

## KAMU HİZMETİ KAVRAMI (\*)

Aydın GÜLAN (\*\*)

"Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır.

D. TRUCHET

### 1) Tanım

İdare hukukunun temel konularından <sup>(1)</sup> biri olan kamu hizmetinin tanımı, yeri ve değeri hakkında doktrinde genel bir uzlaşma oluşmamıştır. Denilebilir ki kamu hizmeti ve hatta İdare Hukuku alanında yapılan her araştırmada, üzerinde en fazla durulan nokta kavramın belirsizliği ve tanımlamanın güçlüğüdür <sup>(2)</sup>.

Bu durum önemli ölçüde; II. Dünya Savaşı sonrası İdare Hukukunda meydana gelen gelişmelerden, devlet müdahaleciliğinin gittikçe artmasından <sup>(3)</sup> iktisadî doktrinlerin tesirinden <sup>(4)</sup> ve bunların sonucunda unsurları arasındaki birliği yitirmesi <sup>(5)</sup> sebebiyle, geçirdiği "kriz" <sup>(6)</sup> den kaynaklanmaktadır.

"Kamu hizmeti" teriminin idare hukukunun çeşitli konularına (kamu malları, sorumluluk sebepleri, teşkilat vs) ilişkin düzenleyici metinlerde, yargısal kararlarda ve -belki de mecburen- doktrinde değişik anlamlarda kullanılıyor olması <sup>(7)</sup> da bütün kullanıldığı yerler için geçerli genel bir tanımının yapılmasını imkânsız kılmaktadır.

(\*) Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri" (İstanbul 1987) başlıklı yayınlanmamış Y.lisans tezinin bir bölümüdür.

(\*\*) Aydın Gülan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisidir.

(1) Örnek olarak "Kamu hizmeti gibi idare hukukunda hayatî bir önem taşıyan bir kavramın..." AZRAK, İdare Hukuku Ders Notları, 1972, s. 7.

Ayrıca bkz. DERBİL, Kamu Hizmeti Nedir? AÜHFD. C, VHH Sayı 3-4, 1950, s. 28; LAUBADERE, Traité Élémentaire de Droit Administratif, C. I, 1963, s. 517.

(2) DELVOLVE, Service Public et Libertés Publiques RFDA, no. 1, 1985, s. 3;

"Amme (kamu) hizmeti mefhumu vazıh, açık değildir" ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1966, C. I, s. 14; Ayrıca bkz. BALTA, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE No: 117, 1968-70, s. 16.

(3) DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, 1982, s. 303.

(4) ONAR, Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı. 5. Üniversite Haftası Van, 1944, s. 31.

(5) VEDEL-DELVOLVE, Droit Administratif, 1984, s. 1097.

(6) LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 526; Ayrıca bkz. J.L. de CORAIL, La crise de la Notion Juridique de Service public en Droit Administratif Français, 1954, Passim; Krizin kamu hizmetinde değil idare hukukunda olduğu fikri için bkz. JOURDAN, La Formation du Concept de Service Public, R.D.P, 1987-1, s. 90'dan naklen CHEVALLIER, Essai sur la notion juridique service public, 1976-77; Türkiye bakımından "kriz" in söz konusu olmadığı hakkında bkz. AZRAK, Ders notları. cit., s. 22.

(7) Örnek olarak ay md. 47, 70, 71, 76, 126, 127, 128, 187; Danıştay Kanunu md. 89. Uy. Mah. 7.7. 1980 g. E. 80/2, K.80/3 (R.G. 7. 11. 1980).

Ayrıca Bkz. DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 302 ve 311, 312.

(8) AUBY-DUCOS ADER, Grands Services Publics et Entreprises Nationles, cit, s. 23.

Fransızcada kamu hizmeti karşılığı olarak kullanılan "service public" hem bir tür faaliyeti hem de bu faaliyeti gören teşkilatı ifade etmektedir (8). Oysa Türk dilinde kavramın bu ikili anlamı taşıdığı pek söylenemez. Nitekim kamu hizmeti kavramının hukukumuzda Fransa'ya oranla daha anlaşılabilir olmasının bir sebebinin de bu olduğu söylenmiştir (9).

Gerçekten dilimizde ki bu terim, kavramın faaliyet yönü ve anlamını içermekte (10), teşkilat yönünü ifade etmemektedir. Bu yüzden teşkilat anlatılmak istendiğinde "Kamu Teşkilâtı" "Kamusal Teşkilât" gibi başlıklar teklif edilmektedir (11).

Özellikle halk dilimizdeki kullanılışında kamu hizmetinin faaliyet anlamı daha da belirginleşmektedir: Diğer özel faaliyetlere nazaran daha az kâr getiren fakat daha fazla özveri ve zorluğa katlanmayı gerektiren, halkın büyük bir bölümüne hitap eden özel kişiler "Vatandaşa hizmet etme, faydalı olma" anlamında faaliyetlerini "âmme hizmeti" yapmak şeklinde vasıflandırmaktadır (12).

Böyle olmakla beraber kavramın iki esaslı veri üzerine oturtulduğu; bunlardan birinin organik (teşkilat), diğerinin ise fonksiyonel yahut maddî (faaliyet) öge olduğu; bu noktalardan incelenmemesi halinde kamu hizmeti hakkında yapılan bir araştırma ve incelemenin noksan kalacağı söylenmektedir (13). Bu teşhis doğru olmakla birlikte, idare hukukunda meydana gelen değişikliklerin sonucunda anılan iki ögenin birlikteliklerini, bütünlüklerini kaybetmesi ve kamu hizmetinin "bazı özellikler taşıyan bir faaliyet" (14) şeklinde anlaşılmasına başlanması; teşkilat yönünün sadece faaliyetin daha iyi gerçekleştirilebilmesi için bir "araç" olarak görülmesine yol açmıştır. Kamu Hizmetinin, çağın gereklerine ve gelişmelerine göre sürekli değişim göstermesi, "özel"leşmesi, organik unsurun ikinci planda kalmasına sebep olmuştur. Ancak bazı özellikler taşıyan bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için idare ile sıkı bir "bağlantısının" (15) bulunması da gerektiğinden tanım sırasında organik unsur ele almamak ve varlığının tesbiti için gözönünde tutmamak mümkün değildir.

