

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETLERİNİN GELİŞİMİ*

Aydın GÜLAN**

I. Türkiye'nin Sosyo-ekonomik Hayatında Kamu Hizmeti Kavramının Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğunda toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının giderilmesi yönündeki faaliyetler, büyük oranda özel hukuk kişileri tarafından kurulan vakıflarca yerine getirilmiştir. Devlet bu faaliyetleri özendirilmiş ve desteklemiş, çeşitli mali yardımlarda bulunmuş ve denetlemiştir.

Türk Kamu Hizmeti Ekolünün kurucusu Onar, Osmanlı İmparatorluğunun "vakıflar gibi hususi müessese ve teşebbüslerle şehirler kurmuş, büyük sanat eserleri, sosyal teşekküller meydana getirmiş, medeniyet müesseseleriyle ortaçağın en ileri imparatorluklarına nümune olmuş"¹ yapısından övgüyle bahsetmektedir. Onar'a göre Osmanlı İmparatorluğunda "Devlet fonksiyonlarından sırf siyasi mahiyette olan ve otoriteye ihtiyaç gösterenler hükûmet eli ile ve bunun dışında kalan geniş bir saha tutan âmme hizmetleri de vakıflar vasıtasıyla görülmüştür."²

Ancak teknik gelişmelerin hızı, imparatorluğun son dönemlerinde içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yapı, vakıfların yetersiz kalmasına yolaçmıştır. Savaşlar, önce iç borçlanmayı, bunun yetersiz kalması üzerine özellikle 1854-1875 döneminde dış borçlanmayı zorunlu kılmış; ekonomik durum bu borçlanma eğiliminin artarak sürmesine yolaçmıştır³.

1881 yılında Düyun-u Umumiye İdaresinin kuruluşundan sonra yabancı sermayenin girişi daha sistemli hale gelmiş ve pazarlık gücü de hayli artmıştır. "Osmanlı İmparatorluğu bir çok bakımlardan yabancı sermaye için çekici oluyordu. İmparatorluğun yol, liman v.b. ulaşım ve kamu hizmetleri alanında yatırıma ihtiyacı sonsuzdur. Bu alanlara yapılacak yatırımlar Avrupa endüstrisi için gerekli iç pazarlarının doyum halinde olması yüzünden artan üretim fazlasının İmparatorluğun iç pazarlarına kadar sürülmesini sağlayacaktı. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğunda işgücünün son derece ucuz olduğunu da belirtmek yararlı olur. Konumuz bakımından özellikle önemli olan su,

* Galatasaray Üniversitesi ile Montesquieu Üniversitesi (Bordeaux IV) tarafından 7-8 Mayıs 1998 tarihlerinde düzenlenen "Léon Duguit et le service public aujourd'hui" (Léon Duguit ve Bugünkü Kamu Hizmeti) kollokyumunda sunulan, kısaltılmış Fransızcası ile bir sahifelik Türkçe özeti basılacak tebliğin Türkçe tam metnidir.

** Yardımcı Doçent Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ ONAR, S. S. İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, 3. bası, C. II, s. 713, dp. 61.

² ONAR, S. S. Umumi Esaslar, . cit., s. 668

³ TAN, T. Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, A.Ü.S.B.F.D., C.XXII, no. 2, 1967, s. 293

elektrik, gaz, tramvay v. b. belediye hizmetleri alanında da yabancı sermaye imtiyaz olarak *rekabet koşullarından uzak* çalışabildiği gibi, ayrıca hizmetlerin kuruluşu için gerekli malzemeyi gümrük harcamaları gerekmeden ülkesinden rahatça getirebiliyordu"⁴

"Bu umumî çöküntü esnasında eğitim, bayındırlık, sağlık ve sosyal yardım gibi mühim âmme hizmetlerini gören vakıflar da inhilâl etmiş, mütevelliler vâkfın arzusunu yerine getirmekten vakfı gayesine göre idare etmekten ziyade şahsî menfaatlerini temin peşinde koşmuşlar... vakfın faaliyetini tamamen ihmal eylemişlerdir"⁵

Devlet idare teşkilatını genişleterek reform yapmak istemiş ve fakat teknik bilgi ile yetişmiş eleman azlığı yanında yabancı sermayenin kamu hizmeti alanlarında faaliyeti karlı görmesi ve alacaklarını tahsil için zorlaması gibi sebeplerle yabancı sermayeye tanınan kamu hizmeti imtiyazları ortaya çıkmıştır. Osmanlı İmparatorluğunun imtiyaz sahiplerinin kuracakları şirketlere osmanlı tabiiyeti vermekte ısrar edişinin herhangi bir denetim ve etki imkanı doğurmadığı da uygulamada görülmüştür⁶ Bu dönemde imtiyazlar tüm yerel kamu hizmetlerinde, demiryolu, liman, tersane yapımı ile maden ve bankacılık alanlarında görülmüş ve önemli bir parasal miktara ulaşmıştır. Yabancı sermaye yatırımı olarak başta Fransız ve Alman yatırımcılar gelmekte, İngiltere bankacılık alanına sermaye yatırırken, Belçika yerel kamu hizmetleri için, Amerika ise kamu hizmetlerinden çok ticari faaliyetler için yatırım yapmıştır⁷.

İmparatorluğu devralan cumhuriyetin temel hedefi ise ekonomik ve sosyal ihtiyaçların giderilmesi bakımından gereken her faaliyeti bizzat, kendi araç gereç ve personeli vasıtasıyla yerine getirerek, hızlı kalkınmayı sağlamak olmuştur. Bu bizzat ifa (regie) usulüne verilen önem kapitülasyonlara karşı duyulan bir tepki yanında yerli özel sektörün yeterli sermayeye sahip olamamasından da kaynaklanmaktadır. Bu sebeple ekonomik niteliği ağır basan bir çok faaliyet kamu hizmeti statüsüne sokularak idare tarafından yerine getirilmiştir.

Bu durum, biraz önce belirttiğimiz uzun süren savaş döneminden çıkmış ülkenin özel sektör kaynaklarının yeterince güçlü olmaması yanında, rejimin sağlamlaşması için cumhuriyetin temel ilkeleri içinde yer alan devletçilik ilkesinin bir gereği olarak görülmesinden de kaynaklanmıştır. Devletleştirmeler yapılmış, kamu hizmeti gören vakıflar (fondation) birleştirilerek idare bünyesine geçirilmiş, mevcut kamu hizmeti imtiyazları satın alınmış, kapitülasyonlar tasviye edilmiştir. Bazı istisnalar dışında özel kişilerce görülen kamu hizmetleri (service public) kalmamıştır.

1950'li yıllara kadar süren bu dönemde hem ortak ve genel ihtiyaçların giderilmesi şeklindeki kamu hizmeti amacı sürdürülmüş, hem de özel sektör kamu hizmeti ürünleri ile desteklenerek sermaye birikimi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu dönemde dikkat çeken husus, ekonomik alandaki kamu hizmetleri sayesinde özel sektörün gelişiminin desteklenmesidir. Belirtmek gerekir ki kamu hizmetleri özel sektörün

⁴ TAN, T. Osmanlı İmp., cit., s. 293

⁵ ONAR, Umumi Esaslar, cit., s. 689-690

⁶ TAN, T., Osmanlı İmp., cit., s. 294.

⁷ İbid., s. 295. "Avrupa'da %4 civarında değişen kârlılık oranı İmparatorlukta %8-9 a kadar çıkabiliyordu. Belirli hizmet alanlarında imtiyaz almış olan yabancı sermaye rekabet koşullarından uzak, rahatça çalışabiliyordu" TAN, ibid., s. 325.

girmedığı alanlardaki üretimi sayesinde, malzeme temini ve bayındırlık işlerinde verdiği ihaleler ile özel sektöre rakip değil destekçi olmuştur.

Bu şekilde güçlenen özel sektör, dünyadaki gelişmelerin de etkisiyle, özellikle ekonomik nitelikteki kamu hizmetlerinin oluşturduğu ticari potansiyeli değerlendirebilmek için bu alanlara girme taleplerini dile getirmeye başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan bu akımın etkisi ile 1980 lerden itibaren dönüşüm hızlanmıştır.

Artık "devletleştirme" yerine "özelleştirme" gündemdedir. Bu talep çeşitli alanlardaki kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesi usulüne daha fazla yer verilmesi, hukuki durumun daha esnek ve özel hukuk kişisi bakımından güvenceli bir hale dönüştürülmesi şeklinde ortaya çıkmakta; kimi zaman tamamen bir alanın kamu hizmeti olmaktan çıkarılarak özel sektöre bırakılması talebi olarak da belirmektedir. Bu çerçevede kamu hizmeti alanının daralması hedefini içeren "devleti küçültmek" tartışmaları artık gündemdedir.

Kamu hizmeti ekseninde bu döneme bakıldığında değişim projelerinin özellikle son dönemde yasama ürünlerine hakim olan yönü ile "sosyal devletten iktisadi devlete"⁸ geçiş şeklinde değerlendirilebilecek boyuta ulaştığı söylenebilir.

Özetlemek gerekirse, Türkiye'de kamu hizmetlerinin gelişimini çok genel hatları ile şu safhalara ayırabiliriz:

1) Kamuya yararlı faaliyetlerin, ortak ve genel ihtiyaçların özel hukuk kişileri tarafından kurulan vakıflar yoluyla yerine getirildiği dönem.

2) Dış borçların ve teknik yetersizliklerin etkisiyle, Osmanlı İmparatorluğunun son döneminde yabancı sermaye tarafından yürütülen kamu hizmeti imtiyazları dönemi

3) Kurtuluş savaşı sonrası yeni Türkiye Cumhuriyetinde kapitülasyonlara son verildikten sonra başlayan ve yeterince güçlü sermaye birikimi olan özel sektör bulunmaması sebebiyle, sosyal amaçlar ve istihdam oluşturmak da hedeflenerek emanet (regie) usulüyle görülen kamu hizmetlerinin hem sayısı, hem de faaliyet türü olarak arttığı ve çeşitlendiği dönem

4) Özellikle ekonomik kamu hizmetleri sayesinde gelişen özel sektörün; idareye karşı mali bakımdan güvence arayışları ile birlikte, ekonomik bakımdan elverişli gördüğü, hazır müşterisi bulunan ve pazarlama sorunu olmayan kamu hizmetlerini, idare adına yürütme taleplerinin arttığı dönem.

5) Kamu hukuku direnci⁹ üzerine, kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülüş usullerine yeni ve özel hukuk güvenceleri verilmesi suretiyle açılması talebinin kabul görmemesinden hareketle; idarenin sadece niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerde yoğunlaşması, bu niteliği taşımayan faaliyetlerin ise kamu hizmeti olmaktan çıkarılarak, kolluk denetimi altında, tamamen özel sektöre bırakılması talebinin yükseldiği dönem.

⁸ Bu niteleme YAYLA'nın bir makalesinin başlığında yer almıştır: "Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu), Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1986.

⁹Anayasa Yargısı ve İdari Yargının, kamu hizmetine talip olan özel sektör ile yapılacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olması ve ihtilafların çözümünde idari yargı yerine tahkimin mümkün olmasını içeren yasa ve işlemleri iptal etmesi şeklinde haklı bir direnci sözkonusudur.

Bugün Türkiye'nin kamu hizmetini ilgilendiren gündeminde bulunan devletin küçültülmesi yönündeki siyasi söylemin teknik idare hukuku yönü kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, yani idarenin bir çok alandan elini çekerek faaliyeti tamamen özel sektöre bırakması şeklindedir. İsbetli veya isabetsiz bu görüş, yasamayı da etkileyen şu düşünüş tarzını içermektedir : Madem ki, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Danıştay ve idari yargı, tahkime, özel hukuk rejimine, güvenceli yararlanmaya direnç göstermekte ve gerek bu yöndeki kanunları iptal ederek gerekse görülüş usullerinin özel kişilere devrine yönelik işlemleri, sözleşmeleri iptal ederek engel olmaktadır öyleyse meseleyi kökten halletmek için bazı faaliyet alanlarından idareyi tamamen çıkarmak ve sadece bir kolluk denetimi yapar hale dönüştürmek en etkili çözümdür. Yani kamu hizmeti artık doğrudan ve açık bir saldırı ile karşı karşıya kalmıştır.

Gelinen bu noktanın elbetteki çok farklı sebepleri bulunmaktadır. Bugün Türk toplumunda kamu hizmeti statüsünün algılanışını belirleyici güncel etkileri şöyle sıralayabiliriz:

a) *Nitelikli tatmin beklentilerinin karşılanmamış olması*: Kamu hizmeti olarak sunulan faaliyetlerin istenilen nitelik düzeyinde bulunmaması, ihtiyaçları tatmin edememesi kamu hizmetine karşı bir eleştiri ve özelleştirme taleplerini doğurmuştur. Bu durum elbetteki kamu hizmeti kavramının bir suçu değildir. Nitelikli bir işlevi olmamasının müsebbibi ne emanet usulü ne de kamu hizmeti statüsüdür. Fakat fatura kamu hizmetine çıkarılmış ve özelleştirme çare olarak yaygın bir taraftar toplamıştır.

b) *Kamu hizmetlerinin bütçe açıklarının ve enflasyonun sebebi olarak görülmesi*: Sosyal niteliği gözardı edilerek özel işletmecilik anlayışı ile kamu hizmetlerinin verimi, kâr elde edip etmediği, bütçeye getirdiği yük oranında gelir sağlayıp sağlayamadığı açılarından değerlendirilmek suretiyle aldatılmış bir kamuoyu oluşturulmuştur. Günümüzde uğradığı haksızlıkların başında bu bakış açısı gelmektedir.

c) *Globalleşen sermayenin ve neo-liberal anlayışın etkilediği Özel sektörün büyük ekonomik avantajlar gördüğü, rekabetsiz, hazır müşterisi bulunan, pazarlama sorunu olmayan kamu hizmetlerine katılma taleplerine uygun yeni hukuki rejim arayışları*: Özel hukuk kişileri bu şartları taşıyan kamu hizmetlerini, mali bakımdan yatırımları güvenceye alındığı takdirde üstlenmek istemektedirler. İdare ile aralarındaki sözleşmenin özel hukuka tabi olması, uyuşmazlık çıktığı takdirde idari yargı yerine tahkime gidilebilmesi, yararlanma hakkını teminat göstererek kredi teminine uygun ilişki kurulması hukuki rejim değişikliği taleplerinin, yasama tarafından da dile getirilen¹⁰, en önemli özellikleridir. Ancak anayasa ve idari yargı, hukuki rejimin değiştirilmesi yönündeki bu girişimlere karşı haklı olarak direnmektedir.

Sonuçta bütün bu talepler ülke gündemine, daha nitelikli kamu hizmeti arayışı yerine özelleştirme kavramını getirmiştir.

Özelleştirme kavramı Türkiye'de üç farklı anlamı içermektedir:

1) Bir anlamıyla özelleştirme bazı faaliyetlerden idarenin tamamen çekilmesi ve

¹⁰ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun bu yönde hükümler ile (madde 5 ve 14) çıkarılmış ve fakat Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili hükümler iptal edilmiştir (Any. Mahk. 28. 6. 1995 tarih, E. 1994/71, K. 1995/23).

sadece kolluk denetimi yaparak rekabet şartlarını sağlaması, faaliyetin özel girişim özgürlüğü kapsamında bırakılmasını içermektedir. Bu yönüyle özelleştirme, kamu hizmetinin o alanda sona ermesi yollarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

2) Kamu hizmeti niteliğine karşı çıkılmayan kimi faaliyetlerin emanet usulü ile görülmesine son verilmesi ve özel hukuk kişilerinin (delegation de service public) kamu hizmetinin görülmesine katılması da özelleştirme olarak değerlendirilmektedir.

3) Özelleştirme aynı zamanda kamu mallarının satılmak suretiyle ekonomiye sokulması anlamında da kullanılmaktadır.

Denilebilir ki, gündem maddesi artık bütün bu anlamları ile birlikte özelleştirmedi. Gereğinden şüphe edilmemekte, sadece hangi faaliyetler için, nasıl yapılacağı tartışılmaktadır.

Ancak sebepleri ne olursa olsun, genel hatlarıyla belirttiğim bu nihai aşama, kamu hizmeti anlayışına ve onun hukuki rejimine karşı açık bir husumeti, daha doğrusu bir ölüm kalım savaşını ifade etmektedir.

II. Kamu Hukuku Açısından Ülkemizde Kamu Hizmeti Kavramının İçeriği:

Kamu hizmeti kavramına karşı günümüzde varlığı artık yadsınamaz bu husumetin doğmasında acaba doktrin, yargı ve yasamanın kabahati var mıdır? Şimdi incelenmesi gereken nokta budur.

Acaba, doktrin kamu hizmetinin çağın gelişen şartlarına uyum sağlamasına müsait bir esnekliği tanımamış, yeterince kavramın içeriğini dolduramamış mıdır?

Yargı önüne gelen olayları değerlendirirken, kamu hizmeti hukuki rejimini belirlemek ve kullanmakta isabetsiz mi davranmıştır?

Yasama, zaman içinde kamu hizmetlerinin kurulması, sona erdirilmesi, görülme usullerinin ve hukuki rejiminin belirlenmesi noktalarında doktrin ve yargı kararlarını dikkate almadan düzenlemelere mi girişmiştir? Kamu hizmeti statüsünün belirlenmesinde ve bu statüye sokulması gereken faaliyetler konusunda yanlışlıklar mı yapılmıştır?

Ülkemizde Fransız kamu hukuku anlayışı etkili olmuştur. Osmanlının son döneminde ortaya çıkan "yenileşme ve garplılaşma temayülleri ve hareketleri"¹¹ Fransız kamu hukuku etkisi altında gelişmiştir.

Yeni devlet kurulduktan sonra da aynı etki sürmüştür. Özellikle İdare Hukuku mevzuatında ve doktrinde Fransa'daki benzer düzenlemeler ve kavramlardan yararlanıldığı görülmektedir. Kavramlar ithal edilmiş ve kullanılmıştır. Ortak aklın ürünü olan bu kavramları doğuran benzer sosyal ihtiyaçların varlığı bu paralelliği haklı ve uzun ömürlü kılmıştır. Ancak ithal edilen bu kavramlar elbette aynı içerikte kalmamış; tarihi geçmiş, ekonomik ve sosyal ülke şartları etkisi ve yargı kararları ile çeşitli farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Doktrin Onar'dan itibaren kamu hizmeti kavramını İdare Hukukunun temel unsuru olarak ele almıştır. Türkiye'nin şartlarını, tarihi gelişimini dikkate alan; Fransız

¹¹ ONAR, S. S. Umumi Esaslar, cit., s. 712

hukukunun kuruluşdaki etkisinin hissedildiği, ama artık giderek “yerli” özelliklerinin de işlendiği idare hukuku doktrini kamu hizmeti kavramı üzerine kurulmuştur. İdare hukuku alanında ve ülke üzerinde yazdıklarıyla, yaptıklarıyla¹² işleviyle ve yetiştirdikleri¹³ ile önemli etkileri sürmekte olan ONAR, İdare Hukuku'nun tüm konu başlıklarını kamu hizmeti kavramıyla ilişkilendirerek¹⁴ bu kavrama idare hukuku içinde verdiği asli ve kapsayıcı değeri göstermiştir. Hukuk bilgini Onar'ın eserinde, tarihi değerlendirmelere yer ve önem verilerek güncel kavramlar ile tarihi geçmiş arasındaki bağlantı kurulmaya çalışılmıştır¹⁵.

Fransız doktrinine paralel biçimde kamu hizmeti kavramının hem idare ile organik bir bağlantısının bulunması, hem de faaliyet açısından ele alınması gerektiği belirtilmekte¹⁶ ise de, faaliyet yönüne ağırlık verildiği¹⁷ söylenebilir.

Doktrin kamu hizmeti kavramını ihmal etmemiş, hukuki rejimini işlemeye çalışmıştır¹⁸. Ancak ülkemizdeki bugünkü hukuki görünümünü belirlemek için pozitif düzenlemelerdeki anlamı ile yargı kararlarında ifadesini ön plana çıkarmak gerekmektedir.

Acaba Anayasa ve yasalarımızda kamu hizmeti terimi hangi içerikte yer almıştır.

Başta 1982 Anayasa'sı olmak üzere birçok kanunda “kamu hizmeti” terimi kullanılmaktadır. Ancak kullanıldığı her yerde aynı anlam ve kapsama sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 33, 47, 70, 76, 126, 127, 128, 132. maddelerindeki kapsamları önemli farklılıklar içermektedir. Terim kimi zaman sadece organik yönünü ifade eden, kimi zaman da faaliyet yönüne ağırlık veren anlamlarda kullanılmıştır. Kanunlar bakımından da aynı durum sözkonusudur. Hatta Avukatlık Kanununun 1. maddesinde yer alan “avukatlık bir kamu hizmetidir” hükmündeki kamu hizmeti teriminin ne organik, ne de faaliyet olarak teknik anlamı ile bir kamu hizmeti nitelendirmesi olamayacağı hususu da genel kabul görmüştür. Denilebilir ki, mevzuatımızda kamu hizmeti tanımı yapılmamıştır. Yapılması da doğru ve isabetli olmayacağından beklenmezdi. Ama hep farklı anlamlarda kullanılmış olması da elbetteki, doktrin ve yargının işini zorlaştırmış, hatta imkansızlaştırmıştır.

Ancak Truchet'nin Fransız doktrini ve yasama için yaptığı veciz tanımlamanın¹⁹, yargıya ilişkin kısmı Türk hukukunda farklı şekilde gelişmiş ve özellikle Anayasa Mahkemesi belirleyici olmuş ve önlerindeki olay hareket etmiş olsa bile, kavrama yönelik

¹² 1961 Anayasasını hazırlayan komisyonun başkanlığını yapmıştır

¹³ Bugün idare hukuku doktrinini temsil eden Versan, Giritli, Duran, Bilgen, Azrak, Yayla, Özay, Akgüner gibi bir çok İdare Hukuku profesörü ONAR-SARICA kürsüsünden yetişmişlerdir.

¹⁴ İdare Hukukunun alanını açıklamak için Kamu hizmeti kriteri ile başlamış; İkinci Kitap: Kamu Hizmetleri Genel Teorisi başlığı altında “Kamu Hizmetinin Hukuki Yapısı İdari Teşkilat”, “Kamu Hizmetinin Personeli”, “Kamu Hizmetinin Eşyası” şeklinde konuları anlamıştır. Bkz. ONAR, İbid, infra.

¹⁵ ONAR, ibid. Birinci Kitap, Üçüncü Bölüm, s. 123 vd.

¹⁶ DURAN, L. İdare Hukuku Ders Notları, s.

¹⁷ ÖZAY, İ. Günışığında Yönetim, s. 231. ; YAYLA, Y. İdare Hukuku, 1985, s. 70 “Kamu hizmeti, herşeyden önce bir faaliyettir”

¹⁸ ÖZAY, İ. Günışığında Yönetim, cit. s. 229 vd. ; YAYLA, Y. İdare Hukuk, cit; AZRAK, A. Ü. İdare Hukuku Ders Notları, 1972; vd.

¹⁹ “Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başamamıştır” TRUCHET, D., Nouvelles Récentes d'un Illustre Vieillard: Label de service public, A. J. D. A., 1982, s. 428

yorumlar getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti hakkında görüş açıkladığı çeşitli kararlarında²⁰ bazı faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirmiş, örnekler vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre de, mutlaka kamu hukuku usulleri ile görülmesinin kamu hizmeti sayılmak için gerekli değildir, “faaliyet konularının gereklerine göre değişik nisbetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sını ve ekonomik ağırlıklı bir çok kamu hizmeti alanı vardır”²¹. Ancak Anayasa Mahkemesinin 3974 sayılı kanuna yönelik iptal başvurusu üzerine, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesine ilişkin sözleşmelerin “özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmez” hükmünü içeren kanunun Ek Madde 5’ini iptal ettiği gerekçesinde, doktrine isim belirtmeden atıflarda bulunarak kamu hizmeti hakkında yaptığı belirlemeleri, Türk yargısının genel tutumunu ve bakış açısını açık ve yeterli bir biçimde ortaya koymaktadır.

Mahkemeye göre, “Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. *Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.* Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. *Çünkü bunun yokluğu toplumu altüst eder...* ‘Kamu hizmeti kavramı’nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerinince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. *Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlanabilir.* Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.... /Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. / Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa’nın 47. maddesinde, ‘kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir’ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir”²² demektedir. Aynı kararda benzer cesur ve açık bir nitelendirme de görülüş

²⁰ Bkz. TAN, T. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, in Anayasa Yargısı no 8, s. 233-252; TAN, T-GÖZÜBÜYÜK, Ş. İdare Hukuku, C. I, 1998, s. 436 vd.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi 26. 10. 1992, E. 1992/33, K. 1992/36, R.G. 1.12.1992, S.21422, s.18.

²² Ay. Mahk. 9. 12. 1994 tarih, E. 1994/43, K. 1994/42-2, A. M. K. D., S. 31, C. I, s. 300-301.

usulü bakımından yapılmakta “(e)ğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersine durum, Anayasa'nın yargıya ve öndene-time ilişkin kurallarıyla başdaşmaz”²³ görüşü hükme esas teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi çeşitli faaliyetler için de kararlarında bu sonuca ulaşmasında, eğer varsa, kullandığı teknik nitelikte bir kritere değinmeden, fakat açıkça kimi faaliyetler için kamu hizmeti nitelendirmesi yapmıştır: “köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir”²⁴; “kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir”²⁵.

Bu tutum Türkiye’de yargının objektif hukuk anlayışıyla değerlendirme yaptığını, yasakoyucunun iradesini saptamakla yetinmediğini, aksine, bazı hallerde bu iradenin tersi yönde hüküm verebildiğini göstermektedir.

Özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarından yola çıkarak²⁶ kamu hizmetleri konusunda “geçerli - ‘resmi’ kamu hukuku anlayışını” şu şekilde özetleyebiliriz:

- Bazı faaliyetler niteliği gereği kamu hizmetidir. Faaliyetlere bu niteliği kamu için taşıdıkları önem sağlamıştır. Bu tip faaliyetlerin kamu tüzel kişileri tarafından görülmesi gerekir. Yasa koyucunun faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği üzerinde serbest takdir ve tasarruf hakkı yoktur. Bir kanunla özelleştirilmeleri sağlanmak, özel hukuk sözleşmelerine konu etmek veya tahkim usulü getirilerek idari yargının denetim alanından çıkarılmak istenseler de bu mümkün değildir ve bu içerikteki bir kanun anayasaya aykırı olacaktır.

- Bu faaliyetler dışında kamu hizmeti kurulamaz da değildir. Yasa koyucu kimi başka faaliyetlerin de kamu hizmeti olarak kurulmasına karar verebilir. Yasa koyucunun bu konuda takdir yetkisi vardır ve iradesinin kamu hizmeti kuruluşu anlamına gelebilmesi için faaliyetin bir kamu tüzel kişisine görev olarak verilmesi gerekir. Bu noktada organik unsur açıkça olmasa bile aranmaktadır. Çünkü, yasa koyucunun “kamu hizmeti” olarak nitelediği avukatlık mesleği, idare ile organik bir bağlantısı olmadığı için bir kamu hizmeti sayılmamaktadır.

Denilebilir ki, yargı kararları tarafından dile getirilen bu resmi kamu hizmeti anlayışında;

- Gerek yasal düzenlemelerde gerekse yargı kararlarında İdarenin diğer faaliyetleri ile kamu hizmetleri arasında ayırma yardımcı olacak belilemeler yapılmamaktadır. Kamu mallarının işletilmesine yönelik faaliyetler ile kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin faaliyetler birbirine karışabilmekte; özendirme ve destekleme faaliyeti ile kamu hizmeti aynı hukuki rejime sokulabilmektedir.

2) Özel ticari faaliyetler ile özel kişilerin yürüttüğü niteliği gereği kamu hizmet-

²³ İbid., s. 305

²⁴ Ay. Mahk. 28. 6. 1995 tarih, E. 1994/71, K. 1995/23, R. G. 20. 3. 1996, S. 22586, s. 49

²⁵ Ay. Mahk., 26. 3. 1974 tarih, E. 1973/32, K. 1974/11, A. M. K. D. C. 12, s. 122

²⁶ Bu kararlarının büyük bir kısmı için bkz. TAN, T. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Kamu Hizmeti Kavramı, Anayasa Yargısı, S. 8, s. 233-252.

leri ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülme usullerinin nasıl ayırt edileceği belli değildir. Bu karışıklık sonucunda kamu hukuku rejiminin alanının genişlemesi ihtimali, kamu hukukuna karşı topyekün bir savaşı başlatmıştır.

3) Özel hukuk kişileri tarafından farklı kamu hizmeti görülme usulleri ve hukuki rejimleri arasında bir ayırım yapılmamakta, hepsi kamu hizmeti imtiyaz usulü olarak değerlendirilmektedir. Bu farklılığı doğuran ihtiyaçlar ve sonuçlar gözden kaçırılmaktadır.

Bu durum karşısında öncelikle özel-ticari faaliyetlerle kamu hizmetleri arasında ayırım problemini ortaya çıkarmakta, ister istemez niteliği gereği kamu hizmeti teorisini gündeme getirmektedir. Hangi kriterlere göre bazı faaliyetlerde kamu hizmeti niteliğinin tespit edilecektir? Bu elbette faaliyetlerin "sosyolojik açıdan irdelenmesi ve unsurlarının ortaya konulması"²⁷ ile olacaktır. Kanunla kurulurken yasa koyucu tamamen serbest hareket edemeyecektir²⁸. İçten faaliyeti ilişkin bir denetimin varlığı yanında²⁹, aksamalı halinde idarenin bizzat o faaliyeti üstlenerek yapacağı özel hukuk kişilerinin görmekte olduğu bir faaliyet³⁰ de kamu hizmeti niteliği içerecektir. Anayasa hükmü sebebiyle kamu hizmeti sayılan faaliyetler vardır³¹

Hem idari faaliyetler arasında kamu hizmeti ve diğerleri arasında ayırım yapmak, hem de daha önemlisi, özel faaliyetlerle kamu hizmetleri farkını net olarak ortaya koymak gerekmektedir. Hangi faaliyetlerin kamu hizmeti statüsüne sokulabileceklerini belirlemek bakımından objektif, yasa koyucunun takdir hakkını belirleyen kriterler koymak önemlidir. *Ancak getirilen kriterlerin yasa koyucudan alınmaya çalışılan serbest değerlendirme yetkisinin, ondan alınarak anayasa yargıcına devredilmesi şeklinde olmasının da sorunu çözemeyeceği, hatta daha da ağırlaştıracağı açıktır.* Onar kamu hizmetlerinin kuruluşunda halkın en azından siyasi etki ile belirleyici olabileceğini, bunun yolunu çizerek göstermektedir³². Peki Anayasa Yargıcının kamu hizmeti listesi yaparken doğru değerlendirmeleri yapması nasıl sağlanacaktır?

Kanaatimce, yasa koyucuya kamu hizmetleri hakkında belirleme payı bırakılmakla birlikte; niteliği gereği kamu hizmetleri de bulunmaktadır. Ancak bu nitelik faaliyetin kendisinden değil, toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önem ile ortaya çıkmaktadır. Aslında bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girmesinden sonra ortaya çıkan eşitlik, süreklilik, değişen şartlara sürekli uyarlanması gibi ilkeler, aynı zamanda da o faaliyete kamu hizmeti olarak görülme niteliğinin tanınmasını zorlayan ve kamu hizmeti statüsü kurulmasından önce hissedilen kriterleri/unsurları olmaktadır. Sürekli, eşitlik, uyarlama ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler kamu hizmeti olarak yasa koyucu tarafından belirlenmeyi bekleyeceklerdir. Bu yüzden her ülke ve her zaman dilimi için değişmez bir liste halinde kamu hizmetleri olamayacaktır belki, ama yine de o ülkenin tarihi, sosyal ve ekonomik yapısının ortaya koyduğu bir "niteliği gereği kamu hizmetleri" listesi yine de vardır. Üstelik toplumların geldiği sevi-

²⁷ ÖZAY, İ. Günışığında Yönetim, 1996, s. 231

²⁸ YAYLA, Y. İdare Hukuku, 1985, s. 62

²⁹ ÖZAY, İ. Günışığında Yönetim, s.232; AZRAK, A.Ü., İdare Hukuku Ders Notları, 1972, s.18

³⁰ BALTA, T. B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, no 117, Ankara, 1970-1972, s. 17

³¹ BİLGİN, P. Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Y. 1, S. 1, s. 13

³² ONAR, Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkıfayı, V. Üniversite Haftası: Van, 1944, s.36

yelerde bu listedeki bir çok kamu hizmetinin aynı olması da muhtemeldir³³.

III. Kamu Hizmeti Kavramının Avrupa Boyutu

Rekabet kavramı üzerine kurulmuş olan Avrupa ekonomik düzeninin, Fransız tarzı kamu hizmeti anlayışını rekabeti bozacak nitelikte gördüğü söylenebilir. Çünkü “kamu hizmeti” kavramı dışlanmış, “Avrupa kamu hizmetleri şartı” (chart européenne des services publics) kabul görmeyecek bir proje olarak kalmıştır.

Dikkat çekici bir tutum olarak, bugün Avrupa Birliği mevzuatında olduğu gibi, son yıllarda Türk mevzuatında da³⁴ kamu hizmeti kavramı muhtemelen bilinçli bir şekilde ihmal edilmekte, kullanılmamaktadır.

Bu globalleşen ekonomik taleplerin, bir engel olarak gördükleri kamu hizmeti kavramını ihmale yönelik bir tutum olarak da yorumlanabilir. Fransa’da doğmuş ve gelişmiş bir hukuki rejimin, bütün esnekliğine ve uyarlamaya (adaptation) hazır niteliğine rağmen, yükselen ekonomik anlayışa engel görülerek unutturulmaya ve herşeye yeniden başlamaya yönelik bir eğilimin göstergesi olarak da yorumlanabilecek bir tutumdur. Halbuki liberal düşüncenin arzuladığı tam rekabet ortamının sigortası karlılık içermeyen ortak ve genel ihtiyaçların tatminini sağlayan kamu hizmetleridir.

Ancak Roma Anlaşmasının 90. maddesinin 2. fıkrasında “genel ekonomik yarara yönelik hizmetlerle yükümlü kuruluşlar” (entreprises chargées de la gestion de services d’intérêt économique général) için, aynı maddenin 1. fıkrasında yeralan rekabet ilkesine getirilen istisna hükmünün uygulaması³⁵, ile kullanılmakta olan service universel³⁶ kavramı sayesinde artık Avrupa Birliği bakımından da Fransız usulü, Duguit kökenli, sosyal yapının vazgeçilmez unsurlarını oluşturan faaliyetler arasında ayrı hukuki rejime kavuşturulabilecekleri belirlemek bakımından niteliği gereği kamu hizmeti anlayışının başladığını göstermektedir.

Avrupa Birliği, Service public universel tanımına yönelik bir liste tarihi, sosyal tercihlerden yola çıkılarak hazırlanabilecek midir?

Bu sorunun cevabı Avrupa Birliğinin geleceği ile ilgilidir ve aynı zamanda gerçekten bir bütün olup olmayacağının cevabıdır.

IV. Kamu Hizmeti Kavramının Geleceği: Niteliği Gereği Kamu Hizmetlerini Belirlemek

Önemli olan hangi faaliyetlerin kamu hizmeti alanına dahil edileceği konusunda,

³³ ONAR, Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı, cit., s. 29 “aynı medeni camiaya girmiş bulunan memleketlerde birbirinin aynı olan ve artık tabii sayılan bir takım âmme hizmetleri(nin) var(lığı)nı” kabul etmek gerekir.

³⁴ Örnek olarak bkz. 3996 sayılı Kanun

³⁵ 19 Mayıs 1993 tarihli Corbeau kararı ile, Belçika posta idaresinin karlı olan bir faaliyetine yönelik rekabeti kısıtlayıcı düzenlemesinin, karlı olmayan faaliyeti lehine olduğu için posta hizmetinin kamuya yararlı yönü sebebiyle hukuka uygun görmüş ve rekabet istisnaları içine sokmuştur. Aynı şekilde 27 Nisan 1994 tarihli, Commune d’Almelo kararında da, Hollanda’da yerel elektrik dağıtım şirketi ile yapılan sözleşmeye konulan ithal yasağı hükmünün, kamu yararı misyonunu gerçekleştirmek bakımından rekabet kurallarının ihlali sayılmayacağına hükmedilmiştir. (Kararlar için bkz. LONG, Marceau, Service Public, Services Publics: Déclin, ou renouveau?, RFDA 11, 3, 1995)

³⁶ Evrensel Hizmet (Service universel) Avrupa Birliğinde karşılanabilir nitelikte ücret alınarak, standart niteliklere sahip olarak sunulan hizmetler şeklinde tanımlanabilir. (Bkz. LONG, ibid., s. 501)

zamana ve mekana göre farklılaşabilecek esnekliğe sahip, fakat keyfiliğe yolaçmayacak teknik temelleri olan kriter arayışlarında birleşilebilmesidir.

Niteliği gereği kamu hizmeti vardır ama bu faaliyetin yapısından değil, onda ülkelerin tarihi sosyal kültürel ekonomik şartlarının belirlediği bir niteliklidir.

Duguit'nin fikri, teknik bir araç vericek nitelikte olmamakla beraber, temel yaklaşım bakımından dikkatle ele alınmayı gerektirecek bir öngörüü içerdiği kanaatindedim. Sosyal yapı için vazgeçilmez olan faaliyetleri kamu hizmeti olarak görmek. Bu ülkeden ülkeye tarihi sosyal ekonomik koşullara göre değişebilecek bir farklılık içereceği kuşkusuzdur.

Kamu hizmeti kavramını doğuran sosyal ihtiyaçlar devam etmektedir. İlk başlarda tatmin edilemeyen ihtiyaçları karşılayacak üretim ve hizmet için ortaya çıkan bu ihtiyaç; sosyal yapının asgari ortak paydası ve liberalizmin çözücü yan etkileri karşısında görüntüsü değişmiş, temeli farklılaşmış olsa bile devam etmektedir.

Bu yüzden en üstün haliyle rekabet ortamı sağlamaya yönelmiş toplum mühendisliği içinde bugün kamu hizmeti başlığı altında sürdürülen idari faaliyetin yeri, özellikle sosyal bütünlüğün devamı için gereği ve vazgeçilmez bir önemi bulunmaktadır. Adı unutturulmaya çalışılsa da kamu hizmeti kuramı, onu doğuran ihtiyaçlar farklılaşarak devam ettiği için sürecektir. Önemli olan "Fransız tarzı kamu hizmeti kavramı"nın birikimlerinden yararlanmayı bilebilmektir. Bu özellikle Avrupa Birliğinin sağlanmasında harcanacak zamanın kısalığına, oluşum sancılarının derecesine doğrudan etkilidir.

Kavramın içeriğindeki değişimler varlığını gereksiz kılmamaktadır. Hem sosyal faydaları korumak, hem ortak ihtiyaçları nitelikli biçimde tatmin etmek, hem de ekonomik kaynaklı talepleri karşılamak gereklidir. Günümüzde ilkelerin kapsamını ve anlamını belirlemek ihtiyacı vardır. Saydamlık, katılım gibi yeni ilkeler eklenmesi gereklidir.

Ekonomik gerekçelerden kaynaklanan talepler de yanlış bir hedef olarak kamu hizmetine husumet beslemektedirler. Nitelikli sunulan kamu hizmetlerinin, liberal ekonomilerde *sosyal yapının sigortası olma işlevini yerine getirmek suretiyle vazgeçilmez önemi haiz oldukları mutlaka anlaşılacaktır.*