KAMU HİZMETİ

Birsen ÇIRAKMAN*

I. KAMU HİZMETİNİN ANLAMI

İdare hukukçuları, «kamu hizmeti nedir» sorusunu incelerken, genellikle kamu hizmetini, idare hukukunun en önemli olmakla beraber, bulanık kalmış konularından biri olarak nitelemekle söze başlamaktadırlar. Profesör Derbil, bu güçlüğün, biraz da Türkçe'deki «kamu hizmeti» deyiminin Fransızların «service public» deyimini tam olarak karşılamamasından ileri geldiğini ilâve etmektedir. «Service» sözcüğünün, Fransa'da görev, ödev gibi dinamik anlamı yanında, teşkilât, durum gibi statik bir anlam da kazanmış olmasına karşın, «service» karşılığı kullanılan «hizmet» sözcüğünün, böyle geniş bir anlam taşımadığı açıktır[1]. Bu durumda «kamu hizmeti», organik anlamda, hizmeti gören örgütü ifade etmekte; maddi anlamda ise, hizmeti yapan organlardan bağımsız olarak, hizmetin mahiyetini açıklamaktadır. «Kamu hizmeti»nin belirsiz bir kavram olmasına karşın, geniş ölçüde kullanılmasının gerçek nedeni, kamuya hizmet anlayışını özlü bir şekilde belirtmesidir[2].

Kamu hizmeti, «Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel, kollektif ihtiyaçlarını karşılamak, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetlerdir» diye tanımlanmaktadır.[3] Bu ayrıntılı tanım dahi, «kamu hizmeti» kavramını, tam anlamıyla açıklığa kavuşturamamaktadır. Kamu hizmeti kavramını belirsizleştiren bir nokta, idare rejimini uygulayan ülkelerde, kamu hizmetlerinin yapılmasında, özel hukuk kurallarından ayrı, bir takım idare hukuku kurallarının uygulanması olmuştur. Bu bakımdan, kamu hizmetlerini, «idare hukuku kuralları uygulanan işlerdir» diye açıklayan hukukçulara rastlanmaktadır.

---

* **Birsen** Çırakman, Danıştay Birinci Daire Başyardımcısıdır.

[1] **Süheyp** Derbil, «Kamu Hizmeti Nedir», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, Sayı: 3-4, 1950, s. 29.

[2] **Tahsin** Bekir Balta, **İdare Hukuku I. Genel Konular**, 1970/72, s. 24.

[3] Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Baskı, C. I. İstanbul, 1966, s. 13.

Kamu hizmetine ilişkin tanımlamalarda üç ana unsur dikkati çekmektedir :

— Hizmetin kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi,

— Kamu yararı sağlayan bir faaliyet oluşu ve,

— Hizmetin kamu hukuku usulleriyle yürütülmesi.

Fransız Danıştayının Grimouard kararında,[4] bu üç unsuru bir arada görebildiğimiz gibi, Türk Uyuşmazlık Mahkemesinin ilk önceleri verdiği kararlarda da, kamu hizmetinin bu dar tanımına gidildiği görülmektedir[5]. Kamu hizmetinin dar tanımının, liberal devlet görüşünün bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir.

Birinci Dünya Savaşından sonra, kavram önemli değişikliklere uğradı. Bu dönemde, ekonomik ve sosyal hayattaki değişiklikler nedeniyle devletin ekonomik hayata müdahalesi sonunda, özel kişilerce yürütülmesine alışılmış olan faaliyetlerin devlet tarafından yüklenildiğini, bunun yanında, kamu yararı sağlayan birçok hizmetin özel kişilere ya da devletin iştirak ettiği yeni kuruluşlara devredildiğini görmekteyiz.

Ekonomik alanda bir takım kamu hizmetlerinin varlığı kabul edilince, kamu hukuku usulleri de, ister istemez kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan çıkıp, sonucu olmuştur.

Onar, kamu hukuku usullerinin, ancak kamu hizmetlerinde kullanılacağı, fakat bu özelliği haiz olmayan kamu hizmetlerinin de bulunabileceği kanısındadır[6]. Diğer bir ifadeyle, yazar, kamu hukuku kurallarının uygulanmasını, kamu hizmetine has bir özellik olarak kabul etmekle beraber, bunu kamu hizmetinin ayrılmaz bir unsuru olarak değil, sonucu olarak görmektedir.[7] Kamu hizmeti kavramının hukukumuzda kanuni bir tanımı yoktur. Ancak Anayasanın, devletleştirmeyi düzenliyen 39 uncu maddesi ile geniş kamu hizmeti kavramından hareket ettiğini, kamu hizmetini idare tarafından kamu yararını sağlamak amacıyla yürütülen faaliyetler olarak tanımladığını kabul edebiliriz. Son yıllarda Uyuşmazlık Mahkemesi de bu anlayış çerçevesinde kararlar vermektedir. Yüksek Mahkemenin bu kararlarına göre, kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri tarafından, kamu yararını sağlamak amacıyla yürütülen kısmen kamu hukuku usulleri, kısmen de özel hukuk usulleri uygulanan faaliyetlerdir[8].

---

[4] Fransız Danıştayının 1956 yılında verdiği, Grimouard kararında, «Ormanlar ve Sular İdaresine», «ormanların yeniden yetiştirilmesi» için, ormancılık fonuna gelir sağlamak amacı ile arazi sahiplerinden «harç tahsil yetkisi» verilmiş olması nedeniyle, bu faaliyette kamu hizmetinin unsurları bulunduğuna işaretle, görülen iş kamu hizmeti olarak nitelendirilmişti. Pertev Bilgen, İdari Sözleşmelerin kriterleri, İstanbul, 1970, s. 113.

[5] Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.1.1946 günlü; E. 1946-3. K. 1946-3; 3.1.1946 günlü, E. 1946-2. K. 1946-2; 24.1.1946 günlü E. 1946-5, K. 1946-1; (Resmi Gazetenin 4.3.1946 günlü ve 6247, 28.2.1946 günlü ve 6244; 12.3.1946 günlü ve 6254; sayılı nüshalarında yayınlanmıştır.)

[6] Onar, op. cit., s. 26.

[7] Aynı görüş için bakınız: Derbil, op. cit., s. 436.

[8] Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.5.1974 günlü E. 1974/473, K. 1974/1356; (Resmi Gazetenin 4.12.1974 günlü ve 15082 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

Kamu Hizmetinin Unsurları

1. KamuYararı[9]

Balta, kamu hizmetinin bu unsurunu, «kamuya hizmet anlayışı» olarak nitelemektedir. Buradaki «kamu» deyiminin, ülkesel, bölgesel, yersel ya da grupsal, her çeşit toplulukları kapsayan bir anlam taşıdığına, bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, «onun doğrudan doğruya kamuya yöneli ve yararlı olması» gerektiğine değinmektedir[10].

Onar, kamu hizmetlerinin, genel ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve «kamu yararı»nın sağlanması amacıyla kurulduğunu ifade etmektedir[11]. Kamu hizmeti, bu niteliğiyle, idarenin özel teşebbüs ve faaliyetlerinden ayrılır. Kamu kuruluşlarının özel mallarına ilişkin hizmetler, bu nedenle, kamu hizmeti sayılmazlar. Hernekadar bu gibi hizmetlerin, kamu kuruluşuna mali kaynak sağlamaları yönünden, sonuçta kamuya yararlı oldukları düşünülebilirse de, bu hizmetlerde genel ve toplumsal bir ihtiyacı karşılama, «doğrudan doğruya kamuya yararlı olma» niteliği yoktur. Bir hizmetin, kamu hizmeti sayılması için, doğrudan doğruya kamu yararını sağlamak amacına yönelik olması gerekmektedir. Belediyenin özel mülkü olan arazi üzerinde bina inşa etmesi nedeniyle kendisine devri gereken gayrimenkule Belediyece takdir edilen bedelin tenkisi dileğiyle açılan davanın, görev noktasından reddi yolundaki Danıştay kararı[12], bu görüşün bir sonucu olmaktadır.

Burada, kamu iktisadi teşebbüslerinin gördükleri faaliyetin, ne ölçüde kamuya yararlı ve kamu hizmeti olduğu hususu, tartışılması gerekli bir konu olmaktadır.

