

İDARİ SÖZLEŞMELERDE ÖLÇÜT SORUNU VE FARKLI BİR YAKLAŞIM ÖNERİSİ

“İhtilaflarıyla uğraşmakta derin zevkî yok,
Zevk anın mir 'at-ı ibretten temâşasındadır.”
(?)

Sedat ÇAL*

Özet

İdarenin sözleşmeleri arasında idari ve özel hukuk sözleşmesi ayrımına gidilebilmesi gerek uygulamada ve gerek öğretilerde güçlük içermeye devam etmektedir. Bu yönde zaman içerisinde geliştirilen ölçütler belirsizlik sorununu tam olarak bertaraf edebilmiş değildir. Buna karşın, bir sözleşmenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla, daha belirgin ölçüt veya kavrayışlara erişme yolunda daha fazla çaba harcanması gereği açıktır. Kamu hizmeti, üstün yetkiler ve buna dayalı olarak kamu gücü kullanımı, bununla beraber gelen özel hukuku aşan şartlar ve giderek özel hukuku aşan hukuksal rejim ölçütleri, aslında neden idari sözleşmeler üzerinden kamusal alana çekilme zorunluluğuna geldiği üzerinde sorgulamaları gerektirmektedir. Bu bağlamda, kamu hizmeti kavramının açıklanmasında olduğu gibi, burada da faaliyet alanlarındaki teknelci yapıya ve dolayısıyla rekabete dayalı bir çözümlemenin –yeni bir ölçüte ulaşmayı başaramasa dahi- mevcut ölçütlerin daha etkin uygulanabilmesine yardımcı bir perspektif getirebileceği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdari Sözleşme Ölçütleri, Kamu Hizmeti, Rekabet, Doğal ve Hukuksal Tekeller, İmtiyaz.

THE CRITERIA PROBLEM IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND PROPOSAL FOR A DIFFERENT APPROACH

Abstract

In both the doctrine and the judiciary it is still difficult to find a clear path towards differentiating between administrative contracts and private law contracts of the administration. The criteria that were developed over time have so far been not successful to alleviate the ongoing ambiguity. Yet, labelling a contract as of private

* Dr., Enerji Şartı Sekreteryası (Brüksel)

law or administrative nature have very important bearings. It therefore invites for putting more efforts on searching for less obscure criteria or approaches. All such criteria as public service, imbalanced power in contracts and use of public power thereby, terms exceeding beyond private law as well as creating a special legal regime (i.e., “régime exorbitant”) indeed require revisiting the need for bringing certain activities under the public law domain through the concept of administrative contracts. Thus, likewise the public service concept, the following argument is made that, analysing the problem at stake by using the monopoly and competition concepts might shed further light towards a more effective use of the existing criteria, if not able to put forward an alternative/new criteria.

Key Words: *Criteria of Administrative Contracts, Public Service, Competition, Natural and Legal Monopolies, Concession.*

“Erzan metâ-ı fazl ü hüner tâ o denli kim,
Bin mârifet zemânede bir âferinedir.”
Nabî

Giriş

İdare faaliyetlerini yerine getirirken tek yanlı işlemlerde bulunduğu gibi, çeşitli ihtiyaçlarından dolayı¹ kimi zaman özel kişilerle sözleşme ilişkisi içine girmek suretiyle de hareket edebilmektedir. Bu durumda, idarenin sözleşmeleri içerisinde hangilerinin idari sözleşme sayılarak kamu hukuku alanındaki bir faaliyetten bahsedileceği ve kamu hukukundan ileri gelen kısıtlar altında sözleşmeye yaklaşılacağı hususu, önemli bir sorun alanı oluşturmaya devam etmektedir. Öğretide ve yargı içtihatlarında bu konunun yüzyılı aşan bir tartışma geçmişi vardır ve buna karşın sorun hâlâ tam bir açıklığa kavuşmuş da değildir.

Bununla beraber, bu sorun karşısında varılacak yargılar önem taşımaktadır. Zira, idarenin hangi sözleşmelerinde kamusal alana taşınmış bir düzlemde hareket edileceği ve idari yargı alanında çözüm aranacağı ve hangisinde özel hukuk ilişkisi sayılarak adli yargıya gidileceği, birbirinden farklı so-

¹ Bkz. Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 163.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

nuçlar doğurmaya elverişli bir özellik içermektedir.² Varılacak yargıya göre, uygulanacak hukuk kuralları ve görevli yargı yeri değişecektir³ ve bu da hiç kuşkusuz bir uyuşmazlıkta erişilecek sonucu dönüştürme erkine sahip olacaktır. Zira, özel hukuk eşitler arası bir yargı düzeninde hareket ederken, buna kıyasla idare hukukunda kamu yararı ile bireylerin çıkarları bağdaştırılmaya çalışılmaktadır.⁴

Bu çalışmada, idare hukuku teorisinde idari sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırddilebilmesine yönelik geliştirilmiş bulunan ölçütler kısaca ele alınacak, akabinde bu yaklaşımların arka planında esasen var olduğunu savlayabileceğimiz bir farklı yaklaşıma yer vermek suretiyle konunun daha iyi anlaşılabilmesine çalışılacaktır. İdare hukuku öğretisinde genel olarak rastlanmayan⁵ bu yaklaşım, gerek kamu hizmeti ve gerek kamu gücü kullanımı bakımından anılan kavramların arka yüzünde beliren “rekabet” ögesini öne çıkarmayı öngörmektedir.

İdare hukukumuzda bu türden yaklaşımların pek görülmediği öğretilerdeki kimi görüşler içerisinde de esasen ikrar edilmektedir. Buna göre, “... kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır.”⁶ Böylece, işbu çalışmada farklı bir kurgudan hareket edilerek, idari sözleşmelerin belirlenmesine yönelik olması daha yetkin analizlere kapı aralama çabasından hareket edilmektedir.

Bu itibarla, hemen değinmek gerekirse, rekabet odaklı bu yaklaşım aslında mevcut kamu hizmeti ve kamu gücü (yahut başka bir deyişle, özel huku-

² Günday, Metin; *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 167.

³ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; *İdare Hukuku*, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 906.

⁴ İdari yargının idareyi kayırdığı yönünde bir toplumsal algıdan bahsedilebilir. Bu bakımdan eleştiriler görülmekle beraber, aksi yönde savlar da bulunmaktadır. Sözelimi, Azrak’a göre, “*idare mahkemeleri öyle hep idare tarafını yontan nalıncı keserleri değil(dir)*” (bkz. Azrak, Ülkü; *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını, s. 33). Azrak, devamla “*İdare hukuku, idarenin hukuku değil(dir), ... idare hukuku aslında kamu yararıyla özel kişilerin yararını uzlaştırmaya çalışan bir hukuktur, ne birini çiğner, ne öbürünü, fonksiyonu o, misyonu o... Hatta, bazen o kadar özel kişilere yakın... kararları var ki, ... neredeyse idare burada üvey evlat... mı olmuş diyorsunuz*” ifadelerine yer vermektedir (İbid., s. 34).

⁵ Benzer bir yaklaşımla rekabet ögesine Yayla’nın da kısıtlı bir ölçüde değinmiş olduğunu vurgulamak isteriz (bkz. Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 164, 165).

⁶ Bkz. Karahanoğulları, Onur; *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 9.

ku aşan hukuksal rejim içerisinde bulunma) ölçütlerini bertaraf etmekten ziyade, anılan ölçütlerin geri planına ışık tutmaya ve bunların daha iyi algılanmasına ve uygulanmasına yarayabilecektir. Dolayısıyla, getirilmeye çalışılan yeni bakış açısı, bir anlamda, “iki yüzü de kullanılabilen bir giysiye” benzetilebilir. Şöyle ki, her ikisi de aynı işlevi görmeyi amaçlamaktadır ve birbiri yerine ikame olunabilecek olmakla beraber, özünde birbirinden ayrı kavramlar da değildir. Her ikisinin de, esasen birbirinin içerisinde “mezc olmuş” durumda bulunduğu söylenebilir.

İdari sözleşmelerin ölçütleri gibi tartışmalı bir alana ilişkin olmakla beraber, işbu çalışma anılan ölçütlerin sadece rekabet odaklı bir farklı bakış açısına da –yardımcı mahiyette- dayanılabilmesi yönünde bir denemeyi içermektedir. Bundan ötürü, idare hukuku teorisinde yer verilen mevcut ölçütler, sadece bu farklı yaklaşım iddiasını ortaya koymaya yarayacak denli kısa bir özet halinde ele alınacaktır ve konunun çok daha farklı diğer boyutlarına değinilmekten kaçınılacaktır.

I. Genel Olarak

Sözleşme, idarenin tek başına yaptığı işlemlerden farklı olarak, ilgilinin rızasıyla ortaya çıkan ve hukuksal sonuç doğuran bir hukuksal ilişkidir. Öğretiden bir görüşte, idare hukuku bağlamında bu kavram şöyle tanımlanmaktadır: “Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır.”⁷ Duguit’ nin ifadesiyle devam edersek, anonim ortaklık veya dernek gibi çok taraflı hukuki tasarrufların olduğu kimi yerlerde, iradeler arası bir anlaşma yoktur; burada idareler bir işbirliği halinde belirlemektedir ve bundan ötürü bir sözleşme ilişkisi bulunmaz.⁸

Öte yandan, idarenin tek yanlı işlemleri dışında kalan ve çok sayıda tarafın yer aldığı, giderek “farklı yönlerde” iradelerin birbiriyle karşılaştığı çok çeşitli tasarrufları vardır ki, bunlarda sözleşme ilişkisinden bahsedilmez.⁹ Yine, idare hukukunda idarenin organlarının elinde idareye gerekli olan şeyleri temin etmek için kamulaştırma, el koyma, memurların tayini, askere alma gibi tek yanlı pek çok tasarruf olanağı da bulunmaktadır; dolayısıyla, idarenin sözleşme ilişkisine girmesi mutlak bir zorunluluk arz etmemektedir.¹⁰

⁷ Gözler, Kemal; *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 2.

⁸ Duguit, Leon; *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954, s. 45.

⁹ Örnekler için bkz. Waline, Marcel; *İdari Mukaveleler*, (Çev. Hâmide Uzbarık), AÜHFM, C. 1, Sy. 4, 1944, s. 563-566.

¹⁰ Waline, *İdari Mukaveleler*, op. cit., s. 563, 564 (özellikle s. 565’deki (“çeviren” sıfatıyla

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Özetle, idari sözleşmelerden bahsedildiğinde, özel hukuktaki sözleşme kavramından çok daha farklı bir “sözleşme” kavramının ortaya çıktığını vurgulamakta yarar vardır.¹¹ Oysa, Duguit’ye göre idari sözleşme diye bir kavramdan bahsedilemez; “sözleşme, sözleşmedir”. Duguit’in ifadesiyle;

“... hâlâ bir çok memleketlerde kamu hukuku sözleşmesi teorisi adı verilen bir teori öğretilmektedir ki bununla şu neticeye ulaşılmak isteniyor: Devlet yaptığı sözleşmelerle girdiği teahhütlerden her an sıyrılabilir; devlet teahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlıdır.. (B)ugün artık kamu hukuku sözleşmesinin sözü edilemez... Kamu hukuku sözleşmeleri vardır demek, kamu hukuku alanında olduğumuz vakit sözleşme bağı mecburî değildir demektir, yani devlet taraflardan biri olunca teahhütleriyle ilzam edilemez, ilzam edilebilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmış olması gerektir demek isteniyor. Halbuki sözleşme devlet taraflardan biri olsa da olmasa da sözleşmedir; ve sözleşmede taraf olan devlet teahhütleriyle, en küçük bir uyruğu gibi bağlıdır ve bağlı olmalıdır.”¹²

Bu görüşün benimsenmediği ve idare hukukunda da kendine özgü bir sözleşme kavramının var olduğu hususu bugün artık genel kabul görmüş durumdadır. Ancak, hemen aşağıdaki paragraflarda değinildiği üzere, günümüzdeki temel sorun “idare hukukunda sözleşmenin varlığı” olmaktan çıkmıştır. Konu, asıl olarak, bu sözleşmelerin nitelendirilmesi veya bunlara bağlanan sonuçlar üzerindeki tartışmalar bağlamında belirmektedir.

İdarenin sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ne var ki, idarenin özel kişilerle girdiği sözleşme ilişkisinde hangi bakımlardan bu ikili ayrıma gidilebileceği, günümüzde de tartışmalardan uzak kalamamaktadır.

Bu meyanda, yasa koyucunun iradesini esas alan “teşrii kriter” itibarıyla konuya yaklaşıldığında, öncelikle ilgili yasada bir hüküm olup olmadığına bakılması gerekir.¹³ Nitekim, 3996 sayılı Yasada böyle bir hükme yer

Uzbark’a ait) 1. no.lu dipnotta, yukarıdaki dipnotta yer verilen kaynak eserinde sayılan (belediye meclis kararının vesayet makamı olarak vali tarafından onaylanmasının yahut devlet memurunun atanması işleminin bir sözleşme niteliğini taşıması gibi) etkinliklerden kimilerinin eskiden kamu hukukçularınca yanlış olarak özel hukuka atfen sözleşme niteliğinde değerlendirildiği hususuna yer verilmesi dikkat çekicidir.

¹¹ Waline, *İdari Mukaveleler*, op. cit., s. 566.

¹² Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 157.

¹³ Bkz. Duran, Lûtfî; *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 430;

verilmektedir. Konu esasen bu bağlamda kamu hizmetinin belirlenmesinde yasamanın iradesine bakılacağı yönündeki görüşlerle¹⁴ koşutluk içermektedir. Yasamaya demokrasi adına bu yönde belirleyici yetki verme yaklaşımını da benimsenebilmektedir.¹⁵ Değınmek gerekirse, siyasal otoritenin bir alanı keyfince kamu hizmeti/idari sözleşme olarak ilan etme veya aksine kamu hizmeti/idari sözleşme olmaktan çıkarma yönünde “sorgulanamaz bir mutlak yetkisi”nden sözedilemez. Zira, açıktır ki, siyasal otorite Anayasal kurguyla sınırlıdır ve giderek hukukun evrensel yahut genel ilkeleri bu meyanda ayrıca kısıtlayıcı nitelik taşır.

Her halükârda, yasamanın bu yöndeki tasarrufunun mutlak olup olmadığı hukukumuzda uzun bir tartışmalı süreçten geçmiştir¹⁶ ve öğretilerde de bu hususta farklı görüşlerin bulunduğu ayrıca dikkat çekmektedir¹⁷. Öte yandan, hemen değınmek gerekirse, yasayla belirleme doğrudan veya dolaylı yoldan olabilmektedir.¹⁸

Öğretilere bakıldığında, hemen neredeyse ittifak halinde idari sözleşmeler için şu üç ögenin varlığına dayalı bir algılamaya gidildiğı görülüyor: Sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması, konusunun bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması ve kamu yararı içermesi, nihayet idareye üstün veya ayrıcalıklı yetkiler tanıyan yahut özel hukuku aşan yetkiler veren hükümler içermesi veya kamusal rejimin uygulanması.¹⁹

Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 10-12. Fransa’da kanunla kimi sözleşmelerin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak açıkça belirlendiğı örnekler için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 11.

¹⁴ Örneğın, bkz. Yılmaz, Dilşat; *Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri*, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008, s. 1221.

¹⁵ Çal, Sedat; *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1881-1888.

¹⁶ 3996 sayılı Kanun uyarınca idarenin kimi sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olacağına yönelik belirlemenin AYM tarafından iptaline ilişkin değerlendirme bağlamında bkz. AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1995/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

¹⁷ Lehte: Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 12-14 ve Duran, s. 430. Karşıt görüş: Kutlu, Meltem; *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜHF Yayını, İzmir, 1997, s. 17; Balta, Tahsin Bekir; *İdare Hukuku – I. Genel Konular*, Ankara, 1970, s. 190; Günday, Metin; *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, AYD, C. 14, 1997, s. 348; Gülan, Aydın; *Kamu Hizmeti Kavramı*, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, Sy. 1-3, 1988, s. 154.

¹⁸ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 11-18; Tekinsoy, Ayhan; *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006, s. 185.

¹⁹ Bkz. Özay, İl Han; *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 511, 512; Atay,

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Yargı içtihatlarında da aynı yaklaşım sözkonusudur. Nitekim, idari sözleşmelerin ölçütlerine değinen bir Anayasa Mahkemesi (AYM) kararına göre, idari sözleşme tanımının öğeleri olarak aşağıdaki –öğretidekinin benzeri- üç ölçüte göre belirlenecektir:

1. Taraflardan biri kamu idaresi olması;
2. Sözleşme bir kamu hizmetinin yürütümünü konu edinmesi; ve
3. İdareye özel hukuku aşan yetkiler tanınmış bulunması.²⁰

Öğretiye göre, yukarıdaki üç ögenin (ve özellikle ikinci ve üçüncüsünün) birlikte aranma koşulu vardır.²¹ Dolayısıyla, sadece kamu hizmetini esas alan ögenin varlığıyla yetinilmeyecek, kamu gücü kullanımına sözleşmede yer verilmesi de ayrıca ilaveten aranacaktır.²² Buna karşın bu ikisinden sadece birinin ilk ögeyle²³ birlikte varlığını idari sözleşme olarak betimlemeye yeter sayan görüşler de vardır; ancak, bunların henüz azınlıkta kaldığı görülmektedir.²⁴ Değirmek gerekirse, Fransız hukukunda da “birlikte arama” anlayışı benimsenmiştir.²⁵

Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 560.

