

# KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK: KAVRAM VE ÖLÇÜT KARMAŞASI

Esin Örücü\*

## BAŞLARKEN

Kamulaştırma ve özelleştirme, siyasal felsefe ve zamanın modasına göre giden ve gelen yöntemler olarak kişinin mallar ve hizmetler karşısındaki durumunu etkilemekte. Kişinin hukuk karşısındaki durumu ise kamu hukuku-özel hukuk ayırımının yargı yerlerine de yansmasıyla biçim değiştirmekte.

1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Enstitüsü'nde göreve başladığımda, aralarında Sayın Profesör İsmet Giritli'nin de bulunduğu, her birinin adının ayrı ayrı ağırlığı olan hocalarımızın da katkılarıyla idare ve kişi arasında bir denge kurmaya çalışırken, idare ve devletin ağır bastığı bir hukuk sistemi içinde olduğumun bilincine çok yıllar sonra vardım. Kamu düzeni, kamu yararı, kamu hizmeti gibi kavramların her zaman korunulması gerektiğine inanan; kişinin, kendisine kamu hizmetleri sunan, yaşamını kolaylaştıran ve her zaman güçlü olması gereken bir idare ve kamu gücü ile donanmış devlet memurları karşısında güçsüz ama korunan ve bir yerde de bu kavramlar önemini yitirirse her an idareyi ve hukuku istismar edeceği kanısıyla donanmış bir hukukcu olarak yetiştim.

Hakların özü, hakların düzenlenmesi ve sınırlanması tartışmalarına doçentlik tezimde yer verirken, sınırsız haklar, öze dokunulmama konularını işlemiş ve taşınmaz mülkiyeti hakkının sınırlanmasının sınırlanması ve kamu hukukunun güçsüz kişi karşısındaki devasa gücü ile karşı karşıya gelmişim. Yine de kamu yararına kişi çıkarının ve hatta haklarının sınırlanması konusunu,

---

\* Profesör Dr., Glasgow ve Rotterdam Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk Profesörü.

öz kavramı hariç, gerekli ve tartışılmaz üstünlüğü olan bir ilke olarak düşünmüştüm. Tek derdim, hakkın kullanılmaz hale gelmesine meydan vermemektir. Ama, idarenin iyi niyetinin varlığının tartışmalı olduğu, yetki saptırmasının olağandan sayıldığı, kamu yararı kavramının arkasına sığınarak kişi haklarının engellenebileceği, önde gelen kaygılarımdan değildi.

1976'da 'common law' ortamına yerleştikten sonra idare hukuku, dolayısıyla kamu hukuku-özel hukuk ayırımına başka bir gözle bakmaya başladım. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımı Kara Avrupası sistemlerinin bazılarında bütün şaşaaası ile sürerken, bazılarında önemini yitirmeye başlamıştı. Şaşılacak bir rastlantı ile de 'common law' da kamu hukuku ve idare hukuku kavramları, bir zamanlar hiç görünmemekte olmalarına rağmen hukuk diline girmekteydi.

Hangi ilkelerden hareketle bu ayırım kabul edilmekte idi ve sonunda kişinin yararına mıydı, zararına mıydı bu ayırım? Bu ayırım kimi koruyordu? Bu çok önemli soruların cevaplarını ararken hem Fransa'da hem Britanya'daki gelişmelere bakmaya karar verdim.

**I- Türk İdare Hukukunun kaynağı olması nedeniyle bizim için özel önemi olan ve aynı zamanda gerek Kara Avrupası hukuk sistemlerinin bazılarında, gerekse Avrupa Topluluk Hukukuna büyük etkisi olan Fransız İdare Hukukuna baktığımızda şöyle bir kavram gelişmesi görüyoruz. Bu gelişmeler Türk hukukunda da yakından izlenmiş ve çok benzer sonuçlara varılmıştır.**

Nedeni ne olursa olsun -ki bu nedenlerin çoğu tarihsel rastlantılar ya da tarihsel kazalardır- Fransa'da idare hukuku (kamu hukuku) - özel hukuk ayırımı yerleşmiş kavramlar olmanın dışında ve daha da önemlisi, farklı yargı yerlerinin tekeli altında gelişmiş ve gelişmektedir. Sorun çıktığında, Uyuşmazlık mahkemesinin (Tribunal de Conflits) geliştirdiği ölçütler yoluyla hangi işlemlerin kamu hukuku işlemi, hangilerinin özel hukuk işlemi olduğu belirlenmiştir.

Fransız ihtilalini izleyen yıllarda, bilindiği gibi, hukuk mahkemelerinin idari faaliyetlere ilişkin tüm yetkileri ortadan kaldırılmıştır. İlk rasyonel ölçütler tüm Türk idare hukukcularının sıklıkla değindiği BLANCO (1873) ve PELLETIER (1873) kararlarında önce, 'l'Etat debiteur' (borçlu devlet), 'acte de la puissance publique' ya da 'acte autorite' (kamu kudretinin işlemi) ve 'gestion publique' (kamu idaresi) idi. Bu ölçütler BLANCO kararıyla ortadan kalkmış ve yerlerini 'service public' (kamu hizmeti) ölçütüne bırakmıştır. Bu görüşü Tribunal de Conflits kanun sözcüsü David ortaya atmış ve Duguit, Jeze ve Rolland gibi idare hukukcularınca da kabul görmüştür. Bir kamu idaresinin kamu ihtiyacını karşılamaya yönelen her faaliyeti bir kamu hizmetidir. Bu tanım bir yandan bir kamu idaresinin varlığını, öte yandan kamu ihtiyacının tatminini vurgular. Bu iki unsur zaman içinde yargı kararları yoluyla o kadar değişikliğe

uğramıştır ki, Waline 'kamu hizmeti' ölçütünü gerçek değeri kalmamış bir 'pseudo-criterion' olarak vasıflandırmıştır (Waline, 1963, 72). Yine de Odent, Braibant ve yargı yerlerine göre (Brown & Bell, 1998, 126) 'kamu hizmeti' ölçütü hâlâ yol gösterici, temel bir ilkedir.

İlk unsur 'kamu ihtiyacı' kavramı TERRIER (1903) kararından bu yana özellikle gelişmiştir. Diş Kliniği açmak, kamp yeri sağlamak, özel vakfın öğrenci yurdu işletmesi (MARDIRASSIAN 1982), yerel idareyle sözleşme yaparak kayak taşıyıcısı temin eden şirketin sunduğu hizmet (SOCIETE LES TELEPHERIQUES DE MASSIF DU MONT BLANC 1988), hep kamu hizmeti sayılmaktadır.

İkinci unsur 'kamu idaresi' kavramı da tanınmayacak kadar genişlemiştir. Bir kamu idaresinin rolü üç yönden gözden geçirilir: Kamu hizmeti yaratıcısı; idare edicisi; sunucusu (arz edicisi). Bir hizmetin kamu hizmeti sayılması için sunucusunun idare olması gerekmez. Örneğin özelleştirme sonucu bir hizmeti özel bir şirketin sunması hizmetin kamu hizmeti karakterini değiştirmemektedir (Brown & Bell, 1998, 127). Hizmetin yasa ile ya da bir kamu idaresi kararıyla kurulmuş olması yetmektedir. Örneğin sosyal sigorta sisteminde çalışan özel şirketler kamu hizmeti gördüklerinden kamu hukukuna tabidirler (CAISSE PRIMAIRE 'AIDE PROTECTION', 1938). Etibba odaları idarecilerinin, spor kulüpleri idarecilerinin kararları idari karar sayılmaktadır (PERSCHAUD c GROUPEMENT DU FOOTBALL PROFESSIONNEL, 1980). Bisiklet Federasyonu ve Masa Tenisi federasyonu da bu kategoriye dahildir. Milli Basketbol Federasyonu'nun bir kararı da aynı ölçütle idari sayılmıştır (BUNAZ, 1989). Bu ilginç idari dava, Milli Basketbol Federasyonu'nun, basket takımlarında oynayan yabancı oyuncu sayısını 2 ile sınırlaması ve üç yıldan az süre Fransa'da yaşamış Fransız tebasına geçen yabancıların da yabancı sayılmasını öngören kararının iptali ile sonuçlanmıştır.

Kamu hizmeti ölçütünde saklı üçüncü unsur 'kamu gücüne dayanan yöntemlerin' kullanılmasıdır. (Özel hukuktan doğan yetkiler 'des prerogatives exorbitante du droit commun' olarak vasıflandırılmaktadır. Bu bağlamda eş terminoloji için bkz. Avrupa Topluluğu Mahkemesinin FOSTER v BRITISH GAS - C-188/89 adlı kararı). Hizmetin tekel olarak işletilmesi, yararlananlardan mecburi katkı alınması gibi durumlar söz konusu olduğunda, bu unsur önem kazanmaktadır. Hizmetin işleminde böyle bir idare hukuku rejimi yoksa, kamu hizmetine benzese de o girişim kamu hukuku sayılmamaktadır.

Bilindiği gibi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, devletin değişen fonksiyonunun ürünü olarak, yeni bir kamu hizmeti türü ortaya çıkmıştır: 'service public a caractere industriel et commercial'. Tribunal de Conflits bunları özel hukuka tabi saymıştır (BAC D'ELOKA, 1921). Bu ilke 1955 NALIATO kararı ile

genişlemiştir. Gerek Cour de Cassation'un gerek Conseil d'Etat'nın daha sonraki kararlarında aksi yöndeki gelişmeler karşısında (COMMUNE D'ARCUEIL, 1964), NALIATO'nun temeli eleştirilere uğramıştır (bkz. Vedel & Delvolve, i. 174).

1950'lerden bu yana kamu hizmeti ölçütü çok genişlemiştir. Örneğin EFFIMIEF (1955) ile bir gecekondü alanının yeniden düzenleyen bir özel inşaat şirketleri gurubunun kararları idari yargının görev alanına alınmıştır. Yine bir yol yapım şirketinin yolu kullananlara karşı sorumluluğu kamu hukukuna tabi sayılmıştır (RUBAN c SOCIETE DE L'AUTOROUTE ESTER-EL - COTE D'AZUR, 1965). Air France şirketinin hosteslerle ilgili kararı da kamu hizmetine ilişkin görüldüğünden, idari yargının görev alanındadır (COMPAGNIE AIR FRANCE c EPOUX BARBIER, 1968).

Bu değişiklikler ve 'kamu hukuku' kavramının esnekliği iki yargı yeri arası seçim yapmayı zorlaştırmaktadır. Sınırdaki kararlarda varılan sonuçlar fazla tatminkar sayılamaz. Yine de kamu hizmeti doktrini tek başına ve bir çok duruma uydurulabilen esnek bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Fakat bu esneklik zaman zaman doktrinde başka görüşlerin gelişmesine yol açmıştır. Bazı yazarlar mantıki bir ölçüt aranmaması gerektiğini, bazıları Conseil d'Etat'nın bir davaya bakmak isteyip istememesi ile kararların sınıflandırıldığını, diğer bazıları ise, kamu hizmetinin ampirik olarak kararlaştırılan bir girişim olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu egzistansiyalist görüşler fazla kötümser bulunmaktadır (Garner & Bell, 1993, 130). Daha iyimser görüşler Vedel ve Delvolve tarafından ortaya atılmıştır. Bu yazarlara göre, tek ölçüt aramak gereksizdir, önemli olan bir yön ve genel fikir bulmaktır. Bu da onlarca 'puissance publique' (kamu gücü) testidir (Vedel, 1990). Vedel ve Delvolve özellikle G.I.E BROUSE-CARDELL (1976) ve CAISSE D'EPARGNE DE COUTONUS (1980) kararlarını inceleyerek bu sonuca varmışlardır. Bu da tüm sorunları çözmekten uzaktır, zira bu yön verici ilkenin de istisnaları vardır. Bu ilke izlendiğinde idarenin eylem ve işlemlerinin ancak özel hukuk karakteri taşıdığında özel hukuk mahkemelerinin görevli olacağı sonucuna varılır. Ama durum böyle değildir.

Conseil Constitutionnel (Anayasa Mahkemesi) 1987 tarihli bir kararında (86-224 DC) yasa koyucunun "adaletin iyi tecelli etmesi" adına belirli bir konuda görevle ilgili kuralları belirli bir yargı sistemi içinde toplayabileceğini karara bağlamış, böylece benzer konularda görev ve yetki yayılmasını önleme yolunu açmıştır. Bu yolla, örneğin, rekabeti düzenleyen idarelerin denetim yetkisini yasa koyucu özel hukuk mahkemelerinin tekeline geçirebilmiştir.

Ayrıca, tarihsel olarak hükümet tasarrufları, devletlerarası ilişkiler, 'voites de fait', 'exception d'illegalite', adalet dağıtımından doğan uyuşmazlıklar (bu eski ilkenin daha yeni kararları için bkz. HENIN, 1976 ve KALKOWSKI,

1979) idare mahkemelerinin görev alanına girmemekte; parlamentonun faaliyetleri ise ne idare ne de özel hukuk mahkemelerinin denetimine tabi olmaktadır. Öte yandan sınır dışı etme işlemleri ikiye ayrılmakta, Fransa'dan sınır dışı etme kararı ile Fransız hükümetinin yabancı bir Devlet'ten birinin Fransa'ya iadesini isteme işlemleri iki ayrı kategorilerde sayılmaktadır. İlk halde idari karar 'recours pour excès de pouvoir' yoluyla idare mahkemelerinde denetlenmekte (ERECIORTUA-ECHARRI, 1988); ikinci hal ise, adalet dağıtımına ilişkin sayılıp, idare mahkemelerinin görev alanına girmemektedir (LEGROS, 1972; sebep, idari kararın hükümet tasarrufu sayılmasıdır).

Avrupa Topluluk Hukukuyla ilgili alanlarda da üye devlet olarak sorumluluklarını yerine getirmesi söz konusu olduğunda, Fransız Devletinin işlemleri idare mahkemelerinin görevine girer sayılmamaktadır (SOCIETE ALIVAR, 1984).

Öte yandan, 'acte detachable' doktrini gereği, devletlerarası anlaşmalardan doğan bazı işlemler idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir (SOCIETE ROBATEL, 1988 ve VA THANH NGHIA, 1978).

Kamu idarelerinin bazı işlem ve eylemlerinin özel hukuk karakterli olabileceği haller de yukarıdaki ölçütün istisnalarındandır. Örneğin devlet ormanlarının idaresi bu türdendir (OFFICE NATIONAL DE FORETS, 1975). Ama orman yangınlarına ilişkin işlemler idari karakterli kamu hizmetidirler (GIUDICELLI, 1950).

Sözleşmeler alanında da, taraflarının biri idare veya idare yerine davranan bir aracı ise; ya da sözleşme özel bir tarafın bir kamu ihtiyacını karşılamasını düzenliyorsa; ya da sözleşmede 'clause exorbitantes' varsa, yani sözleşme bir özel hukuk sözleşmesinde bulunmayacak şartları içeriyorsa, idare mahkemeleri görevlidir. Bu üçüncü ilke idareye, hangi yargı yerinin görevli olmasını istiyorsa ona göre şartlar koyma yoluyla, bir takdir yetkisi vermektedir.

Ayrıca, bir de geleneksel olarak özel hukuk mahkemelerine bırakılmış işler vardır: kişinin statüsü, kişinin özgürlüğü, vatandaşın oy verme hakkı, taşınmaz mülkiyeti. Yaslarla da dolaylı vergiler, işverenin sorumluluğu, motorlu araç kazaları, nükleer kazalar, rekabet (1986'da yasa ile Conseil de la Concurrency kurulmuş ve onun kararlarını denetleme yetkisi özel hukuk mahkemelerine verilmiştir) ve posta hizmetleri (1990'da PTT 'idari bir kamu hizmeti' olmaktan çıkarılmış ve 'sanayi ve ticari kamu hizmeti' olmuştur; böylece PTT'ye karşı açılan davalar özel hukuk mahkemelerine gitmektedir).

Posta hizmetlerinde de görüldüğü gibi, ilke açısından bu son gelişmeler sadece kamu hukuku-özel hukuk arasındaki bölünmenin ihlali değildir, aynı zamanda bir hizmetin tabi olduğu rejimi de değiştirmektedir (bkz. Chevallier, 1990, 667).

Yukarıda özetlenen gelişmeler ışığında kavram ve ölçüt kargaşası ya da en azından karmaşası Fransız sisteminde rahatlıkla izlenebilir. Fransız İdare Hukukunun bu yönü Kara Avrupası hukuklarının en yerleşmiş ve gelişmiş sayılan ve Avrupa Topluluk Hukuku Mahkemesine de örnek olarak alınan bir sistemde önemli sorunlar olduğunu ortaya koymaktadır. Çift yargı düzeni kendi sorunlarını yaratmaktadır; avantajları yanısıra dezavantajları da ortadadır. Tabii, sayısal olarak bakıldığında sorunlu dava sayısı hiç de fazla sayılamaz. Örneğin 1990 yılında Conseil d'Etat'da 7.634, Tribunaux Administratifs'de 58.302 dava görülmüştür. Aynı dönemde Tribunal de Conflits'nin önüne ise yalnızca 35 dava gelmiştir (bkz. Brown & Bell, 1998, 150).

**II-** Şimdi gözden geçireceğimiz İngiliz ve İskoç sistemlerinde kamu hukuku-özel hukuk ayırımının tarihcesi oldukça yenidir. Bu nedenle ele alacağımız karmaşayı anlayışla karşılamak gerekir. İngiliz ve İskoç hukuklarında terim olarak kamu hukuku-özel hukuk ilk kez 1707'de iki ülkeyi birleştiren Act of Union'da görülür. Bu Yasada İskoç'ların özel haklarıyla ilgili İskoç özel hukuku korunmuş, kamu hakları, siyaset, hükümet ve idare konularının ise (kamu hukuku) Birleşik Krallık'ca düzenleneceği öngörülmüştür. Her ne kadar Kara Avrupasında bu ayırımın temeli, genelde Roma hukukuna indirgenen ve sistemlere iyice yerleşmiş bir temelse de, 'common law' dünyası için aynı şey söylenemez. Özellikle İngiltere'de Dicey'in etkisiyle hukukun bir bütün olduğu, hem idare edenlerin hem de idare edilenlerin aynı hukuk kurallarıyla bağlı bulunduğu ve aynı mahkemelerin her konuda görevli olduğu kabul edilmiştir.

Kavramlar düzeyinde değişme 1980'lerde başlamıştır. Kara Avrupasında idare mahkemelerinin görev alanı daralır, tekelci yetkileri paylaşılırken, gerek İngiltere'de gerekse İskoçya'da kamu hukukunda, mahkemelerin görevini de etkileyen, yeni gelişmeler ortaya çıkmıştır (Bkz. Örucü, 1993, 245-276).

Büyük Britanya'da düzenin dayanakları, Parlemtentonun üstünlüğü ilkesi, takdir yetkisini makullük ölçütüne bağlayan bir kuvvetler ayırımı türü ve bakanların sorumluluğu ilkesidir. Ayrıca, bir haklar teorisi ve yazılı Anayasa olmamakla birlikte, her vatandaşın istediğini yapmakta özgür olduğu (negatif özgürlük), bu özgürlüğün ülkenin adil idaresi için gerektiği kadar sınırlanacağı ve bu durumda sınırlamanın yalnızca yasa ile gerçekleştirilebileceği ve keyfi idare olamayacağı ilkeleri de idarenin denetlenmesinin ana hatlarını oluşturur.

Bu gün kamu hukuku deyince tek akla gelen hukuk dalı idare hukuku olmakla birlikte, İngiltere'de ve İskoçya'da idare hukuku çok geç gelişmeye başlamış bir hukuk dalıdır. Bunun en önemli nedeni, teorik olarak Dicey'ye bağlansa da, gerçekte yargı sisteminin tek bir hiyerarşiden oluşmasıdır. Her ne kadar çok fazla sayıda 'administrative tribunal' denen, görev alanları tek bir

konu ile sınırlı özel alt idare mahkemeleri varsa da, bunlar istinaf ve temyiz yoluyla özel hukuk mahkeme yapısına bağlıdırlar. Zamanın İstinaf Mahkemesi Başkanı Lord Denning 1970'de *MINISTRY OF HOUSING AND LOCAL GOVERNMENT v SHARP* davasında: "İngiliz hukuku bir devlet memurunun bir *droit administratif*'in arkasına saklanmasına izin veremez", demekle, idare hukuku fikrinin İngiliz hukukuna ne kadar yabancı olduğunu bir daha vurgulamıştır.

Bilindiği gibi, Büyük Britanya'da yasama kararlarının yargısal deneumi yoktur ama, idareye delege edilmiş yasama yetkisi ve yerel idarelerin kararları denetlenebilir ve yargı yerleri genelde 'unreasonableness' (makul olmama) ya da yetkiyi aşma 'ultra vires' nedenleriyle bu kararları geçersiz sayabilir. Kamu hukukunda idarenin sorumluluğunun üç dayanağı vardır: Hukuka aykırılık (illegality), makul olmama (irrationality) ve usulsüzlük (procedural impropriety) (bkz. *COUNCIL OF CIVIL SERVICE c MINISTER FOR THE CIVIL SERVICE*, 1984). Yıllar içinde çeşitli dayanaklar, yaptırımlar ve usuller gelişmiş ve durum oldukça karmaşık bir tablo haline gelmiştir. İdari usul hukukunun basitleştirilmesi için çalışmalar 1969'da başlamış ve 1976'da kamu hukukundan doğan davalarda uygulanacak yeni bir yaklaşım, 'application for judicial review' (yargısal tetkik başvurusu) adı altında ortaya çıkmıştır.

Bir idari kararda yeterli menfaati (sufficient standing = locus standi) olan bu yola başvurabilir. Bu başvuru İngiltere'de High Court'un bir bölümü olan Quenns's Bench'e yapılır. mahkeme bu başvuruyu kabul edip etmemekte takdir yetkisini kullanır. Yersiz ve önemsiz istemlere yol açmamak için bu yol ancak izin isteyerek kullanılabilir. Bu yol 1981 tarihli bir yasa (Supreme Court Act (Order 53)) ile düzenlenmiştir (Genelde bkz. Örucü, 1993, 265-268). İskoçya'da da bu yol 1985'den beri kullanılabilir; Court of Session'a başvurulur; ama ön izin koşulu aranmadığı gibi, İngiltere'deki üç ay içinde başvurma zorunluluğu da söz konusu değildir. Her iki sistem de de yargı yeri 'application for judicial review'yu kabul edip davaya bakmaya başladıktan sonra da yeterli menfaat olmadığına karar verebilir.

Kamu hukuku-özel hukuk ayırımı bugün hala gerek İngiltere'de gerek İskoçya'da sorunlara yol açmaktadır ama 'judicial review' yolu kamu hukukunu ilgilendiren sorunlarda çeşitli yaptırımların istenebilmesi için tek başvuru yoludur. Bu bağlamda en önemli karar 1983 tarihli *O'REILLY v MACKMAN*'dir. Hull hapisanesinde çıkan bir isyan bastırıldıktan sonra şiddetli cezalar uygulanmıştır. Tutuklular ve bu arada O'Reilly, doğal adalet ilkesine ve hapis-hane kurallarına aykırılıktan dava açmışlardır. Mahkeme, dava kamu hukukunu ilgilendirdiğinden, sadece 'judicial review' yoluyla dava açılabileceğini söylemiş ve özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu yolun kullanılmayacağına karar vermiştir.

cağını karara bağlamıştır (Ayrıca bkz. R v BBC, EX PARTE LAVELLE, 1983; DAVY v SPETHORNE BOROUGH COUNCIL, 1984). Bizi burada ilgilendiren bu yeni usul yolunun nasıl işlediği değil, kamu hukuku-özel hukuk ayırımı ve, varsa, ne gibi ölçütler kullanılarak bu ayırımın yapıldığıdır.

Kamu hukuku kavramının Britanya'daki son gelişmeleri kısmen Avrupa Topluluk Hukuku öğretisine bağlanıyor (bkz. Otto Kahn-Freund, 1978 Capelletti). O'REILLY kararında İstinaf Mahkemesi Başkanı Lord Denning, "günümüzde iki hukuk alanının varlığını kabul etmenin zamanıdır: özel hukuk ve kamu hukuku. Özel hukuk vatandaşlar arası ilişkileri düzenler, kamu hukuku vatandaşların kamu idareleri karşısındaki ilişkilerini düzenler", demiştir. Kamu hukuku kavramı COCKS v THANET DISTRICT COUNCIL (1983) kararı ile kesinlik kazanmıştır. Kamu hukuku kavramını geliştirmek ise yargıçlara düşmektedir. Bu bağlamda önce yukarıdaki tanımdaki ölçüt olan 'kamu idaresi' kavramının modern anlamı saptanmaya başlanmıştır. Kamu idaresinin kamu hukuku kapsamına giren kararlarına karşı ancak 'judicial review' başvurusu yapılabilecektir. Örneğin, 1983'de TOZER v NATIONAL GREYHOUND RACING CLUB davasında, Şirketler Yasasına göre kurulmuş sınırlı sorumlu Tazı Yarışları Milli Klübü Ltd. Şirketi 'kamu idaresi' sayılmamıştır. Yine 1983'de COCKS v THANET davasında kamu idarelerinin fonksiyonları ikiye ayrılmış, kamu hukuku-özel hukuk fonksiyonlarından söz edilerek bir 'ikilem'in (dichotomy) varlığı kabul edilmiştir. Kararlar incelendiğinde görülen şudur: Kamu hukuku fonksiyonu karar vermeyi gerektirecek ya da belirli sorunları tesbit eden faaliyetleri kapsamakta, özel hukuk fonksiyonları ise sözleşmelerden doğmaktadır. İngiltere'de O'REILLY'i hemen izleyen kararlarda, 'kamu hakları' kavramının geniş tutulduğu görülür. Örneğin COCKS kararında Lordlar Kamarası, yerel idarenin davacının Housing (Homeless Persons) Act'a göre 'evsiz' olup olmadığını tesbit kararını bir kamu hukuku kararı saymış ve bir özel hukuk hakkının doğması için bu yerel idare kararının bir ön koşul teşkil ettiğini söylemiştir. Ama daha sonraki kararlarda bu geniş yorumdan ayrılınmıştır. Örneğin 1992'de verilen ROY v KENSINGTON & CHELSEA & WESTMINSTER FAMILY PRACTITIONERS COMMITTEE kararına konu olan olayda Pratisyen Doktorlar Komitesi, Milli Sağlık Hizmetleri düzenlemelerine göre çalışan bir doktorun gelirinde, zamanının bir kısmını özel hastalarına ayırdığı gerekçesiyle, bir indirim yapmıştır. Doktor sözleşme ihlaline dayanarak bir dava açmış, Komite konunun kamu hukuku konusu olduğunu ve 'judicial review' başvurusu yapılması gerektiğini öne sürmüştür. Lordlar Kamarası doktoru haklı bularak O'REILLY ilkesinin dar tutulması gerektiğini söylemiştir. Lord Bridge, 'judicial review'nun tek usul olarak kullanılmasının "konu yalnızca ve sadece kamu hukuku haklarına ilişkin olursa" geçerli olduğu-



nu karara bağlamıştır, "özel hukuktan doğan bir hakkın varlığı, özel hukuk usullerinin kullanılmasını haklı kılar", demiştir.

Daha yakın tarihlere baktığımızda da birkaç ilginç örnek görebiliriz. Örneğin 1996 tarihli MERCURY COMMUNICATIONS LTD v DIRECTOR GENERAL OF TELECOMMUNICATIONS davasında Lord Slynn şunları söylemiştir: "Olayda Direktör'ün Ofisinin bir yasa ile kurulduğu, yasal fonksiyonları olduğu ve bu yetkilerin bir kısmını Bakanla paylaştığı kesindir. Telekomünikasyonun bütün makul talepleri yerine getirmesini temin etmeye çalışırken bir kamu görevi görmektedirler. Lisans verme ve bunun koşulları yasanın gereğidir. Bu demek değildir ki Direktör'ün yaptıkları idare hukuku dışında uyuşmazlıklara yol açamaz. Bunu demek bir devlet dairesinin ticari sözleşme yapamayacağı ya da özel hukuk doğan bir zarara yol açamayacağı anlamına gelir ki bu da olanaksızdır." Böylece Lord Slynn kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınıra işaret etmektedir. Bu davada özel hukuk usullerinin varlığı kabul edilmiştir. Bir başka davada (BRITISH STEEL PLC v CUSTOMS AND EXCISE COMMISSIONERS, 1996), davalının, davacıların sadece 'judicial review' yoluna başvurabilecekleri ve quasi-contract (sebepsiz zenginleşme) yolunu kullanamayacakları iddiası karşısında Yargıç Laws, "bir talep yalnızca kamu hukuku konusunda ise ... genelde davacı judicial review yolunu kullanmalıdır. Bu O'REILLY ilkesidir ve esasa ilişkin bir kuraldır. Hem O'REILLY hem MERCURY'de bu açıklanmıştır. Bu durumda özel hukuk yaptırımlarını seçmek dava sürecini kötüye kullanmak olur ve önlenmelidir", demiştir. Yine, ihale yolunu kullanan bir kamu idaresine (Adli Yardım Kurumu) ilişkin bir davada aynı sonuca varılmıştır (R v LEGAL AID BOARD, EX P DONN & Co (a firm), 1996). Davada, savunma, "kamu idarelerinin ihale yolunu kullanması günümüzde olağandır. Eğer Parlamento belirli bir prosedürün izlenmesini isteseydi bunu belirtirdi. Bunu belirtmemesi işlemin tamamen ticari bir faaliyet olduğunu ve özel hukuk yaptırımlarının kullanılacağını gösterir", demiştir. Kararda Yargıç Ognall bu görüşü reddetmiş ve "buradaki idarenin fonksiyonunu özel hukuk fonksiyonu olarak göremeyiz. Yasa ile kendilerine yetki verilmiştir ve kararlarının sonuçlarının amacı belirtilmiştir. Burada özel hukuk yaptırımı bulunsa da bulunmasa da, bence, konunun kamu hukuku yönü, kamu hukuku dava yollarının kullanılmasını gerektirmektedir, demiştir.

Kamu hukukunun yeterli bir tanımı yapılmadığından, her dava kendine özgü bir manzara arz etmeye başlamıştır. Genelde suni bir çabayla idarenin faaliyetlerinin ikiye bölündüğü gözlenmektedir. Ancak karar karar incelenip Quenn's Bench'in görev alanı araştırılabilir. Örneğin yapı izni veren yerel idare sonradan yapının kendi öngördüğü şartlara uygun inşa edilip edilmediğini gereği gibi denetlemediğinden yapıda çatlaklar belirince, burada idarenin kamu

hukuku fonksiyonu müfettiş tayin edip etmeme, kaç müfettiş tayin etme gibi kararları kapsamakta, binanın denetimi ise özel hukuk fonksiyonu sayılmakta, böylece müfettiş mevzuata uygun olarak görevini yerine getirmese, idare özel hukuktan doğan ihmal nedeniyle sorumlu sayılmaktadır. Kamu politikası ile bu politikayı uygulayan eylemler birbirlerinden ayrılmaktadır. Bir kararın ne zaman politika kararı, ne zaman prensip kararı, ne zaman uygulama kararı olduğunun tesbiti ise çok güçtür (bkz. R v WANDSWORTH LONDON BC, EXP BECKWITH, 1996). Bu güçlük nedeniyle de uygulanan ölçütler sunidir.

İngiliz kamu hukukunun esas ilkesi, yukarıda da değindiğimiz gibi, kamu idarelerinin kendilerine tanınan yetkileri aşmamaları (ultra vires olmama), bu yetki alanı dışında işlem ve eylem yapmamalarıdır (DORSET YATCH v HOME OFFICE, 1970). Ayrıca bu yetkiyi aşmamış bile olsalar (intra vires), davranışlarının 'aşırı' ya da 'gayri makul' olmaması da gerekmektedir. Her iki halde de 'judicial review' yoluyla denetleneceklerdir (Son kararlar için bkz. HAZELL v HAMMERSMITH AND FULHAM LONDON BC, 1991; CREDIT SUISSE v ALLERDALE BC, 1996; CREDIT SUISSE v WALTHAM FOREST LONDON BC, 1996; R v CHIEF CONSTABLE FOR THE DEVON AND CORNWALL CONSTABULARY, EX P HAY, 1996 ve R v SECRETARY OF STATE FOR WALES, EX P EMERY, 1996).

Kamu hukuku - özel hukuk ayırımını kabul etmeyen yargıçlara gerek İngiltere'de gerek İskoçya'da bugün de rastlanmaktadır. Özellikle hukuki bağımsızlığını koruyan İskoç hukukunda, örneğin 1992'de WEST v SECRETARY OF STATE FOR SCOTLAND davası ile bu ayırımın anlamsızlığı, kabul edilemeyeceği, İngiliz hukukunda kabul edilmekte olmasının İskoç hukukunu bağlamayacağı ileri sürülmüştür. Zaten İskoç hukukundaki kavramsal gelişmeler ve kullanılan ölçütler de İngiltere'de izlenenlerden farklıdır, ama İskoçya'da da benzer bir karmaşa yaşanmaktadır. Lord Fraser BROWN v HAMILTON (1983) davasında, "kamu hukuku alanı" kavramını kullanınca, İskoçya'da da İngiltere'de olduğu gibi, 'application for judicial review' yolunun bir kamu hukuku (idare hukuku) usulü olarak gelişeceği inancı belirmiştir. Nitekim TEHRANI v ARGILL AND CLYDE HEALTH BOARD (1990) davasında Lord Ross "application for judicial review'a yol açmak için davanın yeterince kamu hukuku unsurları ihtiva etmesi gerektiğini" vurgulamıştır ve böylece İngiliz yargı kararlarının açtığı yoldan yürünmeye başlanmıştır. WATT v STRATHCLYDE REGIONAL COUNCIL (1992) davasında da Mahkeme başkanı, 'judicial review' yolunun ancak söz konusu sorun "idari ya da yargısal bir karakter taşırsa" kullanılabileceğini söylemiştir. Fakat bu görüş ve gelişmeyi durdurmak üzere 1992'de yukarıda değindiğimiz WEST kararı alınmıştır. Bu kararlar, 'judicial review' yolunun açılabilmesi için "daha uygun bir test geliştire-

rilmesi" öngörölmüştür. Davaya konu olayda İskoç Hapishane Hizmetleri'nin bir hapishane memuru taşınma masraflarının karşılanması talebinde bulunmuş, idare takdir yetkisini kullanarak bu talebi reddetmiş, davacı da yetkinin "makul olmayan" bir biçimde kullanıldığını iddia ederek 'judicial review' yoluna gitmek istemiştir. Mahkeme İskoçya'da mahkemelerin görev ayırımında özel hukuk-kamu hukuku ayırımının hiçbir zaman ölçüt olmadığını, kendisine bir yetki delege edilen her hangi bir idari makamın kararlarına ilişkin yeni bir test yaratmak gerektiğini, bunun da "tripartite relationship" (üçlü ilişkiler) testi olduğunu ve ancak bu ilişkinin durumu sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerden ayıracağını karara bağlamıştır. Mahkeme şöyle demiştir: "1) Court of Session'ın denetim yetkisini kullanırken, kendisine yasa ile, anlaşma ile ya da başka bir şekilde bir yetki ya da güç delege edilen ya da verilen kişi ve organın karar verme sürecini düzenleme yetkisi vardır; 2) Bu denetim yetkisinin tek kullanılma amacı, bu kişi ya da organın yetkisini aşmaması ya da kötüye kullanmaması ya da bu yetkinin gerektirdiklerini yapmamasına engel olmaktır ve yetki veya gücü doğru kullanmasını sağlamaktır; 3) yargısal denetim yolu başvurusunun (application for judicial review) geçerliliği kamu hukuku-özel hukuk ayırımına bağlı değildir; İngiltere'de kabul edildiği davalara münhasır değildir ve 'judicial review' yolunu sadece bir kamu hukuku yaptırım (remedy) olarak görmek de doğru değildir."

Çeşitli bilim adamları 'tripartite relationship' testini çok sorunlu olduğu gerekçesiyle eleştirmektedirler. Bu eleştiri yerindedir, zira pratikte yargıçlar hala buna belirli bir anlam verememişlerdir. Örneğin hem NAIK v UNIVERSITY OF STIRLING (1994) hem JOOBEN v UNIVERSITY OF STIRLING (1994) davaları bir öğrencinin Üniversite ile ilişkisinin kesilmesi ile ilgili idi. NAIK davasında Lord MacLean, 'tripartite' testinin hiç esnek olmadığını ve her davada uygulanmaması gerektiğini, JOOBEN davasında da Lord Prosser bunun 'teknik' bir test haline getirilmemesini söylemişlerdir. BLAIR v LOCHABER DISTRICT COUNCIL (1995) davasında ise Lord Clyde 'tripartite testi'ni 'judicial review'nun kesin ön şartı olarak açıkca reddederek, onun yerine kararın 'idari karakterinin' en önemli faktör olduğunu söylemiştir. Böylece İskoçya'da da İngiltere'deki gibi bir kavram ve ölçüt karmaşası ile karşı karşıya olduğumuz açıktır.

## BAĞLAMA

Görülen odur ki, gerek Fransa'da, gerek İngiltere ve İskoçya'da kavramlar yargıçların elinde yoğrulurken anlam değiştirmekte ve bunun sonucu olarak da bir kavram ve ölçüt karmaşası yaşanmaktadır.

Türk hukukunun da bir değerlendirmesini yapmak yerine, sadece, özellikle özelleştirme gelişmeleri içinde son birkaç Uyuşmazlık Mahkemesi kararına

bakarak kullanılan ölçütlere değinmek ilginç olabilir. Aşağıdaki kararlardaki gerekçeler, kavramlar ve ölçütler yukarıda gözden geçirdiğimiz Fransız ve Britanya kararlarında yaşadıklarımızı anımsatmaktadır.

Örneğin 96/64; 96/109; 23/12/1996 Uyuşmazlık Mahkemesi kararında tartışılan şudur: Sümerbank özelleştirilmiş ve ünvanı Sümer Holding AŞ olarak değiştirilmiş ve fakat holding sermayesindeki 'kamu payı' '%50'nin' altına düşmemiştir; mağazalar satılmış ise de Holding'e bağlı mağazaların tüzel kişiliği yoktur, göreve son verme işlemi Sümer Holding AŞ Genel Müdürlüğü Merkez Disiplin Kurulunca yapılmıştır ve davacı Emekli Sandığı iştirakçisidir. Mahkeme şöyle demiştir: "Kamu hukuku niteliğinden özel hukuk tüzel kişiliğine geçiş döneminde, kamu hisselerinin %50'nin üzerinde bulunduğu süreçte kurumun, kamusal denetime tabi olması ve çalışanları hakkında yapılan düzenlemeler de göz önüne alındığında, kuruluşların kamu kurumu olma niteliğini tamamen kaybetmemiş oldukları sonucuna varılmaktadır. Sözleşmeli personel ile idare arasında düzenlenen sözleşmede, taraflardan birinin kamu idaresi olması, idarecilerinin personelden daha üstün bir hakka sahip olduğunu göstermektedir. Sözleşmeler tip sözleşme olup, idari sözleşme niteliğini taşımaktadır... Davacı kamu personelidir. Kamu kurumunda asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren ve kamu görevlisi olan sözleşmeli personelin yönetimle arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku kuralları ile düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir".

Yine 96/50; 96/104; 23/12/1996 kararda, benzer bir durumda aynı gerekçelerle Gerkonsan, sermayesinin %50'sinden fazlası İktisadi Devlet Teşekküllerine ait olması nedeniyle (bağlı ortaklık), kamu kurumu niteliği ağır basan bir anonim şirket kabul edilmiştir. TESTAŞ'la (Türk Elektrik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi) ilgili kararda da "özelleştirme kapsamına alınmış olan kamu kurumunda idari kadrolarda kamu görevlisi statüsü kazandırılmış olan kapsam dışı personelin kurum ile arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku kuralları ile düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir", denilmiştir. Bu kararda, şirketin Türk Ticaret Yasasına göre kurulup çalıştırıldığı, ancak sermayenin büyük payının Devlet ve Kamu İktisadi Teşekküllerine ait olup TESTAŞ'ın bu kurumların iştiraki durumunda bulunduğu ve Kamu İktisadi Kurumları hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 2(6) maddesinin iştiraki, "İktisadi Devlet Teşekküllerinin veya Kamu İktisadi Kurumlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az %15, en çok %50'sine sahip buldukları anonim şirket" olarak tanımladığı ve bu saptamalar ışığında TESTAŞ'ın kamu kurumu niteliği ağır basan bir anonim şirket olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan TRT Kurumunun, Futbol Federasyonundan yayın yetki belgesi almadan maç yayınlaması nedeniyle meydana gelen zararın tazmini istemiyle

açılan bir davada Uyuşmazlık Mahkemesi (96/65; 96/110; 21/1/1997), TRT'nin Yasa ile kurulduğu, bu konularda, kamu iktisadi kuruluşlarına uygulanan genel hükümlere tabi bir kamu tüzel kişisi olduğu, Kurumun kamusal alanda gördüğü hizmetler ile ilgili faaliyetlerinin kamu hukukuna tabi olduğu; ve fakat, Türk Futbol Federasyonunun, Kuruluş ve Görevleri hakkındaki Yasaya göre, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk bir kuruluş olduğu ve spor kulüplerinin ticari kuruluşlar olması nedeniyle de futbol müsabaka yayınları için yapılan sözleşmelerin ticari nitelik taşıdığı ve bir kamu kurumu olan ve kamu görevi yapan TRT'nin yasal dayanaktan yoksun eyleminden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Karşı oyda ise, kamuoyunu ilgilendiren yayın yapmanın bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin görülmesi sırasında Kurumun işlem ve eylemlerinden doğan zararından sorumlu olmasının Anayasa gereği olduğu; hizmeti, Yasada belirtilen hukuk kurallarına uygun olarak yürütüp yürütmediğinin ve ortada bir kamu hizmeti kusuru bulunup bulunmadığının tesbitinin kamu hukuku kuralları içinde halledilebilecek sorunlar ve bu nedenle de idari yargının görev alanı içinde olduğu ileri sürülmüştür. Karşı oyda, "bir kamu tüzel kişisinin kamu hizmeti olduğunda duraksama bulunmayan habercilik hizmetini yürüttüğü sırada davacıya verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davanın idare mahkemesinde görülmesi gerekir", denmiştir.

Kişinin hukuk karşısındaki en önemli haklarından biri, hukukun, adaletin tecellisi için esnek olması gereken bir kavram olmasına karşın, kendisine, güven verici, güvenilir, belirli ve sağlam bir kavramlar çerçevesi temin etmesidir. Bu gözle bakıldığında, sistemler esneklik testinde iyi not, güvence testinde eksik not almaktadırlar. Diyebiliriz ki hukukun esnekliği (flexibility) ile belirlenliği (certainty) ikileminin çözümü kamu hukuku-özel hukuk ayırımının tesbiti kadar güçtür ve fakat o kadar da önemlidir. Özellikle, hem hukuk devleti, hem hukuka bağlı devlet ve hem de hukukla bağlı devlet ilkelerinin tümünün anlam taşıması ve sonuç doğurması için, kamu hukuku özel hukuk dengelerinin yeniden ve hızla değiştiği günümüzde, bu çözümlerin önemi giderek de artmaktadır.

## KAYNAKLAR

- Brown & Bell, French Administrative Law, 5. bası, Oxford, 1998  
Waline, Droit Administratif, 9. bası, Paris, 1963  
Vedel & Devolve, Droit Administratif, 11. bası, Paris, 1990  
Chevallier, 'La mutation des postes et telecommunications' AJDA 1990, 667  
Stim, Le Conseil d'Etat: Son role, Sa jurisprudence, Paris, 1991  
Bell & Bradley, Governmental Liability: A Comparative Study, London 1991  
Oliver, Common Values and Public-Private Divide, Butterworths, 1999  
Örücü, Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara, 1993, 254  
Örücü, İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri, İÜHFM Onar Armağanı, 1977  
Cappeletti (ed), New Perspectives for a Common Law of Europe, 1978  
Woolf, Judicial Review: A Possible Programme for Reform, 1992 Public Law, 230  
Wade & Forsyth, Administrative Law, Oxford, 1994  
Mullen, Pick & Prosser, Judicial Review in Scotland, 1996  
Sunkin, Bridges & Meszaros, Judicial Review In Perspective, Public Law Project, 2. Bası, 1996