkü kimi kamu hizmetleri vardır ki onlar dolayısıyla bir para alınması düşünülemez bile. Sözgelimi

karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı bir para istenmesi hiçbir zaman söz konusu olamaz.”⁸⁷

Belirtelim ki kimi zaman genel menfaat ile bireysel menfaatin bir arada bulunması söz konusu olabilmektedir. Tapu ve yargı hizmetleri bu hususun en güzel örneklerindendir. Bu hizmetlerin toplumda var olması ile bir güven ortamı tesis edilmekte, kişiler genel ve ortak bir menfaat elde etmektedir. Ancak bir ferdin doğrudan doğruya mahkemeye ya da tapu dairesine başvurarak bireysel bir menfaat elde etmesi ile artık genel menfaatin yanında yararlanan kişinin ek bir menfaati söz konusu olmaktadır⁸⁸. Bu gibi iki yönlü olan hizmetlerin umuma bakan yönü karşılıksız olmak durumundadır, bireye bakan yönünü karşılıklılandırmak ise kanun koyucunun takdirindedir.

“Buna karşılık adalet hizmeti ele alınınca görülecek olan şudur: Hizmetin sırf var oluşu nedeniyle tüm yurttaşlar onun manevî varlığından yararlanmakta ve vergi yolu ile bu hizmetin giderlerine katılmaktadırlar. Ancak hizmetleri belirli bir kimsenin doğrudan doğruya yararlanması söz konusu oldukça o kişinin ayrıca mahkeme giderleri, harç gibi adlar altında özel bir karşılık ödemesi gerekmektedir.”

“... terminal otoparkının tamamen ücretsiz hale getirilmesini istemekte ise de, bu hal, hem kanunların tanıdığı ücretsiz yararlanma hakkının sınırlarını aştığı ve hem de kısa süreli duraklama yerinin giderek veya zaman zaman azalması sonucunu doğuracağı için otoparktan uzun süreli istifade etmek isteyenlerden belli bir bedel alınmasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin, terminalde özel araç sahiplerine sınırlı süreli ücretsiz otopark yeri tahsis edilmemesine ilişkin kısmının iptaline otoparkın süre sınırlaması olmaksızın tamamen ücretsiz hale getirilmesi yönündeki davanın ise reddine karar veren Bursa 1. İdare Mahkemesinin onanmasına oy birliği ile karar verildi.”⁸⁹

Hukukumuzda aksi yönde bir düzenleme yoksa meccanilik ilkesinin geçerli olduğunu daha önce belirtmiş idik⁹⁰. Anonim yararlanmanın söz konusu olduğu kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğuna ilişkin hükümlere bakıldığında bunların meccani olduğuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber bu hizmetlerden elde edilen menfaat bölünemez nitelikte olduğundan bu hizmetler,

⁸⁷ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

⁸⁸ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

⁸⁹ D. 8.D., E.2005/1852, K. 2006/2747, T.28.6.2008, DD.114., s.244.

⁹⁰ Bu hususta bkz. supra, İkinci bölüm, C.

karşılıklılandırılmaya nitelikleri gereğince uygun değildir. Bunlara belediye ve il özel idarelerce sunulan tüm mahalli kamu hizmetleri (çevre düzenleme, çöp toplama, temizlik, imar, bayındırlık, ağaçlandırma, aydınlatma, itfaiye gibi), sosyal hizmetler, genel kolluk hizmetleri, nüfus hizmetleri, dış işleri, devlet arşiv hizmetleri, milli ve halk kütüphanelerinden yararlanılması ve meteoroloji hizmetleri örnek olarak gösterilebilir.

Doktrinde ve yargı kararlarında “*zorunlu kamu hizmetlerinden karşılık alınamayacağı*”⁹¹ ifadesi kullanılmaktadır. Zorunlu kamu hizmeti olarak ifade edilen bu kamu hizmeti sınıfı idareye kanunlarla görev olarak verilen ve ilgililerin isteğine bağlı olmaksızın sunulan faaliyetler olarak tanımlanmaktadır⁹². Ancak kamu hizmetinin ilk kriteri, bir faaliyetin kanunla idareye görev olarak verilmesi olduğu göz önüne alınırsa bu ifadenin isabetli olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak ilgili kararlara bakıldığında uyumsuzluk konusunu oluşturan hususun, faydası bölünemez nitelikte olan kamu hizmetlerinden karşılık alınması olduğu görülmektedir. Nitekim park yeri yapma, çöp toplama ve aydınlatma hizmetleri mukabilinde karşılık alınması öngörülen işlemleri Danıştay, bu hizmetlerin ilgililerin isteğine bağlı olmaksızın sunulan mecburi kamu hizmeti olduğundan ve bu hizmetlerden karşılık alınamayacağından bahisle iptal etmiştir⁹³. Dolayısıyla yargı kararlarında ve doktrinde sıkı biçimde takip edilen bu kabuldeki mecburi kamu hizmetleri ifadesinden, anonim yararlanmaya konu kamu hizmetlerinin anlaşılması gerekmektedir.

Son olarak belirtelim ki, faydası bölünebilir nitelikte olmayan kamu hizmetleri teknik olarak karşılığa bağlanamamaları da bu hizmetlerin, faydası bölünebilir nitelikte olan kamu hizmetlerinden alınan karşılıklarla beraber alınarak karşılıklılandırılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin çevre temizlik vergisinin, 2464 sayılı Kanun’un mükerrer 44. maddesinde, su hizmetinden yararlanmaya esas alınan miktar üzerinden hesaplanacağı ve su faturasında gösterilmek suretiyle

⁹¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019., s. 347.

⁹² D. 9. D., E.2006/433, K. 2008/961, T. 27.2.2008, DD.118, s.289.

⁹³ D.3.D., E. 1976/602, K. 1976/612, (Kazancı İçtihat Bankası). D. 9. D. E.1989/486, K.1990/3638, T.22.11.1990, DD.82-83., s.736., D. 9.D., E.1989/5038, K.1991/1194, DD. 82-83., s.741., D.9.D., E.2006/433, K.2008/961, T. 27.2.2008, DD.118, s.289.

tahakkuk ve tahsil edeceği düzenlenmiştir. Başka bir örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararı gösterilebilir.

“Vergilerde olduğu gibi harçlarda da alınan harcın hangi kamu gideri için kullanılacağı, tahsis edileceğinin belirtilmesine gerek bulunmamakla birlikte tahsis yasağı da söz konusu değildir. İtiraz konusu kuralda harcın kullanılacağı kamu gideri alanı cezaevleri ve mahkeme binaları inşası olarak gösterilmiştir. Cezaevleriyle, mahkeme binalarının inşasının Devletin görevi, bu görevin de kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan kuralda, bu tür kamu hizmeti giderinin karşılanmasına, icra hizmetlerini talep eden kişilerin kısmen de olsa katılması yasa koyucu tarafından kabul edilmiş ve belirlenen oranlarda katılımın sağlanması öngörülmüştür. Hangi kamu hizmeti karşılığında harç olarak bir malî yükümlülük getirileceği anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.”⁹⁴

Ancak vurgulanmalıdır ki, anonim yararlanmaya konu olan kamu hizmetinin yararlanma miktarı tayin edilebilir nitelikteki kamu hizmetleriyle beraber alınarak karşılıklılandırılması usulünde, yararlanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmişse de yararlanma miktarının tayin edilmemesi nedeniyle karşılıkların mutlaka vergi ya da vergi benzeri mali yükümlülük şeklinde ittihaz edilmeleri zorunludur. Bu karşılıklar, vergi veya vergi benzeri bir mali yükümlülük şeklinde ittihaz edilmekle beraber, bu nitelikteki karşılıkların tabi olduğu anayasal sınırlamalara tabi olacakları açıktır.

b. Kişiselleştirilmiş Bir Hukuki Durum Aracılığıyla Yararlanma

Kişiselleştirilmiş bir hukuki durum aracılığıyla yararlanma biçimi, faydası bölünebilir ve yararlanma miktarı tayin edilebilir nitelikteki kamu hizmetlerinden genel statünün dışında ayrıca hukuken kişiselleştirilmiş bir statü aracılığıyla yararlanma usulüdür. Faydası bölünebilir kamu hizmetlerinden yararlanmanın gerçekleşmesi için idare ile birey arasında bir yararlanma ilişkisi kurulur. Bu ilişki daha önce objektif olarak belirlenen bir statünün şartlarına göre tek taraflı ya da iki taraflı olabilir. Tek taraflı muamele ile kurulan yararlanma ilişkisi statüter yararlanma; iki taraflı muamele ile kurulan yararlanma ilişkisi sözleşmesel yararlanma olarak ifade edilip iki başlık altında incelenebilir.

Yararlanma ilişkisini kuran işlemle birlikte birey yararlanan sıfatını haiz olur ve bu sığata dayanarak bireysel, doğrudan ve müstakil bir menfaat elde eder. Elde edilen

⁹⁴ AYM, E.2011/28, K.2012/22, T.16.2.2012, RG. 21.7.2012/28360.

menfaatin yoğunluğunun karşılık hususuna etkisi nedeniyle özel bir yararlanma biçimi olarak yoğun yararlanmanın da ayrı başlık altında incelenmesi isabetli olabilir⁹⁵.

(1) Statüter Yararlanma

Statüter yararlanma, bireyin önceden objektif olarak belirlenen bir hukuki statü içine girme yani kamu hizmetinden yararlanma talebi üzerine tesis edilen tek taraflı bir hukuku işlem vasıtasıyla yararlanan sıfatını haiz olarak yararlanmasını ifade eder. Doğrudan ve teker teker yararlanmaya konu olan kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğundan yararlanma şekli budur.

Statüter yararlanmaya konu olan kamu hizmetlerinin faydası bölünebilir ve yararlanma miktarı tayin edilebilir olduğundan bunlardan teker teker yararlanmalar karşılık esasına bağlanabilir. Bu yararlanmaya konu olan kamu hizmetlerinden doğrudan yararlanma çoğu zaman paralıdır ancak bu bir kural değildir. Kamu hizmetinin niteliği doğrudan kişisel yararlanmaya müsait ise bunlardan yararlanmadan karşılık alınıp alınmayacağı hususu yasa koyucunun takdirindedir.

Faydası bölünebilir nitelikteki kamu hizmetlerinden karşılık alınması fikrinin temelinde eşitlik anlayışı yatmaktadır. Zira bireysel ve müstakil bir fayda elde eden kişinin, bu menfaattinden doğan giderlerin kamuya teşmil edilerek vergilerle ödenmesi, bu hizmetten hiç yararlanmayan kişilerce ödenmesini gerektirecektir. Bunun yerine söz konusu hizmetten teker teker, doğrudan yararlanan ve bireysel, müstakil bir menfaat elde edenlerden yararlanma miktarlarına göre karşılık alınması ile bu giderlerin vergilerle karşılanması önlenmiş olacak ve yararlanan ile yararlanmayan arasındaki eşitsizlik de ortadan kalkacaktır.

“Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten

⁹⁵ İnfra, s.126.

yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.”⁹⁶

“Ancak hizmetleri belirli bir kimsenin doğrudan doğruya yararlanması söz konusu olduğta o kişinin ayrıca mahkeme giderleri, harç gibi adlar altında özel bir karşılık ödemesi gerekmektedir. Yatılı öğrenim kurumlarında öteden beri ücret alma yöntemi geçerlidir. Varlıksız olanlar, bu hizmetten belirli yöntemlere uyarak parasız yararlanırlar. Kimi karayollarından, köprülerden geçiş ücretine bağlıdır. Demir, deniz, havayollarından ancak para ödenilerek yararlanılabilir. Hastaneler genellikle bu durumdadır. Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir. Bu ihtiyaçların parasız giderilmesi düşünülemez bile. Bu yolda daha birçok örnekler verilebilir.”⁹⁷

Nitekim ülkemizde statüter yararlanmaya konu olan kimi kamu hizmetlerinden karşılık alınmamaktadır. Örneğin, yükseköğretim, aile hekimliği, ilköğretim gibi bireysel menfaate konu edilebilen hizmetlerinden günümüzde karşılık alınmamaktadır⁹⁸.

Yasa koyucu niteliği uygun düşen kamu hizmetlerinden karşılık alınmasını düzenleyebilir. Bunun yanında alınacak karşılığın, ilgili kamu hizmetinin niteliğinin de göz önüne alınarak karar verilmesi gerekir. Çünkü sunulan kamu hizmetinin niteliğinden kaynaklanan durumlarda farklı uygulama yapılması da gerekebilir. Örneğin bir Danıştay kararında tıp fakültesi İngilizce bölümü öğrencilerinden Türkçe bölümdekilere göre daha fazla harç alınmasına ilişkin açılan davada, İngilizce bölümün Türkçe bölüme göre maliyet girdilerinin daha fazla olmasına binaen iptal istemini reddetmiştir.

