

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

746874

EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN
İDARİ DÜZENLENMESİ

146874

ENDER ÖZEKE

9625020163

TEZ DANIŞMANI: PROF.DR.SAİT GÜRAN

İSTANBUL - 2004

TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU** Anabilim Dalında **2502960163** numaralı **ENDER ÖZEKE’NİN** hazırladığı “**EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLENMESİ**” konulu **DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI** **29.01.2004 PERŞEMBE** günü saat: **14.00**’de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **...Kabul...**’ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. SAİT GÜRAN	Kabul	Sait Güran
PROF.DR. İL HAN ÖZAY	Kabul	İlhan Özay
PROF.DR. YILDIZHAN YAYLA	Kabul	Yıldızhan Yayla
PROF.DR. CELAL ERKUT	Kabul	Celal Erkut
DOÇ.DR. AYDIN GÜLAN	Kabul	Aydın Gülan

EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLEMESİ

ÖZET

Kamu hizmetleri idare hukukunun çok tartışılan ve üzerinde mutabakata varılamamış bir kavramıdır. Son yıllarda ise elektrik, telekomünikasyon ve doğal gaz gibi klasik kamu hizmeti sayılan kimi alanlarda yürürlüğe konulan kapsamlı yasal düzenlemeler ile yeni bir hukuki altyapı oluşmaya başlamıştır. Söz konusu hukuki altyapı, bu faaliyetlerin özel teşebbüse ve rekabete açılmasını öngörmektedir. Türk idare hukukundaki kamu hizmeti teorisinin hem uluslararası gelişmeler hem de bu hukuki altyapı ile telif edilmesi ihtiyacı vardır.

Bu amaçla, özel hukuk hükümlerine göre yürütülen ancak ekonomik, teknik ve sosyal yönlerden yoğun idari düzenlemeye tabi tutulan olan bu sektörleri kapsamak üzere ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı önerilmektedir. Bu kavramla, hem söz konusu sektörlerdeki faaliyetlerin rekabete açılmasının avantajlarından yararlanılabilmesi hem de idari düzenleme yolu ile rekabet ve piyasa yetersizlikleri ve aksaklıklarının giderilmesine yönelik kamu yararına müdahalelerin yapılabileceği bir hukuki altyapı için zemin oluşturulması öngörülmektedir. Bu kavramın sadece yukarıda belirtilen doğal tekel niteliğindeki sektörleri değil, kapsamlı ve yoğun idari düzenlemeye tabi tutulan diğer ekonomik nitelikli faaliyetleri de kapsayabileceği düşünülmektedir.

Son olarak, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin tabi olduğu idari düzenlemelerin bazı genel ve ortak ilkeleri ve bu ilkelerin bazı uygulama örnekleri özetlenerek, oluşmakta olan altyapının nasıl uygulanabileceği konusunda bazı öngörülerde bulunulmuştur.

REGULATION OF PUBLIC SERVICES WITH AN ECONOMIC CHARACTER

Abstract

Public service is a concept of administrative law, which is very extensively debated but not agreed upon. In recent years, a new legal infrastructure has emerged as certain pieces of legislation contemplating extensive regulation have been enacted concerning classic public service activities such as electricity, natural gas and telecommunication activities. This legal infrastructure contemplates opening up of these sectors to private enterprise and competition. Thus, the public service theory under Turkish administrative law has to be reconciled with this new legal infrastructure as well as with recent developments in international practice.

For this purpose, we are proposing the concept of public services with an economic character to include in its scope such sectors, the activities in which are taken up in accordance with commercial law, but are extensively regulated for economic, technical and social reasons. With this concept, we are hoping that it will be possible to build a basis for a legal framework which will allow the activities in these sectors to enjoy the benefits of the introduction of competition and which at the same time will allow government intervention through regulatory means to achieve public purpose in order to eliminate the effects of competition deficiencies or market failures. This concept is meant to include not only the sectors mentioned above, which are characterized as natural monopolies, but also other economic activities which are subject to extensive and comprehensive regulation.

Finally, an overview of the basic principles of the regulatory framework and certain examples of their implementation, both of which apply to public services with an economic character, is provided in order to predict how the emerging legal infrastructure can be implemented in practice.

EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLEMESİ

KISALTMALAR	5
I. GİRİŞ	7
A. MODEL SORUNU	10
1. Piyasa Ekonomisi ve Sosyal Devlet.....	12
(a) Genel Olarak.....	12
(b) Rekabet.....	13
(c) Sosyal Devlet.....	17
2. Kamu Hizmetinin Model Tartışmasında Yeri.....	20
B. EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİ	21
C. EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA İDARENİN ROLÜ	23
D. SAYDAMLIK SORUNU	25
II. KAMU HİZMETİ VE BİR TANIM ÖNERİSİ	27
A. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİ	28
1. Anayasa Mahkemesi Tarafından Benimsenen Tanım.....	28
2. Anayasa ve Kanunlar Çerçevesinde Kamu Hizmeti.....	33
(a) Anayasa Madde 47'ye Getirilen Değişiklik.....	34
(b) 4446 sayılı Kanunla Getirilen Diğer Değişiklikler.....	36
(c) Diğer İlgili Anayasa Hükümleri.....	38
(d) 4446 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Kısa Bir Değerlendirmesi.....	41
3. Doktrinde Kamu Hizmeti.....	44
B. EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİ ALT-KAVRAMINI GEREKTİREN NEDENLER	48
1. Kapsamın Belirlenmesinde Sorunlar.....	50
2. Kamu Hizmetlerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim Bakımından.....	54
3. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Faaliyetleri Bakımından.....	58
4. Görüş Usullerine İlişkin Sorunlar.....	65
5. İlkelerin İçeriklerinin Doldurulması Sorunu.....	69
C. TANIM ÖNERİSİ, ÖNERİLEN TANIMIN NİTELİĞİ VE KAPSAMI	73
1. Önerilen Tanım.....	74
2. Önerilen Tanım Çerçevesinde Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin Unsurları.....	75
(a) Toplumsal İhtiyaç.....	75
(b) Hizmeti Gören ve İdare Esasları.....	78
(c) Ekonomik Yönü Ağır Basan.....	82
(d) [Tam] Rekabete Açık Olmama.....	85
(e) Yoğun İdari Düzenleme [ve Denetim].....	90
D. ÖNERİLEN TANIM ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME	97
E. ANAYASA MAHKEMESİNİN SON KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME	105

F.	KAMU HİZMETİ KAVRAMINA İLİŞKİN ABD VE AB HUKUKLARINDAN BAZI NOTLAR.....	108
1.	Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin ABD Hukukundan Bazı Notlar	109
2.	Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin AB Hukukundan Bazı Notlar	111
III.	İDARİ DÜZENLEME.....	114
A.	EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİ BAKIMINDAN İDARİ DÜZENLEME KAVRAMININ KOLLUK FAALİYETİNDEN FARKLI DEĞERLENDİRİLMESİ GEREĞİ	114
1.	Kolluk Faaliyeti	114
2.	İdari Düzenleme Faaliyetinin Kolluk Faaliyeti ile İlişkisi ve Ayırımı	116
3.	Genel Olarak İdari İşlevlerin Ayırımı	117
B.	GENEL OLARAK İDARİ İŞLEMLER	120
C.	İDARİ DÜZENLEME FAALİYETİ VE TAKDİR YETKİSİNİN KULLANIMI KARŞISINDA BİREYİN KORUNMASI	123
D.	AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKLARINDAKİ İDARİ DÜZENLEME İŞLEVİNE BİR BAKIŞ	126
1.	ABD.....	126
2.	AB	127
IV.	EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLEMESİNİN NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ.....	130
A.	KAMU HİZMETİNE HAKİM OLAN İLKELER	130
1.	Süreklilik, Değişkenlik ve Uyarlanabilirlik	130
2.	Meccanilik	131
3.	Yararlanmada Eşitlik	132
B.	İDARİ DÜZENLEME KONULARI İLE KAMU HİZMETİNE HAKİM OLAN İLKELER ARASINDAKİ PARALELLİKLER	132
C.	EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLEMESİNDEKİ TEMEL NOKTALARA İLKELER ÇERÇEVESİNDE GENEL BAKIŞ.....	133
1.	Piyasaya Girişin Düzenlenmesi.....	134
2.	Teknik Düzenlemeler (Hizmet Kalitesi).....	135
3.	Ekonomik Düzenlemeler.....	137
4.	Sosyal Düzenlemeler	139
V.	SONUÇ	140
VI.	KAYNAKÇA.....	150

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AŞ	Anonim Şirketi
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
BK	Bakanlar Kurulu
Bkz.	Bakınız
Bkz.: aşıa.	Bakınız aşığıdaki kısımlar.
Bkz.: yuk.	Bakınız yukarıdaki kısımlar.
Ed.	Editör
Haz.	Hazırlayan
İDT	İktisadi Devlet Teşekkülü
IMF	Uluslararası Para Fonu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİK	Kamu İktisadi Kuruluşu
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsü
PTT	Posta Telefon Telgraf Genel Müdürlüğü

RG	Resmi Gazete
S.	Sayfa
Sa.	Sayı
TEAŞ	Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi
TTAŞ	Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
Yay. Haz.	Yayına Hazırlayan
Yaz.	Yazan



I. GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin toplumların giderek artan ihtiyaçları çerçevesinde gelişmekte ve genişlemekte olduğu bilinen ve sık yinelenen bir gözlemdir. Toplumsal yapıdaki gelişmeler ve değişimler, ekonomik, bilimsel ve teknik ilerlemeler, artan iletişim olanakları ile artan ve gittikçe karmaşıklaşan uluslararası ilişkiler gibi faktörler, bu hizmetlerin sunulması bakımından yeni olanaklar yarattığı gibi, toplumun kamu hizmetlerine yönelik beklentilerini de arttırmaktadır. Doğal olarak, kamu hizmetini bizzat sunmak ya da görevlendirdiği, yetkilendirdiği istekliler tarafından sunulmasını sağlamak sorumluluğu altındaki idarenin yapısı, işlevi ve tabi olduğu kuralların bu gelişmelerden etkilenmesi söz konusudur.

Her zaman birbirine paralel yönlerde olmayan bu etkenlerin çatışması belki de en yüksek oranda, hizmetin fiili olarak kamunun tekeline olmadığı¹, özel sektör tarafından da verilebildiği alanlarda görülmektedir; zira bu alanlarda hizmetin en etkin, verimli ve azami fayda sağlayacak şekilde verilmesi tartışması içine, bu hizmetin kimin tarafından verilmesinin amac(lar)a daha uygun olacağı tartışması da girmektedir.

Bir taraftan kamu hizmetinin klasik tanımı gereği ağırlıklı olarak idarenin sunduğu hizmetleri kapsamı içine alması, öte yandan da özel sektörün faaliyet alanlarının giderek genişlemesi, konu ile ilgili tartışmalara neredeyse kaçınılmaz bir siyasi boyut eklemektedir. Özellikle 1980'lerden sonra ağırlıklı olarak gündeme gelen özelleştirme ve piyasa ekonomisine geçiş sürecinde, başta kamu hizmetleri olmak üzere idare hukukunun kimi kavram ve kuralları yoğun tartışma konusu olmuştur². Özelleştirmenin hukuki rejimi ve kamu iktisadi teşebbüslerinin yeniden yapılandırılması gibi konuların yanı sıra, tartışmaların odak noktalarından birini de, kamu hizmetlerinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülmesine ilişkin idare

¹ Buradaki ifade, hukuki anlamda değil, sadece özel sektörün karlı olarak değerlendirebileceği ve hizmeti sunmak için gerekli sermaye ve teknik birikime sahip olduğu alanları ifade etmek için kullanılmıştır.

² Bu tartışmaların kapsamlı bir özeti için Bkz. Aydın Gülün, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LVI, sayı 1-4, İstanbul, 1998, s. 97-107. Özellikle bu metinde kullanılan "kamu hukuku direnci" ifadesi son derece yerinde bir saptama oluşturmaktadır.

hukukunun kavram ve kuralları, özellikle de imtiyaz rejimi oluşturmıştır. Kanımızca bu gelişmeye siyasi mekanizmaların gerektiği şekilde çok boyutlu ve çok sesli olarak işlememesinin de katkısı olmuş, kamu hizmeti ve kamu hizmeti ile bağlantılı idare hukuku kavramları neredeyse devletin ekonomideki rolüne ilişkin siyasi görüşlerin en önemli tartışma platformu haline gelmiştir³. Bu yönü ile, konunun siyasi tercihlere ilişkin tartışmaların dışında, teknik yönü ile değerlendirilmesi gereğinin bulunduğu söylenebilir. Bu tezin amacı da, söz konusu teknik değerlendirmeye bir katkıda bulunmaya çalışmaktır ve anılan tartışmalara atıflar da, söz konusu değerlendirmeye açısından önem taşıdığı düşünüldüğü ölçüde yapılmakla yetinilecektir.

Kamu hizmetleri alanının teknik yönü biraz dışarıdan bir bakış ile değerlendirildiğinde, iki temel ihtiyaç gözlemlenmektedir. Birincisi, klasik kamu hizmetleri ile, bunun bir alt ayırımı olarak değerlendirilebilecek, ekonomik nitelikli olan, bu niteliği ağır basan hizmetlerin ayırımının yapılmasıdır. Zira temel tartışma, bu hizmetlerin ekonomik niteliğinden kaynaklanmakta; bu niteliğin getirdiği ihtiyaçlarda, özellikle özel teşebbüs ve sermaye katkısı sağlanarak ve rekabet ortamı oluşturularak hizmette etkinliğin sağlanması noktasında odaklanmaktadır. Dolayısıyla bu hizmetlerin, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinden ayrıştırılması gerekmektedir. İlerleyen bölümlerde daha etraflıca tartışılmaya çalışılacağı gibi, bu tür faaliyetler bakımından, gelişmelere cevap veren ama aynı zamanda kamu hizmeti kavramının temel ilke ve yaklaşımlarını koruyan bir ayırımın, idare hukukunun bu faaliyetlerin düzenlenmesine olan katkısını arttıracığı düşünülmektedir.

Kanımızca diğer bir ihtiyaç da, kamu hizmetlerinin, özellikle ekonomik boyutu ön planda olan kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi teorisinin içerik, ilkeler ve tabi olunan kurallar bakımından somutlaştırılmasıdır. Kuşkusuz bu detaylı düzenlemeler, faaliyetin özelliklerini dikkate almak durumundadır. Yine de, kamu hizmetine hakim olan ilkelerin değişik faaliyet alanlarında geçerli kimi ortak kuralları ve yaklaşımları gerektirdiği görülmektedir. Hizmetin devamlılığı, kalitesi ve bedeli gibi unsurlar yönünden değerlendirilebilecek bu ortak kurallar faaliyetin özelliklerine göre detayda farklılıklar gösterebilecektir. Ancak, örneğin, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin bir çoğu bakımından, rekabet eksikliğinin bir sonucu olarak hizmetin bedeline ilişkin düzenlemeler yapılmakta, dahası söz konusu bedelin belirlenmesinde

³ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 97-107.

hizmetin gerçek maliyetlerinin karşılanmasına imkan verilmesi, buna karşılık sosyal bakımdan ihtiyaç sahibi kesimlerin de bu hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak tedbirler alınması ortak bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak her halükarda, söz konusu gerekleri karşılayan düzenlemelerin belirli bir kapsam ve yoğunlukta olması gerekmektedir. Gerçekten de, kimi kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin kanuni girişimleri iptal eden kararlarında Anayasa Mahkemesi, belki yeterli vurguyu yapmadan, gerekli düzenlemeler yapılmaksızın sadece bir iki satırlık kanunlarla söz konusu sektörlerin özel girişime açılmasının çeşitli anayasal ilkeler bakımından sakıncalı olduğunu belirtmiştir⁴.

Bu eksikliğin giderilmesine yönelik olarak özellikle 2000 yılının sonlarından itibaren kamu maliyesinin ağır borç yükü nedeniyle yaşanan mali krizler sonucunda Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası ile yapılan anlaşmalar neticesinde, bazıları klasik ya da niteliği gereği kamu hizmetleri oluşturan kimi alanların daha etkin olarak yeniden yapılandırılması ve kamu maliyesi üzerindeki yükün hafifletilmesi amacıyla özel teşebbüse açılmasını sağlamak için, uluslararası örneklere oldukça yakın paralellik arz eden ve oldukça detaylı kanuni düzenlemeler çıkartılmıştır⁵. Dahası, Dünya Ticaret Örgütü kapsamındaki anlaşma ve düzenlemelerle de belli dış ticaret kazanımları elde edebilmek için bu sektörlerin dış yatırım ve rekabete açılması yönünde taahhütler verilebilmekte ve bunun sonucunda da bu tür sektörleri özel teşebbüse açma ihtiyacı doğabilmektedir. Örneğin Türkiye telekomünikasyon sektöründe temel telefon hizmetlerini 2005 yılı sonuna kadar rekabete açmayı Dünya Ticaret Örgütü nezdinde taahhüt etmiştir. Bütün bunlara ek olarak ve belki bunların da üstünde, aynı konularda mutlaka sadece Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden etkilenmeksizin hazırlanan AB müktesebatına uyum sağlama gereği bulunmaktadır.

⁴ Bkz. AYMK 1994/43 E, 1994/42-2 K sayılı, RG t. 24.01.1995, RG sa. 22181, s. 3 vd. Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti olarak kabul edilen kimi faaliyetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi ya da ilgili kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine yönelik kanun hükümlerini iptal eden kararlarında kanımızca yapılan bu en önemli saptama, söz konusu hükümlerin işaret edilen kimi sakınca ya da ihtiyaçlara ilişkin gerekli düzenleme yapılmadan getiriliyor olmasıydı. Ancak bu saptamalar yapıldıktan sonra, verilen iptal kararlarının kamu hizmeti niteliğinin değiştirilemeyeceği gerekçesinden ziyade bu saptamaya dayanması daha doğru olurdu kanısındayız .

⁵ Telekomünikasyon sektöründe 4502 ve 4673 sayılı kanunlar, elektrik sektöründe 4628 sayılı kanun, doğal gaz sektöründe 4646 sayılı kanun bunlara örnek olarak verilebilir.

Ancak dışarıdan mülhem bu düzenlemelerin Türk İdare Hukuku'nda teorik temellerini bulabilmek çok kolay değildir.

Bu noktada sorun kanımızca söz konusu kanuni düzenlemelerin getirdiği, ilgili sektörleri rekabete açma ancak aynı zamanda da çok somut ve detaylı kurallarla yoğun bir biçimde düzenleme ve denetleme şeklinde özetlenebilecek sistemin, kamu hizmeti kavramı ve rejiminin yerine geçip geçmediği ya da kamu hizmeti teorisinin bu gelişmeyi de içine alarak genişleyerek kendini uyarlayıp uyarlamayacağı sorunudur. Aşağıda tartışılıp açıklanmaya çalışılacağı üzere, kanımızca uyarlama mümkündür ve hatta gereklidir; bu uyarlama yapılabildiği takdirde de ekonomik nitelikli kamu hizmeti alanı genişleyerek gelişebilecektir.

Bu tez, söz konusu uyarlama ile ilgili bazı düşüncelerin “cahil cesareti” ile paylaşılması amacıyla hazırlanmıştır.

A. Model Sorunu

Yukarıda belirtilen tartışmanın çıkış noktasını belirlemek ve gelinen noktadaki değişimleri vurgulamak için, biraz geriye gitmenin yararlı olacağını düşünüyoruz. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, belki de Marshall planının da etkisiyle dönemin iki büyük partisinin kamunun ekonomideki rolü konusundaki tespit ve önerileri ilginçtir.

1946-47 tarihli Cumhuriyet Halk Partisi Programının⁶ “Devletçilik” başlığı altında düzenlenen metninde ekonomik hedefler belirlenmiştir. Buna göre:

“(Madde 8) Devlet milli ekonomide kamu menfaatlerini ve hizmetlerini sağlamak üzere doğrudan doğruya kendi tarafından yapılmasını gerekli gördüğü teşebbüsleri, kurduğu ve kuracağı teşekküllerle, üzerine almak görevindedir. Bu işler, büyük maden işletmeleri, büyük enerji santrallerinin ve ağır endüstrinin kurulması, savunma endüstrisi, bayındırlık işleri gibi büyük teşebbüslerle, kamu hizmetlerini ilgilendiren ulaştırma ve P.T.T. gibi teşebbüslerden ibarettir.

⁶ Tarık Zafer Tunaya, Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952, Arba Yayınları (Tıpkı Basım), İstanbul, 1995, s. 585-586

(Madde 9) Partimiz, (8) inci maddede belirtilenler dışında kalan her türlü ekonomi işlerinin özel teşebbüsler eliyle kurulmasını, Devletin bu teşebbüsleri teşvik etmesini, korumasını ve bunlara gerekli yardımlarda bulunmasını esas tutar. Buna rağmen, özel teşebbüslerin başarmaya imkan bulamadığı veya yeter derecede başaramadığı, yahut kazançlı bulmadığı için girişmediği işleri Devlet üzerine alabilir.”

1946-47 Demokrat Parti Programı⁷ ise “Sanayi İşleri” başlığı altında ekonomik gaye ve hedeflerini şu şekilde belirlemiştir :

“(Madde 45) Devletin doğrudan doğruya gireceği teşebbüsler şu mahiyette işler olmalıdır: a) Özel teşebbüs ve sermayenin yetip erişemeyeceği, yahut yeter ve yakın kar görmediği için giremeyeceği, fakat, bütün ekonomik faaliyetlere müessir olarak ve memleket müdafaasını sağlayacak, mahiyetteki teşebbüslere girmek; bilhassa ana sanayi ve büyük enerji santrallerini kurmak; bugün olduğu gibi, demiryolu, liman, su işleri yapmak; büyük taşıt vasıtaları inşa etmek ve işletmek; b) Milletin, gelecek nesillere de şamil, daimi menfaatler bakımından devlet elinde bulunması daha faydalı olan büyük maden ve orman işletmeleri kurmak. Devlet, gireceği iktisadi işlerde, kazanç maksadından ziyade, benzeri özel işletmeleri sarısmamak kaydı ile, milli ekonominin gelişmesi ve halk ihtiyaçlarının karşılanması gayretleri ile hareket eder. c) Devlet işletmeleriyle benzerleri özel işletmeler hiçbir suretle birbirinden farklı muamele ve şartlar altında bulundurulmamalıdır.”

Bugün varılan noktada, özel teşebbüslerin karlı bulmadıkları ya da güçlerinin yetmediği faaliyetlerin alanı fazlasıyla daralmıştır. Bu durumda, özel sektörün ve kamunun, özellikle yukarıdaki alıntılarda ismen anılan sektörlerle ilişkin rollerinde, hak ve yetkilerinde bazı değişiklikler olması doğal kabul edilmelidir. Hem bu değişikliklerin sonuçlarının değerlendirilmesi hem de ileriye yönelik bir yapının oluşturulması, tartışılması gereken konuların başında gelmektedir.

⁷ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952*, s. 667-668.

1. Piyasa Ekonomisi ve Sosyal Devlet

(a) Genel Olarak

Günümüzde, demokratik modern toplumların hemen tamamında, hem piyasa ekonomisinin, hem de sosyal devlet anlayışının gerektirdiği uygulamaların toplumsal tercihler ve ülke şartları doğrultusunda değişen oranlarda ve birbirlerini dengeleyerek hayata geçirilmeye çalışıldıkları görülmektedir.

Piyasa ekonomisi, rekabet ortamı içinde tüketicilerin ihtiyaçlarının en az maliyetle ve en düşük fiyatla tatmin edildiği bir temele dayanmaktadır. “Piyasa” sistemi ne üretileceğini, kaynakların üretim sürecinde nasıl dağıtılacağını ve özellikle çeşitli ürünlerin kimlere dağıtılacağını tayin eden bir sistemdir⁸. Günümüzde, gelişmiş ülkelerde piyasa ekonomisi sisteminin tercih edilmesinin temel nedeni, rekabet içindeki piyasaların optimum kaynak tahsisini sağlayacağı ve böylece toplum refahının artacağı varsayımına dayanmaktadır⁹.

Adam Smith tarafından temelleri atılan piyasa ekonomisi kavramı, dayanağını doğal düzen düşüncesinden almaktadır. Smith’e göre doğada insanların müdahalesi olmadığı zaman, mükemmel bir düzen vardır¹⁰. Ekonomik kanunlar kendi akışına bırakıldığı takdirde çok iyi sonuç verecektir; çünkü bu kanunlar kendiliğinden arz ve talebi düzenler ve bir ihtiyaca cevap vermeyen faaliyetlerin de ortadan kalkmasına yol açar. Bu nedenle de bu doğal kanunların işleyişini engelleyici tedbirler almak, özellikle de devlet müdahaleleri, sistemin dengesinin bozulmasına neden olacaktır¹¹. Ancak liberal ekonomik sistemin bu doğal kanunların her şeyi kendiliğinden düzenleyeceği ilkesini zaman içinde işlemediğine, kişilerin doğal rekabet içgüdüleri ile hareket etmediğine aksine rakiplerin işbirliği içine girerek piyasanın doğal işleyişini bozduklarına tanık olunmuş, ekonominin karşılaştığı çıkmazlar büyük ekonomik

⁸ Richard J. Pierce, Jr – Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, Fourth Edition, West Publishing Co., St. Paul-Minnesota, 1999, s. 24-25.

⁹ Recep Çakal, *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, No. 2455, Ankara, 1996, s. 5.

¹⁰ Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000, s. 3.

¹¹ Ayferi Göze, *Sosyal Devlet Sistemi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1976, s. 77- 99.

krizlere sebebiyet vermiş¹² ve devletin piyasalara müdahalesi gereği ortaya çıkmıştır. Devlet müdahalesi bir süre çoğunlukla bu piyasalarda sadece devletin bizzat faaliyet göstermesi şeklinde olmuştur. Ancak bu devlet müdahalelerinin yetersiz kalması, sosyal devlet anlayışının değişmesi ve devletin görev ve yetkilerinin artması¹³, bunun yanında devletin girişimci olarak faaliyet gösterdiği alanlarda verimlilik ile ilgili yaşanan sorunlar ile kamu işletmeciliğinin rekabetçi çözümler sağlamakta yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine regülasyona (idari düzenleme) yönelik devlet müdahaleciliğine bir geçiş yaşanmıştır¹⁴.

(b) Rekabet

Anayasada rekabet, bir hak olarak düzenlenmiş değildir, ancak söz konusu hak Anayasanın 48. maddesi çerçevesinde özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak görülmektedir¹⁵. Ekonomik hayatın düzenlenmesinde büyük bir öneme sahip olan rekabetin ekonomik verimliliğin elde edilmesinde önemli bir rol üstlendiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, rekabet ekonomik etkinliğin gerçekleşmesini sağlamakta, bu da beraberinde bir takım sosyal ve siyasi faydaları getirmektedir. Rekabeti, mal ve hizmetlerde fiyatın hiçbir dışsal müdahale olmaksızın arz ve talebe göre belirlendiği piyasa yapısı olarak tanımlamak mümkündür. Bir piyasada rekabet ortamından bahsedebilmek için alıcı ve satıcıların mal veya hizmetin fiyatını veya miktarını belirleyemeyecek kadar çok olması, malın bölünebilir ve homojen olması, alıcı ve satıcıların piyasa hakkında bilgi sahibi olması ve piyasaya giriş ve çıkış engellerinin bulunmaması gereklidir¹⁶.

Ekonomik bakımdan rekabetin sağladığı faydaları üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, üretimde verimliliktir. Alıcı ve satıcıların piyasada oluşan fiyatı etkileme gücünün olmaması nedeniyle teşebbüslerin piyasa

¹² Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 4.

¹³ Bkz.: aşa. "Sosyal Devlet".

¹⁴ Şahin Ardiyok, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:9, Ankara, 2002, s. 1.

¹⁵ Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001, s.9.

¹⁶ Recep Çakal, *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, s. 5.

dışında kalmamak için öncelikle yapmaları gereken, düşük maliyetle üretim yapmalarıdır. Zira rekabet, teşebbüsleri daha az maliyetle daha çok üretim yapmaya zorlamaktadır¹⁷. Ancak, tekolci teşebbüsler bakımından üretimde verimlilik hususu önemli değildir. Zira tekolci teşebbüs piyasadaki konumunun etkisi nedeniyle fiyatı kendi marjinal maliyetinin üzerinde belirleme lüksüne sahip durumdadır. Çünkü tekolci teşebbüs maliyetlerini düşük tutmayarak elde edeceği yüksek kardan mahrum kalsa bile, bu eksikliği keyfi fiyat belirlemeyle giderebilecektir.

İkinci olarak rekabet yolu ile kaynak dağılımında verimlilik sağlanacağı öngörülmektedir. Kaynak dağılımında verimlilik, toplumda belirli bir malın ne miktar üretileceği ve toplumsal değerlerin ne şekilde tahsis edileceği ile ilgilidir¹⁸. Maksimum karı elde etmek isteyen teşebbüs piyasada oluşan fiyatı veri olarak kabul eder, zira piyasadaki fiyat arz ve talebin karşılaşması sonucu doğmuştur. Teşebbüs bu veriye dayanarak talebi karşılamak üzere üretimini, kendisi için marjinal geliri ifade eden fiyatın, marjinal maliyete eşit olduğu noktaya kadar artırır. Fiyatın marjinal maliyete eşit olduğu noktada meydana gelen kaynak kullanımı en verimli kaynak kullanımıdır. Tekolci teşebbüs bakımından ise durum yine farklılık arz etmektedir. Tekolci firmanın bir birim fazla mal satması halinde elde edeceği marjinal gelir, marjinal maliyete eşit değildir. Çünkü, fazladan arz edilen her bir birim mal, fiyatın düşmesine yol açar. Bu nedenle de, tekolci teşebbüs üretim miktarını talep doğrultusunda değil, marjinal maliyeti, marjinal gelirine eşit olacak şekilde belirler. Bu belirleme sonucunda tekolci teşebbüs üretimi azaltma ve fiyatın düşmesine engel olma imkanına sahip olur. Bu fiyat seviyesinde ise, tekolci teşebbüsün normal karın üstünde kar elde etmesi mümkündür. Bu durum ise üretim miktarının azalmasına ve kaynak tahsisinde tüketici etkilerinin azalmasına yol açar¹⁹. Zira piyasadaki herhangi bir mal veya hizmetin arzının azalması fiyatların artmasına yol açacağından, bu durum kimi tüketicilerin taleplerinin karşılanamamasına ya da bu taleplerin karşılanması için daha yüksek bedeller ödenmesine sebebiyet verir. Halbuki,

¹⁷ Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 1-3 ve Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, s. 3-5.

¹⁸ Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, s. 3.

¹⁹ Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 2.

kaynakların dağılımında tüketicilerin bir mal veya hizmeti elde etmek hususundaki talepleri ve onların üretiminde kullanılan faktörlere biçtikleri değerlere göre yapmak refahın artmasına yol açar.

Rekabetin sağladığı diğer fayda ise teknolojik etkinliktir. Bu etkinlik, teşebbüslerin piyasaya sundukları mal ve hizmetlerin üretiminde kullandıkları teknolojilerin en düşük maliyetle en fazla üretim yapmaya yönelik olmasını sağlayıcı bir sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle de teşebbüsler yeni teknolojilere sahip olmak adına araştırma ve geliştirme faaliyetlerine büyük önem verirler. Tekelci teşebbüsler ise söz konusu faaliyetlere rekabet ortamında bulunan teşebbüsler kadar önem vermemektedirler. Zira onların en düşük maliyetle en fazla üretim yapma gibi bir kaygıları yoktur.

Rekabetin yukarıda değindiğimiz ekonomik faydaları sağlaması beraberinde sosyal faydayı da getirmektedir. Özellikle tüketicileri koruyan rekabet ilkeleri sayesinde fiyatların marjinal maliyete yaklaşması, ürün çeşitliliği ve satış sonrası hizmetlerin artması gibi sonuçlar doğmuştur. Rekabetin hiç kuşkusuz siyasal faydaları da vardır. Rekabetin olmadığı bir ortamda tekelleşmenin ortaya çıkması ve tekelci konumda olanların bu güçlerini siyasi iktidarı ele geçirme amaçlı kullanmaları mümkündür. Rekabet ekonomik alanda çok seslilik sağlamakta ve siyasi alandaki çok sesliliğin de güvencesini oluşturmaktadır²⁰.

Günümüzde küreselleşmeyle birlikte dünya ekonomisinin yaşadığı değişim rüzgarları Türkiye'yi de etkilemekte, özellikle devlet tekelinde sunulan kimi hizmetler 1980'li yıllarda başlayan özelleştirme hareketi ile özel sektöre devredilmektedir. Özelleştirme ile hedeflenen, rekabet ortamının yaratılması ve ekonomik etkinliğin artırılmasıdır. Ancak bu etkinliğin en verimli bir biçimde oluşturulması ve ideal rekabet ortamının yaratılması için gerekli olan tüm unsurların dikkate alınması gereklidir. Aksi halde, piyasaların rekabetçi bir karakter kazanması mümkün değildir ve hatta piyasanın oluşamama tehlikesi bile vardır²¹. Piyasaların aksaklık içinde olduğu durumlarda devlet müdahalesi gerekli olmakta ve kaynak kullanımında ve kaynakların tahsisinde etkinliğin sağlanması amacı güdülmektedir. Piyasanın yapısına

²⁰ Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 7.

²¹ Recep Çakal, **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, s. 7.

kimi zaman rekabet politikaları kimi zaman da idari düzenleme gibi araçlar kullanılarak müdahaleler gerçekleştirilmektedir. Piyasa aksaklıklarının önemli örneklerinden birini ve rekabetin kimi alanlarda kaynak dağılımında etkinliği ve verimliliği sağlayıcı bir araç olmamasının sebebini doğal tekeller oluşturmaktadır²². Bazı sektörlerdeki temel hizmetler nitelikleri gereği doğal tekel olma özelliğini haizdir. Bir başka deyişle, doğal tekeller, ölçek ve kapsam ekonomileri yüzünden, kimi hizmet veya hizmet demetlerinin, ancak bir tek firma tarafından sunulması halinde en ucuza mal edilmesinden kaynaklanırlar. Piyasada firma sayısının artması maliyetleri yükselteceğinden, rekabet, bu hizmetlerin tüketiciye ucuz bir biçimde ulaştırılması sonucunu doğurmayabilecektir. Dolayısıyla piyasa aksaklığının ve devlet müdahalesinin gerekliliğinin temelinde de çoğu kez ölçek ve kapsam ekonomileri yatmaktadır²³.

Bu durumda, gerekli rekabet ortamının mevcut olduğu ve rekabetin fiyat ve kalite açısından gerekli dengenin kurulmasını sağladığı piyasalarda, idarenin rolü esas itibarıyla rekabetin devamının sağlanması ve tüketicinin korunması ile ilgili tedbirlerin alınması (ve belki bazı planlama ve teşvik faaliyetleri) ile sınırlı kalmaktadır. Bunun yanında, sanayileşme ve kalkınma amaçları da dahil çeşitli gerekçelerle devletin bu tarz sektörler bakımından belli özel ya da genel destek ve teşvik tedbirleri alması söz konusudur. Buna karşılık, doğal tekeller ve belli özellikleri olan sektörlerde rekabet aksaklıklarının amaçlanan hedeflere ulaşılmasını engellediği ortamlarda ise, devletin daha etkin ve kapsamlı müdahalesi gerekmektedir.

Değerlendirilmesinde önem olduğunu düşündüğümüz bir nokta, Anayasa madde 167’de devlete verilen sermaye, kredi, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı tedbirleri alma görevinin, özellikle devam eden kısmındaki tekelleşme ya da kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü ile birlikte ele alındığında sadece rekabete açık sektörler bakımından mı söz konusu olduğu, yoksa niteliği gereği kamu hizmeti sayılan sektörlerin idari düzenlemesine de dayanak oluşturup oluşturmayacağıdır. Kanımızca bu maddede verilen görev, niteliği gereği kamu hizmeti teşkil eden sektörler ya da devlet teşekküllerinin tekel konumunda

²² Aynı, s. 13-14.

²³ İzak Atiyas, “Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet” **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 3**, Ankara, 1999, s. 49.

bulunduğu ya da büyük ağırlık taşıdığı sektörler için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu sektörler bakımından da bir mal ya da hizmet piyasası söz konusudur ve bu bakımdan, düzenleme gereği ve görevi bu sektörler için de, belki daha da evleviyetle, mevcuttur.

(c) Sosyal Devlet

1982 Anayasasında yer alan ve cumhuriyetin niteliklerinden biri olan sosyal devlet, günümüzde temelleri 1789 Fransız Devrimi ile atılan liberal devlet anlayışının son aşaması olarak kabul edilmektedir. Bu kabulden yola çıkarak devletin ve siyasi iktidarın temel amacının birey olduğunu savunan ve bireyin hizmetinde olan liberal devlet anlayışının özündeki bu temel fikir, sosyal devletin de yapısı içinde yer almaktadır. Ancak sosyal devlet, kurduğu temel yapı içinde, liberal devletin bu temel ilkesine körü körüne bağlı kalmamakta, artık sadece birey ile ilgilenmemektedir²⁴. Sosyal devlet anlayışında, bireyin artık sosyal ve ekonomik yaşamda tek başına bir varlık olmadığı gerçeği kabul edilmektedir. Zira, birey toplumda yaşarken başka bireylerle ilişkiler kurmakta ve bu ilişkiler sonucunda oluşturulan aile gibi sosyal kurum ve kuruluşlar da sosyal devlet düzeni içinde önemli bir yer arz etmektedir. Çünkü bu tip kurum ve kuruluşlar bireyin kendisine maddi ve manevi katkılar sağlamaktadır. Bu nedenle de devletin bireyin hizmetinde olduğu temel ilkesine dayanan sosyal devlet anlayışında, devlet bireyin kendisi ile olduğu kadar, bu ilişkiler ağı ile de ilgilenmeyi kendine bir hedef olarak belirlemektedir.

Sosyal devlet anlayışında belki de en önemli farklılık ve bu anlayışın liberal devletin son aşaması olarak kabul edilmesine neden olan temel değişiklik, bireyin hizmetinde olan devletin söz konusu hizmeti gerçekleştirirken izlediği yöntemlerdeki farklılıktır. Artık sosyal devlette, liberal devlet anlayışından farklı olarak bireylerin doğuştan sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri kullanmalarına karışmama görevi görünüm değiştirmekte ve bu temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını sağlama yönünde daha aktif bir rol içermektedir. Aksine sosyal devletin, bireyin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik hayata gerekli müdahalelerde bulunmasına ilişkin yeni görevleri bulunmaktadır. Bu nedenle de sosyal devlet anlayışında, bireyin temel hak

²⁴ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Genişletilmiş 6. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 357-358.

ve özgürlüklerinin yanı sıra ona bir takım sosyal haklar tanınmıştır²⁵. Bu hakların tanınmasının temel amacı, bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini kullanırken karşılaşılabileceği zorlukları ortadan kaldırmak ve bu hakların kağıt üzerinde yer alan birer hak olmaktan çıkarmaktır. Çünkü her bireyin doğuştan özgür ve eşit olduğu ilkesi kabul edilse bile zamanımızın ekonomik şartları göz önüne alındığında bu teorik bir ilke olarak kalmaktadır, yoksulluğun ve ekonomik bağımlılığın egemen olduğu bir hayata başlayan bireyin eşit ve özgür olmasının mümkün olmadığı bir gerçektir. Bir diğer deyişle, kişinin maddi bakımdan asgari bir düzeye gelebilmesi onun doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri gerektiği gibi kullanmasına yardımcı olmak, sosyal ve ekonomik adaletsizliği ortadan kaldırmak sosyal devletin biricik görevidir.

Sosyal devletin üstlenmiş olduğu bu görevlerin özellikle 19. yüzyılda sanayileşmenin yarattığı ağır sosyal sorunlar, gelir ve servet eşitsizliği ve ardından Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonunda meydana gelen ekonomik krizler için çözüm yolu aranırken ortaya çıkmış olduğunu söyleyebiliriz. Temel ilkesi birey olan, bireyin sosyal ve ekonomik hayatına karışmama ilkesine bağlı olan liberal devlette, kapitalizmin gelişmesi sonucu birey ekonomik bir birim olmaktan çıkmıştır. Bireyin yerini karteller, büyük işletmeler almış, tekeller ortaya çıktığından liberal devletin ekonomik düzeninin temel ilkesi olan serbest rekabet ilkesi de ortadan kalkmıştır²⁶. Sık sık ortaya çıkan ekonomik krizlerde de liberal devletin, ekonomik hayatın kendiliğinden oluşan kanunlara uygun olarak gelişeceği ilkesinin işlerliğini yitirdiği görülmüştür. Bu gelişmelerin ardından 19. yüzyılda sınırlı da olsa devlet ekonomiye müdahalede bulunmuş ancak söz konusu müdahalelerin bazı kişiler ya da ufak bir azınlık lehine yapılmasının bir yararı olmamıştır²⁷. Zaman zaman devletin müdahaleleri daha geniş kitleleri korumaya yönelik olsa bile, bunların ekonomik yönden zarar gören kitlelerin talepleri doğrultusunda belirli bir plandan yoksun ve sadece sorun ortaya çıktıktan sonra yapılan müdahaleler olması nedeniyle sosyal ve

²⁵ Aynı, s. 359-361.

²⁶ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, s. 382 vd..

²⁷ Ayferi Göze, *Sosyal Devlet Sistemi*, s. 75.

ekonomik dengenin sağlanmasında yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır²⁸. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında devletlerin ekonomiye müdahalelerinin gerekli olduğu görüşü egemenlik kazanmış ve artık liberal sistemde “jandarma” veya “kendiliğinden işleyen doğal ekonomik kanunlar karşısında sadece bir organizatör” görevini üstlenen devletin bu konunun ötesinde bir işlerlik kazanması ve birtakım görevler üstlenmesi gerektiğine inanılmıştır²⁹. Bu yeni inanç uyarınca devlet liberal devlet sisteminden farklı olarak sadece kriz dönemlerinde değil, sürekli, etkili ve önceden gerekli önlemleri alan, ülkenin tüm üretim kaynaklarını ve insan gücünü en rasyonel biçimde kullanarak sosyal ve ekonomik gelişmeyi ve sosyal adaleti sağlamaya yönelik müdahaleci bir karakter taşıyan yeni görevler üstlenmiştir. Liberal devlet sisteminin temel ilkeleri arasında sayılan³⁰ “bir kısım insanın zenginleşmelerine karşılık, bir diğer kısım insanın yoksulluk içinde yaşamasının doğal sayılması” gerektiği ilkesi terk edilmiştir.

Sosyal ve ekonomik refahı hedefleyen ve bireylerin sosyal ihtiyaçlarının karşılanması görevini üstlenen devlet bu görevini “kamu hizmetleri” ile karşılama yoluna gidecektir³¹. Söz konusu hizmetler iç ve dış güvenliğin sağlanmasının yanında eğitim, sağlık, barınma, kültürel alanlarda olduğu gibi, liberal devlet sistemi içinde özel teşebbüslerin faaliyet alanına giren, ancak toplumun genel ihtiyaçları içinde değerlendirilen bazı hizmetleri de kapsayacaktır. Önce ekonomik refah olmadan sosyal refahın sağlanamayacağı tezinden hareketle, devlet ekonomik gelişme için de birtakım yükümlülükler altına girecektir. Önemli olan devletin amacını gerçekleştirebilmesi için bir takım hedefler saptanması ve bu hedeflere en etkin, en kısa yoldan ve eldeki kaynakları en verimli şekilde kullanarak nasıl ulaşılabileceğinin belirlenmesidir³². Bir başka deyişle, ekonomik hayatın bireyler tarafından belirlenmediği, aksine devlet ile bireyin birlikte hareket etmesi yoluyla oluşan sosyal devlet sisteminde söz konusu karşılıklı işbirliği devletin önceden saptadığı belirli bir

²⁸ Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 82 vd.

²⁹ Ayferi Göze, Sosyal Devlet Sistemi, s. 77.

³⁰ Aynı.

³¹ Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, s. 391.

³² Aynı, s. 392-393.

plan ve program dahilinde, toplumun ortak menfaatine yönelik belli bazı kurallara uygun olarak yürütülecektir. Zira bu birlikte hareket etme unsurunun varlığı sosyal amaca yönelik müdahalelerin olumlu sonuçlar doğurabilmesi için gereklidir³³. Ekonomik refahı sağlamak ve özellikle kalkınmayı hızlandırmak amacıyla, özel teşebbüs veya kişilerin faaliyette bulunma konusunda çekimser kaldıkları – çok büyük sermaye gerektirmesi ve karlı olmaması gibi nedenlerden dolayı – alanlarda devlet devreye girmek durumundadır. Devlet bu faaliyetlerini ilk bakışta kamu işletmeleri kurmak yoluyla yapmıştır. Ancak bunun yetersiz kaldığı ya da istenen sonucu vermediğinin görüldüğü durumlarda alternatif araçların geliştirilmesi gerekeceği tabiidir.

2. Kamu Hizmetinin Model Tartışmasında Yeri

Kamu hizmeti gibi üzerinde bu kadar tartışılmış ve tartışılmaya devam eden, üzerinde bunca kalem oynatılmış bir kavramın bir doktora tezinde layıkıyla çözümlenmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak, özellikle ABD ve AB’de, ihtimal büyük ölçüde hakim siyasal ve ekonomik düşünceye paralel olarak gelişmekte olan kavramların ve uygulamaların değerlendirilebilmesi için bir ortak zemin oluşturulması da gerekli görülmektedir. Zira ne derece demokratik ve toplumsal tercihlere uygun olduğu tartışılrsa da, söz konusu kavram ve uygulamaları geliştiren düzenlerin yaratıcısı ülkelerin etkin olduğu uluslararası mekanizmaların da etkisi ile bu kavramlar ve uygulamalar ülkemizde de yoğun olarak hayata geçmeye başlamıştır. Nitekim, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından başta gelen örneklerden olan elektrik ve doğal gaz piyasalarına ilişkin 4628 ve 4646 sayılı kanunlar, Uluslararası Para Fonu ile düzenlenen niyet mektuplarında ele alındıktan sonra uluslararası örneklerle ve özellikle AB mevzuatına uygun olarak hazırlanmış ve uygulamaya konmuştur. Buna karşılık, bu kavram ve uygulamaların mevcut sistem ile tamamen kabil-i telif olmadığını söylemek de en önemli özelliklerinden biri uyarılma/esneklik olan³⁴ bir sistem için haksızlıktır. Bu düzenlemelerden sonra, söz konusu alanlardaki faaliyetlerin artık kamu hizmeti olma niteliğini kaybettiğini söylemek, belki klasik kamu hizmeti teorisi ile de tutarlı olan bir bakış açısidir. Ancak kanımızca bu

³³ Aynı, s. 391.

³⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 1. Cilt, 2. Bası, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 21-22.

faaliyetlerin zamanında kamu hizmeti olarak tanımlanmasını gerektiren özellikler, belki önemli değişimler göstermekle birlikte, ortadan kalkmamıştır. En azından, bu sektörlerde, devletin doğrudan faaliyet göstermesine olan ihtiyaç azalmış olsa da, devletin müdahalesine olan ihtiyaç azalmamış, hatta aksine artmıştır.

Mevcut sistemin eksiklikleri olduğu gibi, önerilen sistemin de eksiklikleri olduğu, hatta kimi gelişmekte olan ülkelerdeki öneriliş biçiminden, önerilerin gönüllü ya da gönülsüz alıcısı olan gelişmekte olan ülkelerdeki geçerliliği/uygulanabilirliğinin tartışıldığı da unutulmamalıdır. Kaldı ki günümüzde, liberal veya sosyal diye ayrılabilir siyasi görüşlerin tartışma platformu, ekonomik faaliyetlere devlet müdahalesi olup olmaması değil, daha az ya da daha fazla devlet müdahalesi ile bu müdahalenin şartları ve içeriği (yani bu faaliyetlerin devlet tarafından düzenlenmesi/regülasyon) konusunun, hatta regülasyon, deregülasyon ve reregülasyon olarak ifade edebileceğimiz üçlemenin, etrafında şekillenmektedir. Geçmişinde, mirasçısı olduğu imparatorluğun çöküşünde belki doğrudan gerekçe olmasa bile önemli bir etken olmuş kapitülasyonlar gibi acı bir deneyimi olan ülkemizde, bu tartışmaya ciddi bir katkı yapacak birikimin bulunduğu da düşünülmelidir.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, idare hukuku sistemimize uygun devlet müdahalesi modelinin oluşturulması sorunu, kanımızca tercih edilen dünya görüşlerinden bağımsız olarak, hatta bu görüşlerin siyasal hayattaki ağırlıklarının zaman içinde değişim göstermesinden pratik/teknik düzlemde fazla etkilenmeksizin, ele alınmalı, ihtiyaçlara ve teknik gereklere uygun şekilde işleyebilen bir sistem için genel bir hukuki çerçeve çizilebilmelidir. Diğer bir deyişle, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak andığımız sektörlerdeki idari düzenleme modeli, daha müdahaleci ya da daha liberal siyasi yaklaşımların hangisi tercih edilirse edilsin, geçerliliğini ve uygulanabilirliğini koruyabilmelidir.

B. Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetleri

Çalışmanın amaçları bakımından “ekonomik nitelikli kamu hizmetleri” kavramı iki temel vurgulamayı yapabilmek için önerilmiş ve kullanılmıştır. Kavram bir taraftan serbest rekabet ortamında öncelikli ve daha ağırlıklı olarak özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi, ekonominin temel hedefi olan kıt kaynakların verimli

kullanılması amacı çerçevesinde kanun koyucu tarafından tercih edilen ekonomik faaliyetleri ifade ederken, diğer taraftan da söz konusu ekonomik faaliyetlerin tam rekabet ortamında sağlanamaması, faaliyetin özellikleri ya da rekabetin bazı sonuçları sağlamakta yetersiz kalması, gerçekleştirilmek istenen sosyal politikalar ve ulusal çıkarlar gibi nedenlerle yoğun olarak idari düzenlemeye tabi tutulma durumunu vurgulamak amacı gütmektedir. Bu anlamı ile, yoğun idari düzenleme gereği, faaliyetin kimi özelliklerinin bir sonucudur ancak hukuki modelin oluşturulması bakımından, bir faaliyetin yoğun idari düzenlemeye tabi tutulması, o faaliyetin ekonomik nitelikli bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesinin kriterlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Doğal olarak, inceleme konusu yapılan kavram, kimi diğer yönlerinin yanında ekonomik boyutu ihmal edilebilir nitelikte olan ya da sadece kamu yönetiminin verimliliği kapsamında değerlendirilebilecek kimi hizmet ya da konuların (örneğin kimi belediye faaliyetleri, sosyal hizmetler, tapu, kadastro ve nüfus işleri gibi) ayrıştırılmasını da sağlamaktadır³⁵.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri teriminin önerilmesinde altı çizilmesi gereken bir nokta da, son dönemlerde yoğun şekilde kanuni düzenleme konusu olan ve aynı zamanda doğal tekel niteliği taşıyan, telekomünikasyon, enerji ve ulaştırma gibi “klasik” kamu hizmetlerinin yanı sıra, idari, sosyal ve ekonomik açılardan büyük “duyarlılık” taşıyan, bu nedenle yoğun idari düzenleme ve denetleme konusu olan, ancak “klasik” olarak kamu hizmeti niteliği taşımayan bankacılık ve tarım gibi sektörlerin de en azından ilgili idari düzenlemelerde konu, amaç ve yöntem bakımından benzerlik olduğu ölçüde kapsayacak bir modelin oluşturulmasıdır. Gerçekten de, özellikle son dönemde çıkan kanunlarla, bu sektörlerin idari düzenleme rejiminin, “klasik” kamu hizmetlerindeki idari düzenleme rejimi ile ciddi ölçüde paralellik arz ettiği gözlemlenebilir. Bu durumda, uygulanması söz konusu olabilecek idari düzenlemelerin ve bu düzenlemelerin içerdiği idare hukuku ilke ve kurallarının bu sektörleri de dikkate alacak şekilde incelenmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Belki daha da ileri giderek, bu sektörlerin de ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alanı içinde değerlendirilmesi –temel çerçevede bir mutabakat sağlandıktan sonra– mümkün olabilir.

³⁵ ABD ve İngiltere’de bazı hapisanelerin özel sektör tarafından yaptırılması ve işletilmesi örneklerinin bulunduğu düşünüldüğünde, teorik sınırların bu tür hizmetlerin de önemli kısmını içine

C. Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında İdarenin Rolü

Devletin ekonomiye müdahalesi ya da ekonomideki rolünü çok çeşitli şekil ve içerikte görmek ve tasnif etmek mümkündür. Ancak ekonomik nitelikli kamu hizmetleri açısından bakıldığında, idarenin iki tür rolü olabildiği söylenebilir³⁶.

İlk olarak, kamu kesimi, bazı ekonomik faaliyetleri bizzat kendisi, üretim araçlarının mülkiyeti kendisine ait olarak yürütebilir. Özellikle 1930'lu yıllardan başlayarak tüm dünyada bunun çok çeşitli ve kapsamlı örnekleri görülmüş ve bu örnekler, belki ABD istisnası dışında, 1980'lere kadar bütün gelişmiş ülkelerde belli bir ağırlığı korumuştur. Günümüzde, piyasa ekonomisini temel alan ülkelerde dahi çeşitli nedenlerle mülkiyeti kamuya ait ekonomik teşebbüsler bulunmaktadır. Buna çeşitli gerekçeler gösterildiği görülmektedir. Sektörün rekabete hiç açık olmaması ya da doğal tekel niteliği taşıması, stratejik önemi, özel sektörün karlılık kaygısı ile belli bir ekonomik faaliyeti yürütmemeyi tercih ediyor olması, bölgesel, sektörel, hatta sosyal nedenler ile belli işletmelerin devam ettirilmesinin tercih ediliyor olması, bu gerekçelere örnek olarak gösterilebilir. Bu sektörler, en azından organik anlamda kamu hizmeti sektörleri olarak değerlendirilmektedir.

Başta tam rekabetin bulunmadığı tespit edilen sektörler olmak üzere, kimi sektörler bakımından ise, idarenin çok yoğun bir müdahalesi söz konusudur. Kimi durumlarda, idarenin söz konusu müdahaleyi, kendi sahibi olduğu ve piyasada faaliyet gösteren ekonomik işletmeler eliyle yaptığı görülmektedir³⁷. Bir KİT'in ticari açıdan yapması doğru olmayabilecek gereken bir zammı bütçe hedefleri nedeniyle yapması ya da yapması gereken bir zammı enflasyon hedeflerinin tutturulmasına katkıda bulunmak adına yapmaması buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu işletmelerin söz konusu müdahalenin amaçları bakımından alabileceği kararlar ya da içine gireceği

alabileceği görülmektedir. Bkz. John E. Nowak - Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, Sixth Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul-Minnesota, 2000, s. 518.

³⁶ Bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 210, Ankara, 1984, s. 115 vd. , özellikle s. 125. Ayrıca devletin bu alandaki bir diğer müdahale aracı olarak da destekleme ve özendirme faaliyetleri eklenebilir.

³⁷ Bu müdahaleler resmi ya da gayriresmi emirler yolu ile olabileceği gibi, böyle bir emir olmasa dahi, yöneticilerin kamu personeli kimliklerinin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir. Zira kar hedefi olmayan ve performansın işletmenin ticari durumu ve karlılığına göre değerlendirilmediği bir

davranış biçimleri, çok büyük bir çoğunlukla bizatihi bir ekonomik işletmenin birinci ve neredeyse salt amacı³⁸ olan “kar” amaçlı olmayabilmekte, aksine karı azaltıcı ve uzun vadede işletmenin varlığının finansal ve ekonomik yönlerden sürdürülebilirliğini zedeleyebilecek nitelikte olabilmektedir. Asıl önemlisi, bu tür yaklaşımların çoğunlukla güdülebilecek diğer amaçlara (örneğin sosyal fayda, ihtiyaç sahibi kesimlerin gözetilmesi) ne ölçüde hizmet ettiği ölçülememekte, dolayısıyla fayda/maliyet analizi yapılamamaktadır. Bu konu, bir anlamda saydamlık sorununa indirgenebilirse de, kanımızca saydamlık, aşağıda da değinileceği gibi, esas olarak konunu bütününe değil, bir idari düzenleme çerçevesinin önemli bir alt başlığını oluşturmaktadır.

Ancak daha büyük bir çoğunlukla, söz konusu müdahaleler, sektörün tabii olduğu kanunlardan kaynaklanan özel ve idare hukukunun idareye tanıdığı genel yetkiler çerçevesinde yapılan genel düzenlemelerden oluşmaktadır. Söz konusu genel düzenleyici işlemler, hem ilgilileri belli davranış biçimlerine yönlendirmekte, hem de bireysel olarak haklarını ve hukuki durumlarını etkileyen birel işlemlere kaynaklık etmektedir. Bu tezin ana konusu, bu tür idari işlemler yolu ile kamu hizmetlerinin idari düzenlemesidir. Bu idari düzenlemeler sadece belli bir piyasadaki mal ve hizmet arzını düzenlemekten, bu faaliyetlerin yan etkilerine kadar (örneğin çevre) çok çeşitli amaçlara hizmet edebilmektedir.

İdarenin bu düzenleme faaliyetinin kendi içinde ekonomik kolluk ve ekonomik kamu hizmeti olarak ayrılabilceği ileri sürülmüşse de³⁹, bunun bir bütün olarak idari düzenleme faaliyeti şeklinde ifade edilmesi kanımızca daha doğru olacaktır. Bu konu ileride daha etraflıca tartışılmaya çalışılacaktır.

işletmede, atananların bu tür hiyerarşik etkilere daha açık olması doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır denilebilir.

³⁸ Günümüzde işletmelerin sosyal sorumluluğu (corporate responsibility) ya da faaliyetlerinde sadece ve mutlak anlamda karlılık değil bazı sosyal hedefleri de gözetmeleri konusu artan bir eğilim olarak göze çarpmakta ise de, bunu somut bir gelişmeden ziyade bir eğilim olarak nitelendirmek kanımızca daha doğru olur. Zira, bu amaca uygunluğun kriteri ve dışsal denetimi henüz bulunmamaktadır.

³⁹ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 125. Bu ayrıma göre, klasik kolluk faaliyeti bireysel faaliyetlerin kayıtlanmasını ve sınırlandırmasını içerirken, ekonomik kamu hizmeti ekonomik amaçlarla bireysel faaliyetin düzenlenmesi ve bu yolla ekonomik ilişkilere bir yön verilmeye çalışılması olarak nitelenmektedir.

D. Saydamlık Sorunu

Saydamlık, günümüzde kamu yönetiminin en temel kavramlarından birisi haline gelmiştir. Konu aslında kamu yönetiminin bütünü açısından önemlidir, hatta günümüzde kamu yönetiminin en önemli konularının belki de başında gelmektedir. Ancak ekonomik faaliyetler alanında saydamlık konusunun, gerek kamu tarafından bizzat yürütülen ekonomik faaliyetler, gerek kamunun denetim ve idari düzenleme faaliyetleri, gerekse destek ve teşvik tedbirleri bakımından belki de en önemli ve birincil sorun haline geldiği söylenebilir.

Ekonomik alanlardaki kamu faaliyetlerinde saydamlık sorunu bizatihi idarenin tek amacının “kamu yararı” olması, hatta en azından bazı bakımlardan “kar” amacının “kamu yararı” amacıyla kabil-i telif olmaması karşısında⁴⁰ daha kritik hale gelmektedir. Bu durumda, hangi kararın hangi amaçla alındığının, alınma süreçlerinin, karar alanların yetki ve sorumluluklarının açıklıkla ortaya konması gerekmektedir. Aksi takdirde, alınan kararların ve uygulanmalarının verimliliği değerlendirilememekte, israf ya da yozlaşma ortaya çıkabilmekte ya da en azından bunların olabildiği iddiaları, aksini kanıtlamak mümkün olmadığından, rahatlıkla ve spekülatif olarak ortaya atılabilmektedir. Bunun belki de en vahim sonuçlarını doğuran örneği son zamanlarda kamu bankalarının görev zararlarıdır. Bu detaylar IMF’ye verilen niyet mektuplarında da görülebilir⁴¹.

Saydamlık sorunu büyük ölçüde ülkemizin gündemine özellikle son yirmi yılda yoğun bir biçimde yerleşen yolsuzlukla mücadele bağlamında değerlendirilmektedir. Kuşkusuz, kamu yönetiminde saydamlığın, açıklığın sağlanmasının, yolsuzluk ve usulsüzlükleri önlemekte önemli bir payı olduğu/olacağı açıktır. Ancak konumuzla daha ilgili olduğunu düşündüğümüz nokta, idarenin kaynaklarını en etkin değerlendirmesinin kontrolü, yani performans denetiminin sağlanmasıdır. Nitekim Bakanlar Kurulu’nun kabul ettiği Türkiye’de Saydamlığın Arttırılması ve Kamuda Etkin Yönetimin Geliştirilmesi Eylem Planının birinci amacı,

⁴⁰ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, s. 18 vd. ve Cilt 2, s. 921.

⁴¹ IMF’ye verilen niyet mektuplarının tam metinleri için bkz. (Çevrimiçi) www.hazine.gov.tr.

“kamu hizmet sunumunda performans standartlarının oluşturulması”dır⁴². İdarenin bir faaliyete ne kadar doğrudan ya da dolaylı kaynak ayırdığı ve bu kaynakların kullanımı ile ne sonuç elde ettiği, kanımızca bu kaynakların kullanımında yasa kurallarına uyulup uyulmadığı kadar önemli bir konudur. Bu nedenle, saydamlık ve idari faaliyetlerde performans denetimi sorunu, tezimizin her bölümü bakımından değerlendirme gerektiren bir alt tema olarak düşünülmektedir.

⁴² 12.01.2002 tarihli ve 2002/3 sayılı Türkiye’de Saydamlığın Arttırılması ve Kamuda Etkin Yönetimin Geliştirilmesi Eylem Planına İlişkin Bakanlar Kurulu Prensip Kararı ve ekli Eylem Planı .

II. KAMU HİZMETİ VE BİR TANIM ÖNERİSİ

Hangi açıdan bakılırsa bakılsın, kamu hizmeti, idare rejim sistemimizin ve idare hukukunun merkezi kavramıdır. Böyle olmakla birlikte, bu kavramla ilgili tartışmalara ve değerlendirmelere, öncelikle kavramın belirsizliğinden ve üzerinde geniş mutabakat olan bir tanımının bulunmamasından bahsederek başlanması neredeyse adettendir⁴³.

Dilimizde kamu hizmeti terimi semantik açıdan zengin anlamlarla yüklüdür. Terimin belirleyici ögesi olan “kamu” terimi, sözlüklerde esas olarak “hep, bütün” anlamının yanı sıra, “bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme” olarak tanımlanmaktadır. İlginçtir ki, “kamu hizmeti” terimi de “devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından halkın genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanması” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Bu tanımlar, semantik açıdan kamu ve kamu hizmeti terimlerinin değişik karşılıklarını ve anlam farklılaşmalarını vermekten uzaktır, idare hukuku açısından ise en iyi yaklaşımla eksiktir.

Kamu hizmeti kavramına ilişkin gerek tanım gerek unsurlar gerekse hakim olması gereken ilkeler çerçevesinde doktrinde çok kalem oynatılmıştır. Ancak, biraz da pozitif hukuk ağırlıklı yaklaşım farklılığını vurgulamak üzere, bu bölümdeki kamu hizmeti kavramına ilişkin mevcut durumun değerlendirmesine, doktrinden ziyade (ancak bu doktrinden esaslı ölçüde esinlenen) Anayasa Mahkemesinin yakın geçmişte

⁴³ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 147.

⁴⁴ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 9. Baskı, Ankara, 1998, s. 1181. Buna karşılık, Türk Hukuk Lugatı’nda, “amme hizmetini”, geniş anlamı ile, “bir amme idare veya müessesesi tarafından doğrudan doğruya veya böyle bir idarenin nezareti altında umumi ihtiyaçları ve menfaatleri tatmin ve temin etmek maksadı ile girişilen teşebbüsler ve gösterilen faaliyetler” olarak tanımlamaktadır, ki bu tanımın doktrinde ve Anayasa Mahkemesin kararlarında getirilen tanımlarla örtüştüğü görülmektedir. Buna karşılık, dar manada “amme hizmeti” ise “amme idare veya müesseselerinin amme hukukuna mahsus usuller dairesinde ve bu hukuktan doğan salahiyet ve imtiyazlara dayanarak gösterdiği faaliyetlerle yaptığı hizmetler” olarak tanımlanmaktadır. *Türk Hukuk Lugatı*, Türk Hukuk Kurumu, 4. baskı, Ankara 1998, s. 15. Burada kullanılan “amme hukukuna mahsus usuller dairesinde” ifadesi, tartıştığımız ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı bakımından önem arz etmektedir. Zira, bu tanım bu şekli ile kamu teşebbüslerinin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü hizmetleri, kamu hizmetleri tanımı kapsamı dışında bırakır görünmektedir.

verdiği bir kararda yer alan tanım ve değerlendirmelerden alıntılarla başlamak, tezin amaçları açısından uygun görünmektedir⁴⁵.

A. Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmeti

1. Anayasa Mahkemesi Tarafından Benimsenen Tanım

Kanuni düzenlemelerde kamu hizmeti tanımı olmadığı gibi, terimin tutarlı ve tek düze şekilde kullanılması bir yana, farklı anlamlarda ve kimi yerlerde de özensiz bir şekilde kullanıldığı⁴⁶, hatta, giderek kullanılmaz hale geldiği gözlemlenmektedir⁴⁷.

Pozitif hukukta kamu hizmetinin bir tanımı Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarihli kararında verilmiştir⁴⁸. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile, 3974 sayılı Kanunun “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak ya da diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devralmalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup imtiyaz teşkil etmezler” hükmünü iptal etmiştir. Sözü geçen kararda kamu hizmeti tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri

⁴⁵ Bu yaklaşım, tezin amacının, kamu hizmeti kavramına biraz dışarıdan, pratik ve pragmatik bir bakış ile bazı değerlendirmeleri ileri sürmek olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu arada, Anayasa Mahkemesinin Mart 2003’de verdiği telekomünikasyon sektörüne ilişkin 4502 sayılı Kanun hakkında verdiği karar, düzeltilmiş tez metninde tartışılmaktadır. Bu karar, özellikle tezin ilk metninde Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararları çerçevesinde yapılan tartışmalara ve getirilen kimi eleştirilere ışık tutmaktadır.

⁴⁶ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 97 vd. (özellikle s. 102) ve Aydın Gülan “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 147-148.

⁴⁷ Bilebildiğim kadarı ile en son 4502 sayılı kanunda, kimi telekomünikasyon hizmetleri bakımından asgari evrensel hizmetler terimi kullanılmış, buna karşılık, elektrik ve doğal gaz piyasaları ile ilgili son düzenlemelerde (4628 ve 4646 sayılı Kanunlar) bu niteliğe herhangi bir atıf yapılmadığı gibi, klasik kamu hizmeti kavramlarına göre farklı değerlendirmeler içeren uygulamalara rastlanmaya başlanmıştır.

⁴⁸ AYMK 1994/43E, 1994/42-2K, 24 Ocak 1995 T. ve RG Sa. 22181, s. 3 vd.

karşlamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli etkinliklerdir.”⁴⁹

Aynı kararında, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin tanımına ilişkin bazı tartışmalı konulara ilişkin olarak da görüşünü açıklamıştır:

“Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.... “Kamu hizmeti kavramı”nın gerek öğretide gerek uygulamalarda gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kaldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden, Anayasa kurallarına uygunluğu ya da aykırılığı saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa’nın 47. maddesinde “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir” denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.”⁵⁰

Bu karar, öncesi ve sonrasındaki dönemlerde, benzer nitelikli kanun maddelerine ilişkin verilen kararlar ile birlikte ele alındığında Anayasa Mahkemesinin, “objektif” bir kamu hizmeti tanımını tercih ettiği ve bazı faaliyetleri, toplum için taşıdıkları önem dolayısıyla, nitelikleri gereği kamu hizmeti saydığı, bu konuda (yani faaliyeti kamu hizmeti alanından çıkartıp çıkartmama yönünde) kanun

⁴⁹ Aynı, s. 21.

⁵⁰ Aynı, s. 21-22.

koyucunun iradesini mutlak belirleyici saymayıp, takdir ve tasarrufunu Anayasadan kaynaklanan değerlendirmelerle sınırlamalara tabi tuttuğu söylenebilir⁵¹.

Anayasa Mahkemesi, tanım tartışmalarına sadece geçerken değinip, “en geniş” olarak nitelediği tanımı kararına esas almıştır. Bunun gerekçesini, devam eden kısımda yer alan ve tanımın organik niteliğine ilişkin yapılan değerlendirmede bulmak mümkündür. Kararda, “ ‘Kamu hizmeti kavramının’... Devlet ve öteki kamu tüzel kişilerinde genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bu kapsamın da gittikçe genişlediği” bir gerçek olarak saptanmıştır. Buna göre, “çağdaş kamu hizmeti kavramına giren etkinlikler, yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlanamaz”.

Gerçekten de, bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne bürünmesini tetikleyen, sonuçta toplumda o faaliyetin giderdiği ihtiyacın büyüklüğü ve önemi ise, giderek gelişen toplumlarda, ihtiyaçların artması ve önem kazanması doğaldır ve bunun en doğrudan sonucu da kamu hizmeti alanlarının genişlemesi ve yaygınlık kazanmasıdır. “Çağdaş” kamu hizmeti ile kast edilen de bu olmalıdır.

Belirtmek isteriz ki, kamu hizmeti kavramının gittikçe genişlediği yolundaki saptama, tezimizin temel çıkış noktalarından birisini oluşturmaktadır. Öte yandan, enerji ve telekomünikasyon gibi klasik kamu hizmeti olarak nitelenen kimi faaliyetler bakımından getirilen ve klasik kamu hizmeti kurallarından önemli ölçüde farklı düzenlemeler öngören kapsamlı yasal düzenlemeler, bir bakış açısı ile söz konusu faaliyetleri kamu hizmeti kapsamından çıkartmaktadır. Örneğin, “öncesinde elektrik alanında kamu hizmeti niteliğinde kabul edilen tüm faaliyetler(in), ... 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile kamu hizmeti olma niteliğini yitirmiş, nitelik ve hukuki rejimi değişmiş ve piyasa koşullarında düzenlenen bir yapıya kavuşturulmuş...”⁵² olduğu ileri sürülmektedir.

Kanımız söz konusu hizmetlerin kamu hizmeti kapsamından çıkartılmadığı, getirilen kapsamlı yasal düzenlemelerin hizmetin gereklerine gelişmeler çerçevesinde

⁵¹ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 104.

⁵² Bkz. Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cilt: 13, Sayı 1-3, İstanbul, 2003, s. 72.

daha etkin cevap vermeye yönelik ve bu gereklerin bir sonucu olduğudur. Yukarıdaki örnekte üzerinde tartışmaya devam edildiği takdirde, 4628 sayılı Kanunun amaçları arasında sayılan “rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek” bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve “bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması” klasik kamu hizmeti yaklaşımından belli bir ölçüde ayrılmakla birlikte, kamu hizmeti unsurlarının tamamen ortadan kaldırıldığını göstermemektedir. En başta, idarenin söz konusu alandaki düzenleyici rolünün devam ettiği kabul edilmektedir. Sadece düzenleyici işlevin yerine getiriliş yöntemi değişmekte, idarenin işletmeci olarak düzenleyici işlevi, idare tarafından bizim kapsamlı ve yoğun idari düzenleme olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz, özgün bir düzenleyicilik görevi ile doldurulmaktadır⁵³. Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararındaki yaklaşım çerçevesinde, faaliyetin niteliği temel kamu hizmeti unsurlarını taşımaya devam etmektedir.

Söz konusu yoğun ve kapsamlı idari düzenleme kavramı, önerdiğimiz ekonomik nitelikte kamu hizmeti kavramının bir sonucu olduğu gibi, aynı zamanda söz konusu kavram altında değerlendirilebilecek hizmetleri ayırt etmeye yönelik bir kriter olarak da görülmelidir. Zira, bir kamu hizmetinin ekonomik nitelik kazanabilmesi için faaliyetin ekonomik yönünün ağırlık kazanması ve faaliyetin rekabete tam veya büyük ölçüde açılması, buna karşılık bu alanda faaliyet gösterenlerin davranışlarının ve rekabetin kamu hizmeti gereklerini yerine getirmekte eksik kalan yönlerinin bir idari düzenleme çerçevesi ile çizilmesi gerekir. Bu nedenlerle gerek getirilen yasal düzenlemeler gerek Anayasa Mahkemesinin en yeni kararında yaptığı belirlemeler çerçevesinde, bu sürecin kamu hizmetinin yukarıdaki saptama paralelinde (kuşkusuz gelişmelere uyarlanmak kaydıyla) genişlemesi olarak değerlendirilmesinin doğru olacağı inancındayız.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen genişleme gereği ve Anayasa Mahkemesinin nitelik itibarıyla kamu hizmetlerinin mevcudiyetini saptama yetkisi, bu yetkinin hukuki boyutlarının dışında, belli bir faaliyet bakımından tabi olunan rejimin bilinmemesinden kaynaklanan belirsizlikler nedeniyle doğan hukuk güvenliği sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını değerlendirme yetkisinin, kanun koyucu yerine mahkemeler

⁵³

id. s. 68

tarafından kullanılmasının sorunu çözmeyeceği yerinde bir şekilde belirtilmektedir⁵⁴. Kanımızca bu tezin konusu bakımından gündemde olan sorun, saptamayı kimin yapacağından ziyade, hangi kriterlere göre yapılacağıdır. Anayasa Mahkemesi bakımından ise, kanımızca asıl mesele, her şeyden önce, Anayasa Mahkemesinin, ya da genel olarak mahkemelerin, ellerinde somut kurallar ve kriterler bulunmamasıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin verdiği bu tür kararlarda, temel dayanak çoğu zaman, sosyal devlet ilkesi⁵⁵ ya da bağımsızlık gibi, bir faaliyet özelinde bakıldığında daha ziyade soyut kavramlar olmakta, bu durumda ise konu, siyasi değerlendirmelere tabi olmaktan kurtulamamaktadır. Anılan kararlarında Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki değerlendirmelerle elektrik üretim faaliyetlerinin kamu hizmeti teşkil ettiği ve bu nedenle, özel sektörün üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ya da mevcut tesislerin işletme haklarını devralmasına yönelik sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olup imtiyaz teşkil etmediklerine ilişkin düzenlemeyi iptal gerekçesini de maddi açıdan Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine dayandırmıştır⁵⁶. Kanımızca, bu kararlarda (belli bir ölçüde değinilmiş olmakla birlikte) iptal gerekçesinin Anayasanın 167. maddesine aykırılığa dayandırılması ve faaliyetin özelliklerini dikkate alan kapsamlı bir yasal düzenleme olmadan iki satırlık kanunlarla hizmetin niteliğinin değiştirilmesinin, devletin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlama görevi ile çeliştiğinin vurgulanması daha amaca uygun olurdu. Nitekim, aşağıda atıf yapılan 4502 sayılı Kanunla ilgili açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesinin red gerekçesi, bu açıdan kanımızca daha doyurucudur.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda atıf yapılan kararının ve ona paralel diğer kararlarının, aslında 1980'lerin sonundan itibaren daha artarak görülen özelleştirme ve bazı faaliyet alanlarını özel sektöre bırakarak devleti küçültme politikalarına karşı,

⁵⁴ Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", s. 105.

⁵⁵ Bu ilke, Anayasanın, Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde yer almaktadır. Modern demokratik bir devlet, sosyal devlet niteliğini kabul etsin ya da etmesin, toplumun temel ihtiyaçlarına duyarsız kalamaz. Sadece, sorun bu ihtiyaçların en iyi şekilde nasıl giderileceğinin belirlenmesi, bu belirlemeye uygun düzenlemelerin getirilmesidir.

⁵⁶ İptale gerekçe teşkil eden diğer maddeler, 11. madde (Anayasanın Üstünlüğü), 37. madde (Kanuni Hakim İlkesi), 125. madde (İdarenin İşlemlerine Karşı Yargı Yolu) ve 155. madde (Danıştay'ın Görevleri) olup, kamu hizmeti değerlendirmesine temel teşkil etmemekte, daha ziyade bu değerlendirmenin sonucunu oluşturmaktadırlar.

“kamu hukuku direnci”nin⁵⁷ bir manifestosunu teşkil ettiğini söylemek sanırız yanlış olmayacaktır⁵⁸. Bu dirence neden olan dinamik ise, gerek kanunları gerek bu yöndeki sözleşme ve işlemleri iptal ederek, idare ile özel kişiler arasında yukarıdaki değerlendirme çerçevesinde kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin özel kişilerce özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesini engellediği şeklinde algılanan yargıya karşı, bazı faaliyet alanlarından idareyi tamamen çıkartmak ve sadece bir kolluk denetimi yapar hale dönüştürmek çabaları olarak özetlenebilir⁵⁹. En sonunda ise, bir sonraki bölümde biraz daha etraflıca değerlendirilmeye çalışılacağı üzere, 13 Ağustos 1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla, Anayasanın dört maddesinde söz konusu “sorunu” “çözmeye” yönelik değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişikliklerin eleştirisi yanında, kanımızca asıl tartışılması gereken nokta, son dönemlerde yapılan kapsamlı yasal düzenlemeler çerçevesinde, devlet etkinlikleri ile sınırlanamayan kamu hizmetleri alanında özel sektörün rolünün ve serbestisinin tabi olacağı kural ve düzenlemeler bakımından ortak ölçütlerin neler olacağı. ve özel sektör katılımının ve rekabetin faydalarının, kamusal menfaatler korunmak suretiyle ne şekilde “gerçek anlamda” sağlanabileceğidir. Bu nedenle, özel sektörün kamu hizmeti sayılan alanlarda faaliyet gösterebilmesi için sağlıklı ve amaca uygun, menfaat dengelerini detayıyla gözeten, açık, belirli ve öngörülebilir bir hukuki altyapının oluşturulması gereklidir.

2. Anayasa ve Kanunlar Çerçevesinde Kamu Hizmeti

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasada da, kanuni metinlerde olduğu gibi, kamu hizmetinin bir tanımı yapılmış olmadığı gibi, kavram çok değişik ve çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır⁶⁰.

⁵⁷ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 99.

⁵⁸ Belirtmek gerekir ki, bu karara temel olan değerlendirmeler yeni değildir. Bkz. Aktaş kararı, İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (2002), s. 266 ve *Günışığında Yönetim* (1996) s. 270. Ancak, karar, bu değerlendirmeleri sahiplenmekle kalmamış, bunlara dayanarak idarenin yanında yasa koyucunun da tercihlerine karşı en üst mahkemenin konumunu/direncini ortaya koymuştur. Bu anlamda bu karar, AYM’nin bu bakımdan bir tercih ortaya koymadan verdiği “gelir ortaklığı” kararı diye bilinen 1984/9E 1985/4K 18/02/1985T karar ile karşılaştırılmalıdır.

⁵⁹ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 100.

⁶⁰ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 147-148 ve “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 97-97.

Anayasada 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, esas itibarıyla kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları ile bağlantılı olmakla birlikte, yeni bir tanım getirmemişlerdir. Değişiklikler ile daha ziyade bu konularda kanun koyucunun serbestisinin genişletilmesi hedeflenmiş gibi görünmektedir.

(a) Anayasa Madde 47'ye Getirilen Değişiklik

1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesinde kamu hizmeti kavramının esasına ilişkin düzenlemelerin temelde iki maddede ve dolaylı olarak bulunduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, “Devletleştirme” başlığını taşıyan 47. maddedir. Bu maddeye göre, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının gerekli kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Anayasa Mahkemesi tarafından, bu maddeden yorum yolu ile iki sonuç çıkartılmıştır. Birincisi, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin varlığının Anayasa tarafından tanınmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, Anayasa, kamu hizmeti niteliği taşıyan teşebbüslerin anayasal anlamda sadece idarenin tekelinde olmadığını, özel teşebbüslerin de kamu hizmetlerini görebileceğini ilke olarak kabul etmektedir. Aynı husus çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulanmıştır.

Bu maddeden çıkan ikinci sonuç ise, devletleştirmenin karşıt işlemi olan “özeleştirme” kavramının da mefhum-u muhalif yolu ile varlığının tanınmasıdır. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, bir işlemin özeleştirme niteliği taşımasının, sadece bu nedenle Anayasaya aykırılığını gerektirmediğini, bu gerekçe ile kabul etmiştir⁶¹.

İlk hali ile kamu hizmeti kavramına fazla bir açıklık getirmeyen 47. maddeye, 13.8.1997 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile iki fıkra eklenmiştir. Bunlardan ilki, yani yeni üçüncü fıkraya göre, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerin mülkiyetlerinde bulunan işletme ve varlıkların özeleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanun ile gösterilecektir. Aslında değişiklik gerekçesinde belirtilen amaç özeleştirmenin kanuni temele kavuşturulmasıdır⁶², ancak amaç sadece bundan ibaret ise, gereksizdir; zira yukarıda belirtilen çeşitli AYM kararlarında,

⁶¹ Bkz. AYMK 1994/43E, 1994/42-2K, 24 Ocak 1995 t. RG Sa. 22181, s. 3.

⁶² Nitekim, bu nedenle, madde başlığına “Özeleştirme” kelimesi de eklenmiştir.

özelleştirmenin, devletleştirme karşısı bir işlem olarak geçerli bir işlem olduğu, ilgili kuralların, esas ve usullerin ise kanunla gösterilmesi gerektiği zaten açıkça ortaya konmuştu. Buna karşılık, amaç bu esas ve usullerin belirlenmesinde kanun koyucuya tam bir serbesti sağlamak ise, bunun da aslında pek kolay olmadığı düşünölmelidir; zira kanun koyucunun söz konusu esas ve usulleri belirlerken Anayasa kuralları ve dolayısıyla Anayasa yargısı denetimi nedeniyle bu konuda sınırsız serbestiye sahip olmadığı, yine AYM kararlarında açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesinin ilgili kararlarında dayandığı maddeler geçerliliklerini korumaktadır.

Anayasanın 47. maddesine eklenen ikinci fıkra ile de, kamu hizmeti tartışmaları bakımından daha büyük önem arz eden şu hüküm getirilmiştir: “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilir veya devredilebilir kanunla belirlenir.”

Kuşkusuz bu değişikliğin amacı bazı hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilir yönünde bir serbesti getirmektir. Madde, kanımızca bilinçli olarak, kamu hizmeti terimini kullanmamakta, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden bahsetmektedir ama kast edilenin, AYM’nce niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyetler olduğu açıktır.

Nitekim, 47. maddedeki değişiklik, sonucunu esas olarak 4493 sayılı Kanun ile göstermiş ve Yap-İşlet-Devret olarak bilinen modeli düzenleyen 3996 sayılı Kanunun 5. maddesinin ilk halinde yer alan ve bu kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunu hüküm altına alan, ancak AYM tarafından iptal edilen⁶³ düzenleme yeniden getirilmiştir.

Kanımızca konu ile ilgili en temel hukuki sorun bu noktada kendisini göstermektedir. “Kanunla düzenleme” ya da genel olarak “düzenleme” ifadesi, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, iki satırlık bir kanun maddesi ile mi olacaktır, yoksa daha sonra elektrik piyasası ile ilgili 4628 sayılı Kanun ve bu Kanun çerçevesinde çıkartılmakta olan yönetmeliklerle olduğu gibi sektörün kapsamlı ve (düzenleyici bir idari kurum kurulması ve kapsamlı yönetmelikler çıkartılmasında olduğu gibi) detaylı

⁶³ AYMK 1994/71E, 1995/23K, 28 Haziran1995 t. RG Sa. 22586, s. 37.

bir şekilde düzenlenmesini mi ifade etmektedir? Anayasa'ya getirilen değişiklik, sadece "belirlenir" ifadesini kullanmıştır ama bunun yeterliliği tartışmaya açıktır. Kanımızca bu sorunun yanıtı kritik önem taşımaktadır ve yine kanımızca, düzenleme gereği bulunan durumlarda söz konusu düzenlemenin içerik açısından, en azından Anayasa ilkelerini (başta sosyal devlet ilkesi olmak üzere) dikkate alındığını gösterecek şekilde ölçüde kapsamlı olması gerekmektedir.

(b) 4446 sayılı Kanunla Getirilen Diğer Değişiklikler

4446 sayılı Kanun ile kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi esaslarından imtiyaz rejimine yönelik getirilen diğer iki değişiklik ile, 47. maddedeki değişiklik ile özel hukuk sözleşmesi niteliğine büründürülen imtiyaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebilmesi imkanı getirilmiş ve bu husus, idarenin eylem ve işlemlerine karşı idari dava (iptal ya da tam yargı davaları) açılabilmesi şeklindeki kurala bir istisna olarak öngörülmüştür. Kuşkusuz burada hem bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler yolu ile gördürülebilmesi imkanı tanınırken, bir yandan da imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan ancak uyuşmazlık çözümünü için tahkimi kabul eden bir "melez" sözleşme türü yaratılması çeşitli çelişkiler içermektedir. Özellikle, tahkime tabi imtiyaz sözleşmesi klasik imtiyaz teorisi çerçevesinde önemli bir paradoks yaratmaktadır⁶⁴. İşin ilginç yanı, hali hazırda özellikle telekomünikasyon alanındaki bu haktan yararlanılarak tahkim şartı getirilmiş kimi imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde görülmekte olan davalar mevcuttur.

Son olarak, 4446 sayılı Kanun, imtiyaz sözleşmeleri bakımından Danıştay'ın incelemesine de bazı ciddi sınırlamalar getirmiştir. Danıştay'ın incelemesini iki ay gibi bir süreye bağlama ve incelemenin niteliğini açıkça "görüş bildirme" olarak nitelendirme, söz konusu yetkinin kapsamı bakımından önemli sınırlamalar teşkil etmektedir. "Görüş bildirme" kavramı, ilk bakışta söz konusu görüşe uyulup uyulmamasının idarenin takdirinde olacağı, dolayısı ile bildirilen görüşün bağlayıcı olmayacağı gibi düşünölmeye elverişli olsa dahi, bu görüş teorik ve pratik olarak doğru olmayacaktır. Ancak, bu yaklaşımdan dahi olumlu bir sonuç çıkmasını ummak

⁶⁴ Ancak böyle bir örnek vardır da: Sıddık Sami Onar'ın da hakem olduğu ünlü Deniz Fenerleri tahkimi, bir imtiyaz sözleşmesinden doğan ve hakemleri Danıştay'ın atadığı bir tahkim davasıdır. Bkz. Rıza Göksu (Ed.), *Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968*, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1996, s. 517.

mümkündür. Danıştay daha önceki uygulamalarında inceleme kavramı içinde, idare tarafından kendisine gönderilen sözleşmeleri –zaman zaman tarafları da dinledikten sonra- bizzat yeniden kaleme almakta ve yapılan değişiklikler açısından herhangi bir gerekçe de göstermemektedir. Bu şekilde hazırlanan sözleşmeler, hem teknik olarak yatırımcıların açıklık, öngörülebilirlik olarak özetlenebilecek beklentilerini karşılamamakta, hem de yapısal sorunlar içermektedir. Ayrıca, sözleşmelerin daha yapılması aşamasında idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisine paralel yetkiler Danıştay tarafından kullanılmakta, taraflarca üzerinde mutabakat sağlanan kimi hükümler metinden çıkartılırken, taraflarca yer verilmemiş kimi hükümler eklenmektedir. Kaldı ki, benzer nitelikli sözleşmelerde en azından bilinebilen bir gerekçe olmaksızın değişik içerikte hükümlere yer verildiği de görülebilmekte idi. Üzerinde müzakere yapılmış ve mutabakat sağlanmış metinlerin bu şekilde yeniden incelemeye tabi tutulmasının kanımızca bir sözleşme oluşumu açısından sakıncaları son derece açıktır.

Danıştay incelemesinin gerekçesi kuşkusuz kamu yararının korunmasının denetlenmesidir. Kanımızca bu konuda verilebilecek en ilginç örneklerden bir tanesi, daha sonra iptal edilen İzmit Köprü Geçişi projesine ilişkin taraflarca hazırlanan sözleşmede yer alıp, daha sonra Danıştay tarafından düzenlenen sözleşmeden çıkartılan, idarenin İzmit Körfezinin etrafındaki yolu genişletmeme ve arabalı vapurla geçiş ücretlerinin belli bir seviyenin altına düşürülmemesini sağlamaya yönelik bazı taahhütleridir. İlk bakışta, bu hüküm, idarenin kamu yararı gördüğü noktada gerekli bir yatırımı yapma yetkisini ortadan kaldırmakla, kamu yararına aykırı bir sonuç yaratmaktadır. Oysa, hem projenin yapısı hem de asıl önemlisi, imtiyaz sözleşmesinin tabi olduğu kurallar bakımından yapılacak değerlendirme, söz konusu hükme yer verilmesinin gereğini göstermektedir.

İzmit Körfezi Geçiş Projesi, İzmit Körfezi üzerinde bir köprü ile bağlantı yollarının bir özel sektör konsorsiyumu tarafından geliştirilmesi, tasarlanması, finanse edilmesi, inşası ve işletilmesini içermektedir. Konsorsiyumun geliri, Projeyi köprüden yararlananlardan şartname ve imtiyaz sözleşmesi hükümleri çerçevesinde belirlenerek tahsil edeceği geçiş ücretinden oluştuğundan, köprüyü kullanan taşıt sayısı ile doğrudan bağlantılı olarak öngörülmüştü. Buna karşılık, idare herhangi bir şekilde trafik garantisi vermediğinden, ücret ve işletme süresi, konsorsiyumun

kapsamlı bir şekilde hazırladığı trafik tahminleri çerçevesinde teklif edilmişti. Söz konusu trafik tahminleri de, bölgedeki demografik gelişmeler de dahil, çok kapsamlı verilere ve varsayımlara dayanılarak hazırlanmıştı. Dolayısıyla, söz konusu veri ve tahminleri etkileyecek, özellikle de idarenin kontrolünde olan hususların, örneğin alternatif geçiş yollarının yapılması ve genişletilmesinin, sözleşme ile düzenlenmesi tabii sayılmalıydı.

Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinin hükümlerinin, mali dengenin kurulması dışında, idarenin tek taraflı tasarrufu ile değiştirilebileceği dikkate alındığında, söz konusu hükmün, ilgili yolların genişletilmesi yönünde bir kamu yararı saptaması yapan idarenin bu bakımdan hareket alanını kısıtlamayacağı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, ilgili maddenin, söz konusu olay gerçekleştiği takdirde, sözleşmenin temelini oluşturan mali dengeye esas varsayımlar değişeceği için, bu mali dengenin korunmasına yönelik bazı ayarlamaların gerekliliğini düzenleme dışında bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Nitekim bu hükmün tek taraflı olarak değiştirilmesi, yani alternatif geçiş yollarının yapılması ya da genişletilmesi halinde, sözleşmenin mali dengesinde belli bir mali ayarlama zorunlu hale gelecekti. Bu örnek, aynı zamanda imtiyaz sözleşmelerinin sağladığı varsayılan korumanın sınırlılığına ve girişimcinin mali beklentilerini korumaya yönelik bu tür garantilerin algılanmasındaki sorunlara örnek teşkil etmektedir.

“Görüş bildirme” teriminin, Danıştay’ın sözleşme metinlerini yeniden yazması uygulamasına son vermesi ve bunun yanında ve belki daha da önemlisi, Danıştay’ın görüşlerinin gerekçelendirilmesinin yolunu açacak şekilde uygulamaya dönüştürülmesi, belki de Anayasa değişikliklerinin en yararlı yönü olacaktır.

(c) Diğer İlgili Anayasa Hükümleri

Daha önce de değinildiği gibi, Anayasamızda kamu hizmetini tanımlayan ya da doğrudan düzenleyen bir düzenleme yoktur. Bununla beraber, kanımızca iki madde dolaylı olmakla birlikte, kamu hizmetleri rejiminin çerçevesi bakımından büyük önem arz etmektedir⁶⁵.

⁶⁵ Burada sadece tezin amaçları ile ilintili görülen maddeler değerlendirilmiştir.

Bu düzenlemelerden ilki kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümleri içeren bölümde genel ilkeleri düzenleyen 128. maddedir. Madde hükmü şöyledir:

Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. (vurgu eklenmiştir).

Maddeden çıkan ilk ve en önemli sonuç, “genel idare esaslarına” göre yürütülen kamu hizmetleri nitelemesinin, Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararlarındaki⁶⁶ “mefhum-u muhalif” yoluyla yorumu çerçevesinde kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesinin de mümkün olmasıdır. Bu hususun açıklığa kavuşturulması, özellikle ekonomik nitelikli kamu hizmetleri ile iştigal eden kamu iktisadi teşebbüslerinin tabi olduğu hukuki rejim ve giderek, bütün ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından önemlidir.

Bu noktada KİT’lerin tabi olduğu hukuki rejimin (ne ölçüde) özel hukuk ya da kamu hukuku rejimi olması gerektiği tartışmalarına da bir parantez açarak değinmek gerekir. Gerçekten de, kanımızca günümüzde KİT’ler ile ilgili sorunların ve özellikle bunların “zararlarının” kaynağında, bu rejim sorunu yatmaktadır. Daha da ileri giderek, KİT’lerin yönetimlerinin gerçek anlamda özel hukuk hükümlerine tabi olarak ve ekonomik ilkeler doğrultusunda yürütülmesi halinde, 233 sayılı KHK’de belirtilen karlılık ve verimlilik hedeflerine ulaşılmasının mümkün olduğunu gösteren yeterince dayanak vardır⁶⁷.

Yukarıdaki gözlemlerden hareketle, KİT’lerle ilgili temel sorunlardan bir tanesinin, gerçekten bu kuruluşların hukuki yapılarının belirlenememiş olması olduğu söylenebilir. Bu kuruluşların müşterileri ile ilişkileri özel hukuk hükümlerine tabidir ve bu anlamda, rekabet hükümlerinin ya da kapsamlı bir idari düzenlemenin bulunmadığı ortamlarda, müşterilerin şikayetlerinin temel kavramı sözleşme özgürlüğü olan bir hukuki rejimin çözümlerine bırakılması önemli bir sakatlığı

⁶⁶ Bkz.: yuk. “Elektrik Kararı”.

⁶⁷ İlhan Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 226-7 ve dip not 344; İlhan Özay, “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984 s. 93 vd.

oluşturmaktadır. Öte yandan, KİT'ler çoğunlukla anonim şirket olarak örgütlenmekte⁶⁸, ancak sermayesinin tamamının devlete ait olması nedeniyle, üst düzey yöneticileri hissedarlar tarafından seçim yolu ile değil, atama yolu ile göreve gelmektedir. İlk bakışta önemsiz görünen bu ayırım, kanımızca aslında büyük önem arz etmektedir. Zira bu atamaların, devletin mal varlığını genel olarak yönetmekle sorumlu Hazine Müsteşarlığı'na bırakılması halinde, Hazine görevi gereği bu atamaları ekonomik performans ön plana alarak yapma durumunda olacağı varsayılabilir. Buna karşılık atamaların ilgili bakan tarafından yapılması, ekonomik performans bakımından tercih ve sorumluluğu kaldırarak, siyasi tercih ve sorumlulukları ön plana çıkartmakta, hatta ilgili KİT, görev alanına bağlı olarak, ilgili bakanlığın hem kasası hem de "mütemmim cüzü" niteliğine bürünmektedir.

İlgili sektörün yasal düzenleme ve buna bağlı idari düzenleme çerçevesi getirilmek sureti ile yeniden yapılandırılması ve aynı zamanda ilgili kamu teşebbüsünün hukuki rejiminin elden geçirilmesi yönünde bilebildiğimiz ilk kapsamlı düzenleme, 4502 sayılı kanunla yapılmış ve TTAŞ, 233 sayılı KHK'ye tabi olmayan bir kamu anonim şirketi haline dönüştürülerek, yönetim kurulunun seçimi genel kurula bırakılmıştır. Her ne kadar değişikliklerin istenilen kapsamda yapılamaması nedeniyle bu yapı tam manasıyla işleyememiş olsa da, belki biraz da açılan bu yolun etkisiyle, son dönemlerde özellikle sorunlu KİT'lerde daha fazla teknik atama gözlemlenmektedir. Bunun bir diğer yansıması ise, son zamanlarda sıklaşan, bağımsız yönetim kurulu üyeleri atanmasıdır.

Kamu hizmetinin hukuki rejimi konusunda kanımızca değerlendirilmesi gereken diğer iki madde de Anayasanın 48 ve 167. maddeleridir. Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

"Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

⁶⁸ Bu husus, KHK Sa. 233, 08/06/1984T, Madde 2 ve 3'teki tanımlarla açıklanmıştır. (Madde 2) İktisadi Devlet Teşekkülü'ndeki "teşekkül"; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü, (Madde 3) Kamu İktisadi Kuruluşu'ndaki "kuruluş"; sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı 167. maddenin ilk fıkrası ise şöyledir:

“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirleri alır; piyasalarda fiili ya da anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

Aşağıda değinileceği üzere, kanımızca kamu hizmetlerinin hukuki rejimi bakımından bu madde temel nitelikte bir öneme haizdir. Bu maddeden hareketle, klasik kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeni kavramına paralel olarak, ekonomik kolluk faaliyetlerinin, ekonomik kamu düzeninin kurulup korunmasını amaçlayan kolluk türü olarak nitelenebileceği belirtilmektedir⁶⁹. Bu aşamada, maddenin düzenleme konusu bakımından kamu tekeli ya da özel tekel diye bir ayırım yapmadığı ve “sağlıklı ve düzenli” nitelemesinin kolluk denetimini aşan bir müdahale ya da düzenlemeyi içermesine bir engel görünmediği not edilmekle yetinilecektir.

(d) 4446 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Kısa Bir Değerlendirmesi

1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri, öncelikle altyapı projelerinin gayrikabil-i rücu finansman sağlamasını kolaylaştırmak için öngörülmüştü. Zira, özel sektörün kaynakları ne denli fazla olursa olsun, yüksek meblağların tek bir projeye bağlanmasının getirdiği risk ve risk konsantrasyonundan kaçınmak üzere, projelerin ilerideki nakit akışı teminat gösterilerek finanse edilebilmesini ve bu suretle proje riskinin çeşitli taraflar ve özellikle bankalar ile paylaşılmasını sağlamayı öngören proje finansmanı sisteminde, projenin nakit akışının güvence altına alınabilmesi için sözleşme hükümlerinin öngörüldüğü şekilde uygulanır olması temel güvenceyi teşkil etmektedir. Bu güvenceyi sağlayan temel hukuki çerçeve, sözleşme ve doğabilecek

⁶⁹ Bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 126 vd. Bu maddenin ekonomik kolluk faaliyetinin dayanağını teşkil ettiğini belirtmektedir. Ancak aynı yazarın bağımsız idari otoriteler eliyle yürütülen düzenleme faaliyetini ekonomik kolluk faaliyetinden daha farklı ve geniş değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bkz. Turgut Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, in *Devletin Düzenleyici Rolü*, TESEV Yayınları 19, İstanbul 2000, s. 115 vd. Aşağıda daha etraflıca tartışılmaya çalışıldığı gibi, kanımızca idari düzenleme fonksiyonu, bağımsız idari otoriteler ya da başka kamu makamları tarafından yürütülmesine bakılmaksızın, amaç ve konusu itibarıyla kolluk faaliyetinden ayrılmakta, belli bakımlardan bunun ötesine geçmektedir.

uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülebilmesi (tarafsız bir yargı mercii önünde görülmesi) olarak kabul edilmektedir.

Ancak, öngörülenin aksine Anayasada yapılan değişiklikler ile uluslararası tahkim yolunun açılması hiç bir projenin finansman sağlamasını kolaylaştırmamıştır⁷⁰. Bunun bir gerekçesi, tahkim dışında, imtiyaz sözleşmesi yaklaşımının devam ettirilmesi olarak düşünülebilir. Kanımızca ciddi yapısal sorunları olan, taraflarını yanlış yönlerde davranışlara teşvik eden, 20. yüzyılın başından, hatta daha öncelerden kalma imtiyaz rejiminin ya da özel hukuk sözleşmeleri yerine idari sözleşmelerin çağdaş kamu hizmetlerinin yürütülmesi için özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesi bakımından bir model olması kanımızca mümkün değildir⁷¹. Nitekim, söz konusu tartışmalara konu olan doğal tekel nitelikli sektörlerde değişikliklerden sonra getirilen düzenlemeler (4628 ve 4646 sayılı kanunlar gibi) açıkça imtiyaz rejimini dışlamış, söz konusu hizmetlerin yürütülmesi için görevlendirme/yetkilendirme işleminin tek taraflı bir hukuki/idari işlem olan lisans yolu ile yapılmasını öngörmüştür.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli ve yönetim bakımından da, benzer bir durum söz konusudur. Bunun başlıca örneğini, kamu iktisadi teşebbüslerinin personel rejimine ilişkin 399 sayılı KHK hükümleri ve bunlara ilişkin iptal kararlarında görmek mümkündür. Nitekim bugün de, kamu bankalarının personelinin özel hukuk çalışanları statüsüne dönüştürülmesine karşı görülmekte olan direnç, mevcut yapının da ne denli sağlıklı olduğunu göstergesidir. Oysa, aşağıda tekrar değinileceği gibi, AYM'nin 399 sayılı KHK'ye ilişkin verdiği iptal kararında⁷² belirtildiği üzere, yasamanın yapması gereken açıklığa kavuşturma/belirleme işlevinin sonucunda “asli

⁷⁰ Finansman temini değişikliklerden sonra gerçekleşen yap-işlet modelinin, değişikliklerden önce finanse edilmiş olmasının nedeni, yap-işlet modelinin bir imtiyaz modeli içermeyeceği görüşü idi. Karşıt görüş için bkz. Taner Ayanoğlu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 71; Dipnot 27 ve 28. Yazarın, özellikle sözleşme süresi sonunda tesisin mülkiyetinin kamuya dönmeyecek olmasının, modeli klasik imtiyazdan ayırdığı ve eski yöntemler içinde sadece yap-işlet modelinin elektrik piyasasının yeni düzenine uyum sağlamasının mümkün gözüktüğüne dair saptamaları da ilgi çekicidir.

⁷¹ Zaten imtiyaz sözleşmesi ile ruhsat arasında fiili olarak bir fark bulunmadığı görüşü de, doktrinde ileri sürülmektedir. İmtiyazın ancak, kelime anlamında olduğu gibi özel hak tanımının gerekli olduğu durumlarda söz konusu olması ancak bu hususun da idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisi dolayısıyla mali haklar dışında bir anlam ifade etmemesi bir yana, aynı sonuçların lisans ile sağlanabilmesini engelleyen hiçbir hüküm yoktur.

⁷² AYMK 1990/12E, 1991/7K, 04/04/1991T, RG t. 13 Ağustos 1991, RG Sa. 20959.

ve sürekli görevler” kavramı, en azından kamu iktisadi teşebbüslerinin temsil ettiği kamu malını/varlığını gözetme ve ondan amaca en uygun şekilde yararlanma ve kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasını sağlama yönlerinden malvarlığının sahibi/hissedarı adına yapmakla yükümlü kılınan yönetim kurulu üyeleri ile sınırlandırılrsa⁷³ ve söz konusu teşebbüslerin yönetimi, özel hukuk hükümlerine göre görev yapacak, en nihayetinde de (suç teşkil edecek hususlar hariç) başarıları ya da başarısızlıkları teknik olarak elde ettikleri performansla göre değerlendirilecek yönetici ve çalışanların bulunması sağlanabilse, sanırız amaca daha uygun bir model de oluşmuş olacaktır. Kaldı ki, bu model esasen halen kimi Kıta Avrupası ülkelerindeki kamu iktisadi teşebbüsleri ve henüz özelleştirilmemiş olan şirketler için uygulanmaktadır. Örneğin yeni bir habere göre, %40’ı kamuya ait olan Deutsche Telekom (Alman Telekom A. Ş.)’un genel müdürü, yönetim çoğunluğuna sahip Alman hükümeti tarafından atanmasından sekiz yıl sonra ancak, son dönemde şirketin hisselerinin değerinin kayıtlı olduğu borsalarda büyük değer yitirmesi sonucunda görevden alınmıştır ki, bu reaksiyon tamamen özel kişilere ait bir şirketin müdürüne benzer şartlarda gösterilecek tepki ile aynıdır. Buna karşılık, Türk Telekomünikasyon A.Ş.’deki kamu hisselerine dayanan ve Hazine tarafından kullanılacağı hüküm altına alınan yönetim hak ve yetkilerinin tekrar Ulaştırma Bakanlığı’na aktarılması yönünde çabalara işaret eden haberler ise⁷⁴, konunun ülkemizde hala hangi düzlemde tartışıldığı bakımından, haklı olarak “Türk Telekom’un siyasileştirilmesi” olarak yorumlanan, çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.

Genel bir değerlendirme olarak, 4446 sayılı Kanun ile Anayasaya getirilen değişikliklerin herhangi bir sorunu çözmekte yetersiz kaldığını söylemek sanırız yanlış olmayacaktır. Kanun koyucunun gerekli kapsamlı düzenlemeleri yapmadan, deyim yerinde ise “oyunun kurallarını koymadan” giriştiği kimi doğal tekelleşimdeki sektörleri⁷⁵ özel teşebbüse açma girişimleri, haklı bir “kamu hukuku

⁷³ Bu yaklaşım aslında günümüzde çeşitli gelişmeler neticesinde çok önemli bir alan haline gelen şirket yönetimi (corporate governance) alanında da varılan en iyi uygulama (best practice) önerilerine de uygun olacaktır. Zira bu alanda gerçek anlamı ile anonim nitelikteki hissedarlar ile halka açık şirketlerin teknik yönetimi arasında, deyim yerinde ise tarafsız nitelikli ancak deneyimli “murahhas olmayan azalar”ın denge sağlayıcı bir ağırlıkta olduğu bir yönetim kurulu modeli önerilmektedir.

⁷⁴ Cumhuriyet, 8 Ocak 2004, s. 13

⁷⁵ Doğal tekellerin tanımı için bkz. Recep Çakal, *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, s.

direnci” ile karşılaşmış, ancak söz konusu direnç de, bir ölçüde konumu ve imkanları gereği, yeni çözümler ya da açılımlar getirmek ya da bu çözümlere açıkça işaret etmek yerine, mevcut durumu korumak ve sağlamlaştırmakla yetinmiştir⁷⁶.

Buna karşılık, kimi çevrelerce bir engel olarak görülen bu durum karşısında Anayasa değişikliği ölçüsünde bir uç adıma gidilmesi ise pratik bir sonuç getirmekten uzak kalmıştır ancak arkasında, kamu hizmeti modeli bakımından içinden çıkılması zor ve daha da karmaşıklaşmış bir hukuki kurallar toplamı bırakmıştır. Fakat kanımızca çözüm, ileriye doğru bakılarak aranmalıdır. Bu nedenle, kamu hizmeti kavramının ekonomik alanlarda günümüzün gereksinimlerine uyarlanması çabaları, temel ve genel nitelikli ilkelerden hareketle, ancak bir zaman baskısı altında yürütülen dış kaynaklı yeniden yapılandırma çabalarının ürünü olan kanunlar ve daha da önemlisi, bunlara gerekçe teşkil eden sorunlar da dikkate alınmak suretiyle yapılmak durumundadır. Gerçekten de, klasik kamu hizmeti teorisinin koyduğu ilkeler, aşağıda daha etraflıca görüleceği üzere, kanımızca ekonomik nitelikli kamu hizmetleri ve idari düzenleme modeli için de ana hatları ile geçerliliklerini korumaktadır. Kanımızca buradaki en temel mesele, bu ilkelerin içeriklerinin teknik, ekonomik ve sosyal gelişmelerin hızına ayak uyduracak şekilde, esnek ve süratli bir biçimde somutlaştırılmasıdır. Bu suretle, faaliyetin tabi olduğu kuralların herkes tarafından bilinebilir ve hareketlerin sonuçlarının öngörülebilir olması sağlanabilir. Burada “herkes tarafından bilinebilir olma” unsurunu değerlendirirken, kuşkusuz teknik düzenlemelerin herkes tarafından kolayca anlaşılabilir olması kast edilmemektedir. Ancak bu durum, teknik ve ekonomik gelişmelerin karmaşıklığı ve teknik uzmanlaşma ihtiyacı karşısında değerlendirilmelidir.

3. Doktrinde Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti kavramının tanımı üzerinde bir fikir birliğine varılamamasının en önemli nedenlerinden birisi kamu hizmeti teriminin, daha ziyade devletin üstlenmiş olduğu faaliyetler bütünüyle özdeşleştirilmesinde yatmasıdır. Bir başka deyişle, söz konusu faaliyetlerin doğrudan veya dolaylı olarak nasıl yapıldığı ve buna

⁷⁶ AYM ilgili kararlarda düzenleme gereğine de atıf yapmıştır ama bunun ötesinde bir yol göstericiliği olduğunun söylenmesi zordur.

bağlı olarak da kavramın organik yönünün göz ardı edilip edilmemesi gerektiği hususu bakımından bir uzlaşmazlık olduğu dikkat çekmektedir.

Nitekim; kamu hizmetinin kimin aracılığı ile yerine getirildiği hususunu kavramın ayrılmaz parçası saymayan bazı yazarlar tarafından söz konusu kavramın, “kamu hizmeti, kamu yararının, umumi menfaatin gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere icra edilen faaliyetlerdir”⁷⁷ ya da “ belli bir zamanda ve belli bir yerde kendini hissettiren toplumsal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla yürütülen faaliyettir”⁷⁸ biçiminde tanımlandığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra kamu hizmeti kavramı altında yürütülen faaliyetlerin kamu hukuku tüzel kişileri veya kuruluşları haricinde gerçekleştirilmesi halinde de söz konusu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak adlandırılacağı ancak aksi durumda, yani niteliği gereği toplum nezdinde genel ve ortak olma özelliğini haiz bir takım ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetlerin doğrudan veya dolaylı olarak devlet tarafından değil de özel kişi veya kuruluşlar eliyle yürütülmesinin, söz konusu organik bağı kendiliğinden işlevsiz hale getireceğine de değinilmiştir.⁷⁹

Buna karşılık, toplumun ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması için, söz konusu faaliyetlerin idare ile bir bağının bulunmasının zorunlu bir husus olduğu ve kavram ile ilgili tanımda bu bağdan uzaklaşılmasının yerinde olmadığını dile getirilmiştir⁸⁰. Nitekim söz konusu sava uygun olarak yapılan kamu hizmeti tanımında, faaliyet ile faaliyeti yürüten arasındaki bağa değinilmiş ve kamu hizmeti; “toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir” şeklinde tanımlanmıştır.⁸¹

⁷⁷ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 2. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 33.

⁷⁸ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 64.

⁷⁹ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 225-227.

⁸⁰ Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987, s. 3.

⁸¹ Aynı, s. 4

Ulaşım, haberleşme, öğretim gibi genel, ortak ve sürekli, aynı zamanda zorunlu ihtiyaçları tatmin eden özel faaliyetlerin “organik” yani dar ve teknik anlamda kamu hizmeti olmadığı durumlarda, öğretide bunlara “virtüel kamu hizmeti” adı verilmektedir. Özel teşebbüs tarafından yürütülüyor da olsa, bazı etkinliklere “maddi” anlamda ya da “virtüel veya işlevsel” kamu hizmeti olarak bakmanın önemi bunların denetlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Bunlar üzerindeki denetim, salt “kolluk” amacıyla gerçekleştirilmemekte, “içerik denetimi” şeklinde yani uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, giderek personelin atanmasında bile idarenin yetkili olması sonucunu doğuran bir yetkiyi içermektedir⁸².

Doktrinde kamu hizmeti konusunda yapılan değerlendirmeler bakımından tezimizin amaçları bakımından iki önemli saptamanın yapılması gerekmektedir. Birincisi, her halükarda, özel teşebbüsün de kimi faaliyetlerinin kamu hizmeti olabileceği, bunu Anayasa hükümleri çerçevesinde de kabul edildiğidir. Bunun için önemli olan, hizmetin gerekli karakterleri taşıması, idarenin “nezaret ve murakabesi” altında görülmeleridir. Ancak topluma sağladıkları faydanın boyutu bu değerlendirmede önem taşımayacaktır⁸³. Sonuç olarak, kamu hizmetlerini sadece idarenin yürüttüğü faaliyetlerle sınırlı saymak mümkün değildir.

İkinci saptama ise, bütün kamu hizmetlerinin tek bir çatı altında toplanması, ve hizmetin özelliklerine ya da konusuna göre teorik bir kategorizasyon yapılmamasıdır. Doktrinde⁸⁴ kamu hizmetlerinin kabaca dört kümede toplanabileceği ileri sürülmüştür. Bu kümeler: (i) Yönetmelik (idari) kamu hizmetleri; (ii) İktisadi kamu hizmetleri; (iii) Sosyal kamu hizmetleri; ve (iv) Bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleridir. İktisadi kamu hizmetleri bakımından bunların sınai ve ticari faaliyetleri içerdiği, bir yandan özel faaliyetlere benzetmekle birlikte, öte yandan da kamu hizmeti niteliklerini korudukları ve bu nedenle hem özel hukuk hem de kamu hukuku kurallarının uygulandığından bahsedilmektedir⁸⁵.

⁸² Aydın Gülan, Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri, s. 15 vd. ve İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 228-229.

⁸³ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 15.

⁸⁴ Aynı, s. 33 ; Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, s. 24 ve A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 240.

⁸⁵ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 240.

Ekonomik kamu hukukuna ilişkin bir diğer yaklaşım ise, terimin ekonomik kolluktan kavram olarak ayrılmasına yönelik “ekonomik amaçlarla bireysel faaliyetin düzenlenmesi ve bu yolla ekonomik ilişkilere belirli bir yön verilmeye çalışılması” şeklinde ifade edilmesidir⁸⁶.

Özellikle, bu ayrımlarla ilgili bir eleştiri, bilimsel açıdan ayrımların beraberinde bazı hukuksal sonuçlar getirmesi, bunlara ilişkin istisnaların mümkün olduğunca az olması ve bir kamu hizmetinin bu anlamdaki türünü saptayacak belirleyici ortak özelliklerin tespit edilmesi gereğidir⁸⁷. Bu yapılamadığı ölçüde, ayrımların anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla, bir faaliyetin bu tür ayrımlardan birine dahil edilmesinin tartışmalı olması bir yana, pratik bir sonucu olmayacağı, zira idare hukuku ilkelerinin uygulanışında pratik bir öneminin bulunmadığı da belirtilmektedir⁸⁸. Bu nitelme sonucunda yukarıda belirtilen dörtlü ayrımın pratik sonuçları olamayacağı ve kategorizasyon/tespit zorlukları nedeniyle terkedildiği belirtilerek, kamu hizmetlerinin yönetim biçimlerine (görülüş usüllerine) hakim olan hukuki rejimlere göre “özel yönetim biçimleri ile görülen kamu hizmetleri” ve “kamusal yönetim usulleri ile görülen kamu hizmetleri” olmak üzere iki gruba ayrılması önerilmiştir⁸⁹. Ancak, sonuçta her türlü kamu hizmetinin kural olarak kamusal usullere tabi olması ve bir hizmetin ancak mevzuatta özel hüküm bulunması halinde özel yönetim usulleri ile görülen hizmetler kategorisine sokulması gerektiği belirtilmiştir⁹⁰.

Buradaki saptamalara genel ölçekte ve mevcut durumun birer saptaması olarak katılmakla beraber, tezimizin konusunu oluşturan ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından değerlendirmenin derinleştirilmesi gerektiği ve bu kapsama giren faaliyetler bakımından bir taraftan genel kamu hizmeti çatısına genel hatları ile uyan,

⁸⁶ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 125 vd.

⁸⁷ Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, s. 24.

⁸⁸ Aynı.

⁸⁹ Aynı, s. 73.

⁹⁰ Aynı, s. 26.

kamu hizmetlerine hakim olan ilkeleri özel kurallar ve yaklaşımlarla uygulayan, ancak öte yandan da nitelikleri gereği özel bir hukuki rejime tabi olan bir yapıya ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir. Oysa hem idarenin hem de özel sektörün açıklık, belirlilik ve kararlılık içinde çalışabilmesi için, bu tür hizmetlerin belirlenebilmesi şarttır. Bunun zorlu bir uğraş olacağı açıktır. Ancak gelişmeler sonucunda bu uğraşın üzerine gidilmesinin gereği kendisini dayatmaktadır. Zira, klasik kamu hizmeti sayılan kimi ekonomik faaliyet alanları kapsamlı bir şekilde yeniden düzenlenir ve yapılandırılırken, ve söz konusu düzenleme ve yeniden yapılandırma sonucu kamu hizmeti niteliğinin devam edip etmediği sorunu dahi açık olarak henüz yanıtlanamamışken, kanımızca kamu hizmetlerinin böyle bir alt ayrıma tabi tutulmaksızın idare hukuku kural ve ilkeleri çerçevesinde saydam bir şekilde ve amaca uygun olarak yürütülmesi mümkün olmayacaktır.

B. Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetleri Alt-Kavramını Gerektiren Nedenler

Kamu hizmetinin kavramının mevcut tanımı, bu hizmetlere ilişkin bugün varılan noktada çeşitli faaliyetleri ve bunların tabi olduğu rejimi ifade etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Kamu hizmetlerine ilişkin, özelleştirme ve özel sektörün faaliyet alanının genişlemesinin bir sonucu olarak “kamu hizmeti kavram ve görevinin içeriği(nin) klasik tanımından tamamen başkalaş(tığı), ayırıcı kriterlerini kaybet(tığı) ve özellikle –örneğin lisans verilmesi yoluyla– özel sektöre açılan alanlarda idarenin görevinin türünün belirlenemez olduğu” belirtilmiştir⁹¹. Aslında 1980’lerden bu yana gittikçe daha ağırlık bulan liberal ve pazar ekonomisine dayalı sistem ve bunun getirdiği özel sektör temelli girişimler karşısında, söz konusu yetersizlikler zaten yukarıda özetlenmeye çalışılan sürtüşmelere yol açmıştı. Buna karşılık, çeşitli gelişmelerin dayatması sonucunda yeni ve uluslararası uygulamalarla daha fazla paralellik arz eden kanuni düzenlemeler birbiri ardınca yürürlüğe konmakta, bu kanuni düzenlemeler çerçevesinde kamu teşkilatlanmasında değişiklikler olup bazı yeni kurumlar kurulmakta, bu düzenlemeler uyarınca idari işlemler yapılmakta ve bir uygulama doğmaktadır. Bu yeni düzenin kanımızca mevcut genel yapının içinde ve genel yapı ile telif edilerek değerlendirilmesi gerekmektedir

⁹¹ Bkz. Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 69, dipnot 17.

ve bu mümkündür. Daha geniş bir ifade ile, hem ekonomik (özel sektörün sermaye birikimi ve kamunun kaynak yetersizliği) teknik, sosyal ve siyasal ve siyasal gelişmeler hem de fiilen hayata geçirilen kanuni düzenlemeler ile kamu hizmetine dair mevcut temelleri “telif” edebilmek bakımından “ekonomik nitelikli kamu hizmetleri” alt ayırımına ihtiyaç olduğu kanısındayız. Bu ayırımın tanım düzeyinde yapılması ile hukuki çerçevenin içeriğinin belirlenmesi yolunda da sağlıklı bir başlangıç yapılması imkanı doğacağı umulmaktadır.

Doğal olarak, klasik kamu hizmeti yaklaşımının elden geçirilmesi ihtiyacının bir diğer nedeni, bu konuda müktesebatını benimsemeye çalıştığımız AB hukukunda ve hatta ona kaynak olduğu söylenebilecek olan⁹² ABD hukukundaki gelişmelerle bir paralellik oluşturma gereğidir. Gerçekten de kamu hizmeti literatüründe bir kısmı ABD ve İngiltere menşeli çeşitli yeni terimler oluşmakta, giderek temel kriter ve ilkelerde değişimler, çeşitlenmeler ve gelişmeler olmaktadır⁹³. Dolayısıyla mevcut tanım ve mevcut tanım çerçevesinde kamu hizmeti alanında bugün yaşanan sorunlar ile ilgili tartışmalar bu gelişmelerden ister istemez etkilenmektedir.

Bir bütün içinde bakıldığı takdirde ise, kanımızca en önemli sorun, kamu hizmetlerine ilişkin tanımların ve kuralların ağırlıklı olarak teorik düzeyde kalması ve belirli bir düzeyde açık ve somut olarak belirlenememesi sorunudur. Kuşkusuz, sektörleşme eğilimi doğrultusunda⁹⁴ belli bir kamu hizmeti alanına ilişkin özel kuralların gittikçe daha detaylandırılması söz konusudur, ancak bu kuralların içinde yer aldığı kamu hizmeti çerçevesinin de açık ve somut bir biçimde saptanması gerektiği gibi, daha genel ölçekte de olsa bazı ortak ilkelerin varlığının tespit edilebileceği düşünülmektedir. Bu anlamdaki bir çıkış noktası ise, özellikle ekonomik yaklaşımın ağır bastığı kamu hizmetlerinin bir alt ayırım olarak diğer kamu hizmetlerinden ayrılması gereğidir.

⁹² Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cilt: 13, Sayı 1-3, İstanbul, 2003, s. 87-107..

⁹³ Bu konuda Fransız Kamu Hizmeti teorisi eksenli ancak gelişmeleri son derece etraflıca inceleyen bir deneme için bkz. Ali Ulusoy, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, in İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 286 vd.

⁹⁴ Aynı, s. 303.

Bu yaklaşıma bir alternatif olarak ise, bir ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alt ayırımına gidilmeksizin, kamu hizmeti teorisinin mevcut sınırlarının içinde yenilenmesi ve geliştirilmesi düşünülebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu alternatif için de bir yandan niteliği gereği kamu hizmetlerini saptamak için kullanılacak teknik kriterleri, hem de bu hizmetlere hakim olan ilkelerin kapsamını ve anlamını belirlemek ve bu ilkeleri geliştirmek ihtiyacı bulunduğu belirtilmektedir⁹⁵. Bu açıdan bakıldığında, bu ihtiyaçlar, kanımızca ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alt ayırımını gerektiren ve aşağıda tartışmaya çalıştığımız nedenler ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak kanımızca daha önemli ve ekonomik nitelikli kamu hizmeti önerimiz için de geçerli olan, bu ihtiyaçların giderilmesi sürecinde, klasik kamu hizmeti kuramının reddedilmemesi ve mevcut birikimlerinden yararlanılabilmesidir⁹⁶.

Bu genel saptamaların ardından, kanımızca ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramını gerektiren nedenler şu şekilde özetlenebilir:

1. Kapsamın Belirlenmesinde Sorunlar

Kamu hizmeti teşkil eden kimi faaliyetlerin özel teşebbüs tarafından yürütülebileceği kabul edildiğinde, özel sektör tarafından yürütülen bir faaliyetin ne zaman “kamu hizmeti” olarak niteleneceği ve bunun tam kapsamının ne olacağı konusunda kanımızca ciddi bir belirsizlik mevcuttur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu sorun kolay çözümlenebilecek bir sorun değildir ve deyim yerinde ise, her kilide uyacak anahtar bulmak da mümkün görünmemektedir. Buna, kamu hizmeti kavramının dinamik, zaman içinde gelişen ve genişleyen niteliğini de eklemek gerekir. Bütün bunlara rağmen, kanımızca kamu hizmeti kavramının kapsamının belirlenmesi ya da en azından bu belirleme çalışmasına ışık tutacak bir formül arayışı üzerinde durulmaya değer bir konudur. Nitekim kanun koyucunun takdirinin Anayasaya uygunluk denetimine tabi olduğu kabul edildikten sonra da, öğretide, Anayasa yargıcının kamu hizmeti listesi yaparken doğru değerlendirmeleri yapmasının nasıl sağlanacağı sorulmuştur⁹⁷. Diğer yönleri bir tarafa bırakılsa dahi, Anayasa yargıcının değerlendirmesinin gerektirdiği süre ve bu dönemde yapılan

⁹⁵ Aydın Gölün, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 106-107

⁹⁶ Aynı, s. 107.

işlemlerin akıbetinin, Anayasa yargılamasında geçmişİ çok da eski olmayan yürütmeyi durdurma müessesesine rağmen, belirsiz kalabileceğı de dikkate alındığında, bu önemli bir sorundur.

Öncelikle, nispeten daha kolay ve basit görünen, faaliyetin sektörel anlamda kamu hizmeti olarak nitelenmesi aşamasında dahi belirsizlik ve tereddüt yaşanması mümkündür. Özellikle, kanun koyucunun sektörü yeniden düzenlemek ve yapılandırmak için kanuni düzenlemeler yaptığı aşamada, kamu hizmeti değerlendirmesinin yeniden yapılması gerekebilecektir. Nitekim elektrik hizmetlerinin yeni düzenlemelerden sonra artık kamu hizmeti olmaktan çıktığı da ileri sürülmüştür⁹⁸.

Bu noktada tartışmayı karmaşık hale getiren bir noktanın da, tarihsel ve toplumsal gerekçelerle ülkemizde kamunun hemen her alanda faaliyet gösterdiği gerçeğı olduğunun altı çizilmelidir. Belirli bir sektörde bir kamu iktisadi teşebbüsünün faaliyet gösteriyor olması, söz konusu teşebbüs organik anlamda kamu hizmeti olsa dahi, söz konusu sektörün, işlevsel anlamda bir kamu hizmeti faaliyeti içerdiği anlamına gelmemektedir. Bu olgunun doğurduğu farklı hukuki rejimlere tabi birden çok işletmecinin rekabet etmesi durumunun yarattığı hukuki rejim ve rekabet aksaklıkları sorunu da ayrıca tartışmaya muhtaçtır.

Bu açıdan bakıldığında, hem idarenin, hem de bu sektörde faaliyet gösterecek işletmecilerin kuralları belirli ve istikrarlı bir ortamda kararlılık ile hareket edebilmesi için gerek duyulan, hakların ve yükümlölüklerin açık ve belirli olması ile faaliyete ilişkin hukuki ortamın öngörülebilir olması şeklindeki ihtiyaçlar karşılanamamaktadır. Her yeni faaliyet alanında yukarıda belirtilen nitelemelerin en nihai şekilde yapılabilmesi çıkacak kanuni düzenlemelerin yargısal denetiminin tamamlanmasını beklediğı takdirde, gerçekten de tüm teşebbüslerin ihtiyaç duyduğu belirlilik ve açıklığın, yani hukuk güvenliğinin, sağlanması mümkün olamayacaktır.

⁹⁷ Aynı, s.105.

⁹⁸ Taner Ayanoglu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 67, dipnot 4'ten nakledilmiştir.

Ayrıca AYM kararlarında kamu hizmetleri sektörel anlamda tanımlandığından⁹⁹, bu tür genel tanımlamalar söz konusu sektörlerdeki kimi alt faaliyet alanlarını nitelendirmekte yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla, bir an için belli bir alandaki ya da sektördeki faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendiği ve bu nitelendirme bakımından da bir mutabakat sağlandığı durumlarda dahi, söz konusu alandaki tüm faaliyetlerin durumu göre katı sayılabilecek bir kamu hizmeti rejimine tabi tutulup tutulmaması gerektiği ayrı bir tartışma konusudur.

Örneğin, “Telekomünikasyon hizmetleri bir kamu hizmetidir.” saptamasını yaptıktan sonra, mobil telefon hizmetlerinin, internet hizmetlerinin, veri iletim hizmetlerinin, uydu iletişim hizmetlerinin, kablo televizyon yayıncılığının ve hatta daha uç örneklerle gidildiğinde, 900’lü mesaj servislerinin hizmetlerinin de kamu hizmeti rejimine tabi tutulmasının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa, bu rejimin sonuçlarının bu hizmetler bakımından ne gibi sonuçlar doğurabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin genel olarak kamu hizmeti teşkil ettikleri düşünüldüğünde, otoprodüktör olarak anılan, kural olarak kendi üyelerinin ihtiyaçlarını karşılayan, ancak ulusal iletim sistemine bağlı olarak çalışıp zaman zaman sisteme de elektrik satan bir kaç yüz megavatlık tesislerin rejimi tartışma yaratabilecek niteliktedir¹⁰⁰. Bu faaliyetler klasik kamu hizmeti rejimine tabi tutulacak mıdır? 4502 sayılı Kanun çerçevesinde verdiği hizmet bir katma değerli telekomünikasyon hizmeti olarak kabul edilen 900’lü hat işletmecisi, hizmeti kar ve zararı kendisine ait olmak üzere ve uzun süreli bir sözleşme ile yürütebilmek için Bakanlık ya da ilgili bağımsız idari otorite ile imtiyaz sözleşmesi mi imzalayacaktır?¹⁰¹ Bu hizmetin bir ruhsat yoluyla değil ancak bir kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi ile yapılabileceği kabul edildiğinde, de işletmecinin çeşitli nedenlerle hizmeti yapamaz duruma düşmesi halinde, idare söz konusu işletmecinin tesisini devralıp hizmeti kendisi mi yürütecektir?

⁹⁹ AYM 1994/43E, 1994/42-2K, 24 Ocak 1995 t. RG Sa. 22181, s. 3 gibi.

¹⁰⁰ Richard J. Pierce Jr., Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, s. 51. Bu büyüklükte tesislerin daha büyük tesislerle aynı mahiyette üretim yapabilecek teknolojik düzeye gelmesi özel elektrik üretim faaliyetlerinin önünü açan gelişme olarak nitelendirilmektedir.

¹⁰¹ Bu konuda bir ayırım yapma girişimi örneği için bkz. 4502 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu madde 2 ve 3. Aşağıda daha etraflıca tartışılacağı üzere, bu kanuna göre hizmetler, özelliklerine göre, imtiyaz ya da ruhsat ya da aslında tam bir giriş serbestisi veren genel izin yollarından biri ile verilebilmektedir.

Bir hizmetin ekonomik nitelikli bir kamu hizmeti olup olmadığını belirlemek bakımından kanımızca en önemli ölçüt, bu hizmetin ne derece kapsamlı ve yoğun idari düzenlemeye tabi tutulduğu olmalıdır. Bu anlamda, ekonomik kamu hizmeti kavramı bakımından, kapsamlı ve yoğun idari düzenleme unsuru, bir faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için aranması gereken bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, kanun koyucu bir taraftan faaliyetin özel sektör girişimine ve rekabete (klasik kamu hizmeti görülüş usulleri dışında) açılması iradesini ortaya koymakta, ancak öte yandan da, faaliyetin ilk başta kamu hizmeti olarak nitelenmesini gerektiren ve rekabete açılma ile doğabilecek olan ya da tam olarak giderilemeyecek olan sakıncaların önlenmesi için de faaliyeti kapsamlı, yoğun ve sürekli bir idari düzenleme çerçevesine tabi tutmaktadır.

Benzer bir yaklaşımın klasik kamu hizmetlerine hakim olan ilkeler bakımından da uygulanabildiği görülmektedir. Nitekim, “bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girmesinden sonra ortaya çıkan” yani kamu hizmeti statüsünün bir sonucu olan eşitlik, süreklilik, uyarılma gibi ilkelerin, “aynı zamanda o faaliyete kamu hizmeti olarak görülme niteliğinin tanınmasını zorlayan ve kamu hizmeti statüsü kurulmasından önce hissedilen kriterleri/unsurları” olduğu belirtilmiştir¹⁰². Aynı şekilde, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri nitelemesinin aynı zamanda bir sonucu olan yoğun ve kapsamlı idari düzenleme gereğinin, bir faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti sayılabilmesi için gerekli bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zaten, yoğun ve kapsamlı idari düzenleme işlevinin amacı da, aslında uyarlanmış ve somutlaştırılmış biçimleri ile bu ilkelerin hayata geçirilmesi ya da bunlara ilişkin rekabet eksikliği nedeniyle ya da faaliyetin niteliği bakımından ortaya çıkabilecek sakıncaları bertaraf etmektir.

Yukarıda tartışılan Anayasa Mahkemesi kararlarından da kısmen anlaşılabilirdi üzere, nitelik yönünden kamu hizmeti olarak değerlendirilen bir hizmetin, kapsamlı, yoğun ve sürekli bir idari düzenleme çerçevesine tabi tutulmadan özel sektör girişimine ve rekabete açılması halinde, söz konusu yasal düzenlemenin anılan kararlarda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırılığı gündeme gelebilecektir. Söz konusu aykırılığı doğmasını engelleyebilecek olduğunu düşündüğümüz unsur ise, yoğun ve kapsamlı idari düzenleme unsurudur. Bu anlamda, söz konusu kapsamlı ve

¹⁰² Aydın Gülhan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s.105.

yoğun düzenleme kavramını bir hizmetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için aranması gereken bir unsur olarak görmekteyiz. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 4502 sayılı Telekomünikasyon Kanunun çeşitli hükümlerinin Anayasaya aykırılık taşımadığına dair verdiği ve aşağıda daha etraflıca değerlendirilen kararda (ki bu kanun daha sonraki elektrik ve doğal gaz piyasalarına ilişkin kanunlara nazaran klasik kamu hizmeti unsurlarını daha fazla taşıyan bir yasal çerçeve oluşturmaktaydı), kimi konularda idareye tanınan yetkilerin kapsamlı bir çerçeveye oturtulmuş olmasını ve yapılacak işlemlerde dikkate alınması gereken ilke ve hedeflerin etraflıca belirlenmiş olmasını da, diğer hususların yanında, gerekçe olarak belirtmiştir.

Buna karşılık kanun koyucunun tek satırlık kanunlarla ifade ettiği “kamu hizmeti değildir” tarzındaki saptamalar, eğer gerçekten hizmet kamu hizmeti niteliklerini yitirmemişse, Anayasa yargısı tarafından iptal edilmeyi hak edecek kadar ciddiyetten yoksun ve tehlikelidir. Bu anlamda, kapsamlı ve yoğun idari düzenleme çerçevesi kurulmaksızın niteliği gereği kamu hizmeti olarak nitelenen bir faaliyetin, bu rejimin temel ilkelerinden ayrılacak şekilde kanunla düzenlenmesi, doğabilecek anayasal sakıncalar karşısında mümkün olmamalıdır. Buna karşılık, eğer kanun koyucu söz konusu hizmetleri gerçekten etraflıca ve “yoğun” olarak düzenlemiş¹⁰³ ve idari düzenlemesi açısından yapı, örgüt, kurallar ve yetkiler anlamında gerekli hukuki altyapıyı oluşturmuş ise, bu düzenlemeler esas amaç olarak söz konusu sektörde, sektörün özellikleri doğrultusunda sadece arz güvenliğini ve rekabeti sağlamayı hedef almış olsa dahi, kanun koyucunun yaptığı söz konusu düzenlemenin hem sektörün (ekonomik) kamu hizmeti niteliğinin kapsam ve içeriği bakımından belirleyici olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda yapılan ve yapılmakta olan bu tür düzenlemelerin esnek ve pozitif hukuk temelleri üzerinde yükselen bir teorik çatısının kurulması gerektiğine ve kurulabileceğine inanılmaktadır.

2. Kamu Hizmetlerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim Bakımından

Bilindiği üzere, işlevsel ya da virtüel kamu hizmeti ya da niteliği gereği kamu hizmeti olan ve özel sektör tarafından yürütülen faaliyetler esas itibarıyla özel hukuk

¹⁰³ Aşağıda daha etraflıca tartışılacağı gibi, yoğun düzenleme tek başına yeterli bir kriter değildir, ancak kanımızca önemli bir başlangıç noktası olarak kabul edilmelidir.

rejimine göre yürütölmektedir. Ancak, söz konusu faaliyetin, hem faaliyete girişilmesi aşamasında gerekli yetkilendirme/görevlendirme işlemi, hem de daha sonra yürütölen faaliyetin içeriğı itibarıyla kurallar, şartlar ve sınırlamalar konularak düzenlenmesi ve denetlenmesi (yani idare ile olan ilişkiler) idare hukuku ilke ve kurallarına tabidir. Konu, idare tarafından doğrudan ya da emanet usulüyle kamu iktisadi teşebbüsleri eliyle yürütölen kamu hizmetleri bakımından biraz daha çetrefilli olup, aşağıda ayrı bir başlık olarak değeriendirilecektir.

Doktrinde, kamu hizmetlerini yönetim biçimlerine hakim olan rejime göre bir ayırıma tabi tutma imkanı da tartışılmış, ancak gerçekçi çözümün, kural olarak kamu hizmetlerinin kamusal yönetim biçimleri ile yürütölmesi ancak özel hallerde ve bir açık kural bulunması kaydıyla özel yönetim biçimiyle yürütölen kamu hizmetleri olarak kabul edilmeleri olduğı ileri sürölmüşür¹⁰⁴. Kanımızca bu görüş doğru olmakla beraber, söz konusu açık kuralın, tek başına yönetim usulünü tayin eden bir kuraldan ziyade, yukarıda tartışmaya çalıştığımız şekilde kapsamlı bir idari düzenleme çerçevesi olması gerektiğı düşünölmektedir.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu özel hukuk rejiminin uygulanması özellikle ekonomik yönü ağır basan hizmetler bakımından söz konusudur. Bir kez hizmetin ekonomik nitelikli bir hizmet olduğı saptandığında, yürütölmesi bakımından tabi olduğı rejim, diğeri kriterlerin varlığına tabi olarak, ortaya çıkacaktır. Buna karşılık kimi kamu hizmetleri ise, genel idare esasları çerçevesinde yürütölmek durumundadır. Söz konusu iki tür hizmetin ayırımının ortaya konması gereklidir. Bu nedenle de, kamu hizmetleri tanımı altında, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri şeklinde bir alt tanıma ve bu alt tanım kapsamındaki hizmetlerin düzenlenmesine ilişkin genel bir rejime ihtiyaç vardır.

Denilebilir ki, söz konusu ekonomik niteliğı ağır basan kamu hizmetlerinde özel sektörün rolü arttıkça bu ayırım da (en azından tabi olunan usuller bakımından) önemini yitirecektir. Bunun sonucunda söz konusu hizmetler kamu hizmeti kapsamından çıkacak, idarenin sadece bir kolluk denetimi söz konusu olacaktır. Ancak kanımızca bu kolaycı bir yaklaşım olarak nitelenmelidir. Zira idare hukukunun ilkelerinin, faaliyetin tam olarak rekabete açılmasının ve rekabet çerçevesinde özel

¹⁰⁴ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görölüş Usulleri”, s. 26.

teşebbüsün faaliyetlerinin kamu yararını ve gereksinimlerini tam ve gerektiği şekilde kalıcı olarak karşılamakta yetersiz kalması halinde, gerek faaliyetleri yürütenlere, gerek faaliyetin içeriği ve faaliyetin idari düzenlenmesi bakımından yetkili idareye faaliyetin yürütülmesine ilişkin belli hareket tarzlarını dayatmasının söz konusu olduğu durumların bulunduğunu düşünüyoruz.

Hemen tekrarlamak gerekir ki, genel idare esasları ile özel hukuk çerçevesindeki özel yönetim usulleri bakımından burada yapılmak istenen ayırım hizmetin yürütülmesine, yani hizmetin üretilip sunulması için yapılan ekonomik faaliyetlere münhasırdır. Yoksa hizmetin idari düzenlenmesi, denetimi ve bu görevlerden sorumlu olan idare örgütünün, ki bu son dönemlerde örnekleri giderek artan bir bağımsız idari otorite¹⁰⁵ de olabilir, faaliyetleri genel idare esaslarına, yani tam bir idare hukuku rejimine tabi olmaya devam edecektir.

Ancak, ekonomik yönü ağır basan kamu hizmetlerinin yürütümünün özel hukuk hükümlerine tabi olup, idare ile olan ilişkinin kamu hukuku hükümlerine tabi olması, bu iki hukuki rejimin kesişme noktalarında ihtilaflara yol açmaya eğilimlidir. Tesislerin sigortalanması, mücbir sebep ve diğer hukuki imkansızlık durumları gibi konularda idare hukuku rejimi ile özel hukuk rejimi birbirinin içine geçmektedir. Eğer, klasik kamu hizmetlerinde olduğu gibi, hizmetin sahibi idare olarak kabul edilecek olursa, tesislerin sigortalarının idare lehine yapılması gerekebilecektir. Oysa, sermaye özel teşebbüs tarafından konmuştur ve tesisin zarar görmesi durumunda sigorta bedelinin özel girişimciye ödenmesi gerekmektedir. Ancak klasik kamu hizmeti teorisinde özel girişimcinin hizmete devam etmeme gibi bir tercih hakkı bulunmadığı gibi, böyle bir durumda idarenin devreye girerek hizmeti devralması ve kendisinin yürütmesi gerekecektir. Bu durum, örneğin bir şehir içi elektrik dağıtım şebekesinin işletilmesi durumunda geçerli olmakla birlikte, bir üretim tesisi için bu değerlendirme aynı ölçekte geçerli olmayacaktır¹⁰⁶. Buna karşılık, bir ithalat ya da

¹⁰⁵ Bağımsız idari otoriteler için Bkz. Ali Ulusoy, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” in İl Han Özay, ve Şahin Ardiyok, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 9, Ankara, 2002, s. 79 vd.

¹⁰⁶ 4628 sayılı Kanunun, 11. Maddesinin 4. Fıkrasına göre; “Dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal eder. Tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisas sahibinin nam ve hesabına 120 gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkılır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmeliklerde belirlenir.” Üretim lisansları bakımından ise, faaliyete ara verilmesi bazı

toptan satış şirketi açısından idarenin hizmeti devralması ve faaliyeti kendisinin yürütmesi gereği çok daha azdır. Bu örnekleri daha çarpıcı bir şekilde genişletmek mümkündür.

Kamu hizmeti kavramının özellikle öze hukuk tüzel kişilerince yürütülen hizmetler bakımından kayıtsız ve koşulsuz uygulaması, özellikle de idarenin hizmete bir imtiyaz sözleşmesi yolu ile, çeşitli garantiler vererek içsel bir şekilde katılımı, idareyi de zor durumda bırakabilecek niteliktedir. Öncelikle, söz konusu düzenlemeler özel hukuk kişisi tarafını kimi risklere karşı gerekli önlemleri alma konusunda da olumsuz yönde teşvik etmektedir. Örneğin, bir elektrik santralinin ihtiyaç duyduğu yakıtın da bir başka kamu tüzel kişisi tarafından tekel olarak temin edilmesi, yakıttan kaynaklanabilecek ticari riskleri kontrol etme konusunda özel hukuk kişinin elindeki imkanları ortadan kaldırmakta, buna karşılık bu risklerin, doğrudan ya da dolaylı olarak kamu tarafından üstlenilmesini gerektirmektedir. Benzer bir durum da, esas itibarıyla ticari bir konu olan talep tahminlerinin risklerinin de kamu tarafından üstlenilmesidir ki, bunun olumsuz sonuçları elektrik ve doğal gaz piyasalarında günümüzde bütün şiddeti ile yaşanmaktadır. Bu durumda, genel anlamı ile kar amacı gütmeyen kamu, bir takım ticari riskleri, söz konusu riskleri değerlendirme, yönetme ve kontrol etme yeteneği olmadan ve karşılığında aldığı riske mütenasip bir getiri elde etmeden, üstlenmek durumunda kalmaktadır. Daha da önemlisi, hizmetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi, idarenin sözleşme herhangi bir nedenle sona erdiği takdirde tesisleri devralıp almama konusunda elini kolunu bağlamaktadır. Bu sadece söz konusu tesisi devralma konusunda ekonomik olmayan kararlar verilmesine yol açmakla kalmamakta (ki yakın geçmişte gerekli tazminatın ödenmesi suretiyle yapılan devralma örnekleri pek görülmemiştir), çeşitli sona erme olaylarının sözleşmesel düzenlemesi sırasında ister istemez idare açısından zorunlu bir takım devralma düzenlemelerinin (bunları takip eden tazminat ödeme yükümlülüklerini üstlenecek şekilde) kabul edilmesini gerektirmektedir¹⁰⁷.

sınırlamalara tabi tutulmuş olmakla birlikte, zorunlu devre yönelik kendiliğinden işleyen bir mekanizma öngörülmemiştir.

¹⁰⁷ Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, s. 70 . Ruhsat usulü ile verilen hizmetler bakımından devralma gereğinin her durumda geçerli olmayabileceği belirtilmektedir. Ancak, imtiyaz rejiminde devralma gereğinin geçerli olacağı genel kabul görmekle birlikte; neyin ne zaman ne şekilde devralınabileceği belirsizdir. Nitekim, 4628 sayılı Kanun tüm elektrik piyasası faaliyetleri için lisans (ruhsat) modeli getirirken, devralma müessesesini sadece dağıtım tesisleri için öngörmüştür.

Sonuç olarak, yukarıda değinilen şekilde, bir ekonomik nitelikli kamu hizmetini oluşturan faaliyetler bütünü, hizmetin yürütülmesi ve idari düzenlemesi denetim de dahil olmak üzere ayrılması eğilimi paralelinde, hizmetin yürütülmesi ile idari düzenlemesinin tabi olduğu rejimlerin de ayrıştırılması gereği vardır. Zira yürütme ve düzenlenmenin ayrılması, bu etkinliklerin amaçlarının ayrı olmasından kaynaklanmaktadır. Faaliyetin yürütülmesi, “kar” amaçlı ve özel hukuk hükümlerine tabi olmak durumundadır. Buna idare hukuku unsurlarının eklenmesi, hedefin karmaşıklaşması ve kendi içinde çelişkilerle karşılaşması sonucunu doğurmaktadır. Doğal olarak hizmetin yürütümünün sadece “kar” amaçlı olması halinde, kamu hizmetin nitelenmesi ile hedeflenen amaçlara ulaşılması çoğu zaman mümkün olmayabilecektir. İşte bu eksikliğin giderilmesi ise, ekonomik faaliyetin üstünde, onu düzenleyen, yönlendiren ve denetleyen bir idari düzenleme faaliyetinin olmasını gerektirmektedir. Söz konusu idari düzenleme işlevi ise, şeffaf ve kamu hizmetine ilişkin detaylandırılmış idare hukuku ilkeleri doğrultusunda kamu hizmetinin amaçlarına uygun, bunları gerçekleştirmeyi hedefleyen bir şekilde yerine getirilmek durumundadır.

3. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Faaliyetleri Bakımından

Kamu hizmetlerinin bir alt ayırımı olarak ekonomik nitelikli kamu hizmetleri tanımına ihtiyaç belki de daha fazlasıyla kamu iktisadi teşebbüsleri açısından geçerlidir. Zira bu hizmetler bakımından, tabi olunan hukuki rejim sorunu daha ciddi boyutlarda yaşanmaktadır.

Bilindiği üzere, idarenin de özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kamu hizmetleri bulunmaktadır. Anayasanın 128. maddesinde idare tarafından genel idare esaslarına göre yürütülmesi söz konusu olan kamu hizmetlerinden bahsedilmektedir. Bu ifade “mefhum-u muhalifinden” özel idare esaslarına göre yürütülmesi söz konusu olabilecek kamu hizmetlerinin olabileceğini akla getirmektedir. Nitekim bu ayırım maddede açıkça ortaya konmuştur. Bu özel idare usulleri ise bilinen özel hukuk rejimidir¹⁰⁸. Ancak değişik kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından kanunlarda ve uygulamada, tabi olunan esaslar yönünden geniş bir çeşitlilik mevcut iken, idare esasları bakımından genel ve kapsayıcı bir tanımlama yapılmamıştır.

Söz konusu özel hukuk rejimine tabi ancak “kamunun elindeki... özel hukuk şirketleri”, “kamu kesiminde bulunan özel tüzel kişiler” gibi nitelendirmeler ile, faaliyetlerini özel idare usullerine göre yürüten kişilerin konumları belirlenmeye çalışılmışsa da¹⁰⁹, daha önce de değinildiği şekilde kuralsız liberalleşme yönündeki siyasi eğilimler karşısında bu kuruluşları kamu tüzel kişiliği olarak nitelendirme ve bu şekilde belli kural ve denetime tabi olmalarını sağlama eğilimi ağır basmıştır. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin bu şekilde kamu tüzel kişisi olarak nitelenmesi sonucunda¹¹⁰, deyim yerinde ise iki başlı bir düzen ortaya çıkmıştır¹¹¹. Bu değerlendirmenin bir sonucu, kamu iktisadi teşebbüslerinin üstlendikleri hizmetleri yürütme usulünün “emanet” usulü olmasıdır¹¹². Emanet usulü, bir hizmetin, bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulan örgüt ve tahsis edilen sermaye, personel ve araç gereç ile görülmesi olarak nitelenmektedir¹¹³. Bu tür hizmetlerin işin özelliğine göre zaman zaman belli ölçülerde özel hukuk rejimine tabi olacağı kabul edilmekte ise de, “emanet usulünün unsurları olan örgüt, personel, mallar vs. idare hukukunun konu başlıkları olup bütün ilke ve kurallarına tabidir”¹¹⁴.

¹⁰⁸ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 195.

¹⁰⁹ Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, s. 53 vd. Bu ayrımlar ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 175 vd.

¹¹⁰ Bkz. Bilge Umar, *Türk Kalkınma Hukuku*, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, No 64-17, İzmir, 1971, s. 87’de nakledilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı; buna karşı bir örnek için Bkz. Kanun No 406’ya değişiklik getiren Kanun No. 4502’nin değişik 1. Maddesinde Türk Telekomünikasyon AŞ. “bu kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir” denmekte ve KİT’lere ilişkin mevzuatın uygulanmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu yaklaşımın Prof. Dr. Sait Güran’ın deyimini ile bir kamu anonim şirketi kavramı için de temel teşkil ettiği düşünülmektedir. Türk Telekom için geçerli olan bu durum, sermayesinin çoğunluğu Türk Telekom’a ait olan ve yakın zamanda bir başka mobil telekomünikasyon şirketi ile birleştirilmesi kararı alınan Aycell İletişim ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş. için de geçerlidir.

¹¹¹ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 195. Yazar, özel idare usullerine göre faaliyet gösteren kamu teşebbüslerinin, bir yandan kamu tüzel kişiliği niteliğini taşımaları, aynı zamanda da kendi kuruluş kanunları ve KİT’leri düzenleyen genel kanunlara tabi olmaları dolayısıyla, karma bir hukuki rejimin ortaya çıktığını ve uygulamadaki sorunun bundan kaynaklandığını belirtmektedir. Ayrıca yazarın atıf yaptığı 1976 tarihli Danıştay kararında, yine yazarın alıntılıdığı “İktisadi Devlet Teşekküllerinin “öncelikle Türk Ticaret Kanununa tabi olacaklarında duraksamaya yer yoktur” ifadesi ilgi çekicidir.

¹¹² İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 248

¹¹³ Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, s. 53

¹¹⁴ Aynı.

Kanımızca bu görüş, kimi örnekler bakımından tutarsız olduğu gibi¹¹⁵, kamu hizmetlerinin tarihsel gelişimi ve pratik yönelimi karşısında yetersiz bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Gerçekten de, tarihsel sürece bakıldığında ekonomik kamu hizmetlerinin yapısı, merkezi idare içindeki birimlerden önce bir mal varlığı ve personel tahsis edilen, ancak ayrı tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarına, oradan da bir şirket şeklinde örgütlenen kuruluşlara doğru bir ayrılma sergilemektedir. Bu gelişimi güneş sistemine benzetmek mümkündür¹¹⁶. Gerçekten de güneş sisteminde önce gezegenlerin güneşten koptuğu ancak yörüngesinde kaldıkları, zamanla ya yörüngenin mesafesinin arttığı ya da başka kopuşlarla yörüngeden uzaklaşıldığı teorisi ile olan benzerlik şaşırtıcıdır. Nitekim, elektrik ve telekomünikasyon hizmetlerinde bu gelişmeler neredeyse birebir takip edilebilir. Önceleri Ulaştırma Bakanlığı'nın bünyesindeki bir genel müdürlük olan PTT, daha sonra ayrı tüzel kişiliğe sahip bir genel müdürlük (yani bir kamu iktisadi teşebbüsü) olarak örgütlenmiş, akabinde de posta ve telefon hizmetlerini görmek üzere ayrılarak, telefon hizmetlerini gören kuruluş Türk Telekomünikasyon A.Ş. olarak yapılandırılmıştır. Benzer şekilde, Türkiye Elektrik Kurumu da, önce Etibank'ın bünyesinde bir birim iken, ayrı bir tüzel kişilik olarak yapılandırılmış, daha sonra, birisi dağıtım, diğer üretim ve iletim faaliyetlerini görmek üzere iki anonim şirkete ayrılmış, daha sonra bunlarda üretim ve iletim faaliyetlerini yürüten TEAŞ, üretim, iletim ve ticaret olmak üzere üç ayrı anonim şirkete bölünmüşlerdir.

Bu çekirdek denilebilecek merkezi idareden hizmet yerinden yönetim kuruluşları açısından ayrılma ve uzaklaşma olgusunun altında yatan neden de oldukça kolay anlaşılabilir niteliktedir. Gerçekten de teknik gelişmeler, ekonomik ve sosyal hayatın giderek karmaşıklaşması ve bu alanlarda hem idarenin hem de özel teşebbüsün görev ve faaliyet alanlarının giderek genişlemesi bu olguyu kaçınılmaz bir

¹¹⁵ Örneğin, T.C. Merkez Bankası ya da kanunla ancak bazı yabancı teşebbüslerle de ortak olarak kurulan Ereğli Demir Çelik fabrikaları A.Ş. bu tür teşebbüslerin farklı nitelenebileceğinin ve dahası bu tür farklı nitelermelerin daha olumlu sonuçlar verdiğinin somut örnekleridir. Türk Telekom da yukarıda tartışıldığı üzere, bu örneklerin arasında sayılabilir. Kanımca bu örnekler, teşebbüsün ekonomik ilkeler temelinde çalışma gereği arttıkça (ileri teknoloji kullanımı gereği ve dış rekabet) daha kolay kabul edilebilir şekilde ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁶ Bu benzetme Prof. Dr. Sait Güran'ın derslerinde kullandığı bir benzetmedir. Astronomi bilimi açısından doğruluğu konumuzun dışındadır ancak idari yapılanma açısından geçerliliği tarihsel açıdan sabittir denilebilir.

biçimde beraberinde getirmiştir. Değerlendirilmesi gereken teknik detayların artışı karşısında uzmanlık ihtiyacı ön plana çıkmış, ayrıca gelişmenin hızı da gerekli olabilecek idari müdahalelerin süratle yapılması gereğini ortaya çıkartmıştır. Bunu tek merkezli ve aşırı geniş bir görev alanına sahip bir örgüt bünyesinde yapmak imkansız hale gelmiştir. Bu durumda, gerek hizmeti gören örgütün gerek hizmeti düzenleyen örgütün, teknik açıdan daha fazla uzmanlaşmış olması ihtiyacına paralel olarak, idari açıdan da merkezi idare yapısından uzaklaşması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu oluşum kuşkusuz yeni değildir ve hizmet yerinden yönetim teşkilatları kavramı ile uzun zamandır değerlendirilmektedir. Bu süreçte genel politika belirleme fonksiyonları ile idari düzenleme ve ekonomik faaliyet kavramları zaten birbirinden belli ölçeklerde ayrışmaya eğilimine girmiştir. Ancak günümüzde tüm idari faaliyetler ile ekonomik faaliyetlerin birbirinden ayrılması, söz konusu uzmanlaşma mantığı açısından da gereklidir.

Durum böyle olunca, kural olarak en azından doğrudan hizmetin idari düzenlemesi yönünde bir fonksiyonu bulunmayan, görevi esas itibarıyla sadece bir ekonomik faaliyetten ibaret olan ve anonim şirket olarak örgütlenen kamu iktisadi teşebbüslerinin, yukarıda bahsi geçen kuralsız liberalizasyonun sakıncaları karşısında, kamu tüzel kişileri olarak nitelendirilmeleri, kanımızca anlaşılır olmakla beraber sakıncalıdır. Kanımızca bu teşebbüslerin, bir özel hukuk müessesesi olan anonim şirketler olarak örgütlenmeleri, kendilerine bir sermaye tahsis edilmesi ve bu sermaye ile ekonomik faaliyetlerde bulunmaları, başlı başına söz konusu faaliyetin, bazı sınırlı istisnalar dışında, özel idare usulleri ile yürütülmesi, yani özel hukuk hükümlerine tabi tutulması için yeterli gerekçe sayılması gerekir.

Kuşkusuz, bu teşebbüslere faaliyet alanlarının özelliklerinin ve ülke ihtiyaçlarının gerektirdiği bazı kamusal görev ve işlevler yüklenmesi mümkündür ve gerek ilk aşamadaki genel görevlendirme işlemi, gerek daha sonra bazı özel kamusal görev ve işlevler yüklenmesi işlemi idare hukukunun alanına girmektedir. Ancak bu görevlendirmenin mümkün olduğunca saydam yapılabilmesi, her şeyden önce görevlendiren ile görevlendirilen arasında somut ve net bir ayırım yapılabilmesine bağlıdır. Bu gerçekleşikten sonra, söz konusu görevin maliyeti ve faydası net bir şekilde ortaya konabilir. Aynı şekilde, söz konusu görev ve işlevlere olan ihtiyaç, faaliyetin bütününe kamusal rejime tabi tutulmasını da gerektirmeyeceğinden söz

konusu ayırım, gerekli işlevin o işlev açısından en uygun usul ile yerine getirilmesine imkan verecektir. Bir örnek olarak, fiilen telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasının bir şirket olarak örgütlenmesi ve hizmetin sunulmasına ilişkin tüm ticari kararları ekonomik verileri dikkate alarak vermesi, ancak, bu tür bir serbestinin istenen sonucu vermeyebileceği ortamlarda ya da rekabetin oluşmadığı hizmetler veya durumlar bakımından (örneğin kırsal kesimlere telekomünikasyon hizmeti götürülmesi konusunda) ihtiyacın nasıl giderileceği konusunun konulacak somut ve objektif kriterler çerçevesinde ve maliyetler de dikkate alınarak yapılacak idari işlemlerle idare tarafından belirlenmesi verilebilir. Yakın zamanda tartışılan, telekomünikasyon alanında, GSM mobil telekomünikasyon hizmeti veren işletmecilere yüklenen, belli kapsama alanlarına ulaşma yükümlülüğü de bu kapsamda değerlendirilebilir. Altı çizilmesi gereken nokta, özellikle kamu teşebbüsleri tarafından yürütülen bu tür ekonomik nitelikli kamu hizmetinin kullananlardan talep edilen bedelinden fazla bir maliyetle yani zararına verilmesi kararının somut kriterler çerçevesinde ve saydam bir ortamda verilmesi, buna karşılık bu karar bir kez verildikten sonra, bu kararın ekonomik sonuçlarının ve sağlanan fayda ile bu fayda için katlanılan maliyetin de bilinebilmesidir.

Bir diğer sakınca, yazılı olan ya da olmayan kimi uygulamalar sonucunda ortaya melez bir varlık çıkartılmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de İktisadi Devlet Teşekkülleri müşterileri ile olan ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyet göstermektedirler. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, yönetici kadroları, hissedarları tarafından seçilmemekte, siyasi otorite tarafından atanmaktadır. Gerçi, sermayelerinin tamamı devlete ait olduğundan bu husus tek başına bir fark yaramayacakmış gibi düşünülebilir. Ancak, atamayı yapan makamın esas olarak ilgili bakanlık olması, atananların görevdeki performansının da ekonomik değil siyasi olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır. Doğal olarak, yukarıda verilen Deutsche Telekom örneğinin aksine, başarısız mali performansın herhangi bir olumsuz sonucu bulunmamaktadır. Nitekim 233 sayılı KHK'nın 41. maddesine göre, ilgili bakanın denetimi de yine performans bakımından değil, faaliyetlerde mevzuata uygunluk gibi gerçek manası ile yapıldığında aslında Sayıştay, Yüksek Denetleme Kurulu ve yargı makamlarının görev alanına giren, ancak uygulamada siyaseten yapılan bir denetimdir.

Aynı şekilde, Anayasanın 165. maddesi uyarınca yapılan meclis denetimi de, gerekli performans denetimini sağlayamamaktadır. Kural olarak, meclis denetiminin mantığı, özellikle sermayesinin tamamına yakını devlete ait olan ve bu nedenle genel kurulu olmayan iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarının genel kurulunun yapacağı bir tür “performans denetimi” (harcanan kamu kaynağına karşılık sağlanan kamu yararının değerlendirilmesi) olarak düşünülebilir. Ticari şirketlerdeki temel organ olan genel kurul ise esas itibarıyla şirket yöneticilerinin, sermayedarlara/hissedarlara faaliyetleri bakımından hesap verdiği yerdir. Kuşkusuz bu hesap verme fonksiyonu kanunlara ve sözleşmelere uygun davranmayı, hatta kimi durumlarda şirketlerin sosyal sorumluluklarını da içermekle birlikte, asıl olan hesap verme, şirketin karlılığı ve başarısı yani performans bakımındandır. Ancak meclis denetimi, bu tarz bir performans denetimini öngörmemektedir. Kamu hizmetlerinde ekonomik anlamdaki “kar” bir amaç olarak kabul edilmediğinden, kar kavramı ile at başı giden ekonomik verimlilik ve performans denetimi de gereği gibi yapılamamaktadır. Zira denetim konusu esas olarak faaliyetlerin mevzuata uygun yürütülüp yürütülmediği ve hesapların ibra edilip edilmemesidir; bakılan da yaptırımı kanuni takibat olabilecek usulsüzlüklerdir. Zarar eden bir kuruluşun neden “ticari” olarak zarar ettiği, bu zararda yöneticilerin performans eksikliklerinin rolünün olup olmadığı değerlendirilmemektedir.

Tabi olunan kamu hukuku rejimi, personel konusu dışında da faaliyetler bakımından amaca uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle rekabete açık sektörlerde, faaliyete yönelik kararlar ekonomik kriterler dışında bazı mülahazalarla alınabilmekte ya da bir takım kısıtlamalarla karşı karşıya kalınabilmektedir. Örneğin ham maddelerin alımında kalite ya da tüketici tercihlerinden ziyade ihale yöntemi sonucu en uygun fiyat öncelik alabilecektir¹¹⁷. Yine 2000 yılına kadar dört yıldan uzun bir süre boyunca, bütçe kanunlarına konan bir hükümle Türk Telekomünikasyon

¹¹⁷ Bu konuda, kamu hukuku direncinin basındaki sözcüsti konumundaki Cumhuriyet gazetesinde yer alan haber dikkat çekicidir. Haberde, THY’nin kamu ihale yasası hükümlerine tabi olmasının rekabet şansını azalttığı, örneğin yakıt ya da yolculuklarda ikram malzemesi alınırken kalite/güvenlik ya da yolcu tercihinin değil, ihale sonucunda en ucuz fiyatlı ürünün seçilmek durumunda olduğu bildirilmektedir. Bkz. Cumhuriyet, 7.9.2002, s.13

A.Ş.’nin gayrisafi gelirlerinin %10’unun “özelleştirilme gelirlerine mahsuben”¹¹⁸ Hazineye ödenmesi de bu tür müdahalelere örnek olarak verilebilir.

Bu tür durumların yarattığı rekabet dezavantajlarına karşılık, çoğu zaman sektörde fiili tekel konumunda bulunan teşebbüslerin bu özel durumlarından kaynaklanan ciddi rekabet avantajları da olabilmektedir. Ancak, avantaj ve dezavantajların birbirini tam olarak dengelediği varsayılan durumlarda dahi, yapılan faaliyetlerin maliyet/fayda analizinin yapılabilmesini mümkün kılacak şeffaflık ve saydamlığın sağlanması olanağı bulunamamaktadır. Gerçekten de bu tarz “müdahaleler” sonucunda yapılan kimi faaliyetlerin, ekonomik verimlilik ya da rekabet edebilirlik açısından dezavantajları olmasına karşılık, çok önemli başka toplumsal yararları olabilir. Ancak somut bir maliyet/fayda analizi olmaksızın bu tür “kamusal” gerekçelerin başka amaçların “kılıfı” olup olmadığının anlaşılması mümkün değildir.

Kanımızca, kamu iktisadi teşebbüslerinin “karma” bir hukuki rejime tabi olmasının en büyük sakıncası, idarenin söz konusu ekonomik faaliyet alanlarındaki işlevlerinin birbirine karışması ve sonuçta hiç bir işlevin yerine getirilmesinin tam olarak sağlanamamasıdır. Gerçekten de, söz konusu teşebbüsler, hem ekonomik faaliyetler yürütmekte, hem de kimi zaman doğrudan sektöre ilişkin, kimi zaman da sektör ile doğrudan ilgisi olmayan amaç ve politikaların hayata geçirilmesi için çaba göstermek durumunda kalmaktadırlar. Aynı şekilde, hem sektörde rekabet etmek, hem de eş zamanlı olarak, sektörü düzenlemek ya da düzenleme faaliyetlerine yardımcı olmak durumunda kalmaktadırlar. Örneğin yakın zamana kadar TTAŞ, hem telekomünikasyon hizmetlerini sunmakta, hem lisans verilecek katma değerli hizmetler konusunda idareye görüş vermekte, hem de telekomünikasyon ekipmanlarının tip onayını (yani kullanıma uygunluğun teyidi) vermektedir. Benzer şekilde, Tekel de, Tütün ve Alkol Piyasaları Kurumu örgütlenmesini tamamlayana kadar ona ait bazı sorumlulukları yerine getirmeye devam etmekle görevlendirilmiştir. Söz konusu durumun rekabet açısından yarattığı sakıncalar açıktır.

¹¹⁸ Ki bu terim de yanlış, zira Türk Telekomünikasyon A.Ş. kendi hisselerinin özelleştirilmesi gelirlerinden pay almayacaktır. Nitekim bu yanlış uygulama geriye yönelik olarak kaldırılmış ve tahsil edilen bedellerin TTAŞ’ın bağlı ortaklığı olan Aycell’in GSM lisansı ücretinden düşülmüştür ancak bu haliyle bile rekabeti bozucu bir müdahale olduğu tartışmasızdır.

Yine rekabet açısından sorunlu olan bir durum, kamu teşebbüslerinin vergi, sosyal sigorta primleri gibi kamusal yükümlülüklerini yerine getirmemelerine genel olarak göz yumulmasıdır. Nitekim, vergi ve benzeri yükümlülüklerin borçlularını gösteren listelerde kamu teşebbüsleri hep ilk sıralardadır. Yukarıda belirtildiği üzere, belki bu göz yumma, bir ölçüde bu kuruluşların üstlendikleri görevler nedeniyle uğradıkları maliyetleri, yani görev zararlarını, karşılamaktadır ama bunun herhangi bir şekilde hesabının yapılması pek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, bir taraftan özel sektörün diğer taraftan da bir kamu tüzel kişinin yürüttüğü rekabet gücü açısından sunanlar arasında çok büyük bir dengesizlik olmayan aynı nitelikteki faaliyetlerin ayrı ayrı rejimlere tabi olması durumunda, eşitsizliğin ve piyasa dengesizliklerinin oluşması tabidir. Bu durumda ya özel teşebbüs bu sektörde fiilen faaliyet göstermez duruma düşecek ya da kamu teşebbüsü zarar ederek verimsizliğini kamu bütçesine yükleyecektir. Belirli bir sosyal faydanın bedeli olarak değerlendirilebilecek bu ikinci durumda ise, fayda/maliyet analizi yapılamayacaktır. Bu anlamda, idarenin ekonomik alanlardaki etkinliklerinin amacının kar elde etme olamayacağı yönündeki baskın görüşün¹¹⁹ kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından yukarıdaki çerçeve içerisinde yeniden değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Zira piyasa ekonomisinin temel mantığı, herkesin karını kurallar dairesinde maksimize etmek amacıyla çalışması ve bunun sonucunda piyasanın çeşitli etmenlerin etkisi ile optimum noktayı bulmasıdır. Amaç meşru faaliyet ve yöntemlerle kar elde etmek olmayacak ise, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermenin bir anlamı da kalmayacaktır. Sistemin kısmen kabul edilmesi, sakıncalı sonuçlar doğurmakta, çeşitli davranış bozukluklarını güçlendirmektedir.

4. Görülüş Usullerine İlişkin Sorunlar

Kamu hizmetlerinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından görülüş usulleri bakımından öncelikle imtiyaz ve ruhsat usullerinin değerlendirilmesi gereklidir. Zira doktrinde kabul edilen müşterek emanet vb... gibi yöntemlerin uygulaması pek görünmemektedir¹²⁰.

¹¹⁹ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, s. 15 vd., Cilt 2, s. 920 vd.

¹²⁰ 1996 yılında bir Büyükşehir Belediyesi tarafından, Dünya Bankası tarafından kullandırılan bir altyapı kredisinin şartları çerçevesinde özel bir işletmeci ile imzalanan işletme sözleşmesinin müşterek

Kural olarak, kamu hizmeti teşkil eden bir faaliyetin uzun süreli bir sözleşme ile özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi durumunda, söz konusu sözleşmenin bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi oluşturacağı doktrin ve yargı tarafından kabul edilmektedir. Buna karşılık, kamu hizmetlerinin gerçek ya da tüzel özel hukuk kişilerine idarenin ruhsat, izin gibi tek taraflı bir işlemi ile ve işlevsel denetimi altında gördürülmesi de mümkündür¹²¹. Bu usul, imtiyaz sözleşmeleri gibi diğer özel hukuk kişileri tarafından kamu hizmetinin görülüşü usullerinden, özel hukuk kişinin idarenin tek taraflı bir işlemi ile yetkilendirilmesi ve görevlendirilmesi yönüyle ayrılır. Ancak, bu ayrımın şekli olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de, bir imtiyaz sözleşmesinde idare tek taraflı iradesi ile ve imtiyaz sahibinin rızasını alma durumunda olmaksızın hizmette ve sözleşmede gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Buna karşılık, söz konusu durumda imtiyaz sahibinin tek hakkı, mali dengenin korunmasını talep etmektir. Ancak, tarafların birinin tek taraflı iradesi ile sözleşmeyi değiştirebilmesi, sözleşme lafzı mantığı içinde kolay izah edilebilir bir durum değildir¹²². İmtiyaz sözleşmeleri ve ruhsat¹²³ modelleri arasındaki bir diğer farklılık ise, imtiyaz sahibine tanınan tekel hakkı ile yine hizmetin yürütülebilmesi için imtiyaz sahibine tanınabilecek kimi kamusal yetkiler olarak gösterilebilir. Gerçekten de ilk bakışta, idare hukuku uygulamamızda yakın zamana kadar ruhsatların çok kısa metinler olduğu ve herhangi bir genel ya da özel hükme yer vermediği düşünülürse, bu ayrım haklı görünebilir. Ancak kanımızca, bu tür şekli bir

emanet örneği teşkil ettiği söylenebilir. Ancak, söz konusu sözleşme devam eden bir davaya konu olduğundan, bu konuda daha etraflıca bir değerlendirme bu aşamada yapılamamaktadır.

¹²¹ Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri**, s. 69.

¹²² Kuşkusuz, kimi özel hukuk sözleşmelerinde de taraflardan biri ile sözleşme kapsamında değişiklik yapma yetkisi tanınabilir. Özellikle inşaat (eser) sözleşmelerinde, iş sahibine işin kapsamını belli oranlarda genişletme ya da daraltma yetkisi tanınmakta, müteahhidin ücreti de buna göre ayarlanmaktadır. Ancak bu yetkinin kapsamı ve niteliği sınırlıdır, iş sahibi ancak belli oranlarda değişiklik talep edebilir, bu hakkını kullanması iyi niyet ve dürüstlük kuralları ile sınırlıdır. Oysa, belki bir ölçüde pek uygulaması da olmadığından olsa gerek, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin kapsamı ve niteliği belirsizdir. Hatta daha ileri gidilerek, idarenin sözleşmenin idari hükümlerinde, örneğin mücbir sebep ve kusursuz imkansızlık hallerini düzenleyen maddelerinde tek taraflı değişiklik yapamayacağı söylenebilir de, kanımızca bu esaslı farkı değiştirebilecek bir istisna teşkil etmeyecektir.

¹²³ Ruhsat, izin vb. gibi ifade edilen, günümüzde ise Anglosakson hukuklarından mülhem lisans terimi ile ifade edilmesi tercih edilen söz konusu tek taraflı idari işlem ile yapılan görevlendirme işlemini ifade etmek için, “lisans” terimini kullanan kanun maddelerine yapılan atıflar dışında, özellikle hukuk dilimizde bu anlamı ile tanınmasının daha kolay olacağını düşündüğümüz “ruhsat” terimini tercih edeceğiz. Gerçi, bu tarz bir kamu hizmeti görevlendirmesini içermediği halde ruhsat olarak nitelendirilen işlemler bulunmakla birlikte, bunların izin, ehliyet gibi başka terimlerle ikame edilmesinin daha kolay olacağı ve böylece bir tutarlılık sağlanabileceği umulmaktadır.

ayırımın, yukarıdaki gerekçelerle sınırlı olarak bakıldığı takdirde, somut bir gerekliliği görülememektedir. Ruhsatların da, yabancı ülkelerdeki kimi örneklerinde gördüğümüz gibi, hem genel, hem hizmetin türüne ve hatta lisans sahibine özel¹²⁴ kapsamlı, detaylı hükümler içeren şekilde hazırlanması mümkündür. Nitekim, henüz örneği görülmemiş olsa dahi, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun vereceği lisansların bu şekilde içerik açısından kapsamlı olacağı öngörülmektedir. Elektrik ve enerji ile ilgili kanun ve yönetmelikte¹²⁵ “lisanslarda” yer verilmesi öngörülen hükümlerin listesine bakıldığında da uzun ve detaylı hükümler içeren lisans verilmesi uygulamasının başlayacağı anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi ile ilgili benimsenen imtiyaz yöntemi ya da daha genel bir deyişle idarenin elinde olan bir yetkilendirmeyi bir sözleşme yolu ile yapması kanımızca amaca uygun değildir. İdare ile yapılacak bir sözleşme, her sözleşme gibi, taraflara karşılıklı hak ve borç yükleme durumundadır. Bu durum, eşit taraflar arasındaki bir özel hukuk ilişkisi bakımından normal olmakla birlikte, idarenin “kamu yararı” amacı doğrultusunda tek taraflı işlem yapabilme yetkisinin olduğu ve bu nedenle üstün hak ve yetkilerle donatıldığı bir durumda, olsa olsa özel hukuk kişisi tarafının haklarını garanti altına alma amacına hizmet etmeye yönelik olabilir. Nitekim, idare sözleşmeye tek taraflı değişiklikler yapabilmektedir ki kanımızca bu, sözleşme kavramının içeriğini zorlayan bir yetkidir ve kaldı ki, söz konusu tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisinin kapsamı da belirsizdir¹²⁶. Söz konusu yetki esasen işin kapsamına ilişkindir. Ancak yine örnek olarak, idarenin sözleşmeyi etkileyebilecek mücbir sebepleri ve sonuçlarını düzenleyen maddelerde – yine örnek olarak bunların kapsamını daraltıcı nitelikli-- tek taraflı değişiklik yapamaması gerekir. Yine aynı minvalde, sözleşmeler özel, birel nitelikli işlemler olmakla birlikte, kuşkusuz eşit işlem ilkesi gereği benzer durumları benzer nitelikli düzenleme durumundadırlar. Buna karşılık, Danıştay incelemesinden geçmiş imtiyaz sözleşmelerinde birbirinden farklı hükümlere rastlanabilmektedir.

¹²⁴ Kuşkusuz burada kast edilen, ayrıcalık içeren hükümlerden ziyade objektif nedenlerden kaynaklanan özel hükümlerdir.

¹²⁵ Kanun No. 4628, Madde 3 (b) bendinde bu hükümler 14 kalemde sayılmıştır.

¹²⁶ Bkz. Aydın Gülan, *Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri*, s. 58

Kanımızca benzer sonuçlara lisans ya da ruhsat modeli ile de ulaşılabilir. Bu modelde, değişen şartların gerektirdiği düzenlemeler, genel nitelikli kanun ya da genel düzenleyici idari işlemlerle yapılabilecektir. Kazanılmış hakların korunması konusunda hem idari hem de yargısal olarak istikrarlı bir uygulamaya sağlanabildiği takdirde, lisans sahiplerinin meşru haklarının korunması da, hukuken en az imtiyaz sözleşmelerinde sağlanan korunma düzeyine getirilmiş olabilecektir. Kaldı ki, faaliyet neticesinde üretilen mal veya hizmetin doğrudan tüketicilere sunulduğu durumlarda, bu tür sözleşmesel garantilere olan ihtiyaç, üretilen mal ya da hizmetin doğrudan idareye sözleşmede belirlenen sabit fiyattan satıldığı durumlara nazaran, daha az olmaktadır. Örneğin, bir elektrik üretimi imtiyaz sözleşmesinde vergilerin artmasından doğan maliyetlerin, tek alıcının bir başka kamu iktisadi teşebbüsü olduğu dikkate alındığında, mevzuat değişikliğine karşı güvence sağlayan hükümler çerçevesinde fiyatlara yansıtılması gerekirken, telekomünikasyon hizmetlerinde, bu maliyetler, idarenin tarifeler üzerindeki yetkileri saklı kalmak üzere, doğrudan kullanıcılara yansıtılabilmektedir. Oysa mal ya da hizmetin doğrudan kullanıcıya sunulduğu durumlarda, diğer ekonomik faaliyetlerde olduğu gibi, maliyetler doğrudan kullanıcılara yüklenebilecek, buna karşılık bu maliyetleri kullanıcılara asgari düzeyde yansıtılabilmek fiyat açısından önemli bir rekabet avantajı sağlayacağından, faaliyeti yürüten kişiler için bu yönde ciddi bir teşvik sağlanabilecektir. Örneğin, kimi otomobil üreticileri, yakın geçmişteki özel tüketim vergilerini tüketiciye yansıtma kararlarını ilan etmişlerdi.

Ancak daha da önemlisi, imtiyaz sözleşmelerinden mali dengenin korunması prensibi, sonuçta olağan ticari riskler dışında bir tür gelir garantisi gibi işlediğinden diğer kimi değişikliklerin de önünü tıkayabilmektedir. Örneğin, telekomünikasyon hizmetlerinde imtiyaz sözleşmelerinin yapılmış olması, piyasaya ilk giren işletmecilere daha sonradan kanunla getirilen ulusal dolaşım yükümlülüklerine karşı sözleşmesel garantilerden yararlanma imkanı sunmaktadır. Aynı şekilde, mevzuattaki değişikliklere karşı korunma sağlayan hükümler, sektöre özel mevzuat değişikliklerinin yanında, örneğin gelir ya da kurumlar vergisi oranlarında olabilecek değişiklikleri, çevre ya da iş yasaları çerçevesindeki yükümlülüklerin de arttırılmasını da kapsamaktadır. Oysa, bu faaliyetler bakımından idarenin tek yanlı iradesi ile verilen bir lisans söz konusu olsa idi, kanımızca bu tür garantilerin kapsamı

kazanılmış hakların korunması prensibi çerçevesinde kalacak ve idari düzenleme için daha fazla hareket imkanı sağlanabilecektir.

5. İlkelerin İçeriklerinin Doldurulması Sorunu

Kanımızca kamu hizmeti teorisinde en önemli nokta, söz konusu faaliyetin tabi olacağı ilke ve kurallardır. Son yıllarda yukarıda değinmeye çalıştığımız tartışmalar, gözlemlenebildiği kadarı ile bu noktanın çok uzağında, daha ziyade hangi faaliyetlerin kimin tarafından (özel teşebbüs ya da kamu teşebbüsleri) ve hangi usuller ile görüleceği yönünden olmuştur. Oysa, günümüzde ilkelerin kapsamını ve anlamını [yeniden] belirlemek ihtiyacı olduğu gibi, bunların gerektirdiği kuralların da somutlaştırılması gereği vardır.

Ancak hizmetten doğrudan yararlananlar konumunda olan toplumu daha fazla ilgilendiren husus söz konusu hizmetlerin çok genel ifadesi ile “niteliği” olsa gerektir. Bunu sağlama yönünden de, kanımızca soyut düzlemde ortaya konulan ilkelerin içeriklerinin gelişmeler ve uygulamalar çerçevesinde gelişmelere süratle cevap verebilecek esnekliği de taşımak suretiyle somut, belirli ve açık bir şekilde doldurulması gerekmektedir. Bunu sağlayacak ya da kolaylaştırabilecek idare hukuku çerçevesinin oluşturulabilmesinin ise, söz konusu hizmetlerin gelişimi bakımından önemli bir katkı olmasını sağlayacağı düşünülmektedir.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından, kamu hizmetlerine hakim olan ilkelerin içeriklerinin doldurulması sorununun değerlendirilmesinin, tüm kamu hizmetlerine hakim olan ilkelerden yola çıkarak yapılmasının doğru olduğu düşünülmektedir. Bunun başlıca nedeni, mevcut kamu hizmeti teorisinde ihtiyaç duyulduğunu düşündüğümüz revizyonun başka ülkelerde yer alan kavram ve modellerin doğrudan alınması (adaptasyonunun) ile yapılamayacağının düşünülmesidir. Gerçekten de, aşağıda değinmeye çalışacağımız gibi, alınabilecek iki modelden ABD modeli, çok önemli rolü olmakla birlikte, farklı bir geçmişi, toplumsal yapısı ve şartları olan bir ülkenin modelidir. AB modeli ise, yine esas itibarıyla farklı

bir noktadan çıkış yapan ve sonuçta ulusal üstü temelde uygulanmakta olan bir modeldir¹²⁷.

Kamu hizmetlerine hakim olan ilkeler genel olarak (i) süreklilik, değişkenlik ve uyarlanma; (ii) meccanilik; ve (iii) yararlanmada eşitlik olarak sınıflandırılmaktadır¹²⁸. Bu ilkelerin hem sınıflandırılması hem de içerikleri anlamında üzerlerinde geniş bir mutabakat bulunmadığı gibi, bunların sınırlayıcı olarak düşünülmemesi gerektiği de vurgulanmalıdır.

Peki, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından bu ilkelerin geçersiz ya da uygulanamaz nitelikte olduğu söylenebilir mi? Özellikle meccanilik ilkesinin artık “tarihsel bir anı” olarak nitelenmesine¹²⁹ karşın dahi, bu sorunun yanıtının “hayır” olması gerektiği inancındayız. Kuşkusuz meccanilik ilkesinin ilk düşünüldüğü ve anlatıldığı anlamı ile uygulanması, özellikle ekonomik kamu hizmetleri bakımından mümkün değildir. Ancak kanımızca kamu hizmetlerinin “ekonomik bedelinin belirlenmesi” salt piyasa kurallarına göre olmadığından ve olamayacağından belki sırf anlamsal yakınlık nedeniyle dahi olsa bu başlık altında yapılması gereken önemli değerlendirmeler olduğu kanısındayız.

Bu anlamda ilkelerin içeriklerinin doldurulması sorununa esas itibarıyla üç ayrı düzeyde bakmanın gerekli olduğuna inanılmaktadır. İlk ve deyim yerinde ise en üst ve en genel düzeyde, tüm kamu hizmeti alanlarından geçerli ilkelerden bahsedilmelidir. Ancak kamu hizmetlerinin gelişimi ve günümüzde gösterdiği çeşitlilik, bu tarz ilkelerin dahi ortak niteliği ile belirlenmesini güçleştirmektedir. Ancak kanımızca en azından başlık olarak dahi olsa mevcut ilkelerin yol göstericiliği önemlidir. En azından, bir hizmet ekonomik nitelikli bir kamu hizmeti olarak nitelendiğinde, söz konusu ilkelerin faaliyetin düzenlemesinde dikkate alınması ve konu itibarıyla düzenlemelerin bu ilkeler ve bu ilkelerin hizmet ettiği “kamu yararı” bakımından en uygun çözümü sağlayacak şekilde yapıldığının tevsiki gerekmektedir. Her bir faaliyet alanında, söz konusu faaliyetin niteliğine ve özelliklerine göre özel

¹²⁷ Bkz: aş. II F Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin ABD ve AB Hukuklarından Bazı Notlar başlıklı bölüm.

¹²⁸ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 237 vd.

¹²⁹ Aynı.

kuralların konulması gerekecektir ama bu ilkeler de söz konusu özel kuralların birer hedef listesi olarak yol gösterici olacaktır.

Kamu hizmetine hakim olan ilkelerin içeriklerinin doldurulması sorununun konumuz bakımından kritik bir yönü de, Anayasanın 65. maddesidir. Bu maddeye göre, idare, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Devletleştirme ve özelleştirme ile, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel teşebbüsler tarafından görülmesini de içeren 47. maddenin de bu bölümde olması dikkat çekicidir. Bu durumda, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini hükme bağlayan Anayasanın 65. maddesinin genel olarak kamu hizmetleri ve özel olarak ekonomik nitelikli kamu hizmetleri ile ilişkisinin nasıl yorumlanacağı da kanımızca önemli bir sorundur¹³⁰. Bu anlamda, özel sektörün ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alanlarında gerekli idari düzenleme çerçevesine tabi olarak faaliyet gösterebilmesinin sağlanması, kaynakların etkin ve verimli kullanımını sağlayacak bir alternatif olarak ortaya çıkmaktadır. Biraz basite indirgeme pahasına, mevcut kamu kaynaklarının yanı sıra, özel kaynakların da kamu hizmeti ihtiyaçlarının giderilebilmesi için kullanılabilmesi imkanının sağlanabilmesi de gerekli görünmektedir. Özellikle, bu özel kaynakların teknik birikim, nitelikli insan gücü ve en önemlisi, ekonomi kuralları çerçevesinde risk yönetimi becerisi gibi sadece vergiler yolu ile kamuya aktarılamayacak yönleri de olabilmektedir.

Hemen tekraren vurgulamak gerekir ki, her hizmetin bir takım özel nitelikler taşıması doğal olarak yukarıda belirtilen ilkelerin ya da önerilebilecek yeni ilkelerin uygulanması bakımından hizmete özel bir takım kurallar konmasını gerektirebilecektir. Ancak her şeye rağmen, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin kendi içinde bu ilkelerin, klasik kamu hizmetlerine nazaran daha detaylı ölçekte de paralellik taşıdığı düşünülmektedir. Diğer bir deyişle, klasik kamu hizmetlerine hakim olan ilkeler ile ekonomik kamu hizmetlerine hakim ilkeler bakımından en üst düzeyde bir paralellik bulunmakta, ancak bu ilkeler ekonomik kamu hizmetleri bakımından bir

¹³⁰ Bu konuda bkz. Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 8. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 239 vd.

alt düzeyde de devam etmektedir. Ancak bu ilkelerin kamu hizmetlerinin genel ilkelerinin bazı yansımaları olduğu benzetmesi yapılabilir kanısındayız.

Doğal olarak, ilkeler düzeyinde ortak alanlar arayışı, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerine hakim olan ilkelerin içeriklerinin somutlaştırılması arayışı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, kamu hizmetlerinin, özellikle ihtiyaçların neredeyse sınırsız ancak buna karşılık kaynakların ise sınırlı olması olgusu karşısında sürekli bir yetersizlik tartışmasının yaşanması bir yerde doğal karşılanmalıdır. Bu yetersizlik olgusu, gelişmekte olan bir ülke olarak nitelenebilecek ülkemizde daha da ileri düzeyde yaşanmak durumundadır, denilebilir. Bu yetersizliklerin bir kısmının doğrudan kaynakların yetersizliği ile açıklanması, bir kısmının da mevcut kaynakların verimli ve/veya sosyal adalet ilkelerine uygun bir biçimde kullanılmaması ile açıklanması mümkündür. Ancak kanımızca, bu yetersizliklerin bir gerekçesinin de söz konusu ilkelerin somut, sadece varılmak istenen hedefleri değil, hedefe ulaşmak için kaynakların en optimum kullanımını sağlayacak yöntem ve uygulamaları da gösterebilecek ve bazı yaptırımlara bağlanmış kuralların bulunmayışı olduğu söylenebilir.

Hemen belirtelim ki, bu sorun kanımızca son dönemlerde gündeme gittikçe daha fazla yerleşen özelleştirme ve serbest piyasa ekonomisi tartışmalarından, hatta daha da yakın geçmişli olan bağımsız idari otoriteler ile ilgili tartışmalardan, bağımsız olarak düşünülmelidir. Kuşkusuz, kaynakların verimli kullanılması yönündeki ağırlıklı olarak siyasi ve ekonomik boyutlardaki tartışmalar ve idare örgütünün yapısının iyileştirilmesi ve amaca daha uygun hale getirilmesi yönündeki tartışmalar, ilkelerin içeriklerinin doldurulması ve bunların hayata geçirilmesi bakımından en uygun yöntemin belirlenmesi sorunu ile tamamen ilintisiz değildir. Hatta, söz konusu kuralların somut ve detaylı olarak belirlenmesi yöneliminin, özelleştirme ve serbest rekabet ortamına geçiş ile paralel bir seyir izlediğini de pratik bir olgu olarak saptamak mümkündür. Kural olarak, özel tekel teşkil eden faaliyetlerin yakından denetim ve idari düzenlemesi gereği üzerinde deyim yerinde ise neredeyse tam bir mutabakat varken, kamu tekelleri açısından bu ihtiyaç aynı kolaylıkla kabul

edilememektedir¹³¹. Ancak, ilkelerin içeriklerinin somut olarak belirlenmesi ihtiyacının bu tartışmaların üstünde yer aldığı kanısındayız. Zira, ilkelerin içeriklerinin belirlenmediği ortamlarda, ne kamu sektörünün, ne de özel teşebbüsün faaliyetlerinin, kamu hizmetlerini gerektiren ihtiyaçları “tatmin” etmesinin kolay kolay mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Sonuç olarak, nasıl telefon hizmetlerini yürütmek için geçmişte kullanılan araç-gereç bugünün koşullarına göre çok basit kalıyor ve günümüzde telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek için teknik olarak çok daha gelişmiş ve bir çok detay içeren araç gereç kullanılıyor ise, aynı şekilde bugünün telekomünikasyon faaliyetlerinin idari düzenlemesinin de bu baş döndürücü teknolojik gelişmeye uyacak şekilde geçmişteki kurallara göre çok daha detaylı ve kapsamlı kurallar ve ilkelerle yapılması gerekmektedir¹³². Buna karşılık, kullanılan araç gerece ilişkin bu benzetmenin idari düzenleme açısından bir farkı ise, teknolojik olarak gelişen araç ve gereçten “anlamak” konusunda gittikçe daralan uzmanlık sahaları söz konusu iken, gittikçe detaylanan ve karmaşılaşan idari düzenlemelerin ise, her şeye rağmen ilgili tarafların hak ve yükümlülüklerini belli bir güven marjı ile bilebilir ve öngörebilir olmalarını sağlayacak somut detayları içermesi gereklidir.

C. Tanım Önerisi, Önerilen Tanımın Niteliği ve Kapsamı

Gelinen noktada Türk hukukunda kamu hizmeti kavramı, hukuki ve siyasi tartışmaların ve kutuplaşmaların da etkisi ile o derece karmaşık bir boyut almıştır ki, kanımızca bu tartışmaların kamu hizmeti kavramının ortadan kalkması ya da pratik geçerliliği kalmayan bir teorik kavrama indirgenmemesi açısından, bir uyarılama gereği açıktır. Zira, elektrik, doğal gaz ve telekomünikasyon gibi hizmetlerde,

¹³¹ Kanımızca, yukarıda belirtilen kamu hukuku direncinin eksik kaldığı yön de işte bu yöndür. Zira kapsamlı düzenlemeler yapılmadan bazı sektörlerin özel sektöre açılması ne derece sakıncalı ise, kanımızca mevcut durumun aynı şartlarla sürdürülmesi de aynı oranda sakıncalıdır.

¹³² Kuşkusuz bu düzenlemelerin gittikçe daha detaylandırılması, bu idari düzenleme alanlarını hukuki bakımından belli bir uzmanlaşma gereğini de beraberinde getirmektedir. Kaldı ki, belki diğer alanlardan farklı olarak, bu uzmanlaşma sadece konu ile ilgili hukuki noktaların, emsallerin ve uygulamaların bilinmesi ile sınırlı kalmamakta, konunun teknik uygulama yönleri hakkında da belli bir oranda fikir sahibi olunmasını gerektirmektedir. Gerçekten de, örneğin internet üzerinden ve internet protokolü kullanılarak ses iletimi hizmeti verilmesinin teknik detayları belli bir oranda anlaşılmadan ve bu detaylar yine belli bir açıklık ile kurallaştırılmadan, söz konusu hizmetlerin Türk Telekom’a 2003 yılı sonuna kadar kanunla verilen (bkz. 4502 s. Kanun ile değişik 406 sayılı Kanun madde 1) ses iletimi tekelinin kapsamını belirlemek ve uygulamak pek kolay olmayacaktır/olmamaktadır.

Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklikle gelinen nokta, böyle bir karmaşıya açıkça zemin hazırlamaktadır. Zamanında yapılan Anayasa değişikliğinde eleştirilecek yanlar ne ölçüde çok olursa olsun, kanımızca iğne ve çuvaldız misali, uyarılama gereğinin ortaya çıktığını kabul etmek gerekir.

Öte yandan da, yukarıda özetlenmeye çalışılan gerekler ve özellikle ilkelerin içeriklerinin doldurulması sorunu diye niteleyebileceğimiz kapsamlı ve detaylı kurallara/idari düzenlemeye olan ihtiyaç, en azından belli ortak noktaları olan bir ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramını gerektirmektedir. Zira aşağıda daha etraflıca değerlendirilmeye çalışılacağı gibi, her faaliyete özel düzenlemelerin detay planda gerekeceği gerçeği saklı kalmak üzere, bu tür faaliyetlerin, diğer kamu hizmetlerinden ayrılan ancak kendi aralarında ortak olan yönleri bulunmaktadır.

1. Önerilen Tanım

Getirilen eleştirilerin hepsini yanıtlama konusunda yetersizlikleri olsa dahi ve kimi belirsizlikleri başka belirsizliklerle çözme durumuna düşme riskini de kabullenerek kamu hizmetlerinin bir alt başlığı olarak aşağıdaki tanım önerilmektedir.

“ Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri, toplumsal ihtiyaçların giderilmesi için [ağırlıklı olarak] özel hukuk kişilerince ve/veya gerektiğinde doğrudan idare tarafından [genel idare esasları dışında] özel idare esaslarına göre yürütölen, ekonomik yönü ağır basan ve yeterli ölçüde rekabete açık olmadığı [ya da rekabet arzu edilen sonuçları sağlamakta yetersiz kaldığı] için ekonomik (fiyat/meccanilik), teknik (kalite/süreklielik) ve sosyal (evrensel hizmet ve sosyal adalet/yararlanmada eşitlik) yönlerden yoğun idari düzenlemeye [ve denetime] tabi tutulan faaliyetlerdir.”

Söz konusu tanımın unsurları itibarıyla açıklamaya muhtaç olduğu ortadadır. Ancak bu noktada, bu tanımdan hareketle kamu hizmeti rejiminde bazı değişiklikler ve uyarlamalar yapılmasının önerildiği unutulmamalıdır. Sadece bu uyarlamalar dahi, eğer bütün kamu hizmetleri için geçerli olmayacak ise, hedef aldıkları faaliyetlerin diğer kamu hizmeti faaliyetlerinden ayırt edilmesini gerektirmektedir. Öte yandan bu tanım, mevcut kamu hizmeti tanımından çok farklı da değildir. Denilebilir ki, tanımın

esas farklılığı “ekonomik niteliğin ağır basması” kavramı üzerinde odaklanmıştır. Bu anlamı ile söz konusu tanımın orijinal olmadığı da ileri sürülebilir. Gerçekten de, yukarıda belirtildiği üzere, kamu hizmetlerinin konuların göre ayrılması ve bu anlamda “iktisadi” nitelikli kamu hizmetlerinin bir kamu hizmeti kategorisi oluşturması, daha önce tartışılmıştır¹³³. Ancak kanımızca, bunu sadece şekli bir ayırım olarak görmemek, bu kategoriye giren kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin de, söz konusu ekonomik nitelik dolayısıyla diğer kamu hizmeti faaliyetlerinin tabi olduğu hukuki rejim(ler)den bazı farklılıklar içerdiğini ya da içermesi gerektiğini kabul etmek gerekir.

Bunun yanında, yukarıdaki tanımda yer alan bazı unsurların mevcut kamu hizmeti tanımına göre biraz daha detaylı ifade edilmeye çalışıldığı da dikkat çekebilir. Bununla, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kategorisine giren faaliyetlerin görülüş usulüne ilişkin de bazı hususlara açıklık getirilmeye, en azından bunlara ilişkin bazı ipuçları verilmeye çalışılmıştır.

2. Önerilen Tanım Çerçevesinde Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin Unsurları

Öncelikle, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri için önerdiğimiz tanımın içinde yer alan kimi unsurların genel bir değerlendirmesini yapmak suretiyle, hem bunların klasik kamu hizmetlerinden ayrıldıkları ya da bunların klasik kamu hizmetlerine göre bir alt kategori oluşturmasını haklı gösterecek kendi içlerindeki ortak özellikleri belirlemeye hem de bu hizmetlerin idari düzenlemesinin kapsamı, niteliği, içeriği ve ortak ilkeleri bakımından, ilerideki tartışmalara ışık tutabilecek bazı genel noktaları ortaya çıkartmaya çalışacağız.

(a) Toplumsal İhtiyaç

Her faaliyet topluma bir fayda sağladığı gibi, kimi faaliyetler bakımından bu fayda, yiyecek, giyinme, barınma gibi insanların en temel ihtiyaçlarının karşılanmasını içeren, neredeyse yaşamsal öneme haiz nitelikte olabilir. Ancak bu faaliyetler, özel hukuk kişileri tarafından toplumsal ihtiyaçları giderebilecek şekilde gereğince yerine getirilebildikleri ve kanun koyucunun iradesi ile bu şekilde

¹³³ Genel olarak Bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku* .

nitelendirilmedikleri ölçüde, bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmemektedir. Bu anlamda “toplumsal ihtiyaç” unsurunun, özellikle ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından ayırt edici bir yönü olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak önerdiğimiz tanım bakımından, bu unsurun genel olarak da olsa tartışılmasına bazı kavramların belki de biraz daha yerli yerince değerlendirilebilmesi için ihtiyaç vardır. Zira, yukarıda belirtilen tarz temel ihtiyaçların idare tarafından yürütülmek üzere organik anlamda bir kamu hizmeti olarak örgütlenmeleri halinde bir sorun olmadığı gibi, özel teşebbüs tarafından yürütüldükleri zaman da özel teşebbüs olarak nitelendirilmelerinde bir sorun bulunmamaktadır.

Buna karşılık niteliği gereği kamu hizmeti teorisi çerçevesinde değerlendirme yapılması söz konusu olduğunda, bu faaliyetlerin (yani yiyecek ve giyecek üretimi ve satışı faaliyetleri) niteliği gereği kamu hizmeti faaliyeti sayılmaması için de bir neden yoktur. Gerçekten de, bu hizmetleri hemen tamamen özel sektör sağlamakta, idarenin rolü (belediyelerin ekmek fırınlarında olduğu gibi kendisinin organik açıdan kamu hizmeti olarak teşkilatlandırarak yürüttüğü ve belki bir ölçüde piyasayı “terbiye” etme işlevi de olan faaliyetler haricinde) genel olarak bu alanlarda özel sektör tarafından yürütülen faaliyetlerin kolluk denetimi ile sınırlı olmaktadır. Dolayısı ile, özel sektör faaliyetlerinin rekabet içinde ihtiyaçları karşılamaya muktedir olduğu bir ortamda, bu faaliyetler kamu hizmeti olarak örgütlenmemektedir¹³⁴.

Buna karşılık özellikle gıda sektörü bakımından temel nitelikli olan tarımsal faaliyetlerinin düzenlenmesi alanında son dönemdeki bazı kanuni düzenlemeler, bu konunun kısmen de olsa önerdiğimiz ekonomik kamu hizmetleri tanımına uygun bir faaliyet olarak örgütlenme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Özellikle, tütün ve şeker gibi sektörlerde kurulan bağımsız kurullar ve sektöre özel ilke ve kurallar belirleyen kanunlar, bu sektörlerin kapsamlı idari düzenlemesine yönelik adımlar atmaktadırlar. Tarım sektörü, bir taraftan üretim sürecindeki özellikler, diğer taraftan da sosyal ve ekonomik olarak toplumun çok büyük bir kesimini doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle zaten özel düzenlemelere konu bir sektör olarak nitelendirilebilir. Örneğin AB mevzuatında tarım, rekabet hukukundan muaf olduğu gibi, tamamen kendine özgü kurallar ile düzenlenmektedir. Hemen her ülkede olduğu

¹³⁴

Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, s. 15.

gibi bizde de tarım esas olarak yakın zamana kadar devletin piyasaya alıcı olarak müdahalesi ile düzenlenmekteydi. Ancak bu uygulamanın getirdiği verimsizlik ve kaynak israfı da, her ülkede olduğu gibi ülkemizde de daha kamu maliyesi bakımından önemli bir sorun oluşturmaktadır. Sonuç olarak, en azından bu çalışmanın amaçları bakımından, üzerinde durulması gereken nokta, yapılan düzenlemeler ile, tarım sektörünün ya da en azından bazı tarım ürünlerinin ekonomik bir kamu hizmeti olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Değerlendirme olumlu olarak yapılabildiği takdirde, yukarıda tartışmaya çalıştığımız üzere, bu ekonomik nitelikli kamu hizmeti alan(lar)ının düzenleme gerekçeleri ve düzenlemelerin bu gerekçelere uygunluğu ile maliyet/fayda ilişkisinin daha sağlıklı bir biçimde yapılabileceği düşünülmektedir.

Bu açıdan bakıldığında sorun tarım sektörünün desteklenip desteklenmeyeceği ya da bu sektöre kamu kaynaklarının aktarılıp aktarılmayacağı değildir. Zira bu konu siyasi bir tercih konusudur. Sorun aktarılacak kaynağın en verimli ve amaca en uygun şekilde kullanılmasını sağlayacak düzenlemenin idare hukuku açısından nasıl formüle edilebileceği ve bu düzenlemelere ve bunların uygulamasına hakim olması gereken idare hukuku kural ve ilkelerinin neler olması gerektiğidir. Gerçekten de, bu alanlardaki idari düzenlemelere bakıldığında, kural olarak rekabet faktörünün sosyal yönden olduğu kadar sektörün bizihi sürdürülebilirliği açısından da büyük olumsuz sonuçlar yaratabileceği bir yapı göze çarpmaktadır. Zira arz faktörü, ürünün yetişmesi için gereken zaman kadar önceden hesaplanmak zorundadır. Bu durumda, üreticinin tahminlerine göre, arz ve talebin kesişmesi mümkün olamayabilmekte, fiyatların düştüğü ortamda daha az üretme, arttığı ortamda ise daha fazla üretme imkanı kalmayabilmektedir. Bunun sonucu bazen çok artan fiyatlar, bazen de tarlada kalan ya da idare tarafından satın alınıp imha edilen ürünler olarak ortaya çıkabilmektedir.

Bu anlamda bu iki temel ürün ve bunların ham maddesi olarak kullanılan işlenmiş ve yarı işlenmiş ürünlerin piyasasının idari düzenlemesi açısından düzenleyici kurulların kurulmuş olması, yukarıdaki tanım kapsamındaki değerlendirme bakımından tek başına etkili olmamakla birlikte, kuşkusuz idari düzenlemenin içeriği ve ilkeleri bakımından önem arz etmektedir. Bu düzenlemelerin, üretim programlaması (kotalar, lisanslar) gibi hem teknik, hem ekonomik hem de sosyal ilkeler kapsamında değerlendirilebilecek yönleri olduğu düşünülebilir.

Sonuç olarak, hem “toplumsal ihtiyaçların giderilmesine” yönelik olma unsurunun bütün genelliği ile tanımın içine alınmasının, kamu hizmeti alanlarının genişlemesi sürecine hizmet edeceği, hem de “ekonomik nitelikli kamu hizmetleri” kavramı ile, klasik kamu hizmeti rejiminin sıkı rejimine gerekli esnekliğin sağlanarak bu genişlemenin kolaylaştırılabileceği düşünülmektedir. Bu yapılabildiği takdirde, kanımızca kuralsız liberalleşmenin zorladığı kamu hukuku temelinin aşındırılması sorununa da en iyi yanıt verilmiş olacaktır. Zira bu durumda idare hukukunun rolünün basit kolluk denetimini düzenlemenin ötesinde, hizmetin içeriği ve niteliğine doğrudan etkili olabilecek ilke ve kuralları koymayı içermesi mümkün olabilecektir.

(b) Hizmeti Gören ve İdare Esasları

Ekonomik nitelikli kamu hizmetini gören teşkilatın, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenmiş olması kanımızca tanımın en can alıcı unsurlarından birisidir. Burada vurgulama yapılması gereken temel nokta, hizmeti gören tüzel kişinin hisselerinin ya da yönetim hakimiyetinin kime ait olduğunun önemli olmamasıdır. Bu tüzel kişilik, kamu mülkiyetinde ya da kontrolünde olabileceği gibi, özel mülkiyete ve kontrole tabi de olabilir. Önemli olan, ister kamu mülkiyetinde, ister özel mülkiyette olsun, bu kamu hizmeti alanında faaliyet gösteren herkesin aynı hukuk sistemine tabi olarak kurulması ve faaliyet göstermesidir.

Kamu teşebbüsleri bakımından bu ilkenin önemli bir sonucu daha olmak zorundadır. Zira özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş bir teşekkülün sahip olduğu hareket serbestisi, bu teşekkül siyasi kadroların tasarrufuna bırakıldığı takdirde çok kolaylıkla siyasi amaçlarla kullanılabilir. Bu durumda, söz konusu teşekküller üzerindeki kontrolün de tıpkı şirketlerde olduğu gibi, güvenilir ve istikrarlı kar elde etmek isteyen bir hissedar mantığı ile yürütölmesi gerekmektedir. Örneğin bunun bir sonucu, kamu iktisadi teşebbüslerinin, şimdi 233 sayılı KHK çerçevesinde olduğu gibi hizmetin konusu ile ilgili Bakanlığa bağlı, ya da bununla ilişkili¹³⁵ olmaması,

¹³⁵ İlgili, ilişkili ve bağlı gibi ifadelerin anlamları bakımından Bkz. Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, 2000, s. 18-21. Kanımızca, bağlı ve ilişkili terimlerinin sırasıyla azalan oranlarda bir tabiyeti ifade ettiği düşünülebilir. Örnek olarak Bkz. 4628 sayılı Kanunun 4. Maddesinde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile arasındaki “bağ”, “ilişkili” sözcüğü ile ifade edilmiştir. Kurumun “bağımsızlığı”nın, idari ve mali özerkliğe sahip olması ile birlikte bu ifadede anlaşılabilir. söylenebilir.

sermayesindeki hisselerin temsil ettiği yönetim haklarının doğrudan devletin mal varlığını yönetmekle görevli Hazine Müsteşarlığı tarafından bir “hissedar” sıfatıyla ve bu yaklaşım ile kullanılmasıdır¹³⁶.

Bu model için belki kamu anonim ortaklığı teriminin kullanılmasının doğru olacağı düşünülebilir. Zira, bu teşekküllerin özel hukuk hükümlerine göre kurulması ve yönetilmesi demek hiç kuşkusuz, bu teşekküllerin sahibi ve yöneticisi konumundaki devletin özel hukuk hükümlerine göre malvarlığını yönetmesinden ibaret olmayacaktır. Doğal olarak, bir teşekkülün kurulması kararı, “kamu yararı”nı hedef alan bir saptamanın sonucu olacaktır. Diğer bir ifade ile, kamu sadece bir alanda yeni iş olanakları ya da karlı bir yatırım imkanı bulduğu için bir teşekkül kuramaz, kurmamalıdır da. Kamu yararı saptaması, bu sektörün tamamen özel teşebbüse bırakılması halinde ya yeterli arzın sağlanamadığı ya rekabet ortamının tam olarak oluşturulamadığı ya da rekabetin ve özel sektör faaliyetlerinin başka nedenlerle kaynakların en verimli şekilde kullanılması sonucunu sağlayamadığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bu karar, siyasi bir karar ya da en azından idarenin kamu yararı amaçlı bir takdirinin sonucu olacaktır. Dolayısıyla kararın ortaya çıkması bir özel hukuk tüzel kişinde olduğu gibi sadece iradenin oluşması süreci bakımından değil, aynı zamanda bu iradenin içeriğinin idare hukuku kurallarına uygunluğu bakımından da değerlendirilmek durumundadır. Nitekim bu noktada, takdir yetkisinin, açıkça amaç saptırmaları dışındaki durumlarda da, teknik olarak değerlendirilmesi bir ölçüde mümkün olabilecektir¹³⁷. Ancak, bir kez bu kararın alındıktan sonra ve bu karar değişmedikçe, kararın yerine getirilmesine yönelik ekonomik faaliyetlerin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesi söz konusu olmalıdır. Öte yandan, bu kararın gerekçesini oluşturacak unsurların, yani anılan sektörde kamu işletmeciliğinin neden özel sektör işletmeciliğine göre amaca daha uygun olduğunun, açık bir biçimde ortaya konulabilmesi önem taşımaktadır.

¹³⁶ Bunun bir örneği 406 sayılı Kanunu değiştiren 4502 sayılı Kanunla getirilmeye çalışılmıştır. Bkz.: yuk. Dipnot 74 ve 110.

¹³⁷ Ölçülülük ilkesi ve takdir yetkisi ile yerindelik denetimi konularında genel olarak bkz. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Kitabevi, Ankara Temmuz 2002, s. 98 vd. Bu eserde ölçülülük ilkesi ve bununla ilgili sorunlar daha ziyade temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından tartışılmakla beraber, aynı ilkelerin ekonomik kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi konusunda da geçerli olmaması için bir neden görülmemektedir.

Ancak sayılan şartlar meydana geldikten ve idarenin kamu yararına yönelik saptaması ortaya çıktıktan sonra, kurulacak teşekkülün kuruluş, yönetim ve faaliyetlerine uygulanacak kuralların özel hukuk hükümleri olması gerekir. Burada sorulabilecek bir soru, kurulmasına ilişkin iradenin ekonomik gerekçelerle, ya da daha doğrudan bir ifade ile, kar elde etmek amacıyla verilmediği bir girişimin daha sonra nasıl karlılık amacı doğrultusunda çalışabileceğidir.

Belirtmek gerekir ki, bu ikilem, kolay altından kalkılabilecek bir ikilem değildir. Ancak bu ikilemin yanıtlarını, yine bu tür teşebbüslerin “karlılık” amacını kamu hizmeti ilkeleri ile telif etmeye çalışan görüşlerde aramak kanımızca yanlış olmayacaktır¹³⁸. Zira teşebbüsün kurulmasına ilişkin karar, o alanda özel sektörün doldur(a)madığı bir boşluğun tesbit edildiğini ifade etmektedir. Bu boşluğun çoğunlukla özel sektörün hizmeti gereken nicelik ve nitelikte sağlamada yetersiz kalması olarak anlaşılması gerekir. Bu durumda, idare gereken tedbiri alarak gerekli teşkilatı kurmak suretiyle hizmeti bizzat sağlamak yoluna gitmektedir. Ancak bu faaliyette, teşebbüsün rolünün kendisine tahsis edilen sermaye ile hizmeti en etkin şekilde vermektan ibaret olması gerekir. Muhakkak ki, hizmetin sunulmasında karlılık ve verimliliğin ötesinde bazı dikkate alınması gereken hususlar olabilir. Ancak bu kararları verecek olan otoritenin yerine getireceği işlev kuşkusuz ekonomik teşebbüsün yönetiminin işlevinden daha farklı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, yukarıdaki analiz, hizmeti yürütecek kamu teşebbüsüne bir takım kamusal hak ve yetkilerin tanınmadığı durumlarda geçerli olacaktır. Geçmişte, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişileri olarak nitelenmesini gerektiren en başta bunlara tanınan kamusal görev ve yetkiler olmuştur. Kanımızca bu görev ve yetkilerin asıl konusu ekonomik bir faaliyet olan bir teşekküle verilmesi sorunu çözmemekte, aksine ağırlaştırmaktadır. Bu anlamda söz konusu yetkilerin verilmesinin gerekliliğinin de tartışılabilir olduğunu düşünüyoruz.

Doğal olarak, salt hedef “karlılık” olduktan sonra özel sektör işletmesi ile kamu işletmesi arasında, bu işletmelerin sahiplerinin saikleri dışında çok az bir fark kalmış olacaktır. Ortamın bu şekilde eşitlenmesinin, hizmetin fiyatı ya da kalitesi bakımında her zaman amaca uygun sonuç vermeyeceği düşünülebilir. Ancak

¹³⁸

Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, s. 15, Cilt 2, s. 920.

öncelikle rekabet olan konularda ve rekabet olduğu ölçüde, kalite, miktar ve fiyatın talebe uygun noktalara geleceği öngörülebilir. Buna karşılık rekabetin yeterli ölçüde veya hiç bulunmadığı ya da en uygun sonucu sağlayamadığı durumlar olabileceği gibi, amaçlanan sosyal hedeflere varmakta yetersiz kalması da söz konusu olabilir. Bunun klasik örnekleri, sermaye yoğun ve ilk yatırım maliyetlerinin yüksek olduğu sektörlerde, kırsal kesimlere bu hizmetlerin sağlanmasıdır. Bu amaca yönelik hedefler, açık ve net idari düzenlemeler yolu ile ve varsa ilave maliyetlerinin de nasıl karşılanacağı da belirtilerek işletmecilere birer yükümlülük olarak getirilebilir. Bu tür hedeflerin konulması ve yerine getirilmesinin denetimi ise, açık ve belirli kurallar çerçevesinde, teşekküle değil idarenin kendisine ait ve onun tarafından yerine getirilen bir görev olmak durumundadır.

Bu noktada, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin görülüş usulünün de genel idare esasları değil, özel hukuk rejimi olması gerektiği sonucunda varılmaktadır. Kanımızca bu esasın tek istisnasını teşkil etmesi söz konusu olabilecek durum, ekonomik nitelikli kamu hizmetini yürütmek üzere görevlendirilen “kamu anonim şirketinin” bazı kamusal hak ve yetkilerle donatılmış olması durumudur. Örneğin, kamulaştırma gibi, kamusal hak ve yetkileri kullanması öngörülen bir teşebbüsün, söz konusu görev ve yetkiler bakımından kamu hukukuna tabi olması doğal bir gerekliliktir. Ancak bu durumun çok istisnai bir nitelik arz ettiğini de belirtmek gerekir. Zira uygulamada bu yönde örnek olarak verilebilecek bir çok durumda, kamulaştırma örneğinde olduğu gibi, bu tür hak ve yetkilerin hizmeti gören teşekküller lehine ilgili kamu idareleri tarafından kullanılması imkanı mevcuttur ve kanuni düzenlemeler de giderek bu yönde özel çözümler öngörmektedir¹³⁹. Yine benzer şebeke işletmecileri için gerekli görülebilecek, şebekenin bakımı ve onarımı amacıyla özel mülkiyete girme yetkisinin de, kurulacak irtifak hakları çerçevesinde düzenlenmesi mümkündür¹⁴⁰. Aynı bağlamda, işletmecilerin kamusal mallardan yararlanma yetkisi de, genel olarak faaliyete ilişkin verilen izin çerçevesinde düzenlenebilecek niteliktedir.

¹³⁹ Örneğin bkz. Kanun No. 4628, Madde 15 (c) ve (d) bendleri.

¹⁴⁰ Nitekim GSM operatörlerinin baz istasyonlarını kurma ihtiyacı da, neredeyse tamamen özel hukuk mantığı içerisinde tarafların karşılıklı anlaşması ile çözümlenmiş, konu sadece bir takım toplum sağlığı ile ilgili tartışmalar çerçevesinde gündeme gelmiştir.

Bu konuda değinilecek son nokta ise, tanımın özel sektörün ağırlıklı olarak yürüttüğü kimi faaliyetleri de içine alarak, devletin küçülmesinin ve rekabete açılmanın gündemde olduğu bir dönemde , kamu hizmetinin genişleme eğilimine yanıt vermesi gereğidir. Kamu hizmeti kavram ve teorisinin bu “gelişmeyi” potasında eritememesi durumunda, bu tür kritik öneme haiz alanlarda idarenin rolünün “kolluk denetiminden” ibaret olduğunun kabulü gerekecektir. Bunun ise bir çok bakımından kabul edilemez olduğunu düşünüyoruz. Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri tanımının ve bu hizmetler bakımından bir kriter olarak aranması önerilen yoğun ve kapsamlı idari düzenleme gereğinin, idarenin kamu yararını sağlama görevini daha geniş bir alanda daha etkin ve verimli bir şekilde yürütmesine de imkan vereceğine inanmaktayız.

(c) Ekonomik Yönü Ağır Basan

Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin diğer kamu hizmetlerinden ayrılması bakımından belki de en önemli nokta hizmetin konusunun ekonomik nitelikli olmasıdır. Kural olarak, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin sınai ya da ticari faaliyet niteliğindeki hizmetleri¹⁴¹ kapsadığı söylenebilir. Ancak bu konunun biraz daha açılması yararlı olacaktır.

Ekonomi bilimi kural olarak kıt kaynakların verimli kullanılması mantığı esasında şekillendiği için, kullanıldıkça tükenen malların ve hizmetlerin üretilmesi ve kullanıcılara sunulması faaliyetlerinin, ekonomik niteliğinin ağır bastığı söylenebilir. Bu anlamda elektrik üretimi, doğal gaz ve su dağıtımı gibi faaliyetler bu anlamda ilk olarak akla gelenlerdir. Ancak, esas itibarıyla bir malın üretimini ve kullanıcılara sunulmasını içeren faaliyetler bakımından bu ayırım oldukça kolay olmakla birlikte, hizmet üretimi ve sunumu bakımından değerlendirmenin derinleştirilmesi gerekir. Hemen her hizmet bakımından, belli bir üretim kapasitesinin belli bir zaman içinde kullanılması söz konusudur; dolayısıyla her hizmet bakımından, bu hizmete ister genel bütçeden, isterse başka surette bir mali kaynak ayrılması gerektiği ölçüde ekonomik yönü bulunmaktadır. Ancak bunun hangi aşamada bir ekonomik yoğunluk içerdiği tartışılabilir. Esas olarak, hizmetin kullanıcıya doğrudan ve bireysel yarar

¹⁴¹ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 240, genel olarak Bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*.

sağladığı ve bu yararın da toplumun geneli için anonim bir yarar olmadığı durumlarda kural olarak ekonomik niteliğin yoğun olduğu söylenebilir. Kuşkusuz bir hizmetin bizatihi mevcudiyeti ve emre amade olması dahi, toplumun geneli için bir yarar ifade etmektedir. Ancak bunun kullanımının anonim değil bireysel olmasının ayırt edici bir unsur olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Bu anlamda bir tarafta farklı özellikleri olmakla birlikte bu tanıma sokulabilecek enerji ve telekomünikasyon hizmetleri ile bu tanımın dışında kalması gerektiği düşünülen güvenlik hizmetleri ayırım açısından örnek olarak gösterilebilir.

Bu anlamda bazı hizmetler bakımından bir alt ayırımın da düşünülmesi gerekebilir. Özellikle yoğun alt yapı yatırımı gerektiren alanlarda bu ayırım zaman zaman belirsizleşmektedir. Örneğin, karayolu hizmetleri bakımından kural olarak şehir içi ve şehirler arası yollar genel kullanıma açıktır ve bunlardan yararlanma anonimdir. Burada sunulan, asgari bir kalitede bir ulaşım alt yapısı hizmetidir. Ancak, paralı yol diye de bilinen otoyollar ve kimi köprüler bakımından ise, kullananlardan bir ücret alınmaktadır. Bu tür yollar bakımından genelde belki biraz daha düşük kalitede ancak parasız bir alternatif de hemen her zaman bulunmaktadır. Bu anlamda söz konusu altyapı hizmetinden yararlanma anonim nitelikte olmamakta¹⁴², yararlananlar için kişisel bir fayda sağlamaktadır. Söz konusu bireysel menfaatin/yararlanmanın karşılığında, yararlananlardan bir bedel alınmaktadır. Devlet bakımından bu yollardan yararlanma karşılığı alınan bedelin bir ücret mi, yoksa “resim” ya da “harç” olarak mı niteleneceğinin, Anayasa Mahkemesinin özel olarak bu konuda verdiği karara¹⁴³ rağmen tartışmalı olduğu söylenebilir¹⁴⁴. Sorun özellikle bedellerin maliyet bazlı belirlenip belirlenemeyeceği sorunudur. Zira ücret kavramı kural olarak bir maliyeti ve kar unsurunu içermekte, öte yandan vergi, resim ya da harç kavramları, maliyetle her zaman ilişkili olmayan bir tür katkı payını ifade etmektedir. Ancak bu bölüm açısından özellikle vurgulanması gereken nokta, bu tür ulaşım altyapısı hizmetlerinin özel sektör tarafından da görülebilmesi olgusudur.

¹⁴² Nitekim, paralı yol diye bilinen karayolları için teknik terim olarak “erişim kontrollü karayolu” ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁴³ AYMK 1984/9E, 1985/4K, 19/02/1985T.

¹⁴⁴ Bu kararın bir eleştirisi için bkz. Sait Güran, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Malına Bakışı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984.

Hukukumuzda bu hizmetlerin özel sektör tarafından sunulabilmesinin kanuni dayanağı, erişim kontrollü karayolları ve köprüler bakımından önce 3465 sayılı kanunla¹⁴⁵, daha sonra da genel yap-işlet-devret kanunu olarak nitelenebilecek 3996 sayılı kanunla¹⁴⁶ düzenlenmiştir¹⁴⁷. Sonuç olarak otoyol ve köprü altyapı hizmetleri de, özel teşebbüs tarafından ekonomik esaslar dahilinde sunulabilecek nitelik kazanmıştır. Bu ölçüde, söz konusu ulaşım altyapısı hizmetlerinin de ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak nitelenmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Doğal olarak, bir kamu hizmetinin ekonomik nitelikli olarak kabul edilebilmesi için özel teşebbüsün bu hizmeti sunabiliyor olmasını tek başına bir kriter olarak almak mümkün değildir. Bu anlamda uç bir örnek olarak ABD ve İngiltere'deki özel sektör tarafından işletilen hapisane gibi örneklerde de olduğu üzere, hizmetin bir taşeron eliyle yapılması tek başına ekonomik nitelikli bir kamu hizmetine işaret etmeyecektir. Zira bu tür hizmetler bakımından, hizmetin görülüş usulünün özel hukuka tabi olması nitelik itibarıyla mümkün değildir; kaldı ki, hizmetin ekonomik yönü ağırlık taşımamaktadır. Ekonomik açıdan yapılan, belli maliyetlerin finansmanı ve kontrolü bakımından katkı sağlayacak şekilde, özel girişimin idarenin bir tür taşeronluğunu üstlenmesidir; hizmet de içeriği itibarıyla ekonomi ilkelerinden bağımsız bir şekilde, kararlaştırılan şartlarla idareye sunulmaktadır.

Kimi durumlarda daha mekanik anlamda idarenin kimi hizmetlerinin özel teşebbüs eliyle gördürülmesi de mümkündür. Diğer bir deyişle, bazı hizmet alanlarında, hizmetin bir "taşeron" ya da alt müteahhit eliyle gördürülmesi şeklinde

¹⁴⁵ Bkz. Kanun No. 3465 Kabul Tarihi: 28 Mayıs 1988, RG sa. 19830, RG t. 26 Ocak 1988.

¹⁴⁶ Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet- Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, Kanun No. 3996, RG sa. 21959, RG t. 13 Haziran 1994.

¹⁴⁷ 3465 sayılı kanun, enerji yatırımları ile ilgili 3096 sayılı kanunla birlikte yap-işlet devret modeli diye bilinen modelin sektörel anlamda özel iki örneğini oluşturmuştur. Daha sonra bu model (belki de haddinden fazla) genelleştirilerek 3096 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, yap-işlet-devret modelinin idare hukuku anlamında imtiyaz usulü olarak değerlendirilmesi bakımından bir görüş birliği vardır. İmtiyaz modeli kanımızca bu tür yatırımların özel sektör eliyle yapılması bakımından hem kamunun hem de özel teşebbüsün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak bir modeldir ve nitekim, bu kanun çerçevesinde yapılan yatırım sayısı, çok az olmuştur. Kanımızca modelin birden çok ve deyim yerinde ise birbiri ile hiç bir ilişkisi olmayan sektörleri bir arada düzenlemeye kalkışması, başlıca kusurudur. Bu kusurun gerektirdiği, hizmete özel şartların "sözleşme/şartlaşma/şartname" gibi birel (idari sözleşmelerin nitelemesi) işlemlerle düzenlenmeye çalışılması da ikinci büyük kusura yol açmaktadır.

uygulamalara sıklıkla rastlanılmaktadır. Örneğin bilişim teknolojilerindeki kimi hızlı gelişmeler nedeniyle, çok kapsamlı veri tutulması ve işlenmesini içeren kimi hizmetlerin (örneğin elektrik sayacı okuma ve faturalama), teknik ve teknolojik birikime sahip bir firmaya yaptırılması böyle bir alt başlık çerçevesinde düşünülebilir. Bunun dışında, çöp toplama gibi kimi belediye hizmetlerinde de, hizmetin bir alt müteahhit olarak özel sektöre gördürülmesi gibi, kanımızca daha arada kalan örnekler de mevcuttur. Sonuçta her hizmetin, bu hizmete bir maddi kaynak ayrılması gerektiği ölçüde ekonomik yönü bulunmaktadır. Yine, teorik olarak belki her hizmetin özel teşebbüse gördürülmesi mümkün olabilir. Ancak, basit bir maliyet-fayda analizi ya da ayrılması gereken kaynağın finansmanı dışında bir ekonomik analiz içermeyen ve hizmetin içeriği bakımından ekonomik karar ve değerlendirmelerin etkin olmadığı hizmetlerin, ekonomik nitelikli olarak değerlendirilmesinin mümkün olmaması gerekir. Aksi takdirde, bu tür hizmetlerin ağırlıklı olarak ekonomik kararlar doğrultusunda verilmesi gibi, amaca uygun olmayan bir sonucun doğması söz konusu olabilecektir.

(d) [Tam] Rekabete Açık Olmama

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alt ayrımını gerektiren unsurların/nedenlerin en önemlilerinden birisi, hizmetin ağırlıklı olarak özel hukuka tabi olarak yürütülmesi ise, kanımızca diğeri de faaliyet alanının tam rekabete açık olmamasıdır. Tam rekabete açık olmamak teriminden ise, rekabetin hukuki ya da fiili nedenlerle eksik olmasının yanı sıra, sosyal, ekonomik ya da teknik açılardan istenen amacı sağlamakta yetersiz kaldığı durumların da anlaşılması gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, ekonomik ve teknik açılardan tam rekabet şartlarının eksik olmasının getirdiği mahsurların bir kısmının giderilmesi, rekabet hukuku ve tüketicinin korunması hukukunun alanına girmektedir. Yine, tek başına rekabetin çözmekte yetersiz kaldığı kimi gereksinimlerin karşılanması amacıyla da bazı kolluk düzenlemelerinin yapılması gerekli ve yeterli olabilir. Çevre ile ilgili düzenlemeler, belki de bunun en başlıca örneği olarak gösterilebilir. Bütün bu alanlarda yapılan idari düzenlemeler belli bir amaç doğrultusunda bütün sektörlerin ortak bir yön itibarıyla düzenlenmesini içermektedir. Çevre mevzuatının ve idari düzenleme yapısının amacı, çevrenin, “sürdürülebilir kalkınma” hedefi çerçevesinde korunmasıdır. Rekabet mevzuatı, kapsamına giren tüm ilgili sektörlerde tam rekabetin sonuçlarının

doğmasını sağlamayı hedef alır. Tüketici mevzuatı ise, esasen üreticilere nazaran daha güçsüz konumdaki tüketiciyi, özellikle bilgi asimetrisinin olumsuz sonuçlarından korumak üzere, gereği gibi bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmenin eksik olduğu durumlarda da hakkını gerektiği şekilde aramasını sağlama esası üzerine kuruludur. Kuşkusuz bu düzenlemelerde çoğu zaman belli bir sektörün (piyasanın) ya da faaliyetin özellikleri dikkate alınmaktadır. Ancak bunların hiç biri, belli bir faaliyet alanının bütünü itibarıyla düzenlemeye ve söz konusu faaliyetler ilgili tüm ihtiyaçları karşılayan özel bir sonuç elde etmeye yönelik değildir, tüm diğer yönleri ile kamu yararını gerçekleştirmesini hedef almaz. Örneğin, belli bir faaliyet alanında bir nedenle gereken miktar ve kalitede mal ya da hizmet sağlanamıyor ise, ne rekabet hukuku ne de tüketicinin korunması hukuku bu bakımdan bir tedbir alma imkanı verir. Bu tür bir durumda olsa olsa idarenin teşvik ve destekleme faaliyetleri çerçevesinde söz konusu sonucun elde edilmesine yönelik alabileceği bazı tedbirler söz konusu olabilir. Oysa ekonomik kamu hizmetleri söz konusu olduğunda, yapılacak idari düzenlemeler bakımından mal ya da hizmetin arzına ilişkin tüm yönlerin (miktar, kalite, arz güvenliği, sosyal gerekler gibi) etraflıca değerlendirilmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayacak yasal çerçevenin oluşturulması gereklidir.

Aslında iktisat biliminde tanımlandığı şekliyle tam rekabet bir hayal mahsulüdür. Bir piyasada tam rekabetin olabilmesi için (i) çok sayıda alıcı ve satıcının olması; (ii) çok sayıdaki alıcı ya da satıcıdan her birinin aldığı ya da sattığı malın/hizmetin miktarının toplam miktarın çok ufak (yani bu miktardaki değişmelerin malın/hizmetin fiyatı etkilemeyecek ölçüde) olması; (iii) mal/hizmetin tüketicinin tercihlerini etkilemeyecek ölçüde homojen olması; (iv) tüm tarafların piyasa ve bunun konusu olan mal/hizmet bakımından bir bilgi asimetrisinin olmaması; (v) piyasaya giriş ve çıkışın, hukuken ve fiilen serbest olması¹⁴⁸ şartlarının bulunması gerekir. Bu unsurların eksiksiz olarak bulunduğu bir piyasa bulunmamakla birlikte, bu unsurların önemli bir kısmının bulunması, piyasanın rekabete açık olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir.

Bu anlamda sektörün rekabete açık olmaması kavramı açısından üzerinde en çok durulması gereken doğal tekellerdir. Doğal tekeller iktisat biliminde klasik olarak üretilen mal ve hizmetin niteliği gereği ancak bir firma tarafından en az maliyetle

¹⁴⁸

Richard J. Pierce Jr., Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, s. 33.

sağlandığı durumlar olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımla, doğal tekeller ciddi ölçekte ya da kapsam ekonomisini içeren sektörlerdir. Diğer bir ifade ile mal ya da hizmetin üretim maliyeti, üretim miktarı arttıkça azalmaktadır. Bu durumda, toplam talebin tek firma tarafından karşılanması en az maliyet anlamına gelmektedir¹⁴⁹.

Ancak günümüzdeki teknik ve ekonomik gelişmeler, bütün bir sektörün tüm üretim aralıkları ya da unsurları itibarıyla klasik tanıma uygun bir doğal tekel olarak görünmesini engellemektedir ve bu nedenle doğal tekel sektörleri tanımının bu üretim aralıkları ve unsurlarını kapsamına alacak şekilde genişletilmesi önerilmektedir¹⁵⁰. Hatta ileride doğal tekellerin tamamen ortadan kalkacağı dahi öngörülebilmektedir. Ancak önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı bakımından önemli olan, idari düzenleme çerçevesinin, ilgili sektörün tüm üretim aralıkları ya da unsurlarını, gereklere uygun bir şekilde ve yeri geldiğinde farklılıkları da dikkate alacak şekilde düzenleyebilmesidir. Bu bağlamda örneğin telekomünikasyon sektöründe, sabit telekomünikasyon alt yapısı ile mesaj servisleri gibi kimi katma değerli hizmetlerin yasal ve idari düzenlemesinin çok farklı özellikler içermesi doğal, hatta gereklidir. Klasik kamu hizmetleri anlayışında, bu farklılaşma imkanı sınırlı kalmakta, örneğin, tüm telekomünikasyon hizmetleri bir ayırım gözetilmeksizin, kamu hizmeti olarak nitelenmektedir. Kuşkusuz, yasal ya da idari bir düzenlemenin olmadığı ölçüde, başka türlü bir ayırım yapılması da pek mümkün değildir. Oysa, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri önerimiz çerçevesinde öngörülen yoğun ve kapsamlı idari düzenleme unsuru, alt ayırımlar arasındaki bu farklılıkları dikkate alan düzenlemelere imkan vermektedir. Nitekim, telekomünikasyon alanında, 4502 sayılı Kanun, yetkilendirme usullü ve tabi olunan kayı ve şartlar açısından bu ayırıma izin vermiş, Anayasa Mahkemesi de aşağıda tartışılan kararında, doğrudan kararın konusu olmamakla birlikte, bu ayırımı kabul etmiştir. Dolayısıyla, klasik kamu hizmeti yaklaşımında da bu tür bir farklılaşmaya belli bir oranda imkan tanınmaktadır. Ancak fark, bu örnekte ortada somut yasal düzenlemenin ve detaylar bakımından bir idari düzenleme çerçevesinin bulunmasıdır.

¹⁴⁹ Bu ve takip eden dör paragraf, Recep Çakal, *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, s. 17 vd. ve Şahin Ardiyok, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, s. 32 vd..’den özetlenerek aktarılmıştır.

¹⁵⁰ Şahin Ardiyok, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, s. 35.

Doğal tekeller için gösterilen başlıca örnekler, elektrik, doğal gaz ve su şebekeleri, demiryolları ve telekomünikasyon gibi büyük miktarda ilk yatırım gerektiren ve sabit maliyetleri yüksek olan endüstrilerdir. Şebeke endüstrilerinde mal ya da hizmet tüketiciye borular ya da tellerden ve bunların arasındaki diğer teçhizattan oluşan bir fiziki şebeke üzerinden ulaştırılır. Yüksek ilk yatırım maliyetleri ve ölçek ekonomisi dolayısıyla, söz konusu şebekelerin birden fazla olması hem pratik hem de ekonomik olarak mantıklı ve mümkün değildir. Yine bu endüstrilerin önemli bir kısmı bakımından üretilen mal ve hizmetin stoklanması mümkün olmadığı için azami talebi karşılayacak ve üretim unsurlarını (bunların devreden çıkması haline karşılık) yedekleyecek şekilde bir kapasite fazlasına gereksinim vardır. Doğal tekeller için verilebilecek diğer bir örnek de bir şebeke olmamakla birlikte havalimanı, liman, otobüs terminali, köprü gibi bölgesel olarak ölçek ekonomileri içeren ve dolayısıyla birden fazla olması mantıklı ve mümkün olmayabilecek altyapıyı gerektiren faaliyetlerdir.

Hukuki tekeller ise, kimi zaman diğer nedenler de bulunmakla birlikte yoğunlukla doğal tekelleri desteklemek amacıyla kurulmaktadır. Özellikle, hizmetin alt kategorilere ayrılabilmesi ve buna göre faaliyetlerin birbirinden ayrıştırılabildiği şebeke endüstrisi niteliğindeki sektörlerde, hizmetin niteliksel ya da ülkesel olarak bütünlüğü dikkate alınarak tamamı için tek bir üretici görevlendirilmektedir. Bu üretici, hizmetin rekabet içinde verilebileceği kimi alanlarda hukuki olarak tekel olarak faaliyet göstermekte, bu faaliyetten elde ettiği tekel karı ile, niteliksel ya da bölgesel olarak hizmetin ekonomik açıdan karlı şekilde yürütülemeyeceği alanlardaki faaliyetlerini finanse etmektedir. Diğer bir ifade ile, ürün aralığının/yelpazesinin bazı kısımları teknik olarak doğal tekel niteliğinde olmamakla beraber, bir bütün olarak alındığında kapsam ya da ölçek ekonomileri nedeniyle doğal tekel görünümü sergilemektedir. Örneğin, özellikle büyük şehirlerde ya da büyük şehirler arasında şehir içi posta hizmetleri, yeni türeyen kurye hizmetleri ile çok daha etkin, kaliteli ve ucuz şekilde verilebilmektedir. Ancak yurt genelinde ya da özellikle kırsal ya da düşük nüfus yoğunluklu kesimlerde bu hizmetlerin verilebilmesi, maliyetler ile karşılaştırıldığında yeterince karlı olmadığından özel sektör tarafından

üstlenilmemektedir¹⁵¹. Bunun doğal bir çözümü olarak, hizmetin bir bütün olarak tekel olarak örgütlenmesi ve karlı olan hizmetlerden (rekabet şartları altında elde edilecek olandan daha fazla miktarda) elde edilecek karla finanse edilmesi öngörülmüştür. Bunu sağlamanın yolu da, çapraz sübvansiyon tabir edilen, bir faaliyetin maliyetlerinin başka bir faaliyetten elde edilen karla finanse edilebilmesini sağlamak için, söz konusu hizmetler bakımından tekeli kanuni olarak öngörmek tercih edilebilmektedir. Ancak, çapraz sübvansiyon, gerekli şeffaflığı sağlamak bakımından yetersiz kalmakta, kaynakların etkin ve verimli kullanıldığının kontrol edilmesine imkan vermemektedir. Teknik ve ekonomik gelişmeler sonucunda, özellikle de hesapların ayrıştırılması sağlanarak, hem söz konusu faaliyetlerin karlı olan kısımları bakımından rekabetin yararlarından faydalanmak, hem de faaliyetin karlı olmayan kısımlarının yükünü şeffaf ve açık yöntemlerle paylaşmak ya da en azından kamu kaynaklarını sadece bu kısma tahsis etmek suretiyle hizmetin etkin bir biçimde yerine getirilmesinin imkanlarının olduğu söylenebilir¹⁵². Sonuç olarak, faaliyet alanlarına ilişkin “kamu yararından” fedakarlık etmeden ve eş zamanlı olarak rekabetin faydalarını tüketiciye/topluma sunabilen bir sistemin genel bir tercih sebebi olması doğaldır¹⁵³.

Doğal tekellerin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı bakımından önemli bir yeri olmakla birlikte, doğal tekeller dışındaki sektörleri de kapsayabilecek olduğunu düşündüğümüz ekonomik kamu hizmetleri terimini tercih etmemizin nedenlerinden birinin, kamu hizmetlerinin genişleme eğilimini daha iyi yansıtması olduğunu da belirtmek gerekir. Zira, yukarıdaki tanımıyla doğal tekel teşkil etmemekle birlikte, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak tanımlanması ve bu hizmetlerin genel kapsamı içinde değerlendirilmesi mümkün olan hizmetler bulunmaktadır.

¹⁵¹ Bu sorun Özyay tarafından hem haliç içindeki vapur seferlerini yürüten bir imtiyazlı şirket ile ilgili eski bir kararı naklen, hem de adalara yapılan vapur seferlerinin tarifesi ile ilgili oluşturulan pratik çalışma sorusu olarak işlenmiştir. İl Han Özyay, *Günüşünde Yönetim*, s. 242

¹⁵² Farklı açıdan bir yaklaşımla bu gelişmeye özel sektörün karlı alanların kendisine açılması yönünde girişimlerinin sonucu olarak bakmak da mümkündür.

¹⁵³ Bu konudaki etraflı tartışmalar için Bkz, *The Privatization Challenge*, Yay. Haz. Pierre Guislain, The World Bank, Washington D.C., 1997.

Rekabete açık olmama unsurunun klasik kamu hizmeti kavramı içinde başlıca etkisinin kamu hizmetlerinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından görülüş usulleri bakımından olduğu söylenebilir. Buna göre, birden çok kişinin bir kamu hizmetini sunmak üzere görevlendirilebildiği ve yetkilendirilebildiği alanlarda, söz konusu işlem, ruhsat ya da lisans gibi tek taraflı bir idari işlem şeklinde olabilmekte iken, özel girişimciye bir tekel hakkının verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, görevlendirmenin bir imtiyaz sözleşmesi yoluyla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁴.

Hizmetin tekel niteliğini taşıması ise, kanımızca bu analizde ikinci sırada yer almak durumundadır. Gerçekten de kimi durumlardaki genel varsayımın aksine, kamu tekellerinin özel sektör tekellerine nazaran daha tercih edilir olmadığı yönünde çalışmalar mevcuttur¹⁵⁵. Sonuçta tekel içeren bir hizmetin de, belki bir taşeron hareket etmesi kaydıyla, özel teşebbüse gördürülmesi mümkündür. Bu durumda, verilen hizmetin normal koşullarda rekabet tarafından sağlanması beklenen ucuzluk ve kalite gibi unsurlarının tamamen idari düzenlemeler ile empoze edilmesi gündeme gelecektir. Bunun da idari düzenleme çerçevesi içerisinde ve hatta sadece ruhsat modeli ile dahi yapılabilmesi mümkündür ve idari düzenleme mantığı bu durumlarda geçerliliğini korumaktadır. Nitekim, 4628 ve 4646 sayılı kanunlarla, şehirlerde elektrik ve doğal gaz dağıtımının lisans sahibi tüzel kişilerce yapılması öngörüldükten sonra, lisansın iptalini gerektiren durumların ortaya çıkması halinde, lisans sahibine ait olan şebekenin mülkiyetinin hizmetin devamlılığının sağlanabilmesi önünde engel teşkil etmemesi için, şebekenin iptal edilen lisansın sahibinin nam ve hesabına satılabilmesi ya da lisans sahibinin yönetim kurulu üyelerinin değiştirilmesi gibi tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirler, benzer durumlar bakımından bankacılık alanında öngörülen kimi tedbirlere büyük benzerlikler göstermektedir.

(e) Yoğun İdari Düzenleme [ve Denetim]

Bu başlık altında yoğun idari düzenleme kavramının kolluk faaliyetleri ile olan ayrımının değerlendirilmesinden önce ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin tanımlanmasında bir sonuçtan ziyade bir sebep olarak gördüğümüzü ve ekonomik

¹⁵⁴ Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görülme Usulleri*, s. 43.

¹⁵⁵ *The Privatization Challenge*, Yay. Haz. Pierre Guislain, s. 259.

nitelikli kamu hizmetlerinin kriterleri arasında bu unsura da yer verilmesini öngördüğümüzü tekrarlamakta yarar olacaktır. Kabul etmek gerekir ki, yoğun ve kapsamlı idari düzenlemenin, aynı zamanda kanun koyucunun ve belki bir ölçüde idarenin tespit ettiği bir gereğin sonucu olduğunu ileri sürmek de mümkündür. Ancak, kanımızca bir faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için, aynı zamanda yoğun ve kapsamlı idari düzenlemeye tabi tutulmuş olması bir unsur olarak aranmalıdır. Bu tarz bir düzenlemenin çerçevesi yerleştirilmeden, örneğin klasik kamu hizmeti olarak tanımlanan bir faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak tanımlanması bir ifade değişikliğinden başka bir anlam taşımayacak, aynı faaliyetin klasik bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi durumunda karşılaşılan yetersizlikler, belki de artan bir oranda, devam edecektir. Böyle bir idari düzenleme çerçevesinin ortaya konulmadığı bir durumda, faaliyetin Anayasa'nın genel esasları doğrultusunda klasik kamu hizmetinin tabi olduğu rejime tabi kalması daha uygun olacaktır. Yukarıda da değerlendirmeye çalıştığımız üzere, Anayasa Mahkemesinin doğabilecek sakıncalar giderilmeden kanun koyucunun bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine ilişkin yapacağı saptamaların anayasaya uygunluğu değerlendirmesindeki yaklaşımının, belki yeterince açıklıkla ifade edilmemiş olsa da, bu yönde olduğunu düşünüyoruz. Aynı şekilde, kanımızca daha önce kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyetin, klasik bir kamu hizmeti olarak değil de, ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi bakımından da, öncelikle gerekli idari düzenleme çerçevesinin oluşturulmuş olması, bir şart olarak aranmalıdır¹⁵⁶.

Yoğun idari düzenleme unsurunun kolluk faaliyetine nazaran farklılıklarını değerlendirmeye başlarken, bazı genel saptamaların yapılması da yerinde olacaktır. Hem devletin sosyal devlet kavramı içindeki görev ve sorumluluklarının genişliği, hem artan ihtiyaçlar ve karmaşıkleşan toplumsal ilişkiler, ekonominin hemen her alanında idarenin düzenleyici bir takım faaliyetlerini gerektirmektedir¹⁵⁷. Bu anlamda, idari düzenlemeye konu olmayan bir faaliyet alanının olmadığı söylenebilir¹⁵⁸. Ancak bu anlamı ile idari düzenlemenin büyük bir kısmının “kolluk” düzenlemesi ve işlevi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu nedenle, önerdiğimiz ekonomik nitelikli

¹⁵⁶ Ayrıca bkz. Yukarıda dipnot 102 ve civarı

¹⁵⁷ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 125 vd.

¹⁵⁸ Richard J. Pierce Jr., Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, s. 1.

kamu hizmetleri kavramı bakımından, idari düzenlemenin kolluk ile olan farkını ortaya koymak önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Hemen her ekonomik faaliyet şu ya da bu ölçüde bir idari düzenlemeye tabi olduğundan, hem kolluk denetimi ile olan farkın ortaya konması hem de önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramının gerekçelendirilmesi bakımından, idari düzenlemenin faaliyet alanına yönelik bir konusu olmasını ve bu konu çerçevesinde “yoğunluğu” ve “bütünlüğü”nü en önemli ayırt edici unsurlar olarak kabul ediyoruz. Bu anlamda, bir hizmetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle asli olarak kanun koyucu, türev olarak da idare tarafından belli bir ölçek ve kapsamda düzenleniyor olması gerekecektir. Söz konusu ölçek ve kapsam ne olmalıdır? Öncelikle, idari düzenlemenin “konusunun” esas itibarıyla faaliyet alanına yönelik ve faaliyet alanına özel olması gerekmektedir.

Yoğun idari düzenleme unsurunun, Fransız öğretisinde geliştirilen virtüel kamu hizmeti kavramı bakımından belirtilen idarenin yetkilerine önemli bir yakınlık içerdiği kabul edilmelidir. Gerçekten de virtüel kamu hizmeti teorisine göre, idare, bu tür faaliyetleri yürüten kişilere olumlu ya da olumsuz bazı davranış yükümlülükleri yükleyebileceği gibi, faaliyeti kolluk denetimini aşar şekilde içten de denetleyebilir¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, yoğun idari düzenleme ile kastedilen, günlük anlamı ile sadece denetim değildir. Düzenleme kavramı idari denetlemenin yanı sıra, hatta bazen birbirini ile iç içe geçen bir şekilde, faaliyetin neleri içermesi gerektiğini de içermekte, bazı konularda bağlayıcı genel ya da birel idari işlemler ile belli davranışları zorunlu kılmakta, bazı konularda ise, belli hareket tarzlarını zorunlu kılmamakla birlikte özendirmekte ve teşvik etmektedir. Daha da önemlisi idare bu alanlarda kendine has özellikleri ve gerekleri olan bir rekabet düzeninin oluşmasını ve korunmasını sağlayacak önlemleri de almakta ve en azından faaliyetin bütünü içinde belli alanlar ve konularda rekabetin sağlayacağı faydaların elde edilmesini ve topluma yansıtılmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bunun için idare faaliyetin belli yönlerini de bizzat kendisi yürütebilir, ya da imtiyaz usulünde olduğu şekliyle, nerede ise kendisi ile doğrudan bir bağ kurulabilecek şekilde yakın düzenlemesi ile, bir özel kişiye gördürebilir. Özellikle, doğal tekel niteliği taşıyan sektörlerde malın ya da hizmetin kullanılmasını sağlayan şebekenin işletilmesi yönü buna örnek olarak gösterilebilir.

¹⁵⁹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 156, İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 228.

Belirtmek gerekir ki, şebekenin işletilmesi yönünün önemi sadece kullanıcılarla sağlanan arayüz bakımından değildir. Aynı zamanda şebekenin sektörün rekabete açılabilir alanlarında faaliyet gösterecek teşebbüslere de belli kurallar dahilinde açık olması, faaliyet alanının en azından bu yönleri ile rekabete açılması için de temel oluşturmaktadır. Bu nedenle, örneğin şebekenin kullanımı karşılığında ödenecek bedeller, esas olarak şebekeyi kullanarak faaliyet yürütecek diğer teşebbüslerin şebeke işletmecisine karşı korunması amacıyla hatta kimi zaman sadece bu bakımdan düzenlenmekte, kullanıcıların ödeyeceği “fiyat”ın ise, birden çok mal ya da hizmet sağlayıcısı arasındaki rekabet ile asgariye indirilmesine çalışılması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla idare sadece sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarını münferit olarak değil, sektörün bütününe genel yapısı itibarıyla ve arz ve talep dengeleri itibarıyla da düzenlemektedir.

Nitekim, idarenin düzenleyicilik (idari düzenleme) işlevinin, kolluk yetkilerinden farklı olarak, bir konuyu planlama, organizasyon, düzenleme, denetleme, koruma ve yaptırım uygulama yönlerini ve hatta uyumsuzlukları çözme gibi işlevleri de bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir¹⁶⁰. Aslında değişik alanlardaki kolluk faaliyetlerinde, yukarıdaki tarz işlevlerin birini ya da bir kaçını görmek imkan dahilinde olabilir. Ancak kanımızca, bu işlevlerin bir faaliyet konusuna ilişkin bütünlük arz etmesini, söz konusu faaliyetin bütün yönlerini düzenleme konusu yapmasını, bu yönler bakımından da, sadece genel idari yetkileri belirtmek ve tekrarlanan ötesinde, bu yetkilerin kullanım çerçevesinin teknik açıdan detaylarını düzenliyor olmasını, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi konusunda bir unsur olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır.

Bu bütünlük içinde ele alındığında, kanımızca ekonomik kamu hizmetlerinin idari düzenlemesinin kolluk düzenlemelerinden ayrılması daha kolaylaşmaktadır. Kolluk düzenlemeleri esas olarak belli bir amaca yönelik olarak bütün ilgili faaliyet alanlarını ve faaliyetleri düzenlerler. Kuşkusuz faaliyetlerin kapsam ve nitelikleri farklı olduğundan, değişik özellikler içerdiklerinden, kolluk amaçları bakımından her faaliyetin özel nitelikleri dikkate alınmak durumundadır. Örneğin, bir pil fabrikası ile bir konserve fabrikasının çevreye olan olumsuz etkilerinin giderilmesi konusunda

¹⁶⁰ Bkz. Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 69.

birebir aynı düzenlemeye tabi olması düşünülemez. Ancak, her ikisinde de, kendilerine uygulanan çevre hukuku düzenlemelerinin amacı çevreye olan olumsuz etkilerin önlenmesi, giderilmesi ya da en azından genel ekonomik dengeler ve sürdürülebilir kalkınma amaçlarına uygun bir biçimde optimum düzeyde tutulması ya da giderilmesidir. Oysa ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin tabi olduğu idari düzenleme, faaliyetin bizzat kendisinin toplum için sahip olduğu öneme binaen, hem faaliyetin kendisinin hem oluşan piyasanın topluma sunulan mal ve hizmet bakımından bir bütün olarak düzenlenmesidir. Bu düzenlemenin amacı ise, örneğin çevre konusundaki idari düzenlemelerden farklı olarak, genel bir hedefe yönelik olarak değil, hem faaliyet sonucu üretilen mal ve hizmetlerin etkin, güvenilir, kaliteli, sürekli ve karşılanabilir maliyetlerle sunulabilmesi hem de bunu güvenceye alacak bir sektörel faaliyet ortamının oluşturulması yönündedir. Nasıl çevre düzenlemelerinde faaliyetin özellikleri ve nitelikleri dikkate alınıyorsa, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesinde de ekonominin bütünüyle olan etkileşimin ya da diğer genel ya da özel kolluk düzenlemeleri ile olan kesişme noktalarının dikkate alınması gereklidir. Ancak bu “yan” hedefler, idari düzenlemenin konusunun kendi bütünlüğü içinde bir faaliyet alanı ve bu alanda sunulan mal ve hizmetler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu konu özellikle rekabet düzenlemeleri ile olan ilgisi bakımından ayrıca daha detaylı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

İdari düzenlemenin kolluk düzenlemesinden farkı bakımından, ikincisinin nelerin yapılamayacağını emretmesi karşısında birincisinin aynı zamanda nelerin yapılması gerektiğini de emretmekte olduğu, kavramları biraz basite indirgemek pahasına ve biraz da ABD hukukundan ilham alınarak¹⁶¹, söylenebilir. Bu paralelde bir genelleme yapmak gerekirse, kural olarak, kolluk faaliyeti bir olumsuz sonucun önlenmesine yönelik iken, idari düzenlemede bir olumlu sonucun elde edilmesine yönelik bir faaliyet söz konusudur. Buna göre kolluk düzenlemeleri ağırlıklı olarak nelerin yapılamayacağını belirtmekte, bir şey yapma şeklindeki “emirleri”, daha ziyade yürütülmek istenen bir faaliyetin kolluk amaçlarına uygun olarak yürütülebilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulları içermektedir. Diğer bir ifade ile, kolluk düzenlemelerindeki olumlu emirler kolluk düzenlemelerinin amaçlarına aykırılık içeren ya da içermeye potansiyeli olan faaliyetlerde, bu aykırılıkların

¹⁶¹ Genel olarak bkz. Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*.

oluşmaması için alınması gereken tedbirlerin sağlanması yönündedir. Ekonomik nitelikli faaliyetlerin idari düzenlemesinde de benzer nitelikli yasaklar, sınırlamalar ya da tedbirler görülmekle birlikte, idari düzenlemelerin ağırlıklı konusu faaliyetin nasıl yürütüleceğinin ve genel olarak sektörün nasıl işleyeceğinin düzenlenmesi yönündedir. Örneğin, elektrik, su, doğal gaz gibi hizmetlerin yürütülmesi bakımından, hizmeti sunan şirketlerin verecekleri hizmetin kalitesini tutturmaları ya da örneğin belli sosyal statüdeki kimselere özel indirimler uygulanması olumlu olarak emredilmektedir. Hatta kimi durumlarda daha da ileri giderek belli bir kapasiteyi tutturmaları, belli bir sürede ilk yatırım, yenileme, bakım vb. gibi faaliyetlerini tamamlamaları gibi, faaliyetin içeriğine doğrudan yönelik ve kapsamlı talimatlar idari düzenlemelerle ya da bunların çerçevesinde yapılacak birel idari işlemlerle emredilebilmektedir. Yine de, kabul etmek gerekir ki, ABD hukuku menşeli bu ayrımın ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesinin kolluk düzenlemelerinden ayrılması bakımından kesin ve her durumda geçerli bir kriter getirdiğini söylemek, tek tek örnekler temelinde bakıldığı durumlarda zordur. Yine de, faaliyetin sadece bir yönü değil hemen tüm yönleri için kapsamlı bir düzenleme çerçevesinin getirilmiş olması ekonomik nitelikli kamu hizmetleri için belirleyici bir faktördür.

Sonuç olarak, idari düzenlemenin faaliyet alanına “özel” nitelik taşımasının yanı sıra, belirli bir kapsam ve yoğunlukta olması da, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi konusu açısından önemli bir unsur, hatta belirleyici bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu unsur mevcut olduğu ölçüde, faaliyetin kendisinin özel hukuka tabi ve özel teşebbüs tarafından yerine getirilen bir faaliyet olması da mümkün olacaktır.

Öte yandan, klasik kamu hizmeti teorisinde, bir faaliyetin kamu hizmeti teşkil edip etmediği konusunda organik unsurun, diğer bir ifade ile faaliyet ile idare arasındaki “bağlantının” vazgeçilmez bir şart olduğu ileri sürülmektedir¹⁶². Bu bağlantının varlığı, faaliyeti sadece kolluk denetimine (ki bunun içine özel kolluk olarak nitelenen rekabet denetimi de girmektedir) tabi bir özel teşebbüs niteliğinden çıkartıp, ekonomik nitelikli bir kamu hizmeti şekline büründürmektedir. Önerdiğimiz

¹⁶² Bkz.: yuk. Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 148-150 ve Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri, s. 3

kavram açısından, bu bağlantının “idari düzenleme” kavramı ile ifade edilmesinin en doğrusu olacağı kanısındayız. Zira hizmetin bizzat idare tarafından yürütüldüğü durumlarda dahi hizmeti yürüten teşkilatın özel idare esaslarına göre örgütlenmesi gerektiği kabul edildiği takdirde, bağlantının bilinen anlamı ile organik bir bağlantı olması doğru olmayacaktır. Bu durumda da faaliyet ile idare arasındaki temel bağlantı esas olarak faaliyetin “düzenlenmesi” bakımından olmak durumundadır.

Son olarak belirtmek isteriz ki, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından bu yoğun ve bütüncül idari düzenleme işlevinin, genel kavram olarak bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan, özel bir birim tarafından yerine getirilmesi önemli bir unsurdur. Ancak bunu, ekonomik nitelikli bir kamu hizmetinin varlığından söz edebilmek için, yoğun ve kapsamlı idari düzenlemenin mutlak surette bir bağımsız idari otorite tarafından yapılması gerekeceği şeklinde anlamak doğru değildir. Bir bakanlık birimi ya da başkaca surette, kamu tüzel kişiliğine sahip olarak ya da olmaksızın, idari düzenleme faaliyeti için örgütlenme modelleri görülmektedir ve bunların amaca uygunluğunu, içinde bulunulan şartlar belirlemektedir. Bu konuda son dönemlerde geniş bir uygulama alanı bulan genel bir eğilim ve asıl önemli olan nokta ise, bu birimin siyasi müdahalelerden etkilenmeyeceği öngörülen bağımsız bir idare olarak örgütlenmesidir¹⁶³. Kanımızca, ülkemizin özel şartlarının yarattığı bazı kısa vadeli yararlar bir tarafa bırakıldığında, “bağımsızlık” unsurunun belli bir oranda abartılmış ve kendisine gereğinden fazla önem atfedilmiş bir unsur olduğu söylenebilir¹⁶⁴. Ayrıca, genel olarak, bağımsız idari otoritelerin de, Anayasa çerçevesinde birer kamu kurumu olarak nitelenmesi söz konusudur. Dolayısıyla, örgütleri, hukuki yapıları ve nitelermeleri bakımından yaşanan kimi tartışmalara rağmen, bu kuruluşların yerine getirdiği işlevlerin idari işlevler olduğu tartışmasızdır. Sonuç olarak, kanımızca bu idari birimin fonksiyonları bakımından önemli olan teknik uzmanlık ve sağlıklı bir mevzuat çerçevesinden ibarettir.

¹⁶³ Ali Ulusoy, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel bir Değerlendirme”, in İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 139-225.

¹⁶⁴ Genel olarak bkz. *The Privatization Challenge*, Yay. Haz. Pierre Guislain; *Implementing Reforms in the Telecommunications Sector*, Yay. Haz. Bjorn Wellenius ve Peter A. Stern, The World Bank, Washington D.C., 1995,

D. Önerilen Tanım Çerçevesinde Değerlendirme

Günümüzde ülkemizde kamu hizmeti konusunda yaşanan en büyük sorunun hem kavramın hem de içeriğinin belirsizliği olduğu düşüncesindeyiz. Özellikle, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alanlarında yakın zamana kadar kapsamlı hukuki düzenlemelerin bulunmaması, bu faaliyetlerin çoğunlukla kamu teşebbüsleri tarafından yürütülüyor olması olgusu karşısında büyük bir eksiklik olarak görülmemiş, konu belki de öncelikli olarak kamu yönetiminin ve idarenin etkinliği ile kaynak sorunu olmakla sınırlı kalmıştır. Özel teşebbüsün bu alanlarda da faaliyet gösterebilecek teknik ve sermaye yeterliliğine ulaşması, ekonominin dışa açılması ve kamunun kaynak sorununa bir alternatif oluşturabilmesi aşamasına gelindiğinde ise bu sınırlı yaklaşım, kanun koyucunun ve idarenin gerekli hukuki altyapıyı hazırlamakta gecikmesi ve bu altyapı olmadan özel teşebbüsün faaliyetine imkan vermesi neticesinde doğan ya da doğabilecek sakıncalar, beraberinde mahkemelerin öncülük ettiği bir “kamu hukuku direnci”¹⁶⁵ getirmiştir. Geline nokta, bazı dış faktörlerin de öncülüğünde kapsamlı düzenlemeler yapılarak hayata geçirilmekte ise de, bunun mevcut kamu hizmeti anlayışı ile etkileşimi önemli bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı bu belirsizliğe bir cevap arama niteliğinde görülmelidir.

Buna karşılık kamu hizmeti kavramının son derece değişken ve dinamik bir kavram olması, genel geçerliliği olan ve üzerinde geniş çaplı mutabakat sağlanabilecek bir tanım getirmeyi güçleştirmekte hatta imkansız kılmaktadır. Getirilebilecek tanımlar, gelişen ve karmaşılaşan toplumsal hayat ve faaliyetler neticesinde, kapsamaya ve açıklamaya çalıştıkları faaliyetlerin gösterdiği çeşitlilik karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu çeşitliliğin ve gelişimin kapsanabilmesi için genel ifadelerle başvurulduğunda ise, eleştirilen soyutluk ve belirsizlik riski ile karşılaşmaktadır. Bu bakımdan, belki önerilen modelin istisnasız ve tartışmasız her durumu kapsamasından ziyade, belli ölçüde ortak nitelikler içeren faaliyetleri ve bu faaliyetlere ilişkin düzenlemelerin kimi ortak yönlerinin saptanması ve değerlendirilmesinde yardımcı olma işlevi ön plana alınmalıdır.

¹⁶⁵ Bkz. yuk. dipnot 2 ve dipnot 54.

Zorluklar bu şekilde not edildikten sonra, kamu hizmetinin genel tartışmasının yapıldığı bölümde denediğimiz gibi, yine bir pozitif hukuk yaklaşımı ile değerlendirmeye giriş yapmanın doğru olacağını düşünüyoruz. Özellikle yoğun idari düzenleme unsurunun bir kriter olarak kabul edilmesi durumunda, pozitif hukuk temelli bir yaklaşımın başlangıç teşkil etmesi belli bir ölçüde de kaçınılmazlık içermektedir. Gerçekten de en azından bir çerçeve kanun ve bu kanun uyarınca çıkartılacak kapsamlı idari düzenlemeler olmaksızın yoğun idari düzenleme kriterinin karşılanması, hele idarenin yetkisizliğinin asıl olduğu bir idari rejimde, mümkün değildir. Dolayısıyla, ekonomik nitelikli bir kamu hizmetinden bahsedebilmek için, söz konusu faaliyetin kanun koyucunun kanun ile verdiği yetki ve çizdiği çerçeve içerisinde yoğun ve kapsamlı bir biçimde düzenleniyor olması gereklidir.

Yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde bir pozitif hukuk unsurunun belirlenmesinin, kanun koyucunun sahip olması gereken serbesti ile bu serbestinin yerinde kullanılmadığı zamanlarda mahkemelerin ve öğretinin gösterdiği tepkinin telif edilmesi bakımından da önem taşıdığı düşüncesindeyiz. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi bir taraftan bir hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağını belirlemede kanun koyucunun iradesinin önem taşıdığını vurgulamış, ancak bu iradenin sınırsız olmayacağını haklı olarak vurguladıktan sonra, konuyu kanunların Anayasaya uygunluğu denetimi çerçevesine taşıyarak, niteliği gereği kamu hizmeti olan alanların belirlenmesine girişmiştir. Bu yaklaşım bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin saptanması yetkisinin kanun koyucudan alınarak mahkemelere bırakılması gibi, bir yanlışın bir başka yanlışla düzeltilmesi sonucunu vermiştir¹⁶⁶. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarına konu olan kanuni düzenlemelerin “ hizmetleri kamu hizmeti sayılmaz” şeklindeki kolaycı ve ciddiyet ölçülerini zorlayan yaklaşımı özellikle dikkat çekicidir¹⁶⁷. Bu düzenlemelerle arzulanan kuşkusuz ilgili

¹⁶⁶ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s. 103.

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin hışmından kurtulmuş ama buna karşılık hiç de uygulanmamış bir düzenleme, 233 sayılı KHK’nın 2. maddesinde yer alan kamu iktisadi kuruluşu tanımının 4046 sayılı Özelleştirme Kanunun 34. maddesi ile değişik ifadesidir. Buna göre, Kamu iktisadi kuruluşu (iktisadi devlet teşekkülünden farklı olarak) “...tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek sunmak ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür”. 4046 sayılı Kanunun 15. maddesi bununla kalmayıp, “genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılamaz” hükmünü getirmiştir.

sektörlerin liberalleştirilmesi ve özel sektöre açılmasıdır. Bunun da sektördeki faaliyetleri özel hukuk rejimine tabi kılmayı gerektirdiğinin tespiti ve bunun sağlanmak istenmesi de kanımızca mantıklı ve amaca uygun bir yaklaşımdır. Dolayısıyla esas sorun faaliyetin imtiyaz ya da klasik anlamı ile kamu hizmeti rejiminden çıkartılması değil, Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili tartışmalarında da belirttiği gibi bunun, gerekli düzenlemeler yapılmaksızın, gerekli tedbirler alınmaksızın yapılmak istenmesidir. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesinin kanun koyucunun iradesinin belirleyici olduğunu kabul etmesi, ancak bu belirleyici irade kullanılırken gerekli düzenlemelerin kapsamlı ve bütüncül bir şekilde yapılmaksızın toplumun genelini bu derece yakından ilgilendiren bir alanın idarenin düzenleme alanının dışına çıkartılmasının “sosyal devlet” ilkesi ve Anayasanın 167. maddesindeki (düzenli ve sağlıklı işlemenin sağlanmasına yönelik) düzenleme yükümlülüğü ile çeliştiğini belirtmesi daha yerinde olurdu düşüncesindeyiz.

Bu mantıkla bakıldığında, önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmeti tanımı bakımından belirleyici unsurun kanun koyucunun iradesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu iradenin, gerekli şartlar oluşmadan sadece bir cümle ile ifade edilmesi kabul edilemez niteliktedir. Buna karşılık, kanun koyucu tarafında kapsamlı bir idari düzenleme çerçevesinin kanun ile kurulması ve söz konusu idari düzenlemelerin oluşturulması, detaylandırılması, geliştirilmesi ve uygulanması için uygun teşkilatın kurularak gerekli yetkilerle donatılmasından sonra, ilgili alanda faaliyette bulunanların faaliyetlerinin bir bütün olarak özel hukuk rejimine tabi kılınması kanımızca Anayasaya aykırılık sorunu içermeyen, amaca ve sosyal devlet ilkesine tamamen uygun bir çözümdür. Dolayısıyla, bu belirtilen şartlar çerçevesinde kanun koyucunun iradesinin bir faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmeti sayılması bakımından belirleyici kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Nitekim, 27.01.2000 tarihinde kabul edilen ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununu neredeyse baştan aşağı değiştiren 4502 sayılı Kanun ile telekomünikasyon sektöründe başlayan ve 20.02.2001 tarihinde kabul edilen 4628 sayılı Kanunla elektrik ve 18.04.2001 kabul edilen 4646 sayılı Kanun ile doğal gaz sektörleri ile devam eden kanuni düzenlemeler zinciri, yukarıda kavramsal olarak tanımlamaya çalıştığımız tarzdaki ekonomik nitelikli kamu hizmetlerine başlıca örnekler olarak verilebilir. Aynı zamanda doğal tekel oluşturan ve hem yurt çapında hem de bölgesel

olarak birer şebeke üzerinden yürütülerek kullanıcılara sunulan mal ve hizmetleri konu alan bu faaliyetler, yukarıdaki tanıma neredeyse ilham verdiği söylenecek şekilde uyan faaliyetler olarak nitelenebilir. Yine bu hizmetlerin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen tanıma uymaları bir yana, elektrik ve telekomünikasyon bakımından açıkça kamu hizmeti olarak nitelenmiş olmaları bir tarafta, kanunların girişinde açıkça özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren piyasalardan¹⁶⁸ bahsedilmesi öbür tarafa, tabi oldukları hukuki rejimin, mevzuat ile mahkeme kararları ve öğreti telif edilerek belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, bu sektörlerde faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, diğer piyasa üyeleri ile aynı şekilde muameleye tabi tutulması yönüyle, bu teşebbüslerin kamu hizmeti ve kamu tüzel kişiliği nitelendirmeleri telif edilmesi gereken çok sayıda “çelişkiden” sadece bir tanesidir.

Salt bu örneklerden hareket edildiği takdirde, çerçevenin biraz daha dar kapsamlı ve bu anlamı ile basit bir şekilde çizilmesi mümkündür. Bu durumda, yukarıdaki tanıma kamusal mallardan yararlanmak suretiyle bir şebeke altyapısı üzerinden sunulan mal ve hizmetler nitelendirmesinin eklenmesi halinde, son derece belirleyici ve basit bir tanıma da ulaşılabilir. Hatta, belki daha da ileri giderek, belli bir anda ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak nitelendirilen faaliyetlerin kapsamlı ve tüketici bir şekilde sayılması ve listelenmesi dahi mümkün olabilir. Vurgulamak gerekir ki, bu tarz doğal tekel nitelikleri gösteren faaliyetlerin idari düzenlemesindeki genel hukuki ilkelerin bir bütün olarak değerlendirilmesinin yapılmasında, aralarındaki benzerliklerin çokluğu ve yoğunluğu dolayısıyla yarar da vardır.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerine pozitif hukuk temelli yaklaşmanın aynı zamanda bu kavramı virtüel kamu hizmeti kavramından da, Anayasa Mahkemesinin öngördüğü şekli ile niteliği gereği kamu hizmeti kavramından da ayırmak açısından kolaylık sağlayacağı düşünülebilir. Zira rekabet eksikliklerinin sonuçlarını gidermek amacıyla teknik, ekonomik ve sosyal yönlerden yoğun bir şekilde idari düzenleme

¹⁶⁸ Örnek olarak, Bkz. 4628 sayılı Kanun, (Madde 1) “Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır.”

konusu yapılmamış olan sektörlerin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak nitelenmesi, pratik açıdan uygulanabilir olmayacaktır. Çünkü, bir faaliyetin niteliği gereği ekonomik nitelikli kamu hizmeti teşkil ettiği saptaması, bu saptamanın gereği olan idari düzenleme çerçevesi kanun koyucu ve idare tarafından oluşturulmadıkça havada kalacaktır. Niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetler bakımından öne sürülen, bu faaliyetlerin söz konusu kamu hizmeti niteliğini kanun koyucunun iradesi olmadan da kazanabildiği ve bu niteliği fiilen kaybetmeden, kanun koyucunun iradesinin niteliği değiştirmekte etkili olamayacağı yaklaşımının, önerdiğimiz ekonomik kamu hizmetleri kavramı bakımından, özellikle tabi olunan kuralların somut ve açık olarak saptanması gereğine yanıt veremeyeceği için benimsemiyoruz. Dolayısıyla, ancak bu tür bir idari düzenleme sistemine konu olan sektörlerin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri oluşturduğunu söylemek amaca uygun bir yaklaşımdır.

Bu nispeten kolay yaklaşıma, yani ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin bir şebeke altyapısı üzerinden mal veya hizmet sağlanması faaliyetlerine hasretmek yaklaşımına karşılık ise, daha genel ve daha geniş bir alanı kapsayan bir teorinin denemesine girişmenin gerekli olduğuna inanıyoruz. Zira bir yandan genel olarak kamu hizmeti teorisinin ekonomik yaklaşım eğilimine¹⁶⁹ uygun olarak uyarlanması gereksinimi, diğer yandan uluslararası örneklerle ve uygulamalarla belli bir ölçekte uyumlaştırma ihtiyacı, bir diğer yandan da ülkemize ve hukukumuza ait kimi özelliklerin varlığının böyle bir denemeye ihtiyaç yarattığı kanısındayız.

Bu yaklaşımın neticesinde iki konu daha ortaya çıkmaktadır. Birincisi, pozitif hukuk yaklaşımı ile ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenmemiş, ancak bu şekilde düzenlenmesi mümkün ve hatta hizmetin konusu itibarıyla gerekli gelişmeyi sağlamak bakımından tercih edilebilir görünen sektörlerin neler olabileceğidir. Diğer konu ise, yukarıda belirtilen kriterlere en azından ilk bakışta uyan, ancak bugüne kadar en azından Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği anlamda niteliği itibarıyla kamu hizmeti olarak değerlendirilmemiş ya da en azından, bu tartışmaların dışında kalmış olan faaliyetlerdir.

¹⁶⁹ Ali Ulusoy, “Kamu hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, in İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, sf. 286 vd.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenmesi mümkün ve amaca uygun olarak değerlendirilebilecek bir alan, ulaştırma hizmetleridir. Özellikle limanlar, havaalanları, köprüler ve demiryolları gibi ulaştırma ve taşımacılık faaliyetleri, doğal tekel niteliğini haiz ya da en azından bu niteliğe yatkın unsurlar içermektedir. Dolayısıyla, bu faaliyetlerin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenmesi mümkündür. Ancak, alternatif ulaştırma yollarının bulunması ve bunların yarattığı rekabet, bu faaliyet alanlarındaki reform ve yeniden düzenleme ihtiyacının görünür aciliyetini azaltmaktadır.

Aynı şekilde posta hizmetleri de ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak düzenlenebilecek bir faaliyet alanı olarak gösterilebilir. Bu alandaki ihtiyacın aslında ciddi ölçekte olduğu gözlemlenebilmektedir. Özellikle, posta hizmetlerinin “karlılık” açısından kimi şebeke endüstrilerine benzer özellikler göstermesi, kırsal, ya da düşük yoğunluklu bölgelere hizmet götürme ihtiyacı ve bu hizmetin daha “karlı” olabilecek bölgeler içinde ya da arasındaki hizmetlerle sübvansede edilmesi, diğer şebeke endüstrilerindekine benzer tarzda kalite ve fiyat regülasyonu gerektirmektedir. Hatta daha da ileri giderek, konunun fiilen bir aciliyet kazandığını da saptamak gerekmedir. Zira kanuni olarak öngörülen tekele rağmen, çok sayıdaki kurye ve yurt içi kargo servisleri, “karlı” olan hatlarda posta işletmesinin pazar payını ciddi ölçüde erozyona uğratmıştır. 1994 yılına kadar PTT bünyesinde fiilen telekomünikasyon hizmetlerinden elde edilen karla sübvansede edilen posta hizmetleri bu tarihten sonra ayrı bir kamu iktisadi teşebbüsü olarak kendi kaderine terk edilmiştir denilebilir.

Ağırlıklı olarak bölgesel bir nitelik içermekle birlikte, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenebilecek bir diğer faaliyet alanı ise, su ve kanalizasyon hizmetleridir. İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun¹⁷⁰ ile bu faaliyetler belirli bir düzenlemeye tabi kılınmışsa da, söz konusu düzenleme büyük ölçüde teşkilata yöneliktir. Hizmetin içeriğine, standartları ve kalitesine ya da fiyata yönelik bir niteliksel ve hizmetin yürüten idareyi bağlayacak bir idari düzenleme bulunmamaktadır. Daha da önemlisi, birer kamu tüzel kişiliği olarak kurulan bu “idareler” teşkilat açısından da belediyelerin bir uzantısı

¹⁷⁰ 20.11.1981 tarih ve 2560 sayılı Kanun. Bu kanuna 3305 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 5 ile, kanunun uygulama alanı, bütün büyükşehir belediyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiş, diğer bir deyişle, bu belediyelerde de birer su ve kanalizasyon idaresi kurulması mümkün hale gelmiştir.

niteliğindedir. Dolayısıyla, hali hazırda su ve kanalizasyon hizmetlerinin klasik birer kamu hizmeti olarak örgütlendiğini söylemek ve saptamak daha doğru olacaktır. Ancak konu itibarıyla, bu faaliyetin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlemeye elverişli olduklarını kabul etmek gerekir.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenmeye elverişlilik açısından daha tartışmalı olabilecek sektörlerin de ayrı ayrı değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Zira, özel teşebbüsün de faaliyet gösterdiği ve hatta yer yer niceliksel olarak kamusal teşebbüslerin önüne geçtiği kimi faaliyet alanlarında, faaliyetin niteliği itibarıyla ekonomik nitelikli kamu hizmeti nitelemesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Eğitim faaliyetlerini, niteliği itibarıyla ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak nitelendirilmeye elverişli olmayan bir faaliyet alanı olarak görüyoruz. Eğitim alanında, artan özel teşebbüs katılımı ticarileşme, özel okullar, vakıf üniversiteleri ve özel dershaneler ile kendini gittikçe artan oranda göstermekle birlikte, bu alanın nitelik ve içerik itibarıyla rekabete konu teşkil edemeyeceği kanısındayız. Bu alanda özellikle hizmetin içeriği ve kalitesi anlamında rekabetin toplumsal açıdan, hele ülkemiz gibi özellikle genç nüfusun yoğun olduğu ve eğitim hizmetleri açığının kritik ölçekte olduğu bir ortamda amaca uygun bulmadığımızdan, özel teşebbüsün bu alandaki girişimlerini, kamunun sunduğu hizmetin bir tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmeyi daha uygun buluyoruz.

Buna karşılık toplumsal önemi büyük bir diğer alan olan sağlık hizmetlerinin ekonomik nitelikli kamu hizmetleri olarak düzenlenmesinin mümkün olduğu kanısındayız. Zira sağlık hizmetleri bakımından, önerilen tanımın unsurları tam olarak karşılanmaktadır. Ayrıca, sağlık hizmetlerinin gereksinim duyduğu yüksek finansman ihtiyacı ve bilimsel/teknoloji girdisi ile özellikle tıbbi malzeme ve araç gereç bakımından özel sektörün zaten yoğun faaliyetleri birlikte düşünüldüğünde, bu hizmetlerin hizmetlerinin doğası gereği özel teşebbüsün ağırlıklı olarak sunabildiği bir hizmet olabileceği değerlendirmesi yapılabilir. Buna karşılık hem özel sektörün yetersiz kaldığı konu ve alanlarda idarenin de faaliyeti düzenlemek kadar kısmen bizzat yürütmek şeklinde bir rolü olmak durumundadır.

Benzer bir değerlendirmenin de radyo/televizyon yayıncılığı açısından yapılabileceğini düşünüyoruz. Bu faaliyet alanının demokrasi ve düşünce hürriyeti ile olan yakın ilişkisi nedeniyle, belirli amaçlara yönelik özel kolluk anlamındaki sınırlı

içerik denetlemesi dışında örneğin kalite denetimine hemen hiç elverişli olmadığını düşünmekle birlikte, yine de bir ekonomik nitelikli kamu hizmeti olarak düzenlenmesinin mümkün ve amaca uygun olmadığı kanısındayız. Ayrıca, bu faaliyetin teknik yönü ve altyapısının, telekomünikasyon mevzuatı ile dolaylı olarak düzenlenmekte olduğunu da not etmek gerekir.

Kanımızca, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri tanımı bakımından tartışılmalı olabilecek bir diğer faaliyet alanı mali ve finansal hizmetlerdir. Bankacılık, sermaye piyasası ve sigortacılık faaliyetleri ve diğer finansal hizmetler önerdiğimiz kriterler itibarıyla ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramının içine girmektedir. Öncelikle bu faaliyet alanlarının, idari düzenleme açısından belki de en yoğun, teknik ve kapsamlı idari düzenlemeye konu olduklarını gözlemlemek kolaylıkla mümkündür. Bu alanda gözlemlenebilecek bir diğer olgu da sektörün idari düzenlemesi bakımından çeşitli işlevleri yerine getiren çok sayıda birimin bulunmasıdır. Tütünün özel bir örneği olan Merkez Bankasından, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve Sigorta Murakabe Kurulu gibi “bağımsız” idari otoritelere, borsalardan, kamu bankalarına, Sosyal Sigortalar Kurumundan, Bankalar Birliği gibi kanunla kurulmuş bir sektör temsilcisi kuruluşu kadar bu “birimler” büyük çeşitlilik arz etmektedir. İlk bakışta büyük ölçüde rekabete açık ve hatta dayalı görünen mali ve finansal faaliyetlerin, çok çeşitli rekabet aksaklıklarını da bünyesinde taşıyabildiği ve aslında bireylerin olduğu kadar, diğer ekonomik faaliyetleri de etkileyebilecek ölçüde kapsamlı bir alanı olduğu düşünülürse, söz konusu yoğun düzenlemenin gerekçeleri daha da net olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, pozitif hukuk kriteri de diyebileceğimiz, yoğun ekonomik nitelikli düzenlemeye tabi tutulma unsurunun önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramının sadece bir sonucu değil, aynı zamanda bir kriteri olarak ele alınması ile belirlilik ve açıklık bakımından pratik bir adımın atılabileceğini umuyoruz. Bu suretle de, ilgi ve enerjinin kanımızca çok daha fazla yaşamsal önem arz ettiğini düşündüğümüz içerik düzenlemesine çevrilmesinin mümkün olabileceğini umut ediyoruz.

E. Anayasa Mahkemesinin Son Kararı Çerçevesinde Değerlendirme

Anayasa Mahkemesinin telekomünikasyon alanında kapsamlı bir idari düzenleme çerçevesi getiren 4502 sayılı kanunun bazı maddelerinin iptali için açılan anamuhalefet partisi tarafından açılan davaya ilişkin verdiği 7.5.2002 tarihli kararı¹⁷¹, kanımızca ekonomik nitelikli kamu hizmetleri tartışması bakımından son derece önemli bazı saptamalar içermektedir.

4502 sayılı Kanun, 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile Ulaştırma Bakanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve Telsiz Kanununda kapsamlı değişiklikler getirmiştir. Kanunun, örneğin elektrik piyasası ile ilgili daha sonra çıkartılan 4628 sayılı kanun gibi tek başına bir bütünlüğü olan bir kanun olmaktan ziyade, mevcut çeşitli kanunları değiştiren bir kanun olması, metinleri karmaşılaştırması nedeniyle eleştirilmelidir. Ancak, getirilen hükümler kapsam ve içerik bakımından son derece etraflıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4502 sayılı Kanunun, daha sonraki 4628 sayılı kanun ile karıştırıldığında, burada önerilen ekonomik nitelikli kamu hizmetleri çerçevesine uygun bir sistem oluşturma bakımından bazı eksiklikleri bulunmaktadır. Bunu, kanunun hazırlandığı dönemdeki şartlara, Anayasa Mahkemesinin daha önce sektöre ilişkin yasal düzenlemeler hakkında vermiş olduğu kararlar ile oluşmuş bulunan uygulamaya belli ölçekte uyum sağlama çabasına ve bu anlamda bir ilk örnek teşkil etmesine bağlamak sanırız yanlış olmaz. Özellikle, kanunun kabul edildiği tarihte mobil telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmış olması ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin hisselerinin bir kısmının 2003 yılı sonuna kadar olan tekel hakkının süresi içinde özelleştirileceği beklentisi de, bunda etken olmuş görünmektedir. Bu nedenlerle, örneğin temel nitelikteki ana telekomünikasyon şebekesi işletmesi ile mobil telekomünikasyon hizmetlerinin görev ya da imtiyaz sözleşmeleri ile gördürülmesi öngörülmüştür. Bu durum, yukarıda tartışıldığı üzere, ulusal dolaşım yükümlülüklerinin uygulanması bakımından önemli sorunları da beraberinde getirmiştir.

¹⁷¹ AYMK 2000/17E, 2002/46K, 07.05.2002 t. ve RG Sa. 25060, s. 27 vd. Anılan karar 26 Mart 2003 tarihinde yayımlandığından, tezimizin düzeltme öncesindeki ilk halinde değerlendirilememiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının esas ilişkin bölümünün başındaki genel açıklamalarda kanunun gerekçesinden alıntıyla, politika belirleme, idari düzenleme yapma ve işletmecilik işlevlerinin birbirinden ayrılması yönündeki gelişmeden ve telekomünikasyon sektörünün buna göre yeniden yapılandırılmasından bahsetmesi dikkat çekicidir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi tarafından genel açıklamalar çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bakımından, tüm telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesinin yasada öngörülen ayırık durumlar dışında kamu hukuku rejimine bağlı tutulmasının sürdürüldüğü değerlendirilmesi kanımızca eleştiriye en açık noktalardan birisidir. Kanun ve gerekçesinde, genel olarak, telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olarak nitelendirildiği ve kamu hizmeti niteliğindeki telekomünikasyon hizmetlerinin özel sektör tarafından ancak kamu hizmetlerinin görülüş usullerine uygun bir yetkilendirme ile verilebileceğinin belirtildiği doğru olmakla birlikte, kanunun bütününden söz konusu genellemelerin bazı önemli sınırlamalara tabi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bazı telekomünikasyon hizmetleri bakımından öngörülen genel izin adı verilen işlemle, işletmecinin bir izin ya da ruhsat alması dahi gerekmemekte, sadece aranan şartları yerine getirip bunu tevsik ettirerek faaliyette bulunmasına izin verilmektedir. Yetkilendirme konusunda son olarak, Anayasa Mahkemesinin “Telekomünikasyon altyapısı işletmek için Kurum”la imtiyaz sözleşmesi yapan veya bunun hüküm ve sonuçlarını doğuran bir ruhsat alan işletmeci” ifadesini kullanmış olması dikkat çekicidir¹⁷². Bu ifade yoruma açık olmakla birlikte, gerekli düzenlemelere yer verilmesi kaydıyla, yasa koyucunun ya da onun yetkilendirmesi halinde idarenin, aksine hükümler bulunmadıkça, bu usuller arasında bir tercih yapabileceğini düşünmek mümkün olabilir.

Kanunun açılan davada iptali istenen ikinci ve üçüncü maddeleri, 406 sayılı Kanunun aynı sayılı maddelerini değiştirerek Türk Telekomünikasyon A.Ş. de dahil olmak üzere, sektörde faaliyet gösterecek tüm işletmecilerin hangi usuller ile görevlendirileceği, yapılan görevlendirmelerde hangi hususların dikkate alınacağına dair düzenlemeleri; altıncı maddesi ise yine 406 sayılı Kanunun 10. maddesini değiştirerek işletmecilere hangi şartlarla ve hangi hallerde ara bağlantı ve ulusal dolaşım (roaming) hak ve yükümlülüklerinin verileceğine ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

¹⁷²

AYMK 2000/17E, 2002/46K, 07.05.2002 t. ve RG Sa. 25060, s. 56

Konumuz bakımından kanımızca bu karardaki en önemli nokta, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen düzenlemelerin iptaline ilişkin talebi reddederken en temel dayanak olarak, iptali talep edilen maddelerin uygulanması sonucu Anayasa'nın ilgili maddeleri yönünden doğabilecek sakıncaların, yine kanunun ilgili maddelerinde öngörülen kapsamlı kurallar ile giderilmiş olduğu yönündeki saptamayı göstermiş olmasıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin özellikle atıf yaptığı husus, 2. maddede imtiyaz sözleşmelerinde hakkında düzenlemelere yer verilecek konuların belli ilkeler doğrultusunda sayılması ve genel olarak telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bunlara ilişkin yapılacak düzenlemelerde göz önünde tutulacak ilkelerin kapsamlı olarak gösterilmesi olmuştur. Ayrıca, iptali istenen diğer hükümler bakımından tartışmalarda Anayasa Mahkemesi, ücretler ve ara bağlantı anlaşmaları gibi konularda da yeterli düzenlemelerin yapıldığı sonucuna varmıştır. Bu değerlendirme sonucunda Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemelerin Devlete Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri ile yüklenmiş olan görevlerin yerine getirilmesine yönelik olduğunu belirtmiş, dolayısıyla, yapılacak düzenlemelerde yer alması gereken konular ve gözetilmesi gereken ana ilkelerin gösterilmesinin genel çerçeveyi çizdiğini, telekomünikasyon hizmetleri gibi teknik bir alanda hizmetin niteliği gereği idarenin ayrıntıları saptamak için yetkilendirildiğini ve yetki devri olarak nitelenebilecek bir belirsizliğe yol açılmadığını da saptamıştır. Bu bölümde yaptığımız eleştiriler saklı kalmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesinin belirtilen saptamalarının ekonomik nitelikli kamu hizmetleri ve bu hizmetlerin kapsamlı ve yoğun idari düzenlemeye tabi olması konularında önerdiğimiz modeli destekler nitelikte olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin yine de konuya esas itibarıyla klasik kamu hizmeti teorisi çerçevesinde yaklaştığını kabul etmek gerekir. Telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesinin Yasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında kamu hukuku rejimine tabi tutulmasının sürdürüldüğü, kanunda öngörülen imtiyaz sözleşmelerinin kendi hukuki rejimleri içinde genel kurallara bağlı kalmaya devam edecekleri tarzındaki saptamalar ile, kanunda öngörülen kimi genel ilkelerin, esasen idari işlemlerde doğası gereği bulunması gereken ölçütleri içerdiği yönündeki belirleme, sorunun klasik kamu hizmeti teorisi çerçevesinde çözülebildiğini, dolayısıyla, ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramına gerek olmadığını düşündürebilir.

Kanımızca bu yaklaşım isabetli olmayacaktır. Özellikle, kanunun aynı zamanda bir geçiş dönemini düzenlediği ve bu dönemin sonunda Türk Telekom'un tekel hakkının sona ereceği dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesinin salt klasik kamu hizmeti teorisine uygunluk denetimi ile sınırlı kalmadığı, gerekli tedbirlerin alınması, yani yasayla kapsamlı ve yoğun bir idari düzenleme çerçevesinin çizilmiş olması kaydıyla, faaliyetin ve sektör yapısının gerektirdiği esnekliklere onay verdiği anlaşılabılır. Nitekim, 4502 sayılı kanunun 2. maddesinin dava konusu yapılan üçüncü tümcesinin, daha önce sadece 4502 sayılı Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen Türk Telekom'un ana telekomünikasyon şebekesi üzerindeki mülkiyet hakkının görev sözleşmesi süresinden sonra da devam edeceğinin belirtilmesi herhangi bir eleştiri konusu yapılmamıştır. Yine yetkilendirme ile ilgili kuralların tartışmasında, Anayasa Mahkemesinin, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde tekelleşmeye karşı tedbirlerin alınması gereğinden bahsederken, kamu tekelindeki mal ve hizmet üretiminde Devletin doğrudan müdahalesi olanağı varken özel tekel durumunda bu olanağın söz konusu olmadığını gerekçe göstermesi, kanunun özelleştirme ve serbest rekabete açılma ile bağlantısının net olarak tespit edildiğini göstermektedir.

F. Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin ABD ve AB Hukuklarından Bazı Notlar

Toplumsal ihtiyaçlar, aralarında gelişmişlik düzeyi açısından büyük uçurumlar olanlar haricinde değişik toplumlar arasında aşırı büyük bir farklılık göstermemektedir. Dolayısıyla, kamu hizmeti kavramına değişik hukuk sistemlerinde bazı anlam kaymaları ve farklılaşmaları ile de olsa karşılaşılması sürpriz değildir.

Tezimizin pragmatik yaklaşımı çerçevesinde, kamu hizmeti faaliyetleri alanında son dönemdeki gelişmelere damgasını vurduğu söylenebilecek AB ve ABD hukuklarındaki kavramlara ve bunların gelişimine çok genel olarak bakmaya çalışacağız. Kuşkusuz idare hukukumuzun derinden etkilendiği Fransa ve diğer kıta Avrupası ülkelerinin göz ardı edilmesi söz konusu değildir. Ancak Fransız doktrini, zaten ülkemizde yakından takip edilmektedir. Dahası, Fransız hukukunun da günümüzde Fransa'nın üyesi olduğu supranasyonal nitelikteki AB hukukundaki

gelişimlerle büyük ölçüde karşılıklı etkileşim içinde olduğunu söylemek sanırız yanlış olmaz¹⁷³.

Buna karşılık, ABD ve AB hukuklarının gelişiminin çok farklı tarihsel ve konjonktürel koşullarda oluştuğunun da altı çizilmelidir. Buna rağmen, gerek ABD gerek AB düzenlemelerinin modern kamu hizmeti teorileri ve uygulamaları üzerindeki pratik etkileri son derece yoğundur ve bu etkiler, tam olarak olmasa dahi, en azından bazı yönleri ve yaklaşımları ile alınabilecek önemli örnekler olduğunu göstermektedir¹⁷⁴.

1. Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin ABD Hukukundan Bazı Notlar

Temel olarak mülkiyet hakkı kavramı üzerine kurulan Anglosakson hukuku öğretisi çerçevesinde, “kamu yararı” ya da “kamu yararına işletmeler” kavramı, ABD’de idari düzenlemenin gerekçesini oluşturmak üzere ortaya çıkmıştır. 1876 tarihli *Munn v. Illinois* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Illinois eyaleti yasama organının Chicago’daki tahıl taşıma ve depolama merkezlerindeki liftlerin sahiplerinin bu hizmet için talep edebilecekleri ücreti sınırlayan düzenlemesini Anayasaya uygun bulurken, tıpkı diğer taşımacılar gibi, lift işletmecilerinin de “kamu yararı ile ilgili işletme” (businesses affected by public interest) olduğunu belirledikten sonra, “virtüel tekel” niteliği taşıyan bu tür işletmeler bakımından rekabetin kamunun menfaatlerini koruyamadığı durumlarda kanun koyucunun kamu yararına faaliyeti düzenleyebileceğini karara bağlamıştır¹⁷⁵. İlginçtir ki, Mahkemenin olgusal bulguları

¹⁷³ Uluyol in Özyay ve Ercüment Tezcan, “Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Mülhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 4 İstanbul 2000, s. 1 vd..

¹⁷⁴ Bu konuda ilginç bir deneme için bkz. Berkarda, Kemal, ABD’de İdare Hukuku Var mı?, yayınlanmamış makale (Bu makale daha sonra yayınlanmıştır: Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cilt: 13, Sayı 1-3, İstanbul, 2003, s. 87-107.). Bu vesile ile Sayın Berkarda’ya bu makaleyi bizimle paylaştığı için teşekkür ediyoruz. Makaledeki ABD idare hukukunun gelişimi ve yapısı bakımından yer alan değerlendirmelerin İdare Hukukumuza yeni bir soluk getirmesi açısından son derece yararlı olduğu kanısındayız. Özellikle ABD hukukunda da yer alan, kamu düzeni ve kamu yararı gibi kavramların son derece “teknik” ve “somut” kavramlar olarak değerlendirilmesi ile ilgili yapılan değerlendirme, diğerlerinin yanı sıra, büyük ölçüde “teorik” ve “soyut” düzlemlerde tartışılan kamu hizmeti kavramının ve beraberinde getirdiği ilkelerin daha açık, belirlenebilir ve somut hale getirilmesi açısından tezimizin ana teması ile örtüşmektedir.

¹⁷⁵ Richard J. Pierce Jr., Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, s. 78 vd.

bakımından eleştirilen bu kararın aslında Mahkemenin yakın zamanda önüne gelmesini beklediği demiryolları işletmelerinin tarifelerini belirleyen işleme karşı açılan dava ile ilgili zemin hazırlamak amaçlı olduğu söylenmiştir¹⁷⁶. Herhalükarda, yürütülen mantık, “bir kişinin malını kamunun yararı olan bir kullanıma tahsis etmesi halinde, ortak fayda için bu malın kullanımı bakımından kamunun kontrol yetkisini de kabul etmiş olacaktır”¹⁷⁷.

İdari düzenlemenin gerekçesi anlamında “kamu yararı” kavramı üzerinde çok durulmakla birlikte, kamu hizmeti tanımına en azından sözlük anlamı ile yaklaşan terminoloji sayılabilecek “kamu hizmetleri” (public service) ya da “kamuya yararlı işletmeler” (public utility) kavramları ise, virtüel tekel teşkil eden ve genel olarak toplumun ortak ihtiyaçlarını gidermeye yönelik su, elektrik, gaz, telekomünikasyon ve taşımacılık faaliyetleri olarak tanımlanmaktadır. Burada faaliyeti görenin özel hukuk kişisi olması, idareden bir hizmeti yürütmek için yetki (franchise) almış olması ve bu bağlamda idare ile bir bağlantısının olması (kamusal yetki kullanımı için idareye bağımlı olma) özellikleri de sayılmaktadır¹⁷⁸.

Görüldüğü üzere, kamu hizmeti kavramı teknik karşılık olarak Amerikan hukukunda oldukça dar bir kapsama sahiptir. Ancak, yukarıda idari düzenlemenin gerekçesi olarak kamu yararı ve kamu yararı ile ilgili işletme kavramları, idarenin düzenlenmesinde kamu yararı gördüğü çok geniş çaplı faaliyetleri içermektedir. Bu anlama ile “idari düzenlemeye tabi endüstriler” (regulated industries) kavramı, salt bir teknik hukuki terim olmamakla birlikte, kanımızca kamu yararı ile idari düzenleme arasındaki ilişkiyi daha iyi vermektedir ve bu nedenle, önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı açısından da bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Başka bölümlerde daha etraflıca değinmeye çalışacağımız gibi, bizim önerdiğimiz kavram, sadece idari düzenlemenin nicelik boyutuna işaret etmemekte, bir faaliyetin bütünlüğü içinde idari düzenlemeye tabi olması şeklinde bir kapsam boyutunu da içermektedir.

¹⁷⁶ Aynı, s. 82; ABD bağlamında diğer bir önemli gözlem de, mahkemelerin “kamu yararı ile ilgili işletme” kavramını getirerek yasamaya bir serbesti sağlarken, diğer taraftan da eş zamanlı olarak başka kararları ile düzenlemelerin makul olması ve keyfilik içermemesi bakımından ciddi sınırlamalar oluşturmasıdır, Aynı, s. 83.

¹⁷⁷ Aynı s. 79.

¹⁷⁸ Black’s Law Dictionary, s. 1231 ve s. 1232.

2. Kamu Hizmeti Kavramına İlişkin AB Hukukundan Bazı Notlar

AB, 20. yüzyılın en iddialı toplumsal projesi olarak nitelenebilir. Günümüzde bu projenin ulaştığı aşamalar bakımından bir sadece bir ekonomik topluluk kavramının ötesine geçilmişse de, toplumsal projenin temelini bugün dahi ortak pazar etrafında oluşan ekonomik birlik kavramı sağlamaktadır¹⁷⁹. Ekonomik birliğin ve ortak pazarın oluşumunda, AB'nin ve özellikle Komisyonun en önemli araçlarından birini, hatta belki de birincisini, uygulanması Üye Devletlerden ziyade teknik/bağımsız bir organ olan Komisyonun yetkisindeki “rekabet politikası” oluşturmuştur.

Hem ekonomik birliğin temel ilkeleri hem de kurulan birliğin niteliği (Ortak Pazar) dikkate alındığında, kamu hizmetleri ve kamu teşebbüsleri ile ilgili düzenlemelerin AT Anlaşmasının Rekabet ile ilgili hükümlerin bulunduğu bölümde yer alması şaşırtıcı olmayacaktır. AT Anlaşmasının 86. maddesinin ikinci fıkrasında¹⁸⁰ yer alan “genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler” teriminin, AB hukukunda kamu hizmetleri teriminin karşılığı olarak kullanıldığı söylenebilir¹⁸¹. Bu maddeye göre:

“Genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilen veya gelir üreten bir tekel niteliğine sahip olan teşebbüsler, bu Anlaşmanın içerdiği kuralların uygulanmasına, kendilerine verilen belirli görevlerin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde tabi kılınacaktır. Ticaretin gelişimi Topluluğun menfaatlerine aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemelidir.”

¹⁷⁹ Genel olarak bkz. P.S.R.F Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, 6th Edition, Sweet & Maxwell, Londra, 1995.

¹⁸⁰ 2 Ekim 1997’de imzalanan ve 1 Mayıs 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile numarası değiştirilmeden önce 90. Madde. Söz konusu maddenin 1. fıkrası ile ise Üye Devletler kamu işletmelerine ve özel ya da münhasır haklar tanıyan işletmelere ilişkin olarak Anlaşma’da yer alan kurallara aykırı düzenleme yapmama yükümlü altına girmişler.

¹⁸¹ Ercüment Tezcan, “Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Münhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti”, s. 9 ve Tunay Köksal, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 8, Ankara, 2002, s. 59 vd.

AB hukukunda da, “genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler” kavramı tanımlanmamıştır. Bunun bir kaç nedeni bulunmaktadır. Birincisi, belki de en önemlisi, Üye Ülkelerin ve Komisyonun bir tanım üzerinde anlaşamamalarıdır.

Nitekim konunun Üye Devletler ve Topluluk organları arasındaki tartışmalarından sonra, Amsterdam Anlaşmasıyla AT Antlaşmasına eklenen 16. maddeyle getirilen düzenleme “73., 86. ve 87. maddeler saklı kalmak kaydıyla Topluluğun ve Üye Devletlerin, kendi yetkilerine giren konularda ve AT antlaşmasının uygulama alanı içinde, genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin işlevlerini yerine getirmeyi mümkün kılan şart ve prensipler çerçevesinde işlemesine özen gösterecekleri” şeklinde, bağlayıcı niteliği ve kapsamı bilinçli olarak muğlak kalmış bir hükümdür¹⁸². Özellikle, Komisyonun daha minimalist bir yaklaşımı temsil eden “evrensel hizmet” kavramının ve Fransa önderliğindeki “kamu hizmeti” kavramının bilinçli bir tercih ile kullanılmamış olmaları¹⁸³ dikkate alındığında, genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin teriminin bir orta nokta oluşturduğu söylenebilir.

Yukarıda belirtilen çerçeve içinde, “genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin” belirlenmesi için, bir yandan, görünüşte, Üye Devletler takdir yetkisini muhafaza etmeye devam ederken, diğer taraftan, hem Komisyon hem de Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), bu hizmetleri yorumlama ve düzenleme yetkilerini koruyacaktır. Nitekim, ATAD hava alanı işletmeciliği, liman kılavuzluk hizmetleri, televizyon yayıncılığı, elektrik dağıtımı gibi kimi hizmetleri, genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler olarak nitelerken, para transferi, hava alanı yer hizmetleri, liman yükleme ve boşaltma hizmetleri gibi hizmetleri bu tür hizmetler kategorisi içinde saymamıştır¹⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, bankacılık faaliyetleri ile ilgili verilen Züchner kararında ATAD para transferi hizmetlerini genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler olarak kabul etmemişken, daha sonra verdiği Van Eycke kararında, Üye Devletlerin bankacılık faaliyetlerine ilişkin rekabeti kısıtlayıcı kararlar alabileceklerini kabul

¹⁸² Tezcan, “Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Münhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti”, s. 7.

¹⁸³ Aynı, s. 9

¹⁸⁴ Vito Auricchio, “Services of General Economic Interest and the Application of EC Competition Law”, *Law and Economics Review*, Vol. 24, No. 1, Kluwer Law International, 2001, s. 68.

etmiştir¹⁸⁵. Genel olarak, ATAD bir faaliyetin genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler kategorisine girip girmediği değerlendirmesini yaparken, anılan değerlendirmeyi yaparken başka işletmecilerin de hizmeti sağlayama imkanlarının olup olmadığına bakmış ve ancak kamu yararının ya da hizmetin niteliklerinin, söz konusu faaliyetin birden çok kişi tarafından yürütülmesine imkan vermediği durumlarda, genel ekonomik yarara ilişkin hizmet değerlendirmesi yaparak rekabet kurallarının sınırlanabileceği sonucuna varmıştır¹⁸⁶

¹⁸⁵ Bu kararlar ve özellikle bankacılık alanında idari düzenlemeler ile rekabet kurallarının ilişkisi bakımından AT hukukundaki tartışmalar için bkz. Özeke, “EC Competition Rules as Applied to Banking”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Vrije Universiteit Brussel, Brüksel, 1995, s. 35 vd.

¹⁸⁶ Vito Auricchio, “Services of General Economic Interest and the Application of EC Competition Law”, s. 68.

III. İDARİ DÜZENLEME

A. Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetleri Bakımından İdari Düzenleme Kavramının Kolluk Faaliyetinden Farklı Değerlendirilmesi Gereği

1. Kolluk Faaliyeti

Nitelik açısından, idari faaliyetlerin üçe ayrıldığı kabul edilmektedir.

(i) Kamu Hizmeti;

(ii) Kolluk Faaliyetleri; ve

(iii) Destekleme ve Teşvik Faaliyetleri.

İdarenin kamu hizmetleri yanında yürüttüğü diğer bir faaliyeti olarak sınıflandırılan kolluk kavramı¹⁸⁷ genel olarak kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacını içinde barındırmaktadır. Kamu düzeninin güvenlik, esenlik ve sağlık olmak üzere üç ana unsuru vardır. İdarenin yürüttüğü kolluk faaliyeti toplumun güvenliğini, esenliğini ve sağlığını koruyan, bozulduğunda eski durumuna getirmeye çalışan idari faaliyetlerdir. Çok geniş bir kavram olan kolluğun bugün için ifade ettiği anlamın çok daraldığını ve idarenin belirli bir faaliyetine inhisar edildiğini belirten Onar, idare kolluğu, “bir ülkenin iç güvenliği, genel sağlık, dirlik ve esenliğini sağlamak ve bireylerin kendileri ve malvarlıklarına yönelebilecek saldırıları önleyerek bunları etkisiz kılmak amacıyla idare tarafından alınan ve uygulanması bazı yaptırımlarla sağlanan, pekiştirilen umumi ve ferdi önlemlerin ve bu amaçla yürütülen hizmetlerin tümüne verilen isim” olarak tanımlayarak genel bir tanım yapmaktadır¹⁸⁸. İdare kolluk faaliyetlerini yürütürken kişilerin Anayasa ve diğer kanunlarca teminat altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri ancak kamu düzeni bozulduğunda

¹⁸⁷ A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 248-252, İl Han Özay, Günışığında Yönetim, s. 515, Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, s. 1476, Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, s. 55-58.

¹⁸⁸ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, s. 1476.

kısıtlama yetkisine sahip bulunmaktadır ve bunun için de kanuni dayanak olması zorunludur.

İdarenin kolluk faaliyeti önleyici, düzenleyici ve koruyucudur. İdari kolluk bu özellikleri ile cezalandırıcı, suçluları kovuşturucu ve belirleyici olan adli kolluktan ayrılmaktadır. İdari kolluk kendi içinde genel kolluk ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın nedeni olarak, toplumun doğrudan doğruya ve derhal hissettiği kamu düzeni ihlalleri ile ancak uzun süre sonra ve dolaylı olarak etkilendiği ihlaller yani duyduğu ihtiyaçlar arasındaki farklılık ya da, kamu düzenini ilgilendiren bazı konuların özel ve ayrık bir düzenleme ve uygulamayı gerektirmesi yani farklı bilgi ve örgütlenme isteyen nitelikte olmaları gösterilmektedir¹⁸⁹.

Bu doğrultuda, kolluk faaliyetinin aslında sadece kamu hizmetinin bir görünümünden ibaret olduğu da söylenmekte ve idarenin işlevini “ kamu hizmeti” ve “ kolluk faaliyetleri” olarak ikiye ayırmakta herhangi bir yarar bulunmadığı, kolluk alanındaki etkinliklerin, kamu yararına yönelik olarak yapılan fakat özellikleri nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmış kamu hizmetleri olduğu savunulmaktadır¹⁹⁰.

Sadece organik kamu hizmeti tanımı açısından bakıldığında, kamu hizmeti ve kolluk ayrımını yapmanın kolay olacağı düşünülebilir. Bu durumda, kamu hizmetinin idarenin genel ihtiyaçları gidermek için bizzat yürüttüğü faaliyetler olduğu, özel hukuk kişilerin yürüttüğü faaliyetler ile ilgili olarak idarenin her türlü denetiminin de kolluk faaliyeti kapsamında girdiğini söylemek, gerekli ve yeterli olurdu. Özel teşebbüs tarafından yürütülen ekonomik nitelikli faaliyetler açısından ekonomik açıdan idarenin rolünün sadece rekabetin ve tüketicinin korunması için gerekli kolluk faaliyetleri ile sınırlı olduğu düşünülebilirdi.

Bu konuda düşünmeyi teşvik eden bir örnek Onar tarafından verilmiştir. Kamu hizmetlerinde tarafların yani hizmeti sunan ve ondan yararlananların hukuki durumunun kişiler arasındaki pazarlığın sonucu değil, önceden belirlenen hukuki kuralların geçerli olduğu objektif bir hukuki durum olduğunu belirten Onar, yine de

¹⁸⁹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 58

¹⁹⁰ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 338, 486 no.lu dipnot.

amme hizmeti dışında kalan kimi hizmetler bakımından getirilebilecek olan ve sözleşme hürriyetinin istisnasını teşkil eden bir örnek olarak, bir taksi şoförünün isteyen müşteriye hizmet sunma zorunluluğunu bir örnek olarak getirmekte, ancak bunların “zabıta tahdit ve tedbirleri” olduğunu belirtmekte ve bunların “istisnai mahiyette” olduğuna işaret etmektedir¹⁹¹. Kanımızca, bu tür düzenlemelerin istisnai mahiyette olduğunu söylemek artık zordur.

2. İdari Düzenleme Faaliyetinin Kolluk Faaliyeti ile İlişkisi ve Ayırımı

Ekonomik alanlarda düzenleme faaliyetinin, bireysel faaliyetlerin [ekonomik] kamu düzeni amacıyla kayıtlanmasını içeren ekonomik kolluk hizmetinin yanı sıra bireysel ekonomik faaliyetlerin düzenlenmesi ve bu yolla ekonomik ilişkilere belli bir yön verilmesi ekonomik kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır ki, bu ikinci kavramın, kullandığımız idari düzenleme (regülasyon)¹⁹² kavramı ile örtüştüğü düşünülebilir¹⁹³. Dolayısıyla, idari düzenleme kavramının, konu aldığı alanda (çevre, rekabet gibi kimi diğer kolluk faaliyetleri saklı kalmak üzere) diğer kolluk faaliyetini de içine aldığı, ancak kolluk faaliyetinin ötesine geçen bir düzenleme, kural koyma, yönlendirme ve müdahale etkisini de içerdiği söylenebilir.

Nitekim, idarenin düzenleyicilik (idari düzenleme) görevinin ilk bakışta kolluk yanı ağır basan bir görev gibi görüldüğü belirtilmekte, ancak bu işlevin kolluk yetkilerinden farklı olarak, bir konuyu planlama, organizasyon, düzenleme, denetleme, koruma ve yaptırım uygulama yönlerini ve hatta uyumsuzlukları çözme gibi işlevleri de bünyesinde barındırdığı gerekçesi ile idarenin kamu hizmet, kolluk ve özendirme-teşvik-planlama faaliyetlerinin dışında yeni bir idari faaliyet türü olduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁴. Kanımızca, bu faaliyeti, kamu hizmeti kavramından soyutlamak

¹⁹¹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, s. 17.

¹⁹² Tezimizde idari düzenleme terimi regülasyon terimi ile eş anlamlı olarak kullanılmak kaydıyla ve Türkçe olması nedeniyle tercih edilmektedir. Ancak terimin sadece genel düzenleyici işlem yapmaktan ibaret olmadığını, bunların uygulanması ve diğer işlemleri de içeren, bütüncül bir “idare” faaliyetini içerdiği tekraren vurgulanmalıdır.

¹⁹³ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 125

¹⁹⁴ Bkz. Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ne Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 69. Ayrıca bkz. Turgut Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, in *Devletin Düzenleyici Rolü*, s.120. Burada tek katılmadığımız nokta, bu faaliyetin bağımsız idari

mümkün değildir. İdare, yoğun ve kapsamlı idari düzenleme faaliyeti yürüttüğü alanlarda, hizmetin türüne göre özel, ihtisaslaşmış düzenlemeler öngörmekte, ancak bu alanın işletmecilik işlevi dışında, tüm yönleri ile içinde kalmaya devam etmektedir.

İdari düzenleme kavramının, içine giren diğer faaliyetlerin olması bir tarafa, kanımızca kolluk faaliyetinden farklı değerlendirilmesini gerektiren temel nokta, idari düzenleme kavramının aslında belli bir oranda politika belirleme fonksiyonunu da içermesinin söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetinin içeriğine ilişkin genel tercihler, ilkeler ve çerçeve ile bunların altında yatan siyasi irade, kamu hizmetini kuran kanunla belirlenir. Kural olarak, bu genel ilke ve politikaların belirlenmesi siyasi sorumluluk ile paralel olarak yasama ve yürütmenin görevidir. Ancak ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin geldiği teknik gelişme düzeyi, kanuni çerçeve içinde olmak kaydıyla, teknik anlamda politikaların ve ilkelerin belirlenmesi bakımından idareye çok daha büyük bir rol yüklemektedir.

Gerçekten de düzenleme faaliyetinin yasama tekelinden çıkıp idarenin kendisine doğru ağırlık kazanmaya doğru gelişiminde en baş etmenlerden biri, idari düzenlemeye yönelik kararların gelişen, karmaşıklaşan ve hızlanan faaliyetler karşısında gerekli uzmanlık ile siyasi etkilerden uzak¹⁹⁵, objektif ihtiyaçlara göre alınmasının temindir. Buna yasa koyma sürecine göre daha hızlı hareket etme ihtiyacı da eklenmelidir. Dolayısıyla, kolluk alanında daha ağırlıklı olarak görülen bağlı yetki, idari düzenleme alanında yerini çok daha geniş bir takdir yetkisine bırakmak durumundadır. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin teknik kurallar içinde kullanılması ihtiyacının önemli büyüktür ve bunun en önemli aracı da, idari düzenleme faaliyeti kapsamında yapılacak genel düzenleyici işlemlerin kuralları olabildiğince açık ve sonuçları öngörülebilir şekilde ortaya koymasıdır.

3. Genel Olarak İdari İşlevlerin Ayrımı

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri alanlarında politika ve ilkelerin belirlenmesi, idari düzenleme ve ticari faaliyetin birbirinden kalın çizgilerle ayrılması

otoritelerin işlevsel özellikleri olarak, bu kurumlarla sınırlı tutulduğu yönünde edindiğimiz izlenimdir. Kanımızca, işlevsel özellikler mevcut olduğu ölçüde, ilgili idari birimin yapısı nasıl olursa olsun, idari düzenleme faaliyetinin varlığından bahsetmek yerinde olacaktır.

¹⁹⁵ Kemal Berkarda, “ABD’de İdare Hukuku Var Mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 98-99

önerilmektedir. Hatta doğal tekellerin özelleştirilmesi sürecindeki ayrımları karşılaştırdığımızda politika belirleme, idari düzenleme ve ekonomik faaliyetin kendisinin birbirinden katı çizgilerle ve hemen her zaman organik olarak ayrıştırılması yönünde bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Bu önerinin söz konusu sektörlerin özel teşebbüse açılması ve özelleştirmeye zemin hazırlama gibi bir amacı olmakla birlikte, kanımızca asıl önemli olan yönü, bu faaliyetlerin yürütülmesinde azami ölçüde saydamlığın ve hesap verebilirliğin (accountability) sağlanmasına imkan verecek bir model oluşturması ve bu modele özelleştirme amacından bağımsız bir şekilde ihtiyaç duyulmasıdır.

Herhangi bir kamu hizmeti alanında idarenin işlevleri, söz konusu faaliyetin bir kamu hizmeti olarak belirlenmesinden, bu faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkartılmasına kadar ve bu aradaki her yönü kapsamına almaktadır. Bilindiği üzere, kamu hizmetinin kurulması kanunla olur. Kuruluş kanunu, niteliği itibarıyla, öncelikle söz konusu hizmete olan ihtiyacı saptar ve bu ihtiyacın giderilmesi için gereken kurumsal örgütlenmeyi düzenler. Bunun yanında, yine kural olarak gerek kamu hizmetini kuran kanun, gerek idarenin siyasi sorumluluğa sahip üst örgütünün düzenlemeleri, esas itibarıyla söz konusu kamu hizmetinin yürütümündeki genel ilkeleri ve hedefleri de belirler. Bu noktada yapılması gereken esaslı politika tercihlerinin aynı zamanda siyasi sorumluluk taşıyan kanun koyucunun, hükümetin ve ilgili bakanın görev alanına girmesi doğaldır. Yine boyutuyla, tercihlerin, belirli sınırlar dahilinde, ekonomik etkinlikten başka siyasi, sosyal ve diğer amaçları gütmesi de aynı şekilde nitelenmelidir.

Bu ayrımı somut bir örneklerle açmak mümkündür. Örneğin telekomünikasyon alanında genel politikaların belirlenmesi işlevinin Ulaştırma Bakanlığı, idari düzenleme işlevinin de Telekomünikasyon Kurumu tarafından yerine getirilmesi, Türk Telekom'un da ana telekomünikasyon şebekesinin işletmecisi olmasından kaynaklanan ve somut kurallarla belirlenen yükümlülükleri ve sermayesindeki kamu payı nedeniyle tabi olduğu diğer yine açıkça çerçevesi çizilmiş düzenlemeler saklı kalmak üzere, faaliyetlerini özel hukuk esasları ve ticari gereklere göre yürütmesi esası benimsenmiştir. 4502 sayılı Kanunun gerekçesinde yer alan

işlevlerin bu şekilde ayrıştırılmasına yönündeki gelişime, ilgili Anayasa Mahkemesi kararında da atıf yapılmıştır¹⁹⁶.

Bu doğrultuda verilebilecek, biraz basitleştirilmiş bir örnek, telekomünikasyon sektöründe fiyatların belirlenmesi konusundadır. Bu bakımdan kullanılabilecek “tavan fiyat” ya da “maliyet artı kar” yönteminin tercih edilmesinde, genel politikaları belirleyen Ulaştırma Bakanlığı’nın saptaması önem taşıyacaktır. Örneğin, genel politika, telekomünikasyon sektöründe yeni yatırıma ve teknoloji üretimine görece ağırlık verilmesi yönünde ise, hizmetlerin fiyatının “maliyet artı kar” yöntemi ile belirlenmesi, araştırma ve geliştirme yatırımlarını, bunların maliyete dahil edilmesi suretiyle destekleyecektir. Buna karşılık, genel politika eğiliminde ağırlık telekomünikasyon hizmetlerinin toplam ekonomik gelişmeye ve refaha doğrudan katkı sağlaması nedeniyle, fiyat bakımından ucuz olarak verilmesi yönünde ise, tavan fiyat yöntemi, işletmecileri maliyetleri düşürmeye yöneltmesi hatta bu amaçla yıllık bazda fiyatlarda indirim gerektirmesi nedeniyle, tercih edilebilecektir¹⁹⁷. Her iki durumda da, kullanılacak yöntemin detaylarının saptanması, formüllerin belirlenmesi, denetime elverişli şekilde hesapların ayrıştırılmasının sağlanması için gerekli idari düzenleme ise Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılacak ve uygulanacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu iki tercih, aslında birbirini dışlar nitelikte değildir ve 4502 sayılı kanunda her iki hedefe de atıf yapılmıştır. Dünya ölçeğinde de, her iki amacın gerçekleştirilmesine yönelik “hibrid” düzenlemeler ağırlık kazanmaktadır. Ancak hedeflerin bileşimindeki ağırlıkların saptanması, genel politika tercihlerinin oluşturulması işlevinin, bunu sağlayacak ve teknik açıdan oldukça karmaşık olan düzenlemelerin hayata geçirilmesi de idari düzenleme işlevinin konusunu oluşturacaktır.

İşte bu siyasi işlevin öncelikle teknik bir faaliyet olarak nitelenebilecek idari düzenleme faaliyetinden, idari düzenleme faaliyetinin de, ekonomik faaliyetin yürütülmesinden ayrılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu ikinci ayırım ise, kişinin kendi davasında hakim olamaması gibi, bir KİT’in de içinde bulunduğu sektörün kurallarını koyan kuruluş olamaması mantığından yola çıkmaktadır.

¹⁹⁶ AYMK 2000/17E, 2002/46K, 07.05.2002 t. ve RG Sa. 25060, s. 46

¹⁹⁷ Bu konuda daha etraflı bilgi için, bkz. ATİYAS, İzak: “Niçin ve Nasıl Regülasyon”, in **Devletin Düzenleyici Rolü**, TESEV Yayınları 19, İstanbul 2000, s. 19 vd., özellikle s. 27 vd..

B. Genel Olarak İdari İşlemler

İdare, yukarıda saydığımız üç ana faaliyetini yürütürken ve bu faaliyetleri yürütmesi için sahip olduğu yetkileri kullanırken çok çeşitli işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. İdari işlemler, nitelikleri gereği tek yanlı hukuksal işlemlerdir ve üzerinde etki doğurdukları karşı tarafın iradesine bağlı olmaksızın yapılır. Zira, idare hukukunda işlemlerin tek yanlılığının sebebi, özel hukukta olduğu gibi tarafların iradeleri arasında bir eşitlik olmamasıdır¹⁹⁸. Bu nedenle de idarenin yapmış olduğu işlemler bu nitelikleri gereği özel hukuk alanında ortaya çıkan hukuki işlemlerden ayrılmakta, bu alandaki bir hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi için karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ilkesi idare hukukunda aranmamaktadır¹⁹⁹ ve ilgili şahısların irade beyanlarına ve muvafakatlerine itibar etmeyen bu işlemlerin ortaya çıkardıkları hukuki sonuçların icrası da mümkündür²⁰⁰.

İdarenin bu nitelikte işlem yapabilmesi onun elinde bulunan kamu gücünün bir sonucudur. Bu özelliğinin yanında idari işlemler, her idari işlemin kanuni bir dayanağının olması ve kanunlara uygun olarak yapılması gerekli olduğundan idari işlemlerin de kanuni olduğu varsayılmaktadır. Bu “kanunilik” varsayımı nedeniyle idari işlemlerin konu, amaç ve sebep gibi unsurlarında herhangi bir sakatlık mevcut olsa bile bunlar yine de icra edilebilir niteliktedirler; meğer ki aksi belirlenip ispat edilsin. Bu özelliklerini dikkate alarak idari işlemi tanımlamaya çalıştığımızda; idari işlem için, idarenin faaliyetlerini yürütür ve yetkilerini kullanırken tek yanlı irade açıklaması ile hukuki sonuç doğurma ve kendiliğinden icra edilme yetisine sahip işlemlerdir denilebilir.

İdari işlemin özellikle iki ana unsuru olduğuna değinen Güran; idari işlemin birinci unsurunun işlemi yapan makamın Türk İdare Teşkilatı’na dahil bulunan makam ve mercilerden biri olması, ikinci unsurunun ise, idari işlemin özel hukuk alanına girmeyen bir bağlamda yapılması olduğunu belirtmekte ve idari işlemi; Türkiye Cumhuriyeti Devlet Teşkilatına dahil makamların, idare fonksiyonunu yerine getirme görev ve yetkileri uyarınca hareket ederken, idare hukuku bağlamında

¹⁹⁸ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 325.

¹⁹⁹ Aynı, s. 326.

²⁰⁰ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, s. 386.

yaptıkları, hukuksal sonuç doğuran irade açıklamaları şeklinde tanımlamaktadır.²⁰¹ Kural olarak; her ne kadar idari işlemler idari organ ve makamların “İdare” alanındaki idare açıklamaları olsa da kimi zaman idari organlar ve makamların görev ve yetkilerinin özel hukuk kişilerine bırakıldığını ve idarenin denetimi altında onlar tarafından doğrudan ve dolaylı bir şekilde yürütüldüğüne rastlanmaktadır. Bu nitelikte olan işlemlerin de idari işlem sayılması pozitif hukukta olan bazı gelişmelerin sonucunda artık kabul edilmektedir.

İdari işlemler meydana getirdikleri hukuki durumlar sonucunda bazen genel ve soyut bazen de bireysel ve somut nitelikler arz etmektedir. İdari işlemlerin söz konusu niteliklerle ortaya çıkmaları onların iki ana başlık altında toplanmaları sonucunu doğurmaktadır. Bunlar; (a) genel düzenleyici işlemler, (b) birel işlemlerdir²⁰².

Genel işlemler, sürekli, soyut, nesnel ve genel durumları belirleyen işlemlerdir. Bu tarz idari işlemler, mevcut hukuk düzenine ya yeni kurallar getirirler ya da zaten mevcut olan bir kuralı değiştirir veya ortadan kaldırır. Bu işlemler kişisel değildir ve bir kez uygulanmakla tükenen işlemlerden değil aksine, söz konusu işlemin kapsamına giren her türlü kişi, veya kişilere ve olaylara sürekli bir biçimde uygulanırlar. Başka bir deyişle; genel düzenleyici işlemler nesnel nitelikte olmaları itibariyle bunların kim ve ne için yapıldıkları belli olmayıp, sadece düzenledikleri ya da öngördükleri genel hukuksal durum içine girmiş bulunan, ona girebilme ya da o durumdan çıkma yetilerine sahip bulunan kişilerin varlığı söz konusudur²⁰³.

Birel işlemler ise, genel düzenleyici işlemlerden farklı olarak, somut, belirli kişi veya kişiler veya olaylar hakkında, doğrudan doğruya sonuç doğuran işlemlerdir. Birel işlemlerin tümü öznel niteliktedir. Bu işlemlerin yöneldiği kişi veya kişiler belli olduğu gibi, bunlar için yaratılan hukuki sonuçlar da bellidir.

²⁰¹ Sait Güran, “İdari İşlem”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 1277.

²⁰² İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 341-367; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 254-257 ve Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 97-119.

²⁰³ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 356

Birel işlemler de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan biri; koşul işlem olarak adlandırılan ve içeriği önceden genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olan işlemlerdir. Bu özellikleri nedeniyle koşul işlemler nesneldir. Daha açık ifade edilmek istenirse, koşul işlemler kişiyi daha önceden var olan kurallarla belirlenmiş hukuksal alanlara sokmaktadır. Bu nitelikleri göz önüne alındığında koşul işlemi, “bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunma veya ondan çıkma sonucunu doğuran işlem” olarak tanımlayabiliriz²⁰⁴.

Birel işlemlerin ikinci ayrımı öznel işlemlerdir. Bu işlemler tamamen sübjektif bir özellik arz ederler. Belli bir kişi ya da kişiler arasında öznel ya da sübjektif unsurların etkili olduğu hukuksal durumlar yaratılmaktadır. Başka bir deyişle, her öznel işlemde bazı somut ve farklı unsurların ortaya çıkması sonucu söz konusu olaya, kişiye göre değişen hukuki sonuçlar yaratılmaktadır.

Bu çerçevesiyle idarenin işlemlerinin idari düzenleme kavramı bakımından büyük özellikler arz etmediği gözlemlenebilir. Ancak, özellikle bağımsız idari otoritelerle ilgili tartışmalarda gündeme gelen ve bu otoritelerin yasama, yürütme ve yargı yetkilerine benzer yetkilerle donatıldığı, işlevsel özelliklerinin, düzenlemenin yanı sıra, gözetim ve denetim, danışma, yaptırım uygulama ve uyuşmazlıkların çözümü işlevlerinin bulunduğu ve bu anlamda salt idari bir kuruluş olarak değil, melez nitelikte oldukları yönündeki değerlendirmeye değinmekte yarar olabilir²⁰⁵. Kanımızca, bütün bu işlevlerin yerine getirilmesi için yapılan işlemlerin, unsurları bulunduğu sürece, idari işlem olarak nitelenmesi gereklidir. Özellikle düzenleyici otoritelere bazı durumlarda verilen uzlaştırma ve arabuluculuk görevlerinin²⁰⁶ ve bu süreçlerin sonucunda yapılacak idari işlemlerin niteliği ve esaslarının içerik ve

²⁰⁴ Aynı, s. 359.

²⁰⁵ Turgut Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, in Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV Yayınları 19, s. 121 vd.

²⁰⁶ 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunun 4052 sayılı Kanunla değişik 10. maddesine göre, şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik anlaşma, ara bağlantı yükümlüsü olmayan işletmecinin talebinden itibaren üç ay içinde sağlanamadığı takdirde, Telekomünikasyon Kurulu kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar dahilinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun 4628 sayılı Kanun 5. maddesinde sayılan yetkileri arasında şebekeye bağlantı ihtilaflarını çözmek, mevcut sözleşmelere değişiklik önerilerinde bulunmak ve bu sözleşmelere ilişkin ihtilafların halli için arabuluculuk yapmak gibi yetkiler yer almaktadır.

etkinlik açısından yeni ve üzerinde durulması gereken kavramlar olduğunu düşünmekle birlikte , bu hususun, hukuki nitelemeyi etkilemediği kanısındayız. Dolayısıyla, uyuşmazlıkların çözümü işlevleri de dahil olmak üzere, yapılan tüm bu işlemler, sonuçta gerekli şartlar oluştuğunda, idari işlem olarak nitelenmektedir ve bunlara karşı yargı denetimi yolu bulunmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesi bu konuda açıktır ve idari düzenleme işlevi bakımından kanımızca bir istisnaya gerek yoktur. Aynı şekilde, idari düzenleme faaliyeti içinde yer alan düzenleme yetkisinin de kanun çerçevesinde yerine getirilen türev (sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı) bir yetki olduğunu da Anayasal sistemimiz bakımından kabul etmek gerektiği gibi²⁰⁷, kanımızca aksini kabul etmeyi gerektiren bir neden de bulunmamaktadır. Gerçi, konunun teknik boyutu arttıkça, idareye verilen düzenleme yetkisinin kapsamı genişlemekte, kanunlarda yer alan “gerekli her türlü tedbiri alabilir” türü süpürücü yetkiler, asli bir yetkinin devrinin varlığını gündeme getirebilecek nitelik taşımaktadır ama, idari düzenleme çerçevesini çizen kanunların idari düzenleme konusu alana özel ilke ve hedefleri belirlemiş olması, kanımızca bu bakımdan yasal anlamda gerekli güvenceyi sağlamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 4502 sayılı Kanuna ilişkin, Anayasanın 10. maddesine aykırı bir yetki devri olmadığını karara bağlarken, bu gerekçeyle dayanmıştır²⁰⁸.

Burada önemli olan tartışma, bu işlemlerin yapılış usulünün belli kurallara bağlı olması ve teknik denetiminin fiilen sağlanarak, söz konusu geniş yetki karşısında kişilerin haklarının güvence altına alınmasıdır. Bu husus da bir sonraki alt başlık altında tartışılacaktır.

C. İdari Düzenleme Faaliyeti ve Takdir Yetkisinin Kullanımı Karşısında Bireyin Korunması

İdari düzenleme faaliyetleri çerçevesinde idari işlemler başlığı altında not edilmesi gereken önemli bir diğer başlık da, idari düzenleme faaliyeti karşısında bireyin haklarının korunması sorunudur. Bireyin haklarının korunması ihtiyacı özellikle iki yönden ortaya çıkabilmektedir. Birincisi idari düzenleme faaliyeti

²⁰⁷ Turgut Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, in Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV Yayınları 19, İstanbul 2000, s. 121.

²⁰⁸ AYMK 2000/17E, 2002/46K, 07.05.2002 t. ve RG sa.25060; s. 50 ve 56.

çerçevesindeki idari işlemler bakımından idarenin sahip olduğu takdir yetkisi karşısında bireylerin haklarının korunması; diğeri de geniş bir kapsama sahip olan idari düzenleme faaliyeti ve bu faaliyetin özellikleri dolayısıyla hızlı bir değişim ile karşı karşıya olması sonucunda kazanılmış hakların korunması sorunudur²⁰⁹. Özellikle, idari düzenleme faaliyetlerine konu alanların teknik boyutları ve hızla gelişen ve değişen dinamik yapıları, uzmanlık ve sürat ihtiyacı da göz önüne alındığında yetkileri içeren kanunların ancak çerçeve niteliğinde kalabileceğini göstermektedir. Çok sınırlı durumlar haricinde, idareye verilecek takdir yetkisinin sınırları geniş ve bu sınırlara göre değerlendirilmesi gereken durumun teknik özellikleri karmaşık olabileceğinden , idari düzenleme faaliyeti sürecinde düzenleme işlemlerinde takdir yetkisinin kullanılması özel bir önemi haiz olacaktır²¹⁰.

Fiili açıdan ise gerekli korunmanın sağlanmasının, öncelikle takdir yetkisinin kullanımının açık ve belirli kurallara bağlanmasına, ölçüt ve kriterlerinin, her bir faaliyet açısından ayrı ayrı, faaliyetin özelliklerine göre somutlaştırılmasına bağlı olduğunu düşünüyoruz. İdari düzenleme işlevinde takdir yetkisinin hukuka uygun ve kişilerin haklarını zedelemekten kullanılabilmesi için ilk adım, kanunla belirlenen ve çok genel olabilecek sınırlar ve ilkeler çerçevesinde verilen idari düzenleme yetkisinin, birel işlemlerle kullanılmadan önce, bir alt aşama olan genel düzenleyici işlemlerle daha da somutlaştırılmasının hukuki bir zorunluluk olarak aranması olmalıdır. Örneğin, idari düzenleme yetkisi kapsamında idareye belli alt ve üst sınırlar içinde para cezası verme yetkisinin tanınması halinde, idarenin herhangi bir para cezasını uygulayabilmesinin ön şartı olarak, her bir aykırılık çeşidi için uygulanacak ceza miktarını genel bir düzenleyici işlem ile saptamış olması gereklidir. Bu şekilde, birel işlemin değerlendirilmesi için gerekli ölçütler de bir ölçüde somutlaştırılmış olacaktır.

Sonuçta, idari düzenleme faaliyeti karşısında da, en temel korunma, idari yargının işlevi olarak kalmaya devam edecektir. Burada iki konu ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yargılama faaliyetinin niteliği gereği belli bir zaman alması ve ülkemiz

²⁰⁹ Bu konuda genel olarak bkz. Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 207 vd.

²¹⁰ Takdir yetkisi ve bağlı yetki kavramları için bkz. Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 376-377. Ayrıca takdir yetkisi, ölçülülük denetimi ve bunun yerindelik denetimi ile ilişkisi konusunda bkz. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 98 vd.

örneğinde, yeterli kaynak ayrılması yoluyla belli bir hızlandırma imkanı olmakla birlikte, idari düzenleme faaliyetinin hızına yaklaşılamayacak olmasıdır. İkinci konu ise, yine yeterli kaynak aktarılması yoluyla büyük ölçüde çözümlenebilecek olan, yargının belli konularda ihtisaslaşmasına imkan sağlanması olabilir. Ancak, özellikle teknik açıdan gelişmiş ve karmaşıklaşmış faaliyetler bakımından, önemli bir bilgi asimetrisinin ortaya çıkmasıdır. Kural olarak, faaliyetin teknik ve uygulama yönlerine ilişkin olarak işletmeciler idareden, idare de mahkemelerden daha fazla bilgiye sahip olacaktır.

Bu nedenle, idari düzenleme faaliyetine karşı korunmanın temeli kanımızca saydamlık faktöründe yatmaktadır. Saydamlık ilkesinin kamu hizmetlerine hakim olan ilkelere eklenmesi zaten önerilmiştir²¹¹. Bu ilkenin çok boyutlu olarak hayata geçirilmesi, kanımızca en etkin korumayı sağlayabilecek, idari yargıya da en önemli katkıyı sağlayabilecek niteliktedir. Bu kapsamda, idari düzenleme işlemlerinin, hazırlık aşamasında mümkün olan azami ölçüde ilgililerin görüşlerine açılması, yapılan idari işlemin tatmin edici şekilde gerekçeli olmasının şart koşulması ve ilgililerin gerekli bilgi ve belgelere erişim haklarının sağlanması, idari düzenleme faaliyetinin kanımızca en etkin denetim yöntemini oluşturacaktır.

Kanımızca yukarıdaki çözümler, kazanılmış hakların korunması bakımından da büyük ölçüde geçerlidir. Hemen her sektörde olduğu gibi, değişen genel düzenleyici işlemlerden kaynaklanan maliyet artışları (işletmecinin tekel karının/rantının vergilendirilmesi gibi bir durum söz konusu olmadıkça) kural olarak tüketiciye yansıtılmaktadır²¹². Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinde de, bu hizmetlerin sunulmasının da bir maliyeti olduğundan kural olarak aynı durum geçerlidir. Bu durumda, idari düzenlemenin kamuya olan maliyetinin, düzenleme yapılırken dikkate alınması kaçınılmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

²¹¹ Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", s.107.

²¹² Bu konudaki ilginç bir örnek, ağırlıklı olarak özel hukuk tüzel kişilerince kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde görülen ve on yıl içinde abone sayısının sabit telefon abone sayısını geçtiği dikkate alındığında kamu hizmeti niteliğini belki de en çok hak eden mobil telekomünikasyon (ya da yaygın deyim ile cep telefonu) hizmetlerinin konu olduğu özel tüketim vergileridir. Bu vergi aslında, anılan hizmetin yarattığı rantın vergilendirilmesi niteliğindedir; yine de, tamamen tüketiciye yansıtılmaktadır.

Buna karşılık, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerini sunmak için verilen birel işlem niteliğindeki lisansların özel hükümlerinde, bir genel düzenleyici işleme dayanmadan yapılacak değişikliklerin ise, lisans sahibinin rızası olmadan ya da maliyeti karşılanmadan yapılmasının mümkün olmaması gerekir. Kanımızca idari yargının bu konuda kazanılmış haklara ilişkin içtihadının da istikrar kazanması, önemli ölçüde yön gösterici olacaktır.

D. Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Hukuklarındaki İdari Düzenleme İşlevine Bir Bakış

1. ABD

ABD açısından ilk saptama, sonuçta göçmen topluluklardan oluşmuş, federal yapı, köklü bir liberalizm geleneği ile başlarda kodifiye olmayan ve uyuşmazlıkların mahkemelere götürülmesini teşvik eden bir hukuk sistemine sahip ve kamu teşebbüsü geleneği olmayan bir devlet olarak, toplumsal boyutu olan faaliyetlerin düzenlenmesi konusunun öncelikle ekonomik özgürlüklerin ve eyalet yetkilerinin sınırlanması temelinde tartışılmış olduğu şeklinde yapılabilir. Gerçekten de ABD Anayasasında federal devlete ne genel bir kolluk yetkisinin ne de toplumun bütününe sağlığı, güvenliği ve refahı için herhangi bir konuda tedbir alma ya da düzenleme yapılmamış olması karşısında, modern ABD federal devletinin, özel teşebbüsün faaliyetlerini düzenleme ihtiyacını, kendisine eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisi veren Anayasa maddesinden (Ticaret Maddesi “Commerce Clause” olarak da bilinen Madde 1, Bölüm 8) aldığı ve tarihsel süreçte mahkemeler ile etkileşim içinde geliştirdiği görülmektedir²¹³. Özellikle 1929 yılındaki Büyük Bunalım sonrasında başkan Roosevelt’in hayata geçirdiği “New Deal” Programı ile, federal devletin ekonomik hayatı düzenlemesi yeni boyutlar almıştır²¹⁴. Günümüzde federal devlet, Anayasanın

²¹³ John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 6th Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul- Minnesota, 2000, s. 152.

²¹⁴ Bu gelişimin özeti için, bkz. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, s. 172 vd.; Benzer bir özet Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 92 vd.’de yer almaktadır.

Ticaret Maddesinden aldığı yetki ile son derece geniş ve ilk bakışta ticaret ile ilgisiz alanlarda düzenleme yapabilmektedir²¹⁵.

ABD örneğindeki regülasyon ya da tercih ettiğimiz deyimle idari düzenleme kavramının ve unsurlarının, kolluk (“police powers”) faaliyetine nazaran daha yoğun ve kapsamlı bir nitelik arz etmesi, kural koymayı ve kurallara uyulmasını denetlenmesini içermesi²¹⁶, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri için önerdiğimiz kriterlerden “yoğun idari düzenleme” kriteri bakımından örnek teşkil etmektedir.

Bugün için, piyasa ekonomisinin ve rekabetin aksadığı ya da eksik kaldığı alanlarda ABD’de yapılan idari düzenlemelerin boyutu ve kapsamının, belki de en katı devletçileri dahi kısıktırarak boyuta ulaştığı söylenebilir. Bunun gerekçesi ile ilgili yapılabilecek bir gözlem de, Amerikan toplumunda kamu teşebbüsü geleneğinin olmaması sonucunda, kamu teşebbüsünün sağladığı kimi faydaların tarihsel olarak idari düzenleme yoluyla elde edilmeye çalışılmasıdır. Diğer bir deyişle, devletin ekonomiye müdahale açısından elinde kamu teşebbüsü ve mülkiyetinin çok sınırlı istisnalar dışında bir araç olarak bulunmadığı bir ortamda, bu aracın işlevleri de idari düzenleme faaliyeti ile yerine getirilmeye çalışılmıştır denilebilir. Belirtmek gerekir ki, ABD’de kuvvetlerin ayrılığı prensiplerinin anlaşılma tarzı²¹⁷, yürütmenin özel yapısı ve ekonomik faaliyet özgürlüğünün kutsallığı gibi nedenlerle, bu ülkedeki idari düzenleme kavramı, aynı zamanda devletin ekonomiye müdahalesinin toplam çerçevesini çizmektedir. Buna karşılık, menfaat sahiplerinin her konuyu mahkemeye götürme alışkanlıkları ve mahkemelerin genelde devlet yerine birey lehine yorum yapma alışkanlıkları, yapılan düzenlemelerin son derece teknik ve detaylı olmasının yolunu açmıştır.

2. AB

²¹⁵ Bunun ilginç bir örneği, 1964 yılında zencilerin konaklama tesislerine alınmamasını cezalandıran kanun hükmüdür. Bu hüküm, federal devletin eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisine dayanılarak çıkartılmış ve Ameriken Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) tarafından Anayasaya uygun bulunmuştur. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, s. 188.

²¹⁶ Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 90.

²¹⁷ Richard J. Pierce Jr. vd. , *Administrative Law and Process*, Foundation Press, New York NY, 1999, s. 36 vd.

Son on yılda AT organlarının diğer bir çok sektörde Ortak Pazar hedefini büyük ölçüde gerçekleştirmiş olarak, ilgisini çoğu aynı zamanda doğal tekel ya da kamu hizmeti sayılabilecek sektörlere odakladığı söylenebilir. Bu sektörlerin serbestleştirilmesi ve rekabete açılmasına yönelik çıkan düzenlemeler bu alanda önemli mesafe kat edilmesini sağlamıştır²¹⁸.

AB perspektifinde önceliğin, aslında kural olarak Üye Devletlerin yetkisinde olan kamu hizmetlerin düzenlemesi konusundan ziyade, Ortak Pazarın gerçekleşmesi olması, kavramsal olarak kamu hizmetinin de rekabet düzenlemelerine ilişkin kurallar arasında düzenlenmiş olması karşısında, tartışmanın büyük ölçüde rekabet hukuku çerçevesinde piyasaların serbestleştirilmesi ve rekabete açılması ekseninde odaklanmasını beraberinde getirmiştir²¹⁹.

Bunun birinci sonucu, kamu hizmeti düzenlemelerinin rekabet ve diğer serbest dolaşım gibi diğer Ortak Pazar ilke ve kurallarına istisna niteliği taşıması, adeta bir “anlaşma mühendisliği” harikası olarak, farklı ve özel düzenlemeler, tekel ya da münhasır haklar, ayrıcalıklar olması gerektiğini iddia eden “kamu hizmeti” yanlı argümanları ileri süren tarafların sürekli bir ispat külfeti altında kalmasına yol açmıştır. Buna önemli bir örnek olarak Corbeau kararı gösterilebilir²²⁰. Posta tekelinin tartışma konusu olduğu bu olayda, ATAD’ın verdiği karar esas itibarıyla, rekabete açılabilir (yani başka işletmecilerin de faaliyet gösterebilecekleri/göstermeye istekli oldukları) faaliyet alanlarında tekel hakkının AT Anlaşmasının sistemi ve amaçları bakımından kabul edilebilmesi için, bu alanların karlı olmayan diğer alanlardaki faaliyetleri finanse etmek amacıyla bir mali denge kurabildiğinin, yani bu “karlı” alanlarda tekel hakkının devam edebilmesinin, diğer, “karlı” olmayan

²¹⁸ Bu gelişmelerin bir özeti için bkz. Richard Whish, *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, London, 2001, s. 868 vd.

²¹⁹ Vrije Universiteit Brussels LLM Programındaki Rekabet Hukuku derslerini veren ve Komisyonda Rekabetten sorumlu Direktörlükte görev alan hocam Jonathan Faull’un deyimi ile Komisyon AT Anlaşmasında yer alan rekabet kurallarını Ortak Pazarın gerçekleşmesi için bir “konserve açacağı” olarak kullanmış ve kullanmaktadır.

²²⁰ Richard Whish, *Competition Law*, s. 872 ve Vito Aurichhio, “Services of General Economic Interest and the Application of EC Competition Law”, s. 78.

alanlarda mali denge içinde faaliyeti sürdürebilmek için gerekli olduğunun ispatlanması gerektiğini hüküm altına almıştır²²¹.

Benzer bir rekabete açma yaklaşımı da, bir hizmetin rekabete açılabilmesi için “zorunlu tesisi” elinde tutan işletmecinin, bu tesise erişim hakkı vermemesinin hakim durumun kötüye kullanılması sayılması yönündeki “zorunlu tesis” doktrinidir. Bir ticari mal (kimyasal madde) ile ilgili olarak ATAD’ın 1974’te verdiği bir karara²²² dayanan bu doktrin Komisyon tarafından, şebeke altyapılarına rakiplerin erişim hakkını sağlamak suretiyle şebeke endüstrilerinin rekabete açılması için kullanılma eğilimindedir²²³.

Ancak, yukarıda belirtilen rekabete açma girişimleri sırasında, kamu hizmetlerinin esasına yönelik düzenlemelerin de birbiri ardına Topluluk düzeyinde yapılması suretiyle rekabete açma süreciyle, kamu yararına yönelik tedbirlerin alınması sürecinin paralel yürütüldüğünün de vurgulanması yerinde olacaktır. Bu anlamda elektrik, telekomünikasyon, gaz gibi sektörlerde hem genel hem de faaliyetin belli unsur ve yönlerini düzenleyen yönergelerin çıkartılmış olduğunun altının çizilmesi gerekir²²⁴.

²²¹ Aynı.

²²² Anılan kararın bir tartışması Richard Whish, *Competition Law*, s. 611’de yer almaktadır.

²²³ Richard Whish, *Competition Law*, s. 615.

²²⁴ Richard Whish, *Competition Law*, s. 868.

IV. EKONOMİK NİTELİKLİ KAMU HİZMETLERİNİN İDARİ DÜZENLEMESİNİN NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ

A. Kamu Hizmetine Hakim Olan İlkeler

Kamu hizmetleri bakımından süreklilik (kronolojik olduğu kadar içerik ve yoğunluk açısından da)²²⁵ ve meccanilik ilkelerinin anlamlarının aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

1. Süreklilik, Değişkenlik ve Uyarlanabilirlik

Kamu hizmetlerini kabaca toplumsal ihtiyaçların karşılanması olarak tanımladığımızda, bu ihtiyaçların geçici olmadığı gerçeğini de dikkate almak gereklidir. Bu nedenle de hizmetler sürekli²²⁶. Ancak kamu hizmetlerinin sürekli olması özellikle toplumsal ihtiyaçların giderilmesi zorunluluğunu her an gerektiren sağlık, elektrik, su ve ulaşım gibi hizmetler de çok daha büyük önemi haizdir. Buna karşın bazı hizmetlerde sürekliliğin mutlaka her zaman devam etmediği görülmekte, aksine ihtiyaçların belli zamanlarda ve dönemlerde karşılandığı durumlar da mevcut bulunmaktadır²²⁷. Genellikle “süreklilik” kavramının zaman bakımından devamlılık olarak algılandığını ancak asıl önemli olanın “ içerik ve yoğunluk” yani aynı düzeyde devamı sağlayacak nitelikte olma biçiminde algılanması gerektiği vurgulanarak,²²⁸ istikrar olarak nitelendirilecek bu hususun beraberinde değişkenlik ve uyarlanmayı²²⁹ da beraberinde getirdiği belirtmektedir. İdare toplumsal ihtiyaçların giderilmesine yönelik faaliyetlerde bulunurken günün teknik imkanlarından faydalanmaktadır. Ancak çağımızda teknik ve teknolojinin çok büyük bir hızla değiştiği dikkate alındığı

²²⁵ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 238

²²⁶ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 64.

²²⁷ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 65: Yayla, burada dikkat edilmesi gereken hususun süreklilik arz etmeyen gibi görünen ihtiyaçların giderilmesine yönelik olan faaliyetin değil kişilere sunulan edimler olduğunu vurgulamaktadır.

²²⁸ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 237.

²²⁹ Aynı s. 238.

zaman idare de mecburen söz konusu gelişmeleri takip etmekte ve bu gelişmelere paralel olarak faaliyetlerinde başvurduğu teknikleri değiştirme zorunluluğu içine girmektedir. Buna göre değişkenlik ve uyarlanma kavramlarını “çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması” olarak tanımlamak mümkündür²³⁰. Ancak, değişkenliğin ve uyarlanmanın sınırı ve hızının idarenin içinde bulunduğu devletin ekonomik, bilimsel ve sosyal düzeyine göre belirlenebileceği belirtilmekte ancak en azından idarenin ortalama ölçülere göre ayak uydurmak zorunluluğu içinde bulunmasına rağmen “ortalama ölçünün” ne olduğunun açıkça belirlenemediğinin de altı çizilmektedir²³¹. Ancak bu kavramların, hizmetin içerik ve şartlarının düzenlemesinin görünümüleri olduğu kanımızca açıktır.

2. Meccanilik

İdarenin kamu hizmetlerini yürütmeye yönelik faaliyetlerinde amaç kamu yararı güdülmesi ve bu nedenle de söz konusu hizmetler karşılığında para alınmamasıdır. Meccanilik sözlük anlamı itibarı ile “bedava”, “parasız” demektir. Ya da bazı yazarların bahsettiği biçimi ile “bedelsiz”dir²³².

Buna karşılık birçok kamu hizmetinden karşılık alınmaktadır. Bunun kamu hizmetlerinin genelliği ilkesine aykırı olup olmadığı bir an için akla gelebilir. Bu sorunun yanıtını vermeye çalışan yazarların konuya yaklaşımları genel olarak söz konusu karşılığın bir bedel olmadığı çünkü, “özel kişilerin faaliyetlerindeki gibi, fiyat ya da ücret hesaplama değil, ilgili kişilerin veya kitlenin ödeme gücünü de dikkate alan bir katılma payı elde etme amacına dayandığı”²³³, veya “bunların hizmetten faydalananlardan doğrudan doğruya alınan birer vergiden başka bir şey olmadığı”²³⁴ belirtilmektedir. Ayrıca, bunun vergi olarak düşünüldüğünde bu konu ile ilgili

²³⁰ Aynı s. 239.

²³¹ YıldızhanYayla, *İdare Hukuku*, s. 66-67.

²³² Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* s. 67.

²³³ Aynı.

²³⁴ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 18.

Anayasa maddesinde zikredilen “ herkesin vergi ödemekle yükümlü” olduğu ancak bunun “mali gücüne göre” olması hususu dikkate alındığında kamu giderlerinin eşit bir biçimde karşılanması dolayısıyla hizmetin maliyetinin bölünmesi değil, buna ekonomik güç oranında bir “katılım” ilkesinin temel alındığı iddia edilmekte, bunun kamu hizmetlerinden yararlanmaya uygulanması halinde zaman veya doğrudan vergilerle zaten bu katılım gerçekleştiği için hiçbir parasal karşılığının söz konusu olmayacağı ya da bunun için ödenen en az gelir düzeyindeki kimselerin bile kolaylıkla verebilecekleri bir miktarı aşmayacağı doktrinde genel kabul görmektedir²³⁵.

3. Yararlanmada Eşitlik

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik, kişiler arasında hiçbir ayırım yapmadan tüm kamu hizmetlerinden herkesin yararlanması demektir. Bir başka deyişle, kamu hizmetleri belli kişi veya kişilere çıkar sağlamak amacıyla kurulup işletilemeyeceği ve bu konuda genellik ve tarafsızlığın olması gerektiğidir²³⁶. Kanımızca bu ilkenin aynı zamanda ihtiyaç sahibi kesimlerin de hizmetten yararlanabilmesine yönelik özel bazı tedbirlerin alınmasını kapsayacak şekilde geniş düşünülmesi gerekmektedir.

B. İdari Düzenleme Konuları ile Kamu Hizmetine Hakim olan İlkeler Arasındaki Paralellikler

İdari düzenleme teorisinin ana konuları ile yukarıda değindiğimiz klasik modeldeki kamu hizmetine hakim olan ilkeleri yan yana koyup karşılaştırdığımız zaman çok ciddi paralellikler olduğunu görmek mümkündür. Bu hiç de şaşırtıcı değildir, zira konular, hedefler ve sorunlar neredeyse birbirinin aynıdır. Buna karşılık, idari düzenleme modeline geçiş çoğunlukla özelleştirmeye hazırlık sürecinde yaşanmaktadır. Kuşkusuz bunda piyasa ekonomisinin kazandığı ağırlığın ve bu modeli öne süren uluslararası kuruluşların etkisi büyüktür. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi, biz idari düzenleme kavramı ve modelinin dar anlamdaki özelleştirme kavramından (yani kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin özel

²³⁵ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 241.

²³⁶ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 66.

teşebbüse devrinden) bağımsız olarak da düşünülmesi gerektiği, zira bu modelin rekabet avantajlarının yanı sıra, özellikle saydamlık ve hesap sorulabilirlik açısından da mevcut yapıya önemli katkıları olabileceği düşüncesindeyiz.

İdari düzenleme ile kamu hizmeti kavramına hakim olan ilke ve konuların arz ettiği paralelliğin görünüşte olduğu ve bir çok bakımından önerilen çözümlerin birbirine zıt olduğu söylenebilir. Bu düşüncede belli bir ölçüde haklılık payı olmakla birlikte, bu farklılıkların fazla abartılmaması gerektiği kanısındayız. Zira hem kamu hizmetin kavramında hem de idari düzenleme modelinde temel hedefin kamu yararı olduğu dikkate alındığında, farkın yöntem farkı olduğu söylenebilir. Bu yöntem farklılığı da hem ekonomik nitelikli kamu hizmeti teşkil eden faaliyetlerin özel teşebbüse ve rekabete açılması düzeyinde açıklanmaktadır.

Bu yaklaşımla, meccanilik ilkesinin fiyat regülasyonuna, süreklilik/uyarlanabilirlik ilkesinin teknik/hizmet kalitesi regülasyonuna, yararlanmada eşitlik ilkesinin de sosyal regülasyonlara ana hatları ile büyük paralellikler içerdiğini gözlemlemek zor olmayacaktır. Yine kamu hizmetleri teorisinin bir başlığı olan kamu hizmeti görülüş usulleri de, piyasaya giriş ve çıkışın düzenlenmesi başlığı ile konu itibarıyla paralellik arz etmektedir. Hemen not edelim ki, bu ilkelerin de kendi içlerinde birbirinden soyut ve her şart altında bağımsız olarak kendilerini gösterdiklerini iddia etmek yanlış olur. Aksine, kimi ilkelerin birbiri ile belli ölçülerde çelişmesi de mümkündür. Örneğin, fiyat ve kaliteye yönelik ilkelerin uygulamasında, her iki amacın da mutlak olarak gerçekleşmesini sağlamak (yani olabilecek azami kalitede hizmeti bedava ya da çok düşük fiyatla sunmak) çoğu zaman eldeki kaynaklarla mümkün olmayabileceği için, bunların arasında, kamu yararı ve sosyal adalet ilkelerine uygun bir optimum dengenin kurulmaya çalışılması zarureti vardır. Ancak bu optimum denge arayışının ilkelerin ve hedeflerin kolayca feda edilebilmesi şeklinde anlamak da kanımızca büyük bir yanlış olur.

C. Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin İdari Düzenlemesindeki Temel Noktalara İlkeler Çerçevesinde Genel Bakış

Bütün bu ilke ve konu başlıklarının içeriklerinin sürekli bir gelişme ve devinim içinde olması bir yana, ülkemiz örneğinde kimi düzenlemelerin daha yeni yeni uygulamaya geçirilmekte olduklarının altını çizmek gerekir. Bu nedenle konular

daha ziyade ana başlıkları ile ele alınmaya çalışılmış ve kimi özel sorunların hem ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramını hem de idari düzenleme kavramını gerekli kılan yönleri belirlenmeye çalışılmıştır²³⁷. Bu anlamda aynı zamanda her sektörün özel niteliklerinin getirdiği farklılıklar ve bunun yarattığı sektörleşme eğilimi²³⁸, ister istemez ilkeler temelinde aşırı genellemelerden de kaçınmayı gerektirmektedir.

1. Piyasaya Girişin Düzenlenmesi

Ekonomik nitelikli kamu hizmeti teşkil eden faaliyet alanlarında faaliyete başlanabilmesi idarenin verdiği tek taraflı bir işlem niteliğinde bir ruhsat ile olmaktadır. Bu izin şartının gerekçeleri çoğu zaman ilgilinin hizmeti gerektiği şekilde verebileceğinin teyidi amacına yönelik olup, 4502 sayılı kanunun telekomünikasyon bakımından getirdiği gibi, kimi rekabete tam açık faaliyet bölümleri için, her isteklinin belli şartlarla anılan hizmeti sunabilmesini öngören ve “genel izin” sistemi denilen genel düzenleyici işlemlerle serbest giriş rejimi de öngörülebilmektedir. Bankacılık/mali piyasalar ve radyo televizyon hizmetleri gibi alanlarda isteklinin geçmiş deneyimi önem taşıırken, sağlık hizmetlerinde mesleki ve teknik altyapının yeterliliği ön plana çıkmaktadır.

Buna karşılık kimi durumlarda ise, hizmetin teknik özellikleri ya da aşırı kapasite nedeniyle şartları taşıyan isteklilerin hepsine ruhsat verilmeyerek sayının sınırlandırılması da söz konusu olabilir. Örneğin, GSM mobil telekomünikasyon hizmetlerinde işletmeci sayısı hem frekans sorunları hem de sabit yatırım miktarının tam serbestiye imkan vermemesi nedeniyle, fiilen dört ile sınırlandırılmıştır ki, bu sayının dahi mevcut talebe göre fazla olduğu ileri sürülmektedir. Aynı şekilde, elektrik üretim lisansı taleplerinin bölgesel kapasite ihtiyacının üzerinde olması durumunda da üretim lisansı talepleri şartların yerine getirilmesine rağmen verilmeyebilmektedir. Bankacılık alanında ise, bir ara yeni bankacılık ruhsatı verilmemesi uygulaması 1994 mali krizinden sonra uygulanmışken, bugün ise bankaların mali yapılarının

²³⁷ Bu bölümdeki ana başlıklar için genel olarak *The Privatization Challenge*, Yay. Haz. Pierre Guislain; *Implementing Reforms in the Telecommunications Sector*, Yay. Haz. Bjorn Wellenius ve Peter A. Stern, isimli yayınlardaki tartışmalar ve başlıklardan yararlanılmıştır.

²³⁸ Ali Ulusoy, “Kamu hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, in İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 286 vd., özellikle s. 303

güçlendirilmesi çabaları çerçevesinde mevcut banka sayısının birleşme ve devralmalar yolu ile azaltılması teşvik edilmektedir.

Tütün ve şeker üretim yetkilerinin de, piyasada oluşabilecek arz fazlasını engellemek ve piyasayı mali açıdan dengelemek amaçlı tedbirler olarak görülmesi kanımızca doğru olur.

Piyasa giriş konusunun izin yönü dışında, özellikle şebeke endüstrileri bakımından en önemli konu fiili olarak rekabet edebilir şartlarla şebekeye erişimin sağlanmasıdır. Bu anlamda şebekenin işletmecisinin erişim hakkını tanıması karşılığında, şebekenin yatırım ve işletme maliyetlerini karşılayacak makul bir ücret alması ancak bu ücretin yüksek tutularak şebekeye girişin ve dolayısıyla rekabet edebilmenin önünün kapatılmamasıdır. Bu ücretler hemen her şart altında idari düzenleme ve müdahale konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, bu tür sektörlerde şebeke işletmecisi hemen her zaman aksini gerektiren objektif teknik sınırlamalar dışında diğer işletmecilere şebekeye bağlantı imkanı sağlamakla yükümlü kılınmaktadır.

Yine piyasaya fiili girişin serbestleştirilmesi bakımından ve yukarıdaki ara bağlantının sağlanmasının bir sonucu olarak, özellikle ilk aşamalarda belli kapasitenin üzerindeki kullanıcılara, bunları serbest tüketici olarak nitelenmek suretiyle diledikleri hizmet sağlayıcısından hizmet alma imkanı sağlanmakta ve söz konusu ikili anlaşmalar sistemi, piyasaya girişi mümkün kılan bir tedbir olarak göze çarpmaktadır. Buna karşılık, herkese hizmet sunma yükümü açısından önem taşıyan küçük kullanıcılar için ise, tekel rejimi fiyat ve kalite unsurunun doğrudan idari düzenleme konusu olması kaydıyla devam etmektedir. Şebeke işletmecisinin arabağlantı sağlama yükümlülüğü öngörülürken, bu arabağlantının bedeli, arabağlantı yükümlüsüne aynı zamanda yüklenilmiş olabilecek, serbest olmayan tüketiciye hizmet götürmenin ilave maliyetlerini de karşılayacak şekilde belirlenmektedir.

2. Teknik Düzenlemeler (Hizmet Kalitesi)

Bu başlık altında, hizmetin kalitesine yönelik her türlü tedbir değerlendirilebileceği gibi, özellikle fiyat ve piyasaya giriş ile ilgili konuların da dolaylı olarak bu unsur ile bağlantılı olduğu söylemek sanırız yanlış olmaz.

Ancak özellikle ülkemizdeki durum açısından bu unsurun kanımızca en büyük önemi, teknik hizmet standartlarının belirlenerek bunlara uymamanın yaptırıma bağlanmasıdır. Bunun kanımızca amaca en uygun örneği, açıkça ölçülebilen belli hizmet ya da kalite aksamaları ya da kesintileri halinde kullanıcıların bir sonraki faturalarından belli bir miktarda zorunlu indirim yapılması şeklinde dünyada gelişmekte olan uygulamalardır. Zira bu uygulamalar hem yaptırım hem de tazminat unsurlarını içermektedir.

Doğrudan hizmet kalitesinin yanında, hizmet kalitesine dolaylı olarak etkili olabilecek konuların da düzenleme konusu yapılması mümkündür. Özellikle işletmenin teknik işletme ve bakım şartları gibi unsurlar, kapasite fazlasının sağlayacağı rekabet ortamında sağlanamadıkları ölçüde idari müdahale konusu olmaktadır. Özellikle sağlık gibi, fiyat unsurunun tarafları yanlış yönlendirebileceği alanlarda hizmetin teknik gereklerinin çok detaylı ve kapsamlı belirlenmesi önem taşımaktadır. Klasik bir örnekle, sağlık hizmetlerinin hastanın doğrudan kendisi tarafından finanse edildiği bir durumda ucuz ama etkisi daha az olan bir ilaç/tedavi tercih edilebilecekken, bu giderlerin sigorta sistemi tarafından finanse edildiği durumlarda da, gereğinden fazla ilaç kullanımı gibi, bugün sosyal sigorta sistemi üzerinden sağlanan sağlık hizmetlerinin önemli sorunlarından birini oluşturan bir durum ortaya çıkabilmektedir.

Yine hizmet kalitesini etkileyen unsurların da maliyetlere yansıtılması gerekmektedir. Örneğin, elektrik sektöründe frekans kontrolü gibi üretim tesisleri ile verilebilecek yan hizmetler bakımından, bu yan hizmetler için özel işletmeciler belirlenmesi ve bedeli karşılığında bu hizmeti sağlamaları, eskiden TEAS'ın uygulamasını yaptığı, her santralin yan hizmet verebilecek şekilde kurulması uygulamasına göre daha optimal bir maliyet fayda dengesi getirmektedir.

Buna karşılık teknik idari düzenlemeleri daha ziyade risk yönetimi kavramına dayanan mali sektörlerde ise, karşılık ayırma ve sermaye yeterliliğine ilişkin kurallar, işlemler ve mali durum hakkında bilgilerin kamuoyuna açıklanması ile birlikte teknik yönden hizmet kalitesine ilişkin idari düzenlemenin belkemiğini oluşturmaktadır.

Düzenlilik ve süreklilik ilkesinin en çok üzerinde durulan kesintisizlik unsuru da idari düzenlemenin konularından birini teşkil etmektedir. Burada düzenleme alanı

sadece faaliyeti yürütenlere bu tür konularda objektif ve makul yükümlölükler yüklemeyi değil, aynı zamanda kesinti olasılıklarını önceden öngören ve tedbirlerini alan bir planlama ve programlama fonksiyonunu da içermektedir. Özellikle, elektrik gibi stoklanamayan mallar bakımından belli bir kapasite fazlasının maliyeti fiyatlara yansıtılmak kaydıyla sağlanması, özellikle işletmeci kusuru dışında karşılaşılabilecek aksama ve kesintiler bakımından önemli bir tedbirdir.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından belli şartlar altında faaliyete son verilebilmesi için de özel bir düzenleme yapılarak hizmetin devamlılığını sağlayacak tedbirlerin alınması sağlanmaktadır. Örneğin, elektrik lisanslarında Kuruldan izin alınmaksızın faaliyetlerin durdurulamayacağı ya da faaliyetlere son verilemeyeceğinin belirtilmesi öngörülmektedir. Ancak bu durumlarda dahi, üretim tesisleri bakımından tesisi devralmamak idare açısından daha tercih edilebilir durum olmakta ve kalan kapasitenin yeterli olması halinde, bu açıdan bir sorun doğmamaktadır. Buna karşılık dağıtım şebekelerinin ise, sahiplerinin lisanslarının sona ermesi ya da iptali halinde hemen her zaman devralınmaları gerekecektir. Benzer bir durum, kamu malı üzerinde inşa edilen çoğu taşınmaz için de söz konusu olabilmektedir. Bunun dışındaki hallerde ise, bir çevre hukuku kavramı olan, tesisin ekonomik ömrünün sonunda tesisi sökme ve çevreyi bulduğu gibi bırakma ilkesi uygulama alanı bulabilecektir.

3. Ekonomik Düzenlemeler

Üretilen mal ve hizmetin birim maliyetlerinin kullanımla birebir bağlantılı olduğu ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından maliyet bazlı fiyatlama temel bir yaklaşımdır. Buna karşılık böyle bir ilişkinin bulunmadığı daha klasik nitelikli kamu hizmetlerine meccanilik ilkesinin uygulanmasının alanı daha fazla olabilir. İlkinde alınan bedelin fiyat olarak nitelenmesi doğru olabileceken, ikincisinde alınan bedelin vergi ya da harç olarak nitelenmesi gerekecektir. Bu anlamda, söz konusu ilkelerin uygulanması klasik kamu hizmetleri ile ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından farklı olabilecektir.

Fiyat regölasyonunun ve maliyet bazlı fiyatlama yönteminin temel gerekçesi tekel karı elde edilmesini engellemektir. Buna karşılık, işletmecilerin, kanımızca gerek kamu gerek özel teşebbüs olsun, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri

bakımından maliyetlerini karşılayacak bir gelir elde edebilmesi, hizmetin optimum kaynak verimliliği ile sürdürülebilirliğinin temel ve en pratik güvencesidir.

Buna karşılık, maliyetlerin/fiyatların toplumun belli kesimlerinin hizmetlerden fiilen yararlanmasının engellediği durumlarda, söz konusu kesimlere özel çözümler üretmek, bu gerekçe ile ödeme gücü olanlara da maliyetinin altında hizmet sunmak alternatifine nazaran daha tercih edilir bir çözüm olmalıdır. Aynı şekilde, saydam sosyal politikalar nedeniyle, örneğin belli bir bölgede oturan kişilere daha ucuz hizmet götürülmesi tercihi de, soruna özel çözüm mantığı içinde yapılabilir. Bu tür durumlarda, normalde yasak olması gereken çapraz sübvansiyon (yani bir hizmetin maliyetinin başka bir hizmetin maliyetine eklenmesi) yine saydam bir uygulama ile kullanılabilir.

Fiyat düzenlemeleri doğal tekel sektörlerinde esas olarak maliyet artı kar ya da tavan fiyat uygulamaları ile belirlenmektedir. Yatırım ihtiyaçlarının öncelikli olduğu ülkelerde ilk yöntemin kullanılabilmesine karşılık, özellikle özelleştirme sonrasında maliyetlerin aşağı çekilmesi için tavan fiyat yöntemi tercih edilerek, enflasyon endeksinin altında bir artış oranı getirilmek suretiyle, verimlilik artışı teşvik edilmektedir.

Maliyet temelli fiyatlandırma kanımızca aynı zamanda önemli bir denetim mekanizması da oluşturmaktadır. Bu tür bir temellendirme olmadan yapılan fiyat artışları, ne idare ne de yargı makamları tarafından denetlenemediği için, günümüzde kamu iktisadi teşebbüslerinin ücretleri gelişigüzel arttırılabilmektedir. Bilebildiğimiz kadarı ile bu tür girişimlere karşı tek iptal kararı bir Kamu İktisadi Kuruluşunun birim fiyatlarını dövizle endekslemesi gibi çok uç bir örnek sonucunda gelmiştir. Buna karşılık, biraz da kolayca alevlenen duygularımız neticesinde telefon faturalarındaki sabit ücret uygulamasının iptali yönündeki girişimler ise, kanımızca sorunun yanlış yerde arandığını göstermektedir.

Fiyat düzenlemelerinin başarılı olabilmelerinin en önemli unsuru ise hesapların ayrıştırılması ve bunun sağlayacağı saydamlıktır. Hesapların her bir hizmetin gerçek maliyetini yansıtması, çapraz sübvansiyon gibi ancak çok etkili ve çok yerinde kullanıldığı takdirde yarar getirebilecek uygulamaların da gereği gibi yapılabilmesini sağlamaktadır. Aynı şekilde, maliyetlerin ayrıştırılması, hizmet

kalitesinden, yapılacak yeni yatırımlara ve araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ayrılacak kaynağa kadar gerçekçi bir planlama rejimine imkan verebilmektedir.

4. Sosyal Düzenlemeler

Sosyal düzenlemeler içinde sayılabilecek eşit konumdaki kişilere eşit muamele yapmak, ayrımcılık yapmamak ve adil davranmak gibi temel ilkeler, hemen hiç istisnasız her hizmet ve her idari düzenleme faaliyeti bakımından uygulanabilecek niteliktedir. Ancak bu temel ilkenin pratik görünümünün özellikle dikkate alınması gereklidir. Bu anlamda, ödeme gücü düşük olan kesimler ya da özürllüler gibi ihtiyaç sahibi kesimlere, özel uygulamaların yapılması ve bu öze uygulamaların maliyetlerinin toplam maliyete yansıtılarak tüm kullanıcılar tarafından finanse edilmesi, sosyal adalet ilkelerine de uygun bir çözüm olarak görünmektedir. Bu bakımdan önemli olan bu maliyetlerin doğru hesaplanabilmesini mümkün kılacak saydam ve gerçekçi bir hesap uygulamasının yerleştirilebilmesi olduğunu söylemek mümkündür.

V. SONUÇ

“Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi” konusu bir temel gözlemden hareketle seçilmiştir. Bu gözlem, geçtiğimiz on yılda kamu hizmeti kavramının, devletin ekonomik faaliyetlere müdahalesi ve rolü konusunda farklı görüşlerin çatışmasının merkezi haline gelmiş olmasıdır. Özellikle, elektrik ve telekomünikasyon gibi altyapı sektörlerinin özel teşebbüse açılması ve bu alanlardaki kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesi girişimleri etrafında, bir taraftan klasik kamu hizmeti yapılanması ve görülüş usullerinin eksiklikleri, yetersizlikleri ve uygulama sorunları, diğer tarafta ise, kuralsız serbestleştirmenin özellikle bu alanlarda kamu yararına ciddi aykırılıklar içermesi riski, zaten süreklilik ilkesi, yani hizmetin kalitesi ve niceliği bakımından ciddi sorunlar içeren bu alanlarda durumu daha da karmaşık hale getirmiştir. Ancak 2000 yılı sonundan itibaren daha genel ölçekte yaşanan ekonomik kriz(ler) ve hatta devam eden kriz ortamı, bu tartışmayı belli bir ölçüde bastırmıştır. Buna karşılık, krizin olumsuz sonuçlarının hafifletilmesi için kaynak sağlama çabaları çerçevesinde, kamu maliyesi açısından ciddi sorunlar içeren sektörlerin yeniden yapılandırma çalışmalarının, özellikle Uluslararası Para Fonu ile Niyet Mektupları çerçevesinde varılan mutabakatlar doğrultusunda yeni bir yön ve ivme kazandığı görülmüştür.

Gelinen noktada, artık tartışmanın devletin kamu yararını sağlamak amacıyla ekonomiye müdahalesinin, diğer bir deyişle ekonomi düzenlemelerinin, teknik ve hukuki altyapısı üzerinde odaklanması gerekmektedir. 2000 yılı sonundan itibaren ardı ardına çıkan kanunlar ile elektrik, doğal gaz, bankacılık ve tarım gibi alanlara ilişkin uluslararası örnek ve modelleri takip eden kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin doğru bir çerçeveye oturtulabilmesi için ise, bu düzenlemelerin öngördüğü devlet müdahalesinin genel hukuki çerçevesinin çizilmesi ihtiyacı olduğu düşünülmektedir.

Söz konusu genel çerçeve çizilirken özellikle vurgulanması gerektiğini düşündüğümüz bir nokta, artan ihtiyaçlar, büyük bir hızla gerçekleşen bilimsel ve teknik gelişmeler ile karmaşılaşan toplumsal ve ekonomik ilişkiler neticesinde hukuki düzenlemelerin de bu gelişmelere ayak uydurabilecek bir yapıya sahip olması gereğidir. Daha somut bir ifade ile pragmatik, kapsayıcı ve esnek bir üst yapıya, buna

karşılık, çok yönlü, kapsamlı, somut, saydam bir altyapı düzenlemesine ihtiyaç duyulmaktadır. Böyle bir model için ise, bazı hizmetlerin klasik kamu hizmetleri görülüş modelleri çerçevesinde idare tarafından ya da onun yakın gözetim ve denetimi altında yerine getirildiği kamu hizmetleri ile özel teşebbüsün sadece kolluk yönünden denetlenen faaliyetleri şeklinde bir ayırımın yerine, daha kapsamlı ve sonuca odaklı idari düzenleme yaklaşımının gerekli olduğu düşünülmektedir.

Bu noktadan hareket edildiğinde, söz konusu üst yapı modelinin oluşturulması için “kamu hizmeti” kavramının yakın zamana kadar yapıldığı şekliyle daraltılması değil, aksine genişletilmesi; buna karşılık, faaliyetin görülüşünün ekonomik esaslar (özel hukuk) çerçevesine taşınarak, idarenin kamu yararı amaçlı yakın düzenleme ve denetim yönüne odaklaşmasını mümkün kılacak şekilde bir idari düzenleme teorisinin oluşturulması gerektiğine inanılmaktadır. Diğer bir deyişle, işlevlerin ayrıştırılması diyebileceğimiz bu model çerçevesinde, siyasi sorumluluğa sahip olan organ genel hedef ve politikaları belirleyerek idareyi yönlendirmekte, idare bu hedef ve politikaların gerçekleştirilmesi için teknik ve idari düzenleme ve denetimi gerçekleştirmekte, ancak faaliyetin kendisi ticari ve ekonomik esaslar çerçevesinde yürütülmektedir. Aslında bu yaklaşım sadece faaliyetlerin değişik amaçları hedefleyen yönlerinin, bu hedeflere en uygun yöntemlerle yürütülmesini öngörmekten başka bir şey değildir. Özellikle belirtmek isteriz ki, bu ayırımın gerçekleşmesi sağlandıktan sonra, ekonomik faaliyetin özel teşebbüs ya da bizzat kamu sektörü ya da kamunun mülkiyetindeki kuruluşlar tarafından yürütülmesi, ne azından hukuki açıdan bir önem arz etmemektedir.

Kamu hizmetlerinin konularına göre bazı ayırımlara tabi tutulması yeni değildir. Ancak bilebildiğimiz kadarı ile bu ayırımlara olgusal olarak değinilmiş, herhangi bir hukuki sonuç izafe edilmemiştir. Yukarıdaki gözlem ve değerlendirmeler ışığında önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri kavramı ile, bu faaliyetlerin tabi olacağı hukuki rejim bakımından belirli ve ayrık bir hukuki sonuçlar silsilesi önerilmektedir.

Önerdiğimiz kavramın bir hukuki sonucu olarak, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin görülüş usulünün istisnasız bir şekilde özel hukuk rejimi olması

önerilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi yürütülmesi yeni bir olgu değildir, kimi kamu hizmetlerinin bu şekilde yürütüleceği genel kabul görmektedir. Ancak, özel hukuk rejiminin uygulanmasının, özellikle kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından ciddi sınırlamaları bulunmaktadır. Bunun yanında karşılık, kimi kamu hizmetlerinin imtiyaz modeli ile yürütülmesinde de idare hukukuna tabi bir sözleşme söz konusudur. Bu ikili rejim uygulamasının yerine, faaliyetin yürütülmesinin tamamen özel hukuk rejimine tabi tutulmasını önermekteyiz. Buna karşılık, ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından idare ile olan “bağlantının” aracı, idari düzenleme modelinin içinde yer alacak genel düzenleyici işlemler ile ruhsat gibi birel işlemler olacaktır. Gerek bu işlemlerin idare hukuk rejimine tabi olması, gerek bu düzenlemeleri ve işlemleri yapacak olan idari teşkilatın genel idare esaslarına göre ve idare hukukuna tabi olarak çalışması da doğal bir sonuç olacaktır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin kamu hukukuna tabi olmasının bir gerekçesi, kendilerine kamusal bazı yetkiler verilmesi, kamu gücünü kullanabilmeleri ya da bazı kamusal mallardan yararlanmaları olarak gösterilmektedir. Kanımızca bu gerekçe doğru değildir. Zira özel hukuk hükümlerine göre faaliyet yürüten kuruluşların bu yetkiye ne şart altında olursa olsun doğrudan sahip olmaları gerekmediği gibi, bu yetkilerin idarenin araya girmesi söz konusu olmadan kullanmaları da kanımızca doğru değildir. Söz konusu ihtiyaçlar, yeri geldikçe özel hukuk işlemleri ile (mobil telekomünikasyon işletmecileri baz istasyonlarını bu şekilde şehrin en yoğun bölgelerinde kurabilmişlerdir), çok sınırlı bazı durumlarda ise, idarenin araya girerek (örneğin faaliyeti yürüten kişi lehine kamulaştırma yaparak ya da kamu mallarından olaya özel yararlanma yetkileri tanıyarak) bu ihtiyaçları sağlaması mümkündür. Öte yandan, zaten faaliyeti yürütenlerin kullanıcılarla ilişkileri, mevcut sistemde dahi özel hukuk ilişkisi olarak nitelenmektedir; burada da ayırmacılık yapmama gibi ilkelerin uygulanması idarenin genel ve/veya birel işlemleri ile şart olarak konulabilmektedir. Bu tür uygulamaların kişilerin haklarını ihlal etmesi halinde de, açılacak idari davaların muhatabı yine idare olmak durumundadır.

Önerdiğimiz kavramın ikinci özelliği ise, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin yoğun idari düzenleme ve denetime tabi olan faaliyetler olarak tanımlanmasıdır. Bu yaklaşım ile öncelikle pragmatik bir pozitif hukuk temeli geliştirilmeye çalışılmaktadır. Pozitif hukuk temelini oluşturmanın bu anlamdaki önemi, kamu hizmeti kanunla kurulur ilkesinin de bir görünümüdür. Kanımızca,

kanunla kurulma ilkesinin teşkilatın oluşturulması, mal, sermaye ve personel tahsis edilmesi olarak sadece organik olarak anlaşılmaması gerekir. Bir konunun, diğer kriterleri de taşımak kaydıyla, yoğun, çok yönlü ve kapsamlı bir idari düzenleme yapısına kavuşturulmasının, ki bu işlem en azından yetki açısından çerçeve olarak bir kanunla yapılmak durumundadır, bir kamu hizmeti kurulması şeklinde anlaşılmaması için bir nedne yoktur. Bu yönün önemi, yargısal denetim bakımından da geçerlidir. Kuşkusuz bu yaklaşım tek başına kanun koyucunun belirli faaliyetleri geçmişte yaptığı gibi kuralı bir şekilde serbestleştirmeye girişmesine karşı tek başına bir çözüm değildir. Ancak, en azından yargı makamları bu tür yerindelik denetimi sınırlarında tehlikeli bir şekilde dolaşan niteleme girişimleri yapmak yerine, düzenleme gerektiren alanlardaki eksiklikleri objektif kriterler çerçevesinde belirleyip karara bağlayarak yargı denetimi fonksiyonunu yerine getirebilirler. Bu anlamda, geçmişte elektrik ve telekomünikasyon ile ilgili kararlarında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarını hizmetin nitelenmesi tartışmaları boyutunda değil de, yasama organının bu konudaki yetkisini kabul ederek, kanunla gerekli idari düzenleme çerçevesinin oluşturulmamış olmasına daha açıkça dayandırmış olmasının amaca çok daha uygun olurdu denilebilir.

Bu konu ile ilgili değerlendirilmesi gereken diğer bir nokta idari düzenleme kavramının ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımından bu şekilde sektörel boyutta tanımlanmasının getirdiği bir imkan ya da sorundur. Belirleyici kriterin yoğun idari düzenleme ve denetime tabi olmak olarak ortaya konması durumunda, kimi klasik anlamı ile niteliği gereği kamu hizmeti sayılmayan faaliyetlerin de ekonomik nitelikli kamu hizmeti kavramının kapsamına girmesi söz konusu olacaktır. Bankacılık, sigortacılık, sermaye piyasaları, radyo ve televizyon gibi kimi faaliyetler ile tütün ve şeker (ülkemizde olmasa da kimi yabancı örneklerde süt) gibi kimi özel nitelikli tarım ve tarımsal sanayi faaliyetlerinin de benzer şekilde sektörel ölçekte yoğun idari düzenlemeye konu olmaktadır. Şüpheli bir yaklaşımla, bu sektörlerin önemli bir kısmının son dönemde kamu açıkları nedeniyle yeniden yapılandırılması önerilen, hatta dayatılan ve daha da ileri gidilerek, bağımsız idari otoriteler eliyle düzenlenmesi sağlanarak siyaset ile bağı kopartılmaya çalışılan sektörlerin önemli bir kısmını içerdigi söylenebilir. Bağımsız idari otoriteler eliyle idari düzenleme yapılmasının kamu yönetimi ve teşkilatlanması açısından değerlendirilmesi saklı kalmak üzere, ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin doğal tekel niteliği taşıyan

sektörlerle sınırlanmasının, önerimizin kalkış noktasını teşkil eden kamu hizmetleri kavramının dinamik ve değişen, gelişen niteliği karşısında tercih edilmediği vurgulanmalıdır. Kanımızca önemli olan, bu sektörlerin de toplum açısından taşıdıkları öneme binaen idari düzenleme konusu yapılmış olmalarıdır.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi konusu bakımından bazı ek saptamaların da bu bölümde vurgulanmasında yarar olacaktır.

Özellikle vurgulanması gereken bir nokta, idari düzenleme kavramının, idarenin bu tür faaliyetler bakımından kolluk denetimini de ihtiva eden ancak konu ve içerik olarak salt kolluk denetiminden daha kapsamlı ve bütüncül olarak dahlinin olduğunu ifade etmek için kullanılmış olmasıdır. Bu “dahlin” aracı olan idari düzenlemeler sonuçta büyük ölçüde bildiğimiz idari işlemlerden oluşmaktadır. Ancak yetki ve görevin kapsamı, faaliyet alanının bütünüdür. Kuşkusuz faaliyetin bazı yönleri, rekabete açılmış ve serbestleştirilmiş olabilir, hatta faaliyetin niteliği, özellikleri ya da serbestleşmeyen kısımların görülüşünün teminat altına alınması için objektif nedenler aksini gerektirmediği takdirde, olmalıdır da. Ancak bu faaliyet yönleri bakımından dahi, rekabetin gereken şekilde oluşmasını sağlayacak ve devam ettirecek tedbirleri almak ve hizmetin gereken kalite ve fiyatla verilmesini denetlemek şeklinde idari düzenleme ve denetimin oluşturulması ihtiyacı görülmektedir. Özellikle şebeke endüstrileri denilen ve yürütülmesi için bir ikincisinin yapılması ekonomik ve rasyonel olmayan şebekelere rakiplerin de çeşitli amaçları gözeterek belirlenecek bir ücret karşılığında erişebilmesi imkanının sağlanması sorunu bu tür rekabete yönelik düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Yine idari düzenlemenin bir faaliyet alanını bütünlüğü içinde ele almasının bir diğer önemi, faaliyetlerin niteliklerine ya da özelliklerine göre özel ya da kısmi düzenlemeler yapılabilmesi imkanındır. Yine şebeke endüstrilerinde altyapının sahibi konumundaki işletmecinin tabi olacağı rekabet sınırlamaları ile kimi durumlarda yeni girişimcilere bazı yükümlülüklerden muafiyet getirilmesi bir örnek olarak verilebilir.

Aynı şekilde, bazı faaliyet alanlarında konu yeterli rekabetin bulunmamasından ziyade, rekabetin düzenlenip denetlenmeden bırakıldığı takdirde amaca uygun sonucu vermemesi ve piyasa aksaklıklarına yol açması olarak

görünebilir. Örneğin, bankacılık faaliyetlerinin düzenlenmesinde tartışma konusu rekabet değil, gerekli sağlıklı mali yapının sağlanması ve korunmasıdır. Bunu piyasa ancak bir noktaya kadar sağlayabilmekte, ancak bu dahi, yakından düzenlenip denetlenmediği takdirde kalıcı olmayabilmektedir. Dolayısıyla, bankacılık faaliyetlerinin idari düzenlemesi, esas itibarıyla rekabetin sağlanmasından ziyade, mali güvenliğin teminat altına alınmasına yöneliktir.

Buna karşılık, bir faaliyet alanının idari düzenleme konusu olması, bu alanda faaliyet gösterenlerin daha genel hedeflere yönelik ve tüm sektörler için geçerli olan kolluk düzenlemelerinden muaf oldukları sonucunu da doğurmamaktadır. Buna göre çevre, tüketicinin korunması ya da rekabet düzenlemeleri bu alanlarda da uygulanmaya devam etmektedir. Sadece, sektöre özel idari düzenlemelerle genel idari düzenlemelerin çeliştiği noktalarda, kural olarak sektörel düzenlemelerin öncelikli olarak uygulama alanına sahip olmasının amaca uygunluğu genel olarak kabul görmektedir.

Ekonomik nitelikli kamu hizmetlerinin idari düzenlemesi başlığı altında değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz en önemli konulardan bir tanesi de kamu hizmetine hakim olan ilkelerin en azından ekonomik nitelikli kamu hizmetleri bakımında somutlaştırılması gereğidir. Aslında bu konu tüm kamu hizmetlerinin geneli için geçerlidir, ancak hem mali anlamda (yapılacak yatırımlar, yararlananlardan talep edilecek ücretler) daha kapsamlı boyutlarının olması hem de sunulan hizmetin nicelik ve nitelik olarak ölçülebilir boyutlarının daha fazla olması, ilkelerin somutlaştırılması ve içeriğinin doldurulması sorununu ekonomik nitelikli kamu hizmetleri ve bunların idari düzenlemesi bakımından daha önemli bir boyuta taşımaktadır.

Klasik anlamıyla kamu hizmetlerinin yetersizliği çok üzerinde durulan bir konudur. Kamu hizmetlerinin kalitesi ve fiyatından ya da bunlarla ilgili sosyal sorunlardan yoğun şikayetlerin olması bir ölçüde doğaldır da. Bunun bir ölçüde ülkemizin ve ekonomimizin gelişmişlik düzeyi ya da hızlı nüfus artışı ile neden-sonuç ilişkisi olsa da, bu şartlar altında olunabilecek yere göre dahi geride kalındığı söylenebilir. Buna karşılık, hiç bir ülkede ya da toplumda, kamu hizmetlerine aktarılabilecek kaynaklar sınırsız değildir. Dolayısıyla, meccanilik ya da süreklilik

gibi genel kamu hizmeti ilkelerinin sadece ideal çözüm bakımından değil, belirli bir zaman ve yerde, belirli şartlar altında en optimum düzeyde nasıl gerçekleştirilebileceğinin, kanunların koyduğu sınırlar çerçevesinde idari düzenlemenin en temel uğraş alanı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu faaliyetlerin teknik ve çetrefilli sorunları dikkate alındığında, idari düzenlemenin hukuksal yapısındaki uzmanlaşma ve sürat unsurlarının da altı çizilmek durumundadır.

Bu uğraş alanı bakımından çıkış noktası ise, somut uygulamaya yönelik standartların ve hedeflerin ortaya konması ve sonrasında bunlara uygunluğun denetlenmesidir. Maalesef, özellikle kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından kamu tüzel kişisi nitelenmesi yapılır ve iç düzenlemelerinde büyük ölçüde kamu hukuku rejimi kuralları geçerli kabul edilirken, son dönemlerde belli ilkelere aykırı tarife düzenlemelerini iptal eden kimi yargı kararlarının getirdiği doğru yönde ama yüzeysel kalan kimi örnekler hariç tutulursa, kullanıcılarla ilişkilerinin ise özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun söylenmesi sorunu çözmekte yetersiz kalmaktadır. Prof. Dr. Sait Güran'ın derslerde söylediği gibi, “kuralsızlık kural olarak güçlünün işine yaramaktadır”.

Bu noktadan hareket edildiğinde, uluslararası örneklerde idari düzenleme faaliyetinin bu sorunlarla yoğun bir şekilde ilgilendiği dikkat çekmektedir. Belirtmek gerekir ki, gelişmiş ülke modellerinin hemen hepsi esas olarak kalite ve fiyat konusunda rekabet düzenini öncelikli araç olarak kabul etmekte, ancak hem rekabetin aksaklıklarını giderme hem de rekabetin gerçekleştirmekte yetersiz kaldığı daha sosyal amaçları gerçekleştirmeye yönelik idari düzenleme rejimini oluşturmaya çalışmaktadır.

Yine gelişmiş ülkelerdeki örneklerden hareket edildiğinde, idari düzenleme faaliyetleri bakımından ekonomik, teknik ve sosyal regülasyon (idari düzenleme) şeklinde konu itibarıyla yapılan alt ayırımların, klasik öğretilerde kamu hizmetine hakim olan ilkeler olarak kabul edilen (i) meccanilik, (ii) süreklilik/uyarlanabilirlik ve (iii) yararlanmada eşitlik ilkeleri ile örtüştüğünü de not etmek gerekir. Dolayısıyla, deyim yerinde ise ilkeler değişmemiş, sadece gelişerek yeni boyutlar ve anlamlar kazanmışlardır. klasik ilkelerin modern idari düzenleme konuları bakımından birer çıkış noktası oluşturdıkları söylenebilir. Sırasıyla bunlara kısaca değinmek yararlı olabilir.

Meccanilik ilkesi günümüzde doktrinde de kabul edildiği gibi, kamu hizmetlerinin parasız/bedava olarak verilmesi şeklinde anlaşılmamaktadır. Buna karşılık, modern fiyat regülasyonunda öncelik fiyatların maliyetleri doğru bir biçimde yansıtmasıdır. Maliyet bazlı fiyatlandırma, hem hizmetin verilmesi için yapılması için yapılan yatırımların geri dönüşünü, hem hizmetin maliyetlerini hem de hizmetin geliştirilmesi için yapılması gereken yatırımların finansmanını doğru bir şekilde içerecek biçimde düzenlenmek suretiyle, hem tekel ya da başka rekabet aksaklıklarından dolayı aşırı karı önlemekte hem de hizmetin kamu kaynaklarına asgari oranda başvurulması suretiyle sürdürülebilirliğini sağlamaktadır. Bunun yanında, örneğin tavan fiyat yönteminde her yıl fiyatların enflasyon oranının daha altında bir oranda arttırılmasına imkan verilerek, işletmeciler verimlilik kazanımları sağlamaya teşvik edilmektedir. Öte yandan, temel hizmetlerin fiyatlarının “makul” seviyelerde sınırlandırılarak, şartların varlığı halinde gerektiğinde başka hizmetlerin karından finanse edilmesi de benimsenebilmektedir. Telekomünikasyon hizmetlerinde altyapı maliyetlerinin ara bağlantı fiyatlarına yansıtılarak tüm işletmeciler arasında paylaştırılması buna bir örnek olarak gösterilebilir.

Teknik regülasyon ise, süreklilik ve uyarlanabilirlik ilkesi ile ifade edilen zamansal ve niteliksel kalite şartlarını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu anlamda işletmecilere, idari düzenleme ile esasları çizilen çerçevede ve şartları da değerlendirilerek belirli hizmet standartları getirilmesi yoluyla hizmet kalitesinin somutlaştırılması (örneğin elektriklerin kesilmesi ya da voltaj oynamaları, telefon aramalarında hattın düşmemesi gibi aksaklıklar bakımından kabul edilebilir sınırların belirlenmesi gibi) teknik regülasyonun bir yönünü oluşturmaktadır. Teknik regülasyonun diğer bir yönünü ise, tesislerin belli standartlara uygun olarak inşa edilmesi ve işletilmesi, belli mali kaynakların güvence teşkil edecek şekilde faaliyete tahsisi gibi, “önleyici” tedbirler oluşturabilmektedir.

Daha genel nitelik taşıdığını düşündüğümüz ve zaman zaman değişik tanımlarla ifade edilen yararlanmada eşitlik ilkesine karşılık gelebilecek sosyal regülasyonların ise, salt anlamda ayrımcılık gözetmeme ve hizmetin talep eden herkese sunulması gibi genel uygulamaların yanı sıra, sosyal açıdan ihtiyaç sahibi kesimlere özel imkanlar (örneğin belli şartların varlığı halinde özel tarifelerin uygulanması, özürliüler için özel hizmetler gibi) tanınması şeklinde “olumlu

ayırımcılığı” da kapsama aldıkları gözlemlenebilmektedir. Kanımızca daha farklı boyutların da bu başlık altında düşünülmesi mümkündür. Örneğin, şikayetlerin giderilmesi için hızlı ve çabuk bir uyuşmazlık çözüm süreci oluşturulması ya da hizmet ve işletmecilere ilişkin mali ve diğer bilgi ve verilerin kamuoyuna duyurulması gibi uygulamalar, bu başlık altında düşünülebilir.

Bütün bunlarda daha önemlisi kanımızca şudur: Bütün bu ilkeler ya da düzenleme alanları bakımından yukarıda özetlenen somut uygulama esaslarının faaliyet alanının özellikleri ve nitelikleri de dikkate alınarak ortaya konması, sonuçta faaliyetlere ilişkin somut standartlar ve hedefler konmasına imkan vererek toplam faydayı arttırmakta, hem de bu standartlar ve hedeflerden sapmanın yaptırımının getirilmesi olanağını sağlamaktadır. Performans denetiminin özellikle kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından kritik önemi haiz oldukları düşünülmektedir. Aynı şekilde, bu faaliyet alanlarındaki özel teşebbüs bakımından da haklarının ve yükümlülüklerin de açık ve öngörülebilir bir biçimde belirlenebilmesi (hatta olağanüstü durumlara karşı dahi belli kuralların konulmuş olması) güven ortamını arttırmak adına önem taşımaktadır. Ancak bunun da ötesinde, bu hedef ve standartların topluma sağlanan faydayı arttırması ve sunulan hizmete ilişkin beklentilerinin karşılanmasını denetleyebilmek gibi bir sonucu olması öngörülmektedir. 19. yüzyılda biraz farklı bir bağlamda Amerikan Yüksek Mahkemesinin söylediğinin aksine, aldığı hizmetten memnun olmayanların elindeki tek imkan seçim sandığı olmamak durumundadır.

Son olarak, bu başlık altındaki tartışmaların saydamlık ve katılımcılık boyutlarının olduğunu vurgulamak gerekir.

Önerdiğimiz ekonomik nitelikli kamu hizmetleri düzenlemesinin ana hatları ile AB hukuk sistemine de uygun olduğunu düşünüyoruz. Yukarıda yaptığımız değerlendirmeden farklı olarak, bazı faaliyetler bakımından ekonomik nitelikli kamu hizmeti nitelemesi yapılması görünürde bir çelişki yaratmakta ise de, sonuçta bu faaliyetlerin de objektif gerekçelerle yoğun idari düzenlemeye tabi tutulması olgusu kabul edildiğinden sonuç itibarıyla bir çelişki bulunmadığını düşünüyoruz. Doğal olarak, AB üyeliği hedefinin devam ettirilmesi AB düzeyinde yapılan kimi siyasi tercihlerin benimsenmesi, bazı alanların daha hızlı rekabete açılması sonucunu

doğurabilecektir ama bunun hukuki değerlendirmelerin ötesinde ve bunlara doğrudan bir etkisi olmayan bir tartışma konusu olduğu düşüncesindeyiz.

Bitirirken, bu çalışmanın esas itibarıyla gündemde olup ve çok tartışılan bazı konulara biraz genel ve pratik/pragmatik bir bakış açısı getirmeye çalıştığını bir kez daha vurgulamamız yerinde olacaktır sanıyoruz. Deyim yerinde ise biraz zıt bakış açılarıyla değerlendirilen bu konuların tartışılmasında biraz daha ortak bir zemin oluşturma bakımından bu çalışmanın bir katkısının olması en büyük dileğimizdir.



VI. KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE TEZLER

ARDIYOK, Şahin: **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002.

ARTUNKAÇ, Sadık: **Bizde İdarenin Murakabesi**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950.

ASLAN, Prof. Dr. İ. Yılmaz: **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001.

BAYTAN, İlhan: **Özelleştirme**, TRT Genel Sekreterlik Basım ve Yayın Müdürlüğü, Ankara, 1999.

BİLGİN, Pertev: **İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970.

Black's Law Dictionary, Sixth Edition, West Publishing Co., St. Paul-Minnesota, 1990.

BRYANT, Ralph C. v.d. (Ed.): **Macroeconomic Policies in an Interdependent World**, The Brookings Institution-Centre for Economic Policy Research-International Monetary Fund, 1989.

ÇAKAL, Recep: **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, No:2455, Ankara, 1996.

Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku Ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000

GİRİTLİ, İsmet: **Hükümet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 770, Hukuk Fakültesi No: 160, İstanbul, 1958.

GİRİTLİ, İsmet: **Türkiye'nin İdari Yapısı**, Gözden Geçirilmiş ve Değiştirilmiş 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

GİRİTLİ, İsmet, AKGÜNER, Tayfun: **İdare Hukuku I**, Der Yayınları, İstanbul, 1993.

GİRİTLİ, İsmet, AKGÜNER, Tayfun: **İdare Hukuku Dersleri II**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

GÖKSU, Rıza (Ed.): **Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968**, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1996.

GÖZE, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Genişletilmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993.

GÖZE, Ayferi: **Sosyal Devlet Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1976.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetim Hukuku**, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetimsel Yargı**, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GUISLAIN, Pierre (Ed.): **The Privatization Challenge**, The World Bank, Washington, D.C., 1997.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (Ed.): **Les Autorites Administratives Independantes-Bağımsız İdari Otoriteler**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

KELEŞ, Ruşen: **Yerinden Yönetim ve Siyaset**, Genişletilmiş 2. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul, 1994.

KUTLU, Meltem: **İdari Sözleşmelerde İhale Süreci**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

KÖKSAL, Tunay: **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 8, Ankara, 2002.

MATHIJSEN, P.S.R.F.: **A Guide to European Union Law**, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, London, 1995.

NOWAK, John E.- ROTUNDA, Ronald D.: **Constitutional Law**, Sixth Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul-Minnesota, 2000.

ÖĞURLU Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 1. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, Temmuz 2002,

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 2. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han: **Günüşiğinde Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.

ÖZEKE, Ender: **EC Competition Rules as Applied to Banking**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Vrije Universiteit Brussel, Brüksel, 1995.

PIERCE Jr., Richard J., GELLHORN Ernest: **Regulated Industries**, Fourth Edition, West Publishing Co., St. Paul- Minnesota, 1999.

PIERCE, Jr., Richard J. v.d.: **Administrative Law and Process**, Foundation Press, New York NY, 1999.

POLATOĞLU, Aykut (Yay. Haz.): **Özelleştirme Tartışmaları**, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1994.

SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 8. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990.

TAN, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No: 210, Ankara, 1984.

TANÖR, Bülent: **İki Anayasa 1961-1982**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

TANÖR, Bülent: **Osmanlı-Türk Anayasa Gelişmeleri**, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

TUNAYA, Tarık Zafer: **Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952**, Arba Yayınları, (Tıpkı Basım), İstanbul, 1995.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 9. Baskı, Ankara, 1998.

UMAR, Bilge: **Türk Kalkınma Hukuku**, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, No:64-17, İzmir, 1971.

United Nations Commission on International Trade Law (Haz.): **UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, United Nations, New York, 2001.

WELLENIUS, Bjorn, STERN, Peter A. (Ed.): **Implementing Reforms in the Telecommunications Sector**, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington D.C., 1997

WHISH, Richard: **Competition Law**, Fourth Edition, Butterworths, London, 2001.

YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985

MAKALELER

AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 11-22.

ATİYAS, İzak: “Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 3**, Ankara, 1999.

ATİYAS, İzak: “Niçin ve Nasıl Regülasyon” **Devletin Düzenleyici Rolü**, TESEV Yayınları 19, İstanbul 2000.

AURICCHIO, Vito: “Services of General Economic Interest and the Application of EC Competition Law”, **Law and Economics Review**, Vol.24, No.1, Kluwer Law International, 2001, s.65-91.

AYANOĞLU, Taner: “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, **Yayınlanmamış Makale**²³⁹.

²³⁹ Bu makale tezimizin ilk sunumundan sonra , düzeltme aşamasında yayınlanmıştır. Bkz. Taner Ayanoğlu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, **İdare Hukuku**

BERKARDA, Kemal, “ABD’de İdare Hukuku Var mı ?”, Yayınlanmamış Makale²⁴⁰.

DURAN, Lütfü: “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi ?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 4, Sayı 1-3, İstanbul, 1983, s. 33-42.

DURAN, Lütfü: “Kamusal Malların Ölçütü”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984, s. 35-48.

EVCİMEN, Günsev: “Türkiye’de Ekonomik Krizin 1982 Anayasası’nın Biçimlenişine Etkileri”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 93-126.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 147-159.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Mallarına İlişkin Sorunlara Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 11, Sayı 1-3, İstanbul, 1990, s. 19-24.

GÜLAN, Aydın: “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:LVI, Sayı 1-4, İstanbul, 1998, s. 97-107.

ve **İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cilt: 13, Sayı 1-3, İstanbul, 2003, s. 66-86.

²⁴⁰ Bu makale tezimizin ilk sunumundan sonra, düzeltme aşamasında yayınlanmıştır. Bkz. Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cilt: 13, Sayı 1-3, İstanbul, 2003, s. 87-107.

GÜRAN, Sait: “A.B.D.’nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 6, Sayı 1-3, İstanbul, 1985, s. 129-156.

GÜRAN, Sait: “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Malına Bakışı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984, s. 63-86.

GÜRAN, Sait :”İdari İşlem”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaşgünü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.1275-1286.

GÜRAN, Sevgi: “Batı Ekonomilerinde Merkez Bankacılığı’nın Gelişme Süreci İçinde ‘Bağımsızlık’ Tartışması”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 6, Sayı 1-3, İstanbul, 1985, s. 141-156.

KÖKSAL, Tunay: AB’ne Tam Üyelik Sürecinde Türkiye’de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi, **Rekabet Dergisi**, İstanbul, 2001, s.3-25.

ÖZAY, İl Han: “İtalya’da Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 4, Sayı 1-3, İstanbul, 1983, s. 141-154.

ÖZAY, İl Han: “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984, s. 93-106.

ÖZAY, İl Han: “Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 4, Sayı 1-3, İstanbul, 1983, s. 95-102.

ÖZAY, İl Han: “Türkiye,’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A Tes Amour’”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:LVI, Sayı 1-4, İstanbul, 1998, s. 293-295.

SOYBAY, Selçuk: “Bağımsız İdari Otoriteler Eliyle İdarenin Denetimi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 16, Sayı 1, İstanbul, 1995, s. 43-55.

SOYBAY, Selçuk: “Devlet Denetleme Kurulu’nun İşlevi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 5, Sayı 1-3, İstanbul, 1984, s. 107-114.

SOYBAY, Selçuk: “Devlet Denetleme Kurulunun Görev Alanları”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 4, Sayı 1-3, İstanbul, 1983, s. 105-122.

TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Ankara, 2000.

TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Devletin Düzenleyici Rolü**, TESEV Yayınları 19, İstanbul 2000.

TAN, Turgut: “Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yıl: 9, Sayı 1-3, İstanbul, 1988, s. 271-298.

TEZCAN, Ercüment: “Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Münhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 33, Sayı 4, İstanbul, 2000.

ULUSOY, Ali: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **Günışığında Yönetim**, (Yaz. İl Han Özyay), Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

ULUSOY, Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Günışığında Yönetim**, (Yaz. İl Han Özyay), Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

ULUSOY, Ali: “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumu’ nun Yeri”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Ankara, 1999.

YEŞİLIRMAK, Ali: **Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözülmesine İlişkin Son Gelişmeler**, BATİDER, C.XX, Sayı 3, Ankara, 2000.

ELEKTRONİK ALINTILAR

IMF'ye Verilen Niyet Mektupları, (Çevrimiçi), www.hazine.gov.tr.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI İNDEKSİ

AYMK 1984/9E, 1985/4K, 19/02/1985T

AYMK 1994/71E, 1995/23K, 28/06/1995T RG Sa.22586, Sf.37

AYMK 1994/43E, 1994/42-2K, 24/01/1995T RG Sa.22181, Sf. 3

AYMK 1995/45E, 1995/58K, 13/11/1995T RG Sa.22473 Sf. 9

AYMK 1995/27E, 1995/47K, 21/09/1995T RG Sa.22607 Sf.21

AYMK 1995/50E, 1996/19K, 12/06/1996T RG Sa.24207 Sf. 3

AYMK 1994/70E, 1994/65-2K, 22/12/1994T RG Sa.22185 Sf.11

AYMK 1998/36E, 1998/49K, 20/07/1998 T RG Sa. 24232 Sf.7

AYMK 1998/48E, 1998/85K, 22/12/1998T RG Sa.24006 Sf.39

YARGITAY-DANIŞTAY KARARLARI İNDEKSİ

Danıştay 1D. 1995/135E, 1995/153K

Danıştay 10.D 1996/8792E, 19/02/1997T

Uyuşmazlık Mahkemesi Bşk 1996/52E, 1996/94K

Yargıtay 13.HD 1996/1734E, 1996/2495K, 18/03/1996T

KANUNLAR

1. Kanun No: 3346, Kabul Tarihi: 02/04/1987, RG No: 19426, RGT: 09/04/1987
Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
2. Kanun No: 4611, Kabul Tarihi: 20/12/2000, RG No: 24273 RGT: 30/12/2000
2001 Mali Yılı Bütçe Kanunu
3. Kanun No: 4494, Kabul Tarihi: 28/12/1999, RG No: 23922 RGT: 28/12/1999
2000 Mali Yılı Bütçe Kanunu
4. Kanun No: 4628, Kabul Tarihi 20/02/2001, RG. No. 24335, RGT: 03/04/2001.
Elektrik Piyasası Kanunu.
5. Kanun No. 406, Kabul Tarihi 04/02/1924, RG No. 59, RGT 21/02/1924
Telgraf ve Telefon Kanunu.
6. KHK No. 233, Kabul Tarihi: 08/06/1984, RG No : 18435, RGT: 18/06/1984
Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK.
7. Kanun No: 4502, Kabul Tarihi: 27.1.2000, RG No: 23948, RGT: 29/01/2000
Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
8. Kanun No. 3996, Kabul Tarihi 08/06/1994, RG No. 21959, RGT 13/06/1994
Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun.
9. Kanun No. 4046 Kabul Tarihi: 24/11/1994, RG No. 22124, RGT 27/11/1994
Özelleştirme Kanunu.

10. Kanun No. 3465 Kabul Tarihi: 28/05/1988, RG No. 19830, RGT: 26/01/1988
Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu
(Otoyol) Yapım Bakım ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun.

BAKANLAR KURULU KARARLARI

**Uzun Vadeli Gelişmenin (2001-2023) ve VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planının
(2001-2005) Temel Amaçları ve Stratejisi**, RG No: 24066, RGT: 01/06/2000

**Türkiye’de Saydamlığın Artırılması ve Kamuda Etkin Yönetimin Geliştirilmesi
Eylem Planına İlişkin Bakanlar Kurulu Prensip Kararı**, 2002/3, Başbakanlık
Kanunlar Ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2002.

