

SU VE KANALİZASYON
HİZMETLERİ İÇİN ALINAN
HARCAMALARA KATILIM
PAYLARI VE BU PAYLAR
NEDENİYLE TÜKETİCİ
MAHKEMELERİNDE
AÇILAN DAVALAR*

Yrd. Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Muhakeme ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (cruzgaresen@yahoo.com).

ÖZ

Belediyeler, yerel kamu hizmetlerini ifa ederken, yaptıkları giderlere, bu hizmetlerden faydalananların da katılmalarını isterler. Ancak bu katılım payı belirlenirken, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerine uygun davranılması gerekir. Fakat uygulamada bazı belediyelerin bu ilkelere uygun olarak hareket etmedikleri ve bu nedenle tüketiciler tarafından çok sayıda dava açıldığı görülmektedir. Bu çalışmada belediyelerin, su ve kanalizasyon hizmetlerinin niteliği, bu hizmetler için aldıkları yüksek katılım payları ve bu yüksek paylar nedeniyle tüketici mahkemelerinde açılan davalar ve bu davalar karşısında ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın tutumu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Belediye, katılım payı, su ve kanalizasyon, tüketici, kamu hizmeti



COPAYMENTS FOR THE EXPENSE OF WATER AND CANALIZATION SERVICES AND ACTIONS FILED TO CONSUMER COURTS FOR THESE COPAYMENTS

ABSTRACT

The municipals claim people, who derive benefit from the local public service that they carry out, to participate in the expense. While these copayments are being determined, they have to abide social state and rule of law. But in practice, some of the municipals do not behave according to these rules and for this reason many actions are filed by consumers at consumer courts. In this study quality of water and canalization services of the minicipals, high copayments that they deliver from the consumers, actions filed for these high copayments and the attitude of consumer courts and Supreme Court of Appeals will be discussed.

Keywords: Municipals, copayment, water and canalization, consumer, public service.

GİRİŞ

Belediyeler tüzel kişiliği haiz yerel yönetim ve hizmet birimleri olup, yerel kamu hizmetlerini ifa ederler. Bu yönetimlerin kendilerinden beklenen hizmetleri ifa edebilmeleri için birtakım gelirlerinin bulunması veya hizmetler için yaptıkları harcamalara, bu hizmetten yararlanan kişilerin de katılması gerekir. Nitekim Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87 ve 88 inci maddeleri, su ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalanan kişilerin, bu hizmetler için yapılan harcamalara katılımını düzenlemektedir. Türkiye'deki uygulamada, bu hizmetlerden faydalanma belediyeler tarafından abonelik sözleşmesi ile sağlanmaktadır. Belediyelerle bu sözleşmeyi yapan kişilere de “*abone*” adı verilmektedir (İSKİTY m. 3/a; ASKİTY m.5; İZSUTY m. 5,1).

Belediyeler abonelerden, yapılan hizmet harcamalarına katılmalarını isterken, adil davranmalı ve katılım paylarını makul olarak belirlemeleri gerekir. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul Ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'in^[1] 1 inci maddesinde, kamu hizmetini sunanların ve sunulan kamu hizmetinin niteliğinin nasıl olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, kamu hizmetlerinin etkin, verimli, hesap verebilir, vatandaş beyanına güvenen ve şeffaf bir yönetim tarafından hızlı, kaliteli, basitleştirilmiş ve düşük maliyetli bir şekilde yerine getirilmesi gerekir.

Belediyeler, su şebekesi ve kanalizasyon hizmetleri için yaptıkları harcamalara karşılık bir miktar para almaktadırlar. Bu paraya, “*su şebekesi ve kanal harcamalarına katılım payı*” denilmekle birlikte, bu pay, kısaca “*harcamalara katılım payı*” şeklinde ifade edilecektir. Belediyelere, su ve kanalizasyon hizmetlerinin harcamalarına katılım payı ödemek, Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87 ve 88 inci maddelerinin gereğidir. Ancak bazı belediyeler, su aboneliğini yapmak için, bu katılım paylarını fahiş miktarlarda talep etmekte ve bu ödemeler yapılmadan abonelik sözleşmesinden kaçınmaktadırlar. Ayrıca bazı belediyeler, harcamalara katılım paylarını, binayı inşa eden ve aynı zamanda da ilk malik olan kişiden değil, bu kişiden konut satın alan kişilerden tahsil etme yoluna gitmektedirler. Bu hususa ilişkin olarak, tüketici mahkemelerinde açılmış binlerce dava bulunmaktadır.

Bu çalışmada, su ve kanalizasyon hizmetlerinin özellikleri, belediyelerin yüksek miktarda (elektrik ve doğalgaz gibi diğer aboneliklerle karşılaştırıldığında) kanal ve su şebekesi hizmetleri için yapılan harcamalara katılım payı alma nedenleri, hukuki dayanakları ve bu konuyla ilgili olarak aboneler tarafından

[1] 29/6/2009-2009/15169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Yönetmelik (RG, 31.7.2009, sa. 27305).

tüketici mahkemelerinde açılan davalar ve bu davaların nedenleri üzerinde durulacaktır.

A-SU VE KANALİZASYON HİZMETLERİ VE BU HİZMETLERİN ÖZELLİKLERİ

I-Kamu Hizmeti Olması

Tüketici hukukunda hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet şeklinde ifade edilmiştir (TKHK m.3/d)^[2]. Bu hizmet, özel kişilerin sunduğu bir hizmet olabileceği gibi, idarenin sunduğu bir hizmet de olabilir. İdarenin sunduğu hizmet, kısaca “*kamu hizmeti*” olarak ifade edilir. Doktrin ve uygulamada kamu hizmeti için birçok tanım yapılmıştır. Doktrindeki bir tanıma göre, “Kamu hizmeti, toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin devlet tarafından üretim ilişkileri alanının kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmesidir^[3]. İkinci bir tanıma göre ise, “*Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kollektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetlerdir*”^[4]. Üçüncü bir tanıma göre “*Giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından özel hukuksal düzen içinde yürütülen etkinliklerdir*”^[5]. Bir başka tanıma göre ise “*Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tablide bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir*”^[6]. Anayasa Mahkemesine göre, kamu hizmeti “*Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu*

[2] Remien, Oliver: AGB-Gesetz und Richtlinie über missbraueuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europaeischen Umfeld (ZEuP, 1994, s. 34-66), s. 37; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 2006 Bursa, s. 3; Deryal, Yahya: Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s. 41; Erdoğan, İhsan: Tüketicinin Ayrıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması (GÜHFD,1997/2, s. 53-66), s.54.

[3] Karahanoğulları, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara 2004, s. 5.

[4] Onar, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, s. 13.

[5] Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, İstanbul, 2011, s. 1017.

[6] Ulusoy, Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004, s. 13.

yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”^[7].

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme yetkisi yasama organına verilmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, niteliği gereği kamu hizmeti olarak sayılabilecek bir faaliyet mevcut değildir. Bir hizmeti kamu hizmeti olarak nitelemek, o hizmeti yasalarla kuranların, yani kanun koyucunun iradesinden kaynaklanmaktadır^{[8], [9]}. Anayasa’nın 47 inci maddesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Mesela bu maddenin 1 inci fıkrası “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*” şeklindedir. Bu fıkra bazı hizmetlerin, sonradan devlet eliyle yürütülen bir hizmet haline getirilebileceğini göstermektedir^[10]. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı da “Şüphesiz Anayasa kurallarına uygun olma şartıyla, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine dâhil ederek bir kamu hizmeti tesis edebilir^[11]” şeklindedir. Anayasa’nın 47 inci maddesinin son fıkrası ise “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir*” şeklindedir. Bu fıkra da, kamu hizmeti niteliği olan bazı hizmetlerin yürütülmesi için sonradan özel kişilere devredilebileceğini, yani özelleştirilebileceğini göstermektedir. Bütün bunlara karar veren mercii, yasama organıdır. Belirtmek gerekir ki, kamusal niteliği olan bir hizmetin sunumunu özel kişilere devretmek, o hizmeti bir kamu hizmeti olmaktan çıkarmaz. Yani, bu sunumu bizzat idare tarafından yapılması zorunlu olmayıp, idarenin kontrolü altında sunulması yeterlidir.

[7] AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23 (RG, 20.03.1996, S. 22586, s. 48); Kamu hizmetinin tanımıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nin bir başka kararı için bkz. AYM, T. 1.12.1994, E. 1994/43, K. 1995/42-2 (AYMKD, 1996/31, s. 301); Benzer bir tanım için bkz Sezer, Yasin: Öğretim Elemanlarının Mecburi Hizmet Yükümlülüğü (TAAD, 2011/4, s. 17-44), s. 19-20.

[8] Bkz. Tan, Turgut: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, E.T.12.01. 2012, s.233-252), s. 235’te anılan yazarlar; Orak, Cem Çağatay: Kamu Hizmetleri İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s. 10.

[9] Doktrindeki bir başka görüş kuruluş bakımından kamu hizmetlerini milli ve mahalli kamu hizmetleri olarak ikiye ayırmış, milli kamu hizmetlerinin kanunla kurulması gerektiğini, ancak mahalli kamu hizmetlerinin kanunla kurulmasına gerek olmadığını, bunların kurulma yetkisi doğrudan mahalli idarelere ait olduğunu ileri sürmüştür (Gözler, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2009, s. 545, 547).

[10] Tan s. 235.

[11] AYM, T. 28.11.1985, E. 1985/7, K. 1985/22 (RG, 21.01.1986, sa. 18995); benzer bir karar için bkz. AYM, T. 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2 (RG, 24.01.1995, sa. 22181).

Kamu hizmetleri sınırlı sayıda değildir. Buna göre kamu hizmetlerini, ticari, idari, siyasi, adli, güvenlik, devlet düzenine ilişkin hizmetleri vb. şeklinde sınıflandırmak mümkündür^[12]. Yasama organı, bugün kamu hizmeti olarak kabul edilen bir hizmeti, yapacağı yeni bir yasal düzenleme ile kamu hizmeti olmaktan çıkarabilir veya kamu hizmeti olmayan bir hizmeti, kamu hizmeti haline getirebilir. Ancak burada yasama organının bu yetkisinin mutlak olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, devletin ticari hizmetlerini özel kişilere tamamen devretmek mümkün iken, adli ve idari hizmetlerinin tamamını kamu hizmeti olmaktan çıkarmak günümüz koşullarında mümkün gözükmemektedir. Bu tür hizmetlerde kısmen veya tamamen devletin tekeli varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Su ve kanalizasyon hizmetleri, günümüz koşullarında halen belediyeler tarafından sunulan birer kamu hizmeti konumundadır. Zira, bu hizmetlerle toplumun temel ihtiyaçları karşılanmaktadır. Ancak, bu hizmetlerinin sunumunda Anayasa'nın 2 inci maddesindeki sosyal devlet ilkesi esas alınmalıdır^[13]. Bunun için de vatandaşın sunulan hizmetlerden memnuniyeti önemli bir kriterdir^[14]. Bu memnuniyetin yüksekliği sözkonusu kamu hizmetlerinin sunum kalitesi hakkında önemli bir veri sağlar.

II-Bedelsiz (Meccani) Olması

Kamu hizmetlerinin sunumunda, bu sunumun bedava olması, yani karşılığında bir bedel alınmaması kural; alınması ise istisnadır^[15]. Ancak buradaki bedelsizlik mutlak değildir. Zira, idarenin gelirlerinin çoğunluğunu, devletin vergi ve harç gibi isimlerle aldıkları paralar oluşturur. İlk bakışta bedava görünen bir kamu hizmeti, aslında vatandaşlardan alınan bu paralarla finanse edilmektedir^[16]. Anayasa'nın 73 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür*". Dolayısıyla burada, kamu hizmetlerinden faydalanmanın bedelsiz olması nisbî bir özelliğe sahiptir. Ancak idare kamu hizmetlerin sunulmasının karşılığında,

[12] Karş. Tan s. 236.

[13] Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Kamu Yönetiminin İyileştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 32.

[14] Kalkınma Planı 2000, s. 33.

[15] Doktrindeki bir görüşe göre, bedavalık ilkesi adı altında bir ilke mevcut değildir. Kamu hizmetlerinden bedava faydalanmak, ancak yasa ve Anayasa tarafından öngörülen kamu hizmetleri için geçerli olan istisnai bir ilkedir (Gözler s. 543); Benzer bir başka görüşe göre, bedelsizlik genel bir ilke değildir. Anayasa'da ilkokul eğitimi hariç, hiçbir kamu hizmeti için parasızlık öngörülmemiştir. Dolayısıyla bütün kamu hizmetlerinin paralı olmasının önünde hiçbir engel yoktur (Karahanoğulları s. 229).

[16] Yıldırım, Turan/Melikşah, Yasin/Özdemir, H. Eyüp/Üstün, Gül/Okay, Özge: İdare Hukuku II, İstanbul 2010, s. 103; Karahanoğulları s. 229-229.

doğrudan o hizmet için bir bedel almasının gerekip gerekmediği; gerekiyorsa, bunun hizmetin çeşidine göre farklılık gösterip göstermeyeceği tartışılan bir konudur^[17]. Kamu hizmetlerinden bir bedel karşılığında yararlanılıp yararlanılmayacağı konusunu, her kamu hizmetine göre ayrı ayrı değerlendirmekte fayda vardır: Bazı hizmetler vardır ki, bu hizmetlerin karşılığında bir bedel veya katılım payı ödenmesine imkân yoktur. Örneğin, kolluk veya güvenlik hizmetlerinden faydalanmak için doğrudan herhangi bir bedel ödenmez^[18].

Öyle bazı hizmetler vardır ki, bunlardan faydalanmak için bir bedel alınması kaçınılmazdır. Bu hizmetlerden faydalanan ile hiç faydalanmayan arasında bir menfaat dengesinin sağlanması bakımından, sözkonusu bedelin alınması bir gerekliliktir. Bu hizmetlerin giderlerinin tamamının vergilerle finanse edilmesi, bu hizmetten somut olarak faydalanan ile hiç faydalanmayan arasında eşitsizliğe sebep olur^[19]. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre "*Klasik idare hukukunun bedelsiz, meccani olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir*"^[20].

Bir kamu hizmetinden doğrudan faydalanacak kişiden alınacak bedel, bazen tam, bazen de o hizmetin harcamalarına katılım payı şeklinde olur. Örneğin, elektrik, su, doğalgaz hizmetlerinin sunumu, bir kamu hizmetidir. Bireyler bu hizmetlerin karşılığını tam olarak, hatta idareye bir miktar kâr da sağlayacak şekilde öderler. Bu hizmetlerden parasız olarak faydalanmak düşünülemez. Bu tür hizmetlerin bedeli, iktisadi şartlara göre oluşturulan ve hizmet konusu tesislerin bakım ve idamesi ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir miktar paradır. Sözkonusu paranın içinde kâr da bulunabilir^[21]. Dolayısıyla bu para, belli bir kamu hizmeti karşılığında alınan harç, resim gibi mali yükümlülüklerden olmayıp^[22], sunulan hizmetin parasal olarak tam karşılığıdır. Elektrik, su ve gaz gibi hizmetlerin temel özelliği, kaynaklarından belli bir çalışma sonucunda elde edilmesi, somut olarak sunulması, tüketime hazır bir şekilde bekletilmesi, sürekli şekilde üretim veya tedarikinin zorunlu olmasıdır. Bu hizmetlerin bedeli, serbest piyasa koşullarında olduğundan, fahiş olmamak kaydıyla idare bu hizmetlerde kâr amacı da güdebilir. Zira bu

[17] Tan s. 247; Yıldırım/Melikşah/Özdemir/Üstün/Okay s. 102.

[18] AYM, T. 26.03.1974, E. 1973/16, K. 1974/11 (AYMKD, 1975/12, s.122).

[19] Yıldırım/Melikşah/Özdemir/Üstün/Okay s. 103; Yayla, Yıldızhan: Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1986/1, s. 33-37), s. 36.

[20] AYM, T. 19.4.1988, E. 1987/16, K. 1988/8 (RG, 23.08.1988, sa. 19908, s.39); benzer bir karar için bkz. AYM, T. 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 (RG, 26.06.1985, sa. 18793).

[21] Bkz. Yayla-Kamu Hizmetinin Sonu, s. 37.

[22] Bkz. AYM, T. 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 (RG, 26.06.1985, sa. 18793, s. 23-24).

hizmetlerin devamlılığı için yeni yatırımlar yapılması veya para ödenerek ithal edilmesi gerekmektedir. Bunların, piyasa veya ithalat fiyatlarının altında satılması, idareyi ekonomik olarak zor durumda bırakabileceği gibi, bu hizmetlerin layıkıyla sunulmasını zorlaştırabilir.

Meccanilik ilkesinin uygulanmadığı bazı kamu hizmetlerinde, faydalanılmak istenen kamu hizmetinin karşılığında, bu hizmetin sunumu için yapılan giderlere kısmen de olsa katılımı sağlayan bir bedelin para olarak ödenmesi gerekir.^[23] Ancak bu bedel nitelik olarak, piyasa koşullarına göre oluşan bir fiyat değil, kamusal makamlarca belirlenen vergi benzeri bir yükümlülük olup^[24], harç, resim, prim veya harcamalara katılım payı şeklinde ifade edilir. Örneğin, bir hizmet karşılığında harç ödenmesi için, Anayasa Mahkemesine göre “... kişilerin bir kamu kurumundan yararlanmaları, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması ve kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması gerekmektedir”^[25]. Buna karşılık, harcamalara katılım payı, idare tarafından yapılan somut bir hizmetin harcamaları için, kanunda belirtilen oran dâhilinde, bir defaya mahsus olmak üzere alınan paraya denir. Harcamalara katılım payına, belediyeler tarafından, kanal ve su şebekesinin giderlerine karşılık olarak alınan paralar örnek olarak verilebilir. Ancak kişilerin bu katılım paylarını ödemesi, bir hizmetin abonelerin yararına somut olarak sunulması için alt yapının oluşturulması ve bunun için de bir takım giderlerin yapılmasına bağlıdır. Harcamalara katılım paylarına ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı “... Kamu hizmetlerinden ve kamunun orta mallarından yararlanmak, ilke olarak meccanidir, parasızdır. Bu hizmetlerin ve tesislerin giderleri geniş anlamdaki (kapsamdaki) vergilerden karşılanır. Bazen dar anlamdaki vergilerden (Kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre herkesin ödemekle yükümlü olduğu vergiler) başka, görülen kamu hizmet ve kullanılan orta malları dolayısıyla ilgililerden alınan paraları (uygulamada ismi ne olursa olsun), serbest piyasa şartlarına ve bir çok ekonomik unsurlara göre oluşması gereken (normal fiyat, emek, sermaye, taşınmaz ve müteşebbis paylarına göre yani ücret, faiz, kira, rant, amortisman, kâr v.s. unsurlarına göre oluşur.) fiyat, bedel, ücret saymak doğru olmaz. Bunların geniş anlamdaki (ekonomik ve hukuki maliyetleri bakımından) vergiler (vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler) kavram ve kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir...” şeklinde dir^[26].

Bazı hizmetler, talep edilme ihtimaline karşılık olarak, daima sunuma hazır bir şekilde bekletirler. Bu hizmetleri sunuma hazır bir şekilde bekletmenin

[23] AYM, T.31.03.1987, E.1986/20, K. 1987/9 (RG, 28.5.1987, sa. 19473, s. 23).

[24] AYM, T. 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 (RG, 26.06.1985, sa. 18793); ayrıca benzer bir tanımlama için bkz. Özay, İlhan: Günışığında Yönetim, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma, İstanbul 2002, s. 241.

[25] AYM, T.31.03.1987, E. 986/20, K. 1987/9 (RG, 28.5.1987, sa. 19473, s.23).

[26] AYM, T. 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 (RG, 26.06.1985, sa. 18793, s. 9 vd.).

giderleri, ülkede yaşayan kişilerden toplanan vergilerle finanse edilir. Ancak bu hizmetlerden kişinin somut olarak faydalanmak istemesi halinde, bu faydalanmanın bedelini ayrıca ödemesi gerekir. Fakat bu bedel, bu hizmetin tam bir karşılığı olmayıp, o hizmetin harcamalarına katılım payı niteliğindedir. Örneğin, adalet hizmetleri bu türden hizmetlerdir. Bu hizmetlerden faydalanmanın karşılığında alınan para harç olarak ifade edilir^[27]. Harçlar, ekonomik koşullara veya maliyet-kâr esasına göre değil, sosyal ve yaşamsal koşullara göre belirlenir^[28]. Buna göre, harç olarak istenecek bedelin sosyal devlet ilkesine aykırı olmaması gerekir

İdarenin sunmuş olduğu öyle bazı hizmetler vardır ki, o hizmet için yapılan harcamaların bir kısmı bir defaya mahsus olmak üzere, ödenmesi istenmektedir. Ödenmesi istenen bu harcamalar, harç veya resim olarak değil, “*harcamalara katılım payı*” olarak ifade edilmektedir. Buna belediyelerin kanalizasyon ve su hizmeti götürmenin karşılığında istenen katılma payı örnek olarak verilebilir^[29].

III-Kâr Amacı Taşımaması

Özel hukuk kişileri, sundukları hizmetlerde kâr amacı güder ve ona göre yatırım yaparlar. Buna karşılık, kamu tüzel kişileri, sundukları hizmetlerin karşılığında bir miktar para almaları yasalarla teminat altında alınmış olmakla beraber, bu paralara, özel hukuk kişileri gibi kârlarını da eklemeleri, diğer bir ifade ile kâr amacı güdüp gütmeyecekleri tartışmalı olup, bu konuda henüz bir görüş birliği sağlanmış değildir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, sağlık hizmetleri bir kamu hizmeti olmakla birlikte, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, parasız yerine getirilme anlayışı günümüzde önemini yitirdiğini, bu hizmetten faydalananlardan belli bir ücretin alınabileceğini, bu hizmeti veren kurumların kâr amacı güdebileceğini belirtmiştir^[30]. Doktrindeki bir görüşe göre, idare, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünü, o hizmetten faydalanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla, o hizmetten faydalananlardan, ödeme güçleri dikkate alınarak katılma payı alabilir. Ancak idare yürüttüğü kamu hizmetlerinden kazanç elde etmesi düşünülemeyeceği gibi, o hizmetten yararlananlardan alınan paralarla o hizmetin maliyetini karşılaması da düşünülemez^[31]. Fakat ekonomik nitelikli kamu

[27] AYM, T. 26.03.1974, E. 1973/16, K. 1974/11 (AYMKD, 1975/ 12, s.122).

[28] Burada bir miktar harç alınmasının bir diğer nedeni, sunulan yargı hizmetlerinin tüketiminde vuku bulacak suiistimalleri önlemektir.

[29] Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89 uncu maddesinin “a” bendine göre “... *Harcamalara katılma payları bina ve arsalarda vergi değerinin yüzde 2'sini geçemez*”.

[30] AYM, 19.04.1988, E. 1988/16, K. 1988/8 (AYMKD, 199../24, s. 115).

[31] Günday, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 336; Özyay s. 240.

hizmetlerinde, kârlılık ve verimlilik esas olduğundan, bu hizmetlerde, yine kişilerin ödeme gücü dikkate alınarak kâr amacı güdülebilir^[32].

Kanaatimizce, su, gaz ve elektrik gibi hizmetlerin sunumunda, yasalarda aksine bir düzenleme olmamak şartıyla, idarenin makul ölçüler dâhilinde ve sosyal hukuk devleti ilkesini gözetmek şartıyla kâr amacı güdebilir. Bu ölçülere göre sağlanacak kârın, fahiş olmaması, ikrah ve tekel yetkisinin kötüye kullanılması sonucunda elde edilmemesi gerekir. Konuya Belediyelerin sundukları kanalizasyon ve su şebekesi hizmetleri için yapılan harcamalara katılma payına gelince, bu hususa ilişkin olarak, Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89 uncu maddesinin "a" bendindeki düzenleme gayet açıktır. Bu düzenleme "...Harcamalara katılma payları bina ve arsalarda vergi değerinin yüzde 2'sini geçemez" şeklindedir. Görüldüğü üzere, bu düzenleme sadece harcamalara katılmadan bahsettiğinden, belediyelerin bu hizmetlerin sunumunda kâr amacı gütmeleri mümkün değildir. Aksi bir tutum, mevcut yasal düzenlemeye aykırılık oluşturacaktır.