“ Tıp öğreniminin yabancı dille yapılması durumunda yabancı uyruklu öğretim üyesi çalıştırılması, yurt dışında yabancı dille yayınlanmış kitapların ve eğitim

⁹⁶ AYM, E. 2014/177, K.2015/49, T. 14.5.2015, RG. 11.06.2015-29383. Benzer yönde: “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.” AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

⁹⁷ AYM, E.1973/32, K. 1974/11, T.26.3.1974, R.G. 21.6.1974/14922.

⁹⁸ 2012/3584 sayılı 2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ve Öğrenim Ücretlerinin Tespitine Dair Bakanlar Kurulu kararının 2 .maddesinde, “2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılında öğrenimine devam eden veya yeni kayıt yaptıracak birinci öğretim ve açık öğretim öğrencilerinden, 4 üncü ve 11 inci maddelerdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, öğrenci katkı payı alınmaz. Bu öğrencilerden alınması gereken öğrenci katkı payı tutarları, Devlet tarafından karşılanır.” hükmü yer almaktadır. İlköğretim Anayasa’nın 42. maddesi, Aile Hekimliği Kanunu’nun md.5.; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, md. 69.

öğretim için gerekli diğer gereç ve malzemelerin getirtilmesinin zorunlu olması karşısında, bu maliyetin daha da yükseleceği kuşkusuzdur. Bu nedenle, İngilizce tıp öğrenimi gören öğrencilerin, Türkçe Tıp öğrenimi gören öğrencilere göre daha fazla harç ödemeleri doğaldır.”⁹⁹

Yasa koyucu statüter yararlanmaya konu olan kamu hizmetinden karşılık alınmasını düzenlemiş ise burada alınacak karşılığın niteliğini takdir etme yetkisine de sahiptir. Günümüzdeki kimi kamu hizmetlerinden alınan karşılıklar mali yükümlülük iken kimi hizmetlerde ücret niteliğindedir. Örneğin tapu, yargı hizmetleri, yol altyapı hizmetlerinden kişisel yararlanmalarda alınan karşılıklar birer mali yükümlülük iken¹⁰⁰ eğitim, sağlık, yükseköğretim gibi hizmetlerden yararlananlardan mali yükümlülük niteliğinde olmayan katılım payları alınmaktadır¹⁰¹.

(2) Sözleşmesel Yararlanma

Kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğundan tek taraflı bir tasarruf ile yararlanılmaktadır ancak bazı kamu hizmetlerinden idare ile birey arasında iki taraflı tasarruf ile yararlanılır. Bazı kamu hizmetlerinden, kişinin idare ile arasında abonman sözleşmesi denilen bir mukavele ile yararlanması söz konusudur. Elektrik, su, doğalgaz gibi belirli bir kişiye belirli bir hizmetin ifası şeklindeki kamu hizmetlerinden yararlanma sözleşme iledir. Bu sözleşmelerde iki taraf arasında yapılmış olsa da bu bir katılmalı sözleşmedir; ne idare ne de ilgili hizmetin yararlanıcısı, sözleşmenin şartlarını belirleme yetkisine sahiptir. Sözleşmesel yararlanmanın söz konusu olduğu bu kamu hizmetlerinde, önceden belirlenmiş bir düzenleyici işlemin hükümlerine göre oluşturulan ancak hem idareyi hem de hizmetten yararlanmak isteyen kişiyi eşit şekilde bağlayan özel hukuka tabi bir sözleşme ilişkisine dayanılarak yararlanmayı ifade eder.

Kamu hizmetinden yararlanma sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması dolayısıyla bu kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda

⁹⁹ D. 8.D., E.1990/563, K.1991/457, DD.82-83., s.606.

¹⁰⁰ “İcra takip işlemlerinin yapılması sonucunda cezaevi yapı harcı ödenmesini zorunlu kılan kural, bireylerin özel çıkarlarıyla ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik de taşımamaktadır.” AYM, E. 2011/28, K. 2012/22, K. 16.2.2012, R.G. 21.7.2012/28360.

¹⁰¹ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908., AYM, E. 2006/111, K. 2006/112, T.15.12.2006, R.G. 30.12.2006/26392 5. Mükerrer., AYM, E.1984/9, K.1985/9, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793.

çözömlenecektir. Sözleşmesel yararlanılan kamu hizmetlerine ilişkin düzenlemelerde, hizmet karşılığı alınması öngörölen karşılığın bir miktar kâr içerdğı öngörölmektedir¹⁰². Bu nedenle alınan paranın maliyet+kârı içermesinden ötürü bir *fiyat* olduğuna hükmedilmektedir¹⁰³.

3. Kamu Hizmetinden Yararlanma ile Elde Edilen Faydanın Yoğunluğu

Kamu hizmetinden yararlanma rejimi içinde bu yararlanmanın yoğunluğu, aslında kamu hizmetinden yararlanmanın özel bir biçimi olan aşırı ya da yoğun yararlanma olarak ifade edilebilir. Yoğun yararlanma biçiminde, bireyin yine hukuken kişiselleştirilmiş bir statü aracılığıyla yararlanması söz konusudur. Yararlanma ilişkisinin kurulması tek taraflı ya da iki taraflı hukuki muamele ile gerçekleşebilir. Bu yararlanma biçimin hâkim karakteri, elde edilen menfaatin yoğunluğu ve özelliğidir. Bu menfaat yoğunluğunun ve özelliğinin tespiti her zaman kolay olmasa da faydası bölünebilir ve tayin edilebilir bir kamu hizmetinden standart bir yararlanmada elde edilen menfaatin ölçüsünü aşar nitelikte olan bir yararlanmanın tespit edilmesi yol göstericidir. Durumun izahı için nikah hizmetleri örnek gösterilebilir. Mesai saatleri içinde ve nikah salonunda yapılacak nikah ücretleri, mesai saatleri dışında veya içinde olması ya da nikahın yapılacağı yere göre değişen bir tarife aracılığıyla karşılıklandırılmıştır¹⁰⁴. Mesai saatleri dışında faydalanmak istenen sağlık ve eğitim hizmetlerinde de durum aynıdır. Örneğin, yükseköğretim hizmetlerinden alınan karşılıklar, resmi mesai saatlerinde ve normal bir yararlanmaya konu olan birinci öğretimden ve genellikle daha geç saatlerde sunulmasından ötürü normal mesai saatlerini aşan, ek öğretim görevlisi ve bina hizmetlerinden yararlanmanın söz konusu ve standart yararlanmanın sınırlarını aşan bir menfaat yoğunluğu olan ikinci öğretim bakımından farklılık arz etmektedir. Aynı şekilde öğretim üyesi bir doktora muayene olunması, aynı bölümün İngilizce olarak okunması¹⁰⁵, muadili mevcut olan tıbbi cihazın ya da ilacın en üst modelinin

¹⁰² 2560 İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 23., 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, md. 1.; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, md.17/6-f.; 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, md.11/3-4.

¹⁰³ AYM, E. 1990/18, K. 1991/4, T. 14.2.1991, RG. 8.5.1992/20865.

¹⁰⁴ <https://www.uskudar.bel.tr/tr/main/pages/nikah-islemleri/78>

¹⁰⁵ D. 8.D., E.1990/563, K.1991/457, DD.82-83., s.606.

alınması¹⁰⁶ durumunda yararlanmadan ek ve özel bir fayda sağlanmakta olup yoğun yararlanma söz konusudur. Örnekleri artırılabilir bu yararlanma biçiminde, yararlanmaya konu olan kamu hizmetlerinde kamu yararına değil, yararlanılan kişinin özel menfaatine yönelik olarak “ek masraflar” yapılması söz konusudur.

Yoğun yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, idare karşılıksız olarak sunduğu bir hizmetten karşılık alabileceği gibi, halihazırda bir karşılık esasına göre sunuyorsa da aldığı karşılığın miktarını artırabilir. Doktrinde ambulans hizmetlerinden acil durumlarda yararlanılmasının ücretsiz olması söz konusu iken bir müsabakada bir ambulansın hazır durumda bekletilerek çıkabilecek bir acil durumda yararlanılmasının ücretli olması gösterilmektedir¹⁰⁷.

Normal ya da standart yararlanmanın meccani olduğu hizmetlerde, yoğun bir yararlanmanın söz konusu olup olmadığı nasıl değerlendirilecektir? Bu husus bir Danıştay kararı üzerinden açıklanabilir. Bu kararda dava, şehirler arası terminalden faydalanmak isteyenlerin kısa süreli bekleme ve park yerleri ile tüm park alanlarının ücretsiz hale getirilmesi istemiyle açılmıştır. Kararda yararlanmanın yoğunluğuna göre bir ayırım yapılarak her yararlanmanın yoğunluğu ile orantılı olarak karşılık hususunu değerlendirmiştir.

“Belediyenin görevi kapsamında yapılan şehirlerarası otobüs terminalinden faydalanmak isteyen belde sakinlerinin özel araçlarıyla yolcu indirme, kısa süreli bekleme ve yolcu almak için park yeri temin edilmesi yukarıda sözü edilen Kanunların bir gereği olduğundan talebin bu kısmının reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmediği, ancak, davacı, terminal otoparkının tamamen ücretsiz hale getirilmesini istemekte ise de, bu hal, hem kanunların tanıdığı ücretsiz yararlanma hakkının sınırlarını aştığı ve hem de kısa süreli duraklama yerinin giderek veya zaman zaman azalması sonucunu doğuracağı için otoparktan uzun süreli istifade etmek isteyenlerden belli bir bedel alınmasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin, terminalde özel araç sahiplerine sınırlı süreli ücretsiz otopark yeri tahsis edilmemesine ilişkin kısmının iptaline, otoparkın süre sınırlaması olmaksızın tamamen ücretsiz hale getirilmesi yönündeki davanın ise reddine karar veren ... onanmasına karar verildi.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ D. 2.D, E.2007/4588, K. 2008/499, DD.119, s.123., D.11.D., E. 2004/1112, K.2006/4715, DD.115, s.377.

¹⁰⁷ Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 544.

¹⁰⁸ D.8. D. E.2005/1852, K. 2006/2747, T. 28.6.2006, DD.114., s.244.

Kararda, kısa süreli bekleme alanının ücretsiz olması, bu kamu hizmetinden yararlananların elde etmesi beklenen standart-normal menfaat olup bunun ücretsiz olması gerektiğine hükmetmiştir. Bunun yanında otopark hizmetinden uzun süreli yararlanmak isteyen kişilerin elde edecekleri menfaatin daha yoğun olduğu ifade edilerek bu kişilerden bir karşılık alınmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Elektrik, su gibi kamu hizmetlerinde, yararlananın niteliği yoğun yararlanmanın tespiti bakımından yol gösterici olabilir. Bu hizmetlerde yararlanıcıların hizmeti kullanma yoğunluklarına göre bir tarife hazırlanmakta ve her yararlanıcı grubu farklı karşılıklar üzerinden hizmetten yararlanmaktadır. Mesela kullanılan su veya elektrik kamu hizmetlerinden, ticari amaçlı faaliyetler yürüten kuruluşlara uygulanan karşılıklar ile konutlara uygulanan karşılıklar farklıdır. Çünkü mesleki ya da ticari bir amaçla kamu hizmetinden daha yoğun yararlanan ve standardın üzerinde bir menfaat elde edenler ile temel ihtiyaçların giderilmesi için standart bir kullanımdan aynı karşılığın alınması yararlananlar arasında eşitsizliğe neden olabilecektir. Dolayısıyla yoğun yararlanmanın, diğer yararlanma biçimlerindeki standart üzeri yararlanmanın farklı karşılık esasına bağlanması eşitliğin bir gereğidir.

Kimi zaman elektrik, su gibi kamu hizmetlerinde hizmetin ilgili lokasyona iletilmesi veya ulaştırılması için kimi zaman ek birtakım hizmet maliyetleri doğabilmektedir. Danıştay, ikincil nitelikteki meskenlere farklı su ücret tarifesini uygulanmasını, su hizmetlerinin belde halkına ulaştırılmasından doğan maliyet farklarının dengeli biçimde dağıtılması gerekçesiyle hukuka ve hakkaniyete aykırı bulmamıştır¹⁰⁹. Aynı şekilde, EPDK'nın elektrik iletim ve dağıtım sistemi sistem kullanım fiyatlarını belirlenmesi işlemine karşı açılan davada, uzunca hizmetin tekniğini irdelemiş ve sonuç olarak hizmetin tekniğinin farklı fiyatlandırılmasını hukuka uygun bulmuştur.

“... iletim ve dağıtım sistemlerinin gerilim seviyesi açısından olduğu gibi yapısal olarak da birbirinden farklı sistemler olmasının, dağıtım sistemlerinde bulunan kullanıcıların güç ve enerji kullanım seviyelerinin birbirinden çok farklı olması ve ölçüm sistemlerinin, özellikle küçük kullanıcılar için, enerji ölçümüne dayalı olması karşısında söz konusu iki ayrı sistem için değişik

¹⁰⁹ D.8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005, (Kazancı İçtihat Bankası).

*fiyatlandırma metodolojileri kullanılması gerektiğinden Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından 4628 sayılı Kanun hükümlerine dayanılarak oluşturulan 323 ve 324 sayılı Kurul kararlarında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*¹¹⁰

4. Kamu Hizmetinden Yararlananların Niteliği

Danıştay, yararlanıcıların niteliği gibi kamu yararı bulunan durumların, yine yasal dayanak bulunması şartı ile, eşit muameleden ayrılmayı gerektiren haklı bir neden oluşturduğunu kabul etmektedir. Nitekim Danıştay; askerler¹¹¹, öğrenciler¹¹², muhtaç, engelli kişiler¹¹³, kamu görevlileri¹¹⁴, ticari işletmeler¹¹⁵, ikincil evler¹¹⁶ gibi hukuki statüleri ve yararlanan sıfatlarını eşitlikten ayrılmayı gerektiren haklı bir neden olarak kabul etmiştir.

Yargıdaki yaklaşımın yanı sıra 4736 sayılı Kanun'un m. 1/2'de Cumhurbaşkanına tanınan yetki kapsamında kamu hizmetlerinden indirimli ya da ücretsiz yararlanmalarında kamu yararı bulunan kişiler tespit edilmektedir¹¹⁷.

5. Kamu Hizmetinden Karşılık Alınma Gerekçesi ile Karşılık Miktarı Arasında Tutarlı Bir Bağlantının Gerekliliği

Kamu hizmetinden karşılık alınma gerekçeleri, genellikle karşılık alınması öngörülen kamu hizmetine ilişkin hükümlerin hukuka uygunluk değerlendirmelerinde kullanılmaktadır. Kamu hizmetinden yararlandıran alınacak karşılıkların miktarı ile bu karşılığa ihtiyaç duyulma nedeni arasında bir rabıta olduğu açıkça zikredilmeyen bir esas olmakla beraber yüksek mahkemelerin, alınacak karşılık miktarına uygun gerekçeler kullandığı görülmektedir.

¹¹⁰ D.13.D., E. 2005/5537, K. 2005/5705, DD.112, s.368., D.8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005, (Kazancı İçtihat Bankası); DİDD, 1968/661 E, 1972/119 K, T. 11.02.1972, D.10.D. E.1989/359, K.1990/1493, T.21.06.1990, DD, S. 81, s. 329.

¹¹¹ D.10.D., E.1996/993, K. 1999/3627, T.23.6.1999, DD.102, s.676.

¹¹² D.8.D. 1989/1379 E, 1990/1339 K, K.T. 19.11.1990, DD.1992, S. 82-83., s.613., D.8.D., E. 2008/3052, K.2010/3222, DD.124, s.305.

¹¹³ D. 1.D, E.1988/145, K.1988/137., T. 27.5.1988, DD.72-73, s. 40.

¹¹⁴ D.10.D. E. 1995/1839, K.1996/3048, T. 28.05.1996, DD. 92, s.752.

¹¹⁵ D. 8.D., E. 2004/170, K. 2004/3543, T. 30.9.2004. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹⁶ D. 8.D., E.2004/3590, K.2005/302, T.31.1.2005, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹⁷ Örneğin 10.5.2019 tarihli Resmî Gazete'de bu Kanun hükümlerinde verilen yetkiye müstenit olarak çıkarılan Cumhurbaşkanı kararı ile Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığının askeri öğrenci, askerlik hizmet yükümlüsü erbaş ve erleri; Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı birinci basamak sağlık hizmet sunucularından sağlık hizmetinden karşılıksız olarak yararlanma imkânı getirilmiştir.

Her bir gerekçenin kaldırabileceği karşılık miktarına ilişkin sınırı geçmemesi gerekir. Bu duruma aykırı bir karşılıklılandırmak, idarenin gösterdiği gerekçeden başka hukuken meşru olmayan başka amaçlar güttüğünün bir göstergesi sayılabilir.

a. Kamu Kaynaklarının İsrafının ve İstismarının Önlenmesi

Kamu hizmetinin meccani olması kimi zaman gerçekte o hizmetten yararlanmaya ihtiyaç duymayan kişilerin yararlanmasına yol açabilmektedir. Bu kişilerin ihtiyaçları dışında yararlanmaları, kamu hizmetinin maliyetinin üzerinde bir kambur oluşturmakta ve hizmetin finansmanı için gereken kaynak ihtiyacını da artırmaktadır. Meccani kamu hizmetlerinin vergilerle karşılandığı göz önüne alındığında, hizmetten gereksiz yararlanmaların oluşturduğu maliyet farklarının karşılanması için vergi miktarlarında artış gerçekleşmekte ve zorluklarla ödenen ve toplanan paralar nihayetinde israf edilmektedir.

Kamu kaynaklarının kamu hizmetinden doğan maliyeti istismarlar nedeniyle karşılayamaması durumunda, o hizmetten yararlanmak isteyenlerin de kamu hizmetine ulaşamamaları, o hizmetten yararlanamama sonucunu doğurmaktadır.

Kamu hizmetinden gereksiz yararlanmaları engelleyen bir tedbir hem kamu kaynağının israf edilmesini hem de hizmetin istismara uğramasını önleyici işlev görür. Kamu hizmetinin meccani olması yerine, bu hizmetlerin çok cüzi bir miktar üzerinden karşılık esasına bağlanması, hizmete gerçekten ihtiyaç duymayan kişilerin yararlanmalarını engelleyici bir fonksiyon ifa etmektedir. Sembolik bir miktar olsa dahi o kamu hizmetinin karşılık esasına bağlanması ile gerçek yararlanıcılar ile istismarcıların ayırt edilmesi mümkün olmaktadır.

İstismarın ve israfın önlenmesi gerekçesi ile alınan kamu hizmeti karşılıklarının cüzi ve sembolik bir miktar olması gerektiğini vurgulamak gerekmektedir. Bu gerekçe ile alınacak karşılıkların miktarının belirlenmesinde en önemli nokta gereksiz yararlanıcıları elemek için yeterli, gerçekten ihtiyaç duyanların zorlanmadan ödeyebilecekleri bir dengede olmalıdır. Bu ölçünün üzerinde belirlenen bir kamu hizmeti karşılığının, istismarın ve israfın önlenmesi amacının ötesinde kaldığından hukuka uygunluğu tartışılır hale gelir.

Anayasa Mahkemesi, “... sağlık hizmetlerinden belli ölçüde katılım payı alınması, bir yönüyle kamu üzerindeki finansman yükünü kısmen hafifletmekte bir yönüyle de bu hizmetlerden gereksiz yararlanmaları engellemek suretiyle kamu

harcamalarının artmasını engellemektedir. ... Tüm bu hususlar gözetildiğinde ... sağlık ve sosyal güvenlik haklarına yapılan müdahalenin, ölçülü olduğu ve bireylere aşırı bir külfet yüklediği sonucuna ulaşılmaktadır.”¹¹⁸ diyerek hizmetin istismarının ve kamu kaynaklarının israf edilmesinin önlenmesi amacıyla bireylere aşırı külfet oluşturmayacak bir miktarın alınabileceğine hükmetmiştir.

Danıştay, Bursa Terminali otoparkının tamamının ücretsiz olması talebi ile açılan davada, kısa süreli kullanımlar için park yerinin ücretsiz olması gerektiğine hükmetmiş ve *“terminal otoparkının tamamen ücretsiz hale getirilmesini istemekte ise de, bu hal, hem kanunların tanıdığı ücretsiz yararlanma hakkının sınırlarını aştığı ve hem de kısa süreli duraklama yerinin giderek veya zaman zaman azalması sonucunu doğuracağı”¹¹⁹* belirterek, uzun süreli park alanından hizmetin istismar edilmesini ve böylece hizmetten farklı yoğunlukta yararlanmak isteyenlerin engellenmesini önleyecek bir karşılık alınması kabul etmiştir.

Danıştay’ın istismarın önlenmesi gerekçesiyle kamu hizmetinden yararlanandan alınan karşılıklar arasındaki ilişkiyi dikkatle değerlendirdiği söylenebilir. Bu konuda güzel bir örnek, Ankara ilinde tekli ve beşli biletler için geçerli 45 dakikalık süre içinde yapılan aktarma servislerinden ücretsiz yararlanma uygulamasının kötüye kullanılmasının önlenmesi gerekçesiyle tesis edilen EGO Genel Müdürlüğü işlemine karşı açılan dava gösterilebilir. Bu davada Danıştay, EGO Genel Müdürlüğü işleminin kapsamının, kötüye kullanma uygulaması dışında kalan 10’luk ve 20’lik biletleri de içeren şekilde genişletilmesini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir¹²⁰. Bunun yanında istismarın önlenmesi amacıyla takip edilen karşılıklılandırma uygulamasının, hizmeti istismar etmeyen diğer yararlanıcılar bakımından eşitsizlik doğurmayacak şekilde belirlenmesinin de idarenin görevi olduğunu vurgulamıştır.

“Kaldı ki, bir hakkın kötüye kullanımının, idarece verilen o hakkın yine idarece ortadan kaldırılmasını gerektirmeyeceği gibi, hakkın kötüye kullanımı noktasında ki idari çözümlerin üretilmesinin de davalı idarenin görevi olduğu tartışmasızdır.”¹²¹

¹¹⁸ AYM, E.2013/89 K. 2014/116, T. 3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406.

¹¹⁹ D.8.D., E. 2005/1852, K.2006/2747, T.28.6.2006, DD.114., s.244.

¹²⁰ D. 8. D., E. 2005/714, K.2006/796, DD.112, s.227.

¹²¹ D. 8. D., E. 2005/714, K.2006/796, DD.112, s.227. Benzer yönde başka bir karar için bkz. D. 10. D., E. 1995/665, K.1997/801, T.11.3.1997. DD. 94, s.637.

Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, sağlık hizmetlerinden alınan katılım payının Anayasa'ya aykırılığını incelerken, *“İlgililerin sağlık hizmetinden faydalanmalarını engellemeyecek düzeyde tutulması koşuluyla katılım payı alınması, sağlık harcamalarının devlet üzerindeki mali yükünü azaltmak amacıyla tedavi masraflarının bir kısmının hasta tarafından karşılanmasını sağlamak, hastayı, sağlık koruma masrafları konusunda bilinçli hâle getirmek ve hastayı gereksiz sağlık hizmeti kullanımından vazgeçirmek şeklinde tamamlayıcı amaçlara da hizmet etmektedir.”*¹²² diyerek karşılığın alınma amacı mali yükün azaltılması ve kamu hizmetinin istismarını önlemek olup bu karşılığın kişilerin hizmete ulaşmalarını engeller düzeyde olmayacağını vurgulamıştır.

İdarenin mali kaynaklarını koruma amacının, kamu hizmetinden alınan karşılıkların takdirinde etkili olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bir taraftan hizmetten yararlananları korurken diğer taraftan mali kaynaklarının da korunması, istismar edilmesinin önlenmesi, yine kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için gereklidir. Bu kaynakların korunması, 4726 sayılı Kanun'un çıkarılmasından önce yargı kararlarıyla sağlanmakta iken 4736 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren kanun gücüyle sağlanmaktadır.

İdarenin mali kaynaklarının korunması, kişilerin gereksiz olarak ücretsiz ya da tenzilatlı yararlanmasının önlenmesinin yanında aynı zamanda ekonominin etkilerinden de korunması gerekir. Ekonomik faktörlerin kamu hizmetinden alınan karşılığın değerini eritmesini önlemek de yine mali kaynaklarının korunması için gereklidir. Bunun için Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesinin 10. bendinde bazı kamu hizmetlerinden alınacak karşılıkların enflasyon düzeltmesine ve yeniden değerlendirme oranına göre uyarlanması öngörülmüştür¹²³. *Bir hesap dönemi sonu itibariyle yapılacak değerlemede esas alınacak yeniden değerlendirme oranı,*

¹²² AYM, E.2012/33, K.2012/174, T.08.11.2012, RG. 21.09.2013-28772.

¹²³ Yeniden değerlendirme oran tespiti ile ilgili yasal düzenleme ilk kez 1984 takvim yılında uygulama alanı bulmuş olup, günümüze kadar değişmeden uygulanmaya gelmiştir. Uygulamanın dayandığı hüküm, 1.1.1997 tarihine kadar uygulanan VUK geçici 11. madde, bu tarihten sonra ise VUK mükerrer 298. maddedir. İrfan Sarıkaya, *“Yeniden Değerlendirme Oranı Tespitinde Yaşanan Çelişkiler”*, **Vergi Dünyası Dergisi**, Aralık 1998, S.208.

<https://www.onerymm.com.tr/image/data/Makaleler/3YenidenDeğerlendirmeOranındaYaşananceliskiler.pdf> (Çevrimiçi, Erişim Tarihi, 12.2.2019, 17.10.)

yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre, Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Genel indeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran Maliye Bakanlığınca her yıl Aralık ayı içinde Resmi Gazete ile ilan edilir." Bu madde ile Maliye Bakanlığınca TÜİK'in belirlediği ÜFE üzerinden yeniden değerlendirme oranını tespit ve ilan yetkisi verilmiştir. Maliye Bakanlığının bu yetkisi, oran tespitinde takip etmek zorunda olduğu birtakım teknik hesaplamalar nedeniyle bağlı bir yetkidir ve Maliye Bakanlığının ilan edilen oran üzerinden işlem yapması zorunludur. Nitekim Danıştay, kamu alacaklarında TÜİK'in belirlediği ÜFE üzerinden tesis edilen işlemi, Maliye Bakanlığının ilan ettiği yeniden değerlendirme oranı üzerinden güncellenmesi gerektiği nedeniyle iptal etmiştir¹²⁴.

b. Eşitliğin Sağlanması

Anayasa Mahkemesi kararlarında en sık kullanılan ve meccanilik ilkesinin klasik anlamının dönüşmesinde en fazla katkısı olan gerekçe, eşitliğin sağlanmasıdır. Eşitliğin sağlanması gerekçesi hem yararlanan ile yararlanmayan arasında hem de az yararlanan ile çok yararlanan arasında kurulması gereken eşitliği ifade eder. Herkesin mali gücüne göre olmakla beraber eşit katılımlarının gerçekleştiği vergilerle finanse edilen meccani kamu hizmetlerinde, yararlanan, yararlanmayan, az yararlanan, çok yararlanan herkes kamu hizmetlerinin maliyet yükünü eşit paylaşmaktadır.

Eşitliği zedeleyen ve adil olmayan sonuçlar doğuran meccani kamu hizmetlerinin yerine, niteliği doğrudan yararlanmaya uygun olan kamu hizmetlerinden yararlanma adedine ve sıklığına göre karşılık alınması benimsenmiştir. Böylece herkes kendi yararlandığı miktarın maliyetine katılmış olmaktadır. Bu gerekçe, önceki kararlarında kamu hizmetlerinin paralı olmasını eşitlik ilkesine aykırı¹²⁵ kabul eden Anayasa Mahkemesinin meccanilik anlayışındaki dönüşümün en önemli gerekçelerinden birini oluşturmuştur. Bu nedenle kamu hizmetinden karşılık alınmasına ilişkin kararların pek çoğunda eşitliğin sağlanması gerekçesi zikredilmiştir.

“Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit

¹²⁴ D. 10. D., E.2016/5555, K. 2017/1354, T. 9.3.2017.(Kazancı İçtihat Bankası).

¹²⁵ AYM, E. 1973/38, K. 1975/23, T.25.2.1975, RG. 3.12.1975/15431.

bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.”¹²⁶

“Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır”¹²⁷

Eşitliği sağlama gerekçesi ile alınan karşılığın miktarı ile olan ilişkisine gelince, öncelikle karşılık alınacak kamu hizmetinin, teker teker yararlanmaya başka deyişle bireyselleştirilebilir bir yararlanmaya konu edilebilir olması şarttır. Yargı, tapu, eğitim, sağlık, ulaşım gibi pek çok kamu hizmetinin niteliği bireysel yararlanmaya uygundur. Bu hizmetlerden her bir yararlanma mukabilinde alınacak karşılıklar belirlenmiştir. Bu hizmetlerden yararlanmak isteyen kişiler ne kadar yararlanmak istiyorlarsa, o kadar karşılık ödeyerek yararlanabilir. Burada yararlanma miktarı yerine yararlanmanın adedince alınan bir karşılık söz konusu olmaktadır.

İkinci olarak su elektrik, doğalgaz gibi abonman sözleşmesine istinaden yararlanılan kimi kamu hizmetlerinde, kamu hizmetinin sunulmasındaki teknoloji, yararlanma miktarının tayin edilebilir olmasına müsaittir. Bu hizmetlerde kullanım miktarları, yararlanmanın yoğunluğuna göre farklı karşılık esasına bağlanılabilir. Örneğin su hizmetlerinde, belli m³'ler arası kullanım kademelendirilmiş ve her kademedede m³ başına alınacak karşılıklar ayrıca belirlenmiştir. Böylece her yararlananın kendi yararlandığı miktar kadarıyla bu hizmetin finansmanına katılması sağlanarak eşitliğin sağlanması gerçekleşmiş olacaktır.

Eşitliğin sağlanması amacıyla yapılan karşılıklandırmanın, toplumun en dar gelirli gruplarının da kolaylıkla yararlanabileceği seviyede yapılması gerekmektedir. Aksi bir durum, eşitliğin sağlanması amacıyla eşitliğin ihlal edilmesi sonucunu doğurur.

¹²⁶ AYM, E. 2014/177, K.2015/49, T. 14.5.2015, R.G. 11.6.2015/29383.

¹²⁷ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908., AYM, E. 2011/28, K. 2012/22, K. 16.2.2012, RG. 21.7.2012/28360.

Eşitliğin sağlanması gerekçesinin diğer gerekçelerde olduğu gibi matematiksel bir simetri oluşturan karşılık miktarı yoktur. Bununla beraber, bu gerekçe ile alınacak kamu hizmeti karşılıklarının niteliğinin göz önüne alınması gereği, gerekçe ile miktar arasında isabetli bir değerlendirme yapmak için sağlıklı bir zemin oluşturur. Eşitliğin sağlanması gerekçesi ile alınacak karşılıklarda bireysel yararlanmaya konu edilebilir ve/veya yararlanma miktarının tayin edilebilir olması şarttır. Bu niteliği taşımayan kamu hizmetlerinden, yararlanan ile yararlanmayan, az yararlanan ile çok yararlanan arasında eşitliğin sağlanması için karşılık alınması isabetsiz ve tutarsız olacaktır.

c. Kamu Hizmetinin Sürekliliğinin Sağlanması

Kamu hizmetlerinden yararlandıran karşılık alınması hususunda kullanılan bir başka gerekçe de kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanmasıdır. Kamu hizmetinin Anayasa’da öngörülen düzeyde, dengeli ve düzenli biçimde sürdürülmesi için kamu hizmetinden yararlandıranlardan bir miktar karşılık alınmasında, alınacak karşılıkların miktarına ilişkin kararlarda açık bir ifade bulunmamaktadır.

“Sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi için bu hizmetlerden yararlandıranlardan belli ölçüde bir katkı payı alınması gerekli hale gelebilir.”¹²⁸

“Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlı olduğundan, temel kaynağı prim olan bu Kurumda sigortalıların kuralda belirtilen süre kadar prim ödemek suretiyle Kurum ile ilişkilerini devam ettirmelerini ve Kurumun sağlayacağı haklardan bu suretle yararlanmalarını öngören böyle bir düzenleme sistemin doğal bir sonucudur.”¹²⁹

Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması gerekçesiyle alınan karşılıkların miktarları hakkında değerlendirme yapılabilmesi için bu noktada, karşılık alınması öngörülen kamu hizmetinin niteliği ve finansman modeline göre ikili bir ayırım yapılması isabetli olabilir.

Bir işletmenin sürekliliğinin sağlanması, gelir ve giderlerinin dengelenmesine bağlıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması da hizmet giderlerini

¹²⁸ AYM, E.2013/89 K. 2014/116, T. 3.7.2014, R.G. 4.7.2015/29406., AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, T. 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820.

¹²⁹ AYM, E.2006/111, K.2006/112. T.15.12.2006, R.G. 30.12.2006/26392 5. Mükerrer, AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.4.1988, R.G. 23.8.1988/19908.

oluşturan maliyetin karşılanmasına bağlıdır. Bilindiği üzere iktisadi ve sınai karakteri haiz olan kamu hizmetlerinin klasik kamu hizmetlerinden ayrılan yanlarından birisi bu hizmetin finansman modelindeki farklılıktır. İktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin finansmanı, bu hizmetten yararlananlardan alınan karşılıklar ile sağlanmaktadır. Klasik kamu hizmetlerinin maliyetlerinin karşılanması ise genel bütçeden ayrılan payların yanı sıra kimi hizmetler bakımından yararlananlardan alınan karşılıklar ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması için gereken miktar, yararlananlardan sağlanan miktardan farklılık arz etmektedir.

İktisadi sınai kamu hizmetlerinin asli kaynağını o hizmetten yararlandıran alınan karşılıkların oluşturması¹³⁰ ve bu hizmetin sürekliliğinin sağlanması için gereken kaynak ihtiyacı, karşılık almasını gerektirmektedir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması gerekçesi, karşılıkların en fazla yararlanan bireyin yararlandığı hizmetin maliyeti ile sınırlı olmasını gerektirir.

Diğer kamu hizmetlerinde büyük bir kısmın hazineden kaynak ayrılarak genel vergilerden karşılanmakta, bir kısmı da o hizmetten yararlananlardan alınmaktadır. Dolayısıyla bu hizmetlerin sürekliliğinin sağlanması için hizmetten yararlananın, yararlandığı hizmetin maliyetinin tamamını karşılaması gerekmez. Çünkü bu karşılıkların bir kısmına vergiler yoluyla katılım sağlamıştır. Bu nedenle iktisadi ve sınai karakterde olmayan kamu hizmetlerinde, bu hizmetin sürekliliğinin sağlanması amacıyla alınacak karşılıkların, hizmetin maliyeti altında kalan bir değer olmasını gerektirir.

Konunun yargı kararlarına yansıyan boyutuna bakıldığında, ilk olarak Danıştay'ın, KYK yurtlarında güvence bedeli alınmasını öngören yönetmelik maddesine karşı açılan verdiği karar incelenebilir. Bu kararda, KYK'nın yurttaki kalan öğrencilerin barınma ve diğer sosyal faaliyetlerden yararlanmalarını sağlamak için çok cüzi bir karşılık aldığı vurgulanmıştır. Kısıtlı imkanlarla sürdürülen bu hizmetin sürekliliğinin sağlanması amacıyla öğrencileri, kullanımlarına verilen eşyaların bakımına özendiren bir uygulama olarak bu eşyaların rayiç bedelinin %10'u kadar bir güvence bedeli alınmasını hukuka aykırı bulmamıştır¹³¹.

¹³⁰ Örneğin 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un *Gelirler* başlıklı 13.maddesi.

¹³¹ D. 8.D., E.1989/1265, K.1991/564, DD.82-83., s.621.

İkinci bir örnekte ise, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden biri olan elektrik hizmetinden alınacak depozito miktarının tespitine ilişkin işleme karşı açılan davada verilen karar incelenebilir. Bu kararda Danıştay, iktisadi ve sınai kamu hizmetinden alınacak karşılığın, hizmetinin sürekliliğinin sağlanmasına yetecek ve hizmetin maliyeti oranında olabileceğine karar vermiştir.

“Elctirik abonelerinden alınacak depozito miktarının hangi ölçüye göre tesbit edildiği hususunun açıkça belirtilmesi gerekeceği gibi bu miktarın hesap edilmesinde, abonelerin bir ödeme döneminde sarfedecekleri en yüksek elektirik akımı bedeli ile varsa aboneye işletme tarafından teslim edilen demirbaş vs eşyanın bedelini karşılayacak ve bu bedeli kurtaracak bir miktarın gözönünde tutulması ve bu ölçünün üstünde bir meblağ tesbit edildiği takdirde, sebeplerinin kararda açıklanması zorunlu bulunmaktadır.”¹³²

Sonuç olarak, kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla alınan karşılıklar, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinde en fazla maliyet; diğer hizmetlerde ise maliyetin altında kalan bir değer olmak durumundadır.

d. Kamu Hizmetlerinin Değişkenlik ve Uyarlanmasının Sağlanması

Kamu hizmeti ve kâr amacının bağdaştırılmasında kullanılan ve bu yönüyle de oldukça önemli olan bir başka gerekçe de kamu hizmetlerinin yeni koşullara ve teknolojilere ayak uydurabilmesi yani kamu hizmetinin değişkenliğinin sağlanmasıdır. Kamu hizmetinden karşılık alınma gerekçeleri içinde kâr içeren bir karşılık alınmasına ilişkin kabul edilebilir tek gerekçe, kamu hizmetinin değişkenliğinin sağlanmasıdır.

Kamu hizmetinin değişen zaman ve koşullara uygun olarak sunulabilmesi için gerekli altyapı ve tesislerin yapılması amacıyla ihtiyaç duyulan kaynağın sağlanması gerekmektedir. Bu noktada ihtiyaç duyulan kaynağın sağlanması, tercih edilen maliye politikasına göre ya genel bütçeden kaynak aktarımı şeklinde ya da kamu hizmetinden yararlananlardan alınan karşılıklarla olması mümkündür. Bugün Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere, kimi kamu hizmetlerinin bu gerekçeyle ihtiyaç duyduğu kaynağı kamu hizmetinden yararlananlardan alınan karşılıklarla sağlanması tercih edilmiştir.

¹³² D. 11.D., E. 1970/2401, K. 1970/3088, T. 24.12.1970 , DD.3, s.474.

Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması (c) gerekçesinde işaret ettiğimiz gibi, kamu hizmetinin özelliğine göre kamu hizmeti karşılığının miktarı değişmektedir. Kamu hizmetinin değişkenliğinin sağlanması, hizmetin giderlerini karşılanmasının üzerinde ek bir gelire ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle kamu hizmetinden yararlananlardan alınacak maliyet düzeyindeki karşılıklar bu amacın gerçekleşmesi için yeterli olmadığından maliyete ek bir miktar daha alınması gerekir. İşte bu noktada maliyete ek olan bu *bir miktar* “kâr” olmaktadır. Böylece kamu hizmetinden kâr içeren bir karşılık alınması gündeme gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, özellikle iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinden değişkenlik ve uyarılama gerekçesiyle maliyet+kârı barından karşılık alınmasını kabul etmiş ve bu karşılığı kararında “fiyat” olarak nitelemiştir.

“Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazi, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, 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 sayılamaz. Bu itibarla, bunların “Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”¹³³

“...büyükşehir belediyelerinin su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”¹³⁴

Belirtilmelidir ki, maliyet giderlerinin üzerinde eklenecek kâr miktarının tespitinde idare bağımsız değildir. Her şeyden önce bir idari işlem olan bu kamu hizmeti karşılıklarının altyapı ve tesislerin yapılabilmesi için gerçekten zorunlu olan bir miktarda tayin edilmeli, hizmetten yararlanmayı zorlaştırarak eşitliği bozucu nitelikte olmamalıdır. Bu, her hizmet özelinde farklı değerlendirmeler yapılmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, kanaatimce kâr miktarına gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı, duyuluyorsa da bunun miktarına ilişkin belirsizliğinin aşılması

¹³³ AYM, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18.2.1985, R.G. 26.5.1985/18793.

¹³⁴ AYM, E. 2011/6, K. 2012/16, T. 26.1.2012, R.G. 21.7.2012/28360., AYM, E. 1990/18, K.1991/4, T. 14.2.1991, R.G. 8.5.1991/20865.

ve bu kaynakların denetiminin kolaylaşması için karşılık alınan kamu hizmetine ilişkin iyileştirici nitelikte hangi yatırımların veya faaliyetlerin yapılacağını belirli olması gereklidir. En azından bir plan ve proje şeklinde mevcut olan müstakbel faaliyetlerin tahmini harcama kalemleri belirginleşmiş olacak ve aşağı yukarı maliyet giderlerine ek olarak alınacak miktarın tespiti mümkün olacaktır. Bu belirlemenin hem kamunun hem de kamu hizmetlerinden yararlanan kişilerin faydasına olduğu açıktır. Sonuç olarak, kamu hizmetinin mutlak olmayan bir içeriği olan kârın, belirsiz yatırım planlarının finansmanı için alınması doğru değildir. Belirli plan ve projelere müstenit olarak müstakbel kamu hizmetlerinin ya da iyileştirmelerin analiz ve finansmanı hesaplanarak, gereken fazlaya ilişkin miktarın yararlanıcılara yansıtılacağı belirlenmeksizin kârı içeren bir kamu hizmeti karşılığının alınmaması gerekir.

İktisadi ve sınıai karakterde olmayan kamu hizmetleri bakımından değişkenlik ve uyarılmanın sağlanması, maliyeti aşar ve kâr içerir nitelikte bir karşılık almayı meşrulaştırmaz. Bunun nedeni, bu kamu hizmetlerinin büyük oranda vergilerle finanse edilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, değişkenlik ve uyarılama gerekçesiyle verdiği eğitim ve sağlık hizmetlerine ilişkin kararlarında kâr içeren bir yön bulunmadığı gibi yararlananların bir ölçüde katılımı vurgulanmaktadır.

“Sağlık hizmetlerinin gerektirdiği tıbbi alet, cihaz ve diğer malzemelerin teknolojik gelişmeler karşısında artan bedellerinin mevcut gelir kaynaklarıyla karşılanmasının zorluğu gözetildiğinde, kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı anlamına gelmez.”¹³⁵

“Söz konusu ücret, adalet hizmetleri alt yapısının geliştirilmesinde kullanılmak üzere, hizmet karşılığı, miktarı az bir bedel olarak alınmakta olup. bu ücretin hiçbir biçimde malî zorluk sayılabilecek düzeye getirilmesi düşünülememektedir.”¹³⁶

6. Kamu Hizmeti Karşılığı Bakımından Özel Kamu Yararı Görünümleri

İdarenin tüm faaliyetlerinin amacı kamu yararıdır. Her bir faaliyetin kendi özelinde hedeflediği kamu yararını gerçekleştirmek için takip ettiği farklı ve araç ve

¹³⁵ AYM, E. 2005/52, K. 2007/35, T. 3.4.2007, R.G. 18.03.2008-26820.

¹³⁶ AYM, E. 1988/37, K. 1989/36, T. 8.9.1989, RG. 18.01.1990-20406.

usuller bulunabilir.¹³⁷ Bu da kamu yararının çeşitli özel görünümünün doğmasına sebep olmaktadır.

Kamu hizmetinin diğer idari faaliyetlerle girdiği dirsek teması nedeniyle kimi zaman kamu hizmetinin amaçladığı kamu yararı ile diğer idari faaliyetlerin amaçladığı kamu yararı kesişmektedir. Özellikle kamu hizmetinden yararlanandan alınan karşılıklar bağlamında gerçekleşen kesişimlerin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira her bakımından makul ve dengeli bir kamu hizmeti karşılığının belirlenmesinde, özel kamu yararı amaçlarının da göz önüne alınması gerekmektedir.

a. Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri

Özendirme ve destekleme faaliyetleri, bir faaliyetin farklı yoğunluk içeren birden fazla kamu yararının gerçekleşmesi şeklinde çift vitesli bir faaliyet yapılanmasını ifade eder¹³⁸. İdarece kamu yararı olduğu belirlenen bir alana yararlanıcıları yönlendirme amaçlı, yumuşak müdahale araçları kullanarak yararlanıcıların davranış değişikliğinin beklendiği faaliyetlerdir¹³⁹.

Kamu hizmetinin karşılığı bağlamında ortaya çıkan özendirme ve destekleme faaliyetlerinin görünümü ise kamu hizmeti karşılıklarının yumuşak müdahale aracı olarak kullanılmasıdır. Bu görünümün iki yüzü bulunmaktadır.

Kamu hizmeti karşılığı bağlamında, özendirme ve destekleme faaliyetinin görünümlerinden biri, iki ayrı kamu hizmetinin eş zamanlı olarak karşılıkları ile oynanarak birinden diğerine yönlendirilmesidir. Aynı anda bir kamu hizmetinin karşılığı artırılarak hizmetten yararlanmanın caydırılması gerçekleştirilirken idarece kamu yararı bulunduğu öngörülen ve bu hizmete alternatif oluşturan diğer kamu hizmetinin karşılık miktarı azaltılarak yararlanması özendirilmektedir. Bu yönlendirmenin muhatabı o kamu hizmetlerinin tatminin amaçladığı yarara ihtiyaç duyan herkeştir. Buradaki etki daha doğrudan ve yararlananlar bakımından eşitliği bozmayan bir sonuç doğurmaktadır.

Bu özel görünümün yargı kararlarına yansıyan boyutuna ilişkin örnek olarak Danıştay'ın ankesörlü ve kartlı telefon ücretlerinde yaptığı eş zamanlı fiyat değişikliği yapılmasına ilişkin davada verdiği karar nakledilebilir.

¹³⁷ Gülan, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.30.

¹³⁸ Necip Taha Gür, “*İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019., s. 62

¹³⁹ Necip Taha Gür, “*İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*”, s.73.

“Davalı idarenin hukuki statüsüne ve aktarılan düzenlemelere göre, kontrollü gişe telefonları önünde oluşan izdihamın önlenmesi, kullanıcıların kartlı ve jetonlu telefonlara yönlendirilmesi amacıyla kontrollü gişe telefonlarından farklı ücret alınmasına ilişkin düzenleme yapılmasında kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık görülmemiştir.”¹⁴⁰

Bir başka kararda ise Danıştay, çevre kirliliğinin önlenmesi için doğalgaz kullanımının teşvik edilmesi ve bunun için de tüketicilerin doğalgazın alternatif yakıt maliyetleriyle rekabet edebilir duruma getirilmesi gerekçesiyle Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenen fiyatın çok düşük olduğundan bahisle açılan davada, Danıştay, fiyatın alternatif yakıt maliyetleri ve yatırım ihtiyaçları da dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁴¹.

Kamu hizmeti karşılığı bağlamın özendirme ve destekleme faaliyetinin ikinci görünümü ise doğrudan kamu hizmeti karşılıklarını değiştirmeden idarece kamu yararı olduğu belirlenen alanla iştigal olan kişilerin ihtiyaç duyacakları kimi kamu hizmetlerinden meccani ya da tenzilatlı yararlanmalarının sağlanmasıdır. Buradaki etki, tüm yararlanıcılar üzerinde değil, desteklenen alanda faaliyet gösteren veya faaliyet göstermeye niyetlenen kişiler üzerinde doğan ve ilk görünüme göre daha dolaylı bir etkidir.

İkinci görünümdeki teşvik faaliyetleri, yararlanıcılar arasında farklı muameleyi gerektirdiğinden eşitliği tehdit eden bir tezahüre sahiptir. Ancak bir faaliyet alanının özendirilmesi amacıyla farklı muamele yapılması, bunu gerektiren kanuni bir dayanak olması kaydıyla, özendirme ve destekleme faaliyeti ile amaçlanan kamu yararı nedeniyle eşitliği bozmayan bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Örneğin istihdam yarattığı, üretimi artırdığı gerekçesiyle uluslararası rekabete açılmak zorunda olan sanayinin meskenlerden daha ucuza elektrik ve su hizmetinden yararlanması, eşitliği bozmayan nesnel bir uygulamadır¹⁴².

b. Rekabetin Korunması

Ekonomik hayatın düzenlenmesinde rekabet önemli bir yer tutmaktadır., Devletin serbest rekabet ortamını kurmak ve korumak için koyduğu kurallar bütünü

¹⁴⁰ D.10.D., E.1996/993, K. 1999/3627, T.23.6.1999. DD.102, s.676.

¹⁴¹ D. 10.D., E.1995/5447, K.1998/1162, T. DD.97, s.648.

¹⁴² Yayla, **İdare Hukuku**, s.77.

olarak ifade edilen rekabet hukukunun temel taşlarından birisi kamu yararadır¹⁴³. Bu nedenle rekabet hukuku, aynı zamanda toplumsal kaynakların optimal etkinlik noktasında kullanılmasını sağlayarak toplumsal refahın artırılmasında kullanılan bir araçtır¹⁴⁴. Serbest rekabet kaynakların verimli kullanımının sağlanmasını, fiyatların piyasa koşullarına göre belirlenmesini, maliyetlerin kontrol altında tutulmasını, yeni teknolojilerin bulunmasını ve üretimde verimliliği sağlar. Böylece tüketicilerin dolaylı yoldan en az maliyetle daha kaliteli mallar bulabilmesi sağlanır¹⁴⁵.

Rekabet hukuku kurallarının kamu teşebbüslerine uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, doktrinde bir dönem tartışılmış olmakla beraber pozitif hukukta bu problem aşılmış ve kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanun'un uygulama alanı dahilinde olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁶. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde, *"Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir."* bu husus açıkça belirtilmiştir.

Yürütülen faaliyetin bir kamu hizmeti olması, Kanun kapsamında bir teşebbüs olarak sayılamaya engel değildir. Ancak bu noktada yürütülen kamu hizmetinin ekonomik niteliği ağır basmayan bir faaliyete, kamu güvenliği ve kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin olması durumunda hizmetin yürütücüsü olan kamu kurum ve kuruluşları teşebbüs sayılmamaktadır¹⁴⁷. Elbette burada kamu hizmetinin niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

¹⁴³ H. Alphan, Dinçkol, **İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, İstanbul, Der Yayınları, 2017. s.89., İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2015., s.24-25.

¹⁴⁴ Dinçkol, **İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, s.89.

¹⁴⁵ Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, s.3-4.

¹⁴⁶ Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011. s.267. ve oradaki görüşler.

¹⁴⁷ Pınarlı Belediyesi'nin yolcu taşımacılığında yıkıcı fiyat uygulaması yaptığı iddiasıyla yapılan şikâyet üzerine, Belediye'nin kanun kapsamında bir teşebbüs olmadığına karar verilmiştir. RKK., S.03-11/126-59, T. 20.2.2003. Beyazıt Devlet Kütüphanesinde kullanıcılara ödünç kitap verilmemesi

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları ekseriyetle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. Çünkü bir çok kamu teşebbüsü, yasal veya fiili tekel olarak piyasada faaliyet göstermektedir¹⁴⁹.

Kamu hizmetlerinin karşılıklılandırılması bakımından hâkim durumun kötüye kullanılması, fiyatlar yoluyla kötüye kullanma şeklinde ifade edilen davranışa ilişkindir. Çünkü yasal ve fiili tekel olan teşebbüslerin sundukları hizmet ve malların karşılıklarını diledikleri gibi belirlemeleri, tüketicinin zararına sonuç doğurabilir.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının fiyatlar yoluyla gerçekleşmesi *aşırı fiyatlama* ve *yıkıcı fiyatlama* şeklinde iki fiyat uygulaması neticesinde gerçekleşmektedir.

Aşırı fiyatlama, bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan düzeyde bir farklılığın bulunmasıdır¹⁵⁰. Aşırı fiyatın değerlendirilmesinde hizmetin fiyatının; maliyetiyle kıyaslanması ve aynı firmanın farklı coğrafi pazarlara, farklı müşteri gruplarına ya da farklı zaman diliminde uyguladığı fiyatlarla veya aynı/benzer pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyatlarıyla karşılaştırılması önem taşımaktadır¹⁵¹.

Rekabet Kurulu, Ankara'nın ısınma amaçlı kömür pazarındaki hâkim durumunu aşırı fiyatlandırma yaparak kötüye kullandığı iddiası üzerine verdiği BELKO kararında¹⁵², pazarın girişe kapalı olsa bile diğer coğrafi pazarlarla kıyaslayarak, fiyatların %50-60 oranında yüksek belirlenmesi nedeniyle aşırı fiyatlama nedeniyle

ve kütüphanede yalnız bir fotokopi servisi bulunması nedeniyle kullanıcılara tek alternatif olan fotokopi servisi tarafından aşırı fiyat uygulandığı iddiası ile yapılan şikâyetle, Beyazıt Devlet Kütüphanesi Müdürlüğünün teşebbüs niteliği taşımadığına hükmedilmiştir. RKK., S 11-52/1315-466, T. 13.10.2011.

Emekli sandığı genel Müdürlüğü'nün faaliyetlerinin tamamen sosyal nitelikli olması dolayısıyla ekonomik bir faaliyet sayılamayacağından, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün 4054 kapsamında kalan bir teşebbüs olmadığına karar verilmiştir. RKK, T.19.6.2003, S. 03-44/501-221

¹⁴⁸ "... 4054 sayılı Kanun açısından TMO'nun teşebbüs olduğu ancak faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO'nun teşebbüs niteliğinde olmadığı kanaatine varılmıştır." RKK. S. 12-49/1435-486, T. 10.10.2012.

¹⁴⁹ Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, s.299.

¹⁵⁰ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, 5. Baskı, 2014., s.61.

¹⁵¹ Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, s.315.

¹⁵² RKK, S. 01-17/150-39, T. 06.04.2001.

kötüye kullandığına karar vermiştir. Bu uygulama nedeniyle hem idari para cezasına çarptırmış hem de BELKO'nun kömür satış fiyatlarının rekabetçi piyasalar ile makul seviyeye çekilmesi gerektiğinin ilgili idarelere bildirilmesine karar vermiştir.

TÜPRAŞ kararında¹⁵³, Rekabet Kurulu, jet yakıtı piyasasında hâkim durumda olan TÜPRAŞ'ın aşırı fiyatlamanın yapıp yapmadığının tespitinde, ham petrolden üretilmek hasebiyle birbiriyle bağlantılı olan diğer ürünlerine yapılan fiyatlandırma ile kıyaslamıştır. İnceleme sonucunda jet yakıtları ile diğer ürünlerin fiyatlandırılmasında aynı yönde bir maliyet etkisinin olduğu gözlemlendiğinden aşırı fiyatlama uygulamasının söz konusu olmadığına karar verilmiştir. Aynı şekilde İDO A.Ş. kararında¹⁵⁴, fiyat-maliyet kıyaslamasında teşebbüsün diğer hatlardaki fiyatlandırma uygulaması göz önüne alınmıştır. Dış ve iç hatlardaki fiyatlandırma durumu değerlendirilerek elde edilen kar miktarının sömürü nitelikte olmadığına ve uygulamanın aşırı fiyatlama teşkil etmediğine karar verilmiştir.

ASKİ kararında¹⁵⁵, ASKİ'nin şebeke suyu pazarında aşırı fiyatlama yaptığı şikâyeti üzerine, maliyet ve fiyat kıyaslaması hem kendisinin yıllara göre takip edilen fiyatlama uygulaması ile hem de İzmir, İstanbul gibi büyükşehir belediyelerince uygulanan tarifelerle karşılaştırılmıştır. Maliyet analizi ve diğer coğrafi pazarların değerlendirmesi sonucunda, önemli bir farklılık bulunmadığından aşırı fiyatlamanın olmadığına karar verilmiştir. Aynı şekilde elektronik kart sisteminde tek el konumunun aşırı fiyatlama uygulaması ile kötüye kullanıldığı iddiasıyla yapılan incelemede maliyet analizinin yanı sıra diğer coğrafi pazarlar da değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, BELBİM'in, komisyon üyelerinden alınan bedellerin yapısal değişikliklere dayandığı, Ankara ve Sakarya Belediyelerindeki kart işleticileri tarafından günlük hasılat/ciro üzerinden alınan hak ediliş bedellerine bakılmış ve aralarında önemli bir farklılık bulunmadığından aşırı fiyatlamanın olmadığına karar verilmiştir¹⁵⁶.

Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş. (HAVAŞ)'nin havaalanları-şehir merkezi yolcu taşıma piyasasında aşırı fiyat uygulayarak ilgili piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine yapılan inceleme sonucunda verilen HAVAŞ

¹⁵³ RKK, S. 09-52/1246-315, T. 4.11.2009.

¹⁵⁴ RKK, S. 12-29/854-254, T. 31.05.2012 .

¹⁵⁵ RKK, S. 05-36/484-115, T.26.5.2005.

¹⁵⁶ RKK, S. 16-33/576-252, T.13.10.2016.

kararında¹⁵⁷ maliyet -fiyat analizinin aşırı fiyat uygulamasını tespiti için yetersiz kaldığı, şehir ile ilçeler arasındaki diğer toplu yolcu taşıma hizmeti ve ücretlerinin bu hizmet için emsal teşkil etmeyeceğinden bahisle aşırı fiyatlama yoluyla kötüye kullanma olmadığına karar verilmiştir.

Yıkıcı fiyatlama, teşebbüsün, mevcut veya potansiyel rakiplerini pazar dışına çıkarabilmek ve özellikle disipline etmek gibi amaçlarla, belirli bir dönemde (kısa dönemde) maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi kabul ettiği rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisidir¹⁵⁸. Yıkıcı fiyatlamada kısa dönemde tüketicilerin düşük fiyatlardan faydalandığı görünse de uzun dönemde pazardaki mevcut ve potansiyel rakiplerin dışlanması ya da baskılanması ve teşebbüsün pazar gücünü artırması/devam ettirmesi sonucunda, fiyatların artacağı, üretimin düşeceği ve yenilikçi yatırımların azalacağı öngörülmektedir¹⁵⁹.

Bir fiyatlama uygulamasının yıkıcı fiyatlama olarak adlandırılabilmesi için çeşitli kriterler bulunmaktadır. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün sunduğu hizmet veya malın fiyatını maliyetin altında belirlemesi ve teşebbüsün maliyetin altında satış yaparak katlandığı zararı ileride fiyat yükseltme ile karşılanabilir olması gerekir¹⁶⁰.

Rekabet Kurulu'nun, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin kontrolünde bulunan Ankara Halk Ekmek ve Un Fabrikası A.Ş.'nin işletme hakkını verdiği ekmek satış, büfeleri vasıtasıyla ekmek üretim pazarında rekabeti bozucu üretim ve pazarlama faaliyetlerinde bulunduğu ve Ankara Belediyesince sağlanan avantajlara dayanarak maliyetin altında ekmek sattığı iddiası üzerine yaptığı incelemede verdiği karar¹⁶¹ bu noktada incelenebilir. Bu kararda, Kurul, ekmek piyasasının giriş engellerinin düşük olduğu ve pazardaki şirketlerin devamlı rekabet baskısı altında olmasından ötürü, 1/3 oranında bir pazar payının hâkim durum olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir.

ASKİ'nin su sayacı pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile yapılan şikâyet üzerine, maliyet ve fiyat analizi

¹⁵⁷ RKK, S. 99-12/89-31, T. 03.03.1999

¹⁵⁸ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s.206.

¹⁵⁹ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s.207.,

¹⁶⁰ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s.207, Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, s.319, Dinçkol, **İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması** s.157-158.

¹⁶¹ RKK, S. 07-86/1085-421, T.15.11.2007.

yapılmıştır. İnceleme sonucunda ASKİ'nin su sayacı satışı faaliyetinde yıkıcı fiyatlandırmanın en önemli unsuru olan "maliyetin altında satış"ın yapılmadığından, ilgili fiyatlandırmanın yıkıcı fiyatlama olmadığına karar verilmiştir¹⁶².

Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)'nin feribot taşımacılığı yaptığı Çanakkale-Eceabat ve Gelibolu-Lâpseki hatlarında yıkıcı fiyatlama yaptığı iddiasıyla başlatılan incelemede, yıkıcı fiyatlandırma olduğu iddia edilen uygulamanın sona ermesinden itibaren üç ay sonra şikayetçinin kendisinin yıkıcı olduğunu iddia ettiği miktar üzerinden uygulaması karşısında, yıkıcı fiyatlamasının mevcut olmadığına karar vermiştir¹⁶³.

Son olarak, düşük fiyatların kamu idarelerince belirlendiği durumlarda, uygulamanın yıkıcı fiyatlama olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim, İDO A.Ş.(II) kararında¹⁶⁴, Yenikapı-Bandırma ve Yenikapı-Yalova arası hızlı feribot seferleri hatlarında uygulanan yolcu ve araç bilet ücretlerini maliyetlerin altında belirleyerek rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiası üzerine yapılan incelemede, ücret tarifelerini tespit etme yetkisi Belediye ile İDO arasında yapılan sözleşmede belirtilmiş olduğundan İDO A.Ş.'nin, fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına itmesinin söz konusu olamayacağına karar verilmiştir¹⁶⁵.

B. KAMU HİZMETİNİN BİR KRİTERİ OLMASI NEDENİYLE KAMU HİZMETİ ALANININ BELİRLENMESİ AÇISINDAN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇ

Kamu hizmetinin meccanilik ilkesinin eşitlik ile birlikte diğer kuramsal temeli kamu yararadır. Meccanilik ilkesinin ortaya çıkışında etkili olan kamu yararı düşüncesi, kamu hizmetinin, tatmini amaçladığı ortak ihtiyacı karşılamakta bir araç olmasından kaynaklanmasındır. Nitekim Onar, *“Amme hizmetlerinin umuma arz edilmiş olmasının bir neticesi de bunların meccani, parasız olmasıdır.”*¹⁶⁶ diyerek kamu hizmetinin meccaniliğini bu hizmetlerin kamu yararına yönelmiş olmasına bağlamıştır. Kamu hizmetinin amacı ve sonucu olan kamu yararının gerçekleşip

¹⁶² RKK, S. 02-47/587-240, T. 8.8.2002.

¹⁶³ RKK, S. 02-30/344-140, T.21.5.2002.

¹⁶⁴ RKK, S. 99-21/169-88, T. 28.4.1999.

¹⁶⁵ Benzer yönde, RKK, S. 00-34/368-206, T. 12.9.2000.

¹⁶⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 18.

gerçekleşmediğinin tespiti yapabilmek için kamu hizmetlerinin meccani olması gerekmektedir¹⁶⁷.

Meccanilik ilkesinin temeli olan kamu yararının zaman içindeki değişimi, meccanilik ilkesinin de dönüşümüne neden olmuştur. Bugün gelinen noktada meccanilik ilkesi, kamu hizmetinden yararlanandan karşılık alınmaması şeklindeki klasik anlamını yitirmiştir. Bunun yerine kamu hizmetlerinden makul nitelikte karşılıklar alınabileceği kabul edilmektedir. İdarenin kamu hizmetlerine girişmedeki amacı bir “kâr” elde etmek değil kamu yararını sağlamak olduğundan, eğer kamu hizmetlerinden bir karşılık alınması öngörülüyorsa da bunun mutlaka kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bunun temel ilkeye uygun düşmesi gerekir¹⁶⁸.

Nitekim istismarın önlenmesi ve kamu kaynaklarının korunması, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve değişkenliğinin gerçekleştirilebilmesi, yararlananlar arasında eşitliğin sağlanması gerekçeleri şeklinde tezahür eden kamu yararı görünümlerine müstenit olarak kamu hizmetlerinden makul bir miktar alınabileceği bugün kabul edilmektedir. Kamu yararının bu görünümleri, kamu hizmeti ile kamu hizmetinden kârı barındıran bir karşılık alınmasını bağdaştırmakta ve meşruiyet sağlamaktadır. Nitekim doktrin, kamu hizmetlerinden yararlanandan alınan karşılığın bir miktar kâr içermesini meccanilik ilkesine aykırı bulmamaktadır. Zira kamu hizmetlerinden bir kâr elde edilirse de bu bir gaye değil sonuçtur. Asıl amaç kâr elde etmek olmadığı sürece, kamu hizmeti neticesinde bir kâr edilse bile bu yine toplumun faydasıdır¹⁶⁹. Çünkü bu, kollektif ihtiyaçların daha kolay ve müsait bir şekilde karşılanmasına sarf edilir¹⁷⁰.

Kimi yazarlar meccanilik ilkesini iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin varlığı nedeniyle hiçbir zaman müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul etmezken¹⁷¹ kimi yazarlar da meccanilik ilkesinin iktisadi ve sınai kamu hizmetlerine uygulanmayacağını ve tüm kamu hizmetlerinde aynı şekilde geçerli olmayan bir

¹⁶⁷ Teitgen-Colly, *La Légalité de l'Intérêt Financier dans l'Action Administrative*, s.314., Donnier, « *Les Lois de Service Public* » s.1216., Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 18.

¹⁶⁸ Özay, *Günışığında Yönetim*, s.238-239.

¹⁶⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 19., Günday, *İdare Hukuku*, s.335-337.

¹⁷⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I., s. 19.

¹⁷¹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s.307-308.

esasın kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁷². Ancak bu yazarların nazar-ı dikkate almadıkları husus, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin paralı olması, kanun koyucunun takip ettiği ekonomik kamu yararının özel görünümünün bir yansıması olduğudur. Başka deyişle, klasik kamu hizmetlerinde amaçlanan kamu yararı ile devletin piyasaya müdahale aracı olarak kullandığı iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinde amaçlanan kamu yararının farklı tezahürlere sahip olması, bu kamu yararı anlayışları üzerine inşa edilen meccanilik ilkesinin görünümelerini de farklılaştırmaktadır. Dolayısıyla meccanilik ilkesinin hukuki sonuçlarının kamu yararı ile okunması, kamu hizmeti türleri bakımından karşılık miktarındaki değişmeye takılıp kalmak yerine, kamu hizmeti rejimindeki hukuki sonuçlarının ortaya çıkarılmasında oldukça önemlidir.

Günümüzde meccanilik ilkesinin kamu hizmeti rejimi içindeki etki ve sonucu hakkında farklı görüşler savunulmakla beraber bu görüşler üzerinde uzlaşmaya vardıkları bir husus meccanilik ilkesinin, kamu hizmetinin *salt bir kâr amacının* güdülmesini engelleyen bir fonksiyon icra ettiğidir. Buna göre, kamu hizmetleri sırf kâr amacıyla yürütülemez.¹⁷³

Meccanilik ilkesine atfedilen bu fonksiyon, kamu hizmetini ile özel hukuk teşebbüsünden ayıran bir hukuki sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla salt bir kâr amacı ile yapılan bir faaliyet, organik unsur yerine gelmiş olsa bile kamu yararı dışında kalan bir amaca yönelik olmasından ötürü kamu hizmeti olmayacaktır. Bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için yöneldiği amaç doğrudan doğruya kamu yararı olmalıdır. Faaliyetin neticesinde dolaylı olarak kamu yararına olması, kamu hizmeti sayılmak için gereken yeterliliğe sahip değildir¹⁷⁴. Anayasa Mahkemesinin meccanilik ilkesini klasik anlamıyla benimsediği döneme ait kararında, salt iktisadi nitelikteki faaliyetlerine ilişkin değerlendirme yaparken bu faaliyetleri kamu hizmeti değil kamu işleri şeklinde nitelendirmiştir.

¹⁷² Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 170-171., Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.231.

¹⁷³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **İdare Hukuku**, s.554-555., Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s.242-243.

¹⁷⁴ Halit Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013., s.87.

“Gerçekten salt iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa’nın temel ilkelerindendir.”¹⁷⁵

Meccanilik ilkesinin salt kâr amacı güdüsüyle harekete geçmeyi önleyici fonksiyonu elbette bir kamu hizmeti ilkesi olarak kamu hizmeti içinde sonuç doğuran bir fonksiyondur. Kamu hizmeti alanında yerine getirdiği bu işlev, salt kâr güdüsünün kamu yararı ile taban tabana zıt olması, kamu hizmeti alanının belirlenmesi bakımından meccanilik ilkesini belirleyici bir unsur haline getirmektedir.

Salt kâr amacı güdülmemesi gereğinin, kamu hizmetinin belirlenmesi bakımından ortaya çıkardığı sonuç, münhasıran meccanilik ilkesinin hukuki sonucudur. Günümüzde her ne kadar etkisini yitirdiği kabul edilse de bu işlevi münhasıran yerine getirmesi, başka deyişle başka bir ilkenin yansıma etkisi olmaksızın yerine getirmesi müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olarak ayakta tutulmasını gerektirmektedir.

Meccanilik ilkesinin hukuki sonuçlarından, temel işlevi olan kamu hizmetinden alınacak karşılıklar üzerindeki sonuçlarının, eşitlik ilkesinin koruması altında olduğu iddiası isabetli olabilir. Çünkü kamu hizmetinden alınacak karşılıkların çeşitli unsurlar dikkate alınarak *makul* şekilde belirlenmesi eşitlik ilkesinin de yerine getirebileceği sonuçlar olduğu ileri sürülebilir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, meccanilik ilkesinin eşitliğin gölgesinden taşan hukuki sonuçları olduğundan bu ilkeyi müstakil bir kamu hizmeti olarak kabul etmiş idik. Salt kâr güdüsüyle kamu hizmetinin yürütülemeyeceği şeklindeki ikinci hukuki sonucunu münhasıran yerine getirmektedir. Meccanilik ilkesinin ikinci fonksiyonu eşitliğin gölgesinden taşan hukuki sonucudur.

Sonuç olarak kamu hizmetlerinin meccaniliği ilkesi, kamu hizmetinden alınacak karşılıkların makul olmasını sağlama fonksiyonunun yanı sıra en az onun kadar önemli olan kamu hizmetinin salt bir kâr amacıyla yürütülmesinin engelleyen münhasır bir hukuki sonucu da haizdir. Başka ilke ve esasın gölgesi altına sokulamayan hukuki sonuçları münasebetiyle müstakil bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edilerek, meccanilik ilkesinin gölgelenen itibarı iade edilmelidir.

¹⁷⁵AYM, E. 1969/31, K. 1971/31, T.12.1.1971, R.G. 26.3.1971/13790.

SONUÇ

Kamu hizmetinin meccaniliği ilkesinin, klasik anlamıyla 1980’lerden itibaren takip edilen ekonomi politikalarının etkisiyle klasik anlam ve işlevini yitirdiği kabul edilmektedir. Ancak bu yorum, meccanilik ilkesinin günümüzdeki anlam ve etkisinin ortaya konulmasını gerektirir. Acaba hukuk alanından çekilmiş ve hukuk tarihinin sahifeleri arasında yerini almış eski bir ilke midir? Yoksa farklı şekillerde, kimi zaman farklı ilkelerin altında, işlevini ve etkisini değişik biçimlerde gösteren, zamana, gelişmelere ayak “uyarlanmış” bir ilke mi söz konusudur? Bu sorulara cevap aramak üzere yaptığımız incelemede, meccaniliği asıl anlamıyla ele aldık, mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde yaşanan değişimi belirlemeye çalıştık, doktrini aktarmak istedik, kendi görüşlerimizi değerlendirmenize sunduk.

Kamu hizmeti sunmanın idarenin varlık sebebi olması ve bu hizmetleri yürütmek için vergiler toplanmakta olduğundan, kural olarak, idare kamu hizmetini sunmak için ayrıca bir karşılık almamalıdır. Dolayısıyla kamu hizmetini teorik temellerde meccaniliği de içinde barındırmaktadır. Kamu hizmetinin kamu yararına yönelmiş olması ve kamunun içindeki herkesin eşit biçimde kamu hizmetine ulaşması için kamu hizmetinin meccaniliği ortaya çıkmıştır.

1980’li yıllarda, benimsenen liberal ekonominin kamu hizmetinin finansmanında kendini göstermesi ile meccanilik ilkesinin klasik anlamında kırılma yaşanmıştır. Bu döneme kadar sadece iktisadi nitelik taşıyan kamu hizmetlerinden alınan ücretlerin, diğer kamu hizmetleri bakımından da uygulanmaya başlanmasıyla kamu hizmetinden alınan karşılığın meşruiyeti sorunu gündeme gelmiştir. Yasamanın bu konudaki temayülünü, yargı organları da benimsemiş ve alınan karşılıkların meşruiyetine ilişkin açıklamalar geliştirilmiştir. Gerçekten de nüfusun ve teknolojik ihtiyaçların artması, kamu hizmetinin niteliğinde ve niceliğindeki genişlemeler, kamu hizmetinin finansman ihtiyacını artırmaktaydı. Bu finansman ihtiyacının, klasik kaynaklar yani vergilerle karşılanması günümüz eşitlik anlayışına uymayan bir sonuç doğurmaktaydı.

Yargı organlarının ve mevzuatın bu konuda çözümü, kamu hizmetlerinden yararlanma biçimi üzerinden ayırım yaparak, niteliği doğrudan yararlanmaya müsait olan kamu hizmetlerinden yararlanmadan karşılık almak olmuştur. Böylece

yararlanan ile yararlanmayan, az yararlanan ile çok yararlanan arasında eşitlik sağlanmış olmaktadır.

Meccanilik ilkesinin, ilkeyi modern anlamıyla bile zorlayan kâr amacı ile bağdaştırılması da yine 1980 sonrası yargı kararları ile gerçekleşmiştir. Doktrinde eskiden beridir, meccanilik ilkesinin kamu yararının yanı sıra dolaylı olmak kaydıyla kâr amacı ile yürütülmesi, netice itibariyle kamunun faydasına olduğu için dolaylı kamu yararı bulunduğu ifade edilerek kabul edilmekteydi. Yargı organları ise karşılık alınmasını, eşitliği sağlamak temelli gerekçelerin yanı sıra kamu hizmetinin uyarlama ilkesi temelli gerekçelere de yer vermiştir. Bu gerekçeler, kamu hizmetinden karşılık alınmasını gösterir ve kimi zaman bu karşılığın kâr içermesinin kabul edilebileceğini gösterir, çünkü bu gerekçeler esasında temeldeki kamu yararına işaret etmektedir.

Yargı, kamu hizmetinden alınacak karşılıkların kamu hizmeti rejimine dahil olması, idarenin karşılık alabilme yetkisini gerektirmesi ve idarenin gelir ve giderleri ile ilgili olması, kamu hizmetinden alınacak karşılıkların kanunla düzenlenmesi zorunluluğunu gündeme getirmiştir. Böylece, kamu hizmetinden, mevzuatta temeli olmayan karşılık alınamaması durumu ortaya çıkmıştır.

Mevzuatta kamu hizmetinden karşılık alınmasına ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise karşılıklı ve karşılıksız kamu hizmetleri ile o hizmetlerin yararlanma biçimi arasında bir bağlantı olduğu ortaya çıkmaktadır. Parasız kamu hizmetlerinin genel şekli, bunların ayrıca kişiselleştirilmemiş, genel bir statü içinde yararlanma şeklinde olması iken paralı kamu hizmetleri, kişiselleştirilmiş bir statü içinde yararlanmaya konu olmaktadır. Bu ilişki doktrin ve yargı tarafından mecburi- ihtiyari kamu hizmeti ayrımı şeklinde, yararlanma biçimi ile ilişkisi örtülü olarak benimsenmiştir.

Doktrin görüşleri, yargı kararları ve mevzuattaki hükümlerin değerlendirmesi ile ortaya çıkan sonuç, ülkemizdeki hâkim anlayışın meccaniliği, klasik anlamıyla olmasa da değişen anlamıyla bugün de yaşayan bir ilke olarak kabul etmekte olduğudur. Nitekim bu kabulün varlığı; kamu hizmetinden alınan karşılıklar bakımından bir kenara atılarak hiçbir hukuki sonuç bağlanmamak yerine, meccanilik ilkesinin mevcut durumla olan ilişkisini güçlendirmeye yarayan gerekçelendirme aracılığıyla kamu yararı ile bağdaştırılma çabaları ve eşitlik, sosyal devlet ilkesi gibi

ilkelerle birlikte zikredilerek daha güçlü ilkelerin koruması altına gizleme çabalarından anlaşılmaktadır.

Ülkemizdeki hâkim anlayışın tespit edilmesinden sonra, elde edilen verilerle, kamu hizmetinden karşılık alınmasının hukuki rejimini belirlemeye geçilmesi gerekmektedir. Bu rejimin ortaya konulabilmesi için meccanilik ilkesinin kendisine özgü hukuki sonuçlarını belirlenmesi zorunludur. Dolayısıyla meccanilik ilkesinin, yaşamaya devam etmesi amacıyla birlikte zikredildiği ilkelerin gölgesinde kaldığı tespitine dayanarak her iki ilkenin de farkına varılabilmesi için bağımsız biçimde ele alınması gerektiği düşünülmüştür. Bu amaçla kanunilik, eşitlik ve sosyal devlet ilkelerinin meccanilik ilkesi ile kurduğu koruma-korunma ilişkisinde, meccaniliğin hukuki sonuçları ayrıştırılarak, kamu hizmetinden karşılık alınmasına ilişkin rejim denemesi bir farkındalığın sağlanabildiği açık bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır.

Meccanilik ilkesinin münhasır hukuki sonuçlarının tespitine ilişkin ayrıştırma işlemi sonucunda meccanilik ilkesinin ikili bir fonksiyonu olduğu görülmektedir.

İlk fonksiyonu ya da hukuki sonucu, kamu hizmetlerinden yararlanandan karşılık alınması noktasında gösterdiği sonuçtur. Burada kamu hizmetinden alınacak karşılıkların birden fazla kriter ve/veya ilkenin değerlendirilerek sonuç olarak makul bir karşılık olmasını sağladığı öne çıkmaktadır. Bahsedilen unsurlara göre bir değerlendirme yapılması, meccaniliğin buradaki işlevini ayrıca açıklamayı gerektirir. Meccanilik ilkesi, bir kimyasal tepkimede olduğu gibi unsurların bir araya gelmesinden sonra devreye girerek hukuki tepkimenin gerçekleşmesini sağlayan bir “tepkime tetikçisi” vazifesi görmektedir. Böylece ortaya çıkan makul karşılık, değerlendirmede kullanılan her bir kriteri içeren fakat kriterlerden bağımsız bir sonuç olmaktadır.

İkinci hukuki sonucu ise kamu hizmeti alanının belirlenmesi bakımından bir “kamu hizmeti” kriteri olarak yerine getirdiği işlevidir. Buna göre kamu hizmetlerini özel girişimlerden ayırma noktasında belirleyici olan bir kriter de (sadece sonuç olarak değil) ortak ve genel ihtiyacın kamu hizmeti statüsüne sokulması “ihtiyacını” hissettirmesi bakımından modern anlamıyla meccanilik kavramının bu işleve müsait yapısıdır. Meccanilik ilkesinin kamu hizmetlerindeki etkisi nedeniyle özel bir girişim gibi salt kâr amacı ile güdülmeme ihtiyacı belirleyici olmaktadır. Kamu hizmetinin görülmesi sırasında bir kâr elde edilse de bu hizmetlerde esas gaye kâr değil; kamu

yararıdır. Bu faaliyet sırasında bir miktar kâr elde edilse de bu kâr yine kamu yararına kullanılacağından esas gayeden sapma mevcut değildir.

Belirtilmelidir ki idarenin salt kâr amacıyla hareket ettiği birtakım faaliyetlerinin de bu ilke gereğince kamu hizmeti sayılmaması gerekir. Dolayısıyla meccanilik ilkesi, kamu hizmeti olmaması gerekenleri de belirleyici bir yol gösterici olarak göz ardı edilmemelidir. Kısacası, salt kâr amacı gütmeyi engelleme işlevi gören meccanilik ilkesi dahi kamu hizmeti alanının tespiti bakımından belirleyici rolü haizdir.

Meccanilik ilkesine atfettiğimiz hukuki sonuçlar, meccanilik ilkesinin yerine getirdiği fonksiyonlardır. Bu nedenle, diğer ilke ve kavramların gölgesine sığmayacak kapsamını ve farklı işlevlerini göz ardı etmemek gerekir. Kanaatimizce meccanilik ilkesini, önemli hukuki sonuçlarını başka ilkelerin gölgesinde kalarak onlarla da paylaşan, “*kamu hizmetinin en mütevazi ilkesi*” olarak adlandırmak isabetli olsa gerektir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu Tekin, **Hangi Hukuka Giriş**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2017.
- Akyılmaz Bahtiyar,
Sezginer Murat,
Kaya Cemil, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.
- Aldıkaçtı Orhan, *“Sosyal Devlet”*, **Anayasa Yargısı**, Y. 1997, C.14, ss.79-85.
- Aslan İ. Yılmaz , **Rekabet Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2015.
- Artantaş
Onur Çağdaş, *“Kamu Hizmet ve Bedel”*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- Balta Tahsin Bekir, **Kısa İdare Hukuku I**, Ankara, TODAİE, 1967.
- _____, **İdare Hukuku Genel Konular**, C.I, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970.
- Başaran, Funda, *“Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”*, **Vergi Sorunları**, S.118 (Temmuz 1998), ss.114-133.
- Çağan Nami, *“Anayasal Yönden Fonlar”*, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.3, Y.1986, ss.107-124.
- Çağlayan Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 6. Baskı Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Demirkol Selami, “*Vergi Türevli Davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce Kabul Edilebilir Bulunması*”, **İHİD**, sayı 1, cilt. 15, ss.33-70.

Dinçkol H. Alphan, **İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, İstanbul, Der Yayınları, 2017.

Donnier Virginie, « *Les Lois de Service Public : Entre Tradition et Modernité* », RFDA, 2006, p.1216.

Duran Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

_____, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni II*”, **AİD**, C.19, S.2, Y.1986, ss.3-22.

Engin Osman Nuri, **Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye**, İstanbul, İBB Kültür AŞ Yayınları, 2007.

Gaudemet Yves, « *La gratuite du domaine public* », **Mélanges en l’honneur de Paul Marie Gaudemet**, Economica, Paris, 1984, ss. 1023-1030.,

Gemalmaz

H. Burak, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2017.

Gökyurt Fatih, **Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Gözler Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 3. Bası, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019.

_____ **İdare Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017.

_____ **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, **Bursa**, Ekin Kitabevi, 2019.

Gözübüyük Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara Sevinç Matbaası, , 1983.

Gözübüyük Şeref,
Tan Turgut, **İdare Hukuku C. I Genel Esaslar**, Ankara, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, 2018.

Gülan Aydın, *“Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987.

_____ *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1-4, İstanbul, 1998.

_____ **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, Alfa Yayınları,1999.

_____ **2015-2016 Yılı İdare Hukuku Ders Notları**, (Basılmamış, Çoğaltma Notlar) İstanbul, 2016.

Günday Metin, **İdare Hukuku**, 11. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 2017.

Gür Necip Taha, *“İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti”*, İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019.

Güran Sait, “*Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, İstanbul, 1984.

Hertzog Robert, “*Le Prix de Service Public*” **AJDA**, 1997.

İpşirli Mehmet, “*Avarız Vakfı*”, **DİA**

Kaneti Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

Kapucu Gizem,
Yılmaz Rabia,
Kocatepe Metin, “*Yargı Harçları Anayasa’ya Uygun Mu? (I) -Yasallık ve Eşitlik İlkesi Yönünden-*”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Mayıs 2019.

Karahanogulları
Onur, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler,
3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Karakoç Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Kaya Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Kıratlı Metin, **Koruyucu İdarî Hizmetler**, , TODAİE, Ankara 1973.

Lachaume Jean-François,
Pauliat Hélène,

Deffigier Clotilde, **Droits des Services Publics**, 3. Edition, Paris, LexisNexis, 2018.

Mescheriakoff

Alain-Serge, **Droit des Services Publics**, Presses Universitaires de France, 1991.

Onar Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

_____, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt II, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

_____, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt III, Üçüncü Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

Orak Cem Çağatay, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

Öncel Mualla,

Kumrulu Ahmet,

Çağan Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014

Örücü Esin,

“Sosyal Kamu Hizmeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 36, Sayı: 1-4, İstanbul, 1970, ss. 212-232.

Özay İl Han,

Günışığında Yönetim, 3..Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, 5. Baskı, 2014.

Sarıca Ragıp, **İdare Hukuku Ders Notları**, (daktilo ile çoğaltma), İstanbul, 1971.

Sarıkaya İrfan, “Yeniden Değerleme Oranı Tespitinde Yaşanan Çelişkiler”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Aralık 1998, S.208.<https://www.onerymm.com.tr/image/data/Makaleler/3-YenidenDeğerlemeOranındaYaşananceliskiler.pdf> (Çevrimiçi, Erişim Tarihi, 12.2.2019, 17.10.)

Serozan Rona, **Hukukta Yöntem**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Tan Turgut, “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, **Anayasa Yargısı**, Y.1990, C.7, ss.161-178., s.163-165.

_____, “*Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C XXII/2, (1967), ss. 285-326.

_____, “*Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*”, **AİD**, s. 73-90.

_____, **İdare Hukuku**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Teitgen-Colly

- Catherine, **La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative**, Paris, Economica, 1981.
- Truchet Didier, “*Label de service public et statut de service public*”, **AJDA** 1982, ss. 427-440.
- Us Eser, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Uyanık Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013.
- Yasin Melikşah, “*Kamu Hizmeti*” in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncellenmiş 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Yaşar Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Yayla Yıldızhan, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete veya Kamu Hizmetinin Sonu”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, İstanbul, 1986.
- _____, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Yıldırım Turan, “*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*”, in **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, İstanbul, 2001.
- Yılmaz Güneş, “*Vergi, Resim, Harç’ Kavramlarının Tarihsel Devinimi: Kavram Kargaşası Bağlamında ‘Resmin’ Günümüzdeki Varlık Sorunu*” **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 2, Aralık 2018, ss. 370-393.

Yutaka Arai-Takashi, **The Margin of Appreciation Doctririne and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECRH**,
Antwerp, Intersentia, 2002.

Elektronik kaynaklar

Kazancı İçtihat Bankası Veri Tabanı

Lexpera Veri Tabanı

Dalloz Veri Tabanı

<http://www.cnrtl.fr/definition/gratuit>

<http://www.kamusiturki.com/meccânî>

<http://www.tdk.gov.tr>