²⁰ Bkz. AYM'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır), s. 48. Yine, benzer bir içtihat için bkz. AYM'nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı.

²¹ Bkz. Özyay, Günüşğında Yönetim, op. cit., s. 511, 512; Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 542-552; Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 167-170; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 430-433; Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 906-911.

²² Aslında kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütünün bir tür doğal sonucudur, zira, kamu hizmeti niteliğinde belirlediği savlanan bir faaliyet bakımından, bu betimlemeye koşut biçimde kamu adına müdahale gereksinimi de hemen yanı sıra ve eş zamanlı biçimde belirliyor olmak gerekir (aynı yönde bkz. Ayaydın, Cem; İdare Hukuku'na Giriş, C. II, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008, s. 374).

²³ Sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması ilkesi, Fransız hukukunda geniş bir yorumlamayla esnek biçimde uygulanmakta ve sözgelimi karayolu yapımına ilişkin olarak iki özel kişi arasındaki sözleşmelerin de (buradaki özel kişilerden birisinin idare adına bu kamu hizmetinin görülmesi amacıyla hareket ettiği yaklaşımı benimsenerek) idari sözleşme sayılacağı kabul görmektedir (bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 553; Giritli / Bilgen / Akgüner, İdare Hukuku, op. cit., s. 907; Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 543; Bilgen, Pertev; Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İctihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970, s. 27, 28).

²⁴ Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 46, 47.

²⁵ Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 556.

Kamu hizmetine göre yapılan ayırım, kavramın belirsizliği²⁶ nedeniyle çok yerde sorun oluşturmaktan başka, kamu hizmeti olarak algılanması sözkonusu olamayacak kimi faaliyetlerin yasama tarafından veya yargının içtihatlarıyla kamu hizmeti sayılması karşısında, yetersiz de kalmaktadır.²⁷ Nitekim, orman ve maden işletmeciliğine dair sözleşmeler²⁸ ile –kamu borç senetlerinin haczedilememesi gibi, kamu gücü niteliği içeren hükümlere yer verildiği gerekçesiyle - kamu borçlanma (istikraz) sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmaları²⁹ dikkat çekiyor. Özellikle, –geçmiş dönemlerde idare ile özel sektör arasında “imtiyaz hakkı verilmesi” tabiri kapsamında ele alınmakla sözleşme ilişkisi üzerinden yürütülebildiği gözlenen- maden işletmeciliği bakımından, idari sözleşmenin de ötesine giderek imtiyaz sözleşmesi niteliğinin görülmüş bulunması³⁰ yine önemli bir husus olarak karşımızdadır.

Şu halde, kamu hizmeti olarak tanımlanmaları olanaksız ve anılan kavramla bağlantısız görülen bu faaliyet alanlarında³¹ neye dayanılarak idari sözleşme (veya imtiyaz sözleşmesi) kabulüne gidildiği hususunda bir irdelemeye girişilmesi, gerekli ve giderek kaçınılmaz nitelikte beliriyor denilebilir.

²⁶ Bkz. Çal, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, op. cit., s. 1831-1848; keza, bkz. Çal, *Sedat; Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*, GÜHFD, Sy. 11(1-2), 2009, s. 601-614.

²⁷ Aynı yönde bkz. Günday, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, op. cit., s. 348.

²⁸ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 169, 175, 176; keza, bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71.

²⁹ Bkz. Onar, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (3 cilt), 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1412, 1413; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 171, 172; Özyay, *Günüşğinde Yönetim*, op. cit., s. 510; Gözübüyük / Tan; *İdare Hukuku*, op. cit., s. 553; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 64 vd.; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 560.

³⁰ Bkz. Gülan, Aydın; *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008, s. 165, 166 (Gülan, buradaki “imtiyaz hakkı tanınması” teriminde yer alan “imtiyaz” ibaresinin bir idari sözleşme kategorisi olmayı gerektirdiğine ve fakat kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle eşanlamlı bir statüyü ifade etmediği düşüncesini taşıdığına değiniyor. Gülan, maden faaliyetinin kamu hizmeti olmadığına ve dolayısıyla kamu hizmetinin değışkenlik veya uyarlanabilirlik gibi ilkelerinin maden işletmeciliği alanında uygulanamayacağına aynı kaynakta ayrıca değinmekte (İbid, s. 163), ancak geçmiş dönemdeki bu “imtiyaz” algısına neden gidildiğine yönelik bir değerlendirmeye gitmemektedir.

³¹ Bkz. Kanlıgöz, Cihan; *Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*, AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan), C. 52, Sy. 1-4, 1997, s. 351.

II. Öğretilerde ve Yargı Kararlarında Kullanılan Mevcut Ölçütler

A) Kamu Hizmeti Ölçütü

İdarenin sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin görülmesiyle “doğrudan bağlantılı olması”³² –daha doğru bir ifadeyle, bir kamu hizmetine ilişkin olması değil ve fakat doğrudan doğruya onun yürütülmesine ilişkin olması– halinde idari sözleşme addolunacağı yönündeki anlayış, kamu hizmeti yaklaşımı olarak idare hukuku öğretisindeki yerini almıştır. Anılan yaklaşımın esas itibarıyla Fransız öğretisi kaynaklı olduğu ve “Bordeaux (kamu hizmeti) okulu” olarak da isimlendirildiği görülmektedir.³³

Kamu hizmetleri ölçütü esas alınarak yapılan idari sözleşme ayırımında, “kamuya yeterli ölçüde sunulamayan hizmetlerin kamu hizmeti olarak addolunmak suretiyle kamusal alana alınması ve bunların kamu tarafından –yahut idare tarafından tercih edilmesi halinde, idarenin yakın gözetimi altında özel sektör eliyle– sunulması gereklidir” şeklinde betimlenebilecek bir yaklaşım benimsenmektedir.³⁴ Giderek Derbil’e göre sadece kamu hizmetinin görülmesine yönelik sözleşme olması yetmeyecek; kamu hizmeti hem özel hem özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olabileceğinden, ayrıca bir de sözleşmecisi özel kişinin sözleşmeyle bunu böyle tanıması aranacaktır.³⁵

Özel sektör eliyle “gereği gibi sunul(a)mayan” hizmetlerin idare tarafından yerine getirilmesi yaklaşımındaki mantık, bir dereceye kadar anlaşılabilir. Toplumsal bir gereksinimin doğduğu gözlenen bir alanda, özel kişilerce yerine getirilmemesi durumunda idarenin devreye giderek bu gereksinimi tatmin etmesi, doğal karşılanacaktır.

Bununla beraber, asıl sorun, bu hizmetlerin kamu tarafından tüketicilere sözleşmeyle (abonman sözleşmeleri) sunulması durumunda, yahut kamu ile özel sektör arasındaki bir sözleşme üzerinden özel kişilerce yerine getirildikleri takdirde, bunların neden kamu hizmeti sayılarak idari sözleşme sınıflan-

³² Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 24; keza, bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 169.

³³ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 642; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 583.

³⁴ Bkz. Özay, *Günışığında Yönetim*, op. cit., s. 223-226; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 64.

³⁵ Bkz. Derbil, *Süheyp; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1959, s. 582.*

dırması içerisine alınması³⁶ ve kamusal alana taşınarak kamu hukuku kısıtlarına bağlı tutulması yaklaşımında yarar olacağı anlayışının açıklanması gerektiği yattır. Giderek aynı durumun idarece bir sözleşme ilişkisi içerisine girilmediği, bunun yerine idarenin tek yanlı işlemleriyle ruhsat vererek özel girişimcilere faaliyette bulunma yetkisi tanıdığı durumlarda, özel girişimcilere ruhsat altında yerine getirilerek tüketicilere hizmet sunulmasına yönelik bu faaliyetlerde neden dolayı kamusal alana alma yaklaşımına gidilerek idarenin tek yanlı yetkiler kullanması gerekeceği anlayışını³⁷ –yine- dikkate almak, sorgulamak ve ayrıntılı biçimde irdelemek zorunluluğu doğmaktadır.

Bu meyanda, idari yargıda ortaya çıkan bir karara değinmek yerinde olacaktır. Danıştay’ın bir kararında³⁸, devlet hastanelerinde özel girişimciler eliyle –bir imtiyaz sözleşmesi üzerinden de olsa- sağlık hizmeti verilmesine hukuken olanak bulunmadığına, zira bu hizmetin idarece bizzat yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmeti niteliğini taşıdığına hükümlenmiştir. İlk bakışta, özel kişilerce sağlık hizmeti verilmesinin ülkemizde mümkün olduğu dikkate alındığında, anılan kararın çelişkili bulunması ve eleştirilmesi mümkündür denilebilir.

Kanımızca, burada daha başka bir analize gidilmesi olasılığından söz edilebilir; şöyle ki:

Sağlık hizmetinin aslı olarak idarece verileceği, ancak özel girişimcilerce aynı hizmetin verilebilmesinde de sakınca olmayacağı algılamasından bahsetmek mümkündür. Ancak, hizmetin rekabet koşulları altında özel sektör tarafından gereği gibi verilememesi gerçeğinden sözedilebilir. Burada “gereği gibi yerine getirememe”, rekabetin eksikliğinden ziyade, bu hizmetin halk için olmazsa olmaz bir koşul taşıması, halkın ekonomik gelir düzeyinin (gelir dağılımındaki dengesizlik nedeniyle) serbest piyasada verilen hizmeti almasına olanak tanımayacak mertebelerde seyredebilmesi³⁹, daha da önemlisi, hiz-

³⁶ Ayaydın’a göre, abonman sözleşmelerinin özel hukuka bağlı kılınması, idari yargının etkisizleştirilmesi sürecinin ilk filizlerini oluşturmuştur ve bu sözleşmelerin konusunu kamu hizmetinin teşkil ettiği ile idareye üstün yetkiler tanınmış olunduğu gözardı edilmektedir (aynı yönde bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 433); her ne kadar tarifeler konusunu idari yargıda gören Danıştay kararları bulunsa da, bu durum öğretilerde de pek tartışma konusu yapılmamaktadır ve yanlıştır (bkz. Ayaydın, *İdare Hukuku’na Giriş*, op. cit., s. 206-208).

³⁷ Bkz. ileride 46 no.lu dipnot.

³⁸ Bkz. Danıştay İDDGK’nın 25 Ekim, 1990 tarih ve E. 1990/90, K. 1990/73 sayılı kararı (aktaran: Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 678).

³⁹ Gerçi bu noktada, devlet eliyle hizmet verilirken de hizmetin maliyetinin “sosyalleştirildiği”

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

metin niteliği itibariyle özel sektörün bu hizmeti verirken ticari kaygıya düşebilmesi nedeniyle kamu sağlığı bakımından gereği gibi bir hizmet sunumundan bahsedilememesi gerçeğinden kaynaklanıyor denilebilir.

Dolayısıyla, özel sağlık hizmetleri, nitelik olarak sadece kamusal sağlık hizmetine yardımcı mahiyette var olabilecek bir alanı oluşturur. Bu itibarla, kamusal sağlık hizmetinin sunulması asıl olacak; özel sağlık hizmetleri ise, bu kamusal sağlık hizmeti yeterli ve gereği gibi sunulurken, bir ilave hizmet olarak, isteyen vatandaşların seçme hürriyetine hitap edebilecektir.

İşte, Danıştay'ın bahsekonu iptal kararını bu düşünceler ışığında okumak ve değerlendirmek gerekir kanısındayız. Sağlık gibi kimi hizmetler alanında, kamu tarafından yerine getirilmekte olan hizmeti özel girişim alanına aktarmaya çalışmak, kamu eliyle “gereği gibi” ve “asgari hizmet”in sunulması zemininde bir kopmaya veya zayıflamaya neden olabileceği için, özel girişime devredilmesinde –yerine göre- sakınca bulunmak icap edebilir. Yoksa, bir sağlık hizmeti devletçe veriliyorken, ilaveten herhangi bir özel girişimcinin de aynı hizmeti vermeye hakkı vardır ve bu yönde serbesti esasen zaten tanınmaktadır. Yeter ki, aynı hizmetin idare eliyle asgari ölçüde sunumuna devam edilmek suretiyle, özel sağlık hizmeti alımına gidilmesi yönünde bir zorunluluk yaratılması uygulamasından sarfi nazar edilebilsin.

Kaldı ki, son dönemlerde özel sağlık hizmeti alan bireylerin hizmet alım bedellerinin kamusal mali kaynaklardan karşılanması yönündeki uygulama, bir örnek olarak hatırlanmalıdır; dolayısıyla, bireylerin ekonomik olarak yetersizliği bu anlamda kamu eliyle hizmeti görmeye ilişkin olarak mutlak bir gerekçe oluşturmamak icap eder.

Bu durumu, karayollarındaki bir uygulamaya benzetebiliriz: Otoyolların paralı olarak hizmet verebilmesi için, makul kalitede ve ücretsiz olarak hizmete açık tutulan bir devlet yolunun mutlaka bulunması gerekir. Aksi halde, idarenin bu asgari ulaşım olanağını tanımaksızın ve karayolu yapmaksızın bir bölgede sadece otoyol yapımına gitmesinin ve bu hizmeti de ücretli hale getirmesinin kabul görememesi gerekeceği açıktır. Nitekim, bu yüzden ki devlet yollarında (başka bir deyişle, “otoyol” tanımlanmasına girmeyen karayollarında) ulaşım altyapısı etkinliğinden yararlanabilmek için herhangi

ve böylece halkın geneline yaygınlaştırıldığı, vergilerle karşılanan bu maliyeti devletin hizmeti sağlayan özel kişilere doğrudan sağlayarak hizmetin özel girişimciler tarafından sunulmasını ekonomik bakımdan olanak dahiline koyabileceği söylenebilir.

bir harç yahut bedel ödenmesi sözkonusu değildir; bu yolların yapımı, devlet bütçesinden (yani, bir anlamda devletin asli geliri olarak vatandaşlardan toplanan vergilerden) karşılanır. Sağlık sektöründe de, devlet, asgari standartta bir sağlık hizmetini hemen daima vatandaşa (kamusal alana alınmak suretiyle bir kamu hizmeti olarak, yararlananların malî gücüne göre belirlenen bir bedel karşılığında veya zaruret içindeki bireylere tamamen ücretsiz olarak⁴⁰) sunmak zorundadır.

Nihayet, ruhsat altında faaliyet gösteren pek çok özel kişi faaliyetinin bu kapsamda özellikle ele alınıp değerlendirilmesi gerektir. İdarenin verdiği ruhsata binaen özel hukuka bağlı olarak yürütülen faaliyetler, kural olarak rekabet çerçevesinde halka “gereği gibi” sunulabildiği için, kamusal alana aktarılmaları gereğinden bahsedilmemektedir.⁴¹ Nitekim, kamu hizmetine yönelik öğretide yer verildiği görülen tanımlarda “özel sektör tarafından gereği gibi tatmin edilemeyen hizmetler” şeklinde bir açıklık getirilmekte olması, tam da bu hususu doğrulamaktadır.

⁴⁰ Nitekim, son dönemlerdeki “yeşil kart” uygulamasıyla dar gelirli veya muhtaç bireylere ücretsiz tedavi olanağı sağlanması, bu yöndeki bir uygulama olarak dikkat çekmektedir.

⁴¹ Ruhsat yoluyla kamu hizmetinin görülemeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır (Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 318-320) ve burada bir anlamda rekabet içerisinde gereği gibi sunulan bir hizmet varsayımıyla kamu hizmeti tanımlamasına gerek kalmadığı anlayışına dayanıldığı ve bu itibarla haklı görülebileceği varsayılabilir. Ancak, bir faaliyetin bu niteliği taşımamakla beraber yine de ruhsat altında özel kesimce görülmeye devam etmesi durumu da mümkündür ve esasen Özyayın’ın atıfta bulunduğu “*virtüel* kamu hizmeti” yaklaşımı işte tam da bu tür faaliyetleri kapsamaktadır. Buradaki analizin önemi ise şudur: Özel girişim eliyle ruhsatla görülen ve fakat rekabetçi biçimde gereği gibi toplumsal gereksinimi tatmin etmekten uzak kalan bir faaliyet için, kamusal alan telakkisine gitmek veya kamu gücü uygulamak, giderek yerine göre idari yargı bağlamında müdahalede bulunmak gereksinimi doğabilmektedir. İdari sözleşmeler açısından da bu analiz önem taşıyor; zira, özel girişimciler arasındaki bir sözleşme ilişkisine de kamusal gereksinimlerin tam olarak tatmin edilmediği ayrıkçı durumlarda kamu gücü uygulanması veya daha iddialı bir savla idari sözleşme gibi bir sonuca varmaya doğru yaklaşımlar geliştirilmesi gereği düşünülebilir. Nitekim, idari sözleşme algısına gidilmemekle beraber, özel kişiler arasında imzalanmış taşınmaz kirası sözleşmelerine yasal düzenlemelerle sonradan müdahale edildiği anımsanmalıdır (bkz. Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFĐ, C. 49, Sy. 1-4, 2000, s. 97-99; keza, bkz. Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFĐ, C. 52, Sy. 3, 2003, s. 229-238). Bu durum, kanımızca “*virtüel* kamu hizmeti”ne benzer bir analogiden hareketle, bir de “*virtüel* idari sözleşme” anlayışına geçiş gereği bulunup bulunmadığını düşündürebilir. Nitekim, uzletişim alanında özel girişimciler arasındaki arabağlantı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerine dayalı olması karşısında idari sözleşme olarak betimlenmesi olasılığı bu bağlamda değerlendirilebilir (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 195).

