

Batıl hemîşe batıl ü bîhudedir veli;
Müşkül odur ki suret-i haktan zuhur eder!

Nabî

Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler

Dr. Sedat ÇAL

Özet: İdare hukukunun kurucu kavramları arasında en başta geleni olmasına karşın, kamu hizmeti üzerindeki tartışmalar sonuçlanmış değildir. Kavram, belirsizliğini halen korumaya devam etmektedir. Kavramın hangi unsurlardan oluştuğu, niteliklerinin neler olduğu, kavramı oluşturan nedenler ile sonuçlarının karıştırılabilmesi, felsefi veya tarihi arka planında yatan gerçeklikler, vb. gibi hususlar daha uzun süre dikkatleri çekecek görünmektedir. Çalışmada, kamu hizmeti kavramının kimi yönleri itibariyle irdelenmesi ve farklı bakış açısıyla yeni bir değerlendirmeye gidilmesi öngörülmektedir. Rekabet ve tekel gibi unsurlar üzerinden iktisadi bir yaklaşımla konunun ele alınması, egemen düşünce olmaktadır. Dolayısıyla, iktisadi yaklaşımdan, kurgulamaya çalıştığımız bu yeni yöntemin önemli unsurlarından biri olarak çalışmada yararlanılmıştır. Böylece, değinilen hususların hukuk öğretisinde gözden geçirilmesini teşvik suretiyle, kamu hizmeti kavramının daha sağlam bir hukuksal zemine oturtulabilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Kolluk Faaliyeti, İçerik Denetimi, Demokrasi, Rekabet ve Tekel.

Some Thoughts on the Public Service Concept

Sedat ÇAL, Ph.d.

Abstract: Albeit it constitutes the foremost important pillar constructing administrative law, discussions on the public service concept have not yet come to an end. It still remains to be obscure. Moreover, it is destined to stay as such in the foreseeable future, especially regarding what features it is comprised of, which areas it covers, what lies in its philosophical or historical background, or the confusion over

mixing its reasons with the results, etc.. This paper envisages to analyse certain aspects of the concept and to revisit the current understanding that prevails in the literature by employing a different viewpoint. The main approach is to evaluate the concept from an economics perspective, by way of utilizing such prime economic concepts as competition and monopoly. Therefore, the new method which the paper attempts to establish has benefited much from this economics perspective as one of its basic tools. The final aim is to help ensure that a more justified legal base be constructed regarding the public service concept, by encouraging the literature review those issues discussed in this paper.

Key Words: Public Service, Police Activity, “*Intrinsèque*” Control, Democracy, Competition and Monopoly.

Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler

İçindekiler

<i>Kısaltmalar</i>	4
1. Giriş.....	5
2. Kamu Hizmeti	10
2.1. Kavram ve Tanım	10
2.2. “Virtüel” Kamu Hizmeti Anlayışı	24
3. Kamu Hizmeti ve Faaliyetin Niteliği Sorunu	27
4. Kamu Hizmeti ve İçerik Denetimi	40
4.1. İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme	42
4.2. İçerik Denetimi Ayrımının Temelsizliği.....	51
4.3. İzin/Ruhsat Ayrımı ile “Üçüncü Tür İzin” Yaklaşımı.....	64
5. Kamu Hizmeti ve Demokrasi	67
6. Kamu Hizmeti ve Tekel.....	76
7. Kamu Hizmeti ve Gelir Sağlama Yasağı.....	84
8. Nihai Değerlendirme.....	90
9. Kaynakça	92

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DÜSBE	: Diyarbakır Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
E.	: Esas
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IFC	: International Financial Corporation
İbid	: Aynı yerde
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KİT	: Kamu İktisadi Teşekkülü
M.	: madde
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Op. cit.	: Aynı kaynak
RG	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kurumu
Sy.	: Sayı
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TİD	: Türk İdare Dergisi
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
Vb.	: Ve bunun
Vd.	: ve devamı

“*Segui il tuo corso, e lascia dir le genti*”¹

Kamu Hizmeti Kavramı Üzerinde Kimi Düşünceler

Dr. Sedat ÇAL²

1. Giriş

Kamu hizmeti, öteden beri idare hukukunun en tartışmalı kavramı olagelmıştır. Kavramın önemi, idare hukukunun kapsama alanını belirleyici olmasından ileri geldiği gibi, toplumsal yapı içerisinde imtiyaz sözleşmeleri gibi başka tartışmalı ve toplumsal yaşamda fevkalade önemli diğer kavramları tayin edici biçimde kullanılmasından da kaynaklanmaktadır. Sözgelimi, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklardan hangisinin idari yargının görev alanına girdiğini belirlemede kullanılan en önemli ölçüt, uyuşmazlık konusunun bir kamu hizmeti faaliyeti olup olmadığı üzerinden gerçekleştirilmektedir.³ Yine, öğretiden bir görüşe göre, “tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir.”⁴ Hatta, kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun da ötesinde, giderek kamu hukukunun temel kavramı olarak da algılanabilmektedir.⁵

¹ “*Sen yolunda yürü ve bırak ne ne derlerse desinler!*” Dante, *İlâhi Komedya*, “Araf”, 5. Şarkı (bkz. Marks, Karl; Kapital – Kapitalist Üretim Eleştirel Bir Tahlili, (Çev. Alaattin Bilgi), C. 1, Eriş Yayınları, 2003, s. 19).

² Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. Eleştiri ve yorumlar için: cal@encharter.org veya sedatcal@gmail.com.

³ Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 12.

⁴ Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 95, 184.

⁵ Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, 1954, s. 76.

Buna karşın, kavramın tanımında ve kapsamının belirlenmesine yönelik olarak gerek öğretideki görüşlerde ve gerek yargı kararlarında ele alınan unsurlar itibariyle, yeniden bir değerlendirmeye gidilmesine gereksinim bulunduğu kanısını taşımamız, bu çalışmanın yapılması açısından harekete geçirici temel etken olmuştur. Hemen belirtmek gerekirse, kamu hizmeti kavramının gereği gibi bir irdelenmesini yapabilmek için, ciltler dolduracak bir araştırmaya gereksinim duyulacağı açıktır.

Bu nedenle, vurgulamak gerekirse, bu çalışmada kavramın sadece kimi yönleriyle ve bir makale hacminin sınırları dikkate alınarak ele alınması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetinin kurulması, kamu hizmetine yönelik faaliyetlerden doğan uyumsuzlukların çözüm yeri gibi, kavramın içerdiği veya bağlantılı olduğu veçhile irdelenmesi gerekli olan pek çok husus, kapsam dahilinde yer almamaktadır.

Değindiğimiz üzere, kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, idare hukukçularının öteden beri üzerinde mutabakat sağlayamadıkları belli başlı konulardan birisi, belki de en önde gelenidir. Yalnız idare hukukunun değil, bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biri “kamu hizmeti” kavramıdır.⁶

Yargıda da aynı görüşe değinilerek “... kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır”⁷ denilmektedir. Bu durum, aslında doğal karşılanmak gerekir. Zira, kamu hizmeti zaman içerisinde değişen, yaşamsal önemde günceli etkilemesine karşın, “belli belirsiz” sınırları hemen daima “sisler içinde” kalan bir kavram olagelmıştır.

⁶ Derbil, Süheyp; Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFİM, C. VII, Sy. 3-4, 1950, s. 28.

⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

Nitekim, idare hukuku yazınında sıklıkla yer verilen ünlü ifadesinde Truchet, kimsenin kamu hizmeti için tartışmasız bir tanım veremediğini, yasa koyucunun bunu dert edinmediğini, yargıçların değerlendirme serbestliklerini kaybetmemek için tanımlamak istemediğini, öğretinin ise başaramadığını savunmaktaydı.⁸ Aradan yirmi yılı aşkın bir süre geçmesine karşın, bu ifadenin geçerliğini halen korumakta olduğu da söylenebilir.

Diğer yandan, kamu hizmeti sadece hukukun ve özellikle de idare hukukunun “kurucu unsur”⁹ niteliğini taşıyan kritik önemdeki bir konusu olmakla kalmamakta, diğer disiplinlerde de belirleyici niteliğini göstermek suretiyle önemli bir alanı işgal etmektedir. Bu bağlamda, kamu hizmeti “devletin görevleri/işlevi” anlamında siyaset biliminin, “kamu kesimi” ve “kamu malı” şeklindeki ayırım üzerinden de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarının inceleme konusunu oluşturmaktadır.¹⁰ Nihayet, belirtmek gerekirse, kamu hizmeti kavramına yaklaşımda felsefi, ideolojik¹¹ veya siyasi bakış açılarıyla yaklaşıldığında, çok

⁸ Didier Truchet, *Label de Service Public et Status de Service Public*, AJDA, 1982, s. 428’den aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., 9 no.lu dipnot, s. 6; Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut; *İdare Hukuku*, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 1998, s. 433.

⁹ Gülan, Aydın; *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İÜHF, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 102.

¹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

¹¹ Hırş’e göre, ideoloji kelimesindeki “*ide*” ile normal olarak felsefe sahasında kullanılan “*ide*” kavramı arasında pek çok fark vardır. “Bilimsel” *ideler*, bilimsel olarak oluşturulmuş bulunan bilimsel varsayımlardır. Oysa ideolojilerdeki “*ide*”ler, bilimsel olmayan düşüncelerdir. Ne var ki, bilimsel olmayan bu “*ide*”lerin, bilimsel kisveleri bulunur (bkz. Hırş, Ernst E.; *Hatıralarım*, BTHAE, Ankara, 1985, s. 397; keza, aynı ifadeleri etraflıca, vurgulu biçimde aktaran çalışması için de bkz. Topçuoğlu, Hamide; *Aziz Hocamız Hırş*, içinde Prof. Dr. Ernst E. Hırş’e Armağan, AÜHF Yayını, Ankara, 1964, s. XLII). Giderek, “boş ve soyut düşüncelerin münakaşasına sa ideoloji denildiği vakidir (İbrahim Alaeddin Gövsa (Resimli Yeni Lügat ve Ansiklopedi, C. 3, s. 1200)’dan aktaran: Güriz, Adnan; *İdeoloji Kavramı Üzerine*, içinde Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yayını, 1995, s. 1); hatta, “... (bireyin ruhsal dünyasına anlam katma şeklinde cereyan eden “aslı” işlevine göre ikincil planda kalsa da), ideolojide çıkar

farklı bir resim tahayyül edilebilmesi de mümkün olmaktadır.

Çalışmamızda münhasıran idare hukuku anlamında kamu hizmeti kavramına yönelik irdelemeye gidilmesi yaklaşımı egemen olmakla birlikte, bu kavramın özellikle ekonomi ve finans içerikli yaklaşımlardan berkitilen kimi yönlerine dikkat çekilmek suretiyle daha yetkin bir analize varılabileceği anlayışı da gözden ırak tutulmamaktadır. Zira açıktır ki, “(e)n yaratıcı sezgiler, disiplinler arası işbirliğinden beslenir.”¹²

Öte yandan, özellikle iktisadi boyutu olan konularda hukuk ile diğer alanların örtüşmesi, “... çok yönlü bir bakış ve kavrayışı gerektirmektedir.”¹³ Bu bağlamda, “... bugüne kadar yanlış bir kavrayışla gelişmiş bulunan sınırlandırıcı ve (giderek) körleştirici hukuk yaklaşımının sınırlarını zorlamaya çalışmak bir zorunluluktur” ve dolayısıyla bu anlamda “... disiplinler arası bir gezintiye çıkmak zorun(luluğu vardır).”¹⁴

Nitekim, öğretilen bir görüşte;

“(e)konomi politiğın biçimlendiği 18. yüzyıldan ayrı bir bilim dalı olarak kendini kabul ettirdiği 20. yüzyıl başlarına kadar, iktisat bilimi(nin) çoğu ülkede hukuk fakültelerinin bünyesinde yer al(mış olmasına karşın) ... günümüzde

faktörü de vardır. İdeoloji sayesinde maddi menfaat sağlayacağını düşünenler ideolojinin yandaşı olabilirler” (bkz. İbid., s. 6). “İdeolojilerin çıkarların savunulmasının aracısı olabildiği de söylenebilir” diyen Güriz, devamla ilgi çekici bir tesbite de yer veriyor: “Ancak çıkar kavramının özünde belirsiz olduğu ve bazan insanların kendi sosyal konumlarına ters düşen ideolojileri de benimseyebildikleri görülmektedir” (İbid., s. 8).

¹² Punam Keller’dan aktaran: Murray, Sarrah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006, s. 7.

¹³ Tan, Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975, s. 49.

¹⁴ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

*hukukçuların, doktrinin dar ve katı kalıplarını terk etmeyi göze alarak, hukukun hayata geçirilmesinde devreye giren hukuk alanı dışındaki etmenleri daha fazla dikkate aldığı, en azından gelişmiş ülkelerin bazılarında bunun böyle olduğu*¹⁵

ileri sürülmektedir.

Bununla beraber, hukukun diğer alanlarında belki yerinde görülebilecek bu değerlendirmenin, idare hukuku alanında pek de geçerli olmadığı söylenebilir. Zira, “(k)amu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır.”¹⁶

İşte, bu düşüncelerden hareketle, çalışmamızda kamu hizmeti kavramına yönelik kimi değerlendirmelere giderken, analitik bir yaklaşımla hareket edilmesi gereğini ön planda tutmaya gayret ettiğimizi vurgulamak isteriz. Zira, Onar’ın ifadesiyle;

*“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”*¹⁷

Şu halde, kamu hizmeti kavramının hukukumuzda ortaya çıkış biçimlerini, hangi hukuksal kurumların oluşumunda yararlandığını, geçmişten bu yana ülkemizde ve kaynak Fransız hukukundaki uygulanış biçimleri ile gerekçelerini, hangi ihtiyaçları karşılamak üzere kullanıldığını, özetle, hangi “çıkarlar dengesi” içerisinde kurgulandığını araştırmaksızın, dar veya geniş bir kapsam tayin etmek

¹⁵ İnel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birkimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).

¹⁶ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

¹⁷ Bkz. Onar, Siddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. XII.

yanlış olacaktır. Öğretiden bir görüşle ifade edersek, “(h)ıç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir.”¹⁸

Kuşkusuz, Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incesi” ve “hukukçunun en cılız yeri” olsa da, “tehlikesi ne olursa olsun” eleştiri yapılmalıdır, zira, “tenkit ederken yanlışlık yapılsa bile bunda kazanç vardır. Çünkü, başka bir hukukçu böyle bir tenkit yanlışlığını düzeltirken gerçekliğe, yani topluluğun doğru buluşma ve ihtiyaçlarına uygun bir düşünüşe daha çok yaklaşabilir”¹⁹ Bu itibarla, çalışmada ileri sürdüğümüz görüşlerin, konunun ne denli tartışmalı bir kavramı içerdiği de dikkate alınınca, yanılma payının yüksek olması kaçınılmazdır. Ne var ki, bu hataların daha doğruya evrilmeyi tetikleyecek karşı görüşleri cezbedileceği umulur, giderek dileğimizdir.

2. Kamu Hizmeti

2.1. Kavram ve Tanım

Kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olmaktan başka, bu hukuk dalını açıklamakta kullanılan başlıca temel kurucu unsur olarak²⁰ da değerlendirilmektedir. İdare hukukunun ülkemizdeki kurucusu Sıddık Sami Onar’ın başyapıt olarak kabul edilen İdare Hukukunun Umumî Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, kanımızca bu durumu açıklamaya yeterli olacaktır. Onar’a göre, kamu hizmeti ve idarî rejim (ile bunlara ilaveten kamu yararı²¹) kavramları, idare hukukunun konusunu

¹⁸ Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. 8.

¹⁹ Bkz. İbid., s. VI.

²⁰ Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 184.

²¹ Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı

oluşturur.²² Jeze ve Duguit'nin kurucusu olduğu "kamu hizmeti öğretisi"nde de, idare hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür.²³

Bununla beraber, kamu hizmetinin, öğeleri arasında bulunan bütünlüğü ve birliği yitirdiğinden, artık ne İdare Hukukunun tümünü kapsayan genel ve temel bir kavram ve keza ne idari yargının görev alanını tek başına belirleyen bir ölçüt olduğu da savunulmakta; dolayısıyla, bir idari faaliyetin hukuki rejimini ve görevli yargı merciini tayin etmediği, esas itibariyle yetkili ve görevlilere yön verdiği ve doğrudan gösterdiği de ileri sürülmektedir.²⁴

Kamu hizmetinin tanımı ve niteliği hakkında değişik yaklaşım ve görüşlere yer verildiğine değinmiştik. Öğretide –her ne kadar "kamu hizmeti"nin belirli ve şaşmaz bir ölçütü bulunmasa da-²⁵ kamu hizmetinin tanımlanmasına yönelik kimi ölçütlerden yararlanılarak sözkonusu belirsizliğin giderilmesine çalışıldığı gözlenmektedir.

Kamu hizmeti kuramının ülkemizdeki kurucusu olan Onar, kamu hizmetinin geniş anlamda "Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kollektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler"²⁶ ve dar anlamıyla da "kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler"²⁷ şeklinde tanımlandığına değinmekte ve fakat kamu hizmeti kavramının vazıh, açık

Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988, s. 11-22.

²² Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 13.

²³ Bkz. Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 474, 475.

²⁴ Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 311, 312.

²⁵ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 308.

²⁶ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 13.

²⁷ İbid., s. 36.

olmadığını da hemen akabinde ilave etme ihtiyacını duymaktadır.²⁸

Bir diğer tanıma göre ise, kamu hizmeti;

*“kamu tüzelkişileri ya da bunların denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel girişim tarafından yürütülen etkinliklerdir.”*²⁹

Yine, öğretilen bir başka tanıma göre;

*“Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.”*³⁰

Bir diğer tanımda da;

*“Kamu Hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir.”*³¹

Kamu hizmeti kavramındaki en önemli ögenin yönetim biçimi olmayıp, amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliği olduğu görüşünden hareket eden Duran ise, kamu hizmetini şöyle tanımlamaktadır:

“Kamu hizmetleri, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerininin toplumun,

²⁸ İbid., s. 14.

²⁹ Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 847.

³⁰ Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 148.

³¹ Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 219.

halkın veya umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetlerdir.”³²

Daha yakın zamanlarda yapılan bir başka tanıma göre de;

“Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.”³³

Yine yakın zamanlardan bir tanım ise, şöyledir;

“(k)endine özgü bir hukuksal rejim içinde idare veya onun sorumluluğunda özel hukuk kişilerince yürütülmesiyle kamu yararı elde edileceği yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler kamu hizmetleridir.”³⁴

Bu son iki tanımda, subjektif görüşün egemen olduğu görülmektedir. Bunlardan ilkinde öngörülen “ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimi” ölçütünün yerinde olmadığı görüşündeyiz. Ayrıcalıklar veya yükümlülükler, kanımızca bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde dikkate alınamamak gerektir. Zira, özel faaliyetler bu yönde bir algılamaya maruz kalmaksızın da, teşvik ve benzeri ayrıcalıklara veya kimi yükümlülüklerle tâbi kılınabilmektedir. Kaldı ki, özel sektör tarafından –sözgelimi- henüz denenmemiş bir faaliyet alanında çekingen davranılması nedeniyle girişilemeyen bir hizmetin, devlet eliyle bir örnek teşkil etmek üzere kurulabilmesi pekala sözkonusu olabilir. Böylesi bir durumda, idarenin özel girişimciler için sözkonusu olamayacak bir ayrıcalık içinde bulunması

³² Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 307.

³³ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 13.

³⁴ Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 235.

mutlaka gerekli değildir.³⁵.

İkincisinde ise, yasama organının neye göre kamu hizmeti kılmak üzere bir belirlemeye gideceği hususunun belirsizliğini koruduğu söylenebilir. Bu görüşte, “*yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler*” ibaresiyle yasamanın yanı sıra yürütmenin ve yargının da –yerine göre- hukuk yaratabilen organ olarak kastedilmiş bulunduğu yorumuna gidilebileceği öngörülebilir. Ne var ki, gerek yürütme anlamında belirleyiciliğin –yasama-yürütme bağlamındaki uygulamada gözlenen özdeşlik itibariyle- farklılık yaratmaması ve gerek yargısal hukuk yaratmanın sadece yasamanın getirdiği düzenlemelerde doğabilecek boşluk alanlarında sözkonusu olabilen talî ve sınırlı kapsamı dikkate alındığında, bahse konu olası yorumun vardığımız hükmün geçerliğini etkilemeyeceği söylenebilir. Özetle, Onar’ın da değindiği üzere³⁶, burada sebep-sonuç ilişkisinin birbiri içine girdiği savlanabilir: Kamu hizmeti olduğu için mi ayrı hukuksal rejime girilmektedir, yoksa, ayrı hukuksal rejim görüldüğünden mi kamu hizmeti olmaktadır?

³⁵ Nitekim, bilindiği üzere özel sektör tarafından riskli görülen kimi faaliyet alanlarında “risk sermayesi” adı altında özel sektörü teşvik edici faaliyetlere girişilebilmektedir. Bunlara bir örnek olarak, Dünya Bankası grubu içerisinde yer alan IFC (“*International Financial Corporation*”)’nin risk sermayesi sağlayarak özel girişimlere ortak olması, girişim bir defa rayına girdikten ve ticari başarıya ulaştıktan sonra ortaklık payını devrederek, yeni risk girişimlerinde teşvik edici rolünü sürdürme gibi bir siyaset izlediği bilinmektedir (bkz. www.ifc.org). Devletin de, aynı şekilde, özel kişilerin risk gördüğü için üstlenmediği faaliyetleri örnek teşkil edecek şekilde yürütmesi ve bilahare ortaya çıkabilecek özel girişimciler dolayısıyla faaliyeti üstlenmekten çekilmesi de bu bağlamda düşünülmelidir. Bu tür bir uygulamada, devletin kamusal alanda gerçekleştirdiği ilk dönem itibariyle, özel girişimcilere kıyasla ayrıcalıklı bir durumundan bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir.

³⁶ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 30. Yazara göre, “acaba idarenin bir faaliyeti âmmе hizmeti olduğu için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âmmе hizmetidir?” sorusu sorulmalıdır; zira, özel hukuka tâbi olmakla beraber, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır (bkz. İbid.).

Özay'a göre ise, kamu hizmetleri kısaca şu üç ögeden oluşmaktadır:

“1. Ortak, genel yani kollektif ve karşılanmamış³⁷ bir gereksinimin bulunması;

2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve

3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”³⁸

Kamu hizmetini en geniş şekliyle tanımlayan³⁹ bu görüş, organik unsuru zorunlu kabul etmeyerek idare tüzel kişiliğinin dışında kalan kamu hizmetlerini idare hukukuna bağlı kılması bakımından “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda “faaliyetin kamusal usûllerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir.”⁴¹ Böylece, kamu iktisadi teşebbüslerince özel hukuk kurallarına göre yerine getirilen⁴² ve hatta özel sektör

³⁷ Toplumda halihazırda özel sektör eliyle yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin bu gereksinimi karşılamakta olması da muhtemeldir; bu itibarla, “karşılanmamış” ibaresiyle sadece halen böyle bir tatmin durumunun sözkonusu olmadığı hallerin kastedildiği ve dolayısıyla “karşılanmakta” olan hizmetlerin de kapsam dahilinde bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bu anlayış, Anayasa'nın 47. maddesinde yer verilen “özel teşebbüs tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri” ifadesiyle de uyumludur.

³⁸ Özay, İl Han; Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

³⁹ İbid..

⁴⁰ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 47.

⁴¹ Özay, Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, op. cit., s. 295.

⁴² İbid..

tarafından yürütülen kimi hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim, Onar'a göre de;

“hususî hukuktakinden ayrı bir usûl ile görülmesini âmme hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmme hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınaî ve iktisadî âmme hizmetleri(nin) bu mahiyetlerini inkâr (anlamına gelecektir)... (Bu itibarla) “âmme hukukuna mahsus usuller ve üstün salâhiyetlerle görülmesi ... âmme hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmme hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmme hizmetine mahsus olan bir vasıf (olmakla) beraber ... ayrılmaz bir unsur ve zarurî bir vasıf (değildir).”⁴³

Bununla birlikte, öğretide yukarıdaki paragraflarda yer verilen düşüncelerin aksi yönünde yaklaşımlara da –kuşkusuz- tesadüf edilmektedir. Bu meyandaki bir görüşe göre “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.”⁴⁴ Bize göre, “üstün yetkiler” kavramı üzerinden kamu hizmetinin belirlenmesinde ciddi sorunlar bulunduğu ve giderek uygun bir ölçüt olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, var olduğu savlanan üstün yetkilerin, kamu hizmeti olarak algılanmadığı gözlenen pek çok özel faaliyet alanı bakımından da sözkonusu olduğu açıktır. Yine benzer şekilde, idarenin sözleşmelerinde üstün yetkilere dayanarak idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımına gidilmesinin de yanlış olduğunu düşünüyoruz; zira, özel kişiler arasındaki pek çok sözleşmede de taraflar arasında üstünlük bakımından dengesizlik yaratan hükümlerin olduğu bilinmektedir. Ancak, bu konunun ayrıntılarına –yine çalışmanın hacim sorunu nedeniyle- burada giremiyoruz ve bir başka çalışmada incelenmek üzere sadece yukarıdaki cümlelerle kısaca değinmiş olmak istiyoruz.

Öte yandan, birinci yaklaşım çerçevesinde organik unsur koşulu

⁴³ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25, 26.

