

KAMU HİZMETİ: TABULA RASA'¹

AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE

NASIL DOLDURULACAK?

Cem Çağatay ORAK*

Giriş

40 yılı aşkın bir geçmişi olan Avrupa Birliği-Türkiye ilişkileri eksenindeki² bilimsel tartışmaların içeriği zaman içerisinde yavaş da olsa değişime uğramıştır. AB'nin başlangıçta (o dönemde AET) ağırlıklı olarak ekonomik bir karakter taşımasının ve Türkiye'nin de başlangıçta bu ilişkiyi daha çok ekonomik bir ortaklık olarak görmesinin etkisiyle öncelikle ekonomik alanda yoğunlaşmıştır. AB'ye (o dönemde AT) tam üyelik başvurusu sonrasında ve özellikle de son yıllardaki Kopenhag Kriterleri'ne uyum sürecinde bu kez hukuki ve siyasi tartışmaların sayısında önemli bir artış görülmüştür. AB-Türkiye ilişkilerinin Türk kamu yönetimine ve üst kavram olarak kamu hizmetine yansımaları

* Av. Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora programı öğrencisi.

¹ Locke'un savunduğu öğretiyi, onun bilgi anlayışına göre, insan ya da "bilen özne" ne doğuştan kavramlara ne de önsel (a priori) bilgilere sahiptir. İnsanın tüm bilgisi yalnızca ve yalnızca dıştan gelen, sonradan edindiği duyu izleniminden oluşur. İnsan zihni *tabula rasa* (boş bir levhadır). Locke'un bu deyişini analogi yoluyla *kamu hizmeti* kavramı için kullanıyoruz. Kamu hizmeti kavramını tanımlama ve içeriğini tespit yasama organının yetkisinde olduğu halde bu kavramın tanımı ve içeriği konusunda yasama, yürütme, yargı arasında müşterek bir uzlaşma sağlanamamıştır. Bu durumun yorumu inceleme konumuzun dışındadır. Ancak dönemsel olarak kamu hizmeti kavramının içi farklı şekillerde doldurulduğundan kamu hizmetini boş bir levha olgusu ile karakterize etmeye çalışmış bulunmaktayım.

² Prof. Dr. İlber Ortaylı, Türkiye'nin batılılaşmasını Osmanlı İmparatorluğu ile bağlantılı bir biçimde ele alırken Avrupalı devlet oluşumuzu 1856 Paris Kongresi'ne dayandırmaktadır. Paris barışıyla Osmanlı devletinin Avrupa concertine üye olduğunu ileri sürmektedir; Ayrıntılı bilgi için bkz., Ortaylı, İ., *Türkiye'nin Batılılaşma Hareketlerine Genel Bir Bakış, Avrupa Birliği El Kitabı*, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Ankara, 1996, 3. baskı, s. 165.

ise akademik olarak rafine bir biçimde ele alınmamıştır. Son dönemde AB-Türkiye ilişkilerinin Türk kamu yönetimine yansımaları konusunda çalışmalar yapılmakla beraber bunlar normatif bir bakış açısını yansıtmakta ve konunun toplumu derinden etkileyen olgusal boyutu hukuksal çerçeveye oturtulamamaktadır. Kuşkusuz bunda Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti nosyonuna yaklaşımında kurucu iradesini tam anlamıyla yansıtmamasının da büyük etkisi bulunmaktadır. Bu konudaki çalışmalar Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin kamu hizmeti anlayışlarından yola çıkarak tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Bu bakımdan incelememizin konusunu ve sınırını Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde kamu hizmeti teorisindeki değişim ve bunun Türk hukukundaki etkilerinin irdelenmesi oluşturmaktadır. İncelemenin birinci bölümünde kamu hizmeti kavramının tarihsel geçmişi ve kamu hizmetine ilişkin temel terminoloji ortaya konulmaya çalışılacak, daha sonra sırasıyla Avrupa Birliği etkisiyle kamu hizmeti teorisinde meydana gelen değişim pozitif düzenlemelerden yola çıkılarak açıklanacaktır. Son bölümde ise Avrupa Birliği oluşumunun yansımalarıyla klasik kamu hizmeti kuramındaki dönüşüm ve başkalaşmanın Türk hukukuna etkileri pozitif düzenlemelerle sınırlı kalınmaksızın açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışma konusu dikkate alındığında, oldukça geniş bir yelpazeyi içine aldığı görülmektedir. Buna ilaveten kamu hizmeti teorisindeki değişim salt Avrupa Birliği dinamikleriyle değil global birtakım parametrelere bağlı olarak da gerçekleşmektedir. Bu bakımdan Avrupa Birliği dışındaki süreç de *analoji* yoluyla inceleme içerisine sindirilmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

Kamu Hizmetine İlişkin Kavramsal Çerçeve

I. Kamu Hizmeti Kavramı

1. Genel Olarak

Kamu hizmeti kavramı, Fransa'da 19. yy. sonlarında Duguit ve Bordeaux okulu tarafından oluşturulmuş³ ve uzun yıllar idare hukukunun

³ Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48, s. 167, Kamu Hizmeti kavramının ortaya çıkış süreci ile ilgili olarak bkz., Karahanoğulları, O., *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim*, Ankara, 2002, s. 85, Ayrıca tarihsel bir değerlendirme için bkz., Tanyeri, S., *Türk ve*

temel kavram ve kuramı olmuştur.⁴ Bununla beraber, kamu hizmetinin kamu hukuku ve özel anlamda idare hukuku üzerindeki baskın kimliği, kamu hizmetinin ortak bir tanımını vermek hususunda bir kolaylık yaratmamıştır.⁵ Kanımızca, kamu hizmetinin belirsiz bir kavram olarak ileri sürülmesi hukuken belirsizliği ifade etmektedir. Kavramın sadece hukuki kaynaklardan beslenmemesi buna zemin hazırlamıştır. Kamu hizmeti devletin ontolojik ispatına mı ilişkindir? Kamu hizmeti idarenin faaliyet alanına mı mündemiçtir? Yoksa kamu hizmeti, kamuya hizmet tanımlamasında ve açılımında toplumun ortak yararıyla mı açıklanabilir? Diğer taraftan, kamu hizmeti kavramının belirsiz olarak değerlendirilmesinin altında yatan önemli bir neden de idare hukukunu aşan bir yapıya sahip olmasıdır.⁶ Yapısı itibariyle kuralsal olarak değerlendirilen idare hukukunda, genel ve objektif olarak tespit edilemeyen bir kavramın bulunuyor olması da bu belirsizliği körüklemiştir. Kanımızca, kamu hizmeti kavramı “*hukuki bir tabula rasa*” olarak değerlendirilmiş ve kavramın içinin hukuki kıstaslardan ziyade dönemsel ihtiyaçlara göre doldurulması yolu seçilmiştir. Hukuk devleti kavramının önemli görünümülerinden bir tanesi “*devlet faaliyetlerinin belirliliği*” olduğuna göre, kamu hizmeti kavramının belirsiz oluşu, idare edilenler açısından da zaman zaman sıkıntı yaratabilmektedir.

Kamu Hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi veya kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma çerçevesinde son yıllarda Türkiye’de görülen uygulamalar etkin bir kamu hukuku direnci ile karşılaşmakla beraber, bu direncin haklılığı ve yerindeliğini tartışanlar,

Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti Mefhumu, Türk İdare Dergisi, Yıl. 29, S. 250, Ocak-Şubat 1958, s. 59.

⁴ Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, Cilt I, s. 123, Ozansoy, C., *Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*, AÜHFD., C. 46, S. 1-4, 1997, s.85, Tan, T., *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, TİD., S. 378, 1988, s. 73, Günday, M.; *İdare Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 282, Uler’e göre ise kamu hizmeti sadece idare hukukunun değil, Kamu Hukukunun da temel kavramlarından, Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayın No. 40, s. 252.

⁵ Kamu Hizmeti Kavramının Tanımlanmasındaki güçlükler için bkz., Günday, M., (*İdare Hukuku*), s. 282, Özey, İ., *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 230., Onar, S.S., age., s. 1966.

⁶ Kamu hizmetinin idari alanı taşıyan bir kavram olduğuna ilişkin bkz., Balta, T. B., *İdare Hukuku Ders Notları*, (Teksir), Ankara, 1970, s. 19 ayrıca Cohen, E./Henry, C., *Service Public, Secteur Public*, Décembre 1997, numéro 30, Paris, 1997, s. 9.

kamu hizmeti kavramının bir kriz içerisine girdiğinden söz etmektedirler.⁷ Bu bağlamda, kamu hizmetinin algılanış tarzında meydana gelen değişimler⁸ ve ekonomi-politiğin dönüştürücü etkisiyle⁹ kamu ve özel sektörün ayrımı, idarenin siyasi baskı mekanizmalarından uzaklaşması, kamu hizmetini ifa eden memurların karar mekanizmalarının daha reformist ve özgür kılınması, kamu hizmetlerinde etkinlik, şeffaflık gibi kavramlar ön plana geçmiştir.¹⁰ Bütün bu gelişmeler, klasik kamu hizmeti anlayışını da etkilemiş ve esasen tanımlanması çok güç olan kamu hizmeti kavramındaki belirsizliği de arttırmıştır.¹¹

Kamu hizmeti kavramı, Anayasal ilkelere ve normlara, hukukun genel ilkelerine, referans normlara ve hatta siyasal ve sosyal bilimlere ilişkin bazı kriterlere gönderme yapma ihtiyacını doğurmaktadır. Günümüzde, iktisadi ilişkilerin toplum yaşamında sahip olduğu yer nedeniyle, yasama faaliyetlerinin denetiminde giderek daha fazla iktisadi

⁷ Gülan'a, göre kamu hizmeti doğrudan ve açık bir saldırıyla karşı karşıya kalmıştır, Gülan, A., Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C. XLI, S. 1-4, s. 100; Uler'e göre hem kamu hizmeti fikrine hem de kamu hizmetlerine bir saldırı vardır., Uler, Y., Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s. 254, Özay, ise kamu hizmetinin kendisinin öldüğünün iddia edilmesine yönelik düşüncelere katılmadığını ifade ederken şu fikirleri ileri sürmektedir: "Türkiye'deki klasik kamu hizmeti anlayışı çok yaşa ya da a tes amour olarak değerlendirilmelidir. Bu hapsirink anındaki ölüme benzemektedir. Zira kalp, o anda çok kısa bir süre için durur. Sonra da yeniden çalışmaya başlarmış", Özay, İ., Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı, Çok Yaşa ya da A tes amour", İHFM, C. LVI, 1998, S. 1-4, s. 295.

⁸ Kamu Hizmetinin salt algılanış tarzında bir değişim yaşanmakla kalmayıp, kamu hizmetlerinin sunumu da evrensel bir takım ölçü norm ve üst kavramlarla beslenmektedir. Örneğin 23 Temmuz 2004 - S. 25531 RG'de yayımlanan 10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Büyükşehir Belediyesi'nin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 7(i) maddesinde "sürdürülebilir kalkınma" ilkesine uygun olarak gerekli düzenlemelerin yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

⁹ 29 Ocak 2005 tarih ve 25711 sayılı Resmi Gazete'de 2005/8409 sayılı "Kamu Hizmetlerinin Ortak Platformda Tek Kapıdan Sunumu ve Vatandaşın Devlet Hizmetlerine Elektronik Ortamdan Güvenli ve Hızlı Bir Şekilde Erişimini Sağlamak Amacıyla e-Devlet Kapısı Teknik Altyapısının Kurulmasına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı" yayınlanmıştır.

¹⁰ Raadshelders/Rutger,; The Evolution of Civil Service Systems, in Bekke, Perry and Toonen, Civil Service Systems in Comparative Perspective, Indiana University Press, 1996, s. 46.

¹¹ Tan, T., Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Danıştay Yayını, Ankara, 1991, s. 329-335; Tan, T., Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1991, s.233-252, ayrıca bkz., Onar, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt: İstanbul, 1960 s. 13, Ulusoy, A., Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, s. 6.

konulara girilmektedir. Hukukta iktisadi yaklaşımların savunulması, son yıllarda ABD’de¹² destek gören Anayasa ve iktisat akımı ile yaygınlık kazanmaktadır.¹³

Kamu hizmetine yönelik olarak yapılacak değerlendirmelerin önemi, idari sözleşme-imtiyaz sözleşmesi ve kamu hukuku birlikteliğinde ortaya atılacak tespitler bakımından önem taşımaktadır. Bu anlamda, kamu hizmetine ilişkin olarak genel kabul gören yaklaşımların ortaya konulması gerekmektedir.

2. Devletin Ontolojik İspatında Kamu Hizmetinin Rolü

Kamu hizmeti konusunda ortaya atılacak veya geliştirilecek herhangi bir görüş, kamu ve kamusala yönelik tartışmalardan bağımsız olmayacaktır. Devletin gerek kendi örgütlenmesi ve gerekse toplum ile kurduğu ilişkiyi tanımlayan tüm terimlerde “kamu” nitelmesi olduğu görülmektedir. Toplumsal ihtiyaçları mal ve hizmet üretim faaliyetini üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması, devletin kamusallaşma biçimlerinden biridir. Bu bağlamda kamu hizmetleri esas olarak devletin işlevlerine denk düşmektedir. Devletin işlevlerinden birincisi “*toplumun yaşamını sürdürmesinin temel koşulu doğaya karşı savaşında başarı sağlaması*” olduğuna göre, üretici güçlerinin korunması siyasetin birinci işlevidir. Üretim güçleri, bir yandan üretim araçlarından, öte yandan da insanlardan (üreticilerden) oluştuğuna göre, devletin ilk özelliği tüm toplumlar da üretim araçlarının ve üreticilerin korunması ve gelişimi için gerekli koşulları sağlamaktır. Bu işlev bir bütün olarak üretimin, insanlığın doğaya karşı savaşımının geliştirilmesini hedeflediğinden insanlığın tümünün hizmetindedir.¹⁴ Devlet insanların bu ortak gereksinimlerini

¹² Esasında kamu hizmetlerine girmede ayrımcılık yasağını düzenleyen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 4. maddesinde de “kamu hizmeti” (*Public Service*)’ne ilişkin bir tanım mevcut değildir. Bkz., Smith, C. E./Spaeth, J. H., *The Constitution of the United States, With Case Summaries, Bicentennial 12th edition*, New York, 1987, s. 24.

¹³ Bu konudaki literatür için bkz., Paul Burrows ve Cento G. Veljanovski (ed), *The Economic Approach to Law*, University of Chicago Press, Chicago 1981, Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge 1990, Mark Kelman, *A Guide to Critical Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

¹⁴ Eroğul, C., *Devlet Nedir?*, İmge Kitabevi, Ankara, 1990, s. 27, *Bir devletin doğuşu, nedenleri ve tanımlanması hakkında* bkz., Hobbes, T., *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi yayınları, 2005, s. 127 vd.

karşılama için kurulmuş olan bu ortak organlardan oluşmaktadır ve bu anlamda ortak çıkarlara hizmet işlevi de kamu hizmetlerine denk düşmektedir. Kamu hizmeti bu kapsayıcı özelliği ile devletin varlık sebebidir.¹⁵ Ne var ki, burada üzerinde durulması gereken husus kamu hizmeti kavramının ortaya çıkış sürecidir. Kamu hizmeti kavramı ulus-devletlerle beraber ortaya çıkmıştır.¹⁶ Ulus devletler öncesinde vatandaş ve daha özeldir birey kavramına dair farkındalıklar belirmediği için, bu dönemden önce kamu hizmeti veya devlet hizmeti gibi kavramlar idealist malzemelerle yoğrulmaktan öteye gidememiştir. Kamu hizmeti kavramının da idare hukukunun tam ortasına oturmasının anlamlı bir tarafı vardır; o da esasında idare hukukunun varlık sebebinin de devleti tanımlayan işlevlerle açıklanmasıdır.

II. Kamu Hizmetine Hâkim Olan Temel Anlayışlar

1. Objektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Objektif kamu hizmeti anlayışına göre, belirli faaliyetler taşıdıkları bazı özellik veya niteliklerden dolayı kamu hizmeti sayılırlar.¹⁷ Bu yaklaşımın en önemli temsilcisi olan *Duguit'e* göre kamu hizmeti; karşılıklı toplumsal bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleştirilebilmesi ancak yönetici gücün devreye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetlerdir.¹⁸

Duguit'in anlayışında, kamu hizmeti devletin kurucu unsurlarından birisidir. Duguit, ülke ile birlikte kamu hizmetini de devletin kurucu unsurları arasında saymakta; egemenliği ve kamu gücünü devletin kurucu unsurları arasından çıkararak bunların yerine kamu hizmetini koymaktadır.¹⁹ Devletin işlevleri ile kamu hizmetleri arasında kurulan eşitlik, idare hukukunun tanımında da kullanılmaktadır.

¹⁵ Devletin görev ve fonksiyonlarının bir sınırı olmadığı için mevcut devletlerin yeniden yapılandırılması ve küçültülmesi yönündeki görüşler için bkz., Aktan, C.C., *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli* Doğu Batı, Yıl 1, sayı 1, Kasım-Aralık-Ocak 1997, s. 36.

¹⁶ Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Ankara, 1998, s. 254

¹⁷ Onar, S.S., age., C.I, s. 28.

¹⁸ Aktaran Karahanoğulları, O., age., s. 32.

¹⁹ Ibid, s. 30.

Kamu hizmetleri okulu anlayışında idare hukuku, kamu hizmetleri hukukudur.²⁰

Bu anlayışı eleştiren Duran’a göre: “(...) nitelikçe kamu hizmeti olan bir faaliyet zaten yoktur ve düşünülemez.²¹ Çünkü insanların faaliyetleri kamusal ve özel kesimlere özlerinin ve niteliklerinin gereği ve zorlanması ile değil, belli bir dönemde belli bir yerdeki topluma egemen olan iktisadi ve sosyal sistemin ibrazı, yani belirli irade ile ayrılır. Binaaleyh her faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişlidir ve fakat bu niteliği kazanması veya yitirmesi, yer ve zaman koşulları uyarınca siyasi yöneticileri iradesine bağlıdır (...)”.²²

En geniş tanımına göre kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.²³ Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.²⁴ Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide, gerek uygulamada, devletçe ya da diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamının gittikçe genişlediği bir gerçektir.²⁵ Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.²⁶

Türk doktrininde bazı yazarların ifade ettiği gibi kamu hizmetlerinin belirli olması ve görüldüğü zaman tanınacağı²⁷ gibi bir belirleme

²⁰ Karahanoğulları, O., age., s.18.

²¹ Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 304, aynı yönde Giritli, I./Akgüner, T., İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987, s. 129.

²² *Supra* dipnot 17.

²³ Karahanoğulları, O., age. s. 32.

²⁴ Olası (Virtüel) kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin objektivist anlayışına dayanmaktadır. Yani özel olarak görünen fakat kamu yararını taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetleridir ve bu idari yargı kararlarıyla açığa çıkar. Karahanoğulları, O., age. s. 152.

²⁵ Bununla beraber, bazı yazarlar Roma Anlaşması’nın 90. maddesinde ifadesini bulan “serbest rekabet” koşullarının elektrik, gaz ve diğer enerji sektörlerinde uygulanması sonucu kamu hizmeti terminolojisinde değişiklik olduğunu iddia etmektedirler. Fournier, J., *Public Service*, www.ambafrance-uk.org. 30.09.2004.

²⁶ İdari işlemlerde kamu hizmeti kriterinin kullanıldığı yargı kararları için bkz., UM 15.2.1999 gün ve E. 1999/10; K. 1999/18 sayılı kararı. Danıştay. 10.D. 21.5.1996 gün ve E. 1995/4326, K. 1996/2769 sayılı kararı, D. 8. D. 3.12.198 gün ve E. 1998/2595; K. 1998/4026 sayılı kararı; aktaran Karavelioğlu, C., İdari Yargılama Usul Kanunu, 2001, 5 baskı, s. 851 vd.

²⁷ Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15,

ise kanaatimizce statik bir ifade taşımaktadır ve bu bağlamda objektif yaklaşım artık terkedilmiştir.²⁸

2. Sübjektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Devletin işlevleri ile kamu hizmeti arasında kurulmaya çalışılan birliktelik, subjektivist kamu hizmeti anlayışında bir kopuş göstermekte ve bu anlamda kamu hizmetlerinin tanımlanmasında ya da belirlenmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. Bu anlayışın en önemli temsilcisi olan *Gaston Jéze* göre, kamu hizmeti anlayışında tek belirleyici olan yöneticilerin iradesidir. Yargıcın, yönetenlerce kamu hizmeti olarak belirlenen bir faaliyetin bu niteliğe sahip olup olmadığını tartışma yetkisi yoktur.²⁹ Doğaları gereği ya da önemli olmaları gibi gerekçelerle belirli tür faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması gibi özünde sübjektif bir öngörü içeren bu görüşten ziyade gerek Türk idare doktrininde³⁰ gerekse Fransız idare hukuku doktrininde³¹ sübjektif kamu hizmeti anlayışı daha kabul edilebilir bulunmuştur. Sübjektif kamu hizmeti anlayışına yöneltilen en önemli eleştiri ise, yasa koyucunun iradesinin yeterince açık olmadığı durumlarda, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağını da o oranda tatmin edici biçimde ortaya konulamayacağıdır.³²

Yasa koyucunun, Anayasa'ya uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis etmesi her zaman mümkündür. Bununla

27-28 Nisan 1998, s. 254.

²⁸ Ulusoy, A., *Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48, s. 167.

²⁹ Aktaran Karahanoğulları, O., age., s. 39.

³⁰ Duran, L., *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 304, Tan, T., *Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991, s.330, Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara, 2002 (6. bası), s. 223; Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, 1999, C. I (Genel Esaslar), s. 435.

³¹ *Fransız hukukunda niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetten söz edilemeyeceği, kamu hizmetini yöneticilerin kamu hizmeti olarak yerine getirmeye karar verdikleri kamusal ihtiyaçlar olarak tanımlayan Bordeaux okulundan Jez'den bu yana kabul edilmektedir*. Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Editör Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 3.

³² Jéze, G., *Les Principes généraux du droit administratif*, 2éd, M. Girard & E. Brière, 1914, aktaran Öztürk, B., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000) s. 14.

beraber, böyle bir belirleme yapılırken özellikle kamu hizmetini görecektir kamu kurum veya kuruluşunun işleyişine kamu hukuku rejimi yanında özel hukuk kurallarının da uygulanıyor olması, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemektedir.³³

Bu çerçevede modern idare hukukunda kamu hizmeti kavramı: “önemli derecede kamu yararı içermesi ve bireylere özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tâbi tutulan faaliyet kamu hizmetidir” biçiminde tanımlanmaktadır.³⁴

3. İktisadî Kamu Hizmeti Anlayışı

Devlet, egemenlik kudretini temsil eden bir kurum olarak bazı yetki ve sorumluluklara sahiptir. Ancak bunların neler olması gerektiği ve sınırları büyük önem arz etmektedir. Anayasal iktisatçılara göre, devletin yetki ve sorumluluklarının sınırlandırılması, bir diğer deyişle bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerinin korunması için ekonomik Anayasanın içerisinde mali Anayasa, parasal Anayasa, dış ticaret Anayasası ve yasal kurumsal serbestleşme ile rekabet Anayasası bölümlerine yer verilmelidir.³⁵ Anayasa ve iktisat akımının temel hareket noktası, baskı gruplarının yasama üzerindeki etkisi, yasama organında çeşitli siyasi grupların bulunması nedeniyle çıkarılan yasaların uzlaşma adına tutarsızlıklar taşıması, meclis içi gruplar arasında iletişim kurmanın maliyetlerinin yüksek olması gibi çeşitli nedenlerle iktisadi rasyonaliteye uymayan düzenlemelerin yargı organlarınca belli iktisadi ilkeler

³³ “Bu durumda, fonksiyonları yönünden kamu hizmeti gören ve bu hizmeti görürken de kamu gücünü kullanan İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN) tüzel kişiliğinin, sahip olduğu bu nitelikler dolayısıyla bir kamu kurumu statüsünde bulunması, davacının da bir kamu kurumundan emekliye ayrılması karşısında, söz konusu uyumsuzluğun görüm ve çözümünün idari yargının görev alanına girdiği açık olduğundan, mahkemece, özel hukuk tüzel kişisi olan davalı Sandık ile davacı arasındaki ihtilafların özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanması nedeniyle adli yargıda özümlemesi icap ettiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir”. D. 11. Daire; E. 2001/674, K. 2003/4126, T.17.10.2003. (Kazancı Hukuk Yayınları Mevzuat CD’si, 2005).

³⁴ Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*, BTHAE, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, II, Ankara, 26 Mart 2004, s. 61

³⁵ Aktan, C., *Anayasal İktisat*, İstanbul, 1997, s. 42.

çerçevesinde denetime tabi tutulmasıdır.³⁶ Yargı organlarının bu faaliyetlerinde, genel yararı gözetici, sosyal refah ya da refah maksimizasyonu kriterlerine dayanmaları önerilmektedir.³⁷ Anayasal iktisatçılar, kamu harcamalarının zaman içerisinde sürekli artış gösterdiğini ve bu artışın milli gelirdeki artış ile orantılı bir biçimde sınırlanması gerektiğini savunmaktadırlar.³⁸ Bu yaklaşımda kamu hizmeti, kamusal mal kavramından hareketle tanımlanmaktadır.³⁹ Anayasal iktisat akımının öngörülleri çerçevesinde geliştirilen iktisadi anlayışta kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomik düzenlerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel girişimciler tarafından ya hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır.⁴⁰ İktisadi yaklaşımda kamusal niteliğe haiz malların devlet tarafından, bunların dışında kalan özel malların ise piyasa mekanizmasına dayalı koşullarda üretilmesi gerekir. Bazı malların aslında özel mal niteliği taşıdığı halde devlet tarafından üretilmesi keyfiyetini açıklamakta kullanılan kamusal yarar kavramının, kamusal malın belirtilen özelliklerinden farklı olarak, açık ve tutarlı kriterlere dayanmadığı ve bu nedenle de ideolojik olduğu savunulmaktadır.⁴¹ İktisadi yaklaşım, bu anlamda kamu hizmetinin devletin daralan faaliyet sahasına inhisar etmekte ve daraltıcı bir kimlik taşımaktadır.

4. Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmeti Anlayışı

Anayasa Mahkemesi, 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden⁴² önceki içtihatlarında, objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek; bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucu-

³⁶ 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik, kanaatimizce geniş anlamda yasa koyucunun *iktisadi kamu hizmeti* anlayışını yansıtmaktadır.

³⁷ Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harward University Press, Cambridge, 1990.

³⁸ Güler, B.S., *Kompradorun Hukuk Hamlesi*, Anayasal İktisat, Adana, 2003, s. 45.

³⁹ 24 Aralık 2003 tarih ve 25326 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5018 Sayılı *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun kamu geliri* başlıklı 3 (i) maddesinde kamu malı ifadesi kullanılmamıştır.

⁴⁰ Savaş, V., *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 40, Ankara, 1999, s. 92.

⁴¹ Savaş, V., *agm.*, s. 94.

⁴² *Infra*.

nun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁴³ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi kararlarında, genellikle bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğine ilişkin bir nitelendirmede bulunmakla yetinmiş, ancak bunun gerekçesini açıklamamıştır.⁴⁴

Ülkemizde, kamu hizmetleri konusunda geçerli-resmi kamu hukuku anlayışının bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluştuğunu söylemek yerinde bir tespit olacaktır.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir.⁴⁶ Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görünemez. Nitekim Anayasa'nın 47. maddesinde "...kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir"⁴⁷ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında çeşitli faaliyetler için teknik bir kriterle değinmeden kamu hizmeti nitelemesi yapmıştır.⁴⁸ Örneğin köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir; kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir.⁴⁹

Örneğin, enerji alanında özelleştirmeyi düzenleyen 3974 sayılı kanunun iptaline ilişkin olarak verdiği kararında "elektrik üretimi,

⁴³ Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 2.

⁴⁴ AYM., E. 1987/16, K.1988/8- 19.4.1988, RG., 23.8.1988-1908, s. 49, AYM., E. 1990/4, K. 1990/6, 12.4.1990, RG. 17.6.1990-20551, s. 12, AYM., E. 1989/9, K. 1990/8, RG. 26.7.1990-20586.

⁴⁵ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s. 104.

⁴⁶ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., *Infra*.

⁴⁷ Fransız hukukunda kamu hizmetinin işletilmesi kamu veya yarı kamu bir kuruluşa tamamen devredilebilir; genellikle bu kuruluş özel bir şirket olmaktadır. Yetkili kılınan (délégataire) bu kuruluş veya şirket bir iş veya hizmet alışverişi yapılan bir şirket gibi topluluğa karşı hizmetten sorumlu olmaz; topluluk ve ortağı arasında çok özel bir güven ilişkisi mevcuttur. Yetkili kılınan kuruluş bu hizmeti genellikle uzun bir süre için devralır. AUBY, J.B., *Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi*, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 47.

⁴⁸ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s.104.

⁴⁹ AYM, 26.3.1974 tarih, E.1973/32, K.1974/11, AMKD, c.12, s.122.

iletimi ve dağıtımının stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinden" olduğu belirtilmiştir.⁵⁰

Aynı şekilde enerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin özel kişilere kurdurulmasını veya işlettirilmesini konu alan sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceğini düzenleyen yasa kuralları Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sonuca varırken şu saptamalarda bulunmuştur:⁵¹

"Öğretide kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Kuşkusuz Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeler saklıdır.⁵² Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğu ya da aykırılığı saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Anayasa Yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabilir."⁵³

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek, bazı faaliyetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucunun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında kamu hizmeti kavramını tanımlama gibi bir istek ve iradesinin olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu kararlarında *stratejik, kritik ve önemli kamu hizmeti* şeklinde ortaya atmış olduğu belirlemelerle objektif kamu hizmeti anlayışı ısrarla benimsenmiş ve kamu hizmeti kavramı, özel hukuk rejimine tabi tutulmak istenen fakat tüm yönleriyle kamu

⁵⁰ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD. S. 31, C.I, s. 293.

⁵¹ Karahanoğulları'na göre bu kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetleri konusunda kurucu irade açıklayan bir birim olarak ortaya çıkmaktadır. age., s. 271.

⁵² Bu kararın 4501 sayılı kanundaki yabancılik unsurunun Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karardan farklılaşan yönler için bkz., *Infra*.

⁵³ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD., Sayı. 31, C. I, s. 305 aynı şekilde AYM E. 1994/70, K. 1994/65-2, 22.12.1994, AMKD., Sayı. 31, C. I, s. 408-409.

⁵⁴ Ulusoy, A., *Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, c.48, s. 165 vd.

hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmelerin bu niteliklerinin korunmasında ve devamında bir filtre görevi görmüştür.

III. Kamu Hizmetinin Ayırıştırıcı Kriterleri

1. Maddi Kriter

Bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya veya bir kamu tüzel kişinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen faaliyetin⁵⁵ kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu faaliyetin kamu yararı⁵⁶ amacını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olması gerekmektedir. Buradaki en büyük sorunsal; kamu hizmeti kavramında olduğu gibi kamu yararı kavramının da farklı disiplinlerdeki anlam ve algılanışının araştırılması gereğidir.⁵⁷ Bu anlamda maddi kriter incelenirken, ilk kez Laroque'un ortaya attığı fakat esas savunuculuğunu *Chenot'un* yaptığı "*Virtüel-İşlevsel Kamu Hizmeti*" teorisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Virtüel kamu hizmetinde, niteliği itibarıyla özel bir faaliyet icra edilerek halkın ortak ve genel bir ihtiyacı karşılanmakta ve kamu yararı gerçekleştirilmektedir. Yol, rıhtım, akarsu gibi kamu emlakıyla özel bir ilişki söz konusu ise, idare bu faaliyetlere izin verebilir. Anılan türdeki faaliyetler için henüz kanun koyucu tarafından "*kamu hizmeti niteliği*" tanınmadan kamu yararının takipçisi sıfatıyla idare, vermiş olduğu ruhsatın öngördüğü yükümlülükleri azaltıp çoğaltabilir, hatta ruhsatı geri alabilir. Keza idare kamu hizmeti ilkelerine uygun faaliyet gösterme, tarife tespit etme gibi kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutup, faaliyetini kolluk denetimini aşar

⁵⁵ 18 Nisan 2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun Tanımlar Başlıklı 6. maddesi şu şekildedir; (...) Tüzel kişi (şirket): Bu Kanun hükümleri uyarınca doğal gazın üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, ithali, ihracı, ticareti ve depolanması fonksiyonlarını yürütmek üzere kurulmuş özel veya kamu hukuku tüzel kişisini(...) (İtali benim C. Ç. O.)

⁵⁶ Anayasa'da kamu yararının farklı konulara ilişkin olarak düzenlendiği haller için bkz., m. 43, 44, 45, 46, 47; toplum yararı kavramının kullanıldığı madde için bkz., m. 166/2. Kamu yararı kavramını irdelemek bakımından geniş bir yelpaze için bkz., 1580 sayılı Belediye kanununun belediyelerin görevlerini düzenleyen 15.maddesi (*Mülga*). Ayrıca bkz., 24 Aralık 2004 tarih ve 25680 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5272 sayılı Belediye Kanunu.

⁵⁷ Hukuk ekonomi perspektifinden bakıldığında *pareto optimali* teorisi uyarınca bir grup ya da topluluğun refahının artması için o grubun asgari bir üyesinin refahında artış olması ve geri kalan üyelerin hiç birinin refahında bir eksilme olmaması gerekir. Parsons, T., *The Structure of Social Action*: Marshall, Pareto, Durkheim, Free Press, New York, 1968, s. 241 vd.

şekilde “içten” denetleyebilir.⁵⁸ Modern İdare hukukunda maddi kriter bir dönüşüme uğramıştır. Günümüzde hangi faaliyetin kamu yararı içerdiği ve dolayısıyla kamu hizmetine konu olabileceği oldukça belirsizdir. Ayrıca kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerin de kamu yararıyla doğrudan bir bağının kurulamadığı görülmektedir.⁵⁹

2. Organik Kriter

Bu kriter uyarınca bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için, bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında olan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerekir.⁶⁰ Kamu hizmeti ya doğrudan doğruya bir kanun ile belli bir kamu tüzel kişisine verilir, yüklenir veya kanun koyucu, bir kanun ile kurmuş olduğu kamu tüzel kişisine aynı veya başka bir yasal düzenleme ile doğrudan doğruya belli bir görev, belli bir kamu hizmeti veya hizmetlerini yükleyecek yerde, o kamu tüzel kişisine hatta başka bir kamu tüzel kişisine açıkça yetki verebilir.⁶¹ Bu anlamda, özel kişilerin faaliyetleri kural olarak kamu hizmeti oluşturmaz. Bunların faaliyetlerinin kamu hizmeti oluşturabilmesi için, bu kişilerin kuruluşu ve çalışması üzerinde bir kamu tüzel kişinin yeterince açık bir denetimi olmalıdır.⁶² Kamu hizmeti kavramının son yüzyılda uğradığı dönüşüm kendisini en fazla organik kriterde hissettirmiştir. *Kamu hizmetinin mutlaka bir kamu otoritesince yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı, onun yakın denetimi/gözetimi altındaki özel kişilerce de kamu hizmetinin yürütülebileceği, diğer bir anlatımla önemli olanın kamu hizmetini kimin işleteceği/yürüteceği değil, hizmetin düzgün işleyip işlememesine dair nihai sorumluluğun idarede olması ve sorumlu idarenin, bu hizmeti işleten eğer özel kişiye, üzerinde sıkı bir denetim yetkisinin olması gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır.*⁶³

⁵⁸ Gülan, A., *Kamu Hizmeti Kavramı*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfü Duran’a Armağan, Özel Sayı, S. 1-3, İstanbul, 1988, s. 149-159.

⁵⁹ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 19.

⁶⁰ Giritli, İ./ Akgüner T., *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1987, s.127; Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara, 2002, s.282, Gözübüyük, Ş. /Tan, T., C. I, Genel Esaslar, s. 434.

⁶¹ Bkz., Özay, İ., *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 239.

⁶² Gözler, K., *İdare Hukuku*, Bursa, 2003, s. 220.

⁶³ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 18’den naklen, AB düzenlemelerinin etkisiyle organik ölçütün tamamen ortadan kalkmış olduğunu savunan yazarlar için bkz., aynı yer.

3. Şekli Kriter

Bir faaliyete uygulanacak hukuksal rejimi esas alan bu kriter uyarınca, kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olan faaliyetler kamu hizmeti sayılırlar.⁶⁴ Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt olma niteliğinin de kaynağı olan bu kriter, günümüzde önemini yitirmiş; özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir.⁶⁵

IV. Kamu Hukuku Kurgusu Olarak Kamu Hizmetindeki Değişim

Devlet olgusunun doğumunda, gelişmesinde ve aktüel var oluşunda yani geçmişinde ve bugününde, soy zincirinin her aşamasında belirleyici unsur egemenliktir. Devletin bu çekirdek unsuru yanında esasen görünen tarafı hizmet tarafıdır ve devletin yeniden yapılanmasındaki tartışmalar da çekirdek unsur olan egemenlikten ziyade bu eksen etrafında toplanmaktadır. Kapitalizmin gelişmesiyle ortaya çıkan modern devletler öncesinde Eski rejim devleti⁶⁶ kendi ilkesini ve varlığının üzerine dayandırdığı ilk neden olarak ülkede gerçekleştirilen üretimi iktisadi kurallara göre değil kendi *Raison d'Etat'sına* göre paylaştırmıştır. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanların hızla genişlemesi sonucunda devlet bir yandan gücünü ve ağırlığını artırmış diğer yandan ise bu geniş yelpazede hizmetleri sunma çaba ve güdüsüyle kaynaklarını artırmanın çeşitli yollarını aramaya girişmiştir. Devletin yeniden yapılanma projesinde ise devletin özellikle iktisadi alanlardaki ayrıcalıklarının sınırlandırılması ve hatta tasfiyesi yönündedir. Bu ideolojik savunuşun temelini ise liberal pozisyon oluşturmuştur.

⁶⁴ Türkiye’de özel işletmecilik esaslarına göre faaliyette bulunan KİT’lerin gördükleri hizmetin kamu hizmeti rejimi ağırlıklı olduğu yönünde bkz., Gözübüyük, Ş./Tan, T., İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.I, s. 549.

⁶⁵ Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 305-306; Günday, M., İdare Hukuku, s.224, 20 Şubat 2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 1. maddesi şu şekildedir. “Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır”.

⁶⁶ Bu kavramlaştırma Prof. Dr. Mehmet Ali Kılıçbay’a aittir. Bkz., *Devletin Yeniden Yapılanması*, Doğu Batı, Devlet, Yıl 1, Sayı 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 18.

Söz konusu liberal pozisyon açılımında II. Dünya Savaşı sonrası dönem, klasik kamu hukukuna özgü bazı ilke ve kurumların yeniden yorumlandığı bir dönemdir. Yeniden yorumlanan ilkeler arasında devlet, egemenlik ve insan hakları kavramları ağırlıklı bir yer teşkil etmektedir. Bu döneme kadar esas itibarıyla devletlerin kesin egemenliği doktrini hâkim olmuş, bu tarihten sonra ise yeni bir düşünce sözlüğü arama, geniş çizgilerle belirlenmiş gelecek vizyonlarını biçimlendirme ve çok terimle düşünme geleneği oluşmuştur.⁶⁷ Küreselleşme üst başlığında devletin siyasi ve ekonomik alandaki temel unsurlarının yeniden yorumlanması ile beraber *neo-liberalizm* akımı hayatıyet kazanmıştır.

II. Dünya Savaşı sonrasında *neo-liberalizm*, sadece ekonomi veya iktisadi politikalar doğrultusunda görüş oluşturmak değil fakat filozofların, sosyalistlerin, tarihçilerin, hukuk ve ekonomistlerin uluslararası düzeyde birleştiği, insancıl temelli fikri yönelimi temellendirmek amacıyla ortaya atılmıştır.⁶⁸ Neo-liberal görüşte devletin işlevleri, ideal olarak yasa ve düzene tarafsız bir çerçevenin sağlanmasına ek olarak, çok az sayıdaki gerçek kamu malının sunumuyla sınırlanmalıdır. Özellikle de 1980'lerden bu yana en önemli siyasi gelişmelerden biri olan dünya çapında yaygın özelleştirme süreci de bu akım doğrultusuna hız kazanmıştır. Devlet mülkiyeti kamu hizmetlerinde toplasma yönünde çok güçlü bir eğilim taşımaktadır.⁶⁹ Bunlar herkes için önemli olan [havagazı, elektrik, su gibi] ve arz edilmesinin sık sık doğal tekel⁷⁰ oluşturduğu düşünülen temel hizmetlerin sağlanmasıdır. Ancak neo-liberal yaklaşımlarla devletin temel kamusal hizmetlerin sunulmasına ayıracığı kaynağın azaltılması ve bunun yerine serbestleştirme ve rekabete açmanın daha yerinde olacağı fikri savunulmuştur. Bunun devamında nerede kamu sektörünün belirli işlevlerini devam ettirmenin zorunlu olduğu düşünüldüyse, orada rekabetin sınırlı kaynakların azami verimli kullanımını sağlayacağı beklentisiyle kamu ve özel karması yapılarına bu hizmetlerin sunumunun ihale edilmesi yoluna gidilmiştir. Pek çok

⁶⁷ Gül, İ., *Ekonominin Anayasallaşması*, S. 2002/3, FMR, C. 2, s. 57.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Pierson, C., *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul, 2000, s. 157 vd.

⁷⁰ Bugün altyapı hizmetlerinde özel sektörün katılımının sağlanması hususunda dünyada yaşanan genel eğilim özel sektöre açılan endüstriyi dikey olarak bölmek, rekabete açılabilen bölümleri rekabete açıp bunların faaliyetlerini rekabet kanunlarıyla düzenlemek; rekabete açılmayan bölümleri imtiyaz sözleşmeleri yoluyla özel sektöre devredip bunları bağımsız düzenleyici kurumlar aracılığıyla denetlemektir., bkz., Emek, U.

Avrupa ülkesinde bu türden reformlara hizmet sunumlarının yerel yönetim düzeyinde âdemi merkezileştirilmesi eşlik etmektedir.⁷¹

Devletin mal ve hizmetlerin doğrudan üreticisi olma rolünden geri çekilişinin en sert hissedilen ironilerinden biri kendisinden ayırdığı işlevler üzerinde denetimi sürdürmek üzere düzenleme aygıtının yayılması olmuştur.⁷² Geniş anlamda düzenleme; piyasa aktörlerinin davranışını idari veya yasal olarak denetlemek üzere devletin tüm müdahalede bulunma şekilleridir. Esasında liberalizmin çıkış noktası toplumsal bir platform değil de birey olunca devletin sistemdeki önemi artmakta ve dengenin bozulması durumunda düzeltici olarak işlev görmektedir. Kamu hizmeti kavramı kendisiyle bağlantılı olan her hukuki ilişkide kendi niteliğinden kaynaklanan farklılaşmaları doğurucu bir etkiye sahip bulunduğu gibi devlete ilişkin her etkileşimden de elbette ki nasibini almaktadır. Bu anlamda kamu hizmetleri bu yeniden yapılanma projesi içerisinde bir daralma yaşamaktadır.⁷³

Bununla beraber kamu hizmetini doğuran sosyal ihtiyaçlar devam etmektedir. İlk başlarda tahmin edilemeyecek ihtiyaçları karşılamak üretim ve hizmet için ortaya çıkan bu ihtiyaç; sosyal yapının asgari ortak paydası ve liberalizmin çözücü yan etkileri⁷⁴ karşısında görüntüsü değişmiş, temeli farklılaşmış olsa bile devam etmektedir. Kavramın içeriğindeki değişimler varlığını gereksiz kılmamaktadır. Hem sosyal faydaları korumak, hem ortak ihtiyaçları nitelikli biçimde tatmin etmek, hem de ekonomik kaynaklı talepleri karşılamak gereklidir. Ancak günümüzde kamu hizmetine ilişkin ilkelerin kapsamını ve anlamını belirlemenin gerekliliği tartışılmazdır. Ekonomik gerekçelerden kaynaklanan talepler de yanlış bir hedef olarak kamu hizmetini almaktadırlar. Nitelikli sunulan bir kamu hizmetinin liberal ekonomilerde sosyal

⁷¹ Pierson, C., age., s. 165. İngiltere’de ise bu oluşumun tersine geleneksel yerel yönetim işlevlerinin merkezi hükümetçe bakanlar tarafından atanan bir dizi seçilmemiş yetkiliye tahsis edilmesi suretiyle siyasi gücün daha da merkezileşmesi görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için *Infra*.

⁷² Son dönemdeki gelişmeler dikkate alındığında devlet küçülürken kamunun genişlemesi anakroniktir.

⁷³ Karahanoğulları, age., s. 346, Gülan, A., *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ekim 2001, Ankara, s. 151.

⁷⁴ Teorik olarak evrensel insan haklarının temeli olarak görünen liberalizmin yakın gelecekte alacağı biçime yönelik eleştiriler için bkz., Forsythe, D. P., *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Pres, UK, 2004, s. 217-237

yapının sigortası olma işlevini⁷⁵ yerine getirmek suretiyle vazgeçilmez önemi haiz olduğu kolayca anlaşılabılır.

İkinci Bölüm

Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı

I. Kamu Hizmeti Literatüründeki Değişim

Avrupa Birliği hukukunu kamu hizmeti (*public service*) kavramı içerisine oturtmaya çalıştığımızda farklı itirazlar ileri sürülebilmektedir. Fransız idare hukuku ile ilgilenen herkes, kamu faaliyetleri alanının tanımlanmasından da memnundur. Bu tanım idare hukukuna bir köşe taşı olarak hizmet etmiştir. Bu tanıma idarenin geleneksel alanını belirlemek veya geniş çaplı kamu hizmetlerine kendi faaliyetleri için bir çerçeve oluşturmak üzere yasama organı tarafından sürekli olarak başvurulmuştur. Fransa'da parlamento demiryollarını, postaneyi, elektrik üretimini kamu hizmeti olarak sınıflandırmışken, Avrupa Birliği etkisiyle bugün bu hizmetlerin çok farklı bir tanımını şimdiden düşünmek zorunda bırakılmıştır.⁷⁶ Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmeti alanına ilişkin olarak yeni tanımlar tecrübe edilmekte ve kimi yazarlara göre tuhaf hukuk melezlerinin⁷⁷ doğumuna tanık olunmaktadır.

Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti üzerindeki etkilerini araştırırken ilk karşımıza çıkan olgu, kamu hizmetinin klasik kavramlarındaki başkalaşımdır. Bu başkalaşım ilk planda kamu hizmeti literatürüne bir takım yeni terimlerin girmesi ile başlamakta ve kamu hizmetinin temel kriter ve ilkelerinde çeşitlenme ve değişim ile devam etmektedir.

⁷⁵ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM., C. LVI, S. 1-4 (1998), s. 107.

⁷⁶ İlginçtir ki klasik kamu hizmeti anlayışında temel bir kamu hizmeti olarak düşünülen elektrik hizmetleri Avrupa Birliği'nin birçok ülkesinde (İngiltere, Orta Avrupa, Portekiz vb.) tamamen serbestleştirilmişken Fransa'da serbestleştirme henüz başlangıç aşamasındadır. Bu da Fransa'nın klasik kamu hizmeti nosyonuna bağlılığını ortaya koymaktadır. Avrupa'da enerji serbestleştirilmesine yönelik tablolar ve karşılaştırma için bkz: http://www.epdk.org.tr/yayin_rapor/piyasagelisim/piyasagelisim.htm.

⁷⁷ Questinaux, N., *İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d'Etat'in Önleyici Rolü*, Çev. Cemil Kaya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 11, S. 1-2, 2003, s. 104. Esasında bu kavramsal dönüşüm sadece kamu hukukuna veya idare hukukuna özgü değildir. Avrupa Özel hukukunda da ideolojik bir farklılaşma göze çarpmaktadır. Bu bağlamda Yeni Avrupa Özel Hukuku da daha az dogmatik ve didaktik olarak nitelendirilmektedir. Hesselink, M. W., *The New European Private Law*, Essays on the Future of Private Law in Europe, Kluwer Law International, Vol. 3, 2002, s. 65.

Avrupa Birliği hukukunda, kamu hizmetleri konusunda farklı bir terminoloji hâkimdir. Kamu hizmeti terimi sadece kurucu anlaşmanın 77. maddesinde taşımacılıkla ilgili olarak kullanılmıştır.⁷⁸ Kuşkusuz bu noktada Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti kavramını tamamen yok sayıp bütün sistemi serbest pazar ilkesine göre kurması ve kamu yararı içerse bile hiçbir konuda monopole izin vermemesi beklenemezdi. Zira ilk önce *ekâbir kamu hizmetleri veya geleneksel kamu hizmetleri* ve hatta idari kamu hizmetleri Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarının kapsamı dışında tutulmuş ve bu tip kamu hizmetlerine ilişkin tüm yetkiler üye devletlere bırakılmıştır. Bu bakımdan, Avrupa Birliği oluşumunun adı geçen kamu hizmetleri üzerine en azından doğrudan etkisinin olmadığı söylenebilir.

*Avrupa Birliği hukuku üye ülkelere minimalist, etkinleşmiş ve standardize edilmiş bir kamu hizmeti anlayışı empoze etmeye çalışmaktadır.*⁷⁹ Genel ekonomik yarar hizmetleri, evrensel hizmet, minimum hizmet, ek hizmetler, kamusal yarar hizmetleri, kamu hizmeti yükümlülükleri⁸⁰ kamu hizmeti kavramı yerine ikame edilmek istenmekte ve bu yeni kavramsal oluşumun tamamlayıcısı olarak da fiyat dengelemesi ve pozitif ayrımcılık terimleri de sıkça kullanılmaya başlanmaktadır.

Birliğin kuruluş amacı, liberal ilkelere dayanan bir ortak pazarın yaratılmasıdır. Farklı hukuk sistemlerine mensup devletlerin bir araya gelmesindeki uyum zorluğunun yanı sıra, kurucu anlaşmada kamu hizmeti kavramının yer almamasının önemli bir nedeni de budur.

Komisyonun geliştirdiği mantığa göre, kamusal hizmetlerin en az maliyetle görülmesi Avrupa ekonomilerinin rekabet gücü için temel niteliktedir ve bunu sağlamanın yolu da rekabet araçlarının kullanılmasından geçmektedir.⁸¹ Avrupa Birliği, özellikle demiryolları, elektrik,

⁷⁸ Taşımacılıkta kamu hizmeti yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için yapılan yardımlar Antlaşmaya aykırı sayılmayacaktır (Roma Anlaşması m. 77, yeni Amsterdam Birleşik metin m. 73).

⁷⁹ Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, C: 48, S. 1-4, s. 174'den naklen.

⁸⁰ Bu kavramlara ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz., Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 84, Godfrin, P., *Droit Administratif des biens, Domaines, travaux, expropriations*, 5^e édition, Armand Colin, Paris, 1997

⁸¹ Bu konuda Avrupa Topluluğu Adalet Divanının vermiş olduğu karara örnek olarak bkz., *Germany v. European Parliament and Council (Tobacco Advertising Case)* Court of Justice of the European Communities, Case C-376/98, [2000], ECR I-8419, ayrıca *Conseil d'Etat, France, Maïseries de Beauce v. ONIC, Conseil d'Etat*, 26 July 1985, *Recueil des De-*

haberleşme ve ulaşım gibi ağ hizmetlere, birlik coğrafyasının bütünleşmesini kolaylaştıracağı ve Avrupa ekonomisinin rekabet gücünü artıracığı için özel bir önem vermektedir. Ancak bu önem sosyal yönere vurgu biçiminde değil, maliyetleri düşürmek, rekabeti sağlamak, serbestleşmek gibi iktisadi mantık çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.⁸²

Avrupa Birliği'nin bütünleşmeye katkıda bulunacağından hareketle haberleşme sektörüne özel ve ayrı bir önem verdiği ve hatta kamu hizmetlerindeki terminolojik başkalaşıma bu sektörden başladığı açıktır. Genel ekonomik yarar hizmetleri gibi kamu hizmetine ilişkin yeni bir kavram olan evrensel hizmet kavramı da AB hukukuna ve bununla birlikte kıta Avrupa'sı ülkelerinin hukuksal düzenlemelerine AB komisyonunun 1987 tarihindeki telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitap ile girmiştir. Kavram daha sonra üye ülkelerin telekomünikasyon ve posta hizmetlerine ilişkin hukuksal düzenlemeleriyle birlikte aynı alandaki çeşitli AB düzenlemelerinde de önemli bir yer tutmaya başlamıştır.⁸³

1. Evrensel Hizmet Kavramı

Avrupa Birliği'nin kurucu anlaşması olan 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda *"kamu hizmetinden"* belirgin bir biçimde söz edilmemiştir. Sadece Roma Anlaşması'nın 73. maddesinde ulaşım sektörüne ilişkin olarak kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. O dönemde esas amaç malların serbest dolaşımına imkan tanıyacak bir serbest pazarın oluşturulmasıdır. Bu anlamda farklı kamu hizmeti nosyonuna sahip olan devletlerin kamu hizmeti anlayışlarının yeknesak hale getirilmesi gibi bir çaba söz konusu olmamıştır. Daha sonra Avrupa Komisyonu'nun sırasıyla, 26 Haziran 1969 tarih ve 1191/69 sayılı, 20 Haziran 1991 tarihli ve 1893/91 sayılı, 23 Temmuz 1992 tarih ve 2408/92 sayılı direktiflerinde ulaşım sektörü ile ilgili konularda kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. Bu dönemde dikkati çeken husus, Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti kavramına ihtiyatlı yaklaştığı ve kavramın ulusal niteliğine öncelik tanındığıdır. 1986 tarihi Avrupa Tek Senediyle beraber her alanda

cisions du Conseil d'Etat 233; RTDE 158, kararların geniş metni için bkz., Hartley, T. C., European Union Law in a Global Context, Text, Cases and Materials, Cambridge, 2004, s. 64-193.

⁸² Karahanoğulları, age., s. 147, aksi yönde bkz., Bozkurt, E. /Özcan, M./Köktaş, A., *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara, 2001, s. 182.

⁸³ *Infra.*

liberalizasyon, rekabete açıklık gibi kavramlar ön plana geçmiş, posta ve telekomünikasyon hizmetlerinde evrensel hizmet kavramı ortaya atılmış, kamu hizmeti kavramı ise enerji ve ulaşım sektörlerinde sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde ise Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmetlerinin görülüş usulleri bakımından, devletin kamu hizmetlerini mutlaka gerekli olmadıkça bizzat işletmemesi, sadece regülatör (*düzenleyici-denetleyici*) olması empoze edilmektedir.⁸⁴ Diğer yandan, kamu hizmetlerinin hukuksal rejiminde ekonomik yaklaşımın ön plana geçmesi savunulmaktadır.⁸⁵ Bu bağlamda, kamu hizmetlerinde sektörleşme, rekabete açılma ve yeni bir finansman anlayışı gündeme gelmektedir. Roma Anlaşması'nın 90/3 maddesi, hangi faaliyetin kamu hizmeti veya genel ekonomik yarar hizmeti olacağını belirlemede son sözü topluluk makamlarının söyleyeceğini öngörerek klasik kamu hizmetinde bir başkalaşmaya sebep olmuştur.⁸⁶ Bu anlamda *evrensel hizmet* kavramı da Avrupa Birliği kamu hizmeti kuramına yeni giren terimlerden bir tanesidir.⁸⁷ Evrensel hizmet kavramı AB Hukukuna AB komisyonunun telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitap ile girmiştir.⁸⁸ 1987 yılında çıkarılan yeşil kitapta evrensel hizmet; özellikle bir *"bilgi toplumu"* olarak görülen Avrupa Birliği için herkesin rahatlıkla erişebileceği bir hizmet olarak nitelendirilmekte ve evrensel hizmet bu bilgi toplumu için vazgeçilmez bir unsur olarak ifade edilmektedir.⁸⁹ Özellikle 1992 yılında telekomünikasyon sektöründeki reformist politikalarla Avrupa Birliği konsey kararlarıyla evrensel hizmetin tanımını yapmaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Burada temel sorunsal, bir yandan evrensel hizmetin tanımını ve kapsamını

⁸⁴ Kuramsal açıdan iktisadi aktörlerin yaptıkları sözleşmelere uymalarını sağlamak için bir devlet gereksinen kapitalizm, reel dünyada dengesizliğin regülasyonu açısından da bir üst denetim gerektirmektedir. Ne var ki, kurumsal yapı gibi "devlet" de ortaya çıktığı andan itibaren kendini yeniden üreten bir iradeye dönüşür. İktisadi anlam dünyasının ve güç ilişkilerinin her alana nüfus ettiği bir dünyada söz konusu yeniden üretim de iktisadi alanı kullanacaktır. Her sistemde var olan gücün getiri yaratma kapasitesi kapitalist sistemde iktisadi kaynakları doğrudan veya dolaylı olarak devletin emrine verecektir. Böylece, sistem içindeki aktörler arasında hakimlik yapılması ve genel çerçevenin düzenlenmesi karşılığında devlet en güçlü iktisadi aktör olarak temayüz eder. Mahçupyan, E., "Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm", *Doğu/Batı*, Yıl 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 21.

⁸⁵ *Infra*.

⁸⁶ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 100.

⁸⁷ Genel ekonomik yarar hizmetleri, minimum hizmet, ek hizmetler, kamusal yarar hizmetleri kamu hizmeti yükümlülükleri, AB kamu hizmeti hukukuna yeni giren terimlerdenidir. Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., *Ibid.*, s. 84.

⁸⁸ Ulusoy, A., *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 113.

⁸⁹ Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, London, 1998, s. 32.

belirlemek, diğer yandan da hizmetten faydalanacak olanlar için bir fiyat tespit etmektir. Bu amaçla, Avrupa çapında evrensel hizmeti stabilize etmeye yönelik kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. Avrupa Birliği düzenlemeleri uyarınca evrensel hizmet; bireylerin bulundukları coğrafi ve ülkesel koşullara bakılmaksızın herkesin faydalanabileceği ve finansal olarak bedelini karşılamakta zorlanmayacağı standart kalitedeki hizmetler olarak tanımlanmıştır.⁹⁰ Bu hizmetlerin kapsam ve hükümlerinin tespit edilmesi ise üye devletlere bırakılmıştır. Monopol bir piyasada evrensel hizmetin sunumu ve hükümleri monopol kuruluşlar tarafından yerine getirilmekteyken, 13 Mart 1996 yılında yayınlanan tam rekabet direktifi, 30 Haziran 1997 tarihli ara bağlantı direktifi ve 1997 tarihli sesli telefon direktifiyle üye ülkelere evrensel hizmetin finansmanı ve bedeli konusunda yerel kriterleri geliştirecek ve yön verecek normlar getirilmiş ve özellikle evrensel hizmetin sunumunda ayrımcılık yasağı, coğrafi koşulların gözetilmesi, şeffaflık ve fiyatın belli bir oranda tutulması (*price cap*) gibi ilkeler getirilmiştir.⁹¹

Türk hukukunda da evrensel hizmet kavramı hukuksal düzenlemelere ilk kez telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin olarak girmiştir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesinde değişiklik yapan 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı kanunda⁹² asgari hizmetler kavramı açıklanırken evrensel hizmetten açıkça söz edilerek Türk Telekom *evrensel hizmet yükümlüsü işletmeci* olarak tespit edilmiştir. Aynı kanunun 4. maddesinde de evrensel hizmet kavramının çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır. Telekomünikasyon hizmetleri yönetmeliğinde de, Asgari Hizmetler başlıklı 29. maddede nitelikleri ve çeşitleri idare tarafından saptanacak evrensel hizmetler için belli nitelikler taşıyan işletmelerin evrensel hizmet yükümlüsü olarak görevlendirileceği, bu yükümlü işletmelerin Türk Telekom yanında diğer işletmeler de olabileceği öngörülmekte ve 35. maddesinin (p) bendinde ise, işletmelere evrensel hizmet finansmanına katkı için mali yükümlülükler getirilebileceği ve bu hususun yetki belgelerinde belirtileceği hüküm altına alınmıştır.⁹³

Ayrıca 16 Haziran 2005 tarih ve 5639 sayılı *Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*⁹⁴ ile kamu

⁹⁰ Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, London, 1998, s. 32.

⁹¹ *Ibid*, s. 33.

⁹² RG. 29/01/2000 Sayı. 23948.

⁹³ Ulusoy, A., (Telekomünikasyon), s. 124.

⁹⁴ RG. 26 Haziran 2005 tarih ve 25856 Sayı, bu kanunun 11. maddesi ile; "4.2.1924 ta-

hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde evrensel hizmetin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri”.⁹⁵ Türk hukukunda kanun bazında düzenlenen evrensel hizmet, bu kanunun incelenmesinden de görüleceği üzere şu aşamada sadece haberleşme alanına inhisar ettirilmiştir.

Avrupa Birliği hukukunun *minimalist* kamu hizmeti anlayışı⁹⁶ çerçevesinde ortaya çıkardığı evrensel hizmete birkaç noktada eleştiri yöneltilebilir. Öncelikle bu kavram şu an için elektronik haberleşme alanına inhisar ettirilmiş olması sebebiyle eleştiriye açıktır. Çünkü bu, toplumun başka önemli ortak ihtiyaçlarını içine alacak biçimde genişletilmeye müsait değil gibi gözükmemektedir. Örneğin bir başka temel kamusal hizmet olarak görünen adalet hizmetlerini evrensel hizmet kavramıyla en azından şu aşamada açıklamaya çalışmak mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan Avrupa Birliği direktifleriyle evrensel hizmetin tanımlanması ve bedeli konusunda üye devletlere bir serbestlik tanınmakla beraber burada gözden uzak tutulmaması gereken nokta

rihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesinin sekizinci fıkrasının “Türk Telekom, görev sözleşmelerinde belirlenen asgari hizmetleri sunmakla yükümlüdür” şeklindeki son cümlesi ile aynı maddede yer alan “Asgari hizmet” tanımı madde metninden çıkarılmış; 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “Asgari” ibaresi “evrensel” olarak değiştirilmiş ve 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi “Türk Telekom veya başka bir işletmecinin, vermekle yükümlü olduğu evrensel hizmet dahil, bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda olduğu haller,” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹⁵ Şu anda TBMM’nde bulunan ve telekomünikasyon sektörünü düzenleyecek ana kanun niteliğine kavuşacak olan *Elektronik Haberleşme Kanunu’nun* “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde de aynen bu tanım kullanılmıştır.

⁹⁶ Özellikle Kıta Avrupasındaki üye ülkeler Avrupa Birliği Komisyonu’nu “liberalizasyon makinesi”, “ultra liberal” ve “dogmatik” olarak değerlendirmektedirler. Bu anlamda Avrupa Birliği Komisyonu geniş bir kamu hizmeti anlayışını dışlamaktadır. Ayrıntılı değerlendirmeler ve literatür için bkz., Prosser, T., *Privatization’s Unexpected Offspring*, Law and Contemporary Problems, [Vol. 63 No. 4], Freedland, M./Sciarra, S., *Public Service and Citizenship in European Union Law*, 1998, Mclauchlan, H. W., *Public Service Law and the New Public Management in the Province of Administrative Law*, (Michale Taggart ed., 1997).

üye devletler evrensel hizmete yaklaşımlarında ister istemez kendi egemenlik nosyonlarını ve devlet geleneklerini bu kavrama yansıtmayı isteyecek olmalarıdır. Türk hukuku açısından bakıldığında ise uzun yıllar siyasi irade ile yüksek yargı organları arasında kamu hizmetini tanımlamaya yönelik gizil yarışma evrensel hizmet kavramıyla beraber farklı bir boyuta taşınabilir; yüksek yargı organlarının ve özellikle Danıştayın klasik kamu hizmeti kavramına göre *rakımı çok düşük* olan bu kavramı ne ölçüde sahipleneceği de merak konusudur.

2. Sektörleşme-Kamu Hizmeti İlişkisi

Günümüzde Avrupa Birliği hukuku, hangi faaliyetin kamu hizmeti olacağına ilişkin olarak o faaliyetin niteliğini değil, o faaliyetin yürütüldüğü sektörü esas almaktadır. İdare hukukunun kuruluş döneminde kamu hizmetinin tanımlanmasında kamunun faaliyeti ve kamu hukuku unsurlarının birlikteliği ilke olarak benimsenmiştir.⁹⁷ Devlet faaliyetlerinin piyasaya doğru genişlemesi, piyasa yöntemlerinin de kamuya girmesi sonucunu doğurmuştur. Serbest pazar ve devlet kontrolü arasında bir denge kurulması amacı ve bunun gerçekleştirilebilmesinin ancak her sektörün özelliklerinin ayrı ayrı dikkate alındığı bir yaklaşımla mümkün olabileceği vurgulanırken, klasik kamu hizmetlerinin büyük bölümünde gerçekleştirilmeye çalışılan *liberalizasyon* sırasında bir sarsıntıya meydan vermemek için kapsayıcı değil her sektöre ayrı önem ve öncelik veren ayrıştırıcı⁹⁸ bir yöntem tercih edilmiştir. Ne var ki, Avrupa Birliği bu ayrıştırıcı yaklaşımını bazı sektörlerde yadsıma eğilimindedir. Örneğin Elektronik Haberleşme Şebekeleri ve Hizmetlerinin Yetkilendirilmesine İlişkin 7 Mart 2002 tarih ve 2002/20/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Direktifinde (*Yetkilendirme Direktifi*) kamusal amacı olsun veya olmasın elektronik haberleşmeye ilişkin tüm hizmetler bakımından özel kişilerin yetkilendirilmesi ilkesi getirilmiştir. Daha önceki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği içinde ortak bir faaliyet sahasının gelişime katkıda bulunacağına inanıldığı için *telekomünikasyon sektörü* ayrı ve öncelikli olarak görülmekte ve bu alanda ayrıksı olarak

⁹⁷ Bunun temeli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *BLANCO* Kararı ile atılmıştır.

⁹⁸ TC Anayasası'nın 123. maddesinde idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla kamu hizmetlerini bütüncül bir yaklaşımla ele almak Anayasa'nın ruhuna daha uygun düşmekteyken Avrupa Birliği hukukunun bu öngörülerinin Türk İdare hukukuna nasıl adapte edileceği de merak konusudur.

ortak bir kamu hizmeti politikasına doğru gidilmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken husus yine de bu kamu hizmeti anlayışının da liberal taleplerle beslenmiş olduğudur.

Sektörleşme ilkelerinin klasik kamu hizmeti anlayışını çeşitli yönlerden etkileyebileceği düşünülebilir. Bunların başında elbette kamu hizmetlerinin *süreklilik ilkesi* gelmektedir. İlgili sektörde özel sektörün o faaliyeti yürütemeyecek duruma gelmesi karşısında kamu hizmetlerinin nihai sorumlusu olarak devletin o faaliyeti yürütmesi gerekecektir. Ancak devletin o dönemde gerekli araç ve gereçleri elden çıkardığı ve nasılsa kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütüldüğü varsayımından hareketle, ilgili personeli ve organizasyonu tasfiye etmesi halinde kamu hizmetlerinin süreklilik ilkesi zedeleneyecektir. Herhangi bir kamu hizmetinin yürütüldüğü sektörün tamamen serbestleştirilmesi durumunda, devletin bu alanlara sadece düzenleyici olarak müdahil olması bu durumda sorunu ortadan kaldıracak nitelikte değildir.

Sektörleşme kavramı ile beraber genel bir kamu hizmeti kavramından ziyade posta hizmetleri hukuku, enerji hizmetleri hukuku, iletişim hizmetleri hukuku dallarından söz edilmesi *çok vitesli kamu hizmetleri* olarak anılan⁹⁹ bir kamu hizmeti kavramının ortaya çıkmasına yol açacaktır.

3. Rekabet-Şeffaflık-Kamuoyu Denetimi Gibi Üst Kavramların Kamu Hizmeti Anlayışına Etkisi

Rekabet kavramı üzerine kurulmuş olan Avrupa ekonomik düzeninin Fransız tarzı kamu hizmeti anlayışını rekabeti bozacak nitelikte gördüğü söylenebilir. Çünkü Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmeti kavramı ilke olarak dışlanmış, Avrupa kamu hizmetleri şartı kabul görmeyecek bir proje olarak kalmıştır.¹⁰⁰

Kamu hizmetlerine ilişkin Avrupa Birliği çerçevesinde geliştirilen yaklaşımın, kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesinin, serbestleştirilmesinin ve özelleştirilmesinin prototipi olarak gören yazarlar¹⁰¹ yanında kamu hizmeti kavramını toplumsal bir olgu olarak ele alarak onu put-

⁹⁹ Ulusoy, A., (*İncelemeler*), s. 109.

¹⁰⁰ Bell, J., *The Concept of Public Service Under Threat From Europe? An Illustration From Energy Law*, European Public Law, C. 5, S. 21999, 189.

¹⁰¹ Karahanoğulları, O., *Kamu Hizmeti, Kavram, Hukuksal Rejim*, Ankara, 2002, s. 141.

laştırmadan Avrupa Birliği sürecindeki yenileme ve gelişmelere adapte edilmesini savunan yazarlar¹⁰² da bulunmaktadır. Bununla beraber, Avrupa Birliği yapılanmasında kamu hizmetinin algılanışının İngiliz ve ABD uygulamalarına eklemlendiğini söylemek yerinde bir tespit olacaktır.¹⁰³ Özellikle kamu kesimi faaliyetlerini rekabete açmak için AB komisyonunun geliştirdiği yöntemler Anglo-Amerikan hukuku kaynaklıdır. Avrupa Birliği açıkça liberal bir yönelim geliştirdiğine göre örneğin, karma ekonomi ve belediyeçilik hizmetleriyle özdeşleşen Almanya'nın ya da güdümlü ekonomisi ve gelişkin kamu hukuku uygulamasıyla öne çıkan Fransa'nın örnek alınmadığı da ortadadır.¹⁰⁴

Piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler rekabet kavramını ifade etmektedir. Ekonomik hayatta başarıyı elde etmeye dönük olarak, eşit koşullarda tüketicilerin gereksinimlerini daha iyi ve ucuz karşılayacakları bir serbest piyasanın oluşumuna katkı sağlayacağı düşüncesinden hareketle, rekabet esasına dayalı bir ekonomik birliği hedefleyen bugünkü Avrupa Birliği'nde oluşumun ilk yıllarından itibaren ve özellikle de 1957 tarihli AET Sözleşmesi'nin 85 ve 86. maddeleriyle¹⁰⁵ bu anlayış perçinlenmiş ve 17 no'lu tüzük ile de Avrupa Komisyonu'nun rekabet kurallarına işlerlik kazandırması sağlanmıştır. Zaman içinde Avrupa topluluklarındaki genişlemeye ve entegrasyona paralel olarak Avrupa Topluluğuna ve nihayet Avrupa Birliği'ne geçiş sürecinde meydana gelen gelişmeler ve üye ülkelerin bu konuya ilişkin ulusal düzenlemeleri doğrultusunda yayınlanan beyaz kitap ile oluşturulan kamu oyu ile AT Sözleşmesi'nde ve 17 no'lu tüzükte önemli değişiklikler yapılmıştır. Aynı şekilde bugünkü Avrupa Birliği'ni kuran üye devletlerle, aday ülkeler serbest ticaret ve sanayi esasına dayalı bir ekonomik sistemi kabul eden ülkeler olup, benzeri sisteme sahip ülkelerin çoğu gibi bu ülkeler de rekabet hukuku mevcut olduğu gibi, işlevi serbest rekabetin iyi işleyişini denetlemek olan uzmanlaşmış rekabet kurumu türünden bir bağımsız otoriteye de sahip bulunmaktadırlar. Zira piyasanın ekonomik etkinliği ancak fiyatların serbestçe belirleme serbestisinin ve

¹⁰² Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, Ülke Kitapları, s. 119.

¹⁰³ *Karşılaştırma için bkz III. Bölüm.*

¹⁰⁴ Cohen, E./Henry, C., *Service Public, Secteur Public*, Conseil d'Analyse économique, décembre 1997 – numéro 3, s. 20erin t.

¹⁰⁵ Bu maddelerin numaraları değişmiş ve Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma ATA'nın 81 ve 82. maddeleri haline dönüşmüştür.

piyasaya serbestçe girme güvencesinin tanındığı, gücü elinde tutanların ise bunları kötüye kullanmalarını engelleyen hukuki güvencelerin olduğu ortamlarda sağlanabilir. Bununla birlikte, Türkiye gibi bünyesinde KİT'lerine sahip; idare hukukunun güçlü olduğu Fransa'da rekabet dışı uygulamalarla mücadelede *tüm kamu iktisadi teşebbüslerinin de rekabet kurallarına uymaları zorunluluğu getirilmesi* ise başlangıçta kimi hukukçularca rekabeti zafere ulaştırmak için idare hukukunu öldürmek gerekir mi? sorusunun sorulmasına¹⁰⁶ yol açmıştır.

Ne var ki Avrupa Birliği'nin özellikle de Avrupa Komisyonu'nun *Anglo-Amerikan* uygulamaları esas alarak geliştirdiği liberalleştirici/ticarileştirici yapının her sektöre kolaylıkla ve tamamen uygulandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle Fransa'nın başını çektiği ve güçlü bir dayanışmacı gelenekten gelen ülkelerin 1990'lı yılların ortalarından itibaren geliştirdiği tepkiler ve özellikle kamu sektöründe çalışanların grevleri AB liberalleşmesinin sorunsuz ve hızlı bir biçimde gelişmediğini göstermektedir.¹⁰⁷

Avrupa Birliği hukukunda kural olarak bütün kamu hizmetlerinin rekabet kurallarına uyması zorunludur. Bunun tek istisnası, Avrupa Birliği'nin Anayasası niteliğindeki Roma Anlaşması'nın 90/2 maddesidir. Buna göre, kamu hizmeti yürütmekle yükümlü kuruluşlar kural olarak rekabet kurallarına tabi olmakla birlikte bu tabiiyet bunların kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyecekse bundan istisna tutulabilirler. Hangi hizmetin bu istisnadan yararlanacağını nihai olarak belirleme yetkisi ise yine aynı anlaşmanın 90/3 maddesi hükmüne göre AB organlarına ve pratikte komisyona aittir. Ne var ki, kamu hizmetleri için öngörülen rekabet kurallarından ayırık tutulabilme olanağının da sınırları vardır. Öncelikle rekabet kurallarından ayırık tutulma ancak bu kurallara tabi olmanın hizmetin gerektiği gibi sunumunu engellemesi veya güçleştirmesi halinde olanaklıdır. Yani rekabet kurallarından ayırık tutulma istisnaidir.¹⁰⁸ Öte yandan rekabet

¹⁰⁶ Tezcan, D., *Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar*, FMR, C. 2, S. 2002/1, s. 18.

¹⁰⁷ Karahanoğulları, O., *a. g. e.*, s. 149.

¹⁰⁸ Kamu kuruluşlarının ekonomik alandaki faaliyetleri dolayısıyla rekabet hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla da rekabet kurumlarının yetki alanına girip girmedikleri çeşitli hukuk sistemlerinde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında, rekabet hukuku açısından kamu sektörü ile özel sektörün eşit muamele görmesi gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz., Tan, T., *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti*, *Rekabet Dergisi*,

kurallarından ayırık tutulma hem AB makamlarının hem de ulusal makamların çok sıkı denetimine tabidir. Rekabet kurallarından ayırık tutulma AB'nin genel menfaatlerine de aykırı olmamalıdır.¹⁰⁹

Avrupa Komisyonu 4 Ekim 1995 tarihinde Roma Anlaşması'nın 90/3. maddesi mucibince İtalyan devletinin, *Omnitel Pronto Italia* adlı özel teşebbüs aleyhine ve bir devlet teşebbüsü olan *Telecom Italia Mobile* lehine ayrımcılık yapması nedeniyle resmi bir karar almıştır.¹¹⁰ Bu olayda *Telecom Italia Mobile*'in hakim durumunu güçlendiren ayrımcılık şu şekilde ortaya çıkmıştır. *Omnitel Pronto Italia*, aynı ödemeyi *Telecom Italia* yapmadığı halde ve düzenleyici çerçevenin kolaylaştırılması şeklinde bir tazminat *Omnitel* için ödenmeksizin, GSM lisansı için bir giriş ücreti ödemek zorunda kalmıştır. Komisyonun bu olay hakkındaki kararına göre İtalyan hükümeti ya *Telecom Italia Mobile*'in de aynı ödemeyi yapmasını şart koşmalı ya da komisyonun onayını aldıktan sonra ekonomik şartlar bakımından eşit düzeltici tedbirler almalıdır. Buna ilaveten, kesin olarak alınan tedbirlerin ikinci GSM işletmecilerin yetkilendirilmesiyle başlatılan rekabete zarar vermemesi gereği vurgulanmıştır.¹¹¹

Avrupa Komisyonu bugüne kadar üye devletlerin kamu teşebbüsleri veya imtiyazlı teşebbüsler aracılığıyla çeşitli piyasalara rekabeti bozacak şekilde müdahale etmelerini önlemek ve ekonomik sektörlerin daha çok rekabete açılmasını sağlamak amacıyla Roma Anlaşmasının 90/3. maddesi çerçevesinde çeşitli direktifler çıkarmıştır. Nitekim kamu otoriteleri ile kamu teşebbüsleri arasındaki ilişkilerde açıklığın sağlanması amacıyla çıkarılan 85/433 sayılı *şeffaflık direktifi* buna örnek verilebilir. Açıklık ve şeffaflık ilkesi, kamu hizmetlerinin klasik ilkelere olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nde hemen hemen tüm kamu hizmetleri için geçerli ve kamu hizmetlerinin demokratikleşmesi için hukuksal düzenlemelere de girmiş ve çok önemsenen bir ilke haline gelmiştir. Rekabete açılan kamusal hizmetlerde finansal dengenin

Ekim-Kasım-Aralık 2000, S. 4.

¹⁰⁹ Ulusoy, A., (İncelemeler), s. 131.

¹¹⁰ Oj L, 280, 23.11.1995, pp. 49-57.

¹¹¹ Avrupa'da temel enerji kaynaklarından biri olan elektrik Amerika'ya oranla çok pahalı olup bu durum rekabet açısından Avrupa'nın önünde ciddi bir engel olarak durmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun yayımladığı *Ciampi Raporunda* enerji sektörünü serbestleştirmede ve rekabete açmada başarısız olunmasının Avrupa ekonomisinin rekabet edebilirliği üzerinde çok olumsuz etki yaptığı vurgulanmıştır., bkz., Köksal, T., *Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak İçin Yapılan Düzenlemeler*, Ankara, İdeal Yayınları, 1997, s. 21.

sağlanıp sağlanmadığı ve hizmetten yararlananların bundan bir zarar görüp görmeyeceğinin anlaşılması için¹¹² bütün bu hesapların ilgililerin incelemesine açılması da açıklık ve şeffaflık ilkesinin hayata geçirilmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda rekabet politikası, anti-tröst ve devlet yardımlarının kontrolüne ilişkin politikaları da kapsamaktadır. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 yılı düzenli raporunda kamu kuruluşlarının acilen rekabete aykırı hükümler içeren sektörel mevzuatta değişiklik yapılması ve Rekabet Kurumu'nun bu sürece tam olarak ortak edilmesi gereği ısrarla vurgulanmıştır. Devlet yardımı çerçeve kanunu kabul edilmediği için hükümetin politikası eleştirilmiş ve devlet tekelleri ile özel ve inhisarı haklara sahip teşebbüsler konusunda uyum için önemli çabanın gerektiğine işaret edilmiştir.¹¹³

II. Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Hizmetine Uygulanan Hukuksal Rejim

A. Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri Bakımından

Türk hukukunda kamu hizmeti, genel olarak siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁴

Her kamu hizmeti nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğundadır. Her kamu hizmeti sonuçta bir kamu otoritesi tarafından üstlenilir. Ancak bu özellik, kamu hizmetlerinin mutlaka o kamu otoritesi tarafından yürütülmesini ve işletilmesini gerektirmez. Kamu hizmeti bizzat onu üstlenen kamu otoritesi tarafından yürütülebileceği gibi, o kamu otoritesi dışındaki başka bir kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından da yürütülebilir.

Türk hukukunda kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülüş yöntemleri ise; imtiyaz ruhsat, müşterek emanet, iltizam, kamu

¹¹² Ulusoy, *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara, 2002, s. 145.

¹¹³ Gayriresmi Tercüme Metni için bkz., <http://www.abgs.gov.tr>.

¹¹⁴ Günday, M., *İdare Hukuku*, 9. bası, Ankara, 2004, s. 293, Özay, İ., *Günişliğinde Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 229, Ulusoy, A., *Anayasa ve Kamu Hizmeti*, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 26 Mart 2004, s. 71.

istikraz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ile yap-işlet-devret sözleşmeleri olarak sınıflandırılmaktadır.¹¹⁵

İmtiyaz kavramı geleneksel olarak esasen kamu hizmetlerinin özel tekel kurularak özel kişilere gördürülmesini ifade ettiğinden ve bu kavram Avrupa Birliği'nde hakim olan rekabetçi anlayış ve yine Avrupa Birliği tarafından empoze edilen kamu hizmetlerinin de serbest rekabet koşullarında sunulması eğilimiyle bağdaşmadığından Fransa uygulaması dışında Avrupa Birliğinde genel olarak kabul görmemektedir.¹¹⁶ Avrupa Birliği'nde son dönemde kamu hizmeti kavramının amaca hizmet etmediği ve yerine modernize edilmiş bir kavram olan *kamu hizmeti için yetkilendirme kavramının* kullanılması önerilmektedir.¹¹⁷ Yetkilendirme rejimi özellikle Telekomünikasyon Sektöründe sıklıkla uygulanmaktadır. Telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak çıkarılan 2002/20/EC sayılı direktifte yetkilendirme rejimi telekomünikasyon hizmeti görecektek özel kişilerin genel yetkilendirilmesi ve kullanım hakkının devri sisteme oturtulmuştur. Genel yetkilendirme ve kullanım hakkının devri arasındaki fark ise yürütülecek kamu hizmetinin telekomünikasyon hukuku anlamında kıt kaynak¹¹⁸ olarak değerlendirilip değerlendirilmediği noktasında toplanmaktadır. Kıt kaynak kullanımını ihtiva eden durumlarda kullanım hakkının devri, kıt kaynak kullanımını gerektirmeyen hallerde ise genel yetkilendirme rejimi uygulanmaktadır.¹¹⁹ Hatta Hollanda gibi bazı ülkelerde telekomünikasyon hizmetleri esasen ser-

¹¹⁵ *Infra*.

¹¹⁶ Kamu hizmetlerinin sunumunda "uygulamacı ajanslar" temel birimler olup, merkezi yönetimde çalışanların % 90'ı uygulayıcı ajanslarda istihdam edilmektedir. Bu uygulayıcı ajanslar için performans göstergeleri belirlenmekte ve uygulamada esneklik sağlanmaktadır. Bakanlıklar, hedeflerin belirlenmesi ve performans göstergelerinin oluşturulması ile ilgileniyor iken, bağımsız denetim birimleri bakanlıklar adına uygulayıcı ajansları performansa dönük olarak denetlemektedir.

Uygulayıcı ajanslar "Yurttaş Şartı" denen belgeler ile sunacakları hizmetleri, bunları hangi standartlarda sunacaklarını taahhüt etmektedir. 1998 yılında ortaya konan Önce Hizmet-Yeni Şart (Service First-the New Chart) programı ile, Tony Blair Hükümeti önceki dönemlerde yapılan yeniden yapılanma çabalarını daha ileri aşamalara taşımıştır. Bkz., <http://www.basbakanlik.gov.tr>

¹¹⁷ Bettinger, C., *La gestion déléguée des services publics dans le monde concession ou BOT*, Paris, 1997, s. 109.

¹¹⁸ Kıt kaynak tanımı için bkz., 27 Ocak 2000 tarih ve 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu

¹¹⁹ Şu anda TBMM'de alt komisyonda görüşülen Elektronik Haberleşme Kanununda da yetkilendirme rejimi olarak genel yetkilendirme ve kullanım hakkının devri yöntemleri öngörülmüştür.

best özel hizmetler olarak görülmekte telekomünikasyon hizmetleri için bireysel lisanslarla yetkilendirme dahi söz konusu olmadan ilgili düzenleyici kuruma kayıt usulü öngörülmektedir. Elektrik, doğal gaz ve petrol piyasası gibi kritik sektörlerde de yetkilendirme rejimi düzenleyici kurumlar tarafından tek taraflı idari işlemlerle verilen lisanslar üzerine oturtulmuştur.¹²⁰

Kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmesinde lisans rejiminin yaygınlaşması elbette ki bağımsız idari kurumların işlevsel misyonunu artırmakta ve hukuki belirlilik ve istikrar açısından bu kurumların verdiği lisanslarda yeknesaklığın sağlanması gerekmektedir.

B. Kamu Hizmetlerinin Finansmanı Bakımından

Avrupa Birliği'nde kamu hizmetlerinde yeni finansman modelleri özellikle 1980'li yıllardan itibaren ortaya atılan önemli ademi merkezileştirme reformları ile gündeme gelmiştir. Kamu hizmetlerinin yönetiminin devredilmesinin klasik modeli olarak görünen imtiyaz yöntemi en etkili olarak Fransa'da uygulama alanı bulmuş hatta diğer Avrupa ülkelerinde imtiyaz yönetimi Fransa'daki algılanış tarzıyla hayata geçirilememiştir.¹²¹ Avrupa'da son dönemde gittikçe yaygınlaşan ekonomik sıkıntılar ve büyüyen işsizlik, merkezi yönetimlerde tıkanmalara neden olmuş ve yerel yönetimleri özel finansman kaynakları aramaya yöneltmiştir. Dolayısıyla, kamu hizmetleri yönetiminin devredilmesi son dönemde Avrupa'da yoğun ilgi görmüştür.¹²² Elbette kamu hizmetlerinin yönetimin devredilmesinin de çeşitli görünüşleri bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülmesinin klasik mekanizması kiralama (*affermage*) yöntemi ile tamamlanmıştır. Bu sistemde yetkili kuruluş inşaat yapmamakta ve karşılığında da hizmet gelirlerinin tümünü almamaktadır. Daha yakın zamanlarda ortaya atılan mekanizmalarla yetkili kuruluş, ücretini hizmetten faydalananlardan değil, yerel yönetimlerden almaktadır. Ancak bu da hizmetin cirosuna göre değişmektedir. Buna müşterek emanet denmekte ve hizmet yürüten

¹²⁰ Prosser, T., *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, <http://www.law.duke.edu/journals/63LCP> Prosser.

¹²¹ Auby, JB., *L'Evolution Juridique Française en matiere de gestion deleguee des services publics*, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Ankara, 29 Haziran 2004, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, s. 47.

¹²² Tan, T., *İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*, AÜSBFD., c. 50, s. 3-4, 1995, s. 297.

hizmetin gelirlerine endeksli bir ücret almaktadır. Vekalet sisteminde ise hizmeti gören özel kişi götürü bir ücret ile bazen hizmetin kârına uyarlanmış bir prim almaktadır. Diğer taraftan, özellikle Fransa’da yeni çıkarılan kanunlarla, kamu hizmetlerinin yönetiminin devredilmesi usulü, sözleşmelerin imzalanmasından önce reklam yoluyla duyurulmasını şart koşarak rekabeti sağlamayı amaçlamaktadır. Kamu hizmetlerinin finansmanı bakımından Avrupa’da uygulanan bir başka yöntem ise doğrudan yönetimdir. Bu yöntem özellikle içme suyu ve su arıtma tesislerinde işletilmektedir. Bu sistemde genel bütçeden herhangi bir yardım yapılmaz. Yerel yönetimler ise tam olarak dengelenmesi gereken özel bir bütçe oluşturmak zorundadır.

Özel şirket tüm tesisin bakım, onarım ve işletilmesini almakta ve finansman bu özel bütçeden karşılanmaktadır. Kira sözleşmelerinde ise yerel yönetimler kendi yaptıkları veya bir imtiyaz sözleşmesi sona erdikten sonra devraldıkları su hizmet tesislerinin mülkiyetini ellerinde tutmaktadır. Sadece hizmetin iletilmesini bir kira sözleşmesi yoluyla özel kişiye devretmektedir. Sözleşme şartları sadece tesislerin mülkiyetini değil aynı zamanda bölgede kamu hizmetlerine ilişkin politikaları belirlemeye yetkili olan yerel yönetimin gözetimi altında hizmetin işletilmesini ve tesislerin bakımı konusunda bütün yükümlülükleri tanımlamaktadır. Özel şirket hizmeti kendi riski altında yönetmektedir. Alacağı ücretin miktarı kira sözleşmesinde tüketiciler tarafından ödenen suyun satış fiyatının bir bölümü şeklinde belirtilmektedir. Yerel yönetimler tesislerin sahibi olarak yine suyun satışı ile finanse edilmesi gereken bütün yeni yatırım giderlerinin yükünü üstlenmektedir. Kamu hizmetlerinin finansmanı hususunda yukarıda açıklamaya çalıştığımız yöntemlere bakıldığında Avrupa oluşumunun kamu hizmetlerinin fiyatlandırılması bakımından da bir değişim geçirdiği görülmektedir. Klasik kamu hizmetleri hukukunda devletler kamu hizmetlerinde fiyatları sürekli kontrol etmiş ve fiyat dengelemesine önem vermişlerdir¹²³ Fakat bugün Avrupa Birliğinde genel eğilim, hizmetin mal oluş fiyatı ve serbest pazar kurallarının¹²⁴ temel alınması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

¹²³ Ulusoy, A., (*İncelemeler*), s. 117.

¹²⁴ Nitekim Ankara Barosu, Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi’nin yüksek su tarife bedellerinin iptali için Ankara İdare Mahkemesi’ne dava açmıştır. Geniş bilgi için bkz., www.ankarabarusu.org.

Üçüncü Bölüm

Avrupa Birliği Türkiye Etkileşimi ve Kamu Hizmeti Kavramı

I. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışının

Türk Hukukuna Etkisi

1. Genel Olarak

Yukarıdaki değerlendirmelere genel olarak bakıldığında, klasik idare hukukunun temel kavram ve kuramı olan kamu hizmetinin, Avrupa oluşumunun etkisiyle modernize edilmeye çalışıldığı ve bunun da büyük ölçüde rekabet kavramından beslendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde kamu hizmetine dair yapılacak her çıkarımda mutlaka rekabet olgusuna değinmek gerekecektir. Bu da temelde rekabet kültürünün Türk toplumunda durduğu yerin sorgulanmasını gerekli kılmaktadır.

Türk toplumunda geleneksel dünya görüşü hâlâ egemendir. Bu yapı içinde de sosyal bağımlılık ilişkileri ön plândadır. Geleneksel yapı içinde bir tarafta sosyal bağımlılık, grupsal çıkarlar bulunmakta; diğer tarafta ise kültürel değerler ekseninde kişi egemenliği yer almaktadır. Buna endeksli olarak tam anlamıyla bir başarı, yenilik ya da rekabet motifi görmek olanaklı değildir.

Türk toplumunda özellikle ideolojiler, değerler, çıkarlar ve sosyal bağımlılıklar bizim dünya görüşümüzü belirlediği için, bizim dünya görüşümüz içinde rekabetçi bir anlayış için, yenilikçi bir anlayış için, teknoloji üretmek için yeterli bir alan oluşmamıştır.¹²⁵ Dolayısıyla, oluşan tek rekabet kişisel çıkar rekabetidir. Belki de, sanayi uygarlığında tanımlanan biçiminde orada da çıkar rekabeti vardır ancak bizdeki çıkar rekabetiyle Batı'daki çıkar rekabeti işleyişi, kültürel olarak farklı tabana oturmaktadır. Yani, orada maddî çıkarın, bireysel çıkarın savunması varken, bizde sosyal ve bağımlılıkla birlikte bütünleşmiş bir çıkar arayışı söz konusudur.

Türk toplumunun rekabet kültürü Avrupa yapılanmasından farklı olduğu için ebetteki pek çok hukuksal kurum ve kuralda olduğu gibi kamu hizmetinin dönüşümü de ülkemizde çok daha sancılı bir şekilde devam etmektedir. Bu sancılı dönüşümü elbette salt rekabet kültürüne

¹²⁵ Erkan, H., *Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 49'dan naklen.

bağlamak eksik bir nitelendirme olacaktır. Kapsayıcı anlamda kamusal ve kamu hukuku kavramlarının dönüşümünden kamu hizmeti de nasibini almıştır. Ülkemizdeki geçişin sancılı oluşu farklı parametrelere bağlanabilir. Türkiye’de kamu gücüne ve devletin varlığına yüklenen anlamlardan tutun, yargı organlarının uygulamada hukuksal kavram ve kurumları yorumlayışına kadar pek çok etken bu dönüşümün hızının belirlenmesinde etkili olmaktadır.

Son yıllarda hukuksal gerçeklik haline getirilmekte olan bir kamusal dönüşüm olgusu yaşanmaktadır. Kamusalılığın dönüşümünün hukuksal gerçeklik kazanması da kuşkusuz kamu hukukçularının faaliyet alanına girmektedir. Kamusal yönetimde ya da kamu hizmeti alanında gerçekleşen üretimde ortaya çıkan yönetim ilişkisinin hukuksal metinlerle sınırlı kalınarak incelenmesi mümkün değildir. Bu anlamda kamusal dönüşüme hukuksal gerçeklik kazandırma konusunda Türkiye’yi zorlayan uluslar arası belgelerin saptanması, bu noktadan ileri gidilerek saptanan belgelerin hangi toplumsal öznelerin iradesini taşıdığını, hangi toplumsal gerçekliğin hukuksal ifadesi olduğunu, nasıl bir yapının zorunluluklarını yansıttığını¹²⁶ belirlemek gerekmektedir. Ancak kuşkusuz, dönemde özellikle Avrupa oluşumunun etkisiyle açıklık rekabet, şeffaflık, kamuoyu denetimi, katılımcılık, yerleşme gibi üst kavramlar kamu hukuku alanına da sızmaya başlamıştır.

Kamu reformunun kaynaklarını ve nedenlerini açıklamak için dayanan metinlerin hukukilik ve bağlayıcılık özelliklerinin yanı sıra önemli bir özelliği de uluslararası nitelikte oluşudur.¹²⁷ Kamu hizmeti alanının örgütlenmesine yönelik dönüşüm programının önemli bir ayağı da yerleşmedir. Devletin merkezi idarede bloklaşan iktidarı parçalanarak yerel idarelere devredilmektedir. Ancak böyle bir devir ve bu devrin yaratacağı katılım imkânının başlı başına değerli olup olmadığı tartışılmamıştır. Piyasanın dağıtıcı, sistem dışına itici ve ağır gelir eşitsizlikleri ve bölgesel kalkınma dengesizlikleri yaratıcı etkisine karşılık, eşitlik ve adalet talebinin anlamlı olabildiği ve müdahale gücüne

¹²⁶ TUSİAD’ın Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması Platformunun yayınladığı rapora göre reformun temel ilkeleri saydamlık ve hesap verilebilirlik, liyakat, idari kapasite ve verimlilik, reformun temel araçları ise düzenleyici reformlar, toplam kalite yönetimi ve e-devlettir. (bkz., <http://www.tusiad.org.tr>).

¹²⁷ Karahanoğulları’na göre borç sarmalındaki Türkiye, kamu hizmeti alanının örgütsel, kurumsal ve işlevsel olarak düzenleme iradesini dışarıya teslim etmiştir. Bkz., Karahanoğulları, O., *Kamuda Tehlikeli Reform*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı. 2, 2004, s. 6.

sahip alanın, yani kamusal alanın açıkça veya mümkün olduğunca küçük parçalara bölünerek daraltılması yerel demokrasiyi güçlendireceği gerekçesiyle katlanılabilir nitelikte bir tercih olarak gözükmemektedir. Siyasal iktidarın, küçük yerel birimlerde katılımcı mekanizmalarla demokratikleşmesi ancak katlanacak siyasal kamusal alanın tam ve güçlü olması ile anlamlıdır.

Söz konusu dönüşümü yansıtmaları bakımından aşağıda sunmaya çalışacağımız örneğe dikkat çekmek istiyorum. Türkiye’de vakıf üniversitelerinin kamu yararı amacıyla kamu hizmeti gördükleri çeşitli yargı kararlarıyla açıkça tespit edilmiştir.¹²⁸

Örneğin vakıf üniversitesi konumundaki Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Turgut Tan, hukuk fakültesinin konseptini sunarken aynen *“uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmış karmaşıklaştığı günümüzde, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin hukuki altyapısını iyi bilen, küresel ekonominin hukuki sorunlarını algılayıp çözme becerisine sahip hukukçulara gereksinim olduğunu”* ifade etmektedir. Nitekim söz konusu fakültenin ders programı incelendiğinde genel kamu hukukuna yer verilmediği sadece 3. sınıfta bahar döneminde ekonomik kamu hukuku seçmlik ders olarak programa oturtulmuştur.¹²⁹

Aynı şekilde Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde de kamu hukukuna ilişkin herhangi bir derse rastlanmamakta sadece Devlet Teorisi ve Uluslararası Kamu Hukuku dersleri ile bu açık kapatılmaya çalışılmaktadır.¹³⁰ Elbette ki burada sunmaya çalıştığımız bilgiler ideolojik bir kavramsal netleştirme için değil tamamen objektif değerlendirmeleri ortaya dökmek içindir. İncelememizin bütününde ortaya koymaya çalıştığımız gibi piyasa ekonomisi kural ve kurumları ile yavaş yavaş kamu hukukuna ve geniş anlamda kamusala sızmaya başlamış ve değerler sistemini kabul ettirmeye başlamıştır.

Bu hukuksal dönüşümün hukuk fakültelerinden başlaması da elbette ki tesadüf değildir.

Pozitif hukuksal düzenlemelere baktığımızda da satır aralarında kalmış gibi gözüken metinler kamu hukuku ile uğraşanlar için farklı

¹²⁸ Bkz., Danıştay 6. Dairesi’nin 22.9.2003 tarih ve E. 2002/946, K. 2003/4410 sayılı kararı. (Kazancı Mevzuat CD’si 2005).

¹²⁹ Programın ayrıntıları ve Sayın Prof. Dr. Turgut Tan’ın konuşma metni için bkz., <http://www.bilkent.edu.tr/giris-tur.htm>.

¹³⁰ Bkz., <http://www.bahcesehir.edu.tr/fakulteler/hukuk/syllabus.htm>.

biçimde yorumlanmaya müsaittir. Örneğin 17.03.2004 tarih ve 2004/3 sayılı Elektrik Enerjisi Reformu Yüksek Planlama Kurulu kararında:

*“Ekonomik ve sosyal hayatımızdaki yeri tartışılmaz olan elektrik enerjisinin tüm tüketicilere yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde sunulması temel amaçtır. Elektrik enerjisi sektörünün, bu amaç doğrultusunda ve Avrupa Birliği topluluk müktesebatına uyum (vurgu benim C. Ç. O.) hedefi çerçevesinde serbestleştirilmesine devam edilecektir. Sektörde gerekli reformların yapılmasını teminen, kamu mülkiyetindeki elektrik işletmelerinin yeniden yapılandırılması suretiyle elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesi gerçekleştirilecektir. Elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıklarının zamanında ve başarılı bir şekilde özelleştirilmesi, serbestleştirilmenin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır”.*¹³¹ Biçiminde bir tespitte bulunulmuştur.

Hukukumuzda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi anlamında pozitif hukukumuzda reform niteliğinde gelişme 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile gündeme gelmiştir. Bu tarihten önce bir kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülebilmesi için sözleşme ile yetkilendirme ancak ve ancak idari sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) ile mümkün olabilmekteydi. Ancak adı geçen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen hükümle kamu hizmetini yürütmede özel kişilerin özel hukuk sözleşmesi ile de yetkilendirilmesine olanak tanınmıştır. Ancak bu yetkiyi genel ve olağan bir yetki olarak değil, istisnai bir yetki olarak görmek gerekmektedir. Zira özel hukuk sözleşmesi ile yapılabilecek bu tür yetkilendirme açık yasal izin ile söz konusu olabilecektir. Nitekim Anayasa değişikliği sonrasında 4493 sayılı kanunla 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu'nda yapılan değişikliklerle bu kanunda sayılan hizmetlerin özel kişilerce yürütülmesine ilişkin yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi haline getirilmiştir.¹³²

Ulusoy'a göre, aslında idari sözleşmelere oranla idare için daha dezavantajlı olan ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemine genel ve asli bir yöntem olarak değil, istisnai ve tali bir yöntem olarak

¹³¹ <http://www.mevzuat.dpt.gov.tr/ypk/2004/03.pdf> (siteden alınma tarihi 09.12.2005).

¹³² Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi ve Kamu Hizmeti*, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 26 Mart 2004, Ankara, s. 68'dn naklen.

başvurmak ve sadece idare için finansmanı güç olabilecek önemli alt yapı yatırımları ve ulusal güvenlikle bağlantılı olmayan kamu hizmetlerinin bu yöntemle özel kişilere gördürülmesinin tercih edilmesi daha uygun görünmektedir.¹³³

13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliğinin kamu hizmetleri ekseninde getirdiği önemli bir değişiklikte kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim¹³⁴ yoluyla çözülebilmesi imkanının getirilmiş olmasıdır.¹³⁵ Türkiye yaklaşık

¹³³ *Ibid*, s. 68.

¹³⁴ Bu konudaki monografi çalışması için bkz., Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara, 2006.

¹³⁵ 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasına şu hüküm ilave edilmiştir:

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Ayrıca Anayasa'nın 47. maddesinin kenar başlığı "E-Devletleştirme ve Özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş, bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir".

Aynı Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi "iki ay içinde düşüncesini bildirmek" olarak değiştirilmiştir. Bu Anayasa değişikliğinden sonra diğer kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıştır: 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi 18 Aralık 1999 tarih ve 4492 sayılı kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar..."

Böylece tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, idari yargının görevi dışında bırakılmıştır. 2 Haziran 2000 tarih ve 4575 sayılı kanunla da 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevleri sayılırken "(...) Tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar..." denilerek tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar Danıştay'ın yetkisi dışında bırakılmıştır.

Ayrıca 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi de 8 Haziran 2000 tarih ve 4577 sayılı Kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

yirmi yıldır yaşanan yüksek enflasyonun etkisi ile devlet gelirlerinin büyük kısmını artan oranda iç ve dış borç ödemesine ayırmaktadır. Ülkemizde özellikle geniş çaplı altyapı ve enerji projeleri için kaynak ayrılamamış, bu tip projelerin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi ve işletilmesi yönündeki düşünce sadece bir finansman kaynağı bulma dışında, bu kesimin işletme-yönetim becerisinden yararlanmaya da kaymıştır.¹³⁶ Esasen bu durumun, devletin ekonomik kamu düzenini sağlama ödevinin doğal bir sonucu olduğu da söylenebilir.¹³⁷

Bu bağlamda özellikle 80'li yıllardan itibaren kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesine ilişkin sözleşmeler *Yap-İşlet-Devret* gibi finans modellerinin¹³⁸ işletilmesi ve özelleştirme çalışmalarına hız vermek suretiyle yaygınlaştırılmıştır. Ancak bir yandan bunlar yapılırken, diğer yandan da sosyal piyasa ekonomisi kavramının ileri

"Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları".

Bunu müteakip çıkarılan 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun" çıkarılarak imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolunun öngörülmesi durumunda tarafların uymaları gereken ilke ve esaslar tespit edilmiştir.

21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesi ile "21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkeler dair kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabi kılınmıştır". Bütün bu düzenlemelerle tahkim pozitif idare hukukumuzdaki yerini almış ve Türkiye tahkim usulüne Anayasa'sında yer veren tek ülke konumuna gelmiştir.

Henüz TBMM Genel Kurulu'na sunulmamış olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu tasarısının madde metinleri incelendiğinde 20. maddesinde ilginç bir düzenleme yapıldığı görülmüştür. Türk Borçlar kanunu tasarısının "Genel İşlem Koşulları" kenar başlıklı 20. maddesinin son paragrafında şu hüküm bulunmaktadır;

"Genel İşlem Koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, (vurgu benim C. Ç. O.) niteliklerine bakılmaksızın uygulanır".

4446 sayılı Anayasa değişikliği kanununun Anayasa'nın 47. maddesinde yapmış olduğu değişikliğe paralel ve tamamlayıcı bir düzenleme niteliği taşımakla beraber "özel hukuk" kurumlarının yavaş yavaş idare hukukuna sızmaya başladığını göstermesi bakımından yukarıdaki düzenleme dikkat çekicidir.

¹³⁶ Auby, B., *Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi*, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, Ankara, 29 Haziran 1994, s. 47.

¹³⁷ *Infra.*

¹³⁸ *Supra.*

sürülmesiyle devletin kamu yararı ile ekonomi sektörüne müdahale etmesine olanak tanınmıştır.¹³⁹ Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında bu durum; “(...) kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle ödevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk kurallarından ayrılmama ve temel hak ve özgürlükleri zedelememek koşuluyla, ekonomi alanına müdahale hakkına sahiptir”¹⁴⁰ biçiminde açıklanmıştır.

Sosyal, ekonomik ve siyasal nedenleri ne olursa olsun, kamu harcamalarının uzun vadede her ülkede devamlı olarak arttığı, bazı kısa dönemlerdeki duraklamalar ya da gerilemeler dışında bu artışın devam ettiği görülmektedir.¹⁴¹ Türkiye’de de yukarıda ifade edildiği üzere özellikle 1980 sonrası dönem liberal ekonominin kurallarıyla hayata geçirildiği, ülkenin dışa açıldığı bir dönem olmakla beraber; devletin iç ve dış borcunun kamu harcamalarının da artışına paralel olarak arttığı bir dönem olmuştur. Bununla beraber devletin özellikle altyapı, enerji, ulaşım, telekomünikasyon gibi hassas sektörlerdeki büyük projeleri¹⁴² hayata geçirme noktasındaki finansal sıkıntısı, uluslararası alanda faaliyet gösteren kreditorlere başvurma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Siyasi iradenin bu tip sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi kılma çabası Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Yargı Kararları ile engellenmiş olmakla,¹⁴³ bu alandaki hukuki yapı ile bu projelerin finansmanını gerçekleştirecek uluslararası kreditorlerin ileri sürdüğü şartlar çerçevesindeki fiili ve ekonomik yapı çatışma içerisine girmiş, hatta bu projelerin uygulamaya geçirilmesi kilitlenme noktasına gelmiştir.

Uluslararası alanda faaliyet gösteren kredi kuruluşları ve bankaların verdiği kredileri sigortalayan Fransa’da COFACE; İngiltere’de ECGD ve Almanya’da HERMES gibi devlet sigorta şirketlerinin¹⁴⁴ de yatırımın gerçekleştirileceği ülkedeki siyasal, sosyal ve ekonomik ko-

¹³⁹ Akıncı, M., *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*, *Rekabet Dergisi*, Sayı 5, Ocak-Şubat-Mart, 2001, s. 3.

¹⁴⁰ AYM. 28.03.1963 tarih ve E. 1963/4, K. 1963/71 sayılı kararı, Bkz., 18.10.1963 tarih ve 11534 sayılı RG.

¹⁴¹ Ülkemizde Cumhuriyet döneminin ilk yıllarından başlamak üzere günümüze kadarki kamu harcamalarının artışı hakkında geniş bilgi ve tablolar için bkz., Öner, E., *Kamu Maliyesi I, Kamu Harcamaları ve Kamu Gelirleri*, Ankara, 1986, s. 26 vd.

¹⁴² *Türkiye uygulamasına bakıldığında ise bu durum özellikle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında gelişmiştir.*

¹⁴³ *Supra.*

¹⁴⁴ Geniş bilgi için bkz., Dayımlarlı, K., *Yatırımlar Yönünden Bakıldığında Milli ve Milletlerarası Tahkimin Önemi ve Ekonomiye Katkısı*, 13.04.2000 tarihinde Atılım Üniversitesi’nde sunulan konferans metni, s.14, (yayınlanmamıştır).

sullar yanında, yatırım sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların da yatırımın gerçekleştirileceği devlet mahkemeleri dışında daha rafine ve güvenceli olduklarına inandıkları uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi yönünde talepleri olmuştur.¹⁴⁵ Esasında gelişmiş ülkeler, bağımsız ve tarafsız olduğuna inandıkları uluslararası tahkim yolunu tercih etmekte; ulusal mahkemelerin kendi devletleri aleyhine önyargılı olacaklarını iddia etmektedirler.¹⁴⁶ Gelişmekte olan devletler ise, uluslararası tahkimi reddetmekte ve hakem mahkemelerinin, sermaye ihraç eden devletlerin hukukçuları tarafından yatırımın korunması için geliştirilen normları uygulama eğiliminde olduklarını ileri sürmektedirler.¹⁴⁷ Tarafları özel yargıya yönelten sebepler arasında risk dağılımında tarafsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına olan ihtiyaçlar da vardır. Özellikle bir tarafın devlet kuruluşu olduğu davalarda hakimleri etkileyebilecek “*nefi hazine*” görüşü; yani devlet kuruluşlarının taraf olduğu davalarda hakimlerin devlet kuruluşlarının lehine karar verebilecekleri endişesi veya bir tarafın yabancı uyruklu olması halinde devlet mahkemelerinin vatandaşlarını koruma psikolojisi ile karar verebilecekleri riski, devlet kuruluşlarıyla sözleşme yapan yatırımcıların ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları yerel mahkemelerde değil, tahkim usulüyle giderme konusunda talepler ileri sürmelerine sebep olabilmektedir.¹⁴⁸

Esasında tahkimin pozitif idare hukukunda yerini almasından önce yabancı yatırımcıların büyük çekincelerinden bir tanesi de 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23 (d) maddesi uyarınca Danıştay’ın im-

¹⁴⁵ Türkiye Müteahhitler Birliği üyelerini kapsayan bir anket çalışmasında; *Anlaşmazlıkları daha çok nasıl çözümlemeyi tercih edersiniz?* sorusuna verilen yanıt şu şekildedir:

Haktan feragat 5, Kısmi kabul 32, karşılıklı masrafların karşılanması 26, yargı yoluna başvurulduğunda ise mahkeme için 5, hakem heyeti için ise 33 yanıt verilmiştir. Günay, G./Birgönül, T., *Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları*, Ankara, 2001, s. 57.

¹⁴⁶ Bunun en önemli nedenini Ortadoğu’daki petrol davaları ile ilgili olarak gündeme gelen hakem kararları oluşturmaktadır. Bu ihtilaflar, bu ülkelerdeki yönetim değişikliklerinde yeni yönetimlerin imtiyaz sözleşmelerini feshetmesi üzerine gündeme gelmiştir. Bu sözleşmelerin hemen tamamında uygulanacak hukuk olarak İslam hukuku seçilmesine karşın batılı hakem mahkemeleri İslam hukukunun bu meseleleri çözemeyeceğini gerekçe göstererek yatırımcılar lehine sonuç doğuracak kararlar vermişler, bu durum kalkınmakta ülkelerde çok etkisi yaratmış ve uluslararası tahkim müesseselerine yönelik endişelerin doğmasına yol açmıştır. Demir, L., *YİD Sorunlar ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım*, yıl 7, sayı. 79, Temmuz 1999, s. 157.

¹⁴⁷ Toope, S., *International Mixed Arbitration*, Cambridge, 1990, s. 222.

¹⁴⁸ Karayalçın, Y., *Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü*, Batider, C. XIX, S. 3/1998, s.5.

tiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisiydi. Danıştay'ın bu sözleşmeleri incelerken gecikmesi ve devlet lehine karar verebilme olasılığı yatırımcılar açısından hukuki risk kapsamında değerlendirilmekteydi. Ayrıca Danıştay, incelemesi için önüne getirilen sözleşme tasarılarında yer alan tahkim ile ilgili hükümleri sözleşme metninden çıkarmaktaydı.¹⁴⁹ Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim ile ilgili hükümleri kabul etmemesinin nedeni incelememizin II. Bölümünde ayrıntılarıyla açıklandığı üzere tahkimin bir özel hukuk kurumu olması ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün 2575 sayılı kanunun 24/son fıkrası ve 2577 sayılı kanunun 2/1- (c) maddesi ile idari yargının görev alanı içine sokulmuş olmasıdır. Öte yandan, 2577 sayılı kanunun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hangi hükümlerinin idari yargıda uygulanacağı tahdidi olarak sayılmış olup, bu hükümler arasında HUMK'un tahkim ile ilgili hükümlerine yer verilmemiş olduğundan, sözü edilen kanunun tahkim ile ilgili hükümlerinin idari yargıda uygulanması Danıştay tarafından mümkün görülmemiştir.

Bu durum, Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda önemli adımlar atan ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum için pek çok düzenlemeyi yapmakta çekinmeyen Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin yaklaşımlarıyla beraber incelendiğinde, özellikle imtiyaz sözleşmelerine dahil olan yabancı yatırımcılar bakımından; dar anlamda imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı dışında bir yola başvurulması, geniş anlamda ise kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan imtiyaz usulünün tabi olacağı hukuki rejim açısından tekrar gözden geçirilmesi ve buna ilişkin Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması gündeme gelmiştir.¹⁵⁰ Anayasa değişikliğine

¹⁴⁹ *Supra*.

¹⁵⁰ Yasama organında Anayasa değişikliğine giden süreçte yaşananları yansıtmaları bakımından çeşitli görüşler aşağıya alınmıştır *Milletlerarası Tahkim gelişmiş olsun gelişmekte olsun hiçbir ülkenin kaçınmayacağı bir mekanizmadır. Bu dalda çekingen ülke daima kaybeder. Bize göre tahkimin yeri Anayasa değil yasalar olmak gerekir. Anayasa mahkemesi ve Danıştay kararlarının soruna katı yaklaşımlarının bir daha yaşanmaması hassasiyetine dayalı bu tanzim tarzının yerinde olmadığını düşünüyoruz. DYP Grubu adına Ahmet İyimaya, Uluslararası tahkim konusunda hakemlerin kararı milletlerarası özel hukuk çerçevesinde ve usul hukuku kurallarına göre tenfiz şartının devam ettiğini bir kez daha belirtmek istiyorum. Bu anlamda da Türkiye'nin bağımsızlığını zedeleyecek bir durum kesinlikle söz konusu değildir. ANAP Grubu adına Işın Çelebi, Tahkim ister Türkiye'de yapılsın ister yurtdışında yapılsın çok önemli ölçüde ya da tümüyle tarafların serbest iradesine dayanıyor. Dolayısıyla bu prosedürden korkmaya hiç gerek yok, DSP Grubu adına Ali Tekin, Uluslararası tahkimle ilgili Anayasa değişikliği tartışılmaya başlandığundan bu tarafa yanlış bir zemin üzerinde*

giden yolda “katalizör” etkisi yapan bir diğer durum da Türkiye Cumhuriyetinin bu süreçte taraf olduğu gerek çok taraflı,¹⁵¹ gerek iki taraflı “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” anlaşmaları ile çeliştiği, tüm bu düzenlemelerin ortak bir hukuki zemine oturtulması gerektiği fikri olmuştur.¹⁵²

Esasında yabancı yatırımcıların Türk Danıştay’ına; geniş anlamda Türk idari yargısına karşı belli etmiş olduğu hassas tavır etkisini Avrupa Birliği organlarında da göstermiş ve 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikten¹⁵³ sonra da başka bir görünüm almıştır.

Avrupa Toplulukları Komisyonu’nun “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 Yılı Düzenli Raporunda” devletin ekonomiye müdahalesinin azaldığı, yatırım hizmetleri alanında Türk mevzuatının ilgili AB ve uluslararası standartlara uyumu hususunda olumlu ilerleme kaydedildiği ifade edilmekle beraber, *bağımsız idari kurum kararlarına karşı temyiz mercii olarak Danıştay’a başvurulmasının ve Danıştay tarafından ele alınmasında yaşanan gecikmeler endişe verici* (vurgu benim C. Ç. O.) olarak değerlendirilmiştir.¹⁵⁴

tartışılmaktadır. Bir grup, uluslararası tahkimi kapitülasyonların geri gelmesi, ikinci Sevr ve bağımsızlığımızın zedelenmesi şeklinde yorumlarken; diğer bir taraf da hükümet tarafı da uluslararası tahkimin Türkiye’de her şeyi çözeceği gibi bir yanlış anlayışın içerisinde. Kanaatimizce ikisi de yanlıştır. Yapılması gereken, ulusal çıkarımızı koruyan millî bir tahkim düzenlemesi yapmaktır. Aslında ülkenin yerli ve yabancı yatırımcıya hukuki zemin hazırlaması da idarenin bir görevidir. Veysel Candan (Konya), Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararın şu andaki uygulamada yaptığı gibi yorumlamayıp, sözleşmelerde imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün TBMM Anayasası’nı değiştirmek zorunda kalmayacaktı. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Cumhur Ersümer, geniş bilgi için bkz., TBMM Tutanak Dergisi, cilt: 9, 46. Birleşim 10.8.1999 Salı, Dönem: 21, Yasama Yılı: 1.

¹⁵¹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ilişkin New York ve Cenevre Sözleşmeleri, ICSID Sözleşmesi gibi. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları için bkz., *Supra*.

¹⁵² İki taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla *İdari yargı alanına giren ihtilafların dahi* (vurgu benim C. Ç. O.) milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkündür şeklinde düşünceler ileri sürülmüştür., Birsal, M./Budak, A., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? /Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, BTHAE Yayınları No. 319, s. 174.

¹⁵³ Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerindeki inceleme yetkisi 2 ay içinde düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.

¹⁵⁴ Bkz., Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 yılı Düzenli Rapor, Avrupa Toplulukları Komisyonu, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği’nin *gayri resmi*

Tahkim mekanizmasının özel hukuk alanındaki ilişkilerde ihtilafa düşen taraflara vermiş olduğu hukuksal tatmin, devlet yargısına istisna teşkil eden bu yolu “*de facto*” tartışılmaz kılmaktadır. Ne var ki, tahkim mekanizmasının idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde idare hukukuna taşınması, ister istemez bir *ihtiyat dürtüsünü* canlandırmaktadır. Tahkim yolunun kamu hukuku alanına aktarılması, özellikle uluslararası hukuk alanında eşit sùjeler olarak faaliyet gösteren devletlerarası ilişkilerde uygulandığı düşünöldüğünde daha az sancılı olmuştur. İdari rejimi benimsemiş olan ölkelerde idari yargının varlık nedeni ve işlevi, hem bireyin hak ve hürriyetlerini, hem de kamu düzenini, kamu yararını korumak ayrıca birey ile yönetim arasındaki ilişkilerde hukuk devletin temel ilke ve kurallarını hâkim kılmaktır.

13 Ağustos 1999 Anayasa değışikliğı ile Türk İdare Hukuku öğretisinde bu anlamda bir kırılma noktası yaşanmış ve tahkim yolu pozitif idare hukukundaki yerini almıştır. O dönemdeki tartışmalar dikkate alınarak bir yorum yapmak gerektiğinde bunun *tam bir kapitülasyon olduğu* şeklindeki düşünce tarzı öngöröden yoksun olmakla beraber, bu müessesenin, *İdare hukukunun ve idari yargının temel ilkeleri, prensipleri, yasal ve anayasal dayanaklarının refleksi olmadan bu alana sızabileceğini ileri sürmek* de aceleci bir yaklaşım olacaktır. Buna gerekçe olarak idari yargının Anayasal ve yasal güvencesinin ihlal edilmiş olduğu, idare hukukunun dönüşöme uğratıldığı şeklinde düşönceler ileri sürölebileceğı gibi, tahkim yargılamasının uygulayıcıları konumundaki hakemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanındaki yetkinlik ve tecrübelerinin belirsiz olduğu, bu mekanizmayı işletecek olan idarelerin de bu alandaki ehliyetinin sınırlı olduğu yönünde pratik mülahazalar da tartışılmaya müsaittir.

Esasında o dönemde tahkimi pozitif idare hukukumuza sokmak için bir Anayasa değışikliğıne ihtiyaç olmadığı inancını taşımaktayız. Tahkimi imtiyaz sözleşmelerinde uygulanabilir kılmak için bir yasa değışikliğı yeterli olabilirdi. İdare hukukunun refleksini azaltmak maksadıyla, Danıştay’ın milletlerarası tahkim yolu öngöröldüğünde nihai hakem heyeti kararlarına karşı tenfiz mercii, kamusal rejime tabi imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözümünde, tahkim yerinin Türkiye olarak tespit edilmesi halinde hakem heyeti kararına karşı iptal davasının açılacağı mahkeme olarak

tercüme metni, s. 79, <http://www.abgs.org>.

belirlenmesi düşünülebilirdi. Milli tahkim sonucunda verilen hakem heyeti kararları açısından ise Danıştay temyiz mercii olarak görev ifa edebilirdi.

Kanımızca uyum kanunlarında halen bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Örneğin “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğacak Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesi Konusunda İlkeler” getiren 4501 sayılı kanunun 6. maddesinde “Bu kanuna ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm olmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı HUMK ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır” denilmekle beraber, 2577 sayılı İYUK 31. maddesinde halen HUMK ve MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümlerine atıf yapılmamıştır. (vurgu benim C. Ç. O.) Ayrıca uyum kanunlarında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların – özellikle özel hukuk rejimine tabi imtiyaz sözleşmelerinde - milletlerarası alanda geniş çaplı kabul gören “arabulucu/uzlaştırıcı” gibi formüllerle çözümlenip çözümlenemeyeceği konusunda da açıklık yoktur.

Özetlemek gerekirse; pozitif idare hukukumuzun yeni tanıştığı tahkim kurumunun tabi olduğu mevzuat sabit bir hal alsa da, idari rejimle *müسابık* hal de mi yaşayacağı, yoksa özel hukuktaki konumunda olduğu gibi “*istisnai yol*” olmayı aşırp etkin ve güçlü bir mekanizma mı yaratacağını uygulama belirleyecektir.

2. Türkiye’de Devlet Geleneği ve Bürokrasi Açısından Kamu Hizmeti Algısı

Raison D’Etat kavramı devlet aklını ifade etmektedir. Kişilerden bağımsız bir kurum olarak var olan devlet icaplarını, menfaatlerini kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Devletin âli-menfaatleri burada ön planda tutulmaktadır. Kişisel, hatta toplumsal çıkarlarla, bağımsız bir kişilik olan devletin çıkarları çeliştiği zaman devleti önceleyen mantığı ifade eden bir terimdir. Uzun ve köklü bir devlet geleneğine sahip olan ülkelerde *Raison d’Etat*’nın kuvvetli olduğu iddia edilmektedir.¹⁵⁵ Türkiye Cumhuriyeti de esasında devlet olarak köklü bir geleneğe yaslandığına göre *Raison d’Etat* etkilerini bu topraklarda kuvvetli bir biçimde hissettirmektedir. Avrupa’da feodalite-monarşi

¹⁵⁵ Türköne, M., “Derin Devlet”, *Doğu-Batı*, “Devlet”, Yıl. 1, S. 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 43.

ve kilisenin oluşturduğu merkez-kaç güçlerin devleti sıkıştırmasına mukabil, Türkiye’de bu tip sınırlandırmalardan arındırılmış bir otoritenin gölgesinde devlet aklının özgür ve hükmünü icra eden bir alana sahip olması buna uygun zemin hazırlamıştır. Türkiye’de de üniter milli devletin kökleşmesi için uygulanan toplumsallaşma projeleri ve modernleşme dinamikleri hep bu mantık içinde anlam kazanmıştır.

Bürokrasi, Türkiye için diğer bütün ülkelerden ayrı bir kategoride önem taşır. Bürokrasinin tarihin içinden gelen bu ideolojik oluşumu, devleti son tahlilde kar sağlama aracı olarak gören siyasal felsefe ile de uzlaşmaz bir çatışmanın kaynağıdır. Devletleşme olgusu insanlık tarihinin en önemli aşamasıdır. Devlet en yüce varlıktır ve hatta uluslar kişiliklerini devletleşerek bulmuşlar ve korumuşlardır. Ancak, Avrupa’da batı’nın kendi sosyolojisi içinde tarihsel yerine oturttuğu bir devlet anlayışı genel olarak bürokrasiyi bir “sınıf” olarak görmediğinden bürokrasi/devlet ilişkileri bambaşka bir açıdan ele alınmıştır.

Türk bürokrasisi, merkezci, tümcül, otoriter güçlü bir devletin varlığını temel koşul sayan ve bu politikayı uygulamak ve uygulatmakla devleti koruyup kolladıkları inancını taşıyan kamu personelinin oluşturduğu baskın bir sosyal gruptur. Nitekim Anayasamızda da kamu hizmet görevlilerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.¹⁵⁶

Türkiye’de merkezi idare bünyesinde kamu hizmetlerinin gereklerine göre yetki genişliği esasına dayalı olarak oluşturulan il yönetiminin başında valiler bulunmaktadır.

Esasında İçişleri Bakanı Sayın Abdülkadir Aksu’nun görev yeri değişen ve yeni atanan valilere hitaben yaptığı 09.09.2004 konuşmada devlet aklına ve Türk bürokrasisine ilişkin önemli referanslar verdiği görülmektedir. Bu konuşmadan bazı bölümler aşağıya alınmıştır.¹⁵⁷

“Bugün burada, il`de devletin ve hükümetin temsilcisi olması bakımından, Türk kamu yönetiminin en önemli memuriyetleri olan, valilik görevine yeni atanan ve görev yeri değişen arkadaşlarımızla bir aradayız.

Bu bakımdan, bölgenin şartlarına uygun çözümler üretmek gerekir. Müteşebbisleri tanımak ve onları bir araya getirmek, yatırıma teşvik etmek gerekir. Sanata ve sanatçıya yakın durmak, onların fikri mülkiyet haklarını korumak

¹⁵⁶ TC. Anayasası m. 128-129.

¹⁵⁷ İçişler Bakanı Abdülkadir Aksu’nun konuşmasının tam metni için bkz.,http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=167

ve geliştirmek icap eder. Valilerin bu şekilde fonksiyon üstlenmesi, **yüzyılları aşan bir geleneğin de katkılarıyla**, onları, vatandaşlar açısından **“devlete güven”** (vurgu benim C. Ç. O.) parametresinin ilk muhatabı kılar. İşte, devlet-millet kucaklaşması da buradan neş’et eder.

Biliyorsunuz 23 Aralık tarihi, Türkiye’nin 40 yıllık Avrupa Birliği’ne giriş mücadelesi için çok önemli bir tarih... AB tam üyelik görüşmelerine başlama konusunda karar günü... Türkiye, bu 40 yıllık süreç boyunca, gerek hukuk, gerek ekonomik ve gerekse sosyal alanlarda önemli değişimler geçirdi. Cumhuriyet Hükümetleri, ciddi kararların altına imzalarını attı, sorumluluklar yüklendi.

Türk bürokrasisi ve güvenlik teşkilatının geçmişten gelen bazı alışkanlıkları olduğunu (vurgu benim C. Ç. O.) biliyorum. Ama, bildiğim bir başka husus da; genelde insan kaynağımızın ve özelde bürokrasimizin şartlara uyum kabiliyetidir.

Bürokrasimizi, il düzeyinde sevk ve idare eden sizlere bu anlamda büyük sorumluluklar düşmektedir.

Bir anlamda seferberlik ruhunun yaygınlaştırılmasına ihtiyaç var. Genel olarak şikayetçi olduğumuz **“her şeyi devletten bekleme”** (vurgu benim C. Ç. O.) felsefesi yerine, Yunus Emre’nin ifadesiyle; Çeşmelerden bardağın doldurmadan kor isen, Bin yıl daha beklesen, kendi dolası değil, diyerek, herkesin üretime katılmasını teşvik etmemiz lazım. Bu küreselleşen ekonomik durum açısından da hayati önemi haizdir işsizlikle ancak bu şekilde baş edebiliriz.”

Esasında Sayın İçişleri Bakanımızın konuşması hem devlet geleceği hem de Türk bürokrasisi açısından önemli dinamiklerin varlığına işaret etmekte ve Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde bu kanıksanmış alışkanlıklardan kolay kolay vazgeçilmesinin mümkün olmadığı da açıkça ifade edilmektedir. Konuşmadaki vurgunun dikkat çeken tarafı Avrupa Birliği sürecinde sanki devlet aklının bu gelişmeleri çoktan içselleştirmiş olduğu ancak bürokrasinin bu konuda devlet aklına tam anlamıyla eklenemediğidir.

Yukarıda değinilen açıklamalardan da görüleceği üzere gerek Avrupa Birliği etkileşimi ile gerekse küresel baskın dinamiklerin etkisiyle olsun Türk bürokrasisinde ve geniş anlamda yürütme organında da birtakım kırılmalar yaşandığı ve yaşanacağı anlaşılmaktadır. Ne var ki bu kırılmaların kamusal anlamda etkinliği ve farklılığı toplumsal projelerde yatmaktadır. Toplumsal projelerin yönetilenler üzerindeki tanışıklığı ise elbette kamu hizmetleriyle başlamaktadır. Ancak şu dö-

nem itibariyle bu köklü değişikliklerin –uygulayıcıları benimsemekte ve genel kabul etmekte bile güçlük çekerken– kamu hizmetlerine hızlı ve kamusal yarar prensibi göz önünde tutularak nasıl yansıtılacak oluşu da merak konusudur. Hukuk devletin özel gereklerinden biri de devlet faaliyetlerinin idare edilenler tarafından önceden bilinebilir olmasıdır. Hükümet ve bürokrasinin bu anlamda farkındalıklarının örtüşmesi de bu genel ilkenin anlam kazanması bakımından da önemlidir.

3. Avrupa Birliği Müktesebatına Uyum Sürecinde Kamu Hizmeti Kavramı

Avrupa Birliği Devlet ve Hükümet Başkanlarının 17 Aralık 2004 tarihli Zirvesinde aldığı karar doğrultusunda 3 Ekim 2005 tarihinde yapılan Katılım Konferansı ile Türkiye resmen AB’ye katılım müzakerelerine başlamıştır. Böylece, Türkiye ile AB arasındaki inişli çıkışlı ilişki, çok önemli bir dönüm noktasını aşarak yepyeni bir sürece girmiştir.

Türkiye ile müzakerelerin açılması, Kopenhag siyasi kriterlerinin yeterli ölçüde karşılanması ile mümkün olmuştur. Bu aşamadan sonra da AB’nin, Türkiye’nin bu alandaki uygulamalarını yakından izlemeye devam edeceği kesindir.

17 Aralık sonrasının bir diğer önemli yanı, siyasi kriterlere ilaveten ekonomik kriterlerin ve özellikle müktesebat uyumunun ön plana çıkmasıdır. Ekonomik kriterler müzakerelere konu olmamakla birlikte, bu alandaki gelişmeler müzakere süreci boyunca AB tarafından yakından izlenecek ve bazı müktesebat başlıklarında müzakerelerin açılmasında ölçüt olarak kullanılabilecektir.

Önümüzdeki Kasım ayında Türkiye hakkında komisyon tarafından Düzenli İlerleme Raporu ile beraber yeni bir Katılım Ortaklığı Belgesi de hazırlanacaktır. Katılım Ortaklığı Belgesi, tam üyelik için her alanda alınması gereken önlemleri, belirli bir takvime bağlı olarak sıralayan bir tür yol haritasıdır.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak, Bakanlar Konseyince onaylanmaktadır. Bugüne kadar 2 adet Katılım Ortaklığı Belgesi yayınlanmıştır. Bu defaki belgede daha çok ekonomik kriterlere ve müktesebat uyumuna ağırlık verilecektir.

Bu itibarla Türkiye'nin ulusal programının temel amacı, Avrupa Birliği müktesebatına uyumdur.

AB Müktesebatı, AB Hukuk sistemine verilen addır. Yaklaşık 120 bin sayfadan oluşmaktadır.¹⁵⁸ AB'yi kuran ve daha sonra değişikliğe uğrayan antlaşmaları, aday ülkelerin AB'ye katılırken imzaladıkları katılım antlaşmalarını, Konsey, Komisyon, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı gibi topluluk organlarının çıkardıkları tüm mevzuatı ifade etmektedir.

Bu Müktesebat, son katılım müzakereleri için 31 başlık altında sınıflandırılmıştır. Ancak Hırvatistan ve Türkiye ile başlayan müzakere sürecinde bu sayı, geniş kapsamlı bazı konuların bölünmesi suretiyle 31'den 35'e çıkarılmıştır.

Avrupa Birliğine tam üyelik için aday olan ülkeler, üye ülkeleri bağlayan AB müktesebatını AB'ye katılmadan önce kabul etmek zorundadır. Bunu sağlayabilmek için AB müktesebatının çeşitli bölümlerinde amaçlar, hedefler ve bunlara ulaşabilmek için gerekli reformların içerikleri oldukça açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olmasına karşın, bu durum kamu yönetimi alanı için pek de geçerli değildir. Başka bir deyişle, AB üyesi ve aday ülkeleri kamu yönetimlerinin kendi ulusal sınırları içindeki örgütlenişi ile politika saptama ve uygulamalı biçimleri hakkında spesifik kriterler belirlenmemiştir. AB'nin spesifik bir kamu yönetimi modeli öngörüp öngörmediği; öngörmüş ise bunun nasıl bir model olduğu yönünde AB düzeyindeki ilk kapsamlı çalışma *SIGMA Programı* (*Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries*) çerçevesinde 1998 yılında yayınlanan "Avrupa Yönetmelik (İdari) alanı içinde kamu yönetimlerinin hazırlanması" (*Preparing Public Administration for the European Administrative Space*) başlıklı rapordur.¹⁵⁹ Esasında AB müktesebatının etkili bir şekilde uygulanmasında önemli rol oynayan sektörlerde bulunması gereken bazı yönetsel yapılar ve kamu yönetiminin örgütlenişi, personeli ve işleyişi ile ilgili bazı temel siyasi-yönetmelik değer ve ilkelere; örneğin demokratik,

¹⁵⁸ <http://www.abgs.gov.tr/tarama/Ozet.htm>, Avrupa Müktesebatının başlıkları için bkz., *Ibid.*

¹⁵⁹ AB Komisyonu'nun görüşlerini temel alan bu rapor, komisyonun AB üyeliği için gerekli olan yönetsel uyum ve yönetsel kapasitenin geliştirilmesi için üyelik müzakereleri yürüten aday ülkelerde uygulamaya konulacak yönetsel reformlara verdiği önemi açıkça göstermektedir.

hukuka bağlı, etkin katılımcı, hesap verebilir ve şeffaf bir yönetime¹⁶⁰ atıfta bulunması dışında AB'ye üye veya aday ülkelerin ulusal kamu yönetimlerinin yapısı konusunda şablon bir model ya da standart bir örgütleniş biçimi öngörmemektedir.¹⁶¹ Ancak SIGMA Programı çerçevesinde 1998 yılında yayınlanan raporda; demokrasi, güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğünü güvenceye alan bir anayasa, güçlü bir hükümet sistemi ve merkezi örgütlenme, yerel/bölgesel özerklik, vatandaşın yönetime itiraz ve bilgi edinme hakkı, hükümet, sivil toplum iletişimi, profesyonel bir kamu personel sistemi, hesap verilebilirliği artırıcı ve yolsuzluğu önleyici etik kurum ve kurullar, etkili bütçe ve vergi toplama otoriteleri, hızlı ve doğru işleyen bir yargı sistemi ayrıntılı olarak belirtilmiştir.¹⁶² Yine bu raporda genel olarak ulusal kamu yönetimlerinin Avrupa Yönetişel Alanı için hazırlanmasına yönelik önlemlerin alınması ve Madrid kriterine göre kamu örgütlerinin ve kamu personel rejimlerinin AB'ye uyumlaştırılmasının gereği ifade edilmiştir.¹⁶³

¹⁶⁰ Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın 5. maddesinin (b) bendi bu düzenlemelere paralel niteliktedir.

Madde 5- Kamu yönetiminin kuruluş ve işleyişinde esas alınacak temel ilkeler şunlardır: b) Kamu Yönetimi Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde, sürekli gelişim, katılımcılık, saydamlık, hesap verebilirlik, öngörülebilirlik, yerindelik, beyana güven ile hizmetten yararlananların ihtiyacına ve hizmetlerin sonucuna odaklılık esas alınır.

¹⁶¹ Kösecik, M., *Avrupa Birliği Entegrasyonu ve Ulusal Kamu Yönetimleri*, Çağdaş Kamu Yönetimi II, Ankara, Nobel, 2004, s. 14.

¹⁶² Ömürgönülşen, U., *Türk Kamu Yönetiminin Avrupa Birliği'ne Uyumu ve Yönetişel Kapasitenin Artırılması*, (Ders Notları-Çoğaltma)-ATAUM, Dönem 36, dosya No: 17, 1.6.2005.

¹⁶³ <http://www.basbakanlik.gov.tr/tasarilar> "Küreselleşme ve bilgi toplumu süreçlerinin bütün dünyada meydana getirdiği değişim, yeniden yapılanma süreci içinde dikkatle izlenmeli ve değerlendirilmelidir. Bu değişim süreçleri rekabeti artırmakta, halkın yönetimden beklentilerini yükseltmekte ve daha kaliteli bir yönetimi zorunlu kılmaktadır. Küresel rekabet ortamında, kötü yönetimin bedeli son derece ağır ödenmektedir. İçe kapanmanın da bir çare olmadığı gerçeğinden hareketle, küresel süreçlere strateji geliştirerek uyum sağlama ve fırsatları değerlendirme dışında anlamlı bir seçenek kalmamaktadır.

Küreselleşme süreci; bir yandan uluslar üstü ve bölgesel entegrasyonları güçlendirirken, diğer yandan yerel değerleri ve farklılıkları canlandırmakta, yerinden yönetimin önemini artırmaktadır. Birbirini tamamlayan bu süreçler, ulus devletler ve merkezi yönetim yapıları üzerinde çift yönlü bir baskı oluşturmaktadır. İnsanların, bilginin, sembollerin, mal ve hizmetlerin ve sermayenin hareketliliğinin arttığı bir ortamda, geleneksel kurallar ve kontrol yapıları anlamını yitirmiş veya etkisizleşmiş, klasik talep ve beklentiler son derece çeşitlenmiş ve her an değişime açık hale gelmiştir. Bu yeni ortamda kamu yönetimleri; klasik yaklaşım ve kurumsallaşma içinde, paradoksal bir durum ile karşı karşıya kalmıştır. Bir yandan kamu yönetimi, eski gücünü ve araçlarını yitirirken, diğer yandan eskisinden de etkili ve çeşitli hizmetler sunma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır.

Bütün bu değişim süreçleri ulus devletleri ve merkezi yönetim yapılarını ortadan kaldırılmakta, ancak bu kurumların rolünün yeniden tanımlanmasını gerektirmektedir. Değişim

Bu itibarla Türkiye açısından bakıldığında ilk öneli adım yasama organından gelmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çıkarılacak kanunların Avrupa Birliği mevzuatına uyumu konusunda çalışmak üzere *Avrupa Birliği Uyum Komisyonu* kurulmuştur. 19 Nisan 2003 tarih ve 25084 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4847 sayılı *Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Kanunu*'nun Amaç başlıklı birinci maddesinde komisyonun amacı şu şekilde açıklanmıştır:

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecine ilişkin gelişmeleri izlemek ve müzakere etmek, Avrupa Birliği'ndeki gelişmeleri takip etmek ve bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni bilgilendirmek ve istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin Avrupa Birliği Mevzuatına uygunluğunu

sürecine başarıyla uyan devletler ve merkezi yönetimler; bir taraftan uluslararası, uluslar üstü ve bölgesel entegrasyon süreçlerinin taşıyıcısı olarak, diğer taraftan farklılıkları hukuk düzeni içinde bir arada tutabilen demokratik ortamlar şeklinde yeniden yapılanmaktadır. Sonuç olarak; kamu kurumları daha az kaynakla, daha fazla ve kaliteli hizmet üretecek şekilde etkinliklerini artırmakta ve enerjilerini öncelikli alanlara yoğunlaştırmaktadır.

Küreselleşme sürecinde devletin değişen rolü, özellikle ekonomi alanında belirginlik kazanmaktadır. Bütün dünyada devletin ekonomik yaşamdaki rolü dönüşmekte, buna bağlı olarak devletin yapı ve işlevleri değişmektedir. Devletin politika belirleme ve katalizör işlevi görerek yönetme kapasitesi gelişirken, hizmet üretimi ve sunumunda piyasa ve sivil toplum kuruluşları ön plana çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile, doğrudan üreten bir devlet anlayışı yerine, üretme fırsatları yaratan, toplumun ortak çıkarları için rekabet ortamını gözetken, piyasaları düzenleyen ve denetleyen bir devlet anlayışı hakim hale gelmektedir. Hizmetlerin üretilmesinde ve halka sunulmasında piyasa ve sivil toplumun öneminin arttığı bu yeni ortamda, kamunun doğrudan üretim yapmasının sadece diğer alternatiflerin geçersiz olduğu alanlarla sınırlandırıldığı gözlenmektedir. Gelişen teknolojiler ve organizasyon yapıları içinde bu sınırlar da yeniden tanımlanmakta, geleneksel olarak devletin doğrudan rol üstlendiği birçok alan, zaman içinde diğer aktörlere açılabilir. Son dönemlerde telekomünikasyon ve enerji alanında yaşanan gelişmeler bu eğilimin açık örnekleridir.

Zannedilenin aksine, devletin ekonomideki değişen rolü sosyal devlet vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Artan rekabet ortamı ve piyasanın ürettiği sosyal sorunlar, devlete eskisinden de önemli sosyal sorumluluklar yüklemektedir. Üretim yapmayan devlet sosyal devlet vasfını yitirmemekte, tam aksine gereksiz hale gelmiş işlevlerden arınarak dış politika, güvenlik ve adalet gibi asli işlevleri ile sosyal politikalar üzerinde yoğunlaşabilmektedir. Bütün bu işlevlerini yerine getirirken, devletin en az kaynakla en fazla katma değer üretmesi ve kaliteli hizmet sunumu eskisinden de hayati bir unsur haline gelmiştir. Bu çerçevede, sosyal devlet çağdaş araçlar kullanılarak, piyasa ve sivil toplum ile işbirliğini geliştirilerek hayata geçirilmektedir.

Devletin bu değişen rolü özelleştirme, sivilleşme ve yerelleşme şeklinde gelişen eğilimleri desteklemektedir. Kamu kuruluşları özel sektörün daha verimli üretim yaptığı alanları terk etmekte, eskiden "doğal tek" olarak düşünülerek devletin kontrolüne bırakılan alanlar dahi, düzenleyici yapılar kurulmak suretiyle özel kesime açılmakta, bazı kamu hizmetleri sivil toplum kuruluşlarına devredilmekte, merkezi yapılar yerine yerinden yönetim anlayışı hâkim hale gelmektedir".

inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun kuruluş, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı adını almasına karşın esasında kamu hizmetine dair pek çok referans normu içeren kanun tasarısına ilişkin olarak Başbakanlık tarafından hazırlanan dokümanda Avrupa Birliği etkileşimi ile kamu yönetimi alanındaki değişim gereği aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır.

Türkiye'nin AB'ye tam üyelik hedefi doğrultusunda yönetim yapısını katılmayı hedeflediği topluluk standartlarına kavuşturma çabası, kamu yönetiminde yeniden yapılanma açısından önemli bir değişim faktörü olarak gündeme gelmektedir. Coğrafi ve tarihsel ilişkilerimiz ile ekonomik bağlarımızın yanı sıra, milyonlarca insanımızın fülü olarak yaşadığı bu birliğe katılma hedefi 40 yılı aşkın bir zamandır ülke olarak benimsediğimiz temel bir tercih olarak ortaya konmuştur.

1963 yılında imzalanan Ankara Anlaşması, 1970 yılında imzalanan Katma Protokol, 1987 yılında yapılan tam üyelik başvurusu, 1995 yılında sağlanan Gümrük Birliği ve nihayet 1999 Helsinki Zirvesi ile kabul edilen aday ülke statüsü, Avrupa Birliği yolunda alınan mesafeyi göstermektedir. Aday ülke statüsü alındıktan sonra; Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler Katılım Ortaklığı Belgesi, Ulusal program, İzleme Raporları, Katılım Öncesi Ekonomik Program ve Ulusal Kalkınma Planı gibi bir dizi plan ve program tarafından şekillendirilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda ülkemizin mevzuat ve kurumsal yapı olarak Avrupa Birliği'ne uyumu temel bir unsur olarak gündeme gelmiştir. Kopenhag kriterleri çerçevesinde siyasi ve ekonomik alanlarda ve müktesebata uyum sağlanması konusunda çok yönlü çabalar yoğunlaşmıştır.

Küreselleşme sürecinin de bir parçası olarak görülebilecek olan bu bölgesel entegrasyon çabası, piyasa, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokratik değerler üzerine kurulu bir birliktelik ve yönetim anlayışını yansıtmaktadır. Demokratikleşme ve gelişmiş bir piyasa düzeni kurma, ekonomik gelişmenin nimetlerini adil bir şekilde paylaşma hedefleri ile de uyum içinde olan AB'ye tam üyelik sürecinde, yönetim yapımızın çağdaş standartlara kavuşturulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

1980'li yıllarda Avrupa Birliği'ne üye olduktan sonra ekonomik olarak hızla büyüyen ve Avrupa fonlarından yararlanarak refah düzeyi yükselen Yunanistan, İspanya, Portekiz gibi ülke örnekleri, ülkemizin zamanında Avrupa

Birliği üyesi olamamasının ortaya çıkardığı maliyetleri göstermek bakımından önemli örneklerdir. Günümüzde ise Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Birliği'ne üye olmaları ve nispi konumlarını hızla iyileştirmeleri süreci yaşanmaktadır. Katılım süreci sona erdiğinde Türkiye dahil 28 üyeli dev bir pazar haline gelecek olan ve nüfusu yüksek ülkelerin karar alma süreçlerini daha fazla etkileme şansı bulacakları bu topluluğa girmek için, yönetimde yeniden yapılanma kaçınılmaz bir gerekliliktir.¹⁶⁴

II. Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi

Türkiye devletçi bir geçmişten gelen, daha doğrusu devletçiliğin bir Anayasa ilkesi olduğu¹⁶⁵ bir mazinin doğurduğu sosyo-ekonomik yapılanmaya sahiptir. Devletçilik ilkesi 1924 Anayasası'na 1937'de yapılan bir değişiklik ile girmiştir. Daha sonra 1961 ve 1982 Anayasaları'nda yer almamış ise de, planlama 1933 yılındaki ilk sanayi planı uygulaması ile bir politika olarak uygulamaya katılmış; ancak 1961 ve 1982 Anayasalarında hükme bağlanarak kurumsallaştırılmıştır. Bu nedenle bir Anayasa hükmü olarak devletçilik ilkesi yürürlükten kaldırılmasına rağmen, özellikle 1961 Anayasası'nın planlamayı kabulü ile gölge bir Anayasa ilkesi olarak devam ede gelmiştir.¹⁶⁶ Zira, plan hedefleri eliyle uygulamaya aktarıldığından 1950-1960 sonrasında da KİT'ler gelişmeye devam etmiştir.

Son yıllarda çağdaş devletin en önemli vasfı olduğu öne sürülen refah devleti veya sosyal devlet kavramının boyutlarını, dolayısıyla toplumsal gelir transferlerinin hem miktarını ve hem de yönünü belirleyecek olan unsurun, ekonomik hakların sayısı ve niteliği olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶⁷

Son yirmi yılda ise Türkiye'nin de içinde bulunduğu çoğu ülke farklı amaçları bulunsa da, özellikle teşebbüs performansını geliştirmek

¹⁶⁴ <http://www.basbakanlik.gov.tr>.

¹⁶⁵ 1924 Anayasası'nda 1937 değişikliği madde 2.

¹⁶⁶ Akalın, G., *Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi*, Anayasa Yargısı II, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, s. 72.

¹⁶⁷ Savaş, V.F.; *Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri*, Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi, Anayasa Yargısı II, Anayasa Mahkemesi'nin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, s. 216.

için özelleştirme, piyasaların serbestleştirilmesi ve regülasyon yönünde politikaları takip etmeye başlamıştır. Özelleştirme, bir taraftan kamu varlıklarının mülkiyetinin tamamını veya bir kısmının özel teşebbüslere devri, diğer taraftan da kamu hizmeti olarak nitelenen bazı altyapı hizmetlerine özel sektörün özellikle imtiyaz sözleşmeleri acılığıyla katılımının sağlanması şeklinde olmaktadır. Özelleştirme uygulamaları ile beraber, devletin piyasa aktörlerinin karar alma süreçlerini etkileyen pozisyonundan çekilmesini öngören deregülasyon ve piyasaya yeni firmaların girmesine imkan tanıyan serbestleşme politikaları da çoğu ülke tarafından uygulanmaya başlanmıştır.¹⁶⁸ Özelleştirme uygulamalarının kamu hizmetine son vereceğini ileri süren yazarlar¹⁶⁹ yanında, özelleştirmenin hızlı, etkili ve verimli idarenin kurulması için gerekli gören yazarlar da bulunmaktadır.¹⁷⁰

Özelleştirme farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. En dar anlamıyla özelleştirme kamu iktisadi teşebbüslerinin satış ve benzeri yöntemlerle özel kişilere devrini ifade etmektedir. Dar anlamıyla özelleştirmeden *“devletin sahip olduğu mal varlıklarının ya da para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının satış ya da benzeri yollarla yerli ya da yabancı gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişilerine devri”* de anlaşılmaktadır. Fakat her halde özelleştirilen kamu varlığının mülkiyetinin devri söz konusudur. Bu nedenle, idarenin hizmetin sorumluluğunu ve hizmet için kullanılan malların mülkiyetini muhafaza ettiği imtiyaz yönteminin dar anlamda özelleştirme kapsamında düşünülmesi mümkün değildir.

Geniş anlamda özelleştirme ise kavramın ideolojik anlamını ve amacını da kapsayacak biçimde, piyasa mekanizmasının işleyebilmesi için, devletin piyasa üzerindeki müdahalesinin azaltılması ya da kaldırılmasını ifade etmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin devri yanında yöntemlerinin özel kişilere devri ya da *kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi* de geniş anlamda özelleştirme kapsamında mütalaa edilmektedir. Geniş anlamda özelleştirme tanımından hareket edilerek, kamu hizmetlerinin imtiyaz usullüyle özel kişilere gördürülmesinin de

¹⁶⁸ Baytan, İ., *Özelleştirme*, Ankara, 2002, s. 20, Emek, U., Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon, s. 1.

¹⁶⁹ Yıldırım, T., *Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*, Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslar arası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001, s. 42.

¹⁷⁰ Tan, T., *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, Türk İdare Dergisi, S. 378, 1988, s. 74.

özelleştirme yöntemlerinden biri olduğu savunulmaktadır.¹⁷¹ Gerçekten, geniş anlamda özelleştirme tanımı imtiyaz usulünü¹⁷² de kapsar görünmekle birlikte, XX. yy. başlarında, kamu hizmeti kavramını esas alarak oluşturulan imtiyaz yönteminin, aynı yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmış olan ve içerdiği ideolojik anlam dolayısıyla kamu hizmeti kavramına pek de sıcak bakmadığı bilinen özelleştirme uygulamaları kapsamında değerlendirilmesi anakroniktir. Kaldı ki, genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ile özelleştirme uygulamaları arasında, amaçları esas alındığında herhangi bir paralellik bulunduğu da söylenemez. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde amaçlanan, hizmetin en iyi şekilde yürütülmesi ve böylece kamu yararının sağlanması iken, özelleştirme, sözü edildiği gibi serbest piyasa ekonomisinin mekanizmasının gereksinimlerini karşılamaya yönelik bir araçtır. Bu bakımdan, geniş anlamda özelleştirmenin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini de kapsadığı görüşü çok da isabetli görünmemektedir.

1961 ve 1982 Anayasası'nın ilk metninde devletleştirme ile ilgili kurallar yer almasına karşın özelleştirme ile ilgili bir kural yer almamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde verdiği kararlarda özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem kabul ederek, Anayasa'da açıkça bir hüküm bulunmasa da Anayasa ilkelerine aykırı düşmemek kaydı ile özelleştirme ile ilgili düzenleme yapılabileceğini kabul etmiştir. Ancak, mahkemeye göre özelleştirmenin esas ve yöntemlerine ilişkin düzenleme ancak yasayla yapılmalıdır. Bu yasa genel nitelikli çerçeve

¹⁷¹ Serim, B., *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme*, Ankara, 1996, s. 26.; Ruhi, E., *1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme*, Ankara, 2003, s. 19 vd.

¹⁷² Özelliikli ve ilgi çekici bir bakış açısını yansıttığı için Sayın Prof. Dr. Baskın Oran'ın görüşlerini buraya almayı uygun bulduk. "Türkiye, yine aynen Osmanlı İmparatorluğu gibi, kamu hizmetlerini yürütecek geliri kalmadığı için, kamu hizmetlerini artık imtiyaza vermekle meşgul. Ama bunların adı da artık imtiyaz değil, yap-işlet-devlet. İmtiyazın yeni ve kibar adı bu. Bunlar yeni bir isimle anılıyor. Bu durumda Türkiye, Osmanlı'nın düştüğü bir noktadadır. Neden? Çünkü 6 Haziran 2000 tarihli Milliyet'te yazıldığı kadarıyla, IMF'nin Türkiye Masası Şefi Carlo Cottarelli, IMF'nin artık Türkiye bütçesinde taslak aşamasında değil, hazırlık aşamasında müdahale edeceğini söylemiştir. Aynen Sev'ın daha önce okumuş olduğum 232. maddesi gibi. Yani, Osmanlı bütçesi Meclisi Mebusuna gitmeden önce Maliye Komisyonuna gider, İngiliz, Fransız ve İtalyan üç kişilik komisyona gider, Maliye Komisyonundan onay aldığı takdirde Meclisi Mebusuna gider, eğer Meclisi Mebusunda bir değişiklik yapılacak olursa o zaman kanunlaşmadan tekrar Maliye Komisyonunun onayını almak gerekir. Cottarelli'nin söylediği, "Artık tasarı aşamasında değil hazırlık aşamasında mücadele edeceğiz, o 232. maddedir. Oran, B., *Kaçıncı Küreselleşme, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları*. Haziran 2000, s.121.

yasa olmamalı; her özelleştirme için ayrı yasayla özel düzenleme yapılmalıdır. Aksi halde, yasama yetkisinin devri ve yasama yetkisine aykırılık söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesi bu dönemde bir yandan özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem kabul ederek, özelleştirmeyle ilgili ilkeleri, devletleştirme maddesinden çıkarırken; öte yandan devletleştirmenin temel unsurlarını oluşturan kamu hizmeti niteliği taşıma ve kamu yararının zorunlu kıldığı haller koşulları üzerinde durmamıştır.

Türkiye'nin katılım yönünde ilerlemesi hakkında 2004 yılı düzenli raporunun sonuç kısmındaki aşağıdaki ifadeler de Avrupa Birliği'nin özelleştirme uygulamalarına ne kadar sıcak baktığını göstermesi bakımından önemlidir.

“Ekonomik kriterlere ilişkin kısa dönemli öncelikler kısmen tamamlanmıştır. Enflasyonla mücadeledeki mevcut programın etkin olarak uygulanmasına devam edilirken finans sektöründeki reformlar sürdürülmektedir. Yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin yasal çerçeve geliştirilmiştir. AB ile makroekonomik konularda sürdürülen diyalog tatmin edici seviyededir. Ancak, özelleştirme konusunda daha fazla çaba harcanmasına ihtiyaç duyulmaktadır”. (vurgu benim C. Ç. O.)

1. Hukuki Rejimin Özelleştirilmesi

Kamunun iktisadi kuruluşlarının dış ilişkilerde özel hukuk kural ve usullerine, iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı bulundukları kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuk kural ve kurumları esas olarak serbest ekonominin mantığına uygun olarak geliştiğinden, örgütlenme ve işleyişin bu kurallara uyması ihtiyacı doğmakta ve bu uyum sorunu da klasik kamu hukuku kurallarını zorlamaktadır.

Sınaî ve ticari kamu hizmetlerinin¹⁷³ örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin düzenleyici işlemler idari yargının görev alanına girmektedir. Bu hizmetlerin bayındırlık işlerine ve bu hizmetlerin işleyişinden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklar ise adli yargının görev alanında kabul edilmektedir.

¹⁷³ Conseil d'Etat'ın endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerini idari yargının “görev bloğu” olarak kullandığına ilişkin olarak bkz., Godfrin, P., *Droit Administratif des biens*, Domaines, travaux, expropriations, 5^e édition, Paris, 1997.

Hukukumuzda 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile özelleştirmelerin Anayasal dayanağa kavuşturulmasının haricinde de kamusal hizmetler Avrupa Birliği başta olmak üzere global dönüşümün etkisiyle ekonomik yaklaşımın etkisi altına girmekte kamu hizmetine hakim olan kamu hukuku kurgusu yavaş yavaş dışlanmaktadır. Örneğin *Hizmet Ticareti Genel Anlaşması* (GATS) incelendiğinde kamu hizmetlerinin münhasıran devlet tarafından sunulmasıyla karşılanmayacağı, karma bir sistem uygulanacağı vurgulanmıştır.¹⁷⁴ Hatta idari kamu hizmetleri olarak adlandırılan ve devletin egemenlik yetkisinden köken alan bazı hizmetler de özel teşebbüse açılmış durumdadır. Örneğin devlet düzen sağlama hizmetleri arasında yer alan iç güvenlik hizmetlerinde özel güvenlik şirketleri de hizmet sunmaktadır.¹⁷⁵ Esasında bu gelişim süreci Avrupa yapılanmasına uygun bir seyir almaktadır. Örneğin kamu hizmeti kuramının kurucu ülkesi olan Fransız Anayasa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın yeni geliştirdiği eğilim, kamu hizmetlerini ve kamu hukukuna bağlanan kamu hukuku sonuçlarını sadece klasik idari kamu hizmetlerinin de gerisine düşer şekilde egemenliğin kullanılmasına ilişkin hizmetlere hasretme yönündedir.¹⁷⁶

Kamu hizmetlerinin rekabete açılması ve özelleştirme ekseninde dikkat edilmesi gereken bir hususta kamu kurum ve kuruluşlarına rekabet hukuku rejiminin uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3. maddesinde teşebbüs, teşebbüs birliği, mal ve hizmet kavramları tanımlanmaktadır.

¹⁷⁴ Karahanoğulları, O., *Hizmetler Ticaretinde Küreselleşme, GATS Anlaşması*, Ankara, 10 Haziran 2002, DİSK Genel-İş Yayını, s. 66.

¹⁷⁵ Bkz., *Supra*.

¹⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Pellegrin Vs. France* no. 28541/95, 8 Aralık 1999 tarihli kararında “üye devletlerin kamu hizmeti sektörlerinde, kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanıldığı belirli görevler vardır. Bu görevlerde bulunanlar, devletin egemen yetkisinin bir kısmına sahiptirler. Bu tip faaliyetlerin tipik örneği, silahlı kuvvetler ve polistir. Bu nedenle, devletlerin bu hizmetlilerden özel bir güven ve bağlılık beklemekte meşru bir yararı vardır. Öte yandan bu kamu hizmet yönetimi özelliği taşımayan görevler için böylesi bir yarar yoktur”. Şeklinde saptamada bulunmuştur. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da *European Commisison Vs. The Grand Duchy of Luxembourg* (c-473/93, 2 Temmuz 1996, ECR I-3248 sayılı kararında “söz konusu görevin kamu hukuku tarafından verilen yetkileri kullanan ve devletin kamu yararını korum sorumluluğunu sahip olan kamu hizmeti faaliyetlerinin bir örneği olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Araştırma, sağlık, dahili taşımacılık, posta, telekomünikasyon, su, gaz ve elektrik gibi alanlardaki görevler genel olarak özgül kamu hizmeti faaliyetlerinden uzaktır; çünkü bunlar kamu hukuku tarafından tanınan gücün kullanımıyla ya da devletin kamu yararını koruma yükümlülüğü ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili değildir”.

Kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamına girip girmeyeceği veya ne tür faaliyetlerin gireceğinin belirlenmesi açısından açıklığa kavuşturulması gereken temel kavram teşebbüs olmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına göre finansman birimi ve hukuki statüsü ne olursa olsun, ekonomik faaliyet yerine getiren her kuruluş teşebbüs sayılmakta, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması gerekli görülmemektedir. Dolayısıyla bu tanım doğrultusunda herhangi bir devlet dairesi teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Kamu teşebbüsü ise Avrupa Birliğinin üye devletlerle kamu teşebbüsleri arasındaki mali ilişkilerin saydamlığı konusundaki direktiflerinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu güçlerinin mülkiyet, mali katkı ve işletmeye uygulanan kurallar dolayısıyla, doğrudan veya dolaylı biçimde hakim etkiye sahip olduğu teşebbüsler kamu teşebbüsü olarak nitelenmektedir.

Bilindiği üzere Türk hukukunda mal ve hizmet üretimi, pazarlanması ve satışı faaliyetinde bulunan kamu tüzel kişilerinin tipik örneği kamu iktisadi teşebbüsleridir. Bunlar endüstriyel ve ticari kamu kurumları olarak da nitelenmektedir. Bu kuruluşlar tarafından yerine getirilen hizmetler de endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri olarak isimlendirilmektedir. Fransız hukukunda da 1986 tarihli *Rekabetin Korunması Hakkında Kararnamenin* 53. maddesinde kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi endüstriyel ve ticari nitelikli faaliyetlerini kapsadığı kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Bu itibarla Türk hukuku açısından 4054 sayılı kanunun ilgili bölümleri dikkatli incelendiğinde rekabet kurallarının kamu kurumlarına ve kamu şirketlerine uygulanmayacağına dair herhangi bir istisna hükmü çıkarmak olanaklı gözükmemektedir. Hatta 4054 sayılı kanunun bazı durumlarda kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin rekabet kurallarından ayrık tutulabileceğine ilişkin Avrupa Topluluğu kurucu anlaşmasının 86. maddesinin 2. fıkrasındaki istisna hükmüne yer vermemek suretiyle Avrupa Birliği düzenlemelerinden daha liberal bir tavır sergilediği de iddia edilebilecektir. Ancak uygulamada Rekabet Kurumunun kanunu oldukça dar yorumlayarak kamu kurumlarına ve kamu hizmetlerine rekabet kuralının uygulanmasında çok istekli olmadığı da gözlenmektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Tan, T., *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye-Fransa ve İtalya Örnekleri)*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, s. 7 vd.

¹⁷⁸ Buna ilişkin olarak Rekabet Kurulu Kararları için bkz., Rekabet Kurulunun 20.05.1999 tarih ve 99-24/217-130 sayılı TOBB kararı, RG. 12.06.2000, S. 24077, Rekabet Kurulunun 03.03.1999 tarih ve 99-12/91-33 sayılı Türkiye Şoförler ve Otomobilciler

2. Hizmetin Yerine Getirilmesinde Özel Kesimden Yararlanma

İncelememizde kamusal alanın ve kamusal hizmetlerin tartışmaya açıldığı dönemin gelişmelerine ortam hazırlayan süreci genel olarak Avrupa yapılanması çerçevesinde açıklamaya çalıştık. Ancak bu süreç elbette sadece Avrupa Birliği etkisiyle tetiklenmiş değildir. Bu süreçleri üç başlık altında sıralayabiliriz. Birincisi, özellikle ABD, İngiltere,¹⁷⁹ Fransa gibi ülkelerin öncülük ettiği kamuyu küçültme ve özelleştirme düşüncesi, ikili ilişkiler ya da uluslar arası finans kuruluşları nedeniyle gelişmekte olan ülkelere aktarılmıştır. İkincisi, Türkiye'deki siyasal gelişmelerle ilgili olarak 1980 sonrasında başlayan ekonomi-politika değişiklikleri hükümet politikaları olarak devam etmiştir. Üçüncüsü iktidar ve muhalefet partileri arasında özellikle özelleştirme uygulamaları hususunda görüş ayrılıklarının azalmasıdır.¹⁸⁰ Uygulamaların benimsenmesinde yerel yönetimlerin hizmet birimlerinde yer alan yanlış örgütsel birimler de rol oynamıştır.¹⁸¹ Bu yanlış örgütlenmenin düzeltilmesi ve yerleşik yapının değiştirilmesi güç ve masraflı olduğundan kamusal hizmetlerin yürütülmesinde özel kesimden faydalanma daha kabul edilebilir bulunmuştur. Örneğin, *Mahalli İdareler ve Büyükşehir Yönetimi, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporunun* yerel yönetimlerin harcamalarına ilişkin öneriler bölümünde kısa vadeli çözüm önerileri arasında bazı belediye hizmetleri özel sektöre verilmelidir önerisi de yer almıştır. Hizmetlerin yerine getirilmesinde başka bir uygulama da şirketleşme uygulamasıdır. Özellikle belediyeler, kamu hizmeti için var olduklarını unutturacak boyutta şirketleşmiş;¹⁸² yani kamusal bir güce ve yetkiye dayanarak kamu hizmetini ticari iş veya faaliyet konumuna getirmişlerdir. Belediyelerin yükümlülüğü altında bulunan hizmetlerin neredeyse tümü doğrudan kamu eliyle görülmekten çıkmış; ticaret yasasına tabi şirketle eliyle ve fiyatlama yöntemiyle yürütülür olmuştur. Bu uygulamalar incelendiğinde ise

Federasyonu kararı, RG. 09.09.1999, S. 23811, Rekabet Kurulunun 13.08.1998 tarih ve 96/785-169 sayılı kararı Türkiye Şeker Fabrikaları AŞ. Kararı, RG. 30.04.2000 sayı 24035.

¹⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz., Parpworth, N./Padfield, N., *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, 2000.

¹⁸⁰ Fırat, S., *Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları*, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 7, Sayı. 1, Ocak 1998, s. 78.

¹⁸¹ Yaşar, F., *Çukurova Projesi Deneyimleri Işığında Belediyelerde Reorganizasyon ve Örgütsel Gelişme*, Türk İdare Dergisi, Mart 1988, s. 437.

¹⁸² İstanbul Büyükşehir Belediyesi 22, İzmir Büyükşehir Belediyesi 14, Ankara Büyükşehir Belediyesi 8 şirkete iştirak etmiş durumdadır.

hukuksal altyapısının tam manası ile oluşturulmadığı görülmektedir. Örneğin Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ), endeks okuma, sayaç açma, kapama, kaçak su kullanımı takibi, kanalizasyon bakım ve onarımını özelleştirmiştir. Endeks okuma ve sayaç ama kapama ile kaçak takip işi hizmet sözleşmesiyle özel şirketlere yaptırılmış; çalışanların aylık ücretleri bu şirketlerce ödenmiş ancak şirketler hizmetlerini ASKİ binasında yürütmüş işçilerin araç ve gereçleri ve kullandıkları motorlu araçlar da ASKİ tarafından temin edilmiştir. Ulaşım hizmetlerine ilişkin olarak bir başka örnek de Ankara'dan verilebilir. Ankara metrosu Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından yap-işlet-devret yöntemiyle bir araya gelen uluslararası birkaç şirkete verilmiştir. Ankara Büyükşehir Belediyesi, Kızılay-Batıkent arasında yapılacak olan metroyu, yap-işlet-devret modeline göre tamamı dış kredilerle gerçekleşmesi ve projesi DPT tarafından onaylanmadıkça harcama yapılmaması koşulu ile ilk kez 1989 yılında yatırım programına almıştır. Bütün giderleri yaklaşık 660 milyon ABD doları olarak hesaplanan metro çalışmalarına 1990 yılında başlanmıştır. Ancak ilgili belediye kredi sözleşmesi imzalamadan metronun yapımını başlatmış, bu süre zarfında metre giderlerini yurt dışında sattığı tahvil gelirleri ile karşılamaya çalışmıştır.¹⁸³

Bu bağlamda özellikle yerel yönetimler bakımından hizmet alanlarının genişliği kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından yerine getirilmesinde de çeşitlilik ve genişlik kazandırmış ancak bu durum dağınık ve koordinasyonsuz bir yapı arz ettiğinden beklenen verim ve standart gerçekleştirilememiştir. Hatta bazı hizmetlerde özel şirketlerin kamu hizmetini görmek için idarenin araç ve gereçleri ile tesislerini kullandığı dikkate alındığında Avrupa Birliği düzenlemelerinin de üzerinde ısrarla durduğu rekabet ve şeffaflık sağlanamamış, aksine sadece kamu kaynaklarının bazı özel sektör firmalarına devri için sistemler yaratılmıştır.

III. Avrupa Birliği Sürecinde Yerel Yönetimlerin Etkinleştirilmesi ve Kamu Hizmetine Etkileri

1970'lerin ikinci yarısından itibaren Avrupa Birliğinde *desantralizasyon* amaçlı reform programları uygulanmaya başlanmıştır. Bu programlar yerel ve bölgesel yönetimlere daha fazla işlev verilmesini, mali konularda takdir yetkisi verilmesini ve merkezi düzenlemelerin

¹⁸³ Yaşamış, F., a. g. m., S. 86.

azaltılmasını öngörmektedir.¹⁸⁴ Yerel yönetimler, Kıta Avrupa'sında *genel yeterlilik* Anayasal ilkesine dayanarak geniş bir alanda meşru sorumluluk ve etkinliğini koruyabilmıştır.¹⁸⁵ Diğer yanda İngiliz *ultra vires* prensibi harcama konusunda belli işlevlerin yerel yönetimlere tahsisatına izin vermiştir. Sonuçta yerel yönetimler İngiltere örneğinde kamu hizmetlerinin görülmesinde bir araç olarak görülürken, Kıta Avrupa'sında, bir yandan yerel topluluğun kendi kendisini yönettiği bir sistemi temsil ederken,¹⁸⁶ diğer yandan da özgür komün deneyimi ile yerel bir otorite olarak komün fikrinin canlandırılması amaçlanmıştır.¹⁸⁷ Piyasalaşmanın özellikle hizmetlerin özelleştirilmesinin verimliliği ve müşteriye karşı sorumluluğu artırdığı iddiası yerel yönetimlere piyasa yöntemlerini taklit etme ya da sorumlulukların tanımlanmasında ve uygulamalarda özel sektör benzeri yaklaşımları benimseme gibi asgari bir rol yüklemektedir.

Neo-liberal politikaların retoriği özelleştirmeyi teşvik etmiş ve muhafazakar kuramın belli temalarını gündeme getirmiştir. Bu söylem uyarınca devlet çok büyük, çok masraflı, ekonomik ve sosyal işlerle fazla ilgilidir; piyasa doğası gereği sosyal ve ekonomik değişikliğe devletten daha duyarlıdır; devletin kontrol ve desteğinin kalkması firma ve bireylere girişim ve kendine güven gibi geleneksel değerleri yeniden kazandıracaktır. Yeni sağ politikaların hedefleri kamu mal ve hizmetlerinin ekonomik performansının artırılması, ekonomik kararların depolitize edilmesi; kamu mallarının satış yoluyla bütçe geliri elde edilmesi; kamu harcamaları ve vergilerde kesinti yapılması olarak

¹⁸⁴ Batley, R., *Comparison and Lessons, Legal Government in Europe*, London, 1991, s. 212. Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun ile merkezi idarenin güçsüzleştirilmek istendiği yönünde bkz., Günday, M., Kamu Yönetimi Reformu'nun Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Danıştay Başkanlığı Sempozyum, Bildiriler, 11 Mayıs 2005, Ankara, s. 164 vd.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Avrupa Konseyi, 1981-1984 yılları arasında yerel idarelerin özerkliği ile ilgili bazı ilkeleri tartıştı ve bir karar tasarısı hazırladı. "Yerel idarelerin güçlendirilmesi, özerkliklerinin savunulması, yerinden yönetim ve demokrasi ilkelerine dayanan bir Avrupa'nın kurulmasının temel koşuludur" görüşünden hareketle hazırlanan tasarı daha sonra "Özerklik Şartı" olarak Avrupa Konseyi'nce kabul edildi. Türkiye, Şartı 1988 yılında imzaladı. 1991 yılında da 3723 sayılı yasa ile TBMM tarafından onaylanması uygun görüldü ve 1992'de 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandı. (*Resmî Gazete*: 3.10.1992 - 21364) Yürürlük tarihi ise 1 Nisan 1993 olarak belirlendi. Türkiye, *Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın* bazı hükümlerini benimsedi. (Türkiye'nin benimsediği maddeler için 3723 sayılı yasaya bakınız...)

¹⁸⁷ *Supra*, s. 214.

özetlenebilir. Bu hedeflere ulaşma yolunda özelleştirme girişimleri çeşitli şekillerde olabilmektedir. Kamunun işlevlerinin ortadan kaldırılması, mal ve hizmetlerin üretimi ve dağıtımının kamudan özel sektöre aktarılması, kamu mallarının satışı ve özel sektör üzerindeki denetimlerin kaldırılması ya da deregülasyon (yasal kurumsal serbestleşme) bunlara örnek olarak gösterilebilecektir. Zaman içinde özelleştirme politikaları hedefe ulaşmada bir araç olmaktan çıkıp başlı başına amaç olmaya başlamıştır. Yeni sağ politikalarından yerel yönetimler de nasibini almış ve özellikle ABD ve İngiltere’de kentsel hizmetlerin özelleştirilmesine hız verilmiştir.

Türkiye’de 1980 yılında ithal ikameci stratejinin gelişme üzerindeki kısıtlayıcı etkilerini ortadan kaldırmak ve ihracata dönük gelişme stratejisine geçmek amacıyla yapısal bir dönüşüm programı başlatılmıştır. 1983 seçimleriyle iş başına gelen Özal hükümeti, liberal politikaları ve yeni sağ söylemi Türkiye’ye taşımıştır. Yerel yönetim politikaları da ekonomik liberalizasyondan etkilenmiştir. Belediyeler, özellikle alt-yapı yatırımları¹⁸⁸ için uluslar arası sermayeyi çekecek araçlar olarak görülmüşlerdir. Belediyelerin sorumluluklarının ve görevlerinin arttığı koşullar altında özelleştirme başat ideolojiye hizmet edecek şekilde çoğunlukla verimlilik ve etkinlik gibi kıstaslar göz önüne alınmaksızın gündeme getirilmiştir.

Türkiye’de belediyelerde özelleştirme iki şekilde gerçekleşmektedir. Biri belediye iktisadi teşekküllerinin satışı, diğeri de belediye hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanılmasıdır.¹⁸⁹

Devletin bugünkü haliyle aşırı merkezîyetçi, bürokratik ve vesayetçi olduğu için yeniden yapılandırılması gerektiği; ekonomik kararları merkezden alan ve uygulayan bir devlet sisteminde halkın değil, mer-

¹⁸⁸ Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi Hakkında Sayıştay Raporunun sonuç kısmında projenin ortaya çıkardığı olumsuz durumlara vurgu yapılırken şu ifadeler yer verilmiştir: “DSİ Genel Müdürlüğü tarafından klasik finansman yöntemi ile başlanılan konu ile ilgili uzmanlar tarafından bu yöntem ile tamamlanmasının uygun olacağı belirtilen ve yürürlükteki mevzuata göre YİD Modeli kapsamına alınması mümkün olmayan İzmit Su Projesinin YİD modeli kapsamına alınarak tamamlanması sonucunda Hazine büyük bir yük altına sokulmuş olup, bu husus çeşitli denetim birimleri tarafından düzenlenen raporlarla tespit edilmiştir”. Raporun tamamı için bkz., <http://www.sayistay.gov.tr>.

¹⁸⁹ Kartal, F., *Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılanması Çerçevesinde Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi: Ankara’dan Örnekler, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 9, S. 1, Ocak 2000, s.59.

kezdeki bürokratların istek ve arzuları doğrultusunda mal ve hizmet ürettiği ileri sürülmektedir.¹⁹⁰ İdari merkeziyetçiliğin devleti bürokratik ve hiyerarşik bir yapıya dönüştürdüğü; bürokratik ve hiyerarşik devlet yapısında vatandaşların kamusal kararlara katılımının güçleşeceği de neo-liberal bir bakış açısı olarak sıklıkla dile getirilmeye çalışılmaktadır. Devletin merkeziyetçi, bürokratik hiyerarşik, vesayetçi yapısına son verilmesi ve bunun yerine adem-i merkeziyetçi devlet (*desantralize devlet*) yapısının kurumsallaştırılması gerektiği hususu büyük ölçüde Avrupa Birliği projesinin öngörülerıyla örtüşmektedir.¹⁹¹

Mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisi kural olarak mahalli idarelere aittir.¹⁹² Ancak mahalli idarelerin bu yetkisi mutlak bir yetki değil, bir çok sınırlamalara tabi tutulmuş bir yetkidir.¹⁹³ Kıtanın bütünleşmesine bağlı olarak çeşitli Avrupa ülkelerinde özellikle altyapı bakımından artan kamu donanım gereksinimleri ekonomi ve finans konusunu yakından etkilemiştir. Ancak bu gereksinimlerin karşılanması kamu finansmanı kısıtlamaları tarafından engellenmektedir. Finansman sorununun çözümünde kamu hizmetleri yönetiminin devri modeli geniş kabul görmüştür.

Bu çerçeve içinde kamu hizmetlerinin yönetiminin kamu erkinden ayrı olan özel veya karma şirketler veya bazı hallerde kamu kuruluşlarına verilmesi, yerel yönetimlerin de bu konuda güçlendirilmesi savunulmuştur.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Aktan, C.C., *Devlet niçin yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu-Batı, Yıl: 1, Sayı: 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 35.

¹⁹¹ *Supra*

¹⁹² Fransa'da kamu yatırımlarının ¾'ü yerel belediyeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Gautier, F., *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 17

¹⁹³ Bu husus bir Danıştay kararında şu şekilde dile getirilmiştir. "Demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez organları olan yerel yönetimler, merkezi idare dışında özerk, yerel gereksinimlere cevap verecek, karar verme yetkisine sahip, yönetim organlarından bir kısmı seçimle oluşturulan kamu tüzel kişileridir. Özerklik; merkezi yönetim - yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden birinin aleyhine bozulmasını önlemeye yöneliktir. Anayasa yerel yönetimlere özerklik tanımak suretiyle bu dengeyi korumaya çalışmıştır. Ancak, bu ilke tümüyle kamu hizmetlerinin yerel yönetimlerce yerine getirileceği sonucunu doğurmaz. Zira, Anayasa'nın 123. maddesinde: idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu belirtildikten sonra merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı vurgulanmıştır. Yani kamu hizmetlerinin yürütülmesinin sırf yerinden yönetim ilkesine dayandığı söylenemez." Dan. 10. D. E. 1996/5391, K. 1998/6116, T. 25.11.1998 (Kazancı İçtihat CD'si 2006)

¹⁹⁴ Martinand, C., *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 17.

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı ile merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev ve yetki bölümünde bir kırılma yaşanmaktadır. Anayasa'da merkezi yönetim genel görevli ve yetkili olduğu halde (*Anayasa md 126/2*), Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nda merkezi yönetime, sınırlı olarak bırakılan yetki ve görevlerin dışında tüm yetkiler yerel yönetimlere devrolunmaktadır.¹⁹⁵ Oysa Anayasa yerel yönetimleri "*yerel ve ortak gereksinimler için*" yetkili kılmıştır (m. 127). Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı ile¹⁹⁶ Maliye, Dışişleri, Milli Savunma, Çalışma ve Adalet Bakanlığı dışındaki tüm bakanlıkların taşra örgütleri kapatılmaktadır. Başta Milli Eğitim ve Sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere, tüm kamu hizmetleri yerel yönetimlere devredilmektedir.¹⁹⁷ Merkezi yönetimin yerine getirdiği görevlerden birçoğunun yerel yönetimlere devredilmesinin öngörülmesi birçok sorunu beraberinde getirebilecek niteliktedir.¹⁹⁸ Bunlardan en önemlisi, kamu personelinin karşılaşacağı durumdur. Kamu yönetimi reformu yasa tasarısında kamu personelinin istihdamı sözleşmeye dayandırılmıştır. Oysaki Anayasamızın 128. maddesinde

¹⁹⁵ Bu durumun federatif yapıya özgü olduğu ve Türk idare hukuku bakımından kabul edilemeyeceği yönünde bkz., Azrak, Ü., *Kamuda Tehlikeli Reform*, 12.01.2004, Radikal.

¹⁹⁶ Tasarının tam metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr>.

¹⁹⁷ 11 Mart 1988 tarih ve 19751 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 3414 sayılı yasa ile Gecekondu Kanunu'nun belediye sınırları ile mücavir alanlardaki tatbikatı için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'na verilen hak, yetki ve görevlerin belediyelere devredilmesi öngörülmüştü.

¹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesine 3394 sayılı Kanun ile eklenen ve imar planları hususunda belediyelere verilen tüm yetkilerin Başbakan'ın onayı ile Bayındırlık ve İskân Bakanı'na verilebileceğini öngören 4. fıkra hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasını inceleyen kararında, somut olarak planlama yetkilerinin Anayasa'nın 127. maddesi karşısında merkezi idare ile yerel yönetimler arasında nasıl paylaştırılabileceği konusu üzerinde durmuş ve anılan fıkra hükmünü; "*Yerel planların ülke ve bölge düzeyindeki planlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar planlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar planlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle yasakoyucu, yetkileri merkezi yönetim ve yerel yönetim arasında paylaştırmıştır. Merkezi yönetime bırakılan yetkilerin kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkiler olduğu görülmektedir. Anayasa'da imar planı yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de, yerel imar planlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak gereksinimlerinin ön planda yer aldığı göz ardı edilemez. Buna göre, yerel ortak gereksinimleri karşılamakla görevli yerel yönetimleri, yerel imar planlarının yapılmasında parsel düzeyine kadar...karar alma süreci dışında bırakan itiraz konusu kuralı, genel ve makro düzeydeki imar planlaması işinin bir bölümünü re'sen merkezi yönetime bırakan düzenlemelerin kapsamı içinde düşünmek de olanaksızdır...*" gerekçesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. RG, 28.11.1991, 21965.

kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür. Memurluk statüsü ise kamu hizmetlerinin devamlılığına hizmet eden birtakım ayrıcalıkları da beraberinde getirmektedir. Oysaki kamu reformu yasa tasarısındaki sözleşmeli personel bu nitelikte olmayacaktır.

Diğer taraftan belediyeler uygulamada borçlarını ödememek için hemen tüm gelirlerini mallarını yine bir belediye organı olan encümen marifetiyle kamuya tahsisli mal kapsamına sokarak, özel veya kamu alacaklılarını mağdur edebilmektedirler. Üstelik de bu alacakların bir kısmı, belediyelerin görmesi gerektiği düşünülen klasik belediye hizmetleri ile ilgili faaliyetlerden kaynaklanmış da değildir. Örneğin, bugün bazı belediyeler hastane veya poliklinik işletmektedirler. Bu tip hizmetlere el atılmış olması nedeniyle belediyelerin faaliyet alanı oldukça genişlemiş, doğal olarak bu durum tahsili kabil olmayan bir alacak havuzu yaratmıştır.¹⁹⁹

Yerel yönetimlerin parçalanması, seçilmiş yerel yönetimler giderek daha fazla sayıda sorumluluklarını diğer kurumlarla paylaşmaya başlamışlardır. Birçok yerel hizmet, rekabete dayalı teklif usulü ile özel sektöre yaptırılmaktadır.²⁰⁰ Bedelini ödemek ile hizmeti almak arasında ilişki güçlenmekte, vatandaşlar kamu ve özel sektörden oluşan bir pazardan talep eden müşterilere dönüşmektedir. Aynı zamanda hizmet dağıtıcılarının bir tür tüketim etosu benimsemeleri teşvik edilmektedir.

Yerel yönetimlerin güçlendirilip özelleştirilmesini her sorunun çaresi gibi görenlere göre ise çağdaş, çoğulcu, katılımcı öğelerden oluşan sivil toplumu yaratabilmenin altın anahtarı yerel yönetimlerde dir. Çünkü merkezden yönetim kapalı ve içe dönük karakterdedir. Yerel yönetimler ise açık ve dışa dönük özelliklere sahiptir.²⁰¹ Fransa'daki yerel yönetim reformunun yerel demokrasinin değil, yerel iktidarın güçlenmesi ile sonuçlandığı ve yeni feodal beyler yarattığı yönündeki

¹⁹⁹ Gönenç, L./Ergül, O./Kontacı, E., *Yaşayan Anayasa, 2002 Gelişmeleri*, TBB Dergisi, S. 48, 2003, s. 142, Anayasa Mahkemesi'nin Belediyelerin Kamuya Tahsisli Mallarının Haczi ile ilgili verdiği karar için bkz., AYM. 28.03.2002 tarih E. 2001/5, K. 2002/42, AYMKD, S. 38, C. 2, s. 622 vd; RG. 5.9.2002, sayı. 24867.

²⁰⁰ Özellikle Ankara Büyükşehir belediyesi bu alanda başı çekmektedir. <http://www.ankara-bel.gov.tr/ihale.asp>

²⁰¹ Gönül, M., *Seçimli Valilik Üzerine Düşünceler*, AİD, C. 25, S. 3, Eylül 1992, s. 51 vd., Yazıcıoğlu, R., *Yönetim Sistemimizin Yeniden Düzenlenmesi (II)*, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 1, S. 3, Mayıs 1992, s. 7 vd.

değerlendirmeleri²⁰² eleştiren Çoker, yerel nitelikli yalnızca o yeri ilgilendiren kamu hizmetleriyle ilgili yetkilere sahip olan, bunları da merkezin düzenlediği bir sistem ve hukuk düzeni içinde merkezin ve herkesin denetimine açık olarak kullanan yerel yöneticilerin feodal bey olarak değerlendirilemeyeceğini, bu durumun hem Fransa hem de Türkiye için çok haksız ve yersiz bir yakıştırma olduğunu ifade etmektedir.²⁰³

Esasında bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme konusunda kamu yararı kavramı opsiyonel bir kavramdır.²⁰⁴ Ancak kamu yararı kavramı kendiliğinden ortaya çıkan apaçık bir kavram değildir. Bir faaliyetin içeriğine bakarak onda kamu yararı olup olmadığı anlaşılamaz. Liberal düşüncelerden etkilenen yazarlar, sadece güvenlik adalet, savunma gibi devletin tabi görevlerinde kamu yararı bulunduğunu ve dolayısıyla bunların dışındaki faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmeyeceğini savunurlar. Örneğin 1800'lerin sonunda Fransız İdare hukukuna damgasını vuran Maurice Hauriou'ya göre; *"devlet, insanların zenginlik üretmek için birlikte çalışmak amacıyla meydana getirdikleri bir birlik değildir, devlet sadece insanların bir arada yaşama, belirli bir birlikte olma biçimidir ki, bu esasen bir siyasal olgudur. Devlet siyasal yararları gerçekleştirmek için çalışmalıdır; ama eğer buna ilaveten ekonomik nitelikte yararlar için çalışırsa, sınai ve ticari işletmeler devletin bir unsuru haline gelir"*.²⁰⁵ Hauriou'ya göre bu vahim bir durumdur çünkü devlette değişiklik yapılmaktadır. Fransa'da bu tür liberal düşünceler bazı yargı kararlarında da yankı bulmuş, bu kararlarda hükümet komiserleri tarafından sadece devletin bizzatıhi özünden, doğasından kaynaklanan hizmetlerin kamu hizmeti olabileceği yolundaki görüşler ileri sürülmüş ise de; bu görüşler yargı kararlarında hiçbir zaman tam olarak kabul edilmemiştir.²⁰⁶ 1900'lerin başından 1970'lere kadar, daha önceden özel teşebbüs tarafından yürütülen ve kendisinde kamu yararı görülme-yen birçok faaliyette kamu yararı görülmeye başlanmış ve bu tür faaliyetler adım adım kamu hizmeti haline getirilmiştir.

Bu anlamda mahalli idarelerin kamu hizmeti tanımlama yetkileri hakkında şunlar söylenebilir. Mahalli idareler de Anayasa ve kanuna

²⁰² Bozkurt, Ö., *Fransa'da Ademi Merkezileştirmenin Beklenmeyen Bir Sonucu, Feodalleşme, AİD.*, C. 24, s. 4, Aralık 1991, s. 155

²⁰³ Çoker, Z., *Fransa ve Türkiye'de Yerel Yönetim Reformu, Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. I, S. 3, Mayıs 1992, s. 57.

²⁰⁴ Gözler, K; *İdare Hukuku*, Bursa, 2003, C. II, s. 222.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

aykırı olmamak şartıyla bir faaliyette kamu yararı olup olmadığına karar vermekte ve o faaliyeti kamu hizmeti haline getirmekte veya kamu hizmeti olmaktan çıkarmakta serbesttirler.²⁰⁷ Mahalli idarelerin bu konudaki kararları şüphesiz ki idari yargı organlarının denetimine tabidir. Ancak Anayasa'da ve kanunda o konuda bir kamu yararı tanımı yoksa idari yargı organlarının mahalli idarelerin yaptığı tanımı denetlemeleri, yerindelik denetimi yapmayı göze almadıkça mümkün değildir.

Diğer taraftan yerel halkın kendi çıkarını korumada pasif kalması halinde, yerel yönetimlere tanınan özerkliğin yerel yöneticilere hizmet etmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahalli halkın katkısını önce özendirip sağlayacak sonra da yalnız merkezi idareye karşı değil, bizzat kendi seçmiş de olsa kendi yöneticilerine karşı bu katkının güvencesini teşkil edecek anayasal ilke ve kurallara gereksinim vardır.²⁰⁸

IV. Avrupa Birliği Açılımında Yönetişim ve E-Devlet Kavramlarının Kamu Hizmetinde Yarattığı Değişimin Türk İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Modern devletin²⁰⁹ yerli yersiz her şeye karışmaktan kaçınması, işlerin özüne eğilmesi gerektiği savunulmakta; bu bağlamda bürokrasinin azaltılması gereği son dönemde yoğun bir biçimde dile getirilmektedir.²¹⁰ Bununla beraber, geleneksel devletin genel menfaati garanti eden strateji uzmanı bir devlet olması gerektiği yönündeki düşünceler de yoğunluk kazanmaya başlamıştır.²¹¹ İyi yönetim kavramı, siyasi olarak 1980'ler sonunda ortaya atılan ve esas itibarıyla sosyalizmin bir devlet örgütlenmesi olarak dünya siyaset sahnesinden çekilmesiyle üzerlerindeki güvenlik baskısı azalan batılı ülkelerin bu boşluğu kendi halklarının kamusal özgürlük alanlarını genişletmek iddiasıyla temellendirdikleri

²⁰⁷ Danıştayın vermiş olduğu kararda belediyelerin işlettikleri otopark hizmeti dahi kamu hizmeti olarak görülmüştür. Bkz., Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2003/316, K. 2004/5, T. 30.1.2004 (Kazancı İçtihat CD'si 2005).

²⁰⁸ Tan, T., *Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İlksan ve İski, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 2, s. 6, Kasım 1993, s. 7.

²⁰⁹ Modernizasyonun işgal orduları gibi dünyayı istila etmeye çalışan evrensel bir din olduğu yönünde bkz., Berger, P./Kellner, *Modernleşme ve Bilinç*, Çev. Cevdet Cerit, İstanbul, 2000.

²¹⁰ Aktan, C., *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım, Aralık 1997, s. 37.

²¹¹ Electronic Government Services for the 21st Century, A Performance and Innovation Unit Report, Cabinet Office, İngiltere, Eylül 2000, s. 15.

bir kavramdır. Bu kavramın ortaya atılmasının ekonomik sebebi ise, 1970'lerdeki petrol krizlerinin ardından ortaya çıkan ekonomik durgunluğun, devlet bütçelerinde büyük açıkların ortaya çıkmasına ve klasik refah devlet geleneğinin sürdürülmesinin olanaksızlaşmasına neden olduğunun düşünülmesidir. Esasında burada gerçekleştirmek istenen devlet ile vatandaş arasında yeni bir tür toplumsal sözleşmenin oluşturulması ve bu yeni anlayış çerçevesinde hem devletin hem de bireylerin hak ve yükümlülüklerinin yeniden tarif edilmesidir.²¹²

Avrupa Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli ve 77/31 numaralı kararı *Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması* başlığını taşımaktadır. Bu kararda iyi yönetimin farklı açılımlarına vurgu yapılmıştır. Bu kararın ilk bölümünde de dinlenilme hakkı başlığında; haklarını, hürriyetlerini ya da menfaatlerini zedeler nitelikte her idari işleme karşı, ilgilinin onay ve delilleri öne sürme ve kanıt araçları sunma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bunlar idarece göz önünde tutulur. Uygun durumlarda ilgiliye elverişli süre içinde ve olaya uygun şekilde hakları bildirilir. Esas olarak kişilere, haklarında yapılacak idari işlemlere daha hazırlık aşamasında katılım ve müdahale hakkı tanınmaktadır.

Avrupa Temel Haklar Şartının 41. maddesinin 1. paragrafında herkesin işlerinin, birliğin kurumları ve organları tarafından, tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İlke niteliğindeki bu paragrafı, iyi idare hakkının içeriğinin açıklığa kavuşturulduğu 2. paragraf izlemektedir. Buna göre iyi idare hakkı şunları içermektedir:

i. Herkesin kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı;

ii. İdarenin kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü,

Bu ifadelerle net bir biçimde çerçevesi çizilen iyi idare hakkı, yurttaş ve birlik ilişkilerinde ilginç gelişmelere kapı açacak niteliktedir.

Aynı maddede yer alan son iki paragraf, tazminat ilkesi ve birlik kurumlarına yazma ve yazdığı dilde yanıt alma hakkıyla ilgilidir. 41. maddeyle ilgili söylenebilecek son şey, iyi idare hakkının yalnız birlik yurttaşları için öngörülmeyp, birlikteki tüm bireyleri kapsadığı biçimin-

²¹² İyimaya, A., *Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı*, Ankara Barosu Dergisi, 2005/1, s. 80, Yıl. 63, ayrıntılı bilgi için bkz., *European Principles for Public Administration*, SIGMA Papers, No: 27, CCN/SIGMA/PUMA, (99), 44, OECD-SIGMA (1999).

dedir. Metnin tamamında kullanılan “herkes” zamiri böyle bir yorumu mümkün kılmaktadır.²¹³

Bu anlamda açıklık ve bilgi edinme hakkı iyi yönetimin *sine qua non* koşuludur. Bilgi edinme hakkı aslında katılım hakkını tamamlayıcı bir nitelik taşır. Bilgi toplama yetenekleri açısından oldukça dengesiz bir biçimde konumlandırılmış olan devlet ve birey ikilemi karşısında bireyin özgürlüklerini güvence altına almak, kendisini ilgilendiren konularda verilere objektif biçimde ulaşmasını temin etmek idealize edilen bir amaç olarak alınmaktadır.

Toplumsal sistemde vatandaşların karşılaştıkları haksızlıklar karşısında şikayette bulunmaları her zaman görülmektedir. Bu durumlarda yargı ve politika sisteminin müdahaleci devlet (*interventionist state*) modelinin doğurduğu çok çeşitli türdeki şikâyetleri karşılamakta yetersiz kalması açık bir şekilde gözlenmektedir. Kamu hizmetleri çeşitlendikçe, artan şikâyetleri karşılamak için öngörülen çarelerden biri de Ombudsman’dır.²¹⁴

10-11 Aralık 2000 Helsinki Zirvesinde Türkiye’ye adaylık statüsü tanıyan Avrupa Birliğinde iyi yönetim konusunda yapılan çalışmalar AB’nin genişleme perspektifinin temellerinden birini oluşturmaktadır. AB’nin beş yıllık stratejik hedeflerini belirleyen Stratejik Hedefler 2000-2005, yeni Avrupa’yı şekillendirirken başlıklı metnin giriş bölümünde aynen; “Avrupa’da iyi yönetimin geliştirilmesi için AB’nin tüm demokratik yapıları arasında yeni bir sinerji yaratmak istiyoruz. Komisyonun ve diğer AB kurumlarının eylemleri, üye devletler ve sivil toplum arasında yeni bir denge oluşturmak gereklidir. Avrupa’yı hizmet etmek için var olduğu halka daha fazla yaklaştırmak başlıca gayemizdir” denilmekte ve önümüzdeki 5 yıl için belirlenen dört stratejik hedefin ilkinin, iyi yönetimin Avrupa Birliği’nde uygulanmasının yeni yollarını önermek oluşturmaktadır. Stratejik hedeflerde genişleyen Avrupa’nın 500 milyon nüfusuyla barış, istikrar ve refahın simgesi olabilmesi için öncelikle iyi yönetimin yaşama geçirilmesi gerektiği ve bunun yeni yollarının hep birlikte oluşturulacağı belirtilmektedir.²¹⁵ Sivil toplumun iyi yönetim sürecinde

²¹³ Tezcan, E., *Avrupa Birliği Hukukunda Birey*, İletişim, İstanbul, 1. baskı, 2002, s. 139.

²¹⁴ Ombudsman hakkında geniş bilgi için bkz., Akıncı, M., *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul, 1999, Avşar, Z., *Ombudsman (Kamu Hakemi)*, Ankara (tarihsiz), Erhürman, T., *İdari Denetim ve Ombudsman*, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2001.

²¹⁵ Oralalp, F., *İyi Yönetim ve Türkiye’nin Avrupa Birliğine Adaylığı*, Ankara Avrupa Ça-

rolünün önemine değinilen stratejik hedeflerde, komisyonun bu konuda ayrıntılı bir politika saptayacağı belirtilmektedir. Komisyonun 2001 yılı programında da, iyi yönetim konusunda yayımlanan *beyaz kitabın* sivil toplum örgütlerini karar alma süreçlerine katılımının yeni yollarını açıklığa kavuşturacağı vurgulanmaktadır.²¹⁶

İyi yönetim²¹⁷ özü itibarıyla idarenin basitleştirilmesi ve etkinleştirilmesi amacına yönelik bir reform çabasıdır. Fakat insanlık tarihinde devletin oynadığı rol dikkate alındığında, bu dönüşümün kişi hakları ve özgürlük açısından ne kadar ciddi bir sıçramaya işaret ettiği ortaya çıkmakta, ölçülülük ilkesi, denge ilkesi ve objektiflik ilkesi gibi ilkeler devlet ve toplum arasındaki etkileşimin temeline koyulmakta, iktidarın meşruiyeti ve halkın özgürlükler alanı baştanbaşa yeniden tanımlanmış olmaktadır. Uluslararası toplumun gündeminde son yıllarda en üst sıralarda yer almaya başlayan iyi yönetimin ülkemizde sadece teorik olarak tartışılması değil, bu konuda uygulama yolları ve yöntemleri geliştirilmesi de gerekmektedir. İyi yönetim kavramı, kamu yönetiminde şeffaf, sorgulanabilir, sorumlu, katılımcı ve eşitlikçi bir yaklaşımla, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin gözetilmesi esasına dayandırılmaktadır.²¹⁸

Ülkemizde ise Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun²¹⁹ genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir.

“Demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı, bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynamaktadır. Kullanılan bu hak sayesinde hem halkın devleti denetimi kolaylaşmakta hem de devletin demokratik karakteri güçlenmektedir.

Bilindiği üzere, kamu kurum ve kuruluşlarında açıklık ve şeffaflık

İşmaları Dergisi, Bahar 2002/ C. 1, S. 2, s. 127.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ İlginçtir ki özel hukukta da ticaret hukukunda kullanılmasına karşın iyi yönetim ilkesi *corporate governance* adıyla anılmaktadır.

²¹⁸ Oralalp, F.Ç: *İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği Adaylığı*, Ankara Avrupa Çalışmaları dergisi, Cilt 1, S. 2, bahar/2002, s. 122.

²¹⁹ RG. 24 Ekim 2003 tarih ve 25269, Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonu Raporları için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss248m.htm>

kavramı, olumsuz olarak görülen gizlilik kavramının giderilmesi ile yönetilenlerin yönetenlerin işlem ve faaliyetlerini denetlemesinin sağlanması düşünceleri üzerine ortaya çıkmıştır. Demokratik ülkelerde, bilgi edinme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

Şeffaflık ve gizliliğin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kurum ve kuruluşların *“bilgi verme ödevi”*, ikincisi ise, vatandaşların *“bilgi edinme hakkı”* dır.

Kurum ve kuruluşlar; bilgi edinme hakkının kullanılması konusunda yapılan başvuruları cevaplandırmak, bilgi veya belgeye erişimde gereken kolaylıkları sağlamak yoluyla şeffaf yönetimin sağlanmasına katkıda bulunabilirler.

Kamu kaynaklarıyla üretilen ve hiçbir gizliliği olmayan bilgilere erişimin gereksiz yere kısıtlanmaması, vatandaşların, kendileriyle ilgili bilgilere kolayca erişiminin sağlanması ve kamusal hizmetle yükümlü kurum ve kuruluşların çalışmalarını görmesini, izlemesini, bilgilendirilmesini sağlamak amacıyla bilgi edinme hakkının kullanılmasının sınırlarını da belirlemek gerekmektedir.

Bilgi edinme hakkını belirlerken göz ardı edilmemesi gereken iki husus, kamusal gizlilik ve kişisel gizlilik. Söz konusu kavramlar bilgi edinme hakkının tanıdığı serbestinin sınırlarını belirlemektedir.

Ne var ki iyi yönetim sürecini değerlendirirken Türkiye’nin toplumsal dinamiklerini de hesaba katmak gerekecektir. Sivil toplum örgütü kavramının Avrupa’da ve Türkiye’de algılanma biçimleri²²⁰ farklı olabilmektedir. Türkiye’de bu tanımlamaya bazen ticaret ve sanayi odaları da dâhil edilmektedir. Klasik Avrupalı sivil toplum örgütü kavramı ise gönüllülük ve kâr amacı gütmeme ana ekseninde tanımlanmaktadır. Ülkemizde ise bu amaç etrafında örgütlenme geleneğinin olmayışı, toplumsal reflekslerin sadece medya yönlendirmesi ile harekete geçirilmeye müsait olması ve eğitsel anlamda insan kalitesinin yükseltilememesine

²²⁰ 13.07.2005 25874 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun Belediye Meclisi bünyesindeki ihtisas komisyonlarının görev ve yetkilerini düzenleyen 24. maddesinde *Mahalle muhtarları ve ildeki kamu kuruluşlarının amirleri ile ildeki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler, sendikalar ve gündemdeki konularla ilgili sivil toplum örgütlerinin temsilcileri, oy hakkı olmaksızın kendi görev ve faaliyet alanlarına giren konuların görüşüldüğü ihtisas komisyonu toplantılarına katılabilir ve görüş bildirebilir.* Şeklinde bir hüküm getirilmiş olup bu hüküm 1580 sayılı Belediye Kanunu’nda bulunmamaktaydı.

dönük çekinceler dikkate alındığında, iyi yönetim kavramının Avrupa Birliği'ndeki kavranış biçimiyle Türkiye'deki kavranış biçiminin örtüşmesi şu aşamada beklenmemelidir. Türkiye'de birey devlet ilişkilerindeki devlet lehine sahiplenici anlayış da bu ilkenin tam anlamıyla hayata geçirilmesi noktasında çelişkilidir.

İyi yönetim üst kavramının beraberinde getirdiği hukuksal dönüşümün tetiklediği olgulardan biri de yönetim kavramıdır.²²¹ Yönetişim, esasında yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının kapsamını genişleten bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.²²² Yönetişim modeli ile amaçlanan, kamu işletmeciliği ile devlet içinde başlatılan piyasalaştırma girişimleri, rekabet, etkinlik ve etkililik gibi ekonomik ölçütlere göre tanımlanan toplumsal ilişkiler alanına doğru genişlemez. Yönetişim, kamu-özel, devlet-devlet dışı, ulusal-uluslararası aktörler tarafından gerçekleştirilen bir işlev olarak tanımlanmaktadır.²²³ İyi yönetim ile devletin toplumla ve diğer aktörlerle piyasa mantığı ile ilişkilenmesi gündeme gelmektedir.²²⁴ Esasında idare hukukunun da bu sihirli kavram yerine ikame edilmeye müsait hatta onunla aynı amaca hizmet eden bir takım mekanizmaları da bulunmaktadır. İdare hukuku yapısı itibarıyla içtihatlarla beslenen ve olgunlaşan bir hukuk dalı olduğu için yargı içtihatlarında bireyin haklarını güvence altına alan ve idareye karşı güvence alan bir takım ilkeler geliştirilmiştir. Örneğin *kazanılmış hak ilkesi, ölçülülük ilkesi, bilanço ilkesi, idarenin açıklığı ilkesi*,²²⁵ *bilgi ve*

²²¹ Yönetişim kavramı ilk kez Dünya Bankası'nın "Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth" adlı 1989 tarihli raporunda kullanılmıştır. Geniş bilgi için bkz., s. 14.

²²² Yönetişim kavramı üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz., Güzelsarı, S., *Kamu Yönetimi Disiplininde Yeni Kamu İşletmeciliği ve Yönetişim Kavramları*, AÜSBF, GETA Tartışma Metinleri Serisi, Şubat 2004.

²²³ Yönetişim kavramını bu anlamda sadece Avrupa Birliği değerlerine indirgemek doğru değildir. IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, OECD, Birleşmiş Milletlerin bazı kuruluşlarında da bu kavram kullanılmak istenmektedir. Bir bakış açısı kazandırması için bazı söylemleri buraya almayı uygun bulduk. "İyi Yönetişim belki de yoksulluğu sona erdirecek ve kalkınmayı sağlayacak tek ve en önemli faktördür" Kofi Annan, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, "Tüm vatandaşlara kaliteli ve üretken bir yaşam sağlamak için fırsatlar yaratmanın anahtarı, ekonomik büyüme, sosyal uyum ve iyi yönetim arasındaki üçlü dengeyi sağlamaktır". Donald J. Johnston, "Hukukun üstünlüğünü gözetmek, ekonomik başarının bir ön şartıdır", Dünya Bankası 1997 Kalkınma Raporu'ndan.

²²⁴ Güzelsarı, S., agm., s.13., Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz., Güran, S., *Yönetimde Açıklık*, İHİD, Y. 3, S. 1-3, s. 101-112.

²²⁵ "İdare tarafından yürütülen soruşturmanın, istenilen bilgilerin verilmesine, açıklama yapılmasına engel olmadığı, davacı hakkında yürütüldüğü belirtilen soruşturma konusunda

belgelere ulaşma hakkı ilkesi, savuma hakkı ilkesi, kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi gibi ilkeler yönetim kavramından önce de hukukumuzda yer almakta ve idari yargı yerlerinde uygulanmaktaydı. Ancak dikkat edilirse tüm bu ilkelerin referansı idare hukuku ve kamu hukukunun temel kalıpları ve kurumlarıdır. Yönetişim kavramı ise *neo-liberal öngörüye* dayanmaktadır.

Yönetişim kavramının yakından etkileşim içinde olduğu bir başka kavram is elektronik devlet anlayışıdır. Elektronik devlet uygulamasının, kamu bilgi kaynakları, kamu bilgi stoku ve bunların paylaşımı ile çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Esas olarak, geleneksel devlet yaklaşımına karşılık olarak elektronik devlet ya da sayısal devlet yaklaşımının hayata geçirilmeye çalışılmasının ve elektronik devlet uygulamasına geçiş hazırlıklarının temelinde, karşılıklı yönetmek olarak ifade edilebilen yönetim (*governance*) kavramı bulunmaktadır. Yöneten ve talep eden geleneksel devlet, elektronik devlet yaklaşımı ile karşılıklı yönetilen, vatandaşların da kamu hizmetlerini yönlendirebildiği bir yapıya dönüşmektedir.²²⁶ Araştırmalar göstermektedir ki, Avrupa bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımı bakımından ABD'ye göre hayli geridedir. Daha da ötesi, üye ülkeler arasında sayısal uçurum adı verilebilecek önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu konuda herhangi bir gecikme Avrupa Birliği'nin dünya ölçeğinde rekabet gücünü önemli ölçüde azaltacaktır. Bu anlamda elektronik dönüşümün sadece teknolojik değil, ekonomik, sosyal ve politik gerekçeleri de bulunmaktadır. Bu nedenle Avrupa Komisyonu, 1999 yılının Aralık ayında üye ülkeler için *e-Avrupa* girişimini başlatmış ve buna ilişkin uygulama planını yürürlüğe koymuştur.²²⁷

açıklama yapılması, konuya ilişkin belgelerin gönderilmesinin davalı idareden tekrar istenilmesine" Danıştay 5. D., 11.6.1987 gün, E. 1985-1286, K.1987/567 aktaran Bereket, Z., *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara 1996, s. 22.

²²⁶ Türkiye'de bilim ve teknoloji politikalarının oluşturulduğu en üst düzeydeki karar alma mekanizması Bilim ve Teknoloji Yüksek Kuruludur. Burada hukuksal bakımdan değerlendirilmeye ihtiyaç gösteren husus bu kurulun çalışmalarında Türk Telekom A.Ş., Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve Türk Elektronik Sanayicileri Derneğinden aynı ve nakdi destek sağlamış olmasıdır (sağlanan aynı ve nakdi desteğe ilişkin olarak bkz., <http://www.dpt.org>). Kurul mahiyeti itibarıyla bir kamu hizmeti görmektedir. Bu doğrultuda kurumun çalışmalarının finansmanının da kamu hizmetlerinin gereklerine ve idare hukukunun genel ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Ancak kurulun çalışmalarında bu hususun gözden kaçırıldığı gözlenmektedir.

²²⁷ Özlü, T., *E-Avrupa, Avrupa Bilgi Toplumu ve Türkiye*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 1, S. 2 Bahar 2002, s.163.

01.04.2005 tarih ve 25773 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan "E-dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Yılı Eylem Planına İlişkin Yüksek Planlama Kurulu Kararında" Türkiye'nin bilgi toplumu olma iddiasıyla devlet politikasının temelleri belirlenmiştir.²²⁸ Ayrıca Devlet Planlama Müsteşarlığı bünyesinde bilgi toplumu dairesi başkanlığı oluşturulmuştur. Söz konusu e-dönüşümü daha da ileri götürüp özellikle kamu hizmetlerinin elektronik ortama taşınması sonucunda "*elektronik devlet*" kavramının ortaya çıkacağını savunanlar da bulunmaktadır.²²⁹ Ancak burada unutulmaması gereken husus; kamunun herhangi bir biriminde geleneksel usullerle yapılmakta olan bir işlemin aynı bürokratik kademelerden geçerek ancak bu defa bilgi işlem makineleri tarafından yapılmasının, yapılan işin kalitesini artırmakla beraber gerçek anlamda beklenen faydayı yaratmayacağıdır. Bunun gerçekleşmesi için idari yapının ve buna uygun olarak idari yargı sisteminin de değiştirilmesi gerekecektir.

E-dönüşüm projesinin kamu yönetiminde ve kamu hizmetlerinin sunumunda ortaya çıkaracağı yeni etkileşimin ideolojik boyutu bir yana bırakılırsa, İdari Yargılama Usul tekniği bakımından da bir takım sorunları beraberinde getirebilecek olduğu görülecektir. Şöyle ki; bilindiği üzere İdari Yargılama hukukunda tanık bir ispat vasıtası olarak kullanılamamaktadır.²³⁰ Ancak e-dönüşüm uygulaması ile beraber kamusal bilgiler elektronik ortamda sunulabilmek ve hatta bazı idari başvurular dahi elektronik ortama taşınabilmektedir. İdari yargılama tekniğine

²²⁸ Bu kapsamda çıkarılan mevzuat şunlardır: 16 Haziran 2005 tarihli ve 5369 sayılı evrensel Hizmet Kanunu, e-dönüşüm Türkiye Projesi 2005 yılı Eylem Planına İlişkin YPK Kararı, KOBİ Bilgi Sistemine İlişkin 3 Şubat 2005 tarihli ve 2005/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 15 Ocak 2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 6 Ocak 2005 tarihli Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 6 Ocak 2005 tarihli Elektronik İmza ile ilgili süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, 9 Ekim 2003 tarihli 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 19 Nisan 2004 tarihli ve 2004/7189 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller hakkında Yönetmelik, 15 Şubat 2005 tarihli ve 2005/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 25 Aralık 2003 tarihli ve 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

²²⁹ İnce, M., *Elektronik Devlet*, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar, Mayıs 2001, <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/bilisim/incem/e-devlet.pdf>, s. 13.

²³⁰ Danıştay 8. Daire E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25/02/2004, Danıştay 3. Daire E. 1999/3165, K. 2000/1020, T. 9.3.2000 (Kazancı İçtihat CD'si 2005), Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısında şöyle bir hüküm vardır.

MADDE 203- 1) Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.

uymadığı için²³¹ tanık bir ispat vasıtası olarak idari davalarda kullanılmazken güvenilirliği ve devamlılığı tartışılır elektronik verilerin idari yargılama usulünde delil olarak kullanılması da bir kanun değişikliği yapılmadan mümkün görünmemektedir.

E-devletin kırtasiyeciliği azaltacağı, halkın kamu hizmetleri ve sonuçları konusunda doğrudan ve anında bilgi sahibi olmasına hizmet edeceği iddia edilmektedir. Bilgisayarın kullanılmaya başlanması bilgisayar kullanan yerler için bir avantajdır. Buralarda daha az personelle çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu sistemin zaten yasa tasarısı sürecinde de hep dile getirilen kamuda istihdam fazlası var şeklindeki saptamaların gereklerini yerine getirmek için kullanılacağını tahmin etmek de güç görünmemektedir.²³² Kamu hizmetlerinin elektronik dünyanın vitrini olan bilgisayar ekranına sıkıştırılması pek çok kamu hizmeti bakımından mümkün görülmemekle birlikte devletin elektronik dönüşümü ile beraber idare hukukunun ve geniş anlamda kamu hukukunun temel ilkelerinde bir dönüşüm yaşanacağı da açıktır. Elektronik dünyanın bilgi toplumu olma iddia ve ideali de bu paradigma değişikliğinde katalizör etkisi yapmaktadır. Elektronik devlet yapısına geçiş, kamu yönetimi sisteminde ve vatandaşa bakış açısında belirgin bir anlayış farkını beraberinde getirmektedir. Ne var ki, idari fonksiyonun amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdare, fonksiyonunu yerine getirmek için de üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için özel kişilerle eşit olmamak durumundadır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız elektronik devlet uygulamalarının ve bu uygulamanın fiktisel temelini oluşturan yönetim kavramının kamu gücü ayrıcalıkları ile varoluşsal bir mücadeleye girmesi kaçınılmaz gözükmektedir.

Sonuç

Avrupa Birliği oluşumunun kamu hizmeti teorisini modernize etmeye çalıştığı bir gerçektir. Ne var ki, söz konusu modernizasyon süreci birliğe üye ya da aday ülkelerin sosyo, ekonomik durumlarını, devlet geleneklerini ve toplumsal dinamiklerini hesaba katmadan yapılmaya çalışılmaktadır. Bu modernizasyon projesi salt liberal öngörüler ve

²³¹ Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Aralık 1999, C. II, s. 984.

²³² Yerelleşmenin rüşveti ve yolsuzluğu artıracağı yönünde bkz., *Ibid.*, s. 8.

ekonomik yaklaşımlar merkezinde yoğunlaşmaktadır. Türkiye’de gerek pozitif düzenlemelerle gerek yargı kararlarıyla kamu hizmeti teorisine yaşamsal bir anlam yüklediği dikkate alındığında, bu dönüşüm projenin hukuksal anlamda sancılı olacağı açıktır. Kamu hizmetinin sadece idare hukukunun değil, kamu hukukunun da temel kavramlarından olduğu dikkate alındığında, kamu hizmetinin liberal taleplerle müsabık halde yaşamasının önüne geçmek için sağlam bir hukuksal bilinç ve duyarlılığa ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, 1999.
- Akman, V., *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, Alfa Yayınları, Tarihssiz.
- Aktan, C., Anayasal İktisat, İstanbul, 1997.
- Aktan, Coşkun Can, *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 35-41.
- Auby, J.B., Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk Fransız Ticaret Derneği Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara.
- Atasoy, V., Türkiye’de Mahalli İdarelerin Yapısı ve Yeniden Düzenlenmesi, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1992.
- Atasoy, V., Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu, Ankara, 1993.
- Azrak, Ülkü, *Kamuda Tehlikeli Reform*, 12.01.2004, Radikal.
- Balta, T., İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970.
- Batley, R., Comparison and Lessons, Legal Government in Europe, London, 1991.
- Bell, J., The Concept of Public Service Under Threat From Europe? An Illustration From Energy Law, European Public Law, C. 5, S 2 1999.
- Berger, P./KELLNER, *Modernleşme ve Bilinç*, Çev. Cevdet CERİT, İstanbul, 2000.
- Bozkurt, Ömer, *Fransa’da Ademi Merkezileştirmenin Beklenmeyen Bir Sonucu, Feodalleşme*, AİD., C. 24, S. 4, Aralık 1991.
- Bozkurt, E./Özcan, M./Köktaş, A., Avrupa Birliği Hukuku, Ankara 2001
- Çeçen, A., Avrupa Kamu Düzeni, Ankara Barosu Kurultayı, 2000, s. 220 vd.
- Çoker, Z., *Fransa ve Türkiye’de Yerel Yönetim Reformu, Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 1, Sayı 3, Mayıs 1992.

- Dikmen, Ahmet Alpay, Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirmeler, 7 Kasım 2003 tarihli *Cumhuriyet Gazete'si*, Işık Kansu'nun "Kamu Yönetimi Reformu" başlıklı yazı dizisinde yer alan metin.
- Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- Emek, U., *Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri*, Vergi Dünyası, Ekim 1999, S. 218, (s. 93-112).
- Erkan, H., Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999.
- Erhürman, Tayfun, İdari Denetim ve Ombudsman, (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 2001.
- Eroğul, Cem, *Devlet Nedir?*, İmge Kitabevi, Ankara, 1990.
- Fırat, Serap, *Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 7, Sayı 1, Ocak 1998.
- Forsythe, D. P., *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Pres, UK, 2004.
- Fournier, J., Public Service, <http://www.ambafrance-uk.org>, 30.09.2004.
- Giritli, İ./Akgüner, T., İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987.
- Gönenc, Levent/Ergül, Ozan/Kontacı, Ersoy, *Yaşayan Anayasa*, 2002 Gelişmeleri, TBB Dergisi, S. 48, 2003.
- Gönül, M., *Seçimli Valilik Üzerine Düşünceler*, AİD, C. 25, S. 3, Eylül 1992.
- Gözler, K., İdare Hukuku, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Ş./Tan, T., İdare Hukuku-İdari Yargılama.
- Gül, İbrahim, *Ekonominin Anayasallaşması*, FMR., S. 2002/3, Cilt 2.
- Gülan, A., *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim*, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, Editör Ali ULUSOY, (s.140-154).
- Gülan, A., *Kamu Hizmeti Kavramı*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfü DURAN'a Armağan, Özel Sayı, S. 1-3, İstanbul, 1988, (s. 149-159).
- Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C. LVI-S. 1-4, (s. 97-107).
- Güler, B. S., *Kompradorun Hukuk Hamlesi*, Anayasal İktisat, 1. Bası, Ankara, 2003.
- Günday, M., *İdare Hukuku*, 6 Bası, Ankara, 2002. (İdare Hukuku).
- Günday, M., *Kamu Yönetimi Reformu'nun Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi*, Danıştay Başkanlığı Sempozyum, 11 Mayıs 2005, s. 163-177.
- Güran, S., *Yönetimde Açıklık*, İHİD, Y. 3, S. 1-3, s.101-112
- Güzelsarı, Selime, *Kamu Yönetimi Disiplininde Yeni Kamu İşletmeciliği ve Yönetişim Yaklaşımları*, AÜSBF, GETA Tartışma Metinleri Serisi, Şubat 2002.

- Işıklı, Alparslan, *Yerelleşme*, AÜSBFD, GETA Tartışma Metinleri, Özel Sayı (2) No. 60, Kasım 2003.
- Hartley, T. C., *European Union Law in a Global Context*, Text, Cases and Materials, Cambridge, 2004.
- Hesselink, M. W., *The New European Private Law*, Essays on the Future of Private Law in Europe, Kluwer Law International, vol. 3, 2004
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 2005.
- İnce, Murat, *Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar*, Mayıs 2001, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları.
- İyimaya, Ahmet, *Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı*, Ankara Barosu Dergisi, 2005/1, S. 80, Yıl 63, s. 73-91.
- Karahanoğulları, O, *Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Hizmetler Ticaretinde Küreselleşme*, GATS Anlaşması, Disk Genel-İş Yayını, Ankara, Haziran 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamuda Tehlikeli Reform*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı 2, 2004.
- Karavelioğlu, C., *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Ankara, 2001.
- Kartal, Filiz, *Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılanması Çerçevesinde Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi*, Ankara'dan Örnekler, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 9, S. 1, Ocak 2000.
- Kılıçbay, Mehmet Ali, *Devletin Yeniden Yapılanması*, *Derin Devlet*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 15-21.
- Köksal, Tuncay, *Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak İçin Yapılan Düzenlemeler*, Ankara, 1997.
- Kösecik, M., *Avrupa Birliği Entegrasyonu ve Ulusal Kamu Yönetimleri*, Çağdaş Kamu Yönetimi II, Ankara, Nobel Yayınları, 2004.
- Mahcupyan, E., *Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm*, DOĞU-BATI, yıl. 1, Kasım-Aralık-Ocak, 1997.
- Martinand, Claude, *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk Fransız Semineri Tebliğleri, Ankara, 29 Haziran 1994, s. 11-35.
- Ömürgönülşen, Umut, *Türk Kamu Yönetiminin Avrupa Birliğine Uymu ve Yönetimsel Kapasitenin Artırılması*, (Ders Notları-Çoğaltma), ATAUM, Dönem 36, Dosya No. 17, 01.06.2005.
- Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966.
- Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- Oralalp, Füsün Çiçekoğlu, *İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Adaylığı*, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 1, S. 2, Bahar/2002, s. 121-133.

- Oran, Baskın, Kaçınıcı Küreselleşme, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2000.
- Ortaylı, İlber, *Türkiye'nin Batılılaşma Hareketlerine Genel Bir Bakış, Avrupa Birliği El Kitabı*, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, Ankara, 1996.
- Ozansoy, C., *Türkiye'de Kamu Hizmeti tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100.
- Özay, İ., *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, 1996.
- Özlü, Tülay, *Avrupa Bilgi Toplumu ve Türkiye*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 1, S. 2, Bahar/2002, s. 153-171.
- Öztürk, B., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000.
- Parpworth, N./Padfield, N., *Constitutional and Administrative law*, Butterworths, 2000.
- Parsons, T., *The Structure of Social Action*, New York, 1968.
- Pierson, Christoper, *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, İstanbul, 2000.
- Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harward Univerdity Pres, Cambridge, 1987.
- Prosser, P., *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, <http://www.law.duke.edu/journals/631LCPProsser>.
- Questinaux, N., *İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d'Etat'ın Önleyici Rolü*, Çev. Cemil Kaya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, S. 1-2, 2003.
- Raadshelders/Rutger, *The Evolution of Civil Service Systems*, in Beke, Perry and Toonen, *Civil Service Systems in Comparative Prespective*, Indiana University Press, 1996.
- Savaş, V. F., *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi yaklaşım) Anayasa Yargısı* 15, 27-28 Nisan 1998, *Anayasa Mahkemesi yayın* No. 40, Ankara, 1999, (s. 79-98).
- Serim, B., *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme*, Ankara, 1996.
- Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, Baker & Mc Kenzie, 4th Edition, 1998.
- Scott, D. S., *Constitutional Law of the European Union*, Longman, First ed. 2002.
- Sunay, Ş.S., *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*, İstanbul, 1997.
- Tan, T., *Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991.
- Tan, T., *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*, *Anayasa Yargısı*, Sekizinci Kitap, *Anayasa Mahkemesi yayını*, Ankara, 1991, s. 233-252.

- Tan, Turgut, *Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İlksan ve İski, Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 2, S. 6, Kasım 1993.
- Tan, Turgut, *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti, (Türkiye-Fransa ve İtalya Örnekleri), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ocak 2000, s. 3 vd.
- Tan, Turgut, *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, *Türk İdare Dergisi*, S. 378, 1988.
- Tan, Turgut, *Bağımsız İdari Otoriteler*, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ocak 2000.
- Tanyeri, S., *Türk ve Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti Mevhumu*, *TİD.*, Y. 29, S. 250, Ocak-Şubat, 1958.
- Tezcan, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İletişim Yayınları*, İstanbul, 1. baskı, 2002.
- Tezcan, Durmuş, *Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar*, *FMR.*, C. 2, S. 2002/1.
- Türköne, Mümtaz'er, *Derin Devlet*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 41-53.
- Twinning, W., *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, 2000
- Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, *Anayasa Yargısı* 15, 27-28 Nisan 1998, s. 252-256.
- Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, *AÜHFD*, 1999, S. 1-4, C. 48.
- Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, (İncelemeler).
- Ulusoy, A., *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara, 2002, (Telekomünikasyon).
- Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları*, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001 (Yeni Anayasal Durum).
- Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*, *BTHAE, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar, II*, Ankara, 26 Mart 2004.
- Yazıcıoğlu, Recep, *Yönetim Sistemimizin Yeniden Düzenlenmesi, (II)*, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 1, S 3, Mayıs 1992.
- Yaşamış, F., *Çukurova Projesi Deneyimleri Işığında Belediyelerde Reorganizasyon ve Örgütsel Gelişme*, *Türk İdare Dergisi*, Mart 1988.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istedięiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10