

KAMU HİZMETİ, VİRTÜEL KAMU HİZMETİ VE 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Nuri YAŞAR*

I - KLASİK KAMU HİZMETİ

*Kamu hizmeti*¹ İdare Hukukunun en temel kavramlarından ve İdare Hukukunun alanını açıklamaya yarayan temel ölçütlerden biri olmasına karşın üzerinde uzlaşılan bir tanımlamaya sahip değildir. Nitekim, Anayasamız da bile, kamu hizmeti değişik anlamlarda, bazen «faaliyet, iş, uğraş» (Anayasa m. 128), bazen da «kamu kuruluşları» (Anayasa m. 70) olarak kullanılmaktadır.

Kamu hizmetine ilişkin temel ilkeler ve tanımlar yaklaşık bir yüzyıllık tarihe sahiptir. Fransız Hukukunda Blanco² kararıyla şekillenen ve nere-

*) M.Ü. Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Öğretim üyesi

1) 19. yüzyıl Fransa'sında « Kamu Hizmeti Okulu » ya da « Bordeaux Doktrini » denilen ve Léon DUGUIT, Gaston JEZE, Roger BONNARD ve L. ROLLAND gibi ünlü hukukçular tarafından savunulan teoriye göre, « Devletin toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılamak için giriştiği bütün faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşır ve bunun için İdarenin yaptığı eylem ve işlemlerde idare hukukunun konusunu oluşturur ». Bu teori eski önemini yitirmiş olmasına rağmen, bugün bile Fransız ve Türk yargı kararlarında idari işlem, kamu malı ve kamu görevlisi ölçütleri ile birlikte idarenin sorumluluğunun tespitinde ölçüt kavram niteliğini korumaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. J. CHEVALLIER, « Le service public », PUF(Que sais-je), 3eme éd., 1994; J. CARBAJO, « Droit des services publics », 3. éd., Dalloz, 1997 ; Michel DEGOFFE, « A propos de service public virtuel » in CJED, 1993; J-F. LACHUME, « Grand services publics », Masson, 1989; T. TAN, « Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı » in Anayasa Yargısı 8, Ankara, 1991; Ayrıca kamu hizmeti kavramı hakkında çok yönlü ve geniş tartışmalar için bkz. A. BOCKEL yönetiminde hazırlanmış olan ve 7 ve 8 Mayıs 1998 tarihinde Galatasaray Üniversitesi ile Bordeaux IV Üniversitesi tarafından gerçekleştirilmiş « Léon Duguit et le service public aujourd'hui » konulu « Actes du colloque d'Istanbul » bildiri ve tartışmaları içeren aynı isimli eser, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998; R. CHAPUS, «Droit Administratif Général », Tome I, 9eme éd., Montchrestien, 1995; VALIN, « Droit administratif », 9eme édition, Sirey, 1963, no: 1129 vd. ;

İ. GİRİTLİ-P. BİLGİN-T. AKGÜNER, «İdare Hukuku», Cilt II, Der Yay., 1999 ; A.Ş. GÖZÜBÜYÜK.- T. TAN, « İdare Hukuku-Genel Esaslar », Cilt I, Ankara, 1998.; L. DURAN, «İdare Hukuku Ders Notları», İstanbul, 1982; İlhan ÖZAY, «Günışığında Yönetim», Alfa Yay., 1996; A. Ü. AZRAK, «Millileştirme İdare Hukuku», İstanbul, 1976.

2) Blanco kararı ve incelenmesi için cf. « Blanco », 8 févr. 1873, in « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 10eme éd., s.1-7.

deyse bütün müktesebatıyla ülkemize aktarılan kavram hala iki hukuk sisteminde de tartışmaların ortasındadır. Her iki ülkede de, mevzuat hiçbir zaman kamu hizmetini tanımlamamıştır. Doktrin ise kavramı her zaman bir yanı eksik tanımlamıştır. İdare Hukuku alanında haklı olarak yıllar sonra bile etkisini sürdüren Onar'a göre, «Kamu hizmeti, kamu yararının, umumi menfaatin ihtiyaçlarını karşılamak üzere icra edilen faaliyetlerdir»³. Görüldüğü gibi burada bir diğer bakış açısını yansıtan kamu hizmetinin kimin tarafından yapıldığı dikkate alınmamaktadır. Bu faaliyetlerin temel özelliği, toplumun, tatmin edilmediği takdirde huzursuzluk çıkacak, ortak, genel ve sürekli ihtiyaçlarına tekabül etmesidir.

İdarenin etkinliklerinin en önemli kısmının kamu hizmetini yürütmek ve işletmek olduğu da açıktır. Bu bakımdan, kamu hizmeti, İdareyle olan ilişkisi ve görülüşündeki amaca bakarak da tanımlanmıştır. Burada, *organik* bakımdan « İdare tarafından yönetilen teşebbüsler »i, yani kamu tüzel kamu tüzel kişilerini, *maddi* bakımdan ise icra eden teşkilat nazara alınmaksızın « faaliyetin mahiyetinin göz önünde tutulması »nı kısaca « faaliyeti/ etkinliği » dikkate alınmaktadır. Bu son belirleme de söz konusu olan fonksiyonel yaklaşımın, özel kişilere ait olmalarına rağmen bazı özel faaliyetlerin kamu hizmeti sayılmasını sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Bu bakımdan, özel kişilerce görülen ve böylece «organik » yani dar ve teknik anlamda bir kamu hizmeti olmayan faaliyetler değişik kriterlere bağlı olarak bir tür kamu hizmeti sayılacaktır. Kamu hizmeti kavramının açıklanmasında yararlanılan *biçimsel* ölçüt açısından bakıldığında ise, kamu hizmeti belli bir hukuksal rejimi ifade eder, bir diğer deyişle hizmetin, İdare Hukuku kurallarına bağlı olmak ve idari yöntemleri kullanmaktan oluşan bir « özel hukuksal rejim »e tabi olmasını ifade etmektedir.

Organik tanımlamada, kamu hizmeti, İdare tarafından, onun ajanları, parasal ve aynî olanakları ile yürütülmektedir. Eskiden, kural olarak kamu hizmetinin bu tanımlamaya uygun ifa edilmesi kabul edilmekte hatta zorunlu görülmekteydi⁴. Ancak, az önce vurgulandığı üzere, değişen toplumsal koşullar ve anlayışlar İdarenin denetim ve gözetim yetkisi altında özel kişilerce de yerine getirilen bazı faaliyetlerin de kamu hizmeti sayılmasına, bazen zorlamayla da olsa, yol açmıştır. Ancak, özel kişilerce yürütülen bir faaliyete kamu hizmeti niteliği verilebilmesi için, faaliyetin, kamu yararı taşıması, idarenin denetim veya gözetimi altında yapılması ve nihayet ilgili özel kişiye kamu gücü kullanmak anlamında bazı imtiyazların sağlanması gerekmektedir⁵.

3) ONAR, aktaran ÖZAY, « Günışığında ... », cit., s. 232.

4) Ancak, İdare tarafından yürütülen bütün faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu da söylenemez. Bu konuda bkz. CARBAJO, op. cit. s. 11.

5) CARBAJO, op. cit, s. 17-18.

Fransız İdare Hukukuna dönersek, Rivero-Walin'e göre, "kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından bizzat veya yetkilendirdiği kimse tarafından onun gözetim ve denetimi altında kamu yararı ihtiyacının tatmini amacıyla yürütülen idari bir etkinlik türü"dür⁶. Burada, biçimsel ölçütün tamamıyla ihmal edildiğini görmekteyiz. Aslında, bu eğilimin kamu hizmeti kavramını başka bir kulvara yönlendirdiği ve hatta Avrupa Birliği düzeyinde interaktif bir biçimde dönüştürdüğü gözlenmektedir.

Modern Devletin kazandığı yeni anlam ve klasik kamu hizmeti kavramının karşılaştığı güçlükler karşısında yeni tanımlama çabalarının yeni kavramlara yaşam verdiğini görüyoruz. Bu gelişim ve değişmeye Avrupa Birliği(AB) alanının ve burada karşılaşılan farklı ulusal yaklaşımlarında katkıda bulunduğu görülmektedir. Bu bakımdan, AB hukuku⁷ ile karşılıklı etkileşime giren Fransız sistemi⁸ çevresinde ve gerekse buradan etkilenen Türk Doktrini ve içtihatlarında⁹ önceleri sadece kamu hizmetinin kamu tüzel kişilerince görülmesinin bir istisnası sayılan «kamu hizmeti imtiyazı» yanında yeni usuller kabul edilmektedir. «İdari kamu hizmetleri» (service public administratif) ve «ticari ve endüstriyel kamu hizmeti» (service public industriel et commercial) ayrımı yaparak, ikinci grubu adli yargının alanına aktaran Fransız sistemi¹⁰, yine örneğin, «kamu hizmeti ödevi» (mission de service public) ve «kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet» (service public virtuel) ayrımıyla ve ayrıca¹¹ şimdi daha «hybride» kavramlarla karşı karşıya kalmaktadır. AB alanındaki kavramsal karşılaşmalar dolayısıyla gerek AB idari kurumları gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanı(ATAD) kamu hizmetlerini nitelene de çeşitli kavramlar kullanmakta¹² ve neredeyse virtüel kamu hizmetine karşılık gelen «genel ekonomik yarar hizmeti»(service d'intérêt économique générale) deyimine yer verilmektedir. Buradaki, «ekonomik» sözcüğü ihmal edilirse, ATAD tarafından, özel ya da kamusal kişi tarafından yerine getirilebilen, izin usulüyle görülebilen ve iş-

6) Jean RIVERO-Jean VALIN, "Droit Administratif" 17e éd., Dalloz, 1998, s. 432.

