

ANAYASA HUKUKUNDA VE İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİ

Prof. Dr. Yıldırım ULER()*

Konuya girmeden bir özürle başlamak istiyorum. Vural SAVAŞ'ı göremiyorum, kendisinden özür dilemek isterim, dün söylediklerine sınırlendiğimi söyledim. Aynı yaştayız, aynı yıllarda mezun olmuşuz nasıl bu denli farklı olabiliyoruz. Liberal olmakla açıklanabilecek bir farklılık mı? Benim duyarlı olduğum nokta söylenenlerin kimin işine yaradığı Kendisinden özür dilemek isterim ama Amerikalı Buchanan'ı Türkiye'de tekrarladığınız zaman bu kimin işine yarar?

Eğer bir benzetme, bir karşılaştırma yapılmak gerekli olursa sanırım öncelikle kendi yakın geçmişimizi anımsamamız gereklidir. Yazık ki ve sanıyorum ki, Osmanlı'nın son dönemleriyle bu gün arasında büyük benzerlikler var ve Osmanlı çok da eski bir geçmiş değil.

Kamu hizmeti, kamu hukukunun temel kavramlarından. Bu kavramın belirlenmesi çok güç bir kavram olduğu söylenir. Bu yönde çok beğenilen ve alıntı yapılan bir Fransız yazar "hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama bunu kendisine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır." diyor. Çarpıcı bir deyiş ama doğru mu?

Yargı daima kamu hizmeti tanımını yapar. Önündeki somut olayda yapar. Yargının nelere kamu hizmeti dediği önemlidir. Bu trendin çizilmesi ilginç ve gerekli bir çalışma konusudur. Doktrin de tanım yapabilir, yapmıştır da. Rahmetli Sıddık Sami ONAR'ın, Tahsin Bekir BALTA'nın yaptıkları tanımlar bence bugün de geçerliliklerini korumaktadırlar.

Çağdaşlık adına, değişik açıdan yapılan yeni tanımlamalar doğru olmayabiliyor. Örneğin, "iktisadi yaklaşım" diye yola çıkıp kamu hizmetine sosyal mal der iseniz bu yanlış bir nitelendirme olur. Çünkü kamu hizmeti bir mal değildir, hatta kamu hizmeti toplumdur, devlettir diyebiliriz. Dostum Prof. Dr. Pertev BİLGİN'in de gösterdiği gibi Anayasa'da kamu hizmeti terimi ya yönetimin görevleri (madde 128, 127/4, 126/1, 126/3)

(*) A.Ü. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi.

ya da yasama, yürütme ve yargıyı da içerecek biçimde devlet örgütü (madde 146/2, 70, 71, 121/2, 137/1) anlamında kullanılıyor. Böylece devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri Anayasa'ya göre kamu hizmetidir. Bunun yanında, Anayasa'nın 47 nci maddesinde "kamu hizmeti niteliği taşıyan..." denilmiş olması kanımca kamu hizmetlerinin belirlenmesinde niteliğin önemli olduğunu ve kanun koyucunun bu konuda sınırsız bir taktir yetkisinin olamayacağını göstermektedir.

Kamu hizmeti devletin varlık sebebidir. Bu kamu hukuku açısından böyledir. Çağdaş kamu hukukunda devlet, tek amacı vatandaşa hizmet olan bir örgüttür. Başka bir amacı olamaz.

Siyasal bilim açısından bakarsak -ki bu konuda ciddi ve ayrıntılı çalışmayı yapan Prof. Dr. Cem EROĞUL'un ayrımlarından yararlanarak- devletin baskı işlevini, baskıcı işlevini görebiliriz. Örneğin ülkemizde korkunç bir gelir dağılımı adaletsizliği var. İşte devlet burada düzenin bozulmamasını, disiplini sağlar. Yani bir baskı kurar. Bu devletin baskıcı işlevidir.

İkinci olarak devlet kendi çıkarına da hizmet edebilir. Politikacılar, bürokratlar...

Ama üçüncü işlev devletin herkese hizmet etme işlevidir. Devlet toplumun örgütlenmesi olduğu için herkese hizmet eder.

Önce saydığım iki işlev yani baskı işlevi, baskı kurma işlevi ve kendi çıkarına hizmet işlevi meşru sayılamaz. Yani kimse ben baskı kurarım devlet benim sınıfımın baskı aracıdır diyemez. Sorun politikacılar, bürokratlara onlar da kesinlikle devleti kendi çıkarlarına kullandıklarını kabullenmezler. Demek ki, o iki işlev meşru değil. Ama üçüncü işlev yani kamuya hizmet tek meşru işlevdir yani devletin meşru olarak yapabileceği şey ve amacı kamuya hizmettir.

Bugün kullandığımız kavramların çoğunluğu 19 uncu yüzyılda gelişmiş ve bugünkü biçimine 20 nci yüzyılın başlarında ulaşmış. Kamu hizmeti kavramı da idare hukukunun alanını çizmek için adli ve idari yargı ayırımını yapabilmek için kullanılmış bir kavram. Öndan önce hakimiyet-temşiyet- ayırımı var. Kamu hizmeti yeni bir kavram olarak bu alanları genişletmiş. Ancak kavramlara taşıyabileceklerinden fazla yük yüklenmiş olduğundan ve baştan saptanan bazı öğeler netliğini kaybettiğinden artan yük kamu hizmeti kavramında da kriz olarak algılanmıştır. Gerçekte kamu hizmeti kavramı önemini ve değerini korumuştur. Yani sözü edilen kriz gerçek bir kriz sayılmaz. Bugün yaşanan ikinci kriz gerçek bir krizdir çünkü şimdi hem kamu hizmeti fikrine hem de kamu hizmetlerine bir saldırı var.

Kamu hizmetinin belirsiz kavram olduğu doğru değildir. Belirsiz kavram nitelendirmesi rahmetli hocam Tahsin Bekir BALTA'ya aittir, ama sanırım haksız olarak yanlış anlaşılmaktadır. Her durumda objektif olarak nitelenme gereğini belirtiyordu hoca. Kamu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırırsınız.

Kamu hizmetinin ne zaman ortaya çıktığı da ilginç. Kamu hizmeti ulus devletle birlikte ortaya çıkmıştır. Çünkü ulus devlet öncesinde şah, padişah, krala hizmet edilir, kamuya hizmet bir amaç değil. Bunların kulları, memurları, kamuya değil, kralına, şahına, yahut padişahına hizmet eder. Kamuya hizmetin ortaya çıkması için vatandaşın oluşması lazım. Vatandaş olmadan kamu hizmeti olmaz. Yeri gelmişken hemen söyleyeyim -bu çok önemli- vatandaş kaldırıp yerine müşteriye koyarsanız yine kamu hizmeti olmaz.

Biz cumhuriyetle ulus devlet olduk. Cumhuriyet Osmanlı'dan köklü bir devlet geleneği aldı ama kamu hizmeti geleneği almadı. Yani kamu hizmeti geleneği Osmanlı'da yoktu. Kullara hizmet edilmez, kul hizmet eder. Ancak sanıyorum vatandaşlık cumhuriyet öncesinde Osmanlı'nın son dönemlerinde oluşmaya başlamıştır. Osmanlı'nın son dönemlerinde öyle kuşaklar yetişmiş ki, bunlar Padişah'a hizmet için değil ama kendi benimsedikleri devlete hizmet için herşeylerini verecek kişilerdi. Sık sık kâr güdüsüyle kişisel girişim birbirine karıştırılır. Eğer insan yalnız kâr amacıyla yaratıcı olsa, yalnız kâr için çalışsa mesela bir Mustafa Kemal çıkmazdı. Kişisel girişimin kârla ilgisi yoktur. Kâr da bir dürtü olabilir ama kişisel yaratıcılık kâr olmadan da vardır. Demek ki, Osmanlı'nın son dönemlerinde yetişen kuşaklar -tabii bunlar arasında yabancı devletlere yamanmış Osmanlı Paşaları da var- devleti kurtarmaya çalışıyorlardı. Bu vatandaşlığın oluşması demektir. Osmanlı'yı kurtaramadılar ama bu kadro Cumhuriyeti kurdu. Cumhuriyet kurulduktan sonra bu kadro kendini hizmete adadı. Zaten kamu hizmetleri için birilerinin kâr amacı olmaksızın kendini hizmete adaması da gerekli. Aradan geçen süre içinde Türkiye Cumhuriyeti'nde bir kamu hizmeti geleneğinin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Bugün hem ulus devlete hem de kamu hizmetlerine uluslararası bir saldırı var. Bu Yeni Dünya Düzeni'nin saldırısı. Ulus devlet toplumu koruyabilecek en etkili örgütlenme. Uluslararası sermaye için bir engel olarak görülüyor. Kamu hizmeti düşüncesine ve mevcut kamu hizmetlerine saldırı var. Bir kısım kamu hizmetleri kâr getirebilecek kaynaklar olarak görülüyor, diğer bir kısmı ise yük olarak algılanmaya başlandı. Kâr getiren hizmetler varsa bunların kamuda kalması, kârın kamuda kalması demek. Bu kabul edilmiyor. Kârın özel kişiye geçmesi amaçlanıyor. Saldırıların nedenleri çeşitli.

Kamu hizmetinin yürütülme biçimlerinden de söz edelim.

En makul yol kamunun kendi hizmetini kendi yapmasıdır. Çünkü sahibi odur. Kamudur, yönetimdir, hizmeti kendisi yapar. Bu durumda dışarıya kâr payı bırakılmaz. Kâr payı bırakılmadığı için bu yöntem kötüleniyor.

İkinci yol izin-ruhsat yoludur. Bu yol da beğenilmiyor. Çünkü güvenceli değildir. İzin ve ruhsat niteliğindeki işlemler verildiği gibi kaldırılabilir, güvencesi yoktur.

Üçüncü yol sözleşme yoludur. Zaman içinde denenmiş Osmanlı'nın da bildiği ve kullandığı imtiyaz sözleşmesine bugün yeni bir şeymiş gibi yap-işlet-devret formülü adı takıldı.

Bir de yap-işlet senin olsun yöntemi geliştirildi. Bu bir satıştır. Halbuki kamu hizmetleri satılamaz, olsa olsa imtiyaza verilir, İmtiyaza verildiği zaman, yap-işlet-devret ile verildiği zaman, hizmetin denetim ve sorumluluğu devlette kalır çünkü bu biçimde yönetsel sözleşme söz konusudur, Danıştay'ın ön denetimi ve idari yargının denetimi vardır. Bu denetimler de istenmiyor. Bir de yönetsel sözleşmelerde tahkim olmaz. Burada da kıyametler kopuyor. Neden tahkim olmaz diye? Tahkim olmaz. Örneğin devlet bir köprü bir baraj yapacaktır ise bu bir istisna akdi biçimdir, geçicidir yapan bitirir ve ilişki sona erer. O zaman mesele yok. Ama sürekli bir hizmette, hizmet devam ediyor ise, burada tahkim mümkün değil, çünkü bu bir kamu ilişkisidir, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim olmaz.

Amerikan Ticaret Bakanı geldi Anayasanızı değiştirin diye akıl verdi, geçenlerde Amerikan Elçisi Adana'da bir yerde konuşmuş o da Anayasa'yı mutlaka değiştirmeniz lazım diyor. Başka bir kanaldan da yaklaşıyorlar. OECD ülkeleri bir Uluslararası Çok Uluslu Şirketler, Haklar Beyannamesi hazırlıyor. MAI deniyor. Bir çok taraflı yatırım anlaşması, bizimkileri de imzaya davet ediyorlar. Bunu Türk Harp-İş Sendikası inceleyerek özet olarak bastırılmış. Bu anlaşmadan ne sonuçlar çıkacak araştırmış. Siyasal partilerin işverenlerin böyle bir hassasiyeti gözüküyor. Ulusallığı savunmak, işçilere düşmüş. Çünkü gazetelerde vardı. Bizim Dışişleri tahkim konusunda ne yapıyorsunuz ne yapacaksınız diye sorulduğu zaman biz onu çoktan yaptık diye yanıtıyor. İkili anlaşmalara tahkim şartlarını koyduk bir yenilik yok diyorlar.

Dahiyane buluşlar var. Dahiyane sayılan buluşlar var. Bunlardan bir tanesi yap-işlet-devlet cebinden beş para çıkmadan yalnızca ihalecilik yöntemiyle bir takım işler yapmış sayılıyorsun. Belki komisyon da veriyorlar.

İkinci dahiyeni buluş uluslararası anlaşmalar. Usulüne uygun yürürlüğe sokulduğu zaman Anayasa'ya aykırılığı iddia bile edilemiyor.

Üçüncü dahiyane buluş uluslararası tahkim. Kendi kamu hizmetlerimizin denetimini uluslararası hakemlere emanet etmek demek. İki tüccar arasında tahkim olabilir. Ama uluslararası hakemlerin davranışını görmek için örneğin bakın petrol meselesinde uluslararası hakemler zavallı Libya'ya neler yapmışlar. Bu bir örnek.

Tabii Dışişlerinin söylediği doğru. Bir takım ikili anlaşmalara tahkim şartı konuldu ancak, belki Dışişlerinin görmek istemediği ya da gözden kaçırdığı bir şey var. Böyle bir anlaşma Türkiye'de geçerli olamaz. Uluslararası hakeme gidemezsiniz. Gitseniz bile vereceği kararlar uygulanamaz. Çünkü bu kararlar yani kamu hizmetlerimizle ilgili konularda verilecek kararlar bizim kamu düzenimize aykırıdır. Bizim kamu yargımızı idari yargıyı yok saymak bertaraf etmek anlamına gelir. Bu, Suudi'lerle oturup Türkiye'ye şeriatı getireceğim biçiminde bir anlaşma imzalayıp Meclis'den geçirmeye-Anayasa'ya aykırılığı iddia edilememe dolayısıyla-benzer. Ama, Türkiye'de bunun uygulanması olanaksızdır. Çünkü kamu düzenimizi, yapımızı yok saymak demektir. Yani idari rejimi, idare mahkemelerini, Danıştay'ı yok sayarak kamu hizmetlerini uluslararası hakemlere, çok uluslu şirketler etkilerine teslim edemeyiz. Teşekkür ederim.