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Pozitif hukuk açısından bakıldığında, öncelikle belirtmek gerekirse, Anayasamızda bu hususta bir düzenlemeye tesadüf edilmektedir. Bilindiği üzere, Anayasamıza göre, özel kişilerce yerine getirilen ve fakat kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilen hizmetler bulunmaktadır. Buna yönelik 47. madde metninin ilgili kısmı şöyledir: “**Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.**”

Yine, devletleştirmeye dair bir yasal düzenlemede de aynı yönde betimlemelerde bulunulduğu görülür. Anayasa'nın yukarıdaki düzenlemesi kapsamında, bunun koşullarını belirlemeyi teminen 1984 yılında çıkarılan 3082 sayılı Kanun'a⁴² göre;

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

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

Görüldüğü üzere, bu düzenlemede özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetlerin kamu hizmeti niteliğini taşıyabileceği kabul edilmektedir.⁴³

Bu hizmetlerin, idarece ruhsat verilmek suretiyle yürütülmekte oldukları hususu dikkate alındığında, aşağıdaki paragraflarda belirtildiği şekliyle idarenin üstün yetkilerinin, -öğretide kamu hizmetlerine yönelik olarak idarenin bu hizmetlerden dolayı aslî sorumluluğunun devam edeceği anlayışı ışığında- özel sektör tarafından yürütülen bahse konu hizmetler bakımından da geçerli olacağı ve uygulanması gerekeceği söylenebilir.

Nitekim, kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle görülebileceğini savunan⁴⁴ Özyay'a göre;

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

⁴³ Bahsekonu yasal düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İhtiyacın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 212, 213.

⁴⁴ Aynı görüşte bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 326 vd.

“(i)zin vermek suretiyle özel hukuk kişilerinin de yapabilmesi sözkonusu olan hizmetler alanında değişmeyen tek ilke bu faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun “İdare” olmasıdır.. Bu konumu nedeniyle İdare, hizmetin düzenlenmesinde ve gerekli görülen değişiklikler konusunda da görevli ve yetkilidir. Özel teşebbüs de bu genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği sürdürebilir. Aksi halde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabileceği gibi, adli bir cezanın sözkonusu olduğu durumlarda bu yola başvurulabilmesi de mümkündür.”⁴⁵

İdare hukukunda, özel girişimciler eliyle yürütülen hizmetlerin de kamu hizmeti niteliğinde sayılabileceğine değinen ve bunları “kamu hizmeti özelliği/potansiyeli taşıyan hizmetler” olarak giderek “maddi (virtüel) kamu hizmeti” deyişiyle betimleyen bir yaklaşım görülmektedir.⁴⁶ Ancak, bu görüşü benimsemeyen ve böylesi bir anlayışın birey özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına geleceği düşüncesiyle karşı çıkanlar da bulunmaktadır.⁴⁷ Öte yandan, kaynak Fransız öğretisinde *virtüel* kamu hizmeti anlayışının artık geçerli olmadığı, bununla beraber söz konusu durumu açıklamaya da gidilmediği belirtilmektedir.⁴⁸

Burada dikkati çekmesi gereken husus, özel kişiler arasındaki bir etkinliğin üzerinde kamu hizmeti ilkelerinin –ve kısıtlarının- uygulanabilmesine cevaz verilebilmesinde beliriyor. Acaba bu noktada anılan hizmetlerde ne gibi bir gereksinimin doğduğu kabul edilmek gerekecektir, ki kamu hizmeti algılamasına gidilecektir? Kanımızca burada, yukarıda değindiğimiz üzere öğretide de kimi görüşlerde açıkça vurgulanmakta bulunan, bir hizmetin rekabet içerisinde toplumsal gereksinimleri yeterince ve gereği gibi karşılanmadığı anda bu “kamusal alana taşıma” eylemine gereksinim doğacağı anlayışına dayanılabilir. Böylece, topluma rekabet içerisinde gereği gibi bir hizmetin sunulmaması ve dolayısıyla rekabet ögesi, dayanılan felsefenin odak noktasını oluşturmaktadır denilebilir.

Virtüel kamu hizmeti yaklaşımına benzer şekilde, içerik denetimi yapıldığı savlanabilecek alanlar itibariyle bir faaliyet alanında idare ile özel kişi

⁴⁵ Bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 250.

⁴⁶ Bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s.182, 226.

⁴⁷ Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 332; keza, benzer yönde bir diğer görüş için bkz. Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 280.

⁴⁸ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 270.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayılması ve böylece kamusal alana taşıyarak idari yargıya bağlı kılma yönünde bir olası yaklaşım da bu noktada düşünülebilir. Ancak, içerik denetimi odaklı bir yaklaşımın yerindeliği kanımızca kuşkuludur. Bu itibarla, anılan ögeye dayanma olanağını göremiyoruz.⁴⁹ Öğretide bu yönde destekleyici –ve fakat azınlıkta kaldığı görülen- bir görüşün Balta tarafından ortaya konulduğu görülüyor.⁵⁰

Kamu hizmeti anlayışıyla bağlı kalındığında, idarenin kamu hukuku alanından ileri gelen kimi ilkeleri uygulama hakkına sahip olarak algılanması ve nihayetinde kamu hizmeti alanıyla idari sözleşmeler bağının kurulmasında⁵¹ ne denli isabet görüleceği hususu sorgulanmak zorundadır. Kanımızca, öğreti bugüne kadar sentetik bir analizle veya yaklaşımla konuyu ele almış ve konunun esası yerine kamu hizmeti kavramına yüklenen özelliklerden hareket etmiştir. Oysa, kamu hizmetine yüklenen özellikler, ortada bir kamu hizmeti olmasa dahi gündeme gelebilecek niteliklerdir ve vaktiyle kamu hizmeti kavramıyla ortaya çıkan olaylar neticesinde bu özellikler kamu hizmeti kavramına “yapıştırılıverdiği” gibi, öyle de kalmıştır. Bunun sonucu olarak, kamu hizmeti olarak görül(e)meyen alanlarda (sözgelimi, BTC Projesi dikkate alındığında) kamusal ilkelerin uygulanması gereksinimini böylelikle gözden ırak tutmak gibi bir yanlış yargıya varılıyor noktasına gelinmektedir. İşte, bu nedendir ki analitik bir yaklaşım elzemdir.

Dolayısıyla, herhangi bir kamu hizmeti alanında kamu hizmeti ilkelerinin neden uygulanması gerektiği analitik bir yaklaşımla ele alınmalı ve bu şekilde idari sözleşmeler bakımından gerçek bir ölçüt alanına geçiş yapılmalıdır.⁵² Bu ise, toplumsal yararın korunabilmesi amacıyla yönelik ola-

⁴⁹ İçerik denetiminin kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde ve bu yolla kamusal alana taşıma bağlamında yerinde görülemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit., s. 1858-1880.

⁵⁰ Balta, sözgelimi taksi hizmetinin kamuya yapıldığı ve fakat hem işleyiş hem ücret bakımından kamuya elverişli koşullar içerisinde yürütülmesinin gözetilmesine karşın kamu hizmeti olmadığını belirtiyor ve bu anlamda “uygulanacak müeyyide”nin asıl belirleyici öge olması gerektiğini söylüyor (bkz. Balta, İdare Hukuku – I, Genel Konular, op. cit., s. 20). Burada “müeyyide”ye gerek duyulması da, aslında rekabet içerisinde işlemediği görülen bir hizmetin ortada olduğuna delalet ediyor sayılabilir ve bundan dolayı kamu hizmeti anlayışına geçiş gerektiği savlanabilir. Yine de, müeyyide dahi kanımızca belirleyici asli öge olamaz. Zira, her tür faaliyet alanında yaptırımdan söz edilebilir ve bu nedenle kanımızca ayırdedici bir ölçüte yol veremez.

⁵¹ Bilgen, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, op. cit., s. 115 vd.

⁵² Bkz. Çal, Sedat; Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar,

rak, kamu hizmeti şeklinde adlandırılınsın veya ilgisiz bulunsun, herhangi bir alanda aynı kamusal ilkelerin uygulanmasına gereksinim duyulacağı anlayışında yatmaktadır kanısındayız.

Bize göre, işte tam bu noktada farklı bir değerlendirmeye gitmek ve öncelikle idarenin sözleşme imzaladığı ilgili faaliyet alanının tekeli niteliğine göre bir irdelemede bulunmak gereği doğmaktadır. Zira, kanımızca, idari sözleşme sayılarak kamusal alana aktarmanın perde arkasında, kamusal gereksinimlerin gereği olarak idarenin özel girişimciyle arasındaki sözleşmeye müdahalelerde bulunabilmesi olanağının getirilmeye çalışılması yatmaktadır. Bu itibarla da, bu türden bir müdahalenin ne tür bir faaliyet alanında doğabileceğine değinilmesi gerekir. İşte bu durum, ilgili faaliyet alanında tekeli niteliğinin var olup olmamasına göre ele alınması gerekli bir konuya işaret etmektedir. Bu konuya ileride III no.lu başlık altındaki değerlendirmelerimizde yer vereceğiz.

B) İdareye Üstün Yetkiler Tanınması (Kamu Gücü) veya Özel Hukuku Aşan Hukuksal Rejim Ölçütü

Kamu hizmetinin kimi alanlardaki faaliyetlerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesini açıklamakta yetersiz kaldığının görülmesi üzerine, öğretilerde daha başka ölçütlerin geliştirilmeye çalışıldığı gözlenmektedir⁵³. Bunlardan birisi, idarenin sözleşmelerinin özel hukuka mı, yoksa idare hukukuna mı tâbi olacağına kararlaştırılmasına yönelik olarak, kamu kudretinin kullanılmasına göre yapılacak tesbitin önem taşıyacağı yönündedir.⁵⁴

Kurucuları Duguit ve Jéze olan kamu hizmeti ekolüne karşı bu görüş Fransa’da Hauriou tarafından vurgulanırken⁵⁵, ülkemizde ilk kez Bilgen’in savunduğu anlaşılıyor.⁵⁶ Bilgen’e göre, kamu hizmeti bir ölçüt olmaktan uzaktır; zira, bu kavramın devlet faaliyetlerinin tümünü kapsayan bir anlamı bulunur.⁵⁷ Ancak, kamu gücü ölçütünün yerinde olamayacağını; zira, bunun bir sonuç

Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 63-64, Kasım-Aralık 2009, s. 175-179.

⁵³ Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 584.

⁵⁴ Bkz. İbid.

⁵⁵ Bkz. İbid., s. 583, 584.

⁵⁶ Bkz. Bilgen, Perteve; Prof. Dr. Perteve Bilgen’in Hayat Hikayesi, İHİD (Prof. Dr. Perteve Bilgen’e Armağan), Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 3, 4 no.lu dipnot.

⁵⁷ Bilgen, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, op. cit., s. 133.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

olarak ortaya çıktığını ileri sürenler de bulunmaktadır.⁵⁸ Yine Bilgen'e göre, Türk hukukunda özel hukuku aşan şartlar yalnızca kamu gücü imtiyazlarına bağlanan, yani idarenin icrai karar ve tek yanlı hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan şartlardır.

Böylece, sözleşmenin idari niteliği, özel hukuk sözleşmeleriyle aralarındaki hüküm farkından, yani sözleşmenin bünyesinden doğar. Buna göre de ölçüt, "özel hukuku aşan şartlardır".⁵⁹ Bilgen, idari sözleşme belirlemede yargının konuyu kamu yararının sağlanması gerektirdiği zaman idari sözleşme olarak belirmeye gitme şeklinde ele aldığına değinmekle, önemli bir vurguya da gitmektedir.⁶⁰

Kamu gücü anlayışına dayanan yaklaşımın bir diğer ifadesi olarak da, sözleşme içerisinde idareye üstün yetkilerin tanınmış olması durumunda sözleşmenin idari sözleşme niteliğini kazanacağı savlanmaktadır. Giderek, kamu gücünün ötesinde, sözleşmenin geneli itibariyle özel hukuku aşan bir hukuksal rejim görünümüne büründüğü anda idari sözleşme nitelendirmesine gidilebileceği yönünde bir görüş de geliştirilmiştir.⁶¹ Burada, özel hukuku aşan üstün yetkilerin/koşulların ötesinde, ilişkinin bütünü itibariyle konuya bakılmak suretiyle "özel hukuku aşan hukuksal rejim" şeklinde bir ölçütün ortaya çıktığı hususu –Fransız hukukundaki bir karara atfen- ileri sürülmektedir.⁶²

Yukarıda giriş kısmında belirtildiği üzere, idari sözleşmelerin özel kişiler arasındaki sözleşmelerden ayırd edilmesinde başvurulana başlıca ana yaklaşım, ilkinde taraflar arasında eşitliğin bulunmadığı, ikincisinde ise eşitler arası bir ilişkiden söz edildiği yolundadır.⁶³ Burada eşit(siz)lik nereden doğmaktadır? Waline'e göre buradaki eşitsizlik, idarenin sözleşme ilişkisinde kategorik

⁵⁸ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 30. Yazara göre, "acaba idarenin bir faaliyeti âmmeye hizmeti olduğu için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âmmeye hizmetidir?" sorusu sorulmalıdır; zira, özel hukuka tâbi olmakla beraber, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır (bkz. İbid.).

⁵⁹ Bilgen, *Uyumsuzluk Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, op. cit., s. 136.

⁶⁰ İbid., s. 135.

⁶¹ Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 196, 204 vd.; Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 167; Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 556; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 31 vd.

⁶² Bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 204, 205.

⁶³ Bkz. Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 549; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 167; Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 911; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil; *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 410-412.

bir şekilde taraf olmak hasebiyle üstün konumda bulunmasından doğmamakta; bilakis, sözleşmenin konusu dolayısıyla idarenin üstün konum işgal etmesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁴

Waline devamla –ve özetle- şöyle demektedir: İdari sözleşmelerin özel kişiler arası sözleşmelerden ayrılan yönü, birincisinde kamu yararını ilgilendiren hususlar konu edilirken, ikincisinde sadece özel kişileri (buradaki “özel kişi” tanımı kapsamına kamu yararını ilgilendirmeyen bir konum işgal edecek biçimde ortaya çıktığı savlanabilecek olan “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” dolayısıyla, “idare”yi de özel kişi sayarak katabiliriz) ilgilendiren bir ilişki sözkonusudur. Yine, Waline’e göre;

“... idari mukaveleler, yani idareye haklar ve ajanlarına salâhiyetler bahşeden ve hususi hukuka aykırı bir hukuk rejimine tâbi olan mukaveleler, gayeleri âmme menfaati ve daha sarih olarak, bir âmme hizmetinin kurulması ve işletilmesi olanlardır.”⁶⁵

Ne var ki, çalışmamız içerisinde vurgulandığı üzere, Waline’in de öğretide benimsenen yaklaşımı devam ettirerek, kamu hizmeti konusunu teşkil etme keyfiyeti ile kamu yararlarının korunması arasında bir koşutluk ilişkisi kurmak suretiyle aynı yanılığa düştüğü kanısındayız. Kamu hizmeti konusunu oluşturması, bir faaliyet alanında kamusal yararların gözetilmesini kuşkusuz ve giderek evveliyetle gündeme getirir. Bununla beraber, kamu yararı (çıkarı) kavramının kapsamı, kamu hizmetini de içine alan –ve fakat- daha geniş bir düzlemi içerir. Dolayısıyla, kamu hizmetini konu edinmese dahi, bir faaliyet alanında kamusal çıkar/yarar –üstelik yerine göre daha da ağır biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu yöndeki bir çarpıcı örneğe ileride “II.C” başlıklı kısımda ayrıntılı olarak değinmekteyiz; bu nedenle, burada ayrıca yer vermeyeceğiz.

Daha önce değinildiği üzere, öğretide üstün yetkilerin varlığı ve dolayısıyla kamu gücü kullanımı hususu idari sözleşmeler bakımından bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Biz bu noktada öğretideki oydaşık görüşle ters düşmekteyiz. Bu bağlamda, kamu borçlanma sözleşmelerinin idari nitelikte sayılmasına yönelik bir çalışmamızda üstün gücün ölçüt olması keyfiyetinin bir ayırma gidebilmek bakımından yetersizliği/isabetsizliğini savladığımız gibi, burada da aynı yaklaşımdan hareket etmekteyiz.⁶⁶ Sözgelimi, kamu gücü kul-

⁶⁴ Bkz. Waline, İdari Mukaveleler, op. cit., s. 568.