⁴⁴ Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976, s. 88.

reddedilmiş olmakla beraber, bu defa başka bir sorun ortaya çıkmaktadır: Üstün yetkiler veya kamu hukuku usulleri altında yürütülmeyen (giyim eşyası üretimi gibi) kimi özel sektör faaliyetlerinin –devletin yetkilerinin *denetim* ve *gözetim* seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle- kamu hizmeti olmayacağını ileri sürmek, fakat aynı faaliyet devletçe özel sektörle beraber birbirine paralel olarak yürütüldüğünde devletin bu faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmek,⁴⁵ organik unsurun koşul olarak reddedilmesi bağlamında bize göre bir çelişki yaratmaktadır. Zira, devletin bu örnekteki (giyim eşyası üretimi) faaliyetine kamu hizmeti diyebilmek için, organik unsuru kullanmaktan başkaca bir çözüm ortada görünmemektedir.

Yine, Onar'a göre, bir teşebbüsün sırf ticaret hukuku usul ve kaidelerine göre çalışması, kâr gayesi takip etmeyen müessesenin tâcir sayılmasını gerektirmeyeceği gibi, devletle ve toplumla ilişkisinde kamu hukukunun tesirinden kurtulmasını veya işletme aşamasında kamu hizmetlerinin murakabesi altında kalmasını gerektirmez. Nitekim, imtiyazlı şirketler aracılığıyla görülen kamu hizmetleri gerek şirketin kuruluşu ve iç faaliyeti ve gerek hizmetten yararlananlarla arasındaki işlemlerin görünüşü itibarıyla özel girişim ve faaliyetlerle benzerlik içinde olmasına karşın kamu hizmeti mahiyetini kaybetmemektedir.⁴⁶ Böylece, kamu hizmetlerinin sadece kamu veya özel hukuka bağlı olmayıp, konu ve amaçlarına göre her ikisine de tâbi tutularak karma bir hukukî rejim içerisinde görüleceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁴⁷

Öte yandan, “giderilmediği takdirde huzursuzluğun başgöstereceği ve kamu düzeninin bozulacağı” derece toplumda “önem kazanmış olma”⁴⁸ unsuru da tartışmalıdır. Sözelimi, Onar'a göre;

⁴⁵ Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

⁴⁶ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25.

⁴⁷ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 306.

⁴⁸ Gülan, Kamu Hizmeti Kavramı, op. cit., s. 149.

“(b)ir faaliyetin âmmе hizmeti sayılabilmesi için sebebini teşkil eden ihtiyacın ve temin edilecek menfaatin bir zaruret derecesine çıkması(na) lüzum olma(yıp)... alelâde bir ihtiyacın karşılanması ve sadece umumî bir menfaatin temini de âmmе hizmeti sayılması için kâfi(dir).”⁴⁹

Kuşkusuz, “alelâde bir ihtiyacın karşılanması” sözkonusu olacak ise, bunun kamu hizmeti olarak görülmesindeki gereklilik de ayrıca değerlendirilmek durumunda kalacaktır.

Buraya kadar, farklı görüşler çerçevesinde kamu hizmetine yönelik tanımlamalara ve değerlendirmelere yer verdik. Bu noktada hemen belirtmek gerekirse, aslında kamu hizmetinin nelerden oluşacağı veya nasıl tanımlanabileceği ile kapsamının ne şekilde belirleneceği hususlarının hepsi, temelinde kamu hizmeti olarak belirlemenin ne gibi bir toplumsal gereksinimi karşılayacağıнын derin bir analizini gerektirir, ki biz bu gereksinimin yeterince ve açık biçimde karşılandığı veya irdelendiği incelemelere tesadüf edemiyoruz. Bu nedendir ki, çalışmamızın içinde mevcut haliyle kamu hizmeti anlayışının değişik veçheleri ele alınıp, bahsekonu eksiklikleri gidermeye yarayacak biçimde bir analize tâbi tutulmaları amaçlanmaktadır. Bir tanım denemesine ise, çalışmanın kapsamını artırmamayı teminen bu aşamada girişmeyeceğiz; ancak, başka bir çalışmada konuyu ele almayı öngördüğümüze hemen değinmek isteriz.

Nihayet, bu bağlamda ele alınması gereken ikinci bir temel unsur da, kamu hizmeti tanımlamasına gidilerek hangi hukuksal sonuçların buna bağlanacağıında düğümlenmektedir. Doğal olarak, bu iki temel alan üzerinde bir açıklığa kavuşmadan, kamu hizmetinin tanımına veya unsurlarına yönelik bir değerlendirme, yeterli açıklığı getirmekten de uzak kalacaktır kanısındayız.

Onar’a göre, kamu hizmeti olarak belirlenmenin en karakteristik niteliği,

⁴⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 32.

akdi esaslar yerine kanun veya yönetmelik gibi bir statüye dayanması ve bu hizmeti gören kişilerin kamu hukuku usullerini kullanabilmeleri, böylece hizmetin teşkilat ve usullerinin kamu yararı uyarınca değişikliğe tâbi tutulabilmeleri ve kamu yararının özel çıkara üstün tutulmasıdır.⁵⁰

Bu belirlemede dikkatimizi çeken bir husus, “hizmetin teşkilat ve usullerini kamu yararı uyarınca değişikliğe tâbi tutma” gereksinimi ile “kamu yararının özel çıkara üstün tutulması” anlayışıdır. Bunlar, şayet kamu hizmetine bağlanacak temel sonuçlar ise, hemen belirtelim ki, bu hususlar sadece idarenin bir faaliyeti özel sektör eliyle ve fakat sözleşme imzalayarak gerçekleştirme tercihinin gitmesi halinde sözkonusudur. Zira, faaliyet idarenin kendisi tarafından yürütülüyorsa, hizmetin yürütülme koşullarını belirlemek idarenin kendi elinde –zaten- bulunmaktadır; kamu yararını özel çıkara üstün tutmak da, idarenin bu faaliyeti sunarken zaten elinde olan bir yetkidir ve hatta giderek görevidir. Toplumdaki bir faaliyet, idareden alınan ruhsat altında özel kişiler tarafından yürütülüyorsa, bu defa da zaten ruhsatın koşullarını belirlemek ve gerektiğinde ruhsatın koşulları üzerinde bilahare değişiklik yapabilmek, idarenin uhdesindeki bir olanaktır.

Şu halde, belirtilen unsurlar, sadece ve ancak, idarenin sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle bir faaliyetin yürütülmesi yönünde hareket etmesi durumunda geçerli olabilecektir. İşte bu durumdadır ki, idare sözleşmeyle karşılıklı yükümlülükler altına girdiği bir sözleşmenin, normal koşullarda eşitler arası bir ilişki temelinde gerçekleşecek zemini yerine, kamu yararına istinaden değişikliklerde bulunabileceği bir kamusal üstünlük zeminine geçiş yapılması yönünde bir gereksinim duyuyor olsa gerektir. Bu hususa, ileride ayrıntılı olarak değineceğiz ve irdelemeye çalışacağız (bkz. “Kamu Hizmeti ve İçerik Denetimi” başlıklı bölüm).

Bütün bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, kamu hizmetlerine

⁵⁰ İbid., s. 26, 27.

yönelik olarak süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanabilirlik ile meccanilik (bedelsizlik), başlıca tanımlayıcı ilkeler olarak öne çıkmaktadır.⁵¹ Bununla birlikte hemen kaydetmek gerekirse, “(k)amu hizmetlerine egemen olması gereken bu ilkelerden hiçbirine, ülkemizde hiçbir zaman tam anlamıyla uyulmamış(tır).”⁵²

Kaldı ki, yukarıda değindiğimiz üzere, kamu hizmeti tanımının hangi toplumsal veya kamusal gereksinimleri karşılayacağı dikkate alınmadığı sürece, anılan unsurların neyi ifade ettikleri veya etmeleri gerektiği, yahut kapsamaları üzerinde tartışmalar çıkması doğal olacaktır. Sözgelimi, süreklilik ne denli gerekli bir unsurdur, yahut ne kadar geniş bir kapsam içerir, hangi süre boyunca yürütülmesi süreklilik için önkoşul olacaktır, vb. gibi soruların karşılanması gerekecektir. Benzer bir sorgulamayı diğer unsurlara da yansıtma mümkündür. Bu hususlara, çalışmanın hacmini çok fazla artırmamak endişesinden hareketle, burada değinmeyeceğiz.

Kamu hizmetinin niteliklerine kısaca değindikten sonra, toplumdaki hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun ne şekilde veya nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu hususta –doğal olarak- çok farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Sözgelimi, Duguit’ye göre, bir faaliyet toplumsal açıdan ifası vazgeçilmez ve zorunlu nitelik kazanmış ise, idare tarafından yapılması zorunluluğu doğar ve kamu hizmeti halinde yerine getirilir.⁵³ Duguit’in yaklaşımında çok önemli bir ayrıntı ise, bir gereksinimin sadece kanun

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 14-38; Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 299-302; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 308-311; Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, s. 655-670; Özay, İl Han; Günüşğında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 235-242; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 190-254; Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s. 518-525.

⁵² Özay, Günüşğında Yönetim, op. cit., s. 235.

⁵³ Duguit’ye atfen: Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 27.

koyucunun iradesiyle kamu hizmeti halini alamayacağı, kanun koyucunun sadece bir gereksinimin toplumsal etkenlerle kamu hizmeti mahiyetini aldığıını “kabul” veya “fark” ederek bunu “izhar etmekle” yükümlü olduğu, yani buradaki belirleyici iradenin aslında kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak bu keyfiyetin toplumda daha önceden ortaya çıkmış olması gerekliliğidir.⁵⁴

Benzer yöndeki bir başka görüşe göreyse, kanun koyucuya kamu hizmetlerini belirleme hakkı verilmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmetleri de vardır ve bu nitelik toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önemle ortaya çıkmakta olup, böylece süreklilik, eşitlik ve uyarılma ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler “yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmayı bekleyeceklerdir”.⁵⁵ Dolayısıyla, bu anlayışa göre kanun koyucu sadece bir tür “mâlumunu ilan etme” işlevini üstlenmiş olmakta; diğer yandan, kamu hizmeti niteliğini “ülkedeki tarihi sosyal kültürel koşulların belirleyeceği”⁵⁶ kabul edilmektedir.

Öte yandan, kamu hizmetini belirleme noktasında modern demokrasilerin de gereği olarak yasama organına söz hakkı verilmesinin yerinde olacağı, böylece “... kamu hizmetini durağanlaşmış ve “dondurulmuş” bir boyuta sürüklediği için... terkedilen mutlakçı kamu hizmeti anlayışı(nın) yerini, göreceli ve değişime açık olma özelliğinden dolayı yeni gelişmelere rahatlıkla ayak uydurabilen göreceli kamu hizmeti anlayışına bırak(tığı)” da ileri sürülmektedir.⁵⁷ Giderek, kamu hizmeti etiketi yapıştırılmasının girişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı, kamu harcamalarını artırarak sosyo-ekonomik olumsuz sonuçlar doğuracağı, bundan dolayı yasama organının bu yönde açık bir tercihinin varlığına müracaat edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁸

⁵⁴ İbid., s. 27, 28.

⁵⁵ Gülan, Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, op. cit., s. 105.

⁵⁶ Gülan, Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, op. cit., s. 107.

⁵⁷ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 27.

⁵⁸ İbid., s. 29, 30.

Kanımızca, bu türden bir analize gidebilmek için, tartışmaların hangi bağlamda cereyan ettiğine bakılması elzemdir. Sözelimi, kanımızca, elektrik enerjisi sektöründe idare ile özel girişimci arasında imzalanan sözleşmelerin uluslararası tahkime tâbi tutulması gibi bir süreçte konu tartışılıyorsa, kamu hizmeti olarak tanımlanmamanın sonucunda bahse konu sözleşmelerin özel hukuka ve dolayısıyla tahkime tâbi tutulmasıyla kamu maliyesi –ve dolayısıyla halkın- sosyo-ekonomik refahı üzerinde ne denli olumsuz sonuçlar doğabileceği, evveliyetle irdelenmek gerekirdi.

Objektif nazariye de denilen bir diğer yaklaşımda ise, kamu hizmetinin bir faaliyetin “mahiyetine” bakılarak belirlenebileceği hususu öngörülmektedir. Bu anlayışta, bir faaliyet “*ancak devlet tarafından yerine getirilebilecek*” ve “zorunlu” bir nitelik içeriyorsa, kamu hizmeti sayılabilir.⁵⁹ Bu bakımdan, devlet tekeli altında bulunması ve başkalarınca yerine getirilememesi, kamu hizmetinin bir niteliğini ve ölçütünü oluşturmaktadır.

Öte yandan, “zorunlu” ibaresine nasıl bir anlam yükleneceği de bu bağlamda tartışılmak gerekir. Bir hizmetin zorunlu olması, halkın doğal ve zorunlu olarak giderilmesi gereken bir ihtiyacı anlamında mıdır, yoksa özel kesimlerce –türlü nedenlerle- yerine getiril(e)mediği için devlet eliyle sunulması zorunlu hale gelen hizmet alanları mı sözkonudur?

Buradaki yaklaşımda, devletin hukuki tekel kıldığı alanların kapsam dışında kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte Onar, bir faaliyetin tekel konusu olmasının kamu hizmeti için ölçüt oluşturmakla beraber, tam ve yeterli bir açıklık getiremediğine işaret etmektedir.⁶⁰ Duran ise, kamu hizmetinin tekel halinde

⁵⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 28. Onar’a göre, “ihtiyaç ile zaruretin” ayrımını yapabilmek güçtür ve “zamana ve mekana”, hatta “takdir ve telakkiye” göre değişeceğinden, gereksiz bir ayrım olarak nitelendirilmek gerekir (bkz. *İbid.*, s. 32).

⁶⁰ *İbid.*, s. 28.

görülməsi zorunluluğunun bulunmadığı gibi, tekel konusu olan her idari faaliyetin de kamu hizmeti olmadığı görüşündedir ve buna örnek olarak, tekel olmayan alanlarda özel sektörle beraber rekabet içerisinde hizmet gören kamu kuruluşlarının varlığına işaret etmektedir.⁶¹

Aynı yaklaşımı paylaşan Bilgen'e göre;

“(d)evletin kamu hizmeti olduğunu beyan ile kurulması ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin mutlaka tekel şeklinde devlet tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir.”⁶²

Bir başka görüşte ise, faaliyetin bağlı kılındığı hukuki rejime göre kamu hizmeti olup olmadığı belirlenmek gerekir. Buna göre, özel hukuka kıyasla idarenin imtiyazlarına ve üstün yetkilerine dayalı bir çerçevede yerine getirilen faaliyetler, kamu hizmetidir. Oysa, yukarıdaki paragraflarda belirttiğimiz üzere, Onar aksi yönde görüş belirtmekte ve faaliyetin kamusal usullerle yürütülmesinin “ayrılmaz ve zorunlu bir unsur” olarak değerlendirilemeyeceğini, zira “sebeple neticeyi karıştırdığını” vurgulamaktadır.⁶³

Nihayet, öncülüğünü Jeze'nin yaptığı subjektif nazariyeye göre de, kanun koyucunun kamu hizmeti olarak tanımladığı faaliyetler kamu hizmetini oluşturur; zira, burada “hukuki” olmaktan ziyade, “siyasi” nitelik içeren bir sorun sözkonusudur.⁶⁴

Diğer bir ayrıma göre, idare tarafından yerine getirilmesine göre kamu hizmetinin organik, yani uzvî ve şeklî; öbür taraftan, hizmeti yerine getiren teşkilat nazara alınmaksızın, faaliyetin mahiyeti gözönünde tutulmak suretiyle maddi

⁶¹ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 307.

⁶² Bilgen, Kamu Hizmeti Hakkında, op. cit., s. 113.

⁶³ Bkz. yukarıda 36 sayılı dip not.

⁶⁴ Azrak, Ali Ülkü; Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, Sy. 1-4, 1971, s. 58.

bakımdan tasnif edilmesi de mümkündür: Birincisinde, kamu hizmeti idare tarafından kamu kudreti yetkilerine dayanan usul ile yönetilen teşebbüsler şeklinde organik ve biçimsel yönden tanımlanırken; ikincisinde ise, kamusal veya genel yararın gerektirdiği gereksinimleri karşılamak üzere icra edilen faaliyetler olarak, maksadın esas kılındığı bir biçimde ele alınmış olmaktadır.⁶⁵

2.2. “Virtüel” Kamu Hizmeti Anlayışı

Günümüzde, organik veya uzvî yönden kamu hizmetinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamaktadır.⁶⁶ Nitekim, öğretide bir görüşte, Fransız Danıştay’ının içtihatlarına dayalı olarak geliştirilen “*virtüel* (sanal)” kamu hizmeti kuramına göre, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin, teknik ve dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmamakla beraber, kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan nitelikte kabul edileceği, bunların üzerinde idarenin yoğun denetiminin bulunduğu ve keza, bunun “kolluk ötesinde bir içerik denetimi halinde cereyan ettiği”⁶⁷ de belirtilmektedir.⁶⁸

Virtüel kamu hizmeti yaklaşımına öğretden gelen bir itirazda, kamu hizmetinin kendiliğinden meydana gelen bir şey olmayıp, yaratılan, kurulan bir şey olduğuna değinilmekte ve ayrıca bu teorinin yanlış, giderek tehlikeli olacağı savunulmaktadır. Buna göre, mahiyeti gereği toplumda ortak gereksinimleri karşılayan pek çok özel kişi faaliyeti vardır ve bunların kamu hizmeti sayılmaları, idarenin denetimi altına girmelerine neden olacağından, özel teşebbüs hürriyetini

⁶⁵ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 33.

⁶⁶ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 304.

⁶⁷ Bkz. Tan, Turgut; Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, s. 309.

⁶⁸ Bkz. Özay, Günüşğında Yönetim, op. cit., s. 226 vd..

kısıtlayıcı olacaktır ve liberal bir devlet düzeninde olanaksızdır.⁶⁹ Kanımızca, idarenin özel sektör eliyle görülen kimi hizmetler üzerindeki denetiminin niteliğine bağlanan bu yargılarda isabet görmek zordur. Kanımızca, idarece yapılan denetimin niteliği bir yana, niceliği bakımından da bir ayrıma gidilebilmesi olanağı bulunmamaktadır. Çalışmamız içerisinde esasen bu konuya ayrıntılı biçimde yer verdiğimiz üzere, bu aşamada anılan görüşe katılmadığımızı belirtmekle yetinmek istiyoruz.

Öte yandan, *virtüel* kamu hizmeti anlayışına yönelik bir eleştiride, bu anlayışın benimsenmesi halinde kamu hizmeti kavramının “deforme” edilebilme riskini bünyesinde barındırdığı, bunun sonucunda benzer faaliyetler yapan idarenin de bu faaliyetleri özel sektöre benzer şekilde “kâr”⁷⁰ etmek amacıyla ifa etmeye başlayabileceği savunulmaktadır.⁷¹ Kanımızca, burada yine bir iktisadi

⁶⁹ Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 332; keza, benzer yönde bir diğer görüş için bkz. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 280.

⁷⁰ Kamu hizmetinde “kâr” sorunu hakkında bkz. Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 137-147.

⁷¹ Bkz. Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 408 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008). Yazara göre, sözcüğü, kamu idaresi tarafından verilen eğitim hizmetlerinde “... öğrencilerden kayıt sırasında “bağış” istenmesi (aynı yönde bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 305) ve bunlara karşı ciddi bir toplumsal tepkinin doğmaması, belki de “her hizmet için para ödenmesi gerekir” düşüncesinin toplumda yer etmeye başladığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir” (bkz. İbid., 1161 no.lu dipnot). Bu tesbit, ciddiye alınması gereken bir vahim uygulamaya işaret etmektedir ve uygulamada –maalesef- diğer alanlarda da görülebilmektedir. Sözcüğü, devlet hastanelerine gitmek zorunda kalan çoğunluk bakımından, tedaviye ilişkin –kimi zaman sıradan nitelikteki- malzemenin temini hasta veya yakınlarından talep edilebilmektedir ve bu satırların yazarının daha çok yakın bir zamanda tanık olduğu bir husustur. Oysa, tedavi gereçlerinin devletçe sağlanması gerektiği açıktır. Keza, bilindiği üzere “... toplumumuzda hasta kendisini iyileştiren, şifa veren hekime karşı üstün bir saygı duymakta... hekim(e) karşı oluşmuş olan geleneksel saygı ve minnettarlık hiseri hastaların davranışlarını etkilemektedir” (bkz. Bostan, Sedat; Hasta Hakları İhlallerinin Nedenleri (<http://hhp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm>), (Erişim Tarihi: 29 Ocak, 2009)).

yaklaşımına girmek zorunluluğu doğmaktadır. İdare, isterse kâr amaçlı faaliyette bulunmaya teşebbüs edebilir, yeter ki aynı hizmetin rekabete açık biçimde özel kişiler eliyle de yerine getirilmesine engin olunmamış ve tekelci veya oliopol niteliğinde bir piyasa yapısından bahsedilemeyecek olsun, ilaveten, rekabetçi bir yapı içerisinde hizmetin gereği gibi ifa edilmesi de işlerlik kazanmış olsun.

Kuşkusuz, piyasa koşullarında rekabete açık biçimde yeterince tatmin edilen bir yapı var iken, idarenin neden aynı alanda faaliyette bulunmaya

İşte, bu genel çerçeve içerisinde, hastaların bu duygularının bir nevi “sömürüsü” niteliğinde görülebilecek şekilde, devlet memuru sıfatıyla hastanelerde görev yapan kimi sağlık görevlilerinin özellikle ameliyatlara için hastalardan “bıçak parası” adı altında talepte bulunmakta dahi pervasız davranabilmeleri, ülkemizin acı gerçekleri arasında yer almakta olup; TCK’ndaki değişiklikler öncesinde rüşvet suçuna karşılık gelen ve fakat mevcut yasal düzenleme (m. 237/3) uyarınca “görevin kötüye kullanılması” suçu olarak belirlenen bu eylemin, zaman zaman basın organlarına yansıtıldığı de görülmektedir. Burada acı olan, yahut hüznü veren husus, bu tür taleplerin özellikle yeterli eğitim “şansı”na malik ol(a)mayan kitlelerde son derece makul bir istek imişçesine “tevekkül”le karşılanabilmesi ve itiraz edil(e)memesidir. Yıllar öncesinde “yeşil kart” sahibi bir hastadan dahi “apandist ameliyatı” için “bıçak parası” istenebilmiş olması, yazarın dolaylı yoldan tanık olduğu bir hüznü öyküdür ve talep edilen “fukara”nın bu isteme ilişkin yanıtı “tabii, elinin emeğidir, karşılığını alması doğal” olabilmıştır. Yine, yıllar öncesinde yaşadığımız bir vakadan hareketle değinmek gerekirse, devlet hastanelerindeki tedavi sürecinde sosyal güvencesi bulunan hastanın dahi ayrıca bir de tedaviyi üstlenen zevatın “özel işyeri” niteliğindeki “muayenehane”sine gitmek ve orada ayrıca ücret ödemek zorunda kalabilmesiyle karşılaşılabilir. Buna yönelik ciddi bir toplumsal tepki de –yine maalesef– görülmemektedir. Bu hususa vurguda bulunmamızın nedeni ise, şudur: Aynı toplumda, benzer bir usavurumla, sözgelimi bir yargıç tarafından davasını gördüğü kişiden “kalem parası” talep edilmiş olması halinde, bu yöndeki bir isteme karşı –“elinin emeği” gözüyle bakılmaksızın– derhal savcılığa suç duyurusunda bulunma eğilimi görülebilmekteyken, yahut varsayımsal bir kıyaslama bakımından söylenirse, yargıcın “dışarıdaki özel bürosuna” ayrıca bir “ziyarette” bulunup “mütaalasını almak” zorunda kalınması, kavramsal olarak “böyle birşey nasıl olabilir ki” sorusuyla karşılaşırken, bu son derece doğal tepkinin tedavi hizmetlerinde görülmemesi, toplumsal algılamadaki ilginç ve eleştiriye açık bir keyfiyet olarak belirmektedir.

gideceği de sorgulanmak durumundadır. Zira, idarenin bu tür faaliyetleri, kamusal kaynakların kullanımı anlamına gelecektir; dolayısıyla, bu olanaklarla piyasadaki rekabeti bozucu eylemlere girişebilmesi de mümkündür (idarenin bu türden rekabet bozucu eylemlerine eski dönemlerde tesadüf edildiğine dair yukarıdaki paragraflarda Onar'a atfen değinmelerde bulunmaktadır).

Son olarak değinmek gerekirse, Fransız öğresinde *virtüel* kamu hizmeti anlayışının artık geçerli olmadığı, bununla beraber neden geçerli olmadığına dair bir açıklamaya da gidilmediği belirtilmektedir.⁷²

Özel kişilerce idareden alınan ruhsata dayanılarak yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin *virtüel* kamu hizmeti veya kamu hizmeti olma yeteneğini içinde bulunduran faaliyetler olarak belirlenebilmesi ve bunların da kamu hizmeti olarak kapsam dahiline alınabilmesine yönelik ayrıntılı bir değerlendirme, hemen aşağıdaki bölümde ve ayrıca ileride “kamu hizmeti ve içerik denetimi” başlığı altında yer almaktadır. Bu itibarla, bu kısımda daha ayrıntılı bir irdelemeye girmeyeceğiz.

3. Kamu Hizmeti ve Faaliyetin Niteliği Sorunu

Niteliği itibariyle bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına bakılırken, “nitelik” ibaresine ayrıca önem atfetmek gerektiğini düşünüyoruz. Bir faaliyetin “doğası” gereği kamu hizmeti olup olmaması ile, o faaliyetin belirli bir zamanda ve belli bir tanım kapsamında taşıdığı özelliklerden ötürü “niteliği” itibariyle kamu hizmeti olması, iki ayrı hususu ifade edecektir. Sözgelimi, idare veya yasama tarafından olağanüstü ayrıcalıklar tanınmak suretiyle “siyasal-kamusal alana” çekilmiş bulunan bir faaliyetin –yine aynı yasama organınca- kamu hizmeti olarak tanımlanmaması durumunda, bu faaliyetin “doğası gereği” niteliğinden değil ve fakat halihazırda büründürüldüğü biçim bağlamında “statüer niteliği gereği” kamu

⁷² Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 270.

hizmetini oluşturabileceği söylenebilir.

