

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

DOKTORA TEZİ

**EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMININ
TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ ANLAM VE
İŞLEVİ**

HALİT UYANIK
2502070157

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. AYDIN GÜLAN

İSTANBUL 2013



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : HALİT UYANIK

Numarası : 2502070157

Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU

Danışman : PROF.DR. AYDIN GÜLAN

Tez Savunma Tarihi : 27.09.2013

Tez Savunma Saati : 10:00

Tez Başlığı : EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ ANLAM VE İŞLEVİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR. AYDIN GÜLAN		KABUL
2. PROF.DR. TURAN YILDIRIM		Kabul
3. PROF.DR. ZEHREDDİN ASLAN		KABUL
4. PROF.DR. YASEMİN IŞIKTAÇ		Kabul
5. PROF.DR. ARSLAN KAYA		Mazereti sebebiyle katılmadı

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. NİHAT BULUT		
2-PROF.DR. CEMİL KAYA		KABUL

ÖZ

Tez Başlığı ve Yazarı: “Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi”, Halit Uyanık, İstanbul, 2013.

Bu çalışmada ekonomik kamu yararı kavramı, kavramsal, biçimsel ve normatif içeriği ile bütünsel bir çerçevede analiz edilmeye çalışılmıştır. Öncelikle ekonomik kamu yararı kavramı kavramsal olarak ele alınmış ve kamu yararının hukuk – ekonomi ilişkisi içerisindeki yeri irdelenmiştir. Bu yapılırken kamu yararının gerekçelendirilmesi sorununa değinilerek kamu yararının varlığı ve gerekliliği sorununa dikkat çekilmiştir.

Ekonomik kamu yararı kavramı üzerine yapılan bu analizlerden sonra, ekonomik kamu yararı kavramının işlevi, sosyal ve ekonomik hayat üzerindeki etkisi ve genel olarak idare hukuku ve idare hukukunun pozitif içeriği bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu nedenle ekonomik kamu yararının idare hukukundaki ve idare hukukunun içeriğindeki yeri metodolojik olarak belirlenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın son bölümünde, kamu yararının içeriğinin kim tarafından ve hangi usulle belirleneceği sorunu merkeze alınmıştır. Bu minvalde yetki çatışmasını çözücü nitelikte bir hiyerarşik tespitle bulunulmaya gayret sarf edilmiş ve kamu yararının içeriğinin belirlenmesine ilişkin temel ilke ve kıstaslar belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik Kamu Yararı, Kamu Yararı, Hukuk ve Ekonomi, Verimlilik, Toplumsal Fayda, Genel İrade

ABSTRACT

Title of Thesis and Author: “The Meaning and Functions of Economic Public Interest in Turkish Administrative Law”, Halit Uyanık, İstanbul, 2013.

In this work, I will be primarily focused on the concept of public interest and the law and economics in general. The focus is on the question of justification, on the question of the considerations, if any, which justify the existence of public interest.

I will be also focused on issues which determine who is entitled to hold it and determine by who is subject to it. In these subjects, it will be strived to establish the basic standards and to solve the conflict of power of the determination of economic public interest.

Finally my focus will be the function of economic public interest in Turkish administrative law. Therefore I want to locate economic public interest in the context of the most recent general debate in administrative law.

Keywords: Economic Public Interest, Public Interest, Law and Economics, Efficiency, Social Benefits, General Will.

ÖNSÖZ

Kamu yararı kavramı, idare hukukunun bütün kurumlarını kapsayan en önemli esaslarından birisidir. Kamu yararı bir yönüyle idare hukukunun varlık gerekçesi, bir yönüyle de idare hukukunun pozitif içeriğinin bir parçasıdır. Kamu yararının ekonomik boyutu ise kavramın hem kavramsal, hem biçimsel, hem de normatif içeriğine yönelik günümüz idare hukuku için önemli sonuçlara sahiptir.

Çalışmanın yönteminin belirlenmesindeki katkıları ve tez süreci boyunca titiz incelemeleri ile çalışmanın tamamlanmasını mümkün kılan, en meşgul zamanlarında bile bana zaman ayırmaktan hiç kaçınmayan, güven ve desteğini her an hissettiğim danışman hocam Prof. Dr. Aydın Gülan'a, tez sürecinde tez konusuna ilişkin bütünsel bir perspektif yakalamamda bana katkılarını hiç esirgemeyen değerli hocam Doç. Dr. Melikşah Yasin'e, kamu yararı üzerine yaptığı çalışmaları ve tecrübelerini benimle paylaşmaktan kaçınmayan değerli hocam Prof. Dr. Cemil Kaya'ya, bu çalışmanın teorik içeriğinin oluşmasında katkısını her zaman hissettiğim saygı değer hocam Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç'a, çalışmayı baştan sona büyük bir titizlikle okuyan ve Fransızca bazı metinleri anlamama katkıda bulunan dostum Cemil Şirin'e ve tez süresi boyunca çektiğim ve çekeceğim birçok sıkıntıyı önceden tahmin eden, bu sıkıntıları çekmemem hususunda gerekli bütün desteği veren ve tezimin içeriğine yönelik her türlü tartışmayı rahatlıkla yapabildiğim tüm çalışma arkadaşlarıma içtenlikle teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ VE YÖNTEM	1

Birinci Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMI VE HUKUK – EKONOMİ İLİŞKİSİ

I. EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMI	5
A. Kavramın Tanımı.....	6
B. Kavramın Bileşenleri	17
C. Kavramın Kapsamı	30
D. Kavramın Doğası	31
E. Kavramın Tarihsel Dönüşümü	34
II.HUKUK – EKONOMİ İLİŞKİSİ.....	39
A. Hukuk - Ekonomi İlişkisine İlişkin Temel Yaklaşımlar.....	43
1. Ekonomik Yaklaşım: “Hukukun Ekonomik Analizi” veya “Hukuk ve Ekonomi” Yaklaşımı	43
2. Hukuki Yaklaşım.....	46
B. Hukuk – Ekonomi İlişkisinde Gaye Sorunu	49
1. Verimlilik (Efficiency)	49
2. Adalet (Justice).....	54

3. Verimlilik ile Adalet Arasında Ekonomik Kamu Yararı.....	58
C. Hukuk – Ekonomi İlişkilerinde Değişen Hiyerarşik Yapı.....	61
1. Hukuk ve Ekonominin Karşılıklı Etkileşimi.....	64
1) Bütünsel Olarak Hukuk – Ekonomi Etkileşimi	65
2) Hukuki Safhalar Kapsamında Hukuk – Ekonomi Etkileşimi.....	67
2. Hukuk – Ekonomi Etkileşiminde Değişen Hiyerarşik Yapı Tercihinin Anlam ve Sonuçları.....	70
3. Ekonomik Önergelerle Hukuk Kurallarının Paralelliğinin Gerekliliği	71

İkinci Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ YERİ VE İŞLEVİ

I. KAVRAMIN İDARE HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKAN TEMEL ANLAMLARI.....	79
II.EKONOMİK KAMU YARARININ İDARE HUKUKUNDAKİ KULLANIM ALANLARI.....	82
A. İdari Faaliyetlerde Ekonomik Kamu Yararı.....	82
1. Kamu Hizmeti	82
2. Kolluk ve Regülasyon	92
3. Özendirme – Destekleme ve Planlama Faaliyetleri	100
B. İdari Tasarruflarda Ekonomik Kamu Yararı	104
C. Personel Hukukunda Ekonomik Kamu Yararının Yeri	107
D. İdari Yargıda Ekonomik Kamu Yararı	108
E. Avrupa Birliği Hukukunda Ekonomik Kamu Yararı	113
F. Ekonomik Kamu Yararının Bulunduğu Örnekler	116
III. EKONOMİK KAMU YARARININ SOSYAL VE EKONOMİK HAYATA ETKİSİ BAKIMINDAN İŞLEVİ	117

A. Devletin Piyasaya Müdahalesi Kapsamında Ekonomik Kamu Yararının İşlevi.....	118
1. Kamu Yararının Kamu Hizmetlerinin Bedelsiz Olarak Sunulmasına Etkisi120	
2. Kamu Hizmetinin Konusunun Belirlenmesinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi	122
3. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Rolüne Etkisi Bakımından Ekonomik Kamu Yararının İşlevi	122
4. Ekonomik Kamu Yararının Bazı Mal ve Hizmetlerin Piyasa Şartlarına Tabi Olup Olmaması Üzerindeki İşlevi.....	131
5. Ekonomik Kamu Yararının Kamu Mal ve Hizmetlerinin Sunum Koşullarının Belirlenmesindeki İşlevi	133
B. Devletin Piyasaya Müdahale Araçlarında Ekonomik Kamu Yararının İşlevi.....	134
1) Regülasyon Aracılığıyla Yapılan Piyasa Düzenlemelerinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi	136
2) Sözleşmeler Aracılığıyla Yapılan Piyasa Düzenlemelerinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi	139
IV. HUKUKA ETKİSİ BAKIMINDAN EKONOMİK KAMU YARARININ İŞLEVİ	144
A. Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Hukuka Etkisinin Boyutları ve Sınırları.....	145
B. Kavramın Ekonomik İdari Faaliyetlerdeki Gerekçelendirme İşlevi	147
C. İdare Hukukunun Dönüşümüne Etkisi.....	147
1) Kamu Yararının İdare Hukukun Dönüşümünün Temel Dinamiklerine Etkisi.....	147
2) Kamu Yararının İdare Hukukunun Alanını Daraltıcı ve Genişletici Etkisi ..	149

Üçüncü Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMININ İDARE HUKUKUNDAKİ İÇERİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

I. KAVRAMIN İÇİNİN DOLDURULMASI SORUNU	155
A. Temel Yaklaşımlar.....	156
B. Hukukun Belirleyiciliği.....	159
C. Ekonominin Belirleyiciliği ve Sınırları.....	162
D. Sosyo-Ekonomik Tercihlerin Ekonomik Kamu Yararı Kavramına Etkisi	164
II.EKONOMİK KAMU YARARININ BELİRLENMESİNDE TEMEL KISTASLAR VE SINIR PROBLEMİ	166
A. Kamu Yararını Belirleme ve Ölçmede Yetki.....	169
B. Kamu Yararının Belirlenmesindeki Temel İlke ve Kistaslar.....	179
1. Ekonomik Kamu Yararının Kavramsal Analizine Dayalı İlkeler	179
2. Ekonomik Kamu Yararının Normatif Analizine Dayalı İlkeler.....	182
3. Ekonomik Kamu Yararının Biçimsel Analizine Dayalı İlkeler	184
III. KAVRAMIN GEREKLİLİĞİ SORUNU	191
IV. KAVRAMIN GEREKÇELENDİRİLMESİ SORUNU.....	193
SONUÇ	195
KAYNAKÇA.....	201
ÖZGEÇMİŞ.....	215

KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜEHFD	: Anadolu Üniversitesi Eskişehir Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
BTİK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu
C.	: Cilt
ch.	: Chapter
Çev.	: Türkçeye Çeviren
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
Haz.	: Hazırlayan
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ed. by.	: Edited by
Edt.	: Edition
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
No.	: Number
p./pp.	: Page/pages
s.	: Sayfa/sayfalar
S.	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SSRN	: University of Minnesota Legal Studies Research Paper Series
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
Thk.	: Tahkik
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
Trans. by.	: İngilizceye Çeviren

UP	: University Press
vd.	: ve devamı
v.b.	: ve benzerleri
v.d.	: ve diğlerleri
Vol.	: Volume

GİRİŞ VE YÖNTEM

Kamu yararı kavramı, hukuk ve ekonomi gibi sosyal bilimlerin en temel kavramlarından biri olmakla beraber, asırlardır üzerinde uzlaşılan bir tanımla yapılamamış hatta böyle bir tanımlama çabasına yeterince girilmemiş olan ve hukuk, ahlak ve ekonomi gibi birden çok disiplinin temel ilke ve kuralları arasında önemli yeri olan çok disiplinli bir kavramdır.

Günümüzde de idare hukukunda en çok kullanılan temel kavramlardan biri olan kamu yararının tanımı, yeri ve işlevi hakkında doktrinde ve yargı kararlarında genel geçer bir belirleme ve uzlaşma oluşmamıştır. Denilebilir ki ekonomik kamu yararı hakkında yapılan her çalışmada üzerinde en çok durulan nokta kavramın belirsizliği ve tanımlamanın güçlüğüdür.

İdare hukukunun ayrı bir hukuk disiplini olmasının en önemli yapı taşlarından biri kamu gücünün kullanımını konu edinmesindedir. Böyle bir gücün kullanılması hukuki tasarrufların taraflarının eşitliğini bozduğu gibi hukuktaki genel hükümlere birçok bakımdan aykırılık ve istisnayı da bünyesinde barındırmaktadır. İdare hukukunu ayrı bir hukuk dalı yapan en önemli etmenlerden biri de, bu kamu gücünün kullanımının meşruluk kaynağını kamu hizmeti düşüncesinin ve kamu hizmeti düşüncesinin temelinde yer alan kamu yararı teorisinin oluşturmıştır. İdare hukukunun tarihsel süreci içerisinde kamu yararı kavramının bir hukuksal rejim sunamaması gibi sebeplerle kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun hukuksal rejimde en önemli kaynağı haline gelmiştir. Ancak ikinci dünya savaşı sonrasında artık kamu hizmeti rejimi idare hukukunun içeriğinin doldurulmasında ve yerleşmiş kurumlarının açıklanmasında yeterli meşruluğu temin edememiş; bu sebeple kamu yararı kavramına tekrar bir idare hukukunun *kaynağa ve dengeye dönüş işlevi*¹ ile dönüştürücü etmeni olarak başvurulmaya başlanmıştır. Öyle ki idare hukukunun temel kurumlarının oluşmasında en önemli etkiye sahip olan kamu yararı kavramı,

¹ Didier Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, Çev: E. Ethem Atay, in **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 357-375.

aynı kurumların günümüze kadarki geçirdiği farklılaşma ile sahip oldukları kurumsal yapılarının genel hükümlerle olan ilişkisinin birçok bakımdan yeniden düşünülmesine ve böylece asıl işlevlerine göre bir yapısal dönüşüme tabi olmalarına sebep olmaktadır. Bu durum idare hukukunu geleneksel kurumları bakımından zayıflayıp dönüştürdüğü gibi, yeni yeni birçok alana yayılarak farklı bir bünyede etki alanının genişlemesine de zemin sağlamaktadır. Örneğin, ekonominin gerekleri, devlet kadar büyük etkiye sahip (hatta etki sahası daha geniş) ticari şirketlerin doğması gibi, ekonomik idari muamelelerde idareyi muhatap şirketlerle aynı hukuksal statüye zorlamakta ve bu bakımdan genel hükümlere doğru bir kayışı teşvik etmektedir. Diğer taraftan idarenin zamanın ekonomik koşullarına ayak uydurabilmek ve hizmet standartlarını yükseltebilmek için kamu hizmeti olarak gördüğü sektörlerde ekonominin temel öznelerini bünyesinde barındırma zorunluluğu doğmuştur. Bu sebeple sermayesinin tamamı veya bir bölümü devlete ait olan ve idarenin kontrolünde bulunan birçok şirket kurulmuş ve faaliyete başlamıştır. Böyle bir örneklemden de anlaşılacağı gibi idare hukukundaki bu dönüşümün çift yönlü ve çift kutuplu bir dönüşüm olduğundan bahsetmek ve bu dönüşümün temel meşrulaştırıcı aktörünün sürekli değişen ve dönüşen kamu yararı olduğunu söylemek mümkündür.

Bu çalışmada ekonomik kamu yararı kavramı hakkında ele alınan temel sorular genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

- Ekonomik kamu yararı kavramı ve hukuk-ekonomi ilişkisi içindeki yeri nedir?
- Ekonomik kamu yararının Türk İdare Hukukundaki sosyal-ekonomik ve hukuki işlevleri nelerdir?
- Ekonomik kamu yararı kim tarafından, nasıl tespit edilir ve ekonomik kamu yararının Türk İdare Hukukundaki yansımaları nelerdir?
- Ekonomik kamu yararı Türk İdare Hukukunun olmazsa olmazlarından biri olan bir kurum mudur?
- Ekonomik kamu yararı kavramının rasyonel olarak gerekçelendirilmesi mümkün müdür?

Bu soruların incelenmesinde en önemli tercihlerimizden biri kamu yararı kavramı hakkında kapsayıcı bir analizin yapılmasının temin edilmesidir. Bu minvalde kamu yararı, birinci bölümde kavramsal olarak; ikinci bölümde kavramın idare hukukundaki taşıdığı anlam ve nitelik ile işlevi, gördüğü misyon; üçüncü bölümde kavramın içeriğinin nasıl belirleneceğine ilişkin temel problemler ele alınacaktır. Bu problemlerin ele alınmasında güncel hukuk uygulamasından doğan yargısal ve pratik çözümlemelerden ziyade, kamu yararının birçok bilimsel disiplinin temel kavramlarından biri olması hatta hukukun birçok dalında sıklıkla kullanılan temel bir kavram olması ve bu gibi sebeplerle hukuk uygulamasında en çok atıf yapılan kavramlardan biri olması ancak kavram hakkındaki teorik tercihlere bağlı olarak böyle pratik hukuki çözümlemelerin yapılmasının mümkün olabileceği kanaatine binaen kavram hakkında hukuki ve felsefi akıl yürütmelere bağlı olarak teorik çözümlemelerde bulunmak daha çok tercih edilmiştir. Yani bu çalışmada ekonomik kamu yararı kavramı ele alınırken benimsenen yöntem, ekonomik kamu yararının bir yandan hem kavramsal olarak, hem normatif ve hem de biçimsel olarak sabit noktasını ve temel ilkelerini belirlemek diğer yandan ekonomik kamu yararı ile doğrudan etkileşim içerisinde olan hukuki kavram ve kurumların karşılıklı etkisini ele almaktır.

Bu yöntem ekonomik kamu yararı kavramının ele alınmasında *var olanın* hukuki betimlemesi ile biçimsel analizinin yapılmasının yanında hem kavramsal hem de normatif analizinin yapılması hedeflemektedir. Özellikle ekonomik kamu yararının kullanım alanlarına ilişkin analizlerde sadece betimleyici (kavramsal) anlayışın tercih edilmesi yoluna da gidilmeyecek; ayrıca değerlendirici ve işlevsel (normatif) bir yaklaşımı da dikkate almak hedeflenecektir. Bu analizler yapılırken özellikle kavramın idare hukuku alanındaki biçimsel boyutu merkeze alınacaktır.

Kavramsal analiz çerçevesinde ekonomik kamu yararı kavramının tanımı, temel bileşenleri, idare hukukundaki kapsamı, doğası, tarihsel dönüşümü hakkındaki temel problemlerin incelenmesi yanında hukuk-ekonomi ilişkisi bakımından kavramın tekrar düşünülmesi temin edilmeye çalışılacaktır. Bütün bölümün en önemli problemlerinden biri kamu yararı kavramının bireysel çıkarlarla olan

ilişkisidir. Bu sebeple bu bölümün bütünündeki tartışmalarda bireysel çıkar ile kamu yararı ilişkisinin içkin olması temin edilmeye çalışılacaktır; bireysel çıkar – kamu yararı çatışması ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir.

Normatif analiz çerçevesinde ekonomik kamu yararının hukuk (özellikle idare hukuku) ve sosyo-ekonomik yaşam üzerindeki yerinin ve mevcut işlevlerinin neler olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu tespitlere bağlı olarak kamu yararının mevcut yeri ve işlevlerinin yerindeliği de tartışmaya açılacak ve mevcut hukuki düzeni değiştirme veya dönüştürme gibi temel işlevlerinin olup olmadığı değerlendirmelere açılacaktır.

Kamu yararı hakkındaki teorik açılımların Türk idare hukuku uygulaması, mevzuatı ve içtihadı ile olan bağlantısının somut olarak ortaya konulması, kamu yararının pozitif hukukta nasıl belirlenip kullanıldığının tespit edilmesi ve bu yöndeki tespitlerin kamu yararına ilişkin teorik açılımlarla ilişkisinin açıklanması bu çalışma bakımından önemli köşe taşlarından biridir. Bu sebeple bu çalışmanın üçüncü bölümünde Türkiye’deki pozitif idare hukukunda kamu yararının kim tarafından ve nasıl belirlenip tespit edildiği üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş ve çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur. Sonuçta bu değerlendirmelere bağlı olarak kamu yararının idare hukukunda gerekliliği ve gerekçelendirilmesi üzerinde kısaca durmak amaçlanmaktadır.

Birinci Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMI VE HUKUK – EKONOMİ İLİŞKİSİ

I. Ekonomik Kamu Yararı Kavramı

Ekonomik kamu yararı kavramı, çok boyutlu bir kavramdır; hem birçok disiplinin temel kavramları arasında yer alır, hem de kendine özgü bazı felsefi özelliklere sahiptir. Kavramın hem hukuki, hem toplumsal yansıması, hem ekonomik ve hem de ahlaki-felsefi yansıması vardır. Bu sebeple kamu yararı kavramı, hem hukuk (başta idare hukuku olmak üzere, anayasa hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku gibi birçok hukuk dalında), hem kamu yönetimi, hem ekonomi hem de felsefe alanlarında merkezi kavramlardan biridir.

Kamu yararı üzerine kavramsal bir çalışmanın yapılması, kavramı felsefi olarak toplum-birey düşüncesi, zaman-mekân düşüncesi ve varlık düşüncesi çerçevesinde bir birlik içinde inceleyerek kavramın doğası hakkında bir çıkarımda bulunulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak böyle bir çıkarım kavramın çok disiplinliliği ve toplamcılık gibi bazı yapısal özellikleri sebebiyle içeriği hakkında kapsayıcı, rasyonel ve somut sonuçlara ulaşılmasını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Ayrıca kavramın bu felsefi boyutunun yanında, günlük hayatta ve pratik hukuktaki yoğun kullanımı, pratik boyutunun sürekli canlı kalmasını sağlamakta ve içeriksel olarak sürekli değişmeye zorlamaktadır. Ekonomik kamu yararı kavramının bu özellikleri günümüze kadar kavram hakkında kapsayıcı ve tutarlı bir çalışmanın yapılmasını engellemiştir, hatta imkânsız hale getirmiştir.

Bu bölümde *Ekonomik kamu yararı* kavramı bir tamlama olarak bütün unsurları ile birlikte bilimsel çalışmalarına ve yargı kararlarına konu olmadığından dolayı, öncelikle kamu yararı kavramının tanımına dair var olan belirlemeleri ortaya koymaya çabalayacağız. Daha sonra *ekonomik kamu yararının* tek tek bileşenlerini

ele alarak kavramın kamu yararı ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Buna bağli olarak aşağıda öncelikle, kamu yararı kavramı hakkında doktrinde ve yargı kararlarında ortaya konulan belli başlı tanımlar bir liste halinde verilerek bunlar kategorize edilmeye çalışılacak ve çeşitli değerdendirmelerde bulunulacaktır. Daha sonra ekonomik kamu yararının kavramsal analizi kapsamında temel bileşenleri üzerinde durulacak ve kavramın doğasında bulunan belli başlı özellikler ortaya konulacaktır. Ayrıca kavramın geçirdiğı tarihsel dönüşümün temel bileşenler ve kavramın doğası üzerindeki etkisi üzerinde özel olarak durulacaktır.

A. Kavramın Tanımı

Kamu yararı kavramının doğasından ve kullanımından kaynaklanan temel özellikleri sebebiyle tanımlanamayacağı yönündeki iddialar, kavram hakkında yapılan bilimsel çalışmalarda karşılaşılan en önemli problemlerden biridir¹. Kamu yararının tanımlanmasının önünde engel oluşturan temel özelliklerinden başlıcalarını şu şekilde sıralamamız mümkündür:

- Çok disiplinli bir kavram olması,
- İç içe geçmiş teorik ve pratik boyutlu bir kavram olması,
- Aynı anda birden çok işleve sahip bir kavram olması²,
- Olaya, kişilere, zamana ve koşullara³ göre sürekli bir değışim ve dönüşüm içerisinde olan *çok geniş, öznel ve bulanık*⁴ bir kavram olması,

¹ Richard Flathman, **The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics**, New York, Wiley, Basic Boks, 1966; Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD Prof. Dr. Lutfi Duran’a Armağan Özel Sayısı**, Yıl: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11-22; Ruşen Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, **Prof. Dr. Bedia Akarsu’ya Armağan**, Ed. Betül Çotuksöken ve Doğan Özlem, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2000, s. 222-223.

² Gördüğü işlevler bakımından bütünlleştirici iken maddi anlamda farklılaşmaların kaynağı olması bakımından kendi içinde de farklı işlevlerinin varlığından bahsedilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağı ve Dengeye Dönüş”, s. 370-375.

³ Örneğin, kamu yararı bakımından kısa dönemli kalkınma planları ile uzun dönemli kalkınma planlarının içeriğı büyük farklılıklar taşımaktadır. Aynı ayrımı imar planları bakımından da yapmak mümkündür. Bkz. Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 223.

⁴ Lutfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s. 25.

- Kavramın içeriğinin kim tarafından ve nasıl belirleneceğinin tanım üzerindeki olumsuz etkileri⁵.

Kamu yararının bu özellikleri, içeriksel olarak tanımlanmasını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Hatta bu özelliklere rağmen bir kamu yararı tanımının yapılması, kamu yararının içeriğinin sınırlandırılmasını, zamana ve koşullara göre değişen içeriğinin statikleşmesi sonucunu doğuracağından kavramın kendisine (kamu yararına) aykırı olacaktır⁶.

Kamu yararının, tanımlanmasını engelleyen bu özelliklerinin, hukuki, siyasi, toplumsal ve ekonomik yaşamda çok sık kullanılan bir kavram olmasına rağmen, kanunlarda ve yargı kararlarında genel geçer bir kamu yararı tanımının bulunmamasına, hem yasa koyucunun hem de yargı organlarının kamu yararını tanımlamaktan özellikle kaçınmasına sebep olduğunu söylememiz mümkündür.

Ayrıca idare hukukçuları nezdinde kamu yararının tanımlanmasını zorlaştıran önemli bir sebep de Danıştay kararlarında kavramın kapsamını ifade etmek için kamu yararı yerine, *genel menfaat*, *genel yarar*, *halkın çıkarı*, *halkın yararı* *amme faydası*, *amme menfaati*, *amme nef'i*, *amme yararı*, *çok önemli yarar*, *hizmet menfaati*, *hizmet yararı*, *kamu çıkarı*, *kamusal yarar*, *menafii amme*, *menafii umumiye*, *menfaati amme*, *toplum yararı*, *umumun yararı*, *umumun faydası* gibi⁷ birçok farklı kavramın kullanılmasıdır⁸.

⁵ Örneğin, Türkiye’de kültür ve çevre varlıkları ile sit alanların korunması ve imara açılması konusunda kamu yararının ne yönde olduğuna dair yerel idareler ile merkezi idare arasındaki anlaşmazlıklar, tarafları ve konusu aynı olan bir olayda haklılaştırılabilir iki farklı yaklaşımın bulunması kamu yararının ortak bir tanımını neredeyse imkansızlaştırmaktadır. Bkz. Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 223.

⁶ Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 372-374.

⁷ Cemil Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 13.

⁸ Tersten bir bakışla Danıştay’ın kamu yararını ifade etmek için kamu yararı yerine çok çeşitli kavram kümesini kullanması kavramın tanımlanmasını zorlaştıracığı gibi içeriğinin tespitindeki ortak ruhun belirginleştirilmesini temin edebilir. Dikkat edildiğinde Danıştay kamu yararını ifade etmek için kullandığı kavramlarda “kamu”yu ifade etmek için bunun yerine “ortak”, “genel”, “umumi”, “amme” gibi kavramları kullanmakta; “yarar”ı ifade etmek için bunun yerine “menfaat”, “fayda”, “çıkart” gibi kavramları kullanmaktadır. O halde Danıştay’ın bu kavramları kamu yararı ile aynı

Kamu yararı üzerine inceleme yapan birçok yazar ve genel olarak doktrin, kamu yararını tanımlamada yukarıda bahsettiğimiz zorlukların farkında olmakla birlikte, kavram hakkında en azından belli bir ortak zeminin bulunabilmesi çabasına yönelip, kavramı *genel kullanılış tarzından yola çıkarak*⁹ açıklamaya çalışmışlardır. Örneğin Akıllıoğlu'na göre kamu yararı özü ve içeriği yönünden tanımlanması mümkün olmayan¹⁰, *biçimi aracılığıyla tanımlanabilen* bir kavramdır¹¹.

Yargı kararlarında ve doktrinde kamu yararına ilişkin belirginleşen başlıca tanımlara örnek olarak şunları verebiliriz:

1. Kamu yararı, insanların bir arada yaşamalarını sağlayan adalet, hakkaniyet, esenlik, güvenlik, düzen gibi ortak toplumsal değerleri formüleştiren bir kavramdır¹².

Bir yaklaşıma göre, ortak toplumsal değerleri formüleştiren temel değerler **düzen** ve **adalet** gibi unsurların bileşiminden meydana gelmektedir¹³. Bu kapsamda

işlevde kullanmasından “kamu” kavramı ile *tüm toplumu, toplumun ortak unsurlarını, toplumdaki genel çıkarımları* kasteddiği; “yarar” kavramından toplumun çıkarını, menfaatini ve faydasını kasteddiği sonucuna ulaşabiliriz. Ama hemen belirtelim ki kamu yararı kavramını toplumdaki ortak ve genel menfaat veya çıkar şeklinde tanımlamak, “kamu yararı” bilinmezi için yine başka başka bilinmezlerin kullanılması totolojisinden bizi kurtaramayacaktır.

⁹ Glendon A. Schubert, “Is There a Public Interest Theory?”, in **The Public Interest Nomos No. 5**, Ed.by: Carl J. Friedrich, Atherton, New York, 1962, pp. 162-176.

¹⁰ Benzer şekilde Richard E. Flathman, kavramın ne anlama geldiğinin asla çözümlenemeyeceğini ve tanımlanmasının boş bir çaba olacağını belirtmiştir. Richard E. Flathman, **The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics**, New York, Willey, p. 11. Yine benzer minvaldeki eleştiriler için bkz. Norman P. Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, Çev: Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin, 3. bs., Liberte, Ankara, 2012, s. 459-461.

¹¹ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

¹² Çağımızda Dworkin ve Finnis gibi bazı hukuk kuramcıları, ortak yaşamayı temin eden değerleri temel ilke ve prensipler şeklinde formüleştirmektedir. Bunları özellikle yargılama ve yorumlama faaliyetlerinde hakimlerin dikkate alması gereken hukukun temel ilke ve değerleri şeklinde ortaya koymaktadırlar. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sevtap Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, **İÜHFİM**, C: LXII, S: 1-2, İstanbul, 2004, s. 165-207; Ahmet Ulvi Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

¹³ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1980, s. 167. Aynı minvalde bir başka tanımlama çalışması olarak şunu örnek verebiliriz: kamu yararı, “temelde kişiye ilişkin değil; bu kişilerin bir arada yaşayarak oluşturdukları toplumun varlığını sürdürmesine ilişkin bir çıkardır ..., toplumdaki kurulu düzenin korunmasındaki çıkardır.” Bkz. İlhan Tekeli,

yapılan bir açıklama biçimine göre kamu yararı hukuk devleti ilkesinin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. **Düzen**, toplumu oluşturan bireyleri asgari yaşama amaçları etrafında birleştiren ve toplumun bu amaçlara doğru yönelmesini sağlayan uyumu ifade etmek¹⁴ bakımından hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak kamu yararının gerçekleştirilmesindeki en önemli araçlardan birisidir. Kamu yararı ile düzen ilişkisini, Aristo kaynaklı “*en kötü düzen bile düzensizlikten daha iyidir*” ilkesiyle çarpıcı bir şekilde ifade edebiliriz. Buna göre kamu yararı, “kurulu düzenin korunmasındaki çıkarı anlatmakta”dır¹⁵.

Adalet ise belli bir eşitlik düşüncesine dayanmakla herkesin gücüne ve yeteneğine uygun olarak ödüllendirilmesini ifade etmektedir¹⁶. Aşağıda kamu yararı ile adalet arasındaki ilişki üzerinde ayrıntılı olarak durulacağından burada sadece bu kadar bahsetmenin yeterli olduğunu düşünüyoruz.

Bu tanım kamu yararının sadece kavramsal boyutunu ortaya koymayı hedeflemekle beraber kamu yararını, adalet gibi daha bilinmez kavramlarla ve ilkelerle açıklamaya çalışmaktadır.

2. Kamu yararı, “bir topluluğun paylaşılan (ortak) çıkarlarını ifade eder.”¹⁷

Kamu yararının bu şekilde tanımlanması liberal anlayışın benimsediği kamu yararı düşüncesini yansıtmaktadır. Tanımdaki liberal anlayışı yansıtan ifadeler, “paylaşılan, ortak” ifadeleridir. Hangi çıkarların paylaşıldığına veya toplumun ortak çıkarlarını temsil ettiğine ilişkin liberal düşünce içerisinde iki farklı yaklaşım vardır:

- Birinci yaklaşıma göre kamu yararı, toplumun bütün üyelerinin ortak olarak sahip oldukları ve başka türlü elde etmelerine imkan olmayan

“Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama**, Cilt: 8, Sayı: 2, 1988, s. 10.

¹⁴ Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, s. 168.

¹⁵ Tekeli, “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, s. 10.

¹⁶ Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, s. 168.

¹⁷ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 9. bs., Siyasal, Ankara, 2012, s. 264.

özel yararlardan oluşur. Yani bu yaklaşımda, bireylerin bir idari faaliyetin toplumun diğer fertleri ile birlikte kendi çıkarına olduğunu düşünmesi halinde, paylaşılan/ortak çıkarlarının varlığından bahsedilebilir¹⁸.

- İkinci yaklaşıma göre kamu yararı, soyut bir anlamı ifade etmek yerine, toplumun en çok sayıdaki bireylerinin çıkarlarının toplamını ifade eder¹⁹. Yani bu yaklaşımda kamu yararı, en çok sayıda kişinin en büyük mutluluğu olarak tanımlanmakla, toplumun bütün üyelerinin yararına hizmet etmeyip, en çok sayıdaki özel çıkarın tatmin edilmesine hizmet etmektedir²⁰.

Liberal düşünce içerisindeki bu farklı iki yaklaşımın esas farklılaştırıcı kriteri, otonominin bir değer olarak kamu yararını temsil edip etmeyeceği ve bunun devlete bir görev olarak yükletilip yükletilemeyeceğidir. Birinci yaklaşımda otonomi tanımlayıcı ve belirleyici bir değer olarak liberal anlayışın temelinde yer alırken, ikinci yaklaşımda otonomi tanımlayıcı bir değer olmayıp, tarafsızlık, hoşgörü ve barış gibi başka bazı değerler tanımlayıcı değer olarak otonominin yerini almaktadır. İkinci yaklaşımda otonominin temel değer olarak dikkate alınması, paternalist bir eğilim taşıdığı ve sonuç olarak totaliter bir yönetime yol açacağı endişesiyle eleştirilmektedir²¹.

Genel olarak liberal yaklaşımın benimsediği kamu yararı anlayışı şu şekilde de ifade edilebilir: “toplumdaki bireylerin sahip oldukları hürriyetleri kullanarak gerektiği gibi sağlayamadıkları zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması suretiyle elde edilen yarardır”²². Bu tanıma göre kamu yararı bireylerin kendiliklerinden temin edemedikleri eğitim, sağlık, adalet ve güvenlik gibi idari faaliyetlerin ve sosyal devlet ilkesinin bir görünümüdür.

¹⁸ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 264.

¹⁹ Liberal ekonomik modelin temel varsayımı olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁰ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 463-464.

²¹ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 463-464.

²² Hasan Nuri Yaşar, **İmar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 117.

3. Kamu yararı, muhtelif kişi ve grupların yararları arasındaki bir dengeyi ifade etmektedir²³.

Buna göre kamu yararı, bazen çoğunluğun çıkarlarını bazen de bir kişinin çıkarını gözetir²⁴. Aslında kamu yararı kural olarak çoğunluğun çıkarını temsil etmektedir: “Kamu yararı, toplum içinde önlenemez yarar çatışmalarında, çoğunluğun azınlığa; sayıca çok olan grubun çıkarlarının, sayıca az olan kişilerin çıkarlarına üstün tutulmasını ifade eder²⁵. Şu halde, kamu yararı denilince, bireylerin ve birey topluluklarının dışında bir soyut kavram düşünülmemelidir.”²⁶ Ancak, kamu yararına ilişkin bu çoğunluğun önceliğinin geçerli olmadığı bazı durumlarda ve çatışan yararlar arasında nitelik dengesinin kurulamadığında²⁷ “sayıca az olan topluluğun ya da bir tek kişinin çıkarı (yaşama hakkı, düşünce hürriyeti, konut hakkı gibi)²⁸, çoğunluğun, kalabalığın çıkarından (eğlence hakkı, günlük seyahat hürriyeti)²⁹ çağdaş değer ölçülerine göre daha üstün olabilir”³⁰. “Aynı nitelikte çıkar ve haklar çatışırsa, gene sayısal çokluk ağır basacak, kamu yararı o yönde olacaktır.”³¹

²³ Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 239; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 74.

²⁴ Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş**, 1999, s. 239.

²⁵ Farklı bir ifade ile, kamu yararı bireysel çıkarların karşılığı olup, “toplumun yalnız bir kesiminin amaç ve yararlarının gerçekleştirilmesine hizmet eden, o yönde sonuçlar doğuran karar, işlem ve eylemler”in kamu yararına olduğunun söylenmesi mümkün değildir. Bkz. Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 223-224. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de kamu yararının bireysel çıkarlara üstünlüğünü “Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. E: 2010/30, K: 2012/7.

²⁶ Yayla, **İdare Hukuku I**, s. 74.

²⁷ Çatışan yararlar arasında nitelik dengesi yargı kararlarında *üstün kamu yararı* şeklinde kavramsallaştırılarak kurulmaktadır. Örneğin “Devlet ormanları üzerinde madencilik yapılması ile meydana gelecek kamu yararı ile ormanların orman olarak korunmasındaki kamu yararı ağırlığının karşılaştırılması ve üstün kamu yararının tercih edilerek ...” bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2010/85, K: 2012/13; “Taşınmazın belediye hizmet alanı olarak belirlenmesine ilişkin plan değişikliğinin yörede sosyal donatı alanına olan ihtiyaç nedeniyle şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygun olduğu gerekçesiyle verilen davanın reddine ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay, 6. Daire, E: 1998/5371, K: 1999/4190.

²⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010, s. 140.

²⁹ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 140.

³⁰ Yayla, **İdare Hukuku I**, s. 74.

³¹ Yayla, **İdare Hukuku I**, s. 74.

4. Kamu yararı, hukukun, devletin, idarenin, kamusal hukuki rejimin varlık ve süreklilik sebebidir; bunların gerekçelendirilmesi, doğrulanması ve kaynağına göre yeniden ele alınması işlevine sahiptir³².

Bu tanımda kamu yararı kavramının hukuk sistemi içerisindeki işlevinin temel referans noktası olarak alındığını görüyoruz. Kamu yararının idare hukuku içerisindeki temel işlevlerini merkeze alarak yapılan tanımlamalarda, kamu yararı idare hukukunun bir hukuk dalı olarak doğuş dönemlerinde, temel kurumların doğup gerekçelendirilmesindeki en temel araç işlevine sahipken, idare hukukunun gelişme seyri içerisinde, özellikle günümüzde, idare hukukunun temel kurumlarının zaman içerisindeki başkalaşımının sorgulanmasının ve aslına uygun bir işlevle yeniden okunmasını temel aracı işlevine sahiptir.

Kamu yararının işlevini merkeze alarak yapılabilecek diğer bir tanım da şu şekilde yapılabilir: “Kamu yararı; doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde toplumun genelinin menfaatlerine uygun olan ve bu nedenle de, öncelikli olarak korunmasında veya tercih edilmesinde gereklilik görülen <üstün yarar>ı ifade etmektedir”³³

5. Kamu yararı, özü ve içeriği önceden belli olmayan, biçimi aracılığıyla tanınan bir kavram olup yasaların ve idari faaliyetlerin, aksi kanıtlanmadıkça, kamu yararını amaçladığı ve kamu yararına uygun olduğu varsayımını ifade etmektedir³⁴. Bu kapsamda hukukta kamu yararı kavramı anayasa ve kanun koyucu tarafından belirlenmektedir³⁵.

³² Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 357-375; Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

³³ Cem Ayaydın, **1982 Anayasası Çerçevesinden Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 89.

³⁴ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

³⁵ George Vedel, **Droit Administratif**, Paris, 1964, s. 225-227. Aktaran Yıldızhan Yayla, **Köye Hizmet Teşkilatı: Yeni Bir Kuruluş Denemesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 97.

Bu tanıma göre kamu yararı, “toplumun ortak ve genel çıkarının nasıl belirleneceği, hangi araç ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceği”³⁶ sorularının yanıtıdır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararı, “kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamaktır”³⁷; “vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık yaratılmasının önlenmesi, milli huzurun bozulmaması, ... toplum hayatını zararlardan koruma(k) ve güvenliği sağlama(ktır)”³⁸. Yani kamu yararı kamu düzenidir. Yine “(k)amu hizmetinin gerekleri, kamu yararı gereğidir”³⁹.

Anayasa Mahkemesi kamu yararını, yukarıdaki örneklerle de açıkça görüldüğü üzere, anayasada ve kanunlarda devlete (idareye) görev olarak verilen faaliyetlerle eş tutmaktadır. Yani Anayasa Mahkemesine göre kamu yararının ne olduğunda temel hareket noktasını anayasa ve kanunlar gibi hukuk metinlerinin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna göre idare hukuku bakımından kamu yararı idari faaliyetlerde kendini göstermekte; örnek olarak, yasalarla idareye görev olarak verilen kamu hizmeti ve kolluk alanları tek tek kamu yararını yansıtmaktadır.

Kanaatimizce kamu yararı kavramının birbirini tamamlayan üç farklı hareket noktasından başlanılarak ele alınması mümkündür. Kamu yararı hakkında vermiş olduğumuz yukarıdaki örnek tanımlar (betimlemeler), kamu yararı kavramının bu üç farklı boyutunun çeşitli örneklerini yansıtmaktadır. Bu boyutları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Kavramsal boyut,
2. Normatif boyut,
3. Biçimsel boyut.

³⁶ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 262.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 1977/1, K: 1977/20.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1963/16, K: 1963/83.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E: 1976/38, K: 1976/48.

Kavramsal boyut: Kavramın içeriğine ilişkin hem lügat hem de ıstılah bakımından kavramsal belirlemelerde bulunma çabası. Örneğin, “kamu yararı kamu esenliğidir”⁴⁰ veya “adalet ve düzen fonksiyonlarının bir terkididir” gibi tanımlar kamu yararının içeriğinin kavramsal olarak neyi ifade ettiğı sorunsalına odaklanmaktadır. Birinci, ikinci ve üçüncü tanımların kavramsal boyut kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Kamu yararının kavramsal boyutunda kamu yararının tespiti *olanın* incelenmesi sonucunda mümkündür.

Normatif boyut: Kavramın işlevine/fonksiyonuna odaklanarak neyi ifade ettiğini belirleme çabası. Örneğin “kamu yararı, hukukun, devletin, idarenin, kamusal hukuki rejimin varlık sebebidir ve bunların gerekçelendirilmesi işlevine sahiptir”⁴¹ şeklinde yapılabilecek bütün tanımlamalar kamu yararının işlevsel olarak neyi ifade ettiğı sorunsalına odaklanmaktadır.

Biçimsel boyut: Kavramın belirlenmesine ilişkin temel yöntemlere odaklanan biçimsel/formel olarak tanımlama çabası. Bu boyutta kamu yararının ne olduğu anayasa ve kanunlar gibi hukuk metinleri tarafından belirlenmekte veya anayasa ve kanunlarda yer alan ifadelerin kamu yararını gösterdiği varsayımına dayanılmaktadır. Yani bu boyutu ile kamu yararı, yasa koyucunun iradesinden başka bir şey değildir; yasa haricinde ve üstünde bir kamu yararı anlayışından bahsedilmesi mümkün değildir, en azından hukuki olarak böyle bir iddianın geçerlilik zemini yoktur.

Kamu yararının tanımlanmasına ilişkin yapılan bu sınıflandırmada dikkat edilirse her üç grup da birbirinden temel noktalarda zıtlaşmadan kamu yararının üç boyutunun varlığını yansıtmaktadır.

Kamu yararı hakkında tanımlama çabası dâhil yapılacak kapsayıcılık iddiası taşıyan bütün analizlerde bu üç boyutun bir bütünlük içerisinde ele alınması; en azından bir boyut merkeze alınsa da diğer boyutlar hakkında bir kanaatin ortaya

⁴⁰ Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, s. 16, 47.

⁴¹ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

konulmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz⁴². Bu minvalde Türk idare hukukunda kamu yararı kavramının biçimsel boyutunun merkezde yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Türk hukuk sisteminde anayasa ve yasaların normlar hiyerarşisi mantığı çerçevesindeki hiyerarşik üstünlüğü, kamu yararının belirlenmesi ve tanımlanmasındaki temel hareket noktasını ifade etmektedir.

Türk hukuk sisteminde kamu yararının biçimsel boyutunun merkezi konuma sahip olduğunu söylemek diğer boyutların önem taşımadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle yargılama ve idari uygulamalarda kanunların yorumlanmasında kamu yararı kavramının kavramsal ve normatif boyutu büyük önem taşımaktadır. Belki de hukuk uygulamasında yasaların nasıl yorumlandığı meselesi, neyi betimlediğinden çok daha önemlidir.

Kamu yararı kavramının ne olduğunun belirlenmesi çabasının yanında kavramın doğasına uygun olan bir başka kavramsal çaba da belki kamu yararının ne olmadığına ilişkin yapılan betimleme ve tespitlerdir⁴³. Kamu yararının ne olmadığına ilişkin farklı örnekleri aşağıdaki gibi ortaya koymamız mümkündür:

1. Kamu yararı, çoğunluğa karşı belli kişilerin veya kişi gruplarının çıkarını tatmin etme aracı değildir.

Türk idare hukuku uygulamasında kamu yararının ele alınması bakımından bu yaklaşımın klasikleştiğini söylememiz mümkündür. Birçok idare hukuku

⁴² Türk hukuk tarihinde kamu yararı:

- **Maslahat prensibine dayanan kamu yararı**, s-l-h kelimesine dayandığından beraberinde bir uzlaşması, mutabakatı zorunlu kılmaktadır.
- **İstihsan prensibine dayanan kamu yararı**, h-s-n kelimesine dayandığından uzlaşma veya mutabakat şartı olmaksızın insanın iyiliğine olan bütün durumları kapsamaktadır.

şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulurdu. Kamu yararı, kural olarak, idari muamelelerde şer'i kaidelerle çizilen sınırlar muhafaza edilmek kaydıyla temel illet olarak geçerliliğini korumuştur. Bu ayrımın her iki tarafı da kendi içerisinde kamu yararının kavramsal, normatif ve biçimsel boyutu bünyesinde taşıyabilmektedir.

⁴³ Bu yöntemin Türk hukuk uygulamasında sıklıkla kullanıldığına bir örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin "Kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya aykırı sayılabilmesi için, kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetildiğinin saptanması gerekir." Şeklindeki ifadesi gösterilebilir. Bkz. E: 2010/30, K: 2012/7.

kitabında kamu yararı incelenirken, **kamu yararının değili** olarak kişisel ve maddi menfaat, siyasi çıkar, kanunlarda gösterilen özel amacı aşar şekilde menfaat sağlama yer almaktadır⁴⁴. Bu şekilde kamu yararı hakkındaki belirsizlik giderilmeye çalışılmış ve idarenin *duygusal, siyasi ve şahsi* nedenlerle hareket etmesi kamu yararının değili şeklinde ayıklama metodu diye anılan metot ile tespit edilmesi söz konusu olabilecektir⁴⁵.

2. Kamu yararının, modern liberal bir siyasi sistemde, bireyi yok eden ya da en azından göz ardı eden bir anlamı yoktur⁴⁶.

Bu kapsamda kamu yararı, bireysel hak, özgürlük ve çıkarlar ile genelin/toplulun çıkarlarının bir dengesini ifade etmektedir⁴⁷. Kolluk usullerinden izin ve ruhsatta olduğu gibi bazı idari faaliyetlerde kişisel çıkarların tatmininde de bizzat kamu yararı bulunmaktadır⁴⁸.

3. İdarenin sırf ekonomik çıkar elde etme amacı, ekonomik kamu yararına uygun değildir⁴⁹; ekonomik kamu yararı, idarenin ekonomik çıkarı değildir. Ancak idari etkinlikler arasında yer alıp idareye gelir sağlama amacı olan etkinliklerin kural olarak sırf bu sebeple kamu hizmeti sayılamamalarına rağmen, kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından idareye gerekli olan

⁴⁴ Örnek olarak bkz, Günday, **İdare Hukuku**, s. 161-162; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 4. Bs., Seçkin, Ankara, 2013, s. 402.

⁴⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 402.

⁴⁶ “Kamu yararı kişisel yararın karşısı değil ve fakat kişisel yarara empoze edilir.” Bkz. Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 371-372; Yaşar, **İmar Hukuku**, s. 117. Kamu yararı ile birey arasındaki ilişki hakkında bu bölümde aşağıda yer alan c. *Kavramın Bileşenleri* ve d. *Kavramın Tarihsel Dönüşümü* başlıkları altında ayrıntılı olarak durulacaktır.

⁴⁷ Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 359, 370. Aynı minvaldeki birçok karardan örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2012/128, K: 2013/7.

⁴⁸ Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 371.

⁴⁹ Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 370-371.

parasal kaynağı sağlamaları bakımından kamu yararına uygun olduğu ifade edilmiştir⁵⁰.

Kamu yararının, en azından, ne olmadığı noktasında yukarıda yer alan tespitler, kamu yararı kavramının ne olduğuna ilişkin ortak bir uzlaşının yakalanamadığı uygulamalarda, büyük önem taşımaktadır. Yargılama faaliyeti esnasında bir kamu yararı sorunsalı incelenirken, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi kamu yararı kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan bir durumun varlığının tespiti önemli bir yere sahiptir.

B. Kavramın Bileşenleri

Ekonomik kamu yararı kavramı, “ekonomi”, “kamu” ve “yarar” kavramlarının bileşiminden oluşan bir kavram olduğundan bu üç kavramın hemen bütün karakteristik özelliklerini bünyesinde taşımaktadır. Bu üç kavramın terkihi “ekonomik kamu yararı” şeklinde olabileceği gibi “kamunun ekonomik yararı” veya “genel ekonomik yarar” şekillerinde de oluşturulabilir. Üç farklı terkip arasında temelde önemli farklılıklar yer almaktadır. Terkip “genel ekonomik yarar” şeklinde yapılırsa; vurgu daha ziyade “yarar” kavramına yapıldığından liberal bir ekonomik düzenin hâkim olduğu toplum yapısı merkezi konuma sahip olmaktadır. “Kamunun ekonomik yararı” şeklinde bir terkip kurulursa vurgu “kamu” kavramına yapıldığından, kavram daha çok iradeci yaklaşımın argümanlarını yansıtmaktadır. Oysa kavram “ekonomik kamu yararı” terkihi ile kullanıldığında üçlü bir vurgunun bulunduğu söylemek mümkündür. Bu terkipte hem “ekonomi”, hem “kamu”, hem de “yarar” kavramları kurucu bir öneme sahiptir. “Ekonomi”, “kamu” ve “yarar” kavramlarının kurucu işlevlerinin korunması amacıyla bu çalışmada “ekonomik kamu yararı” kavramı tercih edilmiştir.

Ekonomik kamu yararı kavramı varlığını kendi bileşenlerinden alır. Hukuk ve ekonomi gibi disiplinlere atıfla kavramın varlığının ortaya konulması sadece bir postulatır, somutlaştırmadır. Çünkü hem ekonomik politikaların hem de hukukun

⁵⁰ İsmet Giritli v.d. **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 1051.

varlığı ve gerekliliği gerekçelendirilme bakımından kamu yararına atıf yapar. Yani kamu yararı bu disiplinlerin ortaya koyduğu birçok sonucun öncülü olmasına rağmen kamu yararının içeriğinin veya ne olmadığının belirlenmesinde hukuk ve ekonomi gibi disiplinler önemli rol oynar.

Ekonomik kamu yararı kavramının kavramsal olarak üç boyutu vardır: 1. “Kamu” kavramı ile ifade edilen toplum boyutu; 2. “Yararı” kavramı ile ifade edilen ahlaki boyut; 3. “Ekonomik” boyut.

1. Toplumsal boyutu ifade eden “**Kamu**” kavramı, toplumu sadece belli coğrafya üzerinde yaşayanlardan oluşan bir topluluk olarak değil, geçmişi, şimdisi ve geleceği ile bütün olarak değerlendirmeyi gerektiren ve toplumun bütünleşmesini sağlayan bir kavramdır. Bu sebeple kamu yararının temelinde, toplumun örfü-âdeti, tarihi, gelenekleri ve görenekleri, ananeleri, düşünce yapısı, dini anlayışı kurucu işleve sahiptir⁵¹. Kamu yararının toplumsal boyutu, kamu yararının içeriğinin **toplumun tarihi, kültürü ve ahlaki** konulardaki yerleşmiş kanaatlerini yansıtmasını, en azından bunlarla bir şekilde bağdaşabilir olmasını ve bunlara aykırı olmamasını gerektirir⁵². Bu bakımdan kamu yararına ilişkin bir görüş ancak bunlar tarafından doğrulanması durumunda kabul edilebilir. Diğer taraftan tepeden inme, toplumda bir reaksiyon oluşturunca, toplumu dönüştürme amacı taşıyan herhangi bir görüşün içerisinde “kamu” olan bir kavram ile gerekçelendirilmesi mümkün değildir⁵³. Bu tarz düşünceler insanlık değerine yönelik bir ideolojiyi yansıtabilir, bir

⁵¹ John Rawls, **Political Liberalism**, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 66-67; John Rawls, **A Theory of Justice** (Revised Edition), Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 48-49.

⁵² Kamu mallarından yararlanmanın tabi olduğu hukuki rejim bakımından benzer bir tasnif için bkz. Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 204-205.

⁵³ “Fakat ya siyasî yönetim böyle bir kanunun kamu yararına olduğuna inanırsa? Cevaplayayım: Herhangi bir kimsenin özel kanaati, eğer hatalı olsa da, nasıl onu yasalara uymaktan muaf tutmuyorsa, siyasî yöneticinin özel yargısı da (böyle diyebilirim) ona, kişilere kanunlar empoze etmeye yönelik yeni bir hak tanımaz; böyle bir hak, ona ne hükümetin anayasasında bahşedilmiştir ne de insanlara bunu kabul ettirmek onun gücü içindedir; özellikle de kendisine bağlı olanları ve mezheptaşlarını başkalarının mallarıyla zenginleştirip ileri götürmeyi amaçlamışsa. Fakat ya siyasî yönetim, böyle kanunlar yapma hakkının bulunduğu inanıyor, bunların kamu yararına olduğunu iddia ediyor ve buna karşılık vatandaşlar aksine inanıyorlarsa? Bunların aralarında kim hüküm

felsefi duruşu gösterebilir; ama kamu yararı gibi bir kavramla kendini meşrulaştırması rasyonel değildir.

“Kamu” kavramının toplum, ortak, genel, kolektif gibi benzer anlamı içeren kavramlardan bazı farklılıkları vardır. Örneğin “kamu” kavramı, sadece yaşayan toplumu değil; bir toplumu geçmiş ve geleceğiyle bir bütün olarak temsil eder⁵⁴. Yine “kamu”, her zaman ortak ve geneli temsil etmek zorunda değildir; sağlıkta olduğu gibi bazı durumlarda bir kişinin veya bir grubun çıkarını ifade eder⁵⁵. “Kamu” kavramı, toplumu ifade etmenin yanında devlet/idare anlamında da kullanılmaktadır⁵⁶. Kamu malları terkinde yer alan “kamu” kelimesi, bu malların devlet/idare ve kamu hukuku ile olan ilgisini kurmaktadır⁵⁷.

Yukarıdaki belirlemelere rağmen, “kamu” kavramı üzerinde birçok tartışma olan ama net bir kanaate sahip olunamayan bir kavramdır; *kamusallık*, *kamusal alan*⁵⁸, *kamu idaresi*⁵⁹ gibi birçok farklı terkipte ve farklı işlevde kullanılmaktadır. Kamusal kelimesi Roma Hukuku’nda özeli karşıtı olarak (*publicus* vs. *privatus*) kullanılmış

verecek? Cevap vereyim: Sadece Tanrı.” Bkz. John Locke, **Hoşgörü Üstüne Bir Mektup**, (Çevrimiçi: <http://www.liberal.org.tr/incele.php?id=NjU0>), (28/05/2013).

⁵⁴ 1961 Anayasasından günümüze kadar Türkiye’de kamu yararı ile toplum yararı arasında bir fark oluşturma yoluna gidilmiş olsa da, kavramsal bakımdan böyle bir farklılığın temellendirilmesi mümkün değildir. Kamu yararı kavramının tartışmalı içeriğinden toplum yararı gibi benzer kavramların üretilerek kaçınılmak istenmesinin kamu yararı sorunsallarını artırdığı kanaatindeyiz. “Toplum yararı” ile “kamu yararı” arasında 1961 anayasasının bilinçli bir ayırım yaptığı konusundaki yorumlar için bkz. Ümit Doğanay, “Toplum ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık Dergisi**, Ankara, 1974, s. 5-8; Ruşen Keleş, “Kent ve Çevre Değerleri Bağlamında Kamu Yararı Kavramı”, **Merkez Planlama Denetimi**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2000, s.1; Gürkan Gezim, “Kıyıların Toplum Yararına Kullanılması Alternatifleri Üzerine”, **Mimarlık Dergisi**, 1976, Yıl: 14, Sayı: 147, s. 60.

⁵⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 140.

⁵⁶ Türk Dil Kurumu, **Büyük Türkçe Sözlük**, Çevrimiçi: <http://www.tdk.gov.tr> (16/08/2012).

⁵⁷ Gülân, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 13.

⁵⁸ *Kamusal* ve *kamusal alan* kavramlarının kullanıldığı kanunlara örnek olarak, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun verilebilir.

⁵⁹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, “kamu idaresi” kavramını birçok kez kullanmaktadır.

olmasına rağmen sonraki dönemlerde kamusalılık aynı zamanda sıradanlığı, açıklığı ve görünürlüğü ifade etmeye başlamıştır⁶⁰.

Kamu yararı kavramının en önemli boyutu toplum boyutudur. Öyle ki yasalar ve bütün idari işlemler ve idarenin bütün faaliyetlerinde kamu yararı toplumun özne olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle toplum lehine ama topluma rağmen bir karar alınması ve uygulanması kamu yararına kesinlikle aykırı olacaktır. Merkeze toplumun alınması demek toplumun temel değer, tarih ve kültürünün gereklerinin merkezde olması anlamına gelmektedir.

Kamu yararının en temel öğelerinden biri olan **kamusalılık**, kamu yararının belirlenmesinde idarenin özne olarak kabul edilmemesini de gerektirir⁶¹. Yani kamusalılık düşüncesine göre “idarenin yararı = kamu yararı” denilemez. Bu sebeple ekonomik kamu yararı kavramının idarenin mali yararı ve ekonomik yararı ile aynı anlamda kullanılması çok yanlıştır. Kaldı ki günümüzde organik anlamda idarenin içeriğinin tespiti oldukça güçtür; bu tespit için artık kamu tüzel kişiliği ölçütü hemen hemen tamamıyla ölçüt olmaktan çıkmış durumdadır. Bir organizasyonun idare içerisinde yer alıp almadığını belirleme kriteri günümüz Türk idare hukukunda oldukça muğlaktır. Teorik anlamda bir organizasyon, kamu tüzel kişilikleri tarafından kamusal usullerle kurulup yönetildiği ve işletildiği oranda kamusal, ekonomik otoritelerce yönetilip işletildiği oranda özeldir⁶². Ancak idarenin kuruluşunda ve/ya işleyişinde kısmen söz sahibi olduğu organizasyonlar ile idarenin özel hukuk hükümlerine göre kurduğu ve/ya işlettiği şirketlerin kamusalılığı çok tartışmalıdır.

⁶⁰ Nazile Kalaycı, “Kamusal alan kavramı üzerine bir inceleme: Aristoteles-Marx-Habermas”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi)**, Ankara, 2007, s. 107-108.

⁶¹ Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 370-371.

⁶² Barry Bozeman, **Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism**, Washington D.C., Georgetown University Press, 2007, s. 18.

Bu noktada karşımıza birçok önemli sorun çıkmaktadır⁶³:

1.1. İlk sorun; toplumun sahip olduğu birçok farklı örf-adet, gelenek ve görenek gibi unsurların nasıl “kamu” gibi bir kavram ile tek potada toplanacağına ilişkindir⁶⁴. Bu sorunun boyutlarını göstermesi açısından, modern devletlerde yönetim sistemlerinin kamu yararı ile ilişkisi şu şekilde kategorize edilebilir⁶⁵:

- Toplum üzerinde aşırı güç kullanımı, kamu yararına kesinlikle aykırıdır ve zulme sebep olur; bu olumsuzluğun giderilmesinde çoğunlukçuluk ve çoğulculuk kavramına atıf yapılır.
- Çoğunlukçuluk fikrinin merkeze alınması çoğunluğun zulmüne sebep olur; bunu erkler ayrılığı sistemi ile giderebiliriz.
- Sert erkler ayrılığı sistemi hükümetin ve yönetimin yetersizliğine sebep olur; bu merkeziyetçilik ile giderilebilir.
- Aşırı merkeziyetçilik de zulüm doğurur.

Modern devletlerde bu kategorilerden birinin tercih edilip diğerlerinin dışlanması hukuk devleti ve insan hakları gibi temel yönetim ilkelerine uygun olmayan sonuçlar doğracığından meşru kabul edilmemektedir. Bu sebeple yönetim sistemi olarak bu kategorilerden herhangi birisi merkeze alınsa da diğerleri ile arasında kuvvetli bir dengenin kurulması kamu yararının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Yani kamu yararı bunlar arasında bir denge kurulmasını zorunlu kılmaktadır; bu dengenin kurulmasında toplumların yapısı, içinde yaşadığı coğrafya, tarihi ve kültürel birikimine göre farklı ve meşru yönetim sistemleri söz konusu olabilir. Örneğin bu denge ABD’de federasyon ve başkanlık sistemi ile İngiltere’de meşruti-monarşi sistemi ile Almanya’da federasyon ve parlamenter sistem ile

⁶³ “Kamu” kavramı ile birlikte birçok psikolojik, sosyolojik ve felsefi sorun ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sorunlardan birçoğu çalışma konumuzla doğrudan ilgili olmadığından bu sorunlardan sadece birkaç tanesine temas etmeyi uygun görüyoruz.

⁶⁴ Kural olarak günümüzde bunların tayin ve takdirinin hukuki olmaktan daha ziyade siyasi bir mesele olduğunu ve yasakoyucunun ve mahkemelerin takdirinde olduğunu söyleyebiliriz.

⁶⁵ Douglas F. Morgan, “The Public Interest”, in **Handbook of Administrative Ethics**, Second Edition, Ed. by. Terry L. Cooper, Marcel Dekker, New York, 2001, s. 156.

Fransa’da üniter ve yarı-başkanlık sistemi ile ve Türkiye’de üniter ve parlamenter sistem ile kurulmaya çalışılmaktadır⁶⁶. Dikkat edilirse bu dengenin kurulmasında en önemli yapı taşlarından biri demokrasidir. Bu sebeple J.J. Rousseau, J.S. Mill (faydacı liberalizm), J. Dewey (pragmatizm), J. Rawls (siyasi liberalizm) gibi çağımızdaki düşünce birikimi üzerine derin etkisi bulunan birçok düşünür kamu yararı kavramını demokrasi ile birlikte ele almaktadır.

1.2. İkinci sorun; kamu yararı kavramı, sadece devletin veya hükümetin doğrulanmasında işlev görmeyip, idarenin bütün politika, eylem ve işlemlerindeki en önemli unsurlardan birini oluşturmaktadır. Demokrasinin imkânları Türkiye’deki idari faaliyet ve tasarruflarda çok sınırlıdır: örnek olarak üst normun belirlenmesi, yönetici personelin atanması gibi noktalarda demokrasinin etkin olduğundan bahsedilebilir. Bu noktada en önemli sorun, demokrasinin yetersiz kaldığı idari tasarruflarda idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini, kamu gücünü ve diğer bütün yetkilerini kullanırken “kamu” ile ilişkisinin nasıl sağlanacağına dairdir.

İdarenin sahip olduğu kamu gücü imtiyazlarının ve diğer birçok yetkisinin toplumun tarihi, kültürü ve ahlaki düşüncelerine hizmet edecek en azından bunlarla zıtlamayacak şekilde kullanılmasını temin etmede demokrasinin imkânlarının yetersiz kaldığı noktada çözümü sağlamanın en iyi yolu, toplumsal yapıyı oluşturan **sosyal formların**⁶⁷ dikkate alınmasıyla mümkündür. Aksi takdirde kamu yararının meşrulaştırıcı işlevi temelini kaybedecek, kendi içerisinde bir paradoksa düşecektir. Birinci sorunda olduğu gibi bu sorunda da farklı kültür ve ahlaki düşünceler arasında nasıl bir denge kurulması gerektiği çok önemlidir. Ancak denge için en önemli etken, idari politikaların bölgesel ögelere göre esnek bir yapıya sahip olmasını temin etmek, hâkim kültürün ve hâkim ahlaki kanaatin diğer kültür ve kanaatler üzerinde temel insanlık değerleri ile akla aykırı olarak baskı yapmasını önleyerek bütün kültür ve ahlaki kanaatlerin kendi otonomileri ile baş başa kalmasını temin etmektir. Yani

⁶⁶ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 18.bs, Ekin, Bursa, 2011, s. 58-118.

⁶⁷ Özellikle bireysel otonomiye gerçekleştirmeyi bir kamu yararı göstergesi olarak devlete görev olarak yükleyen Raz, kişisel esenliğin bireysel otonomi için taşıdığı önemi sosyal formlar ile açıklamaktadır. Bkz. Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Oxford, New York, Oxford UP, 1988, pp. 307-313.

idarenin faaliyetleri ancak yetki alanındaki kültürel öğeleri desteklemek şeklinde olabilir; çatışma durumunda hâkim kültürün diğer kültürler üzerindeki etkisinde hukuka aykırılıkları önlemesi gerekir.⁶⁸

Birey ile toplumun ilişkisi özellikle kamu yararının belirlenmesi açısından çok önemlidir. Kamu yararı hakkında yapılan birçok çalışmanın en önemli problematiklerinden biri **kamu yararı ile bireysel çıkar arasındaki ilişkidir**. Bireysel çıkar ile kamu yararı ilişkisi genel olarak şu şekilde sınıflandırılabilir:

- Kamu yararı ile bireysel çıkarın sürekli çatışma içerisinde olduğu kabulüne dayanan ve kamu yararını bireysel çıkara üstün gören yaklaşımlar; bu yaklaşımlara örnek olarak, Platon (ideal devlet), Aristoteles (onur gibi toplumsal değerlerin bireysel menfaatlere üstünlüğü), Aquinas (ortak iyi), Rousseau (genel irade)⁶⁹, Hegel gibi filozofların devlet ve hukuk düşüncelerinde bireysel çıkarın dışlanmasına dayalı bir kamu yararı kavramı benimsenmiştir⁷⁰.
- Kamu yararını bireysel çıkarlardan farklılaştırmayan ve bireysel çıkarların toplamından ibaret gören yaklaşımlar; Locke, Hobbes, Bentham, Hume, Mill gibi klasik liberal teorisyenler kamu yararını kendi devlet ve toplum modellerinde bireysel çıkarların bir toplamı şeklinde ele almışlardır.
- Kamu yararının bireysel çıkarlar ile bir denge içerisinde ele alınmasını savunan yaklaşımlar. Günümüzde özellikle Rawls gibi siyasi liberaller ile Raz gibi bazı faydacı liberaller kamu yararını bireysel çıkarların bir toplamı olarak görmekten ziyade, bir topluluğun paylaşılan (ortak) çıkarları olarak ele almaktadırlar. Bu yaklaşımı savunanlara göre, paylaşılan (ortak) çıkarlar ise, otonomi, eşitlik, özgürlük ve adalet gibi bazı temel değerler etrafında şekillenmektedir. Yani

⁶⁸ Belediye kanununun 13. maddesi belediyenin görev ve yetkilerini hemşehri hukuku kapsamında kullanmasını bu minvalde düzenlemiştir.

⁶⁹ Yakup Levent Korkut, “Hukuki Çıkarım ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994, s. 53-55.

⁷⁰ Marks’ın devlet ve hukuk düşüncesinde kamu yararının kurucu bir yerinin olmadığını söylememiz mümkündür.

toplumsal çıkarların bireysel çıkarlara üstünlüğü prensibi⁷¹ bu değerler söz konusu olduğunda geçerli kabul edilmeyecektir⁷²; bilakis kamu yararı toplum içinde bu değerlerin yükseltilmesini temin etme aracı olarak işlev görecektir. Bu değerlerin kamu yararı ile ilişkisini kısaca şu şekilde belirtebiliriz:

1.1. Otonomi; ekonomik kamu yararının anlamları ve idare hukukundaki işlevlerinin tespitinde ve değerlendirilmesinde en temel sabit noktalardan biri bireysel otonomidir. Buna göre kişinin kendini en iyi gerçekleştirebileceği toplumsal dinamiklerin oluşturulması ve sürekliliğinin sağlanması kamu yararının en önemli göstergelerinden biridir⁷³. Bireysel otonominin varlığının asgari koşulları kişinin fiziki ve şahsi varlığının güvence içerisinde olması kamu yararı için hem bir ölçü hem de sınırdır⁷⁴. Aksi halde kamu yararı umumi menfaat için bir kişinin bireysel otonomisini yok sayma sonucunu doğurur ki; günümüzdeki hiçbir kamu yararı kuramı tarafından bu savunulmamaktadır. Yani böyle bir toplum-birey çatışmasında bireyin otonomisine karşı toplumun öncelenmesi tek başına kamu yararı ile meşrulaştırılamaz.

1.1.1. Eşitlik; bireyin ekonomik ve toplumsal açıdan kendini gerçekleştirme imkânının bulunmasını ifade eder. Eşitlik, kamu yararının tespitinde bireylerin hak, özgürlük ve çıkar bakımından, kural olarak, hukuken eşit statüde olduğunun kabulünü gerektirir.

Felsefi anlamda eşitlik düşüncesini *dağıtım sorunu* çerçevesinde ele aldığımızda, kamu yararı, statü eşitliğinin ihmal edilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Yani eşitlik ilkesine dayalı adalet düşüncesinin gereğini yerine

⁷¹ “Umum-i maslahat, hususi maslahatlara takdim kılınır.” Demir, **Mecelle ve Külli Kaideler**, s. 166.

⁷² “Maslahatlar vücut cihetiyle halis olamaz; muteber galebedir. (Örneğin) maslahatlarda adalet muteberdir.” Demir, **Mecelle ve Külli Kaideler**, s. 166.

⁷³ Raz, **The Morality of Freedom**, pp. 369-378.

⁷⁴ Günümüzde bireysel otonomiye örnek olarak anayasalar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler verilebilir. Türk hukuk tarihinde ise genel kabul gören can, mal, akıl, din ve nesebin toplum içerisinde güvence altına alınması buna örnek olarak verilebilir.

getirmek bazı durumlarda sosyal adalet düşüncesi ile zıtlasmaktadır⁷⁵, bu gibi durumlarda kamu yararı eşitliğe dayalı adalet düşüncesinin dışlanması en temel gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.

1.1.2. Özgürlük; bireyin toplum içerisinde temel hak ve hürriyetlerinin her türlü ihlale karşı güvence altına alınmasını ifade eder. Özellikle kamu yararının temel meşruluk kaynağı olduğu idari uyumsuzluklarda, ispat araçlarındaki belirsizlik, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile hukuki etkinlik arasında ciddi anlamda denge sorununa sebep olmaktadır⁷⁶. Böyle bir sorun bir yandan kamu yararının idare hukukundaki işlevlerinin sorgulanması, bir yandan da hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin geçerliliğinin sorgulanması sonucunu doğurmaktadır⁷⁷. Kamu yararının kavramsal ve işlevsel açıdan sebep olduğu bu sonuçlar özgürlük ile kamu yararı arasındaki tercihe bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, kamulaştırma idari işlemlerinde mülkiyet hakkının ihlali ile kamu yararı yarışmaktadır; burada kamu yararının somut içeriğinin olay temelli olması, yasa ile belirleme kuralının sınırlarını zorlayarak hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin tartışılmasına sebep olmaktadır. Aynı şekilde imar uygulamalarında planlama esasları ve şehircilik ilkelerinin yanında kamu yararının temel gerekçe olarak kullanılması mülkiyet hakkı⁷⁸ ile kamu yararının yarışmasına sebep olmaktadır. Benzer bir örnek personel hukuku bakımından geçerlidir; burada özellikle istisnai memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki atama ve disiplin işlerinde hizmet gerekleri ve kamu yararı ile çalışma özgürlüğü yarışmaktadır.

⁷⁵ İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki sahibi olduğu bütün durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

⁷⁶ Burcu Can, **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 78.

⁷⁷ Can, **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, s. 45, 75.

⁷⁸ İmar uygulamalarından daha çok olumsuz etkilenen kişiler için geçerli olan mülkiyet hakkına karşın, olumlu etkilenenler için sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı söz konusudur.

John Rawls'un *adalet kuramı* ile birlikte günümüzde eşitlik ve özgürlük ilkelerini temele alan düşünce ekolleri ortak noktada buluşmayı başarmıştır⁷⁹.

1.2. Sonuççuluk; sonuççu düşünceye göre toplumsal politikalardaki yararın ne olduğu politikaların sonuçlarına göre, toplum üzerinde doğurduğu etki ve tepkilere göre belirlenmelidir. Bu politikayı yürütenlerin niyet ve kanaatlerinin toplumsal konulardaki yarar üzerinde kurucu bir etkisinin olmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu düşünceye göre idarenin bütün işlem ve eylemlerindeki kamu yararı, tasarrufların sonuçlarına göre ölçülmelidir⁸⁰. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucunun herhangi bir kanunu vazederken hareket ettiği düşüncenin yanı sıra, yasanın doğurduğu sonucun kamu yararına uygun olup olmadığı da incelenmelidir⁸¹.

Kamu yararının toplumsal boyutu kapsamında sonuç olarak şunları söyleyebiliriz:

- Kamu yararının öznesi toplumdur (devlet/idare veya bir kişi veya grup değildir),
- Kamu yararı, bireysel çıkarlara karşı mutlak bir üstünlüğe sahip değildir,
- Kamu yararı, soyut bir gayeye değil sonuca odaklı somut bir işleve sahiptir.

2. Ahlaki boyutu ifade eden “**yarar**” kavramı, akıl, arzu ve duygu bakımından güzel ve iyi görülen, fayda sağlayan şeyleri ifade etmek için kullanılır.

⁷⁹ İnsanların bir arada yaşamalarını sağlayan ortak toplumsal değerleri formüleştiren kamu yararı düzen ve adalet unsurlarını bütünleştirmektedir. Kamu yararının sağladığı düzen, toplumdaki bireylerin asgari yaşama amaçları etrafında birleşmesini ve bu amaçlara doğru toplumu yönlendirmekle gerçekleştirilen uyumu ifade etmektedir. Bkz. Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, s. 36, 167.

⁸⁰ Türk hukuk tarihinde yaygın kullanım alanı bulan külli kaideler arasındaki “el-ibretü li'l-havâtım” (hükümler sonuçlara göredir) kaidesine göre, bir tasarrufun veya bir taahhüdün ne anlama geldiği veya bunlara dayanılarak bir yargı kararı verilmesi ancak o tasarruf veya taahhüdün sonucuna göre yani tasarrufun neticesine göredir.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E: 1986/16, K: 1986/25. Ayrıca bkz, Turan Yıldırım, “Yasama Yetkisinin Sınırı, Hukuk Devleti, Kamu Yararı, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 82; Turan Yıldırım, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **Anayasa Yargısı**, No: 18, 2001, s. 441.

İnsanın canı, bedeni ve içinde bulunduğu şartlar için elde ettiği bütün sevindirici güzelliklere denir. Yani kıtlık, darlık ve zararın zıddı olarak, bolluk, genişlik ve fayda anlamında kullanılır. Kişinin içinde bulunduğu sıkıntıdan kurtulması anlamına geldiği gibi istediği ve amaçladığı güzellikler, iyilikler anlamında da kullanılır.

Yarar kavramı bünyesinde taşıdığı ahlaki göndermeleri sebebiyle, menfaat ve çıkar kavramlarından farklılaşmaktadır. Kamu yararı, toplumun **çıkarna ve menfaatine** olan şeylerin yerine getirilmesini gerektirdiği gibi toplum için **zararlı** olan şeylerin de ortadan kaldırılmasını gerektirir. Günümüz idare hukukunda yarar kavramının çıkar kavramına tercih edilmesinin sebebinin bu olduğunu söyleyebiliriz.

Ahlaki boyutu merkeze aldığımızda kamu yararı, toplumsal olarak faydalı, iyi, uygun, elverişli ve yararlı olanların sağlanması ile zorlukların ve zararların giderilmesi anlamına gelmektedir.

İçinde kamu yararı ifadelerinin bulunduğu önermeler ahlaki önerme niteliğine sahiptir. Bu sebeple idari tasarruflar bakımından yararlı nitelemesinin yapılabilmesi zamana, şartlara ve duruma göre değişmektedir; tıpkı 1920'lerin "iyi telefon" nitelemesinin günümüz bakımından geçerli olmasının mümkün olmaması gibi.

Yarar kavramı, kamu yararının **olması gerekene** yönelmesini temin eden bir kavramdır. Sosyal politikaların yapılması, idarenin planlama, edim sunma veya herhangi bir faaliyette bulunması sürecinde kamu yararı, yarar kavramı ile yapılan politika ve faaliyetin sonucuna göre teşekkül edecektir. Bu durum idari faaliyetin yerine getirilme sürecinde olması gerekeni tespiti ve tesise zorlayacaktır. Kamu yararındaki bu ahlaki boyut, kavramın kavramsal içeriğinin hukuki yöntemlerle belirlenmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Olması gerekene yönelik bir çıkarım ya ideolojik/siyasi tercihlerin etkisinde kalarak şekillenmiş, ya da bir varsayımdan öteye geçmemiştir. Oysa hukuki akıl yürütme, kesin, belirli, mantık kurallarına sıkı sıkıya tabi bir çıkarım yöntemini gerektirmektedir; zira hukukun doğasında bu vardır. Hukukun bu özelliği ise var olana ve görünüşe bağlılığı

gerektirmiştir⁸². Bu sebeple pozitivist hukuk düşüncesinde adalet ve kamu yararı gibi ahlaki göndermeleri olan kavramlar hukuki akıl yürütmede dikkate alınmamıştır.

Kamu yararının ahlaki boyutunda özet olarak kamu yararının kapsamı aşağıdaki hallerde kendini gösterir:

- Kamu yararı iyinin, güzelin, kalkınmanın, menfaatlerin temin edilmesinin aracıdır. Burada kamu yararı daha çok edimselliği ifade eder.
- Kamu yararı kötünün, uyuşmazlıkların, çatışmaların, düzensizliklerin, olumsuzlukların ortadan kaldırılmasının aracıdır. Bu halde kamu yararı daha çok düzenlemeleri ifade eder.
- Kamu yararı olması gerekene yönelen genel bir maksattır. Bu gaye de ya bir çıkar elde etmek ya da düzensizliği ortadan kaldırmak için geçerli olabilir. Bu durumda kamu yararı daha çok toplumsal adalet gibi bir gayeyi, bir amacı ifade eder.

Bir norm veya idari tasarruf kamu yararı ile ancak bu üç kalıptan biri ile etkileşim içinde olursa meşrudur. Yani bir yarar tesisini veya zararın giderilmesini temin etmeyen veya bunlardan birine yönelmeyen tasarruflar meşru değildir.

3. Ekonomik boyut; ekonomik kamu yararı kamunun ekonomik olarak faydasını ifade eden boyuttur. Kural olarak toplum için en çok ekonomik faydayı sağlayan ve ekonomik olarak en etkin olan sonuç, ekonomik olarak kamu yararınadır. Terkipteki “ekonomik” sıfatı ekonominin hem maddi içeriğini hem de kullandığı inceleme yöntemlerini kapsamaktadır; ekonomi maddi içerik bakımından en genel anlamı ile parasal olarak, maddi olarak, aynı olarak bir kıymet taşıyan ve ölçülebileni ifade etmektedir. Bu sebeple ekonomik kamu yararının inceleme konusu, idarenin bütün tasarruf ve faaliyetlerinin konusunun ekonomik bir değer

⁸² Türk hukuk tarihinde yaygın kullanım alanı bulan külli kaideler arasındaki “el-hükümü li’z-zevâhir” (hükümler zahire göredir) kaidesine göre, bir tasarrufun veya bir taahhüdün ne anlama geldiği veya bunlara dayanılarak bir yargı kararı verilmesi ancak o tasarruf veya taahhüdün zahirine göre yani tasarrufun görünüşüne, delillerine göredir.

taşıyıp taşınamasına göre belirlenebilir. Örneğin kamu hizmetlerinde faaliyet konusunun ekonomik değer taşıyıp taşımadığına göre bir belirleme yapmak mümkündür; ancak hemen belirtmek gerekir ki böyle bir belirlemenin yapılması durumunda hemen hemen bütün kamu hizmetlerinin konusunun ekonomik olarak ölçülebilir nitelikte olduğu söylenebilir. Bu sebeple idare hukuku ders kitaplarında yer alan “ekonomik kamu hizmetleri” sınıflandırması tartışmaya açıktır.

Bu temel argümana rağmen ekonomik olanın ne olduğu kamu ve yarar kavramlarında olduğu gibi çok tartışmalıdır ve üzerinde ortak bir kanaat bulunmamaktadır. Maddi içeriği hakkındaki bütün tartışmalara rağmen ekonomi bilimi, günümüzde sosyal ve ekonomik hayat üzerinde en etkili bilim dallarından biri olmasını, ekonomistlerin ekonominin kullandığı matematiksel yöntemlerle sosyal olaylar hakkında çoğunlukla isabetli ve etkili sonuçlar çıkarmasına borçludur. Günümüzdeki ekonomik düşüncenin, ekonomistlerin kullandığı matematiksel yöntemlerin işlev gördüğü tüm alanları kapsayacak şekilde etkisini göstermekte olduğunu söyleyebiliriz. Yani ekonomi, hâkim ekonomik düşünce tarafından beşeri davranışlar bilimi olarak ifade edilmektedir. Öyle ki, günümüzde ekonomi disiplininin kapsamına, insan unsurunun bulunduğu her olgunun gireceği kabul edilmektedir. Bu sebeple ekonomistler idare hukuku ve diğer sosyal bilim dallarının bütün inceleme alanlarında kendi yöntemleri ile bilimsel incelemelerde bulunmakta ve etkin sonuçlar elde etmektedir.

Ekonomik kamu yararı idarenin ekonomik alana yönelik üstünlüğünü gerekçelendiren bir kavram olmaktan ziyade, idarenin ekonomik alana müdahalesini gerektiren ve/ya gerekçelendiren bir kavramdır. Kavramı bu şekilde okuduğumuzda ekonomik alana müdahalenin sınırını da bu gereklilik oluşturacaktır. Yani idarenin müdahalesi *apriori* mi olacak *aposteriori* mi olacak? Esas sorun budur.

Ekonomik kamu yararının sağlanması için genel ve kolektif gereksinimin karşılanmasının belirleyici unsur olarak ele alınması, bu ihtiyacın devlet tarafından karşılanmasını zorunlu kılmaz. Aşağıdaki bölümlerde bu olgu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C. Kavramın Kapsamı

Kamu yararının hukuk uygulamasındaki kapsamının tespiti bakımından aşağıdaki belirlemelerde bulunabiliriz:

3.1. Toplumsal yaşamın dirliği, düzeni ve devamı için zorunluluk olan unsurlar olarak kamu yararı⁸³.

İnsanın bedensel, zihinsel ve ruhsal varlığı ile sosyal, dini, kültürel ve ekonomik varlığını korumak bu tarz yararlardandır. Bu yararların genellikle zamana, şartlara ve taraflara bağlı olarak değişmesi söz konusu olmaz; bu yararların mantık kuralları çerçevesinde rasyonel olarak tespiti mümkündür. Bu tarz yararlarda toplum içerisinde herhangi bir mutabakatın bulunup bulunmadığının ölçülmesine de gerek yoktur, böyle bir doğrulamaya ihtiyaç yoktur. Bu tarz yararlar kural olarak, hiçbir zaman mensuh olmaz, başka bir şeyle ortadan kalkmaz ve hiçbir zaman haksızlık ile nitelendirilemez. Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetleri bu kapsamda değerlendirebiliriz. Örneğin baz istasyonlarının toplu yaşam alanına belirli bir mesafede kurulması zorunluluğu insanın beden ve ruh sağlığını korumayı ifade eden kamu yararının bir sonucudur. Toplumun bütün üyeleri toplum içerisinde böyle bir baz istasyonunun kurulmasını onaylasa bile idarenin buna izin vermemesi gerekir. Bu yararları idarenin hem kolluk faaliyetlerinde hem de kamu hizmeti faaliyetlerinde görmek mümkündür. Kamu düzeninin korunmasına yönelik idarenin aktör olduğu durumlarda kolluk faaliyetini gerekçelendirir; idarenin bir hizmet sunarken sebep olduğu bu tür zararlar dolayısıyla faaliyetin durdurulması veya zararın karşılanması ile kamu hizmetindeki kamu yararına aykırılıklar giderilmiş olur.

3.2. Toplumsal ihtiyaçların karşılanması olarak kamu yararı⁸⁴.

⁸³ Genel olarak devlet, hukuk, anayasa ve kanunların temel gerekçelendirilme aracı olan kamu yararını bu kapsamda değerlendirebiliriz. Bu anlamıyla Locke, Hobbes ve Rousseau'nun ortaya koydukları doğal durum sonrası dönem için kamu yararı kendini, özgürlük, barış, güvenlik ve genel irade şeklinde göstermektedir.

Toplumsal yaşam bakımından bir ihtiyacın, sıkıntının ve zararın giderilmesine yönelik olan yararlardır. Bu tür ve anlamı ile kamu yararı, insanlar arası ilişkilerde ortaya çıkan ihtiyaçların giderilmesini ifade etmektedir. Zamanın, çevrenin, tarafların, hal ve şartların değişmesiyle bu ihtiyaçlar nitelik ve nicelik bakımından değişiklik gösterir. Ayrıca bu yararların sürekli çatışma içerisinde olduğunu söylememiz mümkündür. Yani toplumsal olarak bir ihtiyacın giderilmesi bazı kişi/lerin ya sahip oldukları haklar ve özgürlükler ile ya da çıkarlar ile çatışma içerisinde. Örneğin ulaşım hizmetinin yürütülmesi kapsamında yol yapımı, ilgili mülk sahiplerinin çeşitli hak ve çıkarları ile toplumsal ihtiyaçların çatışmasına sebep olmaktadır.

3.3. Toplumsal refahın ve mutluluğun artırılması olarak kamu yararı⁸⁵.

Gerçekleştirilmesinde herhangi bir toplumsal ihtiyaç söz konusu olmadan, toplumun kalkınması, refah düzeyinin ve mutluluğunun artması söz konusu olan yararlardır. Bu yararların gözetilmemesi durumunda ne birlikte yaşamın zorunlu unsurlarını bünyesinde barındıran toplumsal düzen yok olur, ne de toplum sıkıntı ve zorlukla karşılaşır; fakat amaçlanan bu özelliklerden mahrum olan toplumsal yaşam *geri kalmış* olarak nitelendirilir. Bunlar da zamanın, çevrenin, tarafların, hal ve şartların değişmesiyle değişiklik gösterir ve sürekli bir çatışma içerisinde.

D. Kavramın Doğası

Kamu yararı, tarih öncesi dönemlerden modern hukuka miras kalan kadim kavramlardan biridir⁸⁶. Günümüzde kamu yararı, devletin ve kamu hukukunun özellikle de idare hukukun temelinde yer almaktadır⁸⁷. Kamu yararı, bir faaliyete

⁸⁴ Özellikle idarenin kamu hizmeti faaliyetinin gerekçelendirilme aracı olan kamu yararını bu kapsamda değerlendirebiliriz.

⁸⁵ Örnek olarak idarenin özendirme ve destekleme faaliyetlerinin gerekçelendirme aracı olan kamu yararını bu kapsamda değerlendirebiliriz.

⁸⁶ Aydın Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 2000, s. 23.

⁸⁷ Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 23.

devlet ya da kamu faaliyeti niteliğini kazandıran, hukuka uygunluğun ölçütü olarak kullanılan bir kavramdır⁸⁸. Kamu yararı, bütün idari faaliyetlerde nihai bir gaye olarak aranmakta ve bu sebeptir ki, idare hukukunun temel prensiplerinden birini oluşturmaktadır. Bu hususta doktrin ve içtihat tam bir mutabakata varmış olmasına rağmen, kavramın mahiyeti üzerinde birçok tartışma ve farklı görüşler bulunmaktadır⁸⁹.

Kamu yararı kavramının üzerinde yapılan spekülasyonlar ve farklı görüşler arasında kavramsal bir uzlaşının olmamasının en önemli sebeplerinden birisi kavramın ontolojik yapısı ve hukukta ele alınış biçimi ile ilgilidir. Kamu yararına ilişkin kavramsal problemlerin büyük çoğunluğu, kavramın tıpkı “hukuk” ve “adalet” kavramları gibi ele alınışından kaynaklanmaktadır. Hukukçular nezdinde:

- A faaliyeti hukuka uygundur,
- A faaliyeti adalete uygundur,
- A faaliyeti kamu yararına uygundur,

şeklinde formüle edilen bir kullanım alanı vardır. Yani bu kavramlar hukuki faaliyetlerin meşruluğu ve kabul edilebilirliği için bir sıfat ve ölçü niteliği taşımaktadır. Bu sebeple bu kavramların hukuk disiplininin bütününü kuşattığı söylenebilir ama hukuk disiplininin içerisinde (alt kümesinde) olduğu söylenemez. Yani bu kavramların hukuk disiplininin ayrı ontolojik varlığı söz konusudur.

3.1. Kamu yararı kavramının en önemli kavramsal özelliklerinden biri toplamacı ve kolektif bir kavram olmasıdır. Kamu yararı kavramı geleneksel hukuk ve siyaset teorisindeki “maslahat”, “istihsan”, “ortak iyi” ve “genel irade” gibi toplamacı kavramların modern bir görünümü olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramların bugün modern hukuk düşüncesinde itibar kaybetmesinin sebebi grup, topluluk, toplum gibi kolektif kavramların ahlaki içerikleri ile birlikte bireylerin

⁸⁸ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

⁸⁹ Yıldızhan Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, **İÜHF**M, C: XXX, S: 3-4, s.1036.

çıkarından daha üstün değerleri temsil eder konuma yükseltilmesidir⁹⁰. Bu kolektif kavramların metafizik göndermelerle bireylerin doğru ve gerçek amaçlarını temsil ettikleri düşüncesine dayalı olarak klasik kamu yararı kuramcıları, kamu yararı kavramı aracılığıyla bireylerin başka türlü elde edemeyecekleri yararları temin etmekte olduğunu savunmaktadır.⁹¹ Böylece idarenin varlığı temellendirilmiş olmaktadır. Ama yirminci yüzyılda bireylerin ve azınlıkların baskı altına alınmasının sorumlusunun bizatihi bu kavramlardan kaynaklandığı iddia edilmiş ve *ortak iyi* benzeri toplamcı kavramların kullanımı hukuk ve siyaset düşüncesinde terk edilmiş⁹² veya temel unsurları ile birlikte dönüşüme uğramıştır.

Kamu yararının toplamcı/kolektif içeriğe sahip bir kavram olması, *ideolojik ve/ya varsayıma dayalı bir kavram*⁹³ olması sonucunu doğurmuştur.

3.2. Kamu yararı kavramının en karakteristik özelliklerinden biri de somut olaya bağımlılıktır; her somut olay bakımından analiz zorunluluğudur. Bu somut olaya bağımlılık özelliği, kavramın gerekliliğini ve işlevinin meşruluğunu tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bu tartışmadaki kilit nokta ise kavramın idarenin üstünlüğünü zorunlu kılmasıdır.

Somut olaya bağımlılıkta en temel çıkış noktası sosyal olgu tezidir. Sosyal olguyu hukuk kavramının en temel unsurlarından biri olarak kabul ettiğimizde idarenin ekonomik alana yönelik faaliyetleri bakımından *hukuk* niteliğini ancak ekonomik kamu yararı kavramı ile temin ettiği söylenebilir. Bu bakımdan konuya yaklaşıldığında **ekonomik kamu yararının en önemli işlevi** idare hukukunun bir hukuk olmasını sağlamasıdır.

⁹⁰ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 459-460. Aksine olarak bu kavramların modern İslam düşüncesindeki sahip olduğu itibarın sebebi, geleneksel İslam düşüncesinin modernite karşısındaki direncini kırmaktır.

⁹¹ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 459-460.

⁹² Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 459-460.

⁹³ Gülan, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, s. 23.

Sosyal olgu, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin idare hukuku bakımından karakteristik özelliklerinin hissedilebildiği en uygun zemini oluşturur. Bu sebeple Türk idare hukuku Anglo-Amerikan modele doğru dönüştüğünde idare hukukunun alanı daralmayacak bilakis genişleyecektir. Bu genişlemeyi sosyal olgu tezinin bir sonucu olarak okumak yanlış olmayacaktır.

3.3. Kamu yararı kavramının diğer bir karakteristik özelliği de içeriği sürekli değişen bir kavram olmasıdır. Sosyal ve ekonomik gereklilikler kamu yararının içeriğini somut olay bakımından en adil sonucun gerçekleşmesi için sürekli olarak değişime ve dönüşüme zorlamaktadır. Kavramın bu somut olaya bağımlılığı ve sürekli değişmesi kavramsal olarak tanımlanmasını imkânsız hale getirmektedir. Bu sebeple kamu yararı bakımından esas üzerinde durulması gereken nokta kavramın temel özelliklerinin yanında, mahiyetinin ve işlevinin ortaya konulması olmalıdır; adeta kavramın etrafında dolanarak neyi kapsamadığının ve neyi kapsadığının, en azından genel ilkeler çerçevesinde, belirlenmesi gerekir.

Kamu yararını somut olay odaklı inceleme zorunluluğu kavramın içeriğine ilişkin ortak bir anlayışın oluşturulamayacağı anlamına gelmez. Yani kavramın somut olaya özgülüğü ve sürekli değişen bir içeriğe sahip olması, kavramın içeriği hakkındaki genel ve ortak bir nosyonun varlığını redde götürmemelidir. Bu durum aynı minvaldeki hukuki olayların ve mahkeme kararlarının incelenerek, kamu yararı bakımından ortak ve genel bir nosyonun tespitini zorunlu kılar; Bu çalışma kapsamındaki önemli hedeflerimizden birisi de budur. Örneğin Almanya’da yapılan bir doçentlik çalışması⁹⁴, kamu yararı bakımından normatif değerlendirmenin gerekliliğinden bahsederek bunu Alman anayasasındaki insan onuru prensibine dayandırmıştır.

E. Kavramın Tarihsel Dönüşümü

Aristo’da kamu yararı (*to koinēi sympheron*) bir siyasi toplumun kuruluşu bakımından önemli gördüğü anayasanın gerekçelendirilmesini (haklılaştırılmasını)

⁹⁴ Michael Anderheiden, **Gemeinwohl in Republik und Union**, Jus Publicum, Mohr Siebeck, 2006.

temin eder. Thomas **Aquinas**'ta kamu yararı (*bonum commune*) Summa Theologiae'de *ortak iyi* ile kavramsallaştırılmış olup, idarenin en değerli amacı olarak ele alınır. John **Locke**'un Second Treatise of Government'inde kamu yararı, aşkın siyasi amaçlardan biri olarak ele alınır: "insanların barışı, güvenliği ve ortak iyiliği". 20. yüzyılda: Emmette Redford kamu yararını, etkin düzenleyici idare için bir anahtar olarak ele alır⁹⁵; Phillip Monypenny kamu yönetimi düşüncesini, kamu yararı kavramının ahlaki içeriğine bağlamıştır⁹⁶; Woodrow Wilson ünlü siyaset-idare dik otonomisini kamu yararı kavramına dayandırmıştır⁹⁷.

Günümüz modern hukuk sistemlerinin yapı taşlarından biri olan kamu yararının tarihsel dönüşümünün en önemli kırılma noktası olarak modern düşünceyi ve bireyin doğuşunu gösterebiliriz. Diğer bir ifade ile modern düşüncenin temel prensiplerinden olan rasyonalite ve birey, kamu yararının dönüşümündeki önemli bir kırılma noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern düşünce ile birlikte kamu yararının girdiği bu dönüşüm, kamu yararının bütün içeriğinde ve unsurlarında gerçekleşmiştir. Öyle ki kamu yararı nedir sorunundan, kim tarafından nasıl belirleneceği sorununa, etkisi ve işlevinin ne olacağına ilişkin sorulara kadar bütün kapsam dönüşüme uğramakta, dönüşmek zorunda kalmaktadır. Bu dönüşüme direnen kamu yararı yaklaşımları hukuk ve siyaset düşüncesinde tamamen dışlanma ile karşı karşıya kalmıştır.

Modern hukuk ve siyaset düşüncesinde kamu yararı kavramı 17. Yüzyıl öncesinde çok geniş bir kullanım alanına sahip değildir. Siyaset ve hukuk düşüncesinde kamu hizmeti gibi kamusal politikalarda kamu yararı kavramı yerine *ortak iyi*, *kamu refahı* (*summum bonum*) gibi kavramların kullanılması tercih edilmekteydi. Bunun sebebi bu kavramların ahlaki göndermeleri sayesinde toplumsal değerlerin kişisel yarardan öncelikli ve üstün olmasını sağlamasıdır. Kişisel çıkarı

⁹⁵ Emmette Redford, "The Protection of the Public Interest with Special Reference to Administrative Regulation", **American Political Science Review**, Vol. 48/4, 1954, pp. 1103–13.

⁹⁶ Phillip Monypenny, "A Code of Ethics as a Means of Controlling Administrative Conduct", **Public Administration Review**, Vol. 13/3, 1953, pp. 184–87.

⁹⁷ Woodrow Wilson, **The Study of Administration**, Reprinted 1913, Public Affairs Press, Washington DC, 1955.

dışlayan ve bunlardan üstün konumlandırılan toplumsal değerlerin temelinde 17. yüzyıl Avrupa'sında bazen kilisenin yönlendirmesi (Tanrının iradesi, ahlaken değerli görülen bir şekilde yaşama gibi), bazen de seküler toplumsal gerçeklikler (ulusal güvenliğe karşı vatandaşlık görevlerinin önceliği gibi) yer almaktadır. Kamu yararı kavramı, 1640'lı yıllarda İngiliz iç savaşında, kişisel yararların özgürleştirilmesi ve yükseltilmesi adına mücadele veren dini, ekonomik ve siyasi grupların çatışması sonucu, *ortak iyi* gibi değer yüklü, toplumsal önceliği bulunan kavramların yerine geçmeye başlamış ve benzer minvalde yaşanan Fransız ihtilali ile teorik ve pratik olarak olgunlaşmış haklar beyannamesinde *genel irade* olarak yerini almıştır⁹⁸. Ortak iyi kavramı yerine kamu yararı kavramının kullanılmaya başlanması, ortak iyinin toplumdaki bireylerin kişisel çıkarlarının haricinde ve onlardan daha üstün olarak konumlandırılması⁹⁹ görüşünün reddi anlamıyla bütünleşmiştir. Siyaset ve hukuk düşüncesinde bu mücadele, kraliyete karşı cumhuriyetçilerin verdiği bir mücadele olarak, ortak iyinin kişisel yararı kuruculuğundan çok kişisel yarara göre ikincilliğini ortaya koyan bir mücadele olarak da okunabilir. Kamu yararı teorisinde kişisel yararın toplumsal politikalarda kurucu ve birincil nitelikli işlevi en temel ilkelerden bir tanesidir.¹⁰⁰

Kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki bu tarihsel ilişki, kamu yararı kavramının ortaya çıkması ve günümüze kadar geçirdiği dönüşümde en temel etkenin ekonomik olduğunu göstermektedir. Bu durumda modern hukuk ve siyaset düşüncesinde ekonomik kamu yararının çok köklü bir yeri vardır.

⁹⁸ “Kanun genel iradenin ifadesidir” şeklinde 6. maddede açıkça ifade edilmiştir. Beynamede yer kamu yararı düşüncesinin biçimsel olarak kanun ile aynılığı, kişisel yararların koplama ile aynı olmak zorunda olmayan ve klasik *ortak iyi* düşüncesindeki genel ve soyut bir kamu yararı düşüncesini yansıtmaktadır. Buna göre kamu yararının içeriğinin ne olduğuna bakılmaksızın yasama organı tarafından yapılan her yasa biçimsel olarak kamu yararını yansıtmaktadır. Buna bağlı olarak yasaların dışında kalan diğer alt tasarrufların kamu yararına uygunluğu yasaya uygunlukla sağlanmaktadır. Bkz. Akıllıoğlu, s. 12.

⁹⁹ Aynı içeriğe sahip yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi Kararına örnek olarak; “Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.” bkz. E: 2010/30, K: 2012/7.

¹⁰⁰ Morgan, “The Public Interest”, p. 151. Ayrıca ortak iyi ile kamu yararı arasındaki farkı Flathman şu şekilde ifade etmiştir: kamu yararı, ortak iyiden farklı olarak, devletin politika üretirken göz önünde tutması gereken ve yönetimin faaliyetlerini rahatlıkla yürütebilmesi için ona meşruluk sağlayan bir ölçüttür. Bkz. Flathman, **The Public Interest**, p. 4.

Kamu yararı, ortak iyi ile kişisel ahlak arasındaki çatışmada çözüm yolu sunan, arabulucu işlev üstlenen bir kavram olmuştur. Kantyan düşüncede ve modern felsefede ahlakın kişisel olarak ele alınması ortak iyiyi dışlama sonucunu doğurmuş ve kamu yararı kavramının yerleşmesini temin etmiştir.

Kamu yararı, ortak iyi gibi kavramların yerine kullanılmaya başlayınca bu süreçte yüklendiği en temel işlevleri şu şekilde ifade edebiliriz:

- Çıkarların dengelenmesi: Kamu düzeninin sağlanıp korunabilmesinin en iyi yolu toplum içindeki farklılaşabilen grupların çıkarlarını dengelemektir. Böylece 17. yüzyıl Avrupa'sında monarşi, kilise ve soylular geleneksel statülerini yitirmeye başlamış ve geleneksel kurumsallıklarının değeri tartışmaya açılarak düşmeye başlamıştır.
- Kişisel çıkarları koruma ve artırma: Kişisel çıkarlar, ulus-devletin ekonomik refahını artırmada çok önemli yere sahiptir; 17. yüzyılın sonlarında serbest ticaret, merkantilizm ve özel mülk edinme fikri üzerine yapılan tartışmalar, ekonomik kamu yararının kişisel ekonomik kazanımlara bağlı olduğu hakkında yaygın bir inanç doğurmuştur. Bu inanç, kişisel yararı korumanın dini ve siyasi faydası ile birlikte düşünüldüğünde, kamu yararının kişisel yararları koruması gerektiği fikrinin zeminini hazırlamaktadır.

Kamu yararının tarihsel süreci, kamu yararı hakkındaki şu temel ilkeleri ortaya çıkarmıştır¹⁰¹:

- Kamu yararı, bireylerin kişisel yararlarını dikkate almadan tanımlanamaz ve içeriği belirlenemez.
- Kamu yararının varlığı, ortak iyi ve kamusal refah gibi evrensel ahlaki statüleri olan kavramlardan farklı olarak, araçsaldır ve bir kurgu sorunudur.
- Yönetimin temel amacı, bireylerin fikri ve ahlaki seviyesini tepeden inmececi bir mantıkla fiilen ve zorla yükseltmekten ziyade, yönetenler ile yönetilenler arasındaki çıkar birlikteliğini güvence altına almaktır.

¹⁰¹ Morgan, "The Public Interest", pp. 153-187.

- Yarar fikri, yönetimin temellendirilmesinde en ideal temel olarak görülemez; fakat mümkün olan en iyi temel olarak dikkate alınabilir.

Tarihsel süreçte kamu yararı hakkında ortaya çıkan bu ilkeler, zamanımızdaki demokratik yönetim sistemi bakımından, bireysel özgürlüğü korumaya ve geliştirmeye özgülennmiş toplumlarda daha çok kişi tarafından paylaşılan ahlaki ödev fikrine nasıl başvurulabileceği konusunda, bir ikilem oluşturmaktadır. Bu sorun, özellikle ortak yarar ve ortak değerin daha geniş bir topluluk adına düşünölüp uygulanmasını engelleyerek çıkar gruplarının tekil meselelerinin yaygınlaştığı ve değeri çoğulculuğunun kanunlara bile girecek düzeyle yerleştiği günümüz ortamında, çözüme kavuşturulması çok daha zor olan bir sorundur¹⁰². Çağımızda kamu yararının yönetim düşüncesinde ele alınması bakımından şu temel çatışma noktaları ortaya konulabilir¹⁰³:

- Demokratik yönetimin hizmet edeceği amaçlar üzerinde bir çatışma vardır. Kamu yararının bireysel özgürlüğü koruması¹⁰⁴ gerektiği hakkında evrensel bir konsensüs olmasına rağmen, bu özgürlüğün sadece yaşayan bireyleri kapsayıp kapsamadığı veya bunların sosyal ve ekonomik eşitliğinin alt sınırı üzerinde bir konsensüs yoktur.
- Demokratik yönetim biçiminin ne olması gerektiği hakkında bir çatışma vardır. Bu çatışmalara örnek olarak, çoğulcu standartlar, farklı çıkar grupları arasındaki yarışma ve komüniteryan demokratik gelenek üzerindeki farklılaşmalar gösterilebilir.
- Kalkınma ve idari uygulamaların nasıl gerçekleştirileceği hakkında çoğulcu iddialar ile bilimsel iddialar arasında nasıl bir denge kurulacağı çatışma konusudur.

Weber'e göre modern süreçte hukuk, doğaüstü, karizmatik ve keyfi unsurlarını içinden çıkararak ve giderek sıradan, gerçekçi ve bürokratik hale gelerek, konu ile

¹⁰² Morgan, "The Public Interest", s. 153.

¹⁰³ Morgan, "The Public Interest", s. 153.

¹⁰⁴ Veya bireysel özgürlüğe uygun olması, en azından bağdaşması.

alakası bulunmayan memurların profesyonelleştirilmiş yargı oluşturarak ve kamudaki özel aktörler tarafından yapılan rasyonel ekonomik planlamayı geliştirmek için tasarlanan açıkça belirlenmiş kuralları uygulayarak gerçekleri tespit ettiği ve anlaşmazlıkların çözüldüğü bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁵. Bu analizde hukuk kuralları özel kişi ve teşebbüslerin faaliyetlerini tayin etmezler, kişilere hangi sözleşmeleri yapmaları, hangi riskleri almaları, hangi girişimde bulunmalarını söylemezler; bunun yerine aleni ve tarafsız kuralların, kamu hak ve görevlerinin seçkin bir beyanını sağladığından emin olduğu, iş hayatlarını, mal edinme ve kullanma, sözleşme yapma, yatırım yapma ve kredi verme, risk alma gibi faaliyetlerini sürdürebileceği bir çerçeve oluştururlar. Bu kriterlere uyan hukuk sistemi biçimsel rasyonelliğe ulaşmış demektir. Böyle bir sistemde kamu yararı idare hukuku pratiklerinde sadece biçimsel içeriği ile yer almaktadır.

II. Hukuk – Ekonomi İlişkisi

Hukukun ve devletin ekonomik işlevlerinin kökünü kadim geleneklere kadar götürmek mümkündür. Ancak modern devlet düşüncesinde Adam Smith ile başlayan, piyasalar üzerinde devletin tarafsızlığı üzerine kurulan ve piyasanın her şeyi bildiği esasına bağlanan klasik iktisat yaklaşımı 1929 krizine kadar ekonomi politikalarında hâkim olmuştur¹⁰⁶. 1929 sonrasındaki ekonomik sistemlerde etkisini gösteren Keynes tarafından savunulan yaklaşımda ise devletin tarafsız olamayacağı, ekonomi politikalarına gerek para ve gerekse maliye politikaları ile müdahale etmesi gerektiği düşüncesi ortaya atılmıştır.

Ekonomik kamu yararı ile hukuk-ekonomi ilişkisinin felsefi etkileşimi günümüzde **ekonomik bireycilik** kavramı ile kendisini göstermektedir. Klasik liberalizm ve liberteryanizm ile yakın ilişki içerisinde olan ekonomik bireycilik,

¹⁰⁵ Max Weber, **Bürokrasi ve Otorite**, Çev. H. Bahadır Akın, Adres, Ankara, 2005.

¹⁰⁶ Piyasa, klasik liberal düşüncüyü savunan ekonomistler tarafından, Adam Smith'in görünmez el benzetmesinde olduğu gibi, devletin hiçbir müdahalesi olmadan kendi kendine dengeye gelen bir kaynak ayırma mekanizması olarak modellenmektedir. Günümüzdeki hakim liberal düşüncede devletin piyasaları düzenleyici ve denetleyici rolü ön plana çıkmaktadır.

bireyin ekonomik çıkar ve değerlerini vurgulayan bir düşünce akımıdır. Felsefi olarak, ekonomik bireycilik üç prensip üzerinde temellenir¹⁰⁷:

- İnsan odaklıdır. Yani değerler insan ihtiyaçlarına dayanır, toplum veya devletin ihtiyaçlarına değil.
- Sosyal ve idari kurumlar nihai anlamda bireyin ihtiyaçlarını tatmin etme aracıdır. Şayet bu kurumlar bireyin ihtiyaçlarını tatmin etmeyip, aşkın toplumsal değerlere, ihtiyaçlara veya ideallere odaklanırsa, bireycilikle çelişir.
- En üst değer, toplum veya devlet değil, bireydir ve bütün bireyler eşit ahlaki değere sahiptir.

Bireycilik, en temelde toplumdaki bireylerin tercih özgürlüğünün maksimum düzeyde temin edildiği ve her bireyin kendi çıkarını değerlendirme yetkisinin bulunduğu toplumdur¹⁰⁸.

Bireycilik düşüncesinin felsefi temelini **Adam Smith**'in politik ekonomi ve **Jeremy Bentham**'ın faydacılık düşüncelerinde bulabiliriz. Smith'in bireysel isteklerin doğal bir ahenginin bulunduğu fikrine dayanan laissez-faire doktrini, ekonomik anlamda bireyciliğin müşahhaslaşmış halidir. Smith doğal özgürlük sistemine dayanarak rekabetçi piyasayı, karşılıklı çıkarları gerçekleştirmek için ideal bir sistem olarak kavramsallaştırdı. Buna göre serbest piyasa¹⁰⁹, bütün aktörler için

¹⁰⁷ Bozeman, **Public Values and Public Interest**, pp. 3-4.

¹⁰⁸ Bozeman, **Public Values and Public Interest**, p. 4.

¹⁰⁹ Piyasa ekonomisi kavramının ölçütlerini *İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik* Ek Madde 1'de sıralı olarak bulabiliriz:

“Firma fiyatlar, hammaddeler, teknoloji ve işçilik de dahil olmak üzere maliyetler ve girdiler, üretim, satışlar ve yatırımlar ile ilgili hususlarda kararlarını arz-talep dengesini yansıtan pazar hareketlerine göre ve bu bağlamda önemli sayılacak bir devlet müdahalesi olmaksızın veriyor ve başlıca girdilerin maliyeti büyük ölçüde piyasa değerlerini yansıtıyor ise,

“Firmanın uluslararası standartlara uygun şekilde bağımsız denetimden geçen mali tabloları ve temel muhasebe kayıtlarının dayandığı bir muhasebe sistemi varsa,

“Firmanın üretim maliyetleri ve mali yapısında, bilhassa duran varlıkların amortismanı, diğer terkinler, takas ticareti ve borçların tazmini suretiyle ödenmesi gibi hususlarla ilgili olarak piyasa ekonomisi olmayan sistemden kaynaklanan önemli çarpıklıklar bulunmuyorsa,

güvenlik ve özgürlük yanında **verimliliği** (efficiency) de maksimize etme ve **adil dağıtımı** gerçekleştirme aracıdır.¹¹⁰

Bentham'ın faydacılık kuramı, nihai anlamda bireysel değerlerin sistemleştirilmesini konu edinmektedir. Bentham'ın kuramına göre, faydacı felsefe aşağıdaki ilkelere dayanmaktadır¹¹¹:

- Toplumun bir sosyal durumdan bir diğer sosyal duruma geçmesinin iyi ya da kötü olarak değerlendirilmesi bu durumun bireylere sağladığı refah ile ölçülür.
- Hukuk düzeni, hukuki sistemin bireyin kendisi için en yararlı olacak davranışı diğerleri için de en yararlı olabilecek şekilde belirlemesine bağlıdır.
- Herhangi bir sosyal durum yarattığı sonuç ile değerlendirilir. Eğer sonuçta toplam refah artıyorsa o durum iyi kabul edilir.
- Toplumun refahı tek tek bireylerin faydalarının toplamına eşittir. Herhangi bir politika sonucunda, bazı bireylerin faydası azalmış olsa dahi, toplam fayda artıyor ise bu durum, toplum tarafından kabul edilebilir bir politika olmalıdır. Bu ilke faydaların ölçülebilir ve karşılaştırılabilir olduğu kabulüne dayanır. Refah ekonomisi 1930'lu yıllara kadar bu ilkeyi kabul etmiştir.

Daha sonra faydaların ölçülebilir ve karşılanabilirliği fikri yerine, faydaların sıralanabilirliği fikri faydacı felsefede hâkim olmuştur. Bunun Bentham'dan tek farkı, sosyal refahın bireylerin faydalarının toplanması ile değil, toplumun tercih sıralaması ile bulunabileceği fikridir¹¹². Aynı şekilde her iki yaklaşımın temel

“Firma, faaliyetlerine yasal belirlilik ve istikrar garanti eden iflas ve mülkiyet kanunlarına tabi ise ve

“Döviz değişimleri piyasada geçerli kurlardan gerçekleşiyorsa, bu üreticinin piyasa ekonomisi koşullarında faaliyet gösterdiği kabul edilir.”

¹¹⁰ Adam Smith, **The Theory of Moral Sentiments**, Indianapolis, Liberty Classics, 1976, pp. 231-232.

¹¹¹ Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Clarendon Press, Oxford, 1907, pp. 1-8. Genel olarak faydacılık, imtiyazlı bir seçkinler kesimi karşısında ezilen çoğunluğun savunulmasının uygun zeminini sağlarken, geniş ve ayrıcalıklı bir çoğunluk karşısında ezilen ve bastırılan bir azınlığın nasıl savunulacağı konusunda birbirinden çok farklı sonuçlar üretmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 70.

¹¹² Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 47-54.

farklarından biri yönetim politikalarında toplumun fertleri olan bireylere eşit muamelede bulunulup bulunulmayacağı sorunu hakkındadır¹¹³. Her iki yaklaşımda da temel ilke faydanın en üst düzeye çıkarılmasıdır¹¹⁴. Ancak burada da tek tek bireylerin tercihlerinden toplumun tercihinine ulaşılması problemi vardır. Yine hangi sosyal durumun en iyi toplumsal refah durumu olduğunun nasıl belirleneceği de önemli bir problemdir.

Bu çalışmada ekonomik kamu yararının kavramsal analizinde hukuk ve ekonomi ilişkisine yoğun vurgu yapmamızın temel nedenlerini aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz:

- Modern devletin (ulus-devlet) doğuşuyla birlikte, devletin görev ve yetki alanı (özellikle kamu hizmeti ve kolluk alanlarında) giderek artan bir seyir takip etmiştir ve buna bağlı olarak idare karşısında insan ve hakları öne çıkmıştır. Bu durum idare hukukunun doğup gelişmesine yol açtığı gibi kamu yararının eskisinden çok daha önemli bir kurum haline gelmesine sebep olmuştur.
- Özellikle coğrafi keşiflerle birlikte ticari ilişkiler, Avrupa için farklı bir seyir izlemeye başlamış ve bilimsel ve teknik alanda yaşanan temel dönüşümlerle birlikte nüfus hareketlerinin sebep olduğu köklü sosyal yapı değişimi, kıt kaynakların bulunduğu bir ortamda ekonomik ilişkiyi eskisinden çok daha dikkate değer kılmıştır.

Hem idare hukuku hem de ekonomi alanlarında yaşanan bu temel dönüşümlerin hazırladığı sosyal, ekonomik ve hukuki ilişki ağı, ekonomik kamu yararı kavramı hakkında kapsayıcı bir analiz yapılabilmesi için göz ardı edilemeyecek bir öneme sahiptir¹¹⁵.

¹¹³ Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 49.

¹¹⁴ Rawls, **A Theory of Justice**, p. 27.

¹¹⁵ Türkbağ, hem ekonomik alandaki dönüşümün hem de hukuk ekonomi ilişkisini açıklayan en önemli yaklaşımlardan biri olan *hukukun ekonomik analizinin* kökenini İskoç aydınlanmasına dayandırmaktadır. Ayrıca Türkbağa göre, günümüzde ekonomi biliminin hukuk karşısında göreceli

Hukuk ve ekonomi ilişkisinde ekonomik kamu yararı kavramı bakımından en temel çıkarımlardan birinin, idare karşısında ekonomik bir özne olarak bireyin bütün hak ve özgürlükleri ile güvence altına alınması ve piyasa üzerindeki rasyonel olmayan bütün etkilerin dışlanması olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁶. Hukuk ve ekonomi ilişkisinde ortaya çıkan böyle bir çıkarım, ekonomik kamu yararı kavramının kapsamını, klasik kamu yararı anlayışındaki temel kabul olan kamu yararının bireysel çıkarlardan ayrı ve üstün olduğu tezinden, birey lehine farklılaştırmıştır.

A. Hukuk - Ekonomi İlişkisine İlişkin Temel Yaklaşımlar

1. Ekonomik Yaklaşım: “Hukukun Ekonomik Analizi” veya “Hukuk ve Ekonomi” Yaklaşımı

“Hukukun ekonomik analizi” veya “hukuk ve ekonomi” şeklinde isimlendirilen yaklaşımın, ikinci dünya savaşı sonrasında ekonomi biliminin dışa dönük araştırmalarından birisi olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁷. “Hukuk ve ekonomi” yaklaşımı, disiplinler arası bir çalışma zemininde doğmasına rağmen günümüzde başta ABD olmak üzere birçok devlette özgün bir bilimsel disiplin olarak ele alınmaktadır¹¹⁸. Posner’a göre son zamanlarda uygulamalı ekonominin en başarılı örneklerinden birini “hukuk ve ekonomi” alanı vermektedir¹¹⁹. “Hukuk ve ekonomi” alanına hukukçuların beklendiği kadar ilgi göstermemesinin en önemli sebeplerinden

bir üstünlüğü vardır ve bunu İskoç aydınlanmasını izleyen dönemde ekonomi kuramının hızlı gelişimine ve ekonominin yüksek düzeyde matematikleşebilmesine, aynı zamanda kişisel ve toplumsal olayları açıklamadaki başarısına bağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, **HFSA**, Sayı: 8, 2003, s. 59.

¹¹⁶ *Deregülasyon* hareketi ile serbest piyasa ekonomisinin günümüzdeki etkinliği, kendisini büyük oranda hukuk ve ekonomi ilişkisinin doğurduğu bu ve benzeri sonuçlara borçludur. Bkz. Türkbağ, “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, s. 59.

¹¹⁷ Yani bu yaklaşımında ekonomi dışı olguların araştırılmasındaki temel ilke ve yöntemleri ekonomi bilimi şekillendirmektedir.

¹¹⁸ Hukuk ve ekonomi başlığı altında birçok bilimsel makale ve kitabın yanında çok sayıda ders kitabı da bulunmaktadır. Ayrıca ABD’de birçok federal yargı merci ve yüksel yargı organı kararlarında hukukun ekonomik analizine dayalı verileri kullanmaktadır.

¹¹⁹ Richard A. Posner ve Francesco Parisi, ‘Law and Economics: An Introduction’, in **Law and Economics**, Ed. by.: Richard A. Posner ve Francesco Parisi, Ashgate, Edward Elgar, 1997, pp. 3-57.

biri güncel ekonomi dili olan matematiğin “hukuk ve ekonomi” alanındaki giderek yaygınlaşan konumudur. Hukukun ekonomik analizi yaklaşımının, ekonomi bilimindeki oyun teorisi (*game theory*), sinyal teorisi (*signaling theory*) ve rasyonel olmayan davranışların ekonomisi (*davranışsal iktisat / behavioral economics*) alanlarındaki gelişmelere bağlı olarak genişlediğini söyleyebiliriz.

Hukuk ve ekonomi biliminin temelini Adam Smith’e kadar götürmek mümkünse de modern anlamıyla 1940’larda ABD’de Chicago Üniversitesi’nde başladığı kabul edilebilir. Teori 60’larda formel bir kalıp almıştır ve Coase, Calabresi, Becker ve Posner ekolün önde gelen isimleri arasında yer almaktadır. 1960 sonrasının önemli özelliklerinden birisi piyasa ekonomisinin sadece rekabet politikalarına değil, daha önce ekonomi biliminin alanına girmediği düşünülen hukuki kurumların, kuralların ve süreçlerin de incelenmesinde konu edilmesidir¹²⁰.

Posner’a göre, hukukun ekonomik analizi ya da hukuk ve ekonomi akımı ekonominin kuramları ve deneysel yöntemlerinin hukuk sisteminin merkezî kurumlarına uygulanmasından ibarettir¹²¹. Yaklaşım, siyaset bilimi, hukuk, tarih gibi geleneksel olarak ekonomiden ayrı olduğu düşünülen alanlara ekonomik akıl yürütmenin uygulanması gereğini vurgulamakta ve bunu yaparken ekonomiye merkezi bir rol vermektedir.

Hukukun ekonomik analizinin idare hukuku kapsamındaki temel inceleme noktalarını genel olarak kamu hizmetlerinin düzenlenmesi, anti-tekel, ekonomik kamu düzeni, idarenin ekonomik alana müdahalesi vb. şeklinde sıralayabiliriz. Hukukun ekonomik analizine göre bütün bu idare hukuku inceleme noktalarının ekonomik perspektifle ekonomik analize tabi tutulması söz konusudur. Örneğin hukukun ekonomik analizi yaklaşımı, idarenin taraf olduğu bir faaliyete kamu hizmeti niteliğinin yapılabilmesini ekonomik verimlilik ölçütü çerçevesinde değerlendirme yaklaşımıdır.

¹²⁰ Oğuz, “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı”, s. 178-9.

¹²¹ Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, 7th Edition, Aspen Publishers, 2007.

Hukuk ve ekonomi alanında, ekonomik kamu yararı kavramı hakkında kapsayıcı bir analizin yapılması ekonomi zaviyesinden idare hukukunun temel kurumlarının incelenmesini gerektirir¹²². Bu sebeple ekonomik kamu yararı kavramı üzerine yapılan çalışmalarda, idare hukukunun ekonomik analizinin birey, verimlilik, toplam fayda, piyasa gibi temel argümanlarını dikkate almak bir gerekliliktir. Aşağıda hukuk ve ekonomi yaklaşımının bazı temel varsayımlarını kısaca belirtmek ekonomik kamu yararı kavramının içeriğinin belirlenmesinde önemli çıkarımlara sebep olacaktır¹²³:

- İktisat teorisinin temel varsayımı bireylerin *ekonomik faaliyetlerinde*¹²⁴ kendi çıkarlarını gütmesidir. Yani bireyler bir faaliyette bulunurken faydasının maliyetinden fazla olmasına bakarlar¹²⁵.
- Fiyat maksimizasyonunun sadece piyasa ilişkilerinde değil, piyasa dışı alanlarda da geçerliliğini koruduğu savunulabilir. Hukuka aykırı bir faaliyetin düzeyini bu faaliyetin fayda ve maliyetini değiştirerek etkilemek mümkündür. Örneğin rekabet ihlallerinin azalması isteniyorsa, rekabet

¹²² Böyle bir çalışmanın önem ve gerekliliği faydası göz önüne alındığında inkar edilemeyeceği gibi, günümüzde bu alanda sistemli bir çalışmanın yapılmamış olması da bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple bu çalışmada sadece bu eksikliğe değinmeyi yeterli görüyoruz.

¹²³ Oğuz, “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı”, s. 180-184.

¹²⁴ Chicago yaklaşımı bu davranış kalıbını sadece piyasa ilişkilerinde değil, içerisinde insan faktörünün bulunduğu hukuk gibi her türlü faaliyet alanında geçerli olduğunu iddia etmektedir.

¹²⁵ Mülkiyet hakları üzerine kurulu olan ve tüketicilerin istek ve ihtiyaçlarını temel alan **piyasa sisteminde** üreticiler karşılaştıkları talebi ne kadar iyi karşılayabildikleri ölçüsünde kendi kar etme güdülerini izlerler. Şahsi menfaat ve kar, bu sistemde bireyleri motive eden altyapıyı hazırlar. **İdare** ise mülkiyet temelli olmayan bir çerçevede işlemektedir. Bireyler verdikleri kararların sonuçlarını piyasa mekanizmasına göre daha az taşırlar. Piyasa sistemi ile devlet mekanizmasının temel farkı olarak geleneksel analiz, piyasa mekanizmasındaki bireylerin kendi menfaatlerini güttüğünü varsayarken, devlet mekanizması içindeki bireylerin herhangi bir şahsi güdüye sahip olmadıklarını ileri sürerek **kamu yararı** amacı (toplumsal refahı maksimize etme amacı) güttüklerini kabul etmektedir. Buna bağlı olarak piyasa mekanizması optimum sonuçlar ortaya çıkarmadığı zaman bu, bireylerin kendi şahsi menfaatlerini gütmelerine bağlanmakta ve devlet devreye girerek birtakım düzeltici ve düzenleyici uygulamaları başlatmaktadır. Ama devlet mekanizması etkin sonuçlar üretmediği zaman sonuç hata, bilgisizlik veya ihmal gibi nedenlere bağlanmaktadır. Sonuçta kamusal tercihlerin ortaya çıkmasında personelin kişisel tercihlerinin etkisi yok sayılmaktadır. İdari tasarruflarda şahsi çıkarın karar vermede etkili olduğunu ilk kez formüleştiren George Stigler olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı”, s. 185-7.

ihlallerinin yaptırımı olan idari para cezaları ve diğer yaptırımlar artırılabilir; fiyat teorisi çerçevesinden bakıldığında bu sadece arz ve talebi değiştirmektir.

- İdare hukukunun konusuna giren idari faaliyetlerin amacı ne olmalıdır, sorusunun en basit cevabı, hukuk – ekonomi perspektifinden bakıldığında, verimlilik ile yanıtlanabilir.

2. Hukuki Yaklaşım

Ekonomi hukuku, anayasal iktisat, ekonomik kamu hukuku, ekonomik ceza hukuku, ekonomik idare hukuku ve ekonomik özel hukuk gibi kavramlar, hukuk – ekonomi ilişkisine hukuki yaklaşımın temel meselelerini konu edinmektedir.

Ekonomi hukuku temellerini Fransa’da yirminci yüzyılın başlarında bulurken, Türkiye’de 1980’lerde teorik içerikle kullanılmaya başlanmış ve 2000’li yıllarda özellikle bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanını yaygınlaştırması ile birlikte birçok hukuk uygulamasında kendine özel bir yer bulmuştur¹²⁶.

Ekonomi hukukunu, kamu hukukçuları devletin ekonomik hayata müdahalelerinin hukuku, ekonomik kalkınmaya ilişkin kuralların oluşturduğu sistem olarak incelemektedir¹²⁷. Bir başka deyişle, devletin ekonomik faaliyetleri düzenlemedeki rolünü, bu amaçla kullandıkları hukuki mekanizmaları ve kurumları inceleme konusu yapmaktadır¹²⁸.

Anayasal iktisat, aynı zamanda doktrinde “anayasal politik iktisat” veya “politik iktisat” olarak da isimlendirilmekte¹²⁹ ve devletin başlıca ekonomik hak ve yetkileri olan bütçe yapma, vergileme, para yaratma, borçlanma hak ve yetkilerini nasıl kullanacağı, nasıl kullanması gerektiği ve bunların sınırlarının nasıl olacağını

¹²⁶ Ancak ekonomi hukuku, henüz hukuk sistematigi içerisinde kendisine net bir teorik konum edinememiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Önder Perçin, “Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması”, *AUHFD*, Sayı: 59/2, 2010, s. 277-307.

¹²⁷ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 19.

¹²⁸ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 22.

¹²⁹ Vural Fuat Savaş, “İktisat Politikası Anayasası”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 5, 1988, s. 77-101, s. 78-79.

incelemektedir¹³⁰. Bu kapsamda anayasal iktisadın inceleme alanı örnek olarak, “anayasa kurallarına ve bu kurallara uygun olarak gerçekleşen kurumsal yapıya rağmen çağdaş demokrasiler fertlerin hem ekonomik refahı ve hem de hak ve özgürlükleri üzerinde olumsuz etkiler yaratıyorsa bu durumu nasıl önlemek gerekir” sorusuna odaklanmaktadır¹³¹.

Ekonomik kamu hukuku veya ekonomik idare hukuku, en genel inceleme alanıyla, idarenin ekonomik politikayı hukuki araçlarla uygulaması anlamına gelmekte olup devletin ekonomik hayattaki yeri ve rolünün ne olduğu ve nasıl olması gerektiğini konu edinmektedir¹³². Bu kapsamda sosyal devlet ilkesi ve refah devleti politikaları ekonomik kamu hukukunun inceleme alanında bulunmaktadır. Yani ekonomik kamu hukuku bir anlamda, ekonomi hukukunu genel olarak kamu hukuku, özel olarak ise idare hukuku içinde ele almaktır.

Ekonomik kamu hukukunun temel inceleme alan olan devletin ekonomik hayattaki yeri ve rolünün açıklanmasına ilişkin aşağıdaki tasnifi yapabiliriz:

- 20. ve 21. yüzyılın ekonomi politikaları bakımından temel özelliğinin, serbest piyasa yaklaşımı ile Keynesyen karma ekonomi yaklaşımı arasındaki gidip gelmelerden oluştuğu; piyasa ekonomisinin her krize girişinde Keynesyen ekonomi politikalarına başvurulduğu görülmektedir¹³³.
- Klasik liberalizme göre, doğal düzeni sağlayacak olan bireylerin kişisel çıkarlarıdır; Adam Smith’in “**görünmez el**”i bireylerin kendi çıkarları peşinde koşarken toplumsal tatmini de en üst düzeye çıkaracaklarını kabul eden bir sistemi sembolize etmektedir. Ancak doğal düzenin iyi işlemesi için

¹³⁰ Anayasal iktisat kapsamından, bireyin ekonomik hak ve özgürlükleri ancak, devletin ekonomik hak ve yetkilerinin sınırlandırılması ile mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Can Aktan, **Anayasal İktisat**, Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, s. 18.

¹³¹ Savaş, “İktisat Politikası Anayasası”, s. 84.

¹³² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**.

¹³³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 2.

sınırlı da olsa devletin bazı görevler üstlenmesi gerektiği de kabul edilmektedir¹³⁴.

- 1929 ekonomik krizi ve daha sonra ikinci dünya savaşını izleyen dönemde toplumsal refah için devletin ekonomik hayata müdahale etmesi gerektiğini savunan görüş (Keynes gibi) ağırlık kazanmaya başlamıştır. Keynes, özel girişim düzenini ideale en yakın sayarken, bir yandan da kamu harcamalarının arttırılması gereğini kabul etmiştir; yani ekonomide talep yetersizliğinden kaynaklanan dengesizliğin giderilmesi için devletin ekonomiye müdahalesini ve kamu harcamalarının arttırılmasını önermektedir. Bunun sonucu devletin özel girişim alanına el atmaksızın, klasik kamu hizmetleri sayılan harcamalarını yükseltmesi olmuştur¹³⁵.
- Neo-liberalizmin Avusturya okulunun önemli temsilcilerinden biri olan Hayek’e göre, piyasa özgürlüğün güvencesini oluşturduğu gibi, piyasanın regülasyon yoluyla düzenlenmesi de özgürlükle bağdaşan yegâne müdahale biçimidir. Piyasa düzeni sürekli bir yasal çıktıyı gerektirmektedir; yasa hâkimiyeti kuramının özünü ise öngörülebilirlik ilkesi oluşturmaktadır.
- 70’lerde Keynes doktrininin yerini monetarizmin almasıyla kamu gelirlerini ve kamu harcamalarını, dolayısıyla devletin ekonomideki rolünü azaltmayı haklı gösteren kuramlardan biri de Chicago okulunun temsilcilerinden biri olan M. Friedman tarafından, siyasi ve ekonomik özgürlüklerin korunması açısından devletin sınırlandırılması gerektiği görüşü ile savunulmaktadır.
- Anayasal iktisat kuramı da devletin siyasi ve ekonomik yetkilerinin sınırlandırılması bağlamında Virginia siyasal ekonomi okulunun önemli temsilcilerinden biri olan Buchanan tarafından, kamu tercihi kuramı ile devletin sürekli büyümesi beraberinde siyasi ve ekonomik yozlaşmayı getirmekte, bireylerin de siyasi ve ekonomik özgürlüklerini sınırlandırmakta olduğu şeklinde savunulmuştur¹³⁶.

¹³⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 1.

¹³⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 2.

¹³⁶ Eser Karakaş, “Devlet-Ekonomi İlişkileri Üzerine Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi**, S: 36, 1994, s. 164-170.

- Kendi kendine işler olmadığı savıyla serbest piyasa ekonomisi kavramı yerine, sosyal dayanışma ve piyasanın iyi işlemesini sağlamak üzere ekonomik özgürlüklerle devlet müdahalesini bağdaştırıcı hatta devlet düzenlemelerini gerekli gören çözümler üzerinde düşünen ORDO liberalleri sosyal piyasa ekonomisi kavramını önermektedirler¹³⁷.

Kısaca özetlemek gerekirse, 19. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan ve 20. yüzyıl boyunca kamu hukuku uygulamalarında önemli bir yer işgal eden sosyal devlet politikaları, buna paralel olarak ortaya çıkan sosyal refah uygulamaları ve geniş kamu hizmeti anlayışı, özellikle, sanayi toplumlarında ortaya çıkan ekonomik durumları zayıf toplumsal gurupların yaşam standardını yükseltmeyi amaçlamıştır. 20. yüzyılın sonuna doğru sosyal refah uygulamalarının sürekli artması ve kamu bütçesi açısından önemli bir yük durumuna gelmesi sosyal devlet politikalarının eleştirilmesini gündeme getirmiştir. Bu süreçte, devletin kademeli olarak ulusal ekonomi içindeki etkinliği hizmeti bizzat ifa eden devlet niteliği olarak azalmış ve bunun aksine olarak regülasyon etkinliği bakımından sürekli artmıştır. 1970'lerde ortaya çıkan ve 1980'lerde yoğun bir biçimde uygulama alanı bulan özelleştirme uygulamaları bu dönüşümü gösteren bir örnek olarak ele alınabilir.

B. Hukuk – Ekonomi İlişkisinde Gaye Sorunu

1. Verimlilik (Efficiency)

Hukuk - ekonomi ilişkisinde ekonomik kamu yararının en çok benzeştiği kavram verimlilik kavramıdır.

Hukuk ve ekonomi anlayışında hâkim olan kanaate göre hukukun amacı toplum içinde verimliliği sağlamak olmalıdır. Ancak bu kapsamda esas sorun verimliliğin tanımlanmasıdır. En yalın ifadesiyle verimlilik, bir durumun toplam karları ile yine aynı durumun toplam maliyetleri arasındaki ilişkiyi ifade eder¹³⁸. Buna göre her

¹³⁷ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 4.

¹³⁸ Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Trans by: Deborah Shannon, Springer, 2009, p. 31.

işlemin ardından duruma bakıldığında eğer toplam kar-zarar tutarında pozitif bir artış görülürse, o işlemin verimli olduğu söylenebilir. Posner için verimlilik, toplumsal faydanın azamileştirilmesidir (*wealth maximization*); bu ise toplumsal ödeme iradesinin (*willingness-to-pay*) azamileştirilmesi anlamına gelir. Posner’ın verimlilik ile hukuk ilişkisinde ileri sürdüğü en önemli sonuç: *common law* hukuk kuralları *verimlidir* ve bütün hukuk kuralları *verimli* olmalıdır¹³⁹. Örneğin: bir otomobilin sahibinin otomobile biçtiği alt değer 10 lira, alıcının verebileceği rakam da 11 lira ise reel toplam 22 lira (satıcının pazarlık sonucu verdiği satım fiyatı 11, alıcının satın alma değeri 11) olduğundan sonuçta toplam fayda satıcı lehine 1 lira artmıştır. Bunun yanında verimlilik sadece parasal değer olmayabilir. Örneğin, kişilerin ellerindeki paraları bankacılık sistemine vermelerini sağlayacak kurallar konulması gereksinimi; düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamaların kaldırılması bir verimlilik talebidir. Çünkü düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamalar kaldırıldığından insan potansiyeli kendini yaratıcı biçimde ortaya koyabilecektir¹⁴⁰.

Ekonomik yaklaşımlara göre, idari kurumların kurulması/inşa edilmesi, verimliliğine bağlıdır, eğer toplumsal faydası toplumsal maliyetlerini aşıyorsa; etkin kurumlar kurulacaktır. Aynı şekilde ekonomik yaklaşımlarda idari faaliyetlerin de temel ölçüsü verimliliktir. Örneğin, sosyal güvenlik kurumları eğer toplumsal faydası bu kurumların kurulma ve faaliyet maliyetinden çoksa kurulup işletilecektir.

Verimlilik tanımları, belirsizlik ve görecelilik gibi birçok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Bu sakıncaları aşmak için *pareto verimliliği* veya *pareto optimallliği*, *pareto üstünlüğü*¹⁴¹ ve **Kaldor-Hicks verimliliği**¹⁴² kavramları

¹³⁹ Posner, **Economic Analysis of Law**.

¹⁴⁰ Richard A. Posner, **The Problem of Jurisprudence**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, pp. 356-360.

¹⁴¹ Örneğin, eğer D1 durumunda D durumundaki hiç kimse daha kötü olmayacaksa ve en azından bir kişi daha iyi olacaksa, D1 durumu D durumuna göre pareto üstünlüğüne sahiptir. Eğer bir durumda, herhangi bir kişiyi daha iyi kılmak, ancak ve ancak bir başkasını kötüleştirmekle mümkünse bu durum pareto verimliliğine ya da pareto optimaline sahiptir. Yani bir pareto üstünlüğü yoksa ortada pareto verimliliğinin varlığından bahsedilebilir.

¹⁴² Nicholas Kaldor ve John R. Hicks’in verimlilik kriterleri üzerine ileri sürdükleri temel tezleri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nicholas Kaldor, “Welfare Propositions of Economic and Interpersonal Comparisons of Utility”, **Economic Journal**, Vol. 49, 1939, pp. 549-552; John R.

aracıyla nesnelliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Pareto verimliliği serbest piyasa modeli varsayımına dayanmaktadır. Ayrıca pareto verimliliği, dışsal etkiler hakkında yeterli veri sağlayamaması¹⁴³, statik ve durağan bir yapıya sahip olması ve *ekonomideki pozitif ve normatif teorileri*¹⁴⁴ birbirine karıştırma riski taşıması sebebiyle eleştirilmektedir¹⁴⁵.

Ekonomide toplumsal refah ölçütü, dar anlamda **ekonomik verimlilik ölçütüdür**. Ekonomik verimliliğin dört temel boyutu vardır¹⁴⁶:

1. Statik verimlilik:

- a. **Tahsisat/fiyatlama optimizasyonu:** Fiyatların marjinal maliyetlere eşit olduğu durumları ifade eder. Fiyatların marjinal maliyetten

Hicks, “The Rehabilitation of Consumer’s Surplus”, **Review of Economic Studies**, Vol. 8, 1941, pp. 108-116. Günümüzde “bir ekonomist, serbest ticaret, rekabet, nüfus politikaları gibi politikaların verimliliğinden bahsettiğinde bunun anlamı büyük oranda Kaldor-Hicks verimliliğidir.” Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, p. 5. Kaldor-Hicks verimliliğinin merkezi sorusu, yasaların ekonomik faydayı sağlayabilmek için değişmesi gerekip gerekmediğiyle ilgilidir (yarar çatışmasında bazı kişilerin daha yoksul duruma düşmelerine sebep olsa bile). Bkz. George P. Fletcher, **The Basic Concepts of Legal Thoughts**, New York, 1996, p. 158.

¹⁴³ Coase, 1960’larda yaptığı çalışma ile dışsallıklar meselesine bakışı radikal biçimde değiştirmiş ve mülkiyet haklarının nasıl tanımlanması gerektiğine ilişkin yeni bir yaklaşım sunmuştur. Örneğin, şeker üreticilerinin hakları nelerdir, ne kadar şeker üreteceğini belirleme hakkı kime aittir, madenlerin mülkiyet hakları devlete mi, yoksa çıkarana mı verilecektir, bunların ne gibi sonuçları olacaktır, işlem maliyetlerinin bunlar üzerindeki düzenlemelerin etkinliğindeki rolü ne olacaktır? gibi sorulara verilecek yanıtlar üzerinde Coase’nin büyük etkisi olmuştur. Artık mülkiyet haklarının korunması işlem maliyetlerinde ortaya çıkardığı azalma yoluyla savunulmaktadır. Bkz. Oğuz, “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı”, s. 189-190. Coase teorisi, devletin piyasaya müdahalesi bakımından da önemli sonuçlar çıkarmaktadır. Coase’a göre dışsallıkların varlığı işlem maliyetlerine dayandığından ve piyasanın başarısızlığı işlem maliyetleri teorisi ile değişebildiğinden dolayı, devlet müdahalesi piyasa başarısızlığını çözmede yeterli olamayacaktır. Oysa Samuelson’un klasik argümanına göre piyasanın başarısızlığı devlet müdahalesi için geçerli bir gerekçe oluşturmaktadır. Bkz. Paul A. Samuelson, **Economics: An Introductory Analysis**, 6. Edt., New York, McGraw- Hill, 1964, p. 45.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Richard A. Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, **The Journal of Legal Studies**, Vol. 8, No. 1, 1979, pp. 103-140.

¹⁴⁵ Mathis, Efficiency Instead of Justice, pp. 35-38.

¹⁴⁶ Konu hakkında bkz. Jules L. Coleman, “Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”, **California Law Review (Symposium: The Jurisprudence and Social Policy Program)**, Vol. 68, No. 2, March 1980, pp. 221-249; Jules L. Coleman, **Markets, Morals, and the Law**, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, p. 95 v.d. İzak Atiyas, “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Mart 2000, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 29-39; İzak Atiyas ve Burak Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV, Ankara, 2009, s. 31.

yüksek olması, o birim malın maliyetini karşılamaya hazır olan tüketiciler olduğu halde, o birimin üretilmemesi anlamına gelir, bu da bir verimlilik kaybıdır. Tam rekabet koşullarında kaynaklar tahsisat etkinliğini sağlayacak biçimde dağılır.

- b. **Maliyet/üretim verimliliği:** Üretilen mal veya hizmetin, belli bir kaleyi koruyarak mümkün olan en az maliyetle üretilmesi anlamına gelir. Rekabetin en önemli sonuçlarından birisi bunu temin etmesidir.
2. **Dinamik verimlilik:** kaynakların zamanlar arası dağılımı üzerine odaklaşan bir boyut olarak, hem zaman içinde gerekli yatırımların en uygun düzeyde yapılması, hem de gerek maliyetleri azaltmaya gerek yeni ürünler ortaya çıkarmaya yönelik yeniliklerin meydana gelmesi anlamında kullanılır. Bu boyutta en önemli modelleme etkenleri arasında kamu hizmetinin süreklilik, değişkenlik, eşitlik ilkeleri yer almaktadır.
3. **Kaldor–Hicks verimliliği:** Toplumsal refah ölçütüne yeniden bölüşüm hedefleri kapsamında yaklaşıldığında bölüşümün verimliliği konu alan boyut devreye girmektedir. Buna göre toplumsal refah ölçütü, bir kamu hizmeti gibi sosyal politika tercihindan etkilenenler arasında bir etki toplaması (*aggregation*) yapılarak zarar görenlerin zararının karşılanmasına bağlıdır.

Verimliliğin her üç boyutu da birlikte düşünüldüğünde idare hukuku bakımından çıkarılabilecek en önemli sonuçlardan birisi, kamu hizmeti gibi idari faaliyetlerden dolayı piyasa üzerinde meydana gelen olumsuz etkilerin giderilmesi kamu yararının bir gerekliliğidir. Verimlilik temelinde belirlenen toplumsal refah ölçütünün, idare hukukunda kamu hizmetine ilişkin olarak vurgulanan süreklilik, eşitlik ve değişkenlik ilkeleri ile büyük oranda uyuşmakla, hukukta kullanılan kamu yararı kavramına yakın olduğu söylenebilir¹⁴⁷.

İktisat biliminin genel olarak kullandığı kriter pareto verimliliği kavramı olmasına rağmen hukukun ekonomik analizinde Pareto'nun verimlilik kriteri yerine *Kador-Hicks kriteri* kullanılmaktadır. Pareto kriteri, verimliliğin bir bireyin refahını

¹⁴⁷ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 31-32.

azaltmadan diğerlerinin refahını artırmanın mümkün olmadığı durumu ifade etmektedir. Oysa bireylerin hukuki kayıplarını her zaman düşük bir maliyetle ifade etmek mümkün olmamakta ve yasal değişikliklerin ortaya çıkardığı ekonomik kayıpları her zaman tam olarak belirleyebilmek mümkün değildir. Kaldor-Hicks kriteri, *servet (toplumsal fayda) maksimizasyonunu*¹⁴⁸ temel almakta ve toplam kazançların toplam kayıplardan daha fazla olması durumunda refah artırıcı bir faaliyetin olduğundan bahsedilmektedir¹⁴⁹. Posner’a göre servet maksimizasyonunun tarihsel olarak toplumların ahlaki değerlere ulaşmasında en kısa yol olduğu görüşünden hareketle diğer kriterlere tercih edilmesi gerektiği söylenebilir¹⁵⁰.

Bu yaklaşımlarına yöneltilen en önemli eleştiriler: verimlilik kriterinin her zaman test-edilebilir olmayışına ilişkindir. Verimsizlikleri açıklamak için yeni maliyetleri analize her zaman katmak mümkündür¹⁵¹; Yine eğer maliyetler subjektifse ve objektif olarak bilinemiyorsa, hangi noktanın verimli olacağı nasıl belirlenecektir?¹⁵²

¹⁴⁸ Posner, **Economic Analysis of Law**. Örneğin, bir tarlanın yanından geçen tren yolundan çıkan kıvılcımların 500 lira zarara sebep olması durumunda, tren yolu işletmecisi bu zararı 300 lira ile, çiftçiler 200 lira ile önleyebiliyorlarsa, çiftçilerin önlem alması ekonomik verimlilik açısından daha yerinde olacaktır.

¹⁴⁹ Mathis, **Efficiency Instead of Justice**, p. 38-39.

¹⁵⁰ Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, pp. 103-140.

¹⁵¹ Dolayısıyla bu model Karl Popper’ın yanlışlanabilirlik kriteri ile açıklayıcılığını kaybetmektedir.

¹⁵² Türkiye’de kriterleri oluşturmak ve verimliliği ölçmek görevlerini de yerine getiren Verimlilik Genel Müdürlüğü 2011 tarihinde kurulmuştur. “Verimlilik Genel Müdürlüğü; “*ekonominin verimlilik esaslarına uygun olarak gelişmesine yönelik olarak verimlilik politika ve stratejileri hazırlamak, sanayi işletmelerinin verimliliğini artırmak, geliştirmek ve temiz üretim projelerini desteklemek amacıyla*” 17 Ağustos 2011 tarih ve 28028 Sayılı resmi Gazete’de yayımlanan 649 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. Maddesinde tanımlanan görevlerini aşağıdaki dört temel faaliyet alanında yerine getirmektedir:

“1. **Verimlilik araştırmaları yapmak, verimlilik politika ve stratejilerini hazırlamak, uygulanmasını izlemek ve sonuçlarını değerlendirmek:** Ülkemizde tüm makro değişkenlerin verimlilik odaklı yaklaşımlarla yönlendirilmesini sağlamak, kalıcı ve sürdürülebilir verimlilik politika ve stratejilerini belirlemek, eylem planlarının hazırlanmasında yönlendirici olmak, uygulamaları izlemek ve sonuçları değerlendirmek; değerlendirmeler doğrultusunda gerekli tedbirlerin alınmasına ve yasal düzenlemelerin yapılmasına yönelik çalışmalar yürütmek.

“2. **Verimliliği artırma ve geliştirme yolunda işletmelere destekleyici teknik yardımlar sağlamak, danışmanlık ve eğitim hizmetleri vermek ve verimlilik bilincinin yaygınlaşmasını sağlamak:** Verimliliğin ve çevresel performansın gelişmesine katkı sağlayıcı danışmanlık ve eğitim hizmetlerinin yaygınlaşmasını ve doğru kullanımını sağlamak, verimlilik alanında

2. Adalet (Justice)

Hukukun en temel gayesi, toplum içinde hukukun konusuna giren bütün ilişkilerde en adil sonucun sağlanmasını temin etmektir. Hukukun adaletle ilişkisi hukukun özünü, ruhunu yansıtmaktadır. Günümüze kadar hukukun adaleti nasıl temin edeceğine ilişkin genel olarak iki temel yaklaşım vardır: doğal hukuk yaklaşımı ve pozitivist hukuk yaklaşımı. Doğal hukuk düşüncesinde adalet, en genel ifade biçimi ile soyut ve içkin bir değeri ifade eder ve bünyesinde daha adil olana yönelik sürekli bir arayışı barındırır. Pozitivist hukuk düşüncesinde ise, adalet kanun ve diğer hukuk metnlerinin (uygulamada önceden belli yorum kaidelerinin) etkinliği sonucunda kendiliğinden ortaya çıkar. Günümüz hukuk düşüncesinde en etkili adalet kuramının *John Rawls tarafından geliştirilen adalet kuramı*¹⁵³ olduğu söylenebilir.

Rawls'un adalet kuramı, kişisel çıkar (solcu siyaset kuramının temel ilkesi olan eşitlik ilkesi) ile temel hakları (liberal siyaset kuramının temel ilkesi olan özgürlük ilkesini) uzlaştırma girişimi olarak ifade edilebilir. Rawls, adaletin temel ilkelerini tespit için klasik sosyal sözleşme teorilerinden özellikle Locke'a, Rousseau'ya ve Kant'a atıf yapmaktadır¹⁵⁴. Rawls'un adalet kuramının temel gayesi, devletin (hususen idari faaliyet ve tasarrufların) adalet prensiplerine uygun olarak nasıl şekillendirilebileceği ile ilgilidir. Rawls burada Platon ve Aristo'nun felsefi

belgelendirme yapmak, ülke genelinde verimli, insana ve doğaya saygılı ürün ve hizmet üretme kültürünün oluşmasına ve yaygınlaşmasına yönelik tüm sektörleri kapsayacak bir verimlilik hareketinin gelişmesini ve olgunlaşmasını sağlamak, bilinç düzeyini geliştirmek.

“3. İzleme, ölçme ve değerlendirme çalışmaları yapmak: Ekonominin tüm kesimlerinde, sektörlerden işletme düzeyine kadar uzanan bir kapsam içinde verimlilikle ve temiz üretimle ilgili göstergeler oluşturmak, ölçümler yapmak, sonuçlarını belirli aralıklarla ve uygun araçlarla yayımlamak, ulusal ve uluslararası düzeyde verimlilik karşılaştırmaları yapmak.

“4. Verimlilik artırma program ve projelerini, teşvik ve koordine etmek: Ülke, bölge ve sektör düzeyindeki verimlilik artırma program ve projeleri yürütmek, verimliliği artırma ve temiz üretimi teşvik amacıyla koordinasyon ve finansal destek mekanizmaları oluşturmak, yurt içinden ve yurt dışından ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde söz konusu mekanizmaların işletilmesine katkı sağlamak, verimlilik ve temiz üretimle ilgili alanlarda etkinlik gösteren kişi, kurum ve kuruluşlar arasında uluslar arası ve yurt içi ağlar oluşturmak.” Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://vgm.sanayi.gov.tr/About.aspx?lng=tr> (Çevrimiçi, 27/08/2013)

¹⁵³ Rawls, *A Theory of Justice*.

¹⁵⁴ Rawls, Hobbes'in egemenlik kuramını adalet kuramında temel dayanaklardan biri olarak almamaktadır.

geleneklerine adeta geri dönüş yaparak, sosyal kurumların en temel amaçlarının adalet olması gerektiğine vurgu yapmaktadır¹⁵⁵. Rawls'un bu konudaki yaklaşımı yöntem olarak, ekonomik kavram ve yöntemlerle ahlak düşüncesini (ve özel olarak hukuk düşüncesini) bütünleştirmeye yöneliktir.

Rawls adalet düşüncesini, önemli bazı katkılarda bulunarak toplumsal malların eşit paylaşımı düşüncesine bağlamıştır. Rawls'a göre, insanlara, bütün eşitsizlikleri ortadan kaldırarak değil, bazılarını dezavantajlı duruma düşüren eşitsizlikleri ortadan kaldırarak eşit davranmış oluruz. Eğer belli bazı eşitsizlikler herkesin yararına ise, toplumsal açıdan yararlı yetenekleri ve çabayı ortaya çıkarıyorsa, o zaman bunlar herkes için kabul edilebilir olmalıdır. Başlangıçta aldığım eşit payı geliştiriyorlarsa, eşitsizliklere izin vardır; ama faydacılıkta olduğu gibi adil payımı çekip alıyorsa yoktur. Dolayısıyla Rawls için eşitsizlik, ancak en kötü durumda olanın lehine olduğu durumda kabul edilebilirdir¹⁵⁶.

Klasik adalet düşüncelerinden eşitlik temelli denkleştirici adalet ile kamu yararı uyuşmaz. Kural olarak hukuk sisteminin temeli denkleştirici adalet düşüncesine dayanır. Hukuk tarihimizde klasikleşmiş olan adalet düşüncesi de, herkese hak ettiğini hak ettiği kadar vermeyi gerektirir. Çağımızda da hâkim olan genel adalet düşüncesi hak ve ödev kavramı arasındaki dengede yer almaktadır¹⁵⁷. Ancak sosyal adalet ve dağıtıcı adalet düşüncesi, eşitlik düşüncesinden farklı olarak, toplumsal faydanın dikkate alınmasını gerektirir¹⁵⁸.

Kamu yararı kural olarak eşitlik temelli adalet düşüncesinin geçerli olmadığı noktalar üzerinde temellenmektedir; eşitlik temelli adalet düşüncesi ile örtüşmeyen kurum ve kuralların meşruluğunu temellendirmektedir. Ancak kamu yararı ile sosyal

¹⁵⁵ Rawls, **A Theory of Justice**, p. 3.

¹⁵⁶ Will Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2004, s. 76.

¹⁵⁷ Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conception: An Applied in Judicial Reasoning**, New Haven, Yale University Press, 1919.

¹⁵⁸ Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 366-370.

adalet veya dağıtıcı adalet düşüncesinin birbirini destekleyen teorik temele sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Adalet ile kamu yararı arasındaki ilişkiyi ortaya koyması açısından şöyle bir sorudan hareket edilebilir: kamu yararı adaletten daha üstün müdür? Adalet, hak edilenin hak edilen kadar alınmasını, hak edene hak ettiği kadarın verilmesini gerektirir. Oysa kamu yararında, bundan daha ötesi amaçlanır; kamu yararında kişinin hak edip etmediğine bakılmadan yapılan muamelede ortaya çıkacak toplam faydaya bakılabilir. Bu durumda kural olarak adaletin gereğini yapmak bir gereklilik ve asgari şart iken, kamu yararının gereğini yapmak her zaman bir gereklilik olmayıp, genellikle güzel görülen ve istenilen şeydir. Ancak bu teorik çerçeveye rağmen uygulamada çoğu kez kamu yararının gereği olarak ortaya konulan olgularda hak edilmemesine rağmen bir zarar ve mağduriyet; bazı muhataplar için bir katlanma durumu söz konusudur. Bu durum ise kamu yararı ile adalet çatışmasını gündeme getirmektedir.

Adalet ile kamu yararı ilişkisinde bir diğer karşılaştırma unsuru, Aristo'dan hareketle, adaletin karşıtı olarak zulüm ve adaletsizlik ele alınabilirken; kamu yararının karşıtı olarak çoğunlukla herhangi bir öncülün ele alınması mümkün değildir. Çünkü kamu yararının bazı durumlarda *ihsan etme* anlamı vardır ki, bunun anlamı, herhangi bir karşılık beklemeden herkesin faydasına olan edimlerde bulunmayı kapsamaktadır. Bunun kavramsal olarak olumsuzlanması ise mümkün değildir¹⁵⁹. Buna göre, kamu yararının ne olmadığının ifade edilmesi kamu yararını tek başına açıklamada yetersiz kalacaktır.

Kamu yararı ile adalet arasında böyle bir kavramsal farklılıkla beraber, kamu yararı bireyler arasındaki eşitliği bozucu bir etkiye sahip olsa da, kamu yararının meşruluk gerekçesi adalet fikrine bağlıdır. Sonucu itibariyle denkleştirici adalet düşüncesine aykırı olan tasarrufların meşrulaştırılmasının zeminini teşkil eder. Özellikle idare hukukunun meşruluğundaki kamu yararı adalet fikrinin bir uzantısı

¹⁵⁹ Bir konunun idareye görev olarak verilmesi soru işaretlerini beraberinde getirir de anayasa madde 5 ve 65 bu soru işaretlerini izale edecektir.

iken, idari tasarrufların gerekçesini oluşturan kamu yararı adalete aykırı olan şeyin gerekçelendirilme zemininde yer almaktadır. Kamu yararı – adalet ilişkisi bakımından esas önemli kavramsallaştırma sosyal adalet kavramı ile ortaya çıkmaktadır.

Kamu yararını dağıtım sorunu çerçevesinde ele aldığımızda, dağıtıcı adalet sorunu ile karşılaşırız. Aristo'nun buradaki çözümü, dağıtımda hakkın bir değere uygun olması gerektiğinden dolayı farklı değer anlayışına sahip olan toplumlarda, değerlerin de farklı olması hakkın da farklı olmasını gerektirir şeklinde özetlenebilir. Bu sebeple adaletin ve hakkaniyetin sağlanmasında ekonomik kamu yararının göz ardı edilmesi mümkün değildir.

Ekonomideki kaynakların en verimli alanlarda kullanılması ile gelir dağılımındaki adaletin sağlanması birbirinden farklı şeylerdir. Zayıfın daha çok korunmasından ibaret olan dağıtıcı adalet anlayışı karşısında zayıfın korunmasını da bir ölçüde içeren *toplumsal kalkınma öncelikli ekonomik kamu yararı yaklaşımı* savunulabilir mi?

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemin başlarında sadece hukuk felsefesinde yeni ve analitik teknikler toplumu inceleyenler için ilginç sonuçları getiriyordu. Ancak 1970 sonrasında Rawls, Nozick, Dworkin, Walzer, MacIntyre ve Raz gibi düşünürler hukuk, ekonomi ve siyaset düşüncesine yeni soluk getirmiştir. Bu yeni solukta en temel hareket noktası dağıtım sorunudur. Özellikle hukuk ve siyaset felsefesinde geleneksel söylem olan sözleşmeciliğin yeniden canlanması söz konusu olmuş ve bunun yanında aşırı bireyciliğe karşı insanın sosyal yanına vurgu artmıştır¹⁶⁰.

Rawls, bir sosyal politika değişikliği toplumda bazı bireylerin refahını artırırken bazılarınınkini azaltıyorsa, bunun adil olup olmadığına nasıl karar verilecektir, sorunu ile ilgilenmiştir. Rawls'a göre bir politika, toplumda en kötü

¹⁶⁰ Komüniteryanizm temel olarak insanın toplumsal bağlarından çözülemeyeceği ve farazi bir sözleşme yoluyla soyut bir kural seçici yapılamayacağını iddia etmektedir. Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, p. 4.

durumdaki bireylerin refahını artırıyorsa bu kabul edilebilir bir politikadır (farklılık ilkesi). Cehalet perdesine göre, toplumdaki bireyler arasında refah aktarımı sağlayan bütün kararlarda, bireyler, kendilerinin ileride hangi konumda olacaklarını bilmedikleri için, en az iyi durumda olana fayda sağlayacak politikalar seçilmelidir.

Sosyal devlet uygulamaları kapsamında; öğrenci, öğretmen ve yaşlılara toplu taşıma indirimleri, sosyal yardımlaşma fonundan dar gelirlilere yardım yapılması, kömür yardımı, yaşlılara sigorta ve yaşlılık maaşı bağlanması gibi birçok uygulamadan bahsetmek mümkündür. Bu kapsamda sosyal devlet, sağlık, eğitim, konut, sosyal güvenlik gibi alanlarda izlediği politikalarla, yürüttüğü kamu hizmetleri ile yoksulluğu önlemeye çalışan devlettir¹⁶¹. Bu gibi alanlarda devletin sosyal adaletsizliklerin giderilmesi amacıyla alacağı tedbirlerin kamu yararına olduğunda kuşku yoktur¹⁶².

Doğrudan yabancı yatırımların teşvik edilmesinde ülkenin ekonomik kalkınmasının sağlanması amaç edinildiğinden ekonomik kamu yararı kurucu işleve sahiptir.

3. Verimlilik ile Adalet Arasında Ekonomik Kamu Yararı

İdare hukukundaki ekonomik kamu yararı ölçütü ile ekonomi bilimindeki toplumsal refah ölçütü birçok benzerlikleri bünyesinde barındırmaktadır. İktisatta kullanılan kamu yararı, toplumsal faydanın maksimizasyonu (Wealth maximization) veya toplumsal fayda üzerindeki etkisi ile özdeşleştirilir.

Hukuk ekonomi ilişkisinde toplumsal fayda gayesini sisteminin merkezine yerleştiren ve adeta bununla birlikte anılan kişi Richard Allen Posner'dır. Posner'a göre servet maksimizasyonu hem Kantçı hem de faydacı etiğin temel ahlaki

¹⁶¹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 31-33.

¹⁶² AİHM'nin James ve diğerleri - Birleşik Krallık, 21 Şubat 1986 tarihli karar; Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri-Belçika, 20 Kasım 1995 tarihli kararı.

prensiplerinin bütünleştirilerek hukukun ekonomik analizinde kullanılmasından ibarettir¹⁶³.

Toplumsal fayda, en genel anlamı ile ekonomik değeri olan kaynakların dolaşımında toplumsal zenginliğin sürekli olarak artmasıdır. Ekonomi literatüründe toplumsal faydanın nasıl maksimize edileceği ve ne tür özelliklere sahip olacağı konusu tartışmaya açıktır. Ekonomi politikası tartışmalarında, bu soruna genellikle ad-hoc¹⁶⁴ bir çözüm bulunur ve bir toplumsal fayda fonksiyonunun var olduğu varsayımına dayanılır.

Örneğin, toplumsal faydanın, faydacı kuram kapsamında birey veya grupların faydalarının aritmetik (eşitlikçi) toplamından oluştuğu varsayılabilir. Gelir bölüşümüne ilişkin toplumsal hedeflerin önemli olmadığı durumlarda böylesi bir toplumsal refah ölçütü kullanmak makuldür; böyle bir refah ölçütü kullanmanın anlamı, iktisat politikasının sadece ekonomik verimlilik temelinde değerlendirilmesidir. Buna karşılık, toplumsal gruplar veya kişiler arası gelir bölüşümü önemli görülüyorsa, o zaman toplumu oluşturan birey ve grupların faydaları farklı oranlara bağlı olarak (orantısal) toplanabilir.

1982 Anayasasının 5.maddesi, devletin (idareye) amaç ve görevleri arasında toplumsal refahı sağlamak yanında, ekonominin temel hak ve hürriyetlere olumsuz etkilerini adalet ve sosyal hukuk devleti ölçütleri çerçevesinde kaldırmayı hüküm altına almıştır. Bu anayasal hüküm, kamu yararının hem eşitlik hem de özgürlük ilkeleri ile ilişkisini birlikte değerlendirmesi bakımından oldukça önemlidir. Özellikle ekonomik açıdan toplumsal refahın sağlanmasındaki referans ilke eşitlik ilkesidir. Temel hak ve özgürlüklerin adalet ölçütleri çerçevesinde güvence altına alınması da özgürlük ilkesinin bir yansımasıdır.

¹⁶³ Richard A. Posner, **Overcoming Law**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, p. 403 dipnot.

¹⁶⁴ Bir soruna yönelik, geçici bir çözüm yöntemini anlatmak için kullanılan ve niyete mahsus, amaca yönelik anlamlarına gelen Latince bir terimdir.

Hukuk ve ekonomi politikalarında ekonomik kamu yararının, adaletle verimlilik gayeleri arasındaki gelgitlerin oluşturduğu bir kavram olarak aşağıdaki biçimlerde ele alınması mümkündür:

- Kamu yararının sadece ekonomik verimliliği vurgulayan bir fayda ölçütü olarak kabul edilebileceği durumlar. Bu durumlarda devletin piyasalara müdahale etmesinin gerekçelendirilmesi somut verilerin ortaya koyulması gereklidir. Kural olarak tam rekabet koşullarının var olduğu serbest piyasalarda teşebbüsler arası serbest rekabet, herhangi bir devlet müdahalesine gerek olmadan, verimli sonuçlar doğurur.
- Kamu yararının toplumsal faydayı artırmak için devlet müdahalesini gerektirdiği durumlar. Tam rekabet şartlarının olmadığı, kamusal kaynakların bulunması, dışsallıklar, eksik bilgi, tekel gücü, teknolojinin artan getiri özelliği gibi piyasa aksaklıklarının olduğu durumlarda piyasa mekanizması kendiliğinden verimli sonuçlar doğurmaz ve bu gibi durumlarda piyasa aksaklıklarının giderilmesi için devlet müdahalesi gerekli görülebilir.

Devlet müdahalesinin toplumsal faydayı artırabileceği durumlar sadece piyasa aksaklıklarının olduğu durumlar değildir. Toplumsal fayda ölçütünün veya kamu yararı gereklerinin dağıtım/bölüşüme ilişkin hedefler içerdiği durumlarda piyasa mekanizması verimli fakat gelir ve fayda dağılımı açısından **adil olmayan** sonuçlar üretebileceğinden toplumsal faydayı maksimize etmeyebilir. Yani piyasa mekanizması ürettiği sonuçlar açısından verimli olabilir ama kamu yararı gereklerini¹⁶⁵ yerine getiremeyebileceğinden devlet müdahalesi tam rekabet koşullarında bile toplumsal faydayı yükseltebilir.

Ayrıca devlet müdahalesi bütün durumlarda toplumsal faydayı dolayısıyla kamu yararı sağlamayabilir. Devlet müdahalesinde de aksaklıklar olabilir: hesap verme/sorma mekanizmasının zayıflığı, saydamlığın eksikliği gibi durumlarda devlet

¹⁶⁵ Örneğin toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelmiş olan kamu hizmeti ve toplumsal kalkınma hedefleri doğrultusunda belirlenen özendirme ve destekleme gereklerinin yeterince yerine getirilememesi gibi.

müdahalesi, siyasetçilerin veya bürokratların kişisel çıkarlarını koruyacak biçimde şekillenebilir.

Sonuç olarak toplumsal faydanın nasıl maksimize edileceği meselesi hakkında verilebilecek cevaplar, piyasa yapısına, piyasa aksaklıklarının niteliklerine, rekabet düzeyine ve düzenleyici/denetleyici çerçevenin niteliğine bağlı olarak değişecektir. Örneğin, rekabet düzeyinin yüksek olduğu, ciddi dışsallıklar gibi piyasa aksaklıklarının olmadığı ve kamu hizmeti gibi toplumsal hedeflerin güdülmediği ortamlarda, devletin piyasalar üzerindeki müdahalesi, liberal ekonomik kurama göre toplumsal faydayı olumsuz etkileyecektir.

Özetlemek gerekirse, hukuk ekonomi ilişkisi kapsamında idare ile piyasa ilişkilerindeki kamu yararı, verimlilik ve adaletin gerekleri arasında bir denge kurularak toplumsal faydayı maksimize etme şeklinde somutlaştırılmaktadır. Bu somutlaştırmada kamu yararı idarenin alabileceği pozisyon açısından dört şekilde ortaya çıkmaktadır:

- İdarenin piyasaya müdahale etmemesini gerektiren kamu yararı (hem verimlilik hem de adalet ilkelerine uygun kamu yararı, yani idarenin müdahale etmemesi hem verimliliğin bir gereği hem de adaletin bir gereğidir);
- İdarenin piyasa aksaklıkları gibi ekonomik gereklilikler durumunda piyasaya müdahalesini gerektiren kamu yararı (hem verimlilik hem de adalet ilkelerine uygun kamu yararı);
- İdarenin kamu hizmeti gibi toplumsal gereklilikler durumunda piyasaya müdahalesini mümkün kılan kamu yararı (ekonomik verimliliğe uygun olmayan ama adaletin bir gereği olan kamu yararı);
- İdarenin herhangi bir ekonomik veya toplumsal ihtiyaca bağlı olmadan ekonomik ve toplumsal kalkınma hedefleri kapsamında özendirme ve destekleme şeklinde piyasaya müdahalesini mümkün kılan kamu yararı (ne verimlilik ne de adalet ilkeleri ile uyuşan kamu yararı).

C. Hukuk – Ekonomi İlişkilerinde Değişen Hiyerarşik Yapı

Hukuk ve ekonominin birlikte etkileşim içerisinde olduğu birçok sosyal olguda, birbirlerini önceleyip öncelemeyeceği sorunu hukuk ve ekonomi kuramlarının en temel tartışma noktalarından biridir. Bu başlık altında, bu sorunun kapsamını çizebilmek açısından öncelikle ekonominin temel varsayımlarını ortaya koymaya çalışılacak, daha sonra kamu yararı ile ekonomi ilişkisinin hukuk ve ekonomik ilişkisine etkileri üzerinde durulacaktır.

Günümüzdeki hâkim neo-klasik ekonomik anlayışa göre ekonominin temel varsayımlarından bazıları şunlardır¹⁶⁶:

- **Homo economicus;** *Homo economicus* birey, mallar, piyasalar ve diğer ekonomik konularda tam bilgiye sahip, karşılaştığı seçenekler arasında mutlaka değerlendirme yapan, çoğu aza tercih eden, yaptığı tercihler birbiriyle çelişmeyen kişidir. *Homo economicus tüketiciler*, faydalarını maksimize ederken, üreticiler, karlarını maksimize ederler¹⁶⁷.
- **Tam rekabet piyasası;** alıcı, satıcı ve üretim faktörlerinin tam serbestiye sahip oldukları, temel model olarak bireyin kabul edildiği, alıcı ve satıcıların etkin tüm fiyatları bildiği, giriş çıkışlardan haberdar olduğu, tüm fiyatların içerisinde kendiliğinden oluştuğu piyasayı ifade etmektedir¹⁶⁸.
- **Kar maksimizasyonu;** Buna göre her firmanın nihai amacı karını maksimize etmektir. Kar maksimizasyonunu gerçekleştirmek için firmaların üretimlerini marjinal maliyetlerin marjinal hasılatlarına eşit olduğu düzeye kadar

¹⁶⁶ Robert Brenner, “Dünya Kapitalizminin Yaklaşan Krizi: Neo-Liberalizmden Buhrana mı”, Çeviren: Pınar Bedirhanoglu, **Birikim** 119, 1999, s. 88-95; Aktaran: Selda Atik, “Post Otistik İktisat Çerçevesinde Küresel Ekonomik Kriz Ve Neo-Klasik İktisat İlişkisi”, **Anadolu Uluslararası İktisat Kongresi**’nde sunulmuş tebliğ metnidir, Çevrimiçi: http://econ.anadolu.edu.tr/fullpapers/Atik_econanadolu2009.pdf

¹⁶⁷ Aydın Çeçen, “Rasyonel Eylem Aksiyomatik Bilgi ve Homo Economicus”, **İktisat Üzerine Yazılar I**, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, 221. Ancak bireyin, belirsizlik ve risk karşısında sistematik olarak rasyonel modelle bağdaşmayacak şekilde davrandığı kanıtlanmıştır. Bkz. Daniel Kahneman ve Amos Tversky, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk” **Econometrica**, Volume 47, No 2, 1979, pp. 263-291.

¹⁶⁸ Bernard Guerrien, **Neo-Klasik İktisat**, çev. Ertuğrul Tokdemir, İletişim Yayınları, İstanbul 1999, s. 10.

artıracakları ve satış fiyatlarının da belirtilen üretim miktarına göre belirleneceği varsayılmaktadır¹⁶⁹.

- **Diğer şartlar sabitken** (*ceteris paribus*); Ekonomik bir olgu incelenirken, bu olguyu oluşturan değişkenlerden belirli birinin değiştiği, diğer değişkenlerin ise sabit kaldığı varsayımını ifade eder¹⁷⁰.

Bu varsayımlar ışığında ekonomi biliminin temel argümanları şekillenmektedir. Örneğin bu varsayımlardan hareketle, ekonomi bilimine göre, insanlar sadece kendi parasal çıkarları ölçüsüne göre toplumsal ilişkilerini şekillendirmektedir ve sürekli kazanma hırsı içerisindedirler. Yani bir firmanın en rasyonel (makul) davranışı, sürekli kazanarak kendi karını maksimize etmek için gereken her şeyi yapmaktır.

Bir noktaya kadar, kamu yararı gibi kamusal değerler ile verimlilik gibi ekonomik değerler bütünüştür veya ortak ölçülebilirdir (*commensurate*)¹⁷¹. Ancak ekonomi biliminin yukarıda yer alan temel varsayımlarına dayalı toplumsal fayda ve verimlilik değerleri, bazı durumlarda kamu yararı ile zıtlasma içerisindedir. Çünkü ekonomide rasyonel olan nihai özne bireydir; çerçevesi net olarak çizilemeyen kamu değildir. Kamu yararı düşüncesinde ise bireysel çıkar ile toplumsal çıkar yukarıda da ifade edildiği üzere genellikle çatışma içerisindedir. Davranış ölçütlerini sürekli bireysel çıkara dayalı olarak okumak, adalet ve iyilik gibi temel ahlaki değerlerin dikkate alınmamasını gerektirir ve tek değer olarak bireyin sürekli artan kar amacını maksimize etmesi kabulüne götürür. Buna göre bireyin karını maksimize etmesi haricindeki etmenler ekonomik anlamda rasyonel olmadığından dolayı dikkate değer değildir. Yani bütün insanların kendi çıkarlarının peşinden koştuğu varsayımının kamu yararı bakımından taşıdığı kıymet, ekonomideki görünmez el kuramının kamu yararı teorisine uygulanmasıdır.

¹⁶⁹ Herbert A. Simon, "Rational Decision making in Business Organizations" **The American Economic Review**, Volume 69, 1979, pp.493-513.

¹⁷⁰ Robert M. Solow, "Economic History and Economics", **The American Economic Review**, Volume 75, No 2, 1985, pp. 328-331.

¹⁷¹ Bozeman, **Public Values and Public Interest**, s. 3.

Günümüzde hâkim ekonomik paradigmaya göre, firmaların kar elde etmelerinin serbest piyasa içerisinde tam rekabet koşullarına dayalı olarak gerçekleştirilmesi esası söz konusu olduğundan dolayı, yoksullaşma, iflas ve kıtlık gibi ekonomik olgulardan firmaların davranışlarını sorumlu tutmak rasyonel değildir.

Hukuk ekonomi ilişkisinde ekonomi biliminin yukarıda yer alan varsayımlarının sürekli göz önünde bulundurularak buna göre arada kırmızı çizgilerin oluşturulması çok önemlidir¹⁷². İdare hukukunun kendine özgü bir hukuk rejimine sahip olmasının temelinde kamu yararı bulunduğu gibi idare kamu yararı sebebiyle ekonomik edimlerin toplum üzerindeki olumsuz etkilerinde de söz sahibi olabilmektedir.

Posner’a göre hukuka ekonomik yaklaşımın en iddialı teorik yaklaşımı, hukukun bileşik ekonomi teorisi önerisidir. Buna göre idarenin işlevi, serbest piyasanın işleyişini sağlamak ve işlem maliyetlerinin engelleyici olduğu durumlarda, piyasanın işleyişi mümkün olsaydı üretilecek sonuçları emrederek “piyasayı taklit etmek” olarak anlaşılmalıdır¹⁷³.

Devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin artmasıyla birlikte klasik idare hukuku kurumlarının yapısal ve işlevsel olarak dönüşüme uğraması ve karma hukuksal rejime tabi yeni kurumların ortaya çıkması, bu kurumların kişilik yapılarının ve ilişkilerinin nitelendirilmesinde büyük hukuki problemlere sebep olmaktadır.

1. Hukuk ve Ekonominin Karşılıklı Etkileşimi

¹⁷² Kamu malı ile kamu yararı ilişkisi buna örnek olarak verilebilir. Ekonomide birbirine yakın anlamda kullanılan kavramlardır. Örneğin ekonomi literatüründe klasik bir örnek olarak milli savunma idare tarafından sağlanması gereken bir kamu malıdır. İktisadi anlamda kullanılan kamusal mal (public goods: adalet, ulusal güvenlik, temiz hava, yaşanabilir çevre) kavramı ile hukukta kullanılan kamu malı (public property: adalet binası, kamu hizmetinin araç ve gereçleri...) kavramları birbirinden çok farklıdır.

¹⁷³ Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 16.

Hukuk – ekonomi etkileşimi, kural koyma, yönetme ve uygulama ile denetleme ve yargılama süreçlerinde ayrı ayrı ele alınabileceği gibi bir bütün olarak da ele alınabilir. Hukuk ekonomi etkileşiminin hem ulusal hem de uluslararası boyutta birçok önemli sonucu vardır. Ekonomik olarak yeterince gelişmemiş ülkelerin hukuki düzenlemelerini gelişmiş ekonomik sistemlere sahip devletlerden aynen almış olmaları uygulamada birçok sorunla karşılaşılmasına bağlı olarak amaca ulaşılmasına da imkân vermemektedir¹⁷⁴.

Hukuk – ekonomi etkileşimini, hukuk ve ekonomi disiplinlerini bir bütün olarak ve hukukun süreçleri bakımından safhalar şeklinde değerlendirdiğimizde kendi özgü bazı önemli sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Bu sebeple biz de bu çalışmada bu ayrıma dikkat ederek konuyu incelemeyi daha uygun gördük.

1) Bütünsel Olarak Hukuk – Ekonomi Etkileşimi

Yoksul bir ülke iyi bir hukuk sistemini finanse edecek güçte olmayabilir, ama iyi bir hukuk sistemi olmadan hiçbir zaman böyle bir sistemi finanse edecek kadar zengin de olmayabilir. Bu nedenle, etkili hukuk kurumları oluşturmanın, etkili olmayan kurumların etkili kuralları uygulamasını sağlamaktan çok daha pahalı ve zaman alıcı olduğu savunulabilir. Birçok ülkenin bunu reform uygulamalarında odak noktası olarak belirlemesi tercih edilebilir. Yasal kurumlar yüksek ücretli ve eğitilmiş işgücünü gerektirirken, kuralların oluşturulması ve yürütülmesi küçük bir sabit maliyete ve ihmal edilebilir bir marjinal maliyete sahiptir¹⁷⁵.

Özellikle nüfus yoğunluğu arttıkça birincil kurallarla düzenleme yapmanın uygulama açısından daha iyi olduğu söylenebilir. Bu reform uygulamaları bakımından kural ve kurum arasındaki tercihin temel dayanaklarına bakılarak tartışılabilir.

¹⁷⁴ Ahmet Kirman, “Ekonomik Temelli Kararlar ve Yargı”, **Danıştay 2005 İdari Yargı Sempozyumu**, Çevrimiçi: <http://www.danistay.gov.tr/sempozyum/2010/3.html> (15/06/2013).

¹⁷⁵ Posner, **Ekonomik Analysis of Law**, s. 11

Hukuk ve ekonominin karşılıklı etkileşiminde 18. ve 19. yüzyılın bir dönüm noktası olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle Fransız İhtilali ile formülleşen temel ilkelerle şekillenen kamu hukuku, bir bütün olarak, modern devletin artan görev alanının biçimsel olarak meşrulaştırılmasına hizmet etmiştir. Bu durum ekonomik ilişkilerde de hukukun baskın etkisinin bulunduğunu göstermektedir. Ancak ekonomi karşısında hukukun bu ağırlığı etkisini, 1840'lı yıllardaki işçi hareketleri ile yavaş yavaş kaybetmeye başlamış ve hukuk-ekonomi etkileşiminde (özellikle ekonomik ilişkilerde) hukuk ekonomi kuramının verileri karşısında etkisini kaybetmiştir. 20. yüzyılda ekonomik kuramların sosyal olguları açıklamada gösterdiği başarı ve ekonomi disiplininin matematiksel dili, hem etkinlik hem de rasyonalite ilkeleri bakımından, ekonominin ağırlığının hukukun bütün süreçlerinde kendini hissettirmesine sebep olmuştur. Buna rağmen hukuki akıl yürütmenin kendine özgülüğü dolayısıyla hukuki olguların araştırılması ve çözümlenmesinde ekonomik verilerin baskın etkisinden bahsetmek, özellikle Türk hukuk sisteminde kabul görmemiştir. Max Weber de, hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkiyi, hukukun ekonomik çıkarlara hizmet etmesi şeklinde ortaya koymayarak dönemin hakim Marksist yaklaşımını eleştirmiştir¹⁷⁶.

Günümüzde gerçekçi bir hukuk kuramı oluşturmak için uygulanan çoğu hukuk kuralının kişiler arasında maddi yararların yeniden dağılımıyla ve dağıtımıyla sonuçlandığını da dikkate almanın gerekliliğine inanılmaktadır¹⁷⁷. Hukukun bu yönü ekonomi-hukuk etkileşiminin ekonomiden yana ağırlaşmasını kolaylaştırmaktadır.

Posner'a göre hukuk – ekonomi ilişkisinde değişen hiyerarşik yapı aşağıdaki etmenlere bağlı olarak saptanmalıdır¹⁷⁸:

- Hukuk kuralları ekonomik etkinliği sağlamalıdır.

¹⁷⁶ Engin Topuzkanamış, “Max Weber’de Ekonomik, Hukuk ve Rasyonalite, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 14, S: 2, 2012, s. 256-257.

¹⁷⁷ Türkbağ, “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı”, s. 59.

¹⁷⁸ Posner, **The Problem of Jurisprudence**, p. 388.

- Common law kuralları ekonomik etkinliği sağlamaktadır. Common law uygulamasında hâkimler başka gerekçeler ileri sürseler de verdikleri kararlar istikrarlı biçimde ekonomik etkinliği sağlama sonucuna götürmüştür.

Pareto optimallik koşulları, ekonomik kaynakların en verimli oldukları alanlarda kullanılması gerekliliğini gösterir. Ancak bunun sonucunda ortaya çıkacak olan gelir dağılımının adil olup olmayacağı konusunda herhangi bir ipucu vermez. Bir gelir dağılımının adil olup olmadığı toplumsal fayda fonksiyonu kavramı ile belirlenmektedir. Liberal düşüncede toplumsal fayda fonksiyonu ile ilgili olarak, Bentham (Faydacı) ve Rawls'un analizleri bize yol gösterici niteliktedir.

2) Hukuki Safhalar Kapsamında Hukuk – Ekonomi Etkileşimi

1982 anayasasının *Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları* başlıklı 65. maddesi şu şekildedir: “devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri (eski hali, ekonomik istikrarın önceliklerini şeklinde idi) gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Önceki düzenlemeyi değiştirme gerekçesi, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevleri arasında sadece ekonomik istikrar gerekçesiyle bir sıralama yapılmasının eleştirisine dayanmaktadır. Yeni düzenleme ile devletin sosyal ve ekonomik görevlerindeki yarışma halinde öncelik tek tek bu görevlerin amaçlarına bakarak belirlenecektir. Yeni düzenleme idareye öncelik bakımından daha geniş takdir hakkı tanımaktadır.

Ekonomik sistem ve politika tercihi ile ekonomik işleyiş hukuk kurallarının oluşumunda etkili olduğu gibi yürürlüğe girişinden sonraki uygulanma ve regülasyon aşamalarında (özellikle idari uygulamalarda) rol değiştirerek büyük etkilere sahiptir. Bu hukuk ekonomi etkileşimi yürütmenin (idarenin) ekonomik tercihlerini istediği şekilde uygulamasını sınırlandırmaktadır. Ayrıca yargılama safhasında bile yargı kararları ile bu etkileşim önemli ölçüde yönlendirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin

yargı kararlarına yansıyan boyutuyla idarenin birçok ekonomik tercihi hukuka aykırı görülerek iptal edilmektedir¹⁷⁹.

Hukuk – ekonomi etkileşiminin en önemli hukuki göstergelerinden biri ekonomik tercih ve düzenlemeler üzerindeki yargı denetimlerinde, yerindelik denetiminin çok önemli bir yere sahip olmasıdır.

Hukuk-ekonomi ilişkisinde yargı kararları, idari uygulamalar ve yasama faaliyetleri ülke ekonomisinin kalkınması açısından birlikte ortak bir uygulama ve tercih zemininde buluşup güncel sorunlara çözüm üretebilmeli ve güncel gelişmeleri yakalayabilmelidir. Yani idare takdirini yasamanın tercihine göre şekillendirmeli, yargı ise idarenin ekonomik politika tercihleri üzerindeki hukuki denetimlerinde olabildiğince yerindelik denetiminden kaçınılmalıdır.

Ekonomik kararların yargı denetimine konu edilmeleri durumunda, denetime konu ekonomik işlemlerin öncelikle hukuki niteliğinin saptanması ve hukuki denetimin yerindelik denetimi sınırına göre yerine getirilmesi büyük öneme sahiptir. Bankalar Kanunu 14. madde kapsamında, “bankalara hizmet gerekleri ve kamu yararı gözetilerek kanunda öngörülen tedbirlerden herhangi birisi uygulanabileceğinden bu uygulamalarda idarece kullanılan takdir yetkisinin yargı denetimine tabi tutulması gereklidir” şeklinde yerindelik denetimin sınırlarının aşılması dolayısıyla Danıştay, bu görüşün anayasa uymadığını savunmaktadır¹⁸⁰.

Hukuk ekonomi etkileşiminde uzmanlık koşulu hukukun bütün safhaları bakımından da önemli sonuçlara sahiptir. Günümüzde hem yasama faaliyeti yapılırken ekonomik kapsamdaki kurallar için ekonomik uzmanlık gereklerine riayet

¹⁷⁹ Bu durum ise ekonomik sorunlara yönelik çözüm tercihlerini gerçekleştirmek için iktidarı yasaları değiştirme yoluyla bu sorunlara çözüm arayışına itmektedir. Danıştay, mali yükümlerin konulmasına veya kaldırılmasına ilişkin düzenleyici işlemlerin yayımlandıktan sonraki olaylara uygulanabileceği; geriye yönelik olarak uygulanmasının *hukuki güvenlik ilkesi* ile bağdaşmadığına karar vermiştir. Hukuki güvenlik ilkesinin anayasal temeli madde 48’deki özel girişimin çalışma ortamı olarak aranan “güven ve kararlılık” yani *kazanılmış haklara riayet, yasaklayıcı hükümlerin geçmişe sari kılınmaması ve kuralların sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektirir*dir. Bkz. Danıştay 10. Daire, E: 1996/3123, K: 1998/1316.

¹⁸⁰ Danıştay, 10. Daire, E: 2000/279, K: 2002/501.

edilmesi bir zorunluluk, hem idari uygulamalarda ve denetimlerde iktisadın gerekliliklerinin dikkate alınması büyük bir zorunluluk ve hem de ekonomik kararların yargısal denetimlerinde uzmanlık koşulu bir zorunluluk haline gelmiştir. Ekonomik kararların yargısal denetiminde uzmanlık koşulunu artık Danıştay da kendi bünyesinde gerekli görmektedir. Ancak idari yargıdaki yerel mahkemeler nezdinde ekonomik uzmanlık koşulunun nasıl ele alınabileceği üzerinde henüz bir çözüm yolu geliştirilememiştir. Uygulamada yerel mahkemeler nezdindeki ekonomik idari kararlar üzerindeki denetimler, çoğunlukla hukuk zaviyesinden ve idare hukuku ilkeleri çerçevesinde çözümlense de bir birliğin ve istikrarın sağlandığı söylenemez.

Kamu yararı ölçütüne göre piyasa koşullarında hukuk – ekonomi etkileşimini aşağıdaki tabloda şu şekilde görebiliriz¹⁸¹:

Kategori	Kamu yararı betimlemesi	Piyasa uygulaması	İdari uygulama
Şekli	idari işlemin amacı	---	meşru idari politikaları gerçekleştirme
İçeriksel	güdülmesi gereken temel amaç	verimli piyasa	doğrudan kamu yararı ideali
Bütünleştirme	belli çıkarların maksimizasyonu	pareto optimali	Bentham faydacılığı
Prosedürel	idari işlem prosedürü	rasyonalite	örneğin demokratik seçim ile bütünleşme
Normatif	maksimize edilmiş içeriksel bir değer	fayda (profit)	örneğin kamu sağlığı

¹⁸¹ Bozeman, **Public Values and Public Interest**, s. 96.

2. Hukuk – Ekonomi Etkileşiminde Değişen Hiyerarşik Yapı Tercihinin Anlam ve Sonuçları

Hukukun durağan (statik), ekonomik kalkınma sürecinin ise dinamik olduğunu belirterek, ekonomi ile hukuk arasında işbirliğini engelleyen bir bağdaşmazlığın bulunmasına ve ekonomik olayların değişken ve öngörülemez özellikleri nedeniyle hukukla sınırlandırılmasının kolay olmadığı, hem ekonomik aktörlere hem de idareye hareket serbestisi tanınması gerekliliğinin bulunması karşısında, hukuki kavram ve kurumların değişen ekonomik ve sosyal yaşamla uyum içinde değişmesi gerektiği kabul edilirse ve hukukçular da yaratıcı bir yaklaşımı benimserlerse ekonomi ile hukuk arasında bulunan yöntemsel bağdaşmazlık asgari düzeye çekilebilir¹⁸².

Hukukun yapısından kaynaklanan kamu gücü ve yaptırım uygulama yeteneği ile ekonominin hem yönteminin hem de piyasa ilişkilerindeki etkili sonuçlarının hukuk – ekonomi etkileşiminin değişen bir hiyerarşik yapı ile karşımıza çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin, İktisat biliminin en temel önermelerinden biri piyasaların kamusal malların üretimini sağlayamadığıdır; kamusal mal üretimi konusunda bir piyasa aksaklığı vardır. Bu aksaklığın giderilmesi için piyasaya müdahale gereklidir. Bir mal kamusal mal olduğu zaman kişilerin o malı tüketmekten aldıkları yarar malın maliyetinden yüksek olduğu için piyasa mekanizması o malı üretemez. Kamusal malların üretimi için piyasa dışı bir mekanizma, bir kolektif edim, kamu gücü gerekir. Ama bir kamusal malın üretimi devletin tekelinde olmayabilir. Ekonomik anlamda bu çeşit bir piyasa aksaklığı, hukuk bakımından ele alınırsa, üstün kamu gücünün doğrudan kullanımı olarak kendini gösteren yargı (adalet hizmetleri) ve kolluk faaliyetleri (örneğin, ulusal güvenlik, polis, jandarma, zabıta veya piyasa denetimi hizmetleri) ile belirli kamu hizmetlerinde ortaya çıkmaktadır¹⁸³.

¹⁸² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 14,15.

¹⁸³ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 22.

Hukuk ekonomi ilişkisinden değişen hiyerarşik yapı tercihinin sonuçları bakımından en önemli sorunları şu şekilde sıralamamız mümkündür:

- İdare, yapısı ve oluşumu sebebiyle ekonomiden anlar mı?
- Hukuk, ekonominin gereklerini isabetli tespit eder mi?
- İdari faaliyetlerin kamu gücü boyutunun ekonomiye olumsuz etkileri nelerdir ve bunlar nasıl elimine edilebilir?
- Hukuki ilişkilerde ekonomik verilerin kullanımının sınırı var mıdır? Varsa bu sınırlar nasıl tespit edilebilir?

Bu sorunların henüz genel kabul görmüş bir çözümünün bulunmamasına rağmen, günümüzde özellikle idare hukuku bakımından hukuk – ekonomi etkileşiminin önemli sonuçlarının olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk – ekonomi etkileşiminde değişen hiyerarşik yapı tercihinin en önemli sonuçlarından biri ekonomik olayların değişken ve öngörülemez özellikleri nedeniyle, kamu hukuku kurallarının da ekonomik olaylarla temasında deformasyona uğradığının kabul edilmesidir¹⁸⁴. Ekonomi-hukuk ilişkilerinin yoğunlaştığı alanlarda kamu hukuku-özel hukuk klasik ayrımının eski katılığını kaybettiğini söyleyebiliriz¹⁸⁵.

3. Ekonomik Önergelerle Hukuk Kurallarının Paralelliğinin Gerekliliği

Olguların mahiyeti hakkında herhangi bir anlaşmazlığın söz konusu olmadığı bir bilimsel tasnifte kesin tanım uygun olabilir, ama toplumsal olgular için kesin tanımlamaların yapılması mümkün değildir¹⁸⁶. Bu sebeple sosyal felsefede doğal

¹⁸⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 15.

¹⁸⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 21. Bu kapsamda, idare hukukunda giderek artan bir şekilde sözleşme ilişkisinin yaygınlaşması, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülme hallerinin daha çok tercih edilmeye başlaması, kolluk yetki ve usullerinin idari usuller harici yollarla ve kişilerce kullanılması yollarının arayışı gibi örnekler gösterilebilir.

¹⁸⁶ H. L. A. Hart, **The Concept of Law**, (with a Postscript) Ed. by. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, 2. bs., Oxford, New York, Oxford UP, 1994, pp. 14-15. Kesin tanım yoluyla anlam arayışı hukuk

bilimlerde olduğu kadar güçlü açıklayıcı teoriler bulamayız. Özellikle ekonomik kamu yararı gibi birçok sosyal disiplin bakımından geniş kullanım alanına sahip kavramların sadece kavramsal analizinin yapılması ile yetinmek mümkün değildir. Bu anlamda ekonomik kamu yararı kavramı bakımından yapılacak olan kavramsal analiz sadece bir giriştir.

Özellikle kamu yararının ekonomik teorisinin doğrulanabilmesi ve yanlışlanabilmesini sağlayacak bir teori esaslı bir öneme sahip değildir. Çünkü kamu yararının ekonomik teorisi öngörücü, tahmin etme gücüne, varsayıma dayanan bir sosyal teoridir¹⁸⁷. Bu sebeple kamu yararının ekonomik teorisinin hukuki ve sosyal alanlara uygulanması gibi konularda anlam sorunları bu teorinin doğruluk ve yanlışlığından çok daha önemlidir. Buna karşın bir hukuk sistemindeki geçerlilik sorunları veya bir hukuk sisteminin birincil veya ikincil kurallar şeklinde¹⁸⁸ mi yoksa bir egemenin buyrukları¹⁸⁹ olarak mı anlaşılabilceğı problemi hemen hemen tamamıyla kavramsal sorunlarla ilgilidir.

Pratik felsefede özü bakımından adalet ve kamu yararı gibi tartışılabilir kavramların bazı ortak özelliklerini şöyle sıralayabiliriz¹⁹⁰:

- Değerlendiricidirler,
- Özü itibarıyla karmaşıktır,
- Açık örgüldürler¹⁹¹,
- Uygulamaları bakımından sabit bir ölçüt yoktur.

ve kamu yararı gibi kavramların tipik kullanım bağlamlarından koparılıp ayrı varlıklar olarak tanımlanmalarını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, hukukun buyruk teorisinde hukuk, belirli bir egemenden sadır olan ve müeyyidelerle desteklenen bir tür buyruktur. Ancak bu teorideki hukuk kavramı, içerdığı çok farklı olgularla çatışacak bir birbirine karıştıracaktır. Buradan şu sonuca ulaşabiliriz; bu gibi kolektif kavramların ampirik olarak bütünüyle teşhis edilmesi mümkün değildir.

¹⁸⁷ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, p. 462-468.

¹⁸⁸ Hart'ın hukuk kuramı.

¹⁸⁹ Austin'in hukuk kuramı.

¹⁹⁰ William E. Connolly, **The Terms of Political Discourse**, 3. bs., Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 14.

¹⁹¹ Örneğin bu kapsamda, 'nazi hukuku gerçek anlamda bir hukuk mudur?' sorusu sorulabilir.

Özü itibariyle tartışılabilir kavramlar ancak açıkça değer yüklü argümanlarda söz konusu olabilir¹⁹².

Liberal bireycilik veya liberal rasyonalizm olarak da isimlendirilen klasik liberalizm hem betimleyici hem de değerlendirci argümanlarla toplumsal düzeni ele alır. Betimleyici liberal yaklaşım ekonomik kamu yararının anlatımıyla ilgili iken, liberal bireyciliğin değerlendirmeye ilgisi ise bireyci bir özgürlük ve/ya otonomi anlayışından hareketle ekonomik kamu yararının nasıl maksimize edilebileceğini gösterir¹⁹³.

Liberal rasyonalistler sosyal formların¹⁹⁴ bilimsel bir açıklamasının yapılabileceğini iddia ederler. Buradaki sosyal formlar tarihsel ve sosyal gerçeklikler değil, insan tabiatının değişmez olduğu varsayılan özelliklerine¹⁹⁵ dayalı önermelerden çıkarılmıştır. Bu minvalde klasik liberal ekonomi yaklaşımı, ekonomik kuramların insan tabiatı hakkındaki basit aksiyomlardan çıkarılması fikrini bu metodoloji ile türetmiştir¹⁹⁶.

Klasik liberalizme göre, kamu ve toplum gibi kolektivite ifade eden kavramlar gözlenebilir varlıklara işaret etmezler ve bunları içeren önermeler ancak münferit eylemler hakkındaki ifadelere dönüştürüldüklerinde anlam kazanırlar. Yani buna göre toplumun veya kamunun bizatihi bir tasarruf ve yararından bahsedilemez; tasarruf ve yarar tarihsel ve toplumsal şartlardan soyutlanmış¹⁹⁷ bireylerin işidir. Bu bakımdan klasik liberal düşüncede, toplumsal yarar tek tek bireylerin yararının toplamından başka bir şey değildir.

¹⁹² Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 11.

¹⁹³ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 13.

¹⁹⁴ Toplumsal hayatın temel karakteristik özelliği olan düzenlilikler.

¹⁹⁵ Örneğin; insanlar daima kendi çıkarlarına göre hareket ederler; bugünkü tatmini gelecektene tercih ederler...

¹⁹⁶ F. A. Hayek, **The Counter Revolution of Science**, Collier-Macmillan Limited, London, 1952, p. 74-76; Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 14.

¹⁹⁷ Böylece kişiler hakkındaki tabii değişmez varsayımsal bilgiye herkes içebakış yoluyla ulaşabilir.

Liberal bireycilik yaklaşımında esas problemlili nokta bundan sonra başlamaktadır. Öyle ki toplum ve kamu gibi kolektif kavramların tasarruf ve yararından bahsedilemeyecekse toplumsal *uyum*, *kesintisizlik*, *süreklilik* ve *düzenliliği* nasıl temin edilecektir. Bu sorunu Hart *kural* ve *kural izleme* vurgusuyla çözmektedir. Buna göre toplumsal uyum ve düzenlilik bireylerin kuralları izlemesinin ve onları *içten benimsemesinin* bir sonucunda gerçekleşmektedir¹⁹⁸. Hart'ın bu vurgusunda kurallar normatiftir ve tercih fikriyle ilgilidir. Oysa hukuku bir baskı aracı olarak gören düşüncede kurallar üzerindeki temel vurgu müeyyide kavramıdır¹⁹⁹. Hart'a göre ancak bir kuralın ihlal edilmesi, müeyyide uygulanmasının nedenini veya gerekçesini oluşturur. Çünkü bir kural toplumsal pratiğe katılanlar tarafından 'bazı şeyleri yapmanın doğru ve/ya yanlış yolunu gösterir' şeklinde anlaşıldığı zaman içselleştirilmiş olur²⁰⁰. Hart'ın bu vurgusu ile kuralların içsel bağlayıcılığının tahminlerin ötesine geçip dışsal bir gözlemle doğrulanması mümkün hale gelmiştir.

Ekonominin matematiksel yöntemleri kullanması ve yeni yönetim düşüncesinin yaygınlaşması dolayısıyla birçok idari faaliyetin yerine getirilmesinde korelasyon ve game teori teknikleri kullanılmaya başlandı veya başlanması gerekiyor. İdari faaliyetlerde kullanılan bu teknikler kamu yararının eşitlikle, verimlilikle ilişkilendirilerek bir şekilde belirlenmesini ve ölçülmesini mümkün hale getirdi. Bu durum, idari yargı mercilerinin de artık böyle idari faaliyetleri denetlerken ekonomide kullanılan ölçüm tekniklerini bizzat veya bilirkişiler aracılığıyla, en azından değerlendirme yapacak kadar, kullanmalarını zorunluluk haline getirmiştir. Bu teknikler anglo-amerikan sisteminin geçerli olduğu ülkelerde doğup gelişmekte olduğundan, idare hukuku ekolleri tarafından bu güne kadar hiç tartışılmadığını söyleyebiliriz. Özellikle Fransa ve Türkiye gibi idari rejimin geçerli

¹⁹⁸ Hart, **The Concept of Law**, p. 55-56.

¹⁹⁹ John Austin'in hukuku böyle anladığını söyleyebiliriz. Kurallara uymayı temin etmek için yalnızca müeyyidelere dayanan bir sosyal sistemin totaliter eğilimlere açık olduğu birçok tarihi örnek ile ortaya koyulabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. John Austin, **Lectures on Jurisprudence: or the Philosophy of Positive Law** (with an Introduction), Ed. by. Robert Campbell, John Murray, London, 1913, pp. 16, 18, 82.

²⁰⁰ Hart, **The Concept of Law**, p. 55-56.

olduğu hukuk sistemlerinde bu tekniklere bir şekilde adaptasyonun sağlanması idare hukukunun geleceği açısından kanaatimce büyük öneme sahiptir. Bunun için idare hukukçularından bir kısmının gerekli matematiksel altyapıya sahip olması ve ekonomide kullanılan game teori yöntemlerini en azından imkânlarını değerlendirebilecek kadar bilmesi artık bir gerekliliktir. Özellikle yeni yönetim anlayışında bu tekniklerin kullanılması, idarecilerin karar vermede yetenekten çok bilimselliğe gönderme yapmalarını gerektirmektedir. Böylece takdir alanının muğlak sınırları daralmaktadır.

İdarenin piyasa ile ilişkisinde, piyasa etkinliğinin sağlanmasındaki rolünü özel sektör ile ilişkisi bakımından ele alıp analiz eden ekonomi disiplinleri (piyasa aksaklıkları teorisi, ekonomik mülkiyet hakları teorisi) var. Ekonominin kullandığı metotlar, bir mal veya hizmet piyasasının idarenin kontrolünde olması ile özel sektörün kontrolünde olmasının verimlilik açısından ölçülmesine imkân tanıdığı gibi, toplam faydanın ölçülmesini de temin etmektedir. İdarenin bir özelleştirme uygulamasında ekonomistlerin bu konudaki piyasa araştırmalarını ve tespitlerini dikkate almaması kamu yararı bakımından kabul edilemez. Bu konuda iktisadi yöntemlerin kullanılmasının, sonucu garanti etmemesi idare hukuku bakımından fark oluşturmaz. Hukuk ile ekonomi arasındaki yöntem-sonuç farklılıkları idari tasarruflar bakımından oldukça sılıktır.

Ekonomistler sorunları çözmek için varsayımlar ileri sürerler; bu varsayımların gerçek ya da gerçekleşebilir olmaları şart değildir, hatta önemli de değildir. Gerekli olan sorunun içindeki unsurların, sorunun bileşenlerinin ayrı ayrı rollerinin saptanmasına ve sorunun basitleştirilip çözülmesine olanak sağlamalarıdır.

Ekonominin amacı olarak verimliliğin, zaman zaman hukukun gayesi olan adalet ya da hakkaniyetle çatışması söz konusudur²⁰¹. Modern toplumlarda piyasanın da, hukukun da, demokrasinin de, kamu yararına sonuçlar verebilmesi için, adalet,

²⁰¹ A. Mitchell Polinsky, **An Introduction to Law and Economics**, 2nd edition, Little Brown & Co Law & Business, Boston, 1989, pp. 7-8; Mathis, **Efficiency Instead of Justice**, pp. 199-201.

verimlilik ve kamu yararı gayelerini bütünleştiren sağlıklı bir *siyasi-idari-yasal-yargı çevresi* kurulması bir zorunluluktur²⁰².

Uygulamada özellikle kamu hizmeti ve yatırım hedefleri gibi konularda ekonomik yöntem ve ilkelerin daha yoğun ve yetkin bir biçimde kullanılması idari uygulamaların kamu yararına uygun biçimde gerçekleştirilmesini kolaylaştıracaktır²⁰³.

Birden çok tarafı olan bir paylaşım probleminde ekonomik çözüm yöntemi, kural olarak taraflara, eşit paylaşımın en adil paylaşım olduğunu kabule ikna etmektedir. Bu paylaşım yöntemine göre, iki taraflı ve ikiden çok taraflı paylaşımlara göre şöyle bir formül söz konusudur²⁰⁴:

- İki taraflı paylaşım sorununda taraflar uzlaşamıyorsa, uyuşmazlık konusunu birinci kişiye iki paya ayırma hakkı, ikinci kişiye de ayrılan paylardan istediğini seçme hakkı verilir.
- İkiden çok tarafı olan paylaşım sorunlarında, uyuşmazlık konusunda ilk kişiye bir pay bölme hakkı verilir; ikinci ve devam eden diğer kişilere dilerse bölünen bu payı olduğu gibi alma hakkı, dilerse bölünen pay üzerinde değişiklik yaparak kalan payı kendine ayırma hakkı verilir. Bu yöntemdeki ölçü kural, bir pay üzerinde en son hak iddia eden kişi o payda hak sahibi olur. Bu şekilde son paydaşa kadar uyuşmazlık konusu bölümlenerek devam eder.

Böyle bir paylaşım yöntemi eşit paylaşımın sağlanmasını zorladığı için, tarafların hak sahipliği ve göreceli değişken statülerinin dikkate alınması

²⁰² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 14.

²⁰³ Kamu yararı ile özel şirketlerin faaliyetleri arasındaki ilişki: özel yatırımcıların ana hedefi kar marjını yükseltmektir, kar marjına zıt olan hedeflerin özel şirketlerden beklenmesi piyasa koşullarına uygun değildir. Bu sebeple kamu yararı hedefleri ile özel girişimcilerin kar hedefi arasında paralellik bulunmadığı müddetçe ekonomik kamu yararının gerçekleşmesi mümkün değildir. Bkz. Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. xiv.

²⁰⁴ Francis M. Bator, “The Simple Analytics of Welfare Maximization”, **American Economic Review**, Vol. 47, No. 1, 1957, pp. 22-59.

çoğunlukla mümkün değildir. Bu sebeple bu ekonomik paylaşım yöntemlerinin hukuk ve ahlak ile arasında kural olarak derin bir çizginin olduğunu söyleyebiliriz. Ancak özellikle hukuktaki kamu hizmeti gibi eşitlik ilkesinin geçerli olduğu dağıtım konu alan alanlarda yukarıdaki yöntemle benzer yöntemlerin çok iş göreceği aşikârdır. Yukarıdaki yöntemin matematik kuralları ile tespit edilen eşit paylaşımdan en önemli farkı bünyesinde eşitliğe rızayı barındırmasıdır.

Belki hukukun diğer dalları bakımından ekonomideki varsayımsallığın ve olasılığa dayalı verilerin kullanılması mümkün olmasa da idare hukuku bakımından bu verilerin kullanılması günümüz koşullarında giderek kabulü mümkün hale gelmektedir.

Sonuç olarak, ekonomik yapının ve önermelerin toplumsal görünümünün hiçbir zaman saf halde olamadığı ve ancak minimum bir hukuk kuralına bürünmüş şekilde ortaya çıkabildiği bir gerçektir. Ekonomi ve hukuk ilişkisinin en önemli yansımalarından biri, ekonomik ilişkilerin hukuk kuralları aracılığı ile meşrulaştırılıp kurumsallaşması ve yürütülmesidir. Yani hukuk, ekonominin örgütlenmesi ve işleyişi için gerekli²⁰⁵; ekonomi de hukuk için kamu yararı gibi bazı hukuki kurum ve olguların gerekçelendirilmesi için gereklidir. Ekonomik alanda izlenen politika ve kararların başarısı onları uygulamaya geçiren hukuki araçlar ile yakından ilgilidir.

²⁰⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 11.

İkinci Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ YERİ VE İŞLEVİ

Kamu yararı idarenin her türlü faaliyet ve tasarrufunu kapsayıcı niteliktedir. Bu sebeple kamu yararı idareyi bir tasarrufu yapmaya yönlendirip zorlayabileceği gibi, bir tasarrufu yapmaktan imtina etmeye de zorlayabilir.

Kamu yararı bütün idari faaliyetler için nihai gerekçelendirici kavram olmanın yanında, kamu yararı gerekçesiyle yapılan idari faaliyetlerin sınırını da belirleyen bir kavram olarak işlev görür. Örneğin kamulaştırmada kamu yararı, kamulaştırma işleminin gerekçesi olduğu gibi kamu yararına aykırı olarak özel mülke el atılamayacağını da ifade eden bir kavramdır. Kamu yararının bu çift boyutlu işlevi, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik kamu hizmeti faaliyetini, kamu düzeni ile bireyin hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için kamu gücü ve bunun sınırının rejimi olan kolluk faaliyetini ifade etmektedir; ayrıca toplumsal kalkınmanın sağlanması için idarenin sahip olduğu imkânların hukuka uygun olarak kullanılmasında önemli bir araç işlevi görmekle de özendirme ve destekleme faaliyetlerine temel oluşturmaktadır.

Ekonomik kamu yararı kuramının en önemli etki ve fonksiyonlarından birisi, toplum ve ekonomi ile yönetimin bütünleşmesi ve hem ekonominin hem de idarenin¹ toplum için toplum tarafından gerekçelendirilmesidir. Bu sebeple kamu yararı kuramına göre “topluma rağmen”, “topluma karşı” ... gibi tamlamaların gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Çağımızdaki etkin toplumsal kuramların hepsi bakımından kamu yararının bu etki ve işlevinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

¹ Kamu yararının bu etkisi idareyi hem organik anlamıyla hem de fonksiyonel anlamı ile kapsamaktadır. Yani bütün idari birimlerin toplumdaki meşruluğunu kamu yararı temin ettiği gibi, bütün idari tasarrufların da meşruluğu temelde kamu yararına uygun olmasına bağlıdır.

Örneğin hem liberal, hem sosyalist, hem de komüniteryan toplum kuramları bakımından kamu yararının bu etkisi tamamıyla geçerlidir; bu toplum kuramlarının kamu yararı teorisi bakımından farklılaşma noktaları, kamu yararının mahiyetinin ne olduğuna ve nasıl tespit edileceğine ilişkindir.

Kamu yararı, kural olarak, sosyal ve ekonomik düzen bozulmadığı müddetçe idarenin ekonomiye müdahale etmemesini gerektirir. Çünkü toplumsal yaşamda genel hükümler çerçevesinde bozukluklar giderilemiyorsa düzen ancak idarenin topluma ve ekonomiye müdahalesi ile gerçekleşebilir. Yani kamu yararı, idarenin müdahalesinin istisnai nitelikte olmasını gerektirir; mevcut sosyal ve ekonomik ilişkilerdeki hukuka aykırılıklar genel hükümlere göre çözüldüğünde adil sonucun sağlanamaması halinde kamu yararı, idarenin bu ilişkilere müdahale ederek bunları düzenlemesini gerektirir.² İdarenin bu müdahalesi istisnai nitelikte olduğundan dolayı, sadece toplumsal ve ekonomik sorunların giderilmesine ve sosyal ve ekonomik düzenin sağlanmasına yönelik olmalıdır; düzen tekrar sağlandıktan sonra idarenin müdahalesinin devam etmesi kamu yararına aykırı olacaktır.

I. Kavramın İdare Hukukunda Ortaya Çıkan Temel Anlamları

İdarenin bütün faaliyet ve tasarruflarında, ekonomik verimliliği teşvik etmesi gerektiği gibi, işlem maliyetlerini en aza indirmeye de gayret göstermesi gereklidir. İşlem maliyetlerini en aza indirmek için birçok doktrin, prosedür ve kurum ortaya çıkmıştır. Burada esas önemli olan, değişen koşullar söz konusu olduğunda hem ekonomik anlamda hem de hukuki anlamda uyarlamanın yapılabilme olanağıdır³.

² Örneğin, Ömer b. Abdülaziz (ö.101/720) döneminde Basra kadılığı yapmış olan İyas b. Muaviye, “İnsanlar iyi hal üzere oldukları sürece kararlarınızı kıyasa göre verin; bozulduklarında ise, istihsanda bulunun” diyerek mevcut kanun kurallarının sosyal ve ekonomik düzendeki bozuklukları önlemede yetersiz kalması halinde istihsan prensibi kullanılarak daha etkin, önleyici hükümler verilmesini önermiştir. Bkz. Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razi Cessas, **el-Fusul fi'l-Usul**, C.: IV, Thk. Acil Casim en-Neşmi, İstanbul, 1994, s.229, Aktaran: Muhammed Zahid el-Kevseri, **Hanefi Fıkhnın Esasları**, Çev: Abdulkadir Sofuoğlu, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara 1991.

³ Richard A. Posner, “Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations”, **Ratio Juris**, Vol. 17, No. 1, March 2004, p. 68.

1. İdarenin tasarruf ve faaliyetlerindeki işlem maliyetinin olabildiğince düşük olması; İdarenin bütün tasarruf ve faaliyetleri bakımından geçerli olan bu anlam, idarenin tasarruf ve faaliyetlerinde aynı sonucu doğurma gücüne sahip geçerli tercihler arasında en ekonomik/ucuz/masrafsız olanın tercih edilmesini gerektirir. Bunun belirlenebilmesi için ekonomi ve hukuk-ekonomi disiplininde fayda-maliyet analizleri gibi çok sayıda yöntem tespit edilmiş ve bu yöntemler birçok Avrupa ülkesinde ve ABD’de hem ekonomi hem de siyaset bilimcileri tarafından kullanılmaktadır. İdari tasarruflardaki işlem maliyetinin düşük olmasının kamuya dolaylı olarak etki etmesinden dolayı bu çalışmada bu konu üzerinde ayrıntılı olarak durmayı gerekli görmüyoruz.

2. İdarenin bütün görev ve faaliyetlerinde toplum için en faydalı ve verimli sonuca ulaşmasını ifade eden kamu yararı. Kamu yararının bu anlamının görünümelerini piyasa ilişkileri bakımından aşağıdaki şekillerde formüle edebiliriz.

2.1. İdarenin doğrudan doğruya piyasa ekonomisini etkileyecek alanlarda faaliyette bulunmasının temel gerekçeleri olarak kamu yararı; Ekonomik kamu yararını bu anlamı ile daha çok kamu hizmeti ve planlama faaliyetlerinde görebiliriz⁴. İdare tesis etmiş olduğu kamu hizmetleri ile bazen özel hukuk kişileri yanında bir faaliyeti yerine getirmektedir.

Bu anlamda idarenin sunduğu hizmet bir taraftan kamu hizmetinin ilkelerine uygun olmalı iken diğer taraftan piyasa koşullarına uygun olmalıdır. İdarenin sunduğu hizmet piyasa ilişkilerini bozucu nitelikte ise (dışsallık), böyle bir faaliyet haksız rekabet problemlerinin doğmasına da sebep olabileceğinden piyasa ilişkilerinde pek tercih edilmemektedir.

2.2. İdarenin düzenleme gibi araçlarla piyasaya müdahalede bulunmasının temel gerekçesi olarak kamu yararı; Ekonomik kamu yararını bu

⁴ Regülasyon faaliyeti bakımından ekonomik kamu yararının bu anlamı, sadece regülasyonun bir edim sunma şeklinde ortaya çıkmasında söz konusu olabilir. Zaten regülasyonu bir edim sunumu olarak gördüğümüz noktalarda kamu hizmeti ile büyük ölçüde ortak hukuki rejime sahip olacaktır. Hatta regülasyonu bu türü bakımından kamu hizmeti olarak ele alınmaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2002/32, K.2003/100.

anlamı ile regülasyon, kolluk, özendirme ve destekleme faaliyetleri ile kamu hizmeti faaliyetinde görebiliriz. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere devletin piyasaya müdahalesindeki en önemli gerekçelerden biri olarak ekonomik kamu yararı kavramı karşımıza çıkmaktadır. Yani ekonomik kamu yararı devletin piyasaya müdahalesinin gerekçesi veya maddi sebebidir.

1982 anayasasında ekonomik kamu yararının bu anlamının açıkça yer aldığını söyleyebiliriz: “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine⁵ ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”⁶ Anayasanın bu hükmündeki, milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygunluk ile kamu yararına uygunluk anlamı kastedilmektedir⁷. Yani izin verilmesinde (kolluk) ve faaliyetin yürütülmesinde aranacak koşulların, özel teşebbüsün milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara, kısaca kamu yararına uygun yürütülmesini sağlayacak koşullar olması gerekir⁸.

Ekonomik kamu yararı kavramının yukarıdaki anlamlarından *idarenin ekonomik alanda bizzat aktör olarak faaliyet yürütmesi* ve *piyasaya regülasyon* ve

⁵ Anayasa Mahkemesi özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine uygunluk ölçütüne göre nasıl yönlendirip denetleneceğini genel anlamda idarenin takdirine bağlı olarak yorumlamaktadır. Örneğin, “Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınması siyasi iktidarların tercihinin bırakılmıştır. İktidarlar uygun buldukları önlemleri, Anayasa’da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomik politikaları çerçevesinde belirlerler. Anayasa’nın 48. maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevi Devlete verilmiştir. Devletin bu madde uyarınca yerine getirmesi gereken görevi, özel teşebbüsün gelişmesini sağlayacak doğrultuda ekonomik ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamaktır. Yasa koyucu, devletin üstlendiği görevleri ve istenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için ulusal ekonomiyi zarar tarzındaki ödemelerden arındırma yetkisini kullanmasını siyasal ve ekonomik bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Devlet, bu amacı gerçekleştirme yönünde milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir.” (Anayasa Mahkemesi, E: 2002/32, K: 2003/100)

⁶ 1982 Anayasası m. 48/2.

⁷ “Kamu yararı olan hallerde, millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla, özgürlüklere kimi sınırlamalar getirilebilir. Devletin, teşebbüslerin güven ve kararlılık içinde çalışması için gerekli gördüğü tedbirleri almasında, hem teşebbüs sahiplerinin hem de bu teşebbüsler aracılığıyla toplumun yararı söz konusudur.” (Anayasa Mahkemesi, E: 1985/9, K: 1986/14)

⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 39.

sözleşme yoluyla müdahalesinin temel gerekçesi hakkında aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır.

II. Ekonomik Kamu Yararının İdare Hukukundaki Kullanım Alanları

A. İdari Faaliyetlerde Ekonomik Kamu Yararı

Kamu yararının bir idari faaliyetin gerekçesi olarak dikkate alınmasında, idari tasarrufun gerekçelendirilmesi/haklılanması/doğrulanması (justification) söz konusudur. İdare ancak kamu yararı ile idari faaliyet arasında gereklilik ve zorunluluk ilişkisi kurmakla bu gerekçelendirmeyi temin edebilir. Bu şekilde kamu yararı idarenin bir faaliyeti gerçekleştirmesi için meşru zemin sunmaktadır.

Kamu yararının Türk idare hukukunda en temelde kamu hizmeti, kamu düzeninin korunup tesis edilmesine yönelik kolluk, regülasyon, planlama ve özendirme-destekleme faaliyetleri ile somutlaştırıldığını söyleyebiliriz. Çünkü kamu hizmeti niteliğine sahip olan bütün idari faaliyetler kamu yararının somut bir görünümüdür; kamu düzenini oluşturan güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, dirlik ve esenlik kamu yararının kolluk alanındaki görünümünü yansıtmaktadır; bir faaliyet alanının idare tarafından düzenlenip denetlenmesinin, bizzat o alanda faaliyette bulunmaya veya o alana hiç müdahale etmemeye, (kanunen veya idari takdir ile) tercih edilmesi bu alandaki kamu yararının somut bir göstergesidir.

1. Kamu Hizmeti

İdare hukukunda kamu yararının idari faaliyetler ile somutlaştırılması kamu yararının sadece idari faaliyetlere ilişkin nitelendirme aşamasında dikkate alınması gerektiği anlamına gelmemelidir; niteliği gereği kamu yararı bir idari faaliyetin her aşamasında dikkate alınmalıdır. Örneğin bir faaliyet hakkında kamu hizmeti nitelendirmesinde bulunmak için kamu yararına yönelme şartı gerçekleşmelidir. Ayrıca bu faaliyetin uygulanması sırasında kullanılan tüm idari yetkiler ve araçlar ilgili hizmet gerekleri çerçevesinde kamu yararını gerçekleştirmeye ve sağlamaya

yönelik olmalıdır. Kamu hizmeti ile kamu yararı ilişkisini bu minvalde şu şekilde ifade etmek mümkündür: “Kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir”⁹.

Kavramsal farklılıklar bir yana bırakıldığında Anayasa Mahkemesi’ne göre, *kamu hizmeti kamu yararadır*¹⁰ ve *kamu hizmetinin gerekleri kamu yararının gerekleridir*¹¹. Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımına göre kanunlarla veya kanunun açıkça izin verdiği durumlarda idari işlemlerle tesis edilen kamu hizmeti faaliyet alanlarında, kural olarak kamu yararının varlığından bahsedilecektir. Yani buna göre kamu hizmeti nitelemesinin yapıldığı bütün durumlarda kamu yararı bir sonuç olarak var demektir¹². Bu düşünceye bağlı olarak, bir özel teşebbüs veya faaliyetin devletleştirilmesini, yani kamu hizmeti halinde yürütülmesini yeğlemek, aslında o konudaki kamu yararının ancak, ya da en iyi bu yoldan sağlanabileceğini kabul etmektir¹³.

Kamu yararı ile kamu hizmeti ilişkisinde karşımıza çıkan en önemli sorunlardan biri kamu yararının kamu hizmetinin bir unsuru olup olmadığı sorunudur. Bu sorun kamu hizmetine, hatta kamu hizmeti zaviyesinden okunan idare hukukuna yaklaşımda önemli köşe taşlarından biridir. Kamu yararı, kamu hizmetinin bir unsuru olarak dikkate alındığında, kamu yararı bir faaliyet hakkında kamu hizmeti nitelendirmesi yapılabilmesi için gerekli şartlardan biri olacaktır. Bu yaklaşıma göre, kamu hizmeti kamuya yararlı bir hizmettir ve kamuya yararlı olmayan idari faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabulü mümkün değildir. Yani buna göre bir idari faaliyet hakkında kamu hizmeti nitelemesinin yapılması o faaliyet hakkında kamu yararı bakımından bir değerlendirmenin yapıldığını da göstermektedir. Örnek vermek gerekirse milli savunma, güvenlik ve bayındırlık gibi

⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 330.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1964/13, K: 1964/43.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, E: 1976/38, K: 1976/46.

¹² Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s. 5.

¹³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 305.

faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edildiğinden bu faaliyetlerin yürütülmesinde kamu yararı vardır. Buna karşın kamu yararının bulunduğu her yerde (ticari taksi faaliyetlerinde olduğu gibi) kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi zorunlu değildir¹⁴.

Bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olarak kabul edilmesini öngören Anayasa Mahkemesi¹⁵ ve klasik liberal doktrin ile kamu yararının toplumsal ilişkilere bakılarak tespit edilebileceğini öngören Duguit'in yaklaşımı kamu yararının kamu hizmetinin bir unsuru olduğu şeklindedir¹⁶. Türkiye'de de birçok idare hukukçusunun benzer argümanlara dayanarak kamu yararını kamu hizmetinin bir unsuru olarak ele aldığını söyleyebiliriz¹⁷.

¹⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 305. Örneğin eğitim, sağlık, fırıncılık gibi faaliyetlerde halkın ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması bakımından kamu yararı vardır; ancak bu faaliyetler yasa koyucu tarafından idareye görev şeklinde yükletilerek kamu hizmeti haline konulup konulmadığı tartışılabilir. Bu faaliyetler hakkında kamu hizmeti niteliğinin yapılamaması durumunda bunlar özel teşebbüsün piyasa ilişkileri alanına bırakılmış demektir. Bu faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirmediğimizde idarenin bu faaliyetleri yerine getirmesinin piyasa ile ilişkisinin ortaya net olarak konulması bir zorunluluktur. Bu durumdaki temel sorun sağlık ve eğitim gibi faaliyetleri idare yerine getirdiğinde kamu hizmeti, özel teşebbüs yerine getirdiğinde ticari işletme faaliyeti şeklindeki ikili durumun piyasa ilişkilerindeki rekabet gibi temel unsurlarla nasıl bir etkileşim içerisinde olacağına ilişkindir.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 1994/70, K: 1994/65. Pozitif dışsallıklar nedeniyle, piyasa mekanizmasına bırakılması halinde eğitim tüketimi, optimalin çok altında olacaktır. Dolayısıyla eğitim hizmetlerinin kamu hizmeti olarak kurgulanmasının ekonomik etkinliğe ilişkin bir temel ekonomik gerekçesinin olduğu söylenebilir. Ancak, hemen tüm çağdaş ülkelerde özellikle temel eğitim hizmetinin devlet tarafından sunulması ve parasız olması, burada verimlilikten de öte bir eşitlik veya yeniden bölüşüm ilkesinin hedeflendiğini göstermektedir. Aynı şey sağlık hizmetleri için de geçerlidir. Her ne kadar sağlık hizmetlerinde de bir dışsallıktan (örneğin herhangi bir vatandaşın sağlıklı olmasının, diğer vatandaşların refahlarına da olumlu bir etkide bulunması hali) söz edilebilse de, temel sağlık hizmetlerinin devlet tarafından karşılanmasında esas kaygının bir eşitlik veya adalet veya toplumsal dayanışma hedefi olduğu söylenebilir. Bkz. Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 28. Bu ve benzeri sebeplerle Anayasa Mahkemesi eğitim ve sağlık gibi hizmetleri niteliği gereği kamu hizmeti olarak nitelendirmektedir: "Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir", bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2008/54, K: 2011/45.

¹⁶ Bu yaklaşımlara göre bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesine yasa koyucu karar verse bile yasa koyucunun bu kararları kurucu nitelikte değil, beyan edici niteliktedir. Bu sebeple bu yaklaşımlar kamu yararına objektif bazı içerikler yükleyerek bilimsel kriterlere tabi tutmayı amaçlamaktadır.

¹⁷ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, 3. bs., İstanbul, 1966, s. 16-17; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt 1 Genel Esaslar, 7.

Kamu yararını kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan ziyade bir sonucu olarak ele alan yaklaşımda¹⁸, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde kamu yararı kurucu bir etkiye sahip değildir. Ancak kamu yararının bir unsur olarak kabulünde olduğu gibi bir faaliyete kamu hizmeti nitelemesi yapıldığında o faaliyetin yürütülmesinde kamu yararının gerçekleşeceği kabulü de söz konusudur. Bu yaklaşıma göre niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin bulunmadığı, karşılanmasında kamu yararı bulunan bir ihtiyacın kamu hizmeti olarak nitelenmesinin yasa koyucunun iradesine bağlı olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Yasa koyucu bakımından bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesi hakkında verilen kararların tamamen takdirî olması dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesindeki kamu yararını takdir yetkisi de devlete aittir²⁰.

Kamu yararı kamu hizmetinin bir unsuru olarak kabul edildiği durumlarda, bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun doğrudan doğruya kamuya yönelmiş ve yararlı olması gereklidir. Hizmet neticesinde elde edilen yararın dolaylı olarak kamuya yararlı olması yeterli değildir. Her ne kadar bir kamu kurumunun özel mallarına ilişkin hizmetler kamu kurumuna mali yarar ve kaynak sağladıkları için kamuya yönelmiş ve yararlı sayılsalar da kamuya yönelişleri dolaylı olduğundan bunlar kamu hizmeti sayılmazlar²¹.

bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 681-683; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 304-305; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979, s. 195-199.

¹⁸ Didier Truchet, **Nouvelles Recentes d'un Illustré Vieillard Label de Service Public et Statut du Service Public**, AJDA, 1982, s. 431. Aktaran Gülan, "Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri", s. 5.

¹⁹ G. Vedel ve P. Delvolvé, **Droit Administratif**, PUF, 10. bs., Paris, 1988, s. 1099. Aktaran Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, s. 681.

²⁰ Kanun koyucunun kamu yararını ne yönde takdir ettiği yasa koyucunun idaresinde açıkça kendini gösterebileceği gibi bir faaliyette özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve kamusal usuller öngörülmesi, kamulaştırma yetkisi tanınması, üçüncü şahıslara müeyyide uygulayabilme yetkileri ve tekel kurulması gibi ayrıcalıkların tanınması, kar amacının güdülüp güdülmediğine ilişkin belirlemelerde bulunulması, girişimin kanunla kurulması gibi karineler aracılığı ile de kendini gösterebilir. Bkz. Giritli/Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, 1979, s. 197-198.

²¹ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku**, Cilt I, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1972, s. 19; Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, TODAİE, Ankara, 1970, s. 16; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, s. 16.

Kamu yararının kamu hizmetinin bir unsuru olup olmadığı tartışmasının pratik sonucu kamu yararını bir unsur olarak kabul edenler kamu yararının tespitini, kavramın kavramsal ve normatif boyutuna ağırlık vererek, objektif bazı ölçütlere bağlamakta iken; kamu yararını bir unsur olarak kabul etmeyenler kamu yararının tespitini, kavramın biçimsel boyutuna ağırlık vererek, yasa koyucunun takdirine bırakmaktadır.

Kamu yararını bir unsur olarak kabul eden yaklaşımlar, kamu yararı hakkındaki belirlemelerin zaman içindeki değişime nasıl ayak uyduracağını belirsizliği ve bir uyumsuzluk halinde mahkemenin kamu yararını hangi esaslara göre karar vereceğinin belirsizliğe yol açtığından dolayı eleştirilebilir. Kamu yararını bir unsur olarak kabul etmeyen yaklaşım ise kavramsal ve normatif açıdan toplum için hiç gerekli ve önemli olmayan bazı faaliyetlerin yasa koyucunun iradesi ile kamu yararına kabul edilmesi gibi sonuçlara yol açabilmesi sebebiyle eleştirilebilir.

Kanaatimizce, Türkiye’de idare hukukçuları tarafından açıkça ifade edilmiş olmasa bile, kamu yararı kamu hizmetinin bir unsuru olarak kabul edilse de edilmese de, kamu yararının kamu hizmeti içerisindeki somutlaştırılmış şekli, hemen hemen bütün kamu hizmeti tanımlarında yer alan, “toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması” şeklindedir²².

Kamu yararının kamu hizmeti ile ilişkisinden sadece kamu hizmeti nitelendirmesinin unsuru olup olmadığı meselesinin yanında kamu hizmetinin kim tarafından, hangi usulle ve hangi hukuki rejimle yerine getirileceği sorunlarında da kamu yararının bir ölçüt olup olmadığı önemli bir meseledir. Milli savunma, istihbarat ve bayındırlık gibi özel kişiler tarafından yerine getirilmesi sakıncalı görülen ya da özel kişiler tarafından karlı görülmeyerek kendiliğinden yerine getirmediği bazı faaliyetlerin idare tarafından yürütülmesinde kamu yararı vardır. Bu

²² Bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, s. 13; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, s. 681-683; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 304-305; Giritli/Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, 1979, s. 195-199. Onar gibi bazı yazarlar kamu yararını, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanmasının yanında kamu hizmetinin unsurları içerisinde açıkça da ifade etmektedirler.

şekilde idarenin bir faaliyeti yürütmesini gerektirecek şartların oluşmadığı hallerde, idarenin bu faaliyeti yürütmesinde kamu yararı yoktur²³.

Kamu Hizmeti en genel ifade biçimi ile şu şekilde tanımlanmıştır: “Devlet ve diğer amme hükmî şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabeleri, kontrolleri altında umumî ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme (kamu) hizmeti denilmektedir”²⁴. Bu tanımın kamu yararı ile ilişkisi bakımından şu sorular sorulabilir:

- Ortak ve genel ihtiyaçların karşılanması **kamu yararı**nı tek başına sağlar mı?
- **Kamu yararı** ortak ve genel ihtiyaçların idare tarafından karşılanmasını mı gerektirir?
- Ortak ve genel ihtiyaçların karşılanmasının **kamu yararı**nı tek başına sağladığı haller ile **kamu yararı**nın ortak ve genel ihtiyaçların idare tarafından karşılanmasını gerektirdiği haller şeklinde ikili bir ayrım mı söz konusudur?

Kamu hizmeti kavramı, devletin faaliyet alanının sadece bireylerin ve toplumlarının gücünün yetmediği veya çıkar bulmadıkları iş ve girişimleri kapsadığı dönem olan Birinci Dünya Savaşından önce (klasik liberal dönem), gerek organik, gerek görevsel ve gerek yönetsel bakımdan bütünlük ve birlik arz etmekte; idarenin kamu yararı'nı sağlamak üzere kamusal yönetim usulleri ile yürüttüğü faaliyet olarak tanımlanmaktaydı²⁵.

Klasik liberalizm eksenli toplum düzeninden sosyal devlet düşüncesini de içeren toplum düzenine geçiş kamu hizmetleri bakımından da kendisini göstermektedir. Klasik liberal düşüncede toplum modeli devletin yürütmeyi görev olarak gördüğü kamu hizmeti alanlarının çok sınırlı bir biçimde belirlenmesini

²³ Giritli/Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, 1979, s. 196.

²⁴ Sıddık S. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, s. 13.

²⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 303.

gerektirirken (örnek olarak Bentham, Hayek, Nozick çizgisi eksen alınabilir); sosyal devlet modelinde kamu hizmeti olarak devletin görev alanı toplumun ihtiyaçları ve kamu yararı göz önüne alınarak daha da geniş tutulmaya başlanmış ve devlete bu kapsamda geniş müdahale yetkileri tanınmıştır. Devletin ekonomik alana müdahalesi de bu kapsamda değerlendirilerek ekonomik kamu yararı ile meşrulaştırılmaktadır.

Özellikle sosyal devlet ilkesinin ve planlı kalkınma yönteminin benimsendiği ve uygulandığı ülkelerde, kamu gücünün faaliyet alanına sınır çizilmesi doğru ve mümkün olmadığından, idare tarafından ifa edilen kamu hizmetlerinin konu ve amaçlarının genişlemesi, çeşit ve sayılarının artması doğaldır²⁶.

Türk idare hukukundaki kamu hizmeti düşüncesinin bu dönüşümünün aşağıdaki alanlarda gerçekleştiğini söyleyebiliriz:

- Klasik kamu hizmeti kavramının yeniden tanımlanarak belirlenmesi gerekliliği,
- Geleneksel olarak kamu hizmeti kabul edilen alanlarda özel sektörün etkinliğinin artması,
- İdarenin yürüttüğü kamu hizmeti alanlarında kamu hukuku rejimi yerine özel hukuk rejiminin tercih edilmesindeki yaygınlık,
- Kamu hizmetinin meccaniliği ilkesinin klasik anlamının hemen hemen bütünüyle etkisiz hale gelmesi,
- Hizmetten yararlananların “müşteri” gibi belirlemelerle piyasa ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Avrupa Birliği’ndeki gelişmeler klasik kamu hizmeti anlayışının değişmesini zorlamaktadır. Bunun neticesi olarak kamu hizmeti kavramı yerine asgari hizmet, evrensel hizmet²⁷ ve genel yarar hizmetleri gibi kavramlar kullanılmaya başlanmış; kamusal faaliyetlerin

²⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 305.

²⁷ Evrensel hizmet kavramı ile Türk idare hukukundaki kamu hizmeti kavramının birbirine ne kadar benzeyip benzemediği tartışmaya açıktır. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, in Turan Yıldırım v.d. **İdare Hukuku**, 5. bs., XII Levha, İstanbul, 2013, s. 489-494.

öncelikle piyasa ve rekabet gibi ekonomik değerlere uygun yürütülmesi koşul olarak aranmaya başlamıştır. Ancak AB içerisinde Fransa gibi bazı ülkelerin kamu hizmeti rejimini benimsemesi arada bir farklılık ve zıtlaşmanın bulunduğunu gösteriyor gibi olsa da 90'lerden beri hem AB sisteminde hem de Fransa'da bağdaştırıcı ve arabulucu çözümler bulunmaya çalışılmaktadır²⁸.

Kamu hizmeti bakımından kamu yararının önemi ve gerekliliği konusunda tasarrufun bütün tarafları (idare ve muhatap olan herkes) arasında bir uzlaşma söz konusudur. Ancak kamu yararının, kamu hizmeti kapsamında, anlamı ve içeriği hakkında genel olarak ya da belli uygulamalar bakımından bir ortak uzlaşmanın bulunduğu bahsedilemez; sadece küçük uzlaşma durumlarından bahsedilebilir.

İktisadi kamu işletmelerinin kömür, demir ve çelik, dokuma üretimi, bankacılık gibi serbest rekabet alanındaki faaliyetleri kamu hizmeti sayılmazlar. Ziraat bankasının çiftçi kredisi dışındaki bankacılık faaliyetleri de kamu hizmeti niteliği taşımamaktadır. Her ne kadar bu gibi ekonomik kamu işletmeleri, ülkemizin ekonomik ilerlemesine yaradıkları cihetiyle, kamu hizmeti gördükleri ileri sürülse²⁹ de bu durum onların faaliyetlerinin ve gelişmelerinin sadece dolaylı bir sonucudur³⁰.

Ekonomik kamu hizmetlerinin bir kısmı 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan demiryolları, gaz, elektrik telefon gibi bireylerin ve toplulukların mali güçlerinin yetersizliği nedeniyle yürütemedikleri iktisadi ve sınai nitelikteki faaliyetlerden oluşmaktaydı. Ancak 20. yüzyılın başından ve özellikle birinci dünya savaşından sonra devletin ekonomik yaşama müdahalesi sonucu özel kişilerin sanayi, ticaret, maliye ve tarım alanlarında yürüttükleri faaliyetler de kamu hizmetleri haline getirildi ve özel kişilerle yan yana yürütülmeye başlandı. Gerçi daha eskiden beri yürütülen ekonomik kamu hizmetlerini özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt etmek

²⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 16.

²⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, s. 33.

³⁰ Balta, **İdare Hukuku**, Cilt I, s. 19-20; Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, s. 17.

kolaydır. Ancak son zamanlarda üstlenilen ekonomik kamu hizmetlerinin özel teşebbüs faaliyetlerinden ayırt edilmesi son derece güçtür³¹.

Ekonomik kamu hizmetleri özünde karlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülse de bu hizmetlerin asıl amacı kar elde etmek değil; bilakis toplumsal gereksinimleri karşılamak suretiyle kamu yararını sağlamaktır³². Ekonomik kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin tespitinde temel kriterimiz budur. Özelleştirmeyi düşünürken de bu kıstası dikkate alarak hareket etme zorunluluğumuz söz konusudur³³.

Bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu incelenirken “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” kavramları belirleyici niteliktedir. Fakat “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” gibi kavramların önemli bir yere sahip olmadığı veya bu kavramların kapsam alanına girmeyen hallerdeki özelleştirme işleminin hukuka uygunluğunda ise, özelleştirme bedeli ağırlık kazanacaktır³⁴.

Danıştay, birçok özelleştirme işleminde olduğu gibi idarenin ekonomik yatırımları hakkındaki yargılamasında da ekonomik kamu yararının varlığını incelemiştir³⁵. Özellikle özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesinde Özelleştirme

³¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., İmaj, Ankara, 2011, s. 339.

³² Günday, **İdare Hukuku**, s. 339.

³³ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre ruhsat yöntemi ile özel kişilere gördürülen öteki kamu hizmetleri gibi elektrik hizmetlerinden yararlananlardan alınacak olan ücretin belirlenmesinde de ruhsat sahibine tam bir serbesti tanınmamaktadır. Kanun elektrik dağıtım, toptan ve perakende satışı için yapılacak olan fiyatlandırmaların esaslarını tespit etmek yetkisini de Enerji Piyasası Kuruluna vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s. 364.

³⁴ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun 1 ve 15. Maddesi. Örneğin, bir elektrik dağıtım ağının özelleştirilmesinde “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” gibi kavramlar ilk önemi kazanacak ve “en yüksek bedel” şeklindeki ekonomik değerlendirme bu kavramların ardından gelecek, buna karşılık kamu hizmetinde kullanılmayan bir arazinin özelleştirilmesinde ekonomik değerlendirme ağırlık kazanacaktır.

³⁵ Örneğin 1990’larda 40 milyar dolara kadar fiyat biçilen Türk Telekom, yargı kararı dolayısıyla özelleştirilemeyip 2005’te üçte bir fiyatına, 12.6 milyar dolara özelleştirilebildi.

Yüksek Kurulu'nun takdir yetkisini "kamu yararına ve özelleştirmenin amacına" uygunluluk bakımından denetlemektedir³⁶.

2003'te TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesine yönelik ilk ihaleyi 1,302 milyar dolara kazanan gurup lehine verilen ihale kararı, idari yargı tarafından TÜPRAŞ ihalesinde açık artırmaya gidilmemesi, rekabetin gözetilmemesi ve ihaleyi kazanan Efremov şirketinin ortaklık yapısının netleştirilmemesi nedeniyle kamu yararına ve hukuka aykırı davranıldığı gerekçesiyle iptal edilmiştir³⁷. Mahkemenin bu iptal kararı sonrasında hazine TÜPRAŞ'tan gelecek 1 milyar 300 milyon dolar kadar fazladan borçlanmış ve buna göre yüksek oranlı faiz ödemiş, döviz piyasası etkilenmiştir. TÜPRAŞ özelleşseydi, teknolojik yenilenme için gereken 760 milyon doları da özel şirket yatırıracaktı.

Üç yıl sonra 2005'te TÜPRAŞ hisselerinin %51'in blok olarak satışına yönelik yapılan ihaleyi Koç Holding-Shell ortaklığına 4,1 milyar dolara almış, ihale komisyonunun onayı üzerine açılan iptal davasında Danıştay 13. Dairesi YD talebini reddetmiş yapılan itiraz üzerine İDDK, TÜPRAŞ hisselerinin %51'in blok olarak satışına olanak sağlayan Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararına ilişkin itirazı reddederken, ihale şartnamesini ve bu şartnameye dayalı ihale komisyonu kararını hukuka aykırı bularak yapılan itirazı haklı bulmuş ve YD kararı vermiştir³⁸. Yani

³⁶ Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Bs., Beta, İstanbul, 2007, s. 224.

³⁷ İdarelerin, özelleştirme ihalelerini, kamu varlığının en yüksek bedelle satışını sağlamak amacıyla, kamu yararı ve ülke çıkarlarını gözeterek gerçekleştirmesi gerektiğine işaret edilen gerekçe, "TÜPRAŞ'ın satışına ilişkin ihale komisyonu kararı, hukuka ve kamu yararına aykırıdır" denilmiştir. İhale komisyonu kararının, "ihale işlemlerindeki açıklık ilkesinden yoksun olduğu" vurgulanan gerekçe, şunlar kaydedilmiştir: "Rekabet ortamının sağlanması esastır. TÜPRAŞ'ın satışında gerekli rekabet ortamı sağlanmamıştır. Efremov Şirketi'nin işlem dosyasında, yalnızca Tatneft'e ilişkin belgeler ibraz edilmiştir. Bu belgeler, Efremov Şirketi'nin ciro, kapasite, üretim, sermaye ve mali yapısını ortaya koymamaktadır." Ayrıca İlk mahkeme: "Azami rekabeti gerçekleştirerek daha yüksek fiyat almak için ihalenin açık artırmayla yapılması gerekirdi. İki firmanın katıldığı ihalenin kapalı zarf usulüyle yapılması kamu zararına olmuştur." Üst mahkeme: "İhale usulünde idarenin takdir yetkisi vardır. TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesinde pazarlığa kapalı zarf usulüyle başlanmış ve pazarlık sürdürülerek fiyat 600 milyon dolardan 1 milyar 302 milyon dolara çıkarılmıştır. Kamu yararına ve hukuka uygundur."

³⁸ Gerekçe usulde şöyle diyor: "4046 sayılı kanun, özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik ve kamu giderlerinde azalmayı amaçlarken, bu amaç doğrultusunda yapılan işlemlerde kamu yararının dikkate alınmaması düşünülemez. Tüpraş gibi bir kuruluşun satışında esas alınacak

Danıştay TÜPRAŞ hisselerinin ihale yoluyla satışını hukuka aykırı bulmamış ancak uygulanan satış usul ve yöntemini (kapalı teklif suretiyle başlanan, pazarlık suretiyle devam edilerek sonuçlandırılan ihaleye açık arttırma suretiyle devam edilmediği), kamu yararına aykırılığı gerekçesi ile hukuka aykırı bulmuştur.

2. Kolluk ve Regülasyon

Ekonomik kamu düzeni, yani güvenlik ve genel sağlık, ekonomik kamu yararının kolluk faaliyeti içindeki ifade biçimidir. Kolluk faaliyeti kamu düzeninin bozulmasını önleme, bozulmuşsa tekrar tesis etme anlamlarını içermekle nihai olarak kamu yararına yönelmektedir. Ölçülülük ilkesi, kamu düzeninin korunması yönünde somutlaşan kamu yararı ile kişisel yarar arasında denge sağlanmasını ifade etmektedir.³⁹

İdare ekonomik kolluk kapsamında yaptığı tasarruflarda takdirini kullanırken makuliyet ve kamu yararı kriterlerine göre kullanılmalıdır. İdarenin tercihlerindeki “mümkün ve yararlı olma kıstasını” hesaplama da kullanılan önemli yöntemlerden biri de bilanço prensibidir. Buna göre idarenin yaptığı faaliyetlerde yarar-zarar analizi yapılarak yarar lehine pozitif bir sonucun ortaya çıkması ile ölçülü karar verilmiş olacaktır⁴⁰.

şartların belirlenmesinde kamu yararı ön planda tutulmalıdır” İçerikte ise: “Tüpraş'ın özelleştirilmesinde hangi alanlarda 'kamu yararı' göz ardı edilmiş? Teknoloji, kapasite ve çevre konularında yatırım yapma taahhüdü yok; denetim mekanizmaları getirilmemiş; üç yıl sonra el değiştirme olasılığı var; özelleştirme sonrası süreçte şirketin mevcut kapasitesinin altında üretim yapması halinde ülkenin **işlenmiş petrol** ihtiyacının büyük kısmının üretim yoluyla değil, ithalat yoluyla karşılanmasına yol açacağı göz ardı edilmiş.” Ayrıntılı bilgi için bkz. “Danıştay İDDK’nun 2005/863 numaralı ve 02.02.2006 tarihli YD kararı”, <http://petrol-is.org.tr/haber/tupras-ihale-sartnamesinin-iptali-ve-yurutmenin-durdurulmasi-istemiyle-acilan-davada-danistay>, (Çevrimiçi: 25/06/2013). Esasında kamu yararı analizi öncelikle sektörel olarak dikkate alınmalı ve bu sektörde öncelikle enerji politikaları bakımından kamu yararı analizinin yapılması gereklidir. Bir sektördeki parçalar bütün dikkate alınmadan kamu yararı denetimine tabi tutulduğunda hiçbir yatırımın yapılması mümkün değildir. Çünkü işlenmemiş petrol gibi parçalar ya idare elinde kalmakla kamu yararı daha çok teşekkül edecek ya da özel şirketin kontrolünde kalmakla daha çok teşekkül edecektir.

³⁹ Avrupa Adalet Divanının “M. Moustakim c./Belgique” kararı, aktaran: Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 105.

⁴⁰ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 108.

Regülasyon kavramı⁴¹, Truchet'e göre, idare hukukunda, kamu gücünün ekonomik alanlardaki kamu yararına olan faaliyetini ifade etmektedir. Anglo-Saksonlara göre idare hukuku ile regülasyon hukuku anlamda kavramlardır⁴².

Regülasyonun herkesin mutabık kalabileceği bir tanımının verilmesi oldukça güçtür; ama regülasyon kavramı içerisinde yer alabilecek temel unsurları şu şekilde sıralayabiliriz⁴³:

- İlgili sektörlerdeki aktörlerin etkilene ve yönlendirmeyi de içeren katılımı,
- Piyasa ekonomisinin kendi dinamiklerinin işleyişine engel olmama,
- Düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama⁴⁴,
- Bazı uyuşmazlıkları çözme faaliyeti⁴⁵.

İdarenin regülasyon kapsamındaki görev ve yetkileri, idari “kamu hizmeti” niteliğine benzemekle beraber, belirli bir “edim” sunmaya yönelik değildir; birer

⁴¹ Regülasyonu ayrı bir hukuki rejimi olan idari faaliyet olarak ele alınmasının temel sebebi, kamu hizmeti ve kolluğa benzer birçok boyutunun bulunmasına rağmen kendine özgü ilke ve prensiplerinin olması ve bunlardan farklılaşan birçok noktasının bulunmasıdır. Regülasyon faaliyeti düzenleme yapma bakımından kamu hizmetine benzese de klasik kamu hizmeti anlayışına göre çok daha geniş bir alanı kapsamakta ve kendine özgü yöntemler kullanmaktadır; denetleme ve yaptırım uygulamada özgürlüklere müdahale ve ölçülülük gibi kolluk ilkeleri bakımından kolluk faaliyetine benzese de hem ölçülülükten farklılaşan yönleri bulunmakta hem de kapsadığı kamu düzeninin unsurları başkalaşmaktadır. Örneğin hem kamu hizmeti sunucularının hem de işletme faaliyeti sunucularının aktif olduğu bir hizmet piyasasında düzenleme, denetleme ve yaptırım unsurlarını taşıyan regülasyon faaliyetini kamu hizmeti veya kolluk olarak nitelemek doğru olmayacaktır. İşletme faaliyeti sunan özel kişiler üzerindeki regülasyon kolluk esaslarına benzerlik gösterecek; kamu hizmeti sunan özel ve kamu hukuku kişileri üzerindeki regülasyon kamu hizmeti ilke ve esaslarına benzerlik gösterecektir. Yine açıkça belirtmek gerekir ki, regülasyon her ne kadar kamu hizmeti veya kolluk faaliyetinin ilke ve esaslarına benzerlikler taşısa da aynı piyasa koşullarının paylaşıldığı durumlarda regülasyonun kolluk ve kamu hizmetinden farklı ilke ve esaslara ihtiyacı vardır.

⁴² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 25.

⁴³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 1.

⁴⁴ Cenk Yaşar Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 41-53, 58-64. Regülasyon ülke ekonomisi ve toplumsal yaşam bakımından özel öneme sahip ve hassas alanlarda yapılan düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini kapsar.

⁴⁵ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, s. 53-56.

“hukuki tasarruf” olarak ortaya çıkarlar⁴⁶. Klasik kamu hizmetlerine oranla daha teknik ve bilimsel nitelikte olan bu görev konuları, bunlarda görevlendirilecek kişilerin bir takım uzmanlık dallarından seçilmelerini gerekli ve yararlı kılmaktadır. Ayrıca bu otoritelerin çözümlemek durumunda kalacağı sorunlar, genellikle çıkar çelişkilerinden kaynaklanmış olacağı için ilgili toplum kesimlerini veya gruplarını temsil eden kişilerin karar süreçlerine katılmaları sağlanmalıdır⁴⁷.

Regülasyonun ortaya çıkışının en pragmatik sonuçlarından biri, muhataplarının hukuk kurallarının oluşum sürecine (birel ve genel düzenleyici işlem süreçlerine) katılmaları⁴⁸, formel olmayan etkileme ve ikna yöntemlerine başvurma gibi uygulamalara yol açması; bunun bir sonucu olarak da sözleşme tekniğinin yaygınlaşmasıdır⁴⁹. Muhatapların bağımsız kurulların birel ve genel düzenleyici işlemlerinin oluşumuna katılması hem usuli hem de maddi yönden sağlıklı olmalarının bir gerekliliğidir⁵⁰. ABD’de bu katılım sadece bağımsız kurulların işlemlerinde değil yürütme erki işlemlerinde ve bu kurul dışındaki idari işlemlerin oluşumunda da söz konusudur. Tabi buradaki katılım kamu gücünün paylaşılması neticesini doğurmayacaktır⁵¹.

Regülasyonun özellikleri arasında, normların oluşumuna muhataplarının katılması⁵², normların sürekli adaptasyonu, zorlama yerine ikna ve etkileme gibi formel olmayan usullerin yeğlenmesi sayılabilir. Regülasyonun düzenleme, izin

⁴⁶ Lûtfi Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 30, S: 1, Mart 1997, s. 5; Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İHİD**, S. 1-3, C. 13, 2000, s. 98.

⁴⁷ Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 5; Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, s. 105.

⁴⁸ Örneğin 4646 sayılı yasa Ek madde 2’de, yapılacak düzenleyici işlemlerin piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerle, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak hazırlanması öngörülmektedir.

⁴⁹ Turgut Tan, “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu, No: 72, Ankara, 2005, s. 14-27; Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, s. 105.

⁵⁰ Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, s. 105.

⁵¹ Aydın Gülan, Kemal Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 391-392.

⁵² Gülan/Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, s. 384.

verme ve yaptırım uygulama gibi klasik yöntemler yanında yönlendirme ve denetim gibi özgün yöntemler de kullandığı, bu sonuncuların onu idari kolluk ve kamu hizmetinden farklılaştırdığı belirtilmektedir⁵³.

Bağımsız idari otoritelerin düzenleme ve denetleme gibi işlevlerinin temel nitelik ve koşulları, tarafsız ve objektif davranmalarını engellemese bile, zorlaştıracığı sanılsa da bunun en iyi ve etkili bir şekilde ancak çağdaş demokratik katılımcı idare yöntemiyle sağlanabildiği kabul edilmektedir⁵⁴.

Kamu hizmeti olarak görülmesinden vazgeçilen alanlarda, ister tamamen özel sektöre geçilmiş olsun, isterse kamu hizmetinin özel kişiler tarafından görülme usullerine geçilmiş olsun, artık kamu hizmeti yerine öne çıkarılmakta olan kamu yararını korumak, belirlemek ve sürdürmek için bağımsız idari otoritelerin düzenleme yapması bir gereklilik olarak gündeme gelmektedir⁵⁵.

Regülasyon, yöntemsel olarak neo-modern kamu müdahalesi olarak tanımlanmakta ve regülatör devlet de piyasanın işleyişinin güvencesi olarak görülmektedir. Regülasyon kavramı ile ifade edilen bu yeni müdahale biçiminin kendi hukukunu, regülasyon hukukunu yarattığı kabul edilmektedir⁵⁶.

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkıp gelişimi ile özelleştirme uygulamalarının yaygınlaşması ve ekonomideki devletçi politikaların yerini düzenlenmiş piyasa ekonomisinin alması arasından koşutluk söz konusudur⁵⁷.

Regülatör devlet kavramı, sosyal devletin (Amerika modelinde refah devletin) sona ermesinden sonra ortaya çıkan yeni devlet vizyonunu ifade eden bir kavram olarak kullanılmaya başlanmıştır. Refah devletinde hukukun belirli kamu politikalarının gerçekleştirilmesi, belirli hedeflere ulaşmak gibi müdahaleci niteliğine

⁵³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 25-26.

⁵⁴ Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 5-6.

⁵⁵ Gülan/Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, s. 402.

⁵⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 23-24.

⁵⁷ Tan, “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 14-27.

karşın; regülatör devlette hukuk, sosyal aktörlerin otonomisini güvenceye alan, buyruklardan çok hedefleri belirleyen ve onlara ulaşmak için izlenmesi tavsiye edilen direktifleri formüle eden yumuşak usuller kullanılmaktadır⁵⁸.

Regülasyonun belirtilen bu özelliklerinin en önemli sonuçlarından birisi, kamu yararının idare hukuku uygulamalarında somutlaştırılmasında önemli imkânlar sağlaması ve dinamik bir yapı olarak zaman içerisindeki değişebilirliğine ayak uydurmayı temin etmesidir. Örneğin, Amerikan idari hukuku, regülasyon dolayısıyla, kamu yararı kavramının dinamik bir biçimde zaman içinde değişebileceğini kabul eden bir karaktere sahiptir⁵⁹.

Ekonomik kamu yararının bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasında ve yaygınlaşmasındaki etkisini şu şekilde ifade edebiliriz⁶⁰:

- Ekonomik alandaki karmaşık ve teknik sorunların analiz ve çözümü uzmanlık gerektirdiğinden, klasik bakanlık yapısı bunun için bürokratik ve yapısal sebeplerle yeterli imkânı sahip değildir. Regülasyon uzmanlaşmanın sürekliliğini ve kurumsal kimliğin gelişmesini gerektirmektedir.
- Piyasa koşullarındaki esnek ve dinamik yapıya uzman kurulların regülasyon faaliyetinin imkânları ile ayak uydurması imkânının bulunması.
- Devletin piyasada hem hakem hem de oyuncu olması durumunda, alınacak kamusal kararların haklılığı ve tarafsızlığına gölge düşmemesi için, bu kararların bağımsız ve tarafsız kurumlarca alınmasında yarar görülmektedir.
- Siyasal etkilerden arındırılmış kurumların uzun dönemli politika oluşturup izlemeyi olanaklı kıldığı; siyasi iktidarların siyasal nedenlerle alamayacakları veya almayı erteleyebilecekleri kararların alınmasını kolaylaştıracağı kabul

⁵⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 25.

⁵⁹ Regülasyon etkinliği zamanla iktisadi faydanın yanında, “çevrenin korunması, tüketicinin cebinin yanında sağlığının da korunması, işyerlerinde çalışanların iş kazalarına ve diğer sağlık risklerine karşı korunması, yine çalışanların çalışma koşullarının belirlenmesi ve işverenlerin bunlara uymalarının sağlanması gibi yeni kamu yararı alanları ortaya çıkarmıştır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülan/Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, s. 393; Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, s. 97.

⁶⁰ Tan, “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 14-27.

edilmektedir. Kararların sık ve öngörülmeven biçimlerde değıştiğı siyasi ortamların, rant kollama faaliyetini rekabet ve verimlilik endişelerinin önüne geçirme tehlikesini de beraberinde getirdiğı savunulmaktadır.

Türkiye’deki bağımsız idari otoritelerin RTÜK hariç tümü ekonomik alana ilişkin ve piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yönelik yetki ve sorumluluklarla donatılmıştır.

Türkiye, mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmelik çıkararak mevzuat taslaklarını bütçeye, sosyal, ekonomik ve ticari yaşama, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin değerlendirilmesi usulünü kabul etmiştir. Ayrıca başbakanlık da 2007-6 sayılı genelge ile düzenleyici etki analizi rehberi yayınlamıştır⁶¹.

Regülasyon konusunda ABD’de düzenleyici etki analizi yapılarak, yapılan düzenlemelerin piyasa ve toplum üzerindeki etkisi faaliyet bazlı araştırılıp, duruma göre düzenlemeye şekil veriliyor. Türkiye’de buna ilişkin başbakanlık bünyesinde birçok çalışma yapılmış olsa da henüz uygulamada etkinliğinin sağlandığını söylemek pek mümkün değildir. Özellikle rasyonel karar verme sürecinin sağlanmasına yönelik birçok çalışmanın bulunduğunu söyleyebiliriz; ama uygulamada Mevzuatı Geliştirme Genel Müdürlüğü ve Kanunlar Kararlar Genel Müdürlüğü incelemelerini mevzuatın sadece dilbilgisi yönünden denetimini yaparak sürdürüyor; işlevsel ve niteliksel bir denetimin yapıldığını söylemek oldukça zor.

Türkiye’de sağlam ve yeterli hukuki altyapı oluşturulmadan alınan ekonomik karar ve uygulamaların başarılı olamadığı görülmektedir. Örneğin özelleştirme uygulamaları, 1980’lerde başlanmış olmasına rağmen günümüze kadar hukuki altyapı eksikliğinden (ilgili kanun ancak 1994 yılında çıkarılmıştır) kaynaklanan birçok sorunla karşılaşmıştır; mahkemeler tarafından birçok özelleştirme kararı ve

⁶¹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 13.

uygulaması iptal edilmiştir⁶². Aynı sonucun, hatta daha fazla etkileriyle, kamu yatırımları bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Türkiye’de bağımsız idari otoritelerin kurulmasında ve faaliyet sahalarının belirlenmesinde ülke koşullarına göre yeterli araştırma ve incelemenin yapılmaması dolayısıyla, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzenin sağlıklı işleyişini tehdit eden ve tehlikeye sokan davranış, tutum ve durumları önlemeyi, zararlarını gidermeyi ve normale dönüşü sağlamayı amaçlaması gereken bağımsız idari otoritelerin işlevlerini gereği gibi yerine getirmediği gözlenmektedir. Türkiye’deki bu durum karşısında bu kurumların kamu yararının sağlanmasındaki rasyonel karar alma sürecini doğru bir şekilde işletmesi mümkün olamamaktadır⁶³.

Deregölasyon kavramı ile kamusal müdahalelerin yapay zorlamalarından arınmış, piyasa mekanizmalarını işler kılan rekabetçi bir ortamın oluşturulması, ekonomiye uygulanan kuralların kantitatif olarak hafifletilmesi anlatılmaktadır. Ancak uygulamaya baktığımızda, özellikle bağımsız idari otoriteler tarafından ilgili sektörlerle ilişkin yapılan düzenlemeler, kamusal düzenlemelerin azalmayıp tersine arttığını göstermektedir. Hatta bu sebeple deregölasyon kavramı yerine düzenlemelerin artışını ifade etmek üzere reregölasyon ve re-reglementation kavramları kullanılmaktadır⁶⁴.

Son yıllarda yaşanan ekonomik krizler, serbest piyasa ekonomisinin ve regölasyon kavramı ile ifade edilmeye çalışılan müdahale yönteminin de sorgulanmasına yol açmakta, hatta bir anlamda klasik müdahale yöntemlerine dönüş izlenimi veren uygulamaları gündeme getirmektedir⁶⁵.

⁶² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 14.

⁶³ Türkiye’deki bağımsız idari otoriteler hakkında benzer eleştiriler için bkz. Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 10

⁶⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 24.

⁶⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 27.

Ekonomik yaşam ile ilgili olarak devletin üç farklı konumda bulunabileceği kabul edilmektedir⁶⁶:

- Regülatör devlet konumu; devlet ekonomiyi dışarıdan yönlendirmekte, denetlemekte ve geniş anlamıyla düzenlemekte,
- Devletin piyasada mal ve hizmet üreten kamusal teşebbüs olarak yer alması,
- Devlet piyasadan mal ve hizmet sağlayıcısı konumundadır.

Özelikle telekomünikasyon ve elektrik sektörlerinde düzenleyici bir çerçevenin ve bunu hayata geçirmekle görevli idari otoritelerin mevcudiyeti, kamu yararını korumaya yönelik tüm önlemlerin özelleştirme aşamasında veya imtiyaz sözleşmelerinde alınması gereğini ortadan kaldırmış, ayrıca bu durum özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimini de kolaylaştırmıştır. Hala birçok özelleştirme işlemi iptal edilmektedir, fakat buna rağmen bugün özelleştirmelerin kamu yararını koruyacak bir biçimde yapılma ve başarılı olma ihtimalleri çok daha yüksektir. Bu açıdan geride kalmış olan bir sektör limanlar sektörüdür; bu alanda özelleştirmeler (işletme hakkı devirleri) yeterli bir düzenleyici çerçeve olmadan yapılmakta, sorunlar sözleşme hükümleri ile çözülmeye çalışılmaktadır⁶⁷.

Türkiye’de regülasyon konusu, idarenin düzenleme yetkisinin kapsam ve sınırları bakımından da ele alınabilir. İdarenin düzenleme yetkisinin kapsam ve alanının genişlemesi, düzenleme yetkisinin yasallığı hakkındaki klasik görüşün değişmesini gerektirmektedir. Yani *kanuna dayanan ve kanuna aykırı olmayan*⁶⁸ şeklindeki klasik düzenleme yetkisindeki kanuna dayanan ifadesi artık önemini kaybetmeye başlamıştır. Özellikle ekonomik kamu hukuku alanında, yürütmenin müdahalesine izin verilen alanların genişlediği gözlenmektedir. Bu durum, ekonomik kamu hukuku alanında idarenin düzenleme yetkisinin, yasaların uygulanmasının ötesinde bir anlam kazanmasına neden olmuştur⁶⁹. Anayasa mahkemesi’ne göre de

⁶⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 23.

⁶⁷ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. ix

⁶⁸ 1982 Anayasası madde 124.

⁶⁹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE, Ankara, 1984, s. 28

temel esaslar ve temel hükümler yasada yer almak koşuluyla, uzmanlık veya yönetim tekniğine ilişkin hususları düzenleme yetkisi tümüyle idareye bırakılabilir⁷⁰.

3. Özendirme – Destekleme ve Planlama Faaliyetleri

Özendirme ve destekleme faaliyetleri ile özellikle ekonomik anlamda şirketlerin desteklenerek uluslararası alanda rekabet gücünün artırılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun ülke ekonomisi için birçok bakımdan büyük faydaları söz konusudur. Bu destek hem yabancı şirketlerin ülke içerisindeki yatırımlarını teşvik amacına yönelmekte; hem de yerli şirketlerin uluslararası yatırım hacmini genişletme amacına yönelmektedir. Yerli şirketlerin desteklenmesi uluslararası rekabet kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden dolayı, bunu uygulamada devletler gizliden gizliye veya hukuki kalıplarda teşvik niteliğinde gözükmeyecek şekilde desteklemektedir.

Ekonomik kamu yararı kavramı özendirme ve destekleme faaliyetinin en önemli ilkelerinden biridir. Özendirme ve destekleme faaliyetinin hukuki rejiminin tespitinde ve yargısal denetiminin yapılmasında ekonomik kamu yararının işlevsel bir yeri vardır. Özellikle idarenin finansa ettiği veya teşvik ettiği faaliyet alanlarında ekonomik kamu yararının gereklerinin sorgulanması ve araştırılması gerekliliği Türk İdare hukukunda bir zorunluluk halini almıştır. Özendirme ve destekleme faaliyetinin kullanılışı ve niteliği, klasik idare hukuku argümanları çerçevesinde düşünüldüğünde, açık bir hukuki rejiminin ortaya konulamaması ve yargı denetimine konu olabilecek bir içeriğe sahip olmamasına sebep olmaktaydı. 2000’li yıllardan itibaren yapılan köklü anayasal ve yasal değişiklikler ile özendirme ve desteklemede bir hukuki rejimin ortaya konulması ve yargı denetimine tabi olabilecek hukuki çıkarımların yapılması mümkün hale gelmiştir. Ancak henüz yargı kararları ile böyle bir işlevsel hukuki rejimden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin 2000 sonrası yıllarda devlet tarafından birçok şirket farklı şekillerde desteklenmektedir. Bu şirketlerin belirlenmesi ve desteklenme sürecinde ne uygulanan yöntemlere ne de

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1967/41, K: 1969/57.

destek konusuna ve miktarına ilişkin yeterince yargı kararının bulunduğundan bahsedilebilir. Bu sorunları konu alan bir dava açıldığında mahkemenin yargılamayı hangi esaslara göre yapacağına ilişkin de yerleşmiş bir hukuki bakış açısı bulunmamaktadır.

Özendirme ve destekleme faaliyetlerinin, ulusal ve bölgesel ölçekte bir standardının oluşturulmasına ve yargılanmasına ilişkin temel hukuki esaslar ekonomik kamu yararı kavramı ile ortaya konulabilecektir. Ekonomik kamu yararı, idare hukukuna özendirme ve destekleme faaliyetlerinin planlanmasında, belirlenmesinde ve uygulanmasında geçerli olmak üzere:

- Ülke ekonomisi ve kamu yararı için en uygun ve etkin sonucun tespit ve temin edilmesi:
 - Ülke ekonomisi için en azami yararı sağlayacak faaliyet alanının özendirme ve desteklemedeki önceliği,
 - Desteklenecek şirketlerin belirlenmesinde ülke ekonomisine katkı ölçütüne göre hareket edilmesi
 - En uygun yöntemle en uygun şirketin belirlenmesi,
 - Özendirilen ve desteklenen faaliyet alanının ve şirketin geri dönüşümlü denetiminin yapılması,
- Serbest rekabeti engellememe,
- Tekel oluşturmama,
- Hukuken güvenin korunması,
- Belirlilik ve ölçülebilirlik,

gibi prensipler çerçevesinde hukuki esaslar sunmaktadır. Günümüzde artık bu esasların uygulanması, iktisadi ve matematiksel yöntemlerle mümkündür. Benzer ilkelerin regülasyon kapsamında hayata geçirilmesinin ABD gibi devletlerde birçok uygulaması söz konusudur. Türkiye’de de Rekabet Kurumu gibi bağımsız idari otoriteler aracılığı ile benzer ilkelerin hayata geçirilmesinde yavaş yavaş bir standardın yakalandığını söylemek mümkündür. Ancak Türkiye’de bu kapsamdaki en büyük sorun, bu ilkelerin uygulamada hukuken geçerli olacak bir standarda henüz

kavuşmamış olmasıdır. Bu ilkeler kapsamında yapılan yargısal denetimlerde kullanılan argümanlar daha çok kanun maddeleri ve soyut-farklı yorumlara açık kavramlara dayanmaktadır⁷¹.

Özendirme ve destekleme faaliyetlerinin en önemli işlevi, ulusal ve yerel ölçekte ekonomik kalkınmanın sağlanmasını temin etmektir. Bunu yerine getirirken sahip olduğu en önemli araçlar arasında kamu yatırımları, özel yatırımcıya hukuki ve aynı imkânların sunulması yer almaktadır. Özellikle bölgesel kalkınma politikalarında, gelişmenin ülke düzeyinde dengeli şekilde yayılmasının amaçlanması, zorunlu olarak kamunun müdahalesini gerektirmektedir. Kamunun doğrudan müdahale araçlarının içinde de en önemlisi ve en güçlü olanı kuşkusuz kamu yatırımlarıdır⁷².

Ekonomik kamu yararı kamu yatırımlarında israfın önlenmesi ve etkin sonuçların elde edilmesini sağlamak için rasyonel karar alma süreçlerinin etkinleştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

1970’lerde teşvik tedbirleri ile ilgili olarak Danıştay’ın, *Conseil d’État* gibi, ekonomik idari işlemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yapması gerektiği ileri sürülmüşse⁷³ de Danıştay birçok kararı ile ekonomik idari işlemlerde idareye geniş takdir yetkisi tanıma eğiliminde olmuştur.

1982 Anayasası Madde 166: “*Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli*

⁷¹ Danıştay 13. Dairenin verdiği birçok kararı bu çerçevede ele alabiliriz.

⁷² Örneğin 1982 Anayasasının 45. maddesi: “Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.” Ayrıca bkz. Fatih Gökyurt, *Kamu yatırımlarında yerelin kalımı*, 2010, s. 14.

⁷³ Tayfun Akgüner, *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*, İstanbul, 1979, s. 260.

şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.

“Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.” Hükmü ile planlama faaliyetinde kamu yararının önemi açıkça belirtilmiştir.

Planlama faaliyetinin temel yapı taşlarından birisi ekonomik kamu yararıdır. Ekonomik kamu yararının planlama faaliyeti içerisindeki bu yeri, yarar (menfaat) çatışmalarında yarar analizinin yapılmasını ve ortaya çıkan sonuca göre hukuki değerlendirmelerin yapılmasını gerekli kılmasından kaynaklanmaktadır. Yarar analizi sayesinde idarenin toplum için en azami faydayı sağlayacak kararları alması, planlı devlet ilkesinin zorunlu bir sonucudur. İdare hukukunun klasik kurumları çerçevesinde böyle bir yarar analizinin yapılması çok zordur; hatta böyle bir analizin gerekli görüldüğünün söylenmesi bile çok zordur. Özellikle 1961 ve 1982 anayasalarında yer almasına rağmen planlı devlet ilkesinin bir türlü hayata geçirilememesinin önemli sebeplerinden birinin bu olduğunu ifade etmek mümkündür.

Planlama işlemlerinin hukuki niteliği konusundaki belirsizlik nedeniyle, ekonomik idari kararların yargısal denetiminde büyük güçlükler yaşanmaktadır. Örneğin Danıştay, kalkınma planları ile yıllık programları idari işlem niteliğinde kabul etmeyerek, bunların iptal davasına konu olmayacaklarını belirtmiştir.⁷⁴

Şu anda idare hukuku bakımından planlamanın bir hukuki rejiminden bahsetmek pek mümkün değildir. Yargılama bakımından da planlama faaliyetlerinin gerek bağlayıcılığının sağlanamaması gerek hukuki sonuçlarının açıkça ortaya

⁷⁴ Danıştay DDK, E: 1972/194, K: 1973/316. Lûtfi Duran, Danıştay’ın, bu kararı ile kalkınma planı ve yıllık programların adeta hükümet tasarrufunu anımsattığını ileri sürmüştür. Aktaran ve ayrıntılı bilgi için bkz. Lûtfi Duran, “Türkiye’de Planlamanın Hukuki Rejimi”, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE, C: 8, S: 3, 1975, s. 21.

konulamaması sebebiyle yargısal denetiminin etkin olarak yapılamadığını belirtebiliriz. Ekonomik kamu yararı, planlama faaliyetlerinde yapılacak yarar analizi sayesinde hem planlama faaliyetinin hukuki rejiminde önemli katkılarda bulunabilecek hem de yargısal denetim için hukuki argümanların ortaya konulmasını temin edecektir. Örneğin bir yol yapım faaliyetinde, çevreye verilecek olası zararlar ile yoldan elde edilecek faydanın dikkate alınması sonucu yolun en uygun güzergâhtan geçmesini temin etmek planlama faaliyetinin temel amaçlarından biridir. Böyle bir yarar analizinin yapılmasını ise idare hukuku bakımından ekonomik kamu yararının temin edebileceğini söyleyebiliriz.

B. İdari Tasarruflarda Ekonomik Kamu Yararı

Kamu yararı idari tasarruflarda özellikle idari tasarrufun maksadı olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁵. Kamu yararının bu şekilde ele alınmasında idari tasarrufların, özellikle genel düzenleyici idari işlemlerin, amaçları ve sonuçları dikkate alınmaktadır.

İdari tasarruflarda kamu yararının yerini ve önemini incelerken, kamu yararı bakımından idari tasarrufların ayrı ayrı sorun odaklı incelenmesini tercih ediyoruz. Bu kapsamda tartışılmasını gerekli gördüğümüz başlıca sorunlardan bir tanesi idari tasarruflarda kamu yararının mahiyeti sorunudur.

İdari tasarruflarda kamu yararının mahiyeti sorunu kapsamında bir idari tasarrufun amacı olarak kamu yararının nasıl somutlaştırılabileceği tartışılmaktadır. Kanunlar gibi idari işlemler de objektif karakterlidir; yani amaç, işlemi yapanın niyet ve amacından soyutlanarak işlemin konusunun temel gerekliliklerinden yola çıkılarak objektif esaslara göre tespit edilir. Yani idari işlemlerin amacı, düzenledikleri durumun gerekliliklerine göre yorumlanarak elde edilmelidir. İdarenin sözleşmelerinde ise sözleşme ilişkisinin nispiyeti kuralının geçerli olduğu

⁷⁵ Danıştay 5. Daire, E: 1976/8097, K: 1978/749. “tüm idari işlemlerin amacı, kamu yararıdır. Başka bir anlatımla, bir idari işlemin yapılabilmesi için, kamu yararının gerçekleşmesine elverişli ve yeterli bir nedenin varlığı gereklidir.” Bkz. Danıştay 8. Daire, E: 2008/7089, K: 2008/7331.

durumlarda kamu yararının tespiti bakımından tarafların niyet ve sübjektif amaçlarının yapılan sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınması gerekirken; sözleşme ilişkisinin tarafları aşan nitelikli olduğunun kabul edilebileceği durumlarda sözleşmeyi tıpkı idari işlem gibi dikkate alarak kamu yararı ile ilişkisini ortaya koymak mümkündür.

Kamu yararı hiçbir idari tasarrufun sebebi ve gerekçesi olmaya uygun değildir; ancak idari tasarruftan hâsıl olan neticenin kamunun menfaatine aykırı olmaması gerekir. Aksi takdirde bu sebeple ilgili idari tasarrufun iptali gerekir. Bu düşünce sosyal olgu tezine ve sonuççuluk düşüncesine uygundur⁷⁶.

İdari işlemin amaç unsurunu oluşturan kamu yararı, idarenin, özelleştirme gibi, özelleştirme konusunun ve yönteminin seçiminden başlayıp uygulamaya yönelik şartnamenin hazırlanmasına ve teklifin kabulüne kadar birçok husustaki geniş seçim olanaklarının bulunduğu hallerde, işlemin şekil, sebep ve konu unsurları bakımından bir referans noktası oluşturmaktadır⁷⁷.

Bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre yetkilerini uygulamakla görevli olup hiç bir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır.⁷⁸ Oysa maksat unsuru bakımından idari tasarrufta aranan temel gayenin dikkate alınması gerekmektedir; yalnızca kanunların maksadının dikkate alınması yerinde değildir⁷⁹.

İdari işlemin unsurları bakımından kamu yararı konusunda şimdiye kadar Türk idare hukuku doktrininde tartışılan en temel sorunlardan biri, kamu yararının maksat unsuru olarak tek başına idari işlemlerin iptal gerekçesi olup olamayacağı sorunudur:

⁷⁶ Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır.

⁷⁷ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 9.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1963/170, K: 1963/178.

⁷⁹ Sarıca, **Yokluk ve Butlan**, 1251-1252. “Yürürlükteki kanun hükümlerine açıkça aykırı olan bir idari işlemin kamu yararına uygunluğundan söz edilemez.” Bkz. Danıştay 8. Daire, E: 1979/1978, K: 1979/3979.

“Bir idari tasarrufun, hizmet yararı ve umumi menfaatten başka bir maksatla yapılması maksat unsurunda sakatlık teşkil eder. Yani maksat unsurundaki sakatlık hizmetin iyiliğine olmayan sübjektif bir sebebin varlığından doğar. Maksat unsurunda sakatlığın araştırılması, şekil ve salahiyet gibi dış unsurlarla değil, tasarrufu yapanın psikolojisi incelenmek ve hâkim tarafından değerlendirilmek yoluyla mümkün olabilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki maksat unsuru bakımından sakatlık halinde maksat sübjektiftir. Ancak idari tasarrufun maksat unsuru ve bunu tamamlayan esaslar objektiftir: kamu yararı. Yani idari tasarrufların gayesi olan kamu yararının objektif esaslara dayanmadığını söylemek mümkün değildir.”⁸⁰

“Maksat unsurunda denetim, ancak sebepte denetimin mümkün olmadığı zaman söz konusu olabilir. Yani sebep varsa maksat da elde edilmiştir; sebep yoksa maksat unsuru da ya nazari olarak tasarrufu gayesiz kılar, ya da kamu yararının dışına çıkmış olduğu için tasarrufu sakatlar. Bu gerektiği zaman da ancak objektif esaslara göre maksat unsurunun sıhhati denetlenecektir.”⁸¹

Maksat unsurunun objektifliğinden ortaya çıkan sonuçları aşağıdaki şekilde sıralamamız mümkündür⁸²:

- Tasarrufu yapanın özel gayesi ne olursa olsun, objektif olarak tasarrufta aranan maksat gerçekleşmişse artık üzerinde ihtilafın söz konusu olduğu idari tasarruf bu unsur bakımından sıhhatlidir.
- İdari yargı denetimi açısından önemli olan failin niyeti değil, tasarrufun hukuk âleminde doğurduğu neticenin kamu yararına uygunluğudur. Kaldı ki idare mahkemesi failin kamu yararı amacı gütmesi halinde dahi, o konudaki tasarrufları için tayin edilmiş ayrı bir amacın gerçekleşmesini arayabilir ve bulamadığı için de tasarrufu iptal edebilir.
- Bir tasarrufun maksat unsurunun üst hukuk normlarının çizdiği sınırlarla tanımlanabilmesidir. Yani bir idari tasarrufun dayandığı kanunun maksadı anayasa prensiplerine uygun olarak belirlenecek ve idari yargı da bu hususu göz önünde tutacaktır.
- Bir idari makamı işgal eden gerçek kişi gidip yerine gelen yeni bir görevli, idari işlemi geri alma zamanı dolmadan maksat unsurunda sakatlık görerek iptal davasına gerek duymaksızın geri alabilir.

⁸⁰ Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, s. 1036-38.

⁸¹ Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, s. 1038-9.

⁸² Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, s. 1039-42.

Bir idari işlemin maksat unsuru yönünden kamu yararına aykırılıktan dolayı yargı organı tarafından iptal edilmiş olması durumunda, kural olarak, idari işlemi yapan mercilerin kamu görevini şahsi maksatlarla kötüye kullandıkları gerekçesiyle haklarında ceza soruşturmasının başlatılması gerekir. Uygulama açısından bu konuya yaklaşıldığında bu kuralın hemen hemen hiç uygulanmadığını görmekteyiz. Aynı şekilde birçok yargı kararında idari işlemlerin sebep ve konu unsuru yönünden iptal edildiğinin karar metinlerinde geçmemesi söz konusudur⁸³.

Tek yanlı idari tasarrufların yanında idari sözleşmelerde olduğu gibi çok taraflı idari tasarruflarda da kamu yararı idari işlemin genel amacını temsil etmektedir. Kamu yararı idarenin taraf olduğu sözleşmelerde idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde bir ölçü olarak da kullanılmaktadır. Buna göre konusunda kamu yararının temin edilmesi veya böyle bir amacın bulunması sözleşmenin idari sözleşme olmasındaki önemli kriterlerden biridir⁸⁴.

C. Personel Hukukunda Ekonomik Kamu Yararının Yeri

Kamu personel hukuku bakımından ekonomik kamu yararının önemi özellikle personel reformu kapsamında Türk personel sisteminde yapılması planlanan köklü değişikliklerde kendini hissettirmektedir. Yapılması planlanan personel reformunun temeli kamu tercihi teorisine ve yeni kamu yönetimi anlayışına dayanmakta olup, kamu görevlilerinin kişisel olarak kamu yararını maksimize etmek için fedakârlık zemininden hareket etmeyip kendi kişisel çıkarlarını maksimize etmeyi amaçladıkları zemininden hareket etmektedir. Bu zemin kamu hizmeti sektörlerini birer piyasa olarak okumayı ve personel ilişkilerini birer ekonomik muamele taraflarının birbiri ile ilişkisi gibi ele almakta işletmecisi ve müşteri mantığına dayanmaktadır.

⁸³ Belki de karar metinlerinde idari işlemin hangi unsur bakımından hukuka aykırılığının açıkça ifade edilmemesi, karar metninde böyle bir unsur sakatlığından bahsedilmiş olması durumunda kamu görevlisinin görevi ihmal suçu gibi görev suçu işlediğinin kabulü ile hakkında ceza soruşturmasının başlatılması gerektireceği sebebiyledir.

⁸⁴ Danıştay 1. Daire, E: 1992/232, K: 1992/234.

Geleneksel kamu yönetimi düşüncesinde kamu görevlileri için görevleri ile ilgili temel güdüleyici etken kişisel menfaatten sıyrılıp kamu yararı amacıyla kamu hizmetlerini yürütmeleridir. Bu düşünce iktisadi düşüncenin etkisi ile kamu hizmeti kollarının da birer piyasa işlevine sahip olduğu ve bu alanlarda etkin rol üstlenen kişilerin kendi çıkarlarını maksimize etmeyi hedefleyerek rasyonel davrandıkları gerekçesiyle eleştirilerek kamu görevlilerinin kamu hizmeti ifa ederken diğer bireyler gibi kamu yararını amaçlamayıp kendi çıkarlarını maksimize etmeyi amaçladıklarını ileri sürülmektedir⁸⁵. Buna göre, piyasaya müdahale ve kamu hizmeti ifa eden kamu hukuku ayrıcalıklarına sahip kamu personeli ile kamu yararını arttırma çabaları adalete değil adaletsizliğe neden olmaktadır.

İdarenin ekonomik kalkınma ile etkileşimi dikkate alındığında Weberyen yaklaşıma göre kamu personelinin profesyonelleşmesi kalkınmayı olumlu etkileyecektir. Bu yaklaşım, kamu görevine girişin sınavla ve liyakat esaslı olması ve görev süresi ile ekonomik kalkınmanın ölçülebileceğine ileri sürmektedir⁸⁶.

D. İdari Yargıda Ekonomik Kamu Yararı

Ekonomik idare hukuku kapsamındaki birçok idari işlemlerin adli yargının görev alanına alınması düşüncesi, günümüze kadar idare hukuku alanında giderek yaygınlaşmıştır. Örneğin KİT'lerin ekonomik kamu hizmeti kapsamında piyasa ekonomisini etkileyen birçok işlemi idari yargının görev alanına girmeyip adli yargının görev alanına girmektedir.

⁸⁵ Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 473. G. Tullock, "Public Choice", in **The New Palgrave Dictionary of Economics**, Ed. by. John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman, London, The Mcmillan, 1987, pp. 104-144.

⁸⁶ "İdari teşkilatın profesyonelleştirilmesi, kamudaki karar makamlarının görev süresini uzatarak yaptıkları yatırım harcamalarının yararlarını görebilmek için yeterince bekleme imkânı sağlamaktadır. Bu da devletin kaynaklarının büyük bir bölümünün uzun dönemde getirileri olan altyapı yatırımlarına kaymasına olanak vermektedir." Ayrıntılı bilgi için bkz. N. B. Muter, R. Gökbunar. "Devletin Etkinliği ile İlgili Ekonomik, Politik, Kültürel Teoriler", **Sosyal Bilimler**, Yıl: 2003, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 56.

Kamu yararını temel alan mahkeme kararlarında yetki ve usul saptırması ile tespit ve takdir hatası ayırımının net olarak yapılması gerekliliği vardır.

Üstün kamu yararı bakımından, yasada belirtilen amaçlar dışında ve bunların üstünde kamu yararı unsurlarından oluşan bir amaç aramak, yasada belirtilen amaçlar gerçekleşse bile bu üstün kamu yararı amacı çerçevesinde değerlendirme yapılmasını mümkün kılar. Kural olarak kamu yararının objektifliği, zamana ve koşullara göre değişebilir nitelikte olması böyle bir değerlendirmeyi gerekçelendirebilir. Ancak böyle bir değerlendirme yapmanın sınırı, yasada yer alan amaçların özel ve sınırlı sayıda olmasıdır. Yani yasada yer alan özel amaçlar tahdidi nitelikte ise yasada yer alan bu amaçlardan başka kamu yararı amacının aranması hukuka aykırıdır; böyle yasal amaçların üzerinde kamu yararının varlığının hukuken ortaya konulması sadece somut norm denetimi ile mümkündür. İdari yargı mercilerinin bu sınırı dikkate almadan kamu yararı değerlendirmeleri yapması birçok sakıncayı beraberinde getirecektir. Örneğin Özelleştirme Kanunu 1. maddede öngörülen amaçlar (ekonomide verimlilik artışı, kamu giderlerinde azalma ve mevcut değer üzerinde özelleştirme) yanında Danıştay’ca belirlenecek başkaca kamu yararı unsurlarının aranması ve herhalde kanunun belirlediği özel ve tahdidi amaçlar dışında kamu yararı unsurlarından oluşan bütünün özelleştirmeden doğacak sakıncalara üstün gelmesi gerekecektir. Bu durum hukuki ve ekonomik bakımından hep tartışılır olacak; kabul edilebilirliğini zorlayacaktır.⁸⁷

Danıştay, maksat yönünden işlemlerin hukuka aykırılığı gerekçesiyle iptal kararı verirken işlemin makul ve makbul bir sebebinin bulunup bulunmadığına dikkat etmektedir⁸⁸. Yani idari işlemlerin sebebi bakımından idareye bir takdir yetkisi verilmişse idare bu yetkisini kamu yararına aykırı biçimde kullanamayacaktır.

⁸⁷ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. X.

⁸⁸ Erol Dündar, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay’ı İçtihatlarına Göre)”, **Danıştay Dergisi**, S: 12-13, Ankara, 1974, s. 182.

Maksat unsurunun takdir yetkisi ile ilişkisi⁸⁹:

- Maksat ve sebep unsurları takdir yetkisinin sınırını oluşturmaktadır⁹⁰.
- Maksat unsurunun bu sınır işlevi, takdir yetkisi – bağlı yetki ayrımındaki aralığı grileştirerek keyfi tasarrufu önlemektir.
- Takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığının yargı organı tarafından denetlenmesi durumunda; böyle bir denetimin neticesinde takdir yetkisinin varlığına ve yerinde kullanıldığına hükmedilmesi halinde artık maksat unsuru bakımından bir denetimin yapılmasının lüzumlu ve mümkün olmaması gerekir.

İdarenin takdir yetkisinin temel gayesi ile ekonomik kamu yararının uzlaştırılması;

Conseil d'État 1970'de yayımlanan Yönergeler ve 11 Temmuz 1979 tarihli yasa ile idari işlemin sebep unsurunun denetimine ilişkin düzenlemeler getirerek idarenin ekonomik müdahalesini sıkı bir yargısal denetim altına almış ve idare karşısında bireylerin güvenliğine öncelik verilmiştir. Örneğin idari işlemin sebep unsurunda hukuka uygunluğun araştırılması konusunda daha önceleri yargıcın karar vermesi için gerekli belgelerin idareden istenmesi yönünde uygulama yapılırken bunun yerine dava konusu idari işlemin hukuki ve fiili sebeplerinin sorulması uygulamasına geçilmiştir⁹¹. Uygulamada Türkiye'de bir idari işlemin maksat yönünden denetiminin yapılabilmesi için davacının iddiasının zorunluluğu vardır⁹².

⁸⁹ Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 165. Yayla, "Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi", s. 1043-45.

⁹⁰ İsmet Giritli, **Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması: İdari Tasarrufların Maksat Unsurundaki Sakatlık**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957, s. 74-83.

⁹¹ C.E. Ass., 28.5.1954, Barel, GAJA, 1993, S. 89, s. 515; C.E. Sect., 11.12.1970, Barel, GAJA, 1993, S. 105, s. 637; JO, 12.7.1979, s. 1711 Loi n. 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration entre l'administration et le public. (Aktaran Meltem Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", **DEÜHFD**, Sayı: 7, s. 514).

⁹² Dündar, "Maksat Denetimi", s. 186.

1970’lerde Türkiye’de Danıştay (Anayasa Mahkemesi’nin aksine⁹³), devletin ekonomik yönden gerekli kararları almasında idareye geniş bir takdir yetkisi tanıma eğiliminde olmuştur⁹⁴. Özellikle yasaların soyut ve genel bir şekilde idareye düzenleme yetkisi vermesi sonucunda idarenin takdir yetkisinin ve ekonomik idari işlemlerin yargısal denetiminde önemli sorunlarla karşılaşmıştır⁹⁵.

Yetki saptırması, idarenin yetkilerini, bu yetkilerin kendisine verilmiş amacından başka amaçlarla kullanması sonucu ortaya çıkan bir idari işlem kusurudur. İdarenin, ekonomik ve sosyal alanlarda düzenleme yapan kanunlar ile kendisine verilen yetki ve görevleri, kamu yararı amacıyla kullanmayıp sadece bazı özel çıkarları temin etmek amacıyla kullanması durumunda yetki saptırmasının varlığı kabul edilmektedir.

(U)ygulamada idare, bir özel teşebbüse tanıdığı kolaylaştırıcı tedbirlerin kamu yararına yönelik bir planın parçaları olduğunu beyan ederse, yetki saptırmasının bir şekli olan bu tedbirlere karşı kendisine başvurulmuş yargıç etkili bir kontrol yapamaz. Genel menfaat gayesi gütmeyen tedbirler dışındaki tedbirler, ya güdümlü ekonomi mevzuatının hedeflerine yabancı olmadıklarından veya genel menfaate aykırılıkları kanunen doğrulanmadıklarından idare hâkimi bu müdahalelerin genel menfaate aykırı olduğunu pek az halde teyit edebilir. Yargıç bu konuda karar almak için imkânlardan yoksundur. Bu sahada yetki saptırmalarının çok kuvvetli görünüşü olan kanıtlarla gerekçelendirilmesi gerekir. Aynı zamanda idarenin savunmasının özellikle zayıf olması lazım ki, yargıç bu zayıf savunmayı itiraf olarak değerlendirip iddia edilen olayların varlığını kabul edebilsin⁹⁶.

Türkiye’de Danıştay, usul saptırmasını yetki saptırmasının bir türü olarak kabul etmekte ve açılan davalarda iddiaları sabit görürse, işlemi maksat unsuru yönünden hukuka aykırı bularak iptal etmektedir. İptal davalarında kamu yararının gerekçe olarak kullanılması için, davacının dava konusu işlem veya yasa metni

⁹³ Anayasa Mahkemesi, E: 1967/41, K: 1969/57.

⁹⁴ Danıştay 7. Daire, E: 1973/1790, K: 1974/2021. Örneğin Türk Parasının kıymetinin yeniden saptanması ile ilgili olarak alınan önlemlerin yargısal denetiminde Danıştay “memleket gerçekleri” kavramına dayanarak konuyu idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiş ve davanın reddine karar vermiştir. Bkz. Danıştay DDK, E: 1970/1218, K: 1971/527, **AİD**, 1971, S. 3, s. 194.

⁹⁵ Danıştay’ın ekonomik idari işlemlerin yargısal denetimi sonucunda verdiği kararlar ile idarenin takdir yetkisinin sınırları hukukilik ve yerindelik denetimi çerçevesinde tartışma konusu olmuştur. Bkz. Turgut Tan, “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, **AİD**, 1975, S. 2, s. 41.

⁹⁶ Dündar, “Maksat Denetimi”, s. 184-85

hakkında kamu yararına aykırılığın ve kamu yararı haricinde hangi özel yararın gözetildiğinin açıklanması beklenmektedir⁹⁷. Yargı organlarının bu yöndeki yaklaşımı kamu yararının biçimsel boyutuna uygun olmasına rağmen, objektifliği ile çelişmektedir.

Ekonomik kamu yararı, idari uyuşmazlıkların çözüm yollarından sulh yolunda da karşımıza çıkmaktadır. 4353 sayılı yasanın 31. maddesi uyarınca idarenin dava açılmadan evvel sulh yoluyla sözleşmelerde değişiklik yapabilmesi için idarenin menfaatinin bulunması şartı bulunmaktaydı. Bu maddenin içeriğine dikkatle bakıldığında ekonomik kamu yararının idarenin ekonomik menfaatinin niceliksel değeriyle aynı olduğu şeklinde bir anlayışın benimsendiği gözlenecektir. Aksi durumda sulh yoluna gidildiğinde Sayıştay denetimi neticesinde sözleşmeyi imzalayan kişilerin kişisel sorumlulukları (rücu yoluyla) gündeme gelmektedir. 659 sayılı KHK ile yapılan yeni düzenleme sulh için menfaat şartını aramamış, hukuka aykırılık şartını aramıştır. Böylece ekonomik kamu yararının niceliksel ekonomik menfaat olarak anlaşılmasının terk edildiği, sulh sonucu oluşan dengelerin ekonomik kamu yararı açısından da olumlu bir durum olduğu sonucuna ulaşılabılır. Yani KHK ile görünüşte ekonomik olarak zarar eden idare toplamda kamu yararını sağlayabilir kanaati savunulmaktadır.

Yargı kararlarında kamu yararı gerekçesinin kullanımında ülkenin benimsenen ekonomik anlayışından sapılmasına yol açan hallere neden olan bir anlayıştan sakınmak idarenin de sorumluluğunun bilincine varması açısından bir zorunluluktur⁹⁸.

İdari yargı kararlarının uygulanması bakımından kamu yararının gereği incelenirken, yargı kararının uygulanmaması bizzat kamu yararını gerektirebilir. Özellikle Sakarya Organize Sanayi Bölgesi hakkında açılan bir davada Bölge İdare

⁹⁷ “Dava dilekçesinde düzenlemenin amacının kamu yararı olmadığı ileri sürülmüşse de yasanın amacının kamu yararı dışında ne olduğu ya da hangi özel yararın gözetildiği açıklanmamıştır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2010/30, K: 2012/7.

⁹⁸ Kirman

Mahkemesi bu konuya temas ederek bilanço ilkesi gereği mahkeme kararının uygulanmasının ekonomik kamu yararına uygun olmadığını savunmuştur⁹⁹.

Özellikle Fransa’da idare yargıcı *bilanço ilkesi* çerçevesinde idari kararların kamu yararına uygunluğunun denetimini gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda idare yargıcı “tıpkı bir bilanço yaparcasına idari kararın yarattığı ya da yaratacağı sakıncaları pasif bölümünde, karar sonucunda oluşan ya da oluşacak yararları da aktif bölümünde ele alarak, yapmış olduğu analiz neticesinde pasif taraf ağır bastığında, hiç tereddüt göstermeden idari kararı iptal etmektedir.”¹⁰⁰ Bilanço ilkesi daha çok açık takdir hatasının tespitinin çok güç olduğu durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Açık bir takdir hatasının varlığının ileri sürülmesinin güç olduğu durumlarda, idare yargıcı, bilanço prensibi çerçevesinde mali yüküm, sosyal düzen gibi getirilebilecek kriterler ile idari kararların içerik denetimini genişletip daha derin bir inceleme yapabilecektir¹⁰¹.

Ekonomik yatırımlara konu olan idari tasarruflar hakkında idari yargı mercilerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının uygulaması hakkında güncel birçok hukuki problem vardır. Örneğin TÜPRAŞ’ın özelleştirilmesi hakkında ihale komisyonunun kararına dayanarak TÜPRAŞ hisselerinin blok satışında sonra, idari yargı tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı ekonomik sonuçları dikkate alınarak uygulanmamıştır. Bu gibi durumlarda bilanço ilkesi çerçevesinde idarenin yargı kararlarını uygulayıp uygulamaması gibi bir durumla karşılaşılmaktadır. Yine Sakarya organize sanayi hakkında verilen yürütmeyi durdurma kararı da aynı minvaldedir.

E. Avrupa Birliği Hukukunda Ekonomik Kamu Yararı

Avrupa Birliği hukukunda kamu yararını ifade etmek üzere çeşitli kavramlar kullanılmaktadır: genel yarar hizmetleri (services of general interest), genel

⁹⁹ Sakarya BİM, YD İtiraz No: 2002/428

¹⁰⁰ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 113.

¹⁰¹ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 113-114.

ekonomik yarar hizmetleri (services of general economic interest), sosyal genel yarar hizmetleri (social services of general interest), evrensel hizmet yükümlülüğü (universal service obligation). Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmeti kavramı kullanılmamaktadır; kamu hizmetini ifade etmek için genel yarar hizmetleri veya genel ekonomik yarar hizmeti kavramlarının kullanılması tercih edilmektedir.¹⁰²

Genel Yarar Hizmetleri (Services of General Interest): Genel yarar hizmetleri, ticarî olsun ya da olmasın, kamu yetkili makamları tarafından “genel yarar” kapsamında sayılan ve bu nedenle kamu yönetiminin özel yükümlülüğü altında yer alan hizmet faaliyetlerini içerir. Ekonomik olmayan hizmetleri (zorunlu eğitim sistemi, sosyal korunma, vb.), egemenlik haklarıyla ilgili hizmetler (güvenlik, adalet vb.), ve genel ekonomik yarar hizmetlerini (enerji, haberleşme, vb.) kapsar.¹⁰³

Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri (Services of General Economic Interest): Genel ekonomik yarar hizmetleri, vatandaşların genel yararları göz önüne alınarak sürdürülmesi gereken ticari hizmetleri kapsamaktadır. Bu hizmetler, Avrupa Birliğine üye devletler tarafından kamu yararına belirli yükümlülüklerle bağlanmıştır (AT Kurucu Antlaşması’nın 90. maddesi). Bu hizmetler özellikle ulaştırma, enerji, haberleşme şebekelerini kapsamaktadır.¹⁰⁴

Madde 86/2’de sözü edilen teşebbüsler nitelikleri itibarıyla genel olarak iktisadi faaliyette bulunan kamu işletmelerinden farklıdır¹⁰⁵. Nitekim anılan maddede bunlardan söz edilirken "genel ekonomik menfaate ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirilmiş veya mali tekel niteliği taşıyan teşebbüsler" ifadesi kullanılmıştır. Burada "genel ekonomik yarar" kavramıyla kastedilen, toplumun genel ihtiyaçlarını karşılamaya yarayan mal ve hizmetlerdir. Diğer bir ifadeyle bunlar kamu

¹⁰² http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf

¹⁰³ http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf

¹⁰⁴ http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf; [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012XC0111\(02\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012XC0111(02):EN:NOT)

¹⁰⁵ Herhangi bir ekonomik faaliyette bulunan ve bir üye devlet tarafından kontrol edilen teşebbüs ise kamu teşebbüsü olarak kabul edilmektedir.

hizmetleridir¹⁰⁶. Bu tür mal ve hizmetler tüm bireylere, ikametgâhları nerede olursa olsun götürülmesi ve makul bir fiyat karşılığında yararlandırılması gereken mal ve hizmetlerdir.

Avrupa Birliği hukukunda, özel ve inhisâri haklar¹⁰⁷ genellikle ulaştırma, enerji ve iletişim gibi ağ endüstrileri alanında verilmektedir. Nitekim Komisyon ve Adalet Divanı'nca; temel posta hizmetleri, su ve elektrik dağıtımı, kırsal alana posta götürülmesi, iş bulma, telekomünikasyon ağının kurulması ve işletilmesi, demir yolu vb. belirli ulaşım hatlarının işletilmesi gibi hizmetler, "genel ekonomik yarar" kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu tür hizmetlerin sunumu ve işletilmesi konusunda inhisâri haklar tanınarak kamusal imtiyazlar oluşturulmasının temelinde "evrensel hizmet" prensibi yatar. Devlet bu hizmetin sunumu karşılığında genellikle tüm ülkede veya belli bir bölgede uygulanmak üzere tek bir fiyat uygulanmasını talep ederek, karşılığında görevli şirkete de inhisâri hak vermektedir.

AB rekabet hukuku çerçevesinde genel kabul gören yaklaşıma göre, özel varlıklar-teşekküller tarafından kar amacıyla yürütülebilecek her aktivite bir ekonomik aktivite olma potansiyeline sahiptir. **Ekonomik olmayan nitelikteki devlet aktivitelerinin** ise sadece özel kesim tarafından yürütülemeyecek olanlar olduğu ifade edilmekte ve özel kesim tarafından yürütülemeyecek olmanın gerekçesi olarak hizmeti arz edenle yararlanan arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulamayışı ileri sürülmektedir¹⁰⁸. AB hukukundaki **genel ekonomik yarar** kavramı çerçevesinde **inhisâri hakların** mevcudiyetini haklı gösteren en yaygın argüman

¹⁰⁶ Ethem Akıllıoğlu, "Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri ile Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar", **Rekabet Dergisi**, 2005, S. 21, sh. 22-57.

¹⁰⁷ Bir ekonomik faaliyeti tek başına yerine getirmek üzere tek bir teşebbüsün ülkenin tamamında veya belli bölümünde yetkilendirilmesine inhisar veya tekel hakkı denir.

¹⁰⁸ Jos e Luis Buendia Sierra, **Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law**, Oxford University Press, New York, 1999, p. 48. Adalet Divanı, sosyal güvenlik kuruluşlarının inhisarî bir toplumsal işlev yerine getirdiklerine, bu aktivitenin ulusal dayanışma ilkesi üzerine oturduğuna ve kar amacı gütmeyeceğine, bunların yaptığı ödemelerin kanuni ödemeler olup üyelerinin katkıları ile bir ilişkisinin bulunmadığına, dolayısıyla bu tür bir aktivitenin ekonomik bir aktivite olmadığına ve sosyal güvenlik kuruluşlarının rekabet kuralları anlamında teşebbüs olmadıklarına karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz Ege, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet", **Rekabet Dergisi**, Sayı 9, Ocak-Şubat-Mart 2002, s. 10.

evrensel hizmet ve doğal tekel argümanlarıdır. Burada söz konusu olan, tüm bireylere, ikametgâhları nerede olursa olsun, temel bir hizmetten, makul bir fiyat karşılığında yararlanma olanağının garanti edilmesidir¹⁰⁹.

Genel ekonomik yararın hangi şartlarda geçerli olacağı, yani inhisârî haktan yararlanan teşebbüsün hangi şartlarda rekabet kurallarının dışında tutulacağı konusunda üç koşulun birlikte yerine getirilmesinden bahsedilmektedir¹¹⁰:

- Teşebbüsün devlet tarafından genel ekonomik yarara ilişkin bir hizmetin yürütülmesiyle görevlendirilmesi,
- Muafiyetin, görevlendirilen teşebbüs tarafından görevin yerine getirilmesi bakımından gerekli olması (orantısallık ilkesi),
- AB yararı aykırı bir etki yaratmaması.

F. Ekonomik Kamu Yararının Bulunduğu Örnekler

Bu konuda idari hukukunun faaliyet alanlarına giren örneklerden sadece bazılarını temas etmekle yetinmeyi uygun görüyoruz. Örneği sosyal adaletsizliklerin giderilmesi amacıyla alınacak tedbirler kamu yararının bir gereğidir. Örneğin, eğitim, sağlık, konut (barınma), sosyal güvenlik gibi kamu hizmeti alanlarının bu kapsamda olduğunu söyleyebiliriz. Alkol, tütün ve zararlı neşriyatın satım ve dağıtımına ilişkin özel düzenleme ve kuralların, kolluk ve regülasyon kapsamında, kamu yararına olduğu hakkında birçok içtihat mevcuttur¹¹¹. Yine ulaşım ve bayındırlık hizmetleri, telekomünikasyon ve iletişim hizmetleri, tarihi ve kültürel varlıkların korunması, tabiatın ve çevrenin korunması, ülkenin ekonomik çıkarlarının korunması, tarımda verimliliğin artırılması, planlı şehirleşme, suçla mücadele ve ahlakın korunması, vergilerin, para cezalarının ve benzeri katkılarının tahsilinin sağlanması, ticari hayatın korunması gibi idarenin etkin faaliyet yürüttüğü alanlarda

¹⁰⁹ Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 12.

¹¹⁰ Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 12.

¹¹¹ AİHM’nin Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç davası (07-07-1989); Mellacher ve Diğerleri/Avusturya davası (19-012-1989); Scollo/İtalya davası (28.09.1995).

ekonomik kamu yararın etkisi tartışılmazdır. Benzer şekilde ulusal güvenlik amacıyla sosyal ve ekonomik haklara getirilen sınırlamaların kamu yararına olduğunu kabul edilmektedir.

III. Ekonomik Kamu Yararının Sosyal ve Ekonomik Hayata Etkisi Bakımından İşlevi

Türkiye özellikle ekonomik alanda 2000 sonrasında yeniden yapılanma girişimlerini artırdı. Varılmak istenen, serbest piyasa ekonomisinin tüm kurum ve kurallarıyla egemen olduğu ve uluslararası sisteme entegre olmuş yeni bir ekonomik yapıdır. Bunu ise ülkenin iç dinamikleri kadar uluslararası sözleşme ve kararlar zorlamaktadır. Bu kapsamda AB ile ekonomik entegrasyonun en önemli boyutunu, AB'ninkine benzeyen bir ekonomik yapılanma, yani AB'nin bugün anladığı ve uyguladığı anlamda bir rekabet düzeni ve bunun egemen olduğu bir piyasa yapısı oluşturmaktadır¹¹².

Türkiye için ekonomide yeniden yapılanmanın en önemli konuları arasında kamu teşebbüsleri ve yasal tekeller yer almaktadır. Türkiye'deki bu yeniden ekonomik yapılaşma ile ilgili karşımıza çıkan temel kabul ve dinamikleri şu şekilde sıralayabiliriz¹¹³:

- Kendilerine kanunla özel veya inhisâri haklar verilen kamu kurumlarının faaliyetleri rekabet kuralları çerçevesinde denetlenememektedir, dolayısıyla bunlar piyasalarda rekabetçi bir yapının oluşmasının önünde engel oluşturmaktadır. Bu sorunun çözümü için kamu kurumlarının faaliyet gösterdiği alanlarda daha fazla serbestleşmeye gidilmeli ve inhisâri veya özel haklar olabildiğince daraltılmalıdır.
- Ekonomide verimliliğin artırılması, fiyat istikrarının sağlanması, yatırımlardaki sürekliliğin sağlanması ve işsizliğin azaltılması için siyasi

¹¹² Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 3-19.

¹¹³ Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 5.

iktidarın ve idarenin bir aktör olarak ekonomi üzerindeki etkinliğinin azaltılması gerekir. Bunun için bağımsız idari otoritelerin (Rekabet Kurumu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumlar) ve devlet tüzel kişiliğinden idari ve mali olarak olabildiğince bağımsız kendine özgü kuruluşların (Merkez Bankası) kurulması çözüm yolu olarak bu yeniden yapılanmada karşımıza çıkmaktadır.

Artık, günümüzde devletin ekonomik performansı ile piyasa başarısızlıkları karşılaştırıldığında; devletin müdahalelerinin maliyetlerinin, yararlarını aştığı genel olarak kabul edilmektedir¹¹⁴.

İdarenin ekonomik faaliyetlerinde kamu yararı açısından çıkabilecek sorunları genel olarak aşağıdaki gibi gruplandırabiliriz:

- Doğal tekeller ve düzenleme gereği,
- Yatırımlar ve yatırım şartları,
- Değer tespit meselesi ve piyasa değeri konusu,
- Bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurullar,
- Sözleşme yolu ile düzenleme ve sözleşme süresi.

A. Devletin Piyasaya Müdahalesi Kapsamında Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

Devletin ekonomiye müdahalesi, ekonomik alanda düzenleyici veya müteşebbis olarak faaliyette bulunması şeklinde tezahür etmektedir. Yani bir yandan yasal ve idari düzenlemeler yapmakta, idari kararlar almakta; öte yandan da, mal ve hizmet üreticisi ve alıcısı/satıcısı olarak piyasada faaliyet göstermektedir. Böyle

¹¹⁴ Güneri Akalın, “Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi”, **AYD**, C. 11, 1994, s. 74.

olunca ekonomik alanda izlenen politika ve kararların başarısı da onları uygulamaya geçiren hukuki araçlar ile yakından ilgilidir¹¹⁵.

Ekonomik kamu yararı piyasa üzerindeki temel etkilerini ekonomik aktiviteler zemininde gerçekleştirmektedir. İdare piyasada ya mal veya hizmet sunucusu olarak bizzat yer almakta, ya da piyasadaki etkin faaliyetleri teşvik veya regüle ederek müdahalede bulunmaktadır. Her iki durumda da ekonomik aktiviteden bahsetmek mümkündür. Devletin ekonomik olan ve olmayan aktiviteleri ayırımının önemi, ekonomik olmayan aktivitelerinin rekabet kurallarının uygulanması kapsamına girmemesine dayanmaktadır¹¹⁶.

2008 ekonomik krizi ile “sağlıklı, dengeli, herkesin yararına işleyen bir piyasa ekonomisinin, güçlü, adil, etkili bir devletin düzenleyici işlevine” gereksinimin dünyanın her yerinde kabul görmeye başladığı ve reform çalışmalarının bu gereksinimi karşılamaya yöneldiği kabul edilmektedir. Günümüzde neo liberal ideolojiye sıkı sıkıya bağlı, devlet müdahalesini reddeden ülkelerde (Örneğin, Arjantin, Brezilya, Peru gibi Güney Amerika Devletleri) bile yoğun devlet müdahalelerine girilmiş olduğunu gözlemlemekteyiz¹¹⁷.

Günümüzdeki hâkim liberal ekonomik yaklaşım genel olarak şöyle bir ön koşulu kabul eder: Piyasa aksaklıklarının olmadığı ortamlarda piyasa mekanizması toplumsal açıdan arzu edilir sonuçlar doğurur (ancak bu durum bile gelir dağılımında adaletin sağlandığı anlamına gelmez). Dolayısıyla bu ortamlarda mülkiyetin özel sektöre devri kamu yararı açısından bir sorun yaratmaz, tersine verimliliği artırır. Buna karşılık piyasa aksaklıklarının olduğu veya kamu hizmeti gibi toplumsal veya yeniden bölüşüm hedeflerinin bulunduğu mal ve hizmet piyasalarında ise piyasa mekanizması tek başına maksimum toplumsal refahı sağlayamaz. Bu tür durumlarda kamu yararı devlet müdahalesini gerektirir. Örneğin doğal tekellerin bulunduğu

¹¹⁵ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 11-12.

¹¹⁶ Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 10.

¹¹⁷ Zeynep Zafır Benderli ve Zeki İlker Görenel, “Neoliberal Ekonomi Politikalarının Latin Amerika üzerindeki Etkileri” **Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi**, Yıl 2006, Cilt XXI, Sayı 1, s. 183-201.

piyasalarda (elektrik, telekomünikasyon, limanlar gibi) özelleştirmenin kamu yararını koruyabilmesi için tekelci davranmayı önleyen ve kamu hizmeti hedeflerini gözetten bir düzenleyici çerçevenin bulunması gerektiği kabul edilir¹¹⁸.

İdarenin piyasaya müdahalesindeki hem düzenleyici ve hem de müteşebbis rolü kapsamında ekonomik kamu yararının ortak işlevini şu şekilde ifade edebiliriz: Toplumsal refah seviyesinin yükselmesine hizmet etme işlevi. İdarenin ekonomik faaliyetlerinin en temel amacı, kural olarak, toplumunun refah seviyesinin yükselmesini (kamu yararını) temin etmektir. Yani idarenin piyasa üzerinde etki doğuran faaliyetlerinde kamu yararının en temel işlevi, toplumsal refah seviyesinin yükselmesini temine yönelmesidir.

1. Kamu Yararının Kamu Hizmetlerinin Bedelsiz Olarak Sunulmasına Etkisi¹¹⁹

Ekonomik kamu yararı doğası gereği, kural olarak idarenin sunduğu kamu hizmetlerinden herhangi bir bedel alınmamasını gerektirir¹²⁰. Ancak idare sunduğu hizmetlerin finansmanını çoğunlukla, hizmetten yararlansın yararlanmasın, toplumun bütününe katkı sağladığı bütçe gelirlerinden temin etmektedir. Bu sebeple kamu hizmetlerinin finansmanı için bu hizmetten hiç yararlanmayanların katkısını beklemek eşitlik temelli adalet fikri ile uyumsuzdur. Kamu hizmetlerinin bedelsizliği konusunda esas sorun ekonomik kamu yararının gerekleri ile adaletin gerekleri arasındaki denge sorunudur.

¹¹⁸ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. viii

¹¹⁹ Kamu hizmetleri karşılığı yararlananlardan para alınmaması veya alınacaksa cüz’i bir miktar alınması kamu hizmetinin kamu yararı ile birlikte anılan temel ilkelerinden (meccanilik) biridir. Ancak kamu hizmetlerinde bir karşılık alınması halinde dahi, bu karşılığın salt gelir amaçlı olarak veya ticari esaslara göre belirlenemeyeceği kamu yararının en önemli göstergelerinden biridir. Nitekim kamu hizmeti karşılığı alınan para genel niteliği bakımından ancak vergi türünden bir edim, faaliyetten faydalanan yüklenen resim veya harçtan benzeri bir edimdir. Başka bir deyişle sunulan kamu hizmeti karşılığında alınan ücretin, sadece yararlananın ödediği dolaylı vergi şeklinde bir ödeme olduğu söylenebilir.

¹²⁰ Kamu hizmetinin meccaniliği ilkesini tartışmalı hale getiren en önemli unsur, kamu hizmetini özel kişilerin sunmaya başlamasıdır. Kamu hizmetleri özel kişiler tarafından sunulduğunda, özel kişiler bu hizmeti sadece kar amacı ile yerine getirmektedir.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, şehir şebekesinde kullanılan su sayaçlarının yeni sistem ön ödemeli sayaçlarla değiştirilmesi karşılığında sayaç bedeli ve bağlantı bedeli olarak alınan tutarın yüksekliği karşısında, ilgili belediye tarafından “... anayasal ve yasal kamu hizmeti anlayışına uymayan, ticari niteliği ağır basan yeni bir ilişki biçimi oluşturulmak istendiği” gerekçesiyle bu durumun hukuka aykırı bulunduğunu belirtmiştir¹²¹.

Günümüzde Türk idare hukukunda kamu hizmetinin temel ilkelerinden biri olan “kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi”, idarenin kamu hizmetlerinden kar elde edememesi şeklinde ele alınmamaktadır. Artık kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi, kamu hizmetinin salt gelir amaçlı olarak yerine getirilemeyeceği şeklinde ifade edilmektedir. Kamu hizmetleri müteşebbis idarenin sunduğu hizmetlerden gelir elde etmesi yanında toplumsal yararı da temin etmesi şartına bağlı olarak ele alınmaktadır. Bu şartta yer alan toplumsal yarar, toplumda kamu hizmetinin muhatabı olan herkesin bu hizmeti makul ve ulaşılabilir bir ücretle temin etmesi anlamına gelmektedir¹²². Bu anlamıyla kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi, kamu hizmetlerini sadece idarenin sunduğu durumlarda değil, kamu hizmetlerini özel kişilerin sunması durumunda da geçerliliğini korumaktadır. Yani burada ekonomik kamu yararı bakımından esas amaç kamu hizmetlerinin tüm vatandaşların erişimine açık olması, hizmet fiyatlarının da bunu mümkün kılacak düzeylerde (gerekirse bedelsiz) olmasıdır denebilir.

AB idare hukukunda da artık salt gelir amaçlı tekel fikri savunulmamaktadır. Kamu teşebbüslerinin varlık nedeni genel ekonomik yarar ve gelir amacının birlikte değerlendirilmesine bağlanmıştır. Buradaki genel ekonomik yarar kavramı, çeşitli faktörlere bağlı olarak değişen oldukça dinamik bir kavramdır. Özellikle

¹²¹ Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007 s. 247-249.

¹²² “İktisadi alandaki kamu hizmetleri karşılığında alınan bedeli, ... maliyet + kar şeklinde ele almaktansa, maliyet + hizmetin daha iyi hale getirilmesini sağlayacak diğer yatırımlar için makul bir pay şeklinde açıklamak gerekir”, bkz. Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, s. 41.

teknolojideki değişmeler, toplumun devlet tarafından sağlanması gerektiğine inandığı ihtiyaçlardaki değişmeler bu kavramın kapsamını etkilemektedir¹²³.

Ülke genelinde tekel olarak yürütölmeyen bir kamu hizmeti alanında idarenin özel hukuk kişileri yanında faaliyette bulunması, kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi gereğince salt kar amacına yönelemeyeceği dolayısıyla, serbest piyasada haksız rekabete sebep olacaktır.

2. Kamu Hizmetinin Konusunun Belirlenmesinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

Kamu hizmetinin klasik tanımı uyarınca “genel ve kolektif gereksinimlerin karşılanması yoluyla kamu yararının sağlanması” söz konusudur. Tersten bir okuma ile idare hukuku tekniği bakımından temel soru, “kamu yararını sağlayan kamu veya özel bütün teşebbüslerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi mümkün müdür?” sorusudur. Farklı bir ifade ile temel sorumuz, bir faaliyetin kamu hizmeti rejimine girmesi için kamu yararının üstlendiği işlevin sınırının ne olduğuna ilişkindir. Diğer taraftan kamu hizmeti rejiminin varlık gerekçesini kamu yararı düşüncesi sağlamaktadır. Bu sosyal ve ekonomik ilişkilerde kamu yararı sebebiyle bazı faaliyetlerin, rekabet kurallarından muafiyet gibi özel statüye sahip olması anlamına gelmektedir. Kamu yararının bu her iki yüzünün (yani genel ve kolektif gereksinimlerin karşılanması olarak kamu yararı ile kamu hizmeti rejiminin varlık gerekçesi olan kamu yararı), birlikte ele alınması ile yukarıdaki sorular bakımından kamu yararının işlevi açıklığa kavuşturulabilir.

3. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Rolüne Etkisi Bakımından Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

Kamu hizmetleri idare tarafından sunulduğu durumlarda genel ve kolektif gereksinim idare tarafından karşılanmakta ve bu şekilde kamu yararı sağlanmaktadır.

¹²³ Ege, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, s. 11-12.

Burada kamu yararı bakımından belirleyici etmen “genel ve kolektif gereksinimin karşılanması” mıdır, yoksa belirleyici etmen “genel ve kolektif gereksinimin devlet/idare tarafından karşılanması” mıdır? Diğer taraftan genel ve kolektif gereksinimin özel kişiler tarafından karşılanmasında, salt genel ve kolektif gereksinimin karşılanması dışında ayrıca bir kamu yararı olacak mıdır?¹²⁴. Bu sorulardan hareketle, genel ve kolektif gereksinimin karşılanmasının kamu yararını tek başına sağladığı haller, genel ve kolektif gereksinimin ancak kamu hizmeti rejimi altında kamu yararını sağladığı haller ile kamu yararının genel ve kolektif gereksinimin devlet/idare tarafından karşılanmasını gerektirdiği haller şeklinde üçlü bir ayırım yapılabilir.

1982 Anayasasının “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlıklı 47. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

(Ek fıkra: 13.08.1999 - 4446/1) Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

(Ek fıkra: 13.08.1999 - 4446/1) Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Birinci fıkrada yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” ifadesinden kamu yararı

¹²⁴ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, 9.

açısından belirleyici ilk etmenin genel ve kolektif gereksinimin karşılanması olduğu tespiti yapılabilir.

Kamu yararı ile kamu hizmetinin ilişkisini ortaya koymak bakımından, “kamu yararının zorunlu kıldığı” halleri, 3082 sayılı kanunun 2. maddesi, birlikte gerçekleşme şartına bağlı aşağıdaki üç unsurla ifade etmiştir:

1. *Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi;*
2. *Bu hizmet veya üretimi, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkânının bulunmaması ve*
3. *Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.*

Bu üç unsur birlikte değerlendirildiğinde, devletleştirme açısından kamu hizmetinde belirleyici etmenin, “genel ve kolektif gereksinimin sadece idare tarafından karşılanması” değil, kim tarafından olursa olsun “genel ve kolektif gereksinimin karşılanması” olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Devletleştirme için geçerli olan bu unsurlar aksine işlem kuramına göre özelleştirme için de aranır: Bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğunu ölçmek için “özelleştirme sonrasında hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görme riski olup olmadığı” ve bununla bağlantılı olarak “riski engellemek için hangi önlemlerin alındığı ve bunların yeterli olup olmadığı” sorularına cevap vermek gerekir. Görüldüğü gibi; bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken, sadece Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma” amaçlarının gerçekleşmesi yeterli olmamaktadır¹²⁵.

Özel teşebbüsün sunumuna açılan mal veya hizmet tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal ya

¹²⁵ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 11.

da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir¹²⁶.

Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur¹²⁷.

Kamu yararı ve özel teşebbüsün yerine getirdiği kamu hizmeti ilişkisi dikkate alındığında kamu yararının sosyal ve ekonomik açıdan üç işlevinden/gerekliliğinden bahsedebiliriz¹²⁸:

1. **Mevcut kamu yararı durumunun korunması gereği**; genel ve kolektif gereksinimin karşılanması devletin/idarenin elindeyken, genel ve kolektif gereksinimler belirli nitelikte karşılanarak kamu yararı sağlanmaktadır. Genel ve kolektif gereksinimin özelleştirme gibi sebeplerle özel teşebbüs tarafından karşılanmaya başlaması halinde de en azından önceki kamu yararı durumunun korunması, ekonomik kamu yararının zorunlu bir sonucudur. Örneğin kamu yararı, müteşebbis idarenin yerine getirdiği kamu hizmetinden alınan ücret ile özelleştirme sonrasında özel teşebbüsün sunduğu hizmetten alınan ücret arasında hizmetten yararlanmayı engelleyecek kadar bir uçurumun olmamasını gerektirir. Yine kamu yararı, özelleştirilen sektörün personelinin sosyal ve ekonomik hakları güvence altına alınmasını gerektirir.
2. **Artı kamu yararı sağlama gereği**; kamu yararı, kamu hizmetlerinin özel teşebbüsler tarafından yerine getirilebilmesi için mevcut kamu yararı

¹²⁶ Anayasa Mahkemesi, E: 1994/49, K: 1994/45-2.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 1994/49, K: 1994/45-2.

¹²⁸ Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 11.

durumunun korunması dışında artı bir kamu yararının sağlanmasını da gerektirir. Bu işlev kapsamında kamu yararı, kamu hizmetlerinin özel teşebbüsler tarafından yerine getirilmesi kamu hizmetinin nitelik ve niceliğinde bir iyileşmenin olmasını; reel olarak ülke ekonomisinde verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma olmasını gerektirir. Örneğin, PETKİM'in özelleştirilmesinde kamu yararı, özelleştirme ile ülkedeki petrol kaynaklarının daha verimli kullanılmasını, endüstrinin kamuya maliyetinin azaltılmasını... gerektirir. Bu şekilde özelleştirme ile artı kamu yararı unsurlarının kamu hizmetlerinin özel teşebbüslere devredilmesi aşamasında dikkate alınması zorunludur.

3. **Risk faktörlerinden kaçınılması gereği;** kamu hizmetlerinin özel teşebbüsler tarafından yerine getirilmesi, mal veya hizmet üretiminin yavaşlatılması veya durdurulması gibi ülke ekonomisine büyük zarar verecek risk faktörlerini bünyesinde taşımamalıdır. Eğer önlenebilir risk faktörleri söz konusu ise bu risklerin engellenmesi için gerekli ve yeterli bütün önlemlerin, hizmetin özel teşebbüslere devrinden evvel, alınması kamu yararının bir gerekliliğidir.

Karlı ve büyük bir kuruluşun özelleştirilmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığı temelinde büyük sorunlar doğmaktadır¹²⁹. Özelleştirmelerdeki kamu yararının çalışanlar bakımından bir güvencenin, çözümler üretme ve özelleştirme sonucunda özel sektör tercihlerinin sosyal güvenceyi zedeleme ihtimali zemininde ele alınması mümkündür. Bütçe düzenlemeleri gibi ekonomik konuya ilişkin doğrudan düzenleme getiren kuralların kamu yararı bakımından değerlendirilmesinde ekonomide verimlilik, kamu giderlerinde azalmanın dikkate alınması mümkün değildir. Yani kamu kuruluşlarının çok güçlü olması, karlı bulunması, piyasa içerisinde etkin olması gibi nedenler özelleştirme uygulamalarının kamu yararına aykırılığını kendiliğinden doğurmamalıdır¹³⁰.

¹²⁹ Örnek olarak bkz. Danıştay İDDK, E: 2008/770, K: 2008/2337.

¹³⁰ Kirman.

Ekonomik kamu yararı kamu hizmeti niteliğindeki bazı faaliyetlerin bizzat idare tarafından sunulmasını gerektirir. Örneğin Avrupa Birliği terminolojisindeki evrensel hizmet kavramı kapsamında yer alan kamu hizmetlerini ve doğal tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini bu kategoride değerlendirebiliriz. Birçok kamu hizmetinin teknolojik özelliklerinden dolayı tekel olarak sunulduğunu dikkate aldığımızda, bu sektörlerde rekabetin gelişmesi hem çok zor veya imkânsız¹³¹, hem de kamu yararı bakımından bu sektörlerin rekabete açılması arzu edilmeyen bir durumdur¹³².

Doğal tekellerin kamu hizmeti olarak kamu mülkiyeti altında örgütlenmesinin en önemli sebebi tekel gücünün yol açacağı zararları önlemektir. Özel şirketlerin temel amacı kar maksimizasyonu olduğundan tekeli piyasa yapısı altında kar maksimizasyonunun kamu yararı açısından olumlu sonuçlar vermesi beklenemez. Yani tekellerde ekonominin temel etkinliklerinin hiçbirisi gerçekleşmez. Dolayısıyla doğal tekel özelliği bulunan sektörlerin özel teşebbüslerin sunumuna açılması kamu yararının gereklerini ihlal etmeyecek biçimde düzenleme ve denetim (regülasyon) yapılması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir¹³³. Türkiye'deki telekomünikasyon ve elektrik sektörlerinde bazı mal ve hizmetlerin özel teşebbüslerin sunumuna açılması ile rekabet mümkün hale gelerek doğal tekel özellikleri kaybolmaya başlamış olsa da bu sektörlerde bazı hizmet unsurları yönünden doğal tekel özelliği devam ettiğinden (örneğin yerel ağ, iletim ve dağıtım şebekesi, baz istasyonu gibi) rekabetin gelişmesi rakip işletmelerin bu şebeke unsurlarına erişimlerinin ne kadar mümkün olduğuna bağlıdır¹³⁴. Bu sektörlerde kamu yararı bazı mal ve hizmetlerin özel teşebbüsün sunumuna açılmasını

¹³¹ İlgili sektörlerde yapılan yatırımların miktarca büyük ve uzun ömürlü olması ve bu sektörlerde yapılan yatırımların batık olma özelliğinin yüksek olması faktörlerine dayanmaktadır.

¹³² Bu sektörlerde maliyet yapılarına ölçek ve kapsam ekonomileri (bu ekonomilerin hâkim olduğu sektörlerde sunulan mal ve hizmetlerin en ekonomik sunumu tek bir şirket tarafından sunulmasıdır) hakim olmuştur. Yani bu modelde şirket sayısı arttıkça maliyet yükselir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 32-33.

¹³³ Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 33.

¹³⁴ Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 33.

gerektirdiği gibi; hala tekel niteliği devam eden mallar üzerindeki sunumda sektörel adaletin sağlanmasını da gerektirmektedir.

Benzer şekilde hava yolu ile taşıma hizmeti Türkiye’de devletin görev alanından çıkarılıp özel teşebbüsün sunumuna açılarak rekabet mümkün hale gelmiştir; ancak hala hava alanları doğası gereği tekel niteliğine sahiptir. Kamu yararı havacılık sektöründe şartları devam ettiği sürece hava yolu ile taşımanın özel teşebbüsün sunumuna açılmasını gerektirdiği gibi; tekel niteliğindeki hava alanlarından yararlanmada adaletin sağlanmasını da gerektirmektedir.

Kamu mal ve hizmetlerinin özel teşebbüslere açılmasının kamu yararının bir gerekliliği şeklinde ele alınmasının temelinde, işletmelerin kamu mülkiyetinde kalmasının ve kamu tarafından kontrol edilmesinin veya karar aşamasında siyasi müdahalelere tabi olmalarının verimsizliğe ve israfa yol açtığı, bunun da ulusal ekonomik büyümeyi geriletmediği düşüncesinin bulunduğu söyleyebiliriz. Yani kamu mal ve hizmetlerinde özel teşebbüsün etkinliğinin artırılmasında kamu yararı, verimlilik, israfın önlenmesi ve ekonomik kalkınma şeklinde kendini göstermektedir.

Doğal tekellerde (gaz, telekomünikasyon ve elektrik dağıtım sistemi şebekeleri gibi) mülkiyetin devredilmesi konusu da ayrı bir kamu yararı sorunsalı olarak varlığını sürdürmektedir¹³⁵. Örneğin, Türkiye’de artık telekomünikasyon ve elektrik dağıtım ve iletim altyapı şebekesi yer altına alınmaktadır; yer altına açılan kanalizasyonun ve döşenen iletim kablolarının hukuki niteliğinden¹³⁶, bu kanalizasyonunun kullanılmasına ve bundan yararlanma rejimine, bu minvalde internet ve telekomünikasyon şirketleri ile yapılan sözleşme sorunlarına kadar bütün hukuki problemler kamu yararı sorunsalının bir parçasıdır. Bu ve benzer problemlerin hemen hepsinde dava konusu yapılan uyuşmazlıklarda yargı merci kamu yararına atıf yaparak hukuki uyuşmazlığı çözmeye çalışmaktadır. Bu ve

¹³⁵ Şebeke unsurlarının mülkiyetinin devri, gerekli yasal temel oluşturularak hukuki boşluğun doldurulması ve kamu hizmetleri açısından gerekli önlemlerin alınması şartıyla mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. xiv.

¹³⁶ Kanalizasyonun ve iletim kablolarının kim tarafından ve hangi sözleşme hükümleri çerçevesinden kurulduğu kamu yararı sorunsalının önemli bir cephesidir.

benzeri hukuki uyumsuzluklarda kamu yararının gerekliliklerini şu şekilde belirlememiz mümkündür¹³⁷:

- Temel hizmet yükümlülüklerinin açıkça tanımlanması,
- Sözleşme süreç ve koşullarında tam saydamlık,
- Hizmet kalitesinin ve hizmete erişilebilirliğin artırılması,
- Tedarikçiler arasında etkin rekabet ve
- İşletmecilerden bağımsız olan düzenleyici otoritelerin oluşturulması.

1990’larda birçok Avrupa devletinde olduğu gibi Türkiye’de de kamu mal ve hizmetlerinin özel teşebbüslerin sunumu gittikçe yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu kapsamda Türkiye’de kamu hizmetlerini özel teşebbüslerin görmesine imkân tanıyan yasal ve anayasal değişiklikler gerçekleştirilmiş ve çok sancılı bir hukuki süreç yaşanmıştır¹³⁸. Türkiye'deki bu sancılı süreç 1980'lerden itibaren, 1960’larda

¹³⁷ Benzer şekilde Avrupa Komisyonunun 2000 tarihli genel yarar hizmetleri duyurusunda kamu yararı standartları şu şekilde belirlenmiştir (Çevrimiçi: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/serv_gen/serv_gen_int05_en.pdf):

A number of principles can help define users' requirements for services of general interest. These principles include:

Clear definition of basic obligations to ensure good quality service provision, high levels of public health and physical safety of services;

Full transparency e.g. on tariffs, terms and conditions of contracts, choice and financing of providers;

Choice of service and where appropriate, choice of supplier and effective competition between suppliers;

Existence, where justified, of regulatory bodies independent of operators and redress in the form of complaint handling and dispute settlement mechanisms;

They may also include representation and active participation of users in the definition of services and choice of forms of payment.

¹³⁸ Örneğin özelleştirme uygulamalarına yönelik ilk yasal adımlar 1980'li yılların ortalarında atılmış, ancak bu çabalar hukuki sebeplerle büyük ölçüde sonuçsuz kalmıştır. Özelleştirme konusundaki bu başarısızlık her şeyden önce kendini hukuksal alanda göstermiştir. Çeşitli hükümetlerin kamu hisse veya varlıklarını satma veya özel kesime işletirme veya altyapı yatırımlarına özel kesimin katılımını sağlamaya yönelik yasama çabalarının önemli bir bölümü yüksek yargıdan dönmüştür. İptal kararları kamuoyunda birbirine zıt iki farklı yoruma yol açmaktadır. Bunlardan birincisi, yasama çabalarının ve idari işlemlerin anayasa ve hukuka uygun olmadığıdır. İkinci yorum ise, yüksek yargının özelleştirme politikalarına karşı ideolojik bir direnç gösterdiği şeklindedir. Özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunların da ciddi ekonomik boyutları vardır. Nitekim konuya ilişkin yüksek yargı kararlarında da sık sık ekonomik değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu değerlendirmelerde kamu yararı ve kamu hizmeti gibi kavramlar önemli rol oynamaktadır.

başlayan ithal ikameci ekonomik modelinin terk edilip devlet kontrollerinin azaldığı, piyasa mekanizmasının kaynak dağılımında temel rol oynadığı, dış ticaret ve uluslararası sermaye giriş-çıkışlarının serbestleştiği yeni bir ekonomik modelin parçası olarak gündeme gelmiştir. Bu serbestleşmeye dayalı ekonomik model ile idarenin etkin rol oynadığı birçok kamu hizmeti sektöründe özel teşebbüslerin etkisinin artırılması arasında doğrudan bağlantı söz konusudur.

Türkiye’deki bu ekonomi politik değişimin iç ve dış birçok aktörünün bulunduğunu söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Türkiye’deki bu dönüşüm kendisini hem özelleştirme uygulamalarının hızla artması şeklinde hem de ekonomide serbestleşme modelinin yaygınlaştırılması şeklinde göstermiştir. Günümüzde IMF, Dünya Bankası, Avrupa Komisyonunun açık etkisi ile hemen hemen hiçbir devlette ithal ikameci ekonomik modelin benimsendiğini göremiyoruz. Devlet tarafından yerli yatırımların desteklenmesi, gibi ithal ikameci ekonomik modelin bazı unsurlarının uygulanması kısmen kendini göstermeye başladığında, bu durum uluslararası piyasa aktörleri tarafından anlaşma, ekonomik ambargo, tehdit ve askeri müdahale gibi yöntemlerle engellenmektedir. Örneğin son yıllarda dünya çapında rekabet gücü olan birçok şirketi bünyesinde barındıran Kore Hükümeti, Apple’ın yeni iPad adlı elektronik tablet ürününün Kore piyasasına girişini engelleyici bazı önlemler almış ve aynı sektörde teknolojik ürünleri bulunan Samsung gibi firmalar çeşitli hukuki ve mali teşvikler ile desteklemiş, ancak uluslararası baskılara dayanamadığından dolayı bütün önlemleri kaldırmak zorunda kalmıştır. Bu sebeplerle ekonomi politik konularda kamu yararı sorunsalının boyutu sadece ulusal hukuk/ekonomi gerçekleri ile ve sektörel olarak ele alınamayacak boyuttadır.

Hükümetler tarafından anayasal ve yasal sistem çerçevesinde belirlenen ulusal ekonomi-politik tercihlere bağlı olarak ekonomik kamu yararının kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin işlevleri değişiklik gösterecektir. Ekonomik kamu yararının bu işlev değişiklikleri kamu yararının belirlenmesi üzerinde yetki sahibi olan herkesi

Özelleştirmeler esas olarak 2004 yılından itibaren hız kazandı ve günümüzde de hızla devam etmektedir.

bağlamalıdır. Örneğin yargı önüne gelen bir uyuşmazlıkta yargıçlar, somut sosyo-ekonomik gerçekliklere dayanarak kamu yararının ilkelerini dikkate alarak karar vermek durumundadır; hükümetlerin ekonomik tercihlerine bağlı olan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda felsefi, ideolojik tercihlere göre karar verilmemelidir; şayet hükümetlerin ekonomi-politik tercihlerinde hukuka aykırılıklar görülüyorsa, bu durum yargı düzeni içerisinde özel ve bütün olarak dikkate alınmalıdır.

Kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin kamu yararı sorunsalının özü ve temel tartışma noktası, hangi hizmetlerin devlet tarafından veya özel teşebbüs tarafından sunulmasının daha doğru olduğuna nasıl karar verileceği sorunudur. Bu sorun ekonomik kamu yararı zaviyesinden, ‘söz konusu hizmeti kim sununca kamu yararı daha yüksek bir değere ulaşıyorsa, hizmeti o sunmalıdır’ şeklinde ilkesel olarak çözümlenebilir. Bu çözüm, kamu yararını ekonomideki toplumsal refah ölçütüne bağlamaktadır. Toplumsal refah ölçütü, birinci bölümde üzerinde ayrıntılı olarak durulduğu üzere, ekonomi bilimcilerin üzerinde özel olarak durup çeşitli modellemeler yaptıkları bir sorundur; yine sosyal adaletin önemli bir parçasını oluşturması açısından dağıtım probleminin hukuktaki önemli bir görünümüdür. Hangi tercihlerin toplumsal refahı yükselttiğine ilişkin bir problemin incelenip çözümlenmesi ise yukarıda bahsettiğimiz gibi ekonomi-politik tercihlerden büyük oranda etkilenmektedir.

Kamu mal veya hizmetlerinin özel kişilerce sunulmasının kamu yararı açısından değerlendirilmesinde, soruna toplum zaviyesinden bakılmalıdır. Sorun idare veya özel teşebbüsler gözüyle ele alındığında, temel hedef ya karlılık olacak, ya da sektörel problemlerden kurtulmak olacaktır. Oysa kamu yararı toplumsal refahı maksimize etmek için hem idareye hem de hizmet sunucusu özel teşebbüslere bir takım külfetlerin yüklenmesini gerektirir.

4. Ekonomik Kamu Yararının Bazı Mal ve Hizmetlerin Piyasa Şartlarına Tabi Olup Olmaması Üzerindeki İşlevi

Ekonomik kamu yararı bazı mal ve hizmetlerin rekabet yasaklarına tabi olmamasını gerektirir. Avrupa Topluluğu Roma Anlaşmasının 86/2 madde düzenlenmesine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer verilmemesine rağmen, anlaşmada geçen genel ekonomik yarar hizmetleri kapsamında değerlendirilen faaliyetlerin rekabet yasaklarına tabi olmaması (madde 5 kapsamında değerlendirilerek) dikkate alındığından Türkiye'deki bu kapsama giren faaliyetlerin rekabet yasakları durumu ne olacaktır¹³⁹? Rekabet hukuku hükümlerine göre değerlendirildiğinde madde 5 kapsamına alınacak mıdır? Danıştay KİT'lerin faaliyetlerini 4. madde kapsamındaki rekabet yasaklarından muaf tutup 5. madde kapsamında değerlendiriyor.

Elektrik, telekomünikasyon, su ve demiryolu gibi sektörlerde bazı hizmetlerin sunumunun maliyet yapıları, sadece bir işletme tarafından yerine getirildiğinde kural olarak en düşük maliyet düzeylerine erişilir. Telekomünikasyon sektöründe teknolojik gelişmeler artık birçok hizmette rekabeti mümkün kılmaya başlamıştır, ancak kimi hizmetler (özellikle sabit hatlarda yerel şebekeye erişim hizmetleri) hala fiili tekel durumundadır. Elektrik sektöründe ise dağıtım ve iletim doğal tekel özelliklerini korumaktadır. Dolayısıyla bu hizmetlerin sunumunda rekabetin gelişmesi çok zordur veya mümkün değildir. Bu gibi hizmetlerin sunumunda rekabet kuralları kamu yararı için uygun zemin sunamamaktadır. Bu sebeple kamu yararı bu gibi tekel nitelikli hizmetlerde rekabet kurallarına tabi olmamayı gerektirmektedir.

Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşme ya da kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde,

¹³⁹ Rekabet hukuku alanında genellikle alternatif politikaların veya firma davranışlarının kamu yararına etkisini ölçmek için iki farklı ölçüt kullanılmıştır. Bunlardan birisi, tüketici artığı (ranta) ile üretici artığının (ranta) toplamıdır. Bu ölçüt, tüketicilere tahsis edilen bir birim refah ile üreticilere tahsis edilen bir birim refahın toplumsal refah açısından eşit olduğu varsayımına dayanır. Diğer ölçüt ise bazı ülkelerin rekabet kanunlarında açıkça vurgulandığı gibi tüketici artığının daha fazla ağırlık kazandığı (asıl hedef tüketici refahıdır) bir toplamdır. Bkz. Atiyas/Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 15.

tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur¹⁴⁰.

5. Ekonomik Kamu Yararının Kamu Mal ve Hizmetlerinin Sunum Koşullarının Belirlenmesindeki İşlevi

Ekonomik kamu yararı, bir mal veya hizmetin özel teşebbüslerin sunumuna açılmasında satış fiyatının satıştan elde edilebilecek en yüksek gerçek değerin tespit edilmesini gerektirir. Bu kapsamda tespit edilebilecek en yüksek gerçek değeri sağlamanın en etkin yolu ihalede yeterli rekabetin oluşmasını sağlamaktır¹⁴¹. İhale sırasında yeterince rekabet oluşturulmuşsa, o zaman ihalede oluşan fiyatın söz konusu varlığın “gerçek değerini” yansıttığı söylenebilir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, serbest piyasa koşullarında tek başına rekabet ortamının sağlanması kamu yararı için yeterli değildir¹⁴². Örneğin Rekabet Kurulu, birçok uygulamasında, kamu yararı gerekçesiyle, rekabet ortamını bozucu sonuçlara yol açan ve ekonomik etkiye sahip eylem ve işlemler yapmaktadır¹⁴³.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1994/49, K: 1994/45-2.

¹⁴¹ Uğur Emek, **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması**, DPT, Ankara, 2002, s. 42-45. Değer tespitinin yapıldığı zaman ile ihalenin yapıldığı zaman arasında tespit edilen değer “eskimesi” de kaçınılmazdır, çünkü bu zaman içinde değeri etkileyen birçok etkenin (makroekonomik değişkenler, piyasadaki gelişmeler, vs) değişmesi kaçınılmazdır. Bu belirsizlikler kaçınılmaz olarak değer tespitine yönelik tahminlerin hata paylarının yüksek olması sonucunu doğurur.

¹⁴² Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, s. 81-83.

¹⁴³ Benzer şekilde serbest rekabet ortamlarının kamu yararına olan olumsuz etkisini göstermesi bakımından Anayasa Mahkemesi’nin aşağıdaki kararları önem taşımaktadır.

“4531 sayılı Yasa’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum

B. Devletin Piyasaya Müdahale Araçlarında Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

İdare hukukunda idarenin piyasaya müdahale araçlarını genel olarak aşağıdaki şekilde sınıflandırabiliriz:

- Kamu işletmeciliği aracılığıyla müdahale,
- Regülasyon aracılığıyla müdahale,
- Sözleşmeler aracılığıyla müdahale.

Kamunun ekonomiye müdahale araçları elbette sadece bu araçlar ile sınırlı değildir. Örneğin maliye politikası devletin elindeki önemli bir müdahale aracıdır. Son ekonomik küresel krizde (2008) hükümetin aldığı en etkili önlem paketleri arasında Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) ve Katma Değer Vergisi (KDV) oranlarının indirilmesi de vardır. Ekonomik kriz dönemlerinde genellikle para ve maliye politikası araçlarından yararlanılarak ekonomiye önemli müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleleri, devletin güç durumdaki bankalara ve finans kuruluşlarına sermaye koyması, kimi mevduatın tümüne güvence verilmesi, sorunlu

düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez.” (Anayasa Mahkemesi, E: 2001/303, K: 2001/333)

“Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye’de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir.

“Konut ve işyeri olarak çeşitli yönleriyle toplumu etkileyen taşınmaz mal kirası, özel hukuk yanında kamu hukukunu da ilgilendirmektedir. Taşınmaz mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiraların normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.” (Anayasa Mahkemesi, E: 2000/77, K: 2000/49)

kâğıtların kamu tarafından satın alınması, bazı finans sektörünün devletleştirilmesi gibi şekillerde görebiliriz¹⁴⁴.

İdarenin piyasaya müdahale araçlarından biri olarak kamu işletmeciliği (yönetişim şeklinde de isimlendirilmektedir) yaklaşımına göre, devlet piyasada gerekli gördüğü bütün alanlara kendisi müteşebbis olarak girerek müdahale edebilir. Örneğin, bir malı fabrika kurarak kendisi **üretebilir**, ürettiği malı çeşitli tesisler kurarak tüketim yerine **iletebilir** ve bu malı tüketicilere **dağıtabilir**. Kamu işletmeciliği yaklaşımı, devletin faaliyet ve yetki alanını olabildiğince geniş tutmaktadır. Günümüzde kamu işletmeciliği fikri idare hukukuna tabi idari işletme şeklinde savunulamadığından,

- Özel hukuk hükümlerine tabi idari şirketler (KİT'ler gibi);
- Kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri,
- Kamu işletmelerinin özelleştirilmesi,

gibi birçok karma hukuksal yapıyı beraberinde taşımaktadır¹⁴⁵.

Kamu işletmeciliğini savunan refah devleti fikrinin alternatifi olarak karşımıza düzenleyici devlet fikri çıkmaktadır. Buna göre sosyal yaşamın her alanında kendini hissettiren devletin yerini, büyük ekonomik ve sosyal dengelerin korunmasını sağlamaya çalışan bir devlet almaktadır¹⁴⁶.

Avrupa Birliği de kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetleri rekabete açmak amacıyla bir dizi düzenlemeler yapmakta ve mal ve hizmeti sunan (işletici) ile bunun

¹⁴⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 8-11.

¹⁴⁵ Liberal yaklaşımın piyasa aksaklıkları kapsamında müdahaleyi gerekçelendirici tutumuna göre piyasalar her zaman rekabet koşulları altında çalışıp ekonomik etkinliği sağlayamayabilir; piyasaların etkin işlememesi sonucu ortaya çıkan sorunlar ve başarısızlıklar nedeniyle devletin, regülasyonlara başvurmak yoluyla iktisadi faaliyetlere müdahale etmesi gereği ortaya çıkabilir.

¹⁴⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 7.

kurallarını koyan ve uygulanmasını denetleyen (düzenleyici) ayrımının yapılmasını üye devletlerden istemektedir¹⁴⁷.

İdarenin ekonomik yaşamı düzenlemesinin iki temel aracı vardır: regülasyonlar (ve genellikle bağımsız düzenleyici kurumlar) aracılığı ile düzenleme, sözleşmeler (örneğin imtiyaz şartnamesi¹⁴⁸ gibi) aracılığıyla düzenleme.

Ekonomik kamu yararı sorunsalının idari faaliyetler bakımından ele alınmasında düzenleme önemli bir yere sahiptir. Burada düzenleme ile kastedilen özel kişilerin idari faaliyet kapsamında yer almasının hususen *bağımsız idari otoriteler ve sözleşmeler* yoluyla düzenlenmesidir.

Telekomünikasyon, elektrik, su, havagazı gibi hizmetler birer kamu hizmetidir ve temel hedef erişilebilirliğin temin edilmesidir. Yani, kamu yararının zorunlu bir sonucu olarak bu tür hizmetlere, ‘sunum maliyetlerinden bağımsız olarak her vatandaşın makul fiyatlarda erişebiliyor olması’ gerekir¹⁴⁹. Bu gerekliliği idarenin yerine getirmesindeki araçlar hizmet kolu üzerindeki devletin tutumuna göre değişecektir, ya hizmetin sahibi olan devlet sözleşme yoluyla özel kişilere gördürdüğü bu hizmetleri düzenleyecek, ya da tamamen serbestleşmeye gidilen hizmet kollarında devlet, ilgili alanı bağımsız idari otoriteler aracılığı ile düzenleyecektir.

1) Regülasyon Aracılığıyla Yapılan Piyasa Düzenlemelerinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

“Regülasyon”, belirli bir faaliyete ilişkin olarak kuralların belirlenmesi (düzenleme), bu kurallara uyumun sağlanması (denetim), kurallara uyulmaması durumunda idari yaptırım uygulanması ve sektörde etkin bir rekabet ortamının tesis

¹⁴⁷ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 1-2.

¹⁴⁸ Tabi sadece imtiyazda değil; artık idarenin birçok kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti sözleşme akdedilerek meşru bir zemine kavuşturulmaya çalışıyor.

¹⁴⁹ BTİK Kararı, T: 17.6.2013, K: 2013/DK-ETD/359.

edilebilmesi için yönlendirme fonksiyonlarını kapsamaktadır. 1929 ekonomik krizinin atlatılmasına yönelik ABD’de alınan önlemlerin en temel özelliği 1887’de ICC ile başlamış olan idari reform taleplerinin bir anlamda karşılanması ve idarenin ekonomiye regülasyon biçiminde müdahale etmesidir. Regülasyonun temelini bu gelişmede ve ekonomik zeminde bulabiliriz¹⁵⁰.

Devletin ekonomik hayata müdahalesi, doğrudan ekonomik alanlara ilişkin kararlarla ve faaliyetlerle gerçekleştirilebileceği gibi düzenleyici kurumlar aracılığıyla da gerçekleştirilmektedir. Bu ikisini birbirinden ayırarak ele almak yöntem açısından önemli sonuçlar doğuracaktır¹⁵¹.

Bağımsız idari otoriteler dünya genelinde ekonomi alanında giderek yükselen düzenleme ve denetim anlayışının göstergesi olarak karşımıza çıkmakta ve temel gerekçe, uzmanlık gerektiren ekonomik ağırlıklı konuların, küresel ve ulusal gelişmeleri izleyerek işleyişi yönlendiren, siyasi etkiden arındırılmış, tarafsız ve bağımsız çözümler üretebilen idari kuruluşlarca düzenlenmesidir.

Modern toplumlarda piyasanın da, hukukun da, demokrasinin de, kamu yararına sonuçlar verebilmesi için, sağlıklı bir *siyasi-idari-yasal-yargı çevresi* kurulması bir zorunluluktur¹⁵². Bu zorunluluk karşısında bağımsız idari otoritelerin ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Yani siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak **bağımsız ve güvenceli otoriteler**, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini, bunların müdahale, baskı ve etkileri olmadan sağlayabilir ve güvence altına alabilir¹⁵³.

Ekonomilerin globalleşmesi sonucu ülkelerin kendi sistemleri içinde oluşturdıkları düzenleyici ve denetleyici mekanizmalar da uluslararası boyuttaki

¹⁵⁰ Gülan/Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, s. 385.

¹⁵¹ Kirman.

¹⁵² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 14.

¹⁵³ Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 4.

krizlerden çıkışta yeterli olamadıkları için global düzenleyici ve denetleyici kuruluşların oluşturulması yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır¹⁵⁴.

Bağımsız idari otoritelerin (BİO) düzenleme yetkisini ve kapsamını kamu yararı açısından dikkate aldığımızda, BİO'ların temel amacının düzenlenen sektörün, hizmet alanının ve işletmenin piyasa avantajlarını, sadece kritik alanlara müdahale ederek kamu yararına veya toplumsal refah ölçütüne uygun bir biçimde kullanmaya özendirmek, yönlendirmek ve gerektiğinde zorlamaktır¹⁵⁵.

Kamu yararı, regülasyon aracılığıyla yapılan düzenlemelerin sınırını belirleyici bir işleve sahiptir. BİO'lar için en önemli sorun bilgi eksikliğidir; yani genellikle talep ve maliyet gibi kritik konulardaki bilgi düzeylerinin, düzenledikleri işletmelerin bilgi düzeyine göre daha az olmasıdır. Diğer bir önemli sorun da düzenlemenin ne kadar ayrıntıda yapılacağıdır: düzenleme ne kadar ayrıntıda yapılmak istenirse bilgi gereksinimi o kadar yükselir, düzenleme ve yaptırım maliyeti o kadar artar, bürokratik süreçler o kadar karmaşıklaşır. Bu durumlarda kamu yararı, düzenlemelerin özellikle düzenlenen sektörlerin kamu yararından uzaklaşma ihtimalinin yüksek olduğu alanlar üzerine odaklaşmasını gerektirir. Sektör içindeki işletmelerin kar amaçları ile kamu yararının çelişmesi ihtimalinin düşük olduğu alanlarda, kamu yararı düzenlemenin ya hiç yapılmamasını ya da çok yumuşak yapılmasını gerektirir¹⁵⁶.

Kamu yararının regülasyon aracılığıyla yapılan düzenlemeler üzerindeki bir diğer işlevi, düzenlemelerin değişen ekonomik ve siyasi durumlar karşısında gerekli uyarlamaların yapılmasını gerektirmesidir. Zaten regülasyonun ve bağımsız idari otoritelerin varlık gerekçelerinden biri değişen koşullar karşısında hem organik yapıları hem de karar süreçleri itibariyle hızlı hareket edebilmeleridir.

¹⁵⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 12.

¹⁵⁵ Uygulamada düzenlemelerin mahiyetinin nasıl olması gerektiği sorusunun temel cevaplarını düzenlemenin kamu yararı ile ilişkisine bakarak bulabiliriz.

¹⁵⁶ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 34.

Özelleştirmeler sonucu artık kamu sektöründe bulunmayan faaliyetlerin ortaya çıkardığı düzenleme gereği kamu yararı ile rekabet ilişkisi sonucu bir yandan idareyi ekonomik alanda faaliyeti bizzat gören olmaktan çekerken, çekilmeye zorlarken; diğer yandan toplum için taşıdığı önem sebebiyle idarenin düzenleme, gözetleme, yaptırım uygulama zorunluluğu regülasyon eliyle gündeme gelmektedir¹⁵⁷.

Ülkenin rekabet tercihlerine ve hizmet alanlarının niteliğine bağlı olarak, rekabet düzeyinin artması durumlarında kamu yararı, daha hafif düzenlemelerin yapılmasını gerektirir. Örneğin Türkiye’de telekomünikasyon sektöründe rekabet ortamının düzeyine bağlı olarak yapılan düzenlemeler de temel hak ve hürriyetler, ulusal güvenlik gibi kamu yararı gerekleri ile zamanla daralmaktadır. Buna karşın elektrik dağıtım hizmeti kapsamında, elektrik dağıtım şirketleri büyük oranda bölgesel tekel hakkına sahip olduklarından bunlar üzerinde kayıp ve kaçak elektrik kullanımının önlenmesi gibi kamu yararı gereklerine bağlı olarak ciddi düzenlemelerin yapıldığını görmek mümkündür.

2) Sözleşmeler Aracılığıyla Yapılan Piyasa Düzenlemelerinde Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

İdarenin piyasalara müdahale araçlarından birisi de sözleşmeler yoluyla yaptığı düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler idarenin taraf olduğu hem özel hukuka tabi sözleşmeler hem de idari sözleşmeler aracılığıyla yapılabilmektedir. İdarenin yönetme ve piyasaya müdahale araçlarından biri olan sözleşme yoluyla düzenlemede ekonomik kamu yararının temel işlevlerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- İdarenin yapacağı sözleşmelerin türünün belirlenmesindeki etki. Doğal tekellerin ve/ya ciddi rekabet eksiklerinin bulunduğu piyasalarda mal üretim, iletim ve dağıtımının hangi tür sözleşmeler (araçlar) ile hayata geçirilmesinin kamu yararına uygun olduğu sorunu en temel sorunlardan birisidir. Herhangi bir hizmetin sunumunu düzenleyecek en uygun sözleşme biçimi, mümkün

¹⁵⁷ Gülan/Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, s. 402.

sözleşme biçimleri arasında kamu yararını en yüksek düzeye ulaştırabilen sözleşme biçimidir¹⁵⁸.

- İdarenin yapacağı sözleşmelerin hukuki rejiminin belirlenmesindeki etki. Hizmetin daha etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini temin ve milli ekonominin kalkınmasına katkı gibi kamu yararının gereklerinin sağlanmasında sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim önem taşımaktadır. Özellikle yabancı yatırımların teşviki kapsamında kamu yararı, birçok anayasal ve yasal düzenlemelere bağlı olarak özel hukuka tabi sözleşmelerin yaygınlaşmasını gerektirmiştir.
- İdarenin yapacağı sözleşmelerin karşı tarafının belirlenmesindeki etki. Kamu yararı, bir mal veya hizmetin üretilmesi veya sunulması konusunda sözleşme tarafının yeterli donanım ve altyapıya sahip olmasını gerektirir¹⁵⁹.
- Sözleşmeye konu olan mal veya hizmetlerin üretim, iletim ve dağıtım aşamalarındaki düzenlemenin sınırının ne olacağının belirlenmesinde kamu yararının gereklerinin göz önünde bulundurulması bir gerekliliktir¹⁶⁰.
- Sözleşme ile düzenleme kapsamında kamu yararının en önemli işlevlerinden bir tanesi de değişen koşulların sözleşmeye özellikle şartnamelerdeki yapılan değişikliklerle uyarlanabilmesini gerektirmesidir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Bu sorunun cevaplanması ilgili kamu hizmetinin özelliklerini ve piyasa koşulları gibi birçok etmeni dikkate almayı gerektiren bir iktisadi çözümlemeyi gerektirir. Bu sorunun cevabı toplumsal refahın en etkin nasıl yerine getirilebileceği ile ilgilidir. Bu sorun kamu yararı sorunsalının pasif, aktif ve negatif boyutlarını içeren soruların bir bütün olarak ifade edilmiş biçimidir. Yukarıdaki şekilde tanımlanan ve belirlenen bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesinin sonuçları bu soru kapsamına girmektedir. Toplumsal refah ölçütü **verili** unsurlarla dikkate alınabilirken, bu sorun bir verimlilik/maliyet sorunu olmakla **tasarımdır**. Örneğin, sağlık hizmeti sunumunun rekabete açılıp açılmaması veya özel sektöre gördürülüp gördürülmemesi bu sorunun kapsamında ele alınması gereken bir sorundur.

¹⁵⁹ Danıştay 13. Daire, E: 2005/9561, K: 2006/4222.

¹⁶⁰ Örneğin çöp toplama faaliyeti bakımından, belli bir mahallede belli bir işletmenin faaliyet yürütmesinin daha ekonomik olduğu dikkate alındığında, bu faaliyetin bölgesel bir tekel şeklinde sunulduğu söylenebilir. Bu sebeple çöp toplama faaliyetinin yürütülmesinde uzun dönemli işletme hakkının devrini konu alan sözleşmeler istenmeyen bir durumdur. Bu faaliyeti kısa dönemli sözleşmeler ile özel kişilere gördürmek de mümkündür. Ancak bu durum da, kısa dönemli sözleşmelerde işletmenin kar marjının çok düşük olması gibi birçok sorunu beraberinde getireceğinden dolayı, piyasa koşullarında özel teşebbüsün tercih etmeyeceği bir durumdur.

¹⁶¹ Danıştay Genel Kurulu, E: 1974/33, K: 1974/62; Danıştay İDDK, E: 2009/1533, K: 2009/1729.

- Sözleşme ile düzenlemelerde kamu yararı, sözleşmeye konu olan hizmetin en etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilip getirilmediği konusunda idareye müdahale yetki ve görevi vermektedir¹⁶².
- Sözleşme ile düzenlemelerde kamu yararı, sözleşmenin konusunun ne olacağını belirleyici etkiye sahiptir. Özellikle özelleştirmeyi konu alan sözleşmelerde, özelleştirme kapsamına giren devrin niteliği üzerinde kamu yararının etkisi vardır: işletme hakkının devri, mülkiyet hakkının devri.

Bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Mevcut sözleşmelerin idari düzenlemeler, hatta yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasanın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. “Anayasada koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir.”¹⁶³

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Vakıflar Genel Müdürlüğü ile kiracıları arasındaki kira sözleşmeleri, tarafların özgür iradeleriyle oluşmuş ve her iki tarafa da hak ve yükümlülükler getiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, Borçlar Yasası ile Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Yasa kuralları gereğince yapılmıştır. Kiralananın kullanılma koşulları, kira süresi, bedeli, bedelin ödeme zamanı ve yöntemi gibi hususlar, hukuk kurallarına dayanılarak ve kuralların çizdiği sınırlar içinde taraflarca saptanmıştır. Hukuk devleti ilkesi, yürürlükte olan yasa kurallarına göre, kazanılmış haklara saygı gösterilmesini gerektirir.*

“...Böylece tarafların kendi özgür iradeleriyle yapmış oldukları kira sözleşmeleri, tarafların iradeleri bir yana bırakılarak yasa ile sona erdirilmektedir. Sürelerinin tamamlanmalarını beklemeden, kira sözleşmelerini sona erdirip,

¹⁶² Danıştay 5. Daire, E: 1944/1522, K: 1944/831.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, E: 2004/87, K: 2009/5.

tarafları yeni sözleşme yapmaya zorlamak, sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz. ”¹⁶⁴

Anayasa Mahkemesi’nin Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun geçici 5. maddesinin iptali hakkında açılan bir davada verdiği karar ile idarenin sahibi veya ortağı olduğu taşınmazların kira bedellerinin tespitinde kiranın alt sınırının kanunla belirlenmesi durumunda sözleşme özgürlüğünün, kamu yararı amacıyla sınırlandırıldığı ifade edilmiştir¹⁶⁵.

Ancak sözleşme özgürlüğü konusunda karşılaşılan esas sorun, idare taraf olsun olmasın kamu hizmetini konu edinen bütün sözleşmeler bakımından satış fiyatının kamu yararına aykırı olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kira, satış, hizmet, işletme hakkı gibi herhangi bir konuda yapılan sözleşmede satış fiyat ile kamu yararının zıtlaşması durumunda idarenin bu tip sözleşmelere müdahale yetkisi var mıdır? Bu sorunun hukuki güvenlik, ahde vefa, sözleşme özgürlüğü, hukuki belirlilik ilkeleri gibi birçok veçhesi bulunmaktadır.

Amerika’da bu sorunun çözümüne yönelik **Mobile-Sierra Doktrini**¹⁶⁶ uygulamada önemli bir yere sahiptir. Buna göre iki özel hukuk kişisi arasında yapılan ve kamu hizmetini konu alan özel hukuk sözleşmesindeki satış fiyatını kamu yararı ölçütüne göre değerlendirerek adil ve makul fiyatın belirlenmesi için idare tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye müdahale yoluna gidilebilmektedir. Satış fiyatı kamu yararına adil ve makul fiyat noktasında aykırı ise idare, örneğin enerji piyasası kurulu, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisine sahiptir. Yani bu doktrine göre idarenin müdahalesi regülasyon ile sözleşme sistemi arasındaki geçiş noktasında yer almaktadır. Özellikle bu sorun enerji regülasyonu ve özel hukuk sözleşmeleri ilişkisinde kamu yararı gerekçesi ile sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesi durumlarında söz konusu ediliyor. Yani enerji

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 1998/10, K: 1998/18.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 1996/1, K: 1996/16.

¹⁶⁶ United Gas Pipe Line Co. v. Mobile Gas Service Corp., 350 U.S. 332 (U.S. 1956) ve Federal Power Comm’n v. Sierra Pac. Power Co., 350 U.S. 348 (U.S. 1956).

alanında tarife ile değil sözleşme ile belirleme olsa bile kamu yararının dengeleyici unsur olarak kullanılması söz konusudur. Burada esas üzerinde durulması gereken nokta doktrinin kamu yararını adalet ve makuliyet ilkeleri ile somutlaştırma girişimidir.

Bir doğal tekelin fiyatları hakkında “maliyet + makul kâr oranı” şeklinde bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda ilgili şirket, optimalden fazla yatırım yapmaya yönelecektir¹⁶⁷. Bu durum ise şirketin yatırımları üzerindeki idari maliyeti çok yüksek olan düzenleme ve denetlemeleri gündeme getirecektir. Bu sebeple doğal tekeller üzerindeki düzenlemelerde kamu yararı, yüksek maliyete sebep olmayacak düzenleme ve denetlemelerin tercih edilmesini gerektirecektir.

Kamu hizmeti ilkelerinden eşitlik ilkesi¹⁶⁸, bazı durumlarda tekel hizmetlerinin fiyat tarifelerinin ülke çapında farklılık göstermeyen ulusal tarife olarak uygulanması sonucunu doğurabilir; bu durum ise bazı bölgelerde fiyatların maliyetin altında kalmasına neden olabilir. Böyle durumlarda idarenin çapraz sübvansiyon, devlet bütçesinden doğrudan karşılama, sektör bazında gelirlerin biriktirildiği fondan karşılama gibi çeşitli destek mekanizmalarını devreye sokması söz konusu olabilir. Örneğin elektrik dağıtım sektöründe, kayıp ve kaçak oranının bölgeler arasındaki farklılaşma, dağıtım maliyetlerini de etkilemiştir. Böyle durumlarda, yüksek kar eden bölgelerden zarar eden bölgelere gelir transferi yapılması şeklinde çapraz sübvansiyon yöntemi kullanılmaktadır¹⁶⁹. Yine evrensel hizmetlerin net maliyetleri, Evrensel Hizmet Yönetmeliği’ne¹⁷⁰ göre, Türk Telekom ve GSM işletmecilerinden

¹⁶⁷ Çünkü ne kadar yatırım yaparsa karını o kadar artıracaktır. Enerji piyasasında maliyet artı kar şeklinde fiyatlamamanın olumsuzluklarını gidermek için tavan - taban fiyat aralığının belirlenmesi düzenlemeleri söz konusudur. Bkz. **Elektrik Piyasası Uygulama El Kitabı**, Çevrimiçi: http://www.epdk.gov.tr/documents/elektrik/rapor_yayin/EPD_UygulamaElkitabi_2002_Eylul.pdf

¹⁶⁸ Rekabetçi ekonomik düzende faaliyette bulunanlara eşit muamele yapılması, ayrımcı muamele yapılarak bir teşebbüsün diğerleri karşısında ayrıcalıklı konuma getirilmemesi gerekmektedir. Bu açıdan kamunun ister düzenleyici isterse mal ve hizmet sunucusu olarak piyasaya müdahalelerinin eşitlik ilkesine uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 51.

¹⁶⁹ Osman Sevaioğlu, “Ulusal ve Maliyet Esaslı Tarifeler”, Çevrimiçi: <http://www.eee.metu.edu.tr/~sevaiogl/Maliyet%20Esasli%20Tarifeler.htm>

¹⁷⁰ 29.06.2006 tarihli, 26213 resmi gazete sayılı Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili Ve Giderlerin Yapılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

satış gelirleri, ruhsat ve izin gibi yetkilendirme gelirleri, para cezaları gibi kalemler üzerinden yapılacak kesintilerden, Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde oluşturulan fondan karşılanacaktır.

Regülasyon yolu ile düzenleme ve sözleşme yolu ile düzenleme arasındaki önemli farklardan biri, regülasyonda belirsizliklere ve öngörülme- yen durumlara karşı yanıt verme esnekliğinin daha mümkün olmasıdır. Düzenleyici ilişki sürdükçe düzenleyici otorite öngörülme- yen durumlara yeni düzenlemelerle yanıt verebilir.

Sözleşme yoluyla düzenleme yaklaşımı ile düzenleyici otorite yolu ile düzenleme yaklaşımının güçlü ve zayıf yönleri vardır. Sözleşmeye dayalı düzenlemenin güçlü yanı, yatırımcıya daha güçlü taahhüt mekanizmaları sunması, buna karşılık değişen şartlara uyarlanmasında esneklik göstermemesi, özellikle batık yatırımların söz konusu olduğu durumlarda yetersiz kalmasıdır. Düzenleyici otorite yolu ile düzenlemenin güçlü yönü düzenlemeye esneklik tanınması ve böylece öngörülme- yen durumlar karşısında düzenlemelerde gerekli değişikliklerin yapılabilme olanağının doğmasıdır. Buna karşılık zayıf yönü de yeterli taahhüt mekanizmasının olmadığı durumlarda düzenleyici belirsizliğin yatırımlar üzerindeki olumsuz etkisidir. Bu iki yöntem birbirinin ikamesi olarak değil, birbirinin tamamlayıcısı olarak ele alınmalıdır¹⁷¹.

Sözleşme yoluyla düzenleme ile düzenleyici otorite yolu ile düzenleme, giderek birbirini tamamlayan iki yöntem olarak görülmektedir. Bir anlamda, düzenleyici otoritenin varlığı, sözleşmelerin eksik olmasına izin vermekte, sözleşme eksikliğinin ciddi bir sorun olmasını önlemekte, düzenleyici otorite sözleşme eksiklikleri ortaya çıktıkça sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin aracı olmaktadır¹⁷².

IV. Hukuka Etkisi Bakımından Ekonomik Kamu Yararının İşlevi

¹⁷¹ Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 38.

¹⁷² John Stern, “Regulation or Contract for Utility Services: Substitutes or Complements? Lessons from UK Railway and Electricity History”, **Policy Reform**, Vol. 6/4, 2003, pp. 192-215.

A. Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Hukuka Etkisinin Boyutları ve Sınırları

Modern hukuk sistemlerinde kamu yararı, idare ve anayasa hukuku bakımından kurucu işleve sahiptir. Özellikle devletin, idarenin, kamusal bütün unsurların meşrulaştırılmasında, gerekçelendirilmesinde kamu yararı en merkezi kavramdır. Kamu yararı sahip olduğu bu işlevi, hem devletin hem de idarenin gerekçelendirilmesindeki konumuna borçludur. Ancak kamu yararının net bir tanımının yapılamaması, hatta somutlaştırılmasında temel ilkeler üzerinde bir uzlaşının olmaması Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin anayasa ve idare hukuklarındaki bir çelişkiyi, muammayı beraberinde getirmektedir. Belki de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin en önemli başarısızlığını bu noktada görebiliriz.

20. yüzyıl hukuk tarihinde kamu hukuku dallarında büyük bir yükselişin olduğunu söyleyebiliriz. Bunun en önemli örneklerinden biri idari devlet fikrinin ortaya çıkmasıdır (Administrative State veya positive state)¹⁷³. İdari devlet fikrinin ortaya çıkmasında ve yaygınlaşmasından en temel güdeleyici ve meşrulaştırıcı etmen kamu yararı olmuştur. Endüstri devrimi sonrasında oluşan büyük ekonomik ve maddi güç dengesizlikleri ile sosyal yapıdaki değişim karşısında devlet, 20. yüzyılın ortalarına kadar, kamu hizmeti alanlarını kamu yararı amacıyla olabildiğine genişletmiştir. Ancak ikinci dünya savaşından günümüze kadar geçen süreçte devletin kamu hizmeti alanlarındaki konumu yerini yönlendirici, düzenleyici, müdahaleci, denetleyici devlete bırakmaktadır. Bu dönüşümün temelinde yer alan saik çok seslendirilmese de yine kamu yararadır. Dikkat çekicidir ki kamu yararı ile devletin bu ilişkisinden kaynaklanan dönüşüm alanlarının büyük çoğunluğu ekonomik unsurların bulunduğu alanlardır. Aslında bu dönüşümde, kamu yararının demokrasi ile liberalizm ile ilişkisini hep ekonomik unsurlar şekillendirmiştir.

Kamu yararının hukukla etkileşiminin en önemli boyutu kamu yararının, hukukta genel hükümleri terk edip toplum için en uygun ve faydalı olanı tercih

¹⁷³ Arthur S. Miller, "Foreword: Public Interest Undefined", **Journal of Public Law (Fundamental Conception of Public Law Symposium)**, Vol.10, 1961, p. 184.

edilmesini; toplumda genişliğe göre hareket edilmesini ve kolaylığın temin edilmesini; fert ve toplumun müptela olduğu şeylerle ilgili hükümlerde kolaylığın tercih edilmesini; bütün bu bakımlardan bir bakıma istisna esasına göre hareket edilmesini gerektirmesidir. Yani kamu yararı (kamu düzeni gibi), eğer toplumsal ilişkilerde kolaylık ve rahatlama gerçekleşecekse hukuktaki toplumsal ilişkilerdeki zorluğa ve külfete sebep olan eşitlik prensibine dayalı genel hükümlerin terk edilmesini gerektirir¹⁷⁴. Aslında bütün bunlar kamu yararını tanımlamaktan çok onun hukuktaki mahiyetini ve işlevini anlatma biçimidir. Kamu yararının tanımlanmasından kaçınılmasının en önemli sebebi kamu yararının değişik içeriklerde ortaya çıkması ve bu içeriklerden her birinin kendine mahsus özelliklerinin bulunmasıdır.

Kamu yararı yukarıda bahsettiğimiz bu işlevi sebebiyle, idare hukukuna borçlar ve medeni hukuktan ayrı bir hukuk disiplini olma özelliğini kazandırmıştır. Yani kamu yararı, insanlar arası ilişkilerde rasyonel, şekli ve ilk akla gelen hukukun, eşitlik fikrine dayalı adalet fikrinin uygulanmasını terk edip toplum yararı ve selameti için en uygun olanın alınmasını (ayrıksı bir hukuk disiplinini; idare hukukunu) ve eşitlik/denklik temelli adalet düşüncesinden ayrılıp sosyal ve dağıtıcı adaletin teminini gerektirir. Bu sebeple kamu yararı unsurlarından herhangi birinin bulunduğu bir hukuki olguda, borçlar hukukunun gerektirdikleri ile bir farklılaşma, eşitlik temelli adaletin gerekleri ile çatışma, sosyal ve dağıtıcı adaletin bir görünümü vardır denilebilir. Örneğin, yönetme ve kural koyma hakkı, rasyonaliteyle ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmaz, ama kamu yararı toplumsal yaşamın sürekliliği ve selameti için bunu zorunlu görür. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olduğu bütün idare hukuku pratiklerinde kamu yararı eşitlik ve serbestlik ilkelerinden farklılaşıp dağıtıcı adaletin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁷⁴ Benzer içeriğe ve vurguya sahip birçok karardan örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2012/100, K: 2013/84. Hukuk tarihinde, kamu yararını bu işlevi “Aslın hükmü, maslahat-ı umumiye mülâhazasıyla ref’ kılınabilir” şeklinde ifade edilmiştir. Musa Carullah Birgiyev’in Kavaid-i Fıkhiyye isimli kitabından aktaran Abdullah Demir, **Mecelle ve Külli Kaideler**, İşık Akademi, İzmir, 2011, s. 166.

B. Kavramın Ekonomik İdari Faaliyetlerdeki Gerekçelendirme İşlevi

Ekonomik idari faaliyetlerde kamu yararının işlevi, idarenin ekonomik faaliyetlerle olan ilişkisinde bir gerekçelendirmeyi, bir sınırı ifade eder. Yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, idarenin ekonomiye müdahale edip etmemesi gereğinden, müdahale edecekse bu müdahalenin hangi araçlarla yapılması gereğine ve bu müdahalenin nerede başlayıp nerede biteceğine kadar ki gerekçelendirme misyonu kamu yararına aittir.

İdarenin ekonomik etki doğuran faaliyetlerinde kamu yararının gördüğü sınır işlevi bakımından sorumluluk hukuku örneklenebilir. İdarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan idari olgunun belli bir kamu yararını gerçekleştirmeye yönelmiş olması gereklidir. Böylece kamuya yarar sağlanırken belirli bir veya birkaç kişinin herkesle birlikte katlanmak zorunda olduğu külfetlerin dışında ayrık ve yoğun bir takım zararlarının idarece tazmini borcu ortaya çıkar. Yani kusursuz idari sorumluluk için, idarenin açık ve kesin olarak kamu yararını sağlamak maksadıyla, söz konusu idari olguyu yaratmış bulunması lazımdır. Aksi halde, belli bir kamu yararını amaçlamayan ve sadece genel faaliyet ve hizmetlerin normal akışı içinde yer alan idari olguların verdiği zarardan idare kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulamaz¹⁷⁵.

C. İdare Hukukunun Dönüşümüne Etkisi

1) Kamu Yararının İdare Hukukun Dönüşümünün Temel Dinamiklerine Etkisi

1. Sürekli değişim; İdare hukukunun en önemli ilkelerinden birisi sürekli değişim içerisinde olmasıdır. Bu değişimi zorlayan en temel etken idare hukukunun sosyal, ekonomik ve siyasi olgularla yoğun bağlantı içerisinde olmasıdır. Özellikle

¹⁷⁵ Lûtfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE, Ankara, 1974, s. 50.

sosyal ve ekonomik gereklilikler idare hukukunu somut olay bakımından en adil sonucun gerçekleşmesi için sürekli olarak değişime zorlamaktadır. Bu değişimin en temel saikinin kamu yararı olduğunda şüphe yoktur.

2. Sürekli çatışma; Kamu yararının kamu hizmeti bakımından gördüğü işlevin en önemli özelliklerinden birisi: demokratik yönetim sistemlerinde,

- Kamu hizmetine katılım ile
- Kamu hizmeti uygulamalarının eleştirilmesi

arasındaki çatışmanın sürekliliğini sağlamasıdır¹⁷⁶. Bu çatışmada taraflar kamu yararının artırılmasını gerekçe olarak kullanmaktadırlar. Bu çatışmanın sürekliliği idarenin hem canlılığını hem de sürekliliğini temin etmektedir. Bütün idari uygulamalarda kamu yararının artırılması gerektiği fikri, beraberinde idari tasarrufların sorgulanmasını getirmektedir. Bu sorgulama tasarrufun hem öznelere hem de bütün muhatapları tarafından tasarrufun her aşamasında yapılmaktadır. Kamu yararının sağladığı sürekli çatışma olgusu, idare hukukunun en temel ilkelerinden birisi olarak ele alınabilir.

3. Kamu yararı ölçütü: Türk idare hukuku bakımından son yıllarda kamu hizmeti ölçütünün idare hukukunun alanını belirlemede ve idari sorunları çözmede yetersiz olduğu söylenebilir. Özellikle ekonomik idari faaliyetler bakımından idare, kamu hizmeti ölçütü çerçevesinde hareket ettiğinde, çok geniş takdir yetkisi alanı doğmaktadır. Sebep unsuru ile birlikte konuyu düşündüğümüzde, idari işlemin sebebinin toplumsal ihtiyaçları karşılamak şeklinde maddi olgulara dayandığı durumlarda, bu olgular arasında idarenin tercihini kamu yararı ölçütlerine göre kullanması giderek önem kazanmaktadır. Kamu yararının böyle bir işleve sahip olması ile idare hukuku alanını büyük oranda genişletmiş olacaktır. Konuya tersinden yaklaşıldığında toplumsal ihtiyaçlar arasında kamu yararına göre bir sıralama yapma zorunluluğunun doğması, klasik kamu hizmeti düşüncesinin

¹⁷⁶ Alasdair McIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 2.bs., University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984, p. 222; Morgan, “The Public Interest”, p. 151.

kapsayıcılığının yeterli olmadığını, idarenin yaptığı tercihlerini kamu yararına göre ispatlayacak araçları kullanması gerektiğini gündeme getirmiştir.

2) Kamu Yararının İdare Hukukunun Alanını Daraltıcı ve Genişletici Etkisi

İdare hukukunun alanını genişletici etki; İdare piyasa içerisinde yer alan ve tamamıyla özel hukuka dayalı olarak faaliyet yürüten işletmelerle (teşvik, özendirme ve kamu hizmetinin sunumunu paylaşmak şeklinde) çeşitli tasarruflar yaparak piyasayı düzenlemektedir. Bu tarz tasarruflara tipik bir örnek günümüzde çokça rastlandığı üzere kamu özel işbirliği sözleşmeleridir. İdare bu tip sözleşmelerle piyasa aktörlerini idare hukuku kurallarının da geçerli olduğu bir alan içerisine çekmektedir. Artık böyle bir sözleşmenin yapıldığı alanda temel amaç ve ölçü kamu yararadır.

İdare hukukunun alanını daraltıcı etki; İdare bazı kamu hizmeti ve kolluk faaliyetinden personel istihdamına varana kadar kendi bünyesindeki idare hukukuna tabi alanları tasarruflarla ile rekabete dayalı piyasa koşullarına açarak düzenlemektedir. İdare bu tip sözleşmelerle tamamıyla idare hukukuna tabi olan alanları kısmen idare hukukunun etki alanının dışına çıkararak piyasa koşullarına açmaktadır. Bu tasarruflara konu olan alanlarda da temel amaç ve ölçü yine kamu yararadır; ama bu tarz tasarruflardan daha önce geçerli olan kamu yararından farklı olarak artık ekonomik unsurların yoğun olarak hissedildiği bir kamu yararı söz konusudur.

Aslında kamu yararının piyasalar üzerindeki idari tasarruflar aracılığıyla yaptığı bu iki etki görünüşte birbirine zıt olsa da, uygulamada çoğunlukla birleşmektedir. Örneğin idare tamamıyla idare hukuku hükümlerine tabi olarak sunduğu bir kamu hizmetini piyasa koşullarına açarak, piyasadaki aynı faaliyet kolunda söz sahibi olan şirketlerle rekabet ilişkisine girmektedir. Böyle bir ilişki hem piyasa aktörlerini derinden etkilemektedir, hem de idari faaliyetin mahiyetinin

dönüşümüne sebep olmaktadır. Belki de böyle bir çift taraflı etkileşimde tek değişmez aktör kamu yararıdır¹⁷⁷.

Günümüzde ekonomi-hukuk ilişkilerinin yoğunlaştığı alanlarda kamu hukuku- özel hukuk klasik ayrımının eski katılığını zamanla kaybettiğini görüyoruz¹⁷⁸. Öte yandan ekonomik olayların değişken ve öngörülemez özellikleri nedeniyle, kamu hukuku kurallarının da ekonomik olaylarla temasında deformasyona uğradığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹.

Kamunun ekonomiye müdahalesini azaltmasına ve piyasa ekonomisine geçişe koşut olarak kamu hukukundan özel hukuka doğru bir kaçış da dikkat çekmektedir. Doktrinde uzun bir süreden beri, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırları kalktığından, önce özel hukukun kamusalıştığından, daha sonra kamu hukukunun özelleştiğinden söz edilmektedir¹⁸⁰. Özellikle son yıllarda kamusal faaliyetlerde verimlilik ve rantabilite arayışlarının önem kazanması kamu hukukunun ekonomikleşmesine ve özelleşmesine örnek olarak gösterilebilir¹⁸¹.

1980 sonrasında birçok devlette gözlenen globalleşme, özelleştirme ve deregülasyon eğilimleri yeni kavram, yöntem ve hukuki araçları gündeme getirmekte; kamu hukuku araçlarının özel hukuk uygulamalarına doğru kaymasına karşın adeta tezat bir biçimde kamu hukukunun alanını da genişletmektedir. Örneğin, rekabet otoritelerinin aldığı kararlar idari karar olmasına karşın, yargısal denetimleri İtalya ve Türkiye’de idari yargı, Fransa’da adli yargı yerlerince yapılmaktadır¹⁸².

Kamu hukuku özel hukuk yaklaşmasına bir başka örnek yap-işlet-devret modeli ile imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yoluna açılmasıdır. Özellikle bazı kamu

¹⁷⁷ Bu sebeple idare hukukunda, kamu yararının üstlendiği bu işlev, kamu yararının idare hukukunda yeniden doğması olarak isimlendirilebilir.

¹⁷⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 21.

¹⁷⁹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 15.

¹⁸⁰ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 15.

¹⁸¹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 21.

¹⁸² Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 16-17.

hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini sağlamak amacıyla uygulanan yap-işlet-devret yöntemi çerçevesinde yapılan sözleşmelerin, yargı organlarında idari sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) olarak nitelendirilmesine karşın, bunların özel hukuk sözleşmesi sayılacağına ilişkin yasal düzenlemelere gidilmiş, bu düzenlemelerin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptali üzerine anayasada (47. maddede) değişiklik yapılmak zorunda kalınmıştır¹⁸³.

Kamu hizmeti esas olarak kamusal yönetim biçiminde sunulmakta ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü faaliyetlerin de kamu hizmeti niteliği taşıyabildiği görülmektedir. Özellikle devletin iktisadi, sosyal ve kültürel alanlara karışmaya başlamasından beri, bu faaliyetlerini özel kişilerle yan yana ifa etmesi ve kamusal usulleri elverişli ve uygun görmemesi dolayısıyla, özel teşebbüsün ticari ve sınai kural ve usullerini esas alması gerekmektedir¹⁸⁴.

Kamu hizmetinde daralmanın en önemli sebeplerinden birisi, kamu yararının ölçülebileceği ve yargılanabileceği hakkında makul ve işe yarar bir kriterin bulunabileceği yanılgısıdır. Kamu yararı hakkındaki bu yanılgıya idareciler, yasa koyucular, yargıçlar ve hukukçular kendi alanları bakımından benzer şekilde düşmüşlerdir¹⁸⁵.

Ekonomik kamu hukuku alanında, yürütmenin müdahalesine izin verilen alanların artan bir şekilde genişlediği gözlenmektedir. Bu durum, ekonomik kamu hukuku alanında yürütmenin düzenleme yetkisinin, yasaların uygulanmasının ötesinde bir anlam kazanmasına neden olmuştur¹⁸⁶. Anayasa mahkemesi'ne göre: temel esaslar ve temel hükümler yasada yer almak koşuluyla, uzmanlık veya yönetim

¹⁸³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 16.

¹⁸⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 306.

¹⁸⁵ Miller, "Foreword: Public Interest Undefined", pp. 185-186.

¹⁸⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 28.

teknigine ilişkin hususları düzenleme yetkisi tümüyle yürütme organına bırakılabilir¹⁸⁷.

Kamu yararı kavramının yeniden doğuşu üzerinde en önemli etkilerden birisinin regülasyon olduğu söylenebilir. Zira regülasyonun teorik olarak temellendirilmesinde en çok karşımıza çıkan kavramlar kamu yararı ve kamu düzeni kavramlarıdır¹⁸⁸.

İdare hukukunun genel ve soyut içerikli kurallar bütünü (nomos) olarak ele alınması ile regülasyon olarak ele alınmasında temel belirleyici kavram kamu yararı kavramıdır¹⁸⁹. Son yüzyılda bu belirleyicilikte dağıtım sorunu büyük bir yere sahiptir.

İdare hukukunun temel kurumlarından olan kamu malının kullanım alanını genişletici etkisi kapsamında ekonomik kamu yararı, kamu tüzel kişilerinin kamu mallarından “en iyi yararlanmayı sağlama” zorunluluğunu gündeme getirmektedir¹⁹⁰. Kamu mallarından en iyi yararlanması sağlamak, kamu yararının gerçekleşmesine en çok hizmet eden yararlanmayı sağlamak olarak anlaşılabılır¹⁹¹. Ekonomik kamu yararı, kamu malları teorisindeki kamu malını koruma ve tahsisin korunması temeline ek olarak en iyi yararlanmanın sağlanması temelinin eklenmesindeki önemli etkenlerden biridir¹⁹².

Devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin artmasıyla birlikte karma bir hukuksal rejime tabi olan kurumların ortaya çıkması, kamu tüzel kişiliklerinin ve ilişkilerinin niteliklerinin saptanmasında bir ölçüde zorluk doğurmaktadır.

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 1967/41, K: 1969/057.

¹⁸⁸ Şahin, Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları, s. 5-15.

¹⁸⁹ Nomos ile kamu yararı arasındaki ilişki hakkında bkz. Friedrik A. Hayek, **Law, Legislation, and Liberty**, Routledge, London, 1998, s. 94-123.

¹⁹⁰ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 162.

¹⁹¹ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 155.

¹⁹² Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, s. 152,157.

İdare ekonomik hayata intibak edebilmek için klasik kamu tüzel kişiliğini kurumunu terk etme eğiliminde olup, özel hukuk işlemlerini konu edinen özel hukuk şirketleri kurmakta ve faaliyetlerini bu kisveler altında yürütmektedir. Örneğin, THY faaliyetleri bakımından, özel şirketler gibi Sayıştay denetimine tabi tutulmazken, bir kamu hizmeti ifa etmek amacıyla Somali gibi ülkelere yardım konusunda etkin bir rol üstlenerek kamu hizmeti fonksiyonundan da vazgeçememektedir.

Ekonomik hayatın gereklilikleri idare hukukunun hemen hemen bütün kurumlarını dönüştürmektedir. Örneğin kamu malını idare artık ekonomik kamu yararının zorunlu bir sonucu olarak ekonomik olarak daha çok fayda sağlayacak noktaları dikkate alarak kullanmak durumundadır¹⁹³. Ancak üzerinde ekonomik yararlar temin etmek maksadıyla sınırlı ayni hak tesis edilen kamu malları, kamu malı sıfatını taşıdığı sürece kamu malının genel kullanımı yoluyla gerçekleşecek olan kamu yararını engelleyen ayni haklara imkân verilmemesi gerekir¹⁹⁴.

Due-process, sınırlı ve negatif yönetimin temel ilkelerinden birisi iken; kamu yararı, pozitif yönetim bakımından benzer bir pozisyona sahiptir. Bu işlevi ile kamu yararı kavramı, due-processin yargı için sahip olduğu işlevin, idaredeki görünümüdür¹⁹⁵.

Kamu yararının idare hukukundaki bu dönüştürücü etkilerinin yanında yargı kararlarında gerekçe olarak kullanılan kamu yararının sektörel bütünlük içinde ele alınması da gerekmektedir. Ekonomik kamu yararı, idari yargı mercilerinin önlerine gelen uyuşmazlıklarda kamu yararı incelemelerini bir bütün olarak ele almayı gerektirir. Bu konuda Avrupa Birliği, ekonomik kamu yararına ilişkin çeşitli periyotlarda bildiriler yayımlayarak kamu yararı analizlerindeki bütünlüğü temin etmeye çalışmaktadır. Ayrıca hem AB yargı uygulamalarında hem de ABD'deki

¹⁹³ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**; Nur Karan, “Kamu Malları”, in Turan Yıldırım v.d., **İdare Hukuku**, 5. bs., XII Levha, İstanbul, 2013, s. 337.

¹⁹⁴ Karan, “Kamu Malları”, s. 346.

¹⁹⁵ Arthur S. Miller, “Foreword: Public Interest Undefined”, **Fundamental Concepts of Public Law Symposium: Journal of Public Law**, Vol. 10, Issue 2, Fall 1961, pp. 184-202, p. 186.

yargı kararlarında kamu yararına ilişkin atıflar genellikle çok açık ve gerekçelendirilerek verilmektedir.

Üçüncü Bölüm

EKONOMİK KAMU YARARI KAVRAMININ İDARE HUKUKUNDAKİ İÇERİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

I. Kavramın İçinin Doldurulması Sorunu

İdare hukukunda kamu hizmetleri bakımından genel ve kolektif gereksinimlerin karşılanması yoluyla kamu yararının sağlanacağından ve bütün idari işlemlerin kamu yararına yönelik olması gerektiğinden, teorik olarak, “kamu yararının ne olduğu” sorusu yanında “kamu yararı bakımından belirleyici etmenin ne olduğu” sorusu da önem kazanmaktadır.

Ekonomik idari faaliyetlerdeki kamu yararının biçimsel analizi için temel soruları şu şekilde belirtebiliriz:

1. Ekonomik kamu yararının belirlenmesindeki temel ölçü ve kıstaslar nelerdir?
2. Ekonomik kamu yararının içeriğinin somutlaştırılmasında kimler yetkilidir?
3. Ekonomik kamu yararının içeriği hangi usullerle belirlenmelidir?
4. Bir ekonomik kamu hizmeti söz konusu olduğunda nasıl bir kamu yararı ölçütü göz önünde bulundurulmalıdır?
5. Böyle bir ölçütün ne tür boyutları vardır?

Bu sorulara ek olarak idarenin özel hukuk kişilerinin ekonomik faaliyetlerine müdahalesi bakımından kamu yararının ne olduğu da bu kapsamda tartışılması gereken önemli bir sorundur.

Kamu yararı hakkında yapılacak olan yöntem tartışmaları, kamu yararının ne olduğunun tespitine bağlıdır¹.

¹ Ayrıca kamu yararının ne olduğunun tespitinde ekonometri modellemelerinden yararlanılabilir.

Kamu yararını idari tasarrufların etki alanı bakımından şu şekilde sınıflandırabiliriz:

- Toplumun tamamına yönelik genel bir yararın (veya toplumsal ihtiyacın) temin edilmesini sağlayan idari tasarruflar,
- Toplumun bir kısmının yararını ve çıkarlarını gerçekleştirmeye yönelik idari tasarruflar,
- Bireysel çıkarları gerçekleştirmeye yönelik idari tasarruflar.

Bunlar arasında yarar çatışması olduğunda da sıralı bir hiyerarşi takip edilmesi mümkün olduğu gibi nitelik önceleme (sağlık ve güvenlikte olduğu gibi) de yapılabilir.

A. Temel Yaklaşımlar

Kamu yararının işlevini merkeze alan modern hukuk ve siyaset düşüncesindeki kamu yararı teorilerini şu şekilde sınıflandırmamız mümkündür:

1. **Maddi adalete karşı şekli adalet olarak kamu yararı**²: maddi adalet bakımından kamu yararının temel misyonu, fırsat eşitliğini temin etmek gibi temel demokratik değerleri yükseltmektir. Şekli adalette ise kamu yararı, kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanması, çoğunluğun baskı uygulaması ve kamu politikası oluşturmada ve uygulamada hükümetin iktidar sağlayamaması tehlikeleri karşısında yasaların ve idari faaliyetlerin kamu yararına dayandığı varsayımına bağlı olarak şekli ve yapısal bir denge oluşturmaya hizmet etmektedir.
2. **Basit çoğunluğun tercihi olarak kamu yararı (faydacı-liberal gelenek)**³: bu teori aktif idare, halkın katılımına dayalı yönetim, rotasyon, sınırlı yönetim ilkelerine dayanır. Bu kuramın en önemli işlevi klasik yönetim

² Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

³ Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, pp. 1-24.

yapısı içindeki kamu hizmeti – halk ayrımının ortadan kalkmasını temin etmesi olmuştur.

3. **İstek ve çıkarların regülasyonu olarak kamu yararı (demokrat-liberteryen gelenek):** kamusal görevleri kişisel çıkarların olumlu sonuçlarını maksimize etmek için yapılandırma söz konusudur. Yönetim, toplumsal barışı ve mutluluğu, herhangi bir kültürel veya bireysel değerden sorumlu olmadan ve böyle bir değeri amaçlamaksızın bir düzenleyici olarak işlev görür. Kişisel karakter oluşturma ve destekleme işlevi yönetimin değil özel teşebbüsün elinde olması gerektiği savunulur; bu sebeple aile, eğitim ve din gibi kurumların tamamıyla özel sektör tarafından yürütülmesi öngörülür; bunlar üzerinde devletin sadece regülasyon yetkisini kullanması mümkün ve gereklidir. Yönetim, sadece birlikte yaşamak için gerekli görülür. Kamu yararı perspektifi ile özgürlüğü ele aldığımızda; (negatif) özgürlük, bireysel yararı koruma değeri olarak tanımlanabilir; pozitif özgürlük ise, bireysel çıkarı yükseltme misyonuna sahiptir⁴.
4. **Temel demokratik ve anayasal bir değer olarak kamu yararı (cumhuriyetçi-komüniteryen gelenek):** aşırı bireycilik ve toplumsallığın kaybı korkusu kamu yararını bu şekilde ele alma sebebi olmuştur. Locke'den beslenerek, rasyonel kişisel yarar arayışının, düzenli ve uzun süreli özgürlük rejimi için gerekli olduğu savunulmaktadır. Bu kapsamda bireyin, toplumun iyiliği için kendi çıkarından gönüllü olarak vazgeçmesi bir değer olarak ele alınmıştır⁵. Ayrıca bireyin sahip olduğu potansiyeli tam olarak gerçekleştirebilmesi için idari süreçlere aktif katılımının sağlanması da bir değer olarak ele alınmıştır. Kamu yararının bu şekilde ele alınması, makul ve genel kabul görmüş bir siyasi yükümlülük (political obligation to obey the law) teorisi olmaksızın anlamsızdır⁶. Kamu yararının anayasal bir değer

⁴ Diamond, "Ethics and Politics: the American Way", pp. 45-49.

⁵ Cooper, *An Ethic of Citizenship for Public Administration*, ch. 1-3.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sercan Gürler, *Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.

olarak ele alınmasının en önemli işlevlerinden biri aşırı bireyciliğe engel oluşturmastır⁷.

5. **Kamu yararına post-modern karşı çıkış:** eleştirel hukuk çalışmalarında ve fenomenoloji çalışmalarda kamu yararının idari tasarrufların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesindeki tek başına kriter olma olanağı ve meşruluğu reddedilmektedir. Bu yaklaşımın en önemli çıkarımlarından biri, idari tasarruflar bakımından kamu yararı toplumsal olarak temellendirilmeli ve bu temellendirmenin en temel dayanağı tamamıyla idari tek yönlü etkisinden uzak, karşılıklı etkileşime dayalı toplumsal süreçlerden oluşmalıdır⁸.

Kamu yararının kim tarafından ve nasıl belirleneceği hakkındaki görüşleri ise şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

Objektivist yaklaşım; Bu yaklaşıma göre esasında kamu yararı idareden ve yargıdan bağımsız olarak toplum içerisinde zaten vardır ve mücessemidir, esas mesele bunun tespitidir⁹. J.J. Rousseau ve W. Pareto'nun savunduğu bu görüşe göre, bireylerin tek tek yararlarından ayrı ve onların üstünde bir kamu yararından bahsetmek mümkündür. Adalet, savunma, güvenlik, sağlık, eğitim gibi faaliyetlerin yöneldiği amaç kamu yararıdır. Tersinden bir ifade ile kamu yararı adalet ve sağlık gibi hizmetlerin sunulmasını gerektirir. Bu yaklaşıma göre kamu yararına yönelen hizmetlerin neler olduğunun tespiti zamanın koşullarında objektif esaslara göre mümkündür¹⁰.

⁷ Morgan, "The Public Interest", p. 160.

⁸ O.C. McSwite, "The New Normativism and The Discourse Movement: A Meditation", **Administrative Theory and Praxis**, Vol. 20, 1998, pp. 377-381; D. Wright ve D. Hart, "The Public Interest: What We Are Now Leaving Our Posterity", **Administrative Theory and Praxis**, Vol. 18, 1996, pp. 14-28.

⁹ Schubert, "Is There a Public Interest Theory?", pp. 162-176.

¹⁰ Hem anayasa hukuku hem de idare hukuk bakımından işlemlerin hukuka uygunluğunda amaç unsurunun bir iptal sebebi olması sebebiyle, kamu yararına ilişkin tartışılmaz ilkelerin sadece anayasa metninde olabileceğini söylemek gerekir (en azında objektif esaslara göre ortak sonuçların çıkarılabildiği yoruma elverişli). Bu anayasa metni haricinde yer alan yasal ve idari düzenlemelerde yargının ve idarenin belirleyici rolü kesinlikle kurucu niteliğe sahip olacaktır ki bu

Sübjektivist yaklaşım; Bu yaklaşım kapsamında, kamu yararının içeriğinin belirlenmesinde öznenin kim olacağı sorunu çok önemlidir¹¹. Bu yaklaşımın temel soruları şunlardır: kamu yararı idarenin belirlediği kıstas ve ölçütlere göre idare tarafından mı belirlenmeli, yoksa yargı kendi ilke ve kıstaslarına göre kamu yararının ne olduğuna ilişkin kurucu işleve sahip içtihatlarda mı bulunmalıdır?

Pragmatik idealizm (John Dewey), kamu yararı idealinden ibarettir. Dewey’e göre kamu yararı, sosyal araştırma, kamu yoklaması ve kamu müzakeresi olmaksızın rasyonel yollarla bilinemez. Çünkü kamu yararı, kendi çıkarını korumaya odaklanan toplum (kamu) tarafından duruma ve zamana göre şekillenen bir idealdir.¹²

Kamu yararının içeriğinin belirlenmesine yönelik bu yaklaşımların yanında ayrıca ekonomik kamu yararı kavramının kullanım alanlarına göre de aşağıdaki şekilde bir sınıflandırma yapabiliriz¹³:

- Felsefi yaklaşım,
 - Rasyonalist teori,
 - İdealist teori,
 - Realist teori,
- Hukuki yaklaşım,
- Ekonomik yaklaşım: Ekonomistler kamu yararını, ekonomik işlemlerin faydasını toplum için maksimize etmek olarak tanımlamaktadır.
- Hukuk – ekonomi yaklaşımı,
- Kamu yönetimi yaklaşımı.

B. Hukukun Belirleyiciliği

da birçok tartışmayı beraberinde getirerek kamu yararı teorisini iptale veya işlevsizliğe götürecektir.

¹¹ Schubert, “Is There a Public Interest Theory?”, pp. 162-176.

¹² John Dewey, **The Public and its Problems**, Holt, New York, 1927.

¹³ Glendon A. Schubert, **The Public Interest: A Critique of the Theory of a Political Concept**, Glencoe, 1960.

Ekonomik kamu yararı kavramının iinin doldurulmasında hukukun belirleyici rolünü göstermek açısından aşağıdaki kurumlar önemli rol oynamaktadır:

- Temel hak ve özgürlükler ile diğerk esaslar hakkındaki anayasal düzenleme,
- Kanunlar ve kanunların açıkça öngörmesine bağı olarak yapılan idari işlemlerle kamu yararının içeriğine ilişkin belirleme,
- Mahkeme kararları ile kamu yararını içtihat ve yorum yöntemleri çerçevesinde somutlaştıırıp belirleme,
- *Hukuki belirlilik, hukuki istikrar, hukuki güvenlik ilkesi, hizmet gerekleri¹⁴, şehircilik ve planlama esasları¹⁵, ölçülülük ilkesi, eşitlik ve hakkaniyet ilkesi, bilanço ilkesi ve kazanılmış haklara saygı ilkesi* gibi idare hukukunun genel prensipleri aracılığıyla kamu yararının içeriğinin belirlenmesi¹⁶.

¹⁴ özellikle personel hukukundaki kamu yararının içeriğinin ve kullanımının belirlenmesi açısından önemli bir yere sahiptir.

¹⁵ özellikle evre ve imar hukukunda kamu yararının içeriğinin tespiti ve kullanımı açısından önemli bir yere sahiptir.

¹⁶ Bu ilkeler kamu yararı üzerinde hukukun belirleyici etkisi bakımından çok önemli bir yere sahiptir. Bu ilkelerin kamu yararı ile ilişkisi üzerine öğreti ve yargı kararlarından hareketle birbirinden ayrı özel bilimsel çalışmaların yapılması Türk idare hukukuna büyük katkı sağılayacaktır. Bu çalışmada bu ilkelerin kamu yararı ile olan ilişkisi sadece tespit edilmekle yetinilmiştir. İlkelerin kamu yararı ilişkisi hakkında henüz yerleşmiş bilimsel bir bakış açısının bulunmaması dolayısıyla, bu çalışmada bu ilkelerin ayrıntılarına girmekten özellikle kaçınılmıştır. Örneğın, trafik sıkışıklığının giderilmesine veya meydan genişletmesine ilişkin bir imar planı değışikliğinde var olan kamu yararı, bu plan değışikliği dolayısıyla bir hakkın ihlal edilmemesi gereğinde de bulunmaktadır. **Bir hakkın korunması da kamu yararı kapsamındadır.** nk bir kişinin hakkının korunması değıl, toplumdaki her kişinin, oluştuğunda hakkının korunmasına yönelik bir idari istikrar yaklaşımı “kamu yararı – zel yarar karşılaşmasında her zaman kamu yararı önceliklidir” şeklindeki açıklamayı buraya uygun kılmaz. Burada bir özel yararın korunması değıl, oluşmuş bir kazanılmış hakkın korunması değeri söz konusudur. Örneğın yürürlükte olan bir imar planına göre yapı ruhsatiyesi alınmış, inşaat sonrasında yapı ruhsatiyesi verilmiş, GSM ruhsatı ve sonrasında lisansı alınmış, yıllar içinde ticari potansiyelini (peştemallık hakkını) oluşturmuş bir hakkın korunması, bu korunma kapsamında eğerk tasfiyesinde zorunluluk var ise, öncelikle akaryakıt istasyonuna ilişkin hakkı takas suretiyle kamulaştırma, imar hakkı transferi ve/veya tazminat ödeyerek sona erdirme gibi yollarla tasfiye edip parasal karşılığının tespit ve tediyesi gereklidir. Kamu yararı ile kazanılmış hakkın karşı karşıya geldiğı ve birlikte korunamayacağından bahsedebilmek için, teknik olarak bu durumun tespiti gerekir. Örneğın, ile belediyesinin imar planı değışiklik teklifinden önceki projede akaryakıt istasyonunun kazanılmış hakkının korunuyor olması, teknik olarak “kamu yararı”nın mutlaka akaryakıt istasyonunun kalkmasını veya kalkması anlamına gelecek faaliyeti zorunlu kılmasını gerektirmektedir. (Bu rnek, Prof. Dr. Aydın Gülan’ın konu hakkındaki Haziran 2013 tarihli hukuki mtalaasından esinlenilerek oluşturulmuştur.)

Kamu yararının içeriğinin belirlenmesinde hukukun belirleyici rolü kavramın daha çok biçimsel boyutu şeklinde isimlendirilebilir. Buna göre temel karine, “kamu yararının nasıl ve ne yolda gerçekleşebileceği, üst hukuk normlarından çıkarılması gereken prensiplerin dikkatli bir hukuki tahlile tabi tutulması ile ortaya konulabilir”¹⁷ şeklindedir. Kamu yararı karinesine göre, yürürlükte bulunan kanun (ve diğer düzenleyici işlemler) aksi ispatlanıncaya kadar kamu yararına uygundur ve kamu yararını içeriğinin ne olduğunu ifade etmektedir¹⁸.

Kamu yararının anayasal temelleri ele alınırken, anayasanın demokrasi, insan hak ve özgürlükleri hakkındaki yaklaşımı çok önemlidir. Ekonomik kamu yararı bakımından ise anayasanın oluşumunda ve temel ilkelerinin ekonomik temelleri, ekonomik göndermeleri önemli yere sahiptir¹⁹. Anayasaların belli bir ekonomik düzen öngörmesinin piyasalar ve ekonomik yaşam üzerindeki önem ve etkisi tartışılmaz²⁰.

¹⁷ Yayla, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, s. 1038-9.

¹⁸ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 11.

¹⁹ Örneğin anayasanın liberteryan yorumunda negatif özgürlük pozitif özgürlüğün üzerinde yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Isaiah Berlin, **Four Essays on Liberty**, Oxford UP, Oxford, 1969.

²⁰ Örneğin 48. madde: “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Anayasanın tüketicinin korunması başlıklı 172. maddede “tüketicinin korunması, bir serbest piyasa ekonomisi tedbiridir” denilse de piyasaya devlet müdahalesinin öngörülmesi ile serbest piyasa ilkesinin ne derece bağdaşabileceği tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 30.

Anayasanın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsünün devleti bazı düzenlemeler yapmak zorunda bıraktığını kabul eden anayasa mahkemesi’ne göre, kamu hizmetlerinin, dolayısıyla sağlık hizmetlerinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi bu hizmetin satışı anlamına gelmemektedir. Sosyal devlet ilkesi gereği, sağlık hizmetlerinin herkesin yararlanmasının sağlanıp sürdürülebilmesi için sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilir. Anayasa Mahkemesi, E: 2005/52, K: 2007/35.

Örneğin 1982 Anayasasının 35.maddesi mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı kullanılamayacağını belirtmektedir²¹.

C. Ekonominin Belirleyiciliği ve Sınırları

Ekonomik kamu yararının içeriğinin tespitinde ekonominin belirleyiciliği birinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınan konulara dayanmaktadır. Burada

²¹ “Türk Hukukunda mülkiyet hakkının niteliğini ve kapsamını, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 618. maddesi klasik (liberal-bireyci) görüşten esinlenerek çizmiştir. Bu görüş, kişi-eşya ilişkisinde malike sınırsız hak tanır. Mülkiyet hakkını "doğal hak" olarak kabul eder. Mülkiyet hakkı kişiye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zamanaşımına uğramaz, kutsal bir haktır. Kısacası, klasik sistemde bireysel çıkar, toplum çıkarından önce gelir. Bireysel çıkarla toplum çıkarı çatışırsa bireysel çıkar korunur. Özel (ferdi) teşebbüs sosyal ve ekonomik hayatın temel unsuru olduğundan mülkiyet hakkına sınır koyma, müdahale etme, bu sistemde ilke olarak söz konusu olamaz. Fransız ihtilali ve tabii hukuk doktrinin etkilediği 1924 Anayasası da mülkiyet hakkına hiçbir sınırlama tanımamış ve eski Medeni Kanunun 618. maddesi ile uyum içinde olmuştur.

“Anayasa Mahkemesi de 2.6.1964 gün ve 1964/13 esas, 1964/43 sayılı kararında, "mülkiyet hakkı geçen yüzyılın ferdiyetçi doktrinlerinin etkisi altında malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken günümüzde bu görüş değişmiş ve mülkiyet hakkı, malikine toplum yararına bazı ödevler ve görevler yükleyen sosyal bir hak olarak görülmeye başlanmıştır." diyerek Anayasanın benimsediği modern mülkiyet görüşünü uygulamıştır.”

“Bu görüş 1961 Anayasası ile terk edilmiştir. Alman Anayasasının 14. maddesinden esinlenerek düzenlenen 1961 Anayasasının 36/1. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı, hem bir kurum olarak hem de bireysel bir hak olarak devletin müdahalelerine karşı güvence altına alınmış ve mülkiyet hakkının özüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. 1961 Anayasası, 36 maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile klasik (liberal-bireysel) mülkiyet anlayışını değiştirmiş, modern mülkiyet anlayışını benimsemiştir. Modern mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının içeriği, "yetki" ve "ödevlerden" oluşmaktadır. Bu içerikte malikin hem yetkileri (kullanma, yararlanma, tasarruf etme) ve hem de komşularına ve topluma karşı ödevleri (yapmama, katlanma, yapma) vardır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2005/5-288, K: 2005/352, T: 25.5.2005.

Benzer şekilde anayasa mahkemesi’nin de mülkiyet hakkı kamu yararı ilişkisi hakkındaki yaklaşımı şu şekildedir: “Roma Hukuku’ndan alınan ve kişinin eşya üzerinde mutlak egemenliğine dayanan mülkiyet hakkı, sınırsız bir özgürlük niteliği taşımaktaydı. Eski hukukumuzda, Mecelle’nin 1192. maddesinde de "...herkes mülkinde keyf-i mâyeşa (dilediği gibi) tasarruf eder" hükmüyle mutlak egemenlik ilkesi kabul edilmişti. Mutlak sübjektif olarak düşünülen bu hak, yumuşatılarak mülkiyet hakkının sağladığı tasarruf yetkisi toplum düzeni ve sosyal işlevler yönünden sınırlanmıştır. Bireyci temellere dayanan Mecelle’nin 1197. maddesinde bile, malike tanınmış bulunan geniş tasarruf yetkisi, başkası için aşırı bir zarar doğurmamak koşuluyla sınırlanmıştı.

Anayasa Mahkemesi’nin kimi kararlarında belirttiği gibi, yasayla yapılan kısıtlamanın topluma sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarara göre ağır bastığından, burada kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir. Sosyal nitelik taşıyan mülkiyet hakkının toplum ve toplum yararı ile doğrudan ve yakından ilgili olması karşısında bu konuda da bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulması doğaldır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1990/9, K: 1990/13.

ekonominin kamu yararının içinin doldurulmasına ilişkin imkânları daha çok yöntem olarak ele alınacaktır.

Ekonomik kamu yararının içinin doldurulmasından ekonomik imkânlardan hem içeriksel olarak hem de yöntemsel olarak yararlanılabilir.

- Özellikle birinci bölümde ayrıntılı olarak üzerinde durulan toplumsal refah ölçütü içeriksel olarak hukukta ele alındığı biçimi ile kamu yararına birçok bakımdan benzemektedir.
- İdare hukuku ekonominin toplumsal refahı ölçme yöntemlerini kamu yararının ölçülmesinde referans olarak kullanabileceği gibi ekonomistlerden bu konuda bilirkişi veya danışmanlık kurumları aracılığı ile de destek alabilir. Özellikle yargı mercilerinin ekonomik etkisi olan idari faaliyet ve tasarrufları değerlendirirken ekonomik yöntemlerden yararlanılması günümüzde artık bir zorunluluk halini almıştır. Ayrıca idari faaliyetlerden özendirme ve destekleme faaliyeti ile planlama faaliyetinde ekonomik yöntemlerin kullanılması, ekonomik kamu yararının ölçülmesi ve değerlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda yer alan ekonomik yöntemlerin, ekonomik kamu yararının içeriğinin tespitindeki zorunluluğunu gösteren birçok mevzuat hükmü vardır. Örneğin 1982 Anayasasının 5. maddesi, devletin (idareye) amaç ve görevleri arasında toplumsal refahı sağlamak yanında, ekonominin temel hak ve hürriyetlere olumsuz etkilerini adalet ve sosyal hukuk devleti ölçütleri çerçevesinde kaldırmayı hüküm altına almıştır. Bu madde gereğince idare hem ekonomiye müdahale hakkını anayasal olarak temellendirebileceği gibi ekonomiye müdahalede adalet ölçülerini dikkate almak zorundadır. Bu anayasal hükümle idareye verilen toplumsal refahı sağlama görevi, toplumsal refahın ekonomik, sosyal, hukuki, ahlaki... bütün veçhelerini kapsamaktadır. Burada idareye yüklenen bu pozitif misyonun ekonomiye müdahaledeki adalet ve sosyal hukuk devleti ölçüsü ile birlikte ele alınması, idarenin ve idari yargının ekonomik yöntemleri kullanmasını zorunlu hale getirmektedir.

Yine 1982 Anayasası'nın 65. Maddesine göre devlet, ekonomik alandaki görevlerini bu görevlerin amaçlarına göre bir sıralama yaparak mali gücüne yerine getirecektir. Devletin ekonomik alanlardaki görevlerinin en temel amacının kamu yararı olduğunda hiç kuşku yoktur. Anayasanın kamu yararını devletin ekonomik görevlerini yerine getirmesindeki sınırlar içerisinde ele alması, kamu yararının tespitinde idareye ekonominin verilerini kullanmayı zorunlu kılmaktadır.

1982 Anayasasının 166. maddesi, kamu yatırımlarında *kamu yararı* ile birlikte *kaynakların verimliliğini* ölçü olarak düzenlemiştir.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu gibi birçok mevzuat, idareye ekonomik verileri kamu yararının içeriğinin tespitinde dikkate almayı bir zorunluluk olarak yüklemektedir²².

D. Sosyo-Ekonomik Tercihlerin Ekonomik Kamu Yararı Kavramına Etkisi

Sosyal devlet ilkesi kapsamında “...toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet

²² Örnek olarak, **Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik** Madde 5- (1) Kanunun ilgili maddeleri gereğince, kamu görevlileri; kamu kaynaklarının etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, yönetilmesinden, kullanılmasından, korunmasından, kötüye kullanılmaması ve her an hizmete hazır bulundurulması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludurlar. (2) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte ilgililer de dahil edilir.

Madde 6- Kamu zararının belirlenmesinde; a) Yapılan iş, alınan mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirtilen ya da mevzuatında öngörülen karar, onay, sözleşme ve benzeri belgelerde belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, b) İlgili mevzuatında öngörülen haller dışında, iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan önce ödeme yapılması, c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması, ç) İlgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması, d) Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması, e) Görevlilere teslim edilen taşınırın zarara uğraması, f) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması, g) Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi, ğ) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, esas alınır.

ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma” devletin temel amaç ve görevleri arasında yer aldığı 1982 Anayasası 5. maddede vurgulanmıştır. Devlete yüklenen bu pozitif müdahaleci görev anayasanın sosyo-ekonomik tercihini göstermektedir. Bütün idari faaliyetlerin temel amacının kamu yararı olması, bu madde ile ifade edilen esasların kamu yararının somutlaştırılmasında önemli bir kıstas olarak dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Yani anayasanın 5.maddesine aykırı görülen yasaların (ve idari faaliyetlerin) kamu yararına aykırı olduğu söylenebilir. Bu maddeye göre devlet kamu yararını sağlamak için gerekli gördüğü faaliyetleri yerine getirebilir; çeşitli şirketler kurup işleterek ekonomik içerikli kamu hizmetleri sunabilir. Bu maddeye göre, kural olarak özel hukuk kişilerinin sosyal ve ekonomik serbestliği ilkesi söz konusudur; ancak bu sosyal ve ekonomik serbestlik kişiye anayasal temel hak ve hürriyetleri hukuka ve adalete aykırı olarak ihlal etme hakkı vermez. Örneğin kira sözleşmelerine müdahalede olduğu gibi, devletin piyasanın işleyişinde bir fiyat aralığı belirlemesi bu madde kapsamında değerlendirilebilir²³.

Anayasa mahkemesi’ne göre sosyal devlet, “ekonomik açıdan müdahaleci devlettir”²⁴; “Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelerden birisidir”²⁵; “temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri

²³ 1982 anayasasının benimsediği bu sisteme göre, devletin müdahale yetkisinin sınırsız olabileceği şeklinde yorumlansa da müdahalenin sınır artık, anayasal temel hak ve hürriyetler ile uluslararası sözleşmelerle taraf olunan temel insan hak ve hürriyetlerinin ihlaline bağlıdır.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2002\32, K.2003\100.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1992\29, K.1993\23.

güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir.”²⁶

Anayasanın sosyal devletle ilgili hükümleri liberal bir dönemde hazırlanmış olmasına rağmen devlet müdahalesinin yoğunluğu ve güçsüzlerin korunması düşüncesini sürdüren borçlar kanununun 19-20. maddelerine yansımıştır²⁷.

Danıştay’ın, Türk Telekom’un özelleştirilmeden önceki dönemde telefon kontur ücretlerini yabancı para birimi esas alınarak belirleyen kararına karşı açılan davada yürütmeyi durdurma kararı verme gerekçesi şu şekildedir: “devletin kurum ve kuruluşlarınca tekel niteliğinde kamu hizmeti olarak sunulduğu açık olan bir hizmetin fiyatının, özel hukuk kişileri gibi akit serbestisi içinde yabancı para ile belirlenmesi ve böylece değişken bir esasa bağlanması, kamu hizmetinin önem ve ciddiyeti ile bağdaşmayacağı gibi, bu tür hizmetlerin bedelinin devletin kabul ettiği ve Türkiye Cumhuriyeti’nin resmi para birimi üzerinden belirlenmesi de asıldır. Öte yandan kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, döviz kurlarındaki artışlardan etkilenen hizmetlerin fiyatlarının dövize endekslenerek belirlenmesi, ulusal ekonominin hedefleri ve sosyal gereklerle de bağdaşmamaktadır.”²⁸

1982 Anayasasının benimsediği sosyal ve ekonomik tercih, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde ele alınmakta ve ne tamamıyla serbest piyasa sistemi ne de tamamen müdahaleci sistemdir. Kural olarak serbest sosyal ve ekonomik girişim özgürlüğü vardır; ancak devlet sosyal hukuk devleti ve adalet ölçütlerine göre müdahale hakkına sahiptir.

II. Ekonomik Kamu Yararının Belirlenmesinde Temel Kıstaslar ve Sınır Problemi

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2004\54, K.2005\24.

²⁷ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 30.

²⁸ Danıştay 10. Daire, T: 12.3.1997, E: 1996\10317, Aktaran Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 34.

Ekonomik kamu yararı kavramının ekonomik, toplumsal ve ahlaki boyutların tümünü kapsayıcı bir içeriğe sahip ve idare hukukunun en çok gönderme yapılan temel ilkelerinden birisi olması, üzerinde ortak uzlaşının olduğu bir tanımının yapılmasını güçleştirmekte, hatta imkânsız hale getirmektedir. Bu sebeple bu çalışmada ekonomik kamu yararının idare hukuku bakımından iinin doldurulmasına ilişkin genel geçer kıstas ve ilkelerin tespit edilmesi önemli gördüğümüz amaçlarımızdan bir tanesidir.²⁹

Kamu yararının doğasında, toplum için ortak fayda, iyilik, güzellik, genişlik, refah gibi temel değerler vardır. Toplum için genel faydayı maksimize eden araçların neler olduğunun tespiti ise çoğunlukla bir çatışmayı beraberinde getirmektedir. Burada da açıklıkla belirtmek gerekir ki yasama veya diğer yetkili herhangi bir kurumun veya kişinin kamu yararına ilişkin belirlemelerini topluma baskı uygulaması veya toplumsal dönüşümde meşruluk temeli olarak kullanması kamu yararının doğasına uygun değildir. Ancak kamu yararının doğasında yer alan bu değerlerin somutlaştırılması kamu yararı tartışmalarının merkezinde yer almaktadır. Kamu yararının içeriğinin somutlaştırılmasına ilişkin genel olarak iki farklı yaklaşımın varlığından bahsedebiliriz:

1. **Pozitivist yaklaşım**; kamu yararının içeriğinin, normlar hiyerarşisi ilkesi çerçevesinde, var olan düzenlemelerin içeriğine bakılarak belirlenip somutlaştırılabileceği fikrine dayanmaktadır. Çünkü kamu yararının doğasından kaynaklanan belirsizlik, somut olaya bağıllık, sürekli değişken yapı, hukukun düzen fonksiyonunu ve önceden bilinip öngörülebilmesini ancak hukuki düzenlemeler ile somutlaştırılarak giderilebilir. Bu yaklaşımın

²⁹ Bu güne kadar kamu yararı kavramının hukuk ve siyaset düşüncesindeki geçirdiği aşamalardan yukarıda bahsetmiştik; ancak ekonomik kamu yararının içeriğinin belirlenmesi hakkında en azından Türkçe yazında hemen hemen hiçbir ilkesel yaklaşımın bulunduğunu söyleyemeyiz. Örneğin tespit edebildiğimiz kadarıyla Aydın Gülan “Conseil d'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı” konulu çalışmada kamu yararının içeriğinin belirlenmesine ilişkin çeşitli önerilerden bahsedilmektedir.

genel varsayımı, “düzenlemenin olmadığı yerde haklar ve özgürlükler de yoktur”³⁰ şeklinde özetlenebilir.

2. **Naturalist yaklaşım**; kamu yararının içeriğinin var olan düzenlemeler çerçevesinde tespit edilmesi ve belirlenmesinin her zaman mümkün olmadığı; kaldı ki mümkün olsa bile her zaman hakkaniyete uygun olmayabileceği fikrine dayanır. Çünkü idare hukukunun doğası gereği kamu hizmeti gibi temel kurumlarının zamana ve şartlara bağlı olarak sürekli değişim içerisinde olması (kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi), bütün faaliyetlerinin amacı kamu yararı olan idare hukukunda, kamu yararının içeriğini var olan düzenlemelere bağlı kılmak bir çelişkidir. Bu yaklaşımın genel varsayımını “düzenleme sınırlandırır, durağanlaştırır”³¹ şeklinde özetleyebiliriz.

Kanaatimizce kamu yararının içeriğinin belirlenmesi hakkındaki her iki yaklaşımın da eleştirilebilecek yanları mevcuttur. İdare hukuku uygulamasında her iki yaklaşımdan da uç noktalara kaçmadan uzlaşmacı bir tutum içerisinde yararlanmak mümkündür. Bu kapsamda kamu yararının içeriği öncelikle anayasal ve yasal düzenlemeler aracılığıyla belirlenmeye çalışılmalı; anayasa ve kanunlarda boşluklar olması durumunda idare hukukunun genel ilkelerine müracaatla kamu yararının somut olayda nasıl ortaya çıktığı tespit edilmelidir. İdare hukukunun dinamik ve sürekli değişen içeriğinde hukuka uygun sonuçların ortaya çıkmasını temin etmek bakımından ve anayasa ve kanunlar arasındaki birliği sağlamak açısından (ayrıca bütünüyle pozitivist yaklaşıma düşmenin sakıncalarından kaçınmak bakımından) yasal metinlere idare hukukunda kamu yararının içeriğini tespitte yol gösteren ilkelere yer verilmesi büyük önem taşımaktadır.

Türk idare hukuku uygulamasında yargı genellikle pozitivist bir perspektif içerisinde hareket ederek anayasal ve yasal düzenlemeler ışığında kamu yararını

³⁰ Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram, İstanbul, 1996, s. 16, 23.

³¹ Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 16, 23.

somutlaştırmakta; fakat anayasal ve yasal boşluk olması durumunda hukukun genel ilkelerine müracaatla kamu yararının içeriğini tespit etmektedir³².

Bu bölümde ekonomik kamu yararının içeriğinin tespiti başlığı altında öncelikle yetkili olan ve olabilecek kurum ve kişiler üzerinde durulacaktır. Daha sonra bu kurum ve kişilerin kamu yararı ile ilgili bir hukuki uyumsuzlukta, bir idari uygulamada ve müessesede başvurabilecekleri temel ilke ve kıstaslar üzerinde durulacaktır.

A. Kamu Yararını Belirleme ve Ölçmede Yetki

Günümüze kadar teoride ve pratikte Türk İdare Hukukundaki kamu yararının içeriği, yasa koyucuların, yargıçların ve idarecilerin kamu yararının ne olduğu hakkındaki açık veya örtülü olarak söylediği şeylerden ve kamu yararı hakkındaki tercihlerinden ibaret olmuştur.

1. Yasama organı; hem anayasal hem de yasal düzeyde kamu yararının belirlenmesine ilişkin temel öncelik ve ilkeleri tespitinde demokrasi ve temsil ilkelerine dayanarak yasama organının asli yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca Anayasanın 47. maddesi ile kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının gerektirmesi halinde devletleştirileceğini öngören kuralı da kamu yararı takdir ve buna bağlı olarak kamu hizmeti niteliğini belirleme yetkisini yasa organına vermektedir³³.

Yasama organının kamu yararı belirlemedeki yetkisi sınırsız değildir; genel hukuk kuramı gereğince, toplumun örf, tarih ve kültür gibi temel dinamiklerine (kamu yararının doğasına), adalet, hakkaniyet ve makuliyet ölçülerine tabidir³⁴.

³² Fransa’da ise “Fransız idare yargıcı, tamamen natüralist anlayışın hüküm sürdüğü bir hukuk düzeninde, hukukun genel prensiplerini günden güne geliştirerek, bunların anayasal değerini pekiştirmekte”dir. Bkz. Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s. 121.

³³ Anayasa Mahkemesi de, anayasaya uygun olmak ve kamusal ihtiyaçların gerektirdiği hallerde yasama organının herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti tesis edebileceğini belirtmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 985/2, K: 985/22.

³⁴ Danıştay, İDDK, E: 2005/270, K: 2008/1286.

Bunun yanında ekonomik kamu yararının içeriğinin belirlenmesi bakımından, ekonomi biliminin kamusal mal, doğal tekel, kaldor-hicks kriteri, pareto etkinliği gibi kavramları yasama organına yol gösterici niteliktedir³⁵.

Yasama organının kamu yararını belirleme yetkisi yetkisi taraf olunan uluslararası sözleşmelerin kamu yararına ilişkin belirlemelerinin iç hukuk bakımından geçerliliğinde de önemli bir yere sahiptir. Özellikle uluslararası sözleşmelerde yer alan fakat Türkiye'nin örf, tarih ve kültürel birimine uygun olmayan hükümlere çekince konulması, nihai anlamda yasama organın yetki alanında değerlendirilebilir. Yasama organının kamu yararının belirlenmesindeki anayasal ve yasal tespit ve takdir yetkisi kural olarak siyasi işlev içerisinde.

Yasa koyucunun iradesinden hareketle kamu yararının nasıl belirleneceği ve neyi ifade ettiğini üç temel hareket noktasıyla ortaya koyabiliriz:

1. Hangi faaliyetlerde toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını idarenin üstlenip karşılayacağı; hangi alanlarda idarenin bireyin hak ve hürriyetlerini sınırlayıcı düzenleme ve uygulamalarla müdahalelerde bulunabileceği; hangi faaliyet kollarını idarenin özendirip destekleyeceği kamu yararı ile ilişkileri bakımından yasama organının takdirindedir. Yasama organının açıkça veya örtülü olarak idareye bu faaliyetlerin yerine getirilmesinde görev yüklemiş olması bu alanlarda dolaylı olarak kamu yararını belirlediği anlamına gelmektedir³⁶. Çünkü kamu yararı, kamu hizmeti ve kolluk gibi bütün idari faaliyetlerin amacını (ortaya çıkması beklenen sonucunu) ifade eder. Kamu hizmetlerinin münhasır amacı kamu yararı olduğundan dolayı, kamu hizmeti olarak nitelendirilen bir faaliyette doğrudan doğruya kamu yararının bulunduğunu söylemek mümkündür³⁷. Bu sebeple yasa koyucu bir faaliyeti

³⁵ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 14.

³⁶ Örneğin, 5393 sayılı belediye kanunun 14. Maddesinde yer alan ve belediye görevi olarak yüklenen “İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı ...” gibi faaliyetlerin yerine getirilmesinde kamu yararı vardır. Kanun koyucunun belediyeye bu faaliyetleri yapmayı görev olarak yüklemesi bu faaliyetlerin yerine getirilmesinin kamu yararını temin edeceğine ilişkin belirlenmesine dayanmaktadır.

³⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 309; Giritli/Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, 1979, s. 193. Bütün kamu hizmetlerinin sonucunun kamu yararı olduğunun ifade edilmesi, kamu yararının kamu

kamu hizmeti veya kolluk gibi bir idari faaliyet olarak nitelemek istediğinde³⁸ bu faaliyetin konusu ve amacı kamu yararının belirlenmesinde temel hareket noktalarından birisini oluşturmaktadır.

Yasa koyucu bir faaliyetin ifası için kamusal yetki ve usuller öngörmüşse veya özel hukuku aşan kayıtlar koymuşsa veya bu niteliklere sahip sözleşme ve şartlaşmaları öngörmüşse, kamu hizmeti gibi idari bir faaliyeti tesis etme iradesini ortaya koymuş demektir³⁹. Bu sebeple bir faaliyette bu üç karineden herhangi birinin varlığı o faaliyet alanlarında yasa koyucunun kamu yararını belirlediği anlamına gelmektedir.

2. Kamu hizmeti, kolluk, regülasyon ve özendirme-destekleme faaliyetlerine ilişkin kamu yararı belirlenmesinin yanında yasa koyucu anayasalarda ve bazı kanunlarda kamu yararı⁴⁰ ifadesini (veya aynı anlamı ifade eden toplum yararı⁴¹, genel yarar⁴² gibi ifadeleri) açıkça kullanmıştır.

hizmeti olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan özel girişimin bazı faaliyetlerinin neticesinde kamu yararının sağlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Yine idari faaliyetlerin genel amacının kamu yararı olması bir faaliyet hakkında kamu hizmeti nitelendirmesinin yapılması için kamu yararının zorunlu bir unsur olarak kabulünü gerektirmez. Bkz. Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 5. Kısaca ifade etmek gerekirse, bütün kamu hizmetlerinin sonucu bir postülat olarak kamu yararını temin eder; ancak kamu yararını ifade eden bütün faaliyetler kamu hizmeti veya idari faaliyet olarak nitelendirilemez.

³⁸ Kanun koyucu idari faaliyetlerin kamu hizmeti ve kolluk gibi niteliklerini açıklamadığı gibi bazen kamu hizmeti gibi bir nitelemeye bulunması o faaliyetin idari faaliyet olduğu ve o faaliyetle ortaya çıkan sonucun kamu yararını ifade ettiği anlaşılmamalıdır (1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesi avukatlık mesleğini kamu hizmeti olarak nitelemiş olmasına rağmen, avukatlık mesleğinin ifasına yönelik faaliyetler idari faaliyet değildir ve idare hukuku bakımından ortaya çıkan sonuç kamu yararının belirlenmesine hizmet etmemektedir). Bkz. Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 308.

³⁹ Bkz. Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 309.

⁴⁰ Örneğin kamu yararına 1982 anayasası bölüm başlığı olarak yer vermesinin yanında, kavramı aşağıdaki şekillerde kullanmıştır:

35. maddede: “Bu haklar, ancak **kamu yararı** amacıyla, kanunla sınırlanabilir.”

43. maddede: “Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle **kamu yararı** gözetilir.”

46. maddede: “Devlet ve kamu tüzel kişileri; **kamu yararının** gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.”

Yasa koyucunun idari faaliyetlerin nitelendirilmesinde temel alınan ifadelerine dayanarak kamu yararının belirlendiği hallerde, idare hukuku bakımından, bir ölçüde, kamu yararı sorunsalının bulunmadığı söylenebilir. Ancak, yasa koyucunun kamu yararını veya aynı anlamı ifade eden benzer kavramları açıkça kullandığı durumlarda kamu yararının içeriğinin nasıl tespit edilip somutlaştırılabileceği⁴³, idare hukukunun önemli sorunsallarından biridir⁴⁴.

3. Ayrıca yasa koyucunun kamu yararını belirleyici etkisi kendisini kanunların amacını düzenleyen maddelerinde ve genel olarak kanunun bütününe hâkim olan amacında (ruhunda) bulmaktadır.

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

169. maddede: “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve **kamu yararı** dışında irtifak hakkına konu olamaz.”

⁴¹ Örneğin 1982 Anayasasının 35. maddesi toplum yararını “...Mülkiyet hakkının kullanılması **toplum yararına** aykırı olamaz.”; 127. Maddesi: “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, **toplum yararının** korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.” şeklinde kullanılmaktadır.

3621 sayılı Kıyı Kanunu, 8. madde toplum yararını “...Ancak bu alanlarda; uygulama imar planı kararıyla altı ve yedinci maddede belirtilen yapı ve tesislerle birlikte **toplum yararına** açık olmak şartıyla konaklama hariç günü birlik turizm yapı ve tesisleri yapılabilir.” şeklinde kullanmıştır.

⁴² Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu, 48. Madde genel yararı “Ülkenin **genel yararları** yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir.” şeklinde kullanmıştır.

⁴³ Örneğin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 21. maddesi kamu yararını “...**Kamu yararının gerektirdiği hâllerde**, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir” şeklinde kullanmıştır. Bu maddede geçen kamu yararının gerektirdiği hallerin kanun metninden hareketle somutlaştırılması mümkün olmadığı gibi herhangi bir mevzuat hükmünde kamu yararının gerektirdiği hallere ilişkin bir belirleme de bulunmamaktadır.

⁴⁴ Yasa koyucunun “kamu yararı” ifadesini kullandığı metinlerde metnin lafzından hareketle bazen kamu yararını en geniş anlamı ile kullandığı, bazen sadece kamu hukukunda geçerli olabilecek anlamda kullandığı, bazen sadece ceza hukukunda geçerli olan anlamda kullandığı, bazen özel hukukta geçerli olan anlamda kullandığı, bazen de idare hukuku tekniği bakımından geçerli olan anlamlarda kullandığı anlaşılmaktadır. Bütün bu kullanım alanlarının yasa metninden hareketle ayrıştırılmasının imkanı ve sağlıklılığı tartışması bir yana böyle bir ayrıştırma yapılsa bile kamu yararının bu alanlar içerisinde nasıl somutlaştırılabileceği çözümlenmesi gereken önemli sorunlardan biridir.

Sonuç olarak kanun koyucu yaptığı düzenlemelerde, idare hukuku tekniği bakımından kamu yararının belirlenmesine hizmet eden ifadeleri çoğunlukla açık olarak ortaya koymamaktadır.

2. Mahkemeler⁴⁵: Kamu yararını belirleme yetkisi başlangıçta ve kural olarak yasama organına ait ise de sonuçta ve uygulamada kamu yararını saptama yetkisinin yargı mercilerinde olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü bir uyuşmazlığın çözümlenmesi öncelikle uyuşmazlığın konusunu oluşturan faaliyetin nitelendirilmesine ve amacının kamu yararı ile ilişkilendirilmesine bağlıdır. Uyuşmazlığın konusunun nitelendirilmesinde son ve bağlayıcı söz, mahkemelerin yetkisi kapsamında olduğu gibi böyle bir niteleme görevli yargı merciinin ve kamu yararının belirlenmesinde önemli bir kıstastır. Yine bir faaliyetin amacının kamu yararı ile ilişkilendirilmesinde hukuki olarak geçerli belirleme yetkisi mahkemelerin yetkisi kapsamındadır.

Anayasa mahkemesi ve idari yargı mercilerinde kamu yararı kavramı oldukça çok kullanılmakta olmasına rağmen ilkesel olarak ne bir kabul görmüş somut kriter belirleme ne de tanımlama yoluna gidilmiştir⁴⁶. Mahkeme kararlarında somut uyuşmazlık konusu hakkında kamu yararının bulunup bulunmadığı ifade edilmekle yetinilmiştir. Oysa kamu yararının taşıdığı önem dolayısıyla kararlarda kamu yararının içeriğinin ölçülülük ve bilanço ilkesi gibi somut ve objektif esaslara gönderme yapılarak belirlenmesi bir ihtiyaçtır⁴⁷. Mahkemelerin bir uyuşmazlık konusunda sadece kamu yararı vardır veya yoktur gibi idare hukukunun genel kabul

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dar gelirli ailelerin barınma problemlerinin çözülmesi, ormanların korunması, tarımda verimliliğin artırılması, çevrenin korunması, ülkenin ekonomik çıkarları ile bağdaşmayan sözleşmelerin ortadan kaldırılması, ülkenin ekonomik çıkarlarının korunması, ana yolların geliştirilmesi, ülkenin sanatsal ve kültürel mirasının korunması gibi amaçları kamu yararına uygun olarak görmektedir. Bkz. Suat Şimşek, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 2012, S: 42, s. 177-201.

⁴⁶ Bu sebeple Danıştay’ın kamu yararı hakkında yaptığı “değerlendirmelerin bir listesinin hazırlanması girişimi boş bir davranıştır.” Bkz. Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 373.

⁴⁷ Yani kamu yararı olayın şartlarının somut bir değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Truchet, “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, s. 373.

görmüş bazı ilkeleri ile somutlaştırılarak gerekçelendirilmeyen kararlar vermesi, kamu yararının tespiti hakkında yegâne otoritenin mahkemeler olduğu gibi yanlış bir sonucun çıkarılmasına sebep olmaktadır⁴⁸.

Mahkemelerin somut uyuşmazlıklar hakkında kamu yararı incelemesi ve tespiti yapmaları bazı durumlarda zorunluluk olduğundan bunun yapılmasında idare hukuku ve ekonomi biliminin temel verilerinden ve bilirkişilerden, özellikle özelleştirme, rekabet ve ekonomik kamu hizmetlerinde olduğu gibi ekonomik içerikli uyuşmazlıkların bir gereği olarak, destek alınması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Yasama organı ile mahkemeler arasında kamu yararının belirlenmesine ilişkin farazi bir yetki çatışmasının bulunduğundan bahsedilebilir. Örneğin, Anayasa mahkemesi kamu yararı takdirinin esas olarak yasama organına ait olduğunu belirtmekte⁴⁹; fakat önüne gelen uyuşmazlıklarda kamu yararının bulunup bulunmadığını tespit ederek karar vermektedir. Anayasa mahkemesi'nin bu tutumu yasa koyucunun yerine geçtiği tartışmalarına yol açmıştır⁵⁰. Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun kanun koyma amacının yanında yasanın doğurduğu sonucunun da kamu yararına olup olmadığını incelemektedir⁵¹.

Kanaatimizce yargı organları önüne gelen uyuşmazlıklarda anayasal ve yasal düzenlemelerin içeriğinden yasa koyucunun tercihinin ne olduğunu tespit ederek

⁴⁸ Bu durum yargı erkinin toplumdaki meşruluğunu zedeleyici bir faktör olarak okunabilir.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E: 1992/11, K: 1992/38.

⁵⁰ Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", s. 17. Anayasa Mahkemesi'nin, anayasanın sözünden ve ruhundan yorum yoluyla kamu yararına ilişkin belirlemelerde bulunması ve yasa koyucunun takdirini buna göre denetlemesi kanunla kendisine verilen yetki çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bkz. Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", s. 442.

⁵¹ Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", s. 441. Buna karşın Anayasa Mahkemesi birçok kararında kamu yararı denetiminin kapsamı hakkında şu ifadelere yer vermektedir: "*Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme yasanın yalnızca kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Yasa ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü, bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip, gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasî tercih sorunudur ve yasa koyucunun takdirine aittir.*" Bkz. E: 1994/77, K: 1995/24, T: 28.6.1995, RG: 155.5.1996 – 22637.

kamu yararını somut olayda belirlemelidir. Zira kamu yararının Türk hukuk sisteminde daha çok biçimsel içeriği ile tebellür ettiği bir gerçektir. Buna göre yasaların ve idari uygulamaların kamu yararına (hukuka) uygunluğu karinesi yol gösterici olacaktır.

3. Yürütme (İdare): Bakanlar Kurulu, bakanlıklar, üst kurullar, diğer kamu tüzel kişileri; husûsen bunların karar organları tarafından kısa süreli ve uzun süreli olarak faaliyet bazlı kamu yararı belirlemelerinin yapılması mümkündür.

Yürütmenin ve/ya idarenin kamu yararını belirleme yetkisinde üzerinde durulması gereken önemli noktalardan biri siyasi işlev ile idari işlev ayrımı üzerinde temellenir. Yasa koyucunun takdir alanına giren konular ve yürütme erkinin ülke politikalarına ilişkin idari nitelikte olmayan tasarruf ve faaliyetleri siyasi işlev içerisinde yer almaktadır. Siyasi işlev kapsamına giren konular hakkında yargı erkinin kamu yararı denetimi yapması hukuken mümkün değildir; bu alan sınırları içerisinde kamu yararının belirlenmesi yetkisi yasama ve yürütmenin takdirine aittir⁵².

İdarenin kamu yararına ilişkin belirlemeleri kanunlar ile kendisine verilen *görevler* çerçevesinde olabileceği gibi kanuni *yetkileri* çerçevesinde de olabilir. Türk idari teşkilatı içerisinde yer alan bütün idare ve kurumların kamu yararını belirleme sınırı kanuni görev ve yetki alanları ile sınırlıdır. Bu sınır konu, zaman ve yer bakımından geçerli olan yetki kurallarına tabidir. Örneğin, İstanbul’da ulaşım hizmetleri çerçevesinde Büyükşehir Belediyesi tarafından sunulan ve trafik sorununu çözmeye yönelik yine metro, metrobüs hatları vb. hizmetlerin İstanbul’un coğrafi ve topografik yapısında uzun vadede ulusal krizlere yol açabileceği sorunu⁵³ karşısında belediyenin hangi kamu yararını merkeze alacağı yetki kuralları çerçevesinde çözülebilecek bir sorundur. Çünkü ülke genelini etkileyecek noktalarda nüfus

⁵² Bu konuda örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1994/77, K: 1995/24.

⁵³ Bu soruna dikkat çeken bir yoruma örnek olarak bkz. Ali Bulaç, “Kentte İzdiham”, **Zaman Gazetesi**, 10 Haziran 2013, (Çevrimiçi: http://www.zaman.com.tr/ali-bulac/kentte-izdiham_2098866.html)

politikası üretmek ve bu konuda tercihlerde bulunmak bakanlık düzeyinde çözümlenmesi gereken bir sorundur; çünkü belediyelere bu konuda tercih hakkı veya politika üretmek görevi veya yetkisi kanunlarla verilmemiştir. Belediyelere verilen görev toplu ulaşım hizmetini hizmet gereklerine göre en verimli şekilde yerine getirmektir. Bu sebeple bu sorun hakkında belediyenin kamu yararına yönelik tercihi, toplu ulaşım sorunlarının çözümüne ilişkin en elverişli formüllerin geliştirilmesi şeklinde olmalıdır.

İdarenin kanuni yetkileri çerçevesinde kamu yararını belirleyici etkisi ancak kanun koyucunun münhasır yetkisine bırakılmamış alanlarda, kanunlara **dayanmak** ve kanunlara **aykırı olmamak** şartıyla söz konusu olabilir. Zira 1982 Anayasasına göre idarenin kamu yararını belirlemedeki yetkisi, idarenin kuruluş, görev, faaliyet ve tasarruflarının kanuni dayanağını ve kanuna bağlılığını ifade eden **kanuni idare ilkesine** bağlıdır⁵⁴.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin kamu yararı hakkındaki belirlemeleri her ne kadar kanuna dayanıp aykırı olmamanın yanında ayrıca hakkaniyet, eşitlik, hukuk devleti, ölçülülük, hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gibi **hukukun genel ilkelerine** de uygun olmalıdır⁵⁵.

⁵⁴ “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” (madde 123/1); “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren *kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla* yönetmelikler çıkarabilirler” (madde 124); “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir” (madde 115).

⁵⁵ İdarenin kamu yararını belirleme noktasında ortaya koyduğu tasarrufların hukuka uygunluğunu nispeten **hukukun genel ilkeleri** şeklinde somutlaştırmak mümkündür. Türk idare hukuku uygulamasında genellikle pozitivist bir perspektiften hareketle anayasal ve yasal boşlukların başladığı yerde hukukun genel ilkelerini gündeme gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**.

Kamulaştırma işleminde olduğu gibi, birçok idari işlemin hazırlık aşamasında yargılamada dikkate alınabilecek bir kamu yararı incelemesinin yapılması mümkündür⁵⁶.

Özellikle toplum için büyük ekonomik sonuçlar doğuran idari işlemlerde idarenin kamu yararı incelemesi yapmasını zorunlu hale getirmek, geniş takdir yetkisinin sebep olduğu keyfiliğin önüne geçecektir.

4. Doktrin: Kamu yararı, hukuk, siyaset, ekonomi ve felsefe disiplinlerinde çalışılabilecek bir kavramdır. Ekonomik kamu yararının tespitinde en fonksiyonel yöntemleri kullanan bilim dalı günümüzde ekonomidir. Şu ana kadar ne hukukta ne de diğer dallarda idare hukukunda geçerli olacak şekilde, kamu yararına ilişkin içerik tespit edici bir kriter, ilke veya benzer bir olgu ortaya konulmuş değildir. Özellikle yasa koyucu, yargı organları ve idarenin kamu yararını belirlemeye yönelik sahip olduğu takdir yetkisini kullanımında, hukuk ve ekonomi biliminin verileri yol gösterici nitelikte olmalıdır. Oysa günümüzde kamu yararının belirlenmesine ilişkin kullanılan yasal ve yargısal yöntemler belirsizdir⁵⁷.

Bütün idari işlemlerin amaç unsurunun kamu yararı olması kamu yararının belirlenmesi açısından birçok problemi beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda en temel tartışmaları şu şekilde belirleyebiliriz:

- İşlemi yapanın işlem ile neyi kastettiğini ifade eden sübjektif kriter;
- Hukuki ve idari süreç içerisinde işlemin farklı yer ve koşullarda uygulanması ile ortaya çıkan neticenin dikkate alınmasın öngören objektif kriter.

Kamu yararının belirlenmesinde yetki çatışması:

⁵⁶ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 5 ve 6. Maddeleri ile 3213 sayılı Maden Kanununun 7. Maddesi hangi idari kurulların kamu yararı kararı verme yetkisine sahip olduğunu düzenlemektedir.

⁵⁷ Münici Çakmak, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 77.

Kamu yararının belirlenmesine ilişkin yetki çatışmasının çözümünde en temel ilke normlar hiyerarşisi ilkesidir. Sırası ile anayasa, insan haklarını konu alan uluslararası anlaşmalar, kanunlar, KHK'lar ve diğer uluslararası anlaşmalar, kamu yararının içeriğinin belirlenmesinde başvurulması gereken birincil kaynaklardır. Kamu yararının içeriğine ilişkin bu kaynaklardan herhangi bir belirleme yapılamaması durumunda mahkemelerin ve idarenin yetkisi gündeme gelecektir. Mahkemeler ile idarenin kamu yararının içeriğinin tespitindeki yetki çatışması idare hukukunun önemli problemlerinden biri olarak *takdir yetkisi* ve *yerindelik denetimi* müesseseleri ile karşımıza çıkmaktadır. Bu yetki çatışması ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ihtimalleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Herhangi bir idari tasarrufun yargı denetiminde, idare yargıcı somut olayda idari tasarrufun, ilgili kanunların lafzından ve amacından tebellür eden kamu yararı somutlaştırmasına aykırı olduğu tespit edildiğinde, mahkemenin kamu yararına yönelik bu tespiti, idarenin kamu yararını belirleme yetkisini dışlar. Örneğin Danıştay tarafından, temel hukuki sorunu kamu yararı olan bir davada karar düzeltme aşamasında bozma kararı verildikten sonra idarenin davadan feragat talebi kamu yararına aykırı görülmüştür⁵⁸.
- Buna karşın idarenin salt takdirine bırakılan ve kanunlarda kamu yararının içeriğine ilişkin herhangi bir belirleme imkânının olmaması durumunda idarenin kamu yararına ilişkin tercihi mahkemelerin kamu yararına ilişkin denetim yetkisini dışlar. (Yerindelik denetimi dolayısıyla)
- Bireysel idari tasarrufların yargısal denetimlerinde dava konusu edilmeyen ilgili genel düzenleyici işlemin kamu yararı dolayısıyla hukuka aykırılığı durumunda mahkemelerin bireysel işlem hakkındaki kamu yararı belirlemesi idarenin kamu yararına ilişkin belirleme yetkisini dışlar.

Kamu yararını belirleme ve ölçmede karşılaşılan yetki çatışması aşağıdaki hiyerarşik sıra içerisinde kullanılan yöntemler ile çözümlenebilmektedir:

⁵⁸ Danıştay İDDGK, E: 2004/745, K: 2004/861.

1. Yasama yetkisi kapsamında belirleme ve ölçme,
2. İctihatla belirleme ve ölçme,
3. Yorum yöntemleriyle belirleme ve ölçme,
4. İdari tasarruflarla belirleme ve ölçme,
5. Bilimsel yöntemlerle belirleme ve ölçme.

Normlar hiyerarşisinden kaynaklanan bir hiyerarşik sıralamanın bütün durumlarda geçerliliğini koruyup koruyamayacağı önemli tartışmalar doğurabilir. Özellikle kanunların soyut ve gayri-şahsi yapıya sahip olması ile kamu yararının somut olay odaklı ele alınma zorunluluğu böyle tartışmalara zemin hazırlamaktadır. Kanunların bu soyut ve genel kural niteliği gibi temel yapısal özellikleri, kanunların içeriğinden somut olaydaki kamu yararının tespitini her zaman mümkün kılmamaktadır. Bu gibi durumlarda içtihat ve yorum yöntemleri kanunun içeriğini somutlaştırmada kullanılan temel yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak içtihat ve yorum yöntemleri ile kamu yararı hakkında henüz ortak kabul gören standartların geliştirilememiş olması bu yöntemlerin kamu yararının içeriğini belirlemedeki etkisini tartışılabilir kılmaktadır.

B. Kamu Yararının Belirlenmesindeki Temel İlke ve Kıstaslar

Ekonomik kamu yararı kavramının idare hukukundaki kullanım alanları ve içeriğini belirlenmesine ilişkin temel yöntem ve unsurlardan sonra kamu yararının içeriğinin belirlenmesine ilişkin olarak tespit ettiğimiz temel ilke ve kıstasları sınırları ile birlikte aşağıdaki gibi ele alabiliriz:

1. Ekonomik Kamu Yararının Kavramsal Analizine Dayalı İlkeler

1. Toplum için faydanın maksimizasyonu ilkesi; bu ilkeye göre idare bütün muamelelerinde toplumsal faydayı ölçmek ve toplum için en faydalı, iyi, yararlı sonucu doğuracak muameleyi tercih etmek durumundadır. Toplum için faydanın maksimizasyonu ilkesinin en tartışmalı noktası çatışan faydalarda hangi faydaların

maksimize edileceğine ilişkindir. Bu soruna ilişkin tercih önceliğine bağlı olarak üç farklı çözüm yöntemi önerilebilir:

- Sosyal güvenlik, milli ve ekonomik istikrar ve ekonomik çıkar gibi belli yararların maksimizasyonunu öngören faydacı yaklaşım;
- En uygun idari usulün kullanılması ile ortaya çıkan idari karar yaklaşımı; toplumun kamu yararının belirlenmesindeki temel aktör olması dikkate alınarak, toplumun bu belirleyici rolünü daima canlı tutan bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Analitik olarak idari karar ve faaliyetlerde benimsenen katılımcı yöntem toplumun ihtiyaçlarının ve faydasının bizzat sosyal dinamikler tarafından belirlenmesini ve uygulanmasını öngörmektedir. Günümüzde katılım esaslı yönetim düşüncelerinin (regülasyonda ve yerel yönetimlerde olduğu gibi) bu yaklaşımın bir sonucu olduğunu söyleyebiliriz.
- Kamu yararının bir normatif kamu düzeni kavramsallaştırması olduğu yaklaşımı; idarenin faaliyet alanını olabildiğince daraltan (minimal devlet ve yönetim) bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre devletin kamu hizmeti ve kolluk gibi alanlarda takdir yetkisini ve faaliyet alanını olabildiğince daraltma esası söz konusudur. Çağımızda bu yaklaşımın en önemli savunucuları arasında Robert Nozick yer almaktadır⁵⁹.

Her üç yaklaşımın da ortak noktası olarak temel hedef toplumsal faydayı maksimize etmesidir; farklılaşan nokta ise toplumsal faydanın nasıl maksimize edileceğine ilişkin yöntemlerdedir. Her üç yaklaşım için de, bütün idari faaliyetlerde ve tasarruflarda somut olaya göre kamu yararı ölçülmesi esası söz konusudur⁶⁰.

2. Ekonomideki verimliliğin artması, fiyat istikrarının sağlanması ve işsizliğin azalması; bir politikanın ekonomik kamu yararına uygunluğunun en

⁵⁹ Robert Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006.

⁶⁰ Bu kapsamda temel önermelerden biri olarak “Bireylerin kendileri hakkındaki yararlı olanın ne olduğu hakkında en doğru bilgiye yine bireylerin kendileri sahiptir” önermesini belirleyebiliriz.

belirleyici kıstasları olarak kabul edilmektedir⁶¹. Bu sonuçları temin edemeyen veya güvence altına almayan idari tasarrufların kamu yararına uygun olmadığını açıkça söyleyebiliriz.

3. Ekonomide verimlilik artışı⁶²; idari faaliyet ve tasarrufların ekonomik kamu yararına uygunluğu ekonomideki verimlilik (*efficiency*) artışı ön koşuluna bağlıdır. Günümüzde ekonomistler, bir faaliyetin ekonomideki verimliliğini Pareto ve Kaltor-Hicks yöntemleriyle büyük oranda ölçmektedirler. Ekonomide verimlilik artışı özelleştirme uygulamalarında, istekliye yatırım ve üretim koşununun getirilmesini gerektirmektedir⁶³; bu ise isteklinin özelleştirme bedeli yanında ek mali yükümlülükler üstlenmesine neden olmaktadır. Bu durum ise istekli bakımından her zaman ekonomik olarak cazip ve kabul edilebilir olmayabilir.

4. Kamu harcamalarının azaltılması⁶⁴; ekonomide verimlilik artışı ve fayda maksimizasyonu koşullarını temin eden yarışan idari tercihlerde kamu harcamalarının azaltılmasındaki etki ilkesi dikkate alınmalıdır.

Ekonomide verimlilik artışı ve fayda maksimizasyonu ile kamu harcamalarının azaltılması her zaman doğru orantılı değildir. Yani bu hedefler birbirini zorunlu kılan sonuçlar doğurmamaktadır. Bazen ekonomideki verimlilik artışına rağmen kamu giderlerinde azalma olmayabilir veya tersi söz konusu olabilir. Danıştay kararlarına baktığımızda da özelleştirme işlemleri bakımından bu iki hedefin koşul olarak birlikte arandığı gözlenmektedir⁶⁵.

⁶¹ Dünya Bankası, Avrupa Merkez Bankası ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının temel amaçları fiyat ve yatırım istikrarının sağlanmasıdır.

⁶² Özelleştirme Kanunu madde 1.

⁶³ Özelleştirme Kanunu 1. maddede Özelleştirme kapsamında herhangi bir malın kamu hizmeti niteliğine sahip olması, özelleştirme sonrasında kamu yararının korunmasına yönelik önlemlerin alınması koşulunu ortaya koymaktadır. (Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. viii)

⁶⁴ Özelleştirme Kanunu madde 1.

⁶⁵ Bu iki şartın birlikte aranması, özelleştirme kanunu gerekçesinde “gerçek değer üzerinde özelleştirme” şeklinde ifade edilmektedir. Özelleştirme sonrasında kamu yararının devamlılığını sağlamak için idarenin getirdiği yükümlülüklerin isteklilere ek mali külfetler yüklediği dikkate

“Gerçek değerin üzerinde özelleştirme şartı”, değer tespiti ile ihalede gerçekleşen değer arasındaki ilişkinin özelleştirme uygulamaları bakımından taşıdığı önemi göstermektedir.

Kamu harcamalarında tasarruf, devletin malî ve ekonomik politikasının temel taşlarından biridir. Ekonomik kamu yararı, kamu harcamalarındaki tasarrufu, zarurî iş için yapılacak zarurî masraftan kaçınmayı değil, bir birime mal olacak iş veya eşyayı iki birime mal etmemeyi gerektirir. Buna göre tasarruf, belli kaynaklarla azami fayda ya da belli bir verimi asgari masrafla elde etme prensibi demektir.

Kamu kaynaklarında israfın önlenmesi bakımından ekonomik kamu yararının yadsınamaz bir rolü vardır. Kamu yararı analizi yapılarak bütün kamu harcamalarındaki en verimli yolun tercih edilmesi mümkündür; bu şekilde kamu harcamalarında israfın önlenmesi mümkündür.

2. Ekonomik Kamu Yararının Normatif Analizine Dayalı İlkeler

Ekonomik kamu yararının işlevinin ve yön verici içeriğinin belirlenmesinde birçok kanunda ve yargı kararında yer bulun aşağıdaki ilkelerin tespit edilmesi mümkündür:

1. Hizmetlerde tekel oluşumunun engellenmesi; ekonomik kamu yararı piyasa koşullarında kural olarak bir mal veya hizmetin özel sektör elinde tekel

alındığında, ortaya çıkan olumsuzlukları gidermek için, özelleştirme uygulamalarında bu şartlardan yalnızca birinin aranması önerilmektedir. Örneğin, PETKİMin özelleştirilmesinde, petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kar eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİMin %51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Yukarıdaki ilkeler çerçevesinde yaklaştığımızda bu kararda iki gerekçe söz konusu olabilir:

Kar edildiğinden dolayı kamu giderlerinde azalma koşulu gerçekleşmemiştir ve/ya

Yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi arttığından ekonomide verimlilik artışı koşulu gerçekleşmemiştir.

Bu yorum karşısında özelleştirmeyi haklı kılabilecek tek neden **gerçek değerin üzerinde özelleştirme** olabilir. (Atiyas/Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. ix).

olmamasını gerektirir. Örneğin kamu sektöründe, kamu hizmetinin bir parçası olan mal veya hizmetlerin özelleştirilmesi sonucu, aynı mal veya hizmetin özel sektör elinde tekel oluşmamasına dikkate edilmelidir.

2. Mal ve hizmetlerin doğal öncelikleri; bir mal ve hizmetin doğasının ve tabiatının korunmasının önceliğini ifade eden ilkedir. Örneğin kamu yararı çatışan yararlar arasında çevrenin, tarihi ve kültürel varlıkların, eğitim-öğretim hizmetlerinin doğal önceliğini gerektirir⁶⁶.

3. Tüketicinin zarar görme olasılığını en aza indirme; ekonomik kamu yararı bir kamu hizmetinden veya herhangi bir idari faaliyetten zarar görenlerin zararlarını en aza indirmeyi veya tamamen karşılamayı gerektirir. Kamu yararının ölçülmesinde dikkate alınması gereken önemli kriterlerden birisi de budur.

4. İdari imtiyaz ve ayrıcalıkların varlığı; bir piyasa aktivitesinde kamu gücü unsurlarının bulunup bulunmaması veya idari imtiyaz ve ayrıcalıkların bulunup bulunmaması hallerinin kamu yararına etkisini özel olarak dikkate almayı gerektiren kısıttır. Kamu yararının canlı kalıp sürekli içerik değiştirmesi böyle bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

5. İdarenin piyasa ilişkilerine düzenleme yoluyla müdahalesinin önceliği; idarenin piyasa ilişkilerinde aktör olması kural olarak son çare niteliğinde olmalıdır. 1982 Anayasasının 47.maddesinin “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” ifadesi ile kamu yararı zorunlu kılmadıkça bir faaliyetin kamusal usullerle yerine getirilmesi mümkün değildir. Örneğin, piyasaya düzenleme yoluyla müdahale edilerek temin edilemeyen yararlar, piyasada idarenin bizzat aktör olmasını gerektirir.

⁶⁶ Çevre kanunu (m.3/d), “yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisi **sürdürülebilir kalkınma** ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirilir.” hükmüne yer vermektedir. Çevre sorunlarının büyük bölümü piyasa ekonomisine bağlı olup, aşırı üretim-tüketim ve mutlak kar temeline dayanan bir mekanizmanın negatif ekolojik maliyetlerinin endüstri ülkeleri tarafından da henüz yeterince benimsenmediği ileri sürülebilir. Bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 50.

6. Hizmetlerde kalite ve erişebilirliğin sağlanması⁶⁷;

Anayasa Mahkemesi, “*Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeter ki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri göz önünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin*”⁶⁸ ifadesi ile kamu yararına ilişkin iki temel ölçütten hareket ederek yapılan düzenlemelerde hem kıstas hem de sınır tespit etmektedir: 1. Yapılan düzenlemelerde amaçlanan hizmet gereklerinin göz önünde tutulması; 2. Hizmeti sunanlara ve hizmetten yararlananlara ilişkin nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasından nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç ilişkisi bulunmalı.

7. Bazı hizmetlere sunum maliyetlerinden bağımsız olarak her vatandaşın makul fiyatlarda erişebiliyor olması; Hemen tüm modern devletlerde telekomünikasyon, elektrik, su, havagazı gibi hizmetler de birer kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir. Elektrik ve telekomünikasyon gibi sektörlerde serbestleşmenin gerçekleştiği birçok ülkede bu tür hizmetler erişilebilirlik hedefine yönelerek evrensel hizmet kapsamına alınmıştır.

8. Makuliyet ilkesi, özellikle idarenin yaptığı işlem ve eylemlerde takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde makuliyet ilkesi kamu yararının objektif içeriğinin belirlenmesinde önemli bir köşe taşıdır⁶⁹.

3. Ekonomik Kamu Yararının Biçimsel Analizine Dayalı İlkeler

⁶⁷ Bu ilke, Avrupa Komisyonunun 2000 tarihli Genel Yarar Hizmetleri Bildirisinde açıkça vurgulanmıştır.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1992\40, K: 1992\55.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, kamu yararının anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekliliğini açıkça vurgulamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1994/2, K: 1994/76.

Hukuk Devleti; modern devlet ve hukuk sistemlerinin en temel ilkesi hukuk devleti ilkesidir. Kamu yararı bakımından da aynı ilkenin çok hayati bir öneme sahip olduğunu söylemek zorunluluktur. İdarenin tasarruflarında hukuk devleti ilkesi gereği, anayasa ve kanunlara bağlılık, temel hak ve özgürlüklere saygı, hukukun genel ilkelerine uygunluk bir zorunluluktur. Bu sebeple hiç bir idari faaliyet kaynağını anayasa ve kanundan almayan yetkiyi kullanamaz ve bir faaliyette bulunamaz. Kamu yararı kavramı bakımından ilkeye yaklaşıldığında, kaynağı anayasada ve kanunlarda olmayan hiç bir yetki, kurum ve faaliyet kamu yararına uygun olamaz.

Anayasa, kanunlar ve düzenleyici işlemler, kamusal değerleri belirlemek için iyi bir başlangıç sağlar. Yani kamu yararının mahiyetinin anlaşılmasında, üst hukuk normlarından çıkarılan temel ilke ve prensipler iyi bir başlangıç sunmaktadır⁷⁰.

Kamu yararı kavramı her şeyden önce en temelde hakların dağıtılması ile ilgili alanı kapsamaktadır. Bu minvalde kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kişilerin hakları üzerinde çeşitli yoksunluklar oluşturulabilse de bu yoksunluklar nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi yükümlülüğü vardır. Kamu yararının gerektirdiği faaliyet ve tasarruflar sebebiyle uğranılan zararların giderilme masraflarını karşılama yükümü, masraflara katılma payı şeklinde öncelikle faaliyetten yararlananlardan temin edilebileceği gibi işin gereğine göre idarenin bütçesinden de temin edilebilir.

Kamu yararında sınır probleminin çözümünü temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelerle sınırlandırmak yeterli bir çözüm yolu sunacaktır. Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kamu yararı, sadece her hak ve özgürlüğü düzenleyen maddelerde özel sınırlama sebebi olarak yer alırsa sınırlama sebebi olacaktır; genel bir sınırlama sebebi olarak ele alınması idareye çok

⁷⁰ Aslında, Anayasa, kanunlar ve düzenleyici işlemler kamusal değerleri belirlemek için **sadece** iyi bir başlangıç sağladığını belirtmek daha doğru olabilir. Çünkü kamu hukukunun normatif kaynakları, kamusal değerleri **yansıtma** işlevine sahip olan bir araçtır; bu kaynakların kamu yararı gibi kamusal değerleri **belirleme ve kurma** işlevine sahip olması modern hukuk devletlerinde söz konusu olamaz. Bkz. Bozeman, **Public Values and Public Interest**, p. 15.

geniş bir takdir yetkisi vereceğinden kabul edilemez⁷¹. Bu sebeple anayasal güvencenin dışına çıkılarak kamu yararı amacı ile bir faaliyetin yürütülmesi hukuken mümkün değildir.

Kısaca temel hak ve özgürlüklerle kamu yararı ilişkisi için şunları söyleyebiliriz: kamu yararı hakların dağıtılması alanında, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirdiğinde anayasal güvencenin sınırlarını aşmadıkça hukukilik sınırı içerisinde kalacaktır.

Özgürlük; bu ilke ekonomik kamu yararı kavramının içeriğinin tespitinde, özellikle sınır problemleri bakımından, temel belirleyici role sahiptir. Çağımızda bu kapsamda karşımıza çıkan en temel özgürlük anlayışı bireysel özgürlük yaklaşımıdır. Özellikle liberalizmin özgürlük merkezli ele alınması bu kavramsal ilişkiyi şekillendirmektedir. Rawls'un adalet kuramı, dağıtım problemlerinde hem özgürlük düşüncesini hem de eşitlik düşüncesini içeren bir çözüm yolu sunmaktadır.

Eşitlik;

*“Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararlarında belirtildiği gibi, tüm yurttaşların mutlaka her yönden her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu getirmez. Aynı hukuksal durumda bulunanların aynı kurallara bağlı tutulması eşitlik ilkesinin gereğidir. Herhangi bir **kamu yararına ya da haklı bir nedene** dayanılması durumunda, bu gibilere uygulanacak kurallar arasındaki ayırım, eşitlik ilkesine aykırı düşmez.”*⁷² Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının bir sonucu olarak kamu yararının önemli işlevlerinden biri de eşitlik ilkesinin sınırını belirlemek bakımından hukuksal statü oluşturmadaki yüklendiği işlevdir.

“Bazı kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı

⁷¹ 2001 tarihli anayasa değişikliğinin gerekçesi

⁷² Anayasa Mahkemesi, E: 1992\40, K: 1992\55.

*uygulamalar getirilmesini engellemez. Buna göre, eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülen kural, **haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı** amacıyla yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.”⁷³*

Kamu yararı ve haklı nedenin koşulları olarak; “*kamu yararı ve haklı nedenin a) anlaşılabilir b) amaçla ilgili c) makul ve adil olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kuralına aykırı hale gelebilirler.”⁷⁴*

Otonomi; Ekonomik kamu yararı bakımında özgürlüğün gördüğü işlevin benzerini bireysel otonomi kavramı da görmektedir. Özellikle bireylerin kendini ve amaçlarını gerçekleştirme imkân ve ortamının sağlanması otonominin en temel kavramsal gereklerindendir. Modern toplumlarda birey olarak kendi varlığını ve amaçlarını (hem ekonomik hem de diğer bütün alanlarda) gerçekleştirme imkânın kamu yararı bakımından en temel kıstaslardan birisidir.

Özgürlük ve otonomi ilkeleri kamu yararının haklarla olan ilişkisinin zeminini oluşturmaktadır. “Kişi haklarıyla toplumun yararı denge içinde olmalıdır.” Şeklindeki ifade ile Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında kamu yararı ile özgürlük ve otonomi ilkesinin uyumu kendini göstermektedir.

Demokrasi; Kamu yararı bakımından diğer bir sınır problemi **demokrasi** açısından söz konusu olmaktadır. Bütün siyasi sistemlerin varlık ve güç temellerini kamu yararına dayandırdıkları gibi çağımızın hâkim siyasi paradigmasının temeli olan demokrasi de meşruluğunu ve varlığının temelini kamu yararına dayandırarak açıklamaktadır. Demokrasinin kamu yararının bir gereği olarak kabul edilmesinden

⁷³ Anayasa Mahkemesi, E: 1992\22, K: 1992\40.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 1991\13, K: 1992\10.

sonra, tersten bir okuma ile artık kamu yararının sınırını da demokrasiye uygunluk oluşturmaktadır⁷⁵. Özellikle kamu yararının ne olduğunun belirlenmesi yöntemi açısından demokrasi en temel araç niteliğindedir.

Türkiye'nin günümüz anayasal sistemine bakıldığında kamu yararının belirlenmesine ilişkin temel yetkinin aşağıda da üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı üzere yasama organına ait olduğu anlaşılmaktadır⁷⁶. Yasama organının kamu yararını belirlemedeki temel meşruluk zeminini demokrasi ilkesi sunmaktadır.

Bu noktada demokrasi ve kamu yararının birlikte ele alınması kamu yararı üzerine birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Günümüzde demokrasi ile kamu yararının tesisi arasında hem teorik hem de pratik bakımdan zorunlu bir bağlantının olmadığı artık kabul edilmeye başlandı. Pratikte demokrasinin kamunun ortak yararından çok, belli grup veya kesimlerin çıkarına hizmet ettiği gözlemlenmektedir.

Kamu yararı bir yatırımın koşullarının, olası sonuçlarının ve ülke ekonomisine etkisinin önceden belirlenmesini zorunlu kılar. Bu belirlemeyi idarenin yapması zorunluluk olduğu gibi yargılama safhasında böyle bir belirlemenin ayrıca yapılması veya dikkate alınması da zorunludur. Böyle bir belirleme kamu yararı bakımından ön şart niteliğine sahip olduğundan bu belirlemenin yapılmaması bir iptal sebebi olarak değerlendirilmeli ya da yargılama safhasında böyle bir belirlemenin yapılarak sonuçları ile kamuya ekonomik katkının sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca böyle bir belirlemenin yapılmaması, **hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine** aykırı olacağından hem idarenin hem de yargının itibar kaybederek toplumsal meşruluklarını zedeleyecektir.

Kamu yararı, tüm idari tasarrufların bir unsuru olmaktan çok bir sonucu olarak ele alınmalıdır. Türk idari hukuku sisteminde idari rejimin benimsenmesi

⁷⁵ Önemle belirtmelidir ki, kamu yararının demokrasi ile ilişkisi varoluşsal bir ilişki olarak okunmamalıdır. Demokrasi kamu yararı hakkındaki belirlemelerin bir test edilmesi, toplumda var olan kamusal yararların belirlenmesi aracı olarak dikkate alınmalıdır.

⁷⁶ Yasayla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemek veya yasanın ülke gerçeklerine uygun olup olmadığını değerlendirmek yargı faaliyeti ile uyumsuz; bu bir siyasi tercih meselesidir ve yasa koyucunun takdirine aittir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1994\77, K: 1995\24.

dolayısıyla idari tasarrufların yargılanması sürecinde maksat unsuru olarak kamu yararının dikkate alınması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum kamu yararının sonuççu bakış açısı ile tespit edilmesine engel oluşturmamaktadır. Mahkeme yaptığı yargılamada objektif kriterleri dikkate alarak idarenin yaptığı tasarrufların kamunun ne kadar yararına olup olmadığını (tasarrufu yapan personelin veya idari birimin iradesini araştırmadan) sonuççu bakış açısı ile tespit edebilir. Kaldı ki idari işlemi yapan personel kişisel gayelerle bu işlemi yapmış olsa bile işlem ile elde edilen sonucun kamuya yararlı olması işlemin hukuka aykırı olmasına engel oluşturacaktır; diğer taraftan personel her ne kadar kamu yararı amacı ile işlemi yapsa da işlem sonuçta kamunun yararına olmayan neticeler doğuracaksa işlem hukuka aykırı olacaktır. Zira kamu yararının idare hukukunun temel prensipleri arasında yer alması ve gördüğü işlev sübjektif etkilerden sıyrılıp objektif kıstaslara göre değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Aynı şekilde kamu hizmeti gibi idari faaliyetlerde de kamu yararı faaliyetin bir unsuru değil; sonucu olmalıdır. Kamu yararının kavramsal doğasında yer alan somut olay odaklı olması ve sürekli değişmesi bunu gerektirir. Aksi halde hizmeti sunan ve yatırımda bulunan tarafların ideolojik ve sübjektif etkilerden sıyrılması mümkün değildir.

Kamu yararı öncelikle sektörel bütünlük içinde ele alınmalıdır; enerji gibi sektörlerin ülke ekonomisindeki yatırım politikalarına etkisi dikkate alınmadan sektörün bir cüz'ünün kamu yararı analizine tabi tutulması mümkün değildir.

Özel şirketlerin kar hedefi ile kamu yararının gereklerinin paralelliği ilkesi; özel sektörün yürüttüğü faaliyetlerde, şirketin kar hedefi ile zıtlaşan kamu yararını sağlamasını beklemek ekonomik olarak mümkün değildir.

Kamu yararı, öncelikli olarak yarara eşit olan toplumsal zararların giderilmesini gerektirir. Yani toplumsal zararların giderilmesi ile umumi menfaatlerin teminine yönelik yatırımların çatışması durumunda zararların giderilmesi öncelikli olmalıdır. Örneğin rekabet bozukluklarının önüne geçilmesi, idari borçlanmanın önlenmesi, piyasa aksaklıklarının giderilmesi ile yatırım

teşviklerinin çatışması durumunda, yatırım teşviklerine öncelik verilmesi kamu yararına aykırıdır. Çünkü zarar misli ile etki doğurur. İki toplumsal yarar çatıştığı zaman, daha büyük toplumsal yararı temin eden tasarruf tercih edilmelidir. Toplumsal yarar ne kadar büyük ise tercih sebebi o kadar yüksek olur.

Bu kapsamda kamu yararı, toplum içindeki yarar çatışmalarında, çoğunluğun azınlığı, sayıca çok olan kişilerin çıkarlarının sayıca az olan kişilerin çıkarlarına üstün tutulmasını ifade eder. Ancak, bazen çatışan yararlar arasında nitelik dengesi yoktur. Sayıca az olan topluluğun ya da bir tek kişinin çıkarı, çoğunluğun çıkarından çağdaş değer ölçülerine göre daha üstün olabilir. Ama aynı nitelikte çıkar ve haklar çatışırsa, gene sayısal çokluk ağır basacak, kamu yararı o yönde olacaktır⁷⁷.

İki eşit toplumsal yarardan birisinin tercihi idarenin takdirindedir. Bu gibi durumlarda idarenin takdiri, kamu yararının çatıştığı kişisel çıkarların ölçüsüne bakılarak yapılabilir.

Kamu yararı **anayasa** ve **kanunların** amacına aykırı olmamalı ve bunlara **uygun** olmalıdır. Kamu yararının kanun (ve anayasa) ile ilişkisi bakımından ortaya çıkan ilkeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz⁷⁸:

- Kanunun kamu yararına üstünlüğü ilkesi,
- Kamu yararının kanunu tamamlayıcılığı ilkesi,
- Kamu yararının kanun karşısındaki ikincilliği ilkesi.

Kamu yararı zaruri olmalıdır; Kamu yararı, toplumsal ilişkilerde genel hükümlere göre adil sonucun temin edilemediği durumlarda idarenin müdahalesini gerektirir. Bu sosyal adaletin bir gereğidir.

⁷⁷ Yayla, **İdare Hukuku I**, s. 74.

⁷⁸ Didier Truchet, **Les Fonctions de la Notion d'Interet General dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat**, Paris, 1977, s. 193-200. Ancak anayasayı kanundan farklı bir statüde değerlendirdiğimizde, kanun ile kamu yararı arasında kurulan bu ilkesel ilişki, idare hukuku bakımından geçerliliğini korumaya devam edecektir. Zira Türk hukuk sisteminde kanunların anayasaya aykırılığının esas bakımından Anayasa Mahkemesi aracılığıyla denetlenmesi söz konusudur ki, burada kanunların kamu yararına aykırılıkları bir iptal sebebi olabilmektedir.

III. Kavramın Gerekliliği Sorunu

Ekonomik kamu yararının gerekliliğini incelerken en önemli çıkış noktalarından birisi bu konudaki kuramlar hakkında kategorik ve toptancı bir anlayışa kaçmamak olacaktır. Bu kapsamda kavramı açıklamaya yönelik bir kuramı (Liberal veya komüniteryan yaklaşımlar gibi) bütün olarak kabul veya reddetmek yerine kavramın doğasına da uygun olarak somut olay odaklı yaklaşmayı tercih etmek daha uygun olacaktır.

Günümüzde Amerika'daki main-stream siyaset bilimcileri ve hukukçuları kendi kuramlarında kamu yararını eleştirmekte ve terk etmektedirler. Ancak ABD'deki yabancı bilim adamları arasında kamu yararı üzerine hala çalışmaların yapıldığını söylemek mümkündür. Oysa ABD'deki ikinci dünya savaşı yıllarındaki kamusal yaşamı düzenleyen dokümanlarda, kamu yararı en çok başvurulan kavramlardan biri idi.

Kamu yararı bakımından önem taşıyan sorulardan birisi de, 'idare hukukundaki kamu yararı teorisi çok sağlam eleştirilere rağmen hala niçin geçerliliğini ve cazibesini koruyor?' sorusudur.

Kamu yararı teorisine yönelik en önemli eleştiriler şu şekilde sıralanabilir⁷⁹:

- Kamu yararı çok geniş, öznel, üstü kapalı, bulanık ve belirsiz bir kavramdır⁸⁰. Diğer bütün eleştirilerin temelinde kavramın bu özelliğinin bulunduğunu ifade edebiliriz. Richard Flathman'a göre kamu yararının bu özelliği onun dışlanması için yeterli bir gerekçe olamaz ve ahlaki göndermeleri olan bütün kavramlarda benzer problemlerin varlığından bahsetmek mümkündür⁸¹.

⁷⁹ Bozeman, **Public Values and Public Interest**, p. 84.

⁸⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 25.

⁸¹ Flathman, **The Public Interest**, p. 13.

- Kamu yararı, zamana, mekâna ve muhatap kitleye göre değişen⁸² göreceli⁸³ ve farklı anlamlar yüklenen⁸⁴ bir kavramdır.
- Kamu yararının birçok uygulaması bakımından ahlaki, ekonomik ve siyasi tercihlerin etkisinden uzaklaşmak mümkün değildir. Kavramın çıkar gruplarının etkisi ile alınan kararları meşru hale getirme işlevi bulunmaktadır⁸⁵.
- Kamu yararını ölçmeye yönelik birçok çaba olmasına rağmen tam anlamıyla bir başarının elde edildiğinden bahsetmek mümkün değildir.
- Kavram hakkında yapılan bilimsel çalışmalar ve yargı kararları kendi aralarında birbirini destekleyici, tutarlı ve istikrarlı değildir.
- Bazı yazarlara göre kamu yararı bilimsel içerikten yoksundur. İçeriğinin önceden belirlenememesi nedeniyle bilimsel analize dayanıklı olmadığı, usdışı bir yapısının bulunduğu öne sürülmektedir⁸⁶.

Kamu yararının gerekliliği hakkında var olan yaklaşımları metodolojik açıdan şu şekilde sınıflandırabiliriz:

- Kamu yararını temel rasyonellik ilkeleri ve bireysel otonomi dolayısıyla bireyci düşünceye uymaması sebebiyle toptan reddeden görüşler,
- Kamu yararını bir nosyon olarak kabul eden ve gerekli gören görüşler.

Kamu yararını reddeden kuramların kamu yararının işlevini üstlenecek başkaca bir kurum önerememeleri yine kamu yararına dönüşü zorlamaktadır. Ancak kamu yararını reddedenlerin bu eleştiriye karşı yaklaşımları kamu yararının devletin

⁸² Anayasa Mahkemesi, E: 1972/14, K: 1972/34.

⁸³ Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 240.

⁸⁴ Keleş, “Kamu Yararı Üzerine”, s. 223.

⁸⁵ Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, s. 6.

⁸⁶ Örnek olarak bkz. L. Nizard, “A Propos de la Notion de Service Public: Mythes Etatiques et Representations Sociales”, **Recueil d’Études en Hommage à Charles Eisenmann**, Paris, Ed. Cujas, 1977, s. 91. Aktaran Akıllıoğlu, “Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler”, s. 11.

kutsanması, yüceltilmesi, dokunulmazlığı ve inanılabilirliği gibi amaçları gerçekleştirmek için varlığını koruduğu yönündedir⁸⁷.

IV. Kavramın Gerekçelendirilmesi Sorunu

Kamu yararının gerekliliği hakkındaki tartışmalara yol açan en önemli problemlerin başında temel rasyonellik ilkeleri ile ve bireysel otonomi ile çatıştığı düşüncesi yer almaktadır. Bu çatışmanın görünüşte olduğunu aslında kamu yararının temelde ne temel rasyonellik ilkeleri ile ne de bireysel otonomi ile çatışmayacak şekilde ele alınması mümkündür. Bu imkânı kamu yararının sosyal sözleşme yoluyla gerekçelendirilmesi ile araçsal olarak gerekçelendirilmesinin temin ettiğini söyleyebiliriz.

Kamu yararını sözleşme yoluyla temellendirme, idarenin ekonomik alanla ilişkisinde en temel felsefî argümanları bünyesinde taşıyacak bir kapasiteye sahiptir. Özellikle kamu hukukunun birçok dalında geçerliliğini hala koruyan ve hukuki metinlerle sınırlanması mümkün olmayan ölçülülük, makuliyet, rasyonalite, hukuki istikrar gibi ilkelerin temelini sosyal sözleşme düşüncesi ile açıklanması mümkündür. Bunun yanında kamu gücünün sosyal sözleşmeye dayanması, idarenin düzenleme araçlarından biri olarak sözleşmeyi daha çok tercih etmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından sözleşme temelli uyuşmazlık yöntemlerinin tercih edilmesi bunun en önemli göstergelerinden biridir. Böyle bir temel *surrender of judgement* (değerlendirme hak ve sorumluluğundan feragat etme) bakımından da bize yeterli felsefî dayanak sağlamaktadır. Yani sözleşme temelli gerekçelendirme hem dağıtım problemlerinin çözümünde hem de araçsal gerekçelendirmede zengin argümanları bünyesinde taşımaktadır.

Araçsal gerekçelendirme; Kamu yararının kavramsal ve normatif olarak ele alınışına göre değil, idare hukukundaki işlevine bakarak gerekçelendirilmesini temel almaktadır. Bu gerekçelendirme metodu kavramın doğasından kaynaklanan ve idare hukuku pratiklerinde ortaya çıkan temel işlevlerine kurucu bir anlam yüklemektedir.

⁸⁷ Akıllıoğlu, “Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler”, s. 11.

Kamu yararının kavramsal doğasından kaynaklanan işlevini tespitte belirleyici soru: kamu yararının idare hukuku içerisinde neye hizmet ettiğinin tespitinin kavramın gerekçelendirilmesinde yeterli olup olmadığına ilişkindir.

Bu soruna ilişkin olarak kavramın çift boyutlu bir özelliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz: kamu yararı idarenin toplumsal yararı sağlamasına hizmet etmektedir; kamu yararı toplumsal yararı sağlamaya hizmet etmekle hem bireylerin refah seviyesini yükseltmekte hem de bireylerin kendi tercihleri ile idareye bu tercih üstünlüğünü vermesini temin etmektedir. Bu sebeple kamu yararının gördüğü hizmet fonksiyonu hem bireysel otonomiye hem de temel rasyonalite ilkelerine uygun kabul edilebilir.

SONUÇ

Ekonomik kamu yararı kavramı, çok boyutlu bir kavramdır; hem birçok disiplinin temel kavramları arasında yer alır, hem de kendine özgü bazı felsefi özelliklere sahiptir. Kavramın hem hukuki, hem toplumsal yansıması, hem ekonomik ve hem de ahlaki-felsefi yansıması vardır. Bu sebeple kamu yararı kavramı, hem hukuk (başta idare hukuku olmak üzere), hem kamu yönetimi, hem ekonomi hem de felsefe alanlarında merkezi kavramlardan biridir. Kamu yararının bu çok boyutluluğu, doğasından kaynaklanan değişkenlik, soyutluk ve kolektiflik gibi özellikleri ve birbirinden çok farklı işlevler üstlenmesi gibi sebepler ortak kabul görmüş bir tanımının yapılmasının önündeki en önemli engellerdir. Ancak kamu yararının bu sebeplerle bilimsel çalışmalara konu olmaması veya hukuki ve felsefi muhakemeye konu edilmemesi kabul edilemez.

Kamu yararının tanımlanması ve kavramsal olarak analiz edilmesi kapsamında karşılaşılan en önemli tartışma noktalarından biri, kamu yararının idarenin üstünlüğünün en temel gerekçesi olarak kullanmasından kaynaklanan rasyonellik ve modern hukuk düşüncesinin temelinde yer alan bireysel otonomiyle zıtlasma sorunudur. Yani kamu yararı hakkındaki tercihlerin hukuki akıl yürütme ile doğrulanabilmesi problemi yanında bireysel çıkarla kamu yararının çatışmasında kamu yararının tercih edilmesinden kaynaklanan problemler kavramsal analizin en önemli tartışma noktalarını oluşturmaktadır. Bu sorunların çözümüne yönelik çalışmanın birinci bölümünde ulaşılan sonuçları şu şekilde ifade etmek mümkündür:

- Günümüzde kamu yararı bireysel çıkarı dışlayan, tamamen yok sayan veya kamu yararına bireysel çıkardan başka ve ondan daha üstün bir anlam yükleyen anlayışla ele alınamaz,
- Kamu yararı ile bireysel çıkar ilişkisinde, kamu yararı temelde ya bireysel çıkarlara dayanmalı, ya bireysel çıkarlara uygun olmalı ya da görünüşte bireysel çıkarlara aykırı olsa da en azından bireysel çıkarın yöneldiği gayelerle bir şekilde bağdaşarak bireysel otonominin gerçekleşmesinin önünde engel teşkil etmemelidir.

- Çatışan yararlar üzerinden yapılan tercihler olarak kendini gösteren kamu yararı probleminde günümüzde benimsenen ve öne çıkan çözüm kamu yararının biçimsel boyutu ile ifade edilebilir. Yani yarar çatışmalarında sayıca çok olan kişi grubunun yararının tercihteki üstünlüğü ile bazı yararların niteliksel üstünlüğünü belirleme yetki temelde yasa koyucuya aittir. Bu durum temsil yoluyla kamu yararının ölçülmesini temin ettiğinden demokrasi kuramlarına göre temel rasyonellik ilkelerine aykırı değildir.
- Aynı şekilde kamu yararının temel rasyonellik ilkeleri ile olan bu uygunluğu, kamu yararının toplumsal dönüşüm aracı olarak kullanılmasının önündeki en önemli engellerden biridir. Yani, bu çalışmada kamu yararı hakkındaki tercihler, kamu yararının toplumsal dönüşümde etkin bir kavram ve kurum olarak kullanılmasını kabul etmemektedir.
- Bu sebeple kamu yararı sosyal olayları açıklarken, sosyal olay ve olguların bir aktörü olarak değil daha çok bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Yani kamu yararı sosyal olgular karşısında, en azından kamu yararının içeriğinin belirlenmesi noktasında, daha çok edilgen bir yapıya sahiptir.
- Ayrıca kamu yararının temel misyonunun toplum içerisinde yaşayan bireylerin yerleşmiş toplumsal kurumlara uygun çıkarlarının yükseltilmesine ve geliştirilmesine hizmet etmesi gerekliliği, temel rasyonellik ilkeleri ve bireysel otonomi ile çatışmasının önündeki en önemli engellerden biridir.

Kamu yararının içeriğinin hukuk-ekonomi ilişkisi bakımından ele alınmasında da temel rasyonellik ve bireysel otonomi ile çatışması hakkında çözüm yöntemleri merkezi problem olarak yerini korumaktadır. Ekonomik açılımların bu noktadaki en önemli katkılarından biri bireysel çıkarların kamu yararı ile ilişkisinin rasyonelleştirilmesindeki etkisidir. Ekonomide kullanılan bazı matematiksel yöntemlerin kamu yararının içeriğinin belirlenmesinde kullanılması, kamu yararının doğasından kaynaklanan sürekli değişen bir yapıya sahip olma, soyut ve kolektif bir yapıya sahip olma gibi özelliklerin olumsuz etkisinin bertaraf edilmesinde yapıcı bir etkiye sahiptir.

Ekonomi – hukuk ilişkisinde ekonomik kamu yararının yeri, ekonomideki temel amaç olan verimliliğin sağlanması gayesi ile hukuktaki temel amaç olan

adaletin sağlanması arasındadır. Ekonomik yöntemlerin sosyal ve ekonomik olgulardaki aritmetik eşitliğe yönelen yapısı ile hukukun daha çok statü ve geometrik eşitliğe dayanan yapısı arasında kamu yararı bazen ekonominin gereklerini gerekçe göstererek eşitlik temelli adalet ile zıtlaşmakta, bazen de adaletin gereklerini gerekçe göstererek aritmetik eşitlik ile zıtlaşmaktadır. Ayrıca kamu yararının adalet ile ilişkisinde önemli çıkarımlardan biri de kamu yararının eşitlik ve hakkaniyet temelli adalet düşüncesinden çok sosyal ve dağıtıcı adalet düşüncesine dayanmasıdır. Çünkü kamu yararı uygulamada kamulaştırmada olduğu gibi bazı toplumsal sebeplerle daha çok bir hak ihlalinin gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ekonomik kamu yararı sosyal ve ekonomik yaşamda işlevsel bakımdan ya idarenin işlem maliyetlerinin olabildiğince azaltılmasını ya da idarenin ekonomiye ekonomik faaliyetleri ifa ederek veya bunları düzenleyerek müdahale etmesinin bir gerekçesini ifade etmektedir.

Ekonomik kamu yararının yukarıdaki iki temel işlevinin yanında idare hukukunun dönüşümünde kullanılan en temel gerekçelerden birini teşkil etmesi bakımından önemli işlevlere sahiptir. Bunun en açık göstergelerinden biri AB mevzuatının ve Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin idare hukukunun kamu hizmeti gibi temel kurumlarını klasik ifade biçimleri ile kullanmaktan kaçınıp 'genel yarar hizmetleri' şeklinde kamu yararı ile açıklamasıdır. Böyle bir açıklama biçiminin temel amacı idare hukukunun kamu hizmeti gibi temel kurumlarının klasik yapısından kaynaklanan hukuki ve ekonomik sorunların bertaraf edilmesidir. Sonuç olarak günümüzde kamu yararının bu şekilde kullanımının iki temel sonucunun bulunduğunu söyleyebiliriz:

1. Kamu yararı idare hukukunun kamu hizmeti ve kolluk gibi temel kurumlarının hukuki yapı olarak devlete ve idareye üstünlük veren klasik özelliklerinin yıpratılmasına, törpülenmesine ve birey veya idarenin karşısında yer alan muhataplar lehine dengelenmesine sebep olmaktadır. Kamu yararı idare hukukunun doğduğu ve geliştiği dönemlerde idareye ve devlete üstünlük ve güç veren kurumların gerekçesi olarak işlev üstlenirken, günümüzde bu işlevinin tersine bir konum alarak kurduğu ve

geliştirdiği kurumların yapısal olarak dönüşümüne sebep olmaktadır. Artık kamu yararı, idarenin üstünlüğünü meşrulaştıran bir etmen olarak kullanılmaktan ziyade idare karşısında bireyin ve tercihlerinin korunmasına yönelik bir hukuki zeminin hazırlanmasında gerekçe olarak kullanılmaktadır.

2. Kamu yararının bu birinci işlevinin zıddına, kamu yararı idare hukukunun müdahale ve düzenleme alanının genişlemesinde de bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu yararının böyle bir işlevi üstlenmesi idare hukukunun günümüzde önemini ve kapsam alanını oldukça artırmaktadır. İdarenin üstünlüğünü gerekçelendiren kamu yararının yerini alan günümüzdeki bu işlev, idare hukukunu özel hukuka yaklaştırmakta ve özel hukukun etkinlik alanlarına doğru kaymasına, müdahalesine gerekçe teşkil etmektedir. Örneğin artık idare yürüttüğü birçok faaliyeti pratik gereklilikler sebebiyle ya özel hukuk kişilerine gördürmekte ya da özel hukuk kişileri ile birlikte faaliyetlerini yürütmeyi tercih etmektedir. Böyle bir durum hem kamu hizmetinin klasik yapısındaki dönüşüme hem de özel hukuk kişilerinin aktivitelerine müdahale sonucunu doğurmaktadır.

Kamu yararının bu işlevlerinin temelinde, ekonomik kamu yararının temel gerekleri ile idare hukukundaki uygulaması arasında, ekonomik kamu yararının idare hukukundaki işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmesi ve kavramın gerekliliği açısından, bir birlik kurulması zorunluluğunun bulunduğunu söyleyebiliriz.

Kamu yararının işlevinde hem kamu hizmetinin dönüşümü hem de düzenlemenin dönüşümünde kamu yararının çift yönlü işlevi: hem kamu hizmetinin ve regülasyonun klasik kurumsal kapsamını daraltıyor, hem de uygulama alanını genişletiyor. Kurumsal kapsamının daraltılması, işletme tekniklerinin idare hukuku kapsamına girmesi gibi bir etkiye sahiptir. (bunu daha çok neo-liberal teoriden etkilenerek yapıyor).

Türk idare hukuku uygulamasında kamu yararının ele alınış biçiminin genel olarak şu şekillerde karşımıza çıktığını söyleyebiliriz:

1. Kamu yararının anayasanın ve kanunların ön gördüğü ve düzenlediği temel tercihlerle somutlaştırılması.
2. Kamu yararının soyut, bireysel çıkarlardan farklı ve üstün bir içeriğe sahip olarak ele alınması.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın birçok kararında kamu yararının birinci içerikte ele alındığını söyleyebiliriz. Ancak kamu yararına var olan hukuki durumun tersine bir işlev yüklenmek istendiğinde, 1789 Fransız İhtilalinden esinlenen bir perspektifle kamu yararının üstünlüğü ön kabulüne dayalı olarak daha çok ikinci kullanım biçimi ile karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Kamu yararının birinci ele alınış biçiminde daha çok kamu yararının gereklerinden, yasal ve anayasal düzenlenişinden bahsedilebilir. Örneğin kamu hizmeti ve kolluk olarak kamu yararının ele alınması bu şekilde değerlendirilebilir. Ancak kamu yararının ikinci ele alınış biçiminde daha çok mevcut hukuki düzenlemeler ile kamu yararının tesis edilemeyeceği anlayışı mevcuttur. Bu sebeple kamu yararı ikinci ele alınış biçiminde daha çok pozitif hukuki metinlerin öngördüğünün zıddının gerekçelendirilme aracıdır. Örneğin, uygulamada kamu yararının 'şehircilik, planlama esasları ve kamu yararı' ile 'hizmet gerekleri ve kamu yararı' şeklindeki sıklıkla kullanılan içeriğinin ikinci kullanılış biçimine daha uygun olduğu söylenebilir.

Günümüzde Türk idare hukuku uygulamasında kamu yararının birinci ele alınış biçimi ile kullanımı, kullanım alanlarına bakıldığında, işlevsel olarak bir zorunluluk değildir. Kamu yararının hem belirlenmesindeki yasama organının kurucu işlevi bu sonuca sebep olmakta, hem de yargı organının kamu yararı kavramına ve kapsamının tespit edilmesine ilişkin temel ilkelere yönelik belirlemeden kaçınması böyle bir sonucu desteklemektedir.

Kanaatimizce kamu yararının ikinci ele alınış biçiminde, bilanço ilkesinde olduğu gibi kamu yararının içeriğinin ekonomik ve matematiksel verilerle somutlaştırılması gerekliliği söz konusudur. Aksi halde kamu yararına ilişkin ideolojik ve siyasi etkilerin hukuki problemler üzerinde özne olması gibi bir sonuç doğacaktır ki bunun hukuki akıl yürütme kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Kamu yararının içeriğinin tespitinde yasal düzenlemelerin esas alınması üzerindeki en önemli kuşku, yasaların soyut ve kişilik dışı özelliğinin somut özellikli olan kamu yararının belirlenmesinde ne derece kabul edilebilir olduğuna ilişkindir. Gerçekten uygulamada yasanın bir kuralı uygulayana ve somut duruma göre birbirine taban tabana zıt iki farklı sonuca sebep olabilmektedir. Kamu yararının yasal düzenlemelerle somutlaştırılmasındaki bu sorunun en temel sebeplerinden birinin Türk hukuk uygulamasında içtihâdi yorum kıstasları hakkındaki hukuk eğitiminde ve uygulamasındaki yetersiz altyapı olduğunu söyleyebiliriz.

Kamu yararına ilişkin kapsayıcı bir bakış açısının benimsenmesi kanaatimizce günümüzdeki Türk hukuk sisteminde, kamu yararının biçimsel, kavramsal ve normatif boyutlarından birinin merkeze alınması ve bunun yanında en azından diğer boyutları hakkında rasyonel sonuçlar üreten bir tercih bütünlüğünün sağlanması çok önemlidir. Bu çalışmada kamu yararı hakkındaki tercihlerimizde kamu yararının kavramsal ve normatif boyutları hakkında çeşitli tespitlerde bulunularak biçimsel boyutunu merkeze almak amaçlanmıştır. Kamu yararı sorunsallarında biçimsel boyut merkezli çözüm yöntemleri tek başına ele alındığında özellikle içtihâdi yorum konusunda belli bir standardın oturmaması sebebiyle, ideolojik ve siyasi sorunlardan kaçınılamamaktadır. Bu sebeple kamu yararı hakkında yapılan analizlerin her üç boyutun birbirini destekleyecek bir bütünlük içinde ele alınması gerekliliktir.

KAYNAKÇA

- A. Mitchell Polinsky, **An Introduction to Law and Economics**, 2nd edition, Little Brown & Co Law & Business, Boston, 1989.
- Akalın, Güneri: “Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi”, **AYD**, C. 11, 1994.
- Akgüner, Tayfun: **Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri**, İstanbul, 1979.
- Akıllıoğlu, Ethem: "Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri ile Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar", **Rekabet Dergisi**, 2005, S. 21, s. 22-57.
- Akıllıoğlu, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı**, Yıl: 9, Sayı: 1-3, 1988.
- Aktan, Coşkun Can: **Anayasal İktisat**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002.
- Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat – Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 4. bs., Seçkin, Ankara, 2013.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Bilgi Bankası**: <http://www.anayasa.gov.tr/>
- Anderheiden, Michael: **Gemeinwohl in Republik und Union**, Jus Publicum, Mohr Siebeck, 2006.
- Artuk, Levent: “İdari Yargı Yönünden Mülkiyet Hakkının İncelenmesi ve Sınırlamaları”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 40, Sayı: 124, 9-11 Haziran 2010.
- Atik, Selda: “Post Otistik İktisat Çerçevesinde Küresel Ekonomik Kriz Ve Neo-Klasik İktisat İlişkisi”, **Anadolu Uluslararası İktisat Kongresi**, 17-19

Haziran 2009, Eskişehir, Çevrimiçi:
http://econ.anadolu.edu.tr/fullpapers/Atik_econanadolu2009.pdf

Atiyas, İzak: “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”,
Rekabet Dergisi, Mart 2000, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 29-39.

Atiyas, İzak – Oder, Burak: **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**,
TEPAV, Ankara, 2009.

Austin, John: **Lectures on Jurisprudence: or the Philosophy of Positive Law**,
(with an Introduction) Ed. by. Robert Campbell, John Murray, London,
1913.

Ayaydın, Cem: **1982 Anayasası Çerçevesinden Kamu Yararı Kavramı ve
Anayasa Mahkemesi**, XII Levha, İstanbul, 2010.

Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku 1. Cilt**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara,
1972.

Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş I**, TODAİE, Ankara, 1970.

Barry, Norman P.: **Modern Siyaset Teorisi**, 3. bs, Liberte, İstanbul, 2012.

Bator, Francis M.: “The Simple Analytics of Welfare Maximization”, **American
Economic Review**, Vol. 47, No. 1, 1957, pp. 22-59.

Benderli, Zeynep Zafir – Görenel, Zeki İlker: “Neoliberal Ekonomi Politikalarının
Latin Amerika üzerindeki Etkileri” **Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi**,
Yıl 2006, Cilt XXI, Sayı 1, s. 183-201.

Bentham, Jeremy: **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**,
Clarendon Press, Oxford, 1907.

Berkarda, Kemal: “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İHİD**, S. 1-3, C. 13, 2000,
s. 87-107.

- Bilgen, Pertev: **İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.
- Bozeman, Barry: **Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism**, Georgetown University Press, Washington D.C., 2007.
- Brenner, Robert: “Dünya Kapitalizminin Yaklaşan Krizi: Neo-Liberalizmden Buhrana mı”, Çeviren: Pınar Bedirhanoğlu, **Birikim 119**, 1999, s. 88-95.
- Bulaç, Ali: “Kentte İzdiham”, **Zaman Gazetesi**, 10 Haziran 2013, (Çevrimiçi: http://www.zaman.com.tr/ali-bulac/kentte-izdiham_2098866.html)
- Can, Burcu: **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.
- Cessas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razi: **el-Fusul fi’l-Usul**, C: IV, Thk. Acil Casim en-Neşmi, İstanbul, 1994.
- Coleman, Jules L.: “Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”, **California Law Review (Symposium: The Jurisprudence and Social Policy Program)**, Vol. 68, No. 2, March 1980, pp. 221-249.
- Coleman, Jules L.: **Markets, Morals, and the Law**, Cambridge University Press, Cambridge, Massashusetts, 1988.
- Connolly, William E.: **The Terms of Political Discourse**, 3. bs., Princeton University Press, Princeton, 1993.
- Cooper, T.: **An Ethic of Citizenship for Public Administration**, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1991.
- Çakmak, Münci: **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013.

Çeçen, Aydın: “Rasyonel Eylem Aksiyomatik Bilgi ve Homo Economicus”, **İktisat Üzerine Yazılar I**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

Danıştay Kararları Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr/>

Demir, Abdullah: **Mecelle ve Külli Kaideler**, Işık Akademi, İzmir, 2011.

Dewey, John: **The Public and its Problems**, New York, Holt, 1927.

Diamond, M.: “Ethics and Politics: the American Way”, in **The Moral Foundations of the American Republic**, Ed. by. R.H. Horowitz, University Press of Virginia, Charlottesville, Virginia, 1977.

Doğanay, Ümit: “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık**, Yıl: 12, Sayı: 7, 1974, s.5-7.

Duran, Lûtfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.

Duran, Lûtfi: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler” **Amme İdaresi Dergisi**, C: 30, S:1, Mart 1997, s. 3-10.

Duran, Lûtfi: “Türkiye’de Planlamanın Hukuki Rejimi”, **Amme İdaresi Dergisi**, TODAİE, Cilt: 8 Sayı: 3, 1975.

Duran, Lûtfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE, Ankara, 1974.

Dündar, Erol: “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay'ı İçtihatlarına Göre)”, **Danıştay Dergisi**, S: 12-13, Ankara, 1974, s.43-71.

Ege, Yavuz: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, **Rekabet Dergisi**, Sayı 9, Ocak-Şubat-Mart 2002, s. 3-19.

Elektrik Piyasası Uygulama El Kitabı, Çevrimiçi:

http://www.epdk.gov.tr/documents/elektrik/rapor_yayin/EPD_UygulamaEl_kitabi_2002_Eylul.pdf

el-Kevseri, Muhammed Zahid: **Hanefi Fıkının Esasları,** Çev: Abdulkadir Sofuoğlu, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 1991.

Emek, Uğur: **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması,** DPT, Ankara, 2002.

Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi,** 9. bs., Siyasal, Ankara, 2012.

Erkut, Celal: **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi),** Kavram, İstanbul, 1996.

Flathman, Richard E.: **The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics,** Willey, Basic Boks, New York, 1966.

Fletcher, George P.: **The Basic Concepts of Legal Thoughts,** New York, 1996.

Gezim, Gürkan: “Kıyıların Toplum Yararına Kullanılması Alternatifleri Üzerine”, **Mimarlık Dergisi,** Yıl: 14, S: 147, 1976, s. 59-63.

Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev: **İdare Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.

Giritli, İsmet: **Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması: İdari Tasarrufların Maksat Unsurundaki Sakatlık,** İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957.

Giritli, İsmet; v.d.: **İdare Hukuku,** Der Yayınları, İstanbul, 2012.

Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukuna Giriş,** 18.bs, Ekin, Bursa, 2011.

Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut: **İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar,** 7. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

- Guerrien, Bernard: **Neo-Klasik İktisat**, çev. Ertuğrul Tokdemir, İletişim Yayınları, İstanbul, 1999.
- Gülan, Aydın: “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 2000, s. 23-32.
- Gülan, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, S: 1-3, Yıl: 9, 1988, s. 147-161.
- Gülan, Aydın: “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk – Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 140-154.
- Gülan, Aydın: **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, (Yüksek Lisans Tezi: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 1987.
- Gülan, Aydın: **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Alfa, İstanbul, 1999.
- Gülan, Aydın – Berkarda, Kemal: “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 377-403.
- Gürler, Sercan: **Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Gürsel, Meltem Kutlu: “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, **DEÜHFD Prof. Dr. İrfan Başbuğ Armağanı**, (Özel Sayı), C: 7, 2005, s. 493-554.
- Hart, H. L. A.: **The Concept of Law**, (with a Postscript) Ed. by. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, 2. bs., Oxford UP, Oxford, New York, 1994.
- Hayek, F. A.: **Law, Legislation, and Liberty**, Routledge, London, 1998.

- Hayek, F. A.: **The Counter Revolution of Science**, Collier-Macmillan Limited, London, 1952.
- Hicks, John R.: “The Rehabilitation of Consumer’s Surplus”, **Review of Economic Studies**, Vol. 8, 1941, pp. 108-116.
- Hohfeld, Wesley Newcomb: **Fundamental Legal Conception: An Applied in Judicial Reasoning**, Yale University Press, New Haven, 1919.
- Holmes, O. W.: “The Path of Law”, **Harvard Law Review**, Vol. 110, No: 5, 1997.
- Işıқтаç, Yasemin: **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.
- Kahneman, Daniel – Tversky, Amos: “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk” **Econometrica**, Volume 47, No 2, 1979, pp. 263-291.
- Kalaycı, Nazile: “Kamusal alan kavramı üzerine bir inceleme: Aristoteles-Marx-Habermas”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi)**, Ankara, 2007.
- Kaldor, Nicholas: “Welfare Propositions of Economic and Interpersonal Comparisons of Utility”, **Economic Journal**, Vol. 49, 1939, pp. 549-552.
- Karakaş, Eser: “Devlet-Ekonomi İlişkileri Üzerine Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi**, S: 36, 1994, s. 164-170.
- Karan, Nur: “Kamu Malları”, in Turan Yıldırım v.d., **İdare Hukuku**, 5. bs., XII Levha, İstanbul, 2013, s. 320-360.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, XII Levha, İstanbul, 2011.

Kaya, Cemil: **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, XII Levha, İstanbul, 2011.

Kazancı İctihat Bankası: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

Keleş, Ruşen: "Kentleşme ve Kamu Yararı", **Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar**, İÜLAEMMA, İstanbul, 1989, s. 88-121.

Keleş, Ruşen: "Kentleşme ve Kamu Yararı", **Ekonomi ve Hukuk Kongresi**, Türkiye Barolar Birliği, 1975.

Keleş, Ruşen: "Kıyılar ve Toplum Yararı", **Türkiye I. Dünya Şehircilik Günü Kıyılar Kolokyum**, Aralık, 1983, s. 14-26.

Keleş, Ruşen: "Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı", **SBF Dergisi**, Cilt: 44, Sayı: 1-2, Ocak-Haziran, 1989, s. 39-62.

Keleş, Ruşen: "Kamu Yararı Üzerine", **Prof. Dr. Bedia Akarsu'ya Armağan**, Ed. Betül Çotuksöken ve Doğan Özlem, İnkılap, İstanbul, 2000, s. 215-230.

Keleş, Ruşen: "Kent ve Çevre Değerleri Bağlamında Kamu Yararı Kavramı", **1-3 Mekân Planlama ve Yargı Denetimi**, Derleyen: Melih Ersoy, Çağtay Keskinok, Yargı, Ankara, 2000.

Keleş, Ruşen: "Profitopolis ve Kamu Yararı", **Yapı**, Mayıs-Haziran, 1974, s. 39-41.

Kirman, Ahmet: "Ekonomik Temelli Kararlar ve Yargı", **Danıştay 2005 İdari Yargı Sempozyumu**, Çevrimiçi: <http://www.danistay.gov.tr/sempozyum/2010/3.html> (15/08/2013).

Korkut, Yakup Levent: "Hukuki Çıkarım ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1994.

Kymlicka, Will: **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2004.

Locke, John: **Hoşgörü Üstüne Bir Mektup**, (Çevrimiçi: <http://www.liberal.org.tr/incele.php?id=NjU0>), (28/05/2013).

Mathis, Klaus: **Efficiency Instead of Justice Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**, Trans by: Deborah Shannon, Springer, 2009.

McIntyre, Alasdair: **After Virtue: A Study in Moral Theory**, 2.edt., University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984.

McSwite, O.C.: “The New Normativism and The Discourse Movement: A Meditation”, **Administrative Theory and Praxis**, Vol. 20, 1998, pp. 377-381.

Metin, Sevtap: “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, **İÜHFM**, C: LXII, S:1-2, İstanbul, 2004, s. 165-207.

Miller, Arthur S.: “Foreword: Public Interest Undefined”, **Journal of Public Law (Fundamental Conception of Public Law Symposium, No:1)**, Vol.10, Issue 2, Fall 1961, pp. 184-202.

Monypenny, Phillip: “A Code of Ethics as a Means of Controlling Administrative Conduct”, **Public Administration Review**, Vol. 13/3, 1953, pp. 184–87.

Morgan, Douglas F.: “The Public Interest”, in **Handbook of Administrative Ethics**, Second Edition, Ed. by. Terry L. Cooper, Marcel Dekker, New York, 2001.

Muter, N. B. – Gökbnar, R.: “Devletin Etkinliği ile İlgili Ekonomik, Politik, Kültürel Teoriler”, **Sosyal Bilimler**, C: 1, S: 1, 2003.

- Nizard, L.: “A Propos de la Notion de Service Public: Mythes Etatiques et Representations Sociales”, **Recueil d’Études en Hommage à Charles Eisenmann**, Ed. Cujas, Paris, 1977.
- Nozick, Robert: **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- Oğuz, Fuat: “Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Üzerine”, **Hukuk – Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Der. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 176-210.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: I, II, III, 3. bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Perçin, Önder: “Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması”, **AÜHFD**, S: 59/2, 2010, s. 277-307.
- Posner, Richard A. – Parisi, Francesco: ‘Law and Economics: An Introduction’, in **Law and Economics**, Ed. by.: Richard A. Posner ve Francesco Parisi, Edward Elgar, Ashgate, 1997, pp. 3-57.
- Posner, Richard A.: “Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations”, **Ratio Juris**, Vol. 17, No. 1, March 2004, pp. 66–79.
- Posner, Richard A.: “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, **The Journal of Legal Studies**, Vol. 8, No. 1, 1979, pp. 103-140.
- Posner, Richard A.: **Economic Analysis of Law**, 7th Edition, Aspen Publishers, 2007.
- Posner, Richard A.: **Overcoming Law**, Harvard UP, Cambridge, Massachusetts, 1995.
- Posner, Richard A.: **The Problem of Jurisprudence**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990.

Rawls, John: **A Theory of Justice**, Oxford UP, Oxford/New York, 1999.

Rawls, John: **Political Liberalism**, Columbia UP, New York, 1993.

Redford, Emmette: “The Protection of the Public Interest with Special Reference to Administrative Regulation”, **American Political Science Review**, Vol. 48/4, 1954, pp. 1103–13.

Samuelson, Paul A.: **Economics: An Introductory Analysis**, 6.bs., McGraw-Hill, New York, 1964.

Savaş, Vural Fuat: “İktisat Politikası Anayasası”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 5, 1988.

Schubert, Glendon A.: “Is There a Public Interest Theory?”, in **The Public Interest Nomos No. 5**, Ed. by. Carl J. Friedrich, Atherton, New York, 1962, pp. 162-176.

Schubert, Glendon A.: **The Public Interest: A Critique of the Theory of a Political Concept**, Glencoe, 1960.

Sevaioğlu, Osman: “Ulusal ve Maliyet Esaslı Tarifeler”, Çevrimiçi: <http://www.eee.metu.edu.tr/~sevaiogl/Maliyet%20Esasli%20Tarifeler.htm>

Sierra, Josê Luis Buendia: **Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law**, Oxford UP, New York, 1999.

Simon, Herbert A.: “Rational Decision making in Business Organizations” **The American Economic Review**, Vol. 69, 1979, pp. 493-513.

Smith, Adam: **The Theory of Moral Sentiments**, Liberty Classics, Indianapolis, 1976.

Solow, Robert M.: “Economic History and Economics”, **The American Economic Review**, Vol. 75, No 2, 1985.

- Stern, John: “Regulation or Contract for Utility Services: Substitutes or Complements? Lessons from UK Railway and Electricity History”, **Policy Reform**, Vol. 6/4, 2003, pp. 192-215.
- Şahin, Cenk Yaşar: **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, XII Levha, İstanbul, 2010.
- Şimşek, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 2012, S: 42, s. 177-201.
- Tan, Turgut: “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, **AİD**, S. 2, 1975.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE, Ankara, 1984.
- Tekeli, İlhan: “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, **Planlama**, C: 8, S: 2, 1988.
- Topuzkanamış, Engin: “Max Weber’de Ekonomik, Hukuk ve Rasyonalite”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 14, S: 2, 2012, s. 253-274.
- Truchet, Didier: “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, Çev: E. Ethem Atay, in **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 357-375.
- Truchet, Didier: **Les Fonctions de la Notion d’Interet General dans la Jurisprudence du Conseil d’Etat**, Paris, 1977.
- Truchet, Didier: **Nouvelles Recentes d’un Illustre Vieillard Label de Sercice Public et Statut du Sercive Public**, AJDA, 1982.

- Tullock, G.: “Public Choice”, in **The New Palgrave Dictionary of Economics**, Ed. by.: John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman, The Mcmillan, London, 1987, pp. 104-144.
- Tunaya, Tarık Zafer: **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1980.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi: “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, **HFSA**, Sayı: 8, 2003.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi: **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- Ulusoy, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- Vedel, G. – Delvolvé, P.: **Droit Administratif**, 10. bs., PUF, Paris, 1988.
- Vedel, George: **Droit Administratif**, Paris, 1964.
- Weber, Max: **Bürokrasi ve Otorite**, Çev. H. Bahadır Akın, Adres, Ankara, 2005.
- Wilson, Woodrow: **The Study of Administration**, (Reprinted 1913), Public Affairs Press, Washington DC, 1955.
- Wright, D. – Hart, D.: "The Public Interest: What We Are Now Leaving Our Posterity", **Administrative Theory and Praxis**, Vol. 18, 1996, pp. 14-28.
- Yasin, Melikşah: “Kamu Hizmeti”, in Turan Yıldırım v.d. **İdare Hukuku**, 5. bs., XII Levha, İstanbul, 2013, s. 477-530.
- Yasin, Melikşah **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Bs., Beta, İstanbul, 2007.
- Yaşar, Hasan Nuri: **İmar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Yayla, Yıldızhan: “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, **İÜHFEM**, C: XXX, S: 3-4, s. 1034-1048.

Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010.

Yayla, Yıldızhan: **Köye Hizmet Teşkilatı: Yeni Bir Kuruluş Denemesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Yıldırım, Turan: “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **Anayasa Yargısı**, No: 18, 2001.

Yıldırım, Turan: “Yasama Yetkisinin Sınırı, Hukuk Devleti, Kamu Yararı, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması”, **Hukuk Araştırmaları**, C: 2, S: 2.

ÖZGEÇMİŞ

Halit Uyanık, 2004 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans öğrenimini tamamlamıştır; 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans derecesi almış ve aynı yıl aynı anabilim dalında başladığı doktora programına hala devam etmektedir. Ayrıca Halit Uyanık, Aralık 2005 tarihinden beri araştırma görevlisi olarak çalışmakta olup halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisidir.