

KAMU HİZMETİ NEDİR?

Yazan: Prof. Süheyp Derbil

Yalnız idare hukukunun değil; bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biri "kamu hizmeti" kavramıdır.

Kamu hukukunu, hatta devleti kamu hizmeti kavramıyla açıklamak yolu Profesör Duguit'nin açtığı geniş bir çığır olmuştur. Kanunlarımızda ve mahkeme kararlarında da sık sık göze çarpan "kamu hizmeti" sözünün medlûlü üzerinde hukukçular bir anlaşmaya ulaşamadıkları için tartışmalar uzun yıllardanberi sürüp gitmektedir.

Eiz burada bu tartışmalı ve bulanık kalmış konunun bir kaç noktasını aydınlatmağa çalışacağız.

"Kamu hizmeti" sözünü Fransızların "Service public" tabirinden dilimize önce "Hidematı umumiye" şeklinde aldığımız anlaşılıyor (1). Almanlar buna "Öeffentliche Anstalt" diyorlar. "Umumi" kelimesi "oeffentliche = public" sıfatının tam karşılığı olmadığı için bir vakit te "hidematı amme" veya "amme hizmeti" demeğe başlamışız. Fakat "public" kelimesinin bir sıfat olmasına karşılık "amme" kelimesi bir isim olduğundan, bir sıfatın bir isimle karşılanmasını pek uygun bulmayanlar "umumi hizmet" veya "hidematı umumiye" tabirlerini kullanmağa devam etmişlerdir. "Public" sıfatını dilimizde karşılayabilecek biricik kelime "kamusal" sözü olduğuna göre "kamusal hizmet" demek daha uygun ise de "kamu hizmeti" tabiri daha çok tutunmuş bulunmaktadır. Şimdiki halde "kamu hizmeti", "amme hizmeti", "umumi hizmet", "kamusal hizmet" gibi tabirler arasında hiç bir fark gözetilmediğini, hepsinin de aynı manada kullanıldığını açıklamak isteriz.

Hukukçularımız "Service public" teriminin "public" kelimesi üzerinde durakhyarak ona "umumi", "amme", "kamusal", "kamu" gibi çeşitli karşılıklar ileri sürmüşler ise de "service" kelimesine karşılık "hiz-

(1) 23 Ekim 1925 tarihli ve 699 numaralı Şûrayı Devlet Kanununun 19 uncu maddesinde "Hidematı umumiye" tabiri kullanılmıştır. 1938 de bu metin "Umumi hizmetler" kılığına sokulmuştur. Bugün de bu kılığını muhafaza ediyor. 27 Haziran 1938 tarihli ve 3499 numaralı kanuna göre: Avukatlık "Amme hizmeti" mahiyetinde bir meslektir.

met" kelimesini kullanmakta hiç tereddüt etmemişlerdir. Halbuki Fransızcada "service" kelimesi lâtince kölelik manasına gelen "servitium" sözünden çıkarıldıktan sonra zamanla çok şümüllü manalar kazanmış; hizmet, görev, ödev gibi dinamik manaları yanında durum, takım, teşkilât gibi statik manalarda almış bulunmaktadır. Türkçemizde "hizmet" kelimesine statik bir şümul vererek "teşkilât" manasını da izafe etmek çok güç, zihinleri karıştıran ve konuyu bulandıran bir hareket olur. Meselâ: "Posta hizmeti" deyince posta teşkilâtını da kasdetmek zihinlerimizin kolay kolay alışamayacağı kekremsi bir yenilik olur.

İşte hukukçularımız arasında "kamu hizmeti" kavramının bulanık kalması sebeplerinden birini de "hizmet" kelimesinin Türkçede statik bir mana ifade edememesinde aramalıdır.

Profesör Duguit kamu hizmetini şöyle açıklıyor: "Bir milletin içinde, milletin işgal ettiği ülkenin sınırı içinde kuvveti elinde tutmak suretiyle idare edilenlerden farklılaşan idare edenler bu kuvveti, "kamu hizmetlerini" (services publics) düzenlemek ve denetlemek için kullanırlar. Böylece "kamu hizmetleri" (services publics) devletin unsurlarından biridir" (2).

