

# FRANSIZ VE AVRUPA BİRLİĞİ KAMU HİZMETİ ANLAYIŞLARININ TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ\*

*Dr. Ali ULUSOY\*\**

Dünyadaki birçok ülke ve özellikle Kıta Avrupası ülkeleri gibi Türkiye de kamu hizmeti teori, rejim ve sistematüğini benimserken Fransa'dan esinlenmiştir. Fransa'da 19. YY'ın sonlarında ve 20. YY'ın başlarında *Duguit* ve *Bordeaux Okulu* tarafından oluşturulan bu kamu hizmeti teorisi ve sistematüğü, geçen bu bir asır boyunca çeşitli değışim ve gelişmeler, hatta krizler yaşamıştır. Bu gelişim çizgisi, özellikle AB Hukukunun da etkisiyle, günümüzde de sürmektedir.

Türk kamu hizmeti anlayışının kaynak hukuktaki bu yüz yıllık gelişim çizgisinden ve günümüzde aldığı şekilden nasıl ve ne derecede etkilendiğı ve hangi temel noktalarda ayrıştığı sorusu, bu sunuşun konusunu oluşturmaktadır.

## I. GENEL HATLARIYLA FRANSIZ VE AVRUPA BİRLİĞİ KAMU HİZMETİ ANLAYIŞLARI

### *1. Fransız Kamu Hizmeti Anlayışı*

Fransa'da, *hukuk dışı boyutta*, kamu hizmetinin "toplumsal uyuşma ve uzlaşmanın temel faktörü" veya Fransız toplumunu

---

\* *LDT Hukuk-Ekonomi Araştırma Merkezi ve Friedrich Naunann Vakfı tarafından 9 Ekim 1999 tarihinde Ankara TOBB Salonunda düzenlenen "Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler" konulu Panel'de sunulan tebliğ.*

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Görevlisi.

1. Bernard Stirn. "La conception française du service public". *CJEG*. 1993, s. 293 vd.

oluşturan temel kurumlardan biri, yani bir "toplum modeli"<sup>2</sup>, daha da ileri gidersek, bir tür toplumsal "mit" olduğu söylenebilir.

Örneğin, 1995 yılında kamu hizmetlerini savunmak için tüm ülke çapındaki gösterilere milyonlarca kişinin katılımı (sadece Paris'te yaklaşık beşyüzbin kişi katılmıştır.)<sup>3</sup>, bu kavramın toplumsal yaşamdaki yerinin önemi için bir fikir verebilir.

Bu bağlamda, *kamu hizmeti ruhu*'nun, kurum olarak kamu hizmetinin siyasi otoriteyle ve parayla ilişkisinde araya belli bir mesafe koyabilmesini gerektiren özel bir ahlak anlayışına sahip olmasını zorunlu kıldığı<sup>4</sup> ve günümüzde bu kamu hizmeti ahlak anlayışının, yerini, her ne pahasına olursa olsun varlığını koruma çabasına bırakmasının, kamu hizmetinin kurum olarak "devlet içinde devlet olmasına" ve dolayısıyla meşruluğunu yitirmeye başlamasına yol açmakta<sup>5</sup> olduğu savunulmakta ve bu durumun kamu hizmeti anlayışının hukuksal boyutunun yanı sıra hukuk dışı boyutta da krize girmesinin temel nedeni olduğu ileri sürülmektedir.

Ashında, kamu hizmeti teorisinin kurucusu *Duguít*'in kamu hizmetine yüklediği işlev de hukuk dışı boyuttadır, yani siyasi bir işlevdir. Ünlü filozof ve hukukçu, kamu hizmetini devlet müdahalesinin veya faaliyetinin siyasi meşruluk kriteri olarak görmekteydi.

