

KAMU HİZMETİ HAKKINDA

Doç. Dr. Pertev BİLGİN

Anayasa Mahkemesi, E. 1979/1, K. 1979/30, T. 21.6.1979; R.G., 16869/14.1.1980

“... Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynakların arama ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması Anayasa Koyucusunun bu işleri (kamu hizmeti) niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır.”

I. Bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelemek ve Devletin görevleri arasına almak Kanun Koyucunun yetkileri arasında bulunduğu göre, Anayasalar da, bazı faaliyetleri Devletin görevleri arasına alabilirler, onların kamu hizmeti olarak yürütülmesine karar verebilirler. Bu faaliyetler artık, mahiyetleri itibariyle olmasa bile, bu Anayasa hükmü sebebiyle kamu hizmetidirler.

Örneğin, 1961 Anayasası'nın 48, 49 ve 50 inci maddeleri ile, sosyal güvenlik, sağlık ve konut, eğitim ve öğretim faaliyetleri birer sosyal kamu hizmeti olarak devletin görevleri arasında sayılmıştır. Bu Anayasa hükümleri sebebiyle, artık Kanun Koyucuya düşen görev, söz konusu kamu hizmetlerini kurmak ve işletmekten ibarettir¹.

II. Devletin kamu hizmeti olduğunu beyan ile kurulması ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin mutlaka tekel şeklinde Devlet tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir.

1) Doç. Dr. Ali Ülkü AZRAK, “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun”a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler, YARGI, Mart 1980, Sayı 47, s. 17. “...Madenlerin aranması ve işletilmesinin maddî (işlevsel) anlamda bir kamu hizmeti olduğunu **Anayasanın 130. maddesine dayanarak** savunmak olanaksızdır” aksi fikirde görünmektedir.

1. Aynı faaliyeti Devlet ve kişiler birbirine paralel olarak yürütebilirler. Örneğin, *giyim eşyası üretimi* Devlet tarafından “kamu hizmeti” olarak yürütülmekte iken, kişiler tarafından da — izin, ruhsat, imtiyaz sözleşmesi gibi herhangi bir hukuki işlem araya girmeksizin — yürütülmektedir.

Bu tip faaliyetler bir kamu özgürlüğünün kullanılması olarak kabul edildiği içindir ki, araya bir hukuki işlem girmemekte, Devletle kişi arasındaki ilişki bir iç ilişki olmamakta, Devletin yetkileri *denetim ve gözetim* seviyesine ulaşmamaktadır. Bu sebeple kişiler, bu tip faaliyetleri kural olarak, kamu hizmetinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek zorunda bulunmamaktadırlar.

2. Bazı kereler ise, Devlet bir faaliyetin kurulmasını ve işlemlerini kamu hizmeti olarak kendisi üstlenir, bu kamu hizmetinin kişiler tarafından yürütülmesini kural olarak yasaklar, özel usullere bağlar. Örneğin, Belediye Kanununun 19 uncu maddesinin 5 inci bendinde olduğu gibi: Buna göre, Belediye hudutları içinde belli bölgeler arasında otobüs işletmek bir kamu hizmeti olarak kurulmuş, kişilere yasaklanmış ve kişilerin bu faaliyeti yürütülmeleri için bir imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi veya ruhsat alınması şart koşulmuştur.

Görüldüğü gibi, bu defa kişilerin bu faaliyeti yürütmeleri artık bir kamu özgürlüğünün kullanılması olarak kabul edilmemiştir. Araya ruhsat veya imtiyaz sözleşmesi gibi bir hukuki işlem girmektedir. Belediyenin yetkileri kolluk yetkilerini aşmakta, İdare ile kişi arasında bir iç ilişki kurulmakta, İdare'nin yetkileri denetim ve gözetim seviyesine ulaşmaktadır. Kişiler bu faaliyeti artık kamu hizmetlerinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek zorundadırlar.

Bunun gibi, sosyal güvenlik kamu hizmeti Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur, T.C. Emekli Sandığı tarafından yürütüldüğü gibi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 inci maddesine göre, özel hukuk tüzel kişileri tarafından da yürütülmektedir. Tıbbi bakım kamu hizmeti de böyledir. Bir yandan Devlet, belediye, Sosyal Sigortalar Kurumu v.s. tarafından yürütülürken, öte yandan 2219 sayılı Kanun hükümlerine uygun hareket etmek ve ruhsat almak şartı ile özel kişilerce de yürütülebilmektedir. Öğretim ve eğitim kamu hizmeti de böyledir. Bir yandan Devlet, öte yandan 625 sayılı

Kanuna göre, alınacak bir ruhsat ile özel kişiler tarafından da yürütülebilir.

Bu son üç örnekte bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi kişilere *ruhsat* ile devredilmektedir. İlgili kanunlar incelendiği zaman görülecektir ki, İdare ile özel kişi arasındaki ilişki bir iç ilişkidir, denetim ve gözetim seviyesindedir, kişiler bu faaliyeti kamu hizmetlerinin tabi olduğu kurallara göre yürütmek zorundadırlar. Özel kişiler tarafından yürütülmesine rağmen faaliyet kamu hizmeti niteliğini korumaktadır².