7) Avrupa Birliği içinde dolayısıyla ortaya çıkan gelişmeler hakkında bkz. Michel BAZEX, « L'impact du droit communautaire sur l'évolution du service public 'à la française' » in « Léon Duguit et le service public aujourd'hui », cit. s. 141-163 ; Loïc GRARD, « Les effets du droit communautaire sur la réforme des services publics de réseau en France » in « Léon Duguit et le service public aujourd'hui », cit. s. 165-187 ; Ayrıntı için bkz. Esin ÖRÜCÜ, « Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri » in İHİD, Sayı 1-3, Yıl 9, 1988, s. 243-253 ; CARBAJO, op. cit. s. 1; Ali D. ULUSOY, « Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler : Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri » in Amme İdaresi Dergisi, Cilt 31, Sayı 2, Haziran 1998, s. 21-40.

8) Bkz. dip not no : 1.

9) Aydın GÜLAN, « Kamu Hizmeti Kavramı » in İHİD, Sayı 1-3, Yıl 9, 1988.

10) CARBAJO, op. cit., s. 21 vd.

11) D. LOCHAK, aktaran T. TAN, « Anayasa mahkemesi Kararlarında... », cit. s. 236 ; Jean-Marie PONTIER, « La conception française du service public » in « Léon Duguit et le service public aujourd'hui », cit. s. 105-131 ;

12) CARBAJO, op. cit., s. 1 vd.

letme izni basit veya normal bir izin ya da gözetleme yetkisinin sınırlarını aşan, yani **kamu otoritesince sıkı bir şekilde denetlenen bütün hizmetleri kapsamaktadır**¹³. Görüldüğü gibi, burada her defasında organik ya da maddi kıstasa başvurulmaktadır.

Topluluk Hukuku içinde ilgi çekici kavram «**evrensel hizmet**» (service universel)dir¹⁴. Kavram, kapsadığı alanlarda genel yararın gereklerinin topluluk hukuku içinde sunuluşuyla ilgilidir ve özellikle bir şebekeyle dağıtılan hizmetlerden, örneğin posta, telekomünikasyon gibi hizmetlerden herkesin uygun fiyatla, sakatlık gibi özel durumu olanların da durumlarına uygun düzenlemelerle, yararlanmasını öngörmektedir. *Kamu(public) sıfatı içermeyen “evrensel hizmet”lerin temel özellikleri eşitlik, süreklilik ve uyarlama olmakla beraber, hatların sağlıklı işlemesi, yönetimde şeffaflık, fiyatlandırma ve kullanıcılar tarafından farklı aralıklarla denetlenme de ayrıca uyulması gereken zorunluluklar olarak ortaya çıkmaktadır*¹⁵. Devlet, bu konuda ek düzenlemeler getirebilecek, ancak bunlar topluluk kurallarına aykırı olmayacaktır.

II - VİRTÜEL KAMU HİZMETİ

Virtüel kamu hizmeti¹⁶ deyimini 60 lı yıllarda ortaya çıktığında da « hybridation » içermekteydi. Çünkü kavram, geçmişin anlayışını, yeni ihtiyaçlara uyarlamaya yarıyordu. Ancak, ortada yine cevapsız soruların kaldığı açıktır. Fransız Doktrininde ortaya çıkan ve giderek etkisini önemli ölçüde kaybeden bu teoriye göre, “bir faaliyet, İdare tarafından görülme de, eğer yeterince açık bir kamu yararı niteliği gösteriyor ise, kamu hizmeti sayılır”¹⁷. Fransa’da ilk defa Conseil d’Etat’ tarafından¹⁸ kullanılan virtüel kamu hizmeti deyimini her zaman şüpheyle ve hatta olumsuz bir bakışla karşılandı¹⁹. Kararı yazan hükümet komiseri CHENOT’ya göre, “özel kişilerce, girişim serbestliği içinde tatmin edici koşullarda ifaya elverişsiz olup kamu yararı taşıyan bazı etkinlikler, virtüel nitelikli kamu hizmeti oluşturur ve idari otoritenin basit bir müdahalesiyle kamu hizmeti rejimine sokulabilir”²⁰. Bu yaklaşım daha sonra birden fazla kararda tekrarlanmıştır²¹. Conseil d’Etat’nın bu yaklaşımı, idari otoritelere, özel girişimlere, kamu hizmeti

13) ibid.