⁶⁵ İbid.

⁶⁶ Çal, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, op. cit., s. 179-190.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

lanımına örnek gösterilen kamulaştırma veya ceza kesme gibi “özel hukuku aşan durumlar”dan bahsedilmesinde⁶⁷ isabet görmek olanağı bulunmadığı kanısındayız.

Bu türden kamu gücü kullanımı (kamu yararı gerekçesiyle özel kişiler lehine kamulaştırmalar da dahil⁶⁸) özel kişilerin türlü faaliyetlerinde (sözgelimi, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi kamuya herhangi bir hizmet sunulmasını öngörmediği halde kamulaştırmayla yabancı özel kişileri yararlandırmak üzere kamulaştırma yapılmıştır⁶⁹) gündeme gelebilmekte ve fakat mutlaka idari sözleşme nitelendirmesine gitmeyi gerektirmemektedir. Kaldı ki, sözgelimi, kamulaştırmadan dolayı tazminat konusu özel hukuk tahtında adli yargıda görülmektedir. İdarenin kamulaştırma kararı alması ise zaten bir idari işlem olmakla idari yargıya götürülebilecek bir niteliktedir ve fakat bu kısımdaki idari yargı yetkisi nedeniyle ilişkinin tümüne idari sözleşme etiketi yapıştırılması zorunlu sayılamaz. Yine, ceza verme pek çok sair alanda karşılaşılan bir keyfiyettir. Özetle, tüm bunlar sadece idari sözleşme nitelendirmesine gitmeye yardımcı “septomlar” veya “emareler” olarak bir kısıtlı değeri taşımaya ancak mezun olabilirler; lakin yeterli bir ölçüt sayılmayacaklardır.

Öğretide, kamu gücünün bir ölçüt olarak kullanılması bağlamında kamu borçlanma sözleşmelerinin örnek verildiği görülmektedir.⁷⁰ Giderek bu yaklaşımın öğretide neredeyse hemen tamamen egemen olduğu ve tereddütsüz benimsendiği görülmektedir.⁷¹ Oysa, kamu borçlanma sözleşmelerinde kamu kudretinin ne ölçüde var olduğu hususu, mutlaka tartışılmak gerekir. Nitekim, öğretide bu yönde –bizim de belirli ölçüde katıldığımız ve isabet gördüğümüz- bir görüş, Gözler tarafından dile getirilmektedir. Buna göre, kamu borçlanma sözleşmelerinde özel hukuku aşan hüküm yoksa, bunları idari sözleşme değil ve fakat özel hukuk sözleşmesi saymak gerekir.⁷²

⁶⁷ Yılmaz, *Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri*, op. cit., s. 1224.

⁶⁸ Bu yönde ayrıntılı bilgi ve özel kişiler lehine kamulaştırmaya yönelik dikkat çekici bir eleştiri için bkz. Kızıl (Erkelli), Neşe; *Kamulaştırma Fenomeni*, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1998, s. 209 vd..

⁶⁹ Bkz. Çal, Sedat; *Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi*, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008, s. 90-129.

⁷⁰ Bkz. Kanlıgöz, *Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*, op. cit., s. 343 vd..

⁷¹ Bu konuya ilişkin olarak öğretiden –ve yargı kararlarından- örnekler için bkz. Çal, *Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar*, op. cit., s. 175, 194-202.

⁷² Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70.

Yine, aynı yönde öğretilen bir başka görüşe göre;

“Devlet ve bazı kamu tüzel kişileri tarafından tahvil bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaktadır. Sözleşmeleri idari sözleşme sayılmasının nedenleri arasında da, sözleşme konusu senedin haczedilememesi, bazan para yerine geçmesi gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanılması gösterilmektedir (Gözler’e (İdare Hukuku-II, op. cit., s. 70) atfen). Dolayısıyla, sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarına yer veren hükümler yoksa sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılacaktır.”⁷³

Oysa, kamu borçlanmaları üstün güç gerekçesiyle idari sözleşme sayılırken, kamu hizmeti olduğu öğretisi ve yargı kararlarında ittifakla zikredilen eğitim hizmetiyle ilgili olarak, idarenin verdiği bursların veya yatılı eğitim hizmeti kapsamında kamu hizmeti zorunluluğu öngörülmesiyle ilgili uyuşmazlıkların özel hukuka bağlı kılındığı da görülmektedir.⁷⁴ Bu durumda bir çelişkinin doğduğu savlanabilir.

Yine, bu kez, özel sosyal güvenlik (sigorta) alanında idareden alınan ruhsata dayanarak faaliyet gösteren özel girişimcilerin de bir “kamu hizmeti” yürüttüğü görüşü ileri sürülmektedir ve dayanak olarak idare ile bu kişiler arasındaki ilişkinin denetim ve gözetim düzeyinde bir iç ilişki içerdiği vurgulanmaktadır.⁷⁵ Böylece, dolaylı olarak “üstün yetkiler” yaklaşımına dayanılmaktadır. Bu görüşe katılmak zordur. Zira, aksi halde, sözcüğü aynı “iç ilişki”nin bulunduğu tartışılmayacak olan bankacılık sektörünün de kamu hizmeti gördüğü, dolayısıyla bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme sayılması gerekeceği savlanmak durumunda kalınabilecektir.

Bir diğer konu ise, haciz ve üstün yetki yaklaşımı babında ortaya çıkıyor. Bu bağlamda, Gülan, özel madencilik işletmelerinde madencilerin mallarının haczine karşı kısıtlama / yasak getirilmiş olduğuna değiniyor.⁷⁶ Yine, Gülan’a göre, maden işletmeciliğinde kamu hizmeti niteliği yoktur ve bu itibarla kamu hizmeti ilkesi olarak uyarlanabilirlik gibi kısıtlara bağlı kılınmaz.⁷⁷

⁷³ Gözübüyük / Tan; İdare Hukuku, op. cit., s. 553.

⁷⁴ Bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 64 vd..

⁷⁵ Bkz. Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Y. 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

⁷⁶ Bkz. Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, op. cit., s. 173.

⁷⁷ İbid, s. 163.

İdari Sözleşmelerde Ölüçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Oysa, kamu borçlanma sözleşmelerinde görüldüğü gibi, hacizden bağışıklık idarenin üstün gücüne delalet ediyor yönündeki algılama öğretide egemen bulunmakta ve bu sözleşmelerin idari sözleşme niteliğine bürünmesi bakımından gerekçe olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda, Gülan'ın buradaki savıyla idare hukuku öğretisindeki genel yaklaşımın çeliştiği savlanabilir.

Öte yandan, kamu kudretinin varlığına bağılı olarak ayırım öngörülmesi, bir diğere açıdan da öğretilerdeki mevcut algılama bağlamında eleştiriyeye açıktır. Daha önce değinildiği üzere, öğretilere göre, idarenin sözleşmelerinin hangisinde özel hukuk sözleşmesi hangisinde idari sözleşme niteliğinin varlığı sorununa bakışta şöyle bir yaklaşım benimsenmektedir: Öncelikle yasayla idari sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bakılacak, burada belirsizlik varsa bu defa sözleşmeye dönülerek "sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin oluşturup oluşturmaması, hükümlerinin ise kamu kudreti içerip içermemesi öğelerine göre hüküm kurulacaktır. İşte, buradaki "kamu kudretinin sözleşme hükümleri içerisinde yer verilip verilmediğine bakılması" yaklaşımının eleştirilmesi gerekir.

Bu meyanda değinmek gerekirse, neden dolayı sözleşme hükümlerine bakılması zorunlu sayılacaktır(?) sorusu açıkta ve yanıtız kalıyor gibidir. Nitekim, sözleşme hükümleri içerisinde yer verilmese dahi, bu sözleşmenin dayandığı yasada kamu kudretinin kullanılmasını öngören hükümler varsa nasıl hareket edilecektir?

Az önce, yasada idari sözleşme olarak belirlenmesi keyfiyetine değinilmiştir. Ancak, kamu kudretinin yasada öngörülmesi, yasayla idari sözleşme olarak belirlenmesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Şu halde, yasada idari sözleşme olarak değerlendirilmeyen ve fakat idareye kamu kudreti kullanma olanağı tanıyan bir durumda, bu yasa kapsamındaki sözleşmeler⁷⁸ bakımından kamu kudreti idari sözleşme nitelendirmesine yol açacak mıdır?

Bir bakış açısıyla, kamu kudreti öngören yasa nedeniyle, sözleşmenin içinde kamu kudreti yönünde hükümlere yer verilmese dahi yine idari söz-

⁷⁸ Burada dikkat çekmek isteriz ki, anılan sözleşmeler yasadaki düzenleme sonrası dönemde imzalanmaktadır. Dolayısıyla, yasa üzerinden sözleşmede değışiklik yapılması kavramı bakımından, sözleşmenin imzalanmasından sonra yasayla sözleşmelere değışiklik getirilmesi (kira sözleşmeleri konusunda örneği görüldüğü üzere (bkz. Sezer, Yasin, İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değışiklik Yapma Yetkisi, AÜEHFD, C. VIII, Sy. 1-2, 2004, s. 163-167) hususundan farklı niteliktedir.

leşme sayılması gerekeceği savlanabilir.⁷⁹ Ancak, uygulamada bu yaklaşımın aksi görülmektedir. Sözelimi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda (m. 63) idareye sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi tanımak suretiyle kamu kudreti kullanma olanağı sağlanmaktadır (4734 sayılı Kamu İhale Yasası ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu daha sonraki tarihlerde kabul edilmiş olup, sözleşmede tek yanlı değişiklik olanağı tanımadığı görülmektedir ve öğretide eleştiriyle karşılanmaktadır⁸⁰). Oysa, uygulamada ve öğretide ege-men görüşe göre, idarenin anılan yasa kapsamındaki sözleşmeleri özel hukuka bağlı kabul edilmektedir.⁸¹

Şu halde, karşımıza gelen bu durumda, bir yanda öğretiye göre kamu kudreti sözleşmede yer alırsa idari sözleşme niteliği ortaya çıkacak; ancak, kamu kudretine sözleşmede değil ve fakat örneğimizdeki (4734 ve 4735 sayılı yasalar öncesindeki durum itibarıyla) ihale yasasında yer verildiğinde idari sözleşme niteliği belirliyor mu sayılacaktır? Burada bir çelişki doğacağı görülmüyor.

- Kamu kudreti ile tekel arasındaki ilişki

Kamu kudreti ile tekel kavramı arasında ne gibi bir bağlantıdan sözedilebilir? Kanımızca, kamu kudreti özellikle tekel konusu kılınan alanlarda etkinliğin doğası gereği kamu kudretine gereksinim duyurmaktadır. Bu anlamda, esasen kamu hizmeti kavramından kamu kudretine geçişi de aynı düzlemde görebilme olanağı savlanabilir. Şöyle ki, ileride Bölüm III'de değinildiği üzere, serbest rekabet içerisinde gerektiği gibi tatmin edilebilen alanlarda kamu hizmeti anlayışına gitmek için bir gerekçe kalmadığı savlanabilir.

Bu rekabetçi alanlarda idarenin girişimcilerle sözleşme ilişkisi içerisine girmesi genel anlamda söz konusu olmayacaktır. Ancak, sınırlı anlamda özel kişilerin idareye genel kamuya idarece bilahare sunulmak üzere değil ve fakat idarenin kendi tüketimi için hizmet sunmaları hususunda sözleşme ilişkisine girme gereği doğabilir (idareye şişelenmiş su satışı veya kunduranın/ayakkabının idareye (sözelimi askeriyeye) satılması örneğindeki gibi).

⁷⁹ İdarenin kamu hizmeti ilkelerini uygulayabilmesi için idari sözleşmelerde idareye üstün yetkiler tanıyan hükümlere yer verilmesinin zorunlu olmadığı, bu yetkilerin sözleşme dışı, idare hukukunun kamu hizmetine ilişkin ilkeleri kaynaklı olduğu yönünde isabetli bir görüş için bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 326.

⁸⁰ Bkz. Sezer, *İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi*, op. cit., s. 157.

⁸¹ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 577.

İdari Sözleşmelerde Öçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Burada anılan sözleşmeleri idari sözleşme kılmak için bir gerekçe kolayca görünür değildir; özellikle aramak gerekir. Kimi özel koşullarda belki varlığı savlanabilir. Onar, idarenin kamu hizmetinde kullanmak üzere satın aldığı mallarda genellikle özel hukuka bağlı kılınma özelliğinin görüldüğüne değinmekte, ancak sözgelimi ordunun gereksinim duyduğu silahların alınmasına yönelik, milli savunma gibi kamu menfaati bakımından yaşamsal önem taşıyan konularda, idari yargıya bağlı kılınması gereken özellikli hususların bulunabildiğine değinmektedir.⁸²

Yine, öğretilerde –idari rejimi benimseyen kimi diğer ülkelerde olduğu gibi- örneğin bir baraj yapımının gecikmesi genel kamu zararına yol açacağı gerekçesiyle bu tür sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü savunanlar bulunmaktadır⁸³. Giderek Fransa’da bayındırlık hizmetlerinin idari yargıya bağlı kılınması⁸⁴ da aynı yaklaşıma dayandırılabilir. Bunun dışında, serbest rekabet içerisinde halka sunulan/sunulabilen bir hizmet alanındaki girişimci ile halk arasındaki sözleşmelerde idari sözleşme niteliğini arama gereksiniminden söz etmek çok zor olacaktır denilebilir.

Ancak hizmetin serbest rekabet koşullarında işleyemediği alanlardadır ki, “kamu hizmeti” telakkisini hemen devreye sokarak “kamusal alana” taşıma gereksiniminden bahsedildiği savlanabilir. İşte, bu anlamda kamu hizmeti ve kamu kudreti telakkileri örtüşüyor sayılabilir. Kamu kudreti kullanılmasını zorunlu kılan, açıktır ki, kamusal alana taşınma gereksinimidir. Bu alanlar serbest rekabetin görülemeyeceği etkinlik alanları olmakla tekel/oligopol bağlantısı burada kuruluyor diyebiliriz (işler durumunda bir rekabetçi yapının varlığına rağmen, kamusal alana alınma gereksinimi duyulabilecek kimi ayrıksı durumlardan da bahsedilebilir, ki bu husus ileride Bölüm III’de değerlendirilmektedir).

⁸² Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1599.

⁸³ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 428, 429. Derbil’in de benzer yaklaşımla konuyu ele aldığı ve Türk hukukunda sonraları değişerek adli yargıya bırakılan bayındırlık yapım sözleşmeleri ile idarenin mal alımlarını açıkça idari sözleşme şeklinde tanımladığı görülmektedir (bkz. Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 588-593). Gözler de, bayındırlık yapım işlerinde özel hukuku aşan nitelikte hükümlere yer verilmesi veya –karayolu yapım işlerinin taahhüt şirketlerine ihaleyle verilmesine yönelik sözleşmelerde olduğu gibi- konusunun bir kamu hizmetinin ifasına yönelik olması hallerinde, bunların idari sözleşme olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır (bkz. Gözler, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 470-473).

⁸⁴ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1609; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 83, 84.

Ancak, daha önce değinildiği üzere, öğretide kamu kudretinin kamu-
sal alana alınmanın sonucu mu nedeni mi olduğu konusunda bir neden/so-
nuç ilişkisi bağlamında yanlış bir algılamamanın varlığından söz eden görüşler
de bulunmaktadır.⁸⁵ Nitekim, hemen aşağıda, bahsettiğimiz konuyla bağlantılı
olarak, kamu kudreti/kamu hizmeti/kamusal alana alınma denkleminde farklı
bir yaklaşıma gidilebileceği savlanmaktadır.

Bu durumda keyfiyet, serbest rekabetle gerçekleşen alanlarda dahi,
kimi durumlar itibarıyla kamusal alana taşınma ve kamu kudretini uygulaya-
rak sözleşmeleri idari yargıya bağlı kılma gereğinin doğabileceği anlayışına
dayanmaktadır. Şimdi, aşağıdaki bölümde bu ifadeyle nelerin kastedildiği hu-
susuna açıklama getirmeye çalışalım.

C. Kamu Hizmeti veya Kamu Kudreti Ölçütleriyle Açıklanması Olanaksız Faaliyetler

“Giriş” kısmında, yer verildiği üzere, idari sözleşme olarak tanımlanan
kimi faaliyetlerin, kamuya hizmet verilmesiyle veya kamu kudretinin kulla-
nımıyla ilgisinin kurulması olanağı pek bulunmamaktadır. Nitekim, öğretiden
bir görüşteki ifadeyle, “... *idari yargının görev alanının belirlenmesi (ba-
kımından) kamu gücü ..., kamu hizmeti ..., kamu kanunu ... gibi ölçütler yeter-
siz, elverişsiz ve çoğu kez belirsiz...*”⁸⁶ bir nitelik içermekle malûl durumdur.
Dolayısıyla, aşağıdaki paragraflarda, anılan eksiklik karşısında ne gibi bir
durumun ortaya çıkacağı hususuna değinmek istiyoruz.⁸⁷

Bu yöndeki –öğretide atıfta bulunulan- iki örnek, daha önce de değinil-
diği üzere⁸⁸, orman⁸⁹ veya maden işletmelerine ilişkin sözleşmelerin idari söz-

⁸⁵ Bkz. yukarıda 59 no.lu dipnot. Keza, Tekinsoy’a göre de, “(s)özleşme, kamu gücünün kayna-
ğını oluşturmaz” (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 225).

⁸⁶ Günay, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, op. cit., s. 348.

⁸⁷ Bu kısımda yer verilen değerlendirmeler, bir başka çalışmamızda ayrıntılı biçimde ele alın-
maktadır (bkz. Çal, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, op.
cit., s. 165-168, 179-190).

⁸⁸ Bkz. yukarıda 29 ve 30 no.lu dipnotlar.

⁸⁹ Ormanların özel girişimciler eliyle işletilmesine yönelik olarak 1982 Anayasası öncesin-
de idare ile özel kişiler arasında sözleşme imzalanabilmekteydi. Ancak, 1982 Anayasası m.
169/2 uyarınca bu olanağın kalmadığı ve bu işlerin devletçe bizzat yerine getirilme zorunlu-
luğu bulunduğu, böylece bahse konu sözleşmelerden artık bahsedilemeyeceği belirtilmekte-
dir (bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 561; Kalabalık, Halil, İdare Hukuku Dersleri, Deği-
şim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 193). Değirmek gerekirse 1961 Anayasası da aynı düzenle-
meyi öngörmüş olmakla, orman imtiyaz sözleşmeleri 1961 öncesi dönemde görülen bir uy-
gulama olmuştur (bkz. Günay, İdare Hukuku, op. cit., s. 176). Ne var ki, Anayasa’nın ilgili

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

leşme sayılmaları bağlamında gündeme gelmektedir.

Açıktır ki, anılan her iki örnek faaliyet alanında da, –idare ile özel kişiler arasında imzalanan sözleşmelerin konusu itibariyle- kamuya sunulan bir hizmetten bahsedilebilmesi olanağı bulunmamaktadır.⁹⁰ Bunlar, doğal olarak, kamusal mamelek içerisinde bulunan malların işletilmesine ilişkindir; kimi zaman, yurt içinde satışı sunulmaksızın sadece dış satıma hizmet etmesi ve böylelikle kamuya sunulan bir hizmetin gündeme dahi gelememesi de mümkündür.

Öğretide bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının gerekçesi olarak, ormanların toplum açısından diğer mallarla karşılaştırılmayacak denli önem taşıması veya Anayasa gereği devletin denetim ve gözetimi altında bulunması, madenlerde ise ülke açısından olağanüstü önemi gösterilmektedir.⁹¹

Oysa, kanımızca bahsekonu alanlardaki sözleşmelerin idare hukukuna tâbi tutulmaları, kamunun korunmasına yönelik bir gereksinimin bu alanlarda ziyadesiyle bulunduğu yaklaşımıyla irtibatlandırılmasından dolayı söz konusu edilebilmek gerekir. Özellikle maden ve sair doğal kaynaklar itibariyle, bu alanların Osmanlı dönemindeki imtiyazların örneklerini teşkil etmeleri, bu kaynakların doğal servet olarak tüm toplumun çıkarlarını yakından ilgilendirmeleri, ülke geleceğini şekillendirebilecek veya etkileyebilecek mali ve siyasi önemde bulunmaları, bunların idarenin diğer sözleşmeleri ile kıyaslandığında ileri –ve belki de yaşamsal- derecede önemli olduklarına işaret etmektedir.

Dolayısıyla, bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme, hatta imtiyaz sözleşmesi olarak algılanmaları ve 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanmaları gereğine

maddesine 2003 yılında getirilen bir değişiklikle “işletirilir” kelimesi ilave edilmiş ve böylece sözleşmeyle özel girişimcilere bu alanda faaliyette bulunma yolu tekrar açılmış durumdadır (bkz. Yayla, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 168).

⁹⁰ Maden işletmeciliğinde kamu hizmeti niteliği görülemeyeceği hususunda bkz. Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi*, op. cit., s. 163.

⁹¹ Bkz. Onar, *İdare Hukununun Umumî Esasları*, op. cit., s. 1360, 1366; Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 175, 176; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71. Bilgen'e göre, madenlerde idari sözleşme kanununun nitelendirmesiyle belirir. Zira, özel hukuku aşan şartlar veya kamu hizmeti nedeniyle ortaya çıkmamaktadır; özel bir kriter, yani petrole, taş ocağına müteallik oluşları ve bu kurumların zaten idare hukuku ilke ve kurallarına tâbi olmaları nedeniyle idari sözleşme nitelendirmesi doğmaktadır (bkz. Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, op. cit., s.19). Burada bir tür “faaliyet alanının niteliği ve önemi”ne dayanıldığı görülüyor.

dikkat etmek gerekir. Giderek, 1924 Anayasası'nda maden imtiyaz sözleşmeleri de dahil tüm imtiyaz sözleşmelerinin yürütme erkine bırakılmaması ve bu yetkinin sadece Meclis'e tanınması⁹², konunun ülke ve bireyler açısından taşıdığı olağanüstü önem dolayısıyla. Şu halde, özü itibariyle maden sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasındaki temel neden, kamunun genel korunma gereksiniminin başka suretle korunabilmesine olanak bulunmaması nedeniyle doğmaktadır.

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

Bu görüşümüze açıklık getirelim: Sözgelimi, bir altyapı hizmetinin uzun süreyle özel sektöre gördürülmesi sırasında doğabilecek kamusal korunma gereksinimini hukuken olanak dahilinde tutabilmek için, bu hizmetin "kamu hizmeti niteliğinde olması" gerekçesine sığınılması, aslında arka plandaki gerçek gerekçenin görünürdeki unsuru anlamında değerlendirilmek icap eder. Bu faaliyet alanlarında, rekabetin tesisleriyle kamusal korunma gereksinimine gerek kalmadığı andan itibaren kamu hizmeti niteliğinin kalmayacağı hususu, esasen öğretilerde de savunulmaktadır.

Oysa, "zahirdeki" bu unsur, arkasında yatan esas gerekçenin sadece bir bakımdan tezahürü sayılabilir ve yeri geldiğinde arkasında yatan asıl gerekçeyi tamamen kapsayan bir koruma mekanizmasını içermesi sözkonusu olmayabilir. Bu hususu bir örnekle açıklayalım:

Değindiği üzere, özel sektör eliyle gereği gibi yerine getirilmesi ve halkın bu hizmetin kendisine sunulmasıyla ilgili gereksinimini tam olarak tatmin edebilmesi durumunda, bir hizmetin kamu hizmeti olarak algılanması ve kamusal alana aktarılarak kamu hukuku ilkelerine bağlı kılınması gerekme-

⁹² Bkz. Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 185-186.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

yeceği hususu, öğretinin de ikrar ettiği bir keyfiyettir. Özellikle sınai ve ticari faaliyetler bakımından, rekabetin yeterli derece işlerlik kazandığı faaliyet alanlarında, kamunun hizmete ilişkin gereksinimlerinin tatmin edilebilmesi mümkün olabilecektir. Bu noktada, sözkonusu faaliyet alanlarında kamu hizmeti olarak nitelendirmeye ve kamusal alana taşımaya gerek kalmamış sayılacaktır.

Ancak, bu hizmetin rekabete konu olabilmesi ve hizmetin kalite ve fiyat anlamında tatmin edici koşullarda halka sunulmakta olması, acaba kamusal korunma mekanizmalarına duyulan gereksinimi tamamıyla karşılayacak durumda olmak zorunda mıdır?

Konuya enerji sektöründen bir örnekle devam edelim: Kabul göreceği üzere, elektrik üretimi alanında özel kişilerce rekabet içerisinde faaliyet gösterilmesi ve böylece halkın kalite ve fiyat olarak elektrik hizmetine tatmin edici koşullarda kavuşması mümkün olabilir. Aynı durum, 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 edici biçimde sunuluyor bulunsun- faaliyet göstermeleri, ülkenin enerji bağımlılığı veya enerji politikaları bakımından yabancı girişimcilerin kontrolü altında bulunması sakıncalar yaratmaya elverişli olabilir. Bu alanların çoğu ülkede “stratejik sektörler” şeklinde algılandığı da dikkat edilmesi gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Şu halde, bahse konu alanlarda rekabet içerisinde halkın gereksinimlerinin karşılanması ve bundan dolayı da kamu hizmeti olarak tanımlanamaması nedeniyle kamu hukukuna bağlı kılınmaması, stratejik önemleri dolayısıyla kamu hizmeti sayılmaları da öğretilerdeki kimi yaklaşımlar itibarıyla olası görülmebileceğinden, önemli bir eksiklik yaratmak durumundadır. Bu faaliyet alanlarında idare ile özel girişimciler arasında bir sözleşme imzalanmadığı ve idareden alınan ruhsat kapsamında faaliyet gösterdikleri, dolayısıyla kamusal alana taşınacak bir sözleşmenin de zaten ortada bulunmadığı görüşü ile sürülebilir.

Buna karşı verilebilecek olası bir yanıt ise, şöyle ifade edilebilir: Aynı husus, sözgelimi, ruhsata dayanarak faaliyet gösteren eğitim ve sağlık alanlarındaki özel kişi faaliyetleri bakımından da sözkonusudur. Bu 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 faaliyetler bağlamında ortaya koyduğumuz örnekler de aynı değerlendirmeye bağlı kılınabilecektir.

Öte yandan, “stratejik” öneminin farkına varılmasına istinaden bu faaliyetlerin devlet eliyle gerçekleştirilmelerine karar verilecek ise, bu, devletleş-tirmeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca yapılmak gerekecektir. Bilindiği üzere, anılan Kanun’da yer verilen düzenleme, bir faaliyetin devletleştirilmesi için “stratejik olma”yı öngörmemektedir. Aranılan koşul, bu faaliyetin özel girişimcilerce tatmin edici biçimde yerine getirilip getirilmediği üzerinde dü-ğümlemektedir. Rekabetçi koşullarda yürüttüğü hizmeti kamuyu tatmin edici biçimde yerine getiren özel girişimcilerin varlığı durumunda, enerji sektöründeki devletleş-tirmeye –yasanın aradığı mevcut koşullar itibariyle- cevaz bulunmadığı savunulabilecektir.

Kaldı ki, özel kişilerce yerine getirilebilecek bir hizmet alanının “stratejik olma” gerekçesiyle kamu tarafından yerine getirilmesinin Anayasal özgür-lükler bağlamında itirazla karşılaşması da sözkonusu olabilecektir. Öğretiden bu yönde serdedilen bir görüşte, aşağıdaki ifadeye yer verilmektedir:

“... 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.”⁹³

Bahsekonu ifadede değinilmemekle beraber, kastedilmek istendiğini varsaydığımız –veya en azından kanımızca sözkonusu edilmek istenen- başat unsur, özel sektör tarafından bir faaliyetin “rekabet koşulları” altında bir kamusal gereksinimi yeterince tatmin edebilmesi halinde bu faaliyetin devlet tarafından tekel haline getirilemeyeceği ilkesi olarak algılanmalıdır.

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

“faaliyete konu toplumsal ihtiyacın özel kişilerin faaliyetleriyle tam olarak karşılanabilmesi durumunda... (yani) rekabet ortamı ve diğer bazı fak-

⁹³ 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).

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

törler nedeniyle, özel sektör bu faaliyeti devletin sunduğu şartlarda sunmaya başlamış (ise)... artık Devletin bu ihtiyacın tatmini için faaliyete devam etmesine gerek kalmamaktadır”⁹⁴

demektedir.

Yine, aynı görüşte benzer bir hususa daha vurgu yapılmakta ve devletin özel sektörün de faaliyet gösterebileceği bir alanda kendi lehine tekel kurabilmesi anlayışı eleştirilmektedir. Buna göre;

*“İdarenin tekel olarak faaliyette bulunma yetkisinin anayasal dayanağının bulunduğu söylemek güçtür... Bir faaliyet alanında tekel yaratmak, o alana ilişkin bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmak demektir ve bu nedenle de, olağan dönemlerde, kanunkoyucu tarafından yapılabilecek bir tasarruf niteliğinde değildir... Sosyal bir Devletin, gelirlerini artırmak amacıyla faaliyette bulunabilmesi olgusu ve bu amacı gerçekleştirmek için tekel yaratması, yani özel teşebbüs hakkının özüne dokunması, mümkün görülmemelidir.”*⁹⁵

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

*“Devlet, sosyal hukuk devleti esaslarına göre faaliyete bulunacaktır. Bu, faaliyetin hem hukuki temelini hem de sınırını oluşturmaktadır. Devlet, sosyal devleti gerçekleştirmek için sosyo-ekonomik alanda da faaliyette bulunabilecektir ama, Hukuk Devletin temelini olan demokratik, özgürlükçü toplum düzenini bertaraf edemeyecektir. **Başladığı faaliyeti, niteliği gereği özel teşebbüsün uğraş konuları içerisinde kaldığı sürece, tekel olarak yürütmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Devlet, bir faaliyete başlarken, kural olarak, başta mülkiyet hakkını ve teşebbüs kurma hakkı üzere temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıramayacaktır.**”*⁹⁶

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

“sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında kazandıkları hukuki rejim (=sınırlama sebebi içermeyen bir hükümle düzenleniyor olmaları (sonucunda)) ... Anayasamız hiçbir alanı özel kişiler lehine kamu hizmetlerine kapatmadığı gibi, sözleşme ve ça-

⁹⁴ İbid., s. 479.

⁹⁵ İbid., s. 218, 220.

⁹⁶ İbid., s. 593, 594 (“vurgu”, tarafımızdan yapılmıştır).

lışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda (idare lehine) tekel biçiminde kamu hizmeti de kurulamayacaktır. Aynı sonucun özel kişiler için de geçerli olduğu, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği kabul edilmelidir.”⁹⁷

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 yabancılaştırma anlamına mutlaka gelmemesi yolundaki eleştirilere neden olduğu hatırlanacaktır.⁹⁸ Ancak, bu olasılık, bir nedenden dolayı mümkün bulunmamaktadır. Aşağıdaki paragrafta bunun nedenine değineceğiz.

Ülkemizin de imzaladığı ve onayladığı Enerji Şartı Sözleşmesi, üye devletlerin enerji sektörlerinde doğal kaynaklar üzerindeki 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 süreçte bunda bir sorun görmeyen Sözleşme, özel sektöre aktarılan faaliyetler bakımından “stratejik önem” yahut başka gerekçelerle yabancı girişimcilerin faaliyetlerine izin verilmemesine engel oluşturuyor gibi görünmektedir. 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.

Yalnız, burada anılan yükümlülüğün bir tür “yarı bağlayıcı” yahut yabancı literatürdeki ifadesiyle “*soft-law*” niteliğinde bulunduğu, bu itibarla yabancı yatırımcıların ülkeye girişlerinde anılan özelleştirme uygulamalarında kısıtlama yasağının ne ölçüde keskin bir hukuksal yükümlülük oluşturacağının belirsizlik içerisinde kaldığı da savlanabilecektir. Bu meyanda ilaveten, anılan yükümlülüklerin daha ziyade “yapılmış” bulunan yatırımlar için ayrımcı

⁹⁷ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267.

⁹⁸ Bkz. Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

cılık yasağı getirdiği ve yabancı yatırımların ülkeye kabul edilmesi öncesi bakımından bir zorunluluk yaratmadığı da ileri sürülebilir. Dolayısıyla, bu durumun tahkim kararlarıyla belirginlik kazanıncaya değin tartışmalı kalacağını söylemek daha doğru olacaktır.

Sonuç olarak, yukarıdaki paragrafta zikredilen nedenlerle, rekabetçi koşullarda kamuya tatmin edici bir hizmetin verilmesi durumunda, kamusal alana aktarmayı öngöremeyeceğimize göre, geriye başka bir hukuksal gerekçe kalmamaktadır. Öğretideki mevcut görüş uyarınca, başka bir gerekçeyle hareket etmeye de olanak bulunmamaktadır. Hemen hatırlanmak gerekirse, AYM'nin enerji sektörü bağlamındaki faaliyetlerin stratejik önemini anımsatmaya yönelik “önemli hizmetler” şeklindeki ifadeleri, öğretide eleştiriyile karşılaşmış idi.⁹⁹ Buradaki irdelememizin, Anayasa Mahkemesince neden aslında çok isabetli bir değerlendirme anlamına geleceğini ve öğretideki eleştirinin neden yanlış olduğunu ortaya koyduğu kanısındayız.

Bize göre, AYM'nin ve Danıştay'ın enerji sektörüne ilişkin kamu hizmeti-ımtiyaz değerlendirmeleri sırasında benimsediğı yaklaşım, kamusal korunma mekanizmalarının fevkalade isabetli ve yerinde bir biçimde sezildiğı ve sadece kamu hizmeti tanımlaması gibi sathi (yüzeysel) yorumlamaların ötesine geçerek, işin “kühüne vakıf” olduğunu düşündürecek biçimde bir yorumlamaya varabildiklerini göstermektedir. Yüksek Mahkemelerin bu yaklaşımı benimsemiş olmaları, kanımızca ülkemizin çıkarları ile de doğrudan örtüşmektedir.

Bu itibarla, idari sözleşme-kamusal alan-kamu hizmeti gibi konularda, kavramların zahirdeki/kabuktaki görünümüleriyle uğraşılmasının yanısıra, özellikle bu kavramların korumayı öngördüğü amaçların derin tahlillerine girilmesi, kavramların ruhuna temas eden bir vukufiyetle konuya eğililmesi ve tarihsel boyutlarına da ayrıca göz atılması, öğretideki temel bir eksiklik ve dolayısıyla önemli bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır.

Söyleyegeldiğimiz üzere, idari sözleşme (ve kamu hizmeti) sayılmanın arka planındaki aslı unsurun dikkate alınmaması, bu eksikliğin doğmasına neden olmaktadır denilebilir. Özetlersek, bize öyle geliyor ki, kamusal korunma gereksinimi, idari sözleşme olarak tanımlamanın arkasında yatan asıl itici güçtür. Bu husus, altyapı sektörlerinde kamu hizmeti kavramı üzerinden karşılanmış; ancak, bu kavramın uygulanamayacağı alanlarda kamu hizmeti ye-

⁹⁹ Örneğın, bkz. Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 45.

rine kamu kudreti (gücü) ölçütüne müracaat edilmiş, nihayet bunun da karşılayamadığı alanlarda ise “istisnai uygulamadır” yorumuyla konu bir tür “geçştirilmeye” çalışılmıştır yolundaki bir görüşe varmak mümkün görünüyor.

İdari sözleşme kuramında öngörülen mevcut ölçütlerin neden yetersiz olduğunu ve resmin arkasındaki asıl unsuru nasıl gözden kaçırdığına bir ilave örnek olarak, kamuya herhangi bir hizmet sunumunun bulunmadığı ve fakat içerdiği ayrıcalıklı hukuksal rejim itibarıyla kapitülasyonları anımsatan Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi’ne ilişkin sözleşmeler¹⁰⁰ zikredilebilir.¹⁰¹ Bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılması da sözkonusu değildir. Dolayısıyla, maden sözleşmelerine de benzetilemez. Ne var ki, öğretilerde kullanılan ölçütlere itibar edilirse, bu sözleşmelere idari sözleşme gözüyle bakılabilmesi olanağı –hiçbir şekilde- kalmamaktadır. Bu örnek, kamusal savunma mekanizmalarının korunabilmesi bağlamında hukukumuzdaki düzenleme ve kuramsal değerlendirmelerin önemini, giderek idari sözleşme kuramında yer verilen ölçütlerin neden yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini açıkça ve çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.

Yine, Onar, kamu borçlanmaları bağlamında idarenin kısa vadeli borçlanmalarının kural olarak özel hukuka bağlı olacağını savunurken, “asıl önemli olan”ın ise “konsolide borçlar” adını verdiği uzun vadeli borçlanmalar olduğunu zikretmektedir.¹⁰² Burada dikkati çeken husus, Düyun-u Umumiye anlamındaki borçların uzun vadeli borçlar olduğuna değinmekle, Onar’ın –belki de gayri ihtiyari biçimde- asıl soruna parmak basıyor olmasıdır. Eserde yeterli açıklıkta zikredilmeyen bu husus, bize göre, kamusal anlamda bir güvenlik endişesinin kurgulanması ve idareye dilediğince uzun vadeli borçlar yaratarak ileriki kuşaklar üzerinde tahammülü güç mali yük oluşturmaması¹⁰³ yahut kamu maliyesinin hesapsızca borç tuzağına veya yüküne maruz bırakma-

¹⁰⁰Bkz. 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).

¹⁰¹Bahsekonu proje tahtında imzalanan sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, op. cit..

¹⁰²Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 1412, 1413.

¹⁰³Kuşaklararası yükümlülük yaratılması bakımından kamusal alanda değerlendirilme sorununa ilişkin olarak, öğretilerde pek işlenmemiş bu konuyu yetkinlikle ve ufuk açıcı biçimde irdeleyen bir çalışma için bkz. Azrak, A. Ülkü; Kuşaklararası Adalet, içinde Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 2009, s. 179-199 (borçlanmaya ilişkin olarak s.191, 192).

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

ması, bu yöndeki tasarrufların da idari sözleşme kılınmak suretiyle bir dereceye kadar dengelenmesi anlamında algılanabilir.

Nihayet, son olarak bu bağlamda bir hususa daha değinmek istiyoruz. Bilindiği üzere, öğretide idari sözleşme ölçütleri olarak yer verilen başlıca öğelerden birisi, sözleşmenin bir tarafının idare, diğer tarafının da özel kişi olmasıdır. Bu yaklaşıma göre, her iki yanı da özel kişilerden oluşan bir sözleşme idari sözleşme olarak tanımlanamaz.¹⁰⁴ Ancak, özel kişilerin arasındaki kimi sözleşmelerin yeri geldiğinde kamusal bir yarara ilişkin özellikler taşıyabilmesi sözkonusu olduğu takdirde, bunların dahi idari sözleşme sayılacağı şeklinde ayrıksı örneklerin belirebileceği de hemen akabinde zikredilmelidir.¹⁰⁵

Sözgelimi, iki özel kişi arasında kimi özellikli malların satın alınmasına yahut tedarikine ilişkin sözleşmelerin (savunma sanayiine ilişkin bir malın sağlanması gibi) idari sözleşme sayılabilmesi de görülmüştür.¹⁰⁶ Giderek, Fransız hukuku uygulamasında imtiyazcı özel girişimcinin diğer özel kişilerle imzaladığı –karayolu yapımındaki gibi iki özel kişi arasında gerçekleştirilen- sözleşmelerin, taraflardan birisinin idare adına hareket ettiği düşüncesine dayanılarak idari sözleşme sayıldığı görülüyor.¹⁰⁷

İşte, bütün bu uygulamalarda, konunun temelinde kamu yararını ilgilendiren özellikler yer aldığı sürece, ister özel kişiler arasında yapılsın ister idare ile özel kişilerin taraf olduğu biçimde gerçekleştirilsin, tüm sözleşmelerde idari sözleşme sayılma gibi bir sonucun doğabilmesi mümkündür.

III. İdari Sözleşmelerin Ölçütlerine Farklı Bir Yaklaşım

Bir önceki bölümde, idari sözleşmelerin ölçütleri bağlamında gerek öğretide ve gerek yargı kararlarında bugüne kadar benimsenmiş yaklaşıma değinilmiştir. Şimdi, idarenin özel girişimciyle arasında sözleşme ilişkisinin konusu oluşturan faaliyet alanında **tekel niteliğinin varlığına bağlı olarak** bir ayırma gidilip gidilemeyeceğini irdelemeye çalışalım. Böylece, bu meyanda ortaya çıkabilecek hususları sırasıyla ele almak suretiyle, idari sözleşmelerin ölçütü bağlamında rekabet ögesine dayanarak işlevsel bir sonuç alıp alınamayacağı hususuna değinmeyi öngörmekteyiz.

¹⁰⁴Bkz. Waline, İdari Mukaveleler, op. cit., s. 569.

¹⁰⁵Bkz. yukarıda 24 no.lu dipnot.

¹⁰⁶Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1599; keza, yukarıda 84 no.lu dipnot.

¹⁰⁷Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 553.

A) Tekel Biçiminde Yürütülen Faaliyetler

1. Kamu tarafından yerine getirilen hizmetler bakımından: Öncelikle belirlenmesi gereken husus, bu hizmetlerin bir tekel içerisinde yürütülüp yürütülmediği konusudur. Bu noktada ikili bir alt ayrıma gidilebilir:

a) Doğal tekel alanları: Genellikle altyapı sektörüne ilişkin bu faaliyet alanlarında, işin doğasından ileri gelen bir tekel olma keyfiyeti sözkonusudur; elektrik dağıtım hizmeti gibi. “*Doğal tekel koşulları, tek bir firmanın bir grup mal veya hizmeti birden çok firmadan daha az ekonomik maliyetle üretip arz edebildiği durumlardır.*”¹⁰⁸ Buralarda ikinci bir “hizmet sağlayıcı”nın olması, ekonomik anlamda sözkonusu değildir. Zira, bu durumda ek altyapının getirisi, maliyetinden azdır.¹⁰⁹ Sözelimi, bir şehirde ikinci bir içme suyu şebekesi kurulması teknik olarak mümkündür ve fakat ekonomik olma kıstası itibarıyla düşünülemez. Hemen değinmek gerekirse, çimento üretimi gibi, üretilen yerin dışında satılması –nakliye masrafının yüksek olması nedeniyle- mümkün bulunmayan¹¹⁰ sektörlerde de, bir nevi coğrafi tekel oluşabilmektedir.¹¹¹

b) Hukuksal tekel alanları: Özel sektör eliyle **kalite** ve **fiyat** anlamında **gereği gibi** görülebilecek ve halkın gereksinimleri **tatmin edilebilecek** olmasına karşın, genellikle devlete gelir sağlama amacının güdüldüğü görülen –ve hatta kimi zaman eski dönemlerdeki tütün ürünleri tekeli örneğinde olduğu gibi “kamu sağlığı” gibi gerekçelere de dayandırılabilen¹¹²⁻, devlet tekeli

¹⁰⁸ Zenginobuz, Ünal / Oğur, Serhan; Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon, içinde Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000, s. 169.

¹⁰⁹ Bkz. TMMOB Özelleştirme ve Sonuçlarını Takip Çalışma Grubu, 20. Yılında Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği, TMMOB Yayını, Ankara, 2005, s. 10.

¹¹⁰ Anılan sektörün bu yapısı nedeniyle, ürün pazarındaki rekabet değerlendirmesinde dar bir coğrafi alan yaklaşımı benimsenmekte ve 200-300 km.lik uzaklıklar temel alınmaktadır (bkz. İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B.; Rekabet Hukuku El Kitabı, BTHAE Yayını, Ankara, 2007, s. 17).

¹¹¹ Kendi bölgelerinde tekel kurmak suretiyle ülke genelinde paylaşımlı bir tekel oluşturmayı teminen farklı tüzel kişilikler eliyle yürütülen çimento sektöründe her bir şirketin, kendi fiyatlarını diğer bölgeye taşıma maliyeti katıldığında rakip firmanın fiyatının üzerine çıkacak şekilde ve uyumlu hareket içerisinde ayarlayabildikleri, uygulamada rastlanabilecek bir husustur (esasen buna yönelik değerlendirmelerin rekabet hukuku uzmanlarınca yapıldığını da –kendileriyle şifahi konuşmalarımıza dayanarak- aktarmak isteriz). Böylece, eylemsel olarak –her bir bölgedeki şirket tarafından yerel tekel oluşturmak suretiyle- ülke çapında bir tekel kurgusuna yol açabilmek de mümkündür ve ancak rekabetin korunmasına ilişkin olarak faaliyet gösteren Rekabet Kurumu’nun etkin denetim ve gözetimiyle önlenebilecektir.

¹¹² AYM’nin bir kararında, oyun kağıtları ticaretinin Kızılay tekeline bırakılması konusunun –kanımızca yanlış olarak- kamu sağlığıyla bağlantısı kurulmak suretiyle olumlandığı görül-

altında yürütülmesi kararlaştırılmış faaliyet alanları.

2. Özel sektör eliyle görülen faaliyetler bakımından: Bu faaliyetler de, yukarıda olduğu gibi, **doğal** veya **hukuksal tekel** olarak ikiye ayrılabilir:

a) Doğal tekel alanları: Faaliyet alanının doğasından kaynaklanan tekelci nitelik dolayısıyla tek –veya sınırlı sayıda- hizmet sunucusunun söz konusu olabildiği alanlardır. “*Doğal tekelin tipik örneğini, çıktı miktarı artıkça uzun dönem ortalama maliyetin azaldığı bir mal veya hizmetin üretimi oluşturur.*”¹¹³ Bunlara örnek olarak, idarenin özel sektör eliyle elektrik dağıtım hizmetini özel sektörün görmesine yönelik bir sözleşme imzalaması, yahut kimi zaman ruhsat altında tekel niteliğindeki kimi faaliyetleri yerine getirmesine izin vermesi (örneğin elektrik dağıtımı için lisans vermesi), yahut cep telefonu işletmeciliğinde olduğu gibi birden fazla ancak sınırlı sayıda hizmet sağlayıcının ekonomik olarak var olabilmesi¹¹⁴ (ki bu durumda tekelin “yavrusu” durumundaki oligopol piyasasından bahsedilir¹¹⁵) örneği verilebilir. Yukarıda bölgesel tekeller için verdiğimiz çimento üretimine yönelik ruhsat örneği de bu bağlamda zikredilmelidir. Buralarda –yine, yukarıda değinildiği üzere- ilave hizmet sağlayıcılarının olması, ekonomik değildir; sözcülemi, ikinci bir şehir içme suyu şebekesinin bulunması yahut sınırsız sayıda cep telefonu işletmecisine izin verilmesi bu anlamda –yerine göre- olası veya olanaklı değildir.

mektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, “*Devlet tekeline bağlanmasının değişik nedenleri vardır. Kimi maddelerin üretim, yapım ve satımının devlet tekeline bağlı kılınması devlet gelirini artırmak, gelirleri daha etkin kılmak yanında toplumun sağlığını koruma amacına da bağlanabilir. Sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımında ölçü ve denge arayışı, yapım ve satımını tekele bağlamakla olanaklıdır*” (bkz. AYM’nin 27 Mart, 1986 tarih ve E. 1985/31, K. 1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

¹¹³ Ardyok, Şahin; Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Lisansütü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2002, s. 43.

¹¹⁴ Öğretideki bir görüşe göre, “... her ne kadar doğal tekel alanlarında tekelci yapı (veya az sayıda teşebbüs) üretim verimliliği açısından arzu edilebilirse de, bu durum, hiç bir sosyal maliyetinin olmadığı anlamına gelmez... Ekonomik verimlilik açısından tekelin arzu edilebilir olması, sadece piyasanın tek ya da az sayıda teşebbüsün faaliyetine imkan verecek şekilde oluşturulmasını gerektirmektedir. Yoksa bu teşebbüs veya teşebbüslerin tamamen serbest bırakılması gibi bir yaklaşım sözkonusu değildir... Bu gibi durumlarda, tekelin kötüye kullanma ve istismar edici davranışlarının kontrol altında tutulması en uygun yaklaşım olarak görülmektedir. ABD’de uygulanan bu yöntem, gelişmekte olan piyasalarda da henüz tam anlamıyla kullanılmamakla beraber, yavaş yavaş benimsenmektedir” (bkz. Sanlı, Kerem Cem; Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000, s. 86, 87).

¹¹⁵ Oligopol pazarlar, sağlayıcı sayısının az, ürünlerin homojen olduğu pazarlardır (bkz. İnan / Piker, Rekabet Hukuku El Kitabı, op. cit., s. 33).

Diğer taraftan, doğal tekel alanlarında rekabet, “alan içi”nde olmasa dahi rakip alanlar bakımından geçerli bir etken olabilmektedir ve “*intermodal* rekabet” adıyla bilinir.¹¹⁶ Bu türden bir rekabetin işlerliğine bağlı olarak, “alan içi”deki rekabet kısıtının olumsuz etkileri bertaraf edilmiş sayılabilecektir.

b) Hukuksal tekel alanları: Genellikle özel sektör lehine hukuksal – yahut varlığına izin verilen veya görmezden gelinen uygulamalar bakımından fiili (eylemsel)- tekel alanlarından bahsedilememek gerekir. Ancak, özellikle Cumhuriyet’in ilk yıllarında özel sektör elinde sermaye birikimin oluşmasına olanak tanımak amacıyla özel sektöre kimi tekel alanlarının ihdas edildiği gözlenmiştir. Dış ticaret rejiminin serbestleştirilmediği dönemlerde, dış alım izinlerinin ve dış alım yapılabilmesi için –kambiyo rejimi çerçevesinde elinde döviz bulundurması yasak olan özel kişiler bakımından- gereken döviz tahsislerinin idarece keyfe keder dağıtılmış olması, buna bir örnektir. Böylece, istenilen kişilere ithal izni ve döviz tahsisi verilerek ticareti belirli özel kişilerin yapabilmesi olanağı sağlanmakta, kazanç da –dolayısıyla- belirli yandaş ellerde biriktirilmiş olmaktadır.

