

HİZMET TİCARETİ GENEL ANLAŞMASI (GATS), AB HUKUKU VE KAMU HİZMETLERİ REJİMİ

Doç. Dr. Ferhad MEHDİYEV*
Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN**

ÖZET

Uluslararası ticaretin iki önemli aktörünün, Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Birliği, temel hedeflerinden birisi, hiç kuşkusuz karşılıklı olarak hizmetlerin özelleştirilmesi, yatırımların açılması, gümrük vergi ve harçlarının kaldırılması ya da indirilmesi gibi ticari alandaki kolaylıkların sağlanmasıdır. The General Agreement on Trade in Services- “Hizmet Ticareti Genel Anlaşması”nın (GATS) “hizmetler, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar” ifadesi ile anlaşma kapsamındaki hizmetlerin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (Treaty on the Functioning of the European Union) göre ise “genel ekonomik yarar” hizmetleri AB'nin ortak değeri olarak ifade edilmekte ve bunların Avrupa'nın sosyal ve ülkesel yakınlaşmasındaki öneminden söz edilmektedir. Bu çalışmada ilk olarak kamu hizmetinin klasik anlamdaki tanımına değinilecek ve ardından bu kavrama yönelik yeni yaklaşımlar ele alınacaktır. İkinci kısımda ise, Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmetinin özellikleri incelenecektir.

* Dr. Ferhad MEHDİYEV, Qafqaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, BAKÜ/
AZERBAJCAN. fmehdiyev@qafqaz.edu.az

** Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
ERZURUM/ TÜRKİYE. enginsaygin@atauni.edu.tr

ANAHTAR KELİMELEER: Hizmet Ticareti Genel Anlaşması, GATS, Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği, kamu hizmeti.

GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS), EU LAW AND PUBLIC SERVICES REGIME

ABSTRACT

One of the main objectives of two key actors in international trade, World Trade Organization and European Union, undoubtedly, is to provide facilities in trading activities such as countries' mutual privatization of services, opening of investments, exemption or reduction of custom tax and charges. It can be seen that the concept of service is quite broad under the General Agreement on Trade in Services- as the Agreement states that "services" includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority". According to the Treaty on the Functioning of the European Union, services of general economic interest are the shared values of the Union and they have an important role in promoting social and territorial cohesion of the Union and the Member States. In this article, firstly, the definition of public service is dealt with in the classical approach. Afterwards, new approaches to this concept are considered. In the second of the article, the features of public service in the European Union Law are scrutinized.

KEYWORDS: General Agreement on Trade in Services, GATS, World Trade Organization, European Union, the public service.

GİRİŞ

Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) hedeflerinden birisi de, hiç kuşkusuz devletlerin karşılıklı olarak hizmetlerin özelleştirilmesi, yatırımların açılması, gümrük vergi ve harçlarının kaldırılması ya da indirilmesi gibi ticari alandaki kolaylıklarının sağlanmasıdır¹. Bu amaçla, Uruguay Round'un en önemli başarılarından birisi olan ve yabancı sermaye ile yatırımcıların önündeki engelleri kaldırmayı amaçlayan anlaşma -*The General Agreement on Trade in Services*- "Hizmet Ticareti

¹ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm

Genel Anlaşması” (GATS) 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak, sözü edilen anlaşmada yer alan “*hizmetler, hükümet otoritesinin uygulanması olan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar*”² ifadesi ile hizmetlerin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Telekom, posta hizmetleri, görsel ve işitsel iletişim hizmetleri de dahil olmak üzere iletişim; inşaat ve bağlantılı mühendislik hizmetleri; eğitim; su iletim sistemleri, enerji ve atık su işleme gibi klasik kamu hizmetleri dahil olmakla, 160’a yakın üretim ve hizmet sektörü bunların arasında yer almaktadır³.

GATS’le beraber Avrupa Birliği (AB) hukukunda da hizmetlerin daha kaliteli ve çeşitli hale getirilmesi amacıyla, kamu hizmetlerinin devlet tekeline çıkarılarak özelleştirilmesi ya da en azından rekabete açılması eğilimi dikkati çekmektedir. Bu aşamada, AB hukuku rekabet kurallarının, sermaye ve hizmetlerin engelsiz serbest dolaşım prensibi ile birlikte kamu hizmetlerinin kamusal usullerle verilmesi noktasında özel hukuk erozyonuna sebep olduğu iddia edilebilir. Şöyle ki; kamu hizmetleri ile ilgili belirsizlik 1992 Maastricht Anlaşması, sonra da 1995 tarihli GATS ile hız kazanmıştır⁴. Buna neden olarak, Avrupa’da hizmet ve üretim sektörünün gittikçe kuvvetlenmekte ve yayılmakta olması gösterilebilir. Çünkü, sonuç olarak kamu hizmeti niteliğinde olan bir çok yeni faaliyet ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ortak ve tek pazar oluşturmayı, gittikçe artan entegrasyonu amaçlayan AB üyesi devletlerde kamu hizmetlerinin statüsünde bir benzerliğin oluşması kaçınılmaz görünmektedir. Fakat, genişleme sürecinde Birliğe katılan Doğu Avrupa ülkelerinin kamu hukuklarında “kamu hizmeti” kurumu mevcut değildir. Oysaki, Birliğin amaçladığı “sosyal ve ülkesel yakınlaşmaya”, belli bir

² Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) 1.3 (b) maddeye göre "services" includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority."

³ GATS hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Raj Bhala, **International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice**, Third Edition, LexisNexis, NJ 2008.

⁴ AT Anlaşması'nın (EC Treaty) 86(2). maddesine göre, genel yarar (kamu) hizmetleri, rekabet kurallarına göre yürütülmelidir. Bunun istisnası, rekabet kurallarının hizmetin amacını hukuken ya da fiilen önlemesidir.

kamu hizmeti standardını tüm Avrupa'da oluşturmakla ulaşılabilir. Nitekim, AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (*Treaty on the Functioning of the European Union*) 16. maddesine göre, "genel ekonomik yarar" hizmetleri AB'nin ortak değeri olarak ifade edilmekte ve bunların Avrupa'nın sosyal ve ülkesel yakınlaşmasındaki öneminden söz edilmektedir.

Bununla birlikte, ortak bir kamu hizmeti anlayışının oluşmasında farklı yaklaşımlar da yok değildir. Bir taraftan, kamu hizmetlerinin devlet tekeline çıkarılarak liberalleşmesini, devlet yardımları olmadan yürütülmesini ve rekabete açılmasını isteyen bir yaklaşım, diğer taraftan ise kamu hizmetlerini devletin patronluğu ve sorumluluğu altında yürütülmesini isteyen ayrı bir yaklaşım bulunmaktadır. Birinci gruba İskandinav devletleri ile İngiltere'yi, ikincisine ise Fransa, Belçika, İtalya, Yunanistan, İspanya ve Portekizi dahil edebiliriz⁵. Aslında AB genelinde bu iki düşünce arasında sürtüşme hala devam etmektedir⁶.

Hiç kuşkusuz Türkiye ve Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip devletler için AB hukuku çok önemlidir. Birlik hukukunu incelediğimizde ise, serbest pazar ilkesinin benimsenmesi ve kamu hizmetlerinin rekabete açılması ile birlikte bu hizmetlerin statüsünün artık klasik ölçütlere tam uymadığını görebiliriz. Bununla beraber, Avrupa genelinde ciddi itirazların yükselmesi sebebi ile⁷, şimdilik kamu hizmetlerinin statüsü köklü değişikliğe uğramamış olsa da, Avrupa

⁵ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.227.

⁶ Ali D. Ulusoy "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", İlhan Özay (der.), **Günlük Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 200, s. 266-290.

⁷ Bu konu ile ilgili olarak çeşitli konferanslar düzenlenmiş, raporlar hazırlanmış ve AB Komisyonu'na gönderilmiştir. Örneğin Avrupa HDÖ Konseyi (*European Council of Non-profit Organisations*), Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Konseyi (*European Council of Municipalities and Regions*), Dünya Gelişim Harekatı (*World Development Movement*), Uluslararası Çevre Hukuku Merkezi (*Center for International Environmental Law*) gibi kurumlar geniş itiraz kampanyaları başlatmıştır.

genelinde giderek ortak bir anlayışın ortaya çıkmakta olduğu da gözlenmektedir⁸. Lizbon Anlaşması da, 1957 Roma Anlaşması'nın 90.3. madde hükmünü iptal ederek (yeni versiyonda bu madde 106. madde olarak geçmektedir), kamu hizmetlerinin belirlenmesinde üye devletleri öne çıkararak AB Komisyonu'nun ilgili yetkilerini bertaraf etmiştir. AB'de kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin belirlenmesinde neo-liberaller ile sosyal devlet savunucuları arasında mücadele hala sürmektedir⁹.

Hizmetlerin liberalleşmesini ve serbest ticaret engellerini kaldırmayı amaçlayan GATS ve rekabet ortamını artırmayı amaçlayan AB hukuku karşısında, idare hukuku ve özellikle kamu hizmetleri ile ilgili olarak şu sorunlar gündeme gelmektedir: Hangi hizmetler kamu hizmeti olarak verilebilir? Bu hizmetler kim tarafından ve nasıl yürütülecektir? Hizmetin bedeli nasıl belirlenecek ve o nasıl karşılanacaktır? Hizmet hangi kalite ve özelliklerde verilecektir? Başka bir ifade ile, burada kamu hizmetlerinin özel hukuk ve rekabet hukuku kurallarına göre mi, yoksa sosyal devlet ve kamu hukuku kurallarına göre mi yürütüleceği mevzu bahistir. Bu sorular karşısında öncelikle amacımız, kamu hizmeti ile ilgili eğilimleri ve mevcut durumu ortaya koymaktır. Ancak bu tür bir durum tespiti ile kamu hizmetleri konusunda izlenecek prensibi ve politikayı önerebileceğimizi düşünmekteyiz. Bu amaçla, iki kısımdan oluşan bu çalışmada ilk olarak kamu hizmetinin klasik anlamdaki tanımına değinilecek ve ardından bu kavrama yönelik yeni yaklaşımlar ele alınacaktır. İkinci kısımda ise, Avrupa Birliği

⁸ Avrupa Parlamentosu'nun 13.01.2004 tarihli ilke kararına göre, sağlık, eğitim ve konut temini ekonomik olmayan hizmetler olarak gösterilmiş ve haksız rekabet kuralları gözönüne alınmadan yürütülebileceği öngörülmüştür. 2004 yılında sosyal hizmetler olarak görülen bu kategori, AB Komisyonu'nun sonraki kararlarında ise ekonomik nitelikli olarak empoze edilmeye çalışılmıştır. Komisyon ile karşılaştırıldığında, sendikaların ve sosyalistlerin daha çok temsil edildiği AB Parlamentosu her zaman kamu hizmetlerinin daha çok kamusal rejimini savunduğu görülmektedir.

⁹ The European Parliament, Motion for Resolution, 4 March 2010, para.17, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2010-0165&language=EN>

hukukunda kamu hizmetinin özellikleri incelenecektir.

1. KAMU HİZMETİ TANIMI

1.1. Tanım Sorunu

İngilizce’de, *public services* veya *services of general interest*, Almanca’da *die öffentliche Daseinsvorsorge* ve Fransızca’da *les services publics* olarak ifade edilen “kamu hizmetleri” kavramı, idare hukukunda çok kullanılmakla beraber, pozitif hukuk tarafından tanımı yapılmamıştır. Bu boşluğu öğretici doldurmaya çalışmıştır.

Daha önce değinildiği üzere, AET’yi oluşturan Roma Anlaşması açık olarak kamu hizmeti kavramına yer vermemekle birlikte, Anlaşma’nın özellikle 77. ve 90/2. maddeleri kamu hizmetine ilişkin hükümler içermektedir. Bu bağlamda, 77. maddeye göre “*Taşımacılığın koordinasyonu için duyulan ihtiyaçlara cevap veren, ya da kamu hizmeti kavramı içinde yer alan bazı yükümlülükleri karşılamaya yarayan yardımlar işbu Antlaşmaya uygundur.*” Diğer bir anlatımla, kamu hizmetinin gerekli kıldığı durumlarda devletlerin taşımacılık sektöründe sübvansiyonlar yapabileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde, 90/2. maddeye göre ise, bu tür hizmetleri yerine getiren kuruluşların rekabet kurallarından ayırık tutulabileceği düzenlenmektedir. AT Adalet Divanı ise, vermiş olduğu iki önemli kararında¹⁰, üye devletlerin kamu hizmeti niteliğindeki bazı hizmetleri serbest rekabet kuralları dışında tutulabileceğine karar vermiştir. Bu düzenlemeler ve kararlar sayesinde ki, AB bakımından Fransız usulü ve Duguit kökenli, sosyal yapının vazgeçilmez unsurlarını oluşturan faaliyetler arasında ayrı bir rejime kavuşturulabilecekleri belirlemekle kamu hizmeti anlayışının başladığı iddia edilmektedir¹¹.

¹⁰ Posta hizmetlerine ilişkin ilk kararında AT Adalet Divanı, bir üye devletin asıl kamu hizmetinden ayırt edilebilen bir takım yan hizmetlere asıl hizmetin genel ekonomik dengesine zarar vermedikleri sürece rekabeti yasaklayan düzenlemeyi 90. maddeye aykırı bulmuştur. AT Adalet Divanı elektrik enerjisi dağıtım hizmetlerine ilişkin olarak ise, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetin rekabet kurallarından istisna tutulabileceğine karar vermiştir. Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 266-290.

¹¹ Aydın GÜLAN, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, İÜHFM, C.

Kamu hizmeti kavramı daha açık bir biçimde AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'da yer almaktadır. Anlaşma'nın 16. maddesinde "kamu hizmetleri" *services of general economic interest* olarak ifade edilmektedir¹². Tanıma "ekonomik" sözünün koyulması, GATS'in etkisi ile kamu hizmetlerinin devletin vesayetinden çıkarılması tehlikesinin ortaya çıkması nedeniyle bir çok tartışmaya sebep olmuştur¹³. Bu tartışmayı artıran GATS'in 1.3. maddesi idi. Bu maddeye ancak "hükümet tasarrufu icrasına yönelik hizmetler" GATS'de öngörülen hizmetler dışında tutulabilirdi. Ancak, hangi hizmetlerin, "hükümet tasarrufunun icrasına yönelik hizmetlere" dahil olup olmadığı da tartışmalıydı. Örneğin, AB Komisyonu Ticaret Genel Müdürlüğü'nün toplantısında John Clark, sözleşme/imtiyaz usulü ile görülen hizmetlerin devletlerin GATS yükümlülükleri altına gireceğini açıkça bildirmişti¹⁴. Bu durumda, bu hizmetler devlet yardımı (vergi indirimi, sair imtiyazlar) olmadan, hizmet karşılığında üst tarifler ve herhangi bir sınırlama konulmadan tamamen özel hukuk ve rekabet kurallarına göre yürütülmeli idi, bu da hizmetin fiyatını, hatta sunulup sunulmamasını doğrudan etkileyecekti.

Bu durum bazı kurumlarda ciddi rahatsızlığa neden olmuştu¹⁵. 2003 ve 2004 yıllarında yayınlanan yeşil ve beyaz kitaplar (*Green and*

LVI, S.1-4. , s. 106.

¹² Bu mesele ayrıca AB Anlaşması'na Ek 26. Protokol tarafından düzenlenmektedir.

¹³ Response to the European Commission's Green Paper on Services of General Interest, The Chartered Society of Physiotherapy, September 2003, available at

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/undertakings_partners/glover.pdf; Global Unions - ETUC - WCL: Statement On The GATS Negotiations, available at http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/icftugats_e.doc

¹⁴ Report of Local Governments International Bureau, June 2004, available at: www.lgib.gov.uk

¹⁵ The European Regional Executive Committee of Public Services International, EUREC, Resolution on Trade in Services, 12 June 2001, available at: <http://www.epsu.org/a/1237>

White Paper) AB’de bu tartışmaları bir ölçüde azaltsa da, kaygılar devam ettiği için 2007 yılında çıkarılan AB Komisyonu tebliği (*Communication*) konuya belli bir açıklık getirmiştir. Yine de tartışmaların tamamen yatıştığını söylemek zordur¹⁶. Görüldüğü üzere, kamu hizmetleri tanımı, AB’de evrim geçirmektedir. 1996 yılından bu yana çıkarılan AB kurumlarının kararlarında bu evrimi gözlemlemek mümkündür.

“Kamu hizmeti” kavramını tanımlamaya geçmeden önce, AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’da neden “genel ekonomik yarar hizmetlerinden” bahsedildiğine değinmek faydalı olacaktır. İlk olarak not edilmesi gereken husus, AET ekonomik bir kurum olarak tasarlandığında, idari kamu hizmetlerinin Topluluğun rekabet kuralları dışında tutulacağı meselesi zaten belli idi. Bu nedenle, Roma Anlaşması’nda “ekonomik” olanlar ele alınmış, bunların da 86.2. (şimdiki 106.) maddeye göre, zorunluluk halinde rekabet kuralları dışında ayırık (kamu hukuku) kurallarına göre yürütülebileceği öngörülmüştü.

Ayrıca, AB senetlerinde “kamu hizmeti” yerine “genel yarar hizmetleri” kavramının kullanılmasının kavram karmaşasına neden olduğu ileri sürülmektedir. Şöyle ki; İngilizce ifadede “*public service*” bazen “*civil service*” yani devlet memurluğu ile karıştırılmaktadır¹⁷. Diğer taraftan, “kamu hizmeti”nin organik anlamı da bulunmaktadır ve hizmeti yürüten idari makamı ifade etmektedir¹⁸. Bu nedenle, Birlik kurucu senetlerine kamu hizmeti olarak “*public service*” kavramı

¹⁶ Bakınız: http://www.cedag-eu.org/index.php?page=services-of-general-interest&hl=en_US

¹⁷ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.37. Kuzey Amerika’da da “public service” devlet memurluğu yerine kullanılmaktadır. Bakınız: Kenneth Kernaghan, *Encouraging “Rightdoing” and Discouraging Wrongdoing: A Public Service Charter and Disclosure Legislation*, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability Research Studies Volume 2: The Public Service and Transparency*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006, s.73-111.

¹⁸ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.222.

alınmamıştır¹⁹. Yine de AB kurumlararası tebliğlerinde “kamu hizmeti” ya da “kamu hizmeti yükümlülükleri” kavramına rastlamak mümkündür.

“Genel ekonomik yarar” hizmetlerinden daha geniş bir kavram olan “genel yarar hizmetleri” anlayışı ancak 2007 yılında Lizbon Anlaşması’ndan hemen sonra, AB Anlaşması’na Ek 26. Protokol ile getirilmiştir. Bu Protokol Avrupa’da artan kamu hizmetlerinin geleceği ile ilgili kaygıları yatıştırmaya yöneldiği için tesadüfi bir gelişme olarak değerlendirmemek gerekir. Bununla beraber, Protokol kamu hizmetlerin özelliklerine dair bazı kriterler getirirse de, rekabet ve finansman sorunları ile ilgili hiç bir hüküm getirmemiştir. “Genel yarar hizmetleri” daha 1996 tarihli AB Komisyonu kararında ele alınmıştır. Bu kararda, genel yarar (kamu) hizmetleri anlayışı, “herkese her yerde makul fiyat karşılığında kaliteli hizmetin temin edilmesi kaygısına dayanmaktadır”²⁰. Bu tebliğ 2001 yılında değiştirildiğinde, “genel ekonomik yarar” ile “genel yarar” aynı anlamlarda kullanılması ilginç bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çeşitli kurumlar, AB Parlamentosu üyeleri, sendikalar ve yerel yönetimler konseyleri AB Komisyonu ile AB Konseyi’ne başvuruda bulunarak, kamu hizmetlerine dair bir açıklığın getirilmesini, mümkünse çerçeve direktifin alınmasını istemekteydiler. Şöyle ki; AT Adalet Divanına göre, pazarda herhangi bir malın yada hizmetin sunulması ekonomik faaliyet sayılırdı²¹. Bu tanım da tüm hizmetleri kapsadığı için makul olamazdı. AB Komisyonu’ndan ekonomik olmayan hizmetlerin listesi bile istenmişti²². AB Komisyonu, çeşitli kararlarında teknolojik ve diğer sosyal gelişmelere bağlı olarak kamu hizmetlerinin de değişeceğini

¹⁹ White Paper on Services of General Interest, COM (2004) 374 final of 12.05.2004, Annex 1.

²⁰ Commission Communication - Services of General Interest in Europe [Official Journal C 281 of 26.09.1996].

²¹ Joint cases C- 180 to C- 184/98, Judgment of the Court of Justice of 12 September 2000, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451.

²² Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services, in FACTA UNIVERSITATIS*, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.32.

öne sürerek, böyle bir *a priori* tanımlamaya yanaşmamıştır. Kamu hizmetleri ile ilgili bu kaygılar boşuna değildi. Örneğin eğitim hizmetlerinin belli bir kısmı (yüksek öğrenim) ekonomik hizmetlere dahil edilmiş²³, sağlık hizmetlerinin de ekonomik mahiyetli olduğu varsayılmıştır. Bu anlamda, 2007 tarihli tebliğde Komisyon, eğitim ve sağlık hizmetlerinin devlet yardımı ile yürütülebileceğini de kabul etmiştir.

Neo-liberal yaklaşımdan yana olan AB Komisyonu, gelen baskılar sonucunda daha önce bahsettiğimiz 2007 tarihli tebliğ ile ilk defa olmak üzere kamu hizmetleri ile ilgili bir tanıma yer vermiş, örnekleme yolu ile ekonomik kamu hizmetleri ile ekonomik olmayan kamu hizmetlerini açıklamaya çalışmış ve diğer hallerde her olaya göre ayrıca değerlendirme yapma gerekliliğini savunmuştur²⁴. Komisyonun 2007 tarihli kararının kendi içinde tutarlı, sistematik ve bilimsel olmaktan hayli uzak olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle, bu karara dayanarak kesin sonuçlar çıkarmak pek mümkün olamamaktadır.

2010 tarihi itibarıyla, AB’de kamu hizmetleri ile ilgili buna benzer tanımların yapıldığını görebiliriz. Burada altı çizilmesi gereken husus, AB kurumlarının, detaylı düzenlemeyi bazen hizmetin türüne göre değil de, sektöre göre yapmakta olduğudur. Hatta sektörel yaklaşımın daha ağır bastığını ifade etmek de mümkündür²⁵. Çünkü aşağıda da görüleceği üzere, hizmetlerin tanımında bir karışıklık olabilmektedir. Bu durumda, hizmetin ekonomik ve fakat idari olması zorunlu değildir, onun hangi sektöre ait olduğuna bakmak gerekir. Örneğin, ulaşım hizmetleri genel ekonomik yarar hizmeti olduğu halde, sektörel direktifle düzenlenmiştir²⁶. Elektrik ve gaz dağıtımı da ayrıca direktiflerle

²³ AB üyesi devletler bununla ilgili direktifi 28 Aralık 2009 tarih itibarıyla iç mevzuatına geçirmekle yükümlüdür.

²⁴ Communication on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para 2.1.

²⁵ Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 282.

²⁶ Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail

düzenlenmiştir.

1.2. AB Terminolojisinde Hizmeti Tanımları ve Türleri

AB uygulaması ve terminolojisinde kamu hizmeti ile ilgili olarak dördü kamu hizmeti tanımı dördü de kamu hizmeti türü olmak üzere toplam sekiz ayrı kavram karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramlar şu şekilde sıralanmaktadır.

1) Kamu hizmeti (*public service*): Organik açıdan idari örgütü, maddi açıdan ise genel yarar hizmetlerini ifade etmektedir²⁷. Bunların da artık genel yarar hizmetleri ile aynı şey olduğu kabul edilmiştir.

2) Genel yarar hizmetleri (*services of general interest*): Bu kavram ise kendi içinde ekonomik olmayan hizmetler (zorunlu eğitim, sosyal güvenlik), kolluk hizmetleri (polis, adliye) ve genel ekonomik yarar hizmetlerini (enerji ve iletişim) kapsamaktadır.

3) Genel ekonomik yarar hizmetleri (*services of general economic interest*): Bu hizmetlere kesin olarak enerji, ulaşım, iletişim, gaz, posta dahil edilmiştir. Bu hizmetler rekabet ve serbest pazar kurallarına göre yürütülmelidir. Ancak AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 106.2. maddesine göre, bu kurallar hizmetin amacının engellenmesine sebep olacaksa, uygulanmaz.

4) Ekonomik olmayan hizmetler (*non-market, non economic services*): Bu hizmetlere kolluk, adliye, sosyal güvenlik dahil edilmiş ve bunlar rekabet kurallarına ve iç pazar düzenlemelerine tabi tutulmamıştır²⁸. Birlik hukuku bunları düzenlememektedir.

and by road, and repealing Council Regulations (EEC) No 1191/69 and (EEC) No 1107/70.

²⁷ Charter of Public services, bakınız http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm Örneğin AB Komisyonu'nun 2003 tarihli Yeşil Bildirisi'nde de kamu hizmeti ile genel yarar hizmeti aynı anlamda kullanılmıştır.

²⁸ Accompanying document of the European Commission SEC (2007)1515 to COM(2007) 725. Accompanying Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 20 November 2007, accompanying the Communication on "A single market for 21st century

5) Sosyal hizmetler (*social services of general interest*): 2007 tarihli Komisyon kararı bu hizmetleri faaliyet türüne göre hem ekonomik, hem de ekonomik olmayan hizmetler olarak belirlemiştir. Oysa 2006 yılında çıkarılan sosyal genel yarar hizmetleri hakkında AB Komisyonu kararında, sosyal hizmetler sağlık hizmetlerinden ayrı statüde ele alınmış, sosyal hizmetlerin kuruluşu ve işleyişinde üye devletlere daha geniş serbestlik tanınmıştı. Aslında 2006 tarihli kararında, sosyal hizmetler sayılmamış; ancak bazı özelliklerine değinilmiş, örneğin onların çıkar amacı gütmeyen, dayanışma prensibine dayalı hizmetler olduğu belirtilmiştir. Bunların ekonomik türde olabileceği kabul edildiği halde, bu hizmetlerin düzenlenmesinde rekabete açık bir politika izlenmesi gerektiği vurgulanmış ve devlet yardımları kabul edilmiştir²⁹. Ayrıca bu kararla, sosyal hizmetlerin ya sözleşme ile idare-dışı tarafa gördürülmesi ya da bu hizmetlerin kamu-özel sektör işbirliği şeklinde görülmesi istenilmektedir.

6) Sağlık hizmetlerini de AB Komisyonu 2007 tarihli kararıyla ekonomik nitelikte hizmet olarak görmüş, fakat bununla ilgili ayrıca sektörel düzenlemeye gideceğini beyan etmiştir. Şimdilik sağlık hizmetleri genel anlamda AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 106.2. maddesi ve Ek 26 Protokol ile düzenlenmektedir. "İç Pazarda Hizmetlere Dair Direktif" (*Directive on Services in Internal Market*) ise sağlık hizmetlerini kapsamamaktadır³⁰. Anlaşma'nın kamu sağlığına ait 168. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı'nın (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) 35. maddesi, insan sağlığının yüksek derecede korunmasını Birlik için bir yükümlülük olarak öngörmekten başka, sağlık hizmetlerinin rejimi ile ilgili başka bir ölçüt içermemektedir. Gerçi bir Komisyon kararında, üye devletlerin sağlık hizmetlerinin oluşturulması, finansmanı ve ulaştırılması ile ilgili yükümlülüklerine Birliğin saygı ile

Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final].

²⁹ Communication from the Commission of 26 April 2006, Implementing the Community Lisbon Programme: Social services of general interest in the European Union [COM(2006) 177 final].

³⁰ Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market.

yaklaştığı da iddia edilmiştir³¹.

7) Eğitim hizmetlerinin statüsü ise tam olarak belirli değildir. Şöyle ki; eğitim hizmetleri artık sosyal hizmetler kategorisinde değil, ekonomik hizmetler kategorisinde görülmektedir. Eğitim hizmetleri 28 Aralık 2006 tarihli “İç Pazardaki Hizmetlere Dair Direktif”e tabidir. Bu Direktif’in 2. maddesi eğitim hizmetlerini Direktif’in uygulanmadığı hizmetler arasında göstermemiştir³². Bununla beraber, Direktif’in açıklayıcı 34. ve 40. maddelerinde AT Adalet Divanı’nın kararlarına atfen, üye devletlerin bazı eğitim hizmetlerini karşılıksız vermesi durumunda, bu hizmetlerin AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın 57. (eski 50.) maddesinde öngörülen hizmet sayılmayacağı ve Direktif kapsamına da dahil olmayacağı belirtilmektedir. Yine AT Adalet Divanı’nın 2007 tarihli bir kararında, devlet bütçesi hesabına finanse edilen kamusal eğitim alanları ekonomik olmayan hizmet olarak sayılmıştır³³. Bu sebeple, eğitim hizmetlerini kamu hukuku kurallarına göre yürütmenin hala mümkün olduğu söylenebilir. Bu şekilde düzenlenmede şimdilik üye devletler yetki sahibidir. Önemli olan devletlerin eğitim hizmetlerini özel sektöre kapalı tutmaması, hizmetlerin kurulma özgürlüğünü temin etmesidir. Özel sektörün işlettiği eğitim hizmetleri ise “İç Pazardaki Hizmetlere Dair Direktif”e tabi olacaktır³⁴.

8) Evrensel hizmetler (*universal services*): Bu kavramı Birlik kurumları posta ve iletişim hizmetlerini düzenlerken getirmiştir. Fakat bu hizmetlerin sayısının artması da pekala mümkündür. Aslında AB kurumları burada bir tanım oluşturmaktan ziyade, posta ve iletişim sektöründe herkese makul fiyata kaliteli hizmetin verilmesini

³¹ Communication of European Commission on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para 2.4.

³² Bakınız: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0123:EN> Kumar oyunlarının bu direktifin kapsamı dışında tutulması dikkat çekici bir husustur.

³³ AAD C-318/05 Commission v. Germany, [2007], paragraphs 74 -75.

³⁴ Bakınız: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/guides_en.htm

amaçlamıştır³⁵. 2007 tarihli tebliğinde ise, AB Komisyonu evrensel hizmeti bir kavram olarak ele almıştır. Buna göre evrensel hizmetin şu özellikleri bulunmaktadır: Bu hizmetler temel hizmetler olarak algılanan hizmetlerdir. Dolayısıyla, tüm ülkede temin edilmeli, belli bir kalitede, karşılanabilir fiyatta, herkes için ulaşılabilir olmalıdır³⁶. Evrensel hizmetler sunulması gereken asgari hizmetlerdir³⁷. Komisyon bu kararında, kavramın dinamik (değişken) olduğunu, sektörel olarak zaman zaman güncelleşmesi gerektiğini beyan etmiştir.

Bütün bu tartışmaların ardından, kamu hizmetlerinin tanımının önemli bir mesele olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu kavramın “efradını cami ağıyarını mani” bir tanımını vermek önemlidir. Çünkü kabul edilen tanım, kavramın unsurlarını yansıttığı oranda onun hukuki rejimini etkileyecektir. Bu husus da hizmetin hangi kurallara göre yürütüleceğini, onun hangi özelliklere sahip olması gerektiğini ve yargısal denetimde kullanılacak ölçütlerin neler olacağını belirleyecektir.

Kamu hizmetinin tanımı konusunda Türk idare hukukunda başlıca iki kaynağa başvurulmaktadır. Bu kaynaklardan ilki, kamu hizmetinin hukuki bir kavram olarak ortaya çıkış noktasının Fransa olması ve Türk idare hukuku ve yargısının Fransız idare hukukundan yoğun bir şekilde etkilenecek gelişmiş olması nedeniyle, bu kavrama yönelik Fransız anlayışdır³⁸. İkinci kaynak ise Türk akademisyenlerinin ve yargısının bu konudaki çalışmaları ve kararlarıdır. Türk idare hukuku literatüründe kamu hizmeti kavramı AB hukuku literatüründe olduğu gibi çeşitli açılardan tanımlanmaktadır. Organik açıdan kamu hizmeti, belli bir görevi ya da hizmeti yürütmek için bir kamu tüzelkişisi tarafından

³⁵ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services, in FACTA UNIVERSITATIS*, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.36.

³⁶ Communication of European Commission [COM(2007) 725 final], para. 3.

³⁷ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of General Interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.230.

³⁸ Ali D. Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” AÜ HF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4, s.165

tahsis edilmiş olan kamu mallarını, görevlendirilen kamu görevlileri ve vasıtaları ile ayrılan mali imkânların bütünü olarak tanımlanmıştır. Fakat AB düzenlemelerinin etkisiyle oluşan yeni hukuksal durumda kamu hizmetinin klasik tanımdaki organik ölçütün bu “indirgenmiş” ve “hafifletilmiş” halinin anlamsız hale geldiğine değinen hukukçular bulunmaktadır³⁹. Maddi açıdan kamu hizmeti ise, faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan, yani kamu yararına yürütülen faaliyettir⁴⁰. Son olarak, şekli açıdan kamu hizmeti ise, belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir.

İdare hukuku açısından, idari birimler tarafından toplumun temel ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile sunulan “kamu hizmetleri” için klasik tanım ve ölçütler görmek mümkündür⁴¹. Gerek başta Sıddık Sami ONAR⁴² olmak üzere Türk hukukçularının gerekse de Türk Anayasa

³⁹ Ali D. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 18.

⁴⁰ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa Yayınları, [Dördüncü Baskı], 2002, s.239.

⁴¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2009, s. 252 vd.; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2008, s. 953 vd.; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010, s. 676 vd.; Bahtiyar **Akyılmaz** Murat **Sezginer** Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 457 vd.; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara 2009, s. 581 vd.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.282, Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 302 vd.; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990, s. 60 vd.

⁴² Sıddık Sami Onar’a göre kamu hizmetleri, “devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma

Mahkemesi'nin⁴³ kamu hizmetlerini "toplumsal gereksinim" ölçütü temelinde tanımlamasını kabul etmek artık pek kolay görünmemektedir. Çünkü hangi gereksinimlerin "toplumsal" olduğunu tespit etmek her zaman kolay değildir. Bu yüzden, bazı yazarlar, kamu hizmetleri anlayış ve özelliklerinde bir takım değişimlerin olduğundan bahsetmektedirler⁴⁴. Kamu hizmetlerinin klasik tanımı, onu bireyler için hak, idare için bir yükümlülük haline getirmekteydi. Oysa günümüzde, devlet önemli sayılacak bazı kamu hizmetini özelleştirerek bu yükümlülüğünden tek tarafı olarak vazgeçmiş görünmektedir. Buna karşılık, toplumsal gereksinimi karşıladığı kabul edilebilecek tartışmalı hizmetlerin de idare tarafından sağlandığı görülebilmektedir. Bununla beraber, toplumsal gereksinimin asgari bir derecesinin olduğunu kabul etmek mümkündür (örneğin su temini). Fakat bu tür yaklaşım, toplumsal gereksinimden ziyade insan hakları alanına kaymaktadır ve klasik idare hukuku

arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler"dir. Sıddık Sami ONAR; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. 13.

⁴³ Anayasa Mahkemesi bir kararında da kamu hizmetinin unsurlarını ve tanımını şu şekilde ortaya koymuştur: "Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, değişik koşullar dikkate alınarak yasa koyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur. Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından "kamu hizmeti" kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir."

⁴⁴ Ali D. Ulusoy "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 268-270.

yaklaşımlarından bir hayli uzaktır⁴⁵. Çünkü sırf konusuna göre mutlak olarak toplumsal gereksinim sayılacak faaliyet az sayıda bulunmaktadır (örneğin içme suyunun sağlanması). İletişimin bir çok türünün ise, böyle mahiyeti olduğu tartışmalıdır. Aslında faaliyetin özelliğine göre değil, belli bir zamanda, yerde, somut toplumda ortaya çıkan değişik faktörler gözönüne alınarak karar verilmesi daha uygun olacaktır. Böylece, bir çok insani faaliyet, içeriğine bakılmaksızın, kamu hizmetleri olarak sunulabilir. Yeter ki, idare o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsin⁴⁶. AB Komisyonu bir hizmetin kamu hizmeti (genel yarar hizmeti) sayılıp sayılmayacağına dair yetkiyi tamamen üye devletlere bırakmıştır⁴⁷. AB Anlaşması'na Ek 26. Protokol de, genel yarar (kamu) hizmetlerinin belirlenmesi, kurulması ve yürütülmesinde üye devletlerin geniş takdir yetkisini tanımaktadır. Oysa AT Adalet Divanı'nın yaklaşımı biraz farklıdır. Hizmetin ekonomik olup olmadığının belirlenmesinde, belli bir hizmet alanı ile ilgili pazarın varlığı, devletin öncelikleri, belli toplumsal gereksinimler ve toplumsal dayanışma yükümlülükleri dikkate alınmaktadır⁴⁸.

Toplumun temel ihtiyacı olan ve devletin birinci dereceli yükümlülüğü olan kamu hizmetlerinin hukuki statüsün bazı değişikliklere uğradığı da bir gerçektir. AB Komisyonu'nun 21 Mayıs 2003 tarihli

⁴⁵ 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin hükümlerinin gerçekleştirilmesine denetlemek için kurulan Ekonomik, Sosyal ve Medeni Haklar Komitesi, 15 Sayılı Genel Yorumunda "su hakkının" Sözleşme ile korunan hak olduğunu açıkça vurgulamış, bu hakkın sağlık ve asgari gıda hakkı gibi birçok diğer hakkı da etkilediğinin altını çizmiştir.

⁴⁶ Bu idari birimler, bazen seçimle göreve gelmekte böylece "siyasi" organ olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin kurulması, sunulması ve hacminde, siyasi programlar etki göstere bilmektedir.

⁴⁷ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.39.

⁴⁸ AAD C-82/01 Aéroports de Paris [2002], AAD C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze [2006].

Yeşil Kitabı'nda (Green Paper), şu sorular açıkça tartışmaya açılmıştır⁴⁹: “Genel yarar hizmeti” (services of general interest) nedir? Hangi amaca yönelmiştir? Finansmanı nasıl sağlanmalıdır? AB Komisyonu 2001 tarihli bir başka bildirisinde de, AB Anlaşması'ndaki “genel ekonomik yarar hizmetlerinin” klasik kamu hizmetlerinden farklı olduğunu beyan etmiştir⁵⁰. Kısacası, Avrupa'da 1996-2006 yılları arasında kamu hizmetleri ile bağlı ciddi bir tartışma ve belirsizlik yaşanmıştır.

Bütün bu karmaşık hususları ele alarak, AB hukuku bakımından kamu hizmet kavramını şu şekilde tanımlamak mümkündür: **Kamu yararına yönelik, bireylere ve ticari teşebbüslere hizmet sunmak amacı ile idare tarafından, yahut onların denetimi altında özel sektör temsilcisi tarafından sözleşme veya imtiyaz⁵¹ esasında ya da “kamu-özel ortaklığı” (public-private partnership) şeklinde yürütülen faaliyetler** kamu hizmetleridir. Kanaatimizce, bu tanım klasik tanımdan iki noktada ayrılmaktadır: Ortak toplumsal gereksinimden söz edilmemekte ve kamu hizmetinin yürütülme usulü mutlak olarak kamusal (ayrıcalıklı) usul, metod ve araçlara da bağlı tutulmamaktadır. Şöyle ki; hizmetin icrasında idare üstün ve ayrıcalıklı yetkileri kullanmasa bile, faaliyet kamu hizmeti sayılacak, bu durumda serbest pazar, rekabet kuralları dışında ve kamu finansmanı ile yürütülebilecektir. Ortak gereksinimin karşılanmasına yönelik olmayan hizmetin varlığı halinde bile, idare adına bir yükümlülük olmamakla beraber, hizmetin objektifliği, bireylerin idari uygulamaya güven, idarenin sorumluluğu

⁴⁹ Commission Green Paper of 21 May 2003 on services of general interest [COM(2003) 270 final -Official Journal C 76 of 25.03.2004].

⁵⁰ Commission Communication - Services of general interest in Europe [Official Journal C 17 of 19.01.2001]. Bu gün itibarıyla maddi anlamda kamu hizmeti ile “genel yarar hizmetinin” aynı şey olduğu resmi olarak kabul edilmektedir. Bakınız: http://europa.eu/scadplus/glossary/public_service_en.htm

⁵¹ “Kamu sözleşmesi” (public contracts) olarak adlandırılan usulde, hizmet özel sektör temsilcisi tarafından yürütülür ve zarar olduğunda bunu idare tazmin etmektedir. “İmtiyaz” usulüne benzeyen metod ise, “concession” olarak adlandırılmaktadır ve AB'de çok daha az kullanılmaktadır. Çünkü burada tüm riski özel girişimci üstlenmektedir. Her ikisi kamu ihalesi (state procurement) ile verilmelidir.

gibi meselelerde yine kamu hukuku kuralları uygulanacağını da söylemek mümkündür.

2. KAMU HİZMETİ İLE İLGİLİ TEMEL MESELELERE YENİ YAKLAŞIMLAR

2.1. Kamu hizmetlerinin kurulması ile ilgili sorunlar

Kamu hizmetlerinin kurulması ile ilgili olarak aslında karşımıza iki sorun çıkmaktadır: Kamu hizmetinin kurulması idare için bir yükümlülük müdür? Kamu hizmetinin yasama işlemi ile kurulması zorunluluğu var mıdır?

Yukarıda da değinildiği üzere, AB kurucu anlaşmalarında kamu hizmetlerinin Avrupa'nın ortak değeri olduğu ve bunların sosyal ve bölgesel yakınlaşmada önemli rolü olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı'nın 36. maddesi kamu hizmetleri temel haklar arasında saymıştır. Gerçi bu madde hükmü, kamu hizmetlerine erişim hakkını Birlik Anlaşması'na uygun olarak kullanılacağını öngördüğü için, somut bir yükümlülük ortaya koymamaktadır.

AB kurumlarının çeşitli kararlarında "kamu hizmeti yükümlülükleri" ifadesini de görmek mümkündür⁵². Ayrıca kamu hizmetlerinin önemi sık sık vurgulanmaktadır⁵³. Fakat hangi hizmetlerin sunulmasının idare için bir ödev veya zorunluluk olduğuna dair açıklık bulmak mümkün değildir. Gerçi kara ulaşımı hizmetlerinin bir çok türünün kar elde ederek gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması halinde bile, Komisyon'un bu hizmetlerin üye devletler için yükümlülük olduğuna karar verdiğini görüyoruz⁵⁴. Ayrıca yukarıda açıkladığımız "evrensel hizmetler", sunulması asgari olan hizmetler olarak belirtilmiş yani bu konuda devletin (idarenin) yükümlülüğü kabul edilmiş, fakat

⁵² Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road, and repealing Council Regulations (EEC) No 1191/69 and (EEC) No 1107/70

⁵³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 12 May 2004 entitled "White Paper on Services of General Interest" [COM(2004) 374 final].

⁵⁴ Regulation (EC) No 1370/2007.

posta ve iletişim dışında şimdilik asgari hizmetlere neler dahil olacağına dair bir uzlaşma bulunmamaktadır.

“Evrensel hizmetler” grubu saklı kalmakla beraber, diğer hizmetler bakımından idarenin temin etmekle yükümlü olduğu hizmetlerin genel kriterlerine dair bir karar da bulunmamaktadır. AB Komisyonu’nun 2003 tarihli tebliğinde, üye devletlerde kamu hizmetlerinin sayısının, kapsamının, yürütülmesi usulünün ve farklı unsurlarının çeşitliliğinden söz edildiği ve kesin ortak kriterlerin ortaya konulmasının zorluğu dile getirildiği için, Birlik hukuku hizmetlerin kurulmasında herhangi bir zorunluluğu öngörmemektedir ve sorunu ulusal makamlara tevdi etmektedir denilebilir. Bunu kanıtlayan AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın Revize Edilmiş Hali’nin 14. maddesinin son cümlesidir: *AB Parlamentosu ve Konseyi, kamu hizmeti ile ilgili prensipler belirleyebilir; fakat bu prensipler üye devletlerin Anlaşmalara uygun olarak kamu hizmetlerinin kurulması, yürütülmesi ve finansmanı ile ilgili yetkilerini sınırlayamaz*⁵⁵.

Birlik hukukunun hizmetlerin kurulmasını idare için bir zorunluluk olarak öngörmemesinin bir nedeni daha bulunmaktadır. Bu neden ise, AB’nin kamu hizmetlerinin temininde de gittikçe tekelleşmeyi ortadan kaldırmayı, çeşitliliği ve rekabeti artırmayı hedeflemesidir. Böyle bir politika ışığında, kamu hizmetini devlet için bir zorunluluk olarak öngörmek, olası tekelleşmeyi davet etmek gibi anlaşılabilir.

Kamu hizmetlerine dair AB politikasının, bunların kim tarafından yürütüleceği değil de, nasıl sağlanacağı kaygısını taşıdığı bir gerçektir. Kaliteli, ulaşılabilir hizmetin verilmesi AB’nin bütünleşmesi için fevkalade önemlidir. Bu nedenle, AB hukukuna göre devletin (idarenin) yükümlülüğü, kim tarafından olursa olsun sonuçta kaliteli hizmetin birey ve kurumlara verilmesini sağlamaktır denilebilir. Bununla birlikte, üye devletler mümkün olduğu kadar hizmetlerin verilmesinde çeşitliliği

⁵⁵ AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın Revize Edilmiş Hali (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*): “*The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services.*”

sağlamalıdır⁵⁶. Aksi halde, bu zorunluğun hizmetin sırf idare tarafından verilmesi gerektiği anlamına geldiği sonucuna ulaşılabilir. AB politikası hizmetlerin özelleştirmesini şart koşmamakta; fakat bu hizmetlerin liberalleşmesine de önem vermektedir⁵⁷.

Kamu hizmetlerin kurulmasında yasama işlemine gerek duyulup duyulmadığı meselesi de AB hukuku tarafından düzenlenmemiştir. Kamu hizmetlerinin “milli mevzuatla” kurulması gerektiğine işaret edilmiş ise de, “mevzuat” anlayışına idari genel düzenleyici işlemler de dahil olduğu için, böyle düzenlemenin yasallık ilkesini getirdiğini iddia etmek güçtür.

AB'nin kamu hizmetlerinin kurulmasında böyle bir yaklaşımın izlenmesinin nedeni, üye devletlerde bu meselede farklı yolların izlenmesidir. Ayrıca İngiliz yerel yönetimler hukukunun da etkisiyle kamu hizmetlerinin kurulmasında yasama organının kararının zorunluluğu tartışılabilir. “*Home rule*” prensibi, kamu hizmetlerinin kurulmasında da yerel yönetimlere serbestlik tanımaktadır⁵⁸. Ayrıca federal devletlerde bu mesele eyaletlere bırakıldığı için, kamu hizmetlerinin kurulmasında merkezi yasama organının işlemini beklemek olası değildir. Diğer taraftan, günümüzde idareye yasal olarak verilen yetkilerin bir hayli geniş olması, kamu hizmetlerinin kurulmasında da dolaylı da olsa imkan sağlamaktadır denilebilir.

2.2. Kamu hizmetlerinin finansman meselesi

Kamu hizmetlerinin finansmanı meselesi, ülkelere göre değişmektedir. ABD’de kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret alınır. Devletin *sosyal devlet* olma özelliği arttıkça, kamu hizmetlerinin finansmanı daha çok devlet hesabına gerçekleştirilir. Avrupa ülkelerinde, kamu hizmetlerinin devlet yardımı

⁵⁶ Communication from the Commission of 26 April 2006, Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union [COM(2006) 177 final].

⁵⁷ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.230.

⁵⁸ “Home rule” için bakınız, Osborne M.Reynolds, **Local Governments Law**, West Group, Hornbook Series, St.Paul, MI 2001, s.76-78.

ile yürütülmesi inancının ve uygulamasının aktüel olsa da, bazı sektörlerde azaldığını vurgulamalıyız. AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'ya göre (yeni metinde madde 106), eğer devlet yardımı olmadan, belli bir hizmet amacına ulaşamayacaksa, o faaliyet devlet yardımları ile ve rekabet kuralları dışında yürütülebilir. Aynı anlaşmanın Ek 26. Protokolü, AB devletlerine ekonomik sayılmayan her tür kamu hizmetini kurma ve işletme yetkisini de vermektedir. Bu amaçla, AB'de çeşitli finansman yolları kullanılmaktadır. Bunların başlıcaları; devlet bütçesinden finansman, hizmetten yararlananlardan alınan hizmet bedeli, tarife konulması, hizmetin icrası özel hukuk kişisine verilmişse imtiyaz sahibine sağlanan ayrıcalıklar, ödemeler (tazminat) ve vergi indirimleri gibi metotlardır⁵⁹.

Genellikle, kamu hizmetlerinin devlet hesabına finansmanı ise üç kaynaktan yapılmaktadır: Bunlardan birincisi sosyal sigorta, ikincisi genel vergiler ve üçüncüsü de devletin ayırdığı diğer fonlardır. Bunların payı ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, Almanya'da sağlık hizmetlerinin finansmanının %69'u sosyal güvenlik sisteminden ve %6'sı genel vergilerden ödendiği halde, İngiltere'de bu oranlar sosyal güvenlik sistemi için %10 ve genel vergiler için %74'tür⁶⁰.

Hizmet sözleşme esasında özel sektöre gördürülmekte ise, devlet tarafından ödenecek tazminatın sınırı ve ölçüleri bulunmaktadır. Buna dair AB Komisyonunun 29.11.2005 tarihli ve "Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri" (*Services of General Economic Interest (SGEI Package)*) adlı kararına göre, şeffaf ihale sonucunda seçilecek şirkete ödenecek tazminat, hizmetin maliyetinin ve makul gelirin toplamını geçmemelidir. Ekonomik nitelikli hizmetlerin sunumunda, devlet tarafından hizmeti sunan işletmeye 3 yıl içinde sağlanan yardım 200.000 €'yu geçmiyorsa, bu yardım AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 107. maddesi

⁵⁹ European Commission, Green Paper on Services of General Interest, Punkt 62. 2003/0270 Final. Ayrıca bu yaklaşım AT Adalet Divanı'nın şu kararlarında tekrarlanmaktadır: C-320/91, Corbeau [1993], ECR p. I-2533, para. 14-16, C-67/96, Albany, [1999], ECR I-5751, para. 107.

⁶⁰ Catherine Needham, Allasdair Murrey, **The Future of Public Service in Europe**, Catalyst Publications, 2002, p.7.

kapsamında öngörölmüş devlet yardımı kapsamına girmez⁶¹. Bununla beraber, kamu ihaleleri ile ilgili şartlar yine saklıdır.

Yukarıdaki paragrafta gösterilen miktarı geçen yardım (tazminat ve ödemeler dahil) normalde AB Komisyonu'na devlet tarafından bildirilmelidir. 107. maddede bazı durumlar gösterilmiş ki, bu durumların varlığı halinde gösterilen devlet yardımı iç (ortak) pazara uygun yardım olarak kabul edilebilmektedir. Hastane ve toplu konut hizmetlerinde tazminatın üst sınırı olmadığı halde, diğer hizmet alanlarında bu sınır yıllık 30 milyon €'yu geçmesi halinde Komisyon bununla ilgili ayrıca bilgilendirilmelidir⁶².

Bir devlet kamu hizmetini tüketiciye ücretsiz verebilir mi? Başka bir ifade ile aynı faaliyetin özel girişimcilere açık olması durumunda, devletin bu tür bir hizmeti ücretsiz sağlaması haksız rekabete neden olur mu? AT Adalet Divanı bu durumlarda *a priori* kesin cevap vermemekte, her somut olayda ayrı bir araştırma yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Özellikle sosyal genel yarar hizmetlerinde devletin kamu hizmetini kendisinin yürütmesinin, Birlik hukukuna aykırı bir durum oluşturmadığını vurgulamak gerekir. Devlet, sözü edilen hizmeti üçüncü taraf aracılığıyla yürütmekte ise, *Altmark* davası ile konulan kriterler gözönünde bulundurularak ihale yöntemi, tazminatın miktarı, hizmetin maliyeti gibi çeşitli unsurlara göre karar verilmektedir⁶³.

AB Komisyonu'nun kamu hizmetleri hakkındaki 2007 tarihli kararında, ekonomik genel yarar hizmetlerinin bedel karşılığında verilmesi gerektiğini ifade etmiş; fakat bu bedelin mutlaka hizmetten yararlananlar tarafından karşılanması gerekmediğini de vurgulamıştır. Aslında bu tutarsız yaklaşımı şu şekilde yorumlamak mümkündür: Komisyon kararı masraftan değil de karşılıktan (renumeration) bahsettiği için, Komisyonun yaklaşımı hizmetin özel sektör tarafından verilmesidir. Bu da sırasıyla rekabet kurallarının uygulanmasına sebep olacaktır.

Avrupa'da mevcut eğilim, hizmetlerin mümkün olduğu kadar

⁶¹ Commission Regulation (EC) No **1998/2006** of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid.

⁶² SEC(2007) 1515.

⁶³ AT Adalet Divanı 24.07.2003 C-280/00 *Altmark Trans GmbH* davası.

tekelden çıkarılarak liberalleşmesi ve rekabete açılması yönündedir. Fakat bu eğilim mutlaka “hizmet ücretsiz verilemez” şeklinde yorumlanamaz. Örneğin, ilk öğretim ücretsiz olarak verildiği halde, paralı özel ilk öğretim okullarının da kurulması elbette ki mümkündür.

2.3. Kamu hizmetlerin özelleştirilmesi sorunu

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğilimi, DTÖ'nün çalışmaları sonucu ve özellikle GATS ile hız kazanmıştı. Şöyle ki; gerek GATS kapsamında yapılan toplantılarda gerekse de Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası kapsamında yapılan toplantılarda kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi için neo-liberalci yaklaşımla hükümetlere baskı yapılmaktadır⁶⁴. Her ne kadar DTÖ'nün resmi web sayfasında üye devletlerin hiç bir sektörünü özelleştirme hatta ihaleye çıkarma zorunluluğunun olmadığı beyan edilse de⁶⁵, uygulamada ABD ve AB lobilerinin gelişmekte olan devletlere özelleştirme konusunda ciddi baskı yaptıkları bilinmektedir.

AB kurumlarının ise, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi için resmi olarak hiç bir ısrarı ya da yönlendirilmesi mevcut değildir. Bununla birlikte, ilgili sektörün rekabete açılması ve mümkün olduğunda kamu hizmetlerinin “*public-private partnership*” (PPP) şeklinde verilmesi tavsiye edilmektedir; dolayısıyla hizmetin emanet şeklinde yürütülüp yürütülmemesi tamamen üye devletlerin takdirine bırakılmaktadır⁶⁶. Bununla beraber, AB Komisyonu'nun uluslararası şirketlerin çıkarlarını savunduğunu, bu sebeple de dolaylı şekilde özelleştirmeyi teşvik ettiği de ileri sürülmektedir. Örneğin, GATS çerçevesinde yapılan Doha toplantılarında, Komisyon gelişmekte olan ülkelerin içme suyu sisteminin özelleştirmeye açılmasını istemekte ise de başarılı olamamıştır⁶⁷. AB Komisyonu günümüzde Avrupa'da da su hizmetlerinin

⁶⁴ Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008, s. 16.

⁶⁵ http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsfacts1004_e.pdf

⁶⁶ MEMO/09/509, 19.11.2009, Commission Communication on Public Private Partnerships.

⁶⁷ McGiffen Steve, *Poisoned Spring: EU Promotes Privatisation of Water in Developing Countries*, 9 December 2008, bakınız: <http://www.spectrezine.org/europe/water2.htm>

özelleştirilmesinden yana görünmektedir. Komisyon'un bu yöndeki 2003 yılındaki girişimi AB Parlamentosu tarafından Ocak 2004 tarihli kararı ile geri çevrilmiştir. 15 Ocak 2010 tarihinde Komisyon sözcüsü Michel Barnier'in, su ihaleleri ile ilgili yeni bir direktifin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmesi, olası yeni bir özelleştirme baskısı için teşebbüs olarak değerlendirilebilir⁶⁸.

AB'de yürütülen iç pazarı bütünleştirme politikası, dolaylı araçlar kullanarak özellikle iktisadi kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine sebep olmaktadır. Örneğin, 1992 Maastricht Anlaşması öncesinde, üye devletlerin bütçe açıklarının ve kamu borçlarının azaltılması gerekiyordu. Bu da kamu hizmeti veren bir çok kurum ve kuruluşun özelleştirilmesine sebep olmuştu. Ayrıca, ekonomik faaliyetlere devlet yardımları çeşitli mekanizmalarla engellendiği için, bu husus ticari ve sınai hizmetlerin imtiyaz ya da müşterek emanet usulü ile yürütülmesini zorlaştırmakta ve dolayısıyla özelleştirmeye sebep olmuştu⁶⁹. Sonuç olarak da, Avrupa genelinde iletişim ve enerji sektörü giderek kamu mülkiyetinden çıkmıştır. Örneğin, Fransa enerji hizmetlerinin boru hatları gibi altyapısını kamu mülkiyetinde tutarken, Almanya'da altyapı da satılmaktadır⁷⁰. Çeşitli sektörlerin özelleştirmeye açıldığı da gözlenmektedir. Örneğin, yangın söndürme hizmeti Danimarka, Finlanda, İspanya ve Slovakya'da özelleştirmeye açılmıştır⁷¹.

Daha önce tekel şeklinde sunulan bir hizmetin doğrudan özelleştirilmesinin, hizmetin kalitesi ve fiyatı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceğini vurgulamak gerekir. Çünkü altyapısı ile

⁶⁸ *Will the New Commission Push for Water Privatisation in Europe?*, Spectrezine, 2.02.2010, bakınız: <http://www.spectrezine.org/will-new-commission-push-water-privatisation-europe>

⁶⁹ Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008, s. 17.

⁷⁰ Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007, s.17.

⁷¹ Jane Lethbridge, **Privatisation of Ambulance, Emergency and Firefighting Services in Europe – A Growing Threat?**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, June 2009, s.5

beraber hizmeti de ele geçiren özel girişimci, büyük olasılıkla kamu yararını göz önünde tutmadan hareket edeceği ve esasen bir rekabet ortamı olmayacağı için hizmetten yararlananlar karlı çıkmayacaklardır. AB Komisyonu, altyapı (dağıtım şebekesi) özelleştirilmesinde hizmeti veren şirketten başka bir şirketin tercih edilmesini istemektedir⁷². Böylece tekelleşmenin önüne geçilmesi istenmektedir. Aslında yasal olarak da dağıtıcı kurum ile hizmeti veren kurum farklı olmalıdır⁷³, fakat uygulamada bu durum her iki şirketin aynı gruba ait olmasına engel değildir.

Son ekonomik kriz, kamu hizmetlerinde özelleştirmeyi frenlemiştir. Örneğin, İsveç satışlardaki genel azalma sebebiyle özelleştirme programını şu an tamamen askıya almış durumdadır. Fransa'da *La Poste*'un özelleştirilmesi de askıya alınmıştır. İngiltere daha önce tüm postayı özelleştirmek isterken, şu an kısmi özelleştirmeden yanadır. Diğer taraftan, bankalar krediyi devlete az, özel sektöre daha yüksek faizle verdikleri için, hizmetlerin icrasında PPP sistemi bile şu an için cazibesini kaybetmiş görünmektedir⁷⁴.

3. AB MEVZUATINDA KAMU HİZMETLERİNİN ÖZELLİKLERİ

Yukarıda da vurguladığımız gibi, kamu hizmetlerine olan yaklaşım, 1996 yılından bu yana AB'de değişim süreci yaşamıştır. Kamu hizmetlerinin tanımında, hangi hizmetlerin ekonomik, hangilerinin idari ve sosyal hizmetler olduğu ve üye devletlerin bunların temininde izleyeceği politikanın nasıl olması gerektiği noktasında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Ciddi değişimler ekonomik kamu hizmetlerinde göze çarpmaktadır. Bunların hukuki rejimi gittikçe pazar ekonomisi, rekabet ve özel hukuk kurallarına yaklaşmıştır.

Kamu hizmetlerinin kendine has bir takım özellikleri elbette ki

⁷² Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007, s.19.

⁷³ The EU Directives on Electricity of 1996 (96/92/EC) and Gas from 1998 (98/30/EC).

⁷⁴ Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008, s.5.

olmalıdır. Bu özellikleri, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin sebep ve amaçları belirlemektedirler. Kamu hizmetinin özellikleri konusunda bir takım farklı fikirler olmakla beraber, herkesin üzerinde mutabık kalacağı bir takım özelliklerin olduğu da bir gerçektir. Örneğin, Avrupa Komisyonu 2003 tarihli senedinde⁷⁵ bunları görmek mümkündür. AB'nin liberalizm anlayışına dayalı ekonomik birlik olması, “tek pazar”, hizmetlerin engelsiz dolaşımı ve serbest rekabetin sağlanması hedefleri, kamu hizmetlerinin özelliklerini de belli ölçüde etkilemiştir. AB Konseyi'nin 2000 yılındaki Lizbon Özel Toplantısı'nda kabul edilen stratejiye göre, Avrupa'nın daha rekabetçi hale getirilebilmesi ve dünyadaki süreçlere uyum sağlayabilmesi için gaz, elektrik, posta, ulaşım gibi belli sektörlerin tamamen rekabete açık hale getirilmesi amaçlanmıştır⁷⁶.

Bu noktada, AB'de kamu hizmetlerinin mevcut özelliklerinin neler olduğuna kısaca göz atmak gerekmektedir. Genel olarak bu özellikleri hizmetin sürekliliği, kalitesi ve etkililiği, hizmet temininin güvenliliği, hizmete eşit şekilde ulaşım, karşılanabilir fiyat, sosyal, medeni ve çevresel kabuledilebilirlik, tüketici haklarının korunması, az gelirliler ve özürsüz tüketicilerin dikkate alınması, hizmetin temininde şeffaflık, bireylerin katılımı oluşturur⁷⁷. Türk hukukçularının da üzerinde uzlaştığı bu özellikler arasında hizmetin sürekliliği ve güvenliliği, hizmetin kalitesi, kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ve bedel sorunu ön plana çıkmaktadır.

3.1. Hizmetin sürekliliği ve güvenliliği

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olması şartı, yeni yaklaşımda da varlığını korumuştur. Bunlara bir de hizmetin güvenliliği de eklenmiştir ki, bu da hizmetin sunulma metoduna aittir. Şöyle ki; hizmetin sunum şekli, çevre temizliği ile tüketicilerin bedensel ve ruhsal

⁷⁵ “Green Paper on Services of General Interest”.

⁷⁶ http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/general_framework/c10241_en.htm

⁷⁷ Public Service Charter, bakınız: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm

sağlığını tehlikeye atmamalıdır⁷⁸. Aslında hizmet kusuruna sebep olan bu durum (hizmetin kötü işlemesi), dolaylı olarak kamu hizmetlerinin özellikleri arasında zaten yer almaktaydı. AB hukukunda bu şartın altının çizilmesi, daha çok çevre politikası ve tüketici haklarının korunması kaygısından kaynaklanmaktadır.

Girişimciler ayrı ayrı kamu hizmetlerini ruhsat ya da sözleşme esasına göre yürütüyorlarsa, onlar da hizmette süreklilik ve güvenlik prensiplerine uymalı, yetkili idari otorite ise bu prensiplere uyulup uyulmadığının denetimini yapmalıdır⁷⁹.

3.2. Kamu hizmetlerinin kalitesi

Literatürde “değişkenlik” ve “uyarlama” gibi kavramlarla tanımlanan kamu hizmetinin bu özelliği, AB hukukunda “kalite” olarak yer almakta ve hizmetin belli (iyi, tatminkar) kalitede verilmesini öngörmektedir⁸⁰. Hizmetin iyi bir kalitede olması şartını, AB kurumlarının bununla ilgili tüm senetlerinde görmek mümkündür.

Peki kamu hizmetlerinin kalitesi bağlamında, hizmeti sürekli bir biçimde yenilemek ve iyileştirmek idare için bir yükümlülük sayılmalı mıdır? Fransız literatüründe bunu destekleyen fikirler bir hayli fazladır⁸¹. Bununla birlikte, genel yaklaşımda bu fikir tartışmalıdır. ABD’de kamu hizmetleri idare için genellikle bir yükümlülük olarak kabul edilmemektedir. Alman hukukunda ise kamu hizmeti anayasal bir kurum olmakla beraber, devletin böyle bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmemiştir. Diğer taraftan, bu mesele devletin mali gücü ve kaynakları ile yakından ilgilidir. Ayrıca konu idari takdir yetkisine dahil olduğundan, pozitif ve ölçülebilir somut bir yükümlülüğün olduğunu iddia etmek zor görünmektedir.

AB’de ise durum farklıdır. Kamu hizmetlerinin tartışılmayan tek

⁷⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0374:FIN:EN:DOC>

⁷⁹ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010, s. 694.

⁸⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0374:EN:HTML>

⁸¹ Chevallier, *Service Public*, Paris, 1987, s.43. Nakleden: Gözübüyük, Tan, I Cild, s.447.

özelliği kalite talebidir. Kaliteli hizmetin sunulması gereği, AB kurumlarının çeşitli kararlarında ve gerekçelerinde görmek mümkündür⁸². Bunların yanısıra “iyi yönetim” prensibi gereğince, hizmetin zaman zaman iyileştirilmesi gereğini inkar etmek mümkün olmasa gerekir. Bu noktada, AB Komisyonu’nun 19.01.2001 tarihli tebliğine değinmek gerekmektedir. Nitekim, bir faaliyet kamu hizmeti olarak sunuluyorsa, idare onun tüm ülkede makul fiyat ve kalitede olmasını temin etmelidir. Tüketicilere ve ticari teşebbüslere yüksek kalitede kamu hizmetleri sunulmasının Birliğin önemli görevleri arasında olduğu, AB Parlamentosu’nun ve Komisyon’unun ortak görüşü olduğu söylenebilir⁸³. Sadece, bu görevin kesin olarak hangi hizmetlere ait olduğu tam olarak belirlenmemiştir.

3.3. Eşitlik

AB hukukunda bu şart daha çok “*universality and equality of access*” olarak ifade edilmektedir⁸⁴. AB Komisyonu’nun da diğer kararlarını gözönüne alacak olursak, bu şartı bir AB üye devletinin sınırlarının ötesinde herkesin hizmetten faydalanabilmesi, herkesin hizmete ulaşabilmesi olarak ifade etmek mümkündür.

Bununla beraber, kamu hizmetlerinin sunulmasında vurgulanan bu özellik, idare hukukunun “objektif eşitlik” prensibinden daha çok ortak/tek pazar, tüketici haklarının korunması ve serbest rekabet imkanının temin edilmesi isteğinden kaynaklanmaktadır⁸⁵.

3.4. Kamu hizmetlerinden yararlanmada bedel sorunu

AB hukukunda bedelsizlik, kamu hizmetinin bir özelliği olmaktan çıkmış görünmektedir. AB hukuki senetlerinde “*affordable*

⁸² Communication of European Commission on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para. 3.

⁸³ "White Paper on Services of General Interest" [[COM\(2004\) 374](#) final].

⁸⁴ European Parliament Resolution of 13 January 2004 on the Green Paper on Services of General Interest [A5-0484/2003].

⁸⁵ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services, in FACTA UNIVERSITATIS*, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.39.

prices” koşulu öngörülmektedir ki, bu terim makul ve karşılanabilir fiyat olarak ifade edilebilir⁸⁶. Aslında ekonomik olmayan (idari ve sosyal) hizmetlerden önemli bir kısmı güvenlik⁸⁷, park ve bulvar gibi kamuya açık yerlerin kullanımı Avrupa’da hala bedelsiz olarak verilmektedir. “Karşılanabilir fiyatın” belirlenmesinde, dar gelirli bireyler ayrıca gözönüne alınmalıdır⁸⁸. Bununla beraber, günümüzde özellikle ulaşım ve doğal gaz temini gibi hizmetlerin fiyatlarının belirlenmesinde, tamamen pazar ekonomisi ve rekabet kurallarının dikkate alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.5. Diğer prensipler

Birlik hukukunda kamu hizmetlerine günümüzde hakim olan özellikler arasında, hizmetin bireylere mümkün olduğu kadar yakın (yerel) idari birimler tarafından sağlanması, kamu ihalelerinde şeffaflık, bireylerin kamu hizmetlerinin icrasına katılımı, aynı kamu hizmetinin çeşitliliği, her kesimden insan için ulaşılabilir olması, tüketici hakların korunması, kamu hizmetlerinin çevreci olması gibi özellikler sayılmaktadır. Bütün bu özelliklere ek olarak son zamanlarda kamu hizmetlerinin halkın sosyal ve medeni geleneklerine uyum sağlaması gerektiği gibi yeni bir özelliğin de ortaya atıldığından bahsetmemiz gerekmektedir⁸⁹.

SONUÇ

Dünya ticaretinin en önemli aktörlerinden birisi olan DTÖ, ticaretin ve ticaret yöntemiyle sunulan sınır ötesi hizmetlerin önündeki engellerin çok taraflı müzakereler yoluyla kaldırılmasını amaçlamaktadır. Aynı şekilde, genişleyen ve entegrasyonu gittikçe derinleşen AB, kamu hizmetlerinin tüm Avrupa’da belli bir kalitede sunulmasını hedeflemektedir. AB, bu hedefe ise, liberal ekonomi politikaları ile ulaşmak arzusundadır. Fakat nasıl ki, zaman içerisinde

⁸⁶ Communication [COM(2007) 725 final], para. 3.

⁸⁷ Güvenlik ve adliye kolluk hizmeti olduğu halde, AB senetlerinde kamu hizmetleri türü (non-market, non-ekonomik) olarak öngörülmemektedir.

⁸⁸ 12.05.2004 "White Paper on Services of General Interest" [COM(2004) 374 final].

⁸⁹ Public Service Charter, bakınız: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm

liberal devlet kendini sosyal hukuk devletine terk ediyor ise, Avrupa’da kamu hizmetlerinin yürütülmesi rejimi sorununda, klasik liberal ekonomik politikalardan yavaş yavaş vazgeçildiği gözlemlenmektedir. Özellikle 1996 yılında dile getirilen kaygıların Birlik uygulaması ve AT Adalet Divanı kararlarına nasıl yansıdığına analizi bu savı doğrular niteliktedir.

Her ne kadar, klasik liberal ekonomi politikarından yavaş yavaş vazgeçildiği gözlemlenmekte ise de, kamu hizmetleri bağlamında hizmet alanlarının rekabete açılması, çeşitliliğinin ve kalitenin artırılması, aslında yine liberal ekonomik politikalar ışığında açıklanmaya çalışılmıştır. Şöyle ki; hizmet alanlarının rekabete açılması, çeşitliliğinin ve kalitenin artırılması gibi bütün bu gelişmeler tüketici (birey) haklarını korumaya yönelik olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, serbest pazar aktörlerinin kamu hizmetlerini rekabet kuralları çerçevesinde görmelerinin sağlanmadığı bir ortamda, Birliğin ve üye devletlerin bu kamu hizmetlerinin teminini bizzat kendileri sağlamak durumunda kalacakları iddia edilmektedir. Oysa, son ekonomik krizde, özel sektörün hizmetleri iyileştirmek ve devam ettirmek yerine, kurumsal varlıklarını devam ettirmeye çalıştığı, kamu hizmetleri zarar görmesin diye devletlerin özel girişimcilere mali yardımda bulunmak zorunda kaldığı gözlemlenmiştir. Bu da göstermektedir ki, serbest pazar ve rekabetin kamu hizmetlerini daha üst düzeye çıkaracağına dair iddia henüz kanıtlanamamıştır. Bu sebeple, devletin temel hizmetlerin sunumunda tekel uygulamamakla beraber, hakim tutumunu devam ettirmesi gerektiğine inanmaktayız⁹⁰.

KAYNAKÇA

A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010.

Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İlhan Özay (der.), **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

⁹⁰ Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008, s.7

Ali D. Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” AÜ HF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4.

Ali D. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of General Interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Aydın GÜLAN, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S.1-4.

Bahtiyar *Akyılmaz* Murat *Sezginer* Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Catherine Needham, Allasdair Murrey, **The Future of Public Service in Europe**, Catalyst Publications, 2002.

Commission Communication - Services of General Interest in Europe [Official Journal C 281 of 26.09.1996].

Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2009.

European Parliament, Motion for Resolution, 4 March 2010, para.17, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2010-0165&language=EN>

Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008.

http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/guides_en.htm

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/undertakings_partners/glover.pdf; Global Unions - ETUC – WCL: Statement On The GATS Negotiations, available at http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/icftugats_e.doc

http://www.cedag-eu.org/index.php?page=services-of-general-interest&hl=en_US

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm

http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsfacts1004_e.pdf

İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa Yayınları, [Dördüncü Baskı], 2002.

İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2008.

Jane Lethbridge, **Privatisation of Ambulance, Emergency and Firefighting Services in Europe – A Growing Threat?**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, June 2009.

Joint cases C- 180 to C- 184/98, Judgment of the Court of Justice of 12 September 2000, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451.

Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2009.

Kenneth Kernaghan, *Encouraging “Rightdoing” and Discouraging Wrongdoing: A Public Service Charter and Disclosure Legislation*, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability Research Studies Volume 2: The Public Service and Transparency*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006.

Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008.

Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008.

Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*.

McGiffen Steve, *Poisoned Spring: EU Promotes Privatisation of Water in Developing Countries*, 9 December 2008, bakınız: <http://www.spectrezine.org/europe/water2.htm>

Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.

Osborne M.Reynolds, **Local Governments Law**, West Group, Hornbook Series, St.Paul, MI 2001.

Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007.

Raj Bhala, **International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice**, Third Edition, LexisNexis, NJ 2008.

Report of Local Governments International Bureau, June 2004, available at: www.lgib.gov.uk

Sıddık Sami ONAR; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

The European Regional Executive Committee of Public Services International, EUREC, Resolution on Trade in Services, 12 June 2001, available at: <http://www.epsu.org/a/1237>

White Paper on Services of General Interest, COM (2004) 374 final of 12.05.2004, Annex 1.

Will the New Commission Push for Water Privatisation in Europe?, Spectrezine, 2.02.2010, <http://www.spectrezine.org/will-new-commission-push-water-privatisation-europe>

Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990.