

**TÜRK HUKUKUNDA
KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE KRİTERLERİ
CONCEPT OF PUBLIC SERVICE AND ITS CRITERION**

Arş. Gör. Dilşat YILMAZ*

ÖZET

Kamu hizmeti kavramı, pek çok idare hukuku kavramına kaynak olma niteliği ile İdare Hukukunda çok önemli bir konuma sahiptir. Kavramın içeriği konusu yakın zaman kadar tartışma konusu olurken, son zamanlarda kavramın akıbetinin ne olacağı tartışılmaktadır. Ekonomik yaklaşımların kamu hukuku alanında etkisini artırması ile birlikte, kamu hizmeti gerek terminolojik gerek içerik açısından büyük değişimler geçirmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Kamu hizmeti, kamu yararı, özel hukuksal rejim, evrensel hizmet, terminolojide değişim.

ABSTRACT

Public service concept has a very important situation in Administrative Law because of the fact that it is source of many Administrative Law concepts. Not long ago the content of public service content was disputatious, nowadays new debate is "its existence". Along with the expanding influence of economic approaches in public law, there is a range of changes in the area of public service terminology and content.

KEY WORDS

Public service, public benefit, special legal system, universal service, change in terminology.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku

I. GİRİŞ

İdare Hukukunda merkezde bir rol oynayan ve yıllardır tartışılmalan “kamu hizmeti” kavramı, son yıllarda daha çok gündeme gelmeye başlamıştır. Avrupa Birliği’nin giderek genişlemesi ve buna bağlı olarak da serbest piyasa ekonomisinin kurallarının pek çok alana olduğu gibi hukuk alanına da müdahalesi, eski tartışmaların da bir adım ötesine giderek kamu hizmeti kavramının varlığını sorgulanır hale getirmiştir. Eskiden yapılan tartışmalar, genellikle kamu hizmetinin ‘tanımlanması’ ya da ‘sınırlarının belirlenmesi’ noktasında yaşanırken, son tartışmalar onun ‘varlığına’ ilişkin olarak yapılmaya başlanmıştır.

Çalışmamızda kamu hizmetinde gerek Avrupa Birliği gerek Türkiye’de geline son nokta, kavramın algılanışında yıllardır süren farklılaşmalar da belirtilmek suretiyle ele alınacaktır. Diğer bir ifade ile çalışma tamamlandığında, kamu hizmeti kavramının algılanışındaki son durum, bu noktaya gelen süreçle bir bütün halinde sunulmuş olacaktır. Bu şekilde bir plan izlenerek yapılacak olan çalışma, kamu hizmeti kavramında yaşanan değişimleri bir bütün halinde gözler önüne sermiş olacaktır.

II. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

19. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan ‘kamu hizmeti’ kavramı, idare hukukunun en temel kavramlarından biridir. Kavram, dünyadaki gelişimine ve önemine paralel olarak, Türk idare hukuku tarihinde de yerini almıştır. Kamu hizmeti kavramı, Osmanlı devletinden bugüne kadar geline süreçte önemli bir yer tutmuştur¹.

Kamu hizmet kavramının idare hukuku açısından önemi, hemen her dönemde devlete ilişkin normlarda düzenleme konusu yapılmasından da anlaşılmaktadır. Anayasamız ve mevzuatımız incelendiğinde de bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmeti kavramını tanımlamaya yönelik çalışmalar yanında bu kavramın önemini yani idare hukuku anlamındaki yerini tespit noktasında bazı farklı görüşler ortaya atılmıştır. Başka bir ifade ile, kavramın önemi sebebiyle, bu konuya ilişkin pek çok tartışma da söz konusu olmuştur.

¹ Detaylı bilgi için bkz GÜLAN Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S.1-4. , s. 97 vd.

B. Kavramın Önemi

Kamu hizmeti kavramının idare hukukunda merkez denilebilecek bir konumda yer almaktadır. Kamu hizmeti kavramının idarenin faaliyet alanını belirlemede, idari yargının görev alanını saptamada, memur, idari sözleşme gibi idare hukukuna ilişkin pek çok konuda kilit rol oynaması yani kamu hizmeti kavramından yola çıkarak diğerlerinin sınırlarının çizilebilmesi, kavramın idare hukuku açısından önemini anlatmaktadır². Diğer bir anlatımla, idare hukukuna ilişkin pek çok kavramı açıklayabilmek için kamu hizmeti kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum göstermektedir ki, kamu hizmeti kavramı pek çok idare hukuku kavramını tanımlamak bakımından referans niteliğindedir.

Ulusoy'un belirttiği gibi "Duguit'in kamu hizmeti kavramını idare hukuku teorisinin merkezine oturtması ve hatta idare hukukunu 'kamu hizmetleri hukuku' olarak algılamasının nedeni de daha rahat anlaşılabilirliği"³.

İdare hukuku açısından kilit role sahip olan bu kavramın açıklanabilmesi pek de kolay olmamıştır. Bu zorluğun çeşitli sebepleri bulunmaktadır⁴: Bunlardan en önemlisi, kamu hizmeti kavramının sadece hukuki boyutu olmaması aynı zamanda iktisadi bir boyutunun da bulunmasıdır⁵. Bu duruma yol açan diğer bir sebep de, kavramın idare hukukunu aşan bir yapıya sahip olması olarak gösterilmektedir⁶. Ayrıca, Orak'ın da ifade ettiği üzere, kavramın zaten kural ve pek çok belirsiz kavram barındıran bir alan olan İdare Hukuku içinde tanımlanmaya çalışılması da, kamu hizmeti kavramını tanımlama çalışmalarına zorluk katmaktadır. Tüm bu zorluklar, kavramı dönemselsel ihtiyaçlara göre belirleme şeklinde bir teamülün de ortaya çıkmasına yol açmıştır⁷.

² Aynı yönde bkz ULUSOY Ali, "Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme", *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, 26 Mart 2004, BTHAE Yayınları, s. 59.

³ ULUSOY, *Sempozyum*, s. 60.

⁴ Detaylı bilgi için bkz ORAK Çağatay Cem, "Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?", *TBB Dergisi*, S. 68, s. 163.