Bir ikinci örnek de, dış alımların belirli mallarda kısıtlanması ve keza yurt içinde aynı malların üretimi için belirli kişilerden başkasına izin verilmesi –yerli sanayiciyi korumak ve “milli sanayi” yaratmak gerekçesiyle- uygulama alanı bulabilmiştir.¹¹⁷ Uzun süre ülkemizde yabancı otomobillerin ithalatının yüksek dış alım vergileri uygulanmak suretiyle kısıtlanması ve ülkede sadece iki otomobil üreticisine izin verilmiş olması, bu bağlamdaki dikkat çekici bir hukuksal oligopol örneği şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Yine, bankacılık faaliyetinde bulunmak isteyenlere sınırlı sayıda ruhsat (izin) verilmesi de, hukuksal tekel bağlamında değerlendirilebilir. Bu faaliyet alanının idarece öngörülen yasal koşulları taşıyan her girişimciye açılması gerektiği ve niteliği gereği bir oligopol alanı teşkil etmemesi ileri sürülebilir. Ancak, uygulamada çoğu zaman hukuksal veya fiili bir oligopol alanının oluşturulduğu da dikkate alınmalıdır.

Geçmiş dönemlerin bu uygulamaları (bankacılık gibi kimi özellikli sektörler dışarıda bırakılırsa) ortadan kaldırılmışken, bu defa araç muayenesi hiz-

¹¹⁶ Ardiyok, Şahin; Altyapı Hizmetlerinde Devletin Düzenleyici Rolü (http://www.actecon.com/Ardiyok_Sahin_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf).

¹¹⁷ Hatta, 1970’li yıllarda bir siyasal partimizin bilinen seçim sloganları arasında “milli sanayi hamlesi” tabirine yer verildiği anımsanacaktır.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

metlerinin ülke çapında tekel olarak tek bir özel tüzel kişiye verilmiş olması gibi, anayasal ekonomik hak ve özgürlüklere aykırılığı açık bulunan bir uygulamaya gidilmiştir.¹¹⁸

Ancak, yukarıda genel olarak değinilen hukuksal tekel konusunda kimi zaman olumlu bir nitelik de görülebilecektir. Yeniliklerin teşvik edilmesi düşüncesinden hareketle fikri ve sınai mülkiyet haklarının tekeli bir yasal düzenlemeyle belirli bir süre korunması, bu yönde “olumlu tekel” kavramı altında değerlendirilmektedir ve bu anlamda ayrıksı bir husus olarak gözönünde tutulmak gerekir.¹¹⁹

Bütün bu tekeli faaliyet alanlarında, hizmetin kamu tarafından veya özel sektör eliyle görülmesi, tekel niteliğine bağlı kılınan bir analiz bakımından temelinde herhangi bir farklılık yaratmaz. Doğal tekel niteliğinden ötürü halkın korunma gereksinimi, hem idareye hem de özel girişimciye karşı sözkonusudur. Bundan dolayıdır ki, eşitler arası ilişkileri düzenleyen adli yargı yerine, “genel kamu yararı”nı korumakla görevli idari yargının görev alanına girer; giderek, girmesi de gerekir.

Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin doğal tekel alanlarındaki faaliyetleri itibariyle su ve elektrik ön ödemeli sayaçlarında fahiş miktarda bedel talep etmesine karşı açılan davada idari yargının bu uygulamayı iptal yönünde verdiği karar¹²⁰, genel kamunun çıkarlarını kollama yönündeki yargısal korunmanın idareye karşı da gerçekleşebildiği hususuna yönelik bir örnek olarak gösterilebilir. Burada, kamu tarafından yerine getirilen işlerde ortada zaten idarenin bir işlemi sözkonusu olmakla idari yargının devreye girmekte bulunduğu ve böylece gerekli korumanın sağlanacağı hususu savlanabilir.

Ne var ki, buradaki durum sözkonusu analizin “genel geçer” yaklaşımıyla açıklanamaz. Zira, bilinmektedir ki, idarenin hizmeti kendi eliyle yürüt-

¹¹⁸ Anılan uygulama ve bunun hukuk düzenimiz açısından Anayasa’ya aykırılığı bağlamında kesin bir hukuksuzluk içermektedir. Bu itibarla, herhangi bir girişimcinin açabileceği bir dava yoluyla Anayasa’ya ve insan haklarına aykırılığı dikkate alınarak “Anayasaya Uyumlu Yorum (AYUM)” yaklaşımından (anılan terim ve özellikle idare hukuku bağlamındaki gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Azrak, A. Ülkü; İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, AYD, C. 9, 1992, s. 329, 332-339) hareketle behemahal iptaline gidilmesi gerekir. Sözü edilen uygulamaya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHF, C. 58, Sy. 2, 2008, s. 63-113.

¹¹⁹ Bkz. Türkkan, Erdal; Zararlı ve Yararlı Tekeller, 12 Nisan, 2010 (www.rekabet.org.tr).

¹²⁰ Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (bkz. ABD, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007, s. 247-249).

tüğü durumlarda, hizmeti sunarken vatandaşla sözleşme ilişkisi içerisine girmesi sözkonusudur ve “abonman sözleşmeleri” adı verilen bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargıya bırakılmaktadır.¹²¹ Bu anlamda, ister idarece yürütülsün ister özel sektör eliyle görülsün, yargısal korunma gereksinimi kendisini gösteriyor olacaktır (az önceki yargı kararıyla uyumlu olması bakımından şehir şebeke suyu işletmeciliğinden örnek verecek olursak, sözcüğümlü Antalya Belediyesi sınırları içerisinde şehir içme suyu 1996-2002 yılları arasında özel sektör eliyle sunulmuştur¹²²).

Devletçe tekel altında yürütülen hizmet alanlarında, hizmetin kamu tarafından yürütülmesinde ne gibi bir kamusal çıkar veya yarar bulunduğu, yahut hangi kamusal menfaati koruyabilmek için bu yönde faaliyete girişildiği hususu ise, ayrıca ve ayrıntılı biçimde incelenmelidir. Bu durum, özel sektör eliyle yürütülen tekeli hizmetler bakımından da benzer bir analizi gerektirmektedir. Özellikle, devlet eliyle yürütülmekteyken özel girişime “özelleştirme” adı altında tekeli kısıtlarla devredilebilen elektrik dağıtım faaliyetleri gibi alanlardaki mutlak tekeli kısıtların, özel girişimcilere devir sonrasında hâlâ korunuyor bulunması, açıktır ki “rekabette artış” gereğine aykırı düşmektedir.¹²³

Doğal veya coğrafi tekel alanlarında gerek **kalite** ve gerek **fiyat** anlamda **rekabetten** bahsedilememesi nedeniyle halka sunulan hizmetin **gereği gibi ifa edilememesi**, yani **tatmin edilememesi**, çok kolaylıkla sorunlu bir alan oluşturabilmektedir. Giderek, kamu tekelinde tutulan bir alanda mal veya hizmet üretiminde –kamu kuruluşu tek alıcı olmak ve halka doğrudan

¹²¹Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 559. Ne var ki, abonman sözleşmelerinin koşullarının idarece tek taraflı düzenlenmesi itibarıyla, abonman sözleşmelerinin düzenlenmesi ile uygulanması aşamalarının ayrı değerlendirildiği ve ilkinin ilişkin uyuşmazlıkların idari yargıya bağlı kılındığı görülmektedir (bkz. Yayla, İdare Hukuku, op. cit., s. 165, 166, 375 no.lu dipnot içerisinde yer alan Danıştay kararı).

¹²²Bkz. Gökdemir, Bülent; Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleştirme ve Rekabet, Lisanüstü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2008, s. 135-142. Anılan sözleşme çerçevesinde 1996 yılında 10 yıllık bir süreyle özel girişimciye devredilen şebeke suyu işletmeciliği, 2002 yılında sözleşmenin feshedilmesiyle olumsuz biçimde sonuçlanmış ve taraflar arasındaki uyuşmazlık tahkime götürülmüştür (bkz. İbid.). Aynı örnek uygulama hakkında ayrıca bkz. Şimşek, Bedia Sanem; Su Sektöründe Reform Hareketleri-Yeni Politika Arayışları ve Rekabet Olanakları, Uzmanlık Tezleri Serisi, RK Yayını, Ankara, 2007, s. 35, 36.

¹²³Bu hususta çok yerinde belirlemeler içeren bir görüş için bkz. Karakelle, İsmail Hakkı; Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, içinde Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atıyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000, s. 160-162.

İdari Sözleşmelerde Ölüçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

sunulması şeklinde bir özel sektör tekeline gidilmemek kaydıyla- özel girişime yer verilmesi örneğindeki gibi bir tekelci alan kurgusuna gidildiği durumlarda uzun dönemli sözleşmeler imzalanması gerekliliğiyle karşılaştırılması sözkonusu olabilmektedir.¹²⁴ Bu uzun süreli ilişki, kimi nitelikleriyle öne çıkıyor. Bunlar, hizmetin yine kamuya sunulması sırasında önceden öngörüle-meyen hususlar bağlamında belirebilecek uyuşmazlıkların bilahare idari yar-gı eliyle düzeltilmeye gereksinim doğması gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleş-melerine idare hukuku ilkelerinin uygulanmasını zorunlu kılan bir niteliği-ay-rıca- taşıyor durumdadır.

Dolayısıyla, belirtilen nitelikteki tüm bu alanlarda, halkı tekellere karşı korumak amacıyla idare tarafından müdahalelerde bulunması gerektiği¹²⁵ düşüncesinden hareketle, anılan faaliyetlerin kamusal alana alınması ve kamu hukuku ilkeleri bağlamında hukukumuzda cevaz verilen kısıtlara tâbi tutul-ması gerekeceği savlanabilecektir. Bir başka nokta ise, idarenin bizat kendisi-nin tekel konumunda hizmeti yürüttüğü durumlarda halkın bu kez idareye kar-şı nasıl korunacağına düğümliyor.

Öte yandan, bu noktada karşımıza özellikli bir sorun beliriyor: Tekel-ci (burada oligopol de dahil olmak üzere, tam rekabetçi olmayan tüm alanları kastediyoruz) bir alanda idare ile özel girişimci arasında herhangi bir sözleş-me ilişkisi bulunmayabilmektedir.

Kuşkusuz, elektrik enerjisi sektöründe 4628 sayılı Kanun kapsamında özel girişimcilerce ruhsat alınarak elektrik üretimi veya dağıtım faaliyetinde bulunulması yönündeki düzenleme öncesinde olduğu gibi, elektrik üretiminin bu alanda genel anlamda faaliyet tekeli bulunduran kamu kuruluşuna satıl-ması zorunluluğunun sözleşmeyle getirilmesi, yahut elektrik dağıtım-cısı özel girişimcinin yine kamu kuruluşundan elektrik alması yönünde sözleşme iliş-kisinin varlığı durumunda, keyfiyetin farklılaştığı savlanabilir. Bu durumda, anılan sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi nedeniyle doğabi-lecek herhangi bir sorundan bahsedilmeyebilir.

Ne var ki, asıl sorun, ruhsat altında ve idareyle herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı durumlarda ortaya çıkıyor. Sözgelimi, sadece iki adet

¹²⁴ Zenginobuz / Oğur, Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regü-lasyon, op. cit., s. 196, 236, 237.

¹²⁵ Bkz. Emek, Uğur, Devletin Kapasitesi ve İktisadi Kalkınma Sürecindeki İşlevi, içinde Ba-ğimsiz Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 2002, 56.

otomobil fabrikasına izin (ruhsat) verilmesi örneğinde¹²⁶ idare ile özel girişimciler arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak, burada kurgulanan “hukuksal tekel” yapısı, kamusal korunma gereksinimini gündeme getirmeye elverişlidir.

Yine, yukarıda değindiğimiz üzere 4628 sayılı Yasa sonrasında idarenin özel girişimcilere ruhsat yoluyla elektrik enerjisi sektöründe faaliyette bulunma izni vermesi, özellikle dağıtım sektörü bakımından doğal tekel niteliği nedeniyle rekabetin ortada bulunmaması karşısında, bu alanda kamusal korunma mekanizmalarının ne şekilde kurgulanabileceğine ilişkin soru işaretleri doğurmaktadır. Nitekim, öğretilerde tam aksi yönden bakışla özel girişimcilerin korunmasının bu sektörde ruhsat altındaki faaliyet yöntemiyle gerçekleşmeyeceği, ruhsat yerine bu alanda sözleşme ilişkisinin yer alması gerektiği dile getirilmektedir. Buna göre, sözgelimi tekelci nitelik içeren elektrik dağıtım sektöründe ruhsatla faaliyet gösterilmesi durumunda, idarenin ruhsatla ilişkili işlemleri tahkime götürülemeyeceği için, tahkime gidilebilecek olan sözleşme yöntemine geçiş yapılmak gerekir. Böylece, faaliyetin gerektirdiği kamu hizmeti yükümlülükleri de güvence altına alınabilecektir.¹²⁷

Burada serdedilen her iki gerekçe de yanlıştır. Ruhsat işlemlerinin tahkime götürülemeyeceği iddia edildiğinde, ikili uluslararası yatırım koruma andlaşmaları kapsamında bu türden idari işlemler aleyhine yatırım tahkimine gidilebildiğini hususunun bilinmediği anlaşılır ve bu yaklaşım gerçeği kavrayamamakla malul olur. Ruhsat altındaki faaliyetlerde özel girişimcilere yükümlülük getirilemeyeceği iddiası da aynı oranda yanlıştır.

Sonuç olarak, ruhsata dayanılarak gerçekleştirilen tekel niteliğindeki faaliyetlerde ortada bir sözleşme bulunmadığına göre, bu yapı ne şekilde idare hukuku ilkelerine bağlı kılınacaktır? Kanımızca bu durumda –idari sözleşmenin tam¹²⁸ ve tipik¹²⁹ bir örneği olarak zikredilen- “imtiyaz” kavramına (imtiyaz kavramını “sözleşme” zorunluluğundan ayırıştırmak ve aradaki bağlantıyı

¹²⁶Anılan uygulama hakkında bilgi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 41, 310.

¹²⁷Bkz. Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005, s. 87, 88.

¹²⁸Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334; keza, Çimen, Yılmaz; Danıştay’ın Danışma İşlevi, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).

¹²⁹Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E. 1968/41, K. 1970/648 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971, s. 150.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

koparmak suretiyle) müracaat etmek zorunluluğu doğmaktadır. Bu ise, imtiyazın ruhsat ilişkisini de kapsayan biçimde ele alınması gibi, öğretide bugüne kadar tartışılmamış bir yeni kavrayışı gündeme getirmektedir.

Çalışmamızın konusu idari sözleşmelerin ölçütleri olmakla, bu konunun ayrıntılarına burada girmeyeceğiz. Ne var ki, bu noktada olası bir soru gündeme gelebilecektir: Burada sözleşme ilişkisi olmasa dahi, ruhsat altında özel sektör etkinlik gösterebilmektedir. O halde, neden buradaki ruhsata dayanarak idari yargıda bir denetim düşünülmemektedir? Bu soruya olası bir yanıt ise, şöyle kurgulanabilir: Ruhsat altında görülen bu faaliyette de idarenin tek yanlı bir işlemle ruhsat koşullarını düzeltereği ve dolayısıyla burada bu anlamda bir sorundan bahsedilemeyeceği, ilk bakışta akla gelebilecek savlar arasındadır.

Ne var ki, imtiyaz kurgusunu ruhsat kavramını da içeren bir şekilde ele alma zorunluluğu, imtiyazda yargısal ön denetim uygulanması bağlamında öne çıkıyor kanısındayız. Zira, idarece bir kez ruhsat verildikten sonra yeni bir idari işlemle düzeltmeye (veya iptaline) gidilmesi ve bunun da uluslararası tahkime götürülmesi olasıdır¹³⁰, pratik anlamda sonraki idari işlemin uygulanabilirliğini kısıtlayıcı bir keyfiyet yaratmaktadır.¹³¹ Bu durum, henüz idare hukuku teorisinde tartışılmaya –nedense- değer bulunmadığı görülen ve fakat çok önemli olduğu açık bir irdeleme alanıdır kanısındayız.

B. Tekel Olmaksızın Yürütülen Faaliyetler

Doğal veya hukuksal anlamda bir tekel içermeyen faaliyet alanlarında verilen hizmetlerin durumu, daha farklı bir “**kamusal yarar**” veya “**kamusal korunmaya gereksinim alanı**” irdelemesini gündeme getirmektedir.

Sağlık ve eğitim gibi kimi “özellikli” faaliyet alanları bakımından ele alındığında, belirtilen türden hizmetlerin genellikle kamu tarafından yürütüldüğü, bununla birlikte kamu tekeli altında da bulunmadığı ve özel girişimcilerin bu alanlarda faaliyet göstermelerine izin verildiği görülmektedir.¹³² Şehir içi otobüs taşımacılığı, yine bir başka örnek olarak verilebilir. Tüm bu alanlar-

¹³⁰ Aynı yönde –idare hukuku teorisinde az rastlanan bir isabetli değiniyle- bkz. Yaşar, Nuri; Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 450.

¹³¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, s. 267.

¹³² Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 29.

da, idarenin faaliyeti aslî sorumlusu sıfatıyla bizzat yürüttüğü; ancak, idarenin belirttiği koşullar altında ruhsat verilerek özel girişimcilerin aynı alanda yer almasına da ayrıca olanak tanındığı görülmektedir.¹³³

Belirtilen faaliyet alanlarında bunların hepsini kapsayan bir ortak nitelik bulunduğunu savlamak zor olabilir. Sağlık veya eğitim alanındaki hizmetler ile, sözgelimi, şehir içi otobüs işletmeciliği bu anlamda farklı özellikler içerebilmektedir. Burada da temel yaklaşım, anılan faaliyet alanlarında kamuya hizmetin “gereği gibi” verilip verilememesinde yatmaktadır. **Yeterli rekabet olanağının doğası gereği bulunduğu (yahut idarece engellenmediği) ve bu rekabetin işlerliğinin eylemsel olarak da sağlandığı durumlarda, “gereği gibi” bir hizmet sunumunun varlığından ve toplumsal gereksinimlerin “tatmin ediliyor”¹³⁴ olmasından sözedilebilir.**

Bu uygulamaların sözkonusu edilebildiği durumlarda ise, idarenin kamusal alana aktararak kamu hukuku ilkelerine göre müdahalede bulunmasına gereksinim kalmamış olacağı savlanabilecektir.¹³⁵ Öğretiden bir görüşte de bu durumun teyid edildiği savlanabilir. Buna göre, “... *bir faaliyetin devlet faaliyetleri arasına alınabilmesi için mutlaka kamu yararı amacı güdülmesi şart*(tır).”¹³⁶

Şu halde, burada bir ayrıma gidebilmek üzere gereksinim duyulacak olan ölçütü “**yeterli rekabetin varlığı**” şeklinde kurgulamak mümkündür. Yeter ki, bu rekabet **filen işler durumda** olabilsin; tıpkı tamamen özel hukuk tahtında rekabete dayalı biçimde yürütülmekte bulunan pek çok sayı ve türdeki diğer hizmet alanları gibi.

Bu meyanda belirtmek gerekirse, sözgelimi ayakkabı üretimi dahi yeri geldiğinde bir kamu hizmeti niteliğinde ortaya çıkabilir. Örneğin, Cumhuriyet’in ilk yıllarında yeterli özel sermaye ve –kanımızca, daha ziyade- girişimci yoksunluğu nedeniyle, bir kamu kuruluşu olan Sümerbank tara-

¹³³Gözübüyük / Tan; İdare Hukuku, op. cit., s. 675, 676.

¹³⁴Tatmin edilme kavramı ve buna dayalı analiz bakımından bkz. Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

¹³⁵Kamusal alana alınma gereksiniminin doğması ile kamuya hizmet sunulan faaliyet alanlarındaki “tatmin edilme” kavramı arasındaki ilişki için bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit., s. 1838-1858.

¹³⁶Bilgen, Pertev; Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, Sy. 5, 1995, s. 14.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

findan ayakkabı üretimine girilmiş olması anımsanacaktır.¹³⁷ Bununla birlikte, hemen yukarıda değinildiği üzere, bu türden hizmetlerin özel girişimciler tarafından –rekabet sayesinde- gereği gibi halka sunulabildiği oranda, devletçe kamusal alana alınmaya veya yargı eliyle gerçekleştirilen yorum aracılığıyla kamu hizmeti –ve dolayısıyla kamu hukuku- alanına aktarılmaya gerek kalmadığı savlanabilir (bu sav itibarıyla, rekabetçi alanlar bakımından da kamusal korunmanın sözkonusu olabileceği yönündeki bir ayrıkı duruma yukarıda Bölüm II(C)’de değinilmektedir).¹³⁸

Dolayısıyla, halkın çıkarlarının gözetilmesine yönelik bir korunma gereksinimi bulunmadığı ölçüde, kamusal alana aktarmanın ne için gerekeceği sorgulanmak durumunda kalacaktır. Böylesi bir gereksinimin bulunmamasına rağmen idare veya yargı kararlarıyla kamusal alana aktarma yorumuna/uygulamasına gidilmesi ise, Anayasal girişim özgürlüğünün veya mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelebilecektir; kuşkusuz, müdahalenin şekline, kapsamına ve içeriğine göre belirlenmek kaydıyla.¹³⁹

Sonuç ve Öneri

Çalışmamız içerisinde değinildiği üzere, idarenin sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu durumlarda ne zaman idari sözleşme niteliğinin ortaya çıkmış sayılacağı konusundaki belirsizlik süregitmektedir. Bu konuda rekabet ve tekel kavramlarına bağlı bir yaklaşımın belli ölçüde de olsa bir rahatlık getirebileceği ve konuya berraklık sağlayacağı savlanabilir. Çalışmada yer verilen irdelemelerden hareketle varılabilecek sonuçları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

1. Öncelikle, rekabet altında görülebilecek faaliyetleri ele almak gerekir. Bu alanlarda, idarece ruhsat verilmek suretiyle hizmetin kamuya tatmin edici biçimde sunulması olanağı tanınır. Faaliyetin risk derecesine göre, kamusal sağlık ve sair endişelerle koşullar (şartname) öngörülebilir. Bunların denetimi de yine aynı genel kural ve koşullar meyanında idarece kolluk faaliyeti olarak yerine getirilir.

¹³⁷Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 304.

¹³⁸Bkz. İbid., s. 131-133, 296, 303, 304.

¹³⁹Aynı yönde sözelimi bkz. Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku, op. cit., s. 654; Ayaydın, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, op. cit., s. 218, 220, 479, 562, 593, 594; Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 53, 62-65; Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 29, 30.

2. Rekabetin doğası gereği sözkonusu olamadığı tekel-oligopol yapılarında ise, idare, hizmetin gerektiği gibi sunulmasını teminen öngördüğü koşulları belirleyerek, uziletişim (telekomünikasyon) veya cep telefonu işletmeciliği gibi sektörlerde, ruhsat vermek suretiyle hizmetin yürütülmesini gerçekleştirebilir. İdare, denetimi yine kolluk faaliyeti şeklinde yerine getirecek, fiyatlar üzerinde ise –aynen ekmek üretiminde olduğu gibi- narh veya tarifeyi onaylayarak kolluk faaliyetinin bu alanlardaki gereklerini yerine getirmiş olacaktır.

3. İdare, bu teknelci faaliyet alanlarında özel kişilerle sözleşme ilişkisi içine girmesi de sözkonusu olabilir. Bu durumda ise, sözleşme Danıştay ön incelemesinden geçirilir. Zira, ruhsatın aksine, idare özel kişiyle burada bir sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Dolayısıyla, sonradan idari yargıda dava yoluyla yapılacak bir denetim, tazmin zorunluluğu doğurabileceğinden, toplumun güvence altında kalmasını temin etmeye yeterli olmayabilir.

Öte yandan, ruhsat üzerinden kurgulanan durumlarda da idari yargı tarafından bir öndenimin gerekliliği –uluslararası ikili yatırım koruma anlaşmaları üzerinden uluslararası tahkime gidilebilmesi olanağı sağlanmış olmakla- ayrıca değerlendirilmesi gerekli bir özellik olarak karşımıza çıkıyor. Bu yönde idare hukuku teorisinde neredeyse hiçbir değiniye rastlanmıyor olması üzücüdür ve bu eksikliğin yakın zamanda giderilmesi umulur.

4. İdarenin, rekabet içerisinde görülebilecek bir faaliyeti, ruhsat kısıtlarına giderek sınırlı biçimde vermesi: Bu durumda, idarenin diğer ruhsat başvurularına red yanıtı karşısında idari yargıda dava açılması suretiyle buradaki sorun çözümlenebilir. Şayet bu bir yasaya dayanıyorsa, bu yasa girişim özgürlüğüne engel olmak bakımından dava yoluyla AYM tarafından iptal edilmek gerekir. Örneğin, araç muayene hizmeti uygulaması örneğinin bu babda öncelikle ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Aynı durum, rekabet altında görülemeyen oligopol piyasalarında da tekele gidilmesi halinde geçerlidir. Nitekim, ülkemiz uygulamasına bakıldığında, üç veya beş cep telefonu işletmecisinin faaliyet gösterebileceği bir piyasa genişliği bulunmasına karşın, 1990'lı yıllardan itibaren uzunca bir süreyle sadece iki cep telefonu işletmecisine izin verilmiş bulunduğu ve yeni başvurulara zeminin uygulamada kapatılmış olduğu anımsanacaktır.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Anılan uygulama hakkında bilgi için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 81, 144.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Tekel veya oligopol piyasalarında, ruhsat veya sözleşme yoluyla hizmetin görülmesi yöntemlerine gidilirken, pazara giriş için rekabetin yapılması, ayrıcalıklı muamele anlamına gelir ve bu ayrıcalıklar, “imtiyaz” yaratır. Bunlardan sözleşme yoluyla görülmede, rekabetsizlik daha vahimdir. Zira, sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemde iptal edilmesi, -özellikle uluslararası tahkim üzerinden- tazminat anlamında sıkıntılar doğurabilecektir. Bu sözleşmelerin rekabetçi bir ihaleye çıkılarak yapılması için yasal düzenlemeler mutlaka gerçekleştirilmeli, düzenleme yoksa idari yargı tarafından –yahut ihalesiz yapmaya yasa cevaz veriyorsa ilgili yasa AYM tarafından- kamu yararı yokluğu gerekçesiyle iptal edilmelidir. Sözleşme yapılmadan önce tekel içeren sözleşmeye taraf olacak özel kişiyi belirlemede rekabetsizlik de, yine, imtiyazlı durum yaratmak anlamına gelecektir ve idari yargıda ön denetim zorunluluğunu gündeme getirmelidir.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, idarenin sözleşmelerinde ne zaman idari sözleşme niteliğinin belirlediğine yönelik belirlemenin şimdiye kadar öğretide yer verilen –ve daha önce vurgulandığı üzere, eksikliği bizzat öğretide de ikrar olunan- “kamu hizmeti” veya “kamu kudreti” gibi ölçütlerine seçimlik veya ek niteliğinde, kamusal alana alınma gereksiniminin daha başka bir perspektiften hareketle rekabet kurgusuna dayandırılabilmesi yaklaşımına itibar edilebilir. Bu yeni bakış açısı, kanımızca idari sözleşme kavramının ele alınmasında etkinlik kazandırabilecek olası bir “ölçü kavram” olarak irdelenmeye değer bir sav olabilir.

Giderek, rekabet kavramının da yetersiz kalabileceği kimi durumların idari sözleşme değerlendirmesine gereksinim duyurabileceği hususu ayrıca düşünülme gerekir. Bu noktada ise, konu zorunlu olarak “kamusal korunma gereksinimi” gibi görece belirsiz bir üst kavramın daha olası ölçütler dizisi içerisinde boy göstermesine yol açabilecektir.

Bu son kavramın, belirsizlik içermesi nedeniyle eleştiri konusu edilen “kamu yararı” kavramına geçiş anlamına geleceği ise olası bir diğer eleştiri konusunu oluşturabilecektir. Ancak, tek bir ölçütün idari sözleşme nitelen-dirmesine götürülebilmesi, kuşkusuz öğretideki –çalışma boyunca yer verdiği-miz- tartışmalardan da görüleceği üzere olanaksız veya işlerliği kuşkulu bir yargı meyanında değerlendirilmelidir.¹⁴¹ Esasen, doğrusu da budur.

¹⁴¹Nitekim, kamu hizmetiyle başlayan ölçüt belirleme süreci, zaman içerisinde bu ölçütün tek başına yetersizliğinin ortaya çıkması sonucunda diğer ölçütlerin eklenmesine yol açmıştır ve bu süreç toplumdaki gereksinimler değiştiği ölçüde evrim yolculuğuna devam edecektir. Bu

Dolayısıyla, ister istemez, bu alanda tek bir ölçütün kendi başına her durumda doğruya götüren bir anahtar işlevi göremeyeceği ve yerine göre birden fazla ölçüte dayanılması zorunluluğu bulunduğu söylenebilir.¹⁴² İşte, bu anlayıştan hareketle, çalışmamızda yer verdiğimiz rekabet odaklı yaklaşımın, böylece daha doğru çözümlere ulaşabilmeye yönelik ek kavrayışları gündeme getirebilmiş olması ümit edilir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler:

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFİD, C. 49, Sy. 1-4, 2000.
- Ardıyok, Şahin; Altyapı Hizmetlerinde Devletin Düzenleyici Rolü (http://www.actecon.com/Ardiyok_Sahin_Altyapi%20hizmetlerinde%20devletin%20duzenleyici%20rolu.pdf).
- Ardıyok, Şahin; Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Lisansütü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2002.
- Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (Erişim: 11 Ocak, 2008).

meyanda, örneğin “süre” ögesinin zaman içerisinde aranmaz hale geldiği söylenebilir (bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 430). Kaldı ki, sözgelimi kamuya sunulmayan bir hizmet söz konusu olduğunda kamu hizmetinin yürütülmesine katılma gibi bir ölçütün aranması anlamsız hale gelebilmektedir (aynı yönde bkz. İbid., s. 429). Öğretiden bir görüşe göre bu durum, idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri temelinde kurulmuş olmasından kaynaklanmaktadır (bkz. Tekinsoy, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, op. cit., s. 181, 225).

¹⁴²Aynı yönde bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 1601.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

- Ayaydın, Cem; İdare Hukuku'na Giriş, C. II, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008.
- Ayrancı, Hasan; Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003.
- Azrak, A. Ülkü; İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992.
- Azrak, A. Ülkü; Kuşaklararası Adalet, *içinde* Mümtaz Soysal'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 2009.
- Azrak, Ülkü; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını.
- Balta, Tahsin Bekir; İdare Hukuku – I, Genel Konular, Ankara, 1970.
- Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Y. 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84.
- Bilgen, Pertev; Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan), Y. 13, Sy. 1-3, 2003.
- Bilgen, Pertev; Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, Sy. 5, 1995.
- Bilgen, Pertev; Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970.
- Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHFD, C. 58, Sy. 2, 2008.
- Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.
- Çal, Sedat; Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 63-64, Kasım-Aralık 2009.
- Çal, Sedat; Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Çal, Sedat; Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Sy. 11(1-2), 2009.
- Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

Sedat ÇAL

- Çimen, Yılmaz; Danıştay'ın Danışma İşlevi, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).
- Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1959.
- Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Emek, Uğur, Devletin Kapasitesi ve İktisadi Kalkınma Sürecindeki İşlevi, *içinde* Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 2002.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- Gökdemir, Bülent; Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleştirme ve Rekabet, Lisanüstü Tez Serisi, RK Yayını, Ankara, 2008.
- Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.
- Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Y. 9, Sy. 1-3, 1988.
- Gülan, Aydın; Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri – Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Günday, Metin; İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, AYD, C. 14, 1997.
- Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, *içinde* Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

- İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B.; Rekabet Hukuku El Kitabı, BTHAE Yayını, Ankara, 2007.
- Kalabalık, Halil; İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Kanlıgöz, Cihan; Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri, AÜSBFD (Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan), C. 52, Sy. 1-4, 1997.
- Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karakelle, İsmail Hakkı; Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, *içinde* Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000.
- Kızıl (Erkelli), Neşe; Kamulaştırma Fenomeni, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1998.
- Kutlu, Meltem; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Yayını, İzmir, 1997.
- Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumî Esasları, (3 cilt), 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- 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.
- Sanlı, Kerem Cem; Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, *içinde* Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000.
- Sezer, Yasin, İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi, AÜEHFD, C. VIII, Sy. 1-2, 2004.
- Şimşek, Bedia Sanem; Su Sektöründe Reform Hareketleri-Yeni Politika Arayışları ve Rekabet Olanakları, Uzmanlık Tezleri Serisi, RK Yayını, Ankara, 2007.
- Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006.
- Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- TMMOB Özelleştirme ve Sonuçlarını Takip Çalışma Grubu, 20. Yılında

- Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği, TMMOB Yayını, Ankara, 2005.
- Türkkan, Erdal; Zararlı ve Yararlı Tekeller, 12 Nisan, 2010 (www.rekabet.org.tr).
- Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, 2005.
- Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.
- Waline, Marcel; İdari Mukaveleler, (Çev. Hâmede Uzbark), AÜHF, C. 1, Sy. 4, 1944.
- Yaşar, Nuri; Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, Y. 13, Sy. 1-3, 2003.
- Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).
- Yılmaz, Dilşat; Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008.
- Zenginobuz, Ünal / Oğur, Serhan; Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon, *içinde* Devlet Reformu - Devletin Düzenleyici Rolü, (Koordinatör: İzak Atiyas), TESEV Yayını, İstanbul, 2000.

Yargı Kararları:

Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (ABD, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007).

AYM’nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1995/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

AYM’nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı.

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

İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi

Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

Danıştay İDDGK’nın 25 Ekim, 1990 tarih ve E. 1990/90, K. 1990/73 sayılı kararı.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E. 1968/41, K. 1970/648 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971).

Kısaltmalar

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYUM	: Anayasaya Uyumlu Yorum
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
ELDER	: Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İbid	: Aynı yerde
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

Sedat ÇAL

İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
M.	: madde
MFN	: Most Favoured Nation (en çok gözetilen ülke)
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NT	: National Treatment (ayrımcı olmayan uygulama)
Op. cit.	: Aynı kaynak
RG	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜSİAD	: Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği
Vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl