

KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLER ELİYLE GÖRDÜRÜLMESİ (Anayasal Sınırlar)

Mesut Emre KARAKÖSE
Başbakanlık Uzmanı

ÖZET

Çalışmamız temel olarak kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesindeki anayasal sınırlar üzerine yapılmıştır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin tarihsel gelişimi irdelenmiş, idarenin sözleşmeleri ve idari sözleşme ölçütleri açıklanmaya çalışılmıştır. Son olarak idari sözleşme türleri ile önemine binaen imtiyaz sözleşmesine ilişkin hususlara değinilerek konunun anayasal sınırları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, İdarenin Sözleşmeleri, İdari Sözleşmeler, İmtiyaz Sözleşmesi

ABSTRACT

Our study is constructed on the basis of the constitutional limits of the public service to be conducted by private sector. It has been tried to explain the historical development of public services to private persons, the administrations contracts, agreements and administrative criteria. Finally, with reference to the importance of issue, related to the types of contracts and administrative issues constitutional limits of the concession contracts is discussed.

Keywords: Public Service, Administrations Contracts, Administrative Cotracts, Concession Agreement

GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel ve kurucu kavramları arasında olmasına rağmen, doktrinde kamu hizmeti tanımı üzerindeki tartışmalar devam etmektedir.¹ Ülkemizde idare hukukunun konusunu kamu hizmeti, idari rejim ve kamu yararı kavramları üzerine bina eden görüşler öğretilerde önemli ağırlığa sahiptir. Bu görüşe göre, “tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir.”²

Kamu hizmetinin tanımlanmasına yönelik birçok öneri mevcuttur. Bu tanımlar devamlılık gösteren bir toplumsal ihtiyacın tatmini ekseninde yoğunlaşmaktadır. Buna göre “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 faaliyettir.”³ Bu doğrultudaki tanımlardan farklı olarak “kamusal korunma gereksinimi” konusunda, yasama tarafından bir düzenlemeye gidilebilmesi yönündeki bakış açısıyla da kamu hizmeti kavramı tanımlanmıştır.⁴

Özel kişilerin kamu hizmeti görülmesine katılması, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu idarenin ikame edilmesi mahiyetinde olduğundan, ancak ilgili kamu tüzel kişinin iradesiyle mümkündür. Bu irade hukuk düzeninde iki şekilde tezahür edebilir: statü ilişkisi kurulması veya sözleşme ilişkisi kurulması.⁵ Bu çalışmada kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesinin Türkiye’deki kısa tarihçesine değinilerek, konunun anayasal sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.

Bu noktada kamu hizmetinin yanı sıra idarenin kolluk faaliyetinin özel kişilere devrine de değinmek gerekir. Zira idare hukuku doktrinde

¹ Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007, s. 599,601.

² Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 184.

³ Aydın Gülan, Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 148.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007.

⁵ Turgut TAN, “İdare Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Sözleşmesi”, Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, ss. 23–40

idari faaliyet türleri, kamu hizmeti ve kolluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. İdarenin denetim yetkisi, hem genel hem de özel idari kolluk faaliyeti için söz konusu olabilmektedir. Nitekim polis veya jandarmanın gerçekleştirdiği denetim genel idari kolluk faaliyetinin kapsamında yer alırken; belli bir hizmet bünyesindeki denetim özel idari kolluk faaliyetinin kapsamına girmektedir.⁶

1- Ana Hatlarıyla Tarihsel Gelişim

Osmanlı Devletinin kuruluşundan 1930'lara kadar, kamu hizmetleri alanı dar tutulmuş ve kamu hizmetlerinin gördürülmesinde çeşitli alternatif yöntemler kullanılmıştır. Belediye örgütü ve hizmet bakanlıkları, 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra oluşturulmuştur. O zamana kadar belediye hizmetleri, ağırlıklı olarak vakıflar tarafından sunulmuştur.⁷ Bayındırlık ve tarım hizmetleri de, daha çok askeri amaçlarla kurulmuş olup yeterli değillerdi. Aynı dönemde kamu hizmetleri altyapısındaki eksiklik, yabancı şirketlere imtiyaz verilerek gördürülmek istenmiştir. Bununla birlikte çok fazla başvuru bu yöntem, etkili sonuçlar vermemiştir. Çünkü sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri çoğu zaman yerine getirmeyen şirketlere, Devletin borçlanma yoluyla tekrardan işi düşeceğinden ve Düyun-u Umumiye idaresinin kurulmasından sonra da bu kuruluşun çekinildiğinden herhangi bir yaptırım uygulanamamıştır.⁸ İmtiyaz yöntemi, Cumhuriyetin ilk yıllarında da kullanılmış olup, artık göreceli olarak önemi azalsa da halen tercih edilmektedir.

Alternatif hizmet sunum yöntemlerinden imtiyaz yönteminin, başarısız performansına ve kapitülasyonları hatırlatan ismine rağmen, ülkemizde 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğine kadar yaygın bir biçimde kullanılmasında tarihsel süreklilik inkâr edilemez. Bu yöntem ayrıca, yargı organları kararlarında ve literatürde, sözleşmeyle gördürülen kamu hizmetlerinin ideal tipi ve tek biçimi olarak görülmekteydi.

⁶ Elvin Evrim DALKILIÇ, "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı" Ankara Barosu Dergisi, 2013/ 2, s.108.

⁷ Turgut Tan, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", SBF Dergisi, C. 22, S. 2, 1967. s. 286-287.

⁸ Turgut Tan, a.g.m., s. 292 – 293.

İltizam yöntemi ile 13. yüzyılda başlayan alternatif yöntemlere, askeri amaçla başvurulması geleneği, Osmanlı İmparatorluğunun yıkılmasına kadar devam etmiştir. Özellikle imtiyaz yöntemi, askeri amaçlı bayındırlık hizmetleri ile askeri harcamaların finansmanı için yabancı şirketlerden borçlanabilmenin bir şartı olarak verilmiştir.⁹ Birinci Büyük Millet Meclisinin 9/4/1923 tarihli ve 327 sayılı Kanunla kabul ettiği Chester İmtiyazı da, aynı geleneğin Cumhuriyeti kuracak olan yönetici kadrosu tarafından sürdürüldüğünü göstermektedir. Chester İmtiyazı, kabaca “ülkenin 170,000 kilometre karelik kısmında, her türlü maden ve petrol kaynaklarını ve yapılacak olan demiryollarını ve limanları, 99 yıl işletme ayrıcalığı karşılığında, Amerikan kapitalistlerinin ülkede 4,400 kilometre kadar demiryolu ve üç liman yapımını üstlenmesini” içermektedir.¹⁰ Tezel, sözleşmeleri onaylayan Kanunun gerekçesinde; demiryolları yapımının ülkenin savunması açısından çok faydalı bulunduğunu ve bu nedenle de Harbiye Vekâletinin de bu konuyu vurguladığını belirtip, Rauf Bey’in de bu imtiyazın önemini anlatan Mecliste yaptığı konuşmada hem Birinci Dünya Savaşında hem de Sakarya Savaşında “ulaştırma yetersizliğinin yarattığı güçlere” değindiğini eklemektedir.¹¹

Musul ve Kerkük’ün elimizden çıkmasından sonra Amerikan hükümeti, o tarihe kadar uygulamaya konulmayan imtiyazı iptal tir.¹² Chester İmtiyazının tek taraflı olarak bozulması, alternatif yöntemlerin askeri amaçlı kullanılması geleneğini sona erdirmiş ve yabancı sermayeye karşı büyük bir hayal kırıklığına neden olmuştur. Yaşanan hayal kırıklığı, Yakup Kadri’nin Ankara romanında, Hakkı Bey’in aklından geçen; “gerek Chester işinden ve gerek onu takip eden birkaç fiyasko teşebbüsten sonra, artık ecnebi işadamlarına karşı haklı itimatsızlık hissetmeye başlayan Ankara Hükümeti, bu üç Almanla müzakereye girişmekten çekinir görünüyordu.” düşüncesinde de görülebilmektedir.¹³ 1923 yılında yapılan İzmir İktisat Kongresi’nde belirlenen “özel girişimciliğe öncelik veren ekonomi politika-

⁹ Turgut Tan, a.g.m., s. 294.

¹⁰ Yahya Sezai Tezel, “Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi Anti-Emperyalist Miydi? Chester Ayrıcalığı” SBF Dergisi, C.25, S.4, 1970, s. 287-288.

¹¹ Yahya Sezai Tezel, a.g.m., s. 307.

¹² Yahya Sezai Tezel, a.g.m., s. 288.

¹³ Yakup Kadri Karaosmanoğlu, Ankara, 27. B., İletişim Yayınları, İstanbul: 2007, s. 103.

sının"¹⁴, sonradan 1929 Krizinin de etkisiyle, devletçilik anlayışına dayalı bir ulusal ekonomi politikasına dönüşmesinde bu tür "fiyaskoların" da etkisi yadsınamaz. Yabancı sermayeye ilişkin bu olumsuz tutum, tüm dünyada bir ekonomik korumacılık ve dışa kapalılık yaşanmasının da katkısıyla, alternatif sunum yöntemlerine de yansımıştır.

Doğru toplumlarında yaygın olarak görülen teslimiyet geleneği, Türk toplumunun Devletten hak talep etmesinin önüne set çekmiştir. Bu gelenek, Batılı toplumların demokratik ve kurumsal gelişmişliğini sağlamış olan; "bireylerin vergi yoluyla kamu hizmetlerini finanse ettiği ve dolayısıyla da hizmetlerden en iyi şekilde yararlanması gerektiğine" dair bir bilincin gelişmesini engellemiştir. Türk toplumunun bu özelliğini, 1876 yılında ülkemizi gezmek için gelen seyyah M. Salzbori, İstanbul'da Karaköy Köprüsünden arabayla geçerken tahtaların arasından denizin görüldüğünü fark edip "Bu köprüye tahammül eden halk, her türlü idari fenalıklara mütehammil bulunur."¹⁵ şeklinde dile getirmiştir.

2- Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri

İdarenin taraf olduğu her türlü sözleşme idari sözleşme sayılmaktadır. İdarenin sözleşmelerinden tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olanlarla yani idarenin sözleşmeye tüzel kişilik sıfatına dayanarak ve öteki sözleşmeci ile eşit olarak katıldığı sözleşmelerle, idarenin sözleşmeye kamu yararının temsilcisi olarak katıldığı ve idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan idari sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek gerekmektedir¹⁶.

İdare, görevlerini yerine getirmek için kimi hallerde yetkilerini kullanarak tek yanlı işlemler yaparken, kimi durumlarda iradelerin uyuşması şeklinde sözleşme yapabilir. Ancak, çoğu zaman idare, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliği gereği ve bu görevleri yerine getirirken gözetmek zorunda olduğu kamu yararı dolayısıyla tek yanlı işlemlerle işlerini yürütür. Bazı hallerde de, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak idari söz-

¹⁴ Yakup Kepenek, 100 Soruda Gelişimi Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri, Gerçek Yayınevi, Ankara: 1990, s. 20.

¹⁵ Osman Nuri Ergin, Beledi Bilgiler, İstanbul: 1939, s.41; naklen Turgut Tan, a.g.m., s.287.

¹⁶ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s.166-167.

leşme yapabilir ya da kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmadan özel hukuk sözleşmeleri yapabilir. Çünkü halkın kamu hizmetlerinden yararlanması her zaman tek yanlı işlemlerle sağlanmaz. Ya da idarenin mal ve hizmet ihtiyacını karşılamak için sözleşme dışında bir yöntem uygulaması çok zordur.

İdare tarafından akdedilen bütün sözleşmeler genel olarak idarenin sözleşmeleri olarak belirtilir. Dolayısıyla idarenin sözleşmeleri kavramı da içerisinde idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmelerini barındırır.

Bu noktada, idarenin yaptığı sözleşmenin idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun ayırımı yapmak, sözleşmeye uygulanacak hukuk ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüleceği yargı düzeni açısından önem arz eder.¹⁷ Çünkü genel olarak idarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabidir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir.¹⁸ Hemen belirtmek gerekir ki kimi durumlarda, bu uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenebilir mi ya da bu uyuşmazlıklara idare hukuku uygulanabilir mi şeklinde tartışmalar da mevcut. Buna karşılık, idari sözleşmeler ise, idare hukukuna tabidir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 2/1.c¹⁹ gereği idari yargıda karara bağlanır. Tabi bu sözleşmelere de özel hukukun uygulanıp uygulanamayacağı ya da bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda görülüp görülemeyeceği de ayrı bir tartışma konusu olmaktadır.

3- İdari Sözleşmelerin Ölçütleri

Bu ölçütleri uygulamadan önce sözleşmenin hangi türden bir sözleşme olduğu yasal düzenleme ile belirtilmiş olabilir. Kuşkusuz böyle bir düzenlemenin olduğu durumlarda önce yasal düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Yasa koyucunun nitelemesi doğrudan bir niteleme olabileceği

¹⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Kitabevi, Bursa, s.24

¹⁸ Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 186-187; Lütfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2956, İstanbul 1982, s. 427-428

¹⁹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md.2/1-c' de (Değişik: 18/ 12/ 1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idari dava türlerinden sayılmıştır.

gibi, dolaylı bir nitelendirme de olabilir.²⁰ Yasal düzenlemede de şu şekillerde idari sözleşme ve ya özel hukuk sözleşmesi olduğu ortaya konabilir:

1. Doğrudan sözleşmenin idari bir sözleşme ve ya özel hukuk sözleşmesi olduğu ortaya konabilir.
2. Sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejim belirtilmiş olabilir.
3. Ya da sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tabi olduğu yargı düzeni belirtilmiş olabilir.

Çoğu kez, idarenin taraf olduğu sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda böyle açık bir kanun hükmüne rastlanmaz. Genelde de kanunlar idareye sözleşme yapma yetkisi verir ama bu sözleşmenin idari bir sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olacağını söylemezler.²¹

Bu durumda da sözleşmenin nitelendirilmesi yargı organları tarafından geliştirilen içtihadi ölçütlere göre yapılır. Bu ölçütleri de genel olarak ele almak gerekirse;

a) Organik ölçüt

Sözleşmenin taraflarına ilişkin bir kriterdir. Bu kriter gereği, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için sözleşmenin taraflarından en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması gerekir.

b) Maddi ölçüt

Bu kriter ise, sözleşmenin taraflarına değil, içeriğine, konusuna ilişkin bir kriterdir. Buna göre, taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, ya bu sözleşmenin konusunun doğrudan doğruya kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ya da bu sözleşmenin üstün, ayrıcalıklı hükümler bir başka deyişle özel hukuku aşan şartlar içermesi gerekir.²² Yani, maddi ölçüt açısından alterna-

²⁰ Ayhan Tekinsoy, 'İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu', yıl 2006, C.55 S.2 s.185

²¹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Kitabevi, Bursa, s.10

²² Ayhan Tekinsoy, a.g.m. s.195

tif iki şart öngörülmekte ve bu iki şartın bir arada bulunması zorunluluğu aranmamıştır.

Bu bilgiler ışığında bir idari sözleşme tanımı yapılacak olunursa;

İdari sözleşme, bir kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen ve ya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması şartıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan ve ya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmedir.²³

4- Anayasal Sınırlar

Bir alanda kamu hizmeti kurulması o faaliyetin tabi olacağı hukuki rejimi değiştirmek olduğundan ekonomik özgürlükleri her durumda etkileyecektir. Zira yasamanın ve ikincil düzenlemelerle idarenin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak düzenlemesi o faaliyeti yürütecek özel kişilerin özel hukuktan farklı bir hukuki rejime tabi olacakları anlamına gelir. Bu hukuki rejim olağan hukuk kurallarına değil idarenin üstün ve ayrıcalıklı olduğu hukuk kurallarına dayanır. Bu ayrıcalığı sağlayan kurallar idareye özel kişilerin özgürlük alanına müdahale imkânı sağlayan kurallardır. Kural olarak özel kişiler, kamu hizmeti icrasına bu durumu bilerek katılırlar. Ancak yasama ya da geniş anlamda idarenin ayrıcalıkları da kamu hizmeti hukukunun gerekleri yanında esasen Anayasanın birey özgürlüklerine ilişkin hükümleriyle sınırlıdır.^{24 25}

Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesinde başlıca anayasal sınır 128 inci maddenin birinci fıkrasında çizilmiştir. Buna göre “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Özel kişilere gördürmenin sınırının çizilmesi, yani devletin görmesi gereken faaliyetlerin saptanması bakımından diğer maddelerle birlikte en önemli ölçüt, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve kamu görevlisi tanımını da içerecek şekilde kaleme alınmış olan “*genel idare*”

²³ Gözler, a.g.e., s.11

²⁴ Refik Tiryaki, “Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişkisi” Hacettepe HFD, 4(1) 2014, s.94.

²⁵ Anayasa'da yer alan ekonomi ile ilgili hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010, s028-70.

re esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri” kavramı ve bu kavramın Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmasıdır.

Anayasanın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasında 13.08.1999 tarih ve 4446 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletler arası tahkim yoluyla çözümlenebilmesine olanak tanımıştır.²⁶ Söz konusu değişiklikle Anayasanın Devletleştirme başlıklı 47 nci maddesi Devletleştirme ve Özelleştirme şeklinde değiştirilmiş ve maddenin sonuna “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” fıkrası eklenmiştir. 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 47 nci maddesine eklenen fıkra hükmü ile, bugün kamu hukuku rejiminin kamu hizmetlerinin ayırt edici özelliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Söz konusu hükümle, devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürüttüğü kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere de gördürülebilmesinin yolu açılmış ve bu konudaki takdir yetkisi kanun koyucuya bırakılmıştır.²⁷ Ayrıca, Yargı yolu başlıklı 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasının sonuna; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” hükmü eklenmiştir.

Özelleştirme konusu bu çalışmanın alanına girmemekle birlikte burada bir hususa kısaca değinmekte fayda görülmektedir. 99 değişikliği öncesinde anayasal altyapıdaki eksiklik nedeniyle özelleştirmelerde iptaller görülmüştür. Bu değişikliklerden sonra da bazı iptal kararları olsa da “özelleştirme” anayasaya açıkça girmiş oldu. 99 öncesinde de Anayasa özelleştirmeye karşı olmamakla birlikte bu hususta net bir hüküm konulmuş oldu.

Anayasanın 125 inci maddesinde yer alan tahkim usulü, her tür idari sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için değil kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için tanınmıştır. Dolayısıyla, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi konusunda imtiyaz

²⁶ Metin Günday, a.g.e., s.304

²⁷ Elvin Evrim DALKILIÇ, a.g.m., s.110.

dışında olan pek çok sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim usulüne gidilemeyecektir.²⁸

Anayasanın Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı 167 nci maddesi “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” demek suretiyle devlete piyasaların etkin işleyişini sağlayacak tedbirler almayı bir ödev olarak yüklemiştir. Anayasa idareyi, tekelleşmeyi önleyecek tedbirleri almakla yükümlü tutsa da, araç muayene hizmetinin bir firmaya özelleştirme adıyla devredilmesi suretiyle bir tekel oluşturulmuştur.²⁹ Araç muayenesi bir kamu hizmetinden ziyade bir kolluk faaliyetini çağrıştırmaktadır. Denetim hizmetleri bağlamında kolluk faaliyetlerinin özel kişilere devrine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları mevcuttur.³⁰

Öte yandan Anayasanın 48 inci maddesi ise “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” şeklindedir. Bu madde ile ekonomik alanda hak ve özgürlükler belirlenmiştir.

5- Başlıca İdari Sözleşme Türleri ve İmtiyaz

İdarenin sözleşme yoluna başvurması sıklıkla idari sözleşme türlerinin de artmaya başladığı görülür.³¹ Gerçekten de klasik türlerin yanında, idari sözleşme tanımına ve ölçütlerine uyan değişik konularda ve türlerde idari sözleşme akdedildiği görülmektedir.³² Bu bağlamda, başlıca kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülme usulleri şöyle sıralanabilir: imtiyaz, iltizam, müşterek emanet, kamu istikraz sözleşmeleri gibi klasik

²⁸ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt 2, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s.244.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Sedat Çal, “Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi'”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 63-113.

³⁰ Anayasa Mahkemesi; 05/07/2012; E. 2011/27- K. 2012/101; Resmi Gazete Tarih: 06/10/2012- Sayı: 28433.

³¹ Turgut Tan, İdare Hukuku, c.I, Turhan Kitabevi, Ankara, s.303

³² Gözler, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, s.70

türlerin yanı sıra yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri veya idarenin idari sözleşme koşullarını taşıyan diğer sözleşmeleri.

Türkiye’de uzunca bir dönem boyunca, imtiyaz dışında bir idari sözleşme uygulamasının olmamasının da etkisiyle, idari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idari sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyazından örnek alınarak oluşturulmuştur³³.

İmtiyaz kavramı Arapçadan dilimize geçmiş olup, başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık şeklinde tanımlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri, “konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir.”³⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Başka bir tanımda imtiyaz sözleşmesi; “Bir kamu hizmetinin sermayesi, her türlü gideri ve kazancı, zararı ve ziyanı kendisine ait olmak üzere idarenin koyacağı şartlara göre ve sağlayacağı yetkiler ve menfaatler karşılığında özel hukuk kişileri tarafından görülmesi veya yürütülmesi için yapılan sözleşmedir.”³⁵ şeklinde nitelendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında “...Kamu hizmetinin, sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir...”³⁶ ifadesi yer almaktadır.

Danıştay da bir kararında imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmetinin uzun süreli bir idarî sözleşme uyarınca sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denildiğini; konusu, bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti

³³ Ayhan TEKİNSOY, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, Yıl 2006, C.55, S.2, s.181.

³⁴ Metin Günday, age s.172.

³⁵ Zehra ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi,C.2. Sy.1-2, s.181.

³⁶ AYM, 01.12.1994 tarihli ve E.1994/43, K.1995/42-2, AYMKD, Sayı 31, Cilt 1, s.303. (Nakleden Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009, s.419.)

yerine getirenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıyan ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olduğu uzun süreli sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlandığını belirtmektedir.³⁷ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarında kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının irdelenmesinde salt hukuk tekniğiyle ilişkilendirilemeyecek kadar geniş bir yelpaze içerisinde değerlendirmeye gidildiği anlaşılmaktadır.³⁸

Yukarıda yer alan tanımlardan tüm kamu hizmetlerinin imtiyaza konu olduğunu söylemek olanaklı değildir. Kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren kolluk, adalet, milli savunma gibi hizmetlerin imtiyaz sözleşmesine konu olması mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla yalnız ekonomik nitelikteki kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmelerine konu edildiği söylenebilir.³⁹

Kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan şartname ve sözleşmede bu yetkiler açıkça belirtilmemiş olsa dahi, idare, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir.

SONUÇ

Ekonomik yapıdaki dönüşüme paralel olarak devletin işlevlerindeki dönüşüm, kamu hizmetleri alanında çeşitli biçimlerde karşılığını bulmuştur. Özelleştirme, bir yandan kamu hizmetlerinde bir daralma, yani belli hizmetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması şeklinde, diğer yandan da kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle ve özel hukukla gördürülmesi şeklinde karşımıza çıkmıştır. Bu anlamda kamu hizmetini tasvir etmekte kullanılan biçimsel ölçütte önemli bir dönüşüm yaşanmıştır. Artık kamu hizmetleri kamu görevlileri eliyle kamu hukuku rejimiyle tanımlanmaktan çıkmıştır.

³⁷ Danıştay 1.Dairesi'nin 20.3.1997 gün ve E.1996/84, K.1997/30 sayılı Kararı. (Nakleden Zehra ODYAKMAZ, agm. S.

³⁸ Sedat Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Ankara, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, 2008, s.11

³⁹ Cem Çağatay ORAK, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlı Yayınları, 2006, s. 36

Kamu hizmetlerine uygulanacak hukuki rejime ilişkin tartışmalar öncelikle anayasal normlara ilişkindir ve asıl sorun kamu hizmetlerinin herhangi hukuki rejim gördürüp gördürmeyeceği, yani yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisinin sınırıdır. Devletin işlevlerine ve görevlerine ilişkin pek çok madde bu tartışma bakımından ölçü norm olabilecektir. Devletin sosyal hukuk devleti niteliğine ilişkin 2. madde, görevlerine ilişkin 5. madde, yürütmenin işlevlerini belirleyen 6. madde ile devlete belli yükümlülükler yükleyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar devletin işlevlerine ilişkin ölçü normlar olarak sayılabilir. Bu normlar önemli birer yol gösterici ve aynı zamanda sisteme uygun yorum ilkesi gereğince ilgili yasal düzenlemelerde yorum kaynağı olmaları şeklindeki işlevleri de önemlidir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin özel kişilere gördürme türlerinden birine ilişkin bir yasa maddesini değerlendirirken sadece 5. maddede yer alan devletin görevlerine ya da 6. maddeye dayanarak iptal kararı vermesi çoğu zaman mümkün değildir; bu bakımdan bu maddeler genel ve soyut içerikleri nedeniyle daha çok birer destek ölçü norm niteliğine sahip olabileceklerdir.⁴⁰ Kamu hizmetlerine uygulanacak hukuki rejime ilişkin esas olarak Anayasanın 128. maddesinin I. fıkrasında yer alan hüküm ve bu hükümle bağlantılı olarak 47. madde esas alınmaktadır.⁴¹ Anayasa yargıcı bu tür destek ölçü normları ancak 128. madde ile birlikte ve/veya anayasada belirtilen belli hak ve özgürlüklerle birlikte iptal bakımından dayanak oluşturabilecektir.

Anayasa'da 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 47. maddeye eklenen dördüncü fıkra da 128. Madde incelenirken değerlendirilmesi gereken bir maddedir. Zaten Anayasa Mahkemesi'nin bu değişiklikten sonra ilgili uyuşmazlıklarda 47. maddeyi de birlikte değerlendirdiği, hatta bu hükmü 128. madde yerine geçecek şekilde bile kullanabildiği görülmektedir. Bu iki madde değerlendirilirken özel kişilere gördürme ve bunun sınırı konusunun iki aşamalı olduğunu dikkate almak gerekir: Birincisi o hizmetin özel kişiye gördürülüp gördürülemeyeceği, ikinci aşamada ise gördürülecekse özel hukukla gördürülüp gördürülemeyeceği. Birinci aşama baki-

⁴⁰ Metin Günday, age, s.312.

⁴¹ Hukuka uygunluk değerlendirmesinde normların uygulanma biçimi hakkında bir çalışma için bkz. Celal Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.

mından sorun, yukarıda anılan ilkeler ve bu ilkelerin de yansıması şeklinde görülebilecek Anayasanın 128. maddesi iken ikinci aşama konusu Türkiye’de dönemselsel olarak değışkenlik göstermiş ve 47. maddeye eklenen fıkrayla yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisi düzenlenmiştir.

Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası, idare hukukunun gelişim çizgisi ve temel özelliklerine paralel olarak listeleme ve katı biçimde sıralı sayma yöntemi yerine genel kavramlar içermektedir. Zaten idare hukukuna temel oluşturan kavramlar mevzuatta sınırlı biçimde tanımlanmak veya sayılmak yerine genel ilkeler ve yargı kararları doğrultusunda zamanla gelişen ve dönüşebilen bir niteliğe sahip olmuştur. Bu bakımdan idare hukukunun esasını oluşturan bu kavramları anlayabilmek için Anayasal ilkeler ve bu ilkelerin yargı tarafından yorumlanması büyük önem taşımaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Celal Erku, Hukuka Uygunluk Bloku, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Cem Çağatay Orak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, 2006.
- Elvin Evrim DALKILIÇ, “İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı” Ankara Barosu Dergisi, 2013/ 2
- Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009.
- Lûtfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2956, İstanbul 1982.
- Metin Günday, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Refik Tiryaki, “Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görölüş Usulleriyle İlişkisi”, Hacettepe HFD, 4(1) 2014.

- Sedat Çal, “Araç Muayene Hizmetinin ‘Özelleştirilmesi’”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008.
- Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007.
- Sedat Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Ankara, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, 2008
- Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010
- Yakup Kadri Karaosmanoğlu, *Ankara*, 27. B., İletişim Yayınları, İstanbul: 2007.
- Zehra ODYAKMAZ, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2. Sy.1-2.
- Osman Nuri Ergin, *Beledi Bilgiler*, İstanbul: 1939.
- Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, SBF Dergisi, C. 22, S. 2, 1967.
- Yahya Sezai Tezel, “Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi Anti-Emperyalist Miydi? Chester Ayrıcalığı” SBF Dergisi, C.25, S.4, 1970.
- Yakup Kepenek, *100 Soruda Gelişimi Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri*, Gerçek Yayınevi, Ankara: 1990.