B-HARCAMALARA KATILIM PAYLARININ ALINMA NEDENLERİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

I-Harcamalara Katılım Paylarının Alınma Nedenleri

Yeni kanalizasyon veya içme suyu tesislerinin inşa edilmesi ve mevcut tesislerin genişletilmesi veya ıslah edilmesi için birtakım harcamalar yapılır. Bu harcamaların çok büyük bir kısmı belediyeler tarafından karşılanırken, çok az bir kısmı, su ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalanan kimselerden alınma yoluna gidilmekte, yani onların da bu harcamalara katılmaları istenmektedir.

Harcamalara katılım payları, su ve kanalizasyon hizmetinin götürülmesi sırasında arsa veya binanın maliki olan kimselerden tahsil edilir. Yeni yapılmış bir yerleşim yerine bu hizmetlerin götürülmesi halinde, katılım payının yükümlüsü, tapuda bu binaların ilk maliki olarak görünen kimselerdir. Bu binanın, daha sonra bir başkasına devredilmesi halinde, yeni malikten bu katılım payının talep edilmesine imkân yoktur. Buna karşılık, halihazırda var olan su ve kanalizasyon alt yapısının ıslahı veya tamamen yenilenmesi gerekiyorsa, bu durumda da sözkonusu hizmetin sunumu tarihinde, arsa veya bina maliki kim ise, harcamalara katılım payının yükümlüsü de o kimse olacaktır. Sonuç olarak denilebilir ki, harcamalara katılım payları, su ve kanalizasyon hizmetinin ilk defa götürülmesi veya var olan kanalizasyon ve su şebekesinin ıslah edilmesi veya yenilenmesi nedeniyle alınmaktadır (BGK m. 87,88).

[32] Günday s. 336.

Anayasa Mahkemesi, belediyelere belli bir hizmetin karşılığı olarak ödenen ücretler, hukuki nitelik itibariyle bir vergi, harç veya resim olmadığını, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan bir ücret olduğunu belirtmiştir [33]. Kanaatimizce de harcamalara katılım payları, özellikleri itibariyle, vergi veya harçlara benzerler. Bir defa, harcamalara katılım paylarının oranlarını belediyeler, arsa veya binanın vergi değerinin %2'sinden fazla olmamak şartıyla kendileri belirlerler. Burada istenen para, Belediye Gelirleri Kanunu'nda belirtilen oranda harcamalara katılmayı amaçlamakla birlikte, faydalanmanın devamlı olması ve sadece bir defaya mahsus olarak alınması [34] nedeniyle harçlara benzemez [35].

II-Harcamalara Katılım Paylarının Alınmasının Hukuki Dayanakları

Belediyelerce kişilerin bu hizmetlere katılmalarının istenmesinin birtakım hukuki dayanakları vardır: Bu dayanaklar Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87 ve 88 inci maddelerinde düzenlenmişlerdir. Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87 nci maddesi şu şekildedir:

“Belediyelerce ve belediyelere bağlı müesseselerce, aşağıdaki şekilde kanalizasyon tesisi yapılması halinde, bunlardan faydalanan gayrimenkullerin sahiplerinden, kanalizasyon harcamalarına katılma payı alınır:

- a) Yeni kanalizasyon tesisi yapılması,
- b) Mevcut tesislerin sıhhi ve fenni şartlara göre ıslah edilmesi.

.....”

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 88 inci maddesi “Belediyelerce veya belediyelere bağlı müesseselerce beldede aşağıdaki şekillerde su tesisleri yapılması halinde, dağıtımın yapıldığı saha dâhilindeki gayrimenkullerin sahiplerinden, su tesisleri harcamalarına katılma payı alınır:

- a) Yeni içmesuyu şebeke tesisleri yapılması,
- b) Mevcut şebeke tesislerinin tevsi ve ıslahı.

.....”

Belediyeler, Belediye Gelirleri Kanunu'nu esas alarak kanal ve su şebekesi harcamalarına katılım payları için “*Tarifeler Yönetmeliği*” düzenlemektedirler. Ancak bu çalışmada, sadece İstanbul, Ankara ve İzmir Büyükşehir Belediyeleri'nin tarife yönetmeliklerine değinilecektir.

[33] AYM, T. 14.2.1991, E. 1990/18, K. 1991/4 (RG, 08.05.1991, sa. 20865).

[34] (13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T., 23.12.2011).

[35] Örneğin, adalet hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişi, her defasında harç yatırması gerektiği halde, su ve kanalizasyon alt yapı hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişinin sadece bu hizmetin yapıldığı sırada malik olması durumunda bir defaya mahsus olmak üzere katılım payı yatırması yeterlidir. Ayrıca buradaki faydalanma devredilebilir bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla sonradan o konutu devralacak maliklerin yeniden katılım payı ödemesi gerekmez. Onlar da bu hizmetten faydalanmaya devam ederler.

İstanbul Büyük Şehir Belediyesi'ne bağlı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi'nin (İSKİ) Tarifeler Yönetmeliği'nin^[36] 33 üncü maddesinin 1 inci fıkrası "20/11/1981 tarihli ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun, 26/05/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 09/05/1985 tarihli ve 18749 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 03/05/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu ve diğer ilgili kanun hükümlerine istinaden ilgili Belediyesi tarafından imar durumu verilen veya 17/01/1957 tarihli ve 6785 sayılı İmar Kanunundan önce inşa edilen yapılar hariç inşaat ruhsatı almış yapılardan; konut, işyeri ve sanayi tesislerinden aşağıdaki formüllere veya açıklamalara göre katılma payı veya katılma payı avansı alınır..." şeklindedir.

Ankara Büyük Şehir Belediyesi'ne Bağlı Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi'nin (ASKİ) Tarifeler Yönetmeliği'nin^[37] 39 uncu maddesi şu şekildedir:

"2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87. ve 88. Maddeleri gereği bir programa göre yapılacak yeni; içme, kullanma, endüstri suyu ve kanalizasyon yatırımları ile mevcutların genişletilmesi (tevsii), iyileştirilmesi (ıslahı) amacıyla yapılan harcamalar ve istek üzerine ASKİ Genel Müdürlüğü'nce yapılacak işlerin toplam yatırım giderleri tesislerin hizmet edeceği saha dahilindeki gayrimenkullerin sahiplerinden su ve kanalizasyon tesisleri harcamalarına katılma payı alınır.

.....

Su ve kanalizasyon şebekelerine katılım paylarının binasız arsanın vergi değeri payına isabet eden kısmı, inşaat ruhsatının alınması aşamasında avans olarak tahsil edilir.

Bina tamamlandıktan sonra bağımsız bölümlere veya binanın tamamına tek su aboneliği verilmesi sırasında arsa değeri üzerinden alınan avans düşülerek, yapı değerinin emlak vergi beyanı üzerinden ayrıca %2 oranından fazla olmamak üzere kanal vizesi verilmesi aşamasından önce binada o bağımsız bölümde lehine kat irtifakı tesis edilen veya kat irtifakı tesis edilmemiş ise arsa payı karşılığı malik olarak görünen kişiden katılım payı tahsil edilir. Bu payların tahsili yapılmadan binaya kanal vizesi verilemez".

İzmir Büyük Şehir Belediyesi'ne Bağlı Su ve Kanalizasyon İdaresi'nin (İZSU) Tarifeler Yönetmeliği'nin^[38] 20 nci maddesi şu şekildedir: "... ilgili belediyesi tarafından imar durumu verilen veya inşaat ruhsatı almış gayrimenkullerin; atıksu kanal bağlantısı, atıksu çukuru projelerinin onaylanması, idareye her ne ad altında olursa olsun yapacakları müracaat ve/veya yapılacak tespitler sırasında yapıda bulunan konut ve işyerlerinden katılım payı alınır". Aynı yönetmeliğin

[36] http://www.iski.gov.tr/Web/UserFiles/File/mevzuat/pdf/Y_Tarifeler_Yonetmeligi.pdf (E.T., 04.02.2012).

[37] http://www.aski.gov.tr/yonetmelikler/aski_tarifeler_yonetmeligi.pdf (E.T., 20.02.2012).

[38] <http://www.izsu.gov.tr/Pages/standartPage.aspx?id=72> (E.T., 20.02.2012).

21 inci maddesinin 1 inci fıkrası “3239 Sayılı Kanunla değişik 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 87, 88, 89. maddeleri gereği ihale suretiyle yeni inşa edilen, yenilenen veya tamir edilen atıksu kanalizasyon ve içme suyu şebeke inşaatlarının geçici kabul işlemleri yapıldıktan sonra imalatların yapıldığı yerlerde bulunan taşınmazların Emlak Vergisine esas tutarlarının % 2 (yüzde iki)’sini geçmemek şartıyla atık su kanalizasyon inşaatı ve içme suyu şebeke inşaatı için ayrı ayrı olmak üzere ilgililerden alınması gerekli “Harcamalara Katılma Payı” na karşılık olmak üzere; Abone İşleri Daire Başkanlığınca tanzim ve tahsil ettirilen bütün su faturalarının tamamında “Bakım Bedeli” içme suyu için % 2 (yüzde iki) atıksu için % 2 (yüzde iki) olmak üzere toplam % 4 (yüzde dört) arttırılarak tahsil edilir...” şeklindedir.

Yukarıda metni verilen İSKİ Tarifeler Yönetmeliği’nin ilgili maddesi, sözkonusu harcamalara katılım payının tam veya avans olarak talep edilebilmesi için, yapının imar durumu veya inşaat ruhsatı verilmiş yapıların maliklerinden isteneceği ve bunun bir defaya mahsus olacağı anlaşılmaktadır. ASKİ Tarifeler Yönetmeliğinde ise, ilk önce arsanın vergi değerinin üzerinden inşaat ruhsatının alınması aşamasında avans olarak; arsa üzerine bina yapıldıktan sonra, ancak kanal vizesi verilmeden önce, binanın bağımsız bölümünde malik veya kat irtifakı sahibi olan kişilerden, alınacağı, ancak bu katılma payı hesaplanırken, inşaat ruhsatının verilmesi aşamasında ödenen avansın da düşüleceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu yönetmelikte, katılma paylarının, kanal yapıldığı ve su şebekesinin döşendiği zamanda malik olanlardan veya arsa payı karşılığında malik sıfatını haiz bulunanlardan veya kat irtifakı sahiplerinden tahsil edileceği; bu gider ödenmeden binaya kanal vizesi verilemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Bu düzenlemelerde, sözkonusu giderlerden sorumlu kişilerin kim olduğu ve bu kimselerin hangi zaman aralığında malik olması gerektiği vurgulanmıştır. İZSU Tarifeler Yönetmeliği’ne göre ise, hizmetin sunumu sırasında yapıda bulunan konut ve işyerlerinden harcamalara katılım payının alınacağı belirtilmiştir.

C- SU VE KANALİZASYON HİZMETLERİNİN HARCAMALARINA KATILIM PAYLARI İÇİN DAVA AÇILMASINI GEREKTİREN NEDENLER

I-Harcamalara Katılım Paylarının Müteahhit Firma Yerine Konut Satın Alan Kişiden Tahsil Edilmek İstenmesi

Bazı Belediyeler, kanun ve yönetmeliklerdeki açık düzenlemelere rağmen, davalı, “ilk malik” ifadesini açıkça hukuka aykırı yorumlamakta ve bu vesileyle haksız uygulamalara sebebiyet vermektedirler. Zira ilk malik demek, sözkonusu

binanın tapu kayıtlarında ilk malik olarak görünen kişidir. Yeni kurulan bir yerleşim yerinde konutların ilk sahipleri, arsa payı karşı kat maliki olan kimseler veya satın aldıkları arsa üzerinde bina inşa eden yüklenici şirketlerdir. Zira bu konutların tapu kaydı, arsa payı sahibi veya yüklenici şirket adına olmakta ve 3 üncü kişiler bunlardan konut satın almaktadırlar. Bu durumda, harcamalara katılım payının, ikinci malik sıfatını haiz olan kişilerden değil, tapuda ilk malik olan gerçek veya tüzel kişilerden alınması gerekir. Çünkü sözkonusu konutlara kanal açılmasını ve su şebekesi yapılmasını isteyen ikinci malik değil, ilk malik olan şirket veya kişilerdir. Harcamalara katılım paylarını, bu hizmeti talep eden başkasına yüklemek, hukukun temel ilkelerine aykırıdır. İlk malikten yeni bir konut satın alanların, belediyelerden talebi, sadece konutlarına su saatinin bağlanması ve o saatin yanında bulunan su vanasının açılmasıyla sınırlıdır. Zaten ikinci maliklerin bu hizmetler için gerekli olan makul bir bedeli (gaz akışının sağlanması için ödenen bedel gibi) ödemeye bir itirazları yoktur. Zira bu hizmetlerin sunumunu talep edenler bizzat kendileri olup ve bu sunum, doğrudan kendilerine yapıldığından, bu hizmetin giderlerinin kendilerinin ödemesi makul karşılanabilir.

İlk malik, konutu üçüncü kişilere su ve kanalizasyon şebekesi tamamlanmış bir şekilde satmakta ve ona göre de fiyat belirlemektedir. Zira su şebekesi ve kanal sistemi yapılmamış bir binanın alıcı bulmasına imkân yoktur. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 31 inci maddesinin 1 ve 2 inci cümlesi "*İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar*" şeklindedir. Bu kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, binayı yapan ve aynı zamanda ilk malik olan kişiler binayı kullanma izni aldığı tarihte kanalizasyon ve su hizmetlerinden faydalanmaya başlamış olmaktadır. Yani kanalizasyon hizmetlerinden faydalanan ilk malik, bina kullanma izni alan maliktir. Su ve kanalizasyon bağlantısı yapılmayan binaya iskân izninin verilmesi mümkün olmadığı gibi, kanal ve su hizmetlerinin harcamalarına katılım payı ödenmeden bağlantının yapılması mümkün değildir. Yargıtay'ın bir kararı da bu yöndedir^[39].

[39] "... İmar Kanununun 31. maddesi; inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarih olup, kullanma izni verilmeyen yapıların elektrik, su ve kanalizasyon hizmet ve tesislerinden faydalandırılmayacağını, Belediye Gelirleri Kanununun 87 ve 88. maddeleri Belediyelere bağlı müesseseler ve belediyelerce kanalizasyon ve su tesisi yapılması halinde bunlardan faydalanan gayrimenkul sahiplerinin kanalizasyon ve su tesisleri harcamalarına katılım payı ödeyeceğini öngörmüştür. Bu yasal düzenlemeler doğrultusunda; su ve kanalizasyon bağlantıları yapılmayan binaya iskan izni verilmesi mümkün olmadığı gibi, su ve kanalizasyon harcamalarına katılım payı ödenmeden bu hizmetlerden faydalanmakta mümkün değildir..." (13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T. 15.10.2011)).

Uygulamada bazı belediyeler, ilk malik kavramını, ferdi abonelik sözleşmesiyle birlikte, ilk defa çeşmeden temiz, kanalizasyona kirli su akıtan kişi olarak anlamaktadırlar. Ancak, ilk malik olan binayı yapan şirket olup, kanal hizmetinden ilk faydalanan da bu şirkettir. Bir konutu satmak için inşa eden bir kimsenin, bu konutta su kullanması zaten beklenmez. Ancak bu kimse, binanın yapım aşamasında ve daha sonra binanın çevre düzenlemesinde kirlettiği sular ile yağmur sularının tahliyesi için pis su kanalını sürekli olarak kullanmakta, yani belediyenin kanalizasyon ve su hizmetlerinden faydalanmaktadır. Zaten, ilk malik, bu hizmetlerden faydalanmak için şantiye aboneliği yapmakta ve kanal vizesi almaktadır (BGK m. 87; ASKİTY m. 39). Ayrıca ilk malik, binasını her şeyiyle kullanılabilir olduğunu söyleyerek pazarlamakta ve ona göre satış fiyatı belirlemekte ve kazanç elde etmektedir. Bu konuda belediyelerin “*konutun vanası açık değilse, kanalizasyon da kullanılmamıştır, dolayısıyla suya ilk abone olan kişiden bu bedelin alınması gerekir*” şeklindeki savunmaları mevcut hukuki düzenlemeler ile çelişki oluşturmaktadır.

II-Harcamalara Katılım Paylarının Mükerrer Olarak Alınmak İstenmesi

Bazen konutu satan kişiler tarafından iskân için gerekli olan tüm idari ve maddi yükümlülükler yerine getirilmiş ve Belediyelerin İmar ve Şehircilik Dairesi Başkanlığı tarafından iskân ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmiş olmasına rağmen, ilk malikten konut satın alan 3 üncü kişilerden bir kez daha harcamalara katılım payı talep edilmektedir.

Belediyelerin talep ettiği katılım payı, vergilerden farklı olarak bir defaya mahsus olmak üzere alınmaktadır^[40]. Bu da sözkonusu hizmetin sunulduğu ve bunun için gerekli harcamaların yapıldığı sırada malik olan kimseden alınmasıyla nihayete erer. Bu hizmetlerden faydalanma konutla birlikte yeni malike devredilebildiğinden, yeni malikten aynı katılım payı mükerrer olarak alınamaz^[41]. Şayet, katılım payı bir vergi olsaydı, yeni malikin her yıl düzenli olarak bunu ödemesi gerekirdi. Ancak bu bir vergi değil, sadece harcamalara katılım payıdır.

Belediye Gelirleri Kanunu'na göre kanalizasyon (m.87) ve su tesisleri harcamalarına katılım payının alınması için (m. 88), ya yeni bir kanalizasyon ve su şebekesinin yapılması ya da var olanların genişletilmesi ve ıslah edilmiş olması gerekir. Üçüncü kişilerin satın aldıkları konutun daha önce iskânı verilmiş ise, bu konutların kanalizasyon ve su harcamalarına katılım payı da daha önce

[40] (13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T., 23.12.2011).

[41] “...davacı iskan izni alınmış binadan daire satın almış ise, su ve kanalizasyon harcamalarına katılım payı daha önce alınmış olması gerektiğinden yeniden katılım payı ödeme yükümlülüğü olmadığından davanın kabulüne...” (13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T. 15.10.2011).

ödenmiş demektir. İkinci malikten harcamalara katılım payı alınabilmesi için, sözkonusu hizmetin, bu malik zamanında sunulması veya ıslah gibi nedenlerle daha önceleri sunulmuş bu hizmetin yenilenmiş olması icap eder. Üçüncü kişinin malik olduğu süre zarfında, Belediye Gelirleri Kanunu'nun 87 ve 88 inci maddelerinde sözü edilen “*Yeni kanal ve içme suyu şebekesinin yapılması*” veya bunların “*tevsi ve ıslahı*” şeklinde yeni bir hizmet sunulmamışsa, katılım payının hiç alınmaması; şayet bu hizmet daha önce sunulmuşsa, ilk malik olan kişilerden alınması gerekir.

III-Talep Edilen Harcamalara Katılım Payının Yüksekliğinin İnsan Haklarına Aykırılık Oluşturması

Belediyelerin yüksek miktarda harcamalara katılım payı talep etmesi, hukuki dayanaktan yoksun olduğu gibi, insan haklarına, anayasaya, yasalara, hukukun temel ilkelerine, insan olmanın evrensel değerlerine de aykırıdır. Su, lüks bir tüketim malzemesi olmadığı gibi, sudan faydalanmak yaşamın sürdürülmesi için temel bir insan hakkıdır^[42]. Dolayısıyla belediyelerin kamu kudreti ve tekel sıfatıyla sunduğu bu hizmeti, kamu yararını gözeterek, sosyal devlet, eşitlik ve hakkaniyet ilkesine uygun olarak yerine getirmesi gerekir.

İnsan yaşamı için birinci derecede öneme sahip olan su, yurt içindeki doğal kaynaklardan elde edilirken, bir diğer tüketim maddesi olan doğalgaz, suya kıyasla insan yaşamı bakımından ikinci derece bir öneme sahip olup, yurt dışından ithal edilmektedir. Buradan hareketle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının suya erişiminin, doğalgaza göre çok daha kolay ve ucuz olması gerekir. Ancak tam aksine, doğalgazın abonelik ücreti çok düşük olmasına rağmen, kamu kurumu olan ve kamunun menfaatini gözetmekle yükümlü olan belediyelerin, su aboneliği için talep ettiği katılım payının fahiş miktarda olması insan haklarına aykırıdır^[43].

IV- Harcamalara Katılım Payının Tahsil Usulünün İkraha Sebebiyet Vermesi

Suyun temel ve yaşamsal bir ihtiyaç maddesi olması nedeniyle, aboneler kendilerinden istenen paraları rızaları olmaksızın ödemek zorunda kalmaktadırlar. Bunun nedeni, bazı belediyelerin, sözkonusu katılım payları ödenmedikçe,

[42] Topçu, Eral: Bir İnsan Hakkı Olarak Su (Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 2009), s. 2 vd.

[43] Belediye uygulamalarında, bazen ilave bir hizmet sunulmadığı halde veya sunulan hizmetin giderleriyle orantılı olmayan fahiş miktarda katılım payı istenmektedir. Belediyelerin bu farklı tutumu, Anayasa'nın eşitlik ilkesine (Any. m. 10) aykırılık oluşturur. Hâlbuki eşitlik ilkesine, her şeyden önce devlet ve diğer idari makamlar gibi belediyeler de uymak zorundadır (Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 154-155).

abonelik işlemlerinin yapılamayacağını ve su akışının sağlanmayacağını belirtmeleridir^[44]. Bu durum, aboneler için borçlar hukuku anlamında ikrahtır (BK m.37,I)^[45]. İkrahtır, hukuka aykırı bir şekilde yapılan korkutmayla, istenilen irade beyanında bulunulmadığı takdirde, o kişinin veya yakınının bir kötülüğe maruz kalacağı korkusunun uyandırılması veya var olan mevcut korkudan yararlanılması olup^[46], kişinin iradesini fesada uğratan bir durumdur^[47]. Zira kişi, bu korkunun sonucu, hukuki işlemin yapılmasına iradesi ile karar vermemekte, aleyhine bile olsa seçimini korkutan tarafın istediği işlemi yapma yönünde kullanmak zorunda kalmaktadır^[48]. İkrahtan söz edebilmek için, kişi korkutmaya maruz bırakılmalı, korkutma ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlikenin sözkonusu olacağı kanaatini uyandırmalı, tehlike kişinin kendisine veya bir yakınına yöneltilmeli, korkutma hukuka aykırılık teşkil etmeli ve sözleşme, bu korku neticesinde yapılmış olmalıdır (BK m. 38)^[49]. Belediyelerin, “*ya istenilen parayı öde ya da suyun akışına izin verilmez*” şeklindeki ifadeleri veya buna benzer tutumları, aboneler için ikrahtın yukarıda sayılan bütün unsurlarını ihtiva etmektedir.

İkrahtı iradeyi sakatladığından^[50], kişi yapılan sözleşme ile bağlı olmaz^[51] ve yapılan sözleşmeler iptal edilebilir (BK m. 37,I)^[52]. İkrahtı nedeniyle abonelik sözleşmesinin iptal edilmesi için, kanunda bir yıllık süre öngörülmüştür. Bu bir

[44] Örnek olarak bkz. 13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T. 15.10.2011).

[45] Kişinin içinde bulunduğu durum nedeniyle böyle bir sözleşmeyi hiçbir zorlama olmadan kendi özgür iradesiyle imzaladığını söylemek mümkün değildir.

[46] Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max: Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1980, s. 131; Keller, Max/Schöbi, Christian: Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Basel/Frankfurt 1988, s. 172; Gauch, Peter/Schlupe, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B.I, 6.A, Zürich 1995, N. 872; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 147; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.I (Necip Kocayusufpaşaoğlu), İstanbul 2010, s. 471; Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 45; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 363; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 97.

[47] Borçlar Kanununda “*tehdit*” kavramı yerine “*ikraht*” kavramı uygun bulunmuştur. İkrahtı daha çok manevi zorlanmayı ifade ederken, tehdit daha üst bir kavram olarak, zor kullanmayı, yani cebir anlamını ihtiva eder (Kılıçoğlu s. 143; Yıldırım, Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 24).

[48] Kılıçoğlu s. 147; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 471.

[49] Kılıçoğlu s. 148-149; Oğuzman/Öz s. 97-99; Eren s. 365-367; Reisoğlu s. 122.

[50] Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s. 224; Kılıçoğlu s. 152; Nomer s. 45; Oğuzman/Öz s. 97.

[51] Oğuzman/Öz s. 99; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 121.

[52] Nomer s. 45; Kılıçoğlu s. 152; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 477; Reisoğlu s. 125.

yıllık süre, sözleşmenin yapılması ile değil, tehlikenin, yani korkunun sona erdiği tarihte başlar (BK m. 39)^[53]. Ancak belirtmek gerekir ki, suyun yaşamsal bir tüketim maddesi olması; su ve kanalizasyon hizmetleri, belediyelerin tekelinde bulunması nedeniyle, ortada bir ikrah olsa bile, abonelerin, sözleşmeyi ikrah nedeniyle iptal etmeleri zayıf bir ihtimaldir. Ancak ikraha maruz kalan kişi, sadece ikrah nedeniyle tazminat davası açabilir (BK m. 37,II)^[54]. Kişinin abonelik sözleşmesine rıza göstermiş olması, bu davayı açmasına engel oluşturmaz^[55].

V-Tahsil Edilen Katılım Payının Miktar Fahiş Olması

Abonelerin su hizmetlerinden faydalanması için, belediyelerle veya belediyelerin ilgili müdürlükleriyle zorunlu olarak abonelik sözleşmesini yapmaları gerekir. Ancak bu sözleşmenin içeriği, belediyelerce tek taraflı olarak belirlenmekte ve yapılan hizmetin karşılığı olarak fahiş bir miktar talep edilmektedir. Belediyelerin, abonelerden, istedikleri yüksek katılım paylarını tahsil ederek kolayca abonelik sözleşmesi yapmaları, suyun temel ihtiyaç maddesi olması ve abonelerin bir idari kurum olan belediye karşısındaki güçsüzlüklerinden kaynaklanmaktadır^[56]. İstenilen yüksek miktardaki harcamalara katılım payının ödenmemesi, aboneler için sözleşmenin yapılmaması ve suyun akmaması anlamına gelir.

Türk hukukunda, sözleşme serbestisi esastır^[57]. Ancak bu serbesti, sözleşmenin güçlü tarafına, zayıf tarafı sömürme, onun zor durumundan faydalanma imkânı vermez. Zira güçlü olan tarafın bu tür davranışı borçlar hukukunda “*gabin*” olarak ifade edilir (BK m. 28). Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, edimler arasında açık bir nispetsizlik bulunur ve bu nispetsizliğin, karşı tarafın zorda bulunmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden, zayıflığından faydalanılarak sağlanması halinde gabinden sözedilir^[58]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na göre “*gabin dar ve zor durumda kalmalarından ötürü, sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için, daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir*”^[59]. Gabin, özel hukuk kişileri

[53] Kılıçoğlu s. 152; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 478; Eren s. 372-373.

[54] Bkz. Kılıçoğlu s. 152-153; Nomer s. 45; Oğuzman/Öz s. 99; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 478.

[55] Karş. Oğuzman/Öz s. 99.

[56] Görüldüğü üzere, gabin hükümleri çerçevesinde kişinin zorda olmasının nedenleri, psikolojik durumlar olabileceği gibi, ekonomik kaygılar ve zayıflıklar da olabilir (Bucher s. 232 vd.; Keller/Schöbi s. 199; Eren s. 380; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 487; ayrıca bkz. Reisoğlu s. 137).

[57] Kılıçoğlu s. 153; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 478; bkz. Reisoğlu s. 135.

[58] Eren s. 377; Nomer s. 48.

[59] YHGK, T. 24.01.1973, E. 1971/1-376, E. 24 (Olgaç, Senai: Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 1976, s. 289).

arasında olabileceği gibi, özel hukuk kişileri ile kamu hukuku tüzel kişileri arasında da olabilir. Tarafların birisinin kamu tüzel kişisi olması durumunda, kamu tüzel kişisi, konumu ve gücünün fazlalığı nedeniyle, genelde kendisine sömürme sıfatı isnad edilen taraf olmaktadır. Belediyelerin, abonelerin zor durumundan faydalanarak onlardan yüksek miktarda harcamalara katılım payı istemesi, borçlar hukuku anlamında gabindir^[60]. Zira yukarıda gabinin sayılan özellikleri, abonelerden alınan yüksek katılım paylarının karşılığında yapılan abonelik sözleşmesinde mevcuttur. Gabin sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir özelliğe sahiptir^[61]. Bu nedenle gabinle yapılan sözleşmeler, gabine maruz kalan tarafından, sözleşmenin yapılmasından itibaren bir yıl içinde iptal edilebilir. Bu sürenin başlangıcı, abonelik sözleşmesinin kurulma tarihidir^[62]. Bu bir yıllık süre hak düşürücü olduğundan, bu sürenin geçirilmesiyle, artık yapılmış olan abonelik sözleşmesinin iptali istenemez. İptal hakkının süresi içinde kullanılması durumunda, abonelik sözleşmesi yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelir^[63]. Ancak ikrahta olduğu gibi, su temel ihtiyaç maddesi olduğundan, gabin nedeniyle de abonelerin bu sözleşmenin iptalini istemelerine imkân yoktur. Fakat abone gabin nedeniyle uğradığı zararlar için tazminat davası açabilir^[64].

Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul Ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'in^[65] 1 inci maddesine göre de, kamu hizmetinin hızlı, kaliteli, basitleştirilmiş ve düşük maliyetli bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Belediyelerin kanal ve su şebekesi hizmetlerinin sunumunda kanun gereğince kâr götürmesinin mümkün olmadığı ve alınacak miktarın binanın veya arsanın vergi değerinin %2'ni geçemeyeceği yukarıda belirtildi^[66]. Ancak uygulamada bu konuya ilişkin olarak açılan davalara bakıldığında belediyelerin zaman zaman bu orana uymadıkları, açılan davalardan anlaşılmaktadır. Aslında, belediyelerin bu orana uymaları da tek başına yeterli olmayıp, alınan para miktar olarak sosyal devlet ilkesine uygun olmalıdır. Örneğin, kanal ve su hizmetinin götürüldüğü bölgeden % 2 oranı üzerinden toplanacak olan harcamalara katılma payları, belediyelerin o bölge veya muhit için yaptıkları harcamaların toplamını aşarsa, bu oran daha aşağılara çekilerek, katılma payları hesaplanmalıdır. Örneğin, belediyelerin yaptıkları harcama 100.000 TL iken, % 2 oranı üzerinden

[60] Kamu tüzel kişilerininin, kamu hizmet sundukları kişilere karşı gabin ve benzeri tutum içine girmeleri, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

[61] Bucher s. 228; Kılıçoğlu s. 157; Oğuzman/Öz s. 113.

[62] Kılıçoğlu s. 158; Eren s. 381; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 493; Reisoğlu s. 136; Nomer s. 48.

[63] Karş. Oğuzman/Öz s. 115; Eren s. 381.

[64] Reisoğlu s. 139.

[65] 29/6/2009-2009/15169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Yönetmelik (RG, 31.7.2009, sa. 27305).

[66] Bkz. yuk. A.III.

toplanacak miktar 1.000.000 TL'yi buluyorsa, belediyenin, maksimum oran olan %2'yi esas alması sosyal devlet ilkesiyle ve Medenî Kanun m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına uygun düşmez. Ayrıca belediyelerin, konut sahiplerinin ödeme gücünü de dikkate alması gerekir. Konut edinmek, çoğu zaman kredi ile mümkün olduğundan, konut satın almak, kişilerin ödeme güçlerinin yüksek olduğu konusunda sağlıklı bir kriter olarak gösterilemez.

VI-Belediyelerin Tekel Hakkını Kötüye Kullanmalarının Ahlaka Aykırılık Oluşturması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “*Hakların kötüye kullanımının yasaklanması*” başlıklı 17 inci maddesi “*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanmaz*” şeklindedir.

Borçlar Kanunu m. 27’e göre ahlaka aykırılık, sözleşme serbestisinin bir sınırını oluşturur. Kanun koyucu, ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklamak suretiyle, ahlaka bir değer atfetmiş ve böylece toplumun benimsediği temel değerleri korumak istemiştir^[67]. Tekel olarak sunulan hizmetlerde tüketici, tekele bağımlı bir durumda olur. Tüketicinin zayıf noktasını oluşturan bu bağımlılığın azalması, ancak tekelin sunduğu hizmete olan ihtiyacın azalmasıyla mümkündür. Su hizmetlerine ihtiyaç hiçbir zaman azalmayacağına göre, bu bağımlılık devam edecektir. Tüketicinin sözkonusu hizmetleri, alternatif bir kişi veya kurumdan talep etme imkânının da bulunmaması ve bu nedenle de belediyelerin, harcamalara katılım paylarını yüksek tutmaya çalışması, su ve kanalizasyon hizmetlerine erişimi zorlaştırdığından, tekel hakkı kötüye kullanılmış olacaktır.^[68] Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmede taraflardan birisinin güçlü konumunu veya tekel hakkını kötüye kullanması, Borçlar Kanunu m. 27’de sözü edilen “*ahlaka aykırılık*” kavramının kapsamına girer^[69]. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması durumunda, bu sözleşmenin yaptırımı butlandır (BK m. 27). Kişinin hukuka aykırılığı gerekçe göstererek dava açması için bir süre sınırlaması mevcut değildir. Hâkim, ahlaka aykırılığı re’sen gözetmek zorundadır.^[70] Taraf da bunu her zaman ileri sürebilir.

[67] Bucher s. 255 vd.; Eren s. 291.

[68] Hakkın kötüye kullanılması konusunda geniş bilgi için bkz. Yokuş, Sevtap: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması, Ankara 2002, s. 193 vd.

[69] Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 498.

[70] Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 498-499.

VII-Yapılan Abonelik Sözleşmesinin İdari Bir Sözleşme Olması Nedeniyle Tarafların Eşit Olmaması

İdari sözleşme, belirli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla, idare ile özel hukuk kişileri arasında karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır^[71]. Belediyeler, harcamalara katılım payını, kişilerle yaptıkları abonelik sözleşmesi sırasında almaktadırlar. Belediye hizmetleriyle ilgili abonelik sözleşmesi, uygulamada su, gaz ve elektrik hizmetlerinden faydalanmak için yapılır. Abonelik sözleşmeleri, tarafların önceden belirlenen şartlar çerçevesinde yaptıkları sözleşmelerdir. Hizmetten faydalananın iradesi bu sözleşmeye katılmaktan ibarettir^[72]. Bu husus, abonelik sözleşmelerinin temel bir özelliği olmasına rağmen, doktrindeki bir görüşe göre, abonelik sözleşmeleri özel hukuka tabi sözleşmelerdir^[73]. Ancak uygulamada, bu sözleşmelerin yeni yapı sahipleri ile yapılması, onların kanal ve su hizmetleri için yapılan harcamalar nedeniyle katılım payı ödemeleri şartına bağlanmaktadır. Fakat su aboneliği sözleşmesi yapmak için kişinin hiçbir alternatifi bulunmadığından, istenen katılım payını fahiş bile olsa, ödemekte ve sonra da dava açma yoluna gitmektedir.

Danıştay'ın idari sözleşmelere ilişkin bir kararı "... Çünkü bu sözleşmeler, tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer..." şeklindedir^[74]. Bir başka kararı ise "Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılır. Bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirler. Sözleşme şartlarının yerine getirilmemesi halinde, idare kendi yükümlülüklerinden (kamu hizmetinin ifasından) kaçınır" şeklindedir^[75]. Yargıtay'a göre "Bilindiği üzere; idari sözleşmeler idarenin, kamusal yetkisine dayanarak, kamu hizmetleri gereği ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içerirler, idare bunlarda tek taraflı değişiklikler yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir, tarafların serbest iradelerine dayanmazlar..."^[76]. Yargıtay, bir başka kararı ise "...Nitekim fertlerle anılan idareler (Demiryolları, telefon, gaz, elektrik, su gibi) arasındaki ilişkinin kural ve hükümleri, akdedilen ve "abonman mukavelesi" denilen bir mukavelename ile düzenlenir. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten yararlanması yukarıda anılan mukavelename (abonman sözleşmesi)

[71] Gözler s. 449.

[72] Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 165-166.

[73] Yayla-İdare Hukuku, s. 165, dn. 375; Orak s. 30-31.

[74] Danıştay 8. D., T. 23.6.1997, E. 1997/1102, K. 1997/2230 (www.kazanci.com, E.T., 11.12.2011).

[75] Danıştay 8.D., 03.12.1998, E.1988/2595, K. 1988/4026 (Danıştay Dergisi, 1999/100, s.414).

[76] YHGK, T. 10.12.2003, 2003/4-693, K. 2003/740 (www.kazanci.com, E.T., 12.02.2012).

ile mümkün olduğundan ve bu sözleşme (özel hukuk sözleşmesi) niteliğinde bulunduğundan...”^[77] şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “...*kamu hukukunda, idarenin yaptığı sözleşmelerden, konusu kamu hizmeti olan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin “idari” sayılacağı kabul edilmektedir...*”^[78]. Ancak Anayasa Mahkemesi, idari bir sözleşmeyi böyle tanınmalarken, belediye ile tüketici arasında yapılan abonelik sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmesi çelişki oluşturmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Atık su bedeli, kullanılmış suların uzaklaştırılması karşılığında yapılacak bir tarifeye ve abonman sözleşmesine göre alınmaktadır. Başka bir deyişle, idareyle kişi arasında sözleşmeyle alacak-borç ilişkisi doğmakta, ödenecek miktar İSKİ ile kişi arasında abonman sözleşmesiyle özel hukuk ilişkisi kurulmasından sonra yapılan hizmet karşılığında maliyet-kâr esasına göre belirlenmektedir. Ödemenin hukuksal dayanağı, kamu gücüne değil, tarife ve iki taraf arasında yapılan abonman sözleşmesine dayanmaktadır. Nitekim, ödemelerin yapılmaması durumunda İSKİ alacağını, Amme Alacaklarının Tahsil Hakkındaki Yasa’ya göre değil, özel hukuk ilişkisi içinde ilgili yasaya göre alacaktır. Abone ile İstanbul Su ve Kanalizasyon idaresi (İSKİ) arasında yapılan abonman sözleşmesi, daha çok “tip” sözleşme görünümündedir. Hizmetten yararlanan kişinin, sözleşmeyi idareyle birlikte düzenlemesi yerine katılımı (iltihakı) söz konusudur. Ancak bu durum, idareyle kişi arasında kurulan özel hukuk ilişkisini, kamu hukuku ilişkisine dönüştürmez. Çünkü, birçok durumda hizmetin tekel niteliği ve çok kişiye götürülme zorunluluğu, işin, çoğunlukla, tip sözleşmelerle ve kişilerin katılımıyla gerçekleşebilmesini olanaklı kılmaktadır. Öte yandan, abonman sözleşmelerinin, yeni önel, bireysel ve hukuksal durumlar yaratmak karakter ve gücünde olmadığı, bu tasarrufların, gerçekte nesnel kurallarla belirlenen konumu (statüyü) içerdiği, idarenin dahi bu kurallara bağlı olduğu ve onu değiştiremeyeceği, abonenin bu sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin irade beyanının, bireysel hukuksal durum doğuran önel bir işlem olmayıp, bir konuma katılımı gerektiren koşul tasarruf olduğu ileri sürülebilir. Bu savda gerçek payı bulunsa da, bu eleştiri, çok kez özel hukuktaki katılım sözleşmeleri için de yapılabilir. Atık suların uzaklaştırılması işinin bir yerde kamu hizmeti niteliğini taşıması ve bu hizmetin, belediyenin bir kuruluşu olan İSKİ tarafından yerine getirilmesi, kimi düzenlemelerin yasayla yapılmasını gerektirmiş, hizmetin esasları yasal kurallarla düzenlenmiştir. Ancak yine de, idare, yasanın belirlediği kâr oranından aşağı olmamak üzere kârlılık ve verimlilik ilkelerine ve özel hukuk kurallarına göre hizmeti yürütmek durumundadır. Yapılan sözleşme, aboneyle İSKİ arasında bir özel hukuk ilişkisi oluşturmaktadır.*

[77] 4.HD, T.16.06.1975, E. 1975/3743, K. 1975/7667 (www.kazanci.com, E.T., 12.12.2011).

[78] AYM, T. 26.3.1997, E. 1996/63, K. 1997/40 (RG, 28.06. 2001, sa. 24446).

Hizmetten yararlanabilmek için abonelerin idare tarafından düzenlenmiş tip sözleşmeye katılmaları bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini etkilemez...^[79]. Anayasa Mahkemesi'nin aynı kararında bizim de katıldığımız karşı oy yazısına göre "...Abonman Mukavelesi" adıyla anılan anlaşmaların biçimsel yönden, yararlananların katılımı nedeniyle, özel hukuk alanına girdiği görüşü ileri sürülebilirse de kural işlem niteliği egemendir. Özde anlaşma değil, zorunlu belirleme vardır. Nesnel ve genel hukuksal durum bu konuya öncelik ve üstünlük kazandırmaktadır...^[80]. Belirtmek gerekir ki, abonelik sözleşmesiyle sunulan hizmette belediye tekel konumunda olan idari bir kurum olduğundan, bu sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda abonenin herhangi bir hakkı olmadığı gibi, aynı hizmeti sunan alternatif bir kuruma yönelme, onunla bir sözleşme yapma imkânı da yoktur^[81]. Ayrıca abonelik sözleşmesi, Belediye'nin bir işhanındaki dükkânları için, özel kişilerle yaptığı kira sözleşmesinden tamamen farklıdır. Zira, bu dükkânları kiralamak isteyen kişilerin bir başkasından veya başka bir işhanında dükkân kiralama gibi alternatifleri vardır. Buna karşılık, su aboneliği sözleşmesinde kişilerin böyle bir imkânları asla mevcut değildir. Ayrıca su hizmetinin sunulması, bir kamu hizmeti olduğuna göre, bu hizmetin sunumuna imkân veren sözleşme de kamusal niteliği haiz olan bir sözleşme, yani idari sözleşme olmak zorundadır. Bir sözleşmede tarafların eşit olduğundan sözedilemiyorsa ve sözleşmede özel hukuku aşan şartlar varsa^[82], idari sözleşmeden bahsediliyor demektir.

Türk hukukunda prensip olarak sözleşme serbestisi esastır^[83]. Yani kişiler, yaptıkları sözleşmelerde kendi sorumluluklarını istedikleri şekilde belirleme hak ve yetkisine sahiptirler^[84]. Anayasa'nın 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre "*Herkes ... sözleşme hürriyetine sahiptir*". Borçlar Kanunu'nun 26 ncı maddesine göre de "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*". Bu hükümlerden hareketle, özel borç ilişkilerinde her iki tarafın özel hukuk kişisi olması halinde, tarafların eşit olduğu ve bunların hür iradeleri ile yaptıkları sözleşmelerin geçerli bir borç ilişkisi doğuracağı kabul edilir^[85]. Buna "*sözleşme serbestisi*" denir. Ancak bir borç ilişkisinde sözleşme serbestisinden bahsedebilmek için, sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine,

[79] AYM, T. 14.2.1991, E. 1990/18, K. 1991/4 (RG, 08.05.1991, sa. 20865).

[80] Bkz. AYM, T. 14.2.1991, E. 1990/18, K. 1991/4 (RG, 08.05.1991, sa. 20865) sayılı kararda Yekta Güngör Özden'in karşı oy yazısı.

[81] Yayla-Kamu Hizmetinin Sonu, s. 37.

[82] Meriç s. 66.

[83] Kılıçoğlu s. 153; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 478; bkz. Reisoğlu s. 135.

[84] Kılıçoğlu s. 153; Eren s. 267; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 478; bkz. Reisoğlu s. 135.

[85] Eren s. 267-268; Reisoğlu s. 127.

kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir^[86]. Fakat yapılan sözleşmelerde taraflardan birisinin idare olması halinde, tarafların arasında güç veya statü eşitliğinden söz edilemeyeceğinden^[87], sözleşme serbestisinden de söz edilemez^[88]. Bu sözleşmelerden bazıları özel hukuk kurallarına göre yapılıyor olsa bile, idare bu sözleşmeleri yaparken, kamu gücüne dayanmakta ve özel hukuk kişisinden farklı bir takım haklara sahip olmakta veya farklı bir takım yetkilerle donatılmış bulunmaktadır. Bu nedenle, idarenin yaptığı özel hukuk kurallarına tâbi özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişileri arasında yapılan özel hukuk sözleşmeleri hem yapılış biçimleri, hem de içerik ve nitelikleri itibariyle birbirlerinden farklıdır^[89].

Taraflardan birisinin idare olan sözleşmelerde, daha zayıf konumda bulunan özel hukuk kişinin menfaatlerinin korunması lazımdır. Bu da idarenin taraf olduğu sözleşmelerde tam bir serbestiye sahip olmasının engellenmesiyle mümkündür. Bu husus Türk hukukunda çeşitli şekillerde sağlanmıştır. Bunlardan birincisi idare hukukunda kabul edilmiş birtakım ilkelerdir. Bu ilkeler, sunulan hizmet için “*en uygun bedeli bulma ilkesi*”, “*hukukî dayanak ilkesi*” “*açıklık ilkesi*”^[90] gibi ilkelerdir. Örneğin, idare sözleşme yaparken, kendisine tanınan üstünlük veya ayrıcalıklar, kanunlarda yer alan bir hükme dayanması gerekir ki, bu durum “*hukukî dayanak ilkesi*” şeklinde ifade edilir^[91]. İdare “*en uygun bedeli bulma ilkesi*” nedeniyle, sunduğu bir hizmetin bedelini dilediği gibi belirleyemez. İdarenin bir sözleşmede tam bir serbestiye sahip olmasını engelleyen ikinci husus, bir takım kanuni düzenlemelerdir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 17 nci maddesinin 1 inci cümlesi “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabirler*” şeklindedir. Bu hükme göre, sıradan bir özel hukuk gerçek kişisi ile tacirler arasında veya kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmesi geçersizdir^[92]. Kanun koyucu

[86] Eren s. 267; Reisoğlu s. 128 vd.

[87] Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 2010, s. 325; Yayla-İdare Hukuku, s. 167; Odyakmaz, Zehra: Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri (GÜHFD, 1998/1-2, s. 141-169), s. 151; Danıştay 12.D., T.02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141 (Danıştay Dergisi, 1977/26-27, s. 509).

[88] Gözübüyük s. 325.

[89] Odyakmaz s.143.

[90] Odyakmaz s. 143.

[91] Meriç, Osman: İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri (Danıştay Dergisi, 1973/11 s. 67-81), s.80; Odyakmaz s. 151.

[92] Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 159; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 128; Karşlı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 237-238.

bu düzenlemeyle, kamu tüzel kişilerine göre zayıf durumda olan ve tacir sıfatı bulunmayan özel hukuk kişilerini korumak istemiştir^[93].

VIII-Belediyelerin Tarifelere İlişkin Yönetmelikleri Anlaşılır Şekilde Düzenlenmemiş Olması

Belediyelerin, tarifeler için hazırladıkları yönetmelikler, Belediye Gelirleri Kanunu'ndaki düzenlemeleri kapsam ve içerik olarak zorladığı, mevzuat tekniği açısından daha sade ve anlaşılır kılınması gerekir. Zira bazı belediyelerin yönetmelikleri, Belediye Gelirleri Kanunu'nun uygulanmasını zorlaştırmaktadır. İfade ve kavramlar üzerindeki izah kargaşası, belediyeler ile aboneler arasında ihtilaflara neden olmakta, bu da yargının iş yükünü artırmaktadır.

D- SU VE KANALİZASYON HİZMETLERİNİN HARCAMALARINA KATILIM PAYLARI İÇİN AÇILAN DAVALAR VE BU DAVALARDA YARGININ TUTUMU

I- Su Ve Kanalizasyon Hizmetlerinin Harcamalarına Katılım Payları İçin Açılan Davalar

1-Genel Olarak

Harcamalara katılım payı nedeniyle belediyelere karşı açılan davalarda davacı, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da "tüketici" olarak ifade edilen kişidir^[94]. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un m. 3/e maddesine göre tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder^[95].

Davalı ise, yine aynı maddenin "g" bendinde "sağlayıcı" olarak ifade edilen kişilerdir. Bu bentte "sağlayıcı", kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, sağlayıcıları kamu tüzel kişileri olabileceği gibi, özel kişiler de olabilir. Bu çalışmamız açısından, sözkonusu davalarda davalı, kanal ve su şebekesi hizmetlerini sağlayan belediyelerdir.

Harcamalara katılım payları nedeniyle, belediyeler aleyhine açılan davalar, genelde istenen yüksek katılım payının tenzili, yapılan fazla ödemenin istirdadı,

[93] Kuru/Arslan/Yılmaz s. 159; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 128; Karılı s. 237-238.

[94] Belediyelerin tarifelere ilişkin yönetmeliklerinde "tüketici" kavramına karşılık gelen ifade "abone" kavramıdır.

[95] Remien s. 37; Aslan s. 3; Deryal s. 41; Erdoğan s.54.

istenen miktarın fahiş olduğunun tespiti veya katılım paylarının yanlış malikten alındığı iddiasıyla açılmaktadırlar.

2- Görevli ve Yetkili Mahkeme

a-Tüketici Mahkemelerinin Görevli ve Yetkili Olması

Kural olarak, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda davalı idare olduğundan, idari yargı mahkemeleri görevli olur^[96]. Ancak bu kuralın çeşitli istisnaları vardır. Bu istisnalardan bir tanesi, tüketici mahkemelerinde idareye karşı açılan davalardır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 23,1'in 1 inci cümlesine göre *“Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır”*. Harcamalara katılım payına ilişkin ihtilafların çözümü için de belediyelere karşı tüketici mahkemelerinde dava açılabilir. Bu davaların tüketici mahkemelerinde açılabilmesinin, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda üç önemli dayanağı vardır:

Bunlardan birincisi sözkonusu Kanun'un 3 üncü maddesinin “g” bendidir. Bu bende göre, kamu tüzel kişileri de sağlayıcı sıfatıyla tüketici mahkemelerinde davalı olarak gösterilebilirler. Buna göre, belediyeler de sundukları hizmet nedeniyle sağlayıcı sıfatını haizdirler^[97].

İkincisi, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 2 inci maddesidir. Bu madde *“Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsar”* şeklindedir. *“Tüketici işlemi”* ise, mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade eder (TKHK m. 3/h). Kanun koyucu, sözkonusu işlemler arasında özel-idari işlem yapmadığından, tüketiciler, idare mahkemesi yerine tüketici mahkemelerinde tüketici hukukuyla ilgili her türlü işlem için dava açabilmektedirler^[98].

Üçüncüsü ise, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 12 nci maddesinin 4 üncü bendi *“Fiyatı; Bakanlar Kurulu, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından belirlenen mal veya hizmetlerin, belirlenen bu fiyatın üzerinde bir fiyatla satışa sunulması yasaktır”* şeklindedir. Bu fıkrada belirtilen yasak ihlal edilerek hizmetin satılması halinde, yüksek fiyattan; talep edilen bedelin olması gerekenden kat kat fazla olması halinde, fahiş fiyattan söz edilir. Her iki durumda da, yasanın ihlali sözkonusu olduğundan, tüketici mahkemelerine gidilebilmektedir. Yasadaki bu düzenleme,

[96] Meriç s. 66.

[97] Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 86.

[98] Aslan s. 639.

birer tüketici olan abonelerin korunması^[99], özellikle belediyelerin tekel sıfatıyla sundukları hizmet harcamaları için aldıkları katılım paylarının yüksek olması nedeniyle, iktisat zincirinin en zayıf halkası olan tüketicinin zarara uğramaması, temel bir tüketim maddesi olan suya erişimin kolaylaşması bakımından önemlidir.

Harcamalara katılım paylarına karşı dava açılabilmesi için, davaya konu edilen hizmetin miktar ve değerinin 1.161,67 TL ve üzerinde olması gerekir (TKHK m.22, VI)^[100]. Abonelerden talep edilen bedel, genellikle bu miktarın çok üstünde olduğundan, görevli mahkeme tüketici mahkemesidir. Zaten, belediyelere karşı dava açılmasının temel nedenleri de talep edilen katılım payının yüksekliği veya bu payın ilk malik yerine sonradan malik olanlardan alınmak istenmesidir.

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde kural olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel kural uygulanır. Buna göre, harcamalara katılım paylarına ilişkin davalarda yetkili mahkeme davalının yerleşim yerindeki mahkemedir. Burada davalı, bir kamu tüzel kişisi olan belediye olduğundan, davalı belediyenin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesi yetkili olur (HMK m. 6,I)^[101]. Fakat Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yetki konusunda özel bir düzenleme mevcuttur^[102]. Bu fıkraya göre, davacı sıfatındaki tüketici, kendi yerleşim yerindeki mahkemede de dava açabilecektir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'daki bu özel düzenlemenin, davacıya dava açılacak yer bakımından seçimlik bir hak tanıdığını, yoksa özel bir yetki ihdas etmediğini de belirtmek gerekir.

b-İdare Mahkemelerinin Görevli Olup Olmadığı Sorunu

Uygulamada harcamalara katılım payına ilişkin olarak idari yargıda dava pek açılmamaktadır. Danıştay abonelik sözleşmesiyle ilgili bir uyuşmazlığa ilişkin olarak bir kararında "... *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...*" dedikten sonra, yine aynı kararında "... *Elektrik,*

[99] Karş. Altunkaya, Mehmet: Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması (GÜHFD, 2004/1-2, s. 95-118), s. 109.

[100] Aslan s. 640.

[101] Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s. 135; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 118; Karslı s. 227.

[102] Doktrinindeki aksi yönde olan bir görüşe göre, TKHK'da tüketici mahkemelerinin yetkisine ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir (bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s. 794).

su ve doğalgaz 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...” şeklinde bir ifadeye de yer vermiştir^[103]. Görüldüğü üzere, Danıştay bu kararında, sözkonusu uyuşmazlıkların görüleceği mahkeme konusunda sorun çözücü bir izah yapmış değildir.

Yargıtay’ın bir kararı ise “...Nitekim fertlerle anılan idareler (Demiryolları, telefon, gaz, elektrik, su gibi) arasındaki ilişkinin kural ve hükümleri, akdedilen ve “abonman mukavelesi” denilen bir mukavelename ile düzenlenir. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten yararlanması yukarıda anılan mukavelename (abonman sözleşmesi) ile mümkün olduğundan ve bu sözleşme (özel hukuk sözleşmesi) niteliğinde bulunduğundan bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk kurallarıyla ve genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekecektir...” şeklindedir^[104]. Danıştay’ın aksine, Yargıtay, sözkonusu uyuşmazlıkların adli mahkemelerde çözüleceğini açık bir şekilde belirtmiştir.

Uygulamada harcamalara katılım payına ilişkin olarak idari yargıda dava açılmamasının iki temel nedeni vardır: Bunlardan birincisi, abonelerin, bir an önce suya kavuşmak için, istenen katılım paylarını fahiş de olsa ödemesi, itirazları bedelin yüksekliğine olduğundan, tüketici mahkemelerine başvurmalarıdır.

İkinci nedeni ise, abonelerin belediyelere başvurması ve aboneliklerinin yapılması için beklemek zorunda kalmalarıdır. Ancak belediyeler sözkonusu katılım payları ödenmedikçe hiçbir işlem yapmamakta ve yapılan taleplere yazılı olarak bir cevap vermemeleridir. Ancak su temel bir ihtiyaç olduğundan, abonelerin bir hafta bile beklemelerine imkan olmamasıdır.

Her ne kadar, harcamalara katılım paylarına ilişkin davalar uygulamada genellikle tüketici mahkemelerinde açılmakta ise de, konuta taşınma konusunda aciliyeti bulunmayan kişiler, idari yargıya da, idari işlemin iptali şeklindeki bir taleple de başvurabilirler. Zira, belediyelerin bu tahsil işlemleri aynı zamanda birer idari işlem olduğundan iptali mümkündür. Kişiler belediyelere başvururken, idari işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını isterler. Kural olarak belediyeler kişilerin bu taleplerini 60 gün içinde olumlu veya olumsuz cevaplandırmak zorundadırlar^[105]. Ancak çoğu

[103] Danıştay 8. D, T. 26.6.2006, E. 2006/1779, K. 2006/2674 (www.kazanci.com, E.T.15.01.2012); benzer başka bir karar için bkz. Danıştay 8. D., T. 23.6.1997, E. 1997/1102, K. 1997/2230 (www.kazanci.com, E.T., 11.12.2011).

[104] 4.HD, T.16.06.1975, E. 1975/3743, K. 1975/7667 (www.kazanci.com, E.T., 12.12.2011).

[105] Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010, s. 945; Yıldırım, Turan: İdarî Yargı, İstanbul 2010, s. 407; Kaplan, Gürsel: İdari

zaman bu 60 günlük süre, belediyeler tarafından sukût içinde geçirilmektedir. Bu sukût, kişinin talebinin zımnî olarak reddi anlamına geldiğinden (İYUK m. 10), 60 günlük sürenin dolmasından itibaren, kişi yine 60 gün içinde sözkonusu zımnî red işleminin iptali için dava açabilir (İYUK m. 7)^[106].

II- Su Ve Kanalizasyon Hizmetlerinin Harcamalarına Katılım Payları İçin Açılan Davalarda Mahkemelerin Tutumu

1-Yerel Mahkemelerin Tutumu

Uygulamada, su ve kanalizasyon hizmetlerinin harcamalarına katılım paylarına karşı, tüketici mahkemelerinde açılan davalarda, yerel mahkemeler, ilk başlarda bu davaları abonelerin lehine hükme bağlarken, aşağıda da görüleceği üzere^[107], Yargıtay'ın içtihadını değiştirmesinden sonra, bu içtihada paralel olarak abonelerin aleyhine karar vermeye başladıkları görülmektedir. Zaten yerel mahkemelerce abonelerin lehine verilen kararlar da Yargıtay tarafından yeni içtihatları doğrultusunda bozulmaktadır.

Yerel mahkemeler, açılan bu davalarda genellikle bilirkişilere başvurmakta dırlar. Mahkemelerin, dava konusu edilen katılım payının hesaplanması veya fahiş olup olmadığının belirlenmesi için bilirkişiye gitmelerini anlamak mümkündür. Buna karşılık olarak, katılım payının, hizmetin sağlandığı tarihte malik olan kimseden isteneceğine, daha sonra malik olanların böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin iddialarda, davacı tapu kayıtlarını gösterdiği halde, bilirkişiye gidilmesi doğru değildir. Zira burada ödeme yükümlülüğünün kime ait olacağı, İmar Kanunu, Belediye Gelirleri Kanunu ve ilgili Tarifeler Yönetmeliği'nde belirtilmektedir. Mahkemenin bu mevzuat hükümlerini dikkate alarak hüküm kurması gerekirken, bilirkişiye gitmesi, hem usul ekonomisi ilkesine (m. 30)^[108], hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266 ncı maddesinin 2 inci cümlesine göre, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir^[109]. Dolayısıyla böyle bir talep karşısında hâkimin bilirkişiye başvurmadan davayı kabul veya red etmesi gerekir.

Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara 2009, s. 210.

[106] Gözübüyük/Tan s. 945; Yıldırım s. 408; Kaplan s. 211-212; Daniştay 5.D, T. 20.11.1997, E. 1996/520, K. 1997/2699 (www.kazanci.com, T.15.02.2012).

[107] Bkz. aşa.II.2.

[108] Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s. 356-357; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 276 vd.; Karlı s. 296 vd.

[109] Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz s. 442; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 519; Karlı s. 534.

2-Yargıtay'ın Tutumu

Yargıtay, kanalizasyon ve su harcamalarına katılım payları ile ilgili olarak, abonelerin lehine karar vermekte idi. Bu kararlardan bir tanesi "... İmar Kanununun 31. maddesi; inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarih olup, kullanma izni verilmeyen yapıların elektrik, su ve kanalizasyon hizmet ve tesislerinden faydalandırılmayacağını, Belediye Gelirleri Kanununun 87 ve 88. maddeleri Belediyelere bağlı müesseseler ve belediyelerce kanalizasyon ve su tesisi yapılması halinde bunlardan faydalanan gayrimenkul sahiplerinin kanalizasyon ve su tesisleri harcamalarına katılma payı ödeyeceğini öngörmüştür. Bu yasal düzenlemeler doğrultusunda; su ve kanalizasyon bağlantıları yapılmayan binaya iskan izni verilmesi mümkün olmadığı gibi, su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payı ödenmeden bu hizmetlerden faydalanmakta mümkün değildir. Ne var ki su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payını ödemekle yükümlü kişi, iskan izni almakla yükümlü olan kişidir. Davalı su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payı ödemediği gibi, Belediye İmar Müdürlüğü de Su ve Kanalizasyon hizmetlerinden faydalanmayan binaya iskân izni veremez. İskân izni alınmış binadan daire satın alan 3. kişiler yönünden binanın su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payının ödendiğine dair karine vardır. Harcamalara katılma payı bir defa ödenir. Bir binaya iskan izni verildikten sonra her malik değişmesi durumunda, yeni malikten su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payının ödenmediği gerekçesi ile talepte bulunmak MK.nun 2. maddesinde belirlenen iyiniyet kuralına aykırıdır. Bu açıklamalar gereğince, mahkemece davacının daireyi hangi tarihte satın alıp, su abone sözleşmesi yaptığı ve binanın hangi tarihte iskân izninin alındığı araştırılmalı şayet davacı iskân izni alınmış binadan daire satın almış ise, su ve kanalizasyon harcamalarına katılma payı daha önce alınmış olması gerektiğinden yeniden katılma payı ödeme yükümlülüğü olmadığından davanın kabulüne, iskân izni alınmamış binadan daire satın alınmış ise iskan izni alınmasını temin için katılım payı ödenmek zorunda kalınmışsa şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"^[110]. Yargıtay'ın bu kararı, harcamalara katılım payının alınmasına dayanak gösterilen yasal düzenlemelere ve bu çalışmada belirtilen açıklamalarla örtüşmesi ve tarafların menfaat dengesini gözetmesi nedeniyle isabetlidir.

Yargıtay daha sonraki zamanlarda ve halen günümüzde yukarıdaki içtihadından vazgeçerek, katılım payları nedeniyle açılan davalarda abonelerin aleyhinde karar vermeye başlamıştır. Örneğin bir yerel mahkemenin, yukarıdaki içtihadı uygulayarak "...Mahkemece, davacının iskân izni alınmış binadan daire satın aldığı, kanalizasyon ve su bağlantısı yapılmayan binaya iskân izni

[110] 13. HD, T. 2.2.2007, E. 2006/11903, K. 2007/1103 (www.kazanci.com, E.T. 15.10.2011).

verilmeyeceği, iskan izni alınan binadaki kanalizasyon hizmeti için katılım payının önceden ödenmiş olması gerektiği, davacıdan yeniden katılım payı istenemeyeceği...” şeklinde verdiği bir karar, Yargıtay’ca “... tarafça yeni kanalizasyon ve içme suyu tesisleri yapılmış veya mevcutların iyileştirilmesi yapıldığı takdirde, tesislerin hizmet edeceği saha dâhilindeki gayrimenkul sahiplerinden yönetmelikte belirlenen ilkelere göre su ve kanalizasyon tesisleri katılım payı talebe hakkı vardır...” şeklindeki bir gerekçeyle bozulmuştur^[111]. Yargıtay’ın değişen içtihatlarının bir başka örneği “... Uyuşmazlık, davacının satın aldığı konuta su aboneli olmak için kanal katılım payı ödemekle yükümlü olup olmadığı konusundadır... davalı tarafça yeni kanalizasyon ve içme suyu tesisleri yapılmış veya mevcutların iyileştirilmesi yapıldığı takdirde, tesislerin hizmet edeceği saha dahilindeki gayrimenkul sahiplerinden yönetmelikte belirlenen ilkelere göre su ve kanalizasyon tesisleri katılım payı talebe hakkı vardır. Ancak bu katılım payı davalı tarafça hizmet götürülmesi koşuluna bağlı olarak alınır. Bu durumda hizmet götürüldüğünün davalı tarafça kanıtlanması halinde davacı katılım payının yüklenici veya kendisi tarafından ödendiğini kanıtlamakla yükümlüdür. Hal böyle olunca bu konuda tarafların delilleri toplanıp Ankara 5. Tüketici Mahkemesince yazılan 18.12.2007 tarihli cevabi yazı içerikleri de değerlendirilip, gerektiğinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” şeklindeki karardır^[112].

Bir konuda içtihat değişikliğine gidilebilmesi için, o konuya ilişkin olarak mevzuatta bir değişikliğin olması veya ilk içtihatla çok ağır bir hatanın yapılması veya değişen günün koşullarına ve tarafların menfaat dengesine uygun olarak, ilgili mevzuatın yeniden yorumlanma ihtiyacının hâsıl olması gerekir. Ancak bu yorumlama açıkça var olan mevzuata aykırılık oluşturmamalıdır. Harcamalara katılma paylarının alınmasına ilişkin mevzuatta herhangi bir değişiklik olmadığı halde, Yargıtay’ın ilk içtihatlarının aksine karar vermesi, tarafların menfaatler dengesine ve idareye karşı daha zayıf olan abonelerin korunması anlayışına uygun düşmemektedir. Yargıtay eski içtihatlarının aksi yönünde karar verirken, istenen miktarların yüksekliğini, katılım payının, hizmetin sunumu sırasında malik olandan alınması hususunu, İmar Kanunu’nun 31 inci maddesini, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu’nun 12 inci maddesinin 4 üncü bendini ve Anayasa’nın sosyal devlet ilkesini gözetmesi gerekir.

[111] 13. HD, T. 15.2.2010, E. 2009/11661, K. 2010/1691 sayılı karar (www.kazanci.com, E.T., 13.12.2011).

[112] 13. HD, T. 17.6.2010, E. 2010/800, K. 2010/8821 sayılı karar (www.kazanci.com, E.T., 13.12.2011); Yargıtay’ın tüketiciler aleyhine verdiği benzer kararlar için bkz. 13.HD, T. 4.5.2010, E. 2009/14300, K. 2010/6161 sayılı karar (www.kazanci.com, E.T., 12.12.2011); 13.HD, T. 11.11.2010, E. 2010/5230, K. 2010/14997 sayılı karar (www.kazanci.com, E.T., 12.12.2011).

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü üzere, belediyelerin su ve kanal hizmetlerine karşılık olarak katılım payı talep etme usulleri özellikle iki noktada hukuka aykırılık oluşturmaktadır: Birinci nokta, talep edilen katılım paylarının miktarlarıyla ilgilidir. İlgili kanun ve yönetmeliklerde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, bazı belediyeler tarafından fahiş denilebilecek miktarlarda katılım payları talep edilmesi bu yasal düzenlemelerin ihlali anlamına gelmektedir. Halbuki bu hizmetlerin, elektrik ve doğalgaz hizmetleri gibi emsalleri vardır. Ayrıca, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak da, su ve kanal hizmetlerine katılım payları, en azından doğalgaz veya elektrik hizmetlerinin sunumu karşılığında alınan paralara eşdeğer olmalıdır.

İkinci nokta, katılım payının yükümlüsünün kim olduğu meselesidir. Özellikle malik sıfatıyla konut yapanlardan konut satın alınması durumunda, su ve kanal hizmetlerinden ilk yararlanan kişinin kim olduğu konusunda, gerek yerel mahkeme, gerekse Yargıtay kararlarında tatmin edici bir izah mevcut değildir. Halbuki ilgili Kanun ve Yönetmeliklere göre, su ve kanal hizmetlerinin sunumu sırasında malik olan kimse, sözkonusu payı ödemekle yükümlü olan kimsedir. Ancak belediyeler, ilk malikten maksat, satın aldıkları dairelerde ilk kez temiz su kullanan ve kanallara atık su bırakan malikleri anlamaktadır. Gerçekte, malik sıfatıyla konut yapıp satan gerçek ve tüzel kişiler ilk malik durumundadırlar. Zaten, sözkonusu konutların tapu kayıtları bu kişilerin adınadır. Dolayısıyla su ve kanal hizmetleri, bu kimselerin malik oldukları zaman aralığında yapılmışsa, katılım paylarının da bu kimselerden tahsil edilmesi gerekir. Yargıtay'ın son zamanlarda, bu iki noktayı gözardı ederek tüketicilerin aleyhine verdikleri kararların isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
Art.	: Madde
ASKİTY	: Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Tarifeler Yönetmeliği
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	: Band
BGK	: Belediye Gelirleri Kanunu
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İSKİTY	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Tarifeler Yönetmeliği
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İZSUTY	: İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Tarifeler Yönetmeliği
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yuk.	: yukarı
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

KAYNAKÇA

- Altunkaya, Mehmet: Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüke-ticinin Korunması (GÜHFD, 2004/1-2, s. 95-118).
- Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2006.
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allge-meiner Teil, Zürich 1988.
- Deryal, Yahya: Tüketici Hukuku, Ankara 2004.
- Erdoğan, İhsan: Tüketicinin Ayrılmı Mal ve Hizmet İfalalarına Karşı Korunması (GÜHFD, 1997/2, s. 53-66).
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R.: Sechweizerisches Obligationenrecht, Allge-meiner Teil, B.I, 6.A, Zürich 1995.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul, 2011.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010.
- Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 2010.
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max: Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1980.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011.
- Kaplan, Gürsel: İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara 2009.
- Karahanoğulları, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara 2004.
- Karslı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011.
- Keller, Max/Schöbi, Christian: Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Ver-tragsrecht, Basel/Frankfurt 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.I (Necip Kocayusufpaşaoğlu), İstanbul 2010.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011.
- Meriç, Osman: İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri (Danıştay Dergisi, 1973/11 s. 67-81).
- Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- Odyakmaz, Zehra: Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri (GÜHFD, 1998/1-2, s. 141-169).
- Olgaç, Senai: Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 1976.
- Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966.
- Orak, Cem Çağatay: Kamu Hizmetleri İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006.
- Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.
- Özay, İlhan: Günışığında Yönetim, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Koruma, İstanbul 2002.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Remien, Oliver: AGB-Gesetz und Richtlinie über missbraeuchliche Verbrauchervertrags-klauseln in ihrem europaischen Umfeld (ZEuP, 1994, s. 34-66).
- Sezer, Yasin :Öğretim Elemanlarının Mecburi Hizmet Yükümlülüğü (TAAD, 2011/4, s. 17-44).
- Tan, Turgut :Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/ anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, E.T.12.01.2012, s.233-252).
- Topçu, Eral :Bir İnsan Hakkı Olarak Su (Yayınlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2009.

- Ulusoy, Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004.
- Yıldırım, Turan/Melikşah, Yasin/Özdemir, H. Eyüp/Üstün, Gül/Okay, Özge: İdare Hukuku II, İstanbul 2010.
- Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 2009 (Yıldızhan-İdare).
- Yıldırım, Turan: İdari Yargı, İstanbul 2010.
- Yayla, Yıldızhan: Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1986/1, s. 33-37 (Yayla-Kamu Hizmetinin Sonu).
- Yokuş, Sevtap: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması, Ankara 2002.
- Yıldırım, Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.
- Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

İNTERNET KAYNAKLARI

- 1-http://www.aski.gov.tr/yonetmelikler/aski_tarifeler_yonetmeli.pdf (E.T., 20.02.2012).
- 2-http://www.iski.gov.tr/Web/UserFiles/File/mevzuat/pdf/Y_Tarifeler_Yonetmeli.pdf (E.T., 04.02.2012).
- 3-<http://www.izsu.gov.tr/Pages/standartPage.aspx?id=72>(E.T., 20.02.2012).