III. Bizim düşüncemize göre, Anayasanın 130 uncu maddesi madenlerin aranması ve işletilmesini Devletin görevleri arasına alarak bu faaliyetin bir kamu hizmeti olduğunu açıkça kabul ve beyan etmektedir. Ancak, Anayasa'nın kabulünden çok önce, de, *madenle-*

2) Doç. Dr. Ali Ülkü AZRAK, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti", İHFM., Cilt 36, Sayı 1-4, Ayrı Bası, s. 17-18; "Millileştirme ve İdare Hukuku", İstanbul 1976, s. 34-35. AZRAK, her iki eserinde de, iki Danıştay kararını zikrederek **özel okul işletme faaliyeti** (bu kamu hizmetlerinin —bazı kayıt ve şartlarla— özel teşebbüs tarafından da yürütülebileceğini açıkça belirten ilk mahkeme kararı olmak itibarıyla...) ile minibüs işletme faaliyeti (...imdi bu teşebbüs ile İdarenin ilişkisini bir imtiyaz sözleşmesi ilişkisi olarak kabul etmeye imkân olmamakla beraber ... CHENOT'nun kriteri uygulandığı takdirde bunun bir "service public virtuel" ... olduğu ileri sürülebilir) özel kişiler tarafından yürütülen kamu hizmetlerine örnek gösteriyordu. Yukarıda söylediğimiz gibi, her iki faaliyet de kişiler tarafından ancak bir ruhsat ile yürütülebilmekte, başka bir ifade ile, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi —bir sözleşme ile değil— bir ruhsatla kişilere devrolunmaktadır. AZRAK'ın bu düşüncesini değiştirdiği söylenebilir: (Bir kamu hizmetini ruhsatla görmek olanaksız olduğu gibi...), (...Devlete paralel olarak özel kişilerin yaptığı kimi etkinlikleri, bu arada **özel hastahane hizmetleri, ulaşım hizmetleri** ve hatta giyim eşyası üretimi etkinliklerini bile, gerçek anlamda, kamu hizmeti saymak gerekecektir ki, bu, günümüz hukuk gerçeğine uymamaktadır. (Bkz. a.g.m., YARGI, s. 12-13). Oysa, yukarıda söylediğimiz gibi, hem özel hastahane hem de zikredilen ulaşım faaliyetleri, kurulması ve işletilmesi bir ruhsatla özel kişilere devrolunan kamu hizmetleridir. Özel kişi tarafından yürütülmeleri onların kamu hizmeti niteliğini etkilemez.

rin aranması — 2804 sayılı Kanunla Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü kurularak — ve *işletilmesi* — 2805 sayılı Kanunla Etibank kurularak — birer kamu hizmeti sayılmışlardır. Yani kısacası, madenlerin aranması ve işletilmesi 1935 yılından beri bir kamu hizmetidir.

Bu sebeptendir ki, madenlerin aranması ve işletilmesi faaliyetlerine yeniden kamu hizmeti niteliği kazandırmak gerekmez. Madenlerin aranması ve işletilmesi faaliyetinin Devlet faaliyetleri arasına alınmasının tek yolu Devletleştirme usulü olsaydı, Anayasa'nın 39 uncu maddesinde aranan "kamu hizmeti niteliği taşıma" şartı kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktı.

IV. Ne var ki, 6309 sayılı Maden Kanununa göre verilen işletme ruhsat ve imtiyazları bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini özel kişilere devreden işlemler olmayıp, kişilere, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bir doğal zenginlikten yararlanma izni veren idari işlem ve sözleşmelerdir³.

Özellikle işletme imtiyazını kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelmediğimize göre, — işletme ruhsatı için öncelikle — yani maden imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi özel kişilere devrolunmadığına göre, kamu hizmeti imtiyazlarına has bir usul olan "rachat"nın işletme ruhsat ve imtiyazlarına uygulanamayacağı sonucuna varmak zorunlu bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi "yönetim hukukunun genel ilkelerinin — sözgelimi rachat hükümlerinin tümü ile uygulanmasına olanak bulunmadığından..." diyerek, belki iyi bir ifade kullanmamıştır ama, işletme ruhsat ve imtiyazlarına rachat'ın uygulanamayacağı hakkında vardığı sonuç doğrudur.

3) Anayasa Mahkemesi anılan kararında her halde imtiyazı kastederek, bu ilişkinin "yönetimsel sözleşme" olduğunu beyan etmektedir. AZRAK ise, Anayasa Mahkemesinin (...maden imtiyazının da bir kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi niteliği taşıdığı konusundaki görüşü...) demek suretiyle, Yüksek Mahkemenin maden imtiyazlarını kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelmediğini yazmaktadır. Bkz. a.g.m., YARGI, s. 12.