Nitekim, uygulamada tam da böyle bir durumla karşılaşıldığını düşünüyoruz. Enerji sektöründeki uygulamalarla bağlantılı olarak, 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ve bu meyanda çıkarılan uyum yasalarıyla yasama ve idare, bir yandan ayrıcalıklar dizisi içerisindeki sözleşmelerle özel kişilere enerji sektörüne ilişkin kimi hizmetleri gördürmeyi öngörürken, aynı zamanda bir yasal düzenlemeyle bu sözleşmelerin özel hukuka tâbi olduğunu (yani, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde sayılamayacağını) kararlaştırmıştır.⁷³

Şu halde, kanımızca burada sözkonusu edilebilecek olan husus şudur: Anılan hizmetler “doğası gereği” kamu hizmetini (imtiyazı) oluşturmayacak, aksine, büründürüldüğü “*statüer*” durumun mevcut görünümü nedeniyle, ancak “niteliği gereği” kamu hizmetini (imtiyazı) teşkil ediyor sayılabilecektir. Kuşkusuz, yasal bir düzenlemeyle “kamu hizmeti” sayılmayacağı ve özel hukuka tâbi olacağı addolunan bir faaliyet alanı sözkonusu olduğunda, her ne kadar kanımızca “*de lege feranda*” yanlış olacağına değinmek mümkün olsa da, pozitif hukuk açısından artık bu faaliyetin kamu hizmeti olarak sayılmayacağı açıktır demek gereği doğmaktadır.

Yine de, mahiyeti, yahut bir başka ifadeyle niteliği gereği kamu hizmeti olarak görülebilecek bir hizmet alanında, yasal düzenlemeyle özel hukuka bağlı kılınma keyfiyeti gerçekleştiği andan itibaren, bu türden hizmetlerin *virtüel* kamu

⁷³ Bkz. 20 Aralık, 1999 tarih ve 4493 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (22 Aralık, 1999 tarih ve 23914 sayılı RG’de yayımlanmıştır) ile 21 Ocak, 2001 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” (22 Ocak, 2000 tarih ve 23941 sayılı RG’de yayımlanmıştır). Anılan düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 357-413.

hizmeti haline dönüştüğü savlanabilir. Nitekim, öğretilerde kimi hizmetlerin *virtüel* kamu hizmeti olduğu önünde görüş beyan edenler olduğu görülmektedir.⁷⁴ Ancak, bu türden bir kamu hizmeti tanımlamasına karşı çıkanlar da vardır.⁷⁵

Bununla beraber, tanımlamanın adından bağımsız olarak, pozitif hukuk bakımından bir gerçek varsa, o da Anayasamızın 47. maddesinde belirtilen türdeki faaliyet alanlarının hukukumuzda yasal olarak varlığını sürdürüyor olmasıdır. Bilindiği üzere, Anayasamızda da belirtildiği gibi, özel kişilerce yerine

⁷⁴ Bkz. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, op. cit., s. 309; Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 226 vd.; Özay, İl Han; Başlar Mısın Başlayalım Mı? Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleştirmeye: İtalya ve Türkiye, (Yılmaz Günel’a Armağan), AÜSBFD, C. 49, Sy. 3-4, 1995, s. 354, 355.

⁷⁵ Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 332; Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 408; Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 280. Asnılan yazarların bu yöndeki görüşlerine katılmakta güçlük çekiyoruz. Sözgelimi, bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesinin idarenin denetimi altına gireceği ve özel girişim özgürlüğüne müdahale anlamına geleceği savı (bkz., Gözler, *İbid.*), yerinde olmasa gerektir. Zira, ileride (Bölüm 4.2) yer verdiğimiz üzere, denetim, idare tarafından –değişik kapsamlar içerisinde- tüm faaliyetlere uygulanmaktadır, kapsam değişikliğine göre de “dışsal nitelikte” veya “içeriğe ilişkin” denetim şeklinde bir ayırımın sözkonusu edilemeyeceği kanısındayız. Denetimden dolayı girişim özgürlüğünün zedelenmesi de mutlak anlamda zorunluluk içermez. Nitekim, bu husus Ayaydın tarafından da ikrar edilmekte ve içerdiği risk oranında faaliyetin denetime bağlı kılınacağına değinilmektedir; hatta, yazara göre, özel kişilerce yürütülen sağlık ve eğitim faaliyetleri de kamu hizmeti istidadı taşır, ama, kamu hizmeti gördükleri söylenemez (bkz. Ayaydın, *İbid.*). Öte yandan, yazar başka bir açıdan eleştiri getirmekte ve *virtüel* kamu hizmeti anlayışı kabul görürse, bu takdirde idarenin gördüğü kamu hizmetlerinin de kâr amacıyla faaliyet göstermeye başlaması tehlikesinin doğabileceğine değinmektedir (bkz. *İbid.*). Oysa, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinde kâr unsurunun bulunup bulunmadığı sorununu *virtüel* kamu hizmeti algılamasıyla bağdaştırmanın anlamlı olmadığı kanısındayız (kamu hizmetlerinde kâr yaklaşımı konusundaki görüşlerimiz için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 20, 29-31). Nihayet, Gözler bakımından dile getirdiğimiz karşı görüşümüz, Tiryaki tarafından belirtilen görüşler açısından da geçerliğini korumaktadır.

getirilmekte olan ve fakat kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilen hizmetler bulunmaktadır. Buna yönelik 47. madde metninin ilgili kısmı şöyledir:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.”

Nitekim, Anayasa'nın yukarıdaki düzenlemesi kapsamında, bunun koşullarını belirlemeyi teminen 1984 yılında çıkarılan 3082 sayılı Kanun'a⁷⁶ göre de;

“... özel teşebbüsler, ancak aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilir:

- a) **Devletleştirilecek özel teşebbüsün, yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,**
- b) **Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması,**
- c) **Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.”**

Görüldüğü üzere, bu düzenlemede özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini taşıyabileceği ikrar edilmektedir.⁷⁷

Öğretide dikkat çekmediğini düşündüğümüz pek önemli bir husus, burada devletleştirme bakımından getirilen “rekabet içinde veya denetim yoluyla” hizmetin sunulmasının sağlanamaması şeklindeki önkoşuldur. Çalışmamız içerisinde kamu hizmetine yönelik yer verdiğimiz temel yaklaşım, aslında bu

⁷⁶ 20 Kasım, 1984 tarih ve 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun” (1 Aralık, 1984 tarih ve 18592 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

⁷⁷ Bahsekonu yasal düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 212, 213.

yasada öngörülen unsurlar üzerinden kendisini çok açık biçimde göstermektedir. Ancak, kamu hizmetlerinin belirlenmesi bakımından ne yasama organının, ne yargı organlarının ve nihayet ne de öğretinin bu konuya yeterli ilgiyi göstermiş olması, aslında çok şaşırtıcıdır.

Öğretide bu yönde bir atf örneği, Tiryaki'den verilebilir; ancak, yazarın anılan kararı bizden çok daha farklı yorumladığı görülüyor. Buna göre, anılan yasal düzenlemeyle “niteliği gereği kamu hizmeti” algılamasının değil, tersine, – yasamanın devletleştirme kararını alabilmesine izin verilmesinden dolayı- yasama organının belirleyici olduğu sonucu doğmaktadır.⁷⁸ Oysa, yasa, açıkça, özel kişilerin yasamanın belirleme iradesi daha ortaya çıkmadan, özel kişilerce yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini taşımakta olabileceklerine değinmek suretiyle, niteliği gereği kamu hizmetleri anlayışına yaklaşmış görünümündedir.

Kaldı ki, yasamayla idareye verilen “devletleştirme” yetkisinin de rekabet ve denetim (kolluk) yoluyla hizmetin görülememesi gibi önemli ölçütlere bağlı kılınmış olması, bu ölçütlerin (ve bu kurgudaki dengelerin) dikkatlice değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bunlar yapılmadan yoruma gidilmesi halinde, hatalı sonuçların doğmasından kaçınabilmek çok güç olacaktır diyebiliriz.

Öte yandan, anılan yasal düzenlemenin kapsamına girecek hizmetlerin, idarenin verdiği ruhsat tahtında özel kişilerce yürütülmekte oldukları hususu dikkate alındığında, aşağıdaki paragraflarda belirtildiği şekliyle idarenin üstün yetkilerinin, –öğretide kamu hizmetlerine yönelik olarak idarenin bu hizmetlerden dolayı aslî sorumluluğunun devam edeceği anlayışı ışığında- özel sektör tarafından yürütülmekte olan bahse konu hizmetler bakımından da geçerli olacağı ve uygulanması gerekeceği söylenebilir.

⁷⁸ Bkz. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 236-238.

Nitekim, kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle görülebileceğini savunan Özyay'a göre;

“(i)zin vermek suretiyle özel hukuk kişilerinin de yapabilmesi sözkonusu olan hizmetler alanında değişmeyen tek ilke bu faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun “İdare” olmasıdır... Bu konumu nedeniyle İdare, hizmetin düzenlenmesinde ve gerekli görülen değişiklikler konusunda da görevli ve yetkilidir. Özel teşebbüs de bu genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği sürdürebilir. Aksi halde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabileceği gibi, adli bir cezanın sözkonusu olduğu durumlarda bu yola başvurulabilmesi de mümkündür.”⁷⁹

Kamu hizmetinin ruhsat yöntemiyle görülebilmeye yönelik olarak öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Kimilerine göre “... kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsat (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemez (yemek iken)”⁸⁰, başka görüşlerde ise –eğitim ve sağlık alanlarında yahut özel televizyon yayıncılığında ruhsat olarak faaliyet gösteren işletmeler örneğinde görüldüğü üzere- kamu hizmetinin görülmesi yöntemlerinden birisi şeklinde değerlendirilebilmektedir.⁸¹

Bununla beraber, eğitim ve sağlık konularında görüldüğü üzere, bu yöntemin kamu hizmetlerinin görülmesinde geçerli olduğu hususunun yargı kararlarında da kabul edilmiş bulunması karşısında, pozitif hukuk açısından ve pratik bakımdan bu konuda artık kuşku kalmamış durumdadır.

⁷⁹ Bkz. Özyay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 250.

⁸⁰ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 318-320.

⁸¹ Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 326; Özyay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 248, 249; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku (2006), op. cit., s. 675-677; Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 355, 356.

Öte yandan, ülkemizde kimi telekomünikasyon hizmetleri bakımından ruhsat yönteminin geçerli kılındığı, cep telefonu işletmeciliği de dahil olmak üzere kimi telekomünikasyon işletmeciliklerinin ise “görev sözleşmesi” veya “imtiyaz sözleşmesi” şeklinde bir sözleşme bağı içerisinde özel kişilere verildiği görülmektedir.⁸² Bununla birlikte, cep telefonu işletmeciliğinde “ruhsat” terimi yerine “ruhsat sözleşmesi” ibaresinin kullanılmış olması da dikkat çekicidir. Ruhsat ile sözleşme terimlerinin bir araya gelebilmesi, normal olarak sözkonusu edilememek gerekir. Nitekim, öğretiden bu yöndeki bir görüşte şu ifadeler yer verilmektedir;

“... ‘lisans sözleşmesi’ terimi, hukuk mantığı bakımından tutarsız bir ifadedir. Zira, ‘lisans (ruhsat)’ tek taraflı bir işlemdir. Sözleşme ise iki taraflı bir işlemdir. Nasıl olacak da, ‘tek taraflı bir işlemin iki taraflı bir işlemi’, diğer bir ifadeyle ‘lisansın sözleşmesi’ yapılacaktır?”⁸³

Kaldı ki, bir faaliyet ruhsat altında yürütülüyorsa, ruhsatın üzerinde idarenin tek yanlı tasarruf olanağı bulunabilecek iken, sözleşme ilişkisi içerisine girildiğinde artık tek yanlı tasarruftan bahsedebilmek güçleşecektir. Kuşkusuz, idari sözleşme sayılmak suretiyle idarenin kamu hukuku tahtında kimi ilkeleri uygulayabilmesi olanağından söz edilebilecek ise de, bunun kapsamı ruhsatla kıyaslandığında çok daha dar olmaktan başka, bu durumda da ortada bahis konusu olan, bir idari “sözleşme”dir, ruhsat değil. Bu itibarla, ruhsat sözleşmesi deyiminin bir yakıştırma –yahut işgüzarca ortaya atılmış bir ibare- olmaktan başkaca hukuksal bir değerinin var olduğunu ileri sürmek güçtür denebilir.

Şu halde, Anayasa koyucunun açık biçimde belirttiği üzere, halihazırda özel sektör tarafından yerine getirilen kimi faaliyetler, özel hukuk tahtında

⁸² Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 357, 409-411; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 320.

⁸³ Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 83; keza, s. 410, 889 no.lu dip not.

yürütülüyor olmakla beraber, kamu hizmeti niteliği taşıdıkları kabul edilmiş durumdadır. İşte, adına *virtüel* denilip denilemeyeceğinden bağımsız olarak, **yasal düzenlemeyle özel hukuka bağlı kılınan** kimi faaliyetlerin “kamu hizmeti” özelliğine “nitelikleri gereği” sahip olmaya devam edebileceklerinin kabul edilmesi gerekeceği de savlanabilir.

Bu noktada bir ayrıma gidilmesi olasıdır: Anayasa m. 47⁸⁴ anlamındaki faaliyetler ile yasal düzenlemeyle özel hukuka bağlı kılınan faaliyet alanları arasında bir fark bulunduğu söylenebilir. Her iki durumda da niteliği gereği bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabulü sözkonusu olmakla beraber, ilkinde sözkonusu edilen faaliyet, özel sektör girişimcilerince idareyle herhangi bir sözleşme bağı içinde bulunmaksızın, niteliği gereği kamu hizmeti sayılmayan diğer faaliyetlerde olduğu gibi, idareden alınan bir “ruhsat” tahtında yürütülmektedir. Oysa, ikincisinde, Anayasamızın 47. maddesinin 4. fıkrasında⁸⁵ ve ilgili diğer yasal düzenlemelerin⁸⁶ açıkça vurguladığı üzere, özel girişimcinin idareyle imzalayacağı bir “sözleşme” bulunmaktadır ve işte bu sözleşmenin özel hukuka tâbi olacağı belirtilmektedir.

Bu durumun bizi götüreceği olası bir çıkarım, şöyle ifade edilebilir: Ruhsat altında ve piyasa koşullarında özel girişimcilerde görülen, ancak Anayasa m. 47 anlamında olduğu varsayılabilecek olan faaliyet alanlarında, idarenin hâlâ kamu hizmeti ilkelerinin gereğini yerine getirebileceği bir “manevra alanı”ndan bahsedilebilir. Yukarıdaki paragraflarda öğretilen Özey’in buna ilişkin görüşlerine

⁸⁴ Madde metninin ilgili kısmı şöyledir: “**Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.**”

⁸⁵ Maddenin bahsekonu fıkrasına göre; “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin **özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir**”.

⁸⁶ Bkz. 22 Ocak, 2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğacak Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” (22 Ocak, 2000 tarih ve 23941 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

yer vermiştik. Nitekim, Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin bir kararında bu hususa vurgu yapılmaktadır ve buna göre özel eğitim kurumlarının ruhsat altındaki faaliyetleri üzerinde idarenin kamu hizmeti ilkeleri uyarınca tek taraflı tasarruflarda bulunabildiği görülmektedir. Bu minvalde, özel kişilerce yürütülen eğitim faaliyeti hizmetlerinde belli oranda öğrencinin ücretsiz okutulmaları zorunluluğunun getirilmiş olması, sosyal devlet politikasının özel sektör eliyle uygulanmasına yönelik dikkat çekici bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷

Bu durum, keza, yine ruhsat altında özel girişimlerce yürütülen şehir içi otobüs taşımacılığında da sözkonusu edilebilmiştir. Bu uygulamayla, özel halk otobüslerinde –belediye otobüslerinde olduğu gibi- öğrencilerin⁸⁸, yaşlıların veya gazilerin⁸⁹ indirimli bilet tarifelerinden yararlandırılmaları veya bayramlarda tamamen ücretsiz taşımacılık yapılması zorunluluğu bulunduğu⁹⁰ hususu, idare hukuku çerçevesinde kamu hizmeti ilkelerine dayanılmak suretiyle bir idari yargı kararında hüküm altına alınmış durumdadır.

Bu bağlamda hemen belirtmek gerekirse, bu türden zorunlulukların sadece kamu hizmeti algılamasına maruz bırakılan şehir içi otobüs taşımacılığı veya eğitim faaliyetleri gibi sektörlerde değil, tamamen özel hukuk tahtında

⁸⁷ Özel eğitim kuruluşlarında zorunlu olarak belirli oranda öğrencinin idare tarafından belirlenmesi ve özel eğitim kurumlarında bedelsiz eğitim görmeleri yolundaki bu uygulamanın Anayasa'ya uygunluğu hakkında Anayasa Mahkemesi'nin ilginç sayılabilecek kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁸⁸ Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 239.

⁸⁹ Danıştay 10. Dairesi'nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 95, s. 641 vd..

⁹⁰ Bu tür zorunlulukların, idare ile özel sektör arasındaki ruhsat veya sözleşmenin bir hükmü olarak da belirlenebildiği görülmektedir, buna dair Ankara Büyükşehir Belediyesi EGO İşletmesi'nin uygulaması için bkz A. Serap Fırat; Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998, s. 88.

yürütülen ve kamu hizmetiyle ilişkisi bugüne kadar da ileri sürülmemiş bulunan faaliyet alanlarında da geçerlik kazandığı görülebilmektedir. Sözelimi, belirli sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin yasayla öngörülen oranda sakat veya eski hükümlü istihdam etme zorunluluğu bulunmaktadır.⁹¹ Dolayısıyla, bu türden zorunlulukların getirilebilmesi için “kamu hizmeti etiketini yapıştırmak” gibi bir keyfiyet, mutlaka zorunlu tutulmamak icap etse gerektir.

Ne var ki, yasal düzenlemeyle özel hukuka tâbi kılınan –ve fakat niteliği gereği kamu hizmeti olduğu hâlâ savlanabilecek olan- faaliyet alanlarında idare ile özel sektör girişimcisi arasında bir sözleşme ilişkisi içine girilmesi, yukarıdaki paragrafta vardığımız sonucun burada da geçerli olmasının önüne geçmektedir kanısındayız. İstenildiği kadar “niteliği gereği kamu hizmeti” sayılsın; bir kez ortada sözleşme kurgusu içine girildi ise, bu noktadan sonra artık kamu hizmeti ilkesinin gereklerinin uygulanabileceğinden bahsedebilmek, pek zordur. Sözelimi, özel halk otobüslerine indirimli bilet uygulaması zorunluluğu, ortada ruhsat yerine bir sözleşme ilişkisine yer verildiği takdirde, herhalde aynı rahatlıkla uygulanamayacak olsa gerektir.

Dolayısıyla, kanımızca, teorik açıdan bu durumun hâlâ mümkün olduğu yolunda zorlama bir uç yoruma gidilebilirse de, pratik bakımdan bunun mümkün olamayacağı yahut uygulanamayacağı açıktır; meğer ki sözleşmenin bizatihi kendi içerisinde idareye kamu hizmeti ilkelerinin uygulanabileceği yönünde yetkiler tanıyan hükümlere sözleşmenin diğer tarafı olan özel girişimci razı gelmiş bulunsun.⁹² Giderek, kanımız odur ki, bu yöndeki olası bir “uç kuramsal yorum”,

⁹¹ Bkz. Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003, s. 237, 238.

⁹² Sözleşmede bu yönde bir hükme yer verilmişse, bu defa idarenin dayandığı hususun, kamu hizmetinin sözleşmenin dışında bizatihi kamusal alandan aldığı dayanak değil, sözleşmeden kaynaklanan bir yetki olduğundan bahsedilebilecektir; bu durum, açıktır ki, kamusal alan dışında bir icazet alanının varlığını gösterir. Oysa, kamu hizmeti ilkeleri, sözleşmelerin içerisinde yer verildiği için geçerlik bulmaz; gücünü mutlaka sözleşme hükümlerinden değil, aslî olarak kamu (idare) hukukunun kamu hizmetleri bakımından varlık kazandırdığı “kamu hizmeti ilkeleri”nden

uygulanamaz bir teoriden ibaret olmaya mahkum kalacaktır.

Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin "niteliği gereği" ibaresine yer verdiği karardaki gerekçesi öğretide kimi yazarlar tarafından eleştirilse de⁹³, belki "doğası gereği" bu hizmetlerin kamu hizmeti (imtiyaz) sayılmayacakları ve bu anlamda AYM kararının yanlışlığı savlanabilir; ancak, karara konu faaliyetlerin o an itibarıyla büründürüldükleri biçim bağlamında "niteliği gereği" kamu hizmeti (imtiyaz) teşkil ettiği ve yasamanın bu keyfiyeti aksi bir düzenlemeyle bertaraf edemeyeceği hususu –kanaatimizce- doğrudur. Burada asıl sorun, "niteliğin" mahiyeti üzerinde düşünülmenecektir.

Çalışmamızın muhtelif kısımlarında değinilmekte olduğu üzere, bize göre nitelikten kasıt, piyasa koşulları içerisinde gerektiği biçimde tatmin edilemeyen hizmetler bakımından idarenin müdahalesine gereksinim duyulması dolayısıyla "kamusal alana aktarılma" zorunluluğu doğan her alanda, "tatmin edilemeyen kısımla sınırlı olmak üzere" bir kamu hizmeti niteliğinin ortaya çıkmakta

alır. (İdarenin kamu hizmeti ilkelerini uygulayabilmesi için idari sözleşmelerde idareye üstün yetkiler tanıyan hükümlere yer verilmesinin zorunlu olmadığı, bu yetkilerin sözleşme dışı, idare hukukunun kamu hizmetine ilişkin ilkeleri kaynaklı olduğu hususunda bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 326.) Bununla birlikte, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşme dışından kaynaklandığı görüşü kabul edilirse, sözleşme ilişkisinin özel kişiye yeterli güvenceyi sağlamaktan uzak kalabildiği, sözgelimi, bir belediyenin, özel kişiyle imzalamış bulunduğu kira sözleşmesine rağmen, kiraladığı büfeyi tahliye kararı almış ve uygulamış olmasının Danıştayca onaylandığı da zikredilmektedir (bkz. İbid, 379 no.lu dip not).

Nihayet, bu bağlamda öğretiden bir başka görüşte, idarenin sözleşmenin koşullarını önceden belirleyerek özel kişiye dayatma gücüne sahip olabildiği, ancak özel kişinin yine de isterse sözleşmeyi imzalamayabileceği yaklaşımından hareketle, kamu gücü ayrıcalığının sözleşmeden kaynaklanabileceği; ancak, sözleşmede yer verilmiş olmasa dahi yasa koyucunun iradesiyle de gerçekleşebileceğine ve bu durumda "özel hukuku aşan rejim"den bahsedilebileceğine değinilmekte; ancak, yasal düzenleme bulunmaması durumunda ne olacağına dair bir görüş serdedilmemektedir (bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 31, 32)

⁹³ Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 373, 374.

olduğundan bahsedilebilecektir. Bunun sonucu ise, anılan faaliyet alanının tamamına değil, sadece ilgili zorunluluk alanına yönelik bir müdahale alanından bahsedilmesi gerektiğidir. Bu müdahalenin, kolluk yöntemleriyle –sınırlamalar getirilerek- gerçekleştirilmesi de mümkündür denebilir.

Kanımızca, yasama organının, herhangi bir faaliyet bakımından, sözkonusu faaliyetin –yasamanın getirdiği imtiyaz tanımının dışında kalsa dahi - içerdiği ayrıcalıklar dizisinden dolayı hâlâ kamu hizmeti⁹⁴ veya imtiyaz olarak görülebilmesini engelleme yetkisinin olmaması gerekir. Öğretide buna dair isabetli gördüğümüz bir görüşe burada yer vermeyi yararlı buluyoruz:

“... Bir kamu hizmetinin (belirlenmesinde) ... kanun koyucunun iradesi ... kurucu bir rol (oynamakla beraber) ... bu rolü gereğinden fazla önemsemek de gerekir. Diğer kriterler, özellikle organik kriter temel bir nitelik taşımakta, yoğun olarak belirtilerden symptôme’lardan yararlanmak gerekmektedir (ve bu da mahkemelerce) tesbit edilebilecektir. Kanun koyucunun iradesi ise (sadece) bunların yardımıyla ortaya konacak bir varsayım olacaktır (ve) diğer kriterlerin doğrulamadığı (durumlarda) kanun koyucunun “... kamu hizmeti(dir)” şeklindeki ifadesi kabul görmeyecektir.”⁹⁵

Ancak, hemen belirtelim ki, kamu hizmeti sayılmaya yönelik burada zikrettiğimiz görüşler, bugüne kadar öğretide kamu hizmeti tanımlamasının aldığı görünüm çerçevesinde, bu bakış açısı dikkate alınarak, bu sınırlar içerisinde kalınarak yapılmaktadır. Ne var ki, ilerleyen paragraflarda (bkz. Bölüm 4.2) ayrıntılı bir irdeleme sürecine girmek suretiyle değindiğimiz üzere, bu tartışmalar yapılırken temel bir sorun olarak, kamu hizmetine bağlanan sonucun, keza bu yönde bir tanımlamaya sevkeden temel etkenler ile gereksinimlerin neler olduğu öncelikle tartışılmalı ve belirlenmelidir. Bahsekonu bölümde yer verdiğimiz üzere,

⁹⁴ Doğal olarak burada, kamu hizmeti tanımında “ayrıcalıklar içerme” unsurunun bulunduğu kabulünden hareket edilmesi kaydıyla geçerli bir sav sözkonusu olabilecektir.

⁹⁵ Gülan, Kamu Hizmeti Kavramı, op. cit., s. 154.

kamu hizmeti tanımlaması, kamusal çıkarların veya toplumsal korunma gereksiniminin karşılanmasına yönelik bir mekanizmayı idare hukuku ve idari yargı eliyle oluşturmaya yöneliyor ise, bu bağlamda kamu hizmeti nitelmesi yerine daha başka bir hukuksal kavram veya araç kullanmak uygun ve giderek gerekli olacaktır kanısındayız.

Şu halde, niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerden bahsedilebileceği ifademizin de bu yönde değerlendirilmesinde yarar görürüz. Kastımız odur ki, imtiyaz tanımının şimdiye kadar algılama şeklinden bağımsızlaştırılmış ve gerçek kapsamına kavuşturulmuş bir hale getirilmesi aşamasına değin, imtiyaz tanımında kullanılan başlıca unsur olarak “kamu hizmeti” belirlemesi önemini korumaya devam edecektir.⁹⁶ Bu tür bir paradigma değişimi gerçekleştiği andan itibaren, sanırız kamu hizmeti kavramına yönelik tartışmaların da önemli ölçüde azalacağı söylenebilir.

Dolayısıyla, yinelemek gerekirse, kamu hizmeti tartışmalarında “niteliği gereği” kamu hizmetlerinin varlığı yönündeki tesbitlerimiz de, imtiyaz kavramının öğretilerdeki mevcut algılaması veya halihazırdaki öğretilere ve uygulamaya egemen bulunan paradigma çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu keyfiyet, özellikle enerji sektöründe ayrıcalıklı sözleşmelerin imtiyaz sayılmamasını öngören, “özel hukuk sözleşmesidir” şeklinde yasama organınca girilen düzenlemeler ve buna karşı AYM tarafından ileri sürülen itirazlar meyanında, özellikle dikkatleri çekmek durumundadır. Tüm bu hususlara ilişkin değerlendirmelere ilerideki bölümde yer verdiğimiz üzere, burada daha fazla ayrıntılarına girmeyeceğiz.

⁹⁶ Kuşkusuz, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri sonrasında, yasal düzenlemeler yoluyla imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özel hukuka tâbi kılınabilmesi yolunun açılmış ve bu yönde yasal düzenlemelerin de çıkarılmış bulunduğu anımsanacak olursa, bu yanlış kurgulanmış hatalı süreç sonucunda, artık imtiyaz teşkil edebilecek sözleşmelerde toplumsal korunma gereksinimlerinin ne ölçüde gerçekleşebileceği de tartışmalı bir hale getirilmiş durumdadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit.).

4. Kamu Hizmeti ve İçerik Denetimi

Yukarıdaki paragraflarda, özel girişimciler eliyle görülen kamu hizmetleri bakımından öğretide, idarenin hizmetin gereği gibi yerine getirilmesine yönelik sorumluluğunun devam ettiği yaklaşımının kabul gördüğüne, buna gerekçe olarak ise kamu hizmetlerinde idarenin hizmetin aslî sahibi olduğu anlayışına dayanıldığına değinmiştik (bkz. Bölüm 3).

Bu meyanda, kamu hizmeti alanı olarak belirlenen alanlar ile diğer alanlar arasındaki ayırmda idarenin kamu hizmetine ilişkin sorumluluğunun devam ediyor olması bir ayırıcı unsur olarak betimlenebilmektedir. Bu alanlarda hizmeti yerine getirenin idare olması şeklindeki objektif (veya uzvî) unsurun uygulanamayacağı alanların bulunduğunu belirtmiştik. Sözelimi, eğitim ve sağlık alanlarında faaliyet gösteren özel girişimler yargı kararlarında kamu hizmeti olarak belirlenmiş olduğu gibi, Anayasamızın 47. maddesinde açıkça zikredilen “kamu hizmeti niteliğindeki özel girişimler” de vardır. Nihayet, öğretide de özel girişimlerin kimi zaman kamu hizmeti niteliğinde olabileceklerinin belirtildiğine ve bunların *virtüel* kamu hizmeti adıyla anıldığına da değinmiştik.

Böylece, objektif görüşün öngördüğünün aksine, kamu hizmeti sayılmak için hizmetin idare tarafından yerine getirilmesi gerekmediğini yinelemiş oluyoruz. Bu minvalde bir örnek de, kamu hizmetinin idarece özel kişilere imtiyaz sözleşmeleri yoluyla gördürülmesi bağlamında gündeme gelebilmektedir, ki bu sözleşmeler bakımından, idarenin hizmetin gereği gibi görülmesine ilişkin sorumluluğunun devam edeceği anlayışı benimsenmektedir. Şu halde, özetlersek, gerek yargı, gerek yasama veya öğretideki görüşler uyarınca ortaya çıkan bir “kamu hizmeti alanı” algılamasından bahsedilebilmektedir.

Kamu hizmeti olarak yukarıdaki algılamaların dışında kalan alanlar ise, özel hukuk altında yürütülen faaliyetler olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, doğal olarak bu faaliyetlerin yerine getirilmesi için, hukuk düzeni içerisinde özel kişiler

tarafından idareye başvuru olarak, faaliyet göstermek üzere izin/ruhsat alınması sözkonusudur. İdare, burada ruhsatını verirken, genel sağlık, güvenlik vb. gibi unsurlar bakımından değerlendirmesini yapmakta ve sonuca bağlamaktadır. Ruhsata bağlanmış, yahut bağlanması gerekli görülmemiş faaliyetler bakımından, her halükarda idarenin kamu kudretini haiz olduğu ve genel sağlık, güvenlik gibi gerekçelerle –kuşkusuz Anayasal sınırlarla kısıtlı olarak- faaliyetlerin üzerinde kolluk yetkisini kullanmaya yetkili olduğu ise açıktır.

İşte, bu iki sınıf faaliyetler açısından ayrıma gidilebilmesinde kullanılan bir ölçüt olarak, kamu hizmeti alanı bakımından idarenin, ikinci türdeki faaliyetler üzerinde uyguladığı genel kolluk faaliyetlerinin üzerine çıktığı ve içerik denetimine geçtiği ileri sürülmektedir. Nitekim, öğretilerden bu yöndeki bir görüşte şöyle denilmektedir:

“Özel faaliyetler üzerinde idarenin uyguladığı kolluk denetimi sadece kamu düzeninin korunmasına yönelik “dışsal” bir denetim iken, özel şirket de olsa, idarenin kamu hizmeti yürüten kuruluşlar üzerinde uyguladığı denetim, faaliyetin her bir noktasına nüfuz edebilen “içselleştirilmiş” bir denetimdir.”⁹⁷

Bir başka görüşte de;

“(i) idarenin özel kişilerin yürüttüğü kamu hizmetlerini denetleme yetkisinin bir kolluk yetkisi olmadığını da belirtmek gerekir... (B)urada sözü edilen denetim, kamu hizmetinin özel kişiye devrine temel oluşturan işleme (şartnameye, sözleşmeye) dayanan ve kolluk denetimi sınırlarını aşan bir denetimdir.”⁹⁸

denilmek suretiyle, özel kişilerin yürüttüğü kamu hizmeti olarak adlandırılan hizmetler üzerinde idarenin yetkisinin kolluk denetimini aşan bir

⁹⁷ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 15, 16.

⁹⁸ Giritli / Bilgen / Akgüner; İdare Hukuku, op. cit., s. 847.

nitelik arz ettiği vurgulanmaktadır.

Nihayet, Onar'ın da aynı görüşü benimsediği görülyor. Buna göre, sözgelimi, özel kişiler eliyle yürütölen tramvay işletmesinde idarenin denetim ve gözetimi, otomobil işletmesindeki zabıta (kolluk) denetiminin ötesine geğer ve idare burada, işletme yöntemlerine de müdahale etmek suretiyle içerik denetimini gerçekleştirebilir.⁹⁹

Biz, bu ölçütün yerinde ve giderek doğru bir ölçüt olarak kullanılamayacağı kanısındayız. Buna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmeye bu bölüm içerisindeki hemen ilerleyen paragraflarda yer vermekteyiz.

4.1. İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

Özay'ın belirttiği “idarenin verdiği izin dolayısıyla, hizmetin yürütölmeye sırasında doğan eksikliklerden sorumlu olacağı” anlayışına bu bağlamda yeniden değinmek istiyoruz. Yazarın burada yer verdiği ifadenin, münhasıran kamu hizmetleriyle ilgili faaliyet alanlarına ilişkin olarak serdedildiği görölmektedir.

Oysa, kanımızca, “kamu hizmeti” olarak belirlensin veya belirlenmesin, idarenin izin/ruhsat verdiği tüm alanlarda, bu ruhsatın verilmesiyle ilgili olarak bir sorumluluğunun olduğu ileri sürölebilir. Zira, idare ruhsat vermeden önce, talepte bulunan girişimcinin ilgili faaliyet alanında aranan özellikleri taşıyıp taşımadığı yönünde gerekli araştırmaları yapmak ve bilahare uygun görmesi halinde talebi olumlu yanıtlayarak ruhsatı vermek durumundadır. Ayrıca, verilmiş bulunan ruhsat geğerliğini koruduğu sürece veya iptal edilinceye kadarki süre boyunca özel kişi tarafından yürütölen hizmetin ruhsat koşullarına (genel sağlık, kamu düzeni ve güvenliği gibi) uygun olmasını denetlemekle de görevlidir.

⁹⁹ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 46.

Bu itibarla, verdiği ruhsat dolayısıyla idare bakımından sorumluluğun doğacağı yaklaşımını da doğal karşılamak gerekir. Öte yandan, ruhsat vermek, idarenin kolluk niteliğinde bir faaliyeti olduğuna göre, idarenin kolluk faaliyetlerinden doğacak sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar bu hususta da geçerli olacak demektir.

Ancak, bu sorumluluk, faaliyet gösterilen alanın niteliğine göre belirlenmek durumundadır ve idarenin gözeteyeceği (yahut o faaliyet alanı itibariyle gözetmek zorunda olduğu ileri sürülebilecek) konulara münhasır olacaktır. Dolayısıyla, bu alanların dışında kalan faaliyetler bakımından, kural olarak özel kişinin faaliyeti nedeniyle idareye sorumluluk yüklenememesi gerekir. Bu kapsam dışı alan, özel hukuka ilişkin sorumluluk hukuku ilkelerine/hükümlerine tâbi olabilecektir.

Ancak, hemen belirtelim ki, idarece verilecek ruhsatla ilgili olarak, idarenin ruhsat verme işlemi öncesinde varlığını arayacağı unsurların kapsamı da, tam olarak işte bu sorumlu tutulacağı hususların kapsadığı alan kadardır! Yani, kamu hizmetinde “içerik denetimi” yapacağı kabul edilen idarenin, ruhsat vermeden önce girişimci bakımından arayacağı ve keza ruhsat verdikten sonra da yine kolluk faaliyeti kapsamında varlığını yakından izleyeceği unsurlar ile, hizmetin yürütülmesi sırasında eksikliğinden dolayı sorumlu tutulacağı unsurlar, aynı kapsama alanını oluşturur.

Bu alanın dışında kalacak bir husustan dolayı idarenin sorumlu tutulacağı kabul edilecekse, sözkonusu durum, ancak idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından geçerli olabilir. Bu noktada ise, artık faaliyetin konusunun kamu hizmeti (yahut, bir diğer bakış açısıyla ifade edilirse, kolluk faaliyeti) niteliğinde olup olmaması ayrımının ötesinde, daha başka bir ayrıma geçiş yapma zorunluluğu doğmaktadır.

İdarenin sorumluluğu hususu, derin bir analizi gerektirir. Oysa, çalışmamızın kapsamı bu denli ayrıntılı bir değerlendirmeye elverişli değildir.

Dolayısıyla, bu kısım içindeki ilerleyen paragraflarda, sadece içerik denetimi bağlamında kamu hizmeti veya kolluk ayrımı bakımından gereken ölçüde ve olabildiğince dar kapsamlı bir değerlendirmeye gidilmesi öngörülmektedir.

İdarenin içerik denetimi itibariyle sorumlu olduğuna istinaden bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenebilmesi bağlamında, ilk dikkat edilmesi gereken husus, idarenin sorumlu tutulması ile idarenin bu sorumluluğunun adli yargıda mı, yoksa idari yargıda mı sorumlu olacağı bakımından gündeme gelmektedir. Şayet, içerik denetiminden dolayı bir faaliyet kamu hizmeti sayılmakta ve bu nedenle de idarenin sorumlu olacağı kanaatine varılmakta ise, –ki çalışma içerisinde değinildiği üzere öğretilerdeki egemen anlayışın bu yönde belirlediği görülmektedir–, idarenin adli değil, idari yargıda sorumluluğuna gidiliyor olması gerekeceği açıktır.

Bu husus bir yana bırakılırsa, idarenin sorumluluğuna ilişkin ilk ayırım, sorumluluğun öncelikle idarenin nedensellik bağı içerisinde yer aldığı faaliyetleri itibariyle sözkonusu edilmektedir. Bu alanda, idarenin faaliyetleri itibariyle sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin olarak, “değişen derecelerdeki kusuru”na göre tazminat hükümlerinin kurgulandığı görülüyor. Sözgelimi, öğretilerde sağlık hizmetleri bakımından, önceleri ağır kusura dayanılarak tazminata hükmedilirken, sonraları cerrahi operasyonlar bakımından basit kusurun da yeterli görüldüğüne değinilmektedir.¹⁰⁰

Öğretiden bir diğer görüşe göre de, “(s)ağlık hizmetleri alanında idarenin kusur sorumluluğu genel kural olarak kabul edilmekte ve idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna istisnai olarak başvurulmaktadır.”¹⁰¹ Onar ise, “(d)evlet tarafından verilen sağlık hizmetlerinde hekimin tıbbi operasyon ve tedavi gibi

¹⁰⁰ Kaplan, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, Sy. 19.

¹⁰¹ Birtek, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, EÜHFD, C. 2, Sy. 3-4, 2007 (www.turkhukuk sitesi.com).

işlevlerinden dolayı idarenin sorumluluğu için ağır kusurun arandığı görülmektedir” demektedir.¹⁰²

Gürsel’in çalışmasında, kamu hastanelerinde özel muayene olan ve tıbbi tedavi gören hastalar ile bu işleri özel ücret karşılığında yapan hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine yönelik incelemeye de yer verilmekte; özel ücret ödenmesi dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi haline gelmeyeceği ve kamusal alanda kalmaya devam edeceği vurgulanmaktadır. Tersinden akıl yürütmeye, özel hastanelerdeki hekim-hasta ilişkisinin özel hukuka bağlı sorumluluk çerçevesinde görüleceği ve bu ilişkinin kamu hukuku alanına taşınmayacağı, dolayısıyla kamu hizmeti olarak algılanan bu hizmetten dolayı idarenin devlet hastanelerinde gündeme gelen sorumluluğuyla –en azından- aynı düzeyde sorumluluğa tabi tutulmayacağı savlanabilir.

Nitekim, anılan eserde özel kişilerce yerine getirilen sağlık hizmetlerinden sorumluluğun, sadece tehlikeli ve yüksek risk içeren sağlık hizmetleri bakımından (bunlar, idarenin denetlemesi gereken alanlar kapsamında yer aldığı veçhile) ve idareye yüklenebilecek bir denetim kusuru bağlamında gündeme getirilebildiği de dikkat çekmektedir. Buna göre;

“Devlet ile kan merkezleri arasındaki “sıkı işbirliğini” dikkate alan Fransız Danıştay’ı, kan merkezlerinin hatası da bulunsa, Devletin, düzenleme ve denetleme görevlerini yerine getirmemesi nedeniyle, zararı tümüyle karşılaması gerektiğine hükmetmektedir.

Ayrıca, zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçları idareye yüklenebildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idare bundan sorumlu tutulmaktadır.”¹⁰³

¹⁰² Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1741.

¹⁰³ Kaplan, İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki

Oysa, ülkemizde Kızılay ve AIDS'li kan dolayısıyla ortaya çıkan zarara ilişkin uyuşmazlığın adli yargı tarafından karara bağlandığı ve zarar görenin idare tarafından –haksız fiil dolayısıyla- tazminine hükmedildiğine dair örnekler görülmektedir.¹⁰⁴ Yine, SSK hastanesindeki sağlık hizmetlerinden doğan zararların da –arada iş akdinin olmasına dayanarak- adli yargıda karara bağlandığı; oysa, aynı tür davaların idari yargıda da görülmekte olduğunun örneklerine rastlandığı veçhile, bir “olumlu görev uyuşmazlığının” ortaya çıktığı görülmektedir.¹⁰⁵

Şu halde, idarenin özel kişilerce verilen sağlık hizmetlerinden sorumluluğu için, faaliyetin içerdiği risk oranına göre ağırlaşan veya yoğunlaşan denetim/gözetim görevini ihmal etmiş olması gerektiği anlaşılıyor. Bu ise, idarenin kolluk görevinden farklı bir niteliğe bürünme anlamına gelemez. Sadece, idare tarafından faaliyet alanının özelliğine göre değişik kapsamda denetim/gözetim görevi ifa ediliyor olmaktadır. İster sağlık alanında, ister sıradan özel girişim alanlarında olsun, her ikisinde de idarenin sorumluluğu aynı unsurdan kaynaklanmaktadır: Kolluk görevinin gerektiği gibi yerine getirilmemesi.

Nitekim, öğretilerde –isabetli bulduğumuz- aynı yöndeki bir görüşe hemen yer vermek istiyoruz. Buna göre;

“Özel hukuk kişilerince verilen hizmetinden idarenin kural olarak sorumlu tutulması sözkonusu değildir... (İdarenin sorumlu tutulabilmesi) için idari eylem veya işlemin bulunması ve bu eylem ve işlemin hukuka aykırı olarak zarara neden olması gerekmektedir... (Zarar idarenin gözetim ve denetiminde gerekli

Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, op. cit..

¹⁰⁴ Bkz. Baş, Zühal Bereket; Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2002, s. 225 (www.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 11 Ocak, 2008).

¹⁰⁵ İbid..

tesbitleri yapması ve bunun) sonucunda aykırılıkları bulmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü gerekmektedir... (Bu bağlamda ü)zerinde durulması gereken... husus, idarenin gözetim ve denetim kusurları nedeniyle zararın meydana gelmesinden dolayı idare sorumlu olsa bile bu sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığıdır. Zira özel sağlık hizmetlerinden dolayı idareye verilen gözetim ve denetim yetkisi bir sağlık hizmeti değil idarenin asli diğer görevlerindedir. Bu nedenle idarenin bu sorumluluğu(nun) genel tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.”¹⁰⁶

Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak öğretilen bir görüşte ise, aşağıdaki saptamalar yapılmaktadır:

“Türk Danıştay’ının kararlarına bakıldığında, özellikle sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan kusurlu sorumluluk hallerinde, hizmet kusuru şartını olmazsa olmaz kabul ettiği; Fransız Danıştay’ının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince devlete tazmin mükellefiyeti yüklediği kan ürünleri, AIDS, zorunlu aşı ve bulaşıcı virüs hastalıkları gibi alanlarda dahi hizmet kusuru çerçevesinde çözüm geliştirmeye çalıştığı görülmektedir.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Bkz. Kızılyel, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, DÜSBE, Diyarbakır, 2006, s. 99 (www.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 29 Ocak, 2009). Bununla birlikte, yazarın özel sağlık hizmetlerinin *virtüel* kamu hizmetleri olduğunu ve bundan dolayı hizmetin kusurlu olması halinde bundan kimin sorumlu olacağı bakımından bu tanımlamanın önemli olduğuna da değinmiş olmasında (bkz. İbid., s. 37, 45) isabet göremiyoruz. Zira, yazarın da belirttiği gibi, özel sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu denetim ve gözetimi gerektiği gibi yapmamaktan kaynaklanan, sağlık hizmeti ile bağlantısız bir denetim/gözetim faaliyeti, yani bir başka deyişle kolluk faaliyeti şeklinde ise, bu halde ne için “*virtüel* kamu hizmetidir” yollu bir tanımlamaya gidilmesi gerekeceği pek anlamlı olmayacak ve açıklamaya muhtaç kalacaktır.

¹⁰⁷ Birtek, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, op. cit..

Şu halde, yukarıdaki yer verilen görüşler de dikkate alınarak, kamu hizmeti olarak algılanan faaliyetlerin özel sektör tarafından görülmesi halinde idarenin bu hizmetin gerektiği gibi görülmemesinden dolayı sorumluluğun devam edeceği anlayışının ne denli uygulamaya yansıdığı da sorgulanmak gerekir. Aynı keyfiyetin, içerik denetimi çerçevesinde sözgelimi özel kişilerce yürütülen eğitim hizmetleri bakımından da ne denli sözkonusu olabildiği ve uygulamaya yansıyabildiği ayrıca düşünölmek gerekir sanırız.

Nitekim, bugüne kadar, özel eğitim kurumlarındaki eğitimin düşük kalitede sunulması nedeniyle, idarenin hizmetin gereği gibi sunulmamasından dolayı tazmin kararlarına maruz kalması yönünde bir uygulama, bilebildiğimiz kadarıyla gündeme gelmiş bir husus değildir. Hatta, aynı durumun idarenin kendisinin yürüttüğü eğitim hizmetleri bakımından sözkonusu olabilmesi de, tesadüf edilmiş bir keyfiyet olmaktan uzaktır. Bugüne kadar, sözgelimi, Anadolu'nun bir ilçesine atanmış bir yabancı dil öğretmeninin yetersizliğinden dolayı dil öğrenimini yeterince geliştiremeyen bir öğrencinin, idareye karşı dava açmış olması da – yine, bilebildiğimiz kadarıyla- karşılaşılmış bir uygulama değildir.

Giderek, idarenin sorumluluğuna dair yayımlanan pek çok çalışmada, sorumluluğun hemen daima idarenin bir eylemi dolayısıyla sorumluluğu üzerinden kurgulandığı, hatta idareye atfedilebilecek bir işlem veya eylemin sözkonusu olmaması hallerinde sosyal risk kapsamı altında sorumluluğun bulunabileceği yolunda da görüşlere yer verilmektedir. Sosyal risk anlamında ortaya çıkan durumun, idarenin güvenliği sağlama görevi dolayısıyla bir kolluk görevi bulunduğu ve kusursuz da olsa sosyal risk algılamasıyla idarenin buradaki sorumluluğuna hükmedildiği söylenebilir. Bununla birlikte, bu tür sorumluluğun pozitif hukuk tahtında bir düzenlemeye dayanmayıp, sadece yargı içtihatları bağlamında olanak dahiline konulduğu da söylenebilir.

Ancak, son dönemde terör olayları çerçevesinde sosyal risk konusuna ilişkin bir yasal düzenlemeye gidilmiştir: 27 Temmuz, 2004 tarih ve 5233 sayılı

“Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”. Bu düzenlemede, yargısal içtihatlarla kabul edilmiş olan sosyal risk ilkesini esas alan bir anlayışı kabul görmekte ve terör eylemleri sonucu meydana gelen zararlarda illiyet bağı dahi aranmaksızın idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmek suretiyle, sorumluluk hukukunun illiyet bağının varlığını şart koşan ana ilkesine önemli bir istisna getirilmektedir.¹⁰⁸

Öte yandan, sosyal risk yaklaşımına ilişkin olarak, anılan yasal düzenlemeye karşı eleştiriler bağlamında öğretilen bir görüşe özetleyerek yer vermekte yarar görüyoruz:

“... Ne kamu hukuku alanında ne de özel hukuk alanında illiyet bağının aranmadığı bir kusursuz sorumluluk anlayışı bulunmaktadır. Bu yönüyle sosyal risk teorisi son derece istisnai bir özelliktedir... Terörü önlemenin Devletin asli görevleri arasında bulunduğu, dolayısıyla devletin bu neviden eylemleri önleyememesi halinde sorumlu olduğu şeklindeki gerekçe, eksik ve yetersizdir. Çünkü, terörü önlemek devletin asli görevlerinden yalnızca birisidir... (Bu görüşün) kabulü durumunda, örneğin... işsiz vatandaşların hatta kuş gripi sebebi ile mağdur olan çiftçilerin maddi ve manevi zararlarının, İdareye atfedilebilecek bir kusur olmasa dahi, İdarece tazmin edilmesi gerekmektedir... Devletin fonksiyonlarından yalnızca birisinin gözetilmesi, devletin asli görevleri arasında adeta hiyerarşik bir sıra olduğunu kanaati ile karar verilmesi, hukuka uygun bir yorum tarzı değildir.”¹⁰⁹

Şu halde, terör olaylarında dahi sosyal risk ilkesinin çok sınırlı biçimde uygulandığını söylemek mümkündür. Bu itibarla, sağlık veya eğitim sektörlerinde özel kişilerce yürütülen hizmetler dolayısıyla idarenin sorumluluğunu sosyal risk ilkesine dayandırmaktan sözedilemeyecek, ancak ve sadece idarenin yakın

¹⁰⁸ Bkz. Aslan, Metin; İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu, Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

¹⁰⁹ İbid..

denetim ve gözetim görevini ifa edememesinden ötürü kusurunun bulunduğu gerekçesiyle sorumlu tutulabileceğinden söz edilebilecektir.

Bunun ise, kolluk faaliyetlerinden dolayı sorumluluk genel ilkesinden ayrılan bir yanı yoktur. Fark, sadece genel kolluk kapsamında yürütülen faaliyetlerin kapsamına kıyasla özellikli hizmet olarak algılanabilecek eğitim ve sağlık gibi faaliyetlerde, bu faaliyetleri yürüten özel kişiler üzerinde daha geniş kapsamlı bir kolluk faaliyeti yürütülmesinin sözkonusu olmasıdır; yani, “kapsam genişliğinden” başkaca bir “nitelik farklılığı” bulunmamaktadır.

Oysa bu kapsam genişliği, özel kişilerin yürüte geldiği ve öğretide kamu hizmeti faaliyeti şeklinde bir tanımlamaya maruz bırakılmayan, bununla birlikte tehlikeli yahut özellikli nitelik arz eden pek çok faaliyet alanında da ziyadesiyle sözkonusudur; uçak taşımacılığı veya rafineri işletmeciliği, vb. gibi.

Bunun yanısıra, gözden kaçırılmaması gereken husus, kamu hizmetinin özel sektör eliyle görülmesi sırasındaki eksiklikler dolayısıyla, özel kişinin kusurlu olduğu durumlarda veya ortada hiçbir kusur olmasa dahi, idarenin –tehlike sorumluluğuna benzer şekilde- sorumluluğuna gidileceği yönünde bir görüşe tesadüf edilmemektedir.

Kaldı ki, Anayasamızın 125. maddesi uyarınca, idarenin her türlü faaliyeti yargı denetimine açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarında da, kolluk faaliyeti istisnasız biçimde kamu hizmeti sayılmıştır; Danıştay'ın görüşü de aynı yöndedir.¹¹⁰ Dolayısıyla, kolluk da –yargı içtihatları itibarıyla- hukukumuzda kamu hizmeti niteliğinde algılanmaktadır ve geniş anlamda kamu hizmeti olarak adlandırılır. Şu halde, idarenin kamu hizmetlerinden dolayı aslî sorumluluğunun devam edeceği hususu kabul görecektir ise, bu husus sadece dar anlamdaki kamu hizmetlerine münhasır kılınamaz. Kolluk faaliyetleri bakımından da, bu faaliyetler

¹¹⁰ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 77.

“geniş anlamda kamu hizmeti” kapsamı içerisinde yer aldığı veçhile, idarenin her türlü faaliyetinden dolayı sorumlu tutulacağı anlayışı uyarınca sorumluluğunun bulunacağı anlayışının egemen kılınması gerektir.

Esasen, mantık gereği de, dar anlamıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olduğu hemen tüm idare hukuk öğretisinde ittifakla kabul gören idarenin, bu kapsamdaki kamu hizmetlerine kıyasla evveliyetle yürütmek zorunda olduğunda kuşku duyulmayan kolluk faaliyetlerinden (yani, geniş anlamıyla kamu hizmetlerinden) dolayı “hizmetin (yani faaliyetin) aslı sorumlusu” durumunda olacağı, doğal bir mantıksal çıkarım olarak belirtilebilmek gerektir.

4.2. İçerik Denetimi Ayrımının Temelsizliği

Öğretide, kamu hizmetleri bakımından, “herhangi bir özel faaliyet üzerinde devletin yaptığı **kolluk** denetimine göre çok daha yoğun bir denetim(in)”¹¹¹ sözkonusu olduğu ileri sürülmektedir.

Oysa, kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetlerde kolluk hizmetlerine kıyasla denetim açısından ortaya çıkan yegâne farklı durum, bu hizmetlerin özel sektör eliyle görülmesi durumunda, idarenin, hizmetin gerektirdiği ölçüde ve kapsamda içeriğe yönelik kurallar getirmek suretiyle, normalde tüm alanlar itibariyle yürüttüğü kolluk faaliyetini bu defa daha kapsamlı ve ayrıntılı biçimde tatbik ediyor olmasından başka bir şey değildir! Dolayısıyla, kamu hizmeti sayılan faaliyetlerde sözü edilen bu “içerik” denetimi, bir kolluk faaliyeti olmaktan öte gitmemektedir kanısındayız.

Bu itibarla, kimi kamu hizmetleri bakımından içeriğe yönelik idare tarafından müdahalede bulunulduğu gerekçesiyle kolluk faaliyetlerinin başka,

¹¹¹ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 15.

kamu hizmeti denetiminin başka nitelikte olduğu sonucuna varmanın hukuken doğru bir irdeleme yahut yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz.

İdare tarafından gerçekleştirilen denetimin sıradan genel denetimin sınırlarını aşmak suretiyle içerik denetimine girecek bir tarza büründürülmesini temel alan görüşün neden çözümleyici bir yaklaşım içermeyeceğini, şu şekilde açıklayabiliriz: Yukarıdaki paragraflarda değinildiği üzere, öğretilerdeki kimi görüşlerde, kamu hizmeti anlayışına esas tutulan faaliyetler itibarıyla, idare tarafından yapılan denetimin içeriğe ilişkin ("*intrinsèque*", yahut özünü, öze ilişkin) nitelikte cereyan ettiği ileri sürülmektedir.

Buna göre, kamu hizmetleri sözkonusu oldukça, genel sağlık ve güvenlik konusuna irtibat eden kolluk niteliğindeki faaliyetlerin ötesine geçerek, hizmetin içeriğine müdahale edecek derecede bir denetimin yapılabilirdiğinden sözedilmektedir. Sözelimi, elektrik sektörü bakımından bir üretim veya dağıtım tesisinde hangi türden kablonun kullanılacağı veya doğalgaz dağıtımında hangi cins, ölçü veya kalitede boru kullanılacağı hususunda idare tarafından müdahalede veya belirlemelerde bulunulabileceği savunulmaktadır.¹¹²

¹¹² Bkz. İbid, s. 16. Anılan görüşte ayrıca, bahsekonu sınırlamalar özel girişim özgürlüğüne sınırlama getirdiği veçhile, bu sınırlamaların kanunla getirildiği belirtilmektedir. Oysa, kamu hizmetlerinden söz edildiğinde, öğretilerde bu faaliyetlerin kamusal alana dahil edilmiş olduğu ve idare hukuku ilkelerine göre idarenin faaliyet üzerinde –üstelik, içeriğe yönelik olarak- müdahale olanağı doğduğu anlayışı egemen olduğuna göre, bu bağlamda şöyle bir çelişkinin doğduğu söylenebilir: Kanunla bir sınırlama getirilmemiş ise, idare hukukunun kamu hizmeti bağlamında kabul gören (kamu hizmetinin kâr amaçlı olamayacağı, sürekli ve kesintisiz sunulması veya uyarlama gereksinimi gibi) ilkeleri uygulanamayacak mıdır? Zira, kamu hizmetinin bilinen ilkelerinden kimilerinin kaynağını Anayasa’da bulmak mümkün olmakla birlikte, bir kısmı içtihat kökenli olmaya devam etmektedir (bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 190; keza, benzer yorum için bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 72).

Aynı görüşe göre, sözgelimi, kamu hizmeti niteliği taşımadığı varsayılan pastane işletmeciliğinde, ürünlerin hangi türden yağ kullanılarak imal edileceğine yönelik olarak idarece herhangi bir müdahalede bulunulmamaktadır. Bu gibi alanlarda idarenin denetimi, sadece üretimde kullanılan malzemenin genel sağlık kurallarına uyması gereğiyle sınırlı kalmaktadır.

Bu yaklaşımın gözden kaçırdığını düşündüğümüz husus ise, bahse konu örnek bağlamında, şöyle ifade edilebilir: Pastane işletmeciliğinde, idarenin üretilen ürünün niteliğine veya cinsine karışmaması, bu hususun toplum sağlığı veya güvenliği açısından önem taşıması özelliğinden ileri gelir. Oysa, elektrik sektöründeki faaliyetlerin toplum sağlığı veya güvenliği açısından maruz bırakılması gerekli görülecek hususlar, çok daha geniş bir kapsamda düzenlemeye gidilmesini gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, anılan her iki alanda da, idare tarafından yapılan işlem, özü itibarıyla toplum sağlığı ve güvenliğini korumaktan başka bir özellik arz etmemektedir.

Kaldı ki, sözgelimi elektrik sektöründe veya doğal gaz dağıtım şebekesi işletmeciliğinde, idarenin işletmede kullanılacak boruların niteliğine ilişkin “içerik” ölçüğüne vardığı savlanan denetimi, faaliyeti kimin yürüttüğünden bağımsız olarak, ister özel kişilerce, ister idare tarafından gerçekleştirilsin, aynı derecede uygulanmak zorundadır. Zira, her iki işletme türünde de belirli türden bir borunun kullanılması zorunluluğu, sadece teknik gereklilikten kaynaklanmaktadır!

Bu itibarla, aynı nitelikteki her iki işlem arasında, sadece ve münhasıran nicelik, yani kapsam genişliği itibarıyla bir ayrıma gidilebilmesinin anlamlı ve giderek olanaklı bulunamayacağını düşünüyoruz. İkinci türden faaliyetler bakımından kapsamın geniş tutulması, niteliklerindeki bir değişiklikten dolayı değil, sadece aynı genel sağlık ve güvenlik amacının bir gereği olarak daha ayrıntılı bir denetim listesinin ortaya çıkması gerekliliğinden başkaca bir husus içermemektedir.

Bir başka ifadeyle, elektrik sektöründeki denetimin ilave unsurlar içeren bir görünüm içermesi, idarenin türlü saiklerle ilave koşullar getirmesi çerçevesinde cereyan etmez. Pasta üretiminde sözkonusu olan “toplum sağlığı ve güvenliğini koruma” gereksinimi, hiçbir değişiklik olmaksızın, elektrik üretimi sektöründe de aynen geçerlidir ve uygulanmaktadır. Değişen yegâne unsur, bu ikinci sektörde toplumun güvenliğinin sağlanabilmesi için daha uzun veya ayrıntılı bir denetim listesinin ortaya çıkıyor olmasıdır.

Dolayısıyla, salt bahsekonu listenin genişliğine dayanarak bu yolda bir ayrıma gidilebilmesinin yerinde bir değerlendirme olarak görülmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Dikkat edilirse, genel sağlık ve güvenlik mülahazalarının ötesine taşan bir denetim unsurunun varlığından sözedebilmek, böylesi bir ayrıma gidebilmenin önkoşulu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, sözgelimi elektrik üretimi için, toplum sağlığı veya güvenliği bakımından gerekli görülmeyen bir koşulun varlığından bahsedilmemektedir. Sözgelimi, doğalgaz dağıtımı için alimünyum veya demir boru kullanımı bir önem taşıyorsa, bu yönde bir müdahalede de bulunulmamaktadır. Doğal gaz veya elektrik dağıtım şebekelerinde bağlantı kurulması veya istenilen yerlere anılan hizmetlerin götürülmesi gibi, sözleşme serbestisi anlayışını bozucu müdahalelere¹¹³ bu sektörlerde rastlanması ise, içerik denetimi yapılması gereğinden ziyade, “piyasa koşullarında bu hizmetin başka türlü yerine getirilememesi” gibi son derece basit ve temel bir gereksinimden doğmaktadır.

İçerik denetiminden bahsedilmediği görülen pek çok diğer sektörde de, nitekim, piyasa koşullarında hizmetin gerektiği şekilde halka sunulması sözkonusu edilemediği durumlarda, devlet tarafından müdahalede bulunulabilmektedir. Bu husus, fiyatların idarece tesbit edilmesi şeklinde cereyan

¹¹³ Bkz. Ayrancı, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, op. cit., s. 237, 238.

edebildiği gibi (sözgelimi ekmek üretimi veya 4 Aralık, 2003 tarih ve 5015 sayılı Petrol Kanunu¹¹⁴ öncesinde petrol ürünleri veya sıvılaştırılmış gaz yahut sair üretim maddelerinde rastlanan üst fiyat (narh) uygulaması¹¹⁵ bu meyanda zikredilebilir). Bu keyfiyet, üretim sürecinde kamu sağlığı ve güvenliğine yönelik müdahaleler-belirlemeler (sözgelimi, hamur yoğurulan kazanların pas tutmayan çelik kullanılarak üretilmiş olmasının zorunlu kılınabilmesi, vb. gibi) şeklinde de cereyan edebilmektedir.

İçerik denetimine göre kamu hizmeti algılamasına varılacağı anlayışından hareket eden bir diğer görüşte, fırıncılık faaliyetlerini yürüten işletmelerin “yakın gözetim” altında bulunmadığı da savlanmaktadır, buna göre;

“... özel şahısların yaptıkları bir takım etkinlikler vardır ki bunlar da kamu gereksinimine yaradıkları, dolayısıyla kamu yararına hizmet ettikleri halde, kamu hizmeti sayılmazlar. Örneğin, ... fırıncı veya şoför gibi zorunlu gereksinimler alanında çalışan bir takım meslek mensuplarının etkinlikleri kamu hizmeti sayılmaz. Zira, bu gibi etkinlikler bir kamu kurumunun yakın gözetimi altında bulunmazlar.”¹¹⁶

Yine, bu minvalde değinilmek gerekirse, sözgelimi, akaryakıt duraklarında (istasyonlarında) dolum yapan görevlilere, ortamın teknik güvenliğini sağlamak amacıyla statik elektriklenmeyi önleyici türden ayakkabı veya giysi kullanma zorunluluğu getirilebilir; zira, aksi halde, dolum yapan görevlinin metal ile teması sırasında oluşacak bir kıvılcımın tehlike yaratacağı savlanabilir. Keza, binalarda ısı kaybını önleyecek, enerji verimliliğini sağlayacak türden bir yapı malzemesi zorunlu kılınabilir. Bir kaç yıl öncesinde enerji tasarrufu amacıyla Japonya’da ve son zamanlarda ülkemizde görüldüğü üzere, kamu personeline yaz aylarında

¹¹⁴ 20 Aralık, 2003 tarih ve 25322 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁵ Bkz. Çal, Sedat; Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi, AÜHFİD, C. 51, Sy. 2, 2002, s. 176, 177, 184.

¹¹⁶ Alpar, Erol; Yönetim Hukuku ve Özellikleri, AYİM Dergisi, Sy. 14.

kravat takma zorunluluğu kaldırılabilir. Özetle, içeriğe dair kamu ve/veya özel alanda pek çok müdahaleden bahsedilebilecektir.

Nitekim, Danıştay'ın bir kararında, bir ekmek fırınının ahşap yapıdaki binada faaliyet göstermesine –yönetmeliğe aykırı olarak- idarece ruhsat (izin) verilmiş olması –ve yörede itfaiye hizmetlerinin kurulmamış bulunmaması-gerekçelerine dayanılarak, çıkan yangında zarar gören fırın sahibinin tazmin edilmesine yönelik karar verildiği görülebilmektedir.¹¹⁷ Keza, tehlikeli madde üreten bir binanın beşinci (en üst) katında faaliyetine izin verilen okulun, binadaki bu tehlikeli maddenin patlamasıyla dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmin edilmesine yönelik bir Danıştay kararı da bulunmaktadır.¹¹⁸

Bütün bu örneklerden de görüleceği üzere, idarenin özel kişiler eliyle yürütülen faaliyetler bağlamında değişik derecelerde kolluk denetimi uygulaması sözkonusudur. Kanımızca, bunların içerik denetimine girip girmeme şeklinde nitelik bakımından bir ayırımına gidilememesi gerekir. Bu meyanda, sadece bir nicelik (yahut, kapsama alanı) farklılığından söz edilebilir; ki bize göre münhasıran buna dayanılarak kamu hizmeti niteliğinde olup olmama keyfiyetini belirlemek olanağı bulunmasa gerektir.

¹¹⁷ Bkz. Danıştay 11. Dairesi'nin 4 Ekim, 1977 tarih ve E. 1976/11, K. 1977/3377 sayılı kararı, Danıştay 11. Daire Kararları 1971-1981, Danıştay Yayınları, s. 286'dan aktaran: Baş, Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları, op. cit., s. 90.

¹¹⁸ Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 2 Mayıs, 1983 tarih ve E. 1982/2463, K. 1983/1022 sayılı kararı. Kararda atıfta bulunulan bilirkişi raporunda yer verilen ifadeler ile bu meyanda “bir çarşıda yangına karşı alınması gerekli önlemlerle imalathane ve okulun bulunduğu bir binada yangına karşı alınması gerekli önlemlerin farklı olduğu” yönündeki görüşler, denetimin ve gözetimin “içerik denetimi” olup olmamasına göre ayırım yapılamayacağı, sadece işin niteliğine göre “nicelik veya kapsam farklılığından” bahsedilebileceği temelindeki görüşümüzü teyid eder görünmektedir.

Nihayet, Fransız öğretisindeki bir görüşün de, yukarıda belirttiğimiz yaklaşımımızla –dolaylı yoldan- aynı doğrultuda ve hatta destekleyici mahiyette olduğu savlanabilir. Buna göre, bir faaliyetin idare tarafından düzenlenme derecesinin, faaliyeti kamu hizmetine dönüştürmeye yettiği kabul edilirse, kamu hizmeti ile kolluk arasındaki geleneksel ayırım zayıflayacaktır.¹¹⁹

Dolayısıyla, öğretide ileri sürüldüğü gibi;

“tipik bir özel faaliyet olarak bir özel kişinin işlettiği restoranda verilen yemek hizmeti üzerinde idarenin uyguladığı denetim kolluk denetimidir ve bu denetim kamu düzeninin korunmasıyla sınırlı olup, idare sadece restoranda verilen yemeklerin kamu sağlığına zararlı olup olmadığı veya restoranın güvenlik ve huzuru bozup bozmadığı yönüyle sınırlı bir “dış denetim” uygulayabilir. İdare, işletmecinin yemeklerde zeytinyağı veya tereyağı kullanma tercihine karışmadığı gibi, vejeteryan restoranında işletmeciyi et yemekleri yapmaya zorlayamaz”¹²⁰

yolundaki görüş, işletmecinin idare tarafından sağlık gerekçesiyle belirli türden yağ kullanmasını zorlayabileceği hususu dikkate alındığında, işin esasını gözden ırak tutuyor denebilir.

Açıktır ki, idarenin buradaki işletmeciye müdahale etmemesi, belirli bir zaman dilimindeki kamu sağlığı anlayışının kapsamına bağlıdır ve yeri geldiğinde, kullanılan malzemeye dahi kamu sağlığına istinaden müdahalede bulunulabildiği görülmektedir. Sözelimi, 1980’li yıllarda idarenin, deterjan üreten fabrikaların üretimde kullandığı ürünün suda çözünürlüğü konusunda sıkıntılar yaşandığı ve halk sağlığını olumsuz yönde etkilediği gerekçesiyle, suda çözünen

¹¹⁹ Jean Louis de Corail (L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites, AJDA, 1997, özel sayı, s. 23, 24)’den aktaran: Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 270.

¹²⁰ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 16.

bir ham maddenin üretimde kullanımını zorunlu tuttuğu hatırlanacaktır.

Yine, sözgelimi, petrol rafinerilerinde belirli bir maddenin üretim sürecinde kullanılmasının halk sağlığı açısından yasaklanması yönünde, Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya eyaletinde –yatırım tahkimine de konu edildiği bilinen- bir uygulamaya rastlanabilmektedir.¹²¹ Keza, kullanılan kızartma yağlarının kanser hastalıklarını tetikleyici etki yaratabilmesi nedeniyle, lokantalarda belli türden kızartma yağı tüketimi de zorunlu tutulabilmektedir.

Kaldı ki, halihazırda idareden aldığı ruhsat tahtında faaliyet gösteren kimi özel sektör faaliyetlerinde de idarece içerik denetimi denilebilecek ölçüde yoğun denetim-gözetim uygulanmakta, oysa bu faaliyetlerde “kamu hizmeti ve kamusal rejim uygulanıyor” şeklinde bir algılamaya gidilmemektedir. Hemen belirtmek gerekirse, faaliyet gösterilen sektörün niteliğinin gerektirdiği ölçüde, idare –zaten- kolluk faaliyetlerini yoğunlaştırabilmektedir. Sözgelimi, bir bakkal dükkanına verilen ruhsat ile bir fırına verilen ruhsat işlemi, aynı kolluk denetimi veya gözetimi duyarlılığı yahut kapsamı çerçevesinde gerçekleştirilmemektedir.

Yine, sözgelimi, idarenin verdiği ruhsata dayanarak –petrol rafinerilerindeki gibi- tehlikeli maddeler üreten bir tesiste uygulanan kolluk gözetiminin derecesi ve kapsamı, çok yoğun bir nitelik içerebilmektedir. Oysa, bu alanlarda bahsekonu gözetim nedeniyle kamu hizmeti niteliğinin bulunduğu ileri sürülmemektedir.

¹²¹ Bahsekonu uygulama, rafinerilerde benzinin inceltilmesi amacıyla kullanılan “metyl burtiary ethyl” kimyasal maddesinin, yer altı sularına karışarak halk sağlığını olumsuz yönde etkilediği gerekçesiyle yasaklanmasına ilişkindir (anılan uygulama ve sonucunda yabancı yatırımcının konuyu uluslararası tahkime götürmesi sürecine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi (AÜHFD'nin 2008 yılı son sayısında yayımlanmak üzere Yayın Kurulunca kabul edilmiş olup, anılan sayı bu satırların yazım tarihi itibarıyla basım sürecindedir)).

Öğretide benzer yönde görüşlerin varlığı da savlanabilir. Sözelimi, Karahanoğulları'na göre;

“... herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri aldıktan sonra ... otomobil fabrikası, elektrik santrali açıp... piyasa kuralları çerçevesinde üretim yapması ile.. değişik sözleşme tipleri ve ruhsat yöntemleri (altında) üretim ve ticaret tekeli alması, belirli ayrıcalıklardan yararlanması, devletin girişimciyi piyasa risklerinden kurtaracak şekilde uzun süreli alım güvencesi vermesi, mallarını tekel altında, devletin belirleyeceği ve her zaman kârı garantileyecek bir tarifeden satışı imkanına sahip olması... kamulaştırma ... imkânı verilmesi gibi durumlar arasında fark olduğu açıktır. Birincisinde faaliyet tamamen piyasa ilişkileri alanında kalırken, ikinci durumda belirli oranda siyasallaşmakta, kamusallaşmaktadır... Konu olarak benzer faaliyetleri kamu hizmeti-özel hizmet olarak farklılaştıran da bu durumdur.”¹²²

Yazarın, “siyasal alana aktarılma” ve böylece kamu hizmeti olarak betimleme bakımından “piyasa koşullarından ayrıcalık yaratılmış olmaya” işaret etmesi, kamu hizmetleri algılaması bakımından piyasa koşulları içerisinde rekabet altında faaliyet gösterilemeyen ve böylece toplumsal gereksinimlerin tatmin edilemediği alanlara münhasır tutma yolundaki yaklaşımımızı destekler görünmektedir.

Hemen belirtmek gerekirse, anılan görüşte yer verilen “piyasa koşulları” ibaresinde, idarenin ruhsat yoluyla getireceği düzenlemelerin kapsamının hizmetin gereklerine göre, otomobil üretiminde daha dar, elektrik üretiminde ise görece daha geniş olabilecek biçimde yer aldığını vurgulamak gerekir. Ruhsat koşullarının geniş bir kapsam dahilinde tutulması yoluyla hizmetin rekabet içerisinde yerine getirilemeyeceği durumlarda ise, bu durumda “kamu hizmeti” algılamasına geçiş yapılması gerekeceği düşüncesi ileri sürülebilir.

¹²² Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 64.

Ancak, ne tür koşullarda böylesi bir durumun doğabileceği de tartışılmak gerekir. Yukardaki atıf yapılan görüşte, daha ziyade doğal tekel alanlarını çağrıştıran ayrıcalıklar dizisinden bahsediliyor görünümü ortaya çıkmaktadır. Ancak, unutmamak gerekir ki, –araç muayene hizmetini verme ‘yetkisi ve hakkı’nın ülke çapında tek bir şirkete tekel içerisinde ‘bahşedilmesi’ örneğinde görüldüğü gibi¹²³- hukuksal tekel alanları yaratılmak suretiyle de yukarıdaki görüşte değinilen türden ayrıcalıkların ihsan edildiği durumların yaratılabileceği söylenebilir.

Şu halde, “bilinçli yaratılan bir rekabetsizlik ortamı üzerinden ekonomik ayrıcalıklar sağlanması” ile, “faaliyet alanının niteliğinden kaynaklanan rekabetsizlik dolayısıyla doğabilecek ayrıcalıklar” arasında bir ayrıştırmaya gidilmesi, ilk düşünülebilecek ayırım olabilir. İşte bu yüzden ki, bilinçli yaratılan bir rekabetsiz ortam içerisinde özel kişilere ayrıcalıklar sağlanması, konusu itibarıyla bugüne kadar öğretide asla kamu hizmeti algılamasına tâbi tutulmadığı ve “saf özel sektör faaliyeti” niteliğinde algılandığı savlanabilecek faaliyet alanlarında, tam anlamıyla bir imtiyaz bahşedilmesi anlamına gelebilecektir. Hatta, kamuya sunulan hiçbir hizmetin sözkonusu edilmediği alanlarda yaratılan ayrıcalıklı uygulamalar da, bu anlamda değerlendirme dışı bırakılabilecektir.¹²⁴ Dolayısıyla, bu tür uygulamalarda, kamu hizmeti yolunda bir nitelemeye gidilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan imtiyaz sayılmak suretiyle, kamusal koruma mekanizmalarının çalışacağı bir kurgu yaratılması zorunlu hale gelmektedir.

Oysa, bugüne kadar ülkemizde imtiyaz kavramı öğretide –ister dar ister geniş anlamıyla yorumlanmış olsun- hemen daima “kamu hizmetinin özel kişiye

¹²³ Bkz. Çal, Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, op. cit..

¹²⁴ Bu yöndeki ilginç bir uygulama için bkz. Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi (bahsekonu makale, AÜSBFD’nin 2008 yılı 4. sayısında yayımlanmıştır).

sözleşmeyle gördürülmesi” denklemine sıkıştırılmıştır.¹²⁵ Bu yaklaşımın, kamu hizmetine de tam bu minvalde ihtiyaç duyduğu, bir başka değinilmesi gereken noktadır. Bu meyanda, öğretide anlayışımıza en yaklaşık biçimde ifade edildiğine rastlayabildiğimiz, işte yukarıda yer verdiğimiz görüş olmaktadır.

Ancak, bu görüşün, çözümü “kamu hizmeti” kavramı üzerinden – kanımızca biraz zorlayarak- kurgulamaya çalışmasını da isabetli göremiyoruz. Zira, ayrıcalıklar yaratılmış olmasından dolayı kamusal alana taşınma gerektiği ve bu yüzden de kamu hizmeti olarak tanımlanması gerektiği yolundaki bir kurgulama, kamu hizmeti kavramının olağan bir bakışta “teneffüs” edilebilecek olan anlamına, yahut bir başka deyişle, “kamu” tarafından verilen bir “hizmet”ten bahsediliyor olma keyfiyetine pek de uygun bir çerçeve çiziyor sayılamaz kanısındayız.

Şu halde, atıfta bulunulan bu görüş, daha ziyade yukarıda “faaliyet alanının niteliğinden kaynaklanan rekabetsizlik dolayısıyla doğabilecek ayrıcalıklar” şeklinde belirttiğimiz ikinci türe işaret ediyor görünmekle beraber, hemen yukarıdaki paragraflarda değindiğimiz çerçeve içerisinde daha ayrıntılı bir irdelemeye gereksinim bulunduğunu düşündürmektedir.

Bu düşünce ışığında, kanımızca, oligopol veya tekel piyasa yapısı gerektiren –elektrik dağıtımındaki tekel veya cep telefonu işletmeciliğindeki oligopol piyasa yapısı gibi- faaliyet alanlarında, ruhsat koşullarının kapsamı geniş tutulsa dahi rekabetin işler biçimde kurgulanmasına olanak kalmayabileceği, dolayısıyla bu alanlarda “kamu hizmeti” algılamasına geçiş yapılmasının zorunluluk arz edeceği savlanabilir.

Özetle, ruhsat yoluyla bir çok faaliyet gerçekleştirilebilir, ama bunlardan hangisine “kamu hizmeti” etiketini yapıştırmak gereğinden bahsedilebileceği,

¹²⁵ Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 369.

tartışmalı olacaktır. Doğası gereği rekabete açık bulunan ve idarece bu rekabet alanında faaliyetine –bize göre, girişim özgürlüğünü engellemek bakımından Anayasa’ya aykırı düşeceği kuşkusuz- engeller çıkarılmamış bulunan faaliyet alanlarında, ruhsat yoluyla hizmetin görülebileceğinde duraksamaya yer yoktur; yeter ki, rekabetin işlerliğine dayanarak toplumsal gereksinimlerin tatmin edici biçimde karşılanması pratiği vuku bulsun. İdare, bu alanın gereklerine göre ruhsatın dar veya geniş kapsamlı koşullarını belirleyecektir, bunda da kuşku yoktur. Buradaki koşulların kapsamına göre –öğretideki ifadesiyle “içerik denetimi” üzerinden- ayrıma gidilerek “kamu hizmeti” etiketini yapıştırmanın sözkonusu edilememesi gerektiği söylenebilir. Esasen, bu alanlarda ayrıcalıklı durumların da, normal koşullarda –idarenin rekabeti bozucu bir eylemi bulunmadığı sürece- sözkonusu olmaması icap eder.

Rekabetin faaliyetin niteliği/doğası gereği sağlanamadığı doğal tekel veya oligopol piyasalarında durum ne olacaktır? Bu alanlarda, idarenin verdiği ruhsatla faaliyet yürütülecekse, bu defa rekabetin varlığı, hizmetin toplumun gereksinimlerini tatmin edici biçimde sunulacağı bir piyasa yapısını içermeyebileceği açıktır. Bu noktada, niteliği gereği rekabete açık alanlarda rekabetin işlerlik kazanmaması halinde Rekabet Kurumu eliyle yapılan gözetim ve denetime benzer şekilde, idarenin yine denetim ve gözetiminin gerek ruhsat koşullarında daha geniş bir koşullar kapsamı belirlenmek ve gerek daha sıkı bir denetim ve gözetim faaliyeti uygulamak suretiyle elde edilmesi, mümkündür ve aşağıda değindiğimiz üzere, halihazırda da uygulanmaktadır.

Dolayısıyla, bu minvalde hemen değinelim ki, mevcut elektrik piyasası düzenlemeleri (4628 sayılı Kanun ve bu kapsamda çıkarılan ikincil düzenlemeler), tekeli yapıdaki dağıtım sektöründe ruhsat (lisans) yöntemini benimsemiş olmakla, ruhsat koşullarının genişletilmesi yoluyla faaliyetin gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Oligopol piyasa yapısındaki cep telefonu işletmeciliğinde ise, bu yaklaşımın tersine, sözleşme yoluyla faaliyetin özel girişimciler tarafından yürütülmesinin tercih edildiği görülüyor. Bu iki alandan –

üstelik de tekel yapısında olan- elektrik dağıtımında ruhsat yöntemine gidilip, görece çok daha rekabetçi bir yapısal nitelik içeren cep telefonu işletmeciliğinde neden sözleşme yöntemine gidildiğini anlayabilmek veya anlamlandırabilmek, herhalde “çetin bir iş” olsa gerektir.

Şu halde, tekel veya oligopol yapısındaki faaliyet alanlarında, ruhsat düzenlemesinin yetersizliği gerekçesiyle “kamu hizmeti” algılamasına geçiş yapılabileceği düşünülebilir. Ancak, bu defa özellikle sorgulanması gereken, bu kamu hizmeti belirlemesine ne gibi sonuç bağlanacağı hususudur. “Kamu hizmeti etiketi”nin yapıştirılması, idarenin ilave denetim/gözetim haklarını tanımaya yol açacak ise, aynı ilave gözetim/denetim hakkı, ruhsat kapsamında zaten sözkonusu edilmek gerekir kanısındayız. Dolayısıyla, burada “ilave denetim/gözetim hakkı”ndan çok daha farklı bir kamusal menfaatin korunmasından bahsediliyor olması gerektir. Bu, nasıl bir özellik olabilir, ki idarenin kamusal alana taşınması gerekliliğinden söz edebilelim?

Bize göre, Karahanoğulları'nın değindiği “kamusal alana alma” durumu, denetleme/gözetleme işleviyle alakası bulunmayan, “ayrıcalıklar yaratma” üzerine kurgulanmış bir yapının veya uygulamanın sözkonusu olabildiği durumlarda, malî bakımdan kamusal çıkarların gözetilebilmesini teminen idari yargının devreye girebilmesine dair –özellikle sözleşme ilişkisi içine girilmiş durumlar bağlamında- bir olanak tanımayı amaçlamaktadır.

Oysa, bize göre, sözkonusu olan husus bundan ibaret ise, bunun için kamu hizmeti algılamasının ötesinde, gerçek anlamında bir imtiyaz tanımı ve buna dair kamusal çıkarların korunması kurgusuna gitmek gerekir.¹²⁶ Dolayısıyla, böylesi bir durumda, yazarın “kamusal çıkarların korunması için önlemler alınması gereği” bakımından iştirak ettiğimiz bu bu görüşü çerçevesinde, “kamu

¹²⁶ Bu yöndeki gereksinim ile tanıma ilişkin bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 51-53, 140, 265, 368, 369.

hizmeti” kavramından yararlanılarak bu tür bir korumaya zemin yaratabilme kurgusu itibariyle, “kamu hizmeti”nin uygun bir hukuksal araç (manivela) olamayacağı kanısını taşıyoruz.

Kanımızca, öğretide bugüne kadar egemen olduğu söylenebilecek “kamu hizmeti kavramı üzerinden kamusal çıkarların korunması” algılaması üzerinde yeniden düşünülmesi gereği bulunmaktadır. Bu itibarla, daha yerinde veya doğru hukuksal kavramlara müracaat edilmesinin, daha gerçekçi bir hukuksal zemin oluşturulmasına yardımcı olacağı söylenebilir. Özetle, kamusal çıkarların korunması teşhisi doğru, fakat bunun için kullanılan “kamu hizmeti” ilacı, tedavide yararlanılan araç bağlamında yanlış bir yöntemi içeriyor denilebilir.

4.3. İzin/Ruhsat Ayrımı ile “Üçüncü Tür İzin” Yaklaşımı

İzin/ruhsat kavramı ile içerik denetimi konularını irdeleyen ve yakın zamanlarda yayımlanan bir çalışmada, izin ile ruhsat arasında bir ayrıma gidilebileceği, ilkinde özel faaliyet alanlarının –içerik denetimine girilmeksizin düzenlendiği, buna karşın –kamu hizmeti alanlarında görüldüğü vurgulanan ikincisinde ise içeriğe yönelik denetime başvurulduğu yolunda bir ayrıma gidilebileceği ileri sürülmektedir.

Buna göre, bankacılık faaliyetlerinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından izin verilmesi ve denetlenmesi bağlamında, bu faaliyetlerin, öncelikle “özel hukuk alanı”nda bulunduğu ve fakat normal kolluk faaliyetlerinin üzerinde, yoğun ve içsel nitelikte bir denetimin gerçekleştirildiği hususuna değinilmektedir. Hemen akabinde ise, bankacılık sektöründe idarece verilen izinler bakımından özel hukuk alanında idarenin verdiği “izin” ile kamu hizmeti alanlarına özgü “içerik denetimi”nin bir arada bulunduğundan bahisle, yazarınca hukukumuzda üçüncü bir izin türü olarak takdim edilen “özel faaliyetin içsel denetimine imkan veren izin” olarak nitelendirilebileceği ileri

sürülmektedir.¹²⁷

Bu görüş kapsamında öncelikle belirtmek gerekirse, bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde, aynı analizin sözgelimi Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından verilen izin ve gerçekleştirilen denetimler bağlamında aynı şekilde uygulanması icap edeceği söylenebilir. Dolayısıyla, bu görüşe itibar edilecek olursa, piyasada halka açılan şirketlere izin veren ve denetleyen Sermaye Piyasası Kurumu (SPK)'nın verdiği izin de aynı yaklaşım çerçevesinde tanımlanmak icap eder. Rekabet Kurumu (RK)'nun faaliyetleri de aynı yönde bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir; zira, faaliyet alanı özel hukuka bağlıdır ve anılan kurumun birleşme ve devralma işlemlerinde verdiği kararlar sonrasında rekabetin korunmasına yönelik içerik denetimine giriştiği hususu da rahatlıkla savunulabilir.

Şu halde, özetle, keyfiyet sadece BDDK'ya özgü olan bir husus değildir ve bağımsız idari otoriteler olarak bilinen tüm kurumların faaliyetlerine aynı gözle bakmayı gerektirir. Nitekim, bahsekonu çalışmada da aynı hususa değinilmektedir.¹²⁸

Ne var ki, bu görüşün ileri sürdüğü hususların ne derece yerinde olduğu tartışılmak icap eder. Öncelikle, yukarıdaki paragraflarda ayrıntılı biçimde tartışmaya çalıştığımız üzere, içerik denetimin sadece kamu hizmetlerine yönelik bulunduğu yönündeki öğretiyeye egemen olduğu gözlenen görüşe iştirak edemiyoruz. Belirtilen kısımlarda ifade edildiği gibi, içerik denetiminin sadece kamu hizmetlerine ait olmadığı ve özel hukuk tahtında yürütülen her türlü faaliyet bakımından, bu faaliyetlerin niteliği gerektirdiği ölçüde yoğun bir denetime girişildiği açıktır. Her türlü tehlikeli madde üretimi yapan üretim birimi, normal addolunan kolluk denetimin üzerinde bir derece içinde denetlenmekte ve idarenin

¹²⁷ Bkz. Uran, Emrah; BDDK'nın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Verdiği İzinlerin Hukuki Niteliği: Türk İdare Hukuku Sisteminde yeni Bir İzin Türü, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, C. 2, Sy. 1, 2008, s. 127.

¹²⁸ İbid., s. 127, 128.

düzenleyici müdahalelerine maruz bırakılabilmektedir. Yargı kararlarıyla kamu hizmeti gibi görüldüğü halihazırda esasen belirtilmiş olduğu veçhile, özel sektörün yürüttüğü eğitim ve sağlık faaliyetlerini bir kenara koysak dahi, bunların dışında pek çok diğer faaliyette içerik denetimine gidildiği bellidir.

Ne var ki, bahsekonu faaliyetler bakımından kamu hizmeti olarak nitelendirilmeleri keyfiyeti bir türlü gündeme gelmemiş olduğu gibi, bunların içerik denetimine tâbi tutulduğu yolunda görüşlere de öğretilerde rastlanmamaktadır. Bu bağlamda konuyu bir örnekle açıklamaya çalışırsak: Herhalde özel hava yolları işletmelerinin kullandığı uçakların bakım ve onarımlarının veya genel olarak uçuş hizmetinin ne denli kamu sağlığı ve güvenliğini ilgilendirdiği üzerinde duraksama yoktur. Bahsekonu özel şirketlerin faaliyetlerinin bu itibarla herhangi bir özel girişim işletmesinden çok daha yoğun bir denetime bağlı kılınacağı, giderek kılınması gerektiği de açıktır.

Bütün bu uygulamalara ilişkin olarak, anılan özel hukuka tâbi faaliyetin kamu hizmeti olduğu da ileri sürülmemekte; keza, bu özel faaliyetin içerik denetimine bağlı kılınmasından dolayı da bahsekonu işletmeciye verilen ruhsatın ya da iznin “idare hukukunun önceden var olmayan bir üçüncü türü” olduğu yönünde öğretilerde vücut bulabilmiş bir görüşe de henüz tesadüf edilmemektedir.

Bu itibarla, “özel hukuk faaliyetlerinin içerik denetimine tâbi tutulmakta olduğu” savıyla, idare hukuku öğretisine izin ile kolluk dışında “izin ile bütünleşmiş kolluk” şeklinde belki ifadeye teşebbüs edilebilecek bir “üçüncü tür” kavramın getirilebileceği yönündeki görüşte, isabet göremiyoruz. Bize göre, izin ve ruhsat, aynı mahiyettedir, giderek aynı “şey”dir. Aradaki yegane fark, birincisinin öztürkçe olmasına karşın, diğerinin Arapça’dan dilimize geçmiş olmasıdır. Her ikisi de, işlevsel ve hukuksal anlamda aynı kavrama irtibat eder. İzin sadece özel faaliyet alanlarına münhasır olduğu ve buna karşılık ruhsatın kamu hizmeti alanlarını düzenlediği, kanımızca hukuken savunulamaz.

Bahsekonu çalışmada yer verilen, “ruhsat alanlarında içerik denetimine girilmekte, izin ise özel faaliyet alanlarındaki sıradan kolluk faaliyetlerine münhasır tutulmaktadır” yolundaki görüş, öğretilerdeki mevcut anlayış çerçevesinde bir değer ifade edebilecek ise de, biz bahsekonu egemen görüşün doğru olmadığı kanısında olduğumuz için, anılan çalışmadaki bu ayrımı da yerinde göremiyoruz.

Yukarıda değindiğimiz çalışmada ileri sürülen görüşe koşut sayılabilecek şekilde, öğretilerde benzer bir analizi içerdiği görülen bir diğer görüşte ise, özel kişiler tarafından yürütülen kimi faaliyetler bakımından kamu hizmeti niteliğinde görülenlere verilmiş olanlara “kamu hizmeti ruhsatı”, bu nitelikte olmayanlara verilen ruhsatlara ise “kolluk ruhsatı” denilerek bir ayrıma gidilmesi gerektiği – içerik denetimi yapılabilmesiyle ilintili olarak- ileri sürülmekte ve bu ikisini birbirinden ayırmak gerektiği savunulmaktadır.¹²⁹ Bu görüşte de, içerik denetimine ilişkin olarak yukarıdaki paragraflarda yer verdiğimiz açıklamalar çerçevesinde, isabet görme olanağını bulamıyoruz.

Konunun önemi nedeniyle bir kez daha yinelemek gerekirse; kamu hizmetleri alanında içerik denetimine gidildiği, buna karşın kamu hizmeti olmayan alanlarda sıradan kolluk faaliyetinin uygulandığı yaklaşımı, kanımızca sadece bir algı yanılsamasından ileri gelmektedir. Özel faaliyet alanlarında içerik denetimine gidil(e)memesi, sadece kimi alanlarda buna gereksinim duyulmamasından ibarettir. Dahası, kimi özel faaliyet alanlarında yürütülen işin niteliği gerektirdiği için “kamu hizmeti” olarak bilinen alanlara benzer içerik denetimine gidilmekte olduğu da –yukarıda örnekleriyle ortaya konulduğu üzere- açıktır.

5. Kamu Hizmeti ve Demokrasi

¹²⁹ Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 16.

Yukarıdaki paragraflarda yer verildiği üzere, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak addolunacağı ve bunun kapsamının nelerden ibaret sayılacağı konusunda yasamanın veya yasamanın öngördüğü zemin çerçevesinde idarenin belirleyici olacağı anlayışını savunan “subjektif görüş” nazariyesi esas alındıkta, bu durumun demokratik ilkelerle bağdaşacağı ve hatta bu durumun “demokrasinin bir gereği” olduğu hususu ileri sürülebilecektir. Nitekim, öğretilerde bu yönde yaklaşımlarda bulunulduğu ve kamu hizmeti konusunda asıl belirleyici gücün yasama tarafından yapılacak tasarruflar yoluyla ortaya çıkabileceğinin savunulduğu görülmektedir.¹³⁰

Belirtilen görüş uyarınca, yasamanın belirleyici güce sahip kılınmasının demokratik ilkelerin bir gereği olarak ortaya konulduğu da görülmektedir. Bu yöndeki bir görüşe göre, sözgelimi;

“... kamu hizmeti aslında bir “kamu yararını gerçekleştirme tekniğidir”... ve kamu yararının en iyi hangi yöntemle gerçekleştirileceğine karar vermek, halkın iradesini temsil eden yasama organının takdirindedir.”¹³¹

Benzer bir diğer görüş uyarınca da;

“... Danıştayın imtiyaz sözleşmeleri üzerine vereceği “inceleme kararı”nı veya bildireceği “düşünce”yi “öndenetim” olarak görmek, demokrasi düşüncesine aykırıdır.”¹³²

¹³⁰ Örneğin, bkz. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 230 vd..

¹³¹ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 57.

¹³² Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 91. Bu türden görüşler veya yaklaşımlar ışığında, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) gibi özel bir yasayla siyasi otoriteden özerkliği yahut bağımsızlığı sağlanmış kuruluşların da benzer yönde eleştirilere tâbi tutulması gerekeceği savlanabilir. Oysa, ne –sözgelimi- “demokrasinin beşiği” sayılan İngiltere’de, ne de ülkemizde bu yönde bir eleştiride bulunulduğuna tesadüf edilememektedir.

Oysa, Onar'ın da vurguladığı gibi;

“milli hâkimiyeti “teşrî (yasama) uzvunun her şeye kadir olduğu, kanun şeklinde her istediğini yapabileceği, her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak hukuk devleti fikriyle telif edilemez.. Hukuk devletinde her şeyin üstünde hukuk kaideleri vardır.”¹³³

Anayasamıza göre, egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Ancak, kuşkusuz, milli egemenliği “yasama organının her şeye kâdir olduğu, kanun şeklinde her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak, hukuk devleti kavramıyla bağdaştırılamaz.¹³⁴ Esasen, “Başlangıç” kısmında tam bu durumu ortaya koyan bir düzenlemeye yer verilmektedir ve dolayısıyla keyfiyet, pozitif hukukumuzla tanıştırılmış durumdadır. Buna göre, Anayasamız;

“Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu”

anlayışına dayanmaktadır. Keza, Anayasa'nın 6. maddesine göre de, “(e)gemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.”

Yine, Onar'ın vurguladığı gibi, siyasi iktidarın idare kudreti ve bağımsız

¹³³ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 561.

¹³⁴ İbid., s. 561.

yargı kurumları arasında bir dengenin varlığı, demokrasinin önkoşuludur.¹³⁵

Kaldı ki, olması gereken hukuk (“*de lege feranda*”) açısından, seçimlerde sözcülemi liberal politika izleyeceğini beyan etmiş olan bir iktidarın –toplumsal veya ekonomik koşullarda önemli değişimler vuku bulmaksızın- devletleştirme yönünde adım atması veya burada belirttiğimiz kurgunun tam tersinin gerçekleşmesi halinde, bu durumun ne denli “demokratik” nitelik taşıyacağı da kuşkuludur.

Nitekim, idare hukukunun duayeni “bilge”¹³⁶ Onar da benzeri bir değerlendirmeye gitmektedir: “Anayasa mülkiyet hakkını kabul edince, teşri’ uzvu buna aykırı bir kanun koymaz, yani mülkiyet hakkını kabul eden rejimlerle etmeyenler arasında bir tercih yapamaz.”¹³⁷ Buna göre de, bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlemek bakımından yasa koyucunun yetkisi, Anayasal kurallarla sınırlı olacaktır.¹³⁸

Diğer taraftan, siyasi iktidarın bir faaliyeti Anayasa’ya uygun olsa dahi, demokratik ilkelere mutlaka uygunluğu anlamına gelmez; zira, seçmen iradesinin seçim öncesindeki siyasi söylem ve programlara göre şekillendiği varsayılr. Açıktır ki, çağdaş demokratik rejimler her bir seçim dönemi için seçilmiş mutlak idareler veya krallıklar kurmayı değil, her adımda halkın iradesini yansıtmayı ve onu izlemeyi öngörür.¹³⁹ Zira, “(d)emokrazi, dünyanın hiçbir yerinde, dört ya da

¹³⁵ İbid., s. 1447.

¹³⁶ Tâbir, Özay’a aittir (bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. XV.)

¹³⁷ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 424.

¹³⁸ Çırakman, Kamu Hizmeti, op. cit., s. 85. Aynı yönde bkz. Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 239.

¹³⁹ Osmanlı döneminde yeniçerilerin sefere çıktıklarında her iki ileri adımda yana dönmesine benzer şekilde, “gerçek ve tam bir demokrasi” idealine daha yakınlaşmak bakımından ileri bir adım atılabilmesini teminen, seçilmiş iktidarların da özellikle temel derecede önemli işlemleri gerçekleştirirken, dönüp halkın iradesinin bu yolda olup olmadığını tekrar tekrar kontrol etmeleri

beş yılda bir gidilebilen sandıklarla istenilen düzeyde gerçekleşmez.”¹⁴⁰

Aksi durum, “... demokrasiyi seçim ve iktidar ikiliğine sıkıştırma)”¹⁴¹ anlamına gelecektir. Bilhassa “çoğulcu” nitelikteki demokrasilerin başlıca gayesi, halkın olabildiğince geniş bir kesiminin arzusunu idarenin eylem ve işlemlerine yansıtma olmalıdır. Zira, Özay tarafından da belirtildiği üzere, çoğulcu demokrasilerde “... “milli irade”nin sadece seçimle oluşan tek bir Yasama meclisinin tekelinde olmayacağını da kabul etmek zorunluluğu vardır.”¹⁴²

Yazar, devamla;

“... çağdaş toplum içinde yer alan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kurumları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine varmamız gerekir”

demekte ve giderek “... **demokrasimiz herşeyden önce “çoğulcu”luk niteliğine sahip bulunmamaktadır**” yargısına varmaktadır.¹⁴³

gerektiği düşünülme gerekir. Aksi halde seçmen bakımından, şair Kefevî'nin “ben ne söyledim, sen ne vehmettin; garip hikâyedir” şeklindeki bilinen dizesine atfen, verilen yetkinin hangi hususlardan oluştuğu ve idarenin izlediği yolun buna koşut olup olmadığı hususları daha bir sorgulanabilir hale gelecektir. Kayda değer ki, henüz çok partili demokratik yaşama geçilmediği 1935 yılında yaptığı bir konuşmada Atatürk, “(b)ir insan memleket ve millete nâfi bir iş yaparken nazardan bir an uzak bulundurmamağa mecbur olduğu düstur milletin hakiki temayülüdür” uyarısını yapmaktaydı (Bkz. Ayşe Şen, Atatürk'ün Devlet, Devlet Yönetimi ve Yöneticilerle İlgili Düşünceleri, TİD, Aralık 1988, Sy. 381, s. 66).

¹⁴⁰ Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 9; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 308.

¹⁴¹ Fırat, Ali Haydar; Milletvekilleri Konuşma Yasağı ve Milli İrade Fetişizmi, Radikal Gazetesi, 18 Nisan, 2008.

¹⁴² Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 9.

¹⁴³ Bkz. İbid., s. 9, 10.

Bu durumdaki bir ülkede, siyasi iktidarın sandıktan geldiğini gerekçe göstermek suretiyle "... (b)izzat halka dönüşüp halkı temsil ettiğini sandığı için bir "**Demokratör**" olarak" ortaya çıkması da, bir görüşte ileri sürüldüğüne göre, sözkonusu edilebilir.¹⁴⁴ Onar'a göre de;

*"Klâsik ve hakikî demokrasi, bazılarının zannettiği gibi seçimde ekseriyeti kazanan partinin dilediğini yapması, yani bir ekseriyet tahakkümü değildir. Hattâ memlekette referandum usulü câri olsa ve kararlar sadece Meclisin değil halkın ekseriyetinin tasvibine iktiran etse gene klâsik mânâda bir demokrasi yoktur."*¹⁴⁵

Bu meyanda bir görüşte de, ülkemizde egemen olan demokrasi anlayışında "... sivil toplum örgütlerini, muhalefeti, sistemin işleyiş kurumlarını demokrasinin parçası olarak görme(me)" yaklaşımının gözlendiğine değinilmektedir.¹⁴⁶

Yine bu meyanda belirtilmek gerekirse, halkın "müstakil ve mütecanis" bir "milli irade"sinden bahsedilebileği de tartışmalıdır. Sözgelimi, Duguit'ye göre, bir "genel irade" mevcut olsa dahi, bireysel iradelere karşı üstünlüğü savunulamaz; genel de olsa o bir insan iradesidir ve Tanrı tarafından gene iradeye egemenlik verildiğini ispat etmedikçe, onun egemen olduğunu ileri süremezsiniz.¹⁴⁷ Karamustafaoğlu'na göre de, "(m)illet, soyut bir kavramdır. Böyle, soyut bir kavramın iradesinden sözedilemez."¹⁴⁸ Yine, aynı minvalde bir başka bir görüşe göre, "(d)emokrasilerde "milli irade" diye bir şey (oluşturucu) yoktur!... Yekpare bir milli irade ancak bir

¹⁴⁴ Bkz. İnce, Özdemir; Milli İrade Mavalı, Hürriyet Gazetesi, 15 Kasım, 2008.

¹⁴⁵ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1447.

¹⁴⁶ Bkz. Fırat, Milletvekillerine Konuşma Yasağı ve Milli İrade Fetişizmi, op. cit..

¹⁴⁷ Bkz. Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, op. cit., s. 64 vd.

¹⁴⁸ Bkz. Karamustafaoğlu, Tunçer; Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayını, 1970, s. 114.

varsayım, bir faraziye, bir ütopya olabilir.”¹⁴⁹ Keza, milli irade yaklaşımında temel bir sorun olarak, bireysel seçmen iradesinin yekpâre bir nitelik arz edemeyeceği, bir başka deyişle “tikel ve tekil bir olgu” olamayacağı da vurgulanmaktadır.¹⁵⁰ Özetle, seçimler sonucunda ortaya çıkan şey, milli irade değil, oy kullanmış seçmen çoğunluğunun siyasal tercihidir.¹⁵¹

Aynı yönde öğretilen bir diğer görüşte de, Esen tarafından çarpıcı tesbitlere yer verildiği görülüyor:

*“... (D)emokraside her şey “gönül rızası” ile, istektedir... Demokrasi, çoğunluk idaresi demek değildir. Demokraside çoğunluk ta, azınlık ta, aynı ölçüde h ü r d ü r l e r. Bugün demokrasi düşüncesinde görülen fesât, onu çoğunluk iradesi sanmaktan çıkmıştır. Bu sapık sanı, demokrasinin değişmez ayırıcı özelliği olan “Anayasa Üstünlüğü”nü yok ediyor”.*¹⁵²

Nitekim, öğretilen bir görüşte, “... halkın anayasallaşmış temel iradesine üstünlük tanımak gerekir... (Y)üce iradenin sırf meclis çoğunluğunun tekeline

¹⁴⁹ Bkz. İnce, Özdemir; Milli İradeyi Kimse Tek Başına Temsil Edemez, Hürriyet Gazetesi, 14 Kasım, 2008.

¹⁵⁰ Bkz. İnce, Özdemir; Jakoben Milli İrade, Milliyet Gazetesi, 16 Nisan, 2008. Yazara göre, “(m)illi irade tikel ve tekil bir olgu değil. Tümel ve bütünsel olduğu zaman Tanrı ile özdeşleşiyor. Bu nedenle, gelecek seçimlerde mutlaka değişecek olan meclis aritmetiğini bizim siyasetçilerin “**milli irade**”nin yansıması olarak kabul etmeleri çok yanlış” (bkz. İbid.). Yine, yazara göre “... demokrasilerde siyasal anlamda “**kutsal**” bir milli iradeden söz edilemez. Her seçimin sonucu dünyevidir. Her seçimde yanılması olası seçmenin verdiği karara hukuki saygı göstermek gerekir, ama bu kararın farazi bile olsa milli iradeyi temsil etmesi mümkün değildir. Zaten milli irade diye bir şey de yoktur!” (bkz. İnce, Özdemir; “Milli İrade” Safsatası, Milliyet Gazetesi, 1 Aralık, 2002).

¹⁵¹ Münci Kapani (Millî İrade Efsanesi, Milliyet, 27 Şubat 1966)’dan aktaran: Karamustafaoğlu, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, op. cit., s. 115.

¹⁵² Bkz. Esen, Bülent Nuri; “Demokrasi” Üzerine, içinde Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, AÜHF Yayını, 1972, s. 606. (“v u r g u”, yazarına aittir.)

olduğu ileri sürülemez... (M)illî irade varsayımına dayanan bir çoğunluk zorbalığına yer yoktur.”¹⁵³

Öte yandan, Esen, devamla;

“(d)emokraside devlet kuruluşunun dayandığı temel ilkelerin bozulmazlığı prensibi yürür. Demokrasi, belli özellikler taşıyan bir anayasanın temel ilkelerine uygunluk zorunluluğu rejimidir. Bütün bunları bilinç içinde idrâk olgunluğunda insanı y e t i Ő t i r m e k, o yetişkinlik içinde y a r a t m a k modern demokrasinin başta gelen tasası olmalıdır”

demek suretiyle, bugünlere kadar sirayet edegelen bir temel soruna da ayrıca işaret etmektedir.¹⁵⁴

Öğretide benzeri sorgulamaların daha eski zamanlardan beri yapılageldiği de görülür. Sözelimi;

“... modern sosyalist bir yazar olan Durbin, demokrasinin üç koşulundan bahseder:

- 1- Kendi hükûmetini s e ç m e,*
- 2- Seçmiş olduğu hükûmete m u h a l e f e t edebilme,*
- 3- Siyasi iktidarın, kendisine verilmiş iktidarı ve yetkileri kötüye kullanmayacağını t a a h h ü t etmesi”.*¹⁵⁵

Anılan koşullardan ikincisi, hemen yukarıda değindiğimiz konuya irtibat etmektedir; yani, halkın seçimlerde oy vermiş olmakla iradesini kayıtsız şartsız ve geri alınamaz biçimde belli bir dönemin mevcut iktidarına verdiği anlayışının mutlak doğru adolunamayacağı ve bu iradenin seçim sonrasında da varlığının

¹⁵³ Karamustafaoglu, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, op. cit., s. 116.

¹⁵⁴ Bkz. Esen, “Demokrasi” Üzerine, op. cit., s. 606.

¹⁵⁵ Bkz. İbid., s. 599.

sorgulanması gerektiği, bu meyanda halkın bizzat seçtiği hükümete seçim sonrasında yer yer muhalif kalma yetkisini –doğal olarak- kendisinde tuttuğu yaklaşımının asıl demokrasi anlamına geleceği!

Kaldı ki, eski dönemlerin iletişim olanaklarına kıyasla, halkın iradesinin ne yönde olduğu seçim sonrasında da çok kolaylıkla tesbit edilebilmektedir. Özellikle internet gazeteciliği yahut ülkemizde neredeyse hemen herkeste bulunan cep telefonları üzerinden gönderilen iletilerle pek çok konuda halkın iradesinin ne yönde seyrettiğini belirlemek, günümüzde pek ziyadesiyle kolaylaşmış durumdadır. Bu itibarla, gidişatın –eski Yunan sitelerindeki demokrasi anlayışı ve uygulamalarına benzer şekilde- her olayda halka iradesini sormak ve sonuçta kararı halka bırakmak yönünde bir görünüm arz ettiği de söylenebilir.

Dolayısıyla, milletin “vekaletle iş görmek” üzere temsilcilerini “vekil” adıyla seçmiş olması ve bu yönde kendi iradesini izhar etmek üzere “görevlendirmesi”, bu vekaletin niteliği ve içeriği (mahiyeti) üzerinde durulmasını özellikle gerektirir. Unutulmamalıdır ki, “vekilin” yapacağı işlemler, vekaleti veren adınadır; yani, “demokrasi” adını verdiğimiz “kurgu”da aslî unsur “vekil” değil, bu vekaleti ona “bahşeden” ve vekaletin asıl sahibi olan “millet”tir. Bu itibarla, “vekil”in kendisini bu vekalet ilişkisinden bağımsızlaştırıp “mutlak erk sahibi” biçiminde ortaya çıkıyor olması şeklinde bir görünüm, son derece yanıltıcı ve demokrasi ilkesinin ruhuna ve özüne de aykırı düşer.¹⁵⁶

Yine, tüm hayatının ana konusu “hürriyet” olan, hayatını hürriyetlerin savunmasıyla geçiren, hatta daha Hukuk Fakültesi’ni bitirmeden ilk bilimsel eseri “Kölelik ve Hürriyet”i bilim dünyasına armağan eden¹⁵⁷, nihayet öğretilere “uyanık

¹⁵⁶ Osman Yüksel Serdengeçti’ye atfedilen latife yollu bir anekdotu burada zikretmek isteriz: Meclis kapısından içeriye girmek üzere kuyrukta bekletilen kalabalığa “savulun, milletvekili geliyor, yol açın” yollu hoyrat tavırlar sergileyen görevliye karşı adigeçen, yüksek sesli itirazını yöneltir: “Milletin aslı burada, vekili de ne oluyor”.

¹⁵⁷ Ayiter, Kudret; Hocamız Bülent Nuri Esen, içinde Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan,

demokrasi” kavramını kazandıran Esen de, daha 1950’li yıllarda çarpıcı tesbit ve uyarılarını şöyle dile getirmekteydi:

“... (D)emokrasi bir **hürriyet** koruma aracı olma özelliğindedir. Yeter ki, demokrasi, “uyanık bir demokrasi” olsun. (Yani), demokratik yoldan seçilmiş parlâmento, özerk üniversite, hür basın, bağımsız yargı, tarafsız haber verici araçlar, eğitim görmüş kamu oyu. Bunlar varsa demokrasi de var denilebilecek. Meğer ki siyasal yaşantı düzensiz hale düşmüş olsun... Gerçekten, iktidarın belli bir siyasal maksada âlet edilip kötüye kullanılması, düzenli bir demokraside dahi görülebilir. Şu halde, öyle tedbirler olmalı ki, bu çeşit bir olabilirlik halinde bile i n- s a n h a k l a r ı korunma içinde kalsın. Elbette bu işi en başta devletin anayasası, ya da anayasal kurallar sağlayacaktır. Ama, ülkeler vardır ki, oralarda demokrasi daha bir dilek halindedir. Yenidir, hevestir. Henüz **demokratik alışkanlıklar** yerleşmiş değildir. “Kamu oyu” etkisini duyuramamaktadır. Bu gibi yerlerde, demokrasi korunmaktadır, denemez.”¹⁵⁸

Buradan hareketle, ülkemizde demokrasinin ne derece “uyanık demokrasi” niteliğini kazanabildiği hususu, özellikle öğretilerde herhangi bir siyasal tasarrufa – ve bu bağlamda bilhassa uluslararası tahkime ilişkin 1999 yılı Anayasa değişiklikleri kapsamında kamu hizmetlerine yönelik olarak özel hukuka tâbi tutulma yönündeki düzenlemelere- ilişkin olarak getirilen eleştirilere “demokrasi, siyasal iktidara yetki verdiği göre, keyfiyet demokrasinin gereğidir” yollu – meşruiyet kazandırıcı nitelikteki- görüşler serdedilirken bir kez daha sorgulanmak durumundadır denebilir.

6. Kamu Hizmeti ve Tekel

Çalışmamızın hemen başlarında değinildiği üzere, kamu hizmetinin bir

AÜHF Yayını, 1977, s. 3.

¹⁵⁸ Esen, “Demokrasi” Üzerine, op. cit., s. 597.

unsuru olarak tekel alanının söz edilip edilemeyeceği hususunda öğretide farklı görüşlere yer verildiği görülmektedir (bkz. Bölüm 2.1). Bu bölümde, konuyu biraz daha ayrıntılı biçimde irdelemeyi öngörüyoruz. Zira, “güzel ve yalnız”¹⁵⁹ ülkemizde maalesef rekabet kavramı hak ettiği ölçüde benimsenemediği ve uygulamaya yerleşmediği gibi¹⁶⁰, “... bugüne kadar yürütme erki rekabete aykırı işlemler konusunda gereken hassasiyeti göstermemiştir”¹⁶¹ şeklinde, mevcut resmin yerinde bir tesbitine gidildiğine de tesadüf edilmektedir. Vurgulamak gerekirse, ülkemizde tekeli uygulamalar konusunda duyarlılığın pek de yer etmediği yönünde izlenime kapılmak için yeterince zengin gözlem alanlarına – maalesef- rastlanabilmektedir.¹⁶²

Giderek, bu hususta öğretide ve halkta belirgin bir sessizliğin egemen olduğunu düşünmek mümkündür. Hukuk öğretisi dışından yükselen bir isabetli sese burada yer vermeyi yararlı buluyoruz; buna göre, “(toplumumuzdaki) geleneksel yapı içinde... ne **başarı motifi** var, ne **rekabet motifi** var, ne **yenilik motifi** var.”¹⁶³

¹⁵⁹ Tâbir, 2008 yılında Cannes film festivalinde ödüllendirilen ve ödülünü “yalnız ve güzel ülkesine” adayan film yönetmenimiz Nuri Bilge Ceylan’a aittir.

¹⁶⁰ Ülkemizde özellikle enerji sektöründe bir döneme damgasını vuran rekabetsiz ve tekeli uygulamalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 163-165, 255, 264, 269-283; keza, rekabet kavramının sosyo-kültürel izdüşümleri hakkında bkz. Çal, Sedat; Halkbilim, Hukuk ve Ekonomi Üçgeninde Bir Gezinti..., Kazancı Hukuk Dergisi, Aralık 2008.

¹⁶¹ Yakupoğlu, Mukadder; Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001, s. 125, 126.

¹⁶² Özellikle enerji sektöründeki –bir döneme damgasını vuran- rekabetsiz uygulama örnekleri ile bunların kamu yararı açısından çok olumsuz sonuçları hakkında bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit..

¹⁶³ Erkan, Hüsnü; Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, içinde Perşembe Konferansları, RK, Ankara, Kasım 1999, s. 52.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine yönelik olarak öğretilen eleştiriler getiren bir görüşte belirtildiği üzere, Anayasamızın devlete tekelleşme karşıtı önlemler almayı zorunlu kılan 167. maddesi hükmü “(ö)zelleştirme sonucunda fiili olarak ortaya çıkabilecek tekelleşmeye de izin vermez... tekel konumundaki kamu hizmetlerini üstlen(en)... (kamu) kuruluşlarının tekel konumu kaldırılarak, rekabet ortamı sağlanmaksızın ve buna göre statüleri değiştirilmeksizin özelleştirilmesine Anayasal açıdan olanak yoktur.”¹⁶⁴ Anılan ifadede “fiili olarak ortaya çıkabilecek” tekelleşmeye dahi Anayasal olarak olanak tanınmadığı belirtilirken, fiili olarak ortaya çıkabilmek bir yana, doğrudan hukuksal olarak tekel yaratılmasının Anayasal açıdan evveliyetle olanaksız sayılması gerekeceği açıktır.

Öğretilen bir görüşte;

*“... Anayasada özel hüküm bulunmadıkça, niteliği gereği özel teşebbüsün de yapabileceği bir devlet faaliyeti tekel haline getirilemeyecektir. Niteliği gereği özel teşebbüs tarafından yapılabilecek faaliyetler ise, özel hukuk kuralları çerçevesinde, kamu kudreti kullanımına gerek duymadan yapılabilecek faaliyetlerdir.”*¹⁶⁵ Bu ifadede değinilmemekle beraber, kastedilmek istendiğini varsaydığımız –veya en azından kanımızca sözkonusu edilmek istenen- başat unsur, özel sektör tarafından bir faaliyetin “rekabet koşulları” altında bir kamusal gereksinimi yeterince tatmin edebilmesi halinde bu faaliyetin devlet tarafından tekel haline getirilemeyeceği ilkesi olarak algılanmalıdır.

Nitekim, yazar aynı eserinin bir başka bölümünde bu yönde açıklık getirmekte ve;

¹⁶⁴ Bkz. A. Güzel (Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu ve Çalışanlar Açısından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, s. 160-163)’den aktaran: Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 507, 508.

¹⁶⁵ Bkz. İbid., s. 562.

“faaliyete konu toplumsal ihtiyacın özel kişilerin faaliyetleriyle tam olarak karşılanabilmesi durumunda... (yani) rekabet ortamı ve diğer bazı faktörler nedeniyle, özel sektör bu faaliyeti devletin sunduğu şartlarda sunmaya başlamış (ise)... artık Devletin bu ihtiyacın tatmini için faaliyete devam etmesine gerek kalmamaktadır”¹⁶⁶

demektedir.

Öte yandan, öğretiden bir görüşe göre, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişiklikleriyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olmasından dolayı, “... Anayasamızın 13’üncü maddesine göre, özel teşebbüs hürriyetini(n) kamu yararı ile sınırlandırılması yani kamu hizmeti kurulması mümkün değildir.”¹⁶⁷ Yine, öğretiden bir başka görüşte, şu tesbitler yapılmaktadır:

“Anayasamızın sözleşme ve çalışma özgürlüklerine kısıt dahi öngörmemiş olması karşısında kamu hizmeti kurulması sebebiyle dahi olsa sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bir faaliyet alanından tümden dışlanamayacağını tereddütten muaf olduğunu düşünüyoruz.

Son olarak idarenin bir kamu hizmeti alanını bir özel kişiye hasredebilip hasredemeyeceğine değinmek gerekir. Bir kamu hizmeti alanını kendisi için dahi tekel biçiminde düzenleyemeyen idarenin özel kişi (kamu hizmeti imtiyazcısı vb.) lehine bu durumu teessüs etmesi hiç mümkün olamaz. Burada idarenin takdir yetkisinden de bahsedilemeyeceğini düşünüyoruz. Çünkü konu, yukarıda açıklandığı üzere sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bir faaliyet alanından dışlanması olup siyasal değil hukuksaldır, özgürlüğe mütealliktir.”¹⁶⁸

Yine, öğretiden çok isabetli gördüğümüz bir diğer görüşte de, benzer bir

¹⁶⁶ İbid., s. 479.

¹⁶⁷ Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 318.

¹⁶⁸ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 254 vd..

hususla vurgu yapılmakta ve devletin özel sektörün de faaliyet gösterebileceği bir alanda kendi lehine tekel kurabilmesi anlayışı eleştirilmektedir. Buna göre;

“İdarenin tekel olarak faaliyette bulunma yetkisinin anayasal dayanağının bulunduğunu söylemek güçtür... Bir faaliyet alanında tekel yaratmak, o alana ilişkin bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmak demektir ve bu nedenle de, olağan dönemlerde, kanunkoyucu tarafından yapılabilecek bir tasarruf niteliğinde değildir... Sosyal bir Devletin, gelirlerini artırmak amacıyla faaliyette bulunabilmesi olgusu ve bu amacı gerçekleştirmek için tekel yaratması, yani özel teşebbüs hakkının özüne dokunması, mümkün görülmemelidir.”¹⁶⁹

Devletin faaliyet alanının sınırlılığı bağlamında tekel konusuyla bağlantılı görüşlerini belirtmeye devam eden yazara göre;

*“Devlet, sosyal hukuk devleti esaslarına göre faaliyette bulunacaktır. Bu, faaliyetin hem hukuki temelini hem de sınırını oluşturmaktadır. Devlet, sosyal devleti gerçekleştirmek için sosyo-ekonomik alanda da faaliyette bulunabilecektir ama, Hukuk Devletin temelini olan demokratik, özgürlükçü toplum düzenini bertaraf edemeyecektir. **Başladığı faaliyeti, niteliği gereği özel teşebbüsün uğraş konuları içerisinde kaldığı sürece, tekel olarak yürütemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Devlet, bir faaliyete başlarken, kural olarak, başta mülkiyet hakkını ve teşebbüs kurma hakkı olmak üzere temel hak ve***

¹⁶⁹ Ayaydın, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 218, 220. Ne var ki, yazarın, devletin “sosyal” niteliğine atf yapmasının, vardığı isabetli sonuca erişmeye yönelik bir taşıyıcı yahut destekleyici nitelik arz edebileceği hususu kanımızca kuşkuludur. Zira, devletin sosyal nitelik taşıması ile gelir getirici faaliyette bulunması arasında mutlaka uyumsuzluk bulunması gerekmez. Hatta, bu amaçla tekel kurması da –hizmetin özellikle belli kesimlerce yararlanılan bir nitelik arz etmesi durumunda- belli kesimlerden alınan gelirlerin sosyal amaçlarla kullanılmasına olanak verebileceği için, bu durumun “sosyal hukuk devleti” niteliğini daha bir pekiştireceği de ileri sürülebilir. Ancak, her halükarda, girişim özgürlüğünün bu bağlamda engelenmiş olacağı ise açıktır.

özgürlükleri ortadan kaldıramayacaktır.”¹⁷⁰

Öğretiden bir diğer görüşte de aynı yönde değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Buna göre;

“sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında kazandıkları hukuki rejim (=sınırlama sebebi içermeyen bir hükümle düzenleniyor olmaları (sonucunda)) ... Anayasamız hiçbir alanı özel kişiler lehine kamu hizmetlerine kapatmadığı gibi, sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda (idare lehine) tekel biçiminde kamu hizmeti de kurulamayacaktır. Aynı sonucun özel kişiler için de geçerli olduğu, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği kabul edilmelidir.”¹⁷¹

Öte yandan, kamusal yahut özel tekellere izin verilmesinin, demokrasi ile de yakından bağlantısı bulunmaktadır. Halaskâr Gâzi Atatürk'ün sözleriyle ifade edersek, “(f)ertlerin gelişimine engel olmamak, onların her bakış açısında olduğu gibi, özellikle iktisadi alandaki hürriyet ve teşebbüsleri önünde devletin kendi faaliyeti ile bir engel oluşturmaması demokrasi ilkesinin en önemli esasıdır.”¹⁷²

Devlet tarafından özel sektör lehine yaratılan tekeller aracılığıyla bireysel zenginleşmeye yol verilmesinin, daha eski dönemlerden itibaren gündemde olduğuna da tesadüf edilmesi şaşırtıcı olmamaktadır. Nitekim, daha Cumhuriyet'in ilk kuruluş yıllarında “aferizm (“*affairism*”- *kazanççılık*)”¹⁷³ adıyla tanımlanan bir çıkarıcılık salgınının hakim unsur haline geldiği belirtilmektedir. Buna göre;

¹⁷⁰ İbid., s. 593, 594 (“**vurgu**”, tarafımızdan yapılmıştır).

¹⁷¹ Tiryaki, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, op. cit., s. 267.

¹⁷² Altun, Şafak; *Atatürk, İnönü, Bayar'ın İktisat Kavgası*, Hayal Et Kitap, İstanbul, 2008, s. 133.

¹⁷³ Anılan terim ile Cumhuriyet'in kuruluş yıllarında uygulamadaki yeri hakkında bkz. Atay, Falih Rıfkı; *Çankaya*, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2006, s. 497, 499.

*“Çıkarıcılık salgınıyla mücadeleye girişen Başbakan İnönü, devlet nüfuzunu kullanarak banka ve şahıslara ait çeşitli işler yapılmasını şöyle eleştiriyordu: “Bir iş ki, kimse yapmaz, devlet yapar, bunu anlıyorum. Bir iş ki, hususî bir teşebbüs yapar, bunu da anlıyorum. Fakat devletin nüfuzunu kullanarak şahıslar ve bankalar yapar, bunu anlamıyorum. Ben devletçilik denen şeyi anlarım, fakat dolapçılığı anlamam”.*¹⁷⁴

Şu halde, özetle, Cumhuriyet’in ilk yıllarında özel şirketlere tekel hakkı tanınarak büyük servetlerin biriktirilmesine olanak sağlanması yönündeki uygulamaların varlığı açıktır.¹⁷⁵ Bu durumun, o yıllarda özellikle yerli sermaye şirketlere sermaye birikimi sağlamak gibi bir amaçla düşünüldüğü görülmekle, belki bu açıdan belli bir gerekçeye –haklı ya da haksız- kavuşturulduğu düşünülebilirse de, günümüzde artık böylesi bir siyasetin izlenmesine gereksinim duyulamayacağı açıktır kanısındayız. Bu itibarla, 2000’li yıllarda toplumda yeterli bir sermaye birikiminin ve girişimci zümrenin yeterince var olduğu gerçeğinden hareketle bu anlayışın artık destek göremeyeceğini düşünüyoruz.

Dolayısıyla, halihazırdaki kimi uygulamaların bu bakımdan eleştirilmesi doğal karşılanmalıdır. Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse; tüm dünyadaki örneklerine benzer şekilde bir rekabetçi kurgu içerisinde yapılması halinde haklı olarak “hizmet özelleştirmesi” niteliğinde algılanabilecek olan ve bu bakımdan ülkemizde hizmet sektörüne ilişkin olarak ilk kez uygulama alanı bulan araç muayene işletmeciliğinde, bir özel sektör girişimcisi lehine –eskiden Osmanlı devrinde gündemde olan kapitülasyon uygulamalarını anımsatan şekilde- tüm “ülke çapında tekel hakkı verilmiş olması”nın¹⁷⁶, herhalde savunulabilir hiçbir

¹⁷⁴ Altun, Atatürk, İnönü, Bayar’ın İktisat Kavgası, op. cit., s. 99; keza, bkz. Atay, Çankaya, op. cit., s. 497.

¹⁷⁵ Altun, Atatürk, İnönü, Bayar’ın İktisat Kavgası, op. cit., s. 99.

¹⁷⁶ Anılan tekel hakkına sahip kılınan özel şirketin araç muayene hizmetlerine yönelik ağ erişim sayfasında, “(a)raç muayenesi, trafiğe çıkan motorlu ve motorsuz araçların teknik yeterliliklerinin

yönü bulunmasa gerektir.¹⁷⁷

Bir kamu hizmeti olduğu söylenebilecek olan araç muayenesine yönelik olarak, özel bir girişimci lehine tekel kurulması yönünde gerçekleştirilen bahsekonu uygulamayla, özel sektörün faaliyette bulunabileceği bir alanın, sektöre giriş anlamında tekeli bir yapıya büründürülmüş olduğunu ve böylece Anayasamızda açıkça koruma altına alınmış bulunan özel girişim özgürlüğünün yok edilmesi sonucunun doğduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda, öğretilen bir görüşte belirtildiği ve bizim de tamamen iştirak ettiğimiz üzere, "... Anayasa ile teminat altına alınmış teşebbüs hürriyetinin özüne dokunulmuş olur!"¹⁷⁸ Bu itibarla da, "... temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen ilkelere evleviyetle muhatap olacakları ve anayasaya uygunluk denetimlerine özen gösterilmesi gerektiği... unutulmamalıdır."¹⁷⁹

Nihayet, özel girişim tarafından yerine getirilen ve doğal tekel konusu olabilecek alanlarda kamunun düzenleyici kurallarına bağlı kılınarak piyasanın kimi ilkelerinden bağımsız kılınan, ayrıcalıklar getirilen hizmetlerin "kamu hizmeti" değil, "düzenlenmiş pazarın kamuya sunduğu hizmet" olduğu da ileri sürülmekle beraber¹⁸⁰, bu görüşe katılmakta güçlük çekiyoruz.

muayene edilerek tespit edilmesidir. (Şirketimiz), **araç muayenesinde Türkiye’de yetkili ve görevli tek kuruluştur**" denilmekle, hizmetin ülke çapında tekeli bir yapı içerisinde gerçekleştirildiği hususu alenen teyid edilmektedir (bkz. <http://www.tuvturk.com/cont.asp?id=51>) (Erişim Tarihi: 2 Şubat, 2009).

¹⁷⁷ Bahsekonu uygulamaya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin "Özelleştirilmesi", AÜHFD, C. 57, Sy. 2, 2008, s. 63-113.

¹⁷⁸ Ayaydn, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 224.

¹⁷⁹ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 249.

¹⁸⁰ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 157.

7. Kamu Hizmeti ve Gelir Sağlama Yasağı

Kamu hizmetlerinin idareye gelir sağlama amacıyla kurulup kurulmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bu yönde öğretide ve yargıda zaman içerisinde dikkat çekici görüşlerin ortaya çıktığı gözlemlenmektedir.

Hukukumuzda kolluk hizmetleri bakımından idarenin gelir sağlama amacını güdemeyeceği konusunda oturmuş bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Bilindiği üzere, idare hukukuna hakim olan ilkelerden birisi de, idarenin kolluk faaliyetlerinde gelir getirici bir yaklaşım içerisinde bulunmasının yasaklanmış olmasıdır.

Nitekim, öğretiden buna yönelik bir ifadede, “genel idarî kollu(ğun) malî kaygılara yabancı bir kavram olduğundan”¹⁸¹ bahisle, “(i)dare, kamu düzenini korumak amacı ile yürüttüğü kolluk yetkisini gelir sağlamak veya daha az masraf ve külfete katlanmak için araç yapama(yacaktır)”¹⁸² denilmektedir.

Bununla beraber, kamu hizmeti bakımından aynı açıklığın bulunduğunu söylemek zordur. Konuya ilişkin olarak öğretiden son zamanlardaki bir isabetli görüşte, bu defa kolluk faaliyetleri için değil ve fakat kamu hizmeti bakımından aynı yönde beyanda bulunulmakta ve “... Türk İdare Hukukunda kâr (gelir) amacıyla kamu hizmetinin kurulamayacağı ... söylenebilir”¹⁸³ denilmektedir.

Nitekim, ekonomik hayatımızın devletçi niteliğinin ağır bastığı 1930’lardan 1950’lere kadar uzanan sürecin hemen akabindeki liberal bir ekonomi politikasına geçiş yapılan dönemde (1956 yılında) KİT’lerin fiyatlandırma

¹⁸¹ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 260.

¹⁸² Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku (1998), op. cit., s. 432; keza aynı yönde bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 229.

¹⁸³ Tiryaki, Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi, op. cit., s. 270 .

siyahasına ilişkin görüşlerini belirten Onar, özetle şöyle demektedir:

“... bu müesseselerin ticari kâr gayesiyle fiyatları yükseltmesinden veya maliyeti düşürerek hususi teşebbüslerle rekabet etmelerinden şikayet edilmektedir. Bu müesseselerin maruz oldukları riske karşılığı olarak bol imtiyazlara ve hatta inhisarlara sahip olmaları icap eder, fakat bundan istifade ederek karlarını çoğaltmak maksadiyle asıl gayelerini bu gaye ile alakalı fonksiyonlarını ihmal ederek alakalılara karşı kanuni vazifelerini yapmaması ve **Devlete kâr temini için elindeki imkanlardan istifade ederek hususi teşebbüle rekabet etmesi, Türkiye’deki devletçilik prensibinin.... mucip sebeplerine uymaz... Maalesef İkinci Umumi Harp sırasında bazı defa hükümetler iktisadi müesseseleri bu yola sevk etmişler; bütçenin kabarık masraflarını ve açıklarını bu yoldan karşılamaya çalışmışlar** ve bu suretle devletçilik esaslarını yanlış yola sevk etmişlerdir... Bunların iktisadi ve sınai mahiyette amme hizmetleriyle yani ammeye karşı hizmetle mükellef oldukları ve bu sebeple idari bir hükmi şahıs buldukları nazara alınarak kanunlarındaki maksatlara aykırı tasarruf ve fiillere karşı iptal davası açılabilmesi bu suistimalleri önleyebilecek en müsait yol ve tedbir olduğu kanaatindeyim.”¹⁸⁴

Kaldı ki, kamu hizmetlerinin sunulmasında gelir sağlama amacına yönelmenin kabul görmeyeceği, son dönemlerdeki muhtelif yargı kararlarında da açıkça vurgulanmaktadır.¹⁸⁵ Ancak, aksi yönde daha önceki tarihlerde verilmiş kararların da varlığına değinmek gerekir. İsabetsiz gördüğümüz ve eleştirilmesi gerektiğine inandığımız bir kararında Anayasa Mahkemesi, şöyle demektedir:

¹⁸⁴ Bkz. Onar, S. S., Türkiye’de İktisadi Devlet Teşekküllerini Doğuran Amiller, Bu Teşekküllerin Hukuki ve İdari Yapılarının ve Şekillerinin Tahlili ve Tenkidi, s. 39’dan aktaran: Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 603. (“**vurgu**”, tarafımızdan yapılmıştır.)

¹⁸⁵ Bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (bkz. ABD, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007, s. 247-249); yine aynı yöndeki bir idari yargı kararı için bkz. Özay, Günüşğında Yönetim, op. cit., s. 229.

“Devlet tekeline bağlanması değişik nedenleri vardır. Kimi maddelerin üretim, yapım ve satımının devlet tekeline bağlı kılınması devlet gelirini artırmak, gelirleri daha etkin kılmak yanında toplumun sağlığını koruma amacına da bağlanabilir. Sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımında ölçü ve denge arayışı, yapım ve satımını tekele bağlamakla olanaklıdır.”¹⁸⁶

Görüldüğü üzere, AYM'nin bu kararında, idarenin tekel yaratabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunduğu tesadüf edilmektedir. Buna göre, idarenin hangi faaliyet alanlarında tekel kuracağı bir “yerindelik” sorunudur ve yargı kararlarıyla müdahale edilebilmesi olanak dışıdır. Daha vahimi, Yüksek Mahkemeye göre gelir yaratma amacıyla da idarenin tekel alanları oluşturması mümkündür.¹⁸⁷

¹⁸⁶ AYM'nin 27 Mart, 1986 tarih ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

¹⁸⁷ Bkz. İbid. Karar, belirli sınırlar altındaki kaçakçılık uygulamalarında, idarece tekel konusu kılınmış mallar sözkonusu ise hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesini, tekel konusu dışındaki kaçakçılık eylemlerinin ise para cezasıyla tecziyesini öngören yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığına yönelik iddiayı irdelemektedir. Olay, bir kahvehanede tekel konusu kılınan oyun kağıtlarının idare dışında temin edilmiş bulunduğu görülmekle kaçakçılık suçunun işlendiği ve hapis cezası verilmesi gerektiği konusuna ilişkindir. Yukarıda metin içerisinde sadece bir paragrafını alıntıladığımız bu karara, önemine binaen aşağıda kısaca ve fakat daha ayrıntılı biçimde yer vermekte yarar görüyoruz:

“Tekel kapsamına alınmak, irdelenmediğine, bunun yarar ya da zararı ya da gerekip gerekmediği üzerinde durulmadığına; böyle bir incelemenin... kaçınılması gereken yerindelik incelemesi olacağı gözetilerek, Devletin, tekel maddelerini ayrıcalık kuralıyla koruma altına alması tekel amacına uygun bulunmuştur... Kaçakçılık konusu malın türüne göre, toplu kaçakçılık yapanlara hürriyeti bağlayıcı cezanın belirli bir oranda uygulanmaması... (buna karşın) gümrük eşyası kaçakçılığını belli koşullarda ekonomik suç kabul ederek... kaçakçılık konusu malın türüne ve değerine göre para cezasına ek olarak hapis cezası eklenmesinin, Anayasa'nın suç ve ceza yönünden koyduğu ilkelere aykırı yönü bulunmadığı (düşünülmektedir)... (E)şitlik, her yönüyle aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında söz konusu olabileceğinden benzer suçları

işleyenlerin cezalandırılmasında, yasa önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılabilmesi için, eşitliği bozar gibi görülen kuralın; haklı bir nedene dayanmaması ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olması gerekir. Devlet tekeline bağlanmanın değişik nedenleri vardır. Kimi maddelerin üretim, yapım, satımının devlet tekeline bağlı kılınması devlet gelirini artırmak, gelirleri daha etkin kılmak yanında toplumun sağlığını koruma amacına da bağlanabilir. Sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımında ölçü ve denge arayışı, yapım ve satımını tekele bağlamakla olanaklıdır. Daha tehlikeli ve daha yaygın bulunan maddeleri bir düzey ve oran gözetmeden ekonomik suç dışında düşünmek ve buna uygun düzenleme getirmek eşitlik ilkesine aykırı düşmemektedir... Gümrük malları ile tekel maddelerinin benzerlikleri bulunmadığı gibi devlet için değerleri, suç konusu olarak toplu kaçakçılıklarının sonuçları da aynı değildir. Sosyal yardım amacıyla konulmuş tekel uygulamaları da bu görüşü doğrulamaktadır: Kimsenin zararına bir ayrıcalık, bir ayırık hüküm değil, devletin ve toplumun yararına bir düzenleme vardır. Bu niteliğiyle sosyal devlet ilkesine de uygundur. Nitekim, tütünün ekonomimizdeki etkin yeri ve insan sağlığını bozucu özellikleri gözönünde tutulup devlet tekeli kapsamına alınarak toplu kaçakçılığının öbür tekel maddeleriyle birlikte ağır hapis yaptırımına bağlı kılınmasında bir aykırılık yoktur. Yasakoyucunun ekonomik ve sosyal nedenlerle, kamu yararını, insan sağlığını ve tarımın gelişmesini gözeterek tekel kapsamındaki maddelerin toplu kaçakçılığı suçunu ekonomik suç saymaması olgusu, devletin, tekel kaçakçılığında uğradığı maddî zararın gümrük kaçakçılığından çok fazla olmasını önlemek, toplumu korumak, tarımda öbür ülkelerle rekabette geri kalmamak amacına dayanmaktadır. Oyun kağıtları hakkındaki yasal düzenleme tekelin ekonomik gücü yönünden devleti yakından ilgilendirmektedir. Oyun kağıtları konusundaki tutum sosyal ve ekonomik ilkelere ters düşmeyen bir yasama takdiridir. Kamu yararının birkaç yönden gözetildiği düzenlemede Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.”

Karara muhalif kalan ve Sayıştay kökenli olmakla konuya hakimiyetinin çok daha fazla olduğu gözlenen AYM üyesi Mehmet Çınarlı'nın karşıoyunda ise, fevkalade isabetli gördüğümüz bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir:

*“Bin liralık tekel maddesi kaçakçısı 8 seneden 12 seneye kadar ağır hapis ve ayrıca ağır para cezasına çarptırılma durumu ile karşı karşıya bulunurken, 30 milyonluk diğer eşya kaçakçısı sadece ağır para cezası ödemekle kurtulacaktır. Kanunun toplu kaçakçılık saydığı bir suçu işleyen iki kişi arasında, ceza uygulaması bakımından, bu kadar büyük bir farklılık yaratılmasında, daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarında varlığı şart koşulan, “haklı bir sebebi” bulmak mümkün değildir. **Tekel maddesi kaçakçılığı da, gümrüğe tabi diğer eşya kaçakçılığı da, sonuç olarak, devlet gelirlerini ziyana uğratmaktadır. Bazı maddelere tekel***

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verdiğimiz bu yaklaşımının kabul edilemeyeceği kanısındayız. Nitekim, aynı yönde öğretiden isabetli bir görüşe göre;

“(s)osyal bir Devletin, gelirlerini artırmak amacıyla faaliyette bulunabilmesi olgusu ve bu amacı gerçekleştirmek için tekel yaratması, yani özel teşebbüs hakkının özüne dokunması, mümkün görülmemelidir.”¹⁸⁸

Dolayısıyla, idarenin istediği alanda tekel kurabileceği ve bu yönde takdir hakkının bulunduğu, giderek bu takdir yetkisinin –yerindelik denetimi anlamına geleceği gerekçesiyle- yargı tarafından Anayasa'ya uygunluk denetimine dahi tâbi tutulamayacağı yönündeki AYM kararı, son derece isabetsizdir kanısındayız.

İdarenin kamu hizmetlerini yürütürken tekel kurması ve kamu hizmetlerini gelir amacına alet etmesine yönelik cevaz veren yargı kararlarında, AYM yalnız da değildir. Aynı yaklaşımın Danıştay kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Bu meyanda, tekel olarak kurgulandığı dönem itibarıyla içki ve tekel ürünlerini üretmek ve satışa sunmak konusunda tekel hakkı bulunan Tekel İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün sigara ve içki fiyatlarına yaptığı zamma karşı açılan davada Danıştay, aşağıda ilgili kısmını alıntıladığımız kararını vermiştir:

“... (D)avalı tekel idaresinin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü biçimde, üstlendiği kamu hizmetini, ekonomik ve sosyal gereklere

uygulanmasının, devlete gelir sağlama dışında, daha büyük, daha önemli sebepleri bulunduğuna inanmak bugün son derece zorlaşmıştır. Mesela, sağlığa aynı derecede –hatta daha fazla- zararlı bazı maddeler tekel dışına çıkarılmışken, tekel uygulamasında toplum sağlığı endişesini aramak ve tekel maddesi kaçakçularına ötekilerle kıyaslanamayacak kadar ağır bir ceza verilmesini bu sebeple haklı görmek imkansızdır.” (“Vurgu”, tarafımızdan yapılmıştır.)

¹⁸⁸ Ayaydın, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 220.

*uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda ve **hazineye gelir getirecek esaslar dahilinde yürütebilme amacını gerçekleştirecek şekilde fiyat tesbit yapması gereklidir.** Bu durumda... yapılan fiyat tesbitinin yerinde olduğu anlaşılmaktadır.”¹⁸⁹*

Buna yönelik bizim de –yukarıda 169 no.lu dipnotta değindiğimiz kısıt içerisinde kalmak kaydıyla katıldığımız- eleştirisinde, Ayaydın şu tesbitlere yer vermektedir:

“Diğer bir ifadeyle; kamu hizmeti, sadece sosyal (ve hatta, bir ölçüde kabul edilebilecek olan, ekonomik) gerekler ile verimlilik ilkesine göre değil, hazineye gelir temini yani kâr amacıyla da yerine getirilecektir. Böylece; kamu hizmetlerinin bir amacı da “kâr etmek” olmaktadır! İdarenin bütün faaliyetlerine egemen olması gereken ve kamu hizmeti sözkonusunda “sosyal fayda” kavramıyla özdeşleşen “kamu yararı” kavramının içeriği değişmiş olmaktadır: Bizatihi Devletin gelirlerinin artması da, bu kavram içinde kabul edilmektedir. Bu da; ne sosyal devlet ilkesine ve ne de Kamu Hizmeti teorisine uygundur.”¹⁹⁰

Nihayet, unutmamak gerekir ki, on yıllardır üyesi olmak üzere çabaladığımız Avrupa Birliği (AB)’nde de, bu tür hizmetlerin kamu veya özel tekeller şeklinde gelir sağlama amacıyla kurgulanması artık savunulur olmaktan çıkmış durumdadır ve bu meyanda devletin gelir amacıyla piyasayı bozmak yerine vergi toplayabileceği fikri kabul görmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁹ Bkz. Danıştay 10. Dairesi’nin 18 Ekim, 1988 tarih ve E. 1987/84, K. 1988/1709 sayılı kararı, s. 595’den aktaran: Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 604. (“**vurgu**”, tarafımızdan yapılmıştır.)

¹⁹⁰ Bkz. Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 605.

¹⁹¹ Bkz. Ege, Yavuz; Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet, Rekabet Dergisi, Sy. 9, Ocak-Mart 2002, s. 10, 11.

8. Nihai Değerlendirme

Kamu hizmetinin idare hukukundaki temel oluşturucu ve açıklayıcı yeri dikkate alındığında, kavramın olması gerektiği gibi ve doğru bir biçimde kurgulanması, fevkalade önem taşımaktadır. Hukukumuzda, gerek öğretide ve gerek yargı içtihatlarıyla kavrama ilişkin bir açıklık getirilmeye çalışılmış ise de, henüz bu alanda görüş birliğinin oluşmadığı açıktır. Kavramın disiplinler arası bir mahiyet içermesi de belki bu anlamda belirsizliğin nedenlerinden birisidir.

Bu amaçla, farklı disiplinlerin katkısını da sağlayacak biçimde konuya eğilmenin gerekli olduğu kanısındayız. Bu anlayıştan hareketle, özellikle iktisat biliminin rekabet veya tekel gibi kimi temel kavramlarından yararlanılmasında yarar olduğunu düşündüğümüzden, bu yönde ayrıntılı incelemeye gidilmiştir. Şu halde, tekelci veya rekabetsiz faaliyet alanlarının kamu hizmeti kavramının ele alınmasında dikkatle irdelenmesi, bu bağlamda ülke ekonomisinin ulusal rekabet gücünü ve ekonomik refahını engellemek veya baltalamamak üzerine kurgulanması, en başta gözetilmesi ve üzerinde son derece hassasiyetle durulması gereken bir husus şeklinde kendisini göstermektedir.

Çalışmada bir başka değerlendirme ise, kamu hizmetini belirleme hususunda yasamanın tek başına belirleyiciliğinin demokrasi kavramıyla her zaman örtüşmeyebileceğine ilişkin irdemeler bağlamında, ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Kamu hizmetine yönelik belirlemelerde, demokrasi veya halkın iradesi gibi kavramlar üzerinden olumlamalara gidilirken, oldukça dikkatle hareket edilmesinin bilimsel açıdan zorunluluk arz ettiği kanısındayız.

Yine, bu minvalde içerik denetimi kavramının kamu hizmeti alanını belirlemede uygun bir ölçüt olamayağı da, ileri sürülen önermelerimiz arasındadır. Kolluk faaliyetleri ile kamu hizmeti ayrımı kapsamında gündeme gelen bu değerlendirmede, yeni bir açılım sağlanabilmesinin olanak dahilinde olduğunu düşünüyoruz.

Nihayet, onlarca yıldır tartışmalı olmaktan bir türlü çıkamamış bir kavrama yönelik değerlendirmelerimizin bizatihi kendilerinin de tartışmalı olacağı kuşkusuzdur. Bu meyanda, bu çalışmanın belki yegâne katkısı, ele aldığı alanların bir kez daha irdelenmesine yardımcı ve olası farklı bakış açılarıyla yeniden değerlendirilmeye gidilmesini teşvik edici olabilmesi yönünde gerçekleşebilecektir. Bunun ise, başlıca dileğimiz olduğu hususunu özellikle ve açıkça vurgulamak isteriz.

9. Kaynakça

Kitap ve Makaleler:

- Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988.
- Alpar, Erol; Yönetim Hukuku ve Özellikleri, AYİM Dergisi, Sy. 14.
- Altun, Şafak; Atatürk, İnönü, Bayar'ın İktisat Kavgası, Hayal Et Kitap, İstanbul, 2008.
- Aslan, Metin; İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu, Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>).
- Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
- Atay, Falih Rifkı; Çankaya, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2006.
- Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).
- Ayiter, Kudret; Hocamız Bülent Nuri Esen, içinde Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, AÜHF Yayını, 1977.
- Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003.
- Azrak, Ali Ülkü; Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFM, C. 36, Sy. 1-4, 1971.
- Baş, Zühal Bereket; Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 2002 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).
- Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84.
- Birtek, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, EÜHFD, C. 2, Sy. 3-4, 2007 (www.turkhukuk sitesi.com).
- Bostan, Sedat; Hasta Hakları İhlallerinin Nedenleri (<http://hnp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm>), (Erişim Tarihi: 29 Ocak, 2009).
- Çal, Sedat; Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının

İrdelenmesi, AÜHFD, C. 51, Sy. 2, 2002.

- Araç Muayene Hizmetinin "Özelleştirilmesi", AÜHFD, C. 57, Sy. 2, 2008.

- Halkbilim, Hukuk ve Ekonomi Üçgeninde Bir Gezinti..., Kazancı Hukuk Dergisi, Aralık 2008.

- Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

- Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi (AÜHFD'nin 2008 yılı son sayısında yayımlanmak üzere Yayın Kurulunca kabul edilmiş olup, anılan sayı halihazırda basım sürecindedir).

- Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi (bahsekonu makale, AÜSBFD'nin 2008 yılı 4. sayısında yayımlanmıştır).

Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.

Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940.

- Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFM, C. VII, Sy. 3-4, 1950.

Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, 1954.

Duran, Lûtfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Ege, Yavuz; Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet, Rekabet Dergisi, Sy. 9, Ocak-Mart 2002.

Erkan, Hüsnü; Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, içinde Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 1999.

Esen, Bülent Nuri; "Demokrasi" Üzerine, içinde Prof. Dr. Huseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, 1972.

Fırat, A. Serap; Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998.

Fırat, Ali Haydar; Milletvekillerine Konuşma Yasağı ve Milli İrade Fetişizmi, Radikal Gazetesi, 18 Nisan, 2008.

Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

- İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006.
- İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 1998.
- Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988.
- Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Güriz, Adnan; İdeoloji Kavramı Üzerine, içinde Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, 1995.
- Hırş, Ernst E.; Hatıralarım, BTHAE, Ankara, 1985.
- İnce, Özdemir; "Milli İrade" Safsatası, Milliyet Gazetesi, 1 Aralık, 2002.
- Jakoben Milli İrade, Milliyet Gazetesi, 16 Nisan, 2008.
- Milli İrade Mavalı, Hürriyet Gazetesi, 15 Kasım, 2008.
- Milli İradeyi Kimse Tek Başına Temsil Edemez, Hürriyet Gazetesi, 14 Kasım, 2008.
- İnsel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005.
- Kaplan, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, Sy. 19.
- Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karamustafaoğlu, Tunçer; Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayını, 1970.
- Kızılyel, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, DÜSBE, Diyarbakır, 2006 (www.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 29 Ocak, 2009).
- Marks, Karl; Kapital – Kapitalist Üretim Eleştirel Bir Tahlili, (Çev. Alaattin Bilgi), Cilt 1, Eriş Yayınları, 2003.
- Murray, Sarrah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006.

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han; Başlar Mısın Başlayalım Mı? Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleştirmeye: İtalya ve Türkiye, (Yılmaz Günal'a Armağan), AÜSBFD, C. 49, Sy. 3-4, 1995.

- Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

- Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour", İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.

Şen, Ayşe; Atatürk'ün Devlet, Devlet Yönetimi ve Yöneticilerle İlgili Düşünceleri, TİD, Aralık 1988, Sy. 381.

Tan, Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975.

- Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992.

Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Topçuoğlu, Hamide; Aziz Hocamız Hirsch, içinde Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, AÜHF Yayını, Ankara, 1964.

Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

Uran, Emrah; BDDK'nın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Verdiği İzinlerin Hukuki Niteliği: Türk İdare Hukuku Sisteminde yeni Bir İzin Türü, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, C. 2, Sy. 1, 2008.

Yakupoğlu, Mukadder; Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001.

Yargı Kararları:

Danıştay 10. Dairesi'nin 2 Mayıs, 1983 tarih ve E. 1982/2463, K. 1983/1022 sayılı kararı.

Danıştay 11. Dairesi'nin 4 Ekim, 1977 tarih ve E. 1976/11, K. 1977/3377 sayılı kararı.

AYM'nin 27 Mart, 1986 tarih ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs,

1986 tarih ve 19102 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Danıştay 10. Dairesi'nin 18 Ekim, 1988 tarih ve E. 1987/84, K. 1988/1709 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Danıştay 10. Dairesi'nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı.

Ağ Erişimi Kaynakları:

<http://www.tuvturk.com/cont.asp?id=51>

www.ifc.org