

“İlm kesbile paye-i rif’at
Arzû-yı muhal imiş ancak...”
Fuzulî¹

Turfe dükkan-ı hikemdir şu kühen tak-ı felek:
Ne ararsan bulunur derde devadan gayri!
Koca Ragıp Paşa

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Dr. Sedat ÇAL²

ÖZET

İdare hukukunun kurucu kavramları arasında en başta geleni olmasına karşın, kamu hizmeti üzerindeki tartışmalar sonuçlanmış değildir ve belirsizliğini halen de 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 tartışma konusu olmaya aday görünmektedir. Çalışmada, kamu hizmeti kavramının bu güne değin üzerinde bir türlü mutabık kalınmamış tanımı üzerinde –her türlü eksiklikleri taşımaya aday olsa dahi- bir denemeye gidilmesi öngörülmektedir. Bu yapılırken, iktisadi yaklaşımdan, bu yeni tanım denemesinin önemli unsurlarından biri olarak çalışmada yararlanılmıştır. Böylece, kamu hizmetinin yeni bir tanımı çerçevesinde olası çözümlenmeleri gündeme getirebilmesi ümit edilmektedir. Çalışmada önerilen tanım denemesiyle, en azından hukuk öğretilerinde eleştirileri davet ederek, kamu hizmeti kavramının daha sağlam bir hukuksal zemine oturtulabilmesine yönelik olası bir katkıdan söz edilebileceği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Anayasal Ekonomik Hak ve Özgürlükler, Rekabet, Kamusal Korunma Gereksinimi, Tekel ve Stratejik Sektörler.

Public Service: Attempt for a Definition

Sedat ÇAL, Ph.d.

ABSTRACT

Albeit it constitutes the foremost important pillar constructing administrative

¹ Karahan, Abdulkadir; Fuzulî (Muhiti, Hayatı ve Şahsiyeti), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 300.

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.

law, discussions on the public service concept have not yet come to an end, and 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, while acknowledging all possible shortcomings. In doing so, an economics approach has been utilised as an important tool in the analysis to reach at a new definition. Therefore, it is aimed at provoking discussions in the literature to induce possible solutions through this suggested new approach. By way of this new definition, the least contribution could perhaps be to help establish a more sound legal framework regarding the public service concept, by inviting discussions in the literature.

Key Words: Public Service, Constitutional Economic Rights and Liberties, Competition, Need for Protection of the Public, Monopoly and Strategic Sectors.

1. Giriş

Kamu hizmeti, öteden beri idare hukukunun en temel ve kurucu, buna karşın aynı zamanda en tartışmalı kavramı olagelmıştır. Kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, idare hukukçuları tarafından öteden beri üzerinde mutabakat sağlanmaya çalışılan belli başlı konulardan birisi, belki de en önde gelenidir, zira bu hukuk dalının en temel unsurunu kapsamaktadır.

Kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olmaktan başka, bu hukuk dalını açıklamakta kullanılan başlıca temel kurucu unsur olarak³ da değerlendirilmektedir. İdare hukukunun ülkemizdeki kurucusu Sıddık Sami Onar'ın başyapıtı olarak kabul edilen İdare Hukukunun Umumî Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, bu durumu açıklamaya yeterlidir sanıyoruz.

Onar'a göre, kamu hizmeti ve idarî rejim (ile bunlara ilaveten kamu yararı⁴) kavramları, idare hukukunun konusunu oluşturur.⁵ Jeze ve Duguit'nin kurucusu olduğu "kamu hizmeti öğretisi"nde de, idare hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür.⁶

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 mercii tayin etmediği, esas itibarıyla yetkili ve görevlilere yön verdiği ve doğrultu gösterdiği de ileri sürülmektedir.⁷

Öte yandan, kavramın bu 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 uyumsuzlıklardan hangisinin idari yargının görev alanına girdiğini belirlemede

³ Bkz. Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 184.

⁴ Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988, s. 11-22; keza, bkz. Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 223, 224.

⁵ Bkz. Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 13.

⁶ Bkz. Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 474, 475.

⁷ Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 311, 312.

kullanılan en önemli ölçüt, uyumsuzluk konusunun bir kamu hizmeti faaliyeti olup olmadığı üzerinden gerçekleştirilmektedir.⁸

Sonuçta, öğretiden bir görüşe göre, “tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir.”⁹ Hatta, kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun da ötesinde, giderek kamu hukukunun temel kavramı olarak da algılanabilmektedir.¹⁰

Derbil’e göre de, bu temel kavram, yalnız idare hukukunun değil, bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biridir.¹¹ Giderek, öğretinin yanı sıra yargının da benzer görüşü paylaştığı ve “... kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır”¹² ifadesine yer verdiği görülüyor. Nihayet, değinmekte yarar var ki, 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.¹³

Diğer yandan, kamu hizmeti sadece hukukun ve özellikle de idare hukukunun “kurucu unsur”¹⁴ 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.¹⁵ Nihayet, kavramın saf hukuksal yaklaşımların ötesinde, yerine göre siyasal veya felsefi bakış açılarına göre yorumlanabildiği ve bu meyanda çok farklı yargıların ortaya çıktığı söylenebilir.

⁸ Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 12.

⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 95, 184.

¹⁰ Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, 1954, s. 76.

¹¹ Derbil, Süheyp; Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFM, C. VII, Sy. 3-4, 1950, s. 28.

¹² Danıştay 10. Dairesi’nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

¹³ 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.

¹⁴ Gülan, Aydın; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 102.

¹⁵ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

Çalışmamızda münhasıran idare hukuku anlamında kamu hizmeti kavramına yönelik bir incelemeye 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.”¹⁶

Öte yandan, özellikle iktisadi boyutu olan konularda hukuk ile diğer alanların örtüşmesi, “... çok yönlü bir bakış ve kavrayışı gerektirmektedir.”¹⁷ Bu bağlamda, idare hukuku bağlamında kamu hizmetini ele alırken konunun hukuk açısından değerlendirilmesi zorunlu olsa da¹⁸, “... bugüne kadar yanlış bir kavrayışla gelişmiş bulunan sınırlandırıcı ve (giderek) körleştirici hukuk yaklaşımının sınırlarını zorlamaya çalışmak da bir zorunluluktur” ve dolayısıyla bu anlamda “... disiplinler arası bir gezintiye çıkmak zorun(luluğu vardır).”¹⁹

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 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”²⁰

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.”²¹

¹⁶ Punam Keller’ dan aktaran: Murray, Sarah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006, s. 7.

¹⁷ Tan, Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975, s. 49.

¹⁸ Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

¹⁹ İbid..

²⁰ İnel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birkimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).

²¹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

İşte, bu düşüncelerden hareketle, çalışmamızda kamu hizmeti kavramına yönelik kimi değerlendirmelere yer verirken ve buradan hareketle bir tanım denemesine girişirken, 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.”*²²

Şu halde, kamu hizmeti kavramının hukukumuzda ortaya çıkış biçimlerini, hangi hukuksal kurumların oluşumunda yararlanıldığını, geçmişten bu yana ülkemizde ve kaynak Fransız hukukundaki uygulanış biçimleri ile gerekçelerini, hangi ihtiyaçları karşılamak üzere kullanıldığını, özetle, hangi “çıkarlar dengesi” içerisinde kurgulandığını ele almaksızın irdelemek, yerinde olmayacaktır.²³ Öğretiden bir görüşle ifade edersek, “(h) iç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir.”²⁴ Yine, çok daha eski dönemlerden bir değerlendirmeye göre;

*“(i) limde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin göremediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştirak ettikleri sebeplerle –halkalarını birbirinden ayırmak kabil olmayan- ince bir zencir teşkil eder. Bir ilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir.”*²⁵

Sonuç olarak, kavramın tanımına ve kapsamının belirlenmesine yönelik gerek öğretideki görüşlerde ve gerek yargı kararlarında ele alınan unsurlar itibariyle, yeniden bir değerlendirmeye gidilmesine gereksinim bulunduğu kanısını taşımamız, bir tanım denemesine girişilmesindeki başlıca etken olmuştur.

Doğaldır ki, kamu hizmetinin hangi nitelikleri içereceği, kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm mercii, kamu hizmeti olarak

²² Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. XII.

²³ Bu hususlar, işbu çalışmanın öncülü niteliğindeki bir başka çalışmamızın içerisinde ayrıntılı biçimde değerlendirilmekte ve bu nedenle –tekrar etmiş olmamayı teminen- burada ayrıca yer verilmesinde yarar görülmemektedir. Bu itibarla, anılan hususlar bağlamında bkz. Çal, Sedat; *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan (Vedat Yayıncılık tarafından yayımlanmak üzere olan bahsekonu kitapta yer almasını teminen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde oluşturulan yazı kuruluna 7 Şubat, 2009 tarihi itibariyle teslim edilmiştir).

²⁴ Derbil, Süheyy; *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. 8.

²⁵ Musliheddin Âdil (Mukayeseli Hukuku İdare, İstanbul, Güneş Matbaası, 1933)’den aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 102.

tanımlanacak faaliyetlerde idarenin ne türden bir işlev üstleneceği gibi, kavramın içerdiği –veya bağlantılı olduğu veçhile irdelenmesi gerekli- pek çok husus bulunmaktadır.²⁶ Bununla birlikte, bu çalışmanın amacı, çok daha sınırlı bir ölçekte bugüne kadar kavrama yönelik tanımların bir araya getirilmesi ve yeri geldikçe eleştirilmesi, giderek iktisadi bir yaklaşımla ortaya yeni bir tanım denemesi konulması yönünde bir girişimden ibarettir.

Kuşkusuz, Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incisi” 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”²⁷

Arat da benzer bir yaklaşımla konuya eğilmekte ve hukuk alanında eleştirinin önemine dikkat çekmektedir, buna göre:

*“Hukukçu, kendini teyit edenden çok, kendini eleştireni okuyacaktır; bu eleştiriler “ETKİLENMEYE” de amade olacaktır. Eleştiriden etkilenmeyen bir normatif yapı ve onu reel hayata transfer etmeyen adli bir mekanizma asla gelişemez.”*²⁸

Bu itibarla, kamu hizmetine yönelik bir tanım denemesine girişmek –Truchet’nin de vurguladığı üzere- son derece güç bir iştir ve yüzyıldır belirsizliğini koruyan bir kavramın bir makalede ileri sürülen görüşle birdenbire berraklık kazanacağını ummak, sözkonusu dahi edilemez, giderek, adil bir beklenti de sayılmamak gerekir. Dolayısıyla, çalışmada ileri sürdüğümüz tanım denemesinin ve bu bağlamda dayanak tuttuğumuz görüşlerin, konunun ne denli tartışmalı bir kavramı içerdiği de dikkate alındığında, yanılma payının yüksek olması neredeyse kaçınılmazdır. Ne var ki, bu hataların, Derbil’in değindiği üzere, daha az eksiklikler içeren görüşlerin ortaya çıkmasına –belki- katkı sağlaması, olası en büyük yararını oluşturacaktır ve giderek naçizane ümidimizdir.

2. Kamu Hizmeti: Kavram, Tanım ve Kapsam

Kamu hizmetinin tanımı ve niteliği hakkında değişik yaklaşım ve görüşler bulunmaktadır. Aşağıdaki paragraflarda bu yöndeki farklı görüşlere yer vermekteyiz. Hemen belirtelim ki, öğretilerde –her ne kadar “kamu hizmeti”nin belirli ve şaşmaz bir

²⁶ Bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit..

²⁷ Bkz. Derbil, İdare Hukuku, op. cit., s. VI.

²⁸ Arat, Tuğrul; Önsöz, içinde Rifat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara, 2005, s. VIII.

ölçütü bulunmasa da²⁹ kamu hizmetinin tanımlanmasına yönelik kimi ölçütlerden yararlanılarak sözkonusu belirsizliğin giderilmesine çalışıldığı gözlenmektedir.

Kamu hizmeti kuramının ülkemizdeki kurucusu³⁰ 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”³¹ ve dar anlamıyla da “kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler”³² şeklinde tanımlandığına değinmekte ve fakat kamu hizmeti kavramının vazih, açık olmadığını da hemen akabinde ilave etme ihtiyacını duymaktadır.³³

Bir diğer tanıma göre ise, kamu hizmeti;

*“kamu tüzel kişileri ya da bunların denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel girişim tarafından yürütülen etkinliklerdir.”*³⁴

Yine, öğretiden 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.”*³⁵

Bir diğer tanımda da;

²⁹ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 308.

³⁰ Onar, ülkemizde “Kamu Hizmetleri Okulu”nun kurucusu olarak kabul edilmekle beraber, aksi yönde görüşe de rastlanmaktadır. Karahaoğulları’na göre, Onar’ın ilk eseri olan 1935 tarihli İdare Hukuku Ders Notları’nda kamu hizmeti anlayışına yer verilmezken, Mustafa Şeref Özkan’ın yine aynı tarih ve isimli eserinde kamu hizmetinin idare hukukunun temeli olarak ele alındığı, keza, Âdil Musliheddin’in 1933 tarihli Mukayeseli Hukuku İdare adlı eserinde de kamu hizmeti anlayışının temel alındığı görülmektedir; Onar’ın bu yönde kamu hizmeti anlayışına ilk yakınlaşmasının ise 1936 yılındaki bir çalışmasında ortaya çıktığı, esaslı olarak da 1938 yılında yayımlanan İdare Hukuku adlı eserinde görüldüğü zikredilmektedir (bkz. Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 97-102).

³¹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 13.

³² İbid., s. 36.

³³ İbid., s. 14.

³⁴ Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 847.

³⁵ Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 148.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

“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.”³⁶

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 kişilerinin toplumun, halkın veya umurun 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.”³⁷

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.”³⁸

Yine, yakın zamanlarda ortaya konulan bir diğer tanım ise, şöyledir;

“(k)endine özgü bir hukuksal rejim içinde idare veya onun sorumluluğunda özel hukuk kişilerin yürütülmesiyle kamu yararı elde edileceği yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler kamu hizmetleridir.”³⁹

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

“1. Ortak, genel yani kollektif ve karşılanmamış⁴⁰ bir gereksinimin bulunması;

2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve

³⁶ Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 219.

³⁷ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

³⁸ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 13.

³⁹ Tiryaki, Refik; *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 235.

⁴⁰ 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.

3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”⁴¹

Kamu hizmetini en geniş şekliyle tanımlayan⁴² bu görüş, organik unsuru zorunlu kabul etmeyerek idare tüzel kişiliğinin dışında kalan kamu hizmetlerini idare hukukuna bağlı kılması bakımından “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.⁴³

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda “faaliyetin kamusal usüllerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir.”⁴⁴ Böylece, kamu iktisadi teşebbüslerince özel hukuk kurallarına göre yerine getirilen⁴⁵ ve hatta özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim, Onar’a göre de;

“hususî hukuktakinden ayrı bir usûl ile görülmesini âmmî hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmmî hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınaî ve iktisadî âmmî hizmetleri(nin) bu mahiyetlerini inkâr (anlamına gelecektir)... (Bu itibarla) “âmmî hukukuna mahsus usuller ve üstün salâhiyetlerle görülmesi ... âmmî hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmmî hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmmî hizmetine mahsus olan bir vasıf (olmakla) beraber ... ayrılmaz bir unsur ve zarurî bir vasıf (değildir).”⁴⁶

Bununla birlikte, öğretide yukarıdaki paragraflarda yer verilen düşüncelerin aksi yönünde yaklaşımlara da –kuşkusuz- tesadüf edilmektedir. Bu minvalde serdedilen ve hizmetin kamu hukuku alanında görülmesini esas alan görüş uyarınca, sözgelimi, spesifik hukuki rejime tâbî tutulma yahut kendine özgü bir hukuksal rejim içerisinde idare tarafından yürütülmesi, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde etken olacaktır.⁴⁷ Hizmetin üstün yetkilerle görülmesi bağlamında ortaya konulan görüşe göre de “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.”⁴⁸

⁴¹ Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFİM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

⁴² İbid..

⁴³ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 47.

⁴⁴ Özay, Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, op. cit., s. 295.

⁴⁵ İbid..

⁴⁶ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25, 26.

⁴⁷ Bkz. yukarıda 38 ve 39 no.lu dipnotlarda atıf yapılmış olan, Ulusoy ve Tiryaki’ye ait iki ayrı görüş.

⁴⁸ Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976, s. 88.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Bununla beraber, “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 ayırımına gidilmesinin de yanlış olduğunu düşünüyoruz; zira, özel kişiler arasındaki pek çok sözleşmede de taraflar arasında üstünlük bakımından dengesizlik yaratan, hatta taraflardan birine tek yanlı fesih yetkisi tanıyan hükümlere yer verilebildiği bilinmektedir.