Burada (services publics) tabiri "kamu hizmetleri" diye tercüme edildiği için üstadın yazısı bulanık, hatta manasız görünüyor. "Kamu hizmetleri" tabiri yerine "kamu teşkilâtı" veya "kamusal teşkilât" diyecek olursak mana aydınlanır.

Fritz Fleiner'in açıklamasında bu nokta daha büyük bir vuzuhla göze çarpar. Profesör Fleiner: "Kamu hizmeti söziyle teknik bakımdan bir birlik teşkil eden ve sürekli surette belirli bir kamusal amaca yarayan insanlardan ve vasitalardan mürekkep bir küllü kasdediyoruz" diyor (3).

Profesör Crozat tarafından nakledilen şu cümlelerde aynı nokta üzerinde dikkati çekmektedir: "Devlet âmme hizmetleri heyeti mecmuasıdır", "âmme hizmetleri bizzat devletin bünyesini vücuda getiren teşkilâtlardır" (4).

Bu bakımdan dilimizdeki "hizmet" kelimesine iş, yardım, görev, bakım gibi manalarının dışında hiç olmazsa "teşkilât" manasını da izafe etmek ve bir hukuk terimi olarak:

Kamu hizmeti = kamusal göreve + kamusal teşkilât

(2) Léon Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*, Paris 1928, C. II, s. 59.

(3) Fritz Fleiner, *Les principes généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris 1933, s. 198.

(4) E. Crozat, *Âmme hizmeti mefhumu*, Ankara 1948.

demek veya Fransızca ve Almancadaki "Service public" ve "Oeffentliche Anstalt" tabirlerini dilimizde yalnız "kamu hizmetleri" söziyle değil, yerine göre "kamusal teşkilât" tabiriyle de karşılamak lâzımdır. Ne kadar zorlasak, şimdiki halde hizmet kelimesine "teşkilât" manasını da izafe etmek fikri bulandıracak bir âmil olacağına göre - anlayışta açıklık sağlamak için - dilimizdeki "kamu hizmeti" teriminin Fransızca ve Almanca karşılıklarından daha dar bir mana taşıdığını kabul etmek yerinde olacaktır.

O halde Fransızca ve Almanca bir hukuk terimi olarak hem statik, hem de dinamik manalar taşıyan "kamu hizmeti" tabiri dilimizde statik hiç bir mana ifade etmeyecek, yalnız dinamik bir mana ifade edebilecektir ki onu da Türkçemizde "iş" kelimesiyle özetleyebiliriz.

O halde, açıklığa ulaşmak ve incelediğimiz konu üzerinde bulanık düşüncelere son vermek için "kamu hizmeti nedir?" sorgusunu üç bölere: "1 — Hangi çeşit işler kamu hizmetidir?", "2 — Hangi çeşit teşkilât kamusalıdır?", "3 — Hangi çeşit taşıtlı ve taşıtsızlar kamusalıdır?" diye birbiriyle ilgili, fakat birbirinden ayrı üç meseleyi ortaya koyarak araştırmalar yapmak daha uygun olur.

Bu üç meselenin hukuk bakımından önemi meydandadır. Bir iş kamu hizmeti ise bu iş dolayısıyla yapılan sözleşmelere artık özel hukuk kuralları değil, belki kamu hukuku kuralları uygulanacaktır. Böyle sözleşmeler dolayısıyla açılacak dâvaları adalet mahkemeleri değil, belki idare mahkemeleri yargılayacaktır. Bir iş bir kamu hizmeti ise bu hizmetten faydalananlar, özel işletmelerin müşterileriyle münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına değil, idare hukukunun "kanunî durum" kuralına göre haklarını arayacaklar ve borçlarını yerine getireceklerdir. Kamu hizmeti olan bir iş dolayısıyla "haksız fiiller", "gayri kanunî rekabet" gibi hususlarda uygulanan özel hukuk kuralları değil; "hizmet kusuru", "nasafet = denkserlik", "beklenmeyen durum = im-prévision" kuramları (= nazariyeleri) uygulanacaktır.