Kamu hizmetinin günümüzdeki siyasi boyuttaki krizinin sebebinin de bu işlevin zaman içinde bir tür "leviathan", yani devletin her noktasına nüfuz eden kökleşmiş ve dallanıp budaklanmış bir kurum olması ve bu kurumun da her kurum gibi zaman içinde otonom bir varlık haline gelmesi olduğu söylenebilir. Zira, bir varlık *Hauriou*'nun öngördüğü anlamda bir kez kurumlaştıktan sonra,

2. Jacques Chevallier : "Regards sur une évolution", *AJDA*, 20 Juin 1997, numéro special, s. 8.

3. *Bkz. Le Monde*, 1 Haziran 1995.

4. Alain Supiot : "La crise de l'esprit de service public", *Dr. Soc.* 1989, s. 778.

5. Jean-Marie Pontier : "Sur la conception française du service public", *D.* 1996, II, chr.

onun yapısını değiştirmek, uyarlamak veya kaldırmak olağanüstü zorlaşacaktır.

**Hukuksal boyutta**, Fransız kamu hizmeti anlayışı, Yüzyılın başında ortaya çıkışından günümüze kadar, *objektif* anlayıştan *süb-jektif* anlayışa doğru bir gelişme göstermektedir<sup>6</sup>.

Kamu hizmeti teorisinin kurucusu Duguit'in kamu hizmeti anlayışı objektivisttir. O'na göre, yöneticiler tarafından yürütülmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi zorunlu olan faaliyetler kamu hizmeti niteliğindedir. Yani, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde yöneticilere takdir hakkı verilmemekte, bazı faaliyetlerin nitelikleri gereği bu tür hizmetlerden oldukları öngörülmektedir.

Bordeaux Okulundan *Gaston Jéze* bu tanımlı sübjektifleştirmiş ve kamu hizmetini "*sadece yöneticilerin kamu hizmeti olarak yerine getirmeye karar verdikleri kamusal ihtiyaçlar*" olarak tanımlamıştır<sup>7</sup>.

Bu sübjektif tanım günümüze kadar hakim durumda kalmış ve nihayet modern idare hukuku doktrininden *D. Truchet*, kamu hizmetinin *kamusal otorite tarafından bazı faaliyetlere yapıştırılan bir etiket, vurulan bir damgadan ibaret* olduğunu söyleyerek, bu sübjektifleştirmede doruk noktaya ulaşmıştır<sup>8</sup>.

Kamu hizmetinde bu sübjektif anlayışın hakim olması günümüzde şöyle bir sorun çıkardı:

Kamu hizmeti kamusal otoritenin bazı faaliyetleri belli bir hukuksal statüye soktuğuna dair bir **etiket** olduğuna göre, doğal olarak bu hukuksal statüye giren faaliyetlere, diğer faaliyetlere göre özel ve üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmaktadır.

6. Alain-Serge Mescheriakoff : *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1997, s. 51 vd.

7. *Ibid.* s. 52.

8. Didier Truchet : "Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut du service public", *AJDA*, 1982, s. 427.

Bu noktada ayrıca değinmek gerekir ki, bir faaliyeti düzenleyen yasanın bunu kamu hizmeti olarak görüp görmediğinin belli olmaması halinde, diğer bir anlatımla, kamusal otorite tarafından sözkonusu faaliyete kamu hizmeti etiketi yapıştırılıp yapıştırılmadığının açıkça belirlenememesi durumunda, sadece **organik** ölçütün veya **maddi** ölçütün yeterli olmadığı, zira, idari birimlerce üstlenilen veya yerine getirilen ve kamu hizmeti olmayan faaliyetler bulunduğu gibi, kamu yararı içeren her faaliyetin de kamu hizmeti olmadığı, bu durumda, pragmatik bir çözüm olarak, **fonksiyonel (işlevsel)** ölçütün kullanıldığı<sup>9</sup>, yani, o faaliyetin sorumluluğu eğer son tahlilde bir idari birimce üstlenilmişse ve bu idari birim bu faaliyeti açıkça kamu hizmeti olarak isimlendirmemekle beraber, faaliyet üzerinde kolluk denetim yetkilerini aşan içsel bir denetim uyguluyorsa, diğer bir deyimle, o faaliyeti, özel teşebbüs faaliyetlerinden farklı, ayrıcalıklı bir hukuksal statüye sokmuşsa, kamu hizmetinin varolduğu kabul edilecektir.