440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müeesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanunun ikinci maddesinde, teşekkül, müessese ve iştiraklerin, «kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde» çalışmaları öngörülmüştür. Bu durumda, kamu iktisadi teşebbüslerinin, kamuya hizmet anlayışı ile bağdaşmayacakları düşünülebilir.

---

[9] Kamu yararı: Tanımı çok güç olan belirsiz bir kavramdır. Siyasal bakımdan kamu yararının bir tercih meselesi olduğu kabul edilir. Kamu yararını kişisel yararların toplamı olarak düşünmek kadar toplum yararlarıyla tamamen ilgisiz görmek de yanlıştır.

Kamu yararı bazı kişisel yararların soyut bir takım şeylere değil başka kişilerin yararına feda edildiğini gösterir. Genellikle büyük grubun yararı, belli kişilerin veya küçük grupların yararından üstün tutulur ve kamu yararını meydana getirir. (kamulaştırmada olduğu gibi).

Anayasanın 41 inci maddesinin ikinci fıkrasında «Yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek» den söz edilirken kullanılan «toplum yararı», kamu yararının siyasal yönünü daha iyi belirtmektedir.

Kamu yararının hukukî yönü genelikle kanun koyucu tarafından bazı unsurların ortataya konmasıyla belirlenir. Bütün idarî işlemlerin bir unsuru olan maksat unsuru kamu yararını ihtiva etmektedir. (Aydın H. Tuncay «İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları». Ankara 1972, s. 21).

[10] Balta, op. cit., s. 19.

[11] Onar, op. cit., s. 16.

[12] 8. Daire, 28.11.1968 g. E. 1968-2579, K. 1968-4112. (Güven Dinçer ve ark., Danıştay Kararları 1967-1969, s. 4.)

Onar'a göre, kamu iktisadi teşebbüslerinde esas amaç, genel, kollektif ihtiyacı özel teşebbüsten daha kolay ve daha uygun bir yoldan karşılamaktır. Kâr, bu amacı ortadan kaldırmamak şartıyla, faaliyetin bir sonucu olmaktadır. Yazar, Devletin ekonomik ve sosyal görevlerinin yapılmasına aracı olan bu faaliyetlerin, kamu hizmeti olduğu görüşündedir[13].

Balta, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamuya doğrudan doğruya hizmet sağlayan faaliyetlerini (Zirat Bankasının çiftçiye kredi sağlama faaliyeti gibi), kamu hizmeti saymakta, buna karşılık, bu işletmelerin kömür, demir, çelik, dokuma üretimi ve bankacılık gibi serbest rekabet alanındaki faaliyetlerini, kamu hizmeti niteliğinde görmemektedir. Yazara göre, ülkenin ekonomik ilerlemesine yardımcı olmaları, bu tür işletmelerin faaliyetlerinin dolaylı bir sonucu olmaktadır[14].

Uyuşmazlık Mahkemesinin çeşitli kararlarında[15] İktisadi Devlet Teşekküllerinin, kamu hizmeti amacıyla faaliyet gösteren kamu kuruluşları olduğu ifade edilmektedir. Mahkeme, bu sonuca varırken, İktisadi Devlet Teşekküllerinin niteliklerini şöyle belirlemektedir :

> «Bu teşekküller iktisadî faaliyetlerde bulunmak üzere kurulmuş, malî ve idarî muhtariyetlerle teçhiz olunmuş, faaliyetlerinde ticarî esaslara ve hususî hukuk hükümlerine tabi olmaları hem kuruluş kanunlariyle hem de İktisadî Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri hakkındaki 12.3.1964 gün ve 440 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Fakat gayeleri ve kuruluş tarzları bakımından hususî hukuk tüzel kişilerinden farklıdırlar.
>
> Kuruluşlarında kâr gayesi olmayıp kendilerine memleketin iktisadî inkişafı, malî hayatının tanzimi, müsait kredilerle müstahsili kalkındırma gibi Devlete düşen bazı vazifeler verilmiştir.
>
> Bir hususî hukuk tasarrufu ile değil kanunla ihdas olunmuşlardır. Sermayelerinin tamamı veya yarıdan fazlası Devlete aittir.
>
> Kendilerine kanunla verilen vazifelerin, ihdaslarındaki gayeye, yani kamu yararına uygun şekilde ifasını sağlayan ve evvelâ 3460 sayılı Kanunla tesis edilip 440 ve 468 sayılı Kanunlarla muhafaza olunan idare ve murakabe sistemi de hususî hukuk tüzel kişilerininkinden ayrıdır.
>
> Bu nitelikleriyle kamu müesseseleri arasında yer alan İktisadî Devlet Teşekküllerinin hususî hukuk hükümlerine bağlılıkları ancak günlük işlerinde ve fertlerle olan münasebetlerindedir. Bunlar dışında kalan ve gerek kendileriyle ilgili mevzuatın tatbikatına gerekse hizmetin gerektirdiği faaliyetlerin ga-

[13] Onar, op. cit., s. 33.
[14] Balta, op. cit., s. 19.
[15] Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.5.1966 g., E. 1966-11, K. 1966/15. (Dan. Kar. Der. sayı : 103-106 s. 511). 10.12.1966 g., E. 1966-53, K. 1966-50 (Dan. Kar. Der., Sayı: 107-110., s. 594).

yelerine uygun olarak tanzim ve ifasına taallûk eden kararları ise idari karar niteliğinde olup idarî kazanın murakabesine tabidir.»

Kanımızca, 1961 Anayasası'nın Devlete yüklediği, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınma görevi göz önünde bulundurulunca, kamu iktisadî teşebbüslerinde, kârlılık ve verimlilik ilkesinin, kamu yararını sağlama amacının önüne geçtiği düşünülemez. Gerçekten, Devlete ait olan, toplumun kalkınması görevinin yerine getirilmesi için girişilen faaliyetler, öncelikle kamu yararını sağlamak amacına yöneliktir.

Bununla birlikte, karma bir hukukî rejime tabi olan bu kuruluşların, daha çok özel hukuk alanı içinde olduğu da bir gerçektir. Bu durum kamu iktisadî teşebbüslerinin ekonomik alanda «ticari esaslara göre» faaliyet göstermesi zorunluğunun doğal bir sonucudur. 440 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, kuruluşların gördükleri işin niteliği, hizmet alış ve satışlarında, kamu hukuku kayıtları dışında bırakılmalarını ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri yönünden, kendilerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmalarını gerektirmektedir.

Burada, kamu hizmetlerinin çok genişlemesi ve yaygın bir anlam kazanması sonucu, kamu hizmetlerinden hangilerinin ne dereceye kadar idare hukuku rejimine tabi olacağı sorunu ortaya çıkmakta ve bu husus, kamu hizmeti kavramına, idari yargının görev alanını tayin etmede kriter olma değerini kaybettirmektedir. Bu konu ilerde, ayrıca açıklanmaya çalışılacaktır.

İlk bakışta belirli bir topluluğu ilgilendirir nitelikte görülen bazı hizmetlerin, kamuya arz edilmiş -kamuya yararlı- faaliyetler olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu, ayrı bir sorun olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Ticaret ve Sanayi Odaları ve Barolar gibi, kamu meslek kuruluşlarının faaliyetlerini, kamu hizmeti saymak olanağı var mıdır?

Anayasa, bu tür kuruluşlara kamu kurumu niteliği tanımıştır. Anayasa'nın konuyu düzenleyen 122 nci maddesinin, çeşitli meslekî faaliyetlerin kanun tarafından, «kamu hizmeti» düşüncesiyle, birer «kamu tüzel kişisi» olarak örgütlendirilmesi halinde, bu gibi kamu kurumu niteliğindeki mesleki kuruluşların, kendi işlerini yerinden yönetim esasına göre görebilmelerini ve seçilmiş organlarının da teminata bağlanmasını sağlamak amacıyla sevkedildiği, maddenin gerekçesinde açıklanmış bulunmaktadır.

Madde metninin ve gerekçenin açıklığına rağmen, Bursa'da kurulacak sanayi bölgesi için Bursa Ticaret ve Sanayi Odasının verdiği kamulaştırma kararının iptali dileğiyle açılan bir davada, Danıştay,

> «Ticaret ve Sanayi Odaları, Anayasanın 38 ve 112 nci maddelerinde sözü geçen «kamu tüzel kişisi» olmayıp, 122 nci maddesinde sözü edilen «kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları»ndandır. Bu hale göre, Anayasaya dayanılarak ticaret ve sanayi odalarına kamulaştırma yetkisi tanınamaz.»

demek suretiyle, ticaret ve sanayi odalarını «kamu tüzel kişisi» olarak kabul etmemiş ve yetki dışında verilmiş olması nedeniyle, kamulaştırma kararını iptal etmiştir[16]. Danıştayın, Genel Kurul tarafından da onanan bir danışma kararında,[17] «gerçek veya tüzel herhangi bir özel şahıs» hakkında kamulaştırma yapılabilmesi için, 6830 sayılı İstimlâk Kanununun öngördüğü şartların bulunmadığından bahisle, ticaret ve sanayi odaları lehine kamulaştırma yapılmasına imkân olmadığı belirtilmiştir.

Bu kararlardan Danıştayın, ticaret ve sanayi odalarının, dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde, kamu yararı bulunmadığı ve gördükleri işin kamu hizmeti sayılamayacağı görüşünde olduğu sonucuna varılmaktadır. Şüphesiz bu görüşlere katılma olanağı yoktur.

Anayasa Mahkemesi ise 5590 sayılı Kanunun «munzam aidat»a ilişkin 26 ncı maddesinin iptali dileğiyle açılan bir davada, ticaret ve sanayi odalarına kanunla verilen görevlere bir göz atılırsa, «bu odaların hizmet ve görevlerinden hemen hemen hepsinin, kamuyu ilgilendiren alana girdiği(nin)» görüleceğine ve oda gelirlerinden «kayıt ücreti, yıllık aidat ve kesinleşmiş zamlarla para cezalarının tahsiline ilişkin oda kararları (nın) ilâm hükmünde» olduğuna işaretle, davanın reddine karar vermiştir[18]. Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi ,ticaret ve sanayi odalarının kamu hizmeti gördükleri ve bu hizmeti görebilmek için, kamuya ait yetkilerle donatıldığı görüşündedir.

Doktrinde de, bu tür kuruluşların faaliyetlerinin, kamu yararı ile sıkı ilişkisi bulunması bakımından, kamuya arz edilmiş ve kamu yararını sağlayan faaliyetler olduğu kabul edilmektedir[19].

2. Kamu Tüzel Kişiliği (kamu hizmetinin organik unsuru):

Kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında özel girişim eliyle sağlanır.

Kişilerin ve özel teşebbüsün yetersiz olduğu yerde, toplumsal ihtiyaçları karşılamak Devletin ödevi, hatta varlık nedenidir. O halde, kamu hizmetleri esas olarak bir Devlet teşebbüsüdür. Diğer bir ifade ile, örgütü, personeli ve kaynakları kısmen veya tamamen Devlet tarafından sağlanan ve işletilen faliyetler olmaktadır. Şüphesiz, Devletin kamu hizmetlerini, sadece, genel idare denilen örgütlenme ile yürütmesi olanağı yoktur. Gün geçtikçe artmakta olan, kamu hizmetlerinin bir kısmının, çeşitli kamu tüzel kişilerine gördürülmesi zorunluğu açıktır. Bu nedenle kamu hizmetleri, genel idare yanında, mahalli idareler (il özel idareleri, belediyeler, köyler) tarafından yürütüldüğü gibi, belli hizmet alanları ile uğraşmak üzere kurulan

[16] Dava Daireleri Kurulu, 11.2.1966 g., E. 1965-465, K. 1966-218. Güven Dinçer ve ark. **Danıştay Kararları 965-967**, s. 251.

[17] 3. Daire, 5.10.1966 g. E. 1966-369, K. 1966-384; Genel Kurul, 3.11.1966 g., E. 1966-258, K. 1966-263 (**Dan. Kar. Der.** Sayı: 107-110, s. 59, 62).

[18] Anayasa Mahkemesinin, 26.12.1972 günlü ve E. 1972-40, K. 1972-61 sayılı kararı (Resmî Gazetenin 28.3.1973 günlü ve 14490 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

[19] Onar, **op. cit.**, s. 18.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, üniversiteler, kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi, kamu kurumları eliyle de yürütülmektedir. Tüm bu örgütlenme, İdarenin kuruluşlarını meydana getirir.

Bununla beraber, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, mutlaka kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gerekmez. Bazı hallerde kamu tüzel kişileri, bir kamu hizmetinin yürütülmesi için, gerekli mali kaynaktan veya uzmanlıktan yoksundur, ya da bunları yeterince sağlayamaz. Bu durumda hizmetin yürütülmesi, sözleşmeyle, özel kişilere terk edilir. Bu sözleşmelere, «kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri» denir. Sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkinin özelliği, faaliyete kamu hizmeti niteliğini kazandırmaktadır. Kısaca da olsa, bu özellikler üzerinde durmak, konunun açıklanması yönünden yerinde olacaktır.

Onar, kamu hizmeti sözleşmesi ile özel kişilere devredilen hizmeti, Devletin dilediği gibi düzenlemek ve hizmetin gereği gibi ifa edilip edilmediğini denetlemek yetkisini saklı tutacağından söz etmektedir[20].

Balta, özel girişim elindeki bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, ilgili kamu kuruluşunun yakın gözetimi altında bulunması gerektiği, ilgili kamu kuruluşunun, hizmetle ilgili her türlü tedbiri alma yetkisinin bulunmaması halinde, kamu hizmetinin varlığından söz edilemeyeceği görüşündedir[21].

Danıştay bir kararında[22] bu özelliği, «Devletin herhangi bir imtiyaz mukavelesinde, imtiyaz sahibinin vecibelerini yapmamasından dolayı, bizzat harekete gelerek, hizmetin işlemesini temin için lüzumlu gördüğü her türlü tedbirleri re'sen ittihazda serbestisini kabul etmek zaruridir.» demek suretiyle ifade etmiştir.

Görülüyor ki bir hizmetin kamuya yapılır oluşu, onun kamu hizmeti sayılması için yeterli sebep değildir. Ayrıca hizmetin, kamu kurumunun ya kendisi tarafından yürütülmesi, ya da onun denetim ve gözetimi altında özel girişim eliyle yapılması gerekmektedir. Örneğin, özel tiyatro ve şehirlerarası otobüs işletmeleri de kamuya hizmet yaparlar, ama bunlar kamu hizmeti sayılamazlar. Zira bu faaliyetler kamu kurumu tarafından veya onun gözetim ve denetimi altında yürütülmemektedir. İdare bunlar üzerinde, sadece kolluk tedbirleri uygular, hizmetin yürütülmesini düzenleyemez, düzenleme tedbirleri de alamaz.

II. KAMU HİZMETİNİN YÖNETİMİNDE GENEL İLKELER

Kamuya hizmet anlayışının ortaya koyduğu bir takım ilkeler ve sonuçlar vardır:

1. Eşitlik İlkesi:

Kamu hizmeti, topluma eşit şartlar altında arz edilir. Gerekli özelliklere sahip olan herkes, bu hizmetten yararlanır. Kamu hizmetlerinden eşit

---

[20] Onar, op. cit., s. 15.

[21] Balta, op. cit., s. 21.

[22] Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun (Dava Daireleri Umumî Heyeti) 26.2.1935 günlü ve E. 1934-96, K. 1935-18 sayılı kararı.

şekilde yararlanma, kişilerin genel haklarındandır. Bazı kamu hizmetlerinden, kayıtsız şartsız bütün kişiler yararlanır. Kolluk hizmetlerinde olduğu gibi. Bazı hizmetlerden ise, toplumun sadece belirli özelliklere sahip kişileri yararlanabilirler. Bu itibarla, kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik, bir bakıma, «kanun önünde eşitlik» gibidir. Anayasa Mahkemesinin, bir kararında «kanun önünde eşitlik» hakkında söylenenlerin, kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında,[23]

> «Kanun karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların hepsinin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurtaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları, haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya buna eşit nedenler dolayısiyle pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin askerlik yükümü bakımından; bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından, çok başarılı bir öğrenci ile orta başarılı bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından, başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, haklı nedenlerin sonucudur.»

demek suretiyle görüşünü açıklamış bulunmaktadır.

Durum, «kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik» konusunda da aynıdır. Gerçekten, sağlam bir kimse ile sakat veya hastalıklı bir kimsenin, sağlık hizmetlerinden; varlıklılar ile muhtaç kişilerin, sosyal yardım hizmetlerinden; başarılı öğrenciler ile başarısızların, eğitim hizmetlerinden yararlanmaları aynı ölçüde değildir. Görülüyor ki kamu hizmetlerinden yararlanmada, kişilerin değil, hizmetten yararlananların eşitliği söz konusudur. Kişilerin, kamu hizmetlerinden yararlanabilmeleri için bazı özelliklere sahip olmaları gerekir.

Danıştay'ın bir kararında,[24] Basın İlân Kurumu Genel Kurulunun, kanunun gösterdiği vasıfları göz önünde bulundurmak suretiyle, «mevkuteleri yüzölçümleri bakımından kategorilere ayırmasında ve ilân dağıtım esaslarının yüzölçümleri oranında tesbit edilmesinde», «eşitlik ilkesine aykırılık» görülmediğinden bahisle davayı reddetmiş olması, bu görüşün bir sonucu olmaktadır.

Şüphesiz, kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen şartların genel ve objektif olması gereklidir. İdarenin, kamu hizmetlerinden yarar-

---

[23] Anayasa Mahkemesinin, 29.11.1966 g., E. 1966-11, K. 1966-44 sayılı kararı. (Resmi Gazetenin 27.12.1967 günlü ve 12787 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

[24] 12. Daire, 26.12.1967 g. E. 1967-577, K. 1967-2272 (Güven Dinçer ve ark.) «Danıştay Kararları 1967-1969», s. 291.

lanmada eşitlik ilkesine aykırı davranışları nedeniyle, ilgililer yargı yoluna başvurarak, idareyi bu kurala uymaya zorlayabilirler.

2. Ücret Sorunu :

Kamu hizmetlerinin kamuya arz edilmiş olmasının doğal sonucu, bunların ücretsiz olmasıdır diye düşünülebilir. Bununla beraber, birçok kamu hizmeti ücretlidir. İdare hukukçularımız, kamu hizmetlerinin ücretli veya ücretsiz olabileceği görüşündedirler.

Balta, bir kamu hizmetinin paralı ya da parasız oluşunun, kamu hizmeti niteliği ile ilgili olmayan bir mali politika sorunu olduğu kanısındadır.[25]

Kamu hizmetinin bütün giderlerinin vergi ödevlilerine yükletilmesi uygun görülmediği zaman, giderlerin bir kısmının hizmetten yararlananlar tarafından karşılanması, yani hizmetin paralı olması yerinde bir görüştür. Kamu hizmeti, çok büyük ve esaslı bir ihtiyacı karşılıyorsa ve yararlananlar çoğunlukta ise ücretsizdir. İlk öğretim gibi. Kamu hizmetinin ücretli veya ücretsiz oluşu, hizmet giderlerinin paylaştırılması sorunu olarak kabul edilmektedir.[26] Esasen kişiler, kamu hizmeti giderlerine, vergi ödemek suretiyle katılmaktadırlar. Hizmetten yararlananlardan ayrıca alınan ücret de, bir bakıma vergi niteliğindedir. Bu nedenle *hizmet karşılığı alınan ücret, hizmetin maliyetine göre değil, adaletli bir vergi esasına göre saptanır.* Üniversitelerdeki kayıt ve imtihan harçları ya da mahkemelerde ödenen harçlar gibi.

Kişilerin, *özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları bu ödemeler,* genel olarak «harç» diye isimlendirilmektedir. «Resim», «aidat» ve «katılma payı» gibi diğer bir takım kamu gelirleri de, harçlar gibi, görülen kamu hizmeti karşılığı olarak alınmaktadır. Bunların tamamı, ilgilileri yönünden, Anayasa'nın 61 nci maddesinde belirtilen «mali yüküm»lerdir. Kamusal niteliği, bu ücretlerle ilgili uyuşmazlıkların, idari yargı yeri tarafından çözümlenmesini gerektirmektedir. «Mali yüküm» olmaları yönünden konularının, tarh ve tahakkuk usullerinin kanunla saptanması zorunluluğu açıktır.

Kuşkusuz, bu niteliği, ücretlerin, hak ve adalete uygun şekilde, görülen hizmetle orantılı olarak saptanmasını gerektirmektedir. Yapı kullanma izin harçlarının, yeniden saptanmasına ilişkin bir belediye meclisi kararının,

> «.....Hizmet karşılığı alınması gereken harçların, belediye giderlerini karşılamak amacıyla ölçüsüz olarak artırılamıyacağı, gerek davalı idarece uygulanmakta olan eski tarife, gerek nüfus yoğunluğu ve sosyal hayat yönünden davalı belediye ile aynı koşullara sahip belediyelerce halen uygulanmakta olan

[25] Balta, op. cit., s. 22.
[26] Derbil, op. cit., s. 425.

tarifelere göre yeni tarifedeki harçların fahiş olduğu, yapılan hizmetle orantılı olmadığı».

gerekçesiyle iptali yolundaki Danıştay kararı,[27] bu görüşün bir sonucu olmaktadır.

Hemen ilâve edelim ki bu nitelikteki ücretler genel olarak sınaî ve ticarî olmayan hizmetlerde söz konusudur. Sınaî ve ticari hizmetlerde ödenen tutar, esas olarak, «malî yüküm» olmayıp bir bedel ya da fiyattır.

3. Devamlılık ve Düzenlilik :

Kamu hizmetlerinde kamu yararının sağlanması ihtiyacı, bu hizmetlerin devamlı ve aksatılmadan yürütülmesini zorunlu kılar. Toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasındaki aksaklık, toplum hayatında karışıklık meydana getirir. Ancak, kamu hizmetlerinin devamlılığı ve düzenli işlemesi de yeterli değildir. Kamu hizmetlerinin toplumsal htiyaçlara cevap verebilmeleri için, *toplum hayatındaki değişikliklere ve toplumsal ihtiyaçların gelişimine uygun bir tarzda yapılmaları gerekir. Bu nedenle, idare herzaman hizmetin gerektirdiği düzenleyici ve yürütücü tedbirleri alır.* Diğer bir ifadeyle, düzenleyici işlemlerle hizmetin statüsünü değiştirebilir. Kamu hizmetlerinin bu niteliği, bunların ancak kanun, tüzük ve yönetmelik gibi objektif hukuk kuralları ile düzenlenmesini gerektirir.

Buradan şu sonuca varılabilir. Hizmetin kuralları, objektif hukuk kuralları olunca, hizmetten yararlananlarla idare arasında objektif hukuki durumlar söz konusu olur. Kişiler, kamu hizmetinde kendi lehlerine değişiklik yapılmasını isteyemezler. Bununla beraber idare, kamu yararı gerektiriyorsa, hizmette değişiklik yapmaya her zaman yetkilidir. Gerçekten, kamu hizmeti kuralları, toplumun ortak ihtiyaç ve yararındaki değişikliğe göre daima değişir. Bu değişikliklerden, özel hak ve menfaatleri zarar gören kişilerin, ancak iptal davası açma veya zararlarının tazminini isteme hakları vardır.

Danıştay, «kamu hizmetinin devamlılığı» ilkesine dayanarak, süresi sona eren idari sözleşmeleri, idarenin bazı hallerde yenilemek zorunda olduğu ve bunu yapmadığı takdirde, yargı yerince tazminat ödemeye zorlanabileceği sonucuna varmaktadır. İdari sözleşmeler, metinlerinde belirtilen sürenin sonunda, kendiliğinden hükümsüz kalmalarına ve yenileme, yeni bir sözleşme yapılması anlamına gelmesine rağmen, Devlet Tiyatrosunun gördüğü «kamu hizmeti»nin «sürekli bir hizmet» olduğu ve tiyatro sanatçısının da yaptığı hizmetin «devamlı» görüleceğinden bahisle Danıştay, süresi biten hizmet sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin iptaline ve «sözleşmenin yenilenmesi gerektiğine» karar vermiştir[28]. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kara-

[27] 9. D. 16.10.1971 g., E. 1970-1230, K. 1971-2519 («Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları», Ankara 1973, s. 128, No. 465).

[28] 8. Daire, 15.1.1964 g., E. 1963-9879, K. 1964-121. Ayrıca, 4.7.1964 günlü ve E. 1964-674, K. 1964-344 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı (5.5.1965 günlü ve 11990 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır).

rında[29] özel hukuk hükümlerine göre idare edilen Türk Standartlar Enstitüsünün kamu hizmeti gördüğüne işaretle, Enstitüde «sürekli» hizmet gören personelle yapılan sözleşmenin «idari sözleşme» niteliğini kabul etmiştir.

III. KAMU HİZMETLERİNİN KURULMASI, İŞLETİLMESİ, İLGASI

1. Hizmetin Kurulması :

Kamu hizmeti kurmak, kamu yararını sağlamak amacıyla, bir örgüt kurmak ve o örgüte görevler vermektir. *Belirli bir zamanda idare edenler, halkın toplumsal bir ihtiyacının yeteri kadar karşılanmadığı ya da bu ihtiyacın toplumsal ihtiyaç derecesinde önem kazandığı düşüncesiyle kamu hizmeti kurarlar.* Diğer bir ifadeyle, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesinde, kamu yararı bulunup bulunmadığına *idare edenler karar verir.*

Bu itibarla, kamu hizmetini kurmak veya özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek, kanun koyucuya ait bir yetkidir. Kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisi, Anayasal kurallarla sınırlıdır. Esasen kanunla kurulan kamu hizmetinin, bu nitelikte olmadığını iddia edebilmek, ancak kanunun Anayasaya aykırılığını iddia yoluyla olur[30].

Kanun, bir kamu hizmetini doğrudan doğruya kendisi kurabileceği gibi, kurulması konusunda idareye yetki de verebilir. İdare kanuni bir dayanak olmadan, kendiliğinden yeni bir hizmet kuramaz. Kamu hizmetlerinin kanunla kurulması zorunluğu, şu nedenlere dayandırılmaktadır[31] :

a. Devletin bir kamu hizmeti kurması, toplum hayatına bir müdahaledir. Kamu hizmetleri, özel kişilerin faaliyetlerini ve hürriyetlerini sınırlar. Kamu hizmetlerinin kurulması, bazan tekel meydana getirebilir. Bu durumda, özel kişilerin o alanda faaliyet göstermeleri olanaksızdır. Tekel kurulmasa bile, özel kişilerin rekabet edebilmeleri güçleşmektedir. Kişi hürriyetlerinin sınırlanması ise kanun konusudur.

b. Bir kamu hizmetinin kurulması, devlet içinde bir örgüte ya da yeni bir kamu tüzel kişisine ihtiyaç gösterir. Kamu tüzel kişisine verilecek şahsi ve ayni vasıtalar için ödenek ayrılması, yani bir harcama yapılması gerekir; bu ise, bir bütçe sorunudur. Bütçeye ödenek konulması ve bunun harcama yerinin belirtilmesi de ancak kanunla gösterilen konularda mümkündür.

c. Özel faaliyet elindeki bir hizmet, devletleştirme yoluyla kamu hizmeti haline getirilebilir. *Anayasa'nın 39 uncu maddesinde, kanunda gösterilen usullere uyulması ve bedelinin yine kanundaki* şekil ve esaslara göre ödenmesi şartıyla ve kamu yararının gerektirdiği hallerde devletleştirme yoluna gidilebileceği öngörülmüştür. Söz konusu madde, maddi anlamda, kamu hizmetinin kanunla kurulması zorunluğunu koyarken, gene Anayasa'nın 112

---

[29] Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.6.1974 gün., E. 1974-473, K. 1974-1356 (Resmi Gazetenin 4.12.1974 günlü ve 15082 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

[30] Onar, op. cit., s. 41.

[31] Metin Kıratlı, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara, 1973, s. 7.

nci maddesinin üçüncü fıkrası da, organik anlamda kamu hizmeti - kamu tüzel kişiliği - nin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabileceğini belirtmiştir.

Bu konuda şunu da ilâve edelim ki, hizmet kanunla kurulduktan, idareye bir görev verildikten sonra, değişen ihtiyaç ve koşullara göre, idare hizmetin gerektirdiği düzenleyici tedbirleri almaya kendiliğinden yetkilidir. Ancak, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan tedbirler için kanuni yetkiye ihtiyacı vardır[32].

2. Kamu Hizmetinin İşletilmesi Yöntemleri :

a. Emanet :

Bazı kamu hizmetleri, bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya kurulan bir örgüt ve o hizmete ayrılmış ayni ve şahsi vasıtalarla işletilir. Bu, kamu hizmetinin «emanet» usulüyle işletilmesidir.

Emanet usulü, hizmetin kamu tüzel kişilerince işletilmesi olunca, iş bölümü gereği olarak, bir kısım hizmetler, genel idare (merkezi idare ve merkezi idarenin taşra teşkilâtı) ile merkezi idare tipinde kamu kurumları (Vakıflar Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi), bir kısmı ise mahalli idareler (il özel idareleri, belediyeler, köyler) ile mahalli idarelere bağlı kurumlar (İETT, EGO İşletmeleri, İstanbul Sular İdaresi gibi) ve kamu kurumları (kamu iktisadi teşebbüsleri, özerk kuruluşlar ve kamu meslek kuruluşları gibi) tarafından yürütülür.

Bu durumda, emaneten işletilen kamu hizmelerinden bazıları, hizmet alanları bakımından idari kamu hizmetleri olmaktadır ki bunlar, yalnızca kamu hukuku usullerine göre işletilir (zabıta, savunma ve eğitim hizmetleri gibi). Sınai, ticari ve bir kısım sosyal kamu hizmetleri[33] ise, faaliyetin niteliğinin gerektirdiği özel hukuk usulleriyle, kamu hizmetine has kamu hukuku kurallarının birlikte uygulandığı karma bir hukukî rejime tabidirler.

b. İmtiyaz

Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari sözleşme ile özel bir müteşebbise devredilmiş ise, kamu hizmeti *«imtiyaz» şek-*

[32] **İbid.**, s. 8.

[33] **Sosyal kamu hizmetleri, sosyal devlet ilkesinin gereği olarak, kişilere ve özellikle çalışanlara sosyal güvenlik ve bir dereceye kadar sosyal refah sağlamak amacını güden hizmetlerdir. Devletçe kurulmuş bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu, İş ve İşçi Bulma Kurumu, Bağ-Kur, T. C. Emekli Sandığı ve Ordu Yardımlaşma Kurumu, sosyal hizmet gören kamu kurumlarıdır. Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı da sosyal amaçlı hizmetler yapmaktadırlar. Mahalli idarelere de bu tür hizmet kurma yetkisi tanınmıştır. (İdare-i Umumiye-i Vilâyet K. md. 78/10; Belediye K. md. 15/34, 68-71; Köy Kanunu md. 14). Görülüyor ki bir takım sosyal hizmetler, kamu kurumları tarafından yürütüldüğü gibi, diğer bir kısmı, genel idare ile merkezi idare tipindeki kuruluşlar veya mahalli idareler tarafından da görülmektedir. Sonuç olarak sosyal kamu hizmetleri, idari rejime tabi olabildikleri gibi, bu hizmetlerin karma bir hukuki rejime tabi olanları da bulunmaktadır. (İbid, s. 14).**

linde yürütülüyor demektir. Kamu tüzel kişisi hizmeti işletecek özel kişiye-ki bir anonim şirket olmak gerekir[34]- bir takım yetkiler ve imtiyazlar verir; gerektiğinde mali yardımda da bulunur. Hizmetin kâr ve zararı özel kişiye ait olur. İdare kârdan bir hisse isteyebilir, fakat zararın tamamı imtiyaz sahibine aittir.

c. Müşterek Emanet :

Emanet ile imtiyaz arası bir işletme şeklidir. Hizmet gene bir özel kişi tarafından yürütülmektedir. Ancak, hizmetin ayni ve şahsi vasıtaları idare tarafından sağlanır. Zarar ve hasar idareye aittir.

d. İltizam :

Kamu hizmetlerinin kurulabilmesi veya devamı için gerekli eşyanın sağlanması veya kamu hizmetinin mütemmim cüzü niteliğindeki gayrımenkullerin inşası, sözleşme ile bir özel şahsa devredilmiş ise, hizmetin «iltizam» usulü ile yürütülmesi söz konusudur. İltizam sözleşmeleri, ancak idarî sözleşmelerin unsurlarını ihtiva ettiği zaman idarî sayılırlar.

Kamu hizmetlerinin işletme şekillerinin seçimi ve değiştirilmesi, kanun koyucunun yetkisindedir .

3. Kamu Hizmetinin İlgası :

Kamu hizmetleri, kurulmasındaki şekle uygun olarak, kanuna dayanılarak ortadan kaldırılabilir.

Kamu hizmetleri, karşıladığı toplumsal ihtiyacın bu niteliğini kaybetmesi veya hizmetin yürütülmesinde kamu yararının kalmaması sonucu, ilga edilir veya özel teşebbüse terk ve devrolunabilir.

IV. KAMU HİZMETİNİN HUKUKİ REJİMİ

A. Kamu Hizmetlerine Uygulanan Ayrı Hukuk Rejimi :

Buraya kadar kamu hizmeti kavramının tanımı ve unsurlarını açıklamaya çalışırken, onu idarenin kamu hizmeti olmayan faaliyetlerinden ayırmaya çaba gösterdik. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından kamu hizmetinin şekli unsuru olarak ileri sürülen, hizmetin ayrı hukuk rejimini (kamu hukukuna özgü yetkiler ve usullerin kullanılmasını), kamu hizmeti kavramının unsurları arasında incelemedik. Bunun nedeni, evvelce de belirttiğimiz gibi, kamu hukuku usullerinin kullanılması, kamu hizmetine özgü bir usul olmakla beraber, bunu kamu hizmetinin unsuru saymak, iktisadî, ticarî hatta sosyal birçok hizmetin, kamu hizmeti niteliğinin kabul edilmemesi sonucunu ortaya koyacaktır. Kamu hukuku usullerinin kullanılmasını, bu

[34] 10 Haziran 1326 tarihli Manafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun 7. maddesi.

nedenle, kamu hizmetinin bir sonucu olarak görmekteyiz. Gerçekten idare (tüm kamu kuruluşları), aslî niteliği itibariyle, kanun koyucunun kendisine özel hukuk yetkisi vermediği hiç bir alanda, hiç bir hukukî durum ve ilişkide, özel hukuk yetkilerine sahip değildir[35].

Kamu hizmetlerinin, idarenin tek taraflı iradesi ile düzenlenmesi, gerektiğinde veya zorunlu olduğu hallerde, gene tek taraflı iradesi ile değiştirilebilmesi, bu hizmetlerin özel hukuk faaliyetlerinden farklı bir usule tabi olduğunu gösterir. Kamu hizmetlerinin, özel hukuk alanındaki faaliyetlerden farklı olarak, genellikle daha yüksek bir kudrete dayanan ve daha etkili bir usulle görüldüğü ve çoğu kez bunun bir zorunluluk olduğu kabul edilmektedir[36].

Kamu hizmetlerine uygulanan ve kamu hukukuna has olan özellikler hizmetin bünyesine göre değişir.

İdarenin, idare alanında tek taraflı irade belirtisiyle aldığı idarî kararlar ve işlemler, kanunun izin verdiği yerde idarenin re'sen hareket edebilmesi, diğer bir ifade ile kendi kuvvet ve vasıtaları ile kararını yerine getirebilmesi (kamu alacağının tahsili gibi); hizmet dolayısiyle üçüncü şahıslara külfet yükleyebilmesi (kamulaştırma ve istimval gibi); bazı hizmetler üzerinde tekel kurmak suretiyle kişilerin çalışma özgürlüğünü kısıtlaması ve zabıta hizmetlerinde gene bazı özgürlükleri kısıtlaması, kişilerde bulunmayan bir takım yetkilerdir.

Konusu kamu hizmeti olan sözleşmelerde, idarenin kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi ve tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi, bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran özellikleridir.

Şu halde kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.

İşte, kamu hukukuna has yetkilerin ve usullerin kullanılmasını ve kamu hukuku kurallarına göre yürütülmesini gerektiren bu hizmetler, idarî kamu hizmetleridir.

Karma bir hukukî rejime tabi olan sınaî, ticarî ve bir kısım sosyal kamu hizmetleri, kural olarak özel hukuk hükümlerine göre işletilmekle beraber, bunların büsbütün kamu hukukunun dışında kalmadıklarına değinmiştik. Bu tür kamu hizmetlerinin kurulmaları, son bulmaları, organlarının kurulması, organları ile merkezî idare arasındaki ilişki, malî işlerinin kontrolü tamamen kamu kurallarına tabidir. Hatta bu hizmetler içinde kuruluş kanunlarında tamamen özel hukuk hükümlerine tabi oldukları belirtilen, anonim ortaklık şeklindeki kamu kurumlarına bile, hizmetin bünyesine göre, kamu hukuku usullerini uygulayabilmek yetkisinin tanındığını da görmekteyiz. Bu kuruluşlara kanunla kamu hak ve yetkilerinin tanınmasını Anayasa Mahkemesi, hizmetin yürütülmesinin bir gereği olarak görmektedir.

---

[35] Mukbil Özyörük «İdare Hukuku Dersleri», teksir, Ankara 1972-1973, s. 191.

[36] Onar, op. cit., s. 25.

4947 sayılı Türkiye Emlâk Kredi Bankası Kanununun 15 inci maddesinde yer alan ve Bankanın ipotekle temin edilmiş olan alacaklarından, zamanında ödenmiyen kısım için, Banka tarafından icraya başvurulmaksızın doğrudan ödeme emri tebliğ edilmesine olanak sağlıyan hükmün iptali için açılan davada verilen Anayasa Mahkemesi kararında,[37] Türkiye Emlâk Kredi Bankasının Anayasa'da öngörülen «sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirme...» amacıyla devletin de yardımıyla kurulduğuna, görülen iş ve hizmette «kamu yararı ve kamu hizmeti niteliğinin» bulunduğuna işaret edildikten sonra,

> «Açıklanan türde hizmet yüklenen kurumların Devlete özgü hak ve yetkilerle donatılmaları, hem bu kurumların hizmet aracı olarak kullandıkları Devlet parasını koruma sorumluluklarının hem de Devletçe benimsenmiş hizmetlerinin yürütülebilmesi gereğindendir. Konu ile sınırlandırılacak bir değerlendirmede ise, böyle yetkilerin verilişi bankanın kişilere açtığı kredi akımını hızlandırmak, kararlaştırılmış sürede geri verilmeyen paraları belli kişiler elinden kurtarıp diğer gereksinme duyan kimseler ve yerlere devretmek gibi en başta gözetilmiş gayeye ulaşmaya yararlı tedbirlerden olduğu belirgindir.»
>
> «Böylece, icra memurlarına tanınan ve fakat yalnızca onların tekelinde bırakılması zorunluluğu bulunmayan İcra ve İflâs Kanununun 146. maddesi çevresinde ödeme emri çıkarılıp takibi sürdürme yetkisinin olayımızda Bankaya tanınmış olmasında, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılıktan söz edilemiyeceği açıktır.»
>
> «Bundan başka, alacaklı Banka'nın bir bölüm adlî-idarî yetkiye sahip kılınışının, bekleyen diğer birine (ölçülü de olsa) kalkınma fırsat ve olanağını hemen verebilmek ve bu olanağı, belli kişilerin genel hükümlerin çizdiği son sınıra kadar kullanmalarını önlemek yoluyla eşitlik ilkesini korumak düşüncesine dayandığı da açıktır.»

denmektedir[38].

Görülüyor ki bu tür kamu hizmetleri, kural olarak özel hukuk rejimine tabi olmakla beraber, karşılanması gereken ihtiyacın önemi, devamlı ve düzenli görülebilmesi ve ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilmesi için, gereken ölçüde kamu hukuku kurallarına bağlı kalmakta ve kamu hukuku kurallarını uygulamaktadırlar.

---

[37] Anayasa Mahkemesinin 8.10.1974 günlü E. 1974/17, K. 1974/11 sayılı kararı (Resmi Gazetenin 29.1.1975 günlü, 15133 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

[38] Karar; ayrıca, kişilerin konut edinmelerine olanak sağlanmasına yardımcı olan Bankanın faaliyetini, Anayasanın 49 uncu maddesinde açıklanan ilkeye uygun, bir sosyal kamu hizmeti niteliğinde görmesi bakımından da ilginçtir.

B. İdarî Yargı Alanının Saptanmasında Kamu Hizmeti Kavramının Rolü ve Önemi :

Kamu hizmetinin doktrin ve yargı kararları bakımından önemi, bunun idarî ve adlî yargı arasındaki görev ayrımında bir kriter olarak kullanılmasından ileri gelmektedir.

İdarî rejimi kabul etmiş olan ülkelerde idarenin işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, idarî yargı organına bırakılınca, adlî ve idarî yargı organları arasında görev uyuşmazlıkları doğmuştur.

İdarenin kamu hukuku alanına ilişkin anlaşmazlıkları kamu hukuku kuralları uygulanarak çözümleneceğinden, bu uyuşmazlıklara kural olarak adlî yargının görevli olduğu belirtilen haller dışında, idarî yargıda bakılır. Buna karşılık, idarenin özel hukuk alanına ilişkin anlaşmazlıkları, genel kurala uygun olarak, adlî yargıda çözümlenir[39]. O halde bir idarî sorunun hukukî rejimi, o konuda görevli yargı organını belirlemektedir[40]. Uyuşmazlık Mahkemesi, 1949/10 sayılı kararında (R.G. 7268),

> «İdarece tesis ve ittihaz olunan işlem ve kararların, hakimiyet ve temşiyet tasarrufları diye bir tefrike tabi tutularak, vazife meselesinin ona göre tayini esası da bugün artık metruk bulunduğu, böyle bir tefrike dayanan doktrinin yerini, daha ilmî esaslara istinaden, amme hizmeti prensibine bırakmış olduğu, halen yürürlükte bulunan kanunlar da durumu böylece tayin ve tesbit ettiği».

demek suretiyle bu hususstaki görüşünü açıklıkla ortaya koymuş oldu[41]. Danıştayın Beşinci Dairesinin bir kararında da,

> «Amme hizmetlerinin ifası vesilesiyle idarî makam ve heyetlerden sadır olan mukarreratın»

incelenmesinin Danıştayın görevine girdiği belirtilmiştir[42].

Hukuk sistemimizde, idarî yargının görev alanı, idarî konuların, hukuk rejimi açısından değil, nitelikleri bakımından belirtilmektedir. Nitekim, Danıştay Kanununun 30 uncu maddesi, Danıştayın idari yargı organı olarak bakacağı işleri, idare hukukunca düzenlenen konular olarak değil, idarî işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar olarak tanımlamaktadır. Ancak, hangi işlem, eylem ve sözleşmelerin idarî olduğunun saptanmasında yargı organları, bir takım ölçütlere ve ilkelere başvurmak zorundadır. Yargı kararlarında en çok yer verilen ölçütün kamu hizmeti olduğu görülmektedir.

Kamu hizmetinin, idarî yargı adlî yargı ayırımında rolünü, idari kamu

---

[39] **Balta, op. cit., s. 144.**

[40] **Adil Özkol, İdarî Yargının Görev Alanı, Ankara 1970, s. 25 den. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun E. 1944-52, K. 1945-14 sayılı kararı.**

[41] **Salih Tanyeri, «Türk İdare Hukukunda Amme Hizmeti Mefhumu», İdare Dergici, 1958, sayı: 250, s. 62.**

[42] **İbid. s. 63 den, 5. D. 6.4.1939 g., E. 1938-801, K. 1939-438.**

hizmetleri ile sınaî ve ticarî kamu hizmetlerini ayırarak açıklamaya çalışacağız.

1 — İdarî kamu hizmetlerinin kamu hukuku rejimine tabi olduklarına, bunların kamu hukukuna has yetki ve usulleri kullanıldıklarına değinmiştik. Bu durumda, idari kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukukî rejim, görevli yargı organını belirlemektedir. İdarî kamu hizmetlerinin işleyişinden veya kötü işleyişinden doğan bütün uyuşmazlıklar, genel olarak idarî yargının görev alanına girer. Bunun iki istisnası vardır :

a — Bir kanun hükmünün, adli yargı organını o konuda davaya bakmakla yetkili kılması. Örneğin, 6830 sayılı İstimlâk Kanununda, kamulaştırma kararı verilmesine ilişkin işlemlerin idarî yargı organı tarafından denetleneceği belirtildiği halde; kamulaştırma bedeline, acele işlerde el koymaya, idare adına tescile ilişkin dava ve uyuşmazlıkların, adlî yargı organınca görülüp çözümlenmesi öngörülmüştür.

b — İdarenin kendi ihtiyarı ile bir özel hukuk sözleşmesi yaparak kendisini adlî yargıya tabi kılması. Genellikle, idarenin özel hukuk sözleşmesi veya idarî sözleşme yapma konusunda seçim hakkı mevcuttur. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile idarî hizmet sözleşmeleri gibi, bir kamu hizmetinin yürütülmesini tamamen veya kısmen özel kişilere devrettiği sözleşmelerde, bu seçim hakkı yoktur[43]. İdarenin günlük işleriyle günlük alışverişlerine ilişkin sözleşmelerinde, özel hukuk sözleşmeleri tipini seçtiği görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adlî yargı yerinde görüleceğini kabul etmektedir[44].

O halde, idarî kamu hizmetlerinde, «kamu hizmeti kavramı», idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı sorumluluğu söz konusu olduğunda, açılacak davalarda yargı yerinin saptanmasında genellikle yeterli bir kriter olmaktadır. İdarî kamu hizmetlerinde idarî yargının görevinin saptanmasında kamu hizmeti kriterinin yeterli sayılması, bu tür kamu hizmetlerinde kamu usullerinin kullanılmasının olağan ve zorunlu bulunmasından ileri gelmektedir.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre idarenin bir kamu hizmetinin işletilmesi ile ilgili olarak, hizmetin kurulması veya işlemesinin tamamını, bir özel kişiye devrettiği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de zorunlu olarak özel hukuku aşan (idarenin icraî karar ve resen hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan) şartlar ihtiva ettikleri kabul edilmekte, bu sözleşmelerin idarî sayılmasında kamu hizmeti yeterli bir kriter olmaktadır. Yüksek mahkemelerin, konusu kamu hizmetinin ifası olan hizmet sözleşmelerinde de görüşü aynıdır.

Gene Danıştay kararlarına göre eğer sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişki, hizmetin yürütülmesi dışında bir ilişki ise, bu durumda kamu

---

[43] Bilgen, op. cit., s. 89.

[44] Yüksel Esin, Erol Dündar, Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları. Birinci Kitap: Usul, Ankara 1971, s. 41 den. Uyuşmazlık Mahkemesi, 20.6.1964 g., E. 1963-48, K. 1964-81. Danıştay 12. D., 22.11.1966 g., E. 1966-2509, K. 1966-3241..
Danıştay 12.D. 3.1.1968 g., E. 1968-276, K. 1968-508.

hizmeti kriteri sözleşmenin idarî sayılması için yetmemekte, özel hukuku aşan şartları ihtiva etmesi de aranmaktadır.

2. Sınai ve ticari kamu hizmetleri, sık sık tekrarladığımız gibi, devletin ekonomik hayata müdahalesinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, toplumun ekonomik ihtiyaçlarını özel hukuk kurallarına göre karşılıyan, bununla beraber kamu hukuku dışında kalmayan, karma bir hukukî rejime tabi hizmetlerdir. Bu özellikleri nedeniyle, hizmetin tabi olduğu hukukî rejimin, yargı organının önüne gelen her olayda ayrı ayrı saptanması gerekmektedir.

Bu durumda tek başına «kamu hizmeti», idarî yargı alanının saptanmasında kriter olarak bir çözüm sağlıyamamaktadır. Bu nedenle, kamu hizmeti yanında, kamu kanunu, kamu kudreti, idarî işlem, idarî eylem gibi kriterlere de yer verildiği görülmektedir.

Kamu hizmeti gördüğünde şüphe bulunmayan Ziraat Bankasının, Kuruluş Kanununun «kamu kanunu» niteliğine işaretle, bu kanunun Bankaya verdiği «göreve ilişkin eylem ve işlemlerin» idarî olduğunu kabul etmek zorunluluğu bulunduğu ve bunların özellikle memurlarıyla olan ilişkileri «kamu kanunlarıyla buna müteferri mevzuat hükümleri» çerçevesinde cereyan edeceği gerekçesiyle, konuya ilişkin davanın görülüp çözümlenmesinin Danıştaya ait bulunduğu yolundaki Danıştay kararında,[45] «kamu hizmeti» kriterine hiç yer verilmeden görev konusu çözüme bağlanmıştır. Gene Danıştay bir başka kararında,[46] evine ücretsiz telefon bağlanması gerekirken, kendisinden tesis gideri ve abone ücreti alındığını ileri sürerek, bu paraların tazminine ilişkin olarak hükümet tabibi tarafından açılan davada yöneltilen görev def'ini, «kamu hizmeti» kriterine dayanılmadan, söz konusu ücretin, «idarî bir işleme müsteniden» alındığı gerekçesiyle yerinde görmeyerek, davanın esasını incelemiştir.

Bununla beraber Danıştayın, sınaî ve ticarî kamu hizmetleri ile ilgili olarak, yalnızca kamu hizmeti kriterine dayanmak suretiyle kendisini görevli gördüğü pek çok kararı vardır. Bu tür kamu hizmetlerinden iktisadî devlet teşekküllerinin işlem ve eylemleri ile ilgili uyuşmağlıkların esasını incelerken, çoğunlukla faaliyetin kamu hizmeti niteliğine dayanmaktadır.

Görevli personelin kusuru yüzünden meydana gelen tren kazasında yaralanarak sakat kalan yolcunun açtığı davada Danıştay,

> «İdare, amme hizmetinin ifası sırasında istihdam ettiği ajanların kusurlu hareketinden doğan zararları, objektif sorumluluk esasına göre tazminle mükelleftir».

gerekçesiyle davacıya tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.[47] Bir başka kararda da;

---

[45] 12. D. 31.3.1969 g. E. 1968-2932, K. 1969-643 (Esin, Dündar, op. cit., s. 117).
[46] 12. D. 27.11.1968 g. E. 1968-1158, K. 1968-2206 (İbid., s. 117).
[47] 12. D., 6.3.1969 g., E. 1965-86, K. 1969-454 (Yüksel Esin, Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, s. 202).

> «İdarenin kamu hizmetlerini gereği gibi ifa etmemesi sonucu doğan zararların tazmini gerektiği»,

görüşü ile demiryolu geçidinde gerekli tedbirleri almamış olan idare, bu sebeple doğan zararı tazminle yükümlü tutulmuştur.[48]

Görülüyor ki Danıştay, bu tür kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında idarenin kusurlu ya da kusursuz davranışları sebebiyle doğan zararların tazmini dileğiyle açılan davaları incelemekle, sadece kamu hizmeti kriterine dayanmak suretiyle kendisini görevli görmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi ise, özellikle hizmetin görülmesine ilişkin bir kusurun bulunması halinde, kamu hizmeti kriterine dayanarak idarî yargının görevli olduğunu kabul etmektedir.

Bu konudaki bir kararında Mahkeme görüşünü :

> «Olay hizmet sırasında vukua gelmiştir. TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü 440 sayılı Kanuna tabi İktisadî Devlet Teşekküllerinden olup bir âmme hizmeti görmektedir. Âmme hizmetinin ifası sırasında meydana gelen olayda idarenin kusuru ve tedbirsizliği iddia edildiğinden ortada bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığını incelemek ve davacıların tazminat talepleri hakkında karar vermek... İdarî yargı merciinin görevi içindedir.»

demek suretiyle ifade etmiştir.[49].

Kararda, «Bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığını incelemek», idari yargı merciinin görevi içinde kabul edildiğine göre, kusursuz sorumluluğu gerektiren hallerde, davaya bakmakla adlî yargının görevli olacağı sonucuna varmak gerekmektedir. Buna rağmen Uyuşmazlık Mahkemesi, hizmetin görülmesi sırasında meydana gelen zararın tazmini dileğiyle açılan davalara, hizmet kusuru bulunmasa dahi, idarî yargı yerinde bakılacağı yolunda kararlar da vermektedir[50].

Yüksek Mahkemenin İktisadî Devlet Teşekkülleri Hakkındaki bir kararında belirtildiği üzere, bu çeşit hizmetlerin, «kendileriyle ilgili mevzuatın uygulanmasına ve hizmetin gerektirdiği faaliyetlerin gayelerine uygun olarak yapılmasına ilişkin kararları» da idarî sayılmaktadır[51]. Burada hemen şunu da ilâve edelim ki sınaî ve ticarî nitelikteki kamu faaliyetlerinin görülmesine ilişkin genel ve düzenleyici tasarrufların da idarî yargı yerinde davaya konu edilmesi gerekmektedir.

---

[48] 12. D., 2.5.1972 g., E. 1970-3013, K. 1972-1313 (**İbid**, s. 106).

[49] Uyuşmazlık Mahkemesinin, 14.10.1967 g., E. 1967-245, K. 1967-257 (Resmi Gazetenin 30.11.1967 gün ve 12764 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.)

[50] Uyuşmazlık Mahkemesinin 15.6.1968 g. E. 1968-17, K. 1968-400 (Resmî Gazetenin 9.4.1969 gün ve 13170 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.) Esin, Dündar, op. cit., s. 124.

[51] 15. Nolu dipnotunda sözü edilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakınız.

Kanımızca bir kamu hizmetinin bütünü ile kamu hukuku kurallarına tabi tutulmasına gerek bulunmadığına göre, aslında idarî yargı organını belirleyici ana ölçüt, yargı organı önüne gelen konunun kamu usulleriyle düzenlenmiş olup olmadığıdır. Örneğin Ziraat Bankası kamu hizmeti gören bir kamu kurumu olarak çiftçiye kredi verirken kamu usullerini uygulamakta, ama bankacılık faaliyetinde Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bu iki ayrı konuda çıkacak uyuşmazlıktan, birincisi idarî yargı yerinde, ikincisi ise adlî yargı yerinde görülecektir.

Kuşkusuz kamu hizmetinin yürütülmesinde uyulması gerekli ilkeler ve esaslar bozulduğunda, diğer bir ifade ile hizmet devamlı ve düzenli işletilmiyor, eşitlik ilkesi bozuluyor ve işlemlerinde objektiflik sağlanamıyorsa; kamu hizmeti kriter rolünü oynayacak, bu işlem ve eylemlerden hakları veya menfaatları ihlâl edilenler tarafından açılacak tam yargı ve iptal davaları idarî yargıda çözümlenecektir.

SONUÇ

1961 Anayasası Devlete iktisadî kalkınma, sosyal adaleti sağlama gibi yeni görevler yüklemekle, Türk Hukukunda kamu hizmetinin anlamını genişletmiş bulunmaktadır. Anayasanın bu anlayışı, kamu hizmetlerine yani bir bakış açısının gerekliliğini ortaya koymaktadır. Devletin kamu hizmeti görevi, bugün toplumun dirlik ve düzenini sağlama amacına yönelik, dış ve iç güvenliğin ve hukukun korunması gibi klâsik hizmetler yanında, elektrik, PTT, yol yapımı gibi özel kişilerce ele alınamıyacak teknik hizmetleri, ulusal kalkınmayı sağlama amacıyla yürütülen ekonomik hizmetleri, eğitim, sağlık, konut gibi sosyal hizmetleri kapsamaktadır.

Çağdaş toplumun giderek artan ihtiyaçlarıyla birlikte sayıları çoğalan kamu hizmetlerinin yürütülmesinde, değişik türde kamu kuruluşlarına ve bunların bünyelerine göre değişen yöntemlere gereksinme duyulacağı açıktır. Bu durum aslında belirsiz olan kamu hizmeti kavramını daha da bulanıklaştırmaktadır.

Tatmininde doğrudan doğruya kamu yararı bulunan bir toplumsal ihtiyacın karşılanması için, kamu tüzel kişileri tarafından girişilen devamlı ve düzenli faaliyetler olarak niteleğimiz kamu hizmetinin bir özelliği de, kamu hukukuna özgü yetki ve yöntemlerle donatılmış olmasıdır. Kuşkusuz kullanılan kamu hukukuna özgü bu yetkiler ve yöntemler, hizmetin bünyesine göre değişiklik gösterdiği gibi, bütünü ile bu kurallara bağlı olmayan kamu hizmetleri de vardır.

Ticarî ve sınaî, hatta sosyal faaliyetlerin kamu hizmeti olarak örgütlendirilmesiyle, kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında «kamu yararı» yeterli unsur sayılmaya başlanmıştır. Kamu hizmeti kavramındaki bu evrim, devlet faaliyetlerinin hangilerinin idare hukuku rejimine tabi olacağı sorununu ortaya çıkarmakta ve adlî yargı idari yargı ayırımında kamu hizmeti kavramının değerini zayıflatmaktadır.