14) CARBAJO, op. cit., s. 1 vd.

15) CARBAJO, op. cit., s. 2.

16) DEGOFTE, op. cit. s. 535.

17) PEISER, op. cit. s. 138.

18) B. CHENOT, concl. sur CE, 6 février 1948, Soc. Radio-Atlantique. Rec. CE, s. 65. RDP 1948, s. 244, note Jèze.

19) DEGOFTE, op. cit. s. 535; Gilles J. GUGLIELMI-Genevieve KOUBI, “Droit du Service public” Montchrestien, 2000, s. 115-116.

20) DEGOFTE, op. cit. s. 535.

21) Bu kararlar için bkz. DEGOFTE, op. cit. s. 536 vd.

kurmadan, kamu hizmetlerine özgü borçlar yüklemeye varmıştır. Oysa aynı Conseil d'Etat, "kamu yararı taşıyan bütün özel etkinliklerin doğal olarak kamu hizmeti olmaya yatkın olsalar bile kamu hizmeti sayılmayacağını" ifade etmekteydi²².

Fransız doktrini virtüel kamu hizmetine, genel olarak yasama organına ait olan kamu hizmeti kurma yetkisinin ele geçirilmesi olarak olumsuz baktı²³. Özellikle 1958 Anayasasına kadar açık biçimde yasa koyucuya ait bulunan, ancak 1958 Anayasasında yasama yetkileri arasında sayılmadığı için tartışma yaratan kamu hizmeti kurma yetkisinin virtüel kamu hizmeti kavramına bağlanarak idarece kullanımı, bir çok yazar tarafından "hukukun genel ilkelerine ve özellikle sanayi ve ticaretin serbestliği ilkesine bağlandı²⁴, ancak eleştiriden hiçbir zaman kurtulmadı. Öte yandan, özel girişimler, kamu hizmetinin tatmin edici biçimde ifası için kamu hizmeti gereklerine uygun etkinliklere zorlanınca bu defa kamu hizmetinin gerekleri²⁵ üzerinde çıkan tartışmada, Conseil d'Etat'nın virtüel kamu hizmetinden, ilgili kanun maddelerine ve bazen de hizmet konusunun içeriğine baktığı görülmekteydi²⁶. Nitekim, taksi dolmuşlarıyla ilgili bir kararında, Conseil d'Etat, polis taksileri uymaya zorladığı kulların, bu hizmetin konusu ve nedenleri bakımından faaliyete yabancı(étrangères) olmaması gereği üzerinde durdu²⁷.

Böyle olunca, kamu hizmetinin özel kişilerce görülme biçimlerinden biri olarak öne çıkan ve «kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet» diğer bir deyişle «virtüel kamu hizmeti» denilen faaliyetin, neden kamu hizmeti olduğunun diğer bazı kriterlere başvurularak sorgulanması gerekir. Bu tür bir özel faaliyetin, halkın ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu yararının gerçekleştirmekle birlikte²⁸ aynı zamanda «yollar, rıhtımlar, akarsular, atmosfer gibi kamu emlâki ile özel bir ilişki»ye sahip olması²⁹ ve bir görüşe göre, İdare henüz kanun koyucu tarafından kamu hizmeti payesi verilmeyen bu özel faaliyeti, ruhsata bağlayabiliyor ve ruhsatın kapsamını azaltıp çoğaltabiliyor ve hatta ruhsatı geri alabiliyor³⁰ diğer bir görüşe göre "kamu hizmeti yükümlülükleri"ne saygıyı sağlayacak³¹ bir ruhsata bağlıyorsa, bir virtüel kamu hizmeti söz konusudur.

22) Daniel TRUCHET, "La fonction de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", LGDJ, 1977, s. 71.

23) Jean MOREAU, "Driot administratif", 1989, s. 317.

24) MOREAU, op. cit. s. 317; G. VEDEL- P. DELVOLLE, "Driot administratif", tome II, 1992, s. 727.

25) Bu konuda bkz. GUGLIELMI-KOUBI, op. cit. s. 125.

26) DEGOFTE, op. cit. s. 548.

27) DEGOFTE, op. cit. s. 547.

28) AZRAK, « Millileştirme ve İdare Hukuku », cit., s. 30 vd.

29) Michel DEGOFTE, op. cit. s. 544.

30) İbidem; AZRAK, « Millileştirme ve İdare Hukuku », cit., s. 29-30.

31) R. CHAPUS, op. cit. s. 555.

Görülüyor ki, burada hizmetin niteliğiyle birlikte «**kamu emlâkinden yaralanma**» ve kamu hizmetinin belirleme kriterlerinden en önemlisi olan «**kanun koyucunun iradesi**³²»nin zorunlu olmaması ve hatta **yokluğu**³³ belirginleşmektedir. Bu durumda, İdarenin yetkisinin, kamu hizmetine karar vermeye tek yetkili olması gereken yasama yetkisine tekaddüm ettiği ve yasama yetkisinin bir anlamda İdare tarafından ele geçirildiği ifade edilmektedir³⁴. Kriterlerin çokluğu ile aynı zamanda yetersizliği karşısında, bu sorunların çözümünde, organik kritere bakılarak yapılacak karşılaştırmalardan elde edilecek sonuç dışında, ayrıca «**İdare ile sıkı bir bağlantı**»³⁵ ile «**kolluk denetimini aşar nitelikte, içten, faaliyete ilişkin**»³⁶ bir denetim gereği ileri sürülmektedir. Ancak bu son iki koşulun birer neden olmaktan daha çok sonuç oldukları açıktır.

Nitekim, Özay izin almak suretiyle « (ö)zel teşebbüs tarafından yürütülse de bazı etkinliklere, « maddi » anlamda ya da «virtüel veya « işlevsel » kamu hizmeti olarak bakmanın önemi, bunların denetlenmesinde ortaya çıkmaktadır»³⁷ diyerek yukarıda belirttiğimiz sonuca vurgu yapmaktadır. Özay, devam ederek, virtüel kamu hizmetlerinde bu faaliyetin her nokta ve anını etkileyen içten yani « intrinsèque » bir denetim bulunması zorunlu olduğu halde, diğerlerinde bu salt dışsal bir « kolluk » yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir demektedir³⁸. Kamu hizmetinin özel kişilerce, statüer ilişki içinde genelde İdareden izin alınmak suretiyle görülmesi tarzında ortaya çıkan bu tür hizmetler³⁹ « (k)amu hizmeti olmaya ya(t)kın » veya « kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler » anlamında, faaliyeti yürüten özel kişinin İdare ile ilişkileri izne dayanmakla beraber, İdarenin denetim yetkisinin kolluk yetkisi boyutlarını aşıp hizmete müdahale niteliği kazandığından⁴⁰ ortada bir gerçek bir özel faaliyet bulunup bulunmadığı şüphesini de doğmaktadır⁴¹. Ancak vurgulandığı gibi, bu yaklaşımda nedenlerden çok sonuçların öne çıktığı görülmektedir.

Virtüel kamu hizmeti kavramı başka bir çok yönden de eleştiriye uğra-

32) REISER, op. cit. s. 138.

33) Kamu hizmetinin ne olduğunun belirlenmesinde Bakanlar Kurulunun, örneğin Maliye Bakanlığını "gerekli hallerde kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmaz mallarının bir kamu hizmeti için gerekli olup olmadığını belirlemek"le görevlendirdiği görülmektedir. Bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, op. cit., s. 437.

34) Jean MOREAU, op. cit. s. 317.

35) CHEVALLIER, aktaran GÜLAN, « Kamu Hizmeti Kavramı » cit., s. 153.

36) ÖZAY, « Günışığında ... », cit., s. 256.

37) ibid.

38) İbid.

39) GÖZÜBÜYÜK-TAN, op. cit., s. 456.

40) ÖZAY, aktaran TAN, « Anayasa Mahkemesi Kararlarında... », cit. s. 236.

41) Fransız Hukukunda bir yüz yıldır süren tartışmalar için bkz. "Pierre-Henri CHALVIDAN- Christine HOUTEER, "Droit administratif", Nathan Université, 1996, s. 111 vd.

yabilmektedir. Virtüel kamu hizmeti, bir yandan, kamu hizmetinin liberal bir toplumda temsil ettiği anlam bakımından ele alınabilir ve üç noktaya işaret edilebilir: Öncelikle liberal bir toplumun ortak ve genel ihtiyaçların tespitinde yararlandığı yöntem kolektivist ideolojilere dayalı toplumlardan farklıdır. İkinci olarak, virtüel kamu hizmetinin kabulü, Devletin biri kamu hizmetlerini yüklenmekten kaçınma ve diğeri özel girişimi tehdit altında bulundurma gibi iki tür kolaycılığa kaçmasına neden olur. Üçüncü olarak ise, yurttaşların özel girişim kurallarına uygun ve hukuk kurallarına bağlı girişimleri bile, Devletin içten ve yoğun müdahalesine ve hatta bazen engellenme bazen ise ortadan kaldırmasına maruz kalabilir. Bu nedenle, Fransız Hukukunda virtüel kamu hizmeti kavramını tamamıyla reddedenler olduğu gibi⁴², virtüel kamu hizmeti kavramını “kamu özgürlükleri için tehlikeli”⁴³ bulunduğu gerekçesiyle eleştirenler bulunmaktadır. Diğer taraftan, virtüel kamu hizmeti yaklaşımı, karşıt bir bakış açısından, özel girişime İdareye ait yetkilerin bahşedilmesine yol açtığı için de reddedilmektedir⁴⁴. Taraftar bulunduğu dönemde bile bütün bu nedenlerle “nadir olarak uygulanmakta”⁴⁵ ve bugün önemini kaybetmiş bulunmaktadır⁴⁶.

Bu açıklamaların yeterli olmasına rağmen, yine de vurgulamak gerekir ki, burada sorun bazı özel etkinliklerin fonksiyonel bir yaklaşımla kamu yararı varsayımıyla kamu hizmeti oluşturmalarında değil, ve fakat bundan daha da önemli olarak “kamu hizmeti kurma” ya da daha genel bir ifadeyle “kamu hizmeti nitelime” yetkisini yasama organı dışına aktarmak, böylece İdare ve yargı organına kamu hizmeti kurma yetkisi verilmesinde yatmaktadır. İdare ve yargı organının bu yöndeki çabasına olanak verende doğal olarak, “izin-ruhsat” yönteminin kamu hizmeti kurma yetkisi gibi kullanılması olarak görünmektedir. Bu yaklaşımın son derece hukuka aykırı olduğu ve nasıl bir işlev gasbı oluşturmakta olduğu açıktır.

Kavramın ülkemizde yarattığı etkiye ve yorumlanmasına gelince, virtüel kamu hizmeti kavramı, çıkış yeri ve düşüncesi itibarıyla, özel kişilerin faaliyetlerini *özellikleştirmeye* hizmet etmeyi amaçlıyor olmasına karşın, ülkemizde Devletin elinden bir parça koparılmışçasına Fransız teorisiyle hiç ilgisi olmayan ve kavramın ortaya çıkışının anlaşılmadığını gösteren bir yoruma tabi tutulabiliyor. Örneğin, Fransa da virtüel kamu hizmeti özel girişimin engellenmesine neden olduğu için eleştirilirken, ülkemizde, Devletçi görüş taraftarlarınca Devletin elindeki hizmetlerin özel kesime gördürülme-

42) Jacqueline MORAND-DEVILLER, “Cours de Droit Administratif”, 4eme éd., Montchrestien, 1995, s. 439.

43) PEISER, op. cit. s. 138.

44) CHAPUS, op. cit., s. 554; DEGOFTE, op. cit., s. 535.

45) PEISER, op. cit. s. 138.

46) CHAPUS, op. cit. s. 554; PEISER, op. cit. s. 138.

sinin bir aracısı gibi görülmektedir. Bu görüşler, virtüel kamu hizmetine, Fransız Hukukundaki anlamının tersine bir yaklaşımla, kamu hizmeti alanını daraltan ve hatta ortadan kaldırmayı amaçlayan bir anlam yüklemektedir. Örneğin, Anayasa hukukçusu Soysal bir kamu hizmetinin, imtiyazdan başka bir usulle özel kişiler tarafından yerine getirilemeyeceğini kesin bir ifade ile ileri sürmektedir. Yazara göre, bir Devlet görevinin yerine getirilmesine Devletten veya kamu tüzel kişilerinden başka gerçek veya tüzel kişilerin katılması, idari imtiyazlar dışında, olsa olsa ancak « gönüllü » çalışmalar yoluyla olabilir⁴⁷. Bu yaklaşım, basit ulaşım hizmetlerinin bile özel kişilerce görülmesine karşı görünmektedir.

Benzer yaklaşıma sahip ve kamu hizmeti kavramına içten bağlı görünen Uler'de, « (k)amu hizmeti bir mal değildir, hattâ kamu hizmeti toplumdur, devlettir diyebiliriz... (Ş)imdi hem kamu hizmeti fikrine hem de kamu hizmetlerine bir saldırı vardır » demektedir ve bugün kamu hizmetlerinin bu niteliğinden soyutlanarak özel kişilerce ele geçirilmeye çalışıldığını söylemektedir⁴⁸. Gerçekten de, klasik kamu hizmeti kavramı bir saldırıya maruz kalmış görünmektedir. Ancak, sorun bu saldırının sadece bir yok etme amacı mı yoksa « Devletin gerçek amacını bulmaya yarayacak bir çaba »⁴⁹ mı olduğunda düğümlenmektedir. Birincisinin abartılı bir açıklama olduğu söylenebilse de, doğrusu ikincisinin amaçlandığını ortaya koyacak yeterli ve sağlam(solide) dayanaklara da sahip değiliz. Burada, virtüel kamu hizmeti teorisine yönelik eleştirilere, bu teori taraftarlarının ilgisiz özel girişimleri bile kamu hizmeti sayarak asıl niteliklerinden soyutlamaya yönelik yaklaşımlarının yarattığı etkiler olarak bakmak daha açıklayıcı olabilir.

Buraya kadar kısıtlı da olsa örneklemeyle çalıştığımız yaklaşım farklılıkları, oldukça derin ayrılıkların varlığını göstermekte, hatta farklı düşünsel temellere dayanılarak kamu hizmetine yaklaşıldığını ortaya koymaktadır.

III - KLASİK TÜRK KAMU HİZMETİ ANLAYIŞININ ANAYASAL DAYANAKLARININ YOKULUŞU

Aslında kamu hizmeti yaklaşımının zayıflaması 1982 Anayasasının kabulüne kolayca dayandırılabilir. Girişim özgürlüğünü destekleyen hatta kışkırtan koşullar, kamu alanının daraltılmasına ilişkin tartışma ve teşebbüsler Anayasanın kabulünü takip etmişti. Özelleştirme çabalarının, yap-işlet-devret yönteminin yaygınlık kazanması, Uler'in yukarıda değinilen yaklaşımının büyük ölçüde nedenlerini oluşturmaktaydı. Ancak, özel-

47) SOYSAL, « Eğitim Hakkı... », cit., s. 248.

48) ULER, « Anayasa Hukukunda... », cit., s. 254-255.

49) Jean PICQ, « Il faut aimer l'Etat », Ed. Flammarion 1995, s. 2.

likle 1999 yılında gerçekleşen Anayasa değişiklikleri⁵⁰ klasik kamu hizmeti anlayışını, bu anlayışın ülkemizdeki en büyük ve önemli ayağı olan Danıştay'ın durumunu kökünden değiştirmiş ve böylece artık idari yargının kamu hizmetinin varlığını « tespit » etme yoluyla takdir etme «gücü »nü ortadan kaldırmıştır. Örneğin yeni düzenlemede «kamu hizmeti» deyimine yer verilmemiş, bundan özellikle kaçınılarak, «yatırım ve hizmetlerden » denilmek suretiyle hukuksal tartışmaların önü kesilmek istenmiştir.

Anayasanın 'Devletleştirme ve Özelleştirme' başlıklı yeni 47. maddesinin⁵¹ ilk fıkrasında « kamu hizmeti niteliği taşı(ma) » yani faaliyetin niteliği üzerinde durulmaktadır. Dördüncü fıkrasında ise, « kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden » bahsetmekte, ancak bunların nitelikleri konusunda bir açıklık getirmemektedir. Öyle anlaşılıyor ki, « kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından » yürütülen ve « kamu hizmeti niteliği taşımayan » yatırım ve hizmetler mevcuttur. Ancak bunların neler olduğu konusunda 3. fıkradaki « Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin ellerinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir » hükmü esas alındığında belirleme, nitelendirme yetkisinin yasama organında olduğunun vurgulanmak istendiği açıktır. Anayasanın nelerin kamu hizmeti nitelendirilmesini hak ettiğine dair bir işaret taşınamaması karşısında yasama organının tamamı ile serbest kaldığı gibi, Anayasanın 155. maddesinde yapılan değişiklikle, « Danıştay ...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındadüşüncesini bildirmek »le görevlidir denilmekle Danıştay kamu hizmetlerini tanımlamak gücünü kaybettiği için, kamu hizmetlerinin görülüş usulleri ile ilgili karar verme yetkisini de kaybetmiş olduğu görünmektedir. Bu durumda, örneğin bugün virtüel denilen etkinliklerin kamu hizmeti olarak görülüp görülmemesi yasama organının salt yetkisinde olmakla kalmamakta, bir yabancılık unsuru taşıması durumunda idari yargılama alanının dışında kalarak(Anayasa m. 125) uluslararası tahkim kurallarına tabi olmakta ve böylece uluslararası hukukun konusu haline de gelebilmektedir.

50) 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun', Kanun No :4446, Kabul Tarihi : 13.8.1999, (RG. 14.8.1999, Sayı No: 23786).

51) Anayasa :

E. Devletleştirme ve Özelleştirme

Madde 47 – Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilirler.

Devletleştirme gerçek karşılık üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin ellerinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişileri yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.