Fakat, AB ile uyumlaşma ve tek bir Ortak Pazar oluşturma aşamasında, Fransa'da bu özel statüye sokulan faaliyetlerin diğer devletlere göre çok daha fazla olduğu görülüyor. Bu da, Fransa ve diğer AB üyeleri arasında önemli bir problem olarak ortaya çıkıyor.

Diğer yandan, bu *maximalist* kamu hizmeti anlayışının bireysel özgürlüklere zarar verici hatta yokedici etkisinin de olabileceği ve bu anlamda, kamu hizmetleri alanının sınırlanması gerektiği yönünde de eleştiriler gelmeye başladı<sup>10</sup>.

Bu noktada bazı yazarlar bu uyumsuzluğun nedenini Duguit'nin temel teorisinden uzaklaşılmasına bağlamaktadırlar<sup>11</sup>:

- 
9. Bkz. René Chapus : *Droit Administratif Général*, Tome I, 11. Ed. Montchrestien, Paris, 1997 s. 519 vd.
  10. Örn. Pierre Delvolvé : "Service public et libertés publiques", *RFDA*, 1985, s. 1 vd.
  11. Örn. Hubert G. Hubrecht : "La construction européenne et la crise de la conception française du service public", *Journées d'Etudes "Finances-Université"*, Bordeaux, 1997, s. 55 vd.  
Michel Gentot : "L'identification du service public par le juge administratif", *AIDA*, 20 Haziran 1997, numéro spéc., s. 32.

Zira, Duguit'in kamu hizmeti tanımında iki yön bulunmaktadır. Birinci yön az önce bahsettiğimiz *objektif* yön ki bu çoktan terkedildi. Diğer yön ise, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edileceğini belirleyen kriterin, faaliyetin "*toplum hayatı için mutlaka gerekli olması ve gerçekleşmesi için kamu müdahalesinden başka bir imkanın bulunmaması*"<sup>12</sup> dır. Bu kriter zamanla, sosyalist fikirlerin de gelişmesiyle, ihmal edildiği için Fransız kamu hizmeti anlayışı diğer ülkelere göre uyumsuz kalmıştır.

## 2. AB Kamu Hizmeti Anlayışı

AB Hukukunun, Fransız kökenli klasik kamu hizmeti anlayışında özellikle kamu hizmetinin **tanımında** ve **hukuksal rejiminde** temel değişimler öngördüğü söylenebilir.

### a) Kamu hizmeti tanımında öngördüğü değişim:

AB Organları, kamu hizmeti deyimine alternatif olarak getirdikleri *evrensel hizmet* kavramı ile, kamu hizmetlerinin *niceliğini* azaltmayı ve *niteliğini* belli bir standarda getirmeyi hedeflemektedirler<sup>13</sup>.

**İstisnasız herkese makul bir kalite ve fiyattan, sürekli ve düzenli olarak sunulmak zorunda olunan ve çağdaş bir insan için vazgeçilmesi mümkün olmayan minimum ortak ihtiyaçlar,** evrensel hizmete konu temel hizmetler olarak kabul edilmektedir.

Şu anda posta ve iletişim sektörlerinde uygulama alanı bulan bu kavram, yakın bir gelecekte enerji (gaz, elektrik), su ve taşımacılık (hava, kara, demiryolu) sektörleri için de sözkonusu olacaktır.

12. Léon Duguit : *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, 3. Ed., 1928, s. 61.

13. Bu kavram hakkında daha geniş bilgi için : Ali Ulusoy, "Kamu hizmeti anlayışında yeni yönelimler: Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti teorisine etkileri". *AİD*. Haziran 1998, s. 21 vd.

Henüz oldukça yeni olan bu kavramın yol ayrımında olduğu ve *minimalist* özelliğinin mi yoksa *evrenselci* özelliğinin mi daha baskın olacağına ancak gelecekte belli olacağı gözlemlenmektedir.

*Minimalist anlayış* hakim olursa, sadece yardıma muhtaçlara bahşedilen bir hizmet (bir tür yardımseverlik faaliyeti) sözkonusu olacaktır. Bu durumda, ekonomik yönden geri bölgeler veya yerler, ya düşük fiyat fakat kötü kalitede, ya da normal kalitede fakat daha yüksek fiyattan hizmet alacaklardır.

*Evrenselci anlayışın* baskın olması durumunda ise, herkese aynı şartlarda hizmet sunulacaktır. Fakat, bu noktada, finansmana ilişkin önemli bir sorun ortaya çıkacaktır. Zira, *faturayı* ödeyen ekonomik yönden güçlü bölge ve sınıfların bu ekonomik yüke her zaman katlanmak isyecekleri oldukça kuşkuludur<sup>14</sup>.

*b) Kamu hizmetinin hukuksal rejiminde öngördüğü değişim:*

AB Organları, *kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde* devletin kamu hizmetlerini mutlaka gerekli olmadıkça bizzat işletmemesini, sadece *regülatör* (düzenleyici ve denetleyici) olmasını empoze etmeye çalışmaktadırlar. Devlet oyunun kurallarını koymalı ve kurallara uymayı sağlamalı, oyunun oynanmasını ise işleticilere (operatör) bırakmalıdır. Zira "aynı anda hem hakem hem oyuncu olunamaz"<sup>15</sup>.

Diğer yandan, kamu hizmetlerinin hukuksal rejiminde *ekonomik yaklaşımın* ön plana geçmesi savunulmaktadır. Bu bağlamda, kamu hizmetlerinde *sektörleşme*, *rekabete açılma* ve *yeni bir finansman anlayışı* gündeme gelmektedir:

- **Sektörleşme:** Kamu hizmetine uygulanan hukuki rejimde, bütün kamu hizmetleri için tek tip kurallar yerine, her sektör için,

14. Gerard Moine : "Service universel, service minimum et dynamique de la concurrence", *RAE*, n. 2, 1994, s. 34.

15. Louis Dubouis : "Présentation", in *Le service public et la construction communautaire*, *RFDA*, 1995, s. 294.

her sektörün özelliklerini dikkate alan ayrı ve kendine özgü kurallar geliştirmeyi hedefleyen pragmatik bir yaklaşım sözkonusudur. Bu durum gelecekte "çok vitesli" bir kamu hizmeti hukukunu ortaya çıkarabilecektir.

- **Rekabet:** Kural olarak, bütün kamu hizmetlerinin rekabet kurallarına uyması zorunludur. Bunun tek istisnası, AB'nin Anayasası niteliğindeki Roma Anlaşmasının 90/2. maddesidir. Buna göre, "**kamu hizmeti yürütmekle yükümlü kuruluşlar kural olarak rekabet kurallarına tâbi olmakla birlikte, bu tâbiyet bunların kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyecekse bundan istisna tutulabilirler.**" Hangi hizmetin bu istisnadan yararlanacağını nihai olarak belirleme yetkisi ise, yine aynı Anlaşmanın 90/3 hükmüne göre, AB organlarına ve pratikte *Komisyon*'a aittir.

AB yargı organları da bu istisnaları, serbest rekabete istisna tutulmanın gerçekten gerekli olup olmadığını denetledikten sonra, kabul etmekte ve uygulamaktadırlar<sup>16</sup>.

Ayrıca ekleyelim ki, AB Hukuku kamu hizmetlerinin **özelleştirilmesini** şart koşmamakta, sadece serbest rekabet kurallarına uymalarını istemektedir<sup>17</sup>.

- **Finansman:** AB Hukuku, özellikle kamu hizmetinde eşitlik ilkesinde, hizmetin fiyatlandırılmasında eşitlik konusunda fiyat dengelemesinin (*péréquation*) sınırlanması ve istisnailiğini ve genel kural olarak, "hizmetin maliyetinin" esas alınmasını öngörmektedir<sup>18</sup>.

16. Ör. ATAD'ın 19 Ocak 1993 tarihli CORBEAU ve 27 Nisan 1994 tarihli ALMELO kararları (Bkz. *AJDA*, 1993, s. 866 ve 1994, s. 637).

17. Jacques Docquier : "La Commission européenne sonne le glas des monopoles", in *Faut-il privatiser les services publics?*, *Les Echos*, 4 Aralık 1995, s. 51.

18. Bkz. *Ulusoy, agm.*, s. 37-39.

## II. TÜRK KAMU HİZMETİ ANLAYIŞINA GENEL BAKIŞ

Günümüz Türk Pozitif Hukukundaki geçerli kamu hizmeti anlayışının en karakteristik özelliği, hâlâ *objektif* bir kamu hizmeti anlayışını benimsemesidir.

Anayasa Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarında, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken *niteliğine bakmak* gerektiğini açıkça belirtmektedir<sup>19</sup>.

Oysa aynı Mahkeme daha önceki kararlarında, kamu hizmetinin mutlak ve değişmez olmadığını, çağın koşullarına göre değişmesi ve gelişmesinin mümkün olduğunu<sup>20</sup> ve "*kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organının herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edilebileceğini*"<sup>21</sup> belirterek, subjektivist bir anlayışı benimsediği izlenimini vermekteydi.

Yüksek Mahkemenin dünyadaki kamu hizmeti anlayışındaki az önce bahsettiğim objektif anlayıştan subjektif anlayışa doğru evrimin tersine bir tavır takımıp, niçin 90'lı yıllarda böyle bir yaklaşım sergilediği sorusuna bilimsel ölçekte yanıt vermek oldukça güç görünmektedir.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin de Anayasa Mahkemesiyle paralel görüşte olduğu gözlemlenmektedir<sup>22</sup>.

Anayasa Mahkemesi, niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetleri, toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan düzenli ve sürekli faaliyetler olarak tanımlamaktadır<sup>23</sup>. Böylece, bir

19. Bkz. AYM, 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG, 24 Ocak 1995, S.22181, s. 3 (3974 sayılı kanun) ve 28.6.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, RG, 20 Mart 1996, S. 22586, s. 37 (3996 sayılı kanun).

20. AYM, 23-25.10.1969, E. 1967/41, K. 1969/57, RG, 12.3.1971, S. 13776.

21. AYM, 26.11.1985, E.1985/2, K.1985/22, RG, 21.1.1986, S. 118995, s. 42.

22. Öf. D. İ.E.K. 25.10.1990, E. 1990/90, K. 1990/73 (Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku*, I. Genel Esaslar, Ankara, Turhan Kit., 1998, s. 458'den naklen) ve U.M. 21.6.1999, E. 1999/18, K. 1999/23, RG, 21.9.1999, S. 23823 s. 38.

23. AYM, 9.12.1994, agk.



faaliyetin kamu hizmeti olmasının kriterini **düzenlilik, süreklilik** ve **toplumsal yaşamın zorunlu bir ihtiyacının karşılanması** olarak belirlemektedir.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi bu belirlemede kanun koyucunun iradesiyle bağlı olmadığını ve bu yasal belirlemenin Anayasa hükümleriyle bağdaşırliğini inceleyebileceğini açıkça belirtmektedir<sup>24</sup>.

Böylece, Yüksek Mahkeme kanun koyucunun kamu hizmeti olarak belirlediği veya kamu hizmeti olmaktan çıkardığı bir faaliyetin *niteliğine* bakarak, onun bu işleminin anayasaya aykırı olduğunu belirleyebileceğini öngörmektedir.

Diğer bir deyimle, Mahkeme'ye göre, hangi faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olduğu Anayasa'dan çıkarılabilecektir. Bu içtihat bizi, bazı kamu hizmetlerinin Anayasaca zorunlu tutulduğu ve bunları zorunlu tutan Anayasa hükmü değişmedikçe, bu faaliyetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağı yönünde bir saptamaya kadar da götürebilecektir<sup>25</sup>.

Fakat, Anayasa Mahkemesinin, burada sözkonusu olan *nitelikleri gereği Anayasaca zorunlu tutulan kamu hizmeti faaliyetlerinin* nasıl saptanacağına dair ortaya koyduğu tek kriter, bunların "**önemli**" kamu hizmeti olmasıdır<sup>26</sup>.

Bu noktada eleştiriye açık olan ve sorun yaratan en önemli konu, hangi toplumsal ihtiyaçların kamu hizmeti olarak sunulacağına belirlenmesinde nihai yetkinin halkın temsilcileri yerine atanmış yargıçlarda olmasının doğurduğu *meşruluk* sorunu ile

24. AYM, 9.12.1994, agk. ve 28.6.1995 agk.

25. Bu yönde bkz. Pertev Bilgen : *İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1996, s. 96; Aynı yazar : "Kamu Hizmeti Hakkında", *İHD*, Mart 1980, S. 1, s. 113.

26. Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadar "önemli" gördüğü başlıca kamu hizmetleri : sağlık hizmeti (19.4.1988), eğitim ve öğretim hizmeti (12.4.1990), dış ticaretin düzenlenmesi (11.1.1985) ve su, elektrik ve havagazı hizmetleri (26.3.1974, 9.12.1994).

birlikte". kanun koyucunun hangi hizmetlerin "önemli" olduğu için Anayasaca zorunlu tutulduğu ve kaldırılamayacağını önceden nasıl bilebileceğidir.

Bilindiği gibi, hukuk kurallarının en önemli özelliklerinden birisi önceden öngörülebilir olmalarıdır. Önceden öngörülemeyen hukuksal normlar güvencesiz bir ortam yaratır ve hukuk devleti ilkesiyle çelişir.

### III. MODERN KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI KARŞISINDA TÜRK KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Biraz önce de değinildiği gibi, Türk pozitif hukukunda bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde *objektif* bir anlayış benimsenmekte ve böylece, bir yandan kamu hizmeti kavramının çağın koşullarına göre uyarlanması ve gelişmesi zorlaşmakta, diğer yandan, siyasal açıdan bir meşruluk sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu yaklaşım 20. YY başlarının, yani tam bir asır öncesinin Fransız kamu hizmeti anlayışıdır ve artık terkedilmiştir.

Oysa, AB Hukukuyla da rasyonalize edildiği şekliyle, modern Fransız kamu hizmeti anlayışı *sübjektivist*, yani siyasal iktidarcı çağın gereksinimine uygun olarak belirlenen bir kavramdır.

Ayrıca, AB Organlarının üye ülkelere bir yandan *minimalist*, diğer yandan daha *etkinleşmiş ve standartize edilmiş* bir kamu hizmeti anlayışını empoze ettikleri de söylenebilir.

Dikkate değer bir diğer nokta da, Anayasa Mahkemesi'nin "*nitelikli gereği*" ve "*önemli*" kamu hizmetleri gibi son derece muğlak ve soyut bir kategori yaratarak, bu kategoriye giren kamu hizmetlerinin Anayasaca zorunlu tutulduğu yönünde bir izlenim yaratmasıdır.

27. Bilindiği gibi, görevini yerine getirirken Anayasa Mahkemesinin "kanun koyucu gibi hareket" etmesi bizzat Anayasa tarafından yasaklanmıştır : AY, m. 153/2.

Kuşkusuz, Fransız Anayasa Konseyi'nin daha önce belirlediği gibi<sup>28</sup>, Anayasa tarafından zorunlu tutulan bazı kamu hizmetlerinin bulunduğu söylenebilir. Fakat hangi kamu hizmetinin hangi Anayasa hükmüyle zorunlu tutulduğu belirlenmeden, "*önemlilik*" gibi muğlak bir kriter konularak böyle bir kategori yaratılması hukuksal güvenlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca, Anayasanın 47. maddesinin birinci fıkrasının böyle bir objektivist yaklaşımı mümkün kıldığı savunulabilirse de, bu maddedeki 13 Ağustos 1999 tarihli değişiklikten<sup>29</sup> sonra subjektivist anlayışı savunmanın daha kolay olacağıda savunulabilir. Türk Anayasa Mahkemesinin bu değişiklikten sonra daha *net* ve daha *rasyonel* bir "*anayasal kamu hizmeti*" içtihadı geliştirmesi ümit edilmelidir.

## SONUÇ

Fransız İdare Hukukunun *Léon Duguit* ile birlikte kurucusu ve temel teorisyeni olan *Maurice Hauriou*, 1916 yılında yazdığı bir karar notunda<sup>30</sup>, *tiyatro* faaliyetinin niteliği gereği, kamu hizmeti olarak kabul edilemeyeceğini, zira bunun "ahlaksızlığı yücelten, insan ruhunu gerçeklikten uzaklaştırıp hayal alemine sokan bir faaliyet" olduğunu belirtmekteydi.

Bu örnek, günümüz Fransa'sında İdare hukuku derslerinde ve kitaplarında, "niteliği gereği kamu hizmeti" diye bir şeyin olmayacağını açıklamak ve HAURIOU gibi bir üstada saygısızlık etmiş olmamak için biraz da utangaçlıkla anlatılan komik bir anekdot olarak verilmektedir. Zira tiyatro, günümüzde en başta genel kültürel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

28. Bkz. Fransız Anayasa Konseyi'nin 25-26 Haziran 1986, 18 Eylül 1986, 7 Ocak 1988 tarihli kararları. Bazı yazarlar Konsey'in 23 Temmuz 1996 tarihli kararının da bu nitelikte olduğunu savunmaktadırlar. Ör. Pierre Esplugas : "A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 23 Juillet 1996 : les télécommunication : un nouveau service public constitutionnel", *RA*, 1996, n. 293, s. 510 vd.

29. *RG*, 14 Ağustos 1999, S. 23786, s. 16.

30. CE, 7.4.1916, *Astruc*, S. 1916.III.41.

Umulan odur ki, özel faaliyetlerden farklı olarak kamu hizmetlerinin "*önemli ve ciddi*" faaliyetler olduğunu söyleyen Danıştay kararını<sup>31</sup>, elektrik üretiminin niteliği gereği kamu hizmeti<sup>32</sup> olduğunu söyleyen Anayasa Mahkemesi kararlarını<sup>33</sup> veren yargıçlar ve "*Yasama organının yetkisi, bazı alanları kamu hizmetinden çıkarmak değil, yeni alanları kamu hizmetine sokmak için vardır*"<sup>34</sup> diyen akademisyenler, gelecek kuşaklar önünde aynı duruma düşmeyeceklerdir.

---

31. 10. D., 12.3.1997. E. 1996/10317 (Gözübüyük-Tan - age, s. 450'den naklen).

32. Bilindiği gibi Batı Ülkelerinde artık elektrik üretimi kamu hizmeti olarak görülmemektedir.

33. AYM, 9.12.1994 ve 28.6.1995, agk.

34. Prof. Dr. Mümtaz Soysal'ın öncülüğündeki 2.7.1999 tarihli Ortak Basın Duyurusu'ndan alınmıştır. Bkz. Mümtaz Soysal - İlker Ertuğrul : *Kamu hizmeti ve Tahkim*, KİGEM, Temmuz 1999, s. 31.