⁵ "Kamu hizmeti, 'devletin işlevleri/görevleri' şeklinde siyaset bilimi alanında; 'kamu kesimi', 'kamu malı' şeklinde de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarında incelenmektedir". KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan, Ankara 2002, s. 9.

⁶ Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda bkz BALTA T. Bekir, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1970, s. 18.

⁷ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 162 vd.

Kamu hizmeti kavramındaki belirsizlik idare hukukunun teori alanında belirttiğimiz sıkıntıları yaratmanın yanı sıra uygulamada yönetilenler açısından da sorun yaratabilecek bir görünüm arz etmektedir. Bilindiği üzere, idare hukukunun ve hukuk devletinin temel özelliklerinden bir tanesini devlet faaliyetlerinin belirliliği oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca, idarenin bütün faaliyetleri belirlidir ve öngörüldüğü koşul ve şekillerde gerçekleşir. Ancak kamu hizmeti kavramındaki belirsizlik, idarenin faaliyetlerinin öngörülebilirliği konusunda sorun yaratabilecek niteliktedir⁸. Bunu yanısıra, kamu hizmeti olarak belirlenen alanın, girişim özgürlüğü gibi bazı temel hak ve özgürlükler ile yakın ilişki bulunması yani bu özgürlükler bakımından sınırlayıcı etkisi olduğu için, kavramın sınırlarının net olarak belirlenmesi gereği hukuk devleti bağlamında kendini yoğun şekilde kendini göstermektedir. Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki zorluk yanında, idare hukuku alanında son derece önemli bir yer tutan kavramın, idare hukukunu temellendirme noktasında tek kavram olup olmadığı da, Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de yoğun bir şekilde tartışılan konulardan olmuştur.

Kamu hizmetinin kurucusu olan Bordeaux Ekolüne göre, “*İdare hukuku kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edilmiştir...Devlet, bu görüşe göre kamu hizmetleri teşkilatının bütünüdür. Kavram hem idarenin ve onun örgütlenmesi ve faaliyetlerini kurallara tabi kılan idare hukukunun varlık sebebini hem de içeriğini belirler*”⁹. Devlet, bireylerin ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve onların iyiliğini gerçekleştirmek için vardır. Başka bir ifade ile, Orak’ın da ifade ettiği gibi, kamu hizmeti kavramının sınırlarının belirlenmesi, aslında idari teşkilatın da içinde yer aldığı devletin ontolojik olarak ispatı anlamına gelmektedir¹⁰. Bu anlayışa göre kamu hizmeti, idare hukukunda her türlü soruna çözüm olabilen yegâne kaynaktır ve Duguit’in de ifade ettiği gibi idare hukuku, kamu hizmetleri hukukundan başka bir şey değildir, idare hukukunun konusunu kamu hizmeti etkinlikleri oluşturmaktadır.

Kamu hizmeti doktrininin “kamu hizmeti” kavramını idare hukuku açısından tek kaynak yapan görüş, çeşitli eleştirilere uğramıştır. Bazı yazarlar idare hukuku açısından sınırları belirlemede temel alınması gereken ilk ölçütün “kamu hizmeti” değil, “kamu kudreti” olduğunu ifade etmişlerdir. Hauirou’ya göre, idare hukukunun alanını belirlemede temel kavram, ‘kamu kudreti’dir¹¹.

⁸ Aynı yönde bkz ORAK, s. 163.

⁹ ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara 2006, s. 475.

¹⁰ ORAK, s. 165.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz ATAY, s. 476.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmeti ekolüne gelen diğer eleştiriler de, “kamu hizmeti” kavramının idari kolluk faaliyetlerini kapsamadığı, devletin ekonomik-ticari ve sosyal alanda faaliyette bulunma zorunluluğu olduğu ve devletin bu alanlarda özel hukuka tabi olarak da faaliyet gösterdiği şeklinde olmuştur. Ayrıca Fransa’da bu gelişmelere paralel olarak, “kamu hizmeti” kavramının idare hukukunda yegâne kavram olmadığına dair yargı kararları verilmiştir¹².

Kamu Hizmeti kavramının idare hukuku alanındaki öncelik sırasını belirlemeye yönelik bu tartışmalar, tanımının yapılması konusunda da belirsizliklere sebep vermiştir. Kavramın günümüz koşullarında geçirmeye başladığı değişimle birlikte, tanımı konusunda hatta kavramın geleceği konusunda kriz ortaya çıkmıştır. Ancak, her ne kadar kamu hizmeti kavramının öncelik sırası ve tanımı konusunda net bir çözüm bulunamasa da, kavramın idare hukuku açısından son derece önemli olduğu, pek çok kavramı tanımlamada esas alındığı başka bir ifade ile, “referans” olduğu da bir gerçektir. Tan bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Kamu hizmeti kavramının bir kimlik bunalımı geçirdiği ileri sürülmekle beraber, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, XX. Yüzyılın başındaki kadar olmasa da, hala belirleyici rol oynadığı kabul edilmektedir*”¹³. Dahası “*örgütlenmiş, kurumsal yapı ve hukuk düzenini oluşturan her toplumda ve dolayısıyla her ülkede bazen uygulama alanını genişleterek bazen de daraltarak, uygulama yöntemlerinde değişiklikler getirerek kamu hizmeti varlığını devam ettirecek, ancak hiçbir zaman tamamen yok olmayacaktır*”¹⁴. “*Bir Fransız idare hukukçusunun kamu hizmetinin bir etiket olup olmadığını tartıştığı yazısına ‘ünlü bir ihtiyardan son haberler’ başlığını koyması, hatta kamu hizmeti kavramına hala önem verenlerin yıkılan anıttan geriye kalan taşlarla avunana arkeologlara benzetilmesi kamu hizmeti kavramının artık önemini yitirdiği izlenimini veriyorsa da kavramın hala önemini koruduğunu söylemek yanlış olmaz*”¹⁵.

¹² 1921 tarihli Bac d’Eloka kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınabileceğini ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların da adli yargıda çözümlenebileceğini kabul etmiştir. Detaylı bilgi için bkz ATAY, s. 476 vd.

¹³ TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, S. 8, s. 233.

¹⁴ TAN Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 329.

¹⁵ ULUSOY, Sempozyum, s. 60.

III. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ SINIRLARI

Kamu hizmeti kavramının idare hukukundaki öncelik sırasına ve tanımına yönelik tartışmalar olsa da, idare hukukunda referans olan bu kavramın sınırlarının en azından ana hatları ile belirlenmeye çalışılması gerekmektedir. Hangi hizmetin kamu hizmeti olduğu ya da olması gerektiği konusunda, farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Kavram ile ilgili detaylı bilgilere geçmeden önce bunlarla da yakın ilişkili olan kısaca bu yaklaşımlara kısaca bakalım:

Kamu hizmeti yaklaşımlarından ilkinde göre, belirli faaliyetler nitelikleri yani taşıdıkları özellik sebebiyle kamu hizmeti olarak kabul edilmelidirler. Duguıt'e göre, "eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülemiyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu hizmetidir ve idare tarafından üstlenilmesi gerekir"¹⁶. Bu yaklaşım "objektif anlayış" şeklinde de ifade edilmektedir¹⁷.

Objektif anlayışta sorun yaratan nokta, "niteliği gereği kamu hizmeti" olmaktan ne anlaşılması gerektiği ve bunun nasıl saptanacağına ilişkin olmaktadır. Çünkü ifade edildiği üzere, "niteliği gereği kamu hizmeti" kıstasını açıklarken kullanılan kavramlar (toplumsal yaşam için mutlaka gerekli olma gibi)da son derece muğlak ve değişken niteliktedirler¹⁸. Bu görüşü eleştiren yazarlara göre, bir faaliyetin nitelik olarak kamu hizmeti olması düşünülemez çünkü her faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edilebilir, yeter ki zaman ve koşullar bunu gerektirsin¹⁹.

Virtüel kamu hizmetinde bu hizmet için siyasi otorite tarafından "kamu hizmeti" tanımlaması yapılmamaktadır. Ancak özel kesim tarafından yürütülen bir faaliyet ile kamu yararı, idarenin kolluk yetkisini aşan bir denetim içinde giderilmektedir. İdarenin kamu hizmetinin takipçisi olma sıfatı ile hizmeti gören kesime müdahale olanağı bulunmaktadır. Virtüel kamu hizmetinin varlığı ve niteliği konusunda, doktrinde farklı kabuller bulunsa da, niteliği gereği kamu hizmeti taşıma noktasında dikkatlere sunulması gereken bir durumdur²⁰.

¹⁶ Aynı yönde bkz ORAK, s. 166.

¹⁷ "Bu teori, iktisattaki liberal doktrinlerin, devlet müdahaleciliğine karşı çıkan görüşün etkisiyle ortaya atılmıştır". GÜLAN Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Prof. Dr. Lütfi DÜKAN'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 154.

¹⁸ Bkz DÜKAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 304.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz GÜLAN, Kavram, s. 156 vd.

²⁰ Bkz TAN, Kriz, s. 330.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmetine sübjektif yaklaşım uyarınca, kamu hizmetleri kategorisinin oluşturulmasında, hizmetin niteliği değil, siyasi otoritenin kararları belirleyici rol oynamaktadır²¹. Duguit'in kamu hizmeti kavramı konusunda yaptığı tanımın "hizmetin kamu hizmeti olmasına kimin karar vereceği" noktasında eksik olduğuna inanan Jéze sübjektif yaklaşımı desteklemiş ve kamu hizmeti kavramını kavramına farklı bir boyut kazandırmıştır.

Sübjektif yaklaşımın gerek Türk gerek Türk idare hukuku öğretisine esin kaynağı olan Fransız idare hukuku öğretisinde objektif kriterden daha çok kabul gördüğü dikkat çekmektedir. Bu anlayış bugün için de genel olarak kabul görmektedir. Kamu hizmeti konusunda mutlak/objektif anlayıştan, göreceli anlayışa doğru bir kayma yaşanmaktadır. Truchet'e göre, "*kamu hizmeti belli faaliyetler üzerine siyasi iktidar tarafından yapıştırılan bir etiketten(label) ibarettir*"²². Gerçekten de siyasi otoritenin gerekli görmesi halinde, bir hizmete kamu hizmeti olarak nitelendirmesi mümkündür.

Anayasamızın 47. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm de sübjektif yaklaşımı destekler niteliktedir: "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*". Anılan bu düzenleme uyarınca gerektiğinde özel teşebbüsün yürüttüğü bir faaliyetin devletleştirilerek kamu hizmeti niteliği kazanması söz konusu olabilecektir.

Kamu hizmeti konusunda sübjektif anlayışın ağırlıklı olarak benimsenmesi karşısında, Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, Yüce Mahkemenin objektif kamu hizmeti anlayışını esas aldığı görülmektedir. Mahkemeye göre bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptamada niteliği esas alınmalıdır. Mahkeme Anayasa'nın 47. maddesini de siyasi otoritenin iradesinin belirleyici olması şeklinde değil de, niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetin özel kesimce yürütülmesinin onun kamu hizmeti niteliğini etkilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır²³.

Kamu hizmetini tanımlama konusunda sübjektif yaklaşım esas alındığında ise, siyasal iradenin net olarak anlaşılabilmesi halinde kamu hizmetinin ne şekilde saptanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya daha sonra değinilecektir.

²¹ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

²² AYM, 22.12.1994, E 1994/70, K 1994/65-2, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

²³ Sübjektif kriteri oluşturmada kullanılacak kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 61-63.

Kamu hizmeti konusunda bir diğer yaklaşım olan ‘iktisadi kamu hizmeti anlayışı’ temel olarak kamu hizmeti kavramının alanının daha sınırlı bir hale gelmesi gerektiği temelleri üzerine oturmaktadır. Bu anlayış uyarınca kamu hizmetleri ancak özel kesimlerce yürütülmesi söz konusu olmayan faaliyetlerde gündeme getirilmelidir. Kamu hizmeti anlayışındaki değişim noktasında, bu yaklaşım da ağırlığını daha fazla hissettirme yolunda ilerlemektedir. Avrupa Birliği’nde kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişimler de bu gerçeğe dikkat çekmektedir.

Geldiğimiz noktaya kadar yapılan değerlendirmeler sonucunda, bugün için genel olarak subjektif kamu hizmeti yaklaşımının geçerli olduğunu yani kamu hizmetini belirlemede siyasi otoritenin iradesinin geçerli olduğunu görmekteyiz. Bu noktada da bazı sorunların ortaya çıkması muhtemel görünmektedir. Şöyle ki, kamu hizmetini belirleme gücüne sahip olan siyasi otoritenin bu belirlemede kıstas olarak neleri dikkate alması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada da, karşımıza birtakım kriterler çıkmaktadır²⁴:

Kamu Yararı Kriteri, subjektif anlayışı şekillendirme noktasında kullanılan kriterlerden biridir. Bu kriter uyarınca, siyasi otoritenin yürütülmesinde kamunun yararını saptadığı hizmetler, kamu hizmeti haline getirilmelidir. ‘Kamu yararı’ kıstasını belirlemede dayanak olarak almanın sorunlu bir yanı bulunmaktadır: Hangi faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı olduğunu saptamak ne yazık ki kolay değildir. Doktrinde “Ekâbir kamu hizmetleri” şeklinde de ifade edilen temel bazı kamu hizmetlerinde kamu yararı olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak günümüzde birçok faaliyetin kamu yararı gereği olup olmadığı tartışma yaratmaktadır. Bunun yanı sıra örneğin bir kamu hizmetine katkı sağlamak amacıyla kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerde doğrudan bir kamu yararı görmek mümkün değildir²⁵. Aslında burada yine objektif kamu hizmeti anlayışının eleştirilen yönü ile benzer bir durumla karşılaşmaktayız. Şöyle ki, niteliği gereği kamu yararı barındıran hizmetler grubu oluşturmak imkanı bulunmamaktadır. Kamu yararını belirleme noktasında, iktisat bilimi verilerinin siyasi otoriteye yol gösterici nitelikte olabileceği de ifade edilmektedir²⁶.

²⁴ Detaylı bilgi için bkz ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke, İstanbul 2004, s. 19–20., aynı yönde bkz AKYILMAZ, s. 330.

²⁵ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

²⁶ “*Ekonomik alanda bir takım kamu hizmetlerinin varlığı kabul edilince, kamu hukuk usulleri de, ister istemez kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan çıkıp, sonucu olmuştur*” ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, C. 9, S. 4, Aralık 1976, s. 76.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmetinin özelliklerinden bir diğeri, bu faaliyetlerin siyasi otorite tarafından spesifik bir hukuki statü içine yerleştirilmiş olmasıdır. Şöyle ki, özel hukuksal rejim kriteri uyarınca, özel kesim faaliyetleri ile aynı hukuksal rejime tabi tutulan faaliyetler kamu hizmeti olarak nitelendirilemezler. Kamu hizmeti olarak öngörülen faaliyetler için, özel kesim faaliyetlerinde söz konusu olmayan birtakım ayrıcalıklar ve yükümlülükler söz konusudur.

Özel hukuksal rejim kriterinde esas alınan, faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden ayrı bir statü içerisinde olmasıdır. Yoksa, faaliyetin görülüş şeklinin hangi hukuk düzenine tabi olduğu değildir. Faaliyet özel hukuk usulleri içinde ya da kamusal yönetim usullerinde de görülebilir²⁷. Duran'ın da ifadesiyle “*eski olsun yeni olsun hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin bir surette, yalnızca Kamu Hukukuna veya sadece Özel Hukuka göre yürütülmemektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejimi, tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte çeşitli düzenlerdir. Bunlardan klasik idari kamu hizmetlerinin rejimi en yoğun biçimde kamu hukuku ise; sınai ve ticari kamu hizmetlerinin statüsü özel hukuka çok geniş yer vermiş olabilir*”²⁸. Önemli olan faaliyetin görülme usulü değil, “kamu hizmeti” niteliğinden kaynaklanan farklı bir statü içinde yer almasıdır.

Bir diğer kriter olan özel faaliyet olarak yürütülememe kriteri uyarınca, kamu hizmeti olacak faaliyetleri belirlerken siyasi otoritenin dikkate almak zorunda olduğu diğer bir ölçüt de, bu hizmetin özel faaliyet şeklinde gereği gibi ve devamlı sunulamayacak olmasıdır. Bu ölçüt hassasiyetle ele alınmalıdır çünkü kamu hizmeti belirleme yapılan her alanda aynı zamanda bireylerin birtakım özgürlükleri sınırlanmaktadır.

Özel faaliyet olarak yürütülememe noktasında vurgulaması gereken bir durum vardır: Bu ölçüt ile kastedilen, faaliyetin özel faaliyet şeklinde arzu edilen şekilde sunulamayacak durumda olmasıdır. Yoksa faaliyeti mutlaka kamu kesiminin sunması gerekmez. Özel hukuk kişileri de kamu hizmeti sayılabilecek faaliyeti sunabilirler ancak özel faaliyet şeklinde değil ve idarenin yoğun denetimi altında²⁹. Burada kolluk denetimini aşan içsel bir denetim söz

²⁷ DURAN, s. 306. , aynı yönde bkz AKYILMAZ, s. 330.

²⁸ Bkz AYM, 12.04.1990, E 1990/4, K 1990/6, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

²⁹ “*Araya ruhsat veya imtiyaz sözleşmesi gibi bir hukuki işle girmektedir. Belediyenin yetkileri kolluk yetkilerini aşmakta, İdare ile kişi arasında bir iç ilişki kurulmakta, İdare'nin yetkileri denetim ve gözetim seviyesine ulaşmaktadır*”. BİLGİN Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, S. 1, Mart 1980, s. 114. , Aynı yönde bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 63.

konusu olmaktadır³⁰. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bu duruma en güzel örnektir.

Siyasi otorite -ki bugün için bu otorite yasa koyucu olarak kabul edilmektedir-bir hizmeti “kamu hizmeti” olarak belirleme noktasında, bu hizmet için belirtilen kriterlerin birlikteliğinin söz konusu olup olmadığını ele almalıdır. O halde bu kıstaslara göre geçerli bir kamu hizmeti tanımını şu şekilde verebiliriz: “ *Önemli derecede kamu yararı içermesi ve bireylere özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan faaliyet kamu hizmetidir*”³¹.

Kamu hizmeti yapılan değerlendirmeler temel alınmak suretiyle “*siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir*”³² şeklinde de tanımlanabilir.

Kamu hizmetini saptama konusunda ele alınması gereken kriterler yukarıda sayılanlardır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Siyasi otorite kamu hizmeti konusunda iradesini net olarak belirtmişse sorun yoktur fakat belirtmemişse ne yapılmalıdır? Bu noktada, ceza kesme, kamulaştırma gibi özel hukuku aşan durumların olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet bu durumların birkaçı varsa, bu faaliyet kamu hizmeti olarak değerlendirilebilecektir³³.

Kamu hizmetini saptama noktasında son olarak değinilmesi gereken bir durum daha vardır: Yasa koyucunun asla kamu hizmeti haline getiremeyeceği ya da kamu hizmeti olarak öngörmesi zorunlu faaliyetlerin olup olmadığı. Konu Fransa’da gündeme gelmiştir ve “anayasal kamu hizmetler” şeklinde bir anlayış ortaya atılmıştır. Bu anlayışa göre Anayasal normlar bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olmasını zorunlu kılıyorsa, bu durum yasa koyucu için bir zorunluluktur. Ayrıca yasa koyucunun bu tür bir faaliyeti kamu hizmeti olmaktan çıkarması da Anayasaya aykırılık teşkil eder. Ancak bu anlayış yerleşse de, Fransız Danıştay’ı baktığı davaların hiçbirinde önüne gelen kamu hizmetini anayasal nitelikte kamu hizmeti olarak görmemiştir. Türk hukuku

³⁰ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

³¹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara 2004, s. 296. Bkz AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, AYMKD, S. 32, C. 1, s. 161.

³² Aynı yönde bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 29.

³³ Fransa ve Türkiye hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 23–24.

açısından da anayasamızda bazı kamu hizmetlerinin korunmaya alındığının düşünülebileceği ve bazı faaliyetlerin Anayasa hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda asla kamu hizmeti sayılmayacağı görüşünün değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁴.

IV. KAMU HİZMETİ YAKLAŞIM VE KRİTERLERİNİN GÜNÜMÜZ UYGULAMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu hizmeti kavramının günümüz algılanış şekline baktığımızda, mutlak yani objektif anlayıştan göreceli anlayışa doğru gidiş olduğu görülmektedir. Başka bir ifade ile, kamu hizmetini saptama konusunda, siyasi otoritenin yetkili olduğu kabul görmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkememiz bu konuda doktrinden farklı bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin hala mutlak yani objektif kamu hizmeti anlayışını benimsemekte olduğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye göre bazı hizmetler varoluşları gereği yani “niteliği gereği” kamu hizmetidirler. Yani mahkeme, kamu hizmetini saptama noktasında “siyasi otorite” unsurunu dikkate almamaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bu anlayış, günün ihtiyaçlarını karşılamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Çünkü niteliği gereği kamu hizmeti sayılacak faaliyetler yoktur, her faaliyet zaman, mekan ve koşullara göre kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Bu gerekliliği saptama işi de siyasi otoriteye aittir.

Anayasa Mahkemesi’nin mutlak anlayışına bakıldığında, mahkemenin Duguit’ten ziyade, Sıddık Sami Onar’ın mutlak kamu hizmeti anlayışına bağlı kaldığı görülmektedir. Duguit’e göre bir faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti olarak kabulü için kamuya yararlı olmasının yanı sıra ayrıca özel girişim tarafından sürekli ve düzenli şekilde yani gereği gibi yürütülememesi gerekir. Onar’a göre ise, bir faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğundan bahsedebilmek için, sadece kamuya yararlı olması yeterlidir. Ancak açıktır ki, kamuya yararlı faaliyeti belirlemede net bir kıstas bulunmamaktadır ve böyle bir yaklaşım kamu hizmeti olarak kabul edilecek faaliyet alanını son derece geniş hale getirir³⁵.

Niteliği gereği kamu hizmeti taşıyan hizmetler saptamadaki zorluk sebebiyle bazı tanımlama çabaları olsa da, mahkemenin kamu hizmeti konusunda belli faaliyetleri hiçbir teknik değerlendirmeye girmeksizin nitelikleri kamu

³⁴ Fransa ve Türkiye hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 23–24.

³⁵ Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 71.

hizmeti saydığını görmekteyiz³⁶. Örneğin baraj, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanı yapma- işletme mahkemeye göre önemli kamu hizmetleridir.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında kamu hizmetini belirlemede siyasi otoritenin yetkili olduğunu kabul eden ifadeler kullansa da, sonuç olarak eğiliminin objektif anlayış yönünde olduğunu görmekteyiz³⁷.

Kamu hizmetini belirleme konusunda siyasi otoritenin kullanması gereken ölçütlere bakıldığında, yıllarca idare hukukunda kamu hizmeti kriteri olarak kullanılan pek çok ölçütün artık yerini yenilerine bıraktığı görülmektedir. Günümüzde yapılan yasal düzenlemeler de dikkate alındığında bu klasik kriterlerin artık kamu hizmetini tanımlamaya yetmediği açıkça görülmektedir. Şimdi bu kriterlere kısaca bakalım:

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için “kamu yararı” barındırması gerektiğini ifade eden maddi kriter yukarıda da belirtildiği üzere artık bir faaliyete kamu hizmetidir diyebilmek için yeterli değildir.

Kamu hizmetlerinin sadece kamusal usullerle görülebileceğini ifade eden şekli kriterdeki çözümler kamu hizmetlerinin pek çok usul kullanılmak suretiyle görülmesi karşısında açıkça görülmektedir.

Kamu hizmetlerinin sadece kamusal organlar eliyle görülebileceğini ifade eden organik kriterde de büyük bir değişim olmuştur. Bugün artık, kamu hizmetinin sadece devlet eliyle görülmeyeceği, üzerinde kesin olarak anlaşılan bir konudur.

O halde bugün için geçerli bir kamu hizmeti tanımını bir kez daha vermek gerekirse kamu hizmeti: “*Özel bir hukuki rejime uygun olarak idare örgütü tarafından bizzat ve/veya bunların yakın denetim ve gözetimi altında yürütülen, yürütülmesinde kamu yararı bulunan ve bu hususun da siyasal karar almaya yetkili devlet organınca öngörüldüğü faaliyetlerdir*”³⁸.

³⁶ Bkz AYM, 26.03.1974, E. 1973/32, K. 1974/11, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009, Bkz AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

³⁷ AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, AMKD, S.31, C. I. s. 300 vd. Anılan karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini belirlemede siyasi iradenin rolünü kabul etmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmeti olma durumunu asıl olarak değerlendirmektedir.

³⁸ ATAY, s. 480.

V. KAMU HİZMETİ TERMINOLOJİSİNDE DEĞİŞİM

Kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kamu hizmeti kavramının dinamik yüzünü bir kez daha göstermektedir. Kavram bugüne kadar açıklandığı üzere pek çok değişim geçirmekle beraber son dönemlerde geçirdiği değişimler ayrıca inceleme konusu yapılmak durumundadır. Öyle ki, bu değişim evresinde kamu hizmetinin geleceğinin olup olmadığı dahi tartışma konusu haline gelmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan sistem, devletin işlevlerini son derece sınırlı bir alanda gerekli görmektedir. Etkilerini özellikle 80'lerden sonra daha belirgin bir şekilde hissettirmeye başlayan bu yaklaşım tarzına göre, devletin temel hizmetlerde sunacağı kaynak azaltılmalıdır. Kaynaklarda azalma ile beraber, rekabet ve serbestleşme sağlanmalıdır. Devletin etkinliği sınırlı bir alanda kalmalıdır. Devlete düşen görev, serbest rekabetin güvenliğini sağlamaktır³⁹.

Temellerini “ekonomik birlik- ortak pazar” olma düşüncesinin attığı Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti yaklaşımının da 80'ler sonrası oluşan bu gidişata uygun olduğu anlaşılmaktadır. Birlik düzenlemeleri ve uygulamalarına bakıldığında, birliğin rekabete dayanan sistemi bir adım daha ileri götürerek, daha da etkin hale getirmek için gayret sarfettiği görülmektedir. Bu durum da, klasik kamu hizmetleri ile serbest rekabete dayalı ortak pazar kavramlarını karşı karşıya getirmektedir⁴⁰. Birlik içinde ekonomik yaklaşım ve serbest pazar yolunda ilerleme olsa da, hala kamu hizmetine ayrıcalık tanınması anlayışının da savunulduğu bir kutuplaşma yaşandığı yazarların dikkat çektiği bir nokta olmaktadır⁴¹.

Ekonomik anlayış temelleri üzerine kurulan Avrupa Birliğinin, bu anlayışa paralel olarak, kamu hizmeti alanında kendine özgü bir terminoloji yaratmaya başladığı görülmektedir⁴². Birliğin, müktesebatında genel ekonomik yarar hiz-

³⁹ Aynı yönde bkz ORAK, s. 176.

⁴⁰ “Karşılaşılan en büyük güçlük şüphesiz bu sözü edilen ‘serbest rekabete dayalı ortak pazar’ kavramı ile ‘klasik kamu hizmeti’ kavramının bağdaştırılmasıdır. Zira topluluk üyesi ülkelerin hemen hepsinde (bazılarında merkezi otorite temeline dayalı, diğerlerinde yerel iktidar temelinden esinlenen) geleneksel ve güçlü kamu hizmeti anlayışı egemendir”. ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998, s. 22.

⁴¹ Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 83.

⁴² Aynı yönde bkz KARAHANOGULLARI, s. 142., GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, **İdare Hukuku**, C. 1, Turhan, Ankara 200, s. 671.

meti, evrensel hizmet, minimum hizmet, ekonomik yarar hizmetleri, temel-ek hizmet gibi farklı bir terminoloji yaratmaya başladığı dikkat çekmektedir. Birlik düzenlemeleri incelendiğinde bugüne dek klasik kamu hizmeti anlayışında hiç kullanılmayan pek çok terimin kullanıldığı gözlemlenmektedir.

Birlik müktesebatında kamu hizmeti bağlamında yeni kavramlar kullanılması, kamu hizmeti kavramına hiç yer verilmediği anlamına gelmemektedir. Düzenlemelerde kamu hizmeti kavramı da kullanılmaktadır ancak bu kavrama özel olarak yer verilmemekte, sadece birkaç maddede değinilmektedir. Kamu hizmeti kavramının örneğin kurucu anlaşmanın yani Roma Anlaşmasınının 77. maddesinde taşımacılık ile ilgili olarak kullanıldığı dikkat çekmektedir⁴³. Kamu hizmeti kavramının bu şekilde seyrek kullanımı, birliğin ekonomik temeller üzerine kurulmuş olması ile ilişkilendirilmelidir.

Konuda bütünlüğü sağlama bakımından birlik müktesebatında kullanılan yeni kavramlara yakından bakalım:

“Evrensel hizmet” kavramı, birlik müktesebatında yoğun olarak kullanılmaktadır. Amerikan kaynaklı olan kavram, ilk kez 1987 senesinde A.B. Komisyonunun telekomünikasyona ilişkin olarak çıkardığı ‘yeşil kitap’ta geçmiş, daha sonra da birlik müktesebatında yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır⁴⁴.

Evrensel hizmetin⁴⁵ yer aldığı düzenlemelere bakılınca “*uygarlığın geldiği/ulaştığı düzeyde bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilmez niteliği nedeniyle en azından minimum bir bölümünün istisnasız herkese sağlanması zorunlu olan ve bu sağlamanın makul bir fiyat ve kaliteden olacağı temel bazı hizmetler olarak tanımlanmaktadır*”⁴⁶. Birlik içinde kullanımı yaygınlaşan evrensel hizmetin uygulanmasına yönelik çabalar dikkat çekmektedir ve üye ülkelerin bu konuda uyması gereken çeşitli ilkeler benimsenmiştir.

⁴³ 77. madde uyarınca, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde üye devletler taşımacılık sektöründe sübvansiyonlar yapabileceklerdir. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 79.

⁴⁴ Ulusoy’un da ifade ettiği üzere, kavram daha sonra da üye devletlerin yine telekomünikasyona ilişkin düzenlemelerinde ve birliğin aynı alana ilişkin düzenlemelerinde artan bir şekilde yer almaya başlamıştır. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 86 vd.

⁴⁵ Evrensel hizmet terimi yoğun olarak haberleşme sektöründe kullanılmaktadır. Ancak bu sektörlerde bu hizmete “kamu hizmeti yükümlülükleri” denilmektedir. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 87.

⁴⁶ ULUSOY, İncelemeler, s. 87, ayrıca bkz ORAK, s. 181.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Evrensel hizmet kavramı, kapsamının klasik kamu hizmetine göre dar olması, içine aldığı çekirdek alanı saptamadaki zorluk, bu hizmetin sayıca çok tutulmasının piyasaya girişte engel yaratması gibi sebeplerle eleştiriye uğramaktadır⁴⁷.

Avrupa Birliği'nde "evrensel hizmet" terminolojisi alanında yaşanan bu gelişmelere paralel olarak kavram, Türk Hukuk sisteminde de telekomünikasyon alanında etki göstermiştir. 2001 yılında 4502 sayılı yasa⁴⁸ ile kavram hukuk sistemimize girmiştir. Anılan yasa incelendiğinde, 'asgari hizmet' ifadesine ilişkin açıklama yapılırken, evrensel hizmetten de bahsedilmektedir. Yine 2005 tarihli 5639 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de evrensel hizmet kavramına yer verilerek tanımının yapıldığını görmekteyiz⁴⁹.

Avrupa Birliği'nde kamu hizmeti alanında ortaya çıkan yeni terminolojinin bir parçası da "genel ekonomik yarar hizmetleri" olarak ortaya çıkmıştır. Birlik kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması'nın 90. maddesinin 2. fıkrasında ve ATAD'ın pek çok kararında bu kavramın yer aldığı görülmektedir. ATAD bir kararında genel ekonomik yarar hizmetleri için "*bir bölgenin bütününde, tüketicilerin tamamına, aynı kalitede, özdeş ve ancak herkese uygulanan kriterlere göre değişebilen fiyatlarla*" yerine getirebilen hizmet şeklinde değerlendirmede bulunmuştur⁵⁰. Divana göre, bu hizmetler özel ya da kamusal işletmelerce görülebilirler. Önemli olan hizmetin kamusal bir otoritenin açık izni ile ve yine bu otoritenin sıkı denetimi altında gerçekleştiriliyor olmasıdır⁵¹.

Temel- ek hizmet kavramı da kamu hizmeti konusunda Avrupa Birliği müktesebatında kullanılmaktadır. Temel hizmet, "*yeteri kadar karlı olmadıkları için herhangi bir yatırımcı tarafından üstlenilemeyecek büyük alt yapı*

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 183 vd, ULUSOY, İncelemeler, s. 90 vd.

⁴⁸ Telgraf-ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁴⁹ M. 2: "Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri"., Türk hukuk sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 182 vd., ayrıca bilgi için bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 672.

⁵⁰ ULUSOY, İncelemeler, s. 86.

⁵¹ Corbeau ve Commune d'Almelo Kararı. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz KARAHANOGULLARI,s. 149 vd., anılan karar ve genel ekonomik yarar hizmetlerinin ATAD tarafından saptanan özellikleri için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 85-86.

şebekeleri gerektiren, fakat toplumun günlük yaşantısı için mutlaka gerekli ve 'asgari' düzeyde uygar bir insan için vazgeçilemeyecek bir takım hizmetleri ifade etmektedir"⁵². Ek hizmet ise temel hizmet ve evrensel hizmet dışında kalan faaliyetleri anlatmak amacıyla kullanılmaktadır⁵³.

Avrupa Birliği terminolojisinde yer alan bir diğer kavram da "kamusal yarar hizmeti"dir. Ticari kamu hizmetinin Anglo Saxon hukukundaki karşılığını oluşturduğu belirtilen bu kavramın, şu an için birlik düzenlemelerinde kullanılmadığı, buna sebep olarak da kamu hizmeti kavramının "tutucu" bir yanının olmasının gösterildiği ifade edilmektedir⁵⁴.

Çalışmamız boyunca aktarılan bilgiler, kamu hizmeti terminolojisi ciddi bir evrim geçirdiğini göstermektedir. Ancak Birlik düzenlemeleri ve uygulamaları incelendiğinde, kavramların tam olarak yerleşmesi⁵⁵ için biraz daha süre gerektiği ortaya çıkmaktadır.

VI. KAMU HİZMETİ-EKONOMİ İLİŞKİSİ

Kamu hizmeti alanında yaygınlaşan ekonomik yaklaşım ve rekabete yönelme aynı zamanda bir sektörleşme olgusunu da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, birlik genel eğilimine bakıldığında, hangi hizmetin kamu hizmeti olacağını belirlemede sektörel bir yaklaşımın esas alındığı görülmektedir⁵⁶.

Sektörleşme eğilimi, kamu hizmeti kavramının farklı sektörlerde uygulanacak ortak ilkelere indirildiği ve her sektör için ayrı bir hizmet hukuku ortaya çıkacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sektörleşme eğilimi, kamu hizmetinin temel prensiplerinin zarar görebilme ihtimali dolayısıyla da eleştirilere konu olmaktadır⁵⁷.

⁵² ULUSOY, İncelemeler, s. 98.

⁵³ Ulusoy'un da ifade ettiği üzere, ek hizmet aynı zamanda genel ekonomik yarar faaliyetine dahildir. Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 98.

⁵⁴ Bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 99.

⁵⁵ Yazarlar birlik organları arasında kavram birliği sağlanamamış olsa yani organların her biri farklı kavram kullansa da, genel ekonomik yarar hizmetleri, evrensel hizmetler ve minimum hizmetlerin aynı anlama geldiğini ifade etmektedirler. Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 98, Birlik düzeyinde terminolojik çalışmalar hakkında ayrıca bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 673.

⁵⁶ "Aslında A.B. hukukundan kaynaklanan değişim, kavramsal düzeyde kalmamakta, kamu hizmetlerinin hukuki rejimine ve temel ilkelerine de yansımaktadır. A.B. 'de kamu hizmetlerinin tümünü kapsayan bir hukuki rejim oluşturmak yerine, hizmet sektörlerine göre farklı düzenlemelere gidilmesi yeğlenmektedir". GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 672.

⁵⁷ Bkz ORAK, s. 184-185.

Kamu hizmetinde sektörleşme yanında, hizmetin görülüş usullerinde de birtakım farklılıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Birlik sistemine bakıldığında kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin en bilinen yolu olan imtiyaz yönteminin yerini “kamu hizmeti için yetkilendirme”nin aldığı görülmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, imtiyaz yönteminin serbest rekabet prensibi ile bağdaşmaması gösterilmektedir⁵⁸.

VII. YENİ KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI VE TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Avrupa Birliğinde (dolayısıyla Avrupa ülkeleri hukuklarında) kamu hizmeti kavramında yaşanan değişime paralel olarak, kavram Türk Hukuk sistemi de kamu hizmeti konusunda bazı değişimler geçirmeye başlamıştır. Son yıllarda özellikle önemi her geçen gün daha da artan enerji, iletişim gibi sektörlerle ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, serbestleştirme ve rekabetin artırılmasına yönelik çabalar dikkat çekmektedir.

1999 senesinde 1982 anayasasının 47. maddesine eklenen hüküm ile kamu hizmetlerini yürütecek özel kişiler ile özel hukuk sözleşme yapılabileceğine ilişkin hüküm ve hemen bunun ardından 4993 sayılı yasa ile 3996 sayılı yasa kapsamında yer alan kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri haline getirilmesi, kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişime örnektir. 1999 senesinde Anayasanın 125. maddesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilmesinin önünü açan ve yine aynı tarihte 155. maddede yapılan düzenleme ile Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisini düşünce bildirme haline getiren düzenlemeler de, Türk Hukuk Sisteminde Kamu Hizmeti alanında yaşanan dönüşümü açık olarak göstermektedir. 2004 yılında Avrupa Birliği tarafından yayımlanan Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesine İlişkin Raporda, düzenleyici ve denetleyici kurul kararlarına karşı temyiz mercii olarak Danıştay’ın öngörülmesinin endişe verici olarak belirtilmesi de bu başlık altında değinilmesi gereken noktalardan biridir⁵⁹.

Özellikle Türkiye’nin 2005 senesinde birliğe katılım müzakerelerine başlaması ile birlikte mevzuatımızda değişiklik daha da hız kazanmıştır. Mevzuatı değiştirme çabalarından biri de kamu hizmeti alanına ilişkin olmuştur. Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı adı altında hazırlanan metinde, klasik kamu hizmeti anlayışının değiştirildiği ve sistemin Avrupa Birliğinde yaşanan

⁵⁸ Aynı yönde bkz ORAK, s. 190.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 202.

gelişmeler doğrultusunda ele alındığı görülmektedir⁶⁰. Birliğin Türkiye’de son yirmi yılda yaşanan özelleştirme sürecini desteklediği de görülmektedir. Bu durum da değişen kamu hizmeti anlayışının yansımaları oluşturmaktadır.

VIII. SONUÇ

Çalışmamız sürecinde elde edilen bilgiler, yıllardır İdare Hukuku’nun en çok tartışılan konularından olan “kamu hizmeti” kavramında daha farklı tartışmaların gündeme geldiğini göstermektedir. Bu tartışmalar, kavramın daha ileriki zamanlarda söz konusu olup olmayacağına başka bir ifadeyle “varlığına” yönelik olarak yapılmaktadır. Kavramın varlığını yitireceğini ileri sürenler olduğu gibi bunun söz konusu olamayacağını savunanlar da bulunmaktadır. Bu konuda yapılan tartışmalar süregelse de, net olan bir durum vardır: Kamu hizmeti kavramının klasik algılanma şeklinde büyük değişimler yaşanmakta olduğu ve bu değişimin artık ulusal hukuk sistemlerini de etkilemeye başladığıdır. Bu etkilenme Türkiye açısından da son derece yoğun olarak yaşanmaya başlamıştır. Son yıllarda mevzuatta yapılan değişiklikler gözlemlendiğinde, kamu hizmeti kavramının Türk Hukuk sistemindeki algılanma biçiminde büyük değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir. Kamu hizmeti alanında yapılan düzenlemeler ve çalışmalar incelendiğinde, sektörleşme ve serbest rekabet⁶¹ eğiliminin kamu hizmeti alanında da yaşandığı ve kamu hizmetinin klasik anlayışının klasik kalıplarının zorlandığı görülmektedir.

⁶⁰ Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı süreci hakkında detaylı bilgi için bkz Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 2, Mart-Nisan 2004.

⁶¹ Bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 671.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram, Konya 2004.
- ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara 2006.
- BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1970.
- BİLGİN Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, S.1, Mart 1980.
- ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, C. 9, S. 4.
- DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, **İdare Hukuku**, C. 1, Turhan, Ankara 2008.
- GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Prof.Dr. Lütfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, S. 1–3, 1988.
- GÜLAN Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S. 1–4.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara 2004.
- KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan, Ankara 2002.
- ORAK Çağatay Cem, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, TBB Dergisi, S. 68.
- ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998.
- ULUSOY Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 26 Mart 2004, BTHAE Yayınları.

Arş. Gör. Dilşat YILMAZ

ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke, İstanbul 2004.

TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, S. 8.

TAN Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara 1–4 Mayıs 1990.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı süreci hakkında detaylı bilgi için bkz Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 2, Mart-Nisan 2004.