SONUÇ

Aslında, Fransa'da uzun zamandan beri yapılan bir tartışmanın ülkemize farklı bir ortamda taşınması dolayısıyla kamu hizmeti kavramı siyasal çekişmenin ortasına oturmuştur⁵². Fransa'da, yukarıda belirtildiği gibi, kamu hizmetinin, kamu yararı içeren ve tamamıyla serbestçe sürdürülen özel etkinliklerin önemli bir kısmını kapsama riski bulunduğu, oysa bunların bir kamusal rejime bağlı olmadıkları gerekçeleriyle karşı çıkılmaktadır. Bu durumda, kamu kurumlarının izin ya da ruhsat yolundaki iradesiyle kamu hizmeti niteliği verilmesi durumunda, bir çok etkinliğin gerçekte bir kamusal rejimle hiçbir ilişkisi bulunmamasına rağmen kamu hizmeti olarak nitelenmesi durumuyla da karşılaşılabilir. O halde, ister kuruluşunda ister daha sonra kamu hizmeti gibi öngörülün, kamu hizmeti sayılmaları için yeterince eleman var olmayabilecektir.

Bir diğer ve önemli tartışma ise konumuzla daha yakın ilişkiye sahip olup, liberalleşme eğilimlerine bağlı olarak ortaya atılmıştır. Buna göre, kamu hizmeti kavramı üzerinde bir türlü anlaşma sağlanamayan bir kavramdır ve etkinliklerin nitelenmesinde sürekli sorunla karşılaşılmasına neden olmaktadır. Öte yandan, bir diğer görüş, kavramın sadece Fransa'da bir yer bulabildiğini, burada başka ülkelerden ve özellikle Anglo-Saxons ülkelerinden daha çok yer işgal ettiğini, Topluluk Hukuku ile Avrupa Adalet Divanı'nın kavrama pek nadir olarak yollama yaptığını ileri sürerek karşı çıkmaktadırlar. Bu yaklaşımı ilerleterek, kamu hizmeti kavramının somut gerçeğe tekabül etmeyen sadece bir etiket ve özgürlüklerin her şeye "kadir Devlet"(Etat providence) anlayışı lehine kısıtlanması yoluyla totalitarizme götüren bir araç olduğunu söylemektedirler. Bu görüş taraftarları, kamu hizmeti kavramının varlığını reddediyor ve kamu hizmetlerinin hızlı bir biçimde ortadan kaldırılmasını öneriyorlar.

Kamu hizmetleri tartışması ülkemizde alevlendiğinde, aslında yukarıda anlattığımız ve hiç olmazsa Fransa'da geçen tartışmaya benzer bir tartışmanın kamuoyuna mal olması beklenirken, kamu hizmeti yanlılarının seslerini yeterince duyuramadıkları görüldü. Tartışmayı karşıt biçimde sürdürenlerin ise sanıldığı aksine açık ve net biçimde ayrıştıkları tespit edilemiyor. Hatta, bir adım ileri gidilerek, farklı görüşlerin ortaya atıldığı 1999 Anayasa değişikliği sırasında ortaya çıkan tartışmalarda iki karşıt fikrin aslında örtülü biçimde çatışmayan içeriğe sahip oldukları söylenebilir: lehteki yaklaşıma göre, bir hizmetin organik olarak İdare tarafından görülmedikçe ya da yasa koyucu tarafından modern hukuk kurallarına göre öyle nitelenmedikçe kamu hizmeti niteliğinde sayılmasının önüne geçilmeli⁵³,

52) Bkz. RIVERO-VALIN, op. cit. s. 431.

53) Arif ESİN, in « entellektüel bakış », Milliyet, 28 Temmuz 1999.

aleyhteki yaklaşıma göre ise çözüm « kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramına açıklık getirerek daha dar yorumların yapılabilmesi»⁵⁴ suretiyle bulunmalıdır.

Her iki durumda da, İdari denetim dışına çıkma amacı bulunduğu açıktır. Daha sonra bu denetimden kaçan «faaliyetler» özel teşebbüsün ve bu arada özellikle yabancı özel teşebbüsün ve uluslararası tahkimin konusu olabilecektir. Ancak, Anayasa değişikliği yukarıda belirtildiği üzere, görüşte birinci görüş lehinde gelişmiş olsa da, aslında belirttiğimiz gibi temelde Danıştay denetiminden kaçışta birleşildiği için arada dikkate değer bir fark bulunmamakta ve sonuçta sadece Danıştay'ın bir faaliyeti "kamu hizmeti niteliğinde sayması" yetkisine sahip olduğu yolundaki "ütopyası" sona erdirilmiş ve gerçekte daha yararlı sonuçların elde edilmesi engellenmiştir.

54) Aysel ÇELİKEL, in « entellektüel bakış », Milliyet, 28 Temmuz 1999.