Bir teşkilât kamusal olunca böyle bir teşkilâta çalışan kimselerin durumları - özel işletmelerde çalışan kimselerin durumları gibi - sözleşmeli değil, kanunidir. Kamusal teşkilâta çalışan kimselere özel hukukun hizmet akdine ilişkin hükümleri değil, kamu hukukunun memurlar statüsüne ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Nihayet bir taşıtsız kamusal olursa özel hukukta taşıtsızların bağlı buldukları hukuk rejiminden büsbütün ayrı bir hukuk rejimine tabi olacak, haczedilemeyecek, temlik olunamayacak, zaman aşımına uğramı-

yacak, aynı haklarla takyit edilemeyecek, rehin olunamayacak, zilyetlik dâvasına konu olamayacaktır.

Bu sebepler dolayısıyla bir işe, bir kimseye veya bir taşıtsıza uygulanması gerekli hukuk rejimini belirtebilmek için bu işin kamu hizmeti olup olmadığını, bu kimsenin kamusal teşkilâta dahil bulunup bulunmadığını ve nihayet bu taşıtsızın kamusal olup olmadığını tayin ve tesbit etmek lâzımdır.

Şimdi ortaya attığımız üç meseleyi birer birer incelemeye başlayabiliriz.

I

“Hangi işler kamu hizmetidir?” sorusuna hukukçuların verdikleri cevaplar birbirini tutmamaktadır.

Profesör Berthélemy idarî faaliyetleri “hâkimiyet tasarrufları”, “temsiyet tasarrufları” diye iki kısma ayırmış; idarî faaliyeti kamu hizmeti olarak mütalâa etmemiştir. Profesör Sıddık Sami Onar devlet faaliyetini kamu hizmeti olarak değil, fonksiyon olarak mütalâa etmiş ve teşriî fonksiyon, idarî fonksiyon, kazaî fonksiyon olmak üzere üç türlü devlet fonksiyonu olduğunu açıklamıştır (5).

Profesör Zanobini idarî faaliyetlerin hepsini birer kamu hizmeti olarak kabul etmiyor; bunlardan bir takımının fonksiyon (= görev) olduğunu bildiriyor: “Idarî faaliyet sahasında yapılp muhtelif neticeleri bakımından tetkik sahamızı aşan diğer bir ayırma da âmme fonksiyonlarıyla âmme hizmetlerinin yekdiğerinden tefrikidir. Devletin teşriî ve kazaî faaliyetleri daima bir âmme fonksiyonunun ifası suretiyle tecessell ettikleri halde, idarî faaliyetin, âmme fonksiyonunun ifasından maada, müteaddit âmme hizmetlerinin icrasını da ihtiva eylediğine şüphe yoktur” dedikten sonra fonksiyon saydığı faaliyetleri, hizmet saydığı faaliyetlerden ayırt etmek için bir ölçüt (= critérium = mısdağ) arıyor ve: “Fikrimizce fonksiyonun daima devlete has iktidar manasında bir âmme salâhiyetini, yani hâkimiyetini ifade ettiği mütalâasından hareket etmek icap eyler. Bu mefhum bize, teşriî ve kazaî sahalarda, bunların her ikisinin de bir kudret ve salâhiyeti, kanun yapmak ve icraî kaza etmek kudret ve salâhiyetini, temsil etmeleri itibariyle daima bir âmme fonksiyonu olup, asla âmme hizmetinin mevzuubahis olmayacağını gösterir. İdarî sahada da, şüphe yok ki, polis, vergi tahsili, emirnameler isdarı, şahadetnameler itası ilh... gibi bir takım kudret ve salâhiyetler mevcuttur. Bunlardan her birinin icrası, ister takdiri tasarruflar,

(5) Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku, İstanbul 1942, s. 28 - 42.

yani irade izharı şeklinde sırf fiilî tasarruflar şeklinde tezahür etsin, bir âmme fonksiyonudur. Amme hizmetleri ise ekseriya sınıî istihsale taalluk eden ve gayelerine vusul için fertler tarafından da yapılabilen bir takım maddî ve teknik faaliyetlerdir. Şayet âmme hizmetlerinde idarî tasarruflar ve hukukî muameleler yapılmışsa, bunlar hususî hukuk sahasında kalırlar (hizmetin ifasına müteallik mukaveleler gibi); şayet âmme hukuku tasarruflarına ihtiyaç hasıl olursa (bazı borçların alınması, kabahat fiillerinin tesbiti gibi), bu takdirde bir âmme salâhiyetinin icrası mevzuubahis olup bu da âmme fonksiyonu şeklinde tecelli eder" düşüncesini ileri sürüyor (6).

Profesör Gaston Jeze bu konuda Zanobini ile taban tabana zıd düşüncededir. Jeze görüşünü şöyle anlatıyor:

"Bütün medenî memleketlerde, idarenin görevi genel menfaat ihtiyaçlarını karşılamaktır. Millî savunma, polis, adalet, yol vesaire gibi.

"Yalnız idare bütün genel menfaat ihtiyaçlarını karşılamaz. Meselâ işe şimdiki halde, buhran hali müstesna, idarenin işi değildir; tıbbî tedavi, ilaç vermek vesairede şimdilik, istisnai haller haricinde, alelâde özel kişilerin faaliyetine bırakılmıştır.

"Bundan başka öyle genel menfaat ihtiyaçları vardır ki karşılanması yalnız idareye verilmiş, özel kişiler bundan hariç tutulmuştur: Adalet, polis, telgraf, telefon haberleşmeleri, mektup ulaştırmaları vesaire gibi. Bunlarda tekel vardır.

"Nihayet öyle genel menfaat ihtiyaçları vardır ki hem idare ve hem de özel kişiler tarafından karşılanmaktadır: Fransada öğretim, tiyatro, dezenfeksiyon işi, yardım, tasarruf sandıkları, koli ulaştırmaları gibi.

"İdare tarafından gerek tekel yoluyla, gerekse özel kişilerle aynı zamanda karşılanan genel menfaat ihtiyaçlarını ele alalım.

"Bu hususta iki usulün kullanıldığı görülür:

1 — Özel hukuk usulü ki özel kişilerin genel menfaat ihtiyaçlarını karşıladıkları zaman kullandıkları usuldür;

2 — Kamu hukuku usulü.

"Kamu hukuku usulü nedir?

"Kamu hizmeti fikri kamu hukuku usulü fikrine sıkı sıkıya bağlıdır.

"Kamu hizmeti var demek, genel menfaatin belirli bir ihtiyacını düzgün ve sürekli olarak karşılamak için kamusal ajanlar kamu hukuku

(6) Guido Zanobini, İdare Hukuku, İstanbul 1945, C. I, s. 7 ve 8. Anglo-Sakson anlayışı da buna yakındır.

usulünü, yani ayrı bir hukuk rejimini uygulayabilirler demektir" (7).

Böylece, Zanobini'ye göre kamu hizmeti "fertler tarafından da yapılabilen bir takım maddî ve teknik faaliyetlerdir". Jeze'e göre ise kamu hukuku uygulanabilen - yani fertler tarafından yapılamıyan - işlerdir.

Bu iki fikir arasındaki ayrılık nihayet bir terim meselesi haline de sokulabilir: Jeze'in "kamu hizmeti" dediğine Zanobini "âmme fonksiyonu" adını vermiş demektir (8).

Her iki bilginin kamu hizmeti veya âmme fonksiyonu adını verdikleri kavramın geniş tutulmaması, bütün idarî faaliyetlere teşmil edilmemesi noktasında birliktikleri görülüyor.

Profesör Rolland kamu hizmeti kavramının geniş tutulması taraflıdır. Bu profesöre göre: "Kamu hizmeti olan işler bir işletme veya kurumdur ki hükümet edenlerin yüksek idaresi altında halkın müşterek ihtiyaçlarını karşılamaya tahsis edilmiştir" (9).

Rolland'a göre, kamu hukuku usulü ister uygulansın ister uygulanmasın idare edenler tarafından halkın müşterek ihtiyacını karşılamak için yapılan işler kamu hizmetidir. Jeze'e göre bunlardan yalnız hakkında kamu hukuku usulü uygulanabilenleri kamu hizmetidir.

Alman hukukçuları Rolland'ın görüşüne yakın düşünceler ileri sürüyorlar (10).

Memleketimiz bakımından kamu hizmeti kavramını Alman hukukçuları ve Rolland ile birlikte geniş tutmak doğru olur. Kanunlarımız avukatlığı bile kamu hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğunu belirtirken bizim kamu hizmetini yalnız kamu hukuku usulüne bağlı işlere hasretmemiz bir çok sakıncalar doğurabilir.

Esasen kamu hizmetlerinde kamu ihtiyacını karşılamak düşüncesi yanında kamu menfaatini sağlamak amacı da vardır. Bundan dolayı her türlü idarî işlerde hasbîlik, eşitlik ve süreklilik gibi esaslar gözetilir. Kamu ihtiyacını karşılamak için kurulan özel işletmelerde kamu menfaatini sağlamak amacı yoktur; bilâkis özel menfaat sağlamak hedefi vardır. Bunun için özel işletmelerde hasbîlik, eşitlik ve süreklilik esasları gözetilmez.

Güdülen maksat ve gözetilen esaslardaki farklar da - kamu hukuku

(7) Gaston Jeze, Les principes généraux du Droit Administratif, Paris 1930, C. II, s. 2.

(8) Zanobini'nin âmme hizmeti dediği işlere Jeze "idarî temsilîyet = gestion administratif" denilmesini teklif ediyor.

(9) L. Rolland, Précis de Droit Administratif, Paris 1947, s. 1, 2.

(10) Fritz Fleiner, sözlü geçen eser, s. 198 - 209.

usulünü uygulamak mümkün olsa da olmasa da - idare edenler tarafından halkın müşterek ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan bütün işleri kamu hizmeti olarak kabul etmeği hakkı kılar.

Bundan başka, kamu hukuku usulü uygulanması mümkün olan işlerde mutlaka kamu hukuku usulü uygulanmaz, özel hukuk usulü de uygulanır ve bizde özel hukuk usulünün uygulanması gittikçe artan ve genişleyen bir teamül halini almaktadır. Bayındırlık işleri için memleketimizde idarî sözleşme yapmak hemen imkânsız hale gelmiştir. Bu itibarla Jèze'in teklif ettiği ayrırki Fransada da umumî bir kabule mazhar olmamıştır ve kamu hukuku usulü uygulanması mümkün olmayan idarî işler dahi kamu hizmeti diye anılmaktadır - bizde, dâva halinde, yetkili mahkemenin idare mahkemesi mi, yoksa adâlet mahkemesi mi olacağını tesbit etmeğe bile yaramıyacak bir hale gelmiştir. Uyuşmazlık mahkememizin içtihatları bu hususta umumî bir esas belirtmeğe elverişli bir kıvama ulaşmamıştır.

II

"Hangi çeşit teşkilât kamusaldır?" sorgusunun cevabı - memleketimiz için - büyük bir zorluk arzetmemektedir. Memleketimizde resmî teşkilâta yalnız seçim veya tayin suretiyle yetkili uzuvların getirilmesi esastır. İdarî işlere sözleşme ile memur alınması son derece istisnâî hallerde inhisar etmektedir. Bizde bir valinin veya bir yargıcın değil, bir tapu memurunun dahi sözleşme ile işe alınması mümkün değildir.

Seçim veya tayin yoluyla resmî bir vazifeye başlayan kimsenin, özel hukukta olduğu gibi sözleşmeli durumda olmadığı, böyle kimselerin kanunî durumda buldukları söz götürmez. Bizde devlet memurları, il özel idaresi memurları, belediye memurları, hatta iktisadî devlet teşekkülleri memurları hep kamusal teşkilâta dahil kimseler olarak mütalâa edilmelidir.

Bu kimselerle bağılı buldukları idareler arasındaki münasebetleri düzenleyen kurallar kanunlarla, tüzüklerle belirtilmiştir; her zaman değiştirilebilir. Bu konuda çıkacak ihtilâfları yargılamak idare mahkemelerine düşer. Hizmetlileri memurlardan ayrı tutmak lâzımdır (11).

III

"Hangi taşıth ve taşıtsızlar kamusaldır?" Yani satılamaz, rehin edilemez, haczedilemez, kamulaştırılamaz, zaman aşımına uğramaz, zilyet-

(11) Bu konu hakkında: Süheyp Derbil, İdare Hukuku, Ankara 1950, C. I, s. 297 - 350 de tafsilât vardır.

lik dâvası konusu olamaz sorgusuna kısaca: "Herkesin kullanmasına açık tutulan taşılı ve taşısızlar" cevabını verebiliriz.

Deniz kıyıları, limanlar, kara suları, ırmak yatakları kamulaştırılmaz, satılamaz, rehin edilemez, haczedilemez, zaman aşımına uğramaz. Bunda şüphe yok, hatta bu bakımdan bu gibi taşısızları mal, mülk, emlak veya "âmme emlakı" diye anmak bile yersizdir. Çünkü mülkiyet kaydı altına girmesine imkân olmayan bir nesneye "mülk" demek zihinleri bulandırmaktan başka bir işe yaramaz.

Yollar, meydanlar, parklar, kanallar, rıhtımlar, iskeleler de kamusal mıdır? Şüphe yok ki yol, yol olduğu müddetçe satılamaz; haczedilemez vesaire... Meydanlar, parklar, hatta parklarda kanapeler, dubalar, fenerler de böyledir ve hepsi kamusaldır.

Ancak bu ikinci katagori taşısızlar birincileri gibi tabii değil, sunidir; "tahsis" diyebileceğimiz bir hukuki tasarruf neticesi kamusal olmuşlardır. Yetkili kimseler tarafından tahsisleri kaldırılınca kamusal olmak vasfını kaybederler ve özel hukuk rejimine bağlı birer mal halini alırlar.

Kamu hizmeti yapmak için kullanılan hükümet konakları, resmî daireler, resmî okul veya hastahane binaları, masalar vesaire de haczedilemez. Çünkü kamu hizmetinin düzgün işlemesi lâzımdır. Bunları da kamusal mı saymalı? M. Hauriou ve R. Bonnard gibi bir takım hukukçulara göre "evet!", H. Berthélemy'ye göre "hayır!" L. Rolland gibi bir takım-larına göre "belki!". Bu konu üzerinde hukukçuların tartışmaları şundan ileri gelmektedir: Bu gibi taşısızlar veya taşılılar hakkında ne yollar, meydanlar, deniz kıyıları gibi taşısızların bağlı oldukları kamu hukuku rejimini, ne de özel hukuk rejimini aynen uygulamak kabil değildir.

En doğrusu kamu idareleri tarafından tasarruf edilen ve herkesin kullanmasına açık tutulmadığı gibi kamu hizmeti yapmak için de kullanılan malların özel hukuk rejimine bağlı olduğunu kabul ettikten sonra herkesin istifadesine açık tutulan taşılı ve taşısızlarla kamu hizmeti yapmak için kullanılanların ayrı ayrı kamu hukuku kurallarına bağlanmış bulunduğunu kabul etmektir.

IV

Analizden sonra sentezle neticeye ulaşmak için diyebiliriz ki kamu hizmeti bir iştir; bir işletmedir. Medeniyet âleminde bir iş ancak insan, maddî ve hukukî vasıtaların belirli bir maksatla düzenlenip yöneltmesi ile yapılabilir.

"Kamu hizmeti" dediğimiz işlerde kamuya hizmet maksadı güdüldür.

Kamu hizmeti denilen işler hükümet edenlerin idareleri veya denetleri altında görülür.

Kamu hizmetleri denilen işletmeleri düzenleyen, yürüten veya denetleyen kimselerin hukukî durumları özel işletmeleri düzenleyen, yürüten veya denetleyen kimselerin hukukî durumlarından farklıdır. Birincileri kamu hukuku rejimine, ikincileri özel hukuk rejimine bağlıdır. Birincilerin icraî kararlar almak, kararlarını derhal uygulamak, kamulaştırmak, maddî vasıtalara el koymak, vatandaşları mecburi hizmete tabi tutmak gibi yetkileri vardır. İkincilerde böyle yetkiler yoktur.