Öte yandan, hemen yukarıda –özellikle Özay’a atfen yer verilmiş olan- birinci yaklaşım çerçevesinde organik unsur koşulu 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 etmek⁴⁹, organik unsurun koşul olarak reddedilmesi bağlamında bir çelişki yaratıyor görünmektedir.⁵⁰ Zira, açıktır ki, devletin giyim eşyası üretimi örneğindeki faaliyetine “kamu hizmeti” diyebilmek için, organik unsuru kullanmaktan başka bir çözüm 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

⁴⁹ Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

⁵⁰ Derbil’e göre, kamu hizmetlerinde mümkün oldukça özel hukuk kurallarının uygulanması; tekel halinde olmayan ve özel işletmelerle paralel çalışan kamu hizmetleri için üstün haklar tanımak suretiyle özel işletmelerin durumlarını güçleştirmekten kaçınılması, tamamiyle özel işletmeler durumunda bir kamusal hizmetin kurulması sonucunu doğurmaz; süreklilik, eşitlik, hasbîlik ve değişkenlik esasları, kamu hizmetini ayırdetmek için yetinilir birer ölçüt olarak kalacaktır (Derbil (İdare Hukuku, C. II, s. 425)’den aktaran: Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 170). Karahanoğulları’nın kendi görüşünde de, benzer bir saptamaya gidildiği görülüyor, buna göre; “(ö)zel yürütümün, yani ortak hukukun araçlarının ağırlıklı olarak kullanıldığı sınai veya ticari kamu hizmetlerinde bile zorunlu bir kamusal yürütüm unsuru bulunmaktadır” (bkz. İbid., s. 175, 176).

kamu hizmeti mahiyetini kaybetmemektedir.⁵¹ 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.⁵²

Öte yandan, “giderilmediği takdirde huzursuzluğun başgöstereceği ve kamu düzeninin bozulacağı” derece toplumda “önem kazanmış olma”⁵³ unsuru da tartışmalıdır. Sözgelimi, Onar’a göre;

“(b)ir faaliyetin âmme 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 âmme hizmeti sayılması için kâfi(dir).”⁵⁴

Kuşkusuz, “alêlâde 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 karşılayacağıının derin bir analizini* gerektirir. Ne var ki, bu gereksinimin yeterince ve açık biçimde karşılandığı veya irdelendiği incelemelere tesadüf edemiyoruz. 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 açıklık sağlanmaksızın, kamu hizmetinin tanımına veya unsurlarına yönelik bir değerlendirmenin sağlıklı olamayacağı kanısındayız.

Onar’a göre, kamu hizmeti olarak belirlenmenin en karakteristik niteliği, 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.⁵⁵

⁵¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 25.

⁵² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 306.

⁵³ Gülan, *Kamu Hizmeti Kavramı*, op. cit., s. 149.

⁵⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 32.

⁵⁵ *İbid.*, s. 26, 27.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

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.

Bütün bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, kamu hizmetlerine yönelik olarak süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanabilirlik ile meccanilik (bedelsizlik), başlıca tanımlayıcı ilkeler olarak öne çıkmaktadır.⁵⁶ Bununla birlikte, “(k)amu hizmetlerine egemen olması gereken bu ilkelerden hiçbirine, ülkemizde hiçbir zaman tam anlamıyla uyulma(dığı)” da öğretide açıkça vurgulanmaktadır.⁵⁷

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 doğaldır. Sözgelimi, süreklilik ne denli gerekli bir unsurdur, yahut ne kadar

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi 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, 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.

⁵⁷ Bkz. Özay, *Günüşğında Yönetim*, op. cit., s. 235.

geniş bir kapsam içerir, hangi süre boyunca yürütülmesi süreklilik için önkoşul olacaktır, vb. gibi soruların yanıtlanması gerekecektir. Benzer bir sorgulamayı diğer unsurlara da yansıtmak mümkündür. Bu hususlara, bu çalışmanın temel öngörüsü bir tanım denemesine girişmek olduğundan, burada yer vermeyeceğiz.

Kamu hizmetinin niteliklerini böylece çok dar biçimde zikrettikten sonra, toplumdaki hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun ne şekilde veya nasıl belirleneceği sorununa değinmek istiyoruz. 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.⁵⁸

Duguit’nin yaklaşımında çok önemli bir ayrıntı ise, bir gereksinimin sadece kanun koyucunun iradesiyle kamu hizmeti halini alamayacağı, kanun koyucunun sadece bir gereksinimin toplumsal etkenlerle kamu hizmeti mahiyetini aldığını “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.⁵⁹

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”.⁶⁰ Dolayısıyla, bu anlayışa göre kanun koyucu sadece bir tür “mâlumu ilan etme” işlevini üstlenmiş olmakta; diğer yandan, kamu hizmeti niteliğini “ülkedeki tarihi sosyal kültürel koşulların belirleyeceği”⁶¹ 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.⁶² Giderek, kamu hizmeti etiketi

⁵⁸ Duguit’ye atfen: Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 27.

⁵⁹ *İbid.*, s. 27, 28.

⁶⁰ Gülan, *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 105.

⁶¹ Gülan, *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 107.

⁶² Bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 27.

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.⁶³

Kanımızca, bu türden bir analize gidebilmek için, tartışmaların hangi bağlamda cereyan ettiğine bakılması elzemdir. Sözgelimi, 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 bahsekonu 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.⁶⁴ 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.⁶⁵ Duran ise, kamu hizmetinin tekel halinde görülmesi 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.⁶⁶

⁶³ İbid., s. 29, 30.

⁶⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 28. Onar’a göre, “ihtiyaç ile zaruret” ayrımını yapabilmek güçtür ve “zamana ve mekana”, hatta “takdir ve telakkiye” göre değişeceğinden, gereksiz bir ayırım olarak nitelendirilmek gerekir (bkz. İbid., s. 32).

⁶⁵ İbid., s. 28.

⁶⁶ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

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.”⁶⁷

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, Onar aksi yönde görüş belirtmekte ve faaliyetin kamusal usullerle yürütülmesinin “ayrılmaz ve zorunlu bir unsur” olarak değerlendirilemeyeceğini, zira “sebeple neticeyi karıştırdığını” vurgulamaktadır.⁶⁸

Onar'ın ifadesiyle, “acaba idarenin bir faaliyeti âme hizmetidir için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âme hizmetidir?” sorusu sorulmalıdır; zira, özel hukuka tâbi olmakla beraber, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır.⁶⁹

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 söz konusudur.⁷⁰

3. Kamu Hizmeti: Bir Tanım Önerisi

Kamu hizmeti için yukarıda yapılan tüm bu değerlendirmeler ışığında, kanımızca ilk olarak aşağıdaki biçimde bir tanım denemesine gidilebilir:

3.1. 1 no.lu Tanım Önerisi

3.1.1. Tanımın Unsurları

Toplumda mevcut veya yeni ortaya çıkan bir gereksinimin, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için;

- faaliyetin niteliğine göre belirlenen koşullar uyarınca, idare tarafından verilen ruhsata dayanılarak, rekabet içerisinde ve hizmetin gerektirdiği biçimde, tam olarak tatmin edilememesi ve bu süre boyunca idare tarafından yerine getirilmek zorunluluğuyla karşılaşılması,

⁶⁷ Bilgen, Kamu Hizmeti Hakkında, op. cit., s. 113.

⁶⁸ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 30.

⁶⁹ Bkz. İbid..

⁷⁰ Azrak, Ali Ülkü; Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, Sy. 1-4, 1971, s. 58.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

- ülkenin iç veya dış siyasi-ekonomik bağımsızlığı veya güvenliği bakımından, özel kişiler eliyle yukardaki koşullar altında yürütülmesinin zaafiyet doğurabileceği orman ve maden işletmeciliği, enerji veya milli eğitim gibi faaliyet alanları ile idari hizmetler bakımından, bu tür bir zorunluluğun aranmayacağı hususu yasama tasarrufuyla kararlaştırılabilecek faaliyetler de dahil edilmiş sayılarak,

idarenin kendisinin yürüttüğü veya sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.

3.1.2. Tanım

“Toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idarenin yürüttüğü veya kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel kişiler eliyle sözleşme ilişkisi içerisinde yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.”

3.1.3. Tanımın Analizi

Görüleceği üzere, yukarda yer verdiğimiz tanım, aslında öğretilerde daha önce dile getirilmiş kim tanımlarla büyük benzerlik içeriyor. Sözgelimi, çalışmanın başlarında yer verdiğimiz, Duran’ın tanımıyla neredeyse aynıdır denilebilir. Giderek, sözgelimi Özyay’ın ve Gülan’ın tanımlarıyla da büyük ölçüde aynı yaklaşımı içermektedir. Ancak, bahse konu tanımlardan ayrılan yönü, kamu hizmeti sayılabilmeyi teminen idarenin bir faaliyeti yürütmesinde, idarenin tek yanlı iradesiyle yürütmeye karar vermesi olasılığının açık biçimde bertaraf edilmesi ve bu bağlamda rekabet içerisinde yerine getirilememesi unsurunu idarenin yürütmeye yönelik üstlenme kararında bir önkoşul olarak öne çıkarması, giderek bunun bir istisnası olarak da kamusal güvenlik unsurunu tanım içerisine yerleştirilmesi olarak belirtilebilir.⁷¹

Bu tanım denemesi uyarınca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak algılanabilmesi için, öncelikle idarenin koşullarını belirleyeceği ruhsat altında özel kişilerin rekabet içerisinde toplumun gereksinimini gerektiği biçimde, tam olarak tatmin edebilecek

⁷¹ Kuşkusuz, anılan tanımlarda “gereği gibi yerine getirilememesi” ifadesiyle, hizmetin rekabet içerisinde özel girişimcilerle yürütülmesinin olanaksızlığına değinildiği savlanabilir. Ancak, bu nitelik anılan tanımlarda sarıh biçimde dile getirilmediğinden, “gereği gibi” ibaresinin bahse konu tanımlarda rekabet unsurunu mutlaka bir önkoşul olarak içerdiği kabul görmeyebilir. Bu itibarla, öngördüğümüz tanım denemesinde bu husus özellikle vurgulanıyor durumdadır ve bu bakımlardan anılan tanımlardan farklılaştığı ileri sürülebilir.

durumda olup olmadığına bakılmak gerekecektir. Dolayısıyla, özel girişim eliyle ruhsat altında yürütülerek toplumun gereksinimlerini tatmin edilebilecek faaliyetler, kural olarak bu şekilde gerçekleştirilecek ve kamu hizmeti tanımlamasından uzak kalacaktır.

Tanım uyarınca, rekabetçi koşullar altında özel sektör tarafından tatmin edilebilmesi mümkün olsa dahi, kimi hizmetlerin istisnai olarak özel girişimcilerin ruhsat altında yürütmesine engel olunması ve bunların idare tarafından veya idarenin tercih etmesi halinde idare ile sözleşme ilişkisi içerisine girecek özel girişimci tarafından gerçekleştirilmesi yoluna gidilebilecektir. Buradaki istisna, kamusal güvenlik açısından endişe görülebilecek olan faaliyet alanlarıdır ve bu alanların nelerden oluşacağı, ya Anayasa'da münhasıran belirlenecek ve/veya Anayasal çerçevede belirlenecek ilkeler uyarınca çıkarılacak yasalarda ortaya konulacaktır.

Dikkat edilecek olursa, idarenin faaliyeti bizatihi yerine getirmesi durumunda, bunun kamu hukukuna bağlı olarak yürütülüyor olacağına ilişkin bir ibareye tanım içerisinde yer verilmemektedir. Bunun gerekçesi ise, kamu hukukuna bağlı kılınmayan faaliyetlerin, zaten özel hukuk tahtında ve rekabet içerisinde yürütülüyor olacağı temel ilkesinin benimsenmiş olmasında yatmaktadır. Dolayısıyla, idare, rekabet içerisinde özel kişilerce yerine getirilemeyecek olan faaliyetleri –ancak-yürütebileceğine göre, bunların kamu hukukuna bağlı olacağı önkabulünden hareket edilebilecektir.

Ne var ki, bu görüşün de kendi içerisinde eleştirisi yapılabilecektir. İdarenin rekabet içerisinde verilmesinde söz edilemeyecek kimi faaliyetlerinin halihazırda yasal düzenlemelerle özel hukuka bağlı kılınabildiği ve bunun da öğretilde genel olarak itirazla karşılaşmadığına rastlanabilmektedir. Sözgelimi, bayındırlık yapım sözleşmeleri ülkemizde –kaynak Fransız uygulamasının aksine- özel hukuka bağlı kılınmış durumdadır. Yine, tapu sicillerini tutmaya ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülüyor olması, bir başka örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, tanım içerisinde idari kamu hizmetlerinin de özel kişilere sözleşmeyle gördürülebileceği zikredilmiş olmaktadır. Bu husus, esasen, halihazırda öğretilde de benimsenmiş görünmektedir. Sözgelimi, Fransız öğretisine atıfta bulunan Gözüyük/Tan'a göre, idari kamu hizmetlerinin de imtiyaz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁷² Oysa, Karahanoğulları'na göre, idari kamu hizmetlerinde kamusal yürütüm kuraldır.⁷³

⁷² Bkz. Gözüyük/Tan, *İdare Hukuku-I* (2006), op. cit., s. 679.

⁷³ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit.,s. 311.

Bu bağlamda düşünölmek gereken bir husus ise, imtiyaz olsun olmasın, bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmak yerine ruhsat yöntemiyle aynı hizmetin özel kişilerce görülüp görölemeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır. İmtiyazın genel olarak iktisadi hizmetlerde sözkonusu edildiği ve giderek kâr veya zararı girişimciye ait olmak gibi ölçütler geliştirilmiş bulunduğu hatırlanacak olursa, idari kamu hizmetlerinin nasıl olup da iktisadi bir hizmet alanı gibi değerlendirilip imtiyaz konusu ediliyor olacağı, ayrıca tartışmaları davet edebilmektedir.

Bir an için imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususunu bir yana bırakırsak, idari kamu hizmetlerinin görülmesi bakımından idare ile özel kişi arasında sözleşme ilişkisi içerisine giriliyorsa, bu sözleşmenin her halükarda idari bir sözleşme niteliğinde olacağı belki savlanabilir. Ancak, burada, her halükarda bir iktisadi olmayan kamu hizmeti, diğer bir deyişle, genel idari hizmetin özel kişiye gördürölmesi sözkonusu olacağı söylenebilir.⁷⁴ Bu anlamda, idari bir sözleşme olarak tanımlanması kabul görebilecek ise de, bunun öğretilde halihazırdaki imtiyaz sözleşmesi yaklaşımı itibariyle⁷⁵ bir imtiyaz sözleşmesi olarak belirlenebilmesi tartışmalı olsa gerektir.

Şu ana değin, tanım denemesinde esas aldığımız “rekabet içerisinde yerine getirilebilme” niteliğinin mahiyeti üzerinde de durmak yerinde olacaktır. Ancak buna geçmeden önce bir hususa değinmekte yarar görüyoruz. Kamu hizmetinin tanımlanmasında rekabet anlayışına bu denli önem vermenin yerindeliği değerlendirilirken, bir özel hukuk kavramına kamu hukuku kavramını belirleme sürecinde böylesi bir ağırlık verilmesinin eleştiriye uğraması olasıdır.

Giderek, serbest piyasa anlayışının dayandığı veya bir başka ifadeyle kapitalist bir düzenin dayandığı bir kavramın, kamu hukukuna alanındaki bir kavram üzerinde belirleyici rol üstlenmesinin abesle iştiğal olacağı yolunda olası eleştirilerin gündeme gelmesi de düşünölmek gerekir. Ne var ki, bu yöndeki görüşler bağlamında hemen ve öncelikle değinmek gerekirse, rekabet kavramının idare hukuku tahtında kamu hizmeti kavramından bahsedilirken ele alınması, münhasıran tarafımızdan var edilmiş bir yaklaşım değildir.

Nitekim, öğretilde bu yönde değinmelerde bulunulmakta olduğu hususu da kanımızca çok rahatlıkla söylenebilecektir. Buradaki tek fark, rekabet sözcüğünün –nedense- kullanılmamakta olmasıdır. Oysa, anılan yaklaşımların içeriği, kanımızca

⁷⁴ Genel idari hizmet ile iktisadi kamu hizmeti ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 236-252.

⁷⁵ Örneğın bkz. İbid., s. 370-372.

halihazırda özü itibariyle rekabet kavramına dayanıyor durumdadır. Bu itibarla, bizim anılan kavrama açıkça değinmemiz, sadece öğretide dolaylı yoldan –farkında olarak veya olmayarak- değinilen bir hususun altını çiziyor veya göz önüne seriyor olmamızdan başka bir husus arz etmemektedir. Şimdi, öğretide rekabet kavramının ne şekilde atıfta bulunulan bir unsur olageldiğine örnekler verelim.

Bu meyanda, sözgelimi, Özay’ın kamu hizmetini tanımlarken kullandığı “genel ve karşılanmamış bir gereksinimin topluma haz vererek giderilmemesi durumunda kamu düzeninin bozulacağı” ifadesi, kamu hizmeti olarak tanımlamada öncelikle bu faaliyetin kamusal alan dışında yeteri biçimde tatmin edilmemesine değinmektedir. Dolayısıyla, bu anlamda rekabete dolaylı yoldan atıf yapıyor sayılmak icap eder.

Yine, Karahanoğulları’nda bu yaklaşım daha bir sarih –ve büyük oranda isabetli- biçimde yer almaktadır. Buna göre, “(ü)retim ilişkileri alanının (özel alanın) temel ilkelerinin –devlet lehine- yokluğu veya eksikliği siyasal alana delalet eder.”⁷⁶ Yazar, tüm toplumsal ihtiyaçların karşılanması devletçe üstlenilirse, bunun sivil toplumu yutma anlamına geleceği ve böylece üretim ilişkileri alanı ortadan kalkacağı veçhile devletin sonu demek olacağı, dolayısıyla devletin sadece toplumda üretim biçiminin varlığını korumak ve sürdürmek için gerekli belirli bir asgari faaliyet alanının kamusal alanda tutulması gerekeceği görüşünü zikretmektedir.⁷⁷

Yazarın daha sarih bir ifadeyle ortaya koyduğu “(z)aten kural toplumsal ihtiyaçların özel girişimce karşılanmasıdır” görüşünde, piyasa koşulları bağlamında rekabetin sözkonusu edildiği açıktır. Hatta, yazar giderek, herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri almak suretiyle otomobil fabrikası veya elektrik santrali kurarak piyasa koşulları içerisinde üretimde bulunması ile bir bölgede üretim tekeli olarak piyasa koşullarından farklı bir tekel ayrıcalığı altında üretime geçmesi arasındaki farka vurgu yapmaktadır, ki burada tekel dolayısıyla oluşan ayrıcalığa değinirken rekabet unsurunun altını da –dolaylı yoldan- kalın biçimde çizme sonucuyla karşılaşılmaktadır.⁷⁸

Bu noktada, rekabet ölçütü bağlamında kamu hizmeti anlayışının ne tür sonuçlar doğuracağı hususuna yeniden dönelim ve buna dair örnekler vermeye çalışalım. Öncelikle, bu ifadeyle ne tür bir rekabetin kastedildiği, daha başka bir deyişle, pazar içerisinde rekabetten mi, yoksa pazar için rekabetten mi bahsediliyor olacağını

⁷⁶ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 53.

⁷⁷ Bkz. İbid., s. 61.

⁷⁸ Bkz. İbid., s. 63, 64.

açıklığa kavuşturmak gerekecektir.⁷⁹ Kanımızca, burada esas olarak kastedilmek gereken, bir hizmetin pazar içerisinde rekabetçi koşullarda yürütülebilmesi olarak algılanmak gerekir.

Şu halde, pazar içerisinde rekabetle yerine getirilebilecek hizmetler bakımından, bu faaliyetlerin kamu hizmetini teşkil edemeyeceği esas kabul görecektir. Yasamanın veya idarenin tasarrufuyla rekabetçi bir alanın rekabet kısıtları getirilerek kamusal alana alınması ise, Anayasa'daki girişim özgürlüğü (m. 48) kısıtı çerçevesinde Anayasa'ya aykırı düşecektir ve bu itibarla da mümkün olamayacağı anlayışına gelinmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Pazar içerisinde rekabetten bahsedilemeyecek tekelle veya oligopol niteliğindeki faaliyet alanlarında ise, kamusal alana aktarılma ve kamu hizmeti niteliğinin evveliyetle gündeme geleceği düşünülebilir. Cep telefonu işletmeciliği gibi oligopol nitelik içeren bir faaliyet alanında, rekabet kısıtlarından dolayı kamu hizmeti niteliğinin doğacağı bir "mutlak kabul" sözkonusu olmalı mıdır? Böyleyse, buna ne gibi bir sonuç bağlanacaktır?

Kanımızca, bu türden bir oligopol piyasa faaliyeti sözkonusu ise, faaliyet yine özel kişiler eliyle yürütülebilecektir. Yürütmenin yöntemi ise, ruhsat veya sözleşme yoluyla gerçekleştirilebilir. Ancak, kanımızca olması gereken, ruhsat vermek yoluyla faaliyetin özel kişilerce yürütülmesi, idarenin sektörün niteliğinden ileri gelen yoğun denetimini ise doğal olarak yerine getirmesi şeklinde bir kurgu içerisinde düşünülme gerekir. Sözleşme yoluyla yürütülmesi için bir gerekçeyi düşünmek ise, güçtür.

Burada yer verdiğimiz "kamusal güvenlik" ifadesinin belirsiz bir ölçüt içerdiği ve neyi ifade ettiğinin rahatlıkla belirlenemeyeceği veçhile uygun bir ölçüt olamayacağı da savlanabilir. Buna yönelik olası bir yanıt, kaynak Fransız hukuku uygulamasından verilebilir. Bilindiği üzere, idari yargıya tâbi olması gerekli görülen idari sözleşmelerde uluslararası tahkimin cevaz görmemesi nedeniyle bir Amerikan şirketinin (Disneyland) Fransa'da planladığı yatırımın tehlikeye girmesi üzerine, bu projeyi gerçekleştirebilmek için bir yasa çıkarılmış ve idarenin yabancı şirketlerle arasında imzalanacak sözleşmelerinde "milli menfaatler yararına" bir durum bulunması halinde tahkim olanağının tanınması kararlaştırılmıştır.⁸⁰ Şu halde,

⁷⁹ Anılan rekabet türleri ile ülkemizdeki uygulama alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 77, 155, 263, 264, 268, 270, 319.

⁸⁰ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 207. Ülkemizde uluslararası tahkime yönelik 1999 yılı Anayasa değişiklikleri sürecinde Fransa'daki gibi kısıtlı ve kanımızca yerinde ölçütler içerdiği söylenebilecek bir kurguya gidilmek yerine, sınırsız biçimde hareket edilmiş olmasının bu anlamda **son derece talihsiz ve vahim ölçüde yanlış olduğunu, giderek ülke çıkarlarının tam tersine bir**

“milli menfaatler yararına” gibi bir ölçüte yer verilebildiğine göre, neredeyse aynı derecede soyutluk içeren “kamusal güvenlik” ölçütüne geçerlik tanımakta da bir sorun bulunmasa gerektir.

Görüldüğü üzere, bu tanım varsayımında, bir faaliyetin idare tarafından kamu hizmeti koşullarında yürütülebilmesi için, öncelikle faaliyetin özel kişiler eliyle, idare tarafından belirlenecek kolluk niteliğindeki koşullar altında, rekabetçi biçimde tam olarak ve gerektiği gibi tatmin edilememesi gerekecektir. Böylece, -ülkemizde kamu hizmeti incelemelerinde “piyasa yetersizliği” üzerinden konuya yaklaşılmış olmak itibarıyla⁸¹ “rekabet” unsurunun dolaylı biçimde ele alınmış olduğu söylenebilecek olsa da- “rekabet” unsurunun tanım içerisinde ayırdedici bir işlev görebilmesi ilk kez açık biçimde öngörülmüş olmaktadır.

Yine, tanım çerçevesinde, öğretide “*virtüel*” kamu hizmeti olarak da tanımlanabildiği görülen⁸², özel kişiler eliyle yürütülen ve fakat kamu hizmeti niteliğini bünyesinde barındırdığı kabul gören kimi faaliyetler daha açık bir kapsama kavuşturulmaktadır. Bunların, özel kişiler eliyle görülen diğer tüm hizmetler gibi, koşulları idarece belirlenecek ruhsat altında faaliyet gösterebileceği yaklaşımına dayanılarak, bu kapsamda idarenin –ruhsat verme işlemi nedeniyle- diğer tüm işlemlerinde olduğu gibi sorumluluğuna gidilebilmesi de imkan dahilinde bırakılmaktadır.

Bahsekonu hizmetlerin özel kişiler eliyle ruhsata dayanılarak görülebilmesindeki tek sınır ise, “kamusal güvenlik” olarak öngörülmektedir. Böylece, iç veya dış kamu güvenliği açısından mahzurlu olacağı yasal düzenlemeyle belirlenecek alanlarda ortaya çıkabilecek ve böylece ülkenin güvenliği yahut bekası bakımından sakıncalar yaratabilecek faaliyetlerin kamusal alanda tutulması sağlanabilecektir.

Yine, kamusal alanda tutulsa dahi, bu hizmetlerin özel kişiler tarafından idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde, idarenin denetim ve gözetimi dahilinde gördürülebilmesi de bir seçenek olarak tanımın kapsamı içerisinde bırakılmaktadır. Ancak, dikkat edilirse, bu hizmet alanlarında esas olan, ruhsat yoluyla özel kişilerin anayasal girişim özgürlüklerini kullanmalarıdır. Böylece, rekabet koşulları içerisinde

biçimde gerçekleştirildiğini bu vesileyle vurgulamak isteriz (bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit.)

⁸¹ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 96.

⁸² Bkz. Tan, Turgut; *Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline*, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, 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.

toplumun gereksinimlerini karşılayabilecekleri durumlarda, buna –yukarıda belirtilen sınırlama ayrıkısı tutulmak kaydıyla- engel olunamaması ilkesi benimsenmektedir. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisi içerisinde de, sadece bu ayrıkısı durumda gidilebileceği öngörülmektedir.

Öte yandan, tanımda yer verilen kamu hizmeti konusunda yasa koyucunun iradesiyle tek yanlı bir belirlemeye gidebilmesi de düşünülemez. Zira, belirlenen koşullar altında bu kamu hizmetinin yürütülebilmesi bakımından özel kişilerin girişim özgürlüğü anayasal korunma altında kalmaya devam etmekte ve böylece herhangi bir dönemde yasamanın öngöreceği düzenlemeler bu sınır tahtında alınmak durumunda kalmaktadır.

Gelir sağlama amacıyla idarenin bir faaliyet alanında tekel kuramamasına yönelik tanım içerisinde bir düzenlemeye gidilmesi ise kanımızca gereksizdir. Zira, idarenin gelir amacıyla tekel kuramayacağı, anayasal girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve halihazırda bu Anayasal hükme (m. 48) göre de kurulamaması gerekir. Kamu hizmetinin bedelinin belirlenmesi de yine idare hukukunun genel kuralları uyarınca, kâr amacı gütmeyecek biçimde, Anayasadaki sosyal devlet ilkesi uyarınca makul biçimde belirlenme kısıtı altındadır ve idari yargı denetimiyle de bu durumun uygulamasındaki çerçeve sağlıklı biçimde temin edilebilecektir.

3.2. 2 No.lu Tanım

3.2.1. Tanımın Unsurları

Toplumda mevcut veya yeni ortaya çıkan bir gereksinimin, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için;

- faaliyetin niteliğine göre belirlenen koşullar uyarınca, idare tarafından verilen ruhsata dayanılarak, rekabet içerisinde ve hizmetin gerektirdiği biçimde, tam olarak tatmin edilememesi ve bu süre boyunca idare tarafından yerine getirilmek zorunluluğuyla karşılaşılması,
- ülkenin iç veya dış siyasi-ekonomik bağımsızlığı veya güvenliği bakımından, özel kişiler eliyle yukardaki koşullar altında yürütülmesinin zaafiyet doğurabileceği orman ve maden işletmeciliği, enerji veya milli eğitim gibi faaliyet alanları ile idari hizmetler bakımından, bu tür bir zorunluluğun aranmayacağı hususu yasama tasarrufuyla kararlaştırılabilecek faaliyetler de dahil edilmiş sayılarak,

idarenin kendisinin yürüttüğü faaliyetlerdir.

3.2.2. Tanım

“Toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idare tarafından yürütülen faaliyetlerdir.”

3.2.3. Tanımın Analizi

Çalışmanın başlarında yer verdiğimiz 1 no.lu tanım ile hemen yukarıdaki 2 no.lu tanım arasındaki fark, ikincisinde idarenin yerine getireceği kamu hizmetleri bakımından, artık bunların seçimlik olarak idare tarafından özel kişiler eliyle görülmesine olanak tanınmamasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu tanımın analizinde, 1 no.lu tanıma ilişkin olarak yer verilen değerlendirmeler geçerliğini koruyacak, ancak, farkı oluşturan hususa yönelik olarak ilave açıklamalara yer verilecektir. Böylece, bu ikinci tanıma neden geldiği hususu açıkça görülebilecektir. Esasen, her iki tanıma da çalışmada yer veriliyor olmasının arkasındaki başlıca gerekçe, hangi bakımlardan bu ikinci tanıma geldiği hususunun açıkça görülebilmesine olanak sağlanması düşüncesinde yatmaktadır.

İdarenin rekabet içerisinde özel kişilerce yerine getirilebilecek hizmetlerde kural olarak kamu hizmeti anlayışına gidemeyeceği ve bu hizmetlerin kamu tarafından tekel kısıtları içerisinde görülemeyeceğine değinmiştik. Bunun tek istisnası olarak da, kamusal çıkarların korunması gereğinin doğması durumunda idarenin bu hizmeti bizzat yerine getirme yoluna gidebileceği, yahut sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle yürütülmesini de kararlaştırabileceği belirtilmişti. Bu noktada bir hususa değinmek gerekiyor kanısında. İdare, bu türden bir stratejik sektör faaliyetini neden ruhsat yoluyla değil de sözleşme ilişkisi içerisinde yürütme olanağına kavuşturulmalıdır?

Kanımızca, bu amaca yönelik bir gerekçe üretmek güçtür. Şayet, stratejik nitelik arz ettiği için özel kişiler eliyle rekabetçi biçimde ve ruhsat verilmek suretiyle hizmetin yerine getirilmesinde sakınca görülüyorsa, –kamusal güvenliğin gerektirmesi önkoşulu kısıtıyla- bu yönde sınırlamalar getirilmesine cevaz verilebileceği, esasen kabullerimiz arasındadır. Ancak, buradaki sorun, ruhsat yerine neden sözleşme ilişkisi içerisine girilmesinin gerekeceğinde düğümlenmektedir.

Şayet, yabancı özel kişiler yerine yerli girişimcilerin faaliyeti yürütmesi öngörülüyorsa, bunun için gereken ayrıcalıklı düzenlemeye sözleşme ilişkisi içerisinde gidilmesi zorunluluğundan söz edilemez. Zira, aynı keyfiyet, sadece yerel girişimcilere ruhsat verilmek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Buna engel bir

uluslararası andlaşma yahut yükümlülük varsa, sözleşme veya ruhsat olsun, aynı engel her ikisi bakımından da sözkonusu olacaktır.

Rekabet içerisinde yürütülmesi olanaksız faaliyet alanları bakımından da, yine, sözleşme ile ruhsat yöntemleri arasında bir farklılık olup olmayacağı hususunu irdelemek gerekecektir. Şayet, tekelci yahut oligopol niteliğindeki bir faaliyet alanından bahsediliyorsa, buralarda neden sözleşme ilişkisinin zorunlu kılınmak gerekeceği üzerinde düşünölmek gerekir. Kanımızca, bu türden faaliyet alanlarında da ruhsat yöntemiyle hizmetin yürütülmesine gidebilme olanağı vardır. Giderek değinmek gerekirse, sözleşmeyle yapılmasına kıyasla, bu durumda kamu açısından herhangi bir sakıncanın doğacağını varsaymak da güçtür.

İşte, bu düşünceler ışığında, 1 no.lu tanımda yer verdiğimiz “özel kişiler eliyle de görölebilmek” ibaresinin tanımdan çıkarılabileceği öngörüsüne itibar edilmiştir.

4. Tanımların Dayandığı Temel Anlayış

4.1. Kamusal Çıkarların Korunması Gereksinimi

Kamu hizmetine ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz tanım denemesi çerçevesinde, rekabet esasına göre toplumdaki gereksinimlerin tatmin edilebileceği durumlarda, idarenin yerine getirmesi gereken bir toplumsal gereksinimden artık bahsedilemeyeceği ileri sürölebilir. Bu itibarla, belirtilen türden faaliyet alanlarında özel kişilerin faaliyet göstermesine Anayasal girişim özgürlüğü çerçevesinde sınırlama getirilerek kamusal alana aktarmanın ve idare tarafından –veya kamusal alandaki bir sözleşme ilişkisi içerisinde idare tarafından denetim ve gözetim sağlanarak özel kişiler eliyle- faaliyeti yerine getirmenin sözkonusu edilemeyeceği söylenebilir.

Bu durumda, kamusal çıkarların korunması bağlamında kimi sınırlamalara gidilebileceğini de belirtmiştik. Dolayısıyla, bu bölümde, kamu hizmeti tanımlamasına gidilebilmesi bağlamında, kamusal çıkarların korunmasına yönelik gereksinimin nerede ve nasıl doğabileceğine ilişkin ayrıntılı bir irdelemeye ve örnek olay ile faaliyet alanı değerlendirmesine giderek, konunun daha iyi aktarılabilmesine çalışacağız.

Bilindiği üzere, ülkemizde kimi faaliyet alanlarında idarenin özel kişilerle kurduğu sözleşme ilişkisinin özel hukuk yerine idare hukuku bağlamında değerlendirildiği görölmektedir. Bu bağlamda, idarenin özel kişilerle sözleşme ilişkisi içerisine girdiği kimi durumlarda, imzalanan sözleşmelerin kamu hizmetinin görölmeleri olarak nitelendirildiği ve böylece idari sözleşme olarak tanımlandığı görölmektedir. Ne var ki, altyapı faaliyetlerinin gördürülmesine ilişkin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri

veya müşterek emanet yahut iltizam sözleşmeleri gibi⁸³, kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlere ilişkin oldukları çok daha kolayca savlanabilecek sözleşmelerin yanı sıra, kamu hizmeti ile alakalı bulunmayan kimi faaliyet alanlarında idarenin özel kişilerle imzaladığı sözleşmelerin de idari sözleşme sayılabildiği gözlenmektedir.⁸⁴ Bu yöndeki –öğretide atıfta bulunulan- iki örnek, sırasıyla, orman veya maden işletmelerine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları bağlamında gündeme gelmektedir.⁸⁵

⁸³ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 308, 309; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 68-70 .

⁸⁴ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 46, 47. Yazara göre, öğretilerde idari sözleşmelerin ölçütleri arasında hem kamu hizmetine ilişkin olması hem de idareye özel hukuku aşan hükümler içermesinin birlikte (kümülatif olarak) aranması yanlıştır; dolayısıyla, kamu hizmetiyle ilişkili kılınmayacak ancak özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmelerin bu birliklilik önkoşulu nedeniyle idari sözleşme sayılmamaları kabul edilmez bir sonuçtur. Yazarın ifadesiyle “... bizatihi özel hukuku aşan hükümler içeren bir sözleşme, nasıl olacak da “özel hukuk sözleşmesi” sayılacak ve bu sözleşmeye nasıl olacak da sadece özel hukuk hükümleri uygulanacak?” (bkz. İbid., s. 47). Yazarın burada son derece isabetli bir görüş serdettiğini hemen belirtmekte ve vurgulamakta yarar görüyoruz. Nitekim, yazarın böylece kamu hizmetiyle imtiyazın arasındaki mutlaklık içeren bağlantıyı keserek çok yerinde bir hükme vardığı, bizim de –kamu hizmetiyle bağlantısız olsa dahi- ayrıcalıklar içeren her faaliyet alanında imtiyaz niteliğinin belireceği yönündeki görüşümüze (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit.) benzer yönde bir anlayışı benimsemekte olduğu söylenebilir. Ancak, eserin diğer kısımlarında beliren kurguda bu anlayışla bağdaşmayan değerlendirmelere de rastlanıyor. Sözgelimi, yazara göre “... ortada bir kamu hizmeti yoksa, kamu hizmeti imtiyazı da olamaz” (bkz. İbid., s. 371). İmtiyaz sözleşmelerini –Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın aksine- dar anlamıyla ele aldığı görülen yazara göre, Yüksek Mahkemelerin idari sözleşme ve bunların içerisinde de imtiyaz sözleşmesi saplantısı vardır (İbid., s. 91, 92, 378). Yine, yazara göre idare, imtiyaz sözleşmesi yerine –isimsiz idari sözleşmeler de dahil- diğer idari sözleşmeleri yapma yoluna gidebilir; bunların imtiyaz sözleşmesinden tek farkı Danıştay’ın görüşünün alınmasında doğar, ki bu görüşün “ön denetim” anlamında telakki edilememesi gerekir ve giderek bağlayıcı olmaması esastır, zira demokratik ilkeler bunu gerektirir (İbid., s. 86-94). Öte yandan, idarenin özel hukuku aşan hükümler içeren ve fakat kamu hizmetiyle bağlantılı olmayan sözleşmelerinin idari sözleşme sayılması gerektiğini vurgulayan yazar, aynı zamanda bir yasal düzenlemeyle idarenin her tür sözleşmesinin özel hukuk sayılabileceğini açıkça vurgulamakla (bkz. İbid., s. 11), bızce bir tür çelişkiye de yol açmaktadır. Şayet yasal düzenleme “demokrasi” ilkesi adı altında bu türden özel hukuku aşan hükümleri havi sözleşmeleri özel hukuka sorgusuz sualsiz bağlı kılabilecek ise, yazarın kendi ifadelerinde değinilen “nasıl olacak da özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmeler özel hukuka bağlı kılınacak” sorusu geçerliğini neden yitirmiş sayılacaktır? Buna “demokrasinin gereği” denilecek ise, bu, yeterli bir açıklama olmaktan çok uzaktır; zira, kanımızca bu tür bir tasarrufu “demokrasi” gerekçesiyle aklamak olanağı yoktur. Bu savımıza öğretilerden bir destekleyici atıf, idare hukukunun ülkemizdeki kurucusu ve duayeni kabul edilen bilge Onar’dan verilebilir, buna göre “... *milli hâkimiyeti “teşri (yasama) uzvunun her şeye kadir olduğu, kanun şeklinde her istediğini yapabileceği, her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak hukuk devleti fikriyle devletin... Hukuk devletinde her şeyin üstünde hukuk kaideleri vardır.*” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 561).

⁸⁵ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 175, 176; keza, bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71 (yazar, orman işletme sözleşmelerinin 1982 Anayasasından önceki dönemde özel hukuk sözleşmesi sayıldığına –Günday ve Gözübüyük/Tan’a atfen- değinmekle beraber, atıfta bulunulan eserlerde idari sözleşme olarak sayıldıklarına yer verilmekle, sehven “özel hukuk sözleşmesi” ibaresini kullandığı anlaşılmaktadır).

Bahsekonu her iki faaliyet alanında da, –idare ile özel kişiler arasında imzalanan sözleşmelerin konusu itibariyle- kamuya sunulan bir hizmetten bahsedilebilmesi olanağı bulunmamaktadır. Sözgelimi, Onar’ın da belirttiği üzere, maden işletmeciliğinde idareye ve üçüncü kişilere karşı bir kamu hizmeti işletmek görevi bulunmaz; işletici, kendi çıkarlarını gözeterek bir faaliyet yürütmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla, bu alanlardaki faaliyetler, doğal olarak, kamusal mamelek içerisinde bulunan malların işletilmesine ilişkindir.

Öte yandan, Anayasamızın 168. maddesi hükümü uyarınca madenlerin işletilmesi hakkının devlette olduğu ve özel kişiler eliyle işletmeciliğin ancak kanunun açık izni halinde mümkün kılınması, öğretilen bir görüşte dar ve teknik anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirmeye elverişli bulunmamakta, bununla beraber bu yaklaşımda, geniş anlamda kamu hizmetinin konusunu teşkil edeceği yönünde bir anlayış belirmektedir. Anılan görüşe göre;

“... sırf bu Anayasa hükmü nedeniyle tüm madenlerin aranması ve işletilmesi etkinliğinin, bu etkinlik gösterenin özel hukuk süjesi olması halini de kapsamak koşuluyla, teknik ve dar anlamda bir kamu hizmeti olduğunu ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım değildir.”⁸⁷

Duran’a göre ise, bu imtiyazların konuları kamu hizmeti olmadığı gibi, bireylere hiçbir edim sunmaz ve sağlamaz.⁸⁸ Gözübüyük/Tan da aynı yönde değerlendirmede bulunmakta ve “... yeraltı ve yerüstü doğal zenginliklerin işletilmesine ilişkin sözleşmelerde... özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenme(diğine)” işaret etmektedir.⁸⁹ Aynı yolda bir diğer görüşe göre de;

“... maden işletme imtiyazları veren sözleşmelerin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı halde, bu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Aynı durum, orman işletme sözleşmeleri için de geçerlidir.”⁹⁰

⁸⁶ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 540.

⁸⁷ Bkz. Azrak, Ali Ülkü; Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler, İHİD, C. 1, Sy. 2, 1980, s. 4.

⁸⁸ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 333.

⁸⁹ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku-I (2006), op. cit., s. 544, 545.

⁹⁰ Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 169. Öte yandan, maden işletmeciliğinin imtiyaz yöntemiyle verileceğine ilişkin 3 Mart, 1954 tarih ve 6309 sayılı Kanun, 4 Haziran, 1985 tarih ve 3213 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılarak, ruhsat verme yöntemine geçiş yapılmıştır; ancak, bahsekonu Kanun’da yer verilen geçici bir madde marifetiyle eskiden imtiyaz yöntemiyle verilmiş sözleşmelerin yürürlükte kalacağı öngörüldüğünden, anılan eski tarihli maden işletme imtiyazı sözleşmeleri hukuken devam etmektedir (bkz. Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998), s. 174-236 (www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf)).

Bununla birlikte, maden işletmeciliğini üstlenen özel girişimin sadece hak sahibi olmadığı, madenleri işletmekle görevli kılındıkları ve bu meyanda maden işletmeciliğinin bir kamu hizmetinin görülmesi anlamına geldiği, dolayısıyla;

“... madenlerin ulusal ekonomi ve kamu yararı gereklerine uygun biçimde işletilmemesi halinde Devletçe işletme ruhsatı ve imtiyazını feshetmeye kadar varan geniş yetkiler tanıyan hükümleri ile de ayrıca kanıtlan(dığı üzere) ... kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olduğu”⁹¹

hususunu, keza, ileri sürülmektedir⁹².

Öğretide bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının gerekçesi olarak, bunların devletin hüküm ve tasarrufu ve de denetimi altında bulunmaları gösterilmektedir.⁹³ Buna göre;

“Devletin hüküm ve tasarrufu ve gözetim ve denetimi altında bulunan bu milli servetlerin işletilmesi de, eşit kişiler altında yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı ve İdareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösterir. Sonuç olarak, .. sadece kamu hizmetleri bakımından (değil), bunun dışında da ... milli servetler (gibi bazı konular) İdareye özgü bir düzenlenişe gereksinim göstermektedirler.”⁹⁴

Bu görüşte belirtilen sonuçlara iştirak edebilmekle beraber, gerekçesinin ne derece açıklayıcı olabileceğinde tereddüt duyulabilecektir. Zira, devletin başka pek çok mal varlığı yine aynı ölçüye göre devletin denetim ve gözetimi altında olarak değerlendirilebilir. Bu itibarla, bir beldedeki geniş kamu emlakinin kiralanması sırasında da aynı ölçütlerin uygulanması düşünülecek ve kira sözleşmesi bir idari sözleşme sayılmak gerekecek midir?

Açıktır ki, bu örnekteki kira sözleşmesine konu edilen taşınmaz mallar da “milli servet” anlamına gelebilecektir. Bu bağlamda, Antalya ilimizin kıyılarındaki geniş kamu emlakinin özel girişime konu edilmek üzere otel işletmecilerine çok uzun süreyle kiralanmalarına ilişkin sözleşmeler, aynı ölçütlere göre idari sözleşme sayılacak mıdır? Yine, Ankara’da Belediye’nin bir taşınmazı üzerinde inşa edilip, belli bir süre işletildikten sonra Belediye’ye iade edilmesi (bu yöntem, bilindiği üzere, “yap-işlet-devret” modeli olarak da adlandırılabilir) esasına dayanan Atakule

⁹¹ Bkz. Danıştay Genel Kurulu’nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975, s. 261.

⁹² Bkz. Türk, Hikmet Sami; Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979, s. 88, 89.

⁹³ Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 169.

⁹⁴ İbid..

iş merkezi örneğinde, Belediye ile özel girişimci arasında imzalanan sözleşme idari sözleşme (imtiyaz) olarak nitelendirilecek midir?

Öğretide bir diğer görüşte de benzer değerlendirmeye gidildiği görülüyor. Buna göre, yeralı ve yerüstü doğal zenginliklere ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları, “idarenin korumakla ve değerlendirilmesini denetlemekle ödevli olduğu bir milli servet”in sözkonusu olması nedeniyledir.⁹⁵ Burada korumanın ve denetlemenin neden idari sözleşme sayılarak sözkonusu edilmesi zorunluluğunun doğacağı hususu da tartışılmak gerekir. Zira, yukarıda taşınmaz kira sözleşmelerine ilişkin olarak değindiğimiz hususların bu görüş bakımından da geçerli olacağı söylenebilir.

Kanımızca, orman veya madenlerin özel girişimlerce işletilmesine ilişkin sözleşmelerin idare hukukuna tâbi tutulmaları, kamunun korunmasına yönelik bir gereksinimin bu alanlarda ziyadesiyle bulunduğu yaklaşımla irtibatlandırılmasından dolayı sözkonusu edilebilmek gerekir. Özellikle maden ve sair doğal kaynaklar itibarıyla, bu alanların Osmanlı dönemindeki imtiyazların örneklerini teşkil etmiş olması, bu kaynakların doğal servet olarak tüm toplumun çıkarlarını yakından ilgilendirmesi, ülke geleceğini şekillendirebilecek veya etkileyebilecek mali ve siyasi önemde bulunması, bunların idarenin diğer sözleşmeleri ile kıyaslandığında ileri –ve belki de yaşamsal- derecede önemli olduğu hususuna işaret etmektedir. Onar’ın ifadesiyle, “... gerek geçmişteki ve gerekse ülke ile sıkı ilgisi bulunan madenler ve petrol bakımından ... anayasa ile önleyici ve koruyucu bir tedbir alma ihtiyacı” doğmaktadır.⁹⁶

Yeniden yetiştirilebilmesi itibarıyla nitelikçe madenlerden ayrılan ormanlarda ise;

“... bir memleketin sağlığı, jeolojik vaziyeti, iktisadî hayatı bakımından arzettiği hususiyeti gözönünde tutan kanun vazıları bunların muhafazası için hususî bir rejime tâbi tutulmasını zarurî görmüşlerdir... (O)rman, cemiyet bakımından o kadar büyük bir ehemmiyet arz etmektedir ki bunu diğer mallarla kıyas kabul etmek mümkün değildir ve bu bakımdan orman hizmeti ayrı bir âmme hizmeti teşkil e(der).”⁹⁷

Bir görüşe göreyse, “(o)rmanların ziraat, sıhhat ve askerlik bakımlarından memlekete lüzumu vardır. Bunun için ormanları devlet kayırmalı ve kullanılmasını düzenlik altına almalıdır.”⁹⁸

⁹⁵ Bkz. Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku-I* (2006), op. cit., s. 545.

⁹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1360.

⁹⁷ *İbid.*, s. 1366.

⁹⁸ Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 459, 460.

Öğretiden bir diğer görüşe göre de;

“Ormanlar, öbür taşınmazlardan farklı hukuksal düzenlemelere bağlıdır. Çünkü, ormanların kamu yararı ile çok yakından ilgisi bulunduğu gibi, bir ülkenin ekonomisi, sağlığı ve doğal zenginliği açılarından da büyük önemi vardır. Ormanlar, çok değişik ve değerli sanayi girdileri sağladıkları gibi, ekolojik dengenin bozulmasının ortaya çıkardığı olumsuzlukları gidermekte, artan çevre hareketlerinin odak noktasını oluşturmakta ve toplumun dinlenme gereksinmesini karşılamada önemli işlevler yerine getirmektedirler.”⁹⁹

Oysa, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Sinop ilindeki Zingal ve Çangal ormanlarının işletilmesine ilişkin iyi bilinen kararında, orman işletmeciliğinin kamu hizmeti olduğu yönünde bir anlayışa varılarak idari sözleşme nitelendirilmesine gidilmiştir!¹⁰⁰ İşte bu örnek de, gerek öğretide ve gerek yargıda, kamusal güvenlik gereksiniminin aslında derinden hissedildiği ve fakat adının konulamamasından dolayı bu bağlamda değerlendirilen faaliyetlerin, kimi zaman zorlayarak “kamu hizmeti” üzerinden kamusal alana alınmasına çalışıldığı, kimi zaman da “devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmakta olmasından” dolayı idari sözleşme sayılması zorunluluğunun olduğu gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme, hatta imtiyaz sözleşmesi olarak algılanması ve mevzuatın 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanması gereğine dikkat etmek gerekir. Giderek, 1924 Anayasası'nda maden imtiyaz sözleşmeleri de dahil hiçbir imtiyaz sözleşmesinin idare tarafından verilememesi ve bu yetkinin sadece Meclis'e tanınmış olması¹⁰¹, konunun ülke ve bireyler açısından taşıdığı olağanüstü önem dolayısıyladır.

Şu halde, özü itibarıyla maden sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasındaki temel neden, kamunun “genel korunma gereksiniminin” başka surette korunabilmesine olanak bulunmaması nedeniyle doğmaktadır denilebilir. Hatta, Onar'ın bu türden kamu taşınmazları veya mameleki bakımından yaptığı “geçici işgal” ile “akdi ilişki” ayrımı, bizim kastettiğimiz anlamda işin özüne değinmemekle beraber, belirtmeye çalıştığımız unsurun, yahut kamusal korunma gereksiniminin dolaylı-örtülü ifadesi anlamında ele alınabilir.

⁹⁹ Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 736.

¹⁰⁰ Bkz. Tekinsoy, Ayhan; *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFİD, C. 55, Sy. 2, 2006, s. 213, 214; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 174, 175.

¹⁰¹ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 172, 173.

Onar'a göre, geçici işgallerde sorun yoktur, zira devlet mamelekini idarece verilen ruhsata binaen geçici işgal ederek yararlanan özel kişi bakımından bir "subjektif hak" doğmamaktadır ve dolayısıyla da idarenin işgal edene karşı borcu yoktur; "... ancak bir süre tayin edilmek suretiyle idareyi bir taahhüt altına koymuş ve bu suretle fert lehine subjektif bir hak doğurmuşsa imtiyaz mahiyetini alır."¹⁰² Bu anlamda, idarenin yükümlülük altına girdiği noktada "imtiyaz" tanımlamasına gidilivermesi, aslında bu faaliyet alanında toplumsal korunma gereksiniminin doğuyor olması ve bunun da imtiyaz sözleşmesi tabiri üzerinden özel bir "korunaklı hukuksal rejim"e bağlı kılınması gereksinimini ve sonucunu doğurmasından başka bir şey olmamak gerekir.

Benzer bir yorum, Derbil tarafından da yapılmaktadır. Buna göre, geçici mahiyetteki işgal izinleri, bir müsamaha niteliğindedir ve bu itibarla kişilere talep hakkı doğurmaz, burada bir hak elde etmek değil, "bir lûtufta elde etmek" sözkonusudur. Giderek, bu işgallerin sözleşmeyle de yapılabileceğine değinen ve "mukavelevî işgal izni" tabirini kullanan Derbil, bununla beraber bu sözleşmelerin imtiyaz verilerek yapılan işgallerden ayrı tutulacağına değinir.¹⁰³

Dikkat edilirse, idari sözleşme sayılarak kamusal alana aktarmak suretiyle, kamu hukuku ilkelerinin öngördüğü koruma mekanizmalarına vücut verecek uygulamaların kapısını açabilmek, aslında tüm idari sözleşme konusu faaliyetler bakımından sözkonusudur. Kanımızca, bu unsura dikkat edilmek suretiyle analitik bir yaklaşıma gidilmemiş olduğu içindir ki, gerek öğretilerde ve gerek yargıda kamusal korunma mekanizmalarına gereksinim duyulan alanlarda "idari sözleşme" sayılarak arzulanan korumayı gerçekleştirme gereği duyulduğunda, gerekçe bulabilmek için görünüşteki kimi ögelere müracaat etme yaklaşımı benimsenmiş durumdadır.

Sözgelimi, bir altyapı hizmetinin uzun süreyle özel sektöre gördürülmesi

¹⁰² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1334-1336. Onar, bununla birlikte, eserinin ilerleyen sayfalarında daha farklı görüş beyan etmekte ve maden imtiyazının tek taraflı olduğu ve idare bakımından -kamu hizmeti imtiyazlarının aksine- imtiyaz sahibine karşı bir taahhüdün sözkonusu olmadığını belirterek, "bu imtiyaz, Devlet emlakından faydalanmak için verilen müsaadeler nevidendir" demektedir; giderek, imtiyaz sahibinin maden işletme imtiyazı verilirken dercedilen işletme yükümlülüklerine uymaması durumunda "ruhsat veya imtiyaz iptal edilir ve işletme hakkı geri alınır" görüşünü serdetmektedir (bkz. İbid., s. 1384, 1385). İmtiyaz, bir sözleşme olduğuna göre, "iptal edilir" ibaresinin bu anlamda dikkat çektiğini hemen belirtelim. Buradan çıkarılacak bir olası yorum, Onar'ın "maden imtiyazlarını aslında ruhsat olarak gördüğü (ki, sıklıkla "maden ruhsatı veya imtiyazı" tabirine yer verdiği görülmektedir), ancak bu faaliyet alanının kamusal korunma gereksinimi bakımından önemi itibarıyla, geniş anlamında imtiyaz kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini müdrik olarak, imtiyaz tabirini kullanmaya devam ettiği" yollu bir düşünce şeklinde savlanabilir.

¹⁰³ Bkz. Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 417-424.

sırasında doğabilecek kamusal korunma gereksinimini hukuken olanak dahilinde tutabilmek için, bu hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olması gerekçesine sınımlanması, aslında arka plandaki gerçek gerekçenin gözönünde bulunan unsuru anlamında değerlendirilmek icap eder. Bu faaliyet alanlarında, rekabetin tesisıyla kamusal korunma gereksinimine gerek kalmadığı andan itibaren kamu hizmeti niteliğinin kalmayacağı hususu, esasen öğretide de –dolaylı olmakla beraber- savunulmaktadır denebilir.

Oysa, görünürdeki bu unsur, arkasında yatan esas gerekçenin sadece bir bakımdan tezahürü sayılabilir ve yeri geldiğinde arkasında yatan asıl gerekçeyi tamamen kapsayan bir koruma mekanizmasını içermekten çok uzak kalabilir. Bunu bir örnekle açıklayalım:

Bir hizmetin, özel sektör eliyle gereği gibi yerine getirilmesi ve halkın bu hizmetin kendisine sunulmasıyla ilgili gereksinimini tam olarak tatmin edebilmesi durumunda, kamu hizmeti olarak algılanması ve kamusal alana aktarılarak kamu hukuku ilkelerine bağlı kılınması gerekmeyeceği, kamu hizmetinin tanım ve kapsamını irdelediğimiz ilk bölümde yer verildiği üzere, öğretide de kabul edilmektedir. Özellikle sınai ve ticari faaliyetler bakımından, rekabetin yeterli derece işlerlik kazandığı faaliyet alanlarında, kamunun hizmete ilişkin gereksinimlerinin tatmin edilebilmesi, mümkün olabilecek ve bu itibarla bu faaliyet alanında kamu hizmeti olarak nitelendirmeye ve kamusal alana taşımaya gerek kalmamış olacaktır. Ancak, bu hizmetin rekabete konu olabilmesi ile kalite ve fiyat olarak tatmin edici koşullarda halka sunulmakta olması, acaba kamusal korunma mekanizmalarına duyulan gereksinimi tamamıyla karşılayacak durumda olmak zorunda mıdır?

Bu noktada konu, “kamu hizmetlerinin toplumun gereksinimlerini gereği gibi tatmin etmesi” hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Halihazırda öğretide serdedilen görüşlere bakıldığında, toplumda beliren gereksinimlerin tatmin edilmesi ibaresiyle, belirli bir faaliyet alanında halkın gereksinim duyduğu bir hizmetin yeterli biçimde karşılanması yolunda bir yaklaşımın izleri görülmektedir. Dolayısıyla, belirgin bir hizmet sözkonusu olduğunda, o hizmetin yeterli biçimde sunulmasından bahsedildiği düşünülebilecektir. Sözgelimi, halkın elektrik enerjisi gereksinimi, elektriğin halka kaliteli ve yeterli biçimde sunuluyor olmasıyla karşılanmış olacaktır. Burada toplumsal gereksinimden kastedilenin, elektriğe gereksinim duyan bireylerin geneli itibarıyla toplumsal yaşamın yürüyebilmesini teminen sunulması anlaşılacaktır sanırız.

Oysa, burada bir de, bireylerin oluşturduğu genelin ve dolayısıyla bir bütün

halinde toplumun elektrik gereksiniminin karşılanmasının yanısıra, elektrik hizmetinin bizatihi kendisiyle, yani toplumdaki bireylere sunulmasıyla doğrudan ilişkisi olmaksızın, bu hizmetin sözgelimi yabancı şirketlerin elinde bulunması nedeniyle doğabilecek –dolaylı- risklerden de bahsedilebilir. Bu ikinci tür riskler, bireylere ve dolayısıyla toplumun geneline kaliteli, uygun fiyatla erişim sağlanan elektrik enerjisinin sunulması yoluyla gereksinimin tatmin edilmesinin ötesinde, ülke bağlamında kamusal enerji güvenliği sorununu gündeme getirmektedir. İşte bu riskin, kamu hizmeti olarak algılanan elektrik enerjisinin yeterince tatmin ediliyor olması ibaresi kapsamında bulunup bulunmadığı, tartışmalı olacaktır.

Bugüne kadar, kamu hizmeti tanımıyla ilintili olarak bu yönde bir değerlendirmeye tesadüf etmemiş olmakla, “tatmin edilme” kapsamı içerisinde bu ikinci tür kamusal güvenlik risklerinin bulunmadığı veya dikkate alınmamış olduğu savlanabilir. Dolayısıyla, kamusal güvenlik riskleri, işte bu anlamda kamu hizmeti tanımı ve dolayısıyla ortaya konulması gereken bir korunma zemini bağlamında ele alınmayı gerekli kılmaktadır.

Yine bir örnek vermek suretiyle, konunun daha iyi biçimde anlaşılmasına çalışalım. Bilindiği üzere, idarenin bizatihi kendi işlemiyle ilgili kimi faaliyetlerine ilişkin hukuksal koruma, özel hukuka bağlı kılınabilmektedir; tapu sicillerinden veya (karayolları veya köprülerin özel kişiler eliyle yapımı gibi) bayındırlık yapım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların özel hukuk tahtında (bu ikincisinin Fransız hukukunda kanuna istinaden idari yargıya bırakılmış olmasına karşın¹⁰⁴) adli yargıda görülüyor olması gibi. Bilindiği üzere, bayındırlık yapım sözleşmeleri Fransız hukukunda idari sözleşme olarak kabul edilirken, hukukumuzda –daha çok pratik düşünceler ve bu kapsamdaki uyuşmazlıkların adli yargı yerlerince çözümlenmesinin kolaylığı gerekçesiyle¹⁰⁵- idari uygulamalarda görüldüğü ve yargı kararlarında da belirtildiği gibi, idari sözleşme sayılmamakta¹⁰⁶ ve özel hukuka tâbi tutulmaktadır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1609.

¹⁰⁵ Bkz. Yayla, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 122.

¹⁰⁶ Bkz. Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 914.

¹⁰⁷ Bu hususta öğretilerde eleştiriler de getirilmektedir. Sözgelimi, Özay tarafından, bu sözleşmelerin idari nitelikte sayılmasının hem kamu yararı hem de idare açısından sayısız yararlar sağlayacağı, çıkacak uyuşmazlıkların aynı kavramlara daha yakın olan idari yargıda bakılmasının daha hakkaniyetli olacağı savunulmaktadır (bkz. Özay, İl Han; *(İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 478). Özay devamla, bayındırlık işlerine ilişkin inşaat ve araç-gereç satın alınması, taşıma ile yaptırma konularındaki sözleşmelerin yargısal kararlara göre idari nitelikte sayılmamasının ve sonuçta özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmesinin, Batı ülkelerinden esinlendiğimiz İdare Hukuku ilkelerine ters düştüğünü, üstelik ülkemizin yapısı bakımından çok sakıncalı sorunlara neden olabildiğini belirterek, şöyle bir yargıya varıyor:

Elektrik sektöründe özel kişiler eliyle hizmetin görülmesi bağlamında özel hukuka bağlı kılınma ve (tahkime tâbi tutularak) idari yargının denetiminden çıkarılma konusunda Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Danıştay nezdinde ortaya çıkan, öğretide kısmen destek gören itirazların, bahsekonu yasal düzenleme ve uygulamalara karşı ileri sürülmemiş olduğuna burada özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Ne olmuştur da, idari hizmet sınıfına giren tapu sicil kayıtlarından doğan sorumluluk, yahut kaynak Fransız hukukunda idari yargıda görülen bayındırlık yapım sözleşmelerinde adli yargıya müracaat edilmesi¹⁰⁸ ülkemizdeki yargı uygulamasında Yüksek Mahkemelerin itirazıyla karşılaşmazken, idari hizmetlere kıyasla “kamu hizmeti” niteliği daha ikincil planda değerlendirilebilecek elektrik sektöründe özel hukuka bağlı kılınma arzusu, fevkalade yoğun bir eleştiri sürecinin odağında yer alabilmiştir?

Kanımızca, buralarda sözkonusu edilen endişeler, bireylerin ve bireyler genelinde toplumun elektrik gereksinimlerinin uygun fiyat ve süreklilik içerisinde karşılanmasına yönelik bir tasadan daha çok, AYM kararlarında da değinildiği görülen “**stratejik** sektör” niteliğiyle elektrik sektörüne ilişkin olarak “kamusal güvenlik” endişelerinin yoğunluk kazanmasından ileri gelmiştir. Oysa, ilerleyen paragraflarda değindiğimiz üzere, Anayasamızda “**stratejik**” olmaya ilişkin hiçbir düzenleme veya hüküm yoktur!

İşte, bu nedenle, böylesi bir unsura dayanarak irdelemeye gidilememesinden dolayı olsa gerek, kamusal güvenlik endişesini duyan AYM’nin ve Danıştay’ın, eldeki –kullanılmaya elverişli-tek manivelaya, yani kamu hizmeti unsuruna dayanabilmesi neticesinde, tüm tartışmalar bu kavram üzerine yüklenivermiştir. Burada hemen değinmek gerekirse, Onar’ın da imtiyaz kavramını geniş bir kapsam dahilinde değerlendirdiği görülmektedir. Buna göre;

“... imtiyaz idare hukukunda muhtelif mânalar ifade eder: bir âmme hizmetinin

“Milli savunma ve telekomünikasyon gibi en önemli alanlarda İdare ile sözleşme yapıp daha sonra yüzüstü bırakan girişimci örneklerinin çoğaldığı bir zamanda Danıştay ve diğer İdare mahkemelerinin bu gibi konulardaki düşüncelerini yeniden gözden geçirmeleri herhalde yararlı olur.” (bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 510, 511, özellikle 975 no.lu dipnot).

Yine, Gözler’e göre de, bahsekonu yapım sözleşmelerinin bir tarafı idare ve konusu bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkindir, giderek bu sözleşmelerde özel hukuku aşan birtakım hükümlerin olması da ihtimal dahilindedir; dolayısıyla, bu sözleşmelerin –Fransa’da olduğu gibi- ülkemizde de idari sözleşme sayılmaları icap eder (bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 83, 84).

¹⁰⁸ Gerek ülkemizde ve gerek Fransa’da yasal düzenlemelerle idari yargı yerine özel hukuka bağlı kılınan pek çok faaliyet alanı bulunmaktadır. Bunların ayrıntılı bir listesi için bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 173-176.

... hususî bir teşebbüs tarafından görülmesi bir imtiyaz mukavelesinin mevzuunu teşkil ettiği gibi, âmme emlakından inhisarî mahiyette muayyen bir istifade temin edebilmesi için ferde verilen müsaadelere de imtiyaz denilmektedir.”¹⁰⁹

Bu görüşün önemi, kanımızca, bir yanıyla tekel içeren alanlar bakımından –dolaylı da olsa- rekabet kavramına değinmesi, diğer yandan ise –ve daha önemlisi-, imtiyaz kavramının kamu hizmetiyle bağlantısını mutlaklaştırmaması şeklinde belirmektedir. Oysa, öğretilerde bir başka görüşe göre, “... Anayasa’da imtiyaz kavramı, sadece bir sözleşme biçimini anlatmak üzere değil, **kamu hizmetinin** özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi kategorisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır” denilerek, kamu hizmeti ile imtiyaz arasındaki bağlantı vurgulanmaktadır.¹¹⁰ Bu görüşün, diğer yandan, imtiyazın Anayasamızda genel bir “torba” kavram olarak yer aldığına değinmesi bakımından dikkat çektiğine de değinmek isteriz.¹¹¹

İşte, tüm bunlardan dolayıdır ki, kanımızca kamu hizmetiyle ilgili bir tanıma gidilecek ise, “kamusal alana alınma gereği”nin gerçek mahiyeti üzerinde durmak ve bu meyanda özellikle hizmetin kendisiyle ilgili “toplumsal gereksinimi tatmin etmesi” ögesi yanında, hatta daha da önemli olarak, “kamusal güvenlik” endişelerini karşılayacak biçimde kurgulanmasında büyük yarar bulunacaktır.

Bu bağlamda, yine bir örneğe yer verebiliriz: Onar, idarenin kamu hizmetinde kullanmak üzere satın aldığı mallarda genellikle özel hukuka bağlı kılınma özelliğinin görüldüğüne değinmekte, ancak sözcülemi ordunun gereksinim duyduğu silahların alınmasına yönelik, milli savunma gibi kamu menfaati bakımından yaşamsal önem taşıyan konularda, idari yargıya bağlı kılınması gereken hususların bulunabildiğine değinmektedir.¹¹²

4.2. Kamusal Çıkarların Korunması Gereksinimine Örnekler

4.2.1. Enerji Sektörü

Kamusal çıkarların korunma gereksinimine bir çok faaliyet alanından verilecek örnek bulunabilirse de, herhalde enerji sektörü bu anlamda daha bir ön plana çıkmaktadır. Bu düşünceden hareketle, konuya enerji sektörünü örnekleyerek devam edelim.

¹⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1335.

¹¹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 334.

¹¹¹ Ancak, aynı eserde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verilmesi bağlamında getirilen yasal düzenlemelerin sadece imtiyaz sözleşmelerini kapsayacağı ve diğer idari sözleşmelerin tahkime bağlı kılınmayacağı yönündeki değerlendirmenin (bkz. *İbid.*, s. 328), imtiyaz kavramının torba kavram olarak algılandığı yönünde yazarın değindiği görüşle çelişki doğurduğu söylenebilir.

¹¹² Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1599.

Elektrik üretimi alanında özel kişilerce rekabet içerisinde faaliyet gösterilmesi ve böylece halkın kalite ve fiyat olarak elektrik hizmetine tatmin edici koşullarda kavuşması, son yirmi yıldaki teknolojik gelişmeler ışığında özellikle gündeme gelmiştir. Şebeke yapısı içeren bu alanda dikey bütünleşik bir piyasa yapısı yerine üretim, iletim ve dağıtım ile ticaret işlevlerinin ayrıştırılması ve-doğal tekel niteliğini haiz- iletim ile dağıtım kısmı hariç rekabetçi bir yapıya geçiş yapılabilmesi yönünde gelişen anlayış, 1980’li yıllardan başlayarak dünya ölçeğinde tartışmaları da beraberinde getirmiş ve İngiltere ile Arjantin gibi kimi ülkelerde uygulanmaya başlanmıştır.¹¹³ Nihayet, ülkemizde 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu¹¹⁴, tam da böylesi bir kurguyu öngörmek üzere yasalaştırılmıştır.

Bu bağlamda değinmek gerekirse, halkın gereksinimlerinin giderilmesine yönelik aynı tatmin durumu, yine anılan Kanun kapsamı içerisinde yer almakla, sözgelimi petrol rafinerisi işletmeciliği ve akaryakıt dağıtım istasyonu işletmeciliği bakımından da sözkonusu olabilir.

Bununla beraber, elektrik üretimi ve akaryakıt sektörlerinde özel girişimcilerin –velev ki rekabet altında, halkın gereksinimlerini tatmin ediyor şekilde sunulmaları sözkonusu olsun- faaliyet göstermeleri, ülkenin enerji bağımlılığı veya enerji politikaları bakımından yabancı girişimcilerin kontrolü altında bulunması anlamında, sakıncalar yaratmaya elverişli olabilecek bir potansiyeli de içermektedir.

- Kamusal Çıkarların Korunması ve “Stratejik” Faaliyet Alanları

Bu noktada gündeme, ülke güvenliğini yakından ilgilendiren kimi faaliyet alanlarındaki hizmetlerin, kim tarafından ve ne şekilde verileceği geliyor. Ülkeden ülkeye farklılık göstermekle beraber, belli faaliyet alanlarında kamusal güvenlik bakımından duyarlılıkların ortaya çıktığı bilinmektedir. Bu hassasiyetlerin, kısaca tek bir kavram üzerinden dile getirildiği ve tartışıldığı gözlenmektedir: “**Stratejik**” olma özelliği.¹¹⁵

Nitekim, ülkemizde elektrik sektöründeki özelleştirme girişimlerinin başlarında, kamutekelindeki elektrik faaliyetinin özelleştirilmesini öngören bir yasal düzenlemeye (3974 sayılı Kanun uyarınca TEK’in özelleştirmesinin öngörülmesine) karşı açılan iptal davasında 9 Aralık, 1994 tarihli kararıyla düzenlemenin iptaline hükmeden

¹¹³ Bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 313, 314; keza, bkz. Atıyas, İzak; *Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, içinde* Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999, s. 49, 50; Çakal, Recep; *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1996, s. 1.

¹¹⁴ 3 Mart, 2001 tarih ve 24335 (mükerrer) sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁵ Bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 308, 309.

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli kararında, özelleştirilme sonucunda “sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış” olmasının yanlışlığına değinmekte ve “elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi **stratejik önemi olan**¹¹⁶ alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile de yakından ilgilidir... çünkü başta savunma sanayii olmak üzere tüm sanayi kollarına hizmet vermektedir”¹¹⁷ değerlendirmesine gitmekteydi. Önemi dolayısıyla, Yüksek Mahkeme’nin kararından daha geniş bir alıntıya aşağıda yer vermenin yararlı olacağı kanısındayız:

“Kalkınmayı hızlandırmak için dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekebilir. Ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Bu gerçek, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş kimi ülkeleri bile önlem alma zorunda bırakmıştır. Örneğin, yabancılarla satılabilecek pay oranı Fransa’da % 20, Belçika’da % 20-25, İngiltere’de ise % 10 ile sınırlandırılmıştır. Türk Ulusu’nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile de yakından ilgilidir. Çünkü, TEK başta savunma sanayii olmak üzere tüm sanayi kollarına hizmet vermektedir.

Halka ve çalışana satılsa bile yasada önlem getirilmedikçe payların hızla değişirmesi her zaman için olanaklıdır. Özelleştirilen ve ilk aşamada halka satılan kuruluşların sonradan yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı fazladır. Düzenlemelerde bu durumları önleyecek kuralların bulunması zorunludur.

Anayasa’nın 47. maddesinde devletleştirme olanağının getirildiği, yabancıya satışın ülke çıkarlarına olumsuz etkisi görülürse devletleştirme yoluna gidilerek bu riskin ortadan kaldırılabilceği düşüncesi, ulusal ve uluslararası hukuk yönünden pek geçerli görülemez. Gerçekten, Devletleştirme Yasası’na göre özel teşebbüsleri Devletleştirme oldukça güçleşmiştir. Konunun uluslararası boyutuna bakıldığında olayın çok daha güç olduğu görülür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi “yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının

¹¹⁶ “Vurgu” tarafımızdan yapılmıştır.

¹¹⁷ Bkz. AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı.

varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletlerinin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurmanın devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır” yargısına vararak bu hususu açıkça vurgulamıştır. Kaldı ki önceden önleme olanağı varken, sonuçta bu denli sorunlarla yüklü bir yola girmek, mantıkla da bağdaşamaz.

Bu nedenlerle, Yasa’da yabancılara satışla ilgili kimi sınırlamalar getirilmesi ülkenin bağımsızlığı ve ulusun güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması, anılan ilkeleri zedeleyici sonuçlar doğmasına neden olabilir. Kamusal varlıkların, satış ya da işletme hakkının devri yoluyla yerli-yabancı ayırımı gözetilerek özelleştirilmesi, geleneksel yapısı ve niteliğiyle Anayasa’da öngörülen devlet düzenine uygun düşer. Yasa’nın ek 1. maddesinin son fıkrası ile ek 4. maddesi bu sonuçları sağlayıcı nitelikte değildir. TEK’in özelleştirilmesi ancak yabancı egemenliğine yolaçmayacak kimi sınırlamalarla birlikte karşılıklılık ilkesine uyularak gerçekleştirilebilir.”

Kararda dikkati çeken husus, “**stratejik**” ibaresinin gerekçe olarak dayanak tutulmakta olmasıdır. Oysa, Anayasa’da **stratejik** olma keyfiyetine yönelik bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Öte yandan, bu tür faaliyet alanlarının çoğu ülkede “**stratejik** sektörler” şeklinde algılandığı da dikkat edilmesi gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır. Hatta, kimi zaman **stratejik** sektör nitelemesine tâbi tutulan çok ilginç sektörler de rastlanabilmektedir. Sözelimi, Fransa’da yoğurt ve benzeri kimi gıda maddelerinin üretimini yapan Danone şirketinin bir Amerikan şirketince satın alınmasına yönelik olarak ciddi bir kamuoyu tepkisi gelmiş, bunun üzerine Fransız hükümeti “milli güvenlik” gerekçesine istinaden anılan şirketin yabancıların eline geçmesine izin verilemeyeceğini açıklamış ve bu durum “**stratejik** olma” savunmasıyla tahkim edilmiştir.¹¹⁸ Yine, ABD’nde havayolları şirketleri, Avrupa’da otomotiv ve bilgisayar şirketleri, keza dünya ölçeğinde çelik ve gemi yapımı sektörleri bu şekilde savunulmuş; Çin’de toprak hafriyatı işlerinde kullanılan makinaların üretimi de aynı şekilde algılanmıştır.¹¹⁹

Dolayısıyla, **stratejik** olma gerekçesinin tehlikeli bir “mitos” olarak kimi sektörlerin mevcut sahiplerinde kalmasına, yabancılara satışının engellenmesine yol açtığı da söylenebilecektir. Nitekim, bu durumdan milli ekonomilerin değil, sözkonusu

¹¹⁸ Beattie, Alan; Ownership is not the real problem with China, Financial Times, 16 Nisan, 2007, s. 13; keza Yoghurt turns sour, Financial Times, 14 Nisan, 2007.

¹¹⁹ Bkz. De Jonquieres, Guy; The Strange Paradox of Economic Nationalism, Financial Times, 10 Ağustos, 2006.

“stratejik” şirketlerin halihazırdaki yöneticileri ile onların bürokratik plandaki sahiplerinin yararlandığı, bu kesimin gerçeğe aykırı biçimde kendilerini “milli menfaatlerin koruyucusu” olarak ileri sürmelerine yol açtığı da savunulmaktadır.¹²⁰

Nitekim, son yıllarda AB içerisindeki kimi ülkelerin **stratejik** kavramı arkasında korumacı politikalar izleme eğilimine girdikleri ve bunun önüne geçilebilmesini teminen “neyin **stratejik** olup olmadığına açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği”¹²¹ savunulmaktadır.¹²² “Ekonomik güvenlik” gibi kavramların da bu meyanda geliştirilerek ekonomik korumacılığın son dönemlerde hız kazanmasında etkinlik sağladığı hususu, yine bu minvalde vurgulanabilir.¹²³

Ancak, her halükarda, **stratejik** faaliyet alanlarının belirlenmesinde ülkeler arasında karşılıklılık esasına bağlı olarak bir değerlendirmeye gidilmesi gerektiği, bu meyanda ülkelerin kimi sektörlerde **stratejik** güvenlik konusunda rahatsızlık duyabilecekleri de düşünülme ve makul karşılanmak gerekebilir. Bu durum, özellikle enerji kaynaklarına sahip olmayan ülkelerin dış alıma muhtaç olmaları çerçevesinde gündeme gelebilmektedir. Sözgelimi, daha son günlerde Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasındaki doğal gaz boru hatlarının ücret tarifeleri üzerinden doğan anlaşmazlık nedeniyle, Avrupa’nın kimi kentlerinde olumsuz koşulların hüküm sürdüğü bilinmektedir.¹²⁴

Şu halde, “stratejik” olarak nitelendirilebilecek kimi alanlarda, halkın gereksinimlerinin rekabet içerisinde karşılanması ve bundan dolayı da kamu hizmeti olarak tanımlanamaması nedeniyle kamu hukukuna bağlı kılınmaması, **stratejik** önemleri dolayısıyla kamu hizmeti sayılmaları da öğretilerde yerleşik görüşler itibarıyla olası görülmediğinden, önemli bir sorun yaratma yeteneğine sahip olmak durumundadır.

¹²⁰ İbid.

¹²¹ Vives, Xavier; Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market, Financial Times, 15 Eylül, 2006, s. 11.

¹²² Bahsekonu korumacı politikaların son dönemlerde daha da yaygın biçimde savunulduğu; yukarıdaki bölümlerde belirtildiği üzere, özellikle Fransa’da bizzat Cumhurbaşkanı tarafından “bir dogma, bir ideoloji olarak rekabet Avrupa’ya ne vermiştir ki?” yolunda eleştirilerin ifade edildiği görülmektedir (bkz. Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007).

¹²³ Bkz. Solomon, Deborah; Wave of protectionism gains force, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.

¹²⁴ Bkz. Nitzov, Boyko; A Tale of Two (Empty) Pipelines, The Atlantic Council, 14 Ocak, 2009 (<http://www.acus.org/highlights/tale-two-empty-pipelines>). Yazar, doğal gaz kesintisi nedeniyle Bulgaristan’ın başkenti Sofya’da merkezi ısıtmanın günlerce çalıştırılmadığını ve başkent halkının ısıtmasız evlerde soğuktan titremeye mahkum kaldığını zikretmektedir.

Öte yandan, bu faaliyet alanlarında idare ile özel girişimciler arasında sözleşme imzalanmadığı ve idareden alınan ruhsat içerisinde faaliyet gösterdikleri, dolayısıyla kamusal alana taşınacak bir sözleşmenin de zaten bulunmadığı ileri sürülebilir.

Buna karşı verilecek bir yanıt ise, şöyle ifade edilebilir: Aynı husus, sözgelimi, ruhsata dayanarak faaliyet gösteren eğitim ve sağlık alanlarındaki özel kişi faaliyetleri bakımından da sözkonusudur. Bahsekonu faaliyetler kamu hizmeti sayıldığı için, öğretilerdeki egemen görüş uyarınca, idarenin bu alanlardaki faaliyetlerden sorumluluğunun devam ettiği ve bu alanların kamu hukuku kurallarına bağlı olmaya devam edeceği hususu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, enerji sektöründeki örneklerimiz de aynı değerlendirmeye tâbi tutulabilecektir.

Ancak, idarenin verdiği ruhsata dayanılarak veya idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde faaliyet göstermek suretiyle özel kişiler eliyle yürütülen ve “kamu hizmeti” olarak öğretilerde ve yargıda algılanabildiği görülen sağlık veya eğitim –ve belki bu anlamda özel kişilerin gördüğü elektrik ve sair diğer hizmetler- bakımından idarenin sorumluluğunun devam ettiğinin ileri sürülebilmesi, kamusal güvenlik bağlamındaki sorunu çözmekten uzak kalmaktadır. Sorun, buradaki yabancı özel girişimcilerin verdiği hizmetler dolayısıyla ortaya çıkabilecek olan “kamusal güvenlik” endişesidir, verilen hizmetlerin fiyatı yahut sürekliliğindeki aksamadan dolayı idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı değil. Bir kez **stratejik** bir sektörde yabancı egemenliği gerçekleşmişse, konu idarenin sorumluluğunun çok daha ötesine geçen bir boyut kazanmaktadır. Bir Azeri deyimiyile ifade edersek, burada “sohbet başka yerden gitmektedir”.

Yine, yabancıların kontrolündeki bir sektörde ruhsat koşullarında yapılacak değişiklikler de, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili uluslararası anlaşmaların ve Enerji Şartı Sözleşmesi (EŞS)’nin¹²⁵ hükümlerine aykırı düşmek iddiasıyla uluslararası tahkime götürülmek ve tazminat kararlarına konu edilmek risklerini de taşımaktadır.¹²⁶

Öte yandan, **stratejik** öneminin farkına varılmasına istinaden bu faaliyetlerin devlet eliyle gerçekleştirilmelerine karar verilecek ise, bu hususun, devletleştirmeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bilindiği üzere, anılan Kanun’da yer verilen düzenleme, bir faaliyetin devletleştirilmesi için “**stratejik olma**”sını öngörmemektedir. Aksine, aranılan tek koşul, bu faaliyetin

¹²⁵ Sözleşme’nin metni için bkz. www.encharter.org.

¹²⁶ Bkz. Çal, Sedat; Uluslararası Tahkime Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, AÜHFHD, C. 58, Sy. 4, 2008.

özel girişimcilerce tatmin edici biçimde yerine getirilip getirilmediği üzerinde düşünülmektedir. Bu itibarla, rekabetçi koşullarda yürüttüğü hizmeti kamuyu tatmin edici biçimde yerine getiren özel girişimcilerin varlığı durumunda, enerji sektöründeki devletleştirmeye –yasanın aradığı mevcut koşullar itibariyle- cevaz bulunmadığı savunulabilecektir.

Kaldı ki, özel kişilerce yerine getirilebilecek bir hizmet alanının “**stratejik olma**” gerekçesiyle kamu tarafından yerine getirilmesinin, Anayasamızın mevcut hükümleri itibariyle anayasal özgürlükler bağlamında itirazla karşılaşması da sözkonusu olabilecektir. Nitekim, öğretilerde serdedilen bir görüşten, bu yaklaşımımıza destek olarak yararlanabiliriz. Buna göre;

“... 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.”¹²⁷

Şu halde, özel sektör tarafından bir faaliyetin “rekabet koşulları” altında bir kamusal gereksinimi yeterince tatmin edebilmesi halinde, bu faaliyetin devlet tarafından özel girişim alanından çıkarılarak münhasıran idare tarafından yerine getirilen bir faaliyete dönüştürülemeyeceği vurgulanmış olmaktadır. Nitekim, aynı yöndeki bir diğer ifade de, **bir toplumsal ihtiyacın özel kişilerin faaliyetleriyle tam olarak karşılanabilmesi** durumunda, yani **rekabet ortamı** ve diğer bazı faktörler nedeniyle özel girişimcilerin bu faaliyeti devletin sunduğu koşullarda sunması halinde, **idarenin** –artık toplumsal bir gereksinim kalmayacağı veçhile- aynı alanda **faaliyet göstermemesi** gerekeceği hususuna değinilmektedir.¹²⁸

Yine, **idarenin tekel şeklinde faaliyette bulunmasının anayasal dayanağının bulunmadığı**, bu yöndeki bir düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma anlamında geleceği, yasakoyucunun böylesi bir tasarrufa gidemeyeceği, yani **özel teşebbüs hakkının özüne dokunulamayacağı** da ileri sürülmektedir.¹²⁹ Buna göre, devlet, niteliği gereği özel teşebbüsün uğraş konuları içerisinde kaldığı sürece, bir faaliyeti tekel içerisinde yürütemeyecek, başta mülkiyet hakkını ve teşebbüs kurma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıramayacaktır.¹³⁰

¹²⁷ Bkz. Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 562 (www.yok.gov.tr) (erişim: 11 Ocak, 2008).

¹²⁸ İbid., s. 479.

¹²⁹ İbid., s. 218, 220. (“**vurgu**” tarafımıza aittir.)

¹³⁰ İbid., s. 593, 594.

Yine, benzer bir görüşte, Anayasamıza göre sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda idare lehine tekel biçiminde kamu hizmeti kurulamayacağı belirtilmekte, dahası, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği de savlanmaktadır.¹³¹ Bu görüş kapsamında ilginç olabilecek bir husus, yabancı girişimciler karşısında yerli girişimciler lehine tekel oluşturulup oluşturulamayacağı hususunun belirsiz kaldığının söylenebileceğidir.

Öte yandan, devletleştirme yerine, hizmetin özel kişiler eliyle yerine getirilmesi ve fakat yabancı girişimcilere kapalı bir alan şeklinde faaliyet göstermeleri yoluyla, **stratejik** önemin –ve bu meyanda kamusal korunma mekanizmalarının- gerektirdiği biçimde, hizmetin yerel girişimcilerce yürütülmesinin sağlanması da bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim, bu keyfiyetin, özelleştirme politikalarına yönelik eleştiriler sırasında gündeme geldiği ve özelleştirmenin yabancılaştırmaya anlamına mutlaka gelmemesi yolundaki eleştirilere neden olduğu hatırlanacaktır. Nitekim, bir önceki dönemde bizatihi Cumhurbaşkanı tarafından aynı yönde uyarıların yapıldığı da görülmektedir, buna göre;

*“Ülkenin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle kimi stratejik kurum ve kuruluşların özelleştirilmesinde daha özenli hareket edilmesi, özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi ve gerçek değer üzerinden yapılması gerektiği açıktır. Medya gücünün olumsuz kullanılması olasılığı yabancılaştırma olgusunun çok iyi düşünülmesi zorunlu kılmaktadır.”*¹³²

Benzer yöndeki görüşlere öğretilerde rastlanmaktadır. Bu meyanda, özelleştirmeye ilişkin olarak “yabancılaştırma” unsuru çerçevesinde getirilen bir temel eleştiriye göre, ülkemizdeki özelleştirmelerde Tüpraş, Türk Telekom, Petkim ve Erdemir gibi kimi kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmeleri bağlamında, ekonomide önemli rol oynayan kamu teşebbüsleri bakımından uluslararası/uluslararası kuruluşların kontrolü/güdümü altına girilmesi ve bu düzenlemelere Uluslararası Para Fonu (IMF) veya Dünya Bankası tavsiyeleri (veya kimilerine göre baskıları) üzerine girilmiş olmasından dolayı, ülkenin sanayileşmesi ve geleceği sözkonusu hale gelmektedir.¹³³ Hemen bu vesileyle özelleştirmeye ilişkin bir başka eleştiriye de yer verilirse, “Türkiye’de özelleştirmenin rekabet ve etkinlik getirdiği ve getireceği” bir “masal”dan başka bir şey değildir.¹³⁴

¹³¹ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267.

¹³² Meclis Açıldı, Sezer Uyardı, Sabah Gazetesi, 2 Ekim, 2005.

¹³³ Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

¹³⁴ Türel, Oktar; Özelleştirme Notları, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

Ne var ki, hem özelleştirmeye gidilip hem de yabancı yatırımcılara kapının kapatılması ve yerli yatırımcıların tercih edilmesi yönündeki bu olasılık, bir nedenden dolayı mümkün bulunmamaktadır. İlerleyen paragraflarda bunun nedenine değineceğiz.

4.2.2. Enerji Şartı Sözleşmesi

Ülkemizin de imzaladığı ve onayladığı, enerji sektörüne münhasır çok taraflı bir uluslararası andlaşma niteliğindeki EŞS, üye devletlerin enerji sektörlerinde egemenlik haklarının tanınmakta olduğuna açıkça atıfta bulunmakta (bkz. m. 18), bununla beraber, bir defa üye devlet enerji alanındaki hizmetleri özelleştirmeye karar verdiği ve uygulamaya geçtiği anda, artık yerli ve yabancı şirketler arasında hiçbir ayrımcı düzenlemeye gidilemeyeceği yolunda hükümler içermektedir. Dolayısıyla, enerji sektörüyle ilgili faaliyetler devlet tekeli altında yapıldığı sürece bunda bir sorun görmeyen Sözleşme, özel sektöre aktarılan faaliyetler bakımından “**stratejik önem**” yahut başka gerekçelerle yabancı girişimcilerin faaliyetlerine izin verilmemesinin önüne geçmektedir. Zira, Sözleşme’nin 10. maddesine göre, üye devletler en çok gözetilen ülke (“*most favoured nation (MFN)*”) ve ayrımcı olmayan uygulama (“*national treatment (NT)*”) ilkeleri uyarınca hareket edeceklerini yükümlenmiş durumdadır.

EŞS uyarınca, gerçekleştirilmiş bulunan yatırımlar için, yatırım sonrasındaki dönemler bakımından ayrımcılık yapmama ilkesi bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır. Yatırım öncesi içinse, bağlayıcı olmayan nitelikte hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, üye devletler, yatırım izinlerini verme konusunda kendi vatandaşlarına uyguladıkları çerçeveyi yabancılara da “tatbik etmeye yönelik çaba gösterecek”lerdir. EŞS m. 10(5) ise, bu konuda devletlerin “ilave ayrımcılık niteliğinde hüküm getirmemeye çaba gösterme (“*stand-still clause*”)” ile “mevcut ayrımcı hükümleri ortadan kaldırma (“*rollback clause*”)” yönünde çaba gösterme” yükümlülüklerini getirmektedir.

Dolayısıyla, EŞS’nin anılan madde hükmü, MFN ilkesi uyarınca ülkelerin yabancı yatırımcılara yatırımda bulunma (yani, enerji sektöründe faaliyette bulunma¹³⁵) izni verilmesi¹³⁶ konusunda her türlü çabayı göstereceklerini öngörmektedir. Bahsekonu hüküm, bir görüşe göre, devletlere bu amaca yönelik çabada bulunmayı yüklemekle

¹³⁵ Bkz. Enerji Şartı Sekreteryası, *The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Eylül 2004, s. 14.

¹³⁶ Chalker, James; *Making the investment provisions of the Energy Charter Treaty sustainable development friendly*, Int. Environ. Agreements, Vol. 6:435-458, 2006, s. 439, 443.

beraber, mutlaka bu sonuca varmayı da kastetmemekte, dolayısıyla tam bağlayıcı olmayan (“*soft-law*”) bir hüküm mahiyetine bürünmektedir¹³⁷.

Ancak, yabancı literatürden bir başka görüşte, EŞS’nde bağlayıcı olmayan nitelikte değişik hükümlerin bulunduğu, sözgelimi çevreye ilişkin hükümle kıyaslandığında yatırım izni verilmesi konusundaki anılan hükmün çok daha ciddi ölçüde bir bağlayıcılık içerdiğinin söylenebileceği, nihayet bağlayıcılık bağlamında en yetkili yorumun –EŞS bünyesinde uyumsuzlukların götürülebileceği merci olarak öngörülen- uluslararası tahkim heyetlerince ortaya konulabileceği hususuna değinilmektedir.¹³⁸

Sonuç itibarıyla, enerji sektöründe rekabetçi koşullarda kamuya tatmin edici bir hizmetin verilebileceği bir faaliyet sözkonusu olduğu takdirde, bu alanı yerel girişimcilere münhasır tutma ve yabancı girişimcilere yasaklama olanağı, EŞS kapsamındaki bu kısıtlar nedeniyle zorlaşmaktadır. Bu nitelikteki faaliyetlerin devletleştirilmesi bakımından EŞS’nde –gerekli tazminatın yabancı yatırımcılara ödenmesi ve kamu yararının var olması, yerel yatırımcılara göre ayrımcılık yapılmaması gibi kısıtlar hariç- engelleyici bir düzenleme bulunmamakla beraber, devletleştirmeye yönelik ülkemizdeki yasal düzenlemenin “faaliyetin özel girişimcilere yerine getirilememesi” koşulunu öngördüğü de anımsanacak olursa, faaliyetin kamusal alana aktarılmasında güçlük doğmaktadır denilebilir.

Dolayısıyla, rekabetçi koşullarda özel girişimcilerin yerine getirdiği faaliyet yerel mevzuata göre devletleştirilememekte, yabancı özel girişimcilere yönelik bir sınırlama da EŞS’ndeki kısıtlar nedeniyle uygulanamama tehlikesiyle karşılaşabilmektedir. Bu koşullarda, kamusal güvenlik gereksinimiyle konuyu kamusal alana çekebilmek içinse, geriye başkaca da bir hukuksal gerekçe kalmamaktadır.

Öte yandan, öğretilerdeki mevcut görüş uyarınca, başka bir gerekçeyle hareket etmeye de olanak bulunmamaktadır. Hatırlanmak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin elektrik enerjisi sektörü bağlamındaki faaliyetlerin **stratejik** önemini anımsatmaya yönelik “önemli hizmetler” şeklindeki ifadeleri, öğretilerde eleştiriyi karşılaşmış idi.¹³⁹

¹³⁷ Bamberger, Craig S.; *Epilogue: The Energy Charter Treaty as a Work in Progress*, içinde *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade*, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996, s. 595.

¹³⁸ Walde, Thomas W; *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, içinde *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade*, op. cit., s. 282, 283.

¹³⁹ Örneğin, bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 45. Buna göre, “(n)iteligi gereği” veya “önemli” kamu hizmetleri gibi soyut ve muğlak birtakım kategoriler yaratılarak... halkın iradesini temsil eden yasama organının takdirinin... sınırlanması önemli bir meşruiyet sorunu yaratmaktadır ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir” (bkz. İbid., s 58). Bu görüşe iştirak etmekte güçlük

Buradaki irdelememizin, Anayasa Mahkemesince benimsenen yaklaşımın neden aslında çok isabetli bir değerlendirme anlamına geleceğini ve öğretilerdeki eleştirinin neden yanlış olduğunu ortaya koymaktadır kanısındayız.

Bize göre, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın enerji sektörüne ilişkin kamu hizmeti-ımtiyaz değerlendirmeleri sırasında benimsediği yaklaşım, kamusal korunma mekanizmalarının fevkalade isabetli ve yerinde bir biçimde sezildiği ve sadece teknik hukuk yaklaşımından hareketle kamu hizmeti tanımlamasının ele alınması gibi sathi (yüzeysel) yorumlamaların ötesine geçerek, işin “kününe vakıf” olduğunu düşündürecek biçimde bir yorumlamaya varabildiklerini göstermektedir. Yüksek Mahkemelerin bu yaklaşımı benimsemiş olmaları, kanımızca ülkemizin çıkarlarıyla da doğrudan örtüşmektedir.

Bu itibarla, idari sözleşme-kamusal alan-kamu hizmeti gibi idare hukukunun temellerini oluşturan konularda, kavramların kabuktaki görünümüyle uğraşılmasının yanı sıra, özellikle bu kavramların korumayı öngördüğü amaçların derin tahlillerine

çekiyoruz, zira, hukuk devleti ilkesi ile halkın iradesi ve demokrasi kavramları, çok daha farklı açılımları kapsamaktadır. Sözgelimi, bilge Onar'ın da vurguladığı gibi, “*millî hâkimiyeti “teşri (yasama) uzvunun her şeye kâdir 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.*” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 561). Giderek, Anayasamıza göre, egemenlik kayıtsız şartsız milletindir; ancak, kuşkusuz, millî egemenliği “yasama organının her şeye kâdir olduğu, kanun şeklinde her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak, hukuk devleti kavramıyla bağdaştırılmaz (bkz. İbid., s. 561). Aksi durum, “... demokrasiyi seçim ve iktidar ikiliğine sıkıştır(ma)” anlamına gelecektir (bkz. Ali Haydar Fırat, *Millîyetçiliklerine Konuşma Yasağı ve Millî İrade Fetisizmi*, Radikal Gazetesi, 18 Nisan, 2008). Bilhassa “çoğulcu” nitelikteki demokrasilerin başlıca gayesi, halkın olabildiğince geniş bir kesiminin arzusunu idarenin eylem ve işlemlerine yansıtma olmalıdır. Zira, Özyay tarafından da belirtildiği üzere, çoğulcu demokrasilerde “... “millî irade”nin sadece seçimle oluşan tek bir Yasama meclisinin tekelinde olmayacağını da kabul etmek zorunluluğu vardır” (bkz. Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, op. cit., s. 9). Onar'ın deyişiyle, “(k)lâsik 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” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1447). Nihayet, Esen'in değindiği üzere, “(b)ugün demokrasi düşüncesinde görülen fesât, onu çoğunluk iradesi sanmaktan çıkmıştır. Bu sapık sanı, demokrasinin değişmez ayırıcı özelliği olan “Anayasa Üstünlüğü”nü yok ediyor” (bkz. Bülent Nuri Esen, “Demokrasi” Üzerine, içinde Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, 1972, s. 606).

Kanımızca, bir metafor kullanılmasına cevaz verilirse, demokrasi bir sandala benzetilebilir; sandalın içerisinde dengeli bir ağırlık dağıtımı yapılmaz ise, yaşamsal sorunlar doğar. Yani, sandal içerisinde ağırlığın dengesiz biçimde dağıtılması veya bir tarafta yoğunlaşması, sandalı batırır! Araç lastikleri üreten bir firmanın geçmiş dönemlerdeki iyi bilinen reklam spotuna atfen, konuyu şöyle bağlayabiliriz: “**KontROLSÜZ GÜÇ, GÜÇ DEĞİLDİR.**” Nitekim, aşırı yük vurulmuş araçların, yeterli frenleme mekanizmalarıyla donatılmadıklarında ne tür yaşamsal sorunlara neden olabildikleri, günlük yaşamdaki “alınmayan dersler” arasında sayılabilir.

girişilmesi, giderek kavramların özüne/ruhuna temas eden bir vukufiyetle konuya eğililmesi ve tarihsel boyutlarına da ayrıca göz atılması, öğretilerdeki temel bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır denilebilir.

Söyleyegeldiğimiz üzere, kamu hizmeti sayılmanın arka planındaki aslî unsurun dikkate alınmaması, bu eksikliğin doğmasına neden olmaktadır yolunda bir görüş serdetme olanağından bahsedilebilir. Bu yoldaki görüşümüzü burada bir kez daha –özetlemek suretiyle- yinelersek: Kamusal korunma gereksinimi, özelinde kamu hizmeti ve genel olarak da idari sözleşme tanımlamasına gidilmesinin arkasında yatan asıl itici güçtür (aslî saik) denilebilir. Bu husus, idari sözleşmeler itibariyle özellikle altyapı sektörlerinde kamu hizmeti kavramı üzerinden karşılanmış; ancak, bu kavramın uygulanamayacağı alanlarda kamu hizmeti yerine özel hukuku aşan şartlar veya özel hukuku aşan hukuksal rejim (bir başka deyişle, kamu kudreti (gücü)) ölçütüne müracaat edilmiştir.¹⁴⁰ Bu iki ölçütün de açıklayamadığı ve yetersiz kaldığı maden işletmeciliği gibi kimi alanlarda ise, durumun “istisnai uygulamadır” yorumuyla karşılanmaya –veya bir nevi gözden uzak tutulmaya- çalışıldığı ileri sürülebilir.

Öte yandan, kamusal güvenlik bağlamında ileriye sürdüğümüz görüşe bir örnek, Fransız uygulamasından verilebilir. İdarenin diğer özel kişilere aynı koşullarda verdiği hizmete ilaveten kendisinin de aynı hizmeti verdiği arabalı vapur işletmeciliğinin kamu hizmeti niteliğinde olmakla beraber, idari yargıya tâbi tutulamayacağına ilişkin “*Bac d’Eloka*” kararında, özel girişimcilerce aynı koşullarda yerine getirilen kamu hizmetlerinin de bulunduğu ikrar edilmekte, dahası, bunların işleyişine dair uyuşmazlıkların da kural olarak adli yargıya tâbi tutulacağı esas kabul görmektedir. Konuya ilişkin açıklayıcı görüşünü sunan hükümet komiserine göre;

“(D)evlet tarafından “kamu gücü sıfatıyla” yürütülen, “devletle ya da kamu idaresiyle aynı özden olan kamu hizmetleri” ile kamu hizmeti olmakla birlikte “özel nitelikte bulunan ve devlet tarafından, kimse yerine getirmediği ve yerine getirilmesi kamu yararına olduğu için rastlantısal ve arızı olarak üstlenilen” hizmetler arasında bir ayırım yap(ıl)maktadır.”¹⁴¹

İşte bu ayırmadan, şu sonucun –dolaylı yoldan olsa da- çıkarılabileceği düşünülebilir: Yerine göre, özel girişimcilerce ifa edilmekte bulunan bir faaliyetin aynı zamanda idare tarafından da yürütülüyor olması durumunda, bu faaliyet kamu

¹⁴⁰ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 29; keza, bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 201-206.

¹⁴¹ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 300.

hizmeti niteliğinde sayılmakla beraber, özel hukuka bağlı kılınabilir. Zira, burada bahse konu hizmet dolayısıyla kamusal ölçekte bir güvenlik endişesinin ortaya çıkması, pek de beklenebilecek bir husus olmayabilir. Devlet kimi zaman arızı olarak bu türden bir hizmeti üstlenebilecektir; ancak, bu durum dahi, hizmetin kamu hizmeti etiketiyle sıfatlandırılıp kamusal alana alınmasına yetmeyebilir.

Aşağıdaki alt başlık altında konuya ilişkin olarak bir ilave örnek daha vermek suretiyle, kamusal korunma gereksinimi bağlamında kamu hizmeti kavramının ne yönde bir ilişki içerisinde bulunabileceğini veya kavramın tanımında kamusal korunma gereksinimine neden yer verilmesi gerektiğini, aksi halde mevcut tanımlar çerçevesinde neden yetersizliğin doğabileceğini veya resmin arkasındaki asıl unsurun ne şekilde gözden kaçırılmış olabileceğini açıklamaya çalışalım.

4.2.3. Kamu Hizmeti ve BTC Projesi

Kafkas bölgesi petrollerinin Gürcistan aracılığıyla ülkemiz üzerinden dünya piyasalarına çıkarılmasına yönelik Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi'ne ilişkin olarak, ülkemiz ile Azerbaycan ve Gürcistan devletleri arasındaki anlaşmalar, 1999 yılında imzalanmıştır.¹⁴² Bu uluslararası anlaşmalara istinaden, ülkemiz ile hattın yapımını üstlenen ve 60 yıl boyunca işletmesine hak kazanan yabancı konsorsiyum arasında imzalanmış bulunan (Ev Sahibi Ülke Anlaşması (ESHA) ve sair diğer) sözleşmelerin hukuki niteliği üzerinde durmak, konumuz açısından oldukça yardımcı olacaktır.¹⁴³

Proje'ye özgü bir hukuki rejim içeren ve bahse konu anlaşmaların Proje'ye uygulanacak yegâne kuralları –özetle, “uygulanacak hukuku”- teşkil edeceği gibi –kapitülasyon dönemi uygulamalarını anımsatan¹⁴⁴- bu sözleşmeler, ülkenin bir ucundan diğerine petrolün aktarılmasını ve asla ülke içerisinde kullanılmamasını öngördüğü için, mevcut ölçütlere göre kamu hizmeti algılaması kapsamına alınmayacaktır. Zira, ülke sınırları içerisinde kullanılacak bir petrol sözkonusu değildir.

¹⁴² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Ülkeleri Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma, s. 26-1336 (10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

¹⁴³ Bahse konu proje tahtında imzalanan sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.

¹⁴⁴ Gerçekten, o dönemin kapitülasyonlarıyla getirilen başlıca özelliklerden biri de, iç hukukun uygulanmaması, anlaşmalar üzerinden yabancı devlet tebaasına ayrı bir hukukun inşa edilmesidir (bkz. Baskıcı, M. Murat ve diğerleri; Yaşayan Lozan, (Ed. Çağrı Erhan), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003, s. 533 vd.).

Bahsekonu sözleşmelerde idareye herhangi bir kamu kudreti tanıyan hükümler de bulunmamaktadır. Hatta, tam tersine, özel girişimciler bakımından üstünlük ve ayrıcalıklar getiren bir dizi hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılması da sözkonusu değildir, dolayısıyla maden sözleşmelerine de benzetilemez.

Şu halde, öğretide kullanılan ölçütlere itibar edilirse, bu sözleşmelere idari sözleşme gözüyle bakılabilmesi olanağı kalmamaktadır. Oysa, anılan sözleşmeler, Osmanlı dönemindeki imtiyaz sözleşmelerinin belki daha üstünde ayrıcalıklar taşıyan, ülke egemenliğini 60 yıl süreyle olağanüstü derecede –hatta, neredeyse tamamen- kısıtlayan, bu itibarla kamusal korunma ve güvenlik bakımından endişeler yaratmaya aday bir sözleşmeler dizisini oluşturmaktadır.

Nitekim, yabancı literatürden bu yöndeki bir değerlendirmeye göre, “BTC boru hattı rejimi egemenlik, insan hakları ve çevre konularında kuşular doğurmaktadır.”¹⁴⁵ Giderek, bahsekonu anlaşmaların yatırımcı şirketler ile devletler arasında hiç de adil ve dengeli olmayan bir hukuki rejim yarattığı açıktır, hatta yabancı literatürden bir başka görüşte, “... hattın geçtiği her üç ülke de hat boyunca egemenliklerini anılan petrol konsorsiyumuna devretmişlerdir”¹⁴⁶ yollu, çok çarpıcı ve vurgulu savların dahi ileri sürüldüğü görülmektedir.

Burada kanımızca ilgi çekici olan bir diğer husus ise, bahsekonu anlaşmaların tarafı olmasına rağmen ülkemizde öğretinin bu konuda tamamen sessiz kaldığının gözlenmesi ve buna karşın ülke çıkarlarını korumaya yönelik tüm itirazların –ne kadar yerinde olup olmadığı bir yana bırakılsa da- sadece yabancı literatürde ortaya çıkıyor olmasıdır.

Yine, benzer yöndeki bir başka değerlendirmeye göre de;

*“ESHA çerçevesinde devletlerin yatırımcıları tazmin etme yükümlülükleri benzeri anlaşmalarda rastlanmayan hükümler değildir; ancak, diğer anlaşmalarda rastlanmayan husus, bu tazmin yükümlülüğünün kapsamıdır (ve) diğer hükümlerle birleştiğinde, ev sahibi ülkenin düzenleme yetkisini bertaraf ederek, sürdürülebilir kalkınmayı sağlamayı ve insan haklarını korumayı zorlaştırmaktadır.”*¹⁴⁷

¹⁴⁵ Waters, Christopher P. M.; Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?, Georgetown International Environmental Law Review, Vol. XVI, Sy. 3, 2004 (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200404/ai_n9406122).

¹⁴⁶ Hildyard, Nicholas / Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, 2006, s. 46 (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).

¹⁴⁷ Remer, Terre-Eve Lawson; A Role for the IFC in Integrating Environmental & Human Rights Standards into Core Project Covenants: Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project, Houser Global Law School Program, NYU School of Law, Global Law Working Paper 01/05, 2005, s. 24.

Şu halde, bahsekonu Proje kapsamında yabancı girişimcilerle imzalanmış bulunan sözleşmelerin, idari sözleşme olmak bir yana, öğretilde idari sözleşmelerin en tipik¹⁴⁸ ve tam¹⁴⁹ örneği olarak nitelendirildiği görülen imtiyaz sözleşmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiği dahi iddia edilebilecektir. Nitekim, yabancı literatürde bu yönde kimi yorumların yapıldığı da görülmektedir. Buna göre;

“... hattın geçtiği her üç ülkede Anayasaları hariç¹⁵⁰ tüm mevcut ve müstakbel hukuk düzeninin üzerine çıkan bahsekonu Proje tahtında imzalanan anlaşmalar; devletlerin kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumak üzere hareket edebilmelerini kısıtlayıcı yükümlülükler getirdiği veçhile... geleneksel imtiyaz sözleşmeleri hükümlerinin dahi çok daha ötesine varan bir boyuttadır.”¹⁵¹

İşte bu son örnek de, kamusal savunma mekanizmalarının korunabilmesi bağlamında hukukumuzdaki düzenleme ve kuramsal değerlendirmelerin önemine işaret etmektedir. Bu bağlamda, yukarıdaki paragraflarda verilen örnekler, kamu hizmeti tanımında kamusal korunma gereksinimine neden değinilmesi ve bu meyanda kamu hizmetine ilişkin mevcut kuramsal tartışmalarda yer verilen irdelemelerin neden gözden geçirilmesi gerektiğine ışık tutabilecektir kanısındayız.

5. Nihai Değerlendirme

Kamu hizmeti kavramının bugüne kadar gerek öğretilde ve gerek yargı içtihatlarında çok çeşitli tanımlarına tesadüf edilmektedir. Bununla beraber, her bir tanım üzerinde

¹⁴⁸ DDDK'nın 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971, s. 150; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334, 428.

¹⁴⁹ İdare hukukunun duayeni Onar, imtiyazı (ve keza –“tam” olma keyfiyetiyle sınırlı olmak üzere- müşterek emaneti de) “idari mukavelelerin en tam ve mükemmel bir tipi” şeklinde nitelemektedir (bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536, 1592, 1595).

¹⁵⁰ Hemen belirtmek gerekirse, anılan sözleşmelere taraf olmayı teminen imza atıldığı andan itibaren, Anayasamızın imza tarihindeki mevcut veya müstakbel hükümlerine aykırılık sözkonusu olsa dahi, bu durum sadece iç hukuk açısından bir belirlemeye –ve hukuksal geçerliğe- imkan verebilecektir. Ne var ki, ilgili şirketlerin buna karşı uluslararası tahkim yoluna başvurmak suretiyle hakem heyetlerinden tazmin kararı elde etmesi mümkündür. Zira, bu tür durumlarda hakem heyetlerinin yerel hukuk tahtında anayasalara aykırı olup olmadığı hususunu dikkate almadıkları ve devletin kendi anayasasına aykırı bir sözleşmeyi imzalamış olması halinde imzalanmış bulunan sözleşmenin esas alınacağını kabul ettikleri; kendi anayasasına aykırılığı bilerek (veya farkında olmayarak) bir sözleşmeye imza atan devletin, bilahare salt bu gerekçeyle sözleşme tahtındaki yükümlülüklerini uygulamaktan kaçınabilmesi anlayışının kabul göremeyeceğini kararlaştırdıkları bilinmektedir. Buna ilişkin ülkemiz uygulaması bağlamında bir yap-işlet-devret projesinden doğan uyuşmazlık kapsamında uluslararası tahkime götürülen –ve tahkim duruşmalarına katıldığımız üzere tarafımızca şahit olunan- bir örnek için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 405, 406.

¹⁵¹ Hildyard / Muttitt, Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, op. cit., s. 46.

farklı yönlerde eleştirilerin getirildiği ve sonuçta kavramın belirsizliğini korumaya devam ettiği söylenebilir. Kavramın idare hukukunun kapsamının belirlenmesindeki etkinliği dikkate alındığında, bu yönde ilave çabalara gereksinim duyulduğu açıktır.

Bu çalışmada, işte bu gereksinimin ışığında yeni bir tanım denemesi getirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla konuya olabildiğince analitik bir bakış açısıyla yaklaşılmaya gayret edilmiş ve bu meyanda özellikle iktisadi unsurlardan yararlanılabileceği anlayışından hareket edilmiştir. Öte yandan, kavramın tanımlanmasında, ne gibi bir kamusal gereksinimi karşılamaya yönelmesi gerektiği göz önüne alınmıştır. Buradan hareketle, kamusal güvenliğin korunması gereğine özel bir önem atfedilmesi gerektiği yargısına varılmakla, bu yönelimin tanıma yansıtılmasına çalışılmıştır.

Sonuç olarak, kamu hizmeti kavramının kapsamının daha doğru bir biçimde belirlenebilmesi amacına yönelik olarak yer verdiğimiz tanım denemesinde değindiğimiz “kamusal korunma gereksinimi” konusunda, yasama tarafından bir düzenlemeye gidilebilmesi öngörülmektedir. Bununla beraber, konunun önemine binaen bu hususun **stratejik** bağlamdaki endişeleri de kapsayacak biçimde Anayasamızda yer alması yönünde bir girişime ayrıca gerek duyulacağı söylenebilir.

Esasen, BTC Projesi gibi kimi projelere dair anlaşmalar bağlamında dikkat çekmeye çalıştığımız bu husus, imtiyaz sözleşmelerine yönelik 1999 yılı Anayasa değişiklikleri sonrasında beliren korunmasız Anayasal kurgu çerçevesinde daha bir önem kazanmaktadır¹⁵²

Bugüne değin kamu hizmeti tanımlamalarının bütünsel bir yaklaşımla tüm sorunlara yanıt veren bir içeriğe kavuşmamış olması dikkate alındığında, bu pek zorlu alanda işbu çalışmanın da eksiklikler içereceği doğal karşılanmalıdır kanısındayız. Meğer ki, öğretilerde ileride gerçekleştirilecek daha yetkin çalışmalara kimi bakımlardan katkı sağlamaya yetkin olabilsin.

¹⁵² Bu husustaki ayrıntılı değerlendirme ve öneriler için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit..

6. Kaynakça

Kitap, Makale ve Basın Haberleri:

Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988.

Arat, Tuğrul; Önsöz, *içinde* Rifat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Knununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara, 2005.

Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.

Atiyas, İzak; Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, *içinde* Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999.

Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (erişim: 11 Ocak, 2008).

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

Azrak, Ali Ülkü; Türkiye'de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler, İHİD, C. 1, Sy. 2, 1980.

Bamberger, Craig S.; Epilogue: The Energy Charter Treaty as a Work in Progress, *içinde* The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996.

Baskıcı, M. Murat / Dardađan, Esra / Erdem, Gökhan / Erhan, Çağrı / Hadimođlu, Nimet Özbek / Keskin, Funda / Kürkçüođlu, Ömer / Özersay, Kudret; Yaşayan Lozan, (Ed. Çağrı Erhan), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

Beattie, Alan; Ownership is not the real problem with China, Financial Times, 16 Nisan, 2007.

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

Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007.

Chalker, James; Making the investment provisions of the Energy Charter Treaty sustainable development friendly, Int. Environ Agreements, Vol. 6:435-458, 2006.

Çakal, Recep; Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1996.

Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.

Çal, Sedat; Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan (Vedat Yayıncılık tarafından yayımlanmak üzere olan bahsekonu kitapta yer almasını teminen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde oluşturulan yazı kuruluna 7 Şubat, 2009 tarihi itibariyle teslim edilmiştir).

Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

Çal, Sedat; Uluslararası Tahkime Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 58, Sy. 4, 2008.

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

De Jonquieres, Guy; The Strange Paradox of Economic Nationalism, Financial Times, 10 Ağustos, 2006.

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

Derbil, Süheyp; 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.

Enerji Şartı Sekreteryası, The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation, Eylül 2004.

Esen, Bülent Nuri; “Demokrasi” Üzerine, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, AÜHF Yayını, 1972.

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.

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

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006.

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 1998.

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

Gülan, Aydın; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHFİM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.

Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

Hildyard, Nicholas/Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, 2006 (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).

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

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

Meclis Açıldı, Sezer Uyardı, Sabah Gazetesi, 2 Ekim, 2005.

Murray, Sarah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006.

Nitzov, Boyko; A Tale of Two (Empty) Pipelines, The Atlantic Council, 14 Ocak, 2009 (<http://www.acus.org/highlights/tale-two-empty-pipelines>).

Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998).

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

Özay, İl Han; (İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

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.

Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özay, İl Han; Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour", İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998 Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.

Remer, Terre-Eve Lawson; A Role for the IFC in Integrating Environmental & Human Rights Standards into Core Project Covenants: Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project, Houser Global Law School Program, NYU School of Law, Global Law Working Paper 01/05, 2005.

Solomon, Deborah; Wave of protectionism gains force, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.

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

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

Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006.

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

Türel, Oktar; Özelleştirme Notları, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

Türk, Hikmet Sami; Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979.

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

Vives, Xavier; Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market, Financial Times, 15 Eylül, 2006.

Walde, Thomas W; International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, *içinde* The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996.

Waters, Christopher P. M.; Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?, Georgetown International Environmental Law Review, Vol. XVI, Issue 3, 2004

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

(http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200404/ai_n9406122).

Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

Yoghurt turns sour, Financial Times, 14 Nisan, 2007.

Ağ Erişim Kaynakları:

www.encharter.org

Yargı Kararları:

AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı.

DDDK'nın 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971.

Danıştay Genel Kurulu'nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975.

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

Kısaltmalar

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan
BTHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DD	: Danıştay Dergisi
DDKD	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
Ed.	: Editör
ESHA	: Ev Sahibi Ülke Anlaşması
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IMF	: Uluslararası Para Fonu
İbid	: Aynı yerde
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

K.	: Karar
M.	: madde
MFN	: En Çok Gözetilen Ülke (“Most Favoured Nation”)
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NT	: Ayrımcı Olmayan Uygulama (“National Treatment”)
Op. cit.	: Aynı kaynak
RG	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
Vb.	: Ve bunun
Vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

BOŞ