Kamu hizmeti kavramını mümkün olduğu kadar özlü tanımlamak istersek:

**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.**

Bu tanıma kabul edilebilir kılmak için biraz açmak gerekir:

1) "Toplum, ortak, genel" kelimeleri bir gayrişahsilik, genellik ifade etmek için kullanılmıştır. Söz konusu faaliyet toplumun bütününe ilgilendirebileceği gibi daha dar bir kesime de (16) hitap ediyor olabilir. Önemli olan, eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde kişisel çıkarların veya çıkar gruplarının ölçek olarak alınmamasıdır. Ayrıca vatandaşlık şartı da aranmamaktadır.

(9) DERBİL, "Kamu hizmeti nedir?" cit., s. 29.

(10) "Kamu hizmeti, herşeyden önce bir faaliyettir" YAYLA, İdare Hukuku, 1985, s. 70.

(11) DERBİL, Kamu Hizmeti Nedir?, cit., s. 29.

(12) "Arzuhalçilerin hemen hepsinde bir "âmme hizmeti" yapmış olma inancı ve gururu var" Milliyet Gazetesi, Haftaya Bakış Eki, 30 Ağustos-5 Eylül, Sayı: 45, s. 28. Bunun uç ve inandırıcı olmayan bir örneği için bkz. Cevher Özden ile röportaj Hürriyet Gazetesi 12. 7. 1987 tarihli nüshası.

(13) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 9.

(14) CHEVALLIER, Le Service Public, 1971, s. 7.

(15) CHAPUS, Droit Administratif Général, 1985, s. 394.

(16) "... toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını..." DURAN, Ders Notları, cit., s. 807. "Buradaki kamu deyimi ülkesel, bölgesel ya da grupsal her çeşit toplulukları kapsar". BALTA, İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 16.

(2) "Önem kazanmış olan" kelimeleri, kamu hizmeti olarak nitelendirilecek bir faaliyetin tesbitinde, takdir hakkının varlığını ve ağırlığını vurgulamak, zaman ve yer koşullarına göre değişebilirliğini (17) belirtmek için kullanılmıştır. Çünkü işbölümü sonucu oluşmuş olan her iş dalı, her faaliyet toplumun bir ihtiyacına cevap vermekte ve tatmin etmektedir. Ortak ve genel bir ihtiyaca cevap verenlerden hangilerinin toplum için önem kazanmış olduğunun tesbiti kanun koyucuya ait olmaktadır. Kanun koyucunun bu faaliyeti sırasında tamamen serbest olmadığı söylenebilirse de (18); belirtilmesi gereken bir "gerçek", toplumda eksikliği henüz pek hissedilmese bile, ulaştığı seviyede bulunması gerektiği düşünülen örneğin opera, bale gibi bazı faaliyetlerin kanun koyucunun tesbiti ile kamu hizmeti şeklinde görülebilmesidir. Bu bir bakıma o faaliyetin "toplum için önem kazanmış" olduğunun tesbitidir de.

3) Tanımda kamu yararı kavramı kullanılmamıştır. Doktrinde yapılan tanımlarda (19) çokça kullanılmasına rağmen, kamu yararının bir unsur olmaktan ziyade bir sonuç olması (20) sebebiyle ve daha da önemlisi bir bilinmeyeni açıklamak için başka bir bilinmeyenden yararlanmak suretiyle bir labirente girmekten kaçınılmak istenmiştir.

4) Önceleri sadece kamu hizmeti imtiyazı usulü, o da, kamu tüzel kişileri tarafından görülmenin bir istisnası olarak kabul edilmekte iken; bugün kamu hizmeti imtiyazı dışında da, özel kişilerce kamu hizmetlerinin görülebileceği kabul edilmektedir. Bu durum Fransa'da hem doktrinde (21) hem de yargısal kararlarda (22) kabul edilmiştir. Türk doktrininde de kabul görmeye (23) ve yargısal kararlarda yer almaya (24) başlamıştır.

(17) ONAR, "Amme hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı, cit., s. 29.

(18) YAYLA, İdare Hukuku, cit., s. 71.

(19) Ömek olarak ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cit., C. I, s. 16-17; RIVERO, Droit Administratif, 5. bası, 1971, s. 396.

(20) TRUCHET, Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public, AJDA, 1982, s. 431'den naklen:

DEMICHEL, Le Droit Administratif Essai de Réflexion théorique s. 103; CHEVALLIER, Les Fondements Idéologiques du Droit Administratif Français s. 48.

(21) Ömek olarak bkz. CHEVALLIER, Le Service public, cit., s. 13; AUBY-DUCOS ADER, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, cit., s. 28 vd.; LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 552.

(22) CHEVALLIER, Le service public, cit., s. 12-13'den naklen

C.E., 6 février 1903, Terrier

C.E., 4 mars 1910, Thérond

C.E., 13 mai 1938, caisse primaire Aide et Protection

C.E., 31 juillet 1942, Montpeurt

C.E., 2 avril 1943, Bouguen

C.E., 28 juin 1946, Morand

C.E., 20 avril 1956, Epoux Bertin

C.E., 13 janvier 1961, Magnier

C.E., 6 octobre 1961, Fédération nationale des huileries métropolitaines

C.E., 30 mars 1962, Association nationale de la meunerie

T.C., 3 mars 1969, Sté Interlait

T.C., 20 novembre 1961, Centre régional Eugène Marquis

C.E., 28 juin 1963 Nancy, AJDA, 1964, s. 491 bu kararda kamu hizmetine ilişkin bir tanım denemesine de girilmiştir.

C.E., 4 avril 1962, Chevassier

C.E., 20 octobre 1967, Epoux Dommé

C.E., 13 juillet 1968, capus vs.

(23) BALTA, İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 16 ve 19;

DURAN, Ders Notları, cit., s. 304.

(24) -D. 12. Daire, 23. 10. 1967, E. 967/518 - K. 967/1979 D.K.D. 119-122 s. 354.

-D.D.D.K., 30. 6. 1967, E. 1967/134 - K. 1967/708, D.K.D. 115-118, s. 155-162

Bu kararlar Virtuel Kamu hizmeti başlığı altında incelenecektir.

5) Tanımda kamu hizmetinin faaliyet niteliği ön planda yer almıştır. Fakat bir kamu hizmetinden sözedebilmek için "kamu ile" bir bağlantının varlığı da gereklidir (25). Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kendi araç, gereç ve personeli ile gördüğü kamu hizmetlerinde bu bağlantı açık ise de, özel kişiler tarafından yapılan bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini tesbitte önem kazanmaktadır. Bu bağlantının türü ve derecesi özel kişiye bu imkanı (vazifeyi) veren yasal veya yasal düzenlemenin verdiği imkan sonucu idare tarafından yapılan düzenlemede belirtilir. Ancak, mutlaka faaliyetin işleyişine ilişkin, kolluk denetimini aşar şekilde, içten (26) kamu hizmetinin ilkelerine uygun olarak yerine getirilmesine yönelik bir denetim (27) sözkonusudur. Bu denetim idarî vesayet olarak (28) adlandırılıyorsa da, karışıklığa engel olmak için idarî vesayeti sadece iki kamu tüzel kişisinin arasındaki bir "idare denetim" türü olarak ele almak gerekir.

İdarî denetimi, idarî vesayeti de içerecek şekilde bir genel başlık olarak ele aldığımızda (29) kamu hizmeti gören bir özel kişinin tabi olduğu denetimi bu genel başlık içinde "işlevsel denetim" olarak adlandırmak teklif edilebilir (30).

Kamu hizmeti kavramının, genişliği ve belirsizliği sebebiyle, tanımının mümkün olmadığı da söylenmektedir (31). Truchet bu fikri gayet veciz şekilde dile getirmiştir: "Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: Yasama bunu kendine tasma edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır" (32). Kastedilen kamu hizmeti teriminin kullanıldığı her konuya; yasal metinlerde, yargısal kararlarda geçtiği her yere uyacak bir tanımsa, elbette pek mümkün değildir. Örneğin sadece 1982 anayasamızın 33, 47, 70, 76, 126, 127, 128, 132. maddelerinde geçen "kamu hizmeti" ve ondan türemiş terimlerin hangi anlamlarda kullanıldığı, her bir madde için ayrı araştırmayı gerektirir. Yargısal kararlar için de aynı durum söz konusudur (33).

Ancak kamu hizmeti idarî faaliyetlerin bir türü olarak ele alındığında, gerçek mecrasına çekildiğinde aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Gerçi, yasama bu işi gerçekten kendine vazife edinmemiş hatta hatalı kullanarak içinden çıkılmaz yönlere sürüklemiştir ama yargı zaman zaman önündeki olaya ilişkin de olsa çok eskiden beri başarmıştır (35).

Önemli olan kamu hizmetinin, teknik anlamına uymayan şekilde, idare hukuku içerisinde bugün sahip olduğu yer dışında kullanılmaması; bir etiket halini aldığı bu yerlerdeki kullanımından vazgeçilmesidir. Belki doktrinin henüz başaramadığı nokta budur.

(25) CHAPUS, Droit administratif Général, cit., s. 394.

(26) AZRAK, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 19.

(27) BALTA, İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 16'da "yakın gözetimi altında" formülünü kullanmıştır.

(28) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 14.

(29) ÖZAY, Devlet, İdarî Rejim ve Yargısal Korunma, cit., C.I, s. 87.

(30) Burada sadece bir terim farklılığı sağlamak amacı güdülmüştür. Yoksa, elbette ki idari vesayet de işleve ilişkin bir denetim olabilir.

(31) DELVOLLE, Service public et Libertés Publiques, cit., s. 3-7.

(32) D. TRUCHET, Label de service public, cit., s. 428.

(33) Bkz. s. 2 dp. 7.

(34) C.E. 28. 6. 1963 Nancy, AJDA, 1964, s. 497.

(35) LAUBADÉRE, Traité, cit., s. 519.

## 2 - Kriterler ve Şüpheler:

Bir kamu hizmetinin varlığını belirlemeye ve hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak görülmesi gerektiğini tesbite yarayacak tek başına yeterli ve tatmin edici bir kriter ortaya ko-namamıştır.

Bu durum hem kavramın niteliği hakkında kuşkulara yol açmakta <sup>(36)</sup> hem de onu be-lirsiz kılarak özgürlükler için tehlikeli sayılmasına <sup>(37)</sup> yol açmaktadır.

Doktrin problemi çözmek için, kriter aramada ve üretmede oldukça serbest dav-ranmış, bu başlık altında sayıca çok tekliflerde bulunmuştur <sup>(38)</sup>. Ancak teklif edilenler ge-nellikle yetersiz kalmakta ve problemi halletmemektedir.

Delvolvé, kamu hizmetinin tanımı gibi kriterler meselesinin de halledilemediğini çünkü gerçek problemin bir kamu hizmetinin varolup olmadığına tesbitinde değil, fakat hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak görülebileceğinin saptanmasında yattığını söyle-mektedir <sup>(39)</sup>. Kanımca böyle bir ayırma gerek yoktur. Çünkü bir faaliyetin niçin kamu hiz-meti olduğu tesbit edilebildiğinde problem halledilmiş, **hangi** faaliyetlerin kamu hizmeti olabileceği de büyük ölçüde belirlenmiş olur. Zaten, öncelikle söylenmesi gereken her faali-yetin kamu hizmeti haline getirilebileceğidir. "Artık sorun, Devletin hangi alanlara müdaha-le edemeyeceği değil (dir)" <sup>(40)</sup>. Bu sebeple yeterli olmadığı kesin olmakla birlikte başlangıç noktası olarak "Kanun koyucunun iradesi"nin kabulü gereklidir. Buna ek olarak kul-lanılması gereken kriterlere ihtiyaç duyulan alanı saptamada ve çözümede ise iki sorudan ya-rarlanılabilir:

a) İdarenin faaliyetleri arasında hangileri kamu hizmetidir?

b) Hangi şartların varlığı halinde özel kişilerin gördüğü bir kamu hizmetinden bahse-dilebilir?

A) Günümüzde, İdarenin bütün faaliyetlerinin kamu hizmeti sayılamayacağı fikri kabul görmektedir <sup>(41)</sup>. Ancak bunlar arasında hangilerinin kamu hizmeti olduğu ise tartışılmaktadır <sup>(42)</sup>.

Önceleri idarenin sadece kamu hukuku usulleri ile gördüğü faaliyetler kamu hizmeti sayılmakta ve "âmme kudretinin karşılamaya karar verdiği ihtiyaç eğer âmme hukuku usul-leri ile temin ediliyorsa ancak o zaman âmme hizmeti vardır" <sup>(43)</sup> denilmekteydi. Fakat "hu-

(36) TRUCHET, Label de service public, cit., s. 427.

(37) DELVOLVE, Service public et libertés publiques, cit., passim.

(38) Bunlar için bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cit., C. I, s. 27-38; AZRAK, Ders Notları, cit., s. 6-9.

(39) DELVOLVE, Service public et libertés publiques, cit., s. 5 Aksi fikir için Bkz. CHENOT, La Notion de Service Public Dans La Jurisprudence Economique du Conseil D'Etat, EDCE, 1950, no 4, s. 82.

(40) YAYLA, İdare Hukuk, cit., s. 69.

(41) ONAR, İdare Hukunun Umumî Esasları, Cit., C. I, s. 27.

(42) Örnek olarak bkz. CHAPUS, Droit Administratif Général, cit., s. 394-404; LAUBADÉDE, Traité, cit., s. 524 vd.; WALINE, Traité Élémentaire de Droit Administratif, 6. bası, s. 311-314.

(43) CROZAT, Amme Hizmeti Mefhumu, cit., s. 8; Aynı yönde s. 9.

susî hukuktakinden ayrı bir usul ile görülmesini âmme hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmme hizmeti olduğunda bugün şüphe edilmeyen sınaî ve iktisadî âmme hizmetleri adı altında toplanan bir çok faaliyetlerin bu mahiyetini inkâra müncer ol (acağından)" (44) bugün artık, kamu hizmetinin zorunlu bir unsuru ve özelliği olarak ele alınmamaktadır (45). Kısaca, kamu hizmetleri sadece özel hukuka veya sadece kamu hukukuna tabî olmamakta, faaliyet konularının gereklerine göre değişik oranlarda kamu hukuku ve özel hukuktan oluşan karma bir hukukî rejim ile görülmektedir (46). Aralarındaki oranı saptayacak olan ise kanun koyucudur (47).

Kolluk faaliyetinin kamu hizmeti olmadığı söylenmekte (48) ve aralarındaki farklar sayılmakta ise de (49) kolluğu "özelliliği nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmış (bir kamu hizmet (i))" (50) saymak gerekir (51) ancak özellikleri nedeniyle ki ayrı başlık altında incelenme zorunluluğu bulunmaktadır.

Öyle ise idarenin hangi faaliyetleri kamu hizmeti değildir? Bu soruya, "sırf kendi patrimuanlarını alâkalandıran ve bu patrimuanlara malî menfaatler temin eden" (52), "sadece idareye bir malî çıkar sağlayan" (53), "edim-biçiminde görülen(ler) (...) dışında kalan" (54), "ilk aşamada idarenin kendi ihtiyaçlarının karşılanmasına yöne(len) ... bireylerle topluluklarına, "edim" yerine "yüküm" getir(en)" (55) "Kamuya ... dolaylı yarar sağlayan" (56) "İdarenin özel emlâkinin işletilmesi (...), vergi tarhı ve istikraz gibi faaliyetler(in)" (57) kamu hizmeti olmadığı şeklinde cevap verilmektedir. Bir kamu hizmetinin ayrılmaz parçası derecesinde olan ve sadece ona geir getiren faaliyetlerin de kamu hizmeti sayılması gerektiği söylenmekteyse de (58) bu fikir genel bir kabul görmemiştir (59).

Bütün bu söylenenlere rağmen, idarenin faaliyetleri arasında kamu hizmeti olanlar ile olmayanların ayırımı yeterince berrak değildir.

Örneğin bir yandan, İdarenin sadece malî menfaat sağlamaya yönelik faaliyetlerinin kamu hizmeti olmadığı (60) söylenirken diğer yandan o zamanki mevzuatta açıkça "...

- (44) ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cit., C.I., s. 25.  
 (45) İbid. s. 26; AZRAK, Ders Notları, cit., s. 17.  
 (46) DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 306.  
 (47) YAYLA, İdare Hukuku, cit., s. 71.  
 (48) SARICA, Ders Notları, cit., s. 74 dp. 2.  
 (49) DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 245.  
 (50) ÖZAY, Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma, cit., C. I, s. 117 dp. 181.  
 (51) Aynı Yönde ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cit., C. I, s. 21; ÖZAY, Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma, cit., C.I., s. 47-48; KIRATLI, Koruyucu İdarî Hizmetler, TODAİE no: 135, Ankara, 1973, s. 10.  
 (52) ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cit., C.I, s. 16.  
 (53) KIRATLI, Koruyucu İdarî Hizmetler, cit., s. 1.  
 (54) SARICA, Ders Notları, cit., s. 74 dp. 2.  
 (55) DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 246.  
 (56) BALTA, İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 16.  
 (57) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 11.  
 (58) CHAPUS, Droit Administratif Général, cit., s. 399.  
 (59) CHEVALLIER, Le Service Public, cit., s. 10.  
 (60) ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cit., C.I., s. 16.

kârlılık ve verimlilik anlayışı için çalışmak..." (61) denmesine rağmen "kâr kelimesi (...) ticarî manada bir kâr değil bir usul ve direktif olarak izah" (62) edilerek tevil edilmekte ve KİT'lerin faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir (63). Bu alanı düzenleyen 233 sayılı KHK (64)ye göre Kamu İktisadi Teşebbüsü, İktisadi devlet teşekkülü ile Kamu iktisadi kuruluşlarının ortak adı (md. 2/1) sayıldığı ve kamu iktisadi kuruluşunun kamu hizmeti niteliği ağır basan bir KİT olduğu (md. 2/3) söylendiğine göre, "verimlilik ve kârlılık" (md 1/2/b) ilkelerine ve "ticari esaslara" (md 2/3) uygun faaliyet göstermesi istenen İDT'lerininkinin de ağır basmamakla birlikte kamu hizmeti niteliği taşıdığı mevzuatca kabul edilmiş sayılabilir ve önceki mevcuzata dayanılarak bunların kamu hizmeti olduğu fikri de benimsenebilir. Önemli olan ortaya konulan kriterlerin uygulamada yetersiz kalabilmesidir.

Bu yüzden sorunun çözümü için bir karinenin kabulü gereklidir: "İdarenin bütün faaliyetleri, prensip olarak kamu hizmeti niteliğini taşımaktadır" (65). Organik kriterin hala önemini koruduğuna bir delil sayılabilecek (66) bu karinenin aksinin ispatı ise yukarıda sayılan kriterlerden birinin veya birden fazlasının özelliklerine göre olaya uygulanması ile olacaktır.

B) Hangi şartların varlığı halinde özel kişilerce görülen bir kamu hizmetinden bahsedilebileceği sorusunun cevabı ise tersine bir karineden yararlanılarak cevaplandırılabilir: Özel kişilerin kurduğu ve yürüttüğü faaliyetler prensip olarak özel faaliyetlerdir.

Bu karinenin aksinin ispatı için, yine organik kriter vazgeçilmez bir araçtır. Çünkü özel kişinin gördüğü bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için idare ile sıkı bir bağlantısının bulunması vazgeçilmez bir şarttır (67). Bu bağlantının, aynı zamanda kolluk denetimini aşar nitelikte, içten, faaliyete ilişkin olması da gereklidir. İşlevsel denetim adını teklif ettiğimiz bu denetimin, idare ile olan bu bağlantının varlığı, kamu hizmeti gören özel kişilerin faaliyetlerini diğer özel faaliyetlerden ayırmaya yaramaktadır (68).

Kamu kudreti ayrıcalıklarını (prérogatives de puissance publique) bilhassa özel kişilerce görülen kamu hizmetlerinin belirlenmesinde olmazsa olmaz bir unsur olarak kabul edenler bulunmaktadır (69). Ancak, kanımca kamu kudreti ayrıcalıklarını, kamu hizmetinin onsuz olmaz bir kriteri şeklinde ele almamak gerekir. Çünkü bunlar kamu hizmetinin bir unsuru değil bir sonucudur (70).

(61) 440 sayılı kanun md. 2

(62) ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cit., C. I., s. 35.

(63) Aynı yönde AZRAK, Ders Notları, cit., s. 9; YAYLA, İdare Hukuku, cit, s. 67-68; ONAR, Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı, cit., s. 36; Kısmen karşı fikirde BALTA, İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 16-17.

(64) R. G. 18 Haziran 1984 Sayı 18435 Mükerrer

(65) CHEVALLIER, Le Service Public, cit., s. 11.

(66) İd.

(67) Bkz. s. 140

(68) Balta aynı fikirde değildir:

"... yakın gözetim özel girişim elindeki kamu hizmeti için yeterli bir ölçü değildir. Özel girişim elindeki bir kamu hizmetini ayırdedici asıl ölçü uygulanan müeyyidedir. Yetersizlik gösteren bir taksi servisi işletmeden alıkonur. Buna karşılık özel girişim elindeki kamu hizmeti yetersiz işliyorsa ilgili kamu kurumu, onun yeterli işlemlerini sağlamaya yararlı bütün tedbirleri almak, hattâ gerektiğinde hizmeti kendi yapmak ödevindedir". İdare Hukukuna Giriş, cit., s. 17.

(69) Bu konudaki görüşler ve geniş bilgi için bkz. GEFFROY, Service Public et Prérogatives De Puissance Publique, R.D.P., 1987-1, s. 50-88.

(70) SOTO, Note Mme coilloux c. C.O.N.S.U.E.L., R.D.P., 1983, s. 804.

Uygulama yine de çeşitli sorunlara gebe dir. Her iki sorunun çözümü için benimsenmiş olan kriterler somut olay söz konusu olduğunda yetersiz kalabilir, olayın özelliklerine uyum sağlayabilmek için yardıma ihtiyaç duyabilir. İşte bu sebeple genel bir yaklaşım siyaseti benimsemek ve bir kamu hizmetinin tesbiti için faaliyeti "(symptomatique) açıdan, yani bazı belirtiler yönünden de incelemek" (71) gereklidir. Bütün bu kriterleri uygulayacak, "symtôme"ları değerlendirecek yerler ise mahkemelerdir. "Çünkü bir uyuşmazlığın nitelenmesi herşeyden önce konusunun nitelenmesine bağlıdır" (72).

Böylelikle, kanun koyucunun iradesinin bir faaliyetin kamu hizmeti olarak görülmesinde kurucu bir rolü olduğunu kabul etmekteyim. Ancak bu rolü gereğinden fazla önemsemek de gerekir. Diğer kriterler, özellikle organik kriter temel bir nitelik taşımakta, yoğun olarak belirtilerden symptôme'lardan yararlanılmak gerekmektedir. Bu belirtiler sınırlı sayıda olmayıp, mahkemelerce olayın incelenmesi aşamasında tesbit edilebilecektir (73). Kanun koyucunun iradesi ise bunların yardımıyla ortaya konacak bir varsayım olacaktır. Öyleki, diğer kriterlerin doğrulamadığı kanun koyucunun "... kamu hizmeti(dir)" şeklinde ki iradesi kabul görmeyecektir (74).

### 3 - Niteliği Gereği Kamu Hizmeti

Niteliği gereği kamu hizmeti teorisi, toplumdaki tüm faaliyetlerin iki ayrı grup oluşturduğu, bir grubun niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerden meydana geldiği ve ancak bunların kamu hizmeti olarak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince görülebileceği, diğer gruptakilerin ise özel faaliyetler olarak kalması gerektiği fikrine dayanır (75). Söz konusu iki grubun arasında objektif bir sınırın olduğu iddiasıyla "objektif kriter" başlığı altında da öne sürülmüştür (76). Bu teori, iktisattaki liberal doktrinlerin (77), devlet müdahaleciliğine karşı çıkan görüşün (78) etkisiyle ortaya atılmıştır.

Niteliği gereği kamu hizmeti, en net ifadesine Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 22 Ocak 1921 tarihli "Sté des autobus antibois" kararına esas teşkil eden kanun sözcüsü Matter'in mütaalasında ulaşmıştır (79). Buna göre: Devlet tarafından kamu hizmeti olarak, ancak niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetler görülebilecektir. Özel kişilerin de görebileceği

(71) ÖZAY, Devlet-İdarî Rejim-Yargısal Korunma, cit., C.I, s. 105 dp 144.

(72) DURAN, Ders Notları, cit., s. 309.

(73) Bu belirtilerin, kamu kudreti ayrıcalıklarından başka bir şey olmadığı söylenebilir. Doğrudur da. Ancak bu, bir unsur olmayıp sonuç olduğuna dair daha önce vardığım kanıya aykırı değildir sanırım. Çünkü diğer kriterin yeterli olduğu durumda başvurulmayabileceği gibi; mahkemenin karar faaliyetin sonucu açısından bir değerlendirme olduğundan, bir unsur olmayıp sonuç olduğu şeklindeki görüşe aykırı bulunmamaktadır.

(74) Avukatlık Kanunu, Kanun no: 1136, R.G.7 Nisan 1969 Sayı: 13168, md.1.

(75) BENOÎT, Le Droit Administratif Français, 1968, s. 771.

(76) CHEVALLIER, Le service Public, cit., s. 23'den naklen; HAURIOU, Note sous C.E., 7. 4. 1916, AST-RUCK, S., 1916, 3. 49.

(77) ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cit., C.I., s. 29; AZRAK, Ders Notları, cit., s. 7.

(78) LAUBADÈRE, Traité, cit., C. I, s. 522.

(79) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 7.



faaliyetler devlet tarafından görülüyor olsa bile, bu durum tesadüf eseri sayılmalıdır. Devlet, bu faaliyeti özel kişiler yapmadığı için, geçici olarak üzerine almaktadır (80).

Niteliği gereği kamu hizmeti flikrine göre "Devletin bünyesine mahsus olan, ancak Devlet tarafından ifası mümkün ve zarurî bulunan bir faaliyet (81) kamu hizmeti sayılmakta (b)una mukabil esas itibariyle iktisadî ve sınaî mahiyette olan faaliyetler Devlet tarafından ifa edilseler de Devletin bünyesine mahsus normal birer Devlet faaliyeti sayılma(makta) ve âmme hizmeti mahiyetini alma (maktadır)" (82).

Teori ağır eleştirilere uğramış, yarım asır hukuk düşüncesine egemen olmuş temel bir yanlış olduğu (83) "müphem ve çelişkilerle dolu" bulunduğu (84) "bugün vüzuhunu kaybetmiş ve hakikate uymaz bir hale gel(diği)" (85) söylenmiştir.

Gerçekten de günümüzde bu teoriyi ilk şekliyle kabul etmek mümkün değildir. Devlet ekonomik ve sosyal alanlarda kamu hizmeti olduğunda tereddüt edilmeyen bazı faaliyetlere girişmektedir. Ayrıca neyin kamu hizmeti olduğunun "zaman ve mekâna" (86) "o cemiyetin vardığı tekâmül seviyesine" (87) göre değişebildiği de kabul edilmektedir.

Ancak yine de "nitelikçe kamu hizmeti' olan bir tür faaliyet zaten yoktur ve düşünülmez" (88) sözüne bir çekince koymak gerekir. Toplumdaki her faaliyetin, her işin, her çalışma alanının kamu hizmeti olma istidadını içerdiği bir gerçekse de; bazı faaliyetlerin (iç ve dış güvenlik gibi (89)) nitelikleri gereği kamu hizmeti oldukları ve bu "niteliklerini" toplum hayatının başlamasıyla; beki de, toplum hayatını zorunlu kılmaları dolayısıyla daha önceden kazandıklarını ve hangi usulle görülürse görülsünler bu niteliklerini muhafaza edeceklerini söylemek aşırı bir iddia olmasa gerektir. Nitekim, kamu hizmeti "İdarenin varlık sebebi" (90), "Devleti doğuran zaruret" (91) olarak görüldüğünde; içi zaman ve yer koşullarına göre, kanun koyucunun iradesinin karışmasıyla (katkısıyla) doldurulabilen (değişebilen) kamu hizmeti kavramının bir özünün varlığı, az da olsa değişmez bir içeriğinin mevcudiyeti kabul edilmiş ve artık sadece bir deyimden (92) ibaret olduğu, bir "existence" olarak varlığını sürdürdüğü (93) fikri reddedilmiş olur.

"Hattâ bir cemiyette âmme hizmetlerinin hacmi o cemiyetin vardığı tekâmül seviyesi ile mepsuten mütenasiptir (doğrudan orantılı) demek yanlış olma(yacağına)" (94) göre "aynı

(80) Karar metnini önemli bir kısmı için bkz. CHEVALLIER, *Le Service Public*, cit., s. 23.

(81) ONAR, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, cit, C.I., s. 28.

(82) *Id.*

(83) BENOÎT, *Le Droit administratif Français*, cit., s. 770-771.

(84) AZRAK, *Ders Notları*, cit., s. 7.

(85) Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, cit., C. I, s. 29.

(86) *İbid.*, s. 29, (aynı yönde DURAN, *İdare Hukuku*, cit., s. 304).

(87) *İbid.*, s. 42.

(88) DURAN, *İdare Hukuku*, cit., s. 304, aynı yönde CROZAT, *Amme Hizmeti Mefhumu*, cit., s. 6.

(89) Kolluk faaliyetlerinin de bir kamu hizmeti olduğu hakkında bkz. s. 142.

(90) ÖZAY, *Devlet - İdarî Rejim ve Yargısal Korunma*, cit., C. I., s. 47.

(91) ONAR, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, cit., C. I., s. 1.

(92) RUCHET, *Label de service public*, cit., s. 429 vd.

(93) AZRAK, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 31'den naklen: CHENOT, *L'existentialisme et le droit*, RFSP, 1953, s. 57.

(94) ONAR, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, cit., s. 42.

medenî camiaya girmiş bulunan memleketlerde birbirinin aynı olan ve artık **tabii** sayılan bir takım âmme hizmetleri(nin) var(lığının)" (95) kabul etmek gerekir.

Yoğun eleştirilere hedef olan "niteliği gereği kamu hizmeti" fikrinin son yıllarda "virtuel kamu hizmeti" teorisi içinde tekrar canlandığı söylenmektedir (96).

#### 4 - Virtuel Kamu Hizmeti

İlk kez Laroque'un ortaya attığı fakat esas savunuculuğunu Chenot'nun (97) yaptığı virtuel kamu hizmeti; niteliği gereği kamu hizmeti teorisinin değişik bir görünümü olup, aralarındaki önemli fark, ikincisinin kamu hizmetlerini sınırlama amacını taşımasına karşın, virtüel kamu hizmetinin tam tersine, kolaylaştırmaya ve sayıca arttırmaya yönelik olmasındadır (98).

Bu teoriye göre: Bir özel faaliyet halkın ortak ve genel bir ihtiyacını karşılamakta, kamu yararını gerçekleştirmekte (99) ise, aynı zamanda "yollar, rıhtımlar, akarsular, atmosfer gibi kamu emlâki ile özel bir ilişkisi" (100) varsa, İdare ruhsata bağlayabileceği bu tür faaliyetlerde, henüz bir kanun tarafından kamu hizmeti payesi verilmeden (101) bir mevzuat gereği olarak değil de (102) "Kamu yararının yargıcı, bekçisi sıfatıyla ruhsatın öngördüğü edimleri azaltıp çoğaltabilir, hatta gerekirse ruhsatı geri alabilir" (103). Ayrıca kamu hizmeti ilkelere uygun faaliyet gösterme, tarife tespit etme gibi kamu hizmeti yükümlülüklerine (obligations de service public) (104) tabî tutup faaliyetini kolluk denetimi aşar şekilde "içten (int-rinséque)" (105) denetleyebilir.

Bu teori Fransa'da bazı yargısal kararlara esas teşkil etmişse de (106) doktrin tarafından benimsenmiş değildir (107). Kanun koyucuya ait olan yasama yetkisinin İdare'ye terk edilmesi anlamına geldiği (108) başta ticaret ve çalışma özgürlükleri olmak üzere, özgürlükler

(95) ONAR, Almme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı, cit., s. 29.

(96) LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 522.

(97) AZRAK, Millileştirme ve İdare Hukuku, cit., s. 30;  
LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 522.

(98) LAUBADÈRE, id.

(99) AUBY-DUCOS ADER, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, cit., s. 22.

(100) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 17.

(101) LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 522.

(102) AZRAK, Milleştirme ve İdare Hukuk, cit., s. 28.

(103) İbid, s. 29-30.

(104) LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 522, AUBY-DUCOS ADER, Grands services Publics et Entreprises Nationales, cit., s. 22. Ayrıca Bkz. CHEVALLIER, Le service public, cit., s. 24'de metni bulunan : C.E., 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique orientale.

(105) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 18. CHENOT, Conclusion 6 février 1948 Sté radio-Atlantique, (Les Grands Textes administratifs, 1970, s. 436 da metni bulunmaktadır).

(106) - C. E. 29 janvier 1932, Sté des autobus antibois,  
- C. E. 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique orientale  
- C. E. 6 fevrier 1948, Cie carcassonnaise de transports en commun  
- C. E. 6 fevrier 1948, Sté Radio-Atlantique.

Bu kararların metinleri için bkz. CHEVALLIER, Le Service public, cit., s. 23-25.

(107) AUBY-DUCOS ADER, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, cit., s. 2.

(108) LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 522.

bakımından tehlike teşkil edeceği için <sup>(109)</sup> şiddetle eleştirilmiştir. Ancak belirtilmelidir ki doktrinde, virtüel kamu hizmeti başlığını, değişik bir anlam ile, özel kişilerce görülen kamu hizmetlerinin tümüne verilen ortak bir isim olarak kullananlar da bulunmaktadır <sup>(110)</sup>.

Chenot'nun ortaya koyduğu anlamıyla "virtüel kamu hizmeti" teorisini benimsemeye imkan yoktur. Bir özel faaliyet, ancak kamu hizmetinin kuruluşuna ilişkin esaslara uyularak kamu hizmeti haline getirilebilir ve ancak bundan sonra kamu hizmeti yükümlülükleri altına sokulabilir. İdarenin, kendini kamu yararının bekçisi sayarak salt kendi değerlendirmesine göre bir özel faaliyete müdahalede bulunmasına "virtüel kamu hizmeti" gerekçesi vermenin sakıncalarını izaha gerek yoktur. Zaten yetkisizliğin asıl olduğu İdare Hukukumuz açısından <sup>(111)</sup> buna imkan da yoktur.

İdare tüm özel faaliyetleri zaten kolluk açısından denetleyebilecektir. Faaliyetin kazandığı önem karşısında bunun yeterli olmadığı düşünülürse ise kamu hizmeti kuruluş prosedürüne uyulacak; sonuçta hizmeti ya bizzat görecek, ya da özel kişilere de imkan verip, yerine getirilişini denetleyecektir.

Türk doktrininde Sıddık Sami Onar'ın şu satırları, bu teoriye cevap niteliğini taşımaktadır: "İdarerenin müsaadesi ile ifa edilen bazı faaliyetlerde (...) murakaba ancak zabıta murakabası şeklindedir ve İşletme hakkında emir ve direktif vermek selahiyetini tazammun etmez. Sadece zabıta emir ve tedbirleri şeklinde tecelli eder" <sup>(112)</sup>. "Gerçi taksi otomobillerinin ücretleri, ekmek gibi narha tâbi bazı eşyanın fiyatları da evvelce tesbit edilir ve sabittir. Fakat bunların tesbitinde ücret ve fiatların teşekkülünde ki iktisadî esaslar nazarı itibara alın(ır) ve bu ücret fiatları beğenmeyenler çalışmamak veya satmamak hakkın(ı) haiz(dirler)" <sup>(113)</sup> "taksi(metresi) açık bir otomobilin şoförünün isteyen müşteriye hizmetini arzetmesi gibi bu serbestiyi tehdit eden bazı haller varsa da bunlar âmme imtizamının icap ettirdiği zabıta tahdit ve tedbirleridir ve istisnaî mahiyettedir" <sup>(114)</sup> "(Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden bahsettikten sonra) Bu itibarla âmme hizmetleri sadece âmme hükmî şahısları tarafından kurulan teşebbüsler değildir. Bunların nezaret ve murakabaları altında görülen ve diğer karakterleri haiz bulunan hizmetler de âmme hizmetleridir. **Bunların dışında kalan ferdi ve hususî teşebbüsler, gayeleri ve âmme için sağladıkları menfaat ne olursa olsun âmme hizmeti sayılmazlar**" <sup>(115)</sup> demektedir. Ragıp Sarıca da "(İdare) hiç yetki verilmemiş tanınmamış ise tamamen yetkisizdir (...) bir hizmeti görmek istese bunda hatta kamu yararı, genel fayda olduğuna inansa ve gerçekten de böyle olsa bile buna girişemez" <sup>(116)</sup> diyerek Virtuel kamu hizmeti teorisini benimsememektedir.

Türk doktrininde konuyu en fazla işleyen kişi Ali Ülkü Azrak'tır <sup>(117)</sup>. (Tezin kaleme alındığı 1987 yılı itibarıyla. Kavrama yer ve daha geniş bir anlam veren yeni bir yayın olarak

(109) WALINE, *Traité*, cit., s. 522.

CHEVALLIER, *Le service public*, cit., s. 16.

(110) BUTTENBACH, *Théorie Générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Institut Belge des Sciences Administratives, 1952, s. 392.

(111) SARICA, *Ders notları*, cit., s. 32.

(112) ONAR, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, cit., C.I, s. 46.

(113) *Ibid.* s. 20.

(114) *Ibid.* s. 17. Aynı fikir için bkz. BALTA, *İdare Hukukuna Giriş*, cit., s. 17.

(115) *Ibid.* s. 15-16 (Kelimelerin altı tarafımdan çizilmiştir)

(116) SARICA, *İdare Hukuku Ders Notları*, cit., s. 32.

(117) AZRAK, *Ders Notları*, cit., s. 17-22; *Milleştirme ve İdare Hukuku*, cit., s. 28-38.

bkz. ÖZAY, İl Han, Devlet İdarî Rejim ve Yargısal Korunma, C. 111, 1990, s. 34 vd;) Yazar Türk hukukunda virtuel kamu hizmeti kavramının yerleştiğinin söylenemeyeceğini belirtmekle beraber <sup>(118)</sup> Danıştay'ın iki kararını inceleyerek <sup>(119)</sup>, Ankara Belediyesi sınırları dahilinde çalışacak olan minibüslerin faaliyetlerinin yönetmelikle düzenlenmesi üzerine açılan dava sonucu verilen karar karşısında, minibüs işletme faaliyetinin "Chenot'un kriteri uygulandığı takdirde, bunun bir 'Service Public virtuel' başka bir deyimle, 'Kamu hizmeti olma istidadı gösteren bir faaliyet' olduğu ileri sürülebilir" <sup>(120)</sup> demektedir.

Kanımca, burada 'virtüel kamu hizmeti' söz konusu olmayıp özel kişilerce görülen gerçek "réel" <sup>(121)</sup> bir kamu hizmeti bulunmaktadır. Konu ile ilgili yasal düzenleme olan 1580 sayılı Belediye Kanununun 19. maddesinin 5. fıkrasına <sup>(122)</sup> göre "Belediye hudutları dahilinde muayyen mıntıklar arasında yolcu nakil vasıtası olarak otobüs, ombinüs, otokar, tünel, trolley, finüküler işletmek... **münhasıran** belediyelerin hakkıdır". Bu yazım tarzı, faaliyetin bir kamu hizmeti olarak kurulduğunu ve ilgili İdare birimi olarak da belediyenin seçilmiş olduğunu göstermektedir. Ayrıca 5. fıkranın diğer paragrafında kamu hizmeti olduğunu destekler nitelikte düzenlenmeler yer almaktadır: "Bunların, belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya icara verilmesi veyahut **imtiyazın devri İcra Vekilleri Heyeti** kararına bağlıdır".

İşte bir kamu hizmeti olarak Belediyelere verilmiş bu faaliyet, yasal düzenlemenin açık hükmü ile <sup>(123)</sup>, belediyelerin takdirine bağlı olarak verecekleri ruhsatla özel kişiler tarafından da (kamu hizmeti olarak) yerine getirilebilecektir. Hizmetin asıl sahibi/yükümlüsü Belediye olduğu için de hizmetin görülüşüne ilişkin gerekli düzenlemeleri yapılabilecektir. Nitekim Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun aynı konuda daha evvel vermiş olduğu bir kararda <sup>(124)</sup> Başkanun sözcüsü Vecihi Tönük "Kamu hizmeti niteliği taşıyan bu gibi nakil araçlarını işletme işleri inhisarı tazammun etmemek şartı ile Belediyeler isterlerse ruhsata bağlamak suretiyle başkalarında yaptırabilirler. Bu takdirde idare hukuku bakımından belediyeye ait kamu hizmeti niteliğindeki bir iş ve teşebbüsün başarılmasına vatandaşların iştirakini ve yardımını sağlamak demek olur ki bu durumda ilgili belediyenin bahis konusu işi kamu yararının gereklerine uygun tarzda düzenlemesi belediyenin görev ve yetkileri ve hattâ ödevleri cümlesindedir" <sup>(125)</sup> şeklinde düşünce belirtmektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, virtüel kamu hizmeti teorisini, kamu hizmetinin bir görülüş biçimi şeklinde ele almamak gerekir. Belki kamu hizmetinin kuruluşu aşamasında kanun koyucuya yol gösterici olarak, faaliyetin kazandığı "önem" in bir ifadesi olarak, Ana-

(118) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 21.

(119) D. 12. Daire, 23. 10. 1967, E. 1967/518 - K. 967/1679, D.K.D. 119-122 s. 394-397.

D.D.D.K., 30. 6. 1967, E. 1967/134 - K. 1967/708, D.K.D. 115-118, s. 155-162.

(120) AZRAK, Ders Notları, cit., s. 20; Millileştirme ve İdare Hukuk cit., s. 36-37.

(121) AZRAK, Millileştirme ve İdare Hukuk, cit., s. 30.

(122) R.G. 14 Nisan 1930-S. 1471 (Değişik 3666-5. 7. 1939)

(123) "Belediyeler dilerse inhisarı tazammun etmemek şartıyla bunların işletilmesine ruhsat dahi verilir" Md. 19/5 fıkra/2 paragraf/son cümle.

(124) D.D.D.K., E. 1964/1065 - K. 1966/1314. DK.D. S. 107-110, s. 166 - 171.

(125) İbid. s. 166 - 167.

yasamızın 47. maddesindeki anlamıyla "kamu hizmeti niteliği taşı(ma)" şeklinde anlamak mümkündür (126).

Özel Eğitim Kurumları (127), Özel Hastane (128) uygulaması, şehir içi toplu taşıma örnekleri (129) vakıf üniversite (130) örnekleri dikkate alındığı takdirde Türk idare hukuku'nda da Fransa'da içtihatlarla gelişen (131) ve doktrince benimsenen (132) tarzda, kamu hizmeti imtiyazı dışında ve özel kişilerce kamu hizmetlerinin yürütülmesinin kabulü yönünde bir gelişmenin olduğu sonucuna varılabilir (133).

- (126) YAYLA, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 64'de yazılanlar gözönüne alındığında aynı fikirde olduğu söylenebilir.
- (127) Bkz. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, özellikle md. 2, 3, 10, 12, 16, 31, 32, 49.
- (128) 2219 sayılı Hususi Hastahaneler Kanunu R.G. 5 Haziran 1933.
- (129) 1580 sayılı Belediye Kanunu md 19/fıkra 5/paragraf 2/son cümle.
- (130) 1982 Anayasası md 130/2. paragraf ile son paragraf
- (131) Bkz. sh. 6 dp. 22.
- (132) Örnek olarak bkz. CHEVALLIER, Le service public, cit., s. 13; AUBY-DUCOS ADER, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, cit., s. 28 vd.; LAUBADÈRE, Traité, cit., s. 552.
- (133) Karşılaştırınız DURAN, Ders Notları, cit., s. 343. Aksi fikirde AZRAK, Ders Notları, cit., s. 21; YAYLA, İdare Hukuku Ders Notları, cit., s. 64'de "Kimi kamu hizmetleri de, idare adına özel kişilerce yürütülebilir" demektedir; s. 72'de ise "Başka bir ifadeyle, Türkiye'de kamu hizmeti idarenin tekelindedir. Tabii, imtiyazlı şirketin ileride değineceğimiz, uzun süreli de olsa geçici durumu ile vakıf üniversite istisnası dışında" şeklinde fikrini belirtmektedir.