

## Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist Ve Subjektivist Yaklaşımlar

### Determination of Public Services in Turkish Administrative Law Objectivist and Subjectivist Approaches\*

Ebru ZEYBEK CEBECİ\*\*

#### Öz

İdare Hukukunun en temel konularından biri olan kamu hizmeti, tanımlanması zor, içeriği belirsiz bir kavram olarak nitelenmektedir. Tarihi süreç içinde kavramın sınırları açıklanmaya çalışılmıştır. Kavramın belirlenmesine ilişkin bu yaklaşımlar genel olarak objektivist ve subjektivist yaklaşım olmak üzere iki ana başlık altında toplanmıştır. Kamu hizmetinin nasıl belirleneceği hususu hem kendi taşıdığı önem, hem de idare hukukunun diğer birçok konusuyla olan bağlantısı nedeniyle dikkate değer bir nitelik taşımaktadır. Bu makalede kamu hizmetlerinin belirlenmesine ilişkin objektivist ve subjektivist yaklaşımlar incelenecek ve gelinen aşamada kamu hizmetinin nasıl tespit edileceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunularak katkı sağlanmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu hizmeti, Objektivist yaklaşım, Subjektivist yaklaşım, Niteliği gereği kamu hizmeti, Yasa koyucunun iradesi

#### Abstract

Public service, which is one of the most fundamental issues of Administrative Law, is defined as a concept which is difficult to define and whose content is uncertain. In the historical process, the concept has been explained in various ways. These approaches for defining the concept are generally grouped under two main headings: objectivist and subjectivist. The issue of how to determine the public service is of considerable importance both because of its importance and its connection with many other issues of administrative law.

In this article, objectivist and subjectivist approaches to the determination of public services will be examined and contribution will be made by making evaluations on how to determine public service in the current stage.

**Keywords:** Public service, Objectivist approach, Subjectivist approach, Public service due to its nature, Will of the legislator.

\* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında idarenin sözleşmelerine ilişkin hazırlanan doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ebru.zeybek@marmara.edu.tr. (ORCID : 0000-0003-2743-862X).

## I. GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olduğu gibi, kavramın idare hukukunun diğer birçok kavramının tanımlanmasında ve idari yargının görev alanının tespitinde belirleyici bir rolü bulunmakta<sup>1</sup>, aynı zamanda siyaset bilimi, ekonomi, kamu yönetimi gibi birçok farklı disiplinle de bağlantısı bulunmaktadır.

Modern kamu hizmeti kavramı, hem faaliyeti, hem faaliyeti yürütecek teşkilatı ifade edecek bir şekilde, köken olarak Fransız hukukundan gelmektedir<sup>2</sup>.

Kamu hizmeti kavramının, idare hukuku doktrininde sıklıkla tanımlanması zor, içeriği belirsiz bir kavram olarak belirtildiği görülmektedir<sup>3</sup>. Bununla birlikte bu savın doğru olmadığını, kamu hizmetinin “görünce tanınacağını” ifade edenler de bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Kavramın aslında öğretilerde genel bir tanımlaması bulunmaktadır. Buna göre kamu hizmetleri devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin veya onların gözetim ve denetimi altındaki özel hukuk kişilerin, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yerine getirilen faaliyetler olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>.

Bununla birlikte hem doktrinde hem de yargı içtihatlarında kamu hizmetinin nasıl belirleneceğine ilişkin farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımlar genel olarak objektivist ve subjektivist yaklaşım olarak iki ana grupta toplanmaktadır.

## II. OBJEKTİVİST KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Objektivist kamu hizmeti anlayışı, hizmeti niteliğine, faaliyetin içeriğine göre tanımlamaktadır. Bu anlayış Türk İdare Hukuku doktrini içinde çok fazla yer bulamasa da, yine de bu görüşte olanlara rastlamak mümkündür.

Uler'e göre Anayasa'nın 47.maddesindeki “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” şeklindeki hüküm, kamu hizmetlerinin niteliğine göre belirleneceğinin göstergesidir ve bu nedenle yasa koyucunun kamu hizmetlerini belirleme yetkisi sınırsız kabul edilemeyecektir<sup>6</sup>.

1 Yasin, Melikşah, “*Kamu Hizmeti*”, Yıldırım, Turan(ed.), Yıldırım, Turan – Yasin, Melikşah – Kaman, Nur-Özdemir, H.Eyüp, Üstün Gül, Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku (içinde)*, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018, s.411.

2 Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul, 2016, s.217.

3 Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.14; Ulusoy, Ali, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s.11.

4 Uler, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.15, 1998, s.254; Çakmak, Münci, “*Sanatsal Kamu Hizmetleri*”, Gazi Üniversitesi HFD, C.XIV, S.1, 2010, s.256.

5 Sancakdar, Oğuz – Us, Eser – Kasapoğlu Turhan, Mine – Önüt, Lale Burcu – Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yay., Ankara, 2018, s.478.

6 Uler, s.253.

Yine bir başka yazar tarafından da, her ne kadar yasa koyucu tarafından içeriği doldurulabilecek yada değiştirilebilecekse de, kamu hizmetinin az da olsa değişmez bir çekirdeği olduğunun kabul edilmesi gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir<sup>7</sup>.

Çakmak'a göre ise, örneğin, sanatsal kamu hizmetleri – ister yasa koyucu tarafından belirlensin, ister niteliğine göre belirlensin-, kamu hizmetinin tipik birer örneğini oluşturmaktadır<sup>8</sup>.

Faaliyetin niteliğine dayanan objektivist görüşe ilişkin izler Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın da kimi kararlarında görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Türkiye Elektrik Kurumunun özelleştirilmesine olanak veren 3974 sayılı Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığını incelediği bir kararında “*Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*” şeklindeki ifadesiyle hem kamu hizmetinin geleneksel tanımına değinmiş, hem “*Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.*” diyerek elektrik üretim, iletim ve dağıtımın faaliyetlerinin niteliğini belirtmiş hem de “*Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez.*” “*Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir.*” “*..Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, (...) yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir.*”<sup>9</sup> şeklindeki ifadelerle yasa koyucunun kamu hizmetini belirleme yetkisi olduğunu kabul etmekle birlikte, bu belirlemenin hizmetin niteliğine göre yapılması gerektiği ve mahkemece yapılan anayasal denetim esnasında da faaliyetin irdelenip kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının saptanabileceği belirtilmiştir.

7 Gülan, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, İHİD, Y.9, S. 1-3, 1988, s.155.

8 Çakmak, s.256.

9 AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994, www.kazanci.com.tr

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinin bir kısmı<sup>10</sup> tarafından hem yasama organının iradesinin belirleyici olduğunun kabul edilmesi hem de bu iradenin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğunun belirtilmesi açısından tutarlı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin kararında yasa koyucunun kamu hizmetini belirleme yetkisi kabul edilmekte, ancak mahkemenin de önüne gelen uyuşmazlığı çözmeden önce anayasal denetim yetkisi kapsamında faaliyetin niteliğini ortaya koyma yetkisinin saklı olduğu belirtilmektedir. Nitekim bu durum, Yüksek Mahkeme'nin yasa koyucunun bu hususa ilişkin yetki sınırlarını anayasayla çizdiği, "*Hiç şüphesiz, Anayasa, kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir.*" ifadesinin yer aldığı 1985 tarihli kararında<sup>11</sup> da görülmektedir.

Yüksek Mahkeme "kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap - işlet - devret modeli çerçevesinde yaptırılması"na ilişkin düzenlenen 3996 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığını incelediği bir kararında da birebir aynı ifadelerde bulunmuştur<sup>12</sup>. Mahkeme çeşitli kararlarında toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarından olması ile düzenlilik ve süreklilik gerektirmesi nedenleriyle örneğin sağlık hizmeti<sup>13</sup> ile eğitim hizmetinin<sup>14</sup> niteliği gereği kamu hizmeti olduğunu da ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1995 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında da benzer saptamalar yapmış ve "*köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.*"<sup>15</sup> demek suretiyle belirli faaliyetleri niteliği gereğince kamu hizmeti olarak nitelemiştir.

Danıştay'ın kararlarına baktığımızda da genel olarak aynı tabloyla karşılaştığımızı söyleyebiliriz. Hatta Danıştay 10.Dairesi termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin niteliğini tespit etmek için elektrik üretim ve işletiminin bir kamu hizmeti olup olmadığı hususunda yapmış olduğu değerlendirmede yukarıda anmış olduğumuz Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve 1994/43 Esas, 1994/42-2 Karar sayılı kararına atıfta bulunarak birebir aynı tespitte bulunmuştur<sup>16</sup>. Danıştay 13. Dairesi'ne ait bir kararda ise yine mahkemece doğal gaz dağıtım hizmeti'nin doğal tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu tespitinde bulunulmuştur<sup>17</sup>. Sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinden ise Danıştay 5.Dairesi'nin bir kararında<sup>18</sup> "*Toplumsal*

10 Yasin, s.493.

11 AYM, E.1985/7, K.1985/22, T.28.11.1985, www.kazanci.com.tr.

12 AYM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, www.kazanci.com.tr.

13 AYM, E. 2004/114, K.2007/85, T.22.11.2007; AYM, E. 2005/145, K.2009/112, T.23.07.2009, www.kazanci.com.tr

14 AYM, E.2008/54, K.2011/45, T.10.03.2011, www.kazanci.com.tr.

15 AYM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, www.kazanci.com.tr.

16 D10D, E.1999/2407, K.2002/347, T.06.02.2002, www.kazanci.com.tr.

17 D13D, E.2008/13542, K.2012/1946, T.27.06.2012, www.kazanci.com.tr.

18 D5D, E.2007/6860, K.2009/2011, T.15.04.2009, K.2002/4437, T.19.11.2002, www.kazanci.comtr.

yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir”, Danıştay 15.Dairesi'nin bir kararında<sup>19</sup> “Vakıf Üniversitelerinin, kamu tüzel kişiliğini haiz bulunduğu ve bunların sundukları sağlık hizmetin kamu hizmeti olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.”, Danıştay 10.Dairesi'nin bir kararında<sup>20</sup> ise “Temel bir kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmeti” olarak belirtildiği görülmektedir. Aynı sağlık gibi, eğitim ve yükseköğretime ilişkin çeşitli tarihlerde verilmiş Danıştay kararlarında<sup>21</sup> da hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir.

Anılan kararlarda da görüldüğü üzere Türkiye’de yargı kararlarında sıklıkla idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin, işlemlerin niteliğinin tespit edilmesi için hizmetin niteliğinin belirlenmesi yoluna gidilmiş, bunun için de faaliyetin içeriğinin değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Ancak yargısal içtihatlar bir yana, kamu hizmetinin faaliyetin niteliğine göre belirlenmesine ilişkin görüşün, Türk İdare Hukuku doktrininde hatırı sayılır bir yer tuttuğu söylenememektedir. Doktrinin büyük çoğunluğunca kabul edilen görüşe göre, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığına karar verme yetkisi yasa koyucuya aittir.

### III.SUBJEKTİVİST KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Subjektivist kamu hizmeti anlayışına göre, kamu hizmetlerinin belirlenmesi veya tanımlanmasında tek belirleyici etken yasa koyucunun iradesidir<sup>22</sup>.

Anayasa Mahkemesi 1969 tarihli bir kararında<sup>23</sup> “Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün devletin birçok iktisadi görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz. Yurdun bir takım yerlerinde turistik bölgelerle sanayi bölgelerinin düzenli biçimde kurulması ve böylelikle kalkınma plânı ereklerinin gerçekleştirilmek istenmesi, birer kamu işi niteliğindedir.” ifadesiyle, devletin yalnızca hakimiyet faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle beraber, aynı zamanda kamu hizmetinin yasama organınca belirlenmesi düşüncesine “Anayasa, kamu hizmetlerinin kanunla kurulacağı ve idarenin görevlerinin de kanunla düzenleneceği ilkesini benimsemiştir” ifadesiyle ve 1961 Anayasasının, Bakanlıkların, idarenin kurulması ve yönetmelik çıkarılmasına ilişkin 106,112 ve 113. maddelerine atıfta bulunarak katılmıştır.

19 D15D,E.2016/1583, T.18.03.2016, www.kazancı.com.tr.

20 D10D, E.2000/2128, K.2002/4437, T.19.11.2002, T.15.04.2009, www.kazancı.com.tr.

21 D2D, E.2008/3392, K.2011/5944, T.30.11.2011; DİDDK, E.2010/5, T.12.03.2010; D8D, E.2008/8234, K.2011/2452, T.29.04.2011, www.kazancı.com.tr.

22 Orak, Cem Çağatay, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa, Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, TBB Dergisi, s.68, 2007, s.168.

23 AYM, E.1967/41, K.1969/57, T.23,24,25.10.1969, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f0cdae2-2409-4c29-b040-fc7265add967?excludeGereke=False&wordsOnly=False>

Danıştay ise 2000 tarihli bir kararında<sup>24</sup> “Bilindiği üzere, kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür.” diye ifade etmek suretiyle kamu hizmetinin yasa koyucu tarafından belirlenen faaliyetler olduğunu betimlemiştir.

Türk idare hukuku doktrinde genel olarak kabul edilen görüş de bu görüştür<sup>25</sup>. Duran’a göre bir faaliyetin niteliğine göre kamu hizmeti sayılması mümkün olmadığı gibi, böyle bir faaliyet de yoktur. Çünkü faaliyetlerin özel faaliyet veya kamu hizmeti olup olmadığı belli bir dönemde belli bir topluma egemen olan iktisadi ve sosyal sistemin sonucunda siyasi yöneticilerin iradesiyle belirlenir. Bir toplumun ihtiyaçlarının, kamu yararının değerlendirilip saptanması, toplumun seçimle belirlediği temsilcilerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması, bulunulan topluma ve zamana göre yetkili kamu organlarınca belirlenen, değişken nitelikte ve göreceli bir husustur. Ayrıca toplumun ortak ihtiyacı olan ve görülmesinde kamu yararı bulunduğu halde bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kurulması zorunlu değildir. Bu faaliyetler özel hukuk kişilerine bırakılabilir<sup>26</sup>.

Başka bir yazara / yazarlara göre de, Anayasa’nın 47.maddesinde devletleştirmeye ilişkin yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” şeklindeki düzenlemeye göre neyin kamu hizmeti olduğu konusunda kesin bir ayırım bulunmamakta; özel bir teşebbüs devletleştirme yoluyla kamu hizmetine dönüştürülebilirken, bir kamu hizmetinin de özel bir teşebbüs haline getirilmesi mümkün görünmektedir. Bunu belirleyecek olan irade ise yasa koyucuda bulunmaktadır<sup>27</sup>.

Günday da kamu hizmetinin belirlenmesi yetkisinin siyasal organların iradelerinde olduğunu kabul etmektedir. Duran gibi, Günday’a göre de “niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. İnsan faaliyetleri niteliklerine göre değil ve fakat belli bir dönemde ve belli bir yerde topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sisteme göre kamusal ve özel faaliyetler olarak ayrılabilirler. Dolayısıyla her insani faaliyet, niteliği ne olursa olsun, kamu hizmeti olmaya elverişlidir; yeter ki siyasal organlar o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsinler”<sup>28</sup>. Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için öncelikle kanuna bakılması gerekecek; eğer kanunda faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmemiş ise bu durumda yasa koyucunun iradesini anlayabilmek için faaliyetin kamusal usul ve kurallara tabi olup olmadığına dikkat edilmesi gerekecektir<sup>29</sup>.

24 D1D, E.2000/29, K.2000/59, T.17.04.2000, www.kazanci.com.tr.

25 Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C.2, Ekin Basım, Bursa, 2009, s.264; Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat – Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 2018, s.526; Yasin, s.419.

26 Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.304-305.

27 Akyılmaz – Sezginer – Kaya, s.526

28 Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.331-332.

29 Günday, s.332-333; Duran, s.309.

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İlk olarak belirtilmesi gerekir ki, makalemizde doktrine ilişkin verilen atıfların birçoğu Haziran 2018 tarihli seçim sonucuyla yürürlüğe giren Anayasa değişikliği öncesinde yazılmış olan, yahut bu tarihten sonra henüz yenilenmemiş kaynaklara yapılmıştır.

Türk Hukukunda kural koyma yetkisi ilke olarak yasama organına aittir. Bu nedenle kamu hizmetini kurma, dolayısıyla hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak düzenleneceğine karar verme yetkisinin de yasa koyucuda olduğu ifade edilmektedir. Nitekim günümüzde siyasi irade olmadan bir hukuk kuralının veya hukukça tanınmış bir kavramın mevcudiyeti olanaklı değildir<sup>30</sup>.

Anayasa'nın 123.maddesinin ilk fıkrasına göre de "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir". Ancak yapılan Anayasa değişikliği ile maddenin son fıkrası "Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 13.maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmeti düzenlenmesi yoluyla temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek bir sınırlama yalnızca kanunla ve bu halde dahi sadece 13.maddede öngörülen sınırlar dahilinde yapılabilecektir. Aksi halde kamu hizmetinin kuruluşu – tekel niteliğinde olmasa, rekabet eder nitelikte olsa bile – Anayasa'nın 48.maddesi kapsamında güvenceye alınan özel teşebbüs hürriyetine aykırılık taşıyacaktır<sup>31</sup>. Ancak herhangi bir kazanç sağlamaması yahut getirisi olmaması nedeniyle özel teşebbüs hürriyetine ve diğer hak ve özgürlüklere sınırlandırma teşkil etmeyecek bir kamu hizmetinin kanun ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi mümkün olacaktır<sup>32</sup>.

Bunun dışında doktrinde objektivist kamu hizmeti anlayışına getirilen eleştirilerden ve sübjektivist kamu hizmeti yaklaşımının istisnalarından bahsetmek gerekmektedir.

Objektivist kamu hizmeti anlayışı sübjektif değerlendirmelere yol açabileceği, hukuk güvenliği ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>33</sup>. Aynı zamanda kamu hizmetlerinin kurulması temel hak ve özgürlükleri etkileyebilecek olması nedeniyle de kanunla kurulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Eleştiriler haklı olmakla birlikte, kanımızca bu eleştiriler objektif kamu hizmeti anlayışının Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da olmayan kurallardan, kamu hizmeti yaratması olarak kabulünden ileri gelmektedir.

30 Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti(Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.57.

31 Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın, Bursa 2018, s.545-546.

32 Gözler, s.356-357.

33 Ulusoy, Ali, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları", Ulusoy, Ali (ed.), *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yay., Ankara, 2001, s.8.

34 Yasin, s.418.

Subjektivist kamu hizmeti anlayışı bakımından değinilmesi gereken noktalardan biri ise, doktrinde subjektivist kamu hizmeti yaklaşımını kabul eden bazı yazarlarca mahalli kamu hizmetleri hususunda farklı bir yaklaşımın benimsenmesi hususudur. Bu görüşe göre, mahallli idareler Anayasa'nın 127.maddesi gereğince "il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere" kurulmuş olmaları nedeniyle; mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisine sahiptirler<sup>35</sup>. Mahalli idareler bu yetkiyi, görevlerinin Anayasa ile ve genel çerçeve içerisinde düzenlenmiş olmasından almaktadır<sup>36</sup>.

Ancak kanımızca bu durum kamu hizmeti kurulması için yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı anlamına gelmeyecektir. Anayasa'nın 127.maddesinin ilk fıkrasında yer alan "mahalli müşterek ihtiyaç" kavramı yasa koyucunun ölçütü olacak ve mahalli idareler yapılan yasal düzenleme doğrultusunda faaliyetlerini yerine getireceklerdir. Nitekim mahalli idareler, Anayasa'nın 123. maddesi kapsamı dışında tutulmamaktadır. Hatta Anayasa'nın 127.maddesinin 2.fıkrasında yer alan "Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir." hükmü, bu durumu daha da açık bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>37</sup>. Bu nedenle mahalli idarelerin yalnızca yasalarla belirlenmiş alanda hareket etmeleri mümkün olacaktır<sup>38</sup>.

Anayasa Mahkemesi de 2007 tarihli bir kararında<sup>39</sup> belediyelere çerçevesi çizilmemiş bir alanda görev ve yetki verilmesine ilişkin hükmü, "Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre "mahalli müşterek ihtiyaçları" karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır. Belediyeler mahalli müşterek gereksinimleri, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir.

*İptali istenen kuralla belediyelerin "kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri de" yapmakla görevlendirilmeleri, herhangi bir görev alanı tanımlaması yapılmaksızın, 5393 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirlenmiş görev alanları dışında kalan her tür görevin yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır.*

*Bu durumda çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki veren kural, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir."* şeklinde ifade ederek, iptal etmiştir.

Ancak yasama organına verilen kamu hizmeti kurma takdir yetkisinin de bir sınırı bulunmaktadır. Bu sınırı Anayasal kamu hizmetleri ve uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülükler oluşturmaktadır.<sup>40</sup> 1982 Anayasasında anayasal kamu hizmetleri açıkça düzenlenmemiş ancak

35 Gözler-Kaplan, s.547.

36 Duran, s.314.

37 Sevgili Gençay, Fatma Didem, "Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi", MYS, C.10, S.24, Temmuz 2015, s.48.

38 Karahanoğulları, Onur, "Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi", Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, Ankara, 2013, s.83-84.

39 AYM, E.2005/95, K.2007/5, T.24.01.2007, www.kazanci.com.tr.

40 Gözler, s.359-361.



bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi devlete ödev olarak verilmiştir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kurulması ve gerçekleştirilmesi bir yükümlülüğe dönüşmektedir. Bu faaliyetler çoğunlukla Anayasanın Üçüncü bölümünde yer alan Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenmiş olmakla (eğitim, sağlık, sosyal güvenlik vd.), genel olarak Anayasa'nın bütününe dağıldığı söylenebilecektir(adalet, yükseköğrenim, radyo ve televizyon yayıncılığı vd.).Doktrin tarafından genel olarak devletin ödevleriyle kamu hizmeti arasında bir bağlantının varlığının kabul edildiği görülmektedir<sup>41</sup>.

Bilgen'e göre bazı faaliyetlerin toplumsal bir ihtiyacın tatminini sağlamak suretiyle gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu ve idare tarafından kurulup işletilmesine Anayasa koyucu tarafından karar verildiğinde, artık yasa koyucu tarafından bu faaliyetlerin kamu hizmeti olup olmadığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Yasa koyucunun görevi o faaliyetin kamu hizmeti olarak kurulup işlenmesini sağlamaktır<sup>42</sup>.

Anayasa Mahkemesinin de bu görüşü benimsediği görülmektedir. Örneğin Mahkeme 1979 tarihli bir kararında<sup>43</sup> "Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır." hükmünde bulunmuştur.

Bununla birlikte Anayasanın 65.maddesine göre "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir". Ancak Bilgen'e göre bu hüküm faaliyetin bir kamu hizmeti olarak kurulup görülmesinde devlete yalnızca zaman ve kapsam bakımından takdir yetkisi tanımaktadır. Yoksa devlet Anayasada yer alan bu faaliyetleri belli bir plan çerçevesinde kurup, işletmek zorundadır<sup>44</sup>.

Hangi hizmetlerin kamu hizmeti olarak kabul edileceği, hangi hizmetlerin doğrudan devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği veya devletin o alandan elini çekemeyeceği her zaman açık bir şekilde bulunmamaktadır. Anayasa'da bazı konularda devlete direkt olarak yükümlülükler verilmiş, bazı kısımlarda da kişilere tanınan temel hak ve özgürlükler dolayısıyla devlet bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi noktasında yükümlendirilmiştir. Anayasa'da yer alan kamu hizmetleri devletin temel niteliğindeki faaliyetleri olduğundan ve Anayasada yer alan hükümler devlet için bağlayıcı olacağından, Anayasal tüm kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi birer yükümlülüktür. Ancak buna uygun hareket edilmediğinde ne yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme, uygun hareket edilmesini sağlayıcı hukuki bir araç bulunmadığından bu hizmetlerin yerine getirilmesinin zorunluluğu hususunun niteleme yapmak dışında uygulamada fazla bir

41 Bilgen, Perteve, "Kamu Hizmeti Hakkında", İHİD, C.1, S.1., Mart 1980, s.114; Yıldırım Turan, "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Ulusoy, Ali (ed.), *Hukuku Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti(içinde)*, Liberte Yay, Ankara 2001, s.44.

42 Bilgen, Perteve, *Sosyal Haklar, "Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme"*, AÜSBF İnsan hakları Merkezi Dergisi, C.3, S.5, Aralık 1995, s.14-15.

43 AYM, E.1979/1, K.1979/30, T.21.06.1979, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/953e96c2-37c2-4922-b640-0ecf59f42e1d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

44 Bilgen, *Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme*, s.13.

karşılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'ya uygun düzenin kurulmaması, buna uygun kurumların oluşturulmaması ve kamu hizmetlerinin düzenlenmemesi hukuk devletleri açısından düşünülemeyeceğinden; gerekli düzenlemenin yapılmaması halinde ne yapılacağıının belirlenmesi de beklenemeyecektir<sup>45</sup>. Bunun yanında yasakoyucu, uluslararası andlaşmalar nedeniyle de bazı hizmetleri düzenlemekle yükümlü olabilir.

Ayrıca bazı durumlarda yasa koyucu tarafından hizmetin niteliği açıkça nitelenmeyebilmektedir. Bu durumda da yargı organının hizmetin niteliğini tespit etmesi gerekecektir<sup>46</sup>. Bununla birlikte kanımızca siyasi iradenin kamu hizmetlerini belirlerken toplumsal ihtiyaçlara cevap olabilmesi için faaliyetin niteliğini esas alması da bir hayli önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki siyasi iradenin kamu hizmetinin belirlenmesinde sınırsız bir yetkisi olduğunun kabulü sistemsel olarak da mümkün görünmemektedir. Varolan sistemde tüm faaliyetlerin özel hukuk kişilerine bırakılıp, kamu hizmeti olmaktan çıkarılması devletin ortadan kalkmasına neden olabilecektir; toplumdaki tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelenmesi de piyasa alanının yok edilmesi sonucu doğurarak yine devletin ortadan kalkmasına yol açabilecektir<sup>47</sup>.

## Kaynakça

- Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 2018.
- Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, İstanbul, 1998.
- Azrak, Ali Ülkü, Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, S. 1-4, 1971.
- Bilgen, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, C.1, S.1., Mart 1980.
- Bilgen, Pertev, Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995.
- Çakmak, Münci, Sanatsal Kamu Hizmetleri, Gazi Üniversitesi HFD, C.XIV, S.1, 2010.
- Derbil, Süheyp, Kamu Hizmeti Nedir?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3, 1950.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakültele Matbaası, İstanbul, 1982.
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın, Bursa 2018.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.2, Ekin Basım, Bursa, 2009.
- Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Gülan, Aydın, Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFİM, C.LVI, S.1-4, 1998.
- Gülan, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Y.9, S. 1-3, 1988.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Karahanogulları, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karahanogulları, Onur, "Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi", Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, Ankara, 2013.

45 Benzer bir değerlendirme için bkz. Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s.571.

46 Sever, D.Çiğdem, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, Doktora Tezi, Ankara, 2013, s.35.

47 Karahanogulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, s.61.

- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966
- Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmeti: Tabula Rasa, Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?, TBB Dergisi, S.68, 2007.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Sancakdar, Oğuz/ Us, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Önüt, Lale Burcu/ Seyhan, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- Sever, D. Çiğdem, Kamusal Faaliyetlerin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık, Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi, MSY, C.10, S.24, Temmuz 2015.
- Tan, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı Dergisi, C.8, 1991.
- Uler, Yıldırım, Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı Dergisi, C.15, 1998.
- Ulusoy, Ali, Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, C.48, S.1-4, 1999.
- Ulusoy, Ali (ed.), Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yay., Ankara, 2001.
- Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- Yaşar, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der yay., İstanbul, 2016.
- Yaşar, Hasan Nuri, Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, C.13, S.1, 2003.
- Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Turan(ed.), Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah, Yasin/ Kaman, Nur/ Özdemir, H.Eyüp/, Üstün, Gül/ Okay Tekinsoy, Özge, İdare Hukuku, On İki Levha yay., İstanbul, 2018.
- Yılmaz, Dilşat, Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri, Gazi Üniversitesi HFD, C.XII, S.1-2, 2008.
- [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr)
- [kararlaryeni.anayasa.gov.tr](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr)