

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

HUKUKİ BOYUTUYLA EVRENSEL HİZMET

Eser US

Danışman
Prof Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL

2010

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

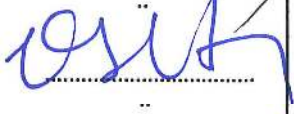
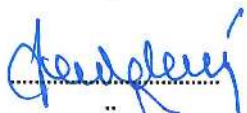
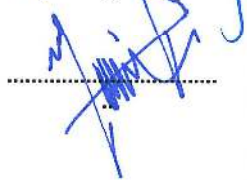
2003800298

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Eser US
Tez Başlığı : Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet

Savunma Tarihi : 10.06.2010

Danışmanı : Prof.Dr.Meltem KUTLU GÜRSEL

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Meltem KUTLU GÜRSEL	D.E.Ü.Hukuk Fakültesi	
Prof.Dr.Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Doç.Dr.Oğuz SANCAKDAR	D.E.Ü.Hukuk Fakültesi	
Prof.Dr.Fevzi DEMİR	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof.Dr.Yahya ZABUNOĞLU	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	

Eser US tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet"başlıklı Doktora Tezi olarak ()oybirliği ()oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

..../..../.....

Eser US

İmza

ÖZET

Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet Eser US

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Doktora Programı

Devlet kavramının tanımlanmasındaki aslı unsurlardan olan ve çoğu kez “devletin işlevi”ne denk olarak kabul edilen kamu hizmeti kavramında, özellikle son otuz yıl içinde ciddi bir değişiklik gözlemlenmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nin liberal ekonomi uygulamaları, küreselleşme süreciyle birlikte Avrupa ülkeleri hukuk sistemleri üzerinde kendisini göstermiş, özellikle de Avrupa Birliği ile üye devlet hukukları üzerindeki etkisi kaçınılmaz hale gelmiştir. Avrupa yapılanmasının iktisadi anlayışının kamu hizmetleri üzerindeki ilk etkisi ise kamu hizmetinin klasik kavramlarındaki değişim ile ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği’nin liberal ilkelere dayalı ve serbest rekabet kurallarının hâkim olduğu bir ortak pazarın yaratılması amacı, kamu hizmetleri alanının serbest rekabet araçlarına açılması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, Avrupa Birliği, bu amaca görece engel olan kamu hizmeti kavramına kendi mevzuatında yer vermemiş olup, bu kavram yerine, “genel ekonomik yarar hizmeti”, “evrensel hizmet” ve “kamu yükümlülükleri” gibi klasik kamu hizmetlerini hatırlatacak bir takım terimler kullanılmaktadır. Avrupa Birliği evrensel hizmete ilişkin ilk düzenlemesini, 1987 tarihli Telekomünikasyon alanının serbestleştirilmesine yönelik Yeşil Kitap ile yapmıştır. Daha sonra birçok metinde kendine yer bulan evrensel hizmet kavramı, iç pazarın altyapısını oluşturan telekomünikasyon sektöründe kabul edilmiş ve bilgi toplumu sağlama amacıyla olduğu vurgulanmıştır. 1992 tarihli Posta hizmetlerine ilişkin Komisyon tarafından hazırlanan Yeşil Kitap’ta evrensel hizmet, “Topluluğun bütününde, coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkese ulaşılabilir fiyat ve belirli bir kalitede sağlanan temel hizmet” olarak tanımlanmıştır.

Evrensel hizmet kavramının yasal bir düzenleme ile Türk Hukukunda kendine yer bulması ise, 16.6.2005 tarih ve 5639 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile gerçekleşmiştir. Bu düzenlemeyle, telekomünikasyon ve elektronik haberleşme hizmetlerinin evrensel hizmet kapsamına giren ve yerine getirilmesinde mali güçlük bulunduğu için işletmeciler tarafından kaçınılan temel hizmetler yükümlülük olarak getirilmiştir. Bu yükümlülüğün yüksek maliyetler nedeniyle üstlenilmemesini bertaraf etmek amacıyla da bir finansman sistemi öngörülmüştür.

Sonuç olarak evrensel hizmet kavramı, gerek Avrupa Birliği uygulamasında gerekse Türkiye’de, serbest piyasa ekonomisine açılan kamu hizmeti alanlarında bir yandan rekabet açısından güvence sağlarken, diğer yandan da piyasa başarısızlığı durumuna karşı hizmetten yararlananları koruyucu işleve sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti, Serbestleştirme, Genel Ekonomik Yarar Hizmeti, Telekomünikasyon Hizmetleri, Evrensel Hizmet.

ABSTRACT

The Universal Service And Its Legal Dimension

Eser US

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Doctorate Program**

Crucial changes have been observed for 30 years in the concept of public service which is an essential element to describe state notion. Besides, the concept is mostly received in terms of state function. In the context of globalization, the national legislative frames are broadly influenced by the United States' liberal economy practice. The effect of this practice is notably visible in the legislative frames of member states of the European Union (EU). First impact of economic structure of the Community on the public service is reflected in the evolution of the classic concept of public service.

Within the EU, adhesion to the principles of liberal economy leads to the creation of European common market and opens public service area to the instruments of competition. However, public services are not regulated by Community legislation, which creates a question of competence. That interference is avoided by the use of terms as "service of general economic interest", "universal service " and "public obligations", which remind exactly classical public services.

The EU set up its first legislative act concerning universal services with the Green Paper on "the Liberalization of Telecommunications Infrastructure" in 1987. Following this act, the concept of universal service is used in numerous documents. It is admitted as a part of telecommunications area which composes the infrastructure of internal market. It is also emphasized that the universal service guaranteed the development of the intelligence society. The Green Paper of the European Commission on the "Development of the single market for Postal Service", in 1992, describes the universal service as follows: "a minimum range of services of specified quality which must be provided in all Member

States at affordable prices for the benefit of all users, irrespective of their geographical location".

The regulation in full measure of universal service intervened with code 5639 in May 16th, 2005. Turkish legislator's definition for minimum service and universal service complies with pre-established definitions: "every individual is entitled to receive inside national borders, and against affordable remuneration, services of electronic communications in a particular quality"

With this regulation, minimum services became constraining in Turkey, including telecommunications services and the electronic services considered to be universal services. They were avoided by entrepreneurs for difficulties of executions in financial terms. Resulting directly from the Code, financial obligations committed to entrepreneurs appearing in the competitive market in order to avoid risks with social consequences.

As a result, either in EU practice or in Turkey, the application of universal service concept promotes not only an equitable competition, but also protects individuals against the possible failure of the market.

Key words: Public Service, Liberalization, Services of General Economic Interest, Services of Telecommunications, Universal Service.

HUKUKİ BOYUTUYLA EVRENSEL HİZMET

DOKTORA TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET KAVRAMININ DOĞUŞU

I.KAMU HİZMETİ KAVRAMI	3
A. Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı	3
1. İktisat ve Kamu Maliyesinin Konusu Olarak Kamu Hizmeti Kavramı	3
2. Devletin İşlevi Olarak Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Yaklaşım	6
B. Fransız Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı.....	8
1. Fransa’da Kamu Hizmeti Kavramının Gelişimi	8
2. Fransa’da Kamu Hizmetlerinin ve İlkelerinin Dönüşümü	10
C. Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı	14
1. Organik Unsur	15
a. Kamu Hizmetlerinin Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından Yürütülmesi	16
b. Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Eliyle Yürütülmesi	17
2. Maddi Unsur	19
aa. Toplumsal İhtiyaçların Karşıllanması Zorunluluğu.....	20
bb. Kamu Yararı Kavramı	23
3. Şekli Unsur.....	26
II.KAMU HİZMETİ KAVRAMINDAKİ GELİŞMELER	27
A. Küreselleşme ve Neoliberal Politikaların Kamu Hizmeti Kavramına Etkisi	27
B. Kamu Hizmeti Temel İlkelerinde ve Terimlerinde Bakışım	32
C. Kamu Hizmetinin İşletilmesi ve Regülasyon.....	35

III. EVRENSEL HİZMET KAVRAMINI DOĞURAN SİYASİ NEDENLER VE KAVRAMIN GELİŞİMİ	39
A. Evrensel Hizmet Kavramının Ortaya Çıkışı	39
1. Amerika Birleşik Devletleri’nde Evrensel Hizmeti Doğuran Politik Nedenler	39
2. Kamu Hizmeti Kavramına Avrupa Birliği Yaklaşımı ve Evrensel Hizmet ..	41
a. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı	42
b. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı İle İlgili Kavramlar	46
aa. Genel Yarar Hizmetleri	46
bb. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri	48
aaa. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramının Belirlenmesi	48
bbb. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kapsamı ve Değerlendirme ..	53
cc. Kamu Hizmeti Yükümlülükleri (Zorunlu Hizmetler)	56
dd. Evrensel Hizmet Kavramı	56
c. Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında Kamu İşletmeleri	58
d. Avrupa Birliğinde Evrensel Hizmet Kavramının Benimsenmesi	64
B. Türkiye’de Evrensel Hizmet Kavramının Ortaya Çıkışı	67
1. Evrensel Hizmetin Kavramsal Kabulü Olarak ve “Asgari Hizmet” Kavramı	67
2. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Hukuki Niteliği	68
3. Türkiye’de Evrensel Hizmet Kavramına Giden Süreç	70
a. Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Serbestleştirme ve Özelleştirmeler	70
aa. Genel Olarak Özelleştirme Kavramı	70
aa. Türkiye’de Özelleştirme	74
aaa. Türk Hukukunda Özelleştirmenin Yasal Dayanakları	74
bbb. Türkiye’deki Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Genel Değerlendirme	78
b. Sektöryel Bir Seçim Olarak Türk Telekom Özelleştirilmesi	81
aa. Özelleştirme Süreci ve Yasal Dayanaklar	81
bb. Türk Telekom Özelleştirmesi	85

İKİNCİ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET KAVRAMI VE TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM 88

I. EVRENSEL HİZMETİN TANIMI

A. Karşılaştırmalı Hukukta Evrensel Hizmet Tanımı	88
1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Evrensel Hizmet Kavramı	88
2. Avrupa Birliği'nin Evrensel Hizmet Tanımı ve Uygulaması	95
3. Fransa'da Evrensel Hizmet Kavramı ve Uygulaması	99
4. Türkiye'de Evrensel Hizmet Tanımı.....	102
B. Evrensel Hizmetin Kriterleri	108
1. Genel Kriterler	109
a. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Alanı	109
b. Sosyal Refahın Sağlanması Gerekçesi	111
c. Ekonomik Büyüme Planı Olarak Evrensel Hizmet	112
2. Özel Kriterler	114
a. Standart Kalitede Hizmet	114
b. Makul Fiyat	118
II. EVRENSEL HİZMET ALANI VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ	120
A. Karşılaştırmalı Hukukta Evrensel Hizmetin Kapsamı	120
1. ABD'de Evrensel Hizmetin Kapsamı	120
2. Fransa'da Evrensel Hizmet Kapsamı	121
B. Türkiye'de Evrensel Hizmet Alanı ve Kapsamı	122
III. EVRENSEL HİZMET YÜKÜMLÜSÜ	126
A. Evrensel Hizmetin Gördürülme Usulleri	126
1. İmtiyaz Usulü	128
2. Görev Sözleşmeleri	132
3. Ruhsat Usulü	133
4. Genel İzin	135
B. Evrensel Hizmet Yükümlüsünün Belirlenmesi	136
C. Evrensel Hizmet Yükümlüsünün Sorumlulukları ve Hakları	139
IV. EVRENSEL HİZMETİN FİNANSMANI	141
A. Evrensel Hizmetin Finansman Usulleri	141

1. Hizmetin Kendi İçinden Finansmanı	142
a. Tarife Dengelemesi Yöntemi	142
b. Transfer Yöntemi	145
2. Hizmetin Dışarıdan Finansmanı ya da Evrensel Hizmet Fonu	148
B. Türkiye’de Evrensel Hizmetin Finansmanı	152
1. Türkiye’de Evrensel Hizmetin Finansman Usulü	152
2. Türkiye’de Evrensel Hizmet Fonu Uygulaması	155
V.EVRENSEL HİZMET İLKELERİ	161
A. Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri	161
1.Süreklilik İlkesi	161
2. Eşitlik ve Nesnellik İlkesi	164
3. Değişkenlik İlkesi	168
4. Bedelsizlik İlkesi	170
B. Kamu Hizmetinin Yeni İlkeleri.....	173
1. Şeffaflık ve Katılım İlkesi.....	173
2. Yalınlık İlkesi.....	177
3. Ulaşılabilirlik İlkesi	178
4. Güven ve Sorumluluk İlkesi.....	179
5. Kalite ve Etkinlik İlkesi	182
C. Evrensel Hizmet İlkeleri	184
1. 5369 Sayılı EHK’da Evrensel Hizmet İlkeleri	184
2. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun Düzenlediği İlkeler	186
VI. EVRENSEL HİZMETİN MİSYONU: BİLGİ (ENFORMASYON)	
TOPLUMU	188

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET ALANININ DÜZENLENMESİ

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVRENSEL HİZMET ALANININ	
DÜZENLENMESİ	193
A. Amerika Birleşik Devletleri	194
B. Fransa	195

II. TÜRK HUKUKUNDA EVRENSEL HİZMET ALANININ	
DÜZENLENMESİ	198
A. Ulaştırma Bakanlığı'nın Evrensel Hizmet Alanındaki Rolü.....	199
B. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Evrensel Hizmet Alanındaki	
Rolü	201
1. Kurumun Teşkilat Yapısı	201
2. Kurumun Görev ve Yetkileri	205
a. Kurumun Düzenleme Yetkileri	205
b. Kurumun Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkisi	207
C. Rekabet Kurumunun Evrensel Hizmet Alanındaki Rolü	209
SONUÇ	214
KAYNAKÇA	218

KISALTMALAR

AİD	Amme İdaresi Dergisi
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜEBD	Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BTK	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu)
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Com.	Avrupa Birliği Komisyonu
Çev.	Çeviren
D.	Danıştay
DD.	Danıştay Dergisi
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
EHK	Evrensel Hizmet Kanunu
HÜEBD	Hacettepe Üniversitesi Eğitim Bilimleri Dergisi
İHİD	İdare Hukuku ve İlimler Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜSBFD	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsü
OECD	Organization For Economic Cooperation And Development / İktisadi Kalkınma Ve İşbirliği Örgütü
PTT	Posta, Telefon, Telgraf Genel Müdürlüğü
RA	Revue administrative

RAE	Revue administrative europ�enne
RG	Resmi Gazete
RFDA	Revue françaises de droit administratif
RK	Rekabet Kurumu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
TİD	Türk İdare Dergisi
TK	Telekomünikasyon Kurumu (BTK)
TODAİED	Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Dergisi
UM	Uyuşmazlık Mahkemesi

GİRİŞ

Türkiye’de de Telekomünikasyon sektörünün piyasa ekonomisine açılmasını müteakiben, 25.6.2005 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile evrensel hizmet kavramı yasal dayanağa kavuşmuştur. 5369 sayılı Yasa ile, bu alanda, AB müktesebatı ile belirli düzeyde uyum sağlanmıştır. Hukuki olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin sabit telefon ve altyapısı üzerindeki “*de jure*” tekelinin kaldırılması da dahil olmak üzere tam piyasa serbestleştirilmesi tamamlanmıştır. Devlet, hukukunun geçerli olduğu ve fakat piyasa yasaları, meslek kuralları, yönetim anlayışları ve gelenekleri gibi kuralların da işlediği, bu nedenle de bireysel özgürlüklerin korunması gereği nedeniyle alanın düzenlenmesi ve düzgün işleminin güvence altına alınmasını devlet tüzel kişiliği dışında yer alan kurumlara bırakmıştır.

Bu anlamda çalışmamız iki bölüm üzerinde yoğunlaşacaktır. Birinci bölümde, İdare Hukukunun temel konularından olan ve yine bu hukukun kurallarına göre düzenlenen “kamu hizmeti” kavramı incelenecektir. Kavramın ortaya çıkışı, Türk İdare Hukukunda benimsenen anlayış ve küreselleşme, serbest piyasa ekonomisi ve Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde kavramın geçirdiği evrim ele alınacaktır. Türkiye, idari sistemini oluştururken olduğu gibi kamu hizmeti teori, rejim ve sistematüğini benimserken de Fransa’dan esinlemiştir. Bu nedenle Kara Avrupası ve Fransa’nın kamu hizmeti anlayışının klasik ve geniş anlamından evrensel hizmete yaptığı yolculuk, Türk kamu hizmeti anlayışındaki değişime de ışık tutacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde merkezi olarak evrensel hizmet kavramı ele alınacaktır. Temelinde anglo-sakson kökene sahip “evrensel hizmet” kavramı, kendisini doğuran politikaların anlaşılabilmesi için öncelikle yönetim bilimi ve ekonomi politik açılarından incelenecektir. Amerika Birleşik devletlerinde ortaya çıkan evrensel hizmet kavramının ve 1987’den itibaren Avrupa Topluluğu belgelerinde kendine yer almasıyla Türk Hukuku açısından da önemli olan hukuki zemini yerleştirilmeye başlanmıştır. Nitekim Komisyon 1993’te, serbest rekabete zarar vermemek kaydıyla, evrensel hizmetleri garanti altına alacak politika ve hukuki düzenlemelerin bir an önce belirlenmesi gerekliliğinin de altı çizilmiştir. Aynı

zamanda, Türk hukuku açısından yepyeni bir kavram olan evrensel hizmetin daha iyi anlaşılabilmesi için kamu hizmeti ile arasındaki fark ve benzerliklerin de tespit edilmesi gerekmektedir. Bugün, kamu hizmetine egemen olan ilkeler olarak karşımıza, eşitlik, değişkenlik ve süreklilik çıkmaktadır. Meccanilik, yani bedelsizlik ilkesi modern toplumların günlük ve sürekli gereksinimlerini devamlı ve düzenli bir şekilde karşılamaya yönelik kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi ve gelişen teknoloji ile maliyetlerinin de artması üzerine mutlak ilke olmaktan çıkmıştır. Bununla birlikte, hizmetlerin değişen teknolojik ve sosyal koşullara uyarlanması, yararlanana (tüketicilerin) hizmetin ayırım gözetmeden ve kesintisiz şekilde sunulması gerekmektedir. Liberalleşme sonucu tüketiciye götürülen hizmetlerin kalitesinde bir düşme olmaması ve bu hizmetlere makul ücretlerle erişim liberalizasyonun da meşruiyetini sağlayan bir ön koşuldur. Ayrıca, evrensel hizmet alanının gerek Türkiye gerekse, Türkiye'nin öncülleri açısından belirlenip, "temel gereksinim" olarak nitelenen ve gelecekte nitelenebilecek olan hizmetler, bu hizmetlerin yürütülme şartları, kalitesi ve tarifesi koşullarının tespit edilmesi gerekmektedir

Ayrıca, serbest piyasa ekonomisi kurallarının hâkim olduğu evrensel hizmet alanında, kamusal müdahaleler incelenecektir. Türkiye açısından 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu evrensel hizmet alanının düzenlenmesinde görevlendirilen Ulaştırma Bakanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve rekabet kurallarına açısından denetim yapan Rekabet Kurumu incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET KAVRAMININ DOĞUŞU

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

A. Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı

İdare hukukunun temel kavram ve kuramı¹ olan kamu hizmeti kavramı modern anlamıyla 19. yüzyıl Fransa'sında Duguit ve öncüsü olduğu Bordeaux Okulu tarafından şekillendirilmiştir. Bununla birlikte idare hukukunun uygulama ve idari yargının da görev alanını belirleyen bir ölçüt² olan kamu hizmetlerinin ortak bir tanımı konusunda hukuki belirsizlik bulunmaktadır. Zira kavram, özü itibarıyla hukuku aşan siyasi, ekonomik ve dahi kültürel boyuta varan anlamlar ve sonuçlar içermektedir. Siyasi boyutu, ağırlıklı olarak kamu hizmetlerinin yöneldiği amaç olan “kamu yararı” kavramında kendini göstermektedir.

1. İktisat ve Kamu Maliyesinin Konusu Olarak Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmetinin tanımlanmasında sadece hukuki ve siyasi kavramlar ve ilkeler dışında iktisat ve kamu maliyesi bilimlerinin yaklaşımları da dikkate alınmak durumundadır. Özellikle günümüzde, her ne kadar aksi görüşler³ mevcut olsa da, kamu hizmetinin tanımı için kullanılan kriterlerin gerçeklik paylarının olmadığı ve iktisadi yaklaşım dışlanarak kamu hizmetlerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁴. İktisadi yaklaşımın kamu hizmeti kavramı üzerindeki etkileri ilerleyen bölümlerde ele alınmak üzere, öncelikle iktisat ve kamu maliyesi bilimlerinin kamu hizmeti tanımını irdelemek gerekmektedir.

¹ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, İstanbul, 1966, s.123

² GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C.I, Turhan, Ankara, 2008, s.670.

³ ULER, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.15, 1998, s.252-253.

⁴ KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, Turhan, 2002 s.9-16; OZANSOY, Cüneyt, “*Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*”, AÜHFD, C.46, S.1-4, s. 86.

İktisat ve kamu maliyesi disiplinleri, kamusal üretim-özel üretim ayırımına dayanarak kamu hizmeti kavramını iktisadi bir nesnellik olarak ele alır. Buna göre, kamu hizmeti alanı hukuk alanındaki kamu mallarını da kapsayacak bir şekilde “kamusal mal” olarak nitelenir. Böylece, kamu hizmetleri “saf kamusal mallar” ve “yarı kamusal mallar” olmak üzere ikiye ayrılır. Saf kamusal hizmetler, devlet tarafından üretilmemeleri halinde başka türlü üretilmeyecek olan toplumsal ihtiyaçları karşılayan mal ve hizmetlerdir. Bu nedenle “toplumsal (kolektif) mal ve hizmetler” olarak da adlandırılan bu kategori, devleti ilk ve temel görevini oluşturan, toplum içinde herkese eşit bir şekilde sunulması gereken hizmetleri ifade eder. Küçük kısımlar halinde bölünmeleri mümkün olmayan ve talebi belli olmayan bu hizmet ve mallar toplumu oluşturan bireylerin tamamını ilgilendirmekte⁵ olup, piyasa kuralları doğrultusunda fiyatlandırılmaları ortaya sosyal bir takım sorunlar çıkaracaktır. Bu nedenle, bu ihtiyaçların siyasal karar mekanizması içinde ve kamu harcamalarıyla karşılanması gerekmektedir⁶. Zira bunların fiyatlandırılmaları, yani satılabilir olmaları için bölünebilir ve pazarlanabilir ve bedel ödemeyenlerin hizmetten dışlanabilir olmaları gerekmektedir. Örnek olarak savunma hizmetinin verilebileceği saf kamusal hizmetlerin bu koşulları taşımadığı açıktır⁷.

Yarı kamusal mallar ise, devlet tarafından üretilmekle birlikte tam olarak kolektif değildir. Piyasa mekanizması tarafından da üretilmeyecek olan bu mallar/hizmetlerin devlet tarafından üretilmelerinin nedeni sosyo-ekonomik gerekçelerle açıklanmaktadır. Zira, parçalar halinde bölünüp fiyatlandırılmaları mümkün olan bu hizmetlerin devlet tarafından üretilmelerinin nedeni, hizmetten yararlananlar üzerindeki doğrudan faydaları yanında toplum üyelerine olan marjinal ya da ek katkılarıdır⁸. Söz konusu hizmetlerin piyasa mekanizması tarafından yeterince üretilmemesi sosyal bir takım sakıncalar doğurmaktadır. Bu tür dışsallıkların ve doğal tekelin bulunduğu örneğin su, elektrik, enerji hizmetleri gibi alanlarda üretim doğrudan devlet tarafından üstlenebileceği gibi, üretimin piyasa

⁵ SHARP, Ansel M./SLIGER, Bernard F., **Public Finance**, The Dorsey Press, Homewood, Illinois, s.13'ten aktaran AKDOĞAN, Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s.41.

⁶ Ibid.

⁷ ULUATAM, Özhan, **Kamu Maliyesi**, Ankara, İmaj, Kasım 2001, s. 27-37.

⁸ AKDOĞAN, s.46.

tarafından gerçekleştirilmesi ve fakat malların üretimi ve tüketiciye sunulmasına ilişkin kurallar bir kamu otoritesi tarafından da belirlenebilmektedir⁹.

Sonuç olarak, iktisadi anlamda kamu hizmeti devlet tarafından üstlenilen veya devletin gözetim ve denetimi altında özel kesim tarafından karşılanan ihtiyaçlardır¹⁰ ki, “sosyal mallar” olarak nitelenen bu alanda devletin müdahalesinin bulunmasının nedeni piyasa mekanizmasının bu ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalmasıdır. Bu yetersizlik, kaynak tahsisinde piyasa mekanizmasının başarısızlığa uğraması veya bölünmeleri, fiyatlandırılmaları ve pazarlanmaları konularında ortaya çıkmaktadır¹¹. Buna göre iktisadi yaklaşımda kamusal mal, liberal ekonomik düzenlerde özel sektör tarafından ya hiç ya da yeterince üretilemeyen mal ve hizmetleri ifade etmektedir¹². Bu bağlamda, özel sektör tarafından üretilebilecek mal ve hizmetler nitelikleri gereği iktisadi açıdan kamusal mal, yani kamu hizmeti olmayacaklardır. İktisadi anlayışa göre fiyatlandırılabilir ve satılabilir nitelikteki bu malların devlet tarafından üretilmesinin gerekçesi olarak kullanılan “kamusal yarar” kavramının açık ve tutarlı kriterlere dayanmaması nedeniyle siyasi bir tercih olduğu da ifade edilmiştir¹³.

Sonuç olarak iktisadi yaklaşım kamu hizmetini devletin daralan faaliyet sahası içinde değerlendirmektedir¹⁴.

⁹ Ibid, 49.

¹⁰ KARAHANOGULLARI, s. 11.

¹¹ AKALIN, Güneri, **Kamu Ekonomisi**, Ankara, Akçağ, 1981, 1-3. AKALIN, ekonomik malların sosyal ve kişisel mallar olarak ikiye ayrıldığını vurguladıktan sonra, Kamu Ekonomisi’ni “sosyal malların sağlanmasını, finansmanını ve kaynak tahsis mekanizmasını inceleyen iktisat alt-dalı” olarak tanımlamaktadır. Buna göre, kişisel mallar salt kişisel mallar ve kamu kolaylıkları (*public utilities*) olarak ikiye ayrılmaktadır. “Public utilities” kavramı ise, idare hukuku teorisindeki kamu hizmetleri içinde kalmaktadır. Nitekim yazar, bu kategoriye örnek olarak Kamu İtisadi Kuruluşlarının yürüttüğü faaliyetler örnek göstererek, bunları kamu hizmetleri ile ilişkisi bulunmadığını ve Anayasa ve yasalar tarafından “yanlış olarak” kamu hizmeti sayıldıklarını ifade etmektedir.

¹² SAVAŞ, Vural, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, **Anayasa Yargısı**, S.15, Anayasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yay., No: 40, Ankara, 1999, s.92.

¹³ Ibid, s.94.; ULUATAM, s.17.

¹⁴ ORAK, Cem Çağatay, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Yay., Ankara, 2006, s.12.

2. Devletin İşlevi Olarak Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Yaklaşım

Kamu hizmeti kavramı öteden beri devletin amacı, fonksiyonu ve rolü üzerinde süren ideolojik tartışmaların merkezinde yer almış ve bu tanımlar devletin işlevi/rolü ya da devletin kendi iradesiyle yarattığı işlevler etrafında şekillenmiştir.

Greko-romen hukuk dönemlerinde, hatta doğuda Babil Devleti'nin Hammurabi Kanunları'nda izleri görülebilir¹⁵ olmakla birlikte kamu hizmeti kavramı, Ortaçağ'dan itibaren, feodaliteden mutlakıyetçi devletlere geçişte kamu hukuku özel hukuk ayrımının belirginleşmeye başlaması ile ortaya çıkmaya başlamıştır. XX. yüzyıla birlikte kamu hizmetlerini devletin rolü, işlevi olarak bakan teorisyenler ve izleyen dönemde Kamu Hizmeti Ekolü teorisyenleri ile geliştirilen kamu hizmeti kavramı Kara Avrupasında birden fazla anlam ifade edebilmektedir. Her ne kadar, kamu hizmetini devletin işlevi olarak gören görüş günümüz itibariyle geçerliliğini kaybetmiş görünse de, kamu hizmeti kavramı hala ölçüt-kavram niteliğini korumaktadır¹⁶. Ancak, devletin işlevini yorumlayan siyasi ideolojilerden de bağımsız düşünülmemeyeceği için¹⁷ tanımlanmasında güçlük bulunan bir kavramdır¹⁸. Bu nedenle hukuki ölçütlerle kesin olarak tanımlanamayan kamu hizmeti, daha ziyade dönemseller ihtiyaçlara göre belirlenmeye çalışılmıştır. Bu nedenle “hukuki bir tabula rasa” olarak da nitelenmiştir¹⁹. Kamu hizmeti, ya

¹⁵ VALETTE, Jean-Paul, **Le service Public à la française**, Paris, Ellipses, 2000, s.9'dan aktaran KARAHANOGULLARI, s.85.

¹⁶ Bu konuda CROZAT iki yönlü bir formülle devleti ve kamu hizmetlerini birbirleri üzerinden tanımlamıştır. Buna göre, “devlet amme hizmetleri heyeti mecmuasıdır” ve ters yönden de “amme hizmetleri bizzat devletin bünyesini vücuda getiren teşkilatlardır.” CROZAT, B, **Amme Hizmeti Mefhumu**, Ankara, 1948'den aktaran DERBİL, Süheyp, “*Kamu Hizmeti Nedir?*”, **AÜHFĐ**, C.VII, 1950, S.3-4, s.29.; ayrıca “kamu hizmeti devletin varlık sebebidir” görüşü ve kamuya hizmetin devletin tek meşru işlevi ve baskı kullanmasının da meşruiyet nedeni yorumu için bkz. ULER, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda Ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, **Anayasa Yargısı** 15, Anayasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yay. No:40, s.253 vd.

¹⁷ Bu konuda özellikle son 50 yılda kamu hizmeti kavramının algılanışının değişimindeki siyaset etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. OZANSOY, Cüneyt, “*Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yay., Ankara, 2000, S.36, s.33 -36.

¹⁸ Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki güçlükler hakkında bkz. GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara, 2004, s.293 vd.; Kamu hizmetinin tanımındaki güçlüğü nedeni olarak “Yasa koyucunun tanımlama endişesi olmamış, yargıç değerlendirme özgürlüğünü yitirmemek için tanımlamak istememiş, öğreti ise bütün çabalarına rağmen tanımlayamamıştır.” yorumu dikkat çekicidir. TRUCHET, Didier, “*Label de servic public et statut du service public*”, **AJDA**, 1982, s.428'den aktaran TAN, Turgut, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, **Anayasa Yargısı** 8, Anayasa Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26-27 Nisan 1991, Anayasa Mahkemesi Yay. No:21, s.234.

¹⁹ ORAK, s.6.

faaliyetin niteliğine, ya faaliyete uygulanan rejime ya da faaliyeti yürüten kuruma/kişiyeye göre açıklanmaktadır.

Bu çerçevede, kamu hizmetleri organik, maddi ve hukuki açıdan tanımlanabilmektedir. İlk olarak, organik anlamda kamu hizmeti, personeli, malları ile bir kurumu ifade edebilmektedir. Ancak, organik anlamda kamu hizmeti kavramı, idarenin tüm faaliyetlerini içermediği gibi, özel kişiler tarafından idarenin denetim, gözetim ve düzenlemesi ile yerine getirilen faaliyetleri açıklamak açısından da yetersiz kalmaktadır.

İkinci olarak kamu hizmeti yöneldiği amaca, misyonuna göre tanımlanmaktadır. Maddi anlamda kamu hizmeti kavramı olan bu tanıma göre, kamu hizmeti “kamu yararının sağlanmasına yönelik faaliyetler”i ifade etmekte olup, bu faaliyetlerin özel kesim faaliyetlerinden farkı, kamu yararına yönelik olmaları dışında, ya idare tarafından yürütülmeleri ya da özel kişilerce yürütülmelerine rağmen idare tarafından düzenlenmeleri, denetlenmeleridir.

Bunların dışında kamu hizmeti kavramı, idare hukukundan kaynaklanan özel bir hukuki rejimi de ifade edebilmektedir. Gerek organik, gerekse maddi anlamda anlaşılсын, kamu hizmeti kavramının tanımları, bu nitelikteki faaliyetlere idare hukuku rejimi uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda kamu hizmeti kavramı, kamu yararına yönelik ve ya idare tarafından bizzat, ya da idare gözetimi ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetlere uygulanan hukuki rejimi de ifade eder şekilde kullanılabilmektedir.

Sonuç olarak, kamu hizmetinin hukuki anlamda tanımı şu şekilde yapma mümkün olacaktır:

Kamu hizmeti, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı bulunan ihtiyaçları gidermeye yönelen ve özel kesim tarafından gerektiği gibi yürütülememesi nedeniyle özel kesim faaliyetlerinden farklı bir hukuki rejime tabi olarak ya devlet tarafından bizzat yürütülen ya da devletin gözetim ve denetimi altında özel kişilere gördürülen faaliyettir.

B. Fransız Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı

Fiili bir resepsiyon ürünü olan Türk idare hukuku²⁰ Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinden ve özellikle de Roma-Germen Hukukunun temel kavramlarından etkilenmekle birlikte, asli esin kaynağı Fransız idare hukuku olmuştur. Bu nedenle öncelikle Fransa’da kamu hizmeti anlayışının incelenmesi gerekli görülmüştür.

1. Fransa’da Kamu Hizmeti Kavramının Gelişimi

Fransa’da her ne kadar kamu hizmetlerinin kökeni Roma dönemine dek götürülebilse de²¹, günümüz anlamına en yakın kamu hizmeti anlayışı XIII. yüzyılda ve kamu binaları ile altyapı hizmetlerinin şekillenmesiyle oluşmaya başlamıştır²². İlk kamu hizmeti alanlarından biri olan posta ilk olarak, 1464’te Kraliyet ile yerel iktidarlar arasındaki haberleşme amacıyla kurulmuş ve kısa sürede özel kullanıcıların da hizmetine açılmıştır. Bununla birlikte, “kamu hizmeti” teriminin ilk kullanılışı için 1638’i ve Kralın ulaşım hizmetlerine ilişkin fermanını beklemek gerekmiştir²³. 1873’te ilk olarak “kamu hizmetinde çalışanların bireylere verdikleri zararlardan dolayı sorumlulukları” hakkındaki *Blanco* Kararıyla²⁴ yargı organı tarafından kullanılan terimin, doktrin, özellikle de Léon DUGUIT tarafından değerlendirilmeye başlaması daha sonraki dönemlere tekabül etmiştir. Blanco Kararının önemi de, 20. Yüzyıl başlarında kamu yararını ve sosyal dayanışmayı sağlama amacına yönelik kamu hizmetlerini devletin işlevi ve kamu gücü kullanma yetkisinin meşruiyet nedeni olarak gören DUGUIT’nin de yorumuyla “kamu yararının karşılanmasına yönelik faaliyetlerde özel hukuktan ayrılacak bir idare hukukunun varlığının haklı çıkarması” yönünde olmuştur²⁵. Böylece kamu hizmetlerine özgü bir hukuki rejimin olduğu da kabul edilerek, “farklı bir hukuki rejime tabi olan kamu hizmetlerine

²⁰ KARAHANOĞULLARI, s.81

²¹ KARAHANOĞULLARI, s. 85-86.

²² MARAIS, Bertrand du, **Droit public de la régulation économique**, Dalloz, Paris, 2004, s.72.

²³ BEZANÇON, Xavier, **Les services publics en France, du Moyen Âge à la Révolution**, Presses de l’ENPC, 1995, s.439’dan aktaran MARAIS, s.72 vd.

²⁴ T. Confl., 8 şubat 1873, *Blanco*, Les Grandes Arrêts de la Jurisprudence administratif, no: 1.

²⁵ LACHAUME Jean-François/BOITEAU, Claudie/PAULIAT, Hélène, **Droit des services publics**, Armand Collin, Paris, 2004, s.8.

ilişkin uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi” gündeme gelmiştir²⁶. XX. yüzyılla birlikte Fransız Danıştayı tarafından kullanılmaya başlayan kamu hizmeti terimi, devletin yetkisi, sorumluluğu ve idarenin düzenlenmesi konularının içeriğinin belirlenmesini sağlamıştır.

Böylece kamu hizmetlerinin belirlenmesi konusunda günümüzde de belirleyici olan ölçütler de ortaya çıkmıştır: organik ölçüte göre idarenin doğrudan ya da denetimi altında yürütülen faaliyetler, şekli ölçüte göre, kamu hukuku rejimine tabi olarak yürütülen faaliyetler, maddi ölçüte göre de kamu yararının sağlanmasına yönelik faaliyetler kamu hizmeti olarak adlandırılmaya başlanmıştır²⁷.

Kamu hizmeti, özel hukuki rejim ve idari yargı birliği anlayışıyla Fransız Danıştayı kararlarıyla “kamu hizmeti” anlayışının geliştirilmeye çalışıldığı bu döneme ilişkin bir dönüm noktası olarak Fransız idare hukukunda idari kamu hizmeti ve iktisadi, sınaî kamu hizmeti ayrımının ortaya çıkması dikkate değerdir. 21 Ocak 1921’de Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen *Bac d’Eloka*²⁸ kararına dek yönetilenlere sunulan hizmetleri içinde bir kategorileştirme yoluna gitmeye gerek duyulmamışken, *Bac d’Eloka* “özel girişimlere aynı koşullarda faaliyet gösteren kamu hizmetleri”nin varlığı kabul edilmiş ve bunların büyük bir kısmının özel hukuk rejimine tabi olduğu ve uyuşmazlıklarının çözümü için de adli yargının görevli olacağı kararı verilmiştir²⁹. Doktrinde Uyuşmazlık Mahkemesinin tarafından nitelendirilen hizmetlerin iktisadi sınaî kamu hizmeti sınıflandırılmasının³⁰ yapılmasıyla, Fransız kamu hizmeti anlayışı, tabi oldukları hukuki rejime ve işletilme biçimlerine göre idari kamu hizmetleri (*services publics administratifs*) ve iktisadi sınaî kamu hizmetleri (*services publics industriels et commercieaux*) olarak iki kategoriye ayrılmıştır³¹. Buna göre, idari kamu hizmetleri kamu hukuku rejimine tabi olurken, iktisadi ve sınaî kamu hizmetleri ise, özel hukuk ile kamu hukukunun aynı anda uygulandığı karma hukuki rejime tabi olmuştur.

²⁶ KARAHANOĞULLARI, 90 vd.

²⁷ MARAIS, s.75-79.

²⁸ Tribunal des conflits, 21 Ocak 1921, *Bac d’Eloka*, *Société commerciale de l’Ouest africain*, Rec. 91, S.1924,’ten aktaran LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.53; LAUCHAUME, Jean-François, “L’identification d’un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur les modalités des gestion du service public”

²⁹ Ibid, s.53-54.

³⁰ KARAHANOĞULLARI, s.92.

³¹ CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, C.1, Montchrestien, Paris, 2000, s.581.

Fransa’da kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler de, Rolland Kanunları (*Les Lois Rolland*) ile ifade edilmiştir. Bu ilkeler, hizmetin değişen koşullara ve teknolojik gelişmelere uyarlanması ifade eden “değişkenlik” ya da “adaptasyon” ilkesi (*le principe de mutabilité*), toplumsal ihtiyaçların ara vermezsiniz ve düzenli bir biçimde karşılanmasını öngören “süreklilik” ilkesi (*le principe de continuité*), hizmetten yararlananlar arasında ekonomik koşul, din, dil, cinsiyet ve etnik köken ayrımı yapılmamasını ve aynı zamanda “olumlu ayrımcılık” yoluyla eşitler arası eşitlik uygulanmasını öngören “eşitlik” ilkesidir (*le principe de l’égalité*)³². Kamu hizmetlerinin “kamusal rejim minimumu” ya da “ortak hukuku” olarak da adlandırılan³³ bu ilkelerin uygulanması, kamu hizmetinin tabi olduğu hukuki rejim ne olursa olsun, uygulanması ve korunması gereken ilkelerdir³⁴. Günümüzde kamu hizmetlerine egemen olan genel ilkeler ya da klasik ilkeler olarak adlandırılan³⁵ bu ilkelerde koşullar ve uluslararası düzeyde bir uyum yaratma çabalarının ve kamu hizmetlerine iktisadi yaklaşımın etkisiyle bir artış gözlenmektedir.

2. Fransa’da Kamu Hizmetlerinin ve İlkelerinin Dönüşümü

Rolland Kanunları olarak adlandırılan ilkeler hali hazırda uygulanmaktayken, Avrupa Birliği Hukukunun etkisiyle gerek modern Fransız idare hukuku öğretisinde ve gerekse Fransız Danıştay kararlarında yer bulan yeni ilkeler kamu hizmeti kavramına egemen olmaya başlamıştır. Şeffaflık ilkesi (*le principe de transparence*), sorumluluk ilkesi (*le principe de responsabilité*) ve katılım ilkesi (*le principe de participation*)³⁶ olarak ortaya çıkan bu ilkeler, 18 Mart 1992’de kabul edilen “Kamu Hizmetleri Şartı” (*La Charte des services publics*) ile çeşitlendirilmiş ve “temel ilkeler” ile “işleyiş ilkeleri” ayrımı yoluna gidilmiştir³⁷. Temel ilkelerde bir farklılık bulunmamakla birlikte, kamu hizmetinin işleyişinde dönüşüm öngören yeni ilkeler “reform ilkeleri” niteliğinde olup vatandaşları “idare edilen” statüsünden önce “kamu

³² CHAPUS, s.592 vd.

³³ KARAHANOĞULLARI, s.188-190.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.662.

³⁵ ONAR, s.17; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.627.

³⁶ MARAIS, s.113-114.

³⁷ MARCHANDEAU, Nathalie, “Chartes des services publics: les usagers à l’honneur”, **RA**, S.266, 1992, s.148’den aktaran KARAHANOĞULLARI, s.245 vd.

hizmetinden yararlanan” statüsüne³⁸ devamında da “tüketici” statüsüne³⁹ taşıma işlevi görmüştür.

Buna göre şeffaflık ilkesi, vatandaşların kamu hizmetinin işleyişine ilişkin bilgi edinme haklarının tanınmasını olarak açıklanabilir. Bu kapsamda kamu hizmetlerinin işleyişinin vatandaşlar için açık ve anlaşılabilir olması ve bu hizmete ve hizmeti yürüten idare ajanlarına ilişkin bilgilere ulaşılabilmesi gerekir. Bununla birlikte, bu ilke Şeffaflık Şartının kabulünden önce de belli ölçülerde uygulanmaktaydı. Şöyle ki, düzenleyici idari işlemlerin bağlayıcılığı için uygun yöntemle ilanının gerekmesi, idari belgelere erişimin sağlanması,⁴⁰ kamu ihalelerinin açıklığı⁴¹ ve vatandaşlara idarenin bazı bireysel işlemlerinin gerekçeleri hakkında bilgi edinme hakkının tanınması⁴² ile şeffaflık ilkesi kamu hizmeti ilkeleri arasına fiilen girmiştir. Bu kapsamda, kamu hizmetlerinin şeffaflığının denetimi amacıyla Ulusal Haber Alma ve Özgürlükler Komisyonu (*Commission nationale de l'informatiques et libertés*), İdari Belgelere Erişim Komisyonu (*Commission d'accès aux documents administratifs*) ve Kamu Arabulucusu (*Médiateur*) kurulmuştur⁴³.

Sorumluluk ilkesi, her ne kadar bir ilke olarak yeni sayılmaya başlamışsa da temelini 1789 Vatandaş ve İnsan Hakları Deklarasyonu m.15'ten almaktadır. Buna göre, idare kamu hizmetlerini yürütürken kusurlu ya da kusursuz olarak vatandaşlara verdiği maddi ve manevi zararlardan dolayı sorumludur⁴⁴. Bu ilke gereğince kamu hizmetini yürüten ya da yürütülmesinden sorumlu olan idare, hatalarını kabul etmeyi, en kısa sürede gidermeyi ve hatalarından hizmetin işleyişine ilişkin sonuçlar çıkarmayı bilmelidir.

Katılım ilkesi ise, öncelikle siyasal katılım boyutuyla ele alınmakta ve kamu hizmetini kuran ve idari mekanizmaların oluşturulmasına katılım olarak

³⁸ Ibid, 246.

³⁹ DONIER, Virgine, “*Les lois du service public: entre tradition et modernité*”, **RFDA**, novembre-décembre 2006, s.1221 vd.

⁴⁰ 17 Temmuz 1978 Tarih ve 78-753 no’lu İdare ile Halk Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesi Amacıyla Önlemler Alınması Hakkında Kanun (*Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*), JO, 18 Juillet 1978 , s.2851.

⁴¹ 29 Ocak 1993 tarih ve 93-122 No’lu kamu Usullerinde ve Ekonomik Hayatta Şeffaflığa ve Rüşvetin Önlenmesine Dair Kanun, (*Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*), aktaran MARAIS, s.114.

⁴² 11 temmuz 1979 tarih ve 79-587 No’lu İdari İşlemlerin Gerekçesi Hakkında Kanun (*Loi relative à la motivation des actes administratifs*), aktaran MARAIS, s.115.

⁴³ KARAHANOGULLARI, s.248.

⁴⁴ MARAIS, s.115-116.

algılanmaktadır⁴⁵. Bundan anlaşılan vatandaşların gerek oy verme, gerekse seçimlere aday olarak katılma suretiyle kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine katılımıdır. Bununla birlikte katılımın boyutunun, halkoylamaları, yerel yönetimlerde organların toplantılarına katılım, internet ve telefon gibi elektronik yöntemlerle katılımı da içerir şekilde daha geniş yorumlanması gerekmektedir⁴⁶. Bununla birlikte bu katılımın etkinliğinin sağlanması da bir sorun oluşturacaktır. Nitekim Kamu Hizmetleri Şartı da, kamu hizmetlerinin iyileştirilmesi için hizmetin insan ögesinin aktif katılım ve işbirliği kanallarına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, siyasal katılım dışında öngörülebilecek yöntemler durumunda sorun, vatandaşın temsil öznesinin belirlenmesinde ortaya çıkacaktır⁴⁷.

Fransız Kamu hizmeti anlayışında da liberal politikalar ve Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti anlayışının etkileri ile değişiklikler meydana gelmektedir. Bu değişiklikler, "kamu hizmeti ruhu"na⁴⁸ sahip Fransız hukukçuları arasında "Topluluk düzenlemelerinin Fransız hukuk düzenini işgali ile" bir "tehdit" olarak da algılanmıştır⁴⁹. Adalet, milli savunma, diplomasi ve maliye hizmetleri gibi ulusal egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri dışındaki tüm alanların –şayet bunlar da korunabilirlerse- rekabete açılması zorunluluğu Fransız kamu hizmetleri alanında bir "daralma krizi"ne⁵⁰ neden olmuş ve "savunma mantığı"⁵¹ ile tepkiyle karşılanmış ve Fransız kamu hizmeti ilkelerinin Topluluk tarafından içselleştirilmesi çabaları gösterilmiştir⁵².

Bununla birlikte, Roma Antlaşmasının ve buna ek kararların yürürlüğe girmesi, iktisadi ve sınaî kamu hizmeti alanlarının rekabete açılmasını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda Fransız yargısı tarafından özelleştirme ve desantralizasyon

⁴⁵ KARAHANOĞULLARI, s.251.

⁴⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KURUÇAYIR, m. Akif, **Siyasal Katılma Ve Yerel Demokrasi**, Çizgi, Konya, 1992.

⁴⁷ KARAHANOĞULLARI, s.252.

⁴⁸ İbid.

⁴⁹ CHAPUS, s.564.

⁵⁰ KARAHANOĞULLARI, s.95.

⁵¹ RODRIGUES, Stéphane, "*Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire*", **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, 341-342.

⁵² Bu konudaki öneriler için bkz. İbid, 335-341 ve örnek niteliğinde bir çalışma olarak, Topluluk mevzuatının iç hukuka üstünlüğüne karşı bir önlem olarak; sosyal güvenlik gibi bazı kamu hizmetlerine "anayasal kamu hizmeti" statüsü verilmesi önerilmiştir. Böylece, ticaret politikalarından kurtarılmaları amaçlanmıştır. Nitekim dönemin başbakanı Alain Juppé'nin 10 Aralık 1995'te bir televizyon programında hükümetin bir anayasa değişikliği ile sosyal güvenlik hizmeti kavram ve ilkelerini anayasanın başlangıç bölümüne ekleme hazırlığında olduğunu açıklamış, ancak bu çalışmalar sonuçlanmamıştır. Aktaran CHAPUS, s.566.

(ademi merkeziyetçilik) düzenlemelerine karşı direnme olarak “anayasal ve ulusal kamu hizmetleri” kategorisi oluşturulmuştur⁵³. Fransız Anayasa Mahkemesinin haberleşme özgürlüğüne ilişkin, kamu televizyon kanalı olan *TF1*’in özelleştirilmesi vesilesiyle verdiği 18 Eylül 1986 tarihli kararında⁵⁴ yaptığı negatif yoruma göre, “elektromanyetik dalgalar ve frekans yoluyla yapılan haberleşme hizmetlerinin anayasal dayanağı yoktur.” ve bu nedenle anayasal kamu hizmeti sayılması mümkün değildir. Aynı şekilde, anayasal kamu hizmetlerinin negatif kabulü olarak *France Télécom*’un özelleştirilmesine ilişkin aynı yönde yorum yapmış ve her ne kadar ulusal kamu hizmeti olsa da, “varlığı ve işlevi anayasa tarafından gerekli kılınmadığı için” anayasa kamu hizmeti statüsünde olmadığına hükmetmiştir⁵⁵. Buna göre, bazı ulusal kamu hizmetleri, dayanağını anayasadan almakta olup, doğrudan kurucu iktidar tarafından kurulmuşlardır. Bu nedenle varlığını ve işlevini anayasal iradede bulan bu hizmetlerin özel kesime devri, anayasada değişiklik yapılmaksızın imkânsız olacaktır⁵⁶.

Fransız Anayasa Mahkemesinin somuttan kavrama yönelen kararlarına istinaden anayasal kamu hizmetleri kategorisi belirlenmeye çalışılmış ve bu konuda üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, ilk kategoride doğrudan ulusal egemenliğe ilişkin hizmetler yer alıp kamu düzeni ve güvenliğe ilişkin hizmetler (adalet, kolluk, savunma hizmetleri), iktisadi ve mali egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri (para basma, vergi toplama) ve devletin uluslar arası egemenliğine ilişkin hizmetler (diplomasi hizmetleri, siyasi sığınma kabul hizmetleri) anayasal kamu hizmeti olup devredilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, ulusal ekonomiyi korumaya yönelik kamu hizmetleri (telekomünikasyon, ulaşım, enerji), entellektüel yaşamı korumaya yönelik kamu hizmetleri (ücretsiz ve laik eğitim) ve maddi yaşamı korumaya yönelik hizmetleri (sağlık ve sosyal güvenlik hizmetleri) olarak üçlü ayrıma tabi tutulan kategorinin devlet tekelinde olmasına gerek yoktur⁵⁷.

Sonuç olarak, Fransa direnmesine rağmen Avrupa Birliği’nin iç pazar amacı karşısında karşı duramamış ve iktisadi ve sınaî kamu hizmeti önce kamu hizmeti

⁵³ KARAHANOĞULLARI, s.261-262.

⁵⁴ CC, 18 Eylül 1986, No: 86/217, DC, Rec.141, **RFDA**, 1989, s.255.

⁵⁵ Aktaran LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s. 116.

⁵⁶ CHAPUS, s.613; LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s. 116.;

⁵⁷ ESPLUGAS, P., “*Conseil constitutionnel et service public*”, **LGDJ**, 1994, s.39 vd.’dan aktaran LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT ve KARAHANOĞULLARI, s.263.

sektörlerinin rekabete açılması ve devamında özelleştirmelere gitmiştir. Günümüzde Fransa’da kamu hizmeti kavramı, İngilizlerin “*public administration*” ve “*public utilities*” olarak adlandırdıkları alana denk düşmektedir. Ancak, Fransa’da kullanılan ifadesi, sadece kesin bir hukuki kavram olmaktan çok, aynı zamanda siyasi bir içeriğe de sahiptir ve ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal yaşamında önemli bir rol oynamaktadır⁵⁸.

C. Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı

Siyasal organlar tarafından toplumsal ihtiyaçları karşıladığı için kamuya yararlı kabul edilen ve ya doğrudan idare tarafından ya da idarenin gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler olarak tanımlanan kamu hizmetlerinin belirlenmesinde, bu tanımdan kaynaklanan üç ayrı ölçüte başvurulmaktadır.

Bunlardan birincisi organik unsur olup, kamu hizmeti olarak nitelenen faaliyeti yürütmekten sorumlu olan *organ* aracılığıyla kamu hizmetini belirlemeye çalışmaktadır. Buna göre ya doğrudan idare tarafından ya da idarenin gözetim ve denetimi altında yürütülen faaliyetler kamu hizmeti olarak adlandırılabilir. Ancak bu durumda idarenin her türlü faaliyetinin kamu hizmeti olarak nitelenmesi gerekir ki bu durum da yürütülen faaliyetin içeriğini ve niteliğini göz ardı etmek olacaktır. Bu nedenle, kamu hizmeti olarak nitelenebilecek faaliyeti belirlemede organik unsur yetersiz kalmaktadır.

İkinci unsur olarak karşımıza maddi unsur çıkmaktadır ki kamu hizmetini yöneldiği amaca göre belirleme çabasıdır. Buna göre toplumsal ihtiyaçları karşılamak yoluyla kamu yararını sağlama amacındaki ve idarenin sorumluluğundaki faaliyetler kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu durumda da toplumsal yararı sağlamaya yönelik özel ya da kamusal her türlü faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi riski mevcuttur. Bu da hem idareye hem de yargı organlarına niteliği gereği herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirleme hakkı verecektir. Bu nedenle kamu hizmetlerini tanımlamaya maddi unsur da yetersiz kalacaktır.

⁵⁸ ULUSOY, Ali, “*Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*”, AÜHFD, C.48, S.1-4, s. 166.

Üçüncü olarak biçimsel (şekli) anlamda kamu hizmeti kavramı ise, yürütülen faaliyetin tabi olduğu hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre, idare ya da idarenin sorumluluğunda özel kişilerce yürütülen faaliyetin toplumsal ihtiyaçları karşılayıp kamu yararını sağlamaya yöneldiği ölçüde kamusal yönetim biçimlerine ve kamu hukuku kurallarına tabi tutulması gerekmektedir. Ancak, zaman içinde ekonomik, sosyal ve kültürel anlamdaki değişimlere ve teknolojik gelişmelere paralel olarak biçimsel ölçüt mutlak olarak uygulanmaktan çıkmış, belli kamu hizmetleri özel kişilere ve özel hukuk hükümlerine göre gördürülebilir hale getirilmiştir.

Bu anlamda, kamu hizmetlerinin ayırt edici ölçüleri olan organik (aa), maddi (bb) ve biçimsel (cc) unsurları ve bunlardaki değişimi irdelemek yerinde olacaktır.

a. Organik Unsur

Organik anlamda kamu hizmeti, devlet ya da diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından belli bir görevi yürütmek amacıyla tahsis edilen kamu görevlilerini, idari örgütü ve araçların tamamını ifade eder⁵⁹. Örneğin eğitim kamu hizmetinden anlaşılması gereken, bu hizmetten sorumlu olan idare, bu idarenin ajanları ve araçlarıdır.

Devletin varlık nedenini vatandaşların güvenliğini sağlamakta ve uyumsuzlukları çözmeye işlevinde bulan sosyal sözleşmecî görüşlere⁶⁰ dayanan liberal anlayışa göre, kamu hizmeti olarak tanımlanabilen faaliyetler iç ve dış güvenliğin sağlanması ve adalet hizmetleri ile, devletin egemenlik ve temsil yetkisinden kaynaklanan dış ilişkilerdir. Bununla birlikte sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte devletin ve kamu gücünün müdahale ettiği alanlar artmış ve toplumun da zamana göre değişen ihtiyaçlarına paralel olarak idarenin üstlendiği faaliyetler de artmış ve çeşitlenmiştir. Ancak bu noktada “üstlenme”den anlaşılması gereken idarenin bir kamu hizmetini bizzat yerine getirmesi olmayıp, o faaliyetin yerine getirilmesinden sorumlu olmasının anlaşılması gerekmektedir⁶¹.

Bu anlamda kamu hizmeti ile bu hizmetten sorumlu olan idare arasındaki organik bağ ya *doğrudan*, yani hizmetin bizzat idare tarafından yürütülmesi ya da

⁵⁹ LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.5.

⁶⁰ GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s.151 vd.

⁶¹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara, 2004, s.293 vd.

dolaylı olarak yani bir kamu tüzel kişinin denetimi altında özel kişilere gördürme olarak ortaya çıkabilir⁶². İdare ile kamu hizmeti arasındaki organik bağın doğrudan olduğu durumlarda emanet usulünden, dolaylı olduğu durumlarda ise, kamu hizmetinin görülmesinde yetkilendirmeden (*délégation de service public*) bahsedilebilir.

aa. Kamu Hizmetlerinin Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından Yürütülmesi

İdarenin bir kamu hizmetini kendi olanaklarıyla, hizmete tahsis ettiği aynı ve şahsi vasıtalarıyla bizzat yürütmesi **emanet usulü** olarak adlandırılmaktadır⁶³. Emanet usulü, Fransız doktrininde sadece kamu idareleri (devlet ve yerel yönetimler) tarafından yürütülen kamu hizmetler için kullanılmıştır⁶⁴. Bu bağlamda emanet usulünün ayırıcı özelliğinin, kamu hizmetinin kamu idareleri tarafından yerine getirilmesi olduğu, ayrı bir tüzel kişilik olarak örgütlenmesi halinde emanet usulünden söz edilemeyeceği yönünde görüşler mevcuttur. Hizmetin nihai sorumlusu olan kamu idaresinin bir kamu tüzel kişisini bir hizmeti yürütmeye görevli kılması durumunda “yetkilendirme” yoluyla kamu hizmetinin gördürülmesi usulü bulunduğu belirtilmiştir⁶⁵. Bu nedenle emanet usulü, özü itibarıyla bir usul değil, “devlet örgütlenmesinin kendisi, klasik biçimi ve çekirdeği” olarak da ifade edilmiştir⁶⁶.

Bununla birlikte, Fransız İdare Hukukundan farklı olarak Türk hukukunda emanet usulü, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu idareleri-kamu kurumları arasında ayırım yapılmaksızın kamuya yararlı bir faaliyetin doğrudan idare tarafından kendi araç ve gereçleri ve kendi personeli ile yürütülmesi olarak algılanmış ve bu anlayış yerleşmiştir⁶⁷.

⁶² CHAPUS, s.569 vd.

⁶³ GÜNDAY, s.306.

⁶⁴ VEDEL, Georges/DELVOLVE, Pierre, **Droit administratif**, PUF, Paris, 1992, s.756; CHAPUS, s. 625; LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.173.

⁶⁵ ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.32; KARAHANOGULLARI, s. 284 vd.; aksi görüşler için bkz.

⁶⁶ KARAHANOGULLARI, s.284.

⁶⁷ ONAR, s. 43.; ÖZAY, s.244.; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I**, Turhan, Ankara, 2008, s.704. s. 700; GÜNDAY, s.306.

Bazı yazarlar kamu hizmetinin hizmet yerinden yönetim ilkesinin uygulanmasıyla bir kamu kurumu tarafından yürütülmesini ayrı bir usul olarak göstermişlerse de,⁶⁸ bu usulün emanet usulü kapsamında değerlendirilmemesi için kanaatimizce bir neden bulunmamaktadır. Kanaatimizce, kamu hizmetlerinin gitgide daha fazla özel kesim eliyle görüldüğü günümüzde emanet usulü için Fransız Hukukundaki gibi kamu idareleri eliyle yürütülme ya da kamu kurumları eliyle yürütülme açısından bir ayrıma gitmenin anlamı olmayacaktır. Nitekim, idare sözleşme ya da yetkilendirme yoluyla kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda bir özel hukuk kişisini görevlendirebildiği gibi, yürütülmesinden sorumlu oldukları bir kamu hizmetine tüzel kişilik kazandırmak suretiyle bir kamu kurumunu hizmetin yürütülmesiyle görevlendirebilmektedir. Nitekim, bütçe kapsamında yapılan açıklamalar doğrultusunda, kamu hizmetlerinin devlet ya da yerel yönetimler tüzel kişiliği dışında bir kamu kurumu şeklinde örgütlenmeleri tamamen yine bu kamu idarelerinin malvarlığından karşılanmakta ve bu malvarlığının belli bir kısmı yürütülecek hizmete tahsis edilip buna özerklik verilmektedir. Her ne kadar bu kurumların gelirleri kendi malvarlıkları içinde bulunsalar da kamu geliri niteliğindedirler ve bu kurumların her biri bir kamu idaresi ile *ilgili* ya da bir kamu idaresine *bağlı*dırlar⁶⁹. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin doğrudan kamu kurumları eliyle ve kendi araç gereç ve personelleriyle görülmesini emanet usulü kapsamında değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.

bb. Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Eliyle Yürütülmesi

1990'lı yıllardan itibaren Türk hukuku açısından kaynak niteliğindeki Fransız idare hukukunda, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usulü olarak kullanılan geniş anlamdaki “imtiyaz” (*concession*) kavramı yerine “yetkilendirme”⁷⁰ ya da “görevlendirme”(*délégation*) kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Geniş anlamda imtiyaz usulü, idarenin sözleşme yöntemiyle kamu hizmetlerini özel kişilere gördürme usullerinin üst başlığı olarak da kullanılmaktadır⁷¹. Bununla birlikte,

⁶⁸ KARAHANOĞULLARI, s.287 vd.; GÖZLER, s.351 vd.;

⁶⁹ JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1930, s.24'ten aktaran KARAHANOĞULLARI, S.287.

⁷⁰ ULUSOY, s.33; GÖZLER, s.353.

⁷¹ CHAPUS, s.625; KARAHANOĞULLARI, s. 320.

idarenin tek taraflı izniyle özel kişileri kamu hizmetini görmekle görevlendirmesi usulü olan ruhsat işlemini de katan görüşler mevcuttur⁷². Geniş anlamdaki “imtiyaz” terimi ile, kamu hizmetini özel kişilerce görülmesi usullerinden olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile karışıklığa yol açmaması için, tarafımızdan geniş anlamdaki imtiyaz kavramı yerine “yetkilendirme” ifadesi kullanılacaktır. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin özel kişilere yetkilendirme yoluyla gördürülmesi de *tek taraflı yetkilendirme* (kanunla ya da ruhsat işlemiyle) ve *sözleşmeyle yetkilendirme* olarak iki ayrı şekilde gerçekleşebilecektir.

Tek taraflı yetkilendirme, özel kişilerin idare ile statüer bir ilişki içinde kamu hizmetlerinin yürütülmesini üstlenmesi olarak tanımlanabilir⁷³. Bu nedenle öncelikle “toplumsal ihtiyaç” ve “kamu yararı” kavramlarının üzerinde durulması gerekmektedir. Bu anlamda, Yasa koyucunun bir özel hukuk tüzelkişisi ya da statüsü belli olmayan bir kuruluş oluşturarak ona kamu hizmeti yüklemesi de bu kapsamda sayılmış ve örnek olarak da Sosyal Yardım ve Dayanışma Vakıfları, Türkiye Futbol Federasyonu ve Tarım Satış ve Kredi Kooperatifleri verilmiştir⁷⁴. Ancak tek taraflı yetkilendirme ile özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesinden anlaşılan genelde izin ya da ruhsat (lisans) yöntemi ile bazı kamu hizmetlerinin idarenin vereceği izin ve kamu hizmeti yükümlülüklerine uymak koşuluyla özel kişilerce yürütülmesi anlaşılmaktadır. Özel kişi ile idare arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmayıp, idarenin yürütülen kamu hizmeti ve ruhsat usulüyle yürüten özel kişi üzerinde denetim ve gözetim yetkisi geniştir⁷⁵. Burada idare tarafından kamu hizmetini yürütmeye talip olana verilen ruhsat tek taraflı bir idari işlem niteliğindedir.

Bununla birlikte kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin özel kişilerce görülmesine olanak veren ruhsat işlemi ile idari kolluk işlemi olan ruhsatı birbirinden ayırmak gerekmektedir. İdarenin kolluk işlemi niteliğinde olan ruhsat işlemi ile idarenin kamu düzenini sağlayabilmek amacıyla bireylerin faaliyetlerini önceden denetleyebilmek ve gözetim altında tutabilmek, özel kişilere bir faaliyete girişte izin verilmektedir⁷⁶. Ancak burada yürütülen faaliyet kamu hizmeti niteliğinde değildir.

⁷² ULUSOY, s.33.

⁷³ TAN/GÖZÜBÜYÜK, s.704.

⁷⁴ İbid.

⁷⁵ GÜNDAY, s.325.

⁷⁶ GÜNDAY, s.269 vd.

Sözleşme ile yetkilendirme, idare ile özel kişi arasında yapılacak bir kamu hukuku veya özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetinin yürütülmesinin özel kişilere bırakılmasıdır. Bu yöntemin klasik usulü kamu hizmeti imtiyazı ile veya kamu hukuku sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ile kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesidir. Bu yöntemde, idarenin kamu hizmetini yürüten özel kişi ve kamu hizmeti üzerindeki gözetim ve denetim yetkileri son derece geniştir. Bunun yanında müşterek emanet, iltizam gibi yine idari sözleşmeye dayanan yöntemler de mevcuttur. Ancak, 13.08.1999 tarih ve 4444 sayılı Kanun ile Anayasa m.47’de yapılan değişiklikten sonra kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel hukuk kişilerine gördürülmesi mümkün hale gelmiştir. Bundan sonra çıkarılan, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun⁷⁷ ile 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun⁷⁸, da değişiklik yapılarak daha önceden kamu hizmeti imtiyazına konu olan birçok kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere gördürülmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede, kamu hizmetlerinin yürütülmesini özel kişilere devreden özel hukuk sözleşmeleri olarak Yap-İşlet-Devret sözleşmesi ve Yap-İşlet yöntemi kapsamında imzalanan sözleşme örnek verilebilir. Ancak Anayasa m.47 uyarınca özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmeti gördürebilmek için mutlaka yasal dayanak gereklidir.

Bu bağlamda, bir faaliyetin doğrudan idare tarafından yüklenilip yürütülmesi o faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirlemede tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Zira kamu hizmetleri doğrudan idare eliyle yürütülebildikleri gibi, idarenin gözetim ve denetimi altında özel kişiler tarafından da yüklenilebilmektedirler. Bununla birlikte, hizmetin asli sorumlusu idare olduğundan, “kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”⁷⁹.

b. Maddi Unsur

Özü itibariyle kamu hizmeti maddi anlamda “belirlenemez”⁸⁰ bir kavramdır. Şöyle ki, maddi anlamda kamu hizmeti kavramı toplumsal ihtiyaçların karşılanması

⁷⁷ RG, 22.12.1999, S.23914.

⁷⁸ RG, 13.6.1994, S.21956, s.7387.

⁷⁹ AYM, 12.4.1990, E.1990/4, K.1990/6, **AYMKD**, S.26, s.135.

⁸⁰ CHAPUS, s.569.

yoluyla kamu yararını sağlamaya yönelik ve idare tarafından ya da idarenin gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyettir.

Bu nedenle öncelikle “toplumsal ihtiyaç”(aaa) ve “kamu yararı” (bbb) kavramlarının üzerinde durulması gerekmektedir.

aa. Toplumsal İhtiyaçların Karşılanması Zorunluluğu

Devletin işlevini iç ve dış güvenlik, adalet ve dış ilişkiler faaliyetleri “alt sınırı”nda⁸¹ bulan liberal görüşün aksine, tarihin hiçbir döneminde devlet sadece bu faaliyetleri yürütmekle yetinmemiştir⁸². Müdahaleci anlayışa dayanan kurama göre, toplumun genel ve ortak bir gereksiniminin giderilmesi söz konusu olduğunda devlet o faaliyet alanına müdahale edecektir. Bu müdahale, kendisini bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi suretiyle gösterebileceği gibi, devletin kamuya yararlı özel girişimleri desteklemesi veya kamu düzenini sağlamaya yönelik kolluk faaliyetleri olarak da ortaya çıkabilmektedir⁸³.

Bu bağlamda günümüz itibarıyla, siyasal iktidar tarafından kamu yararına olarak nitelenen faaliyetlerin kamu hizmeti kategorisi oluşturduğu konusunda bir karışıklık bulunmamaktadır. Ancak, özel girişimciler tarafından yürütülen kamuya yararlı faaliyetler konusunda idarenin müdahalesi ve kamu hizmeti ilkelerinin ve kamu hizmetini yürüten özel kişilere uygulanan yükümlülüklerin bu alanlara da uygulanması kafa karışıklığına yol açabilmektedir. Bununla birlikte, “sosyal devlet” olarak nitelenen devletlerde, fırsat ve imkân eşitliğini sağlayabilmek adına, toplumun genel ve ortak bir ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak özel girişimciler eliyle yürütülen bir takım faaliyetlerin idare tarafından desteklenmesinden hareketle, bu faaliyetlerin dolaylı yoldan kamuya yararlı olarak kabul edildikleri sonucuna varılabilir. Ancak toplumun ortak bir ihtiyacının karşılanması söz konusu olduğundan, her ne kadar özel bir faaliyet de olsa idarenin düzenleme denetleme gibi müdahaleleri bulunmaktadır. Ancak idare tarafından desteklenen tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.

⁸¹ KARAHANOGULLARI, s.59-61.

⁸² Ibid.

⁸³ ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 223.

Virtüel (Olası) Kamu Hizmeti Kuramı: Virtüel kamu hizmeti olarak nitelenen kategorinin asli unsurunu, yasa koyucu tarafından kamu hizmeti nitelmesi yapılmamış ve özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyetin, toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasına yönelmesi gerekçesiyle yargı organları tarafından kamu hizmeti olarak nitelenmeleri oluşturmaktadır. Öğretide “virtüel kamu hizmeti” olarak nitelendirilen bu kategori, ilk kez Fransız Danıştayının 5 Mayıs 1944 tarihli *Compagnie maritime de l’Afrique orientale* kararıyla⁸⁴ ortaya çıkmıştır. Bu karar istinaden yapılan tanımla, halkın günlük ve kolektif ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla özel girişim tarafından yerine getirilen bir faaliyet, kamu malları (kamu emlakı) ile doğrudan bir ilişkisi bulunması halinde virtüel kamu hizmeti olarak nitelenmiştir⁸⁵. Türkçe’ye “kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler”⁸⁶, “bilkuvve kamu hizmetleri”⁸⁷ ya da “olası kamu hizmetleri”⁸⁸ olarak çevrilen virtüel kamu hizmetlerinin asli özelliği, özel girişim tarafından yürütülen faaliyetin bir yandan toplumsal ihtiyaçların giderilmesi yoluyla kamu yararını gerçekleştirmeye yönelirken, diğer yandan da kamu malları üzerinde gerçekleşiyor olmasıdır⁸⁹. Bu nedenle, idare bu hizmetleri yürüten özel kişileri kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutabilmekte ve yargı organları da bu faaliyetleri kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukuki rejime, yani idare hukuku rejimine tabi kabul edebilmektedir. ÖZAY’ın ifadesiyle, virtüel kamu hizmetlerinin özelliği bu faaliyetler üzerindeki idarenin denetiminin salt kolluk amacını aşır, “içerik denetimi”ni (*intrensenque*) de kapsayan uyulması gereken tüm hususların belirlenmesinden personel atanmasına dek idarenin kamu gücünden kaynaklanan yetkilerini kullanabilmesidir⁹⁰.

Olası kamu hizmeti kavramına getirilen en büyük eleştiri, kamu hizmeti kurma konusundaki yasa koyucunun iradesi dışında, özel teşebbüs tarafından yürütülen bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelenebileceği ve özel teşebbüsün tamamıyla idarenin denetimi altına sokulabileceği “tehlike”sinin bulunmasıdır⁹¹.

⁸⁴ CE, 5 Mayıs 1944, *Compagnie maritime de l’Afrique orientale*, RDP, 1944, s.236’dan aktaran CHAPUS, s.615.

⁸⁵ AZRAK, A. Ülkü, **İdare Hukuku** (tarihsiz çoğaltma)dan aktaran, ÖZAY, s.226.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Yay., Bursa, Temmuz 2003, s.224.

⁸⁸ KARAHANOGULLARI, s.266 vd.

⁸⁹ Fransız Danıştay Hükümet Komiseri CHENOT’nun “*Compagnie maritime de l’Afrique orientale*” kararı notundan aktaran, LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.149.

⁹⁰ ÖZAY, s.226 vd.

⁹¹ GÖZLER, s.225.

Ayrıca, özel faaliyet üzerindeki idarenin denetim ve düzenleme yetkilerinin yoğunluk derecesinin o faaliyeti kamu hizmetine dönüştürmeye yettiği fikrinin kabulünün geleneksel kamu hizmeti ve idari kolluk ayrımını sarsacağı eleştirileri de yapılmıştır⁹².

Sonuç olarak, özü itibarıyla objektivist kamu hizmeti anlayışına dayanan olası kamu hizmeti kuramı, belli faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti sayılması sonucunu doğurur. Ancak, katıldığımız görüşe göre, olası kamu hizmeti kavramının özel teşebbüs elindeki faaliyetlerin idare eliyle kamu hizmetine dönüştürülmesi riskinden ziyade, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bu faaliyetlerin tabi oldukları hukuki rejim ve faaliyeti sürdüren müteşebbislere yüklenen yükümlülükler açısından ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, toplumsal ihtiyacı karşılayan faaliyete idare tarafından yapılan müdahalenin içtihat yoluyla meşrulaştırılma çabasından söz edilebilir⁹³. İdarenin özel faaliyete müdahalesinin yoğunluğu derecesinde yargı organları olası kamu hizmeti nitelmesi yapabildiği gibi, tersten okumayla bu nitelme idarenin müdahalesini de meşru hale getirecektir. Bu düzenleme derecesinin yoğunluğu ise, faaliyetin kamu malları aracılığıyla gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır⁹⁴.

Kanaatimizce, kamu hizmeti alanlarının geniş ya da dar anlamdaki özelleştirmeler ya da serbestleştirme politikalarıyla özel kesime açıldığı günümüzde, kamuya yararlı faaliyetin “organik unsuru” üzerinden tanımlanan olası kamu hizmeti ve olası kamu hizmeti kavramlarının farklılaştırılması pratik bir değer ifade etmese gerektir. Bu noktada özel teşebbüs tarafından yürütülen kamu hizmeti alanında idareye düşen düzenleme ve denetleme görevi kolluk faaliyetleri ile açıklanabilecektir.

⁹² NIZARD, L., “A propos de la notion de service public: un juge qui veut gouverner”, **Recueil Dalloz**, Chronique, 25. Cahier, 1964, s.149’dan aktaran KARAHANOGULLARI s.270. Virtüel kamu hizmeti kuramının Fransız İdare Hukukundaki algılanışı ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, s.266 vd.; LACHAUME, Jean-François/BOITEAU, Claudie/PAULIAT, Hélène, s.148 vd.

⁹³ LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.152.

⁹⁴ KARAHANOGULLARI, s.270.

bb. Kamu Yararı Kavramı

Siyasi iktidar tarafından kamu hizmeti olarak nitelenen her faaliyetin sağlamaya yöneldiği öznel amacın ötesinde, tüm kamu hizmetlerinin ortak paydası niteliğinde temel amaç olarak karşımıza kamu yararının sağlanması amacı çıkmaktadır. Tersten okumayla, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için, kamu yararını sağlama amacı taşıması gerekmektedir. Buradan hareketle, bir kamu tüzel kişi tarafından yürütülse dahi, bir faaliyet kamu yararını sağlama amacı taşımıyorsa, o faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi mümkün olmayacaktır.

Kamu yararı kavramı, siyasi iktidarın, bir faaliyet alanına müdahalesini de meşru hale getirdiği için ideolojik bir yöne sahiptir. Şöyle ki, kamu yararı kavramı, devletin ve idarenin işlevi konusundaki siyasi görüşlerinden ayrı düşünülemez ve bu nedenle de varlık nedenini kamu yararını sağlama amacında bulan idarenin işlevinin de sosyal koşullar doğrultusunda değişmesinden kaçınılamaz. Zira toplumun tamamının ortak ihtiyaçlarının karşılanması kamu yararının sağlanmasında koşul olduğu fikrinden hareketle, kamu hizmeti olarak nitelenebilecek faaliyetler çeşitlenecektir. Bu nedenle, süre giden bir değişim içinde bulunan kavramın tanımlanma çalışmalarının “öznel” ve “bulanık”⁹⁵ olması doğaldır.

Günümüz itibarıyla kamu yararı kavramının tanımı konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Anglo-sakson kökenli olan *faydacı görüş*tür. Buna göre, kamu yararı kavramı sadece bireylerin öznel yararlarını gerçekleştirebilmeleri için zorunlu olduğu ölçüde ve limitte söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, bireysel yararların aritmetik toplamı olarak ortaya çıkabilecektir. Rousseau’nun genel irade teorisinde temelini bulan *iradeci görüşe* göre kamu yararı kavramı bireylerin ya da grupların kendilerine özgü yararlarının toplamını aşan bir anlam taşımaktadır. Topluluğun tamamının ihtiyaçlarına göre ve bu ihtiyaçları karşılamak amacıyla, sadece siyasi iktidar tarafından yine topluluğa dayatılan “genel yarar”dır⁹⁶. Toplum yararı olarak da ifade edilebilecek olan bu kavram, bireysel yararların toplamı değil, kendi öznel varlığı bulunan ayrı bir kavram olup, ancak yasakoyucunun iradesi ile belirlenebilecektir. Kuşkusuz ki, bu anlayışın öncülü Thomas d’Acquin ile birlikte siyasi iktidar ile ilahi hükümler zincirlerini kıran

⁹⁵ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku**, İÜHF Yay., İstanbul, 1982, s.25.

⁹⁶ FRIER, Pierre-Laurent, **Precis de Droit Administratif**, Montchrestien, Paris, 2003, s. 176-177.

“ortak yarar” (bien commun) kavramının siyasi iktidarın meşruiyet nedeni olarak kabul edilmesi ve bu doğrultuda siyasi iktidarın sınırlarının da ortak yarar kavramı ile çizilmiş bulunmasıdır.

İradeci anlayışa dayanan Fransız kamu hukukunda kamu yararı kavramının ilk yansıması da Fransız devrimi dönemine denk gelmektedir. Bu dönem öncesi monarşileri besleyen ortak yarar kavramına karşı toplum yararını ifade eden “kamu yararı” kavramı⁹⁷ benimsenmiş ve siyasi iktidarın meşruiyet nedeni ve sınırlayıcısı olarak 1789 İnsan hakları Evrensel Bildirgesi m. 6 ‘da “Kanun genel iradenin ifadesidir” olarak kendine örtülü bir biçimde yer bulmuştur⁹⁸.

Yargı kararlarında genelde kamu yararı kavramının tanımından ziyade, belli bir faaliyet için kamu yararına yönelik olma ya da olmama nitelemesi yapıldığı görülmektedir. Özü itibarıyla siyasi, ekonomik ve sosyal verilerden ayrı düşünülemeyen bu kavram, yargı kararlarında da sosyal, siyasal ve ekonomik koşulların değişim ve gelişimine paralel olarak farklı nitelermelerle kendini göstermektedir. Şöyle ki, Fransız Danıştayının 7 Nisan 1916 sayılı *Astruc* kararına yazdığı notta Maurice HAURIOU, tiyatronun hayalgücünü ve aşk duygularını kışkırtmak suretiyle kişileri gerçek hayattan uzaklaştırdığı gerekçesiyle belediyelerin tiyatro kurmalarını kamu yararından uzak bulmuş ve bu nedenle bu faaliyetin kamu hizmeti olamayacağını belirtmiştir⁹⁹. Bununla birlikte, Fransız Danıştayının değişen yönelimi de zaman içinde verilen kararlarda kendisini göstermiştir. 21 Ocak 1944 tarihli *Léoni* Kararında yerel yönetimler tarafından düzenlenen ve sunulan tiyatro faaliyetlerinin kamu yararına faaliyetler olduğu nitelemesi yapılmıştır¹⁰⁰. Aynı şekilde, 25 Mart 1966 tarihli *Ville de Royan* Kararında Fransız Danıştayı yerel yönetimler tarafından işletilen plaj ve eğlence yerlerinin bölgenin turistik ve ticari

⁹⁷ “Kamu yararı” ile “Toplum yararı” kavramlarının anlam açısından farklı oldukları da şu şekilde ifade edilmiştir: “... Kamu yararı kurulu düzenin korunmasındaki çıkardır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa, kamu yararı özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelir. Toplum yararı ise ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder. Düzenin ortak çıkarı koruyucu niteliği alt yapıyı oluşturan mülkiyet anlayışına bağlıdır... alınacak tedbir kamu yararı gereği olduğu halde toplum yararına olmayabilir.” DOĞANAY, Ümit, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, **Mimarlık Dergisi**, S.7, Temmuz, 1974, s.5’ten aktaran SARAÇ, Osman, “Kamu Yararı Kavramı”, **Maliye Dergisi**, S.139, Ocak-Nisan, 2002, www.sgb.gov.tr/calismalar/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf, (13.11.2008).

⁹⁸ AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD**, Lütfi Duran’a Armağan, S.1-2, 1988, s.16.

⁹⁹ HAURIOU, Maurice, CE / Nisan 1916, *Astruc*, hakkındaki notu, S.1916.3.41’den aktaran LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.22.

¹⁰⁰ CE, 21 Ocak 1944, *Léoni*, Rec. 26’dan aktaran *Ibid*.

gelişimine olumlu etkilerinden dolayı kamu yararına faaliyetler olduğunu belirtmiştir¹⁰¹.

Görüldüğü gibi 1920'lerin Fransız kamu yararı anlayışı değişen siyasi ekonomik ve sosyal koşullara paralel olarak yargı yerlerince de daha geniş faaliyet alanlarında da uygulanabilecek şekilde algılanmıştır. Kamu hizmeti kavramından ayrı düşünülemeyen kamu yararı kavramı, artık devletin egemenlik yetkisine dayalı olduğundan doğrudan kamu yararına ve dolayısıyla kamu hizmeti sayılan savunma, kolluk, adalet ve ulaşım gibi kamu hizmetleri yanında, kültür, spor, turizm ve eğlence gibi faaliyetlerde kamu yararına olarak nitelenmeye başlamıştır. Hatta yargı organları bazı durumlarda kamu yararına olduğu şüphe götürmez bazı faaliyetlerin doğası gereği kamu hizmeti alanı olduğu nitelemesi de yapmışlardır¹⁰².

Buna mukabil, Topluluk Hukukunda kamu yararı kavramı Fransız anlayışı çerçevesinde benimsenmese de göz ardı edilmemiştir. Genel ekonomik yarar hizmetleri kategorisinin belirlenmesinde kriter olarak kullanılmaktadır¹⁰³.

Türk Hukukunda “çoğunluğun kişisel yararlarının toplamı, toplumsal yarar”¹⁰⁴ olarak tanımlanan kamu yararı kavramı, bireysel yarara üstün tutulması yoluyla toplumsal dengeyi sağlama fonksiyonuna sahiptir¹⁰⁵ ve idareyi adil ve hakkaniyetli davranmaya yöneltir¹⁰⁶. Tanımı soyut olan kamu yararının hangi hallerde mevcut olduğu konusunda bir kural bulunmamakla birlikte, yargı kararlarıyla somut olaylarda kamu yararı bulunup bulunmadığı yönünde niteleme yapılmaktadır. Bununla birlikte, yargı organının da bu nitelemeyi yaparken başvurduğu genel ilkeler bulunmaktadır ve bu genel ilkeler anayasada yer aldıklarından yine devlet tarafından belirlenmektedir¹⁰⁷. Anayasanın çeşitli maddelerinde kamu yararının gözetilmesi ya da korunması konusunda hükümler getirilmiştir. Buna göre, planlamaya ilişkin m.166/2’de “yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir” ifadesiyle yatırım tercihleri belirlenirken toplumun

¹⁰¹ CE, 25 Mart 1966, *Ville de Royan*, Rec.237’den aktaran *Ibid*.

¹⁰² CE, 17 Aralık 1997, *Ordre des avocat à la cour de Paris*, **AJDA** 1998, s.362.

¹⁰³ LAUCHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.22.

¹⁰⁴ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “*Kamu Hizmeti-Kamu Yararı Açısından Özelleştirme ve anayasa Mahkemesi Kararları*”, II. Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu’ndan Ayrı Bası, **Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yay.**, 26 Mart 2004, Ankara, s.4.

¹⁰⁵ KUTLU GÜRSEL, Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2009, s.123.

¹⁰⁶ ÖRÜCÜ, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul, 1976, s.64.

¹⁰⁷ KUTLU GÜRSEL, s.124.

genel yararının dikkate alınması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı şekilde, m.46’da devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin “kamu yararının gerektirdiği” hallerde kamulaştırma yapabilecekleri belirtilmiştir. Yine, “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlıklı m.47’de “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” hükmü getirilerek kamu hizmetlerinin amacına en açık vurguyu yapılmıştır. Ayrıca sahil şeritlerinden yararlanma (m.43), toprak mülkiyetinin kullanılması (m.44) ve tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (m. 45) konularında açıkça kamu yararının gözetilmesi koşulu getirilmiştir.

c. Şekli Unsur

Bir faaliyete uygulanacak hukuki rejimi ifade eden şekli unsura göre, şayet faaliyet kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuşsa kamu hizmeti sayılacaktır. Zira kamu hizmeti kamusal yönetim biçimine göre (kamusal yetki ve usuller kullanılarak) yürütülen faaliyetir¹⁰⁸. Kamusal yönetim biçiminden özel hukuku aşan hukuki rejim anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Bununla birlikte, kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine göre özel kişilere gördürülebildiği günümüzde bu kriterin eskisi gibi uygulama alanı kalmamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında bu yönde yorum yapmıştır: “...özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri olmaktan çıkmıştır”.¹¹⁰ Günümüzde her kamu hizmeti kamusal yönetim biçimlerine göre yürütülmediğinden, artık bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirirken, asli olarak idarenin gözetim ve denetimi altında yürütülüp yürütülmediğini ve faaliyetin kamu yararına olup olmadığını dikkate almak gerekecektir¹¹¹.

Bununla birlikte, idarenin kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler üzerinde bu faaliyetler özel hukuk hükümlerine göre yürütülseler dahi, özel hukuk faaliyetleri üzerinde bulunmayan bir takım yetkileri bulunmaktadır. Örneğin, kamuya yararlı mal ya da hizmetin bedelini yine idare belirlemekte ve bu faaliyetin yürütülmesinin

¹⁰⁸ TAN/GÖZÜBÜYÜK, s.677.

¹⁰⁹ GÖZLER, s. 233.

¹¹⁰ UM, 26.10.1992, E.992/33, K.1992/36, RG, 1.12.1992, S.21422.

¹¹¹ CHAPUS, s.569.

denetimini de kamu hizmeti ilkeleri uyarınca yapmaktadır. Sonuç olarak tabi olduğu hukuki rejim kriteri, kamu hizmetinin belirlenmesinde önemini yitirmiş olsa da tamamen ortadan kalktığını söylemek de doğru olmayacaktır.

II. KAMU HİZMETİ KAVRAMINDAKİ GELİŞMELER

A. Küreselleşme ve Neoliberal Politikaların Kamu Hizmeti Kavramına Etkisi

Küreselleşme kavramı, genellikle serbest rekabet ve neo-liberalizm terimleriyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹¹². Bununla birlikte, liberal ekonomi anlayışına dayanan neo-liberalizme göre daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Ekonomik, siyasi, hukuki, toplumsal, kültürel, teknolojik ve hatta psikolojik etkileri olan küreselleşme kavramının farklı boyutları da mevcuttur ve her zaman neo-liberalizm ile aynı anlama gelmez. Neo-liberalizm, temelini klasik liberal ekonomi anlayışında bulan ve kazanç sağlama mantığının öncelikli olduğu bir ekonomi anlayışıdır¹¹³. “Küreselleşmenin özü, temeli kapitalist sermaye birikiminin toplumsal ve siyasal denetlemelerden daha fazla, hatta neredeyse tamamen sıyrılarak, dünyanın her köşesini ve her türlü mal ve hizmeti kapsaması, bunları kendi birikim dinamiğine tabi kılmasıdır”¹¹⁴. Küreselleşme dinamiğinin kuramsal/ideolojik kaynağı olan neo-liberalizm ise, aynı zamanda “ekonomik küreselleşmenin hegemonik stratejisi” olarak tanımlanmıştır¹¹⁵.

1929’daki büyük ekonomik bunalımla birlikte, piyasanın “görünmez el” olarak bütün ekonomiyi düzenleyeceği ve etkin ve akılcı bir dağıtımı sağlayacağı yönündeki neo-klasik liberal iktisat kuramına güven sarsılmıştır. Böylece, “başıboş bırakılmış bir pazar ekonomisi düzeninin toplumsal birliği yıkıcı gücü kendini göstermeye başlayınca”¹¹⁶ devletin piyasaya etkin müdahalesiyle kendisini gösteren refah devletini savunan Keynesyen görüş ön plana çıkmıştır. Böylece bunalım

¹¹² DOĞAN, İlyas, **Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar**, Yeni İnsan Yay., İstanbul, 2008, s.38.

¹¹³ İbid, s.191.

¹¹⁴ İNSEL, Ahmet, “*Yeni Emperyal Güç ve Neo-Liberal Küreselleşme*”, in **Neo-Liberalizm ve Hegemonyanın Yeni Dili**, Birikim Yay., İstanbul, 2005, s.156.

¹¹⁵ JESSOP, Bob, **Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet**, der. Betül YARAR-Alev ÖZKAZANÇ, İletişim, İstanbul, 2005, s.283.

¹¹⁶ İNSEL, Ahmet, “*Pazar Ekonomisi ve Demokrasi*”, in **Neo-Liberalizm ve ...**, s.188.

döneminde yıkılan sistemin yeniden inşası için kamu girişimciliği savunulmuş, en liberal ekonomi yanlıları dahi devletin piyasaya müdahalesi ile sistem içi çözüm bulunması taraftarı haline gelmiştir¹¹⁷.

1970'lerdeki tekrar ortaya çıkan ekonomik bunalım sonucu Keynesyen politikalara da güvenin sarsılmasıyla yeniden canlanan ve liberal iktisadi öğretinin sosyal devlete karşı yürüttüğü mücadeleyi ve tekrar eden neo-liberal politikalar, devletin rolünün yeniden tanımlanmasını, kamu kesiminin daraltılmasını ve hizmet etkinliğinin artırılmasını savunmaktadırlar. Böylece devletin yeniden yapılandırılması hedefine yönelik bir "yeni dünya düzeni", yani yeniden yapılanmış kapitalizm anlayışı ortaya çıkmıştır. Kapitalizmin yeniden yapılanması da bunalıma karşı sistemin kendisini yeniden üretebilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır¹¹⁸. Bu yönde, aşırı birikim krizi içindeki sermayeye yeni yatırım alanları açma amacıyla¹¹⁹, belli sektörlerde devletin müdahalesinin tasfiyesi yoluna gidilmiştir. Neo-liberal teorisyenlerin bu yöndeki araçları, özellikle gelişmekte olan ülkelerde "devlete ait hantal şirketleri işletmek gibi verimlilik üzerinde olumsuz etkileri olan eğilimleri"¹²⁰ bertaraf etmek için, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan öneri paketleri olmuştur¹²¹. Özünde ise, gelişmekte olan ülkelerin devlet sektörünün tasfiyesi aslında uluslararası sermaye hareketini sağlayacak ve liberalleşen yeni pazarlar, sermaye için yeni yatırım alanları oluşturacaktır¹²². Bu paralelde özellikle gelişmekte olan ülkelerde pazarı kapsayan ya da büyük oranda yer tutan devlet sektörü, büyüme önündeki en büyük engel olarak görülmekte ve bunun ıslahının tek yolu olarak da ekonomik liberalleştirme sunulmaktadır¹²³.

¹¹⁷KEPENEK, Yakup, **Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirmeleriyle Türkiye Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1989, s.20.

¹¹⁸ŞAYLAN, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge, Ankara, 2003, s.191.

¹¹⁹ATAAY, Faruk, **Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması**, De Ki, Ankara, 2006, s. 17.

¹²⁰FUKUYAMA, Francis, **Devlet İnşası, 21. Yüzyılda Dünya Düzeni ve Yönetişim**, Remzi, İstanbul, 2006, s.17.

¹²¹Washington Konsensüsü ya da Uzlaşması olarak adlandırılan bu öneri paketi, gelişmekte olan ülkeleri bu sisteme eklemlenmiştir. Özellikle petrol ihraç eden gelişmekte olan ülkeler, uluslararası kredi kurumlarından borç ve kredi alabilmişlerdir. Ancak, 1980'lerin başında ortaya çıkan borç krizinden sonra, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası gibi kuruluşlar yeni kredi arayışına giren bu ülkelerin ekonomi politikalarında söz sahibi olabilmişlerdir. Bkz. ÖZGÜR, Gökçer-ÖZEL, Hüseyin, *"Kapitalizm, Küreselleşme ve Yerelleşme: Sermayenin Gerçek Boyunduruğu"*, Karaburun Bilim Kongresinde Sunulan Tebliğ, 5-7 Eylül 2008, <http://www.econt.metu.edu.tr/Arsiv/KapitalizmKuresellesmeYerellesme.pdf> , (18.5.2009)

¹²²ŞAYLAN, s.187 vd.

¹²³FUKUYAMA, s.17 vd.

Tarih sahnesine çıktığı andan itibaren özünde “yerel değil, küresel” olan kapitalist sermaye, gelişen teknoloji ve bilgi iletişim sistemleri ağıyla uluslararası boyut kazanmıştır. Özellikle teknolojiden beslenen küreselleşme politikaları ile birlikte uluslararası ekonomik ilişkilerin trans-nasyonel bir özellik kazanması, “korumacı devlet” anlayışı yerine “global devlet” anlayışının hakim olması sonucunu doğurmuş¹²⁴ ve böylece uluslararası ticaretin önündeki bir takım engellerin kaldırılması politikaları yoğun olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu anlayışın, küreselleşmenin hem devamı hem de aracı niteliğindeki¹²⁵ bölgeselleşme politikalarıyla desteklenmesi, himayeci devlet anlayışının terk edilerek devletin ekonomik alandaki rolünün değişmesi sonucunu getirmiştir. Bu anlamda, devlet üzerindeki reel etkisi yadsınamaz olan küreselleşme ve devlet ekseninde öne sürülen görüşler ne yönde olursa olsun, uygulamada devlet kavramının yeniden tanımlandığı ve devletin doğrudan müdahale ve üretim yapmasından çok, politika oluşturma, kaynak yaratma, standardizasyon ve denetim yapma rolleri ön plana çıkmaktadır¹²⁶. Bu çerçevedeki ilk adım, özellikle de ekonomik gücü zayıf olan ülkelerde doğrudan girişimci rolünü oynayan devletin, serbestleştirme ve özelleştirme uygulamaları vasıtasıyla bu rolünden çekilmesi olmuştur. Devlete biçilen yeni rol ise üretim yapmak olmayıp, mal ve hizmet üreten kuruluşlara hukuki altyapıyı hazırlama ve firmalar arasındaki rekabeti geliştirmek olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda devlete biçilen rol, kamu hizmetinin sağlanmasında devletin tekel olmayıp, üretimi özel sektöre ve dahi sosyal kamu hizmetleri alanında rol üstlenebilecek gönüllü kuruluşlara (NGO, non governmental organization) bırakmak ve “katalizör” görevi üstlenmektir¹²⁷.

Küreselleşme sürecinin bir sonucu olarak terminolojide farklılaşmalar ortaya çıkmış, yeniden yapılandırılan “yeni kamu yönetimi” anlayışı, “işletme” mantığına

¹²⁴ AKTAN, Coşkun Can, **Değişim Çağında Devlet**, Çizgi Kitabevi, Ankara, Eylül 2003, s. 97 vd.

¹²⁵ Bu konudaki aksi görüşler için bkz. AKBULUT, Örsan Ö., **Küreselleşme, Ulus-Devlet ve Kamu Yönetimi**, TODAİE yay., Ankara, Şubat 2007, s. 345 vd.

¹²⁶ SAYGILIOĞLU, Nevzat- ARI, Selçuk, **Etkin Devlet, Kurumsal Bir Tasarı ve Politika Önerisi**, Sabancı Üniversitesi Yay., İstanbul, 2003, s. 30.

¹²⁷ BİLGİÇ, K. Veysel, “*Küreselleşme Sürecinde kamu Hizmetinde Dönüşüm*”, in **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Ed. Bekir PARLAK, Turhan, Ankara, 2008.

dayalı “yönetişim” kavramıyla ifade edilmeye başlanmıştır. Bu anlayışın temel özellikleri¹²⁸ ise şunlardır:

- İşletme (management) idareden (administration) üstündür.
- Özel sektördeki işletme kamu sektöründeki işletmeden üstündür.
- İyi işletme, ekonomik ve sosyal sorunları çözmede tek yoldur.

Kamu hizmeti kavramının iktisadi nesnellik anlayışına paralel olarak, toplumun ihtiyaçlarının piyasa ekonomisi koşullarında ve özel teşebbüs tarafından karşılanması fikri küreselleşme sürecinde hukuk sistemlerinde de ağırlıklı olarak yer bulmuştur. Bunun sonucunda kamu hizmeti alanları olarak nitelenen faaliyetlerde devlet tekeli kırılıp özel sektöre açılmış ve piyasa ekonomisi kurallarına göre giderilmeye başlanmıştır. Günümüz itibarıyla, ihtiyacı karşılamak isteyen bireylerin davranışı gibi, toplumsal ihtiyaçların da “pazar” ortamında ve “değişim” araçları vasıtasıyla giderilmesi söz konusudur. Bu durum kaçınılmaz olarak kamu hizmetleri üzerinde etkisini göstermiştir. Şöyle ki, küreselleşme süreciyle birlikte liberal ekonomi politikalarının tüm dünyaya yayılması ve gelişen teknolojinin gerektirdiği yeniliklerin karşılanması zorunluluğu ile devletin üstlendiği ve iktisadi değeri olan kamu hizmetleri serbest rekabet ilkelerine göre yürütülmeye başlanmıştır.

Avrupa Birliği de kamu hizmetlerinin tümünü kapsayacak nitelikte bir düzenlemeye gitmek yerine, hizmet sektörlerine göre farklı düzenlemeler yapmaktadır. Nitekim Roma Anlaşması m.90’da kamu hizmeti alanlarının serbest rekabete açılması öngörülmüştür. Roma Anlaşması, hizmetin yürütülmesinde rekabet kurallarına uyulmasının kamu hizmeti yükümlülüklerinin yerine getirilmesini engellemesi halinde istisnayı kabul etmiştir. Buna göre devletin bu alanlardaki aktif/üstlenici rolü, ancak ve ancak toplumsal ihtiyaçların piyasa mekanizması ile karşılanamadığı durumlarda ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, serbest rekabet ilkesinin pazar ekonomisi kurallarına göre düzgün bir şekilde işleyebilmesi ve aynı zamanda da piyasa ekonomisinin doğurabileceği sosyal risklerin bertaraf edilmesi amacıyla devlete düşen yeni görev düzenleme ve denetleme olarak görülmektedir.

Sonuç olarak, günümüzde kaçınılmaz olarak görülen neo-liberal küreselleşme devletin işlevini yeniden tanımlamakta ve ona verdiği rolü tamamen

¹²⁸ WILSON, Woodrow, “*The Study of Administration*”, Political Science Quarterly2, 1987’den aktaran DENHARDT, Janet V.- DENHARDT, Robert B., **New Public Service**, M.E. Sharpe, Newyork, 2003, s.6 vd.

değiştirmektedir. Pazar ekonomisinin hâkimiyetini esas alan küreselleşme daha adil ve demokratik bir düzenin devletin girişimci olma sıfatını bırakmasından geçeceğine inanır. Bu anlamda, piyasanın kendi kurallarının “istenen”, “olması gereken” düzeni yaratacağı fikriyle, iktisadi açıdan nesnel bir karşılığı bulunan her türlü mal ve hizmetin rekabet koşulları içinde üretilmesi gerektiğini savunur. Bu anlamda iktisadi nesnellik açısından ele alınan kamu hizmetleri de neo-liberal küreselleşmenin etkilerinden kaçamamıştır. Her ne kadar özel sektör tarafından Pazar ekonomisi içinde üretilbileceği ön kabulünde bulunulsa da, toplumsal ihtiyaçları karşılamak suretiyle kamu yararını sağlama işlev ve amacı olan kamu hizmetlerinin, serbest piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde karşılanmasının yaratabileceği olumsuz toplumsal sonuçlar da bir gerçektir. Zira küreselleşmenin ön kabulü serbest piyasa ekonomisinin sonuçlarının değil, kurallarının adil olduğudur. Sermaye ve emek dengesi, kamu hizmetinden yararlananların tüketici olarak görülmesi bir takım sosyal riskleri de ortaya çıkaracaktır. Özellikle de bu politikaların yoğun olarak uygulandığı gelişmekte olan ülkelerdeki gelir dağılımındaki eşitsizlik dikkate alındığında, Pazar ekonomi kurallarına göre yürütülen kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi zarar görecektir. Bu durum da dolaylı olarak sınıflı bir toplum yaratılmasını öncülleyecektir. Buna karşın, Pazar ekonomisi de “tüketiciler” (kamu hizmetinden yararlananlar) arasında “asgari eşitlik”in piyasa kuralları çerçevesinde sağlanacağı iddiasındadırlar. Burada söz konusu olan eşitlik ise, hizmete ulaşmada eşitliktir, hizmetten yararlanmada ise eşitlik yoktur¹²⁹. Bu konuda Pazar ekonomisinin verdiği yanıt ise, “eğer toplum eşitsizlikleri azaltmak istiyorsa, bunu devletten beklemelidir” yönünde olmuştur¹³⁰. Böylece, neo-liberal küreselleşmenin devlete yüklediği sosyal rol de ortaya konmaktadır.

¹²⁹ Nitekim son dönemlerdeki düzenlemeler kamu hizmetlerini kendi içinde “temel hizmet” ya da “asgari hizmet” ve “katma değerli hizmetler” olarak sınıflandırmaktadır. Temel hizmete ulaşmada eşitlik sağlansa da, katma değerli hizmetlerden yararlanmak isteyenler, bunlar kamu hizmeti olsalar dahi daha fazla bedel ödemeye razı olacaklardır. Bkz. *infra*.

¹³⁰ Philip Stephens’in *Financial Times*’taki makalesinden aktaran İNSEL, “Özelleştirme ve Yoksullaştırma”, in **Neo-liberalizm ve...**, s.217.

B. Kamu Hizmeti Temel İlkelerinde ve Terimlerinde Bakalaşım

Kamu hizmetlerinin geçirdiği evrimle birlikte, doğal olarak bunlara uygulanan ilkeler ve kullanılan tabirler de değişim geçirmektedir. Özellikle Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti yaklaşımı ile kendini gösteren bu değişim, kavramın şekli ve içeriği üzerinde etki göstermektedir.

Bunlardan ilki, kamu hizmeti teriminin Avrupa Birliği literatüründe ve mevzuatında kendisine yer bulamaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmeti kavramı yerine AB Kurucu Anlaşması olan Roma Anlaşması m. 90 “genel ekonomik yarar hizmeti”, “genel yarar hizmeti”, “minimum hizmet” ve “evrensel hizmet” gibi terimleri kullanmayı tercih etmiřtir¹³¹. Serbest Piyasa ekonomisi ile kamu hizmeti kavramını bağdaştırmada özellikle mevzuat açısından sektöryel ayrımı tercih eden AB, farklı sektörlerde bu kavramlarla ifade edilen farklı kamu hizmeti boyutlarını uygulamaya koymuştur.

Bunların dışında ve bunlara paralel olarak, kamu hizmeti olarak nitelenecek faaliyetlerin belirlenmesindeki usulde de önemli değişiklikler söz konusudur. Klasik kamu hizmeti anlayışına göre genel kabul gören kamu hizmeti sayılacak faaliyetlerin siyasal organlarca belirlenmesi kuralında değişiklik olmuştur. şöyle ki, kamu hizmetini “genel ekonomik yarar hizmetleri” olarak ifade eden Roma Anlaşması m.90/3, bu konuda ye devletlerin siyasal organları ile AB Kurumları arasında bir yetki paylaştırması yapmıştır. Buna göre, ye devletler kendi ilerinde kamu hizmeti olacak faaliyetleri kendi usullerine göre belirleyebilecekler, ancak bu kararların son tahlilde Topluluk amaçlarına uygun olup olmadığını Topluluk Kurumları denetleyebilecektir. Uygulamada bu denetim kurumu da Komisyondur. ye devletlerin egemenlik anlayışı nedeniyle ciddi tepkilere yol açan bu hüküm, ATAD tarafından da denetlenmiş ve onaylanmıştır. ATAD'ın bu konudaki yaklaşımı daha da ileri giderek, Komisyon'un herhangi bir sektörü rekabete açma kararı aldıktan sonra, ye devletlere hangi düzenlemelerin yürürlükten kaldırılacağını direktifler vasıtasıyla empoze de edebileceği yönünde olmuřtur¹³².

¹³¹ TAN/GÖZÜBÜYÜK, s.671.

¹³² ATAD, 12 Aralık 1992, Pays-Bas et PTT Komisyona karşı, (C48 ve C66/90), aktaran ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.101.

AB'nin kamu hizmeti üzerindeki etkileri ikinci olarak kendisini kamu hizmetlerine hâkim olan ilkeler açısından göstermektedir. Her bir kamu hizmetinin kendine özgü ilke ve kuralları olmakla birlikte kamu hizmetlerinin tümünde ortak olan dört temel ilke vardır: süreklilik ve düzenlilik, eşitlik (nesnellik), değişkenlik (uyarlama) ve bedelsizlik (meccanilik).

Süreklilik ilkesi gereğince kamu hizmetlerinin kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesi gerekmektedir¹³³. Bununla birlikte kanunun öngörmesi durumunda kamu hizmetinin yürütülmesinde kesinti yapılabilir. Kuşkusuz, sağlık, enerji, ulusal güvenlik gibi kamu hizmetleri kesintisiz bir biçimde yürütülürken, adalet ve eğitim hizmetleri kanunların öngördüğü durumlarda kesinti yapılabilirler¹³⁴. Avrupa Birliği hukuku süreklilik ilkesini aynen benimsemiş olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin piyasa kurallarına göre yürütülmesi iktisadi bir yaklaşımla kamu hizmeti niteliğinde mal ve hizmet üreten girişimcinin kârlılık amacına yönelmesine yol açabilecektir. Bu ekonomik yaklaşımın dengesinin sağlanamaması, girişimciler tarafından kârlı bulunmayan alanlara yatırım yapılmaması veya “vahşi rekabet” durumunda tarifeler savaşı riskini doğurabilecektir¹³⁵.

Kamu hizmetlerinin değişkenliği ya da uyarlama (adaptasyon) ilkesi süreklilik ve düzenlilik ilkesine paralel değerlendirilmesi gereken bir kamu hizmeti ilkesidir. Bu ilke, toplumsal ihtiyaçlardaki ve kamu yararındaki anlayışa kamu hizmetlerinin adapte edilmesini ifade eder¹³⁶. Kamu hizmetinin değişkenliğini sağlayan koşullar kültürel, sosyal ya da teknolojik olabilir. Bu nedenle, değişen koşullara rağmen toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında kamu hizmetinin etkinliği değişkenlik ilkesi ile sağlanır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ise ancak hizmet etkin ise mümkün olabilir¹³⁷. Etkin ve kaliteli hizmet kavramları Avrupa Birliğinin kamu hizmetlerine iktisadi nesnellik olarak bakan tutumuyla paralel durumdadır. Zira piyasa kuralları çerçevesinde üretilen bir kamu hizmetinin etkin

¹³³ TAN/GÖZÜBÜYÜK, s.684. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu hizmetini topluma sunulan “sürekli ve düzenli etkinlikler” olarak tanımlamıştır. (AYM, 9.12.1994, E. 1994/43, K.1994/42-2, RG, 24.1.1995, S.22181, s.22. Aynı şekilde süreklilik ilkesini kamu hizmetinin tanımlanmasında kullanan Danıştay kararları için bkz. Danıştay 8.D, 27 Kasım 1997, E.1996/1687, K.1997/3669, DD, S.96, s.388-390; Danıştay İİK, 3 Ekim 1996, E.1996/79, K.1996/83, DD, S.93, s.36 (aktaran KARAHANOGULLARI, s.195)

¹³⁴ CHAPUS, s.597.

¹³⁵ VOISSET, Michèle, “Le service public autrement”, **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, s.319.

¹³⁶ CHAPUS, s.593, GÖZLER, C.I, s.270.

¹³⁷ ULUSOY, s.103.

olması o hizmetin kalitesine bağlıdır. Hizmetin değişen koşullara uyarlanmadan, sürekli ve herkese eşit bir şekilde sağlanması Avrupa Birliği'nin öncül amacı değildir. Asıl amaçlanan hizmetin bizzat kalitesine göre değerlendirilmesidir. Bu anlamda, değişkenlik ilkesinin Topluluk bünyesinde süreklilik ve eşitlik ilkelerinin önüne geçtiği de söylenebilecektir¹³⁸. Zira kaliteli hizmetten yararlananlar ekonomik olarak güçlü olup pahalı olan bu hizmetlere ulaşabilecek olan kesimdir.

Eşitlik ya da nesnellik ilkesi gereğince, kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik sağlanmak zorundadır. İdare kamu hizmetini dilediğine sunma konusunda bir iradeye sahip olmadığı gibi, olumlu ya da pozitif ayrımcılık çerçevesinde eşitler arası eşit davranmak ve farklılıkları dikkate almak zorundadır. Eşitlik ilkesinden sadece kamu hizmetinden yararlanmada (kamu hizmetine ulaşma) eşitlik değil, hizmetin işleyişi esnasındaki eşitliğin de anlaşılması gerekmektedir. Özellikle hizmetin işleyişi esnasındaki eşitlik, hizmetin fiyatlandırılmasında eşitlik anlamına da gelmektedir¹³⁹. Bu konuda Topluluk'un eşitlik ilkesine kuşkusuz bir müdahalesi olacaktır. Zira kamu hizmeti terminolojisindeki başkalaşım ile kamu hizmetlerinin “temel”, “asgari” ve aynı anlama gelecek şekilde “evrensel” olarak nitelendirilmesiyle asgari eşitlik ilkesi uygulanmak durumunda kalacaktır¹⁴⁰. Şöyle ki, tarife uygulamasında hizmetin maliyetinin hizmetten yararlanana yansıtılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, temel hizmetleri aşan ve bazı durumlarda “katma değerli hizmetler” olarak anılan hizmet bölümlerinde hizmetten yararlanmak isteyen, üreticinin maliyetine göre belirlediği fiyatlandırmayı kabul etmek zorunda kalacaktır¹⁴¹. Ayrıca, Topluluk hukuku yeni bir eşitsizlik türü yaratma riski de taşımaktadır. Ülkeler arasında kamu hizmetinden yararlanma tarifelerinin farklılaşabileceği konusu bir yana, aynı ülke içinde dahi coğrafi bölgeler arası eşitsizlik riski bulunmaktadır ve Topluluk kamu hizmetinden yararlanan sanayici “müşteriler”e tarifelerde ayrıcalık tanıma eğilimindedir¹⁴².

Topluluk hukuku, Fransız Hukukunda Rolland Kanunları olarak adlandırılan bu üç ilkeyi en azından terimsel olarak kabul ettiği gibi, kamu hizmeti ilkeleri

¹³⁸ CE, *Rapport Public*, Etudes&Documents, No:46, La Documentation Française, Paris, 1995'ten aktaran ULUSOY, s.103, dpn.219.

¹³⁹ Ibid, s.102.

¹⁴⁰ BOITEAU, Claudie, “*Concept communautaire de service public et services public locaux*”, **RFDA**, 11 (2), mars-avril, 1995, s.322.

¹⁴¹ ULUSOY, s.103.

¹⁴² VOISSET, s.318.

sayısında da artış yapmıştır. Bu ilkelere ek olarak, kalite ve etkinlik ilkesi, yurttaşlık ilkesi ya da ULUSOY'un tabiriyle temel hizmet hakkı ilkesi, katılım ilkesi, açıklık ya da şeffaflık ilkesi¹⁴³, çevrenin korunması, arz güvenliği ve evrenselliştir.

Kalite ve etkinlik ilkesi, kamu hizmetine iktisadi yaklaşımda temelini bulan bu ilke uyarınca, hizmetin rekabet gücünün sağlanması ve “müşteri” statüsüne geçen “kamu hizmetinden yararlananlar için tüketicinin korunmasına ilişkin konular önceliklidir¹⁴⁴.

Yurttaşlık ilkesi ya da *temel hizmet ilkesi*, her yurttaşın belirli bir kalite ve yanına varılabilir bir fiyatla temel kamu hizmetlerine ulaşma hakkına sahip olmasını ifade eder. Temel hizmetler ise asgari düzeyde uygar bir insan için vazgeçilmez olan su, elektrik, gaz, iletişim gibi hizmetleri ifade eder¹⁴⁵.

Katılım ilkesi, hizmetten yararlananlar ile bunların birlik ve dernekleriyle, hizmeti üretenlerin çalışanlarının ve bunların sendikalarının hizmete ilişkin karar alma sürecine katılımı olarak anlaşılmaktadır¹⁴⁶.

Açıklık ilkesi ise, hizmeti işleten ile hizmetin sorumlusunun hizmete ait her bilgiyi, bu hizmetten yararlananlarla paylaşması anlamına gelir. Bu bilginin kapsama hizmetin üretim faaliyetleri ile hizmete dair gelecekte ortaya çıkabilecek sonuç ve bilgileri de önceden bildirme zorunluluğu bulunmaktadır¹⁴⁷.

C. Kamu Hizmetinin İşletilmesi ve Regülasyon

Kamu hizmetlerinin serbestleştirilmesi ve rekabete açılmasıyla birlikte, yürütülme biçimleri ve bunların denetlenmesi konusunda da değişiklikler olmuştur. Topluluk hukuku, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile bunların düzenlenme ve denetlenmesi fonksiyonlarının birbirinden ayrılması yönünde ilerlemektedir. Bu konuda Komisyon tarafından geliştirilen kavram ve kuramlar Anglo- Amerikan kökenli olup karşımıza kamu hizmetlerinin idare edilmesi yerine işletilmesi gerçeğiyle birlikte çıkar. Topluluk hukukunun getirdiği yeni olan kavramlar, “işletmeci”, “regülatör”, işletmeci ve düzenleyicinin birbirinden ayrılması,

¹⁴³ İbid, 101 vd.

¹⁴⁴ MARTINAND'dan aktaran ULUSOY, s.101.

¹⁴⁵ İbid.

¹⁴⁶ İbid.

¹⁴⁷ İbid.

düzenleyicinin bağımsızlığı, mali birimleştirme, ağ hizmetlerinde ağın, ağa bağlı yürütülen hizmetten ayrılması ve bağımsız onay kuruluşları olarak ortaya çıkar¹⁴⁸.

Avrupa Birliği, ABD’de ortaya çıkan ve varlık nedenini piyasa mekanizmasının başarısızlığında bulan¹⁴⁹ “regülasyon” kurumunu uygulamaya koyarken en çok piyasadaki işletme ile düzenleyicinin birbirinden ayrılmasına önem vermiştir¹⁵⁰. *İşletmeci ile düzenleyici (régulateur)* ayrımının temelinde, kamu hizmeti alanının rekabete açılması ve hizmetlerin özel kişiler aracılığıyla yürütülmesi yatar. Topluluk anlayışına göre “devlet aynı anda hem oyuncu hem hakem olamaz”¹⁵¹ ve ona düşen görev sadece düzenleyicilikten ibarettir. Bu noktada idareye verilen görev düzenleme ve denetleme fonksiyonundan ibarettir. Bununla birlikte Topluluk hukukunda bu ayrımın dayanağı açıklık ilkesi olarak gösterilmiştir. Kamu hizmetini işleten ile bu hizmeti işletecek olanı belirleyen, onu denetleyen bilinişmesi vasıtasıyla, aksaklık halinde sorumlu bulunabilecek, böylece açıklık ilkesi de gerçekleşebilecektir¹⁵². Bu mantık düzenleyicinin bağımsız olması gerektiği sonucuna varmış ve bağımsız düzenleyici kurullar ya da regülasyon kurumları ya da bağımsız idari otoritelere varlık vermiştir. Burada bağımsızlıktan anlaşılması gereken yürütme organı karşısındaki bağımsızlıktır¹⁵³.

Regülasyon ya da düzenleme faaliyetinden anlaşılması gereken, devletin piyasa faaliyetlerini ve özel sektörün ekonomi içindeki davranışlarını gözlemleyerek bir hakem gibi davranırken kullanıma sunulan politikaları ifade etmektedir. Piyasa mekanizması çerçevesinde faaliyet gösteren tekeli gücün yaratabileceği sorunlar, mal ve hizmetlerde fiyat dengelenmesinin ve kalitenin sağlanması ve piyasa etkinliği, yani rekabet kurallarının işlenmesi gibi sorunlar regülasyonun sadece meşruiyet zeminini değil, yönünü ve ölçüsünü de belirlemektedir. Regülasyon, seçilmiş temsilciler tarafından oluşturulur ve öncelikleri yansıtır¹⁵⁴. Yani regülasyon kural koyma ve uygulamayı denetleme olarak özetlenebilir, bu durumda düzenleyici de

¹⁴⁸ KARAHANOGULLARI, s.147.

¹⁴⁹ PAŞAOĞLU, Ömür, **Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Yay. Lisansüstü Tezler Serisi No:14, Ankara, 2003, s.14-15.

¹⁵⁰ *Ibid*, s.148.

¹⁵¹ DUBOIS, Louis, “Le service public et la construction communautaire”, **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, s294.

¹⁵² VOISSET, s.314.

¹⁵³ KARAHANOGULLARI, s.148.

¹⁵⁴ OECD, **The OECD Report On Regulatory Reform, C.II: Thematic Studie**, s.26’dan aktaran ARDIYOK, Şahin, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 9., 2002, Ankara, s.7.

kuralları koyan ve uygulamayı denetleyendir. Bu bağlamda, geniş anlamda regülasyon hükümetin piyasa mekanizmasına müdahalesi olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁵. Bununla birlikte, asli düzenleme yetkisi Yasa koyucuda olduğu için piyasada regülasyon işlevi gören düzenleyicilerin koydukları kurallar her zaman kanuna dayanmak ve uygun olmak zorundadır. Kanaatimizce, siyasi irade de yasama fonksiyonu eliyle müdahalenin ölçüsünü ve yöntemini belirlediğinden geniş anlamdaki regülasyon kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda regülasyon kavramı geniş anlamda düşünüldüğünde içine Yasa koyucu, ilgili idare ve düzenleyici kurumlar da girecektir. Nitekim ATAD da bu yönde bir değerlendirme yaparak, bütün mamullerinin perakende satış fiyatının belirlenmesi konusunda imalatçılar ve dış alımcılar tarafından belirlenmiş olandan tamamen farklı tespit yapılması gerekçesiyle Fransız Hükümetinin Topluluk Anlaşması ile yüklendiği yükümlülüklerle aykırı davrandığına hükmetmiştir¹⁵⁶. Geniş anlamdaki regülatör ile karışmaması için, piyasayı denetleyen ve düzenleyen kurumlara atfen “*l’authorité/authority*” kelimesinin karşılığı olarak “düzenleyici kurum” ya da “bağımsız idari otorite” kullanılacaktır.

Düzenleyicilerin faaliyetlerini denetlediği işletme (*gestion*)’den anlaşılması gereken ise, piyasa koşulları çerçevesinde mal ve hizmet üreten iktisadi teşebbüslerdir.

Mali birimleştirme (individualisation comptable) kavramı ise kamu hizmetlerinin parçalara bölünmesini ifade eder. Bu bölümlemeler Avrupa Birliği Hukukunda temel hizmetler, ek hizmetler ya da katma değerli hizmetler olarak ortaya konmaktadır. *Temel hizmetler kavramı*, teknik bir anlamla doğal tekel alanlarını ifade etmektedir. Kuruluş maliyeti çok yüksek ve yeterince kârlı olmadıkları için yatırımcılar tarafından üstlenilmeyecek büyük altyapı şebekeleri gerektiren alanlar olarak açıklanabilen doğal tekel alanları, elektrik, su, gaz, demiryolları ve telekomünikasyon gibi şebeke endüstrileridir¹⁵⁷. Kuruluş maliyeti

¹⁵⁵ PAŞAOĞLU, s.14.

¹⁵⁶ ATAD, 21 Haziran 1983 kararından aktaran, ASLAN, Yılmaz, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1992, Ankara, s.35.

¹⁵⁷ ARDIYOK, s.34; ULUSOY, s.98.

(şebekenin oluşturulması) yatırımcı için batık maliyet¹⁵⁸ olarak kabul edilen ve fakat toplumun günlük yaşantısı için gerekli olan, “asgari” düzeyde uygar bir insan için vazgeçilmez olan hizmet alanıdır ve bu nedenle de bir tekelin varlığını gerektirmektedir¹⁵⁹. Bu durum da şebeke hizmetleri ya da ağa bağlı hizmetler olarak ifade edilen kamu hizmeti alanlarında şebeke ile bu şebekede yapılan iktisadi faaliyetin birbirinden ayrılması sonucunu doğurur¹⁶⁰.

Ek hizmet ya da katma değerli hizmet ise, rekabet kurallarına göre yürütülen ve temel hizmetlere eklemlenmiş hizmetleri ifade eder¹⁶¹.

Sonuç olarak, ekonomik küreselleşmenin etkisiyle kamu hizmetlerinin piyasa ekonomisine açılmasının yanında, kamu hizmetlerinin piyasa ekonomisine uydurulabilmeleri içinde kavramsal ve aynı zamanda içeriksel değişiklikler yoluna gidilmiştir. Bu değişiklikler, yalnızca kamu hizmeti terminolojisi alanında kalmamış, kamu hizmetinin bölümlenmesine ve kamu hizmetlerine uygulanan ilkelerin içeriğine dek uzanmıştır. Kamu hizmetlerine iktisadi yaklaşımın izdüşümü olarak değerlendirilebilecek bu değişiklikler ile piyasa ekonomisi ile kamu hizmeti kavram ve ilkeleri arasında bir orta yol bulunmaya çalışılmıştır. Klasik kamu hizmeti kavramının gelişmiş olduğu Kıta Avrupası ülkelerinde. Özellikle Fransa’daki hukuki algıda genel olarak kamu hizmeti kavramının içinin daraltılması ya da minimum kamu hizmeti anlayışının yerleştirilmeye çalışılması olarak algılanmıştır¹⁶². Bununla birlikte, örneğin kamu hizmeti ilkelerinde artış ve işletmeciyeye getirilen yükümlülükler nedeniyle şu an klasik Fransız kamu hizmeti anlayışıyla kesiştikleri görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır¹⁶³.

¹⁵⁸ Geçmişte katlanılmış olan ve geri alınma olasılığı büyük ölçüde olmayan, verilecek kararları etkilemeyen maliyetlerdir. <http://muhasebeturk.org/ecopedia/383-b/6631-batik-maliyetler-nedir-ne-demek-anlami.html>, (9.8.2009).

¹⁵⁹ BOITEAU, s.311.

¹⁶⁰ KARAHANOGULLARI, s.148.

¹⁶¹ ULUSOY, s.98.

¹⁶² BOITEAU, s.324.; RODRIGUES, “*Prospective du service public en Europe: le marché intérieur entre concurrence et utilité public*”, **RAE**, No:2, 1994, s.71.

¹⁶³ DUBOIS, Louis, “*Presentation*” in **Dossier, Le service public et la construction communautaire**, **RFDA**, No: 2, 1994, s.294.

III. EVRENSEL HİZMET KAVRAMINI DOĞURAN SİYASİ NEDENLER VE KAVRAMIN GELİŞİMİ

A. Evrensel Hizmet Kavramının Ortaya Çıkışı

Türk Hukukuna 2005 yılında giren evrensel hizmet kavramı 1980’li yıllarda Avrupa Birliği ve dolayısıyla izleyen dönemde Avrupa ülkeleri hukuklarında yer edinmeye başlamıştır. Bununla birlikte kavramın ortaya çıkışı 1930’lu yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde olmuştur. Bu nedenle öncelikle ABD’de kavramın doğuşu (1) ve sonrasında AB hukukunun evrensel hizmet kavramına yaklaşımı (2) ortaya koyulmalıdır.

1. Amerika Birleşik Devletleri’nde Evrensel Hizmeti Doğuran Politik Nedenler

1893’te Graham Bell’e ait olan ABD’nin dev telefon şirketi AT&T’nin ruhsat süresinin dolmasını müteakiben, ABD’de telefonla iletişim piyasası bir anda hatırı sayılır derecede işletmecinin ortaya çıkmasıyla kendiliğinden bir rekabet ortamına girmiştir. Evrensel hizmet kavramı ilk olarak, bu rekabetçi ortamda, AT&T’nin telefon sektöründeki rakip firmalara karşı kendini korumak ve piyasadaki baskın konumunu tekrar elde etmek amacıyla ortaya attığı bir formül olarak ortaya çıkmıştır¹⁶⁴. Amaç, telefon hizmetlerini özellikle kırsal bölgelere ve orta sınıf ile işçi sınıfına yaymak olarak sunulmakla birlikte, AT&T’nin önerdiği formül, alanın doğal bir tekel olarak kabul edilmesi ve bu bütün içinde rekabet kurallarının işlemesidir. Ancak, bu formül rekabetin eliminasyonuna ve düzenlenmiş bir tekel alanının kurulmasına politik destek sağlanması amacıyla hizmet etmiştir¹⁶⁵. Yani, hizmetin yürütülmesinde “tek politika, tek sistem ve evrensel hizmet” (*one policy, one system, universal service*) düsturu ile yola çıkılmıştır ve aslında rekabet kurallarının işlediği

¹⁶⁴ MARAIS, s.462.

¹⁶⁵ SAWHNEY, Harmeet, “*Universal Service: Prosaic Motives and Great Ideals*”, **Journal of Broadcasting & Electronic Media**, No. 35, 1994, s.385.

piyasadan tek bir şirketin koyduğu kurallara göre oyunun oynandığı bir tekel alanı fikri meşrulaştırılmaya çalışılmıştır¹⁶⁶.

Evrensel hizmet kavramını AT&T formülüyle benimseyen ABD Kongresi¹⁶⁷ ”ses transferi” sektörünü bir doğal tekel olarak tanıyarak, bu sektörde evrensel hizmeti sunma hakkını da AT&T’ye verilmiştir. Sektördeki diğer firmalarla rekabet kuralları çerçevesinde arabağlantı sağlanarak, hizmet tek ve yeknesak şekilde sürdürülebilecektir. Bu paralelde kullanılan “evrensel” ifadesinin, ülke çapında arabağlantının sağlanabilmesi için ikna edici bulunmakla birlikte, “herkes” için hizmetten çok “her yere” anlamı taşıdığı belirtilmiştir¹⁶⁸. Ancak, arabağlantı ile hizmeti yürütecek diğer şirketlerin bu faaliyetleri ise, AT&T’nin koyduğu kurallara uyma koşuluna bağlanmıştır. Böylece, evrensel hizmet kavramı ilk olarak kullanımı “tekелci bir bütün içinde rekabetçi istemlerin birleştirilmesi” amacıyla kullanılmış ve özünde AT&T’nin rakibi konumundaki ABD telefon şebekesinin nerdeyse yarısını işleten bağımsız firmaların önüne engel konulmasına yaramıştır¹⁶⁹. Böylece zaman içinde dikey olarak bütünleşerek diğer telefon şirketlerini de ele geçiren AT&T, 1921 yılında çıkarılan Graham-Willis Yasası ile telefon şirketleri doğal tekel olarak kabul edilip, antitröst yasalarından muaf tutulmuştur.

1970’lerden başlayarak “katma değerli hizmet” olarak adlandırılan ikinci bir telekomünikasyon hizmetleri alanı açılmasıyla AT&T’nin tekelinin zayıfladığı görülmeye başlanmıştır. Evrensel hizmet yükümlüsü olan AT&T’nin maliyetleri yüksek tutması nedeniyle evrensel hizmet yükümlüsü olmak istemeyen büyük firmalar, AT&T’nin elinde tuttuğu ağlar vasıtasıyla kendilerinin ve başka özel firmaların bilgisayar verilerini çok daha ucuza taşıyabileceklerini farketmişlerdir. Bu nedenle de bilgisayar verilerinin taşınması gibi katma değerli hizmetler evrensel hizmet tanımı içine alınmamıştır¹⁷⁰. Bu yöntemin uygulanmasıyla da 1982’ye dek piyasada baskınlığını sürdüren AT&T hakkında Columbia Federal Mahkemesi

¹⁶⁶ İNSEL, Ahmet, “Kamu Hizmeti Özel Çıkara Teslim Edilebilir mi?”, **Hukuk ve Adalet**, Nisan-Haziran 2004, s.158.

¹⁶⁷ MARAIS, s.462.

¹⁶⁸ VERHOEST, Pascal, “The Myth Of Universal Service: Hermeneutic Considerations and Political Recommendations”, **Media, Culture & Society**, C.22, S.5, s.596.

¹⁶⁹ DEBENE, Marc/RAYMUNDIE, Olivier, “Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?”, **AJDA**, 20 mars 1996, No.3, s.184.

¹⁷⁰ GERAY, Haluk, “Telekomünikasyonun Ekonomisi”, in **İletişim Ağlarının Ekonomisi**, Telekomünikasyon, Kitle İletişimi, Yazılım ve İnternet, Der. Funda BAŞARAN/Haluk GERAY, Siyasal Kitabevi, 2005, s.79. (s.75-106)

yargıcı Harold Green'in¹⁷¹ aldığı şirketin bölünmesi kararından sonra, bünyesine aldığı yedi şirket "bağımsızlığına kavuşmuş" ve AT&T bölgesel şebekelerden çekilmek zorunda kalmıştır¹⁷².

Sonuç olarak ABD'de evrensel hizmet kavramının tarihsel gelişimi taban tabana zıt iki döneme ayrılabilir. İlk dönem evrensel hizmet kavramı tek şirketin himayesindeki bir doğal tekeli doğal tekele meşruiyet sağlarken, 1982'den başlayan ikinci dönemde rekabetçi mantık benimsenmiştir¹⁷³. Bu iki dönem evrensel hizmetin hedefleri açısından da ayrılabilir durumdadır. İlk dönemde, AT&T tarafından yapılan ve ABD Kongresi tarafından benimsenen ilk evrensel hizmet tanımı daha çok her türlü ağı erişim yapılabilmesi, böylece parça parça oluşmuş telekomünikasyon altyapılarının farklı standartlar nedeniyle birbirlerine bağlanamamasından kaynaklanan sorunları bertaraf etmeye yönelmiştir. İkinci dönemde ise, günümüzdeki eşitliği içeren anlamıyla ülkenin her coğrafyasına ve her ekonomik kesimine mümkün olduğunca çok hanenin ödeyebileceği hizmetin ve ulaşım araçlarının sağlanması hedefine yönelmiştir¹⁷⁴.

2. Kamu Hizmeti Kavramına Avrupa Birliği Yaklaşımı ve Evrensel Hizmet

Avrupa Birliği yapılanmasının kamu hizmeti kavramına yaklaşımının ilk sonucu olarak terimsel farklılaşmayla ortaya çıkan evrensel hizmet kavramını açıklayabilmek adına, öncelikle AB'nin rekabetçi bir iç pazar oluşturma amacı karşısında kamu hizmeti kavramı algısı (a) ve iktisadi kamu hizmetlerini yürüten kamu teşebbüslerinin durumu (b) incelenmelidir. Ardından AB rekabet kurallarının kamu işletmelerinin faaliyetlerine yaklaşımı da (c) bu bölümde incelenecektir.

¹⁷¹ İÇÖZ, Özge, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, RK Yay., Ankara, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez16.pdf> , (8.9.2009).

¹⁷² DEBENE/RAYMUNDIE, s.184.

¹⁷³ İbid.

¹⁷⁴ GERAY, s.77-78.

a. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı

Avrupa Birliği kamu hizmeti anlayışından maksat, Birlik müktesebatı çerçevesinde kamu hizmeti faaliyetlerine uygulanması öngörölen hukuki rejimdir.

Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti yaklaşımı açısından ilk dikkat çekici yanı Topluluk müktesebatında “kamu hizmeti” teriminden hizmeti terminolojisinde başkalaşma olarak karşımıza çıkmaktadır. Kuruluş amacı Avrupa'da liberal ilkelere dayalı ve tüm iktisadi faaliyetlerin serbest rekabet ve dolaşıma sahip olduğu bir İç Pazar kurulması olan Topluluk'un kendi terimleri ve tanımlarını oluşturması da bu amaç doğrultusunda garipsenecek bir durum oluşturmayacaktır. Bununla birlikte, Ortak Pazar amacı yönünde rekabet kurallarının uygulanmasını baskın ve yaygın hale getirmeyi amaçlayan Topluluk'un, ulusal hukuk sistemlerinin ve geleneklerinin direnciyle karşılaşma riskini bertaraf etmek amacıyla kamu hizmeti alanına kavramını da tamamen göz ardı edememesi doğaldır¹⁷⁵. Nitekim, Avrupa Birliği mevzuatında kamu hizmetine atfen ilk hüküm de Kurucu Anlaşma m.77'de taşımacılık hizmetleriyle ilgili olarak getirilmiştir.

Bu anlamda, Avrupa Birliği, kamu hizmetlerine uygulanan rejimde de değişiklik öngörmektedir. Ekonomik yaklaşımdan hareketle, öncelikle sektöryel bazda kamu hizmetleri ele alınarak, tüm hizmetlerin tabi tutulacağı tek tip (yeknesak) bir hukuk rejimi yerine, her sektörün gereklerine uygun ve kendine özgü hukuk kurallarına tabi tutulmasına yönelik bir hukuk rejimi yerleştirilmeye çalışılmaktadır. Liberalizasyonun doğurabileceği bir takım sosyal, hukuki ya da ekonomik riskleri bertaraf etmek amacıyla birleştirici olmaktan ziyade ayrıştırıcı yöntemin tercih edilmesi nedeniyle, “çok vitesli” bir kamu hizmeti hukuku ortaya çıkabilecektir¹⁷⁶. Nitekim, iç pazar yaratılmasında ortak faaliyet alanının gelişimine katkısı yadsınamaz bulunduğundan özel bir önem atfedilen ve ilk düzenlenen kamu hizmeti alanlarından olan elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak, kamusal amacı bulunsun ya da bulunmasın, hizmetin tamamen özel kişiler eliyle yürütölmesi gerektiği 7 Mart 2002 tarihli Elektronik Haberleşme Şebekeleri ve Hizmetin

¹⁷⁵ AUBY, Jean-François, “*Une directive communautaire sur les services d'intérêt général*”, **RFDA**, No:4, juillet-août 2006, s. 779-780.

¹⁷⁶ ULUSOY, Ali, “*Franstz ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*”, **AÜHD**, C.48, 1999, S.1-4, s.171.

Yetkilendirilmesine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Direktifinde belirtilmiştir¹⁷⁷.

Sektöryel hukuk düzenlerinin oluşturulmasını sektörlerin rekabete açılması kuralı izlemektedir. Serbest rekabet kurallarına göre işleyen iç pazarda monopollere doğal olarak yer olmayacaktır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin de rekabet kurallarına göre yürütülmesi esastır. İktisadi kamu hizmetlerini ifade eden Avrupa Birliği terimi olarak kullanılan *genel ekonomik yarar hizmetlerine* ilişkin Roma Anlaşması m.9 (Amsterdam Anlaşması m.86) maddesi bu anlamda dikkat çekicidir. Maddenin 1. fıkrası açıkça kamu iktisadi teşebbüsleri ile tekel veya imtiyaz sahibi teşebbüslerin Anlaşmada öngörülen rekabet kurallarına aykırı karar alamayacakları hükmünü getirmiştir. Bu anlamda uyrukluğ esasına dayalı ayrımcılık yasağı rekabeti engelleyen ve piyasa işleyişini bozan şirketler arası anlaşmalar yasağı, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı, rekabeti bozucu nitelikteki devlet yardımları yasağı söz konusu işletmeler için de geçerli olacaktır ve bunların hayata geçirilmesinde Komisyon ve Konseyin yetkili olduğunu bu işletmeler de kabul edeceklerdir. Buna göre, devlet işletmeleri ve devlet imtiyazcıları da anlaşma kapsamında rekabet kurallarına tabi olacaklardır.

Bununla birlikte, Roma Anlaşması m.90/2 rekabet kuralının da istisnasını getirmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, genel ekonomik yarar hizmetlerini yürütmekle yükümlü kuruluşlar kural olarak rekabet kurallarına tâbi olmakla birlikte, bu tabiyet kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyecekse bundan istisna tutulabilirler. Bu istisna kapsamına girecek hizmetleri belirleme yetkisi de nihai olarak Avrupa Birliği organlarına aittir. Ancak, kamu hizmetleri için öngörülen rekabet kuralların istisnasını oluşturabilmenin de bir sınırı vardır ki, o da rekabet kurallarına göre hizmetin gereği gibi sunumunun güçleşmesi ya da olanaksız hale gelmesi halidir. Bu durumda hoş görülebilen istisnai hallerin denetimi de sıkı bir şekilde yapılacaktır. Zira aynı maddede söz konusu istisnaların Topluluk'un genel menfaatlerine aykırı olamayacağı da açıkça düzenlenmiştir. Nitekim, Topluluğun yargı organı da, istisnaların gerekliliğini incelediği uyuşmazlıklarda denetlemektedir¹⁷⁸. Buradan hareketle, kamu hizmetinin belirlenmesinde asli rol

¹⁷⁷ OJ L 108, 24.4.2002, 7 2002/20/EC, p.7.

¹⁷⁸ ATAD, 19 Ocak 1993, *Corbeau* Kararı; 27 Nisan 1994, *Almelo* Kararı, **AJDA**, 1993, S.866 ve 1994, s.637.

oynayan siyasal organın kamu yararına hizmet niteliği Avrupa Birliği düzeyinde önemini kaybetmekte ve maddi anlayış geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁹. Buna göre, faaliyetin kimin tarafından yürütüldüğü ya da niteliği konusundaki yasa koyucunun iradesini bertaraf eden Avrupa Birliği anlayışı, işlevin niteliğine vurgu yaparak her türlü iktisadi faaliyeti serbest rekabet kapsamına almaktadır. Bu anlamda, Roma anlaşması m.222’de düzenlenen “... anlaşmanın ülkelerin mülkiyet rejimi üzerinde etkisi yoktur” yönündeki hükmü de serbest rekabet ve iç pazar kuralları ihlal edilmediği sürece geçerli olacağı da vurgulanmıştır. Bu konuda, rekabet kurallarına uyulduğu sürece kamu işletmelerinin Avrupa Birliği kurallarına aykırı olmadığı ve özelleştirilmelerinin gerekmediği yönünde görüşler bulunsa da¹⁸⁰, bu kurallara tam olarak uyan işletmeler özel işletmeler dönüşeceğinden ve gerektiğinde devlet yardımı, vergilerle finansman da bulunmadan sosyal amaçlardan ve dolayısıyla kamu yararından uzaklaşacağına altı çizilmiştir¹⁸¹. Ancak, bu noktada adı geçen görüşlerin belirtildiği tarihten sonra Komisyon tarafından iktisadi nitelikte olsun ya da olmasın siyasi irade tarafından kamu yararına kabul edilmiş hizmetlerin kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi olacağı belirtilmiştir¹⁸². Bununla birlikte, ulus-üstü bir hukuk olarak Avrupa Birliği hukuku mekanizmaları çerçevesinde söz konusu iktisadi hizmetlerin kamu yararına olup olmadığı, yani siyasi iradenin kararı da denetlenebilecektir.

Serbest rekabet kurallarının kamu hizmeti alanlarına hâkim olması Bordeaux Okulu’nun kamu hizmeti anlayışının krize girmesi olarak yorumlanması ve özellikle Fransa’dan gelen tepkiler Avrupa birliği merkezinde de yankı bulmuş ve kamu hizmeti anlayışı ile serbest rekabet kuralları arasında bir uzlaşma noktası olarak Anglo-Sakson kökenli “evrensel hizmet” kavramı benimsenmiştir. Özellikle piyasa kurallarının maddi açıdan zayıf bölgeleri kamu hizmeti alanlarında dışlamasının önüne geçmek amacıyla Komisyon tarafından geliştirilen evrensel hizmet kavramı kendisini ilk olarak Komisyon’un 30 Haziran 1987 tarihli Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin Yeşil Kitap’ında¹⁸³ göstermiş ve daha Telekomünikasyon

¹⁷⁹ KARAHANOGULLARI, s.144 vd.

¹⁸⁰ ULUSOY, s. 171.

¹⁸¹ KARAHANOGULLARI, s.144

¹⁸² Bkz. infra.

¹⁸³ Kom. (87) 290, 30 Haziran 1987.

Hizmetlerinin Rekabete Açılmasına İlişkin Direktif'te¹⁸⁴ yer almıştır. İzleyen dönemde pek çok Avrupa Birliği mevzuatında¹⁸⁵ kendisini gösteren kavram, tam da Roma Anlaşması m.90/2'de ifadesini bulan genel ekonomik yarar hizmetleri kavramının ATAD tarafından yorumlanması ile belirginleşmeye başlamıştır. Nitekim ATAD, 19 Ocak 1993 tarihli *Corbeau*¹⁸⁶ ve 27 Nisan 1994 tarihli *Commune d'Almelo*¹⁸⁷ kararları ile genel ekonomik yarar hizmetleri yürüten işletmelerin rekabet kurallarına uymaları konusunda sınırlama getirilebileceğine hükmetmiş ve böylece serbest rekabetin gerekleri ile kamu hizmetinin gerekleri arasında en iyi dengenin kurulması zorunluluğunu da göstermiştir. Bu bağlamda Birliğin kamu hizmetine egemen olan ilkelere benzer, hatta aynı şekilde evrensellik, eşitlik ve süreklilik ilkelerine vurgu yaptığı da görülmüştür. Ancak, bu ilkelerin uygulanması, kamu hizmeti faaliyetinin sunduğu bazı hizmetlere sınırlı kalmıştır. Şöyle ki, sektöryel bazda ele alınan kamu hizmeti alanlarında sunulan her türlü hizmet değil, bu faaliyetlerin “sert çekirdek”¹⁸⁸ olarak nitelenen evrensel hizmet kısmı için söz konusu ilkeler egemen olmakla birlikte, bunu aşan hizmetler yine serbest rekabet kurallarına tabi olarak yürütülecektir. Sonuç olarak evrensel hizmet kavramının kabulü ve diğer kamu hizmetlerinin serbestleştirilmesi karşısında minimalist bir kamu hizmeti anlayışına sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. En azından serbest rekabete kapalı böyle bir alanın (*services réservés*) yaratılmasıyla, serbest rekabet kurallarının uygulanmasından kaynaklanabilecek sosyal riskler bertaraf edilmeye çalışılmış ve bu anlamda en azından olanı korumak ve şebekesel hizmetlerin finansmanını ve devamını sağlamak açısından önlemler almak yoluna gidilmiştir.

Avrupa Birliği tarafından evrensel hizmet kavramına ek olarak son derece teknik bir tanımlamayla **temel hizmet** ve **katma değerli hizmet** kavramları da benimsenmiştir. Temel hizmetler evrensel hizmet alanı içinde kalmakta olup

¹⁸⁴ 28 Haziran 1990, 90388/CE.

¹⁸⁵ Komisyon, Posta Hizmetlerine İlişkin Yeşil Kitap (11 Haziran 1992 COM (92)476); Telekomünikasyon Sektöründeki Rekabetin Değerlendirilmesine İlişkin Konsey Raporu 893/C 213/01); Evrensel Hizmete İlişkin 15 Kasım 1993 tarihli Komisyon Bildirgesi (Com (93)543); Posta Hizmetlerinin Geliştirilmesine İlişkin 7 Şubat 1994 Konsey İlke Kararı (94/C 48/02); Konseyin 24 Nisan 2002 tarihli Evrensel Hizmet Direktifi (2002/22/CE JO L 108 du 24.4.2002).

¹⁸⁶ ATAD, 19 Ocak 1993, C 320/91, Rec. CJCE, I, s.2533.

¹⁸⁷ ATAD, 27 Nisan 1994, C 393/92, Rec. CJCE 1994, C. I, s. 1508

¹⁸⁸ BOITEAU, Claudie, “*Concept communautaire de service public et services publics locaux*”, **RFDA**, 11 (2), mars- avril 1995, s.322.

tamamen maliyeti yüksek altyapı kurulmasını ya da aynı şekilde yüksek maliyetli yatırımlar yapılmasını gerektiren hizmetlerdir. Katma değerli hizmetler ise, temel ya da evrensel hizmetin kapsamını aşan ve bu hizmetten yararlananların fazladan ücret ödemek suretiyle yüksek tarifelendirilmeye hazır oldukları ek hizmetleri ifade eder ve bu hizmetler evrensel hizmet ve/veya temel hizmetin sağlanmasını garanti ettiği sürece tamamen serbest rekabet kurallarına tabidir¹⁸⁹.

Kamu hizmeti terimlerindeki farklılaşma dışında, Birliğin kamu hizmeti kavramına getirdiği bir yenilik de hizmetlerin finansmanına ilişkindir. Hizmetin fiyatlandırılmasında fiyat dengelemesinin sınırlanması ve istisnai bir hale getirilmesi öngörülürken, genel olarak hizmetin maliyetinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁹⁰. Bununla birlikte, bu durum da Fransız kamu hizmeti anlayışına egemen olan eşitlik ilkesinin kapsamının daraltılması olarak yorumlanmıştır. Şöyle ki, eşitlik ilkesi klasik kamu hizmeti anlayışında bir yandan hizmete erişimde eşitliği içerirken, diğer yandan da hizmetten yararlananlar arasında eşitliği, yani eşit muamele olarak da ifade edilebilecek nisbilik unsurunu da içermektedir. Ancak, standart kalitede sunulan ve coğrafi bölgelerin ekonomik durumunu, bu bölgeler arası şebeke alt yapılarının maliyet farklarını göz ardı ederek hizmetin yeknesak bir biçimde tarifelendirilmesi kullanıcılar arası eşitliği bozacağı haklı olarak ifade edilmiştir¹⁹¹.

b. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı İle İlgili Kavramlar

aa. Genel Yarar Hizmetleri

Temelini Amsterdam Anlaşması m.16 uyarınca genel ekonomik yarar hizmetleri konusunda Avrupa Birliği'ne düzenleme verme yetkisinde bulan genel yarar hizmetleri kavramı Topluluk Anlaşmalarında kendisine terimsel olarak yer bulamamıştır. Komisyonun çalışmalarıyla içeriği oluşturulan “genel yarar hizmetleri” kavramı ilk olarak Komisyonun 26 Eylül 1996 tarihli “Avrupa’da Genel

¹⁸⁹ BOITEAU, s. 323-324.

¹⁹⁰ ULUSOY, “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, **AİD**, Haziran 1998, s.21 vd.

¹⁹¹ BOITEAU, s.324.

Yarar Hizmetleri Bildirisi”¹⁹²nde kullanılmıştır. Buna göre, genel yarar hizmetleri “temel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik”, “toplumu birleştirici”, “ekonomik önlem düzeyinin ötesine geçen” nitelikte faaliyetlerdir¹⁹³.

Daha sonra birçok metinde geçen “genel yarar hizmetleri” Topluluk amaçları içinde sayılmadığından, bu konuda Topluluğa herhangi bir yükümlülük de getirilmiş değildir. Komisyon’un Genel Yarar Hizmetleri Hakkında Yeşil Kitap¹⁹⁴’ta vurguladığı üzere bu hizmetleri belirleme, düzenleme, finanse etme ve denetleme yetkisi ulusal, bölgesel ve yerel otoritelere bırakılmıştır. Bununla birlikte, ortak pazar kurallarının genel yarar hizmetlerinin işleyişine ilişkin önemli etkileri bulunduğu gibi, genel yarar hizmeti kategorisinde değerlendirilebilecek bir hizmetin ekonomik boyutunun bulunması ölçüsünde Topluluğun yetki alanına girmesi de mümkün olacaktır. Bu nedenle, Topluluk Anlaşmalarında ele aldığı ekonomik nitelikteki hizmetler ile genel yarar hizmetleri arasında bir uyum sağlamaya yönelmiştir.

Bu anlamda öncelikle genel yarar hizmetleri ile genel ekonomik yarar hizmetlerini ayırmak gerekli olacaktır. Topluluk Anlaşmalarında yer almayan genel yarar hizmeti kavramı, aslında Topluluk Anlaşması m.86/2’de yer alan “genel ekonomik yarar hizmeti” kavramının uygulamasından türetilmiştir¹⁹⁵. Bununla birlikte Komisyon, 21 Mayıs 2003 tarihli Genel Yarar Hizmetlerine İlişkin Yeşil Kitap’ta genel yarar hizmetlerini “*ticari nitelikte olsun ya da olmasın, kamu otoriteleri tarafından kamu yararına kabul edilmiş ve bu nedenle de kamu hizmetinin özel yükümlülüklerine tabi tutulan hizmetlerdir.*” şeklinde tanımlamıştır¹⁹⁶. Buna göre genel yarar hizmetleri, ekonomik nitelik taşımayan ve ayrımcılık yasağı temel ilkesi dışında, büyük ölçüde Topluluğun rekabet düzenlemelerine tabi olmayan hizmetler olarak tanımlanmıştır¹⁹⁷. Komisyon ayrıca, genel yarar hizmetlerinin bir yandan şebekesel hizmetler olan, elektrik, gaz, telekomünikasyon gibi büyük endüstri alanlarına, diğer taraftan da eğitim, sağlık ve sosyal hizmetler gibi alanlara yayılan geniş bir yelpazede ve yerel, ulusal ve küresel düzeyde ortaya çıktığının da

¹⁹² COM 96/C 281/03.

¹⁹³ Aktaran GARCERIES, s.42.

¹⁹⁴ COM(2003) 270 final, 21 Mayıs 2003, JO, C 76, 25.03.2004.

¹⁹⁵ İbid, parag.16.

¹⁹⁶ COM (2003) 270, 21.5.2003., parag.10.

¹⁹⁷ DONY, Marianne, “*Les Notions de ‘service d’intérêt général’ et ‘services d’intérêt économique général’*”, in *Les service d’intérêt économique général et l’Union européenne*, Ed. Jean-Victor LOUIS-Stéphane RODRIGUES, Bruylant, Brüksel, 2006, s.4.

altını çizmiştir. Bunun farklılık ise, üye devletlerin farklı hukuki, kültürel, coğrafik ve politik yapıda olmalarından kaynaklanmaktadır.

Genel yarar hizmeti kavramında, bu kategorinin içerdiği hizmetler dikkate alındığında, iktisadi nitelik taşıyan bir faaliyet söz konusu olsa dahi, bu faaliyetin sosyal yönünün ağır bastığı görülmektedir. Nitekim şebekesel hizmetler olan elektrik, gaz, telekomünikasyon hizmetleri iktisadi kamu hizmeti kategorisinde değerlendirilseler dahi, sosyal yönü ağır basan faaliyetlerdir. Bu nedenle Komisyon da Genel Yarar Hizmetlerine İlişkin Yeşil Kitap'ta, genel yarar hizmetlerinin içeriğinin Topluluk düzeyinde belirlenmesinin mümkün olmadığı gibi, bunun Topluluk tarafından da arzu edilmediğini belirtmiştir¹⁹⁸.

Bununla birlikte düzenlenmesi konusunda “geç kalınmış” ve kavramsal içeriği açısından henüz “tamamlanmamış” olan¹⁹⁹ genel yarar hizmetlerinin Topluluk Hukukuna tabi olmadıklarını söylemek de mümkün değildir. Zira Topluluk tarafından tam olarak belirlenmesi mümkün kabul edilmeyen ve sübsidiarite ilkesi çerçevesinde üye devletlerin iç hukuklarına bırakılan genel ekonomik yarar hizmetleri konusunda Topluluk düzeyinde her seferinde rekabet hukuku ve devlet yardımları konusundaki düzenlemelerle müdahale yoluna gidilmiştir. Bunun nedeni sosyal yanı ağır basan bu hizmetlerin en azından işleyebilmeleri için finansmanın sağlanması yönüyle ekonomik boyutlara da sahip olmasıdır²⁰⁰.

bb. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri

aaa. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramının Belirlenmesi

Avrupa Birliği'nin iç pazar ve rekabete yönelik kurallarından muaf bir kategori oluşturduğu için önem arz eden, genel ekonomik yarar hizmetleri, Amsterdam Anlaşması m.16 ve m.86/2'de ne adı geçen Anlaşmada terimsel olarak kendisine yer bulmakla birlikte, ne adı geçen anlaşmada ne de ikincil mevzuatta tanımlanmamıştır. Aynı şekilde Avrupa Temel Haklar Şartı m.36 uyarınca bu hizmetlere ulaşma hakkı tanınırken, yine kavramın tanımı yapılmamıştır. 1999'da

¹⁹⁸ COM (2003) 270, parag.49

¹⁹⁹ AUBY, s.781.

²⁰⁰ Ibid, s.786.

Komisyon tarafından yayınlanan Beyaz Kitap’a dek kapsamı ancak ATAD kararları ile aydınlatılmaya çalışılmıştır. Beyaz Kitap’ta genel ekonomik yarar hizmetlerinin ekonomik nitelik taşımaları, yani ekonomik alışverişe konu olabilmeleri niteliği özellikle vurgulanmıştır. Bu bağlamda Komisyon’un, Fransız Hukukunda temel bulan, idari kamu hizmetleri (*services publics administratifs*) ile iktisadi, sınaî, ticari ve endüstriyel kamu hizmetleri (*services publics industriels et commerciaux*) ayrımı yapıldığı görülmektedir²⁰¹. Buna göre, genel ekonomik yarar hizmetleri, Topluluk ve üye devletler tarafından kamu hizmetlerinin özel yükümlülüklerine tabi kılınmış iktisadi nitelikteki hizmetler olarak kabul edilmektedirler²⁰².

Bununla birlikte, her ekonomik nitelik taşıyan hizmeti genel ekonomik yarar hizmeti kapsamında değerlendirmek de mümkün değildir. Genel ekonomik yarar hizmetleri, özellikle ulaşım, posta, enerji ve haberleşme gibi büyük şebeke endüstrileri gerektiren hizmetler alanını kapsamaktadır²⁰³. Bu alanların dikkat çeken özellikleri, hizmetlerin piyasadaki satış bedelleri ile karşılanamayacak ek maliyetler getirmesidir. Yatırımcılar açısından piyasaya girişte fiili engel olan bu durum rekabetin sağlanmasını da güçleştirecektir. Bu durumun hizmetin gerektiği gibi ya da hiç sağlanamaması sonucu toplumsal sonuçları da ortaya çıkabilecektir. Nitekim özellikle yüksek yatırım gerektiren bu şebekesel hizmetler kural olarak öteden beri devlet eliyle yürütülmüşlerdir²⁰⁴. Bu nedenle, bu hizmetler rekabet kurallarına tabi tutulurken, bir yandan da “genel ekonomik yarar”a olduklarının kabulü ile kamu hizmeti yükümlülükleri getirilmiştir. Yeşil Kitap’ta evrensel hizmet, devamlılık (süreklilik), hizmetin kalitesi, tarifelerin erişilebilirliği ve tüketicilerin korunmasını kapsayacak yükümlülükler olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece ekonomik olduğu kadar sosyal bağlılığı ve tüm vatandaşların güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Kuşkusuz, bu yükümlülükler ilgili oldukları sektörlerin karakteristiklerine uygun olarak çoğaltılabilecektir. Her ne kadar şebekesel sektörler için kabul edilmiş olsalar da, bu yükümlülükler sosyal hizmetler alanında da etkili uygulanabileceklerdir.

²⁰¹ DUPUIS/GUEDON/CHRETIEN, **Droit Administratif**, Armand Colin, Paris, 2004, s.522.

²⁰² GARCERIES, s.43-44.

²⁰³ LACHAUME, Jean-François, “L’identification d’un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service”, **RFDA**, No.1 janvier-fevrier, 2006, s.123.

²⁰⁴ AKILLIOĞLU, Ethem, “Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar”, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2005, S.21, s. 9.

Ancak, bu kavram aynı şekilde kamu hizmeti yükümlülüklerine tâbi kılınmış başka ekonomik nitelikteki faaliyetleri kapsayacak şekilde genişlemektedir²⁰⁵. Bu genişleme ile rekabet kurallarına istisnai bir alan oluşturulduğundan, gelecekte kapsam dâhiline alınabilecek sektörlerde bir takım koşulların aranması gerekecektir²⁰⁶.

1. *Kamu yararı açısından gereklilik koşulu*: “Gereklilik”ten anlaşılması gereken, hizmetin yürütülmesinde piyasa başarısızlığının ortaya çıkması ya da başka bir deyişle, piyasa koşullarına göre hizmetin yürütülmesinden kamu yararının olumsuz etkilenmesidir²⁰⁷. Özellikle doğal tekel alanlarında rekabetin uygulanmasının toplumsal zararlar doğurması durumunda gereklilik koşulunun sağlandığı kabul edilmektedir²⁰⁸.

Gereklilik koşulu ilk olarak ATAD’ın *Sacchi Kararı*’nda “genel ekonomik yarara kabul edilen hizmete rekabet kurallarının uygulanmasının hizmetin yürütülmesini olanaksız kılması” olarak ifade edilmiştir. Daha sonra, *Corbeau*, *Commune d’Almelo* ve Hollanda *SEP*²⁰⁹ kararları ile “gereklilik” koşulunun ölçütü belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, ilk olarak hizmeti yürüten teşebbüsün kamu hizmeti yükümlülüklerini üstlenip üstlenmediği dikkate alınacaktır. Daha sonra teşebbüsün mali yapısı incelenecek ve hizmetin rekabete açılması halinde gerek yüklenici, gerekse toplum açısından kâr/zarar analizi yapılacaktır²¹⁰.

Bu gereklilik koşulu aynı zamanda “oransallık ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır. Orandan kasıt, rekabet kurallarına getirilen istisnanın gerekliliğinin oranıdır. Bu oran hesaplanırken de,

i. Genel ekonomik yarara ilişkin görev ile alınan tedbir arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması,

ii. İstisnadan beklenen faydanın, rekabet veya Anlaşmanın içerdiği temel özgürlükler üzerindeki kısıtlamaları haklı kılacak ölçüde olması,

iii. Serbest rekabet ve topluluk içi ticarete daha az zarar verecek tedbirler aracılığı ile söz konusu amaçlara ulaşılmasının olanaklılığı

²⁰⁵ COM (2003) 270, parag.49.

²⁰⁶ BAZEX, s.298.

²⁰⁷ MARAIS, s.457.

²⁰⁸ EGE, Yavuz, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2002, s.29.

²⁰⁹ ATAD, 23 Ekim 1997, 157/94.

²¹⁰ AKILLIOĞLU, s.42.

dikkate alınmaktadır²¹¹.

Bu kapsamda, istisnanın haklılığı açısından istisna dâhiline alınan faaliyetin ekonomik analizi de yapılmakta ve bu analiz yapılırken, genel ekonomik yarar hizmetinin yatırımcıya getirdiği ek maliyet (batık maliyet), bu hizmetle ilgili istisna uygulamalarının sağladığı ekonomik getiriler, hizmeti yürüten teşebbüsün aldığı devlet yardımları, özellikle çevre alanındakiler olmak üzere uymak zorunda olduğu düzenlemeler, tüketici hakları vs. dikkate alınmaktadır²¹². Bu girdiler değerlendirildikten sonra istisnanın haklılığı sağlanabilmektedir²¹³.

2. *Hizmeti üstlenen teşebbüsün üye devlet tarafından görevlendirilmesi koşulu*: Üye devlet tarafından görevlendirilmeden anlaşılması gereken, üye devlet kamu otoritelerince ya tek taraflı izin suretiyle ya da sözleşmeyle bir ya da birkaç işletmenin faaliyeti yürütmekle görevlendirilmiş olmasıdır²¹⁴. Nitekim ATAD da *Höfner Kararı*'nda açıkça "hukuki statüsünden ve finansman biçiminden bağımsız olarak" ekonomik faaliyet yürütmeyi "işletme" kavramı kapsamında değerlendirmiş ve fakat genel ekonomik yarar hizmeti yürüten işletme sayılabilmek için açıkça devlet tarafından görevlendirilme koşulunu aramıştır²¹⁵.

3. *Topluluk menfaatlerine aykırı olmama koşulu*: Anlaşma m.86/3 uyarınca genel ekonomik yarar hizmetlerine tanınan itinanın Topluluk menfaatlerine aykırı olmaması gerekir ve bu konudaki gözetim yetkisi de Komisyona verilmiştir. Uyuşmazlık durumunda yargısal denetim de söz konusu olabildiğinden ATAD'ın bu konudaki kararları belirleyicidir. ATAD, Anlaşma m.86/2'ye dayanarak üye devletlerin genel ekonomik yarara kabul ettikleri faaliyetlerde tekel ve inhisari haklar tanımalarının Anlaşma tarafından yasaklanmadığını ifade ettiği *Sacchi Kararından* sonra, *Telecommunication Terminal Equipment Kararında*²¹⁶ m.86/2 (m.90)'nin uygulanmasının münhasır hakları gerektiğine ve tüm münhasır hakların Anlaşmaya

²¹¹ SIERRA, J.L.B., "Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law", Oxford University Press, New York, 1999, s.32, 35'ten aktaran EGE, s.30.

²¹² TESAURO, Giuseppe, "Présentation Générale: Une Lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, paragraphe 2, du Traité", in **Service Public et Communauté Européenne: entre l'intérêt général et le marché**, C.II, Dir. Robert KOVAR/Denys SIMON, La Documentation Française, Paris, 1998, s.333.

²¹³ EGE, s.30

²¹⁴ ATAD, 21 Mart 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73'ten aktaran DONY, s.19.

²¹⁵ ATAD, 2 Mart 1983, *GVL*, 7/82 ve 10 Aralık 1984, *JOCE* L35, 7 Şubat 1985, s.43'ten aktaran, TESAURO, s.326.;

²¹⁶ ATAD, 19 Mart 1991, *Telecommunication Terminal Equipment*, Kom. c/Fransa, C- 202/88.

uygun olduğu sonucuna varılamayacağı, bunun Topluluk menfaatlerine aykırı olacağı yönünde karar vermiştir. Aynı şekilde telefon hizmetleri ağı ve kurumu konusunda tanınmış bulunan tekel hakkının, “objektif bir gereklilik bulunmaksızın” telefon aygıtları piyasasına genişletilmesi m.86/2’ye ve Topluluk menfaatlerine aykırı bulunmuştur²¹⁷. Bu kararla, genel ekonomik yarara olan hizmetlerin belirlenmesi konusundaki “gereklilik ölçütü”ne de atıf yapılmıştır.

Bir faaliyetin genel ekonomik yarar hizmetleri kapsamına alınıp alınmayacağı konusundaki bu ölçütlere ek olarak, m.86/2’ye getirilecek istisnanın şeffaflığı koşulunu da sağlaması gerektiği belirtilmiştir²¹⁸. Buna göre üye devletlerdeki kamu otoriteleri rekabet kurallarından müstesna tutabilecekleri alanları, sağlayacakları tekel ya da inhisari hakların söz konusu olacağı faaliyetleri açık düzenlemelerle belirleyeceklerdir.

Sonuç olarak, Anlaşma m.86/2 uyarınca genel ekonomik yarar hizmetleri, üye devletlerin kamu otoritelerince kamuya yararlı olarak nitelenmiş ve fakat ekonomik nitelikteki faaliyetleri ifade etmekte olup, bu faaliyetlerin piyasa kuralları çerçevesinde olması gerektiği gibi yürütülmesinin çok zor ya da olanaksız olması gerekmektedir. Nitekim Komisyon da atık kâğıtların toplanması ve eski kâğıtların geri dönüşümü hizmetleri işletmesine Birleşik Krallık tarafından yapılan devlet yardımı konusunda aldığı görece yakın tarihli kararda²¹⁹, bu tanıımı doğrular nitelikte iki önemli noktanın altını çizmiştir. Bir yandan ekonomik nitelik taşıyan faaliyetin tüm vatandaşların ihtiyacını karşılamaya yönelmesi gerektiğine hükmetmiştir. Diğer yandan ise, böyle bir hizmetin altyapısının oluşturulmasının ekonomik anlamda kârlı olmayacağından hareketle, şayet devletin bu hizmeti kamuya sunmak zorunluluğu varsa ve şayet bu hizmetin kamuya sunulması piyasa koşullarında yeterli ölçüde gerçekleştirilemeyecekse, bu alanın genel ekonomik yarar kapsamına alınabileceğine karar vermiştir.

²¹⁷ ATAD, 13 Aralık 1991, *RTT*, Kom. c/Almanya, C-18/88., aynı yönde ve daha önceki tarihli bir karar için bkz. ATAD, 3 Ekim, 1985, *Telemarketing*, C-311/84.

²¹⁸ BAZEX, s.298.

²¹⁹ COM, 23 Temmuz 2003, C 61/2002, 2003/814/CE, JOCE L314, 28 Kasım 2003’ten aktaran DONY, s.21-22.

bbb. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kapsamı ve Değerlendirme

Geleneksel olarak kamu müdahalesinin boyutlarının geniş olduğu enerji, telekomünikasyon, posta, ulaşım gibi alanlarda genel ekonomik yararın varlığı bugüne dek gerek Komisyon gerekse ATAD tarafından da onaylanmış ve rekabete açılışlar dahi, bu sektörlerde faaliyet gösteren kamu işletmeleri ya da özel kişilere devlet tarafından tanınacak özel ya da inhisari haklar hâkim durumun kötüye kullanılması ya da Topluluk menfaatleriyle çatışmadığı sürece Anlaşmaya aykırı görülmemiştir²²⁰. Bu hizmetler, her ne kadar tam olarak birbirini tutmasa da, Fransız ve dolayısıyla Türk İdare Hukukundaki iktisadi ve sınaî kamu hizmetleri kategorisi kapsamında kalan hizmet alanlarına denk düşmektedir. Bununla birlikte, klasik kamu hizmeti sınıflandırılmasında iktisadi sınaî kamu hizmeti kategorisinde değerlendirilmiş tüm sektörleri de kapsamamaktadır. Burada dikkat edilecek asli ölçüt hizmetin rekabet kuralları çerçevesinde yürütülmesinin piyasa koşullarında gerek yatırımcı, gerekse hizmetten yararlanan için riskler doğurabileceğidir.

Bu noktada, Fransız Hukukundan esinlenen Türk Hukukundaki iktisadi kamu hizmetleri açısından bir yorum yapmak gerekmektedir. İktisadi alanda faaliyet gösteren kamu kurumlarının faaliyet alanlarının, son yıllardaki özelleştirmelere rağmen oldukça geniş olduğu ülkemizde, tüm iktisadi kamu kurumlarının gördükleri hizmetleri genel ekonomik yarar hizmeti kapsamına sokulup sokulamayacağı sorgulanabilir. Beyaz Kitap'tan anlaşılan “genel ekonomik yarar hizmetleri” kavramının, bu hizmetlerin taşıdıkları sosyal önem nedeniyle öteden beri devlet veya bir kamu idaresi tarafından yürütülmüş, “piyasaya sunumları, hizmetlerin satış bedelleri ile karşılanamayacak ek maliyetler getiren hizmetler” kategorisinin kastedildiğidir. Buna göre, Türk Hukuku açısından iktisadi kamu hizmeti yürüten örneğin, piyasaya sunumları, hizmetin satış bedeli ile karşılanabilecek olan Devlet Malzeme Ofisi ve Çaykur Genel Müdürlüğü gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyet alanları genel ekonomik yarar hizmeti kapsamına alınamayacaktır. Topluluk Hukuku açısından, bu tür faaliyet alanları, doğrudan piyasa ekonomisine açık olması gereken, kamu hizmeti kavramıyla ya da devlet veya bir kamu kurumu ile ilgisi bulunmayan alanlar olarak görülmektedir. Topluluk Hukukunda, genel ekonomik

²²⁰ TESAURO, s.334.

yarar hizmetleri, kamu yararı amacı niteliği ağır basan, ancak özellikle altyapı gereksinimi nedeniyle, kâr maksimizasyonunu amaçlayan özel girişimciler için getirdiği mali yükümlülükleri nedeniyle karşılanamayacak ya da karşılanması tercih edilmeyecek ekonomik nitelikteki hizmetlerdir. Bu hizmet alanları için, Topluluğun ortak pazar amacını gerçekleştirmek için tamamen serbest piyasa ekonomisine açılması gereken hizmet alanları öngörülmüştür. Avrupa Birliği bu yolda özellikle demiryolları, elektrik, haberleşme ve ulaşım gibi ağ hizmetlere (*services en réseaux*) önem vermektedir. Zira bu hizmetler, yapıları itibarıyla birlik coğrafyasının bütünleşmesini kolaylaştırıcı ve Birlik içinde rekabet gücünü doğal olarak arttırıcı bir etkiye sahip alanlar olarak görülmektedir.

Bu durumda “genel ekonomik yarar hizmetleri” alanının Türk İdare Hukukunun iktisadi kamu hizmetleri kapsamından daha dar bir alanı içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır

Bugüne kadar, Adalet Divanı veya Komisyon tarafından genel ekonomik yarar kapsamında mütalaa edilen aktivitelerden bazıları şunlardır:²²¹

- . Temel posta hizmetleri ve kırsal alanda posta hizmet ağının işletimi²²²
- . Su dağıtımı,²²³
- . Elektrik dağıtımı,²²⁴
- . İş bulma,²²⁵
- . Belirli ulaşım hatlarının işletimi,²²⁶
- . Televizyon hizmetlerinin işletimi,²²⁷
- . Bir kamu telekomünikasyon ağının tesisi ve işletilmesi²²⁸,

²²¹ DONY, s.19-23.

²²² ATAD, *Corbeau Kararı*.

²²³ ATAD, 8 Kasım 1983, *IAZ International*, C-96/102; COM, 17 Aralık 1981, 82/371/CE, JOCE L. 162, 15 Haziran 1982,

²²⁴ ATAD, *Comune d'Almelo Kararı*.

²²⁵ ATAD, 23 Nisan 1991, *Höfner*, C-41/90.

²²⁶ Nehir limanlarının işletimine ilişkin ATAD, 14 Temmuz 1971, *Muller*, C-10/71; Hava taşımacılığı işletimine ilişkin ATAD, 11 Nisan 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, C-66/86; Fransa Devleti tarafından Korsika-Akdeniz Ulusal Deniz Taşımacılığı Şirketine yapılan yardım hakkında, COM, 30 Ekim 2001, 2002/149/CE, JOCE L.50, 21 Şubat 2002.; Aynı yönde İtalya hakkında COM, 21 Haziran 2001, 2001/851/CE, JOCE L. 318, 4 Aralık 2001.

²²⁷ ATAD, 30 Nisan 1974, *Sacchi*, C-41/83; ATAD, 19 Haziran 1991, *ERT*, C-260/89; Belçika Hükümeti hakkında COM (2002) 446 final, 13 Şubat 2002.

²²⁸ ATAD, 20 Mart 1985, *British Telecom*, C-41/83.

. Hasta ve yaralıların acil nakli²²⁹ ve üye devletler içinde toptancılara getirilen ilaç dağıtım işletimi²³⁰

. Evrensel liman hizmetleri²³¹

Aslında, genel ekonomik yarar kavramı, çeşitli faktörlere bağlı olarak değişen oldukça dinamik bir kavramdır. Adalet Divanı da bu kavramın dinamik karakterini kabul etmiştir²⁰. Özellikle teknolojideki değişimler, toplumun Devlet tarafından sağlanması gerektiğine inandığı ihtiyaçlardaki değişimler, bu kavramın kapsamını etkilemektedir.

Genel ekonomik yarar kavramı çerçevesinde inhisari hakların mevcudiyetini haklı gösteren en yaygın argüman, “evrensel hizmet” argümanıdır. Burada söz konusu olan, tüm bireylere, ikametgâhları nerede olursa olsun, temel bir hizmetten, makul bir fiyat karşılığı yararlanma olanağının garanti edilmesidir. Pek çok durumda, Devlet tarafından, böyle bir hizmet karşılığı olarak tüm ülkede uygulanmak üzere tek bir fiyatın belirlendiği görülmektedir. Buna karşılık, bu evrensel hizmeti sunacak teşebbüse de bununla ilgili inhisari hak verilmektedir.

Genel ekonomik yarar hizmetleri alanında rekabet kurallarının hâkimiyetini öngören Topluluk hukuku, yine bu alanda piyasanın kendi kendine işlemesinin mümkün olmadığı durumlarda ve Topluluk Hukukunun uygulanmasına engel olmamak kaydıyla devlet müdahalelerine de izin vermektedir. Bu müdahaleler ise karşımıza “kamu hizmeti yükümlülükleri” ve “evrensel hizmet yükümlülükleri” olarak çıkmaktadır. Sonuç olarak, evrensel hizmet kavramı, genel yarar yönelik bulunan ekonomik faaliyetlerin bir karakteristiğidir²³² ve evrensel hizmet yükümlülüğü bulunmaksızın genel ekonomik yarar hizmetlerinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

²²⁹ ATAD, 25 Ekim 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, C-475/99.

²³⁰ ATAD, 22 Kasım 2001, *Ferring*, C-53/00.

²³¹ ATAD, 18 Haziran 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96. Bu kapsamda limana bağlama, limandan ayrılma ve giriş çıkışlarda güvenlik açısından yürütülen manevra hizmetleri bulunmaktadır.

²³² DONY, s. 23.

cc. Kamu Hizmeti Yükümlülükleri (Zorunlu Hizmetler)

Kamu yararının bazı hedeflerini güvenceye almak amacıyla siyasi irade tarafından bir hizmetin sağlayıcısına yüklenen özel bir takım yükümlülüklerdir. Özellikle havayolu, demiryolu ve karayolu ulaşım hizmetlerinde ve enerji alanında söz konusudur. Bu yükümlülükler, ulusal ya da yerel kamu otoriteleri tarafından getirilebileceği gibi Topluluk tarafından da öngörülebilir²³³.

Temel olarak telekomünikasyon hizmetlerinde kabul edilen ve uygulanan evrensel hizmet teriminin karşılığı olarak, telekomünikasyon dışındaki şebekesel hizmet alanlarında “kamu hizmeti yükümlülükleri” (*obligations de service public*) ya da “zorunlu hizmetler”²³⁴ terimi tercih edilmektedir. Her ne kadar her iki terim de eş anlamlı olarak kullanılmaktaysa da, uygulamada kamu hizmeti yükümlülüklerinin evrensel hizmet yükümlülüklerine göre daha geniş olduğu görülmektedir. Evrensel hizmetlerde olduğu gibi, ekonomik konum ve coğrafi koşullardan bağımsız olarak, makul fiyatla asgari standart kalitede hizmetin sunulması yükümlülükleri, aynen kamu hizmeti yükümlülüklerinde de bulunmaktadır. Ancak, özellikle havayolu, demiryolu ve enerji sektörlerinde uygulanan kamu hizmeti yükümlülüklerine hizmetin arz güvenliğinin sağlanması, çevrenin korunması gibi ek yükümlülükler getirilebilmektedir. Ancak bu hizmetler için herkesçe ulaşılabilecek bir fiyat belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır²³⁵.

Sonuç olarak, kamu hizmeti yükümlülükleri ya da zorunlu hizmetler kavramı için, “evrensel hizmetin zenginleştirilmiş hali” nitelemesi yapmak yanlış olmayacaktır.

dd. Evrensel Hizmet Kavramı

Evrensel hizmet kavramı, yukarıda açıklandığı gibi Avrupa Birliğinde ilk olarak bilgi toplumunun sağlanması amacıyla ve bilgi toplumunun altyapısını oluşturan telekomünikasyon sektöründe kabul edilmiştir. Avrupa Birliği metinleri içinde ilk olarak kendisine 1987 tarihli Telekomünikasyon Hizmetleri Altyapısına

²³³ COM (2003)270, parag.20.

²³⁴ ULUSOY, s.87.

²³⁵ İbid, s.88.

İlişkin Yeşil Kitap ile giren kavram, daha sonra gerek Topluluk bünyesinde, gerekse üye devletler düzeyinde çeşitli hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Söz konusu düzenlemelerde ortak payda olarak, *“uygarlığın ulaştığı düzeyde, bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilmezliği nedeniyle en azından minimum bir bölümünün istisnasız herkese sağlanması zorunluluğu bulunan ve makul bir fiyatla ve standart kalitede”* sunulması gereken hizmetler evrensel hizmet olarak tanımlanmıştır²³⁶.

Evrensel hizmetin kapsamına da toplumsal açıdan önem arz eden ve *“uygarlığın ulaştığı düzeyde bireylerin gündelik yaşamı için vazgeçilmez olan”* gaz, elektrik, telekomünikasyon gibi şebekesel hizmet alanları seçilmiştir. Zira bu hizmetler ekonomik ve coğrafi farklılıklar dikkate alınmaksızın toplumun her kesimine sunulması gereken hizmetlerdir. Serbest rekabete açılan şebekesel hizmet alanlarında, söz konusu hizmetlerin en azından *“minimum ya da çekirdek”* bir bölümünün toplumun her kesimine sağlanması zorunluluğu, beraberinde vazgeçilmez olarak regülasyonel bir müdahaleyi de getirecektir²³⁷. Zira şebeke hizmetleri alanında altyapı maliyetleri çok yüksektir ve girişimciler için *“batık maliyet”* olarak değerlendirilebilecektir. Bu sonucu olarak iki ayrı risk ortaya çıkabilecektir. Bunlardan ilki, piyasaya giriş maliyetinin yüksek olması nedeniyle yatırımcının kaçınması sonucu rekabetin sağlanamamasıdır. İkincisi ise girişimcilerin bu alanlarda ekonomik farklılıklara ve/veya coğrafi koşullara göre kullanabilecekleri tercihlerden dolayı eşitlik, nesnellik ilkelerinin ihlal edilmesi ve hizmetin sağlanmasında yeknesaklığın bozulması olabileceği gibi, hizmetin hiç sağlanmaması sonucunun da doğmasıyla sosyal bir boyut kazanmasıdır. Bu nedenle, hizmeti yürütecek yatırımcıların piyasaya girmesi için bir takım destekler ve inhisari haklar gibi haklar sağlanırken, aynı zamanda hizmetin yürütülmesi ve geliştirilmesi maliyetinin karşılanabilmesi için yatırımcılara bir takım yükümlülükler de getirilmektedir. Bu konular çalışmanın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenecektir.

Sonuç olarak Topluluk bünyesinde evrensel hizmet kavramının açıklanması için yapılan tanım, *“temel hizmetlerin minimum bir bölümünün uygun fiyat ve makul kalite ile ekonomik durum ve coğrafi konumdan bağımsız olarak talep eden*

²³⁶ ULUSOY, s.86-87.

²³⁷ İbid, s.87.

herkese sağlanması” olarak ortaya çıkmaktadır²³⁸. Her ne kadar, üye devletlere evrensel hizmet sayılacak hizmetlerin kapsamını belirleme ve genişletme yetkisi tanınsa da, üye devletlerin tercihlerinin Topluluk menfaatlerine uygunluğu ve genel ekonomik yarar hizmetleri kapsamında ortaya çıkan evrensel hizmetlerin sektöryel seçimi konusunda son sözü Anlaşma m.86/3 uyarınca yine Topluluk organları söylemektedir.

c. Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında Kamu İşletmeleri

Ekonomik bir iç pazarın oluşturulması için serbest rekabet kurallarının hâkim olduğu bir piyasa yaratma amacıyla olan Avrupa Birliği, ortak pazardaki herkese yönelik eşit fırsatları korumanın ve rekabetin özel sektör ya da kamu sektörü tarafından yapılan uygulamalar yüzünden bozulmasını önlemek amacıyla Topluluk içinde yeknesak rekabet koşullarını sağlamaya yönelmiştir. Bu anlamda, Kurucu Anlaşma m.85 ve m.86 ile rekabet politikasının temelini işletmelerin rekabeti bozan davranışlarını tanımlayarak atmıştır²³⁹.

Buna göre Roma Anlaşması m.81, kartelleşmeye ve işletmeler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uygulamalara yasak getirirken, m. 82 ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır²⁴⁰. Ortak Rekabet Politikası’na ilişkin hükümler Roma Antlaşması’nın 85-94. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddelerde göze çarpan genel amaçlar arasında; rekabeti önlemeye, sınırlamaya veya bozmaya yönelik işletmeler arası anlaşmaların ve monopollerin oluşumunun ve piyasaya hâkim olmalarının önlenmesi; devletin sübvansiyon uygulamalarının kısıtlanması veya yasaklanması bulunmaktadır.

Çalışma konumuz açısından özellik arz eden Amsterdam Anlaşması m.86 (eski numaralandırmada m. 90) ise,

“Kamu işletmeleri ve kendisine özel veya inhisari haklar tanıyan işletmeleri ilgili olarak Üye Devletler, özellikle 7’nci ve 85 ila 94’üncü maddelerde

²³⁸ GARCERIES, s.48.

²³⁹ SABİR, Hasan, “Ticaretin Küreselleşmesi Sürecinde Uluslararası Rekabet Sistemi İhtiyacı”, **İÜSBFD**, No.23-24, (Ekim 2000-Mart 2001), <http://istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/21.htm> , (14.03.2009).

²⁴⁰ KÖKSAL, Tunay, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Rekabet Kurumu Yay, Lisansüstü Tez Serisi No: 8, 2002, Ankara, s.4.

öngörülenler olmak üzere, işbu anlaşmada yer alan kurallara aykırı düzenleme yapamaz ve mevcut olanları yürürlükte tutamazlar.

Genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilen veya gelir üreten bir tekel niteliğine sahip olan işletmeler, bu Anlaşmanın içerdiği kurallara, özellikle rekabet kurallarına, bu kuralların uygulanması halinde kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi hukuken veya fiilen engellenmediği ölçüde tâbi olacaktır. Her halükarda ticaretin gelişimi Topluluk menfaatlerine aykırı olamaz.

Komisyon bu madde hükümlerinin uygulanmasını gözetecek ve gereklilik halinde Üye devletlere yönelik genel direktifleri yayınlayacak ve kararları alacaktır.” hükmünü getirmiştir.

Bu maddeden çıkan sonuca göre, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu işletmeleri, özel ya da inhisari hak sahibi olan işletmeler de rekabet kurallarına uymak durumdadırlar. Rekabet, kuralları sadece piyasada faaliyet gösteren kamu işletmelerine ya da özel işletmelere uygulanmamakta, düzenleyici olarak piyasaya müdahale edebilen devlet de rekabet kuralları ihlal edebildiğinden, devletin ekonomiye tüm müdahale yöntemleri bu kurallara tabi olmaktadır. Nitekim ATAD da birçok kararında “işletme” kavramının kamu ya da özel ayrımına tabi olmadığını vurgulamıştır. Bu noktada *Höfner* kararında açıkça “statüsü ve finansman biçimi nasıl olursa olsun ekonomik faaliyet yürüten her varlığın işletme” olduğuna hükmetmiştir²⁴¹. Bu anlamda, Topluluğun bu konudaki iradesi kamusal ve özel işletmeler arası muamele eşitliği ilkesi üzerinde şekillenmiştir²⁴².

Bu bağlamda devlet yardımları, özel ve inhisari haklar ticari tekeller ve diğer devlet uygulamaları da bu kapsamda değerlendirilmek durumundadır. Başka bir deyişle piyasaya müdahale hangi şekli alırsa alsın, devlet kendi kontrolündeki kamu ya da özel haklara sahip özel teşebbüsler aracılığıyla piyasaya müdahale etmeyi kararlaştırdığı andan itibaren özel teşebbüsler gibi rekabet kurallarına tabi olacaktır²⁴³.

²⁴¹ ATAD, 23 Nisan 1991, *Höfner*, C-41/90, Rec.I-1979.

²⁴² BAZEX, Michel, “*L’appréhension des services publics par le droit communautaire*”, **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, 298.

²⁴³ *Ibid*, s.3-5.

Piyasada rekabet kurallarına göre faaliyet gösteren kamu işletmelerinden anlaşılması gereken, “ulusal, bölgesel veya yerel düzeyde bir üye devletin kamu idarelerinin hâkim etkisine tabi olan tüm teşebbüsler”dir²⁴⁴. Komisyon’un 25 Haziran 1995 tarihli Üye Devletler ve Kamu İşletmeleri Arasındaki Ticari İlişkilere Yönelik Şeffaflık Direktifine²⁴⁵ (*Directive Transparence*) göre işletmeler üzerindeki kamu otoritesi etkisi olup olmadığının ölçütü belirlenmiştir. Buna göre,

- i. İşletmenin sermayesinin çoğunluğunu elinde tutuyorsa, (m.2/a)
- ii. Hisselerin temsil ettiği oyların çoğunluğunu elinde tutuyorsa, (m.2/b)
- iii. İşletmenin yönetim ve denetim organlarının üyelerinin yarısından fazlasını atayabiliyorsa (m.2/c)

bu işletmelerin üzerinde kamu otoritelerinin dolaylı ya da doğrudan etkisi var kabul edilmektedir. Sonuç olarak, ulusal hukuk düzenlerine göre kamu işletmesi iken mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilen kamu işletmeleri de devletin elinde altın hisseyi tutması halinde Topluluk hukuku kapsamında yine kamu işletmesi olarak değerlendirilecektir. Bu anlamda Topluluk’un mülkiyet kavramını aşan bir işletme değerlendirmesi söz konusudur ve bu işletmeler tamamen rekabet kurallarına uygun davranmak zorundadırlar. Nitekim, 26 Temmuz 2000 tarihinde çıkarılan bir direktifle Şeffaflık Direktifinin kapsamı genişletilmiş ve sadece kamu işletmeleri değil, aynı zamanda devletten inhisari ya da özel haklar alarak hizmeti yürüten özel işletmeler de kapsama dâhil edilmiştir. İnhisari haklardan anlaşılması gereken, belli bir coğrafi bölgede mal ya da hizmet üretimi ve satışının tek bir işletmeye verilmesi hakkıdır²⁴⁶. Ancak Komisyona göre, bu hakkın bir kamu otoritesi tarafından verilmesi gerekmektedir. Nitekim ATAD, *Commune d’Almelo* Kararında yetkisi dâhilinde elektriğin dağıtımından sorumlu teşebbüs olan yerel konsey ile bölgesel dağıtımçı arasındaki inhisari satın alma sözleşmesini m.86 kapsamında değerlendirmemiştir ve devlet tedbirleri kapsamına girmemiştir. Ancak, ulusal hukuk düzenine göre bir özel hukuk tasarrufu ile ortaya çıksa dahi, hizmetin kamu otoritesi tarafından özel teşebbüse verilmesi halinde m.86 söz konusu olacak ve bu tasarruf devlet tedbirleri kapsamında değerlendirilebilecektir²⁴⁷.

²⁴⁴ İbid, s.16.

²⁴⁵ COM., Direktif, (CEE) 80/723, 25 Haziran 1980; JOCE, No: L 195, 29/07/1980 s. 0035.

²⁴⁶ DUBOIS, Louis/BLUMANN, Claude, **Droit Matériel de l’Union Européenne**, Montchrestien, Paris, 2004, s. 494. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KÖKSAL, s.18vd.

²⁴⁷ KÖKSAL, s.19.

Özel haklar konusunda tanım birliği bulunmamakla birlikte inhisari haklardan ayrımının yapılması yöntemiyle belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Şöyle ki, belli bir coğrafi bölgede bir teşebbüse mal ve hizmet üretim ve satışı tekel hakkı olarak verilirse inhisari haklardan, birden fazla teşebbüse verilirse, ortada artık bir tekel durumu olmayacağından özel hakların varlığından bahsedilmektedir²⁴⁸.

Buna göre, Fransız ve Türk İdari teşkilatından iktisadi ve sınai nitelikte faaliyet gösteren ve özel hukuk kurallarına tabi olan KİT'lerin, kamu tüzel kişisi olarak örgütlenmeleri, yönetim ve denetim kurullarının ve personelinin idare tarafından atanmış dar ya da geniş anlamda kamu görevlilerinden oluşması, sermayelerinin tamamının devlete ait olması dikkate alındığında, Şeffaflık Direktifi m.2 uyarınca kamu otoritesinin hâkim etkisi altında oldukları sonucuna varmak kaçınılmazdır. Bu bağlamda, KİT'lerin piyasada mal ve hizmet üretiyor olmaları Roma Anlaşması m. 81, 82, 85 ve 86/1 uyarınca rekabet kurallarının ihlali niteliğinde olacaktır. Bunların bir kısmının ulusal (TCDD, DHMİ, PTT) ya da yerel (ASKİ, İSKİ, İZSU vb.) olarak hizmetin üretim ve yürütülmesinde tekel hakkına sahip oldukları dikkate alındığında, Topluluğun rekabet politikasıyla bağdaşmaz durumda olacakları açıktır. Nitekim Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde su ve kanalizasyon hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu bir KİT olan Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü (ASKİ) hakkında Türk Rekabet Kurumu, belirlenen hizmet fiyatı nedeniyle hâkim durumun kötüye kullanıldığı yönünde karar vermiştir²⁴⁹. Kurum öncelikle kamu tüzelkişisi olan ASKİ'nin iktisadi faaliyette bulunan bir teşebbüs olduğu yorumunu yaptıktan sonra tekel hakkına sahip olduğu su ve kanalizasyon hizmetleri alanında fiyat belirlemesinin hâkim durumu kötüye kullanma niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Kurumun bu kararının çalışmamız açısından dikkat çeken yönü, Topluluk rekabet hukuku kurallarına paralel olarak, devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip olanlar yanında merkezi, bölgesel ve yerel idare içinde de yer alan ve ayrı tüzelkişiliğe sahip olmayan kamu idarelerini dahi "teşebbüs" yani Topluluk Hukukundaki ifadesiyle "işletme" olarak kabul etmesidir. Bu bağlamda Topluluk hukuku açısından, "işletme" nitelemesi yapılırken ayrı bir

²⁴⁸ DUBOIS/BLUMANN, s.495; KÖKSAL, S.20 vd.

²⁴⁹ RK, 13.3.2001, 01-12/14-29 sayılı kararı. Rekabet Dergisi, S.10, 2002, s.131.vd. aktaran TAN/GÖZÜBÜYÜK, s.321-322.

kamu tüzelkişiliğinin bulunup bulunmaması ya da teşebbüsünün bağlı olduğu kamu idaresi önem arz etmemektedir²⁵⁰.

Bununla birlikte, rekabet kurallarının uygulanmasından müstesna bazı hizmet alanları söz konusudur. Bunların ilki ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması olup, bu alanların düzenlenmesi tamamen üye devletlerin iradesine bırakılmıştır²⁵¹. Teşebbüs kavramı tamamen “iktisadi” faaliyet ile açıklandığından, ATAD, devletin de ticari nitelikte faaliyetleri bulunabileceği, ancak bunlar dışındaki egemenlik yetkisine ve kamu gücüne ilişkin faaliyetlerin iktisadi kabul edilmeyebileceği yönünde karar vermiştir²⁵². Aynı şekilde ATAD, Avrupa Hava Trafiği Güvenlik örgütü EUROCONTROL’ün faaliyetinin de “düzen sağlama” ve “kamu gücü yetkileri” ile ilgili olduğu yorumunu yaparak, iktisadi faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği hükmüne varmıştır²⁵³.

İkinci olarak ise, genel ekonomik yarar hizmetleri alanında ya da geniş anlamda kamu hizmeti alanında rekabet kurallarının uygulanması hizmetin gerektiği gibi yürütülmesine hukuken ya da fiilen engel olursa, bu hizmetleri yürüten işletmeler rekabet kurallarından müstesna tutulabileceklerdir. Ancak bu durumun Topluluk menfaatlerine aykırı olmaması gerekmektedir²⁵⁴.

Roma Anlaşması m.86/2’de ifadesini bulan bu istisnanın gerekçesi olarak kamu hizmeti anlayışının köklü olduğu üye devletlerin, özellikle Fransa’nın tepkisinin Topluluk tarafından yanıtlanması amacı gösterilmiştir²⁵⁵. Aynı zamanda, bu düzenleme ile bir yandan kamu sektörünün korunması amacının güdüldüğü görüşleri kendine yer bulurken, diğer yandan da kamu sektörünün piyasada rekabet kurallarına uygun şekilde işleyebilmesi ve olabildiğince az engel teşkil etmesinin hedeflendiği düşünceleri de ileri sürülmüştür²⁵⁶. Bundan anlaşılacak olan ise, piyasa mekanizmasının kendi işleyişiyle toplumsal ihtiyaçları tatmin etmede başarısız olması halinde genel ekonomik yarar hizmetlerini yürüten kamu teşebbüslerinin

²⁵⁰ BAZEX, s.296.

²⁵¹ ULUSOY, “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmetine Etkileri*”, **AİD**, S31, 1998, s.23-25.

²⁵² ATAD, C-118/85, 16.6.1987, *British Telecom*, Com. c/Italie, aktaran KARAHAÑOĞULLARI, s.145.

²⁵³ ATAD, 19 Ocak 1994, C-364/92, Rec.I-664, aktaran DUBOIS /BLUMANN, s.493.

²⁵⁴ ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.130.

²⁵⁵ İbid.

²⁵⁶ PAPACONSTANTINOU, Helen, **Free Trade and Competition in The ECC Law-Policy and Practice**, Routledge, Londra, 1990’dan aktaran KÖKSAL, s.58.

rekabet kurallarına uymaktan kaçabileceğidir²⁵⁷. Kanaatimizce bu durum ancak piyasa mekanizmasının kendi yetersizliğini bertaraf etmesine ve toplumsal ihtiyaçları karşılar hale gelmesine dek mümkün olacaktır. Hatta bu noktaya kadar, serbest piyasa ekonomisinin hayata geçirilmesinde üye devletlere yüküm getirildiği dikkate alındığında yapılan devlet yardımları, tekel hakkı tanıma gibi uygulamalar rekabet hükümlerinin ihlalini oluşturmayacaktır. Nitekim bu düşünceye paralel olarak, “eksik piyasanın karşısına düzeltici kamu politikaları koymak” ya da denklemi ters yönde kurarak “bürokrasinin ihmali karşısına piyasanın doğal dinamizmini koymak” suretiyle gerçekleştirilecek “iki ucun dogmatizmi”nin engellenmeye çalışıldığı ifade edilmiştir²⁵⁸.

Nitekim bu konudaki istisnalar ATAD tarafından da dikkate alınmıştır. Ancak Komisyona paralel olarak ATAD da m.86/2'deki istisnayı oldukça dar yorumlama eğilimindedir²⁵⁹. Örneğin *Sacchi* Kararında²⁶⁰ ATAD, teşebbüslerin m.86/2'deki istisna kapsamında değerlendirilebilmeleri için yüklendikleri görevleri piyasa mekanizması içinde yerine getirmelerinin sadece güç olmasının yetmeyip, “imkansız” bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Bu anlamda, genel ekonomik yarar hizmeti yürüten bir teşebbüsün m.86/2'ye dayanması olasılığı son derece nadirdir²⁶¹.

Genel ekonomik yarar hizmeti yürüten işletmelerin belirlenmesi için genel ekonomik yarar hizmetlerine ilişkin çeşitli kıstaslardan yararlanılması gerektiği önerilmiştir. Buna göre,

- Tüm tüketicilere eşit şekilde hizmet görevi
- Tekel olmanın belli ayrıcalıklarından yararlanma
- Hizmetin doğrudan doğruya devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması
- Yürütülen hizmetin şart ve koşulları il ilgili düzenleme yapma yetkisinin hükümet tarafından verilmiş olması

²⁵⁷ COTTE, Olivier, “*La répartition des compétences entre l’Union et ses Etats membres dans le domaine des services d’intérêt économique général*”, in **Incidences du Droit Communautaire sur Le droit Public Français**, Dir. ECKERT, Gabriel/GAUTIER, Yves/KOVAR, Robert/RITLENG, Dominique, Press Universitaire de Strasbourg, 2007, Strasbourg, s. 314.

²⁵⁸ DUMEZ, Hervé/JEUNEMAITRE, Alain, **Avrupa’da Rekabet, Teşebbüsler Açısından Oyunun Yeni Kuralları**, Çev. Mehmet Mukadder YAKUPOĞLU, MOR Yay., 1999, Ankara, s.247.

²⁵⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, “*Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku*”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 8-11 Ocak 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Bildiriler Kitabı**, Ankara, 2002, s.302.

²⁶⁰ ATAD, 30 Nisan 1974, *Sacchi*, 155/73, Rec. 409.

²⁶¹ KÖKSAL, s.59.

kriterleri bir arada bulunduğunda işletmenin genel ekonomik yarar hizmeti yürütüyor sayılacağı ifade edilmiştir²⁶².

Bununla birlikte, bu görüşün de genel ekonomik yarar hizmetleri yürüten işletmeleri tanımlamaktan çok, genel ekonomik yarar hizmetleri konusunda kıstas belirleme yoluna gittiğini söylemek yanlış olmaz. Zira m.86/2 hükmü açıkça “işletme” ifadesini kullanmıştır ve kamusal ya da özel işletme ayrımına gitmemiştir.

d. Avrupa Birliğinde Evrensel Hizmet Kavramının Benimsenmesi

Avrupa Birliği tarafından evrensel hizmet kavramının benimsenmesi, ABD’ye göre çok daha yakın tarihlerde olmuştur. İlk olarak 26 Haziran 1987 tarihli Telekomünikasyon alanının serbestleştirilmesine yönelik Yeşil Kitap’ta²⁶³ kendine yer bulmuştur. Daha sonra, Komisyonun telekomünikasyon sektörünün altyapısına ilişkin hazırladığı raporda Topluluğun telekomünikasyon sektöründeki hedefleri arasında gösterilmiş ve evrensel telekomünikasyon hizmetlerinin varlığı tek pazarın gerçekleştirilmesi ve kalkınması açısından yaşamsal önemde olduğunun altı çizilmiştir. 1992 tarihli Posta hizmetlerine ilişkin Komisyon tarafından hazırlanan Yeşil Kitap’ta evrensel hizmet, “*Topluluğun bütününde, herkese makul fiyat ve belirli bir kalitede sunulan temel hizmet*” olarak tanımlanmıştır²⁶⁴.

Ancak, evrensel hizmet kavramının AB tarafından benimsenmesindeki çıkış noktası, kavramın orijini olan ABD’den farklıdır. ABD’de telefon sektöründe bir tek el alanı yaratabilmek amacıyla kullanılan stratejik bir araç olarak ortaya çıkan evrensel hizmet kavramı, AB’de tek elci piyasaların rekabete açılması evresinde benimsenmiştir²⁶⁵. Bu anlamda evrensel hizmet ABD’de olduğu gibi “rekabetin ürünü”²⁶⁶ bir kavram olarak ortaya çıkmamıştır. Buna göre, Avrupa’da evrensel hizmetin benimsenmesi, tamamen tek elci bir piyasanın rekabete açılması sürecinde, hizmetten yararlananların ihtiyaçlarının gereği gibi ve kamu yararına uygun şekilde giderilebilmesi amacına yönelmiştir. Evrensel hizmet, tamamen rekabete açılmış

²⁶² ASLAN, s.36.

²⁶³ 30 Haziran 1987, COM (87) 290.

²⁶⁴ COM (92) 476, 11 Haziran 1992.

²⁶⁵ RODRIGUES, Stéphane, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Tec&Doc, Paris, 2000. s. 165-166.

²⁶⁶ İbid, s.168.

posta ve telekomünikasyon alanlarında faaliyet gösteren işletmecilere hizmetin kamu yararına uygun bir şekilde sağlanması açısından kaçınılmaz olan bir takım yükümlülükler getirme yoluna gitmiştir²⁶⁷. Böylece, rekabetçi piyasanın kârlılık amacı gütmesiyle ortaya çıkabilecek sosyal riskleri ortadan kaldırmaya, kısaca söz konusu alanlardaki rekabetçi piyasayı “ılımlılaştırmaya” yönelmiştir. Bu anlamda, Avrupa sisteminde evrensel hizmet düzeltici bir rol oynamaktadır²⁶⁸.

Bununla birlikte Avrupa Birliğinin verdiği anlamla evrensel hizmetin serbestleştirme politikalarının gerçekleştirilmesi için bir araç mı yoksa serbestleştirmenin tamamlayıcısı mı olduğu konusunda AB Kurumları arasında bir birlik oluşmamıştır. Komisyon 26 Haziran 1987 tarihli Yeşil Kitapta evrensel hizmeti “serbestleştirmeye eşlik eden bir araç” olarak bakarken, Parlamentonun görüşü kavramın serbestleştirme politikalarının aracı olmaktan çok, tamamlayıcısı olduğu yönündedir²⁶⁹. Parlamenta göre Topluluğun sosyal ve ekonomik hedeflerinin gerçekleştirilebilmesi için evrensel hizmet ilkeleri merkezi önem taşımakta ve bir serbestleşme ile tüm tüketicilerin ulaşılabilir düzeydeki temel hizmetlere erişimi zorunluluğu arasında denge sağlamaktadır²⁷⁰. Bu anlamda serbestleştirmenin aracı olmaktan çok, bu politikaların tamamlayıcısıdır. Ancak bu görüşe rağmen Komisyon, evrensel hizmetin araçsal niteliği yönündeki görüşünü 8 Mart 1996 tarihli Tebliğinde de yinelemiştir. Bu konuda Parlamento ile Komisyon farklı görüşlere sahip olmakla birlikte, evrensel hizmet gerek mevzuatta, gerekse uygulama hem serbestleştirmenin bir aracı hem de tamamlayıcı rolünde ortaya çıkabilmektedir²⁷¹. Nitekim komisyon da, Posta Hizmetlerine ilişkin 11 Haziran 1992 tarihli Yeşil Kitap’ta Parlamentonun görüşünü benimsemiştir.

7 Aralık 1994 tarihli Bakanlar Konseyi Kararı²⁷² ile evrensel hizmet serbestleştirme ile posta hizmetlerinin Topluluk içinde gelişimi ve sürekli bir şekilde sağlanmasının garantisi olarak yorumlanmış ve sosyal boyutunun da altı çizilmiştir.

²⁶⁷ MOINE, Gérard, “Le service universel: contenu, financement, opérateurs”, **AJDA**, 1997, No:3, s.247, dpn.1.

²⁶⁸ GARCERIES, Sandrine, “Une nouvelle ‘crise’ de la notion de service public en droit administratif français?”, **Société Contemporaine**, No: 32, Octobre 1998, L’Harmattan, Paris, s.44.

²⁶⁹ RODRIGUES, s.166.

²⁷⁰ PE, Yeşil Kitap Hakkındaki Görüşü, 19 Mayıs 1995 tarih ve No: N.A-4-0111/95, JOCE, No: C.151, 19 Haziran 1995.

²⁷¹ BLANDINE, Anne, “L’Equilibre entre service universel et concurrence dans le régime juridique communautaire des télécommunications”, in **Colloque CEDECE 1996**, C.I’den aktaran RODRIGUES, s.168.

²⁷² JOCE, 16 Şubat 1994, No:C.48, s.3.

Bu karara göre evrensel hizmet ilkeleri, eşitlik, süreklilik ve evrensellik olarak belirlenmiştir. Evrensellik ilkesinin, ayırım gözetmeksizin makul fiyat ve belirli kalitede hizmetten yararlanma hakkının Topluluk içindeki herkese ve ayırım gözetmeksizin tanınması olduğu düşünülürse, bu ilkenin kamu hizmetine egemen olan ilkelerden eşitlik ve nesnellik ilkelerini karşıladığı söylenebilir. Bu durumda evrensel hizmet kavramına egemen olan ilkeler de, kamu yararına yürütülen kamu hizmetine egemen olan ilkeler ile çakışmaktadır. Sonuç olarak, her ne kadar evrensel hizmet kavramı, tam olarak “kamu hizmeti kavramına Avrupa Birliği bakışı” olmasa da, en azından kamu yararı kavramına AB yaklaşımı olarak değerlendirilebilecektir²⁷³.

Avrupa Birliği bünyesindeki evrensel hizmete ilişkin son düzenleme, 7 Mart 2002 tarihli Evrensel Hizmet Direktifidir²⁷⁴. Bu düzenlemede açıkça evrensel hizmetin bir yandan rekabet koşullarını, bir yandan sektörün gelişimini diğer taraftan da kullanıcıların taleplerini karşılayan ve uyumlulaştıran bir nitelikte olduğundan bahsedilmektedir (parag. 1). Görüldüğü üzere, bu düzenlemede açıkça evrensel hizmetin araçsal ve tamamlayıcı özelliği vurgulanmaktadır.

Bu anlamda, Avrupa Birliğinin ABD’deki evrensel hizmet deneyiminden farklı olarak, telekomünikasyon hizmetlerinin sosyo-ekonomik ve politik boyutunu baştan dikkate aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim kanaatimizce, evrensel hizmet kavramının Topluluk bünyesine kabulünün gerekçesini de bu farkındalık oluşturmaktadır. Ayrıca, Avrupa’da tek pazarın oluşturulması için 1993 tarihini öngören 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi’ni izleyen dönemde evrensel hizmet kavramının Komisyonun gündemine gelmesi de, Topluluk içi ticaret için altyapıyı oluşturan telekomünikasyon sektörünün seçimi de tesadüf değildir²⁷⁵. İç pazarın gerçekleştirilmesi amacıyla kamu sektörünü rekabet kurallarına tabi kılma sürecinde, serbestleştirme politikalarına eşlik eden evrensel hizmet kavramı, hem kamu hizmeti hem de rekabeti koruyan boyutlarıyla politik bir hamle olarak da dikkate değerdir.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ CE, 2002/22/CE, 7 Mart 2002, JOCE, L. 108/51, 24.4.2002.

²⁷⁵ RODRIGUES, s.164.

B. Türkiye’de Evrensel Hizmet Kavramının Ortaya Çıkışı

1. Evrensel Hizmetin Kavramsal Kabulü Olarak ve “Asgari Hizmet” Kavramı

Türk Hukukunda evrensel hizmet kavramı ilk olarak telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili olarak kullanılmıştır. 2000 yılında 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda 4502 sayılı Kanun²⁷⁶ ile yapılan değişiklik ile, Kanunun 1. maddesine *asgari hizmet* tanımının eklenmesiyle, en azından tanımsal bazda, evrensel hizmet kavramı ile tanışılmıştır. Kanuna göre asgari hizmet, “*Bakanlık tarafından Kurumun ve işletmecilerin görüşleri alınmak suretiyle konu ve kapsamı belirlenen, coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, belirlenmiş kaliteyi haiz ve herkesin karşılayabileceği şekilde makul bedel karşılığında sunulacak olan ve ankesörlü telefon, acil telekomünikasyon hizmetleri ve telefon rehber hizmetlerini de ihtiva eden asgarî evrensel hizmet türlerini...*” ifade etmektedir. Aynı maddede görev sözleşmelerinde belirlenen asgari hizmetleri sunma görevi Türk Telekom’a verilmiştir.

Evrensel hizmet kavramının ayrı bir düzenleme ile Türk Hukukunda kendine yer bulması ise, 16.6.2005 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²⁷⁷ ile gerçekleşmiştir. 5369 sayılı Kanun 11. maddesi ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda da değişiklikler yaparak, 1. maddedeki “asgari hizmet” tanımını madde metninden çıkarmış, Kanunun diğer maddelerindeki “asgari hizmet” tabirlerindeki “asgari” ibarelerini, “evrensel” ile değiştirmiştir. Ayrıca Kanunun 2. maddesinde evrensel hizmet, “*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 dahil elektronik haberleşme hizmetleri...*” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, Yasa koyucunun gerek asgari hizmet, gerekse evrensel hizmet tanımları, ülke sınırları arasında istisnasız herkesin makul bir bedel karşılığı

²⁷⁶ RG, 29.1.2000, S.23948, s.7759.

²⁷⁷ RG, 26.6.2005, S.25856, s.9451.

erişebildiği ve belirli bir kalitede sağlanan temel telekomünikasyon hizmetlerini ve elektronik haberleşmeyi kapsayan evrensel hizmet tanımlarına denk düşmektedir.

10.10.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu²⁷⁸ ile 5369 Sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, öncelikle 5369 sayılı Kanunun adı “Evrensel Hizmet Kanunu” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, m.1’de ifade edilen Kanunun “*elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün sağlanması*” amacına “*bu Kanun ile öngörülecek diğer alanlarda*” ifadesi eklenmiştir. Aynı değişiklik evrensel hizmetin tanımını yapan m.2’ye de işlenmiştir. Buna göre evrensel hizmet, özellikleri ve standardı aynı olsa da “internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri” olarak tanımlanmıştır. Bu değişikliğin önemi, internet hizmetleri için “temel” ifadesinin kaldırılması ve evrensel hizmetin sadece “elektronik haberleşme sektörü” ile sınırlı olmayabileceğini öngörmesidir. Nitekim 5369 sayılı Kanun bu değişiklikten önce de elektronik haberleşme sektörüyle ilgisi olmayan örneğin “ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetleri”ni de evrensel hizmet kapsamına almıştır. Böylece, evrensel hizmet ile sadece elektronik haberleşme sektörü ile bağlantı kurulmasına neden olabilecek bir yanlışlık düzeltilmiştir.

Bu bağlamda, öncelikle telekomünikasyon hizmetlerinin Türk Hukukundaki niteliğini belirlemek ve buradan hareketle evrensel hizmet kavramının getirdiği yeniliklere ulaşmak gerekecektir.

2. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Hukuki Niteliği

Günümüz itibariyle Türkiye’de telekomünikasyon alanında yürürlükte olan mevzuatta telekomünikasyon hizmetlerinin “kamu hizmeti” olduğuna dair açık bir nitelendirme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yasa koyucunun ifadesinden ve yargısal içtihatlardan telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirildiğini ve düzenlendiğini çıkarmak mümkündür. Şöyle ki, 12.5.2001 tarih ve 4673 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat

²⁷⁸ RG, 10.11.2008, S.27050 (Mükerrer).

Ve Görevleri Hakkında Kanunda değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²⁷⁹ ile Türk Telekom'un özelleştirilmesi yeniden düzenlenmiş ve telekomünikasyon alanındaki ruhsat verme yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'ndan alınarak Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir. 4673 sayılı Kanun m.2 ile, telekomünikasyon alanında ruhsat verme yetkisine sahip Telekomünikasyon Kurumu'nun “... *kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi*” amacıyla gerekli tedbirleri alabileceğinden ve koşulların gerçekleşmesi halinde tazminat karşılığı tesisleri devralmaya ya da ağır kusur halinde ruhsatı veya genel izni iptale yetkili olduğundan bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere, Yasa koyucu devlet tekelinden çıkarılıp rekabetçi piyasa hükümlerine tabi tutulan alanın düzenlenmesini Telekomünikasyon Kurumu'na bırakırken telekomünikasyon hizmetlerinin de kamu hizmeti olduğunu açıkça vurgulamıştır.

Ayrıca, 4.2.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu²⁸⁰’nda değişiklik yapan 27.1.2000 tarih ve 4502 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Kanun Hükmünde Kararnamenin Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un²⁸¹ 4. maddesi ile telekomünikasyon hizmetlerinin tabi olduğu ilkeler yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, “...*eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer koşullardaki her kişi tarafından eşit şartlarda ulaşılabilir olması*” koşulu kamu hizmetine egemen olan ilkelerden **eşitlik ilkesine**; “...*niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenirlilik...*” koşulu kamu hizmetine egemen olan ilkelerden **süreklilik ve düzenlilik ilkesine**, “*teknolojik yeniliklerin uygulanması ve araştırma/geliştirme yatırımlarının desteklemesi*” gereği ise kamu hizmetine egemen olan ilkelerden **değişkenlik (adaptasyon) ilkesine** karşılık gelmektedir.

Ayrıca, 406 sayılı Kanuna 4502 sayılı Kanun ile eklenen ek madde 22 uyarınca Türk Telekom personelinin statüsü hakkında düzenlemede, telekomünikasyon hizmetlerinin gerektirdiğı asli ve sürekli görevlerden bahsedilmiştir. Kamu görevlilerine ilişkin, T.C. Anayasası m.128 uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütölen kamu hizmetlerinin gerektirdiğı “*asli ve sürekli*

²⁷⁹ RG, S.24410, 23.5.2001.

²⁸⁰ RG, 21.2.1924.

²⁸¹ RG, 29.1.2000.

görevler” memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilmektedir. Bu iki hükmün birlikte okunmasından da telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olarak öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim, yüksek yargı organları da çeşitli içtihatlarında aynı sonuçlara varmışlardır. Danıştay bir kararında Türk Telekom’un yürüttüğü “kamu hizmeti”nden bahsederken²⁸², Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığına altını çizmiştir²⁸³.

Sonuç olarak, mevzuatta açıkça nitelenmemiş olsa da, Yasa koyucunun iradesinin telekomünikasyon hizmetlerini kamu hizmeti olarak düzenlemek yönünde olduğu konusunda kuşku yoktur. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kamu hizmeti niteliği taşımayan telekomünikasyon hizmetleri de bulunmaktadır. Bunlar kısaca kişisel telekomünikasyon tesisleri aracılığıyla sağlanan, kişi ya da kurumların kendi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve üçüncü kişilere hiçbir şekilde verilmeyen telekomünikasyon hizmetleridir. Nitekim bu hizmetlerin sağlanmasında herhangi bir sözleşme, ruhsat ya da yetki belgesi alınması zorunluluğu yoktur²⁸⁴.

3. Türkiye’de Evrensel Hizmet Kavramına Giden Süreç

a. Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Serbestleştirme ve Özelleştirmeler

aa. Genel Olarak Özelleştirme Kavramı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, siyasal bir tercihin uzantısı olan özelleştirme kavramı temelini “Devlet ne olmalıdır?”, “Devlet ne yapmalıdır?” ve “herhangi bir siyasal otoritenin kurulması ve sürdürülmesi ile devlet ve mensuplarının arasındaki ilişki tarzının nasıl olması gerektiği ve devlet aygıtının sınırlarının ne olması gerektiği” sorularına yanıt arayan liberal kuramlardan²⁸⁵ almaktadır.

²⁸² D.10.D., 29.4.1999, E. 1996/3874, K. 1999/2144, DD. S.102, 2000, s.607-609.

²⁸³ AYM, 22.12.1994, E. 1994/70, K.1994/65-2, RG, 28.1.1995, S.22185, s.11 vd.; AYM, 23.1.1997, E. 1996/57, K. 1997/3, RG, 11.10.2000, S.24197, s.9 vd.

²⁸⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ULUSOY, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan, Ankara, 2002, 21 vd.

²⁸⁵ PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, Çiviayazıları, İstanbul, 2000, s.21 vd.

Özelleştirme politikaları, 1980’li yıllarda İngiltere’nin öncülüğünde kamu konutlarının satılması ve kamu tarafından yürütülen ve finanse edilen kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla özel sektöre gördürülmesiyle hızlanmıştır²⁸⁶. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilk örnek ise British Telecom’un hisselerinin yarıdan fazlasının satılmasıyla yine İngiltere’den gelmiştir²⁸⁷. Bu tarihten sonra, geniş anlamıyla kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini de içeren özelleştirme kavramı, pratikte kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi olarak algılanmaya başlanmıştır.

1990’lı yıllarda Avrupa’da yaygınlaşmaya başlayan özelleştirme uygulamaları ise, “özelleştirme” (*privatisation*) kavramından çok, Avrupa Birliği Komisyonunun ortak pazar kurmaya yönelik serbest rekabet anlayışına dayalı “serbestleştirme” (*libéralisation*) politikalarından dayanak almıştır. Özelleştirme kavramına göre daha geniş bir kapsamı olan serbestleştirme, özelleştirmeyi de içermekte olup piyasa ekonomisine geçiş anlamında kullanılmaktadır²⁸⁸. Özelleştirme ise, serbestleştirme politikalarının uygulamadaki ilk adımı olup, serbestleştirmeye göre çok daha az karmaşıktır²⁸⁹. Özel kişilerin üretim ve hizmet faaliyetleri üzerindeki devlet denetiminin azaltılması (*dérégulation*)²⁹⁰, rekabete kapalı alanların özel girişimcilere açılması ve bu yönde sektörleri kamu tekeli olarak düzenleyen hukuk kurallarının tasfiyesi ya da hafifletilmesi yoluyla rekabete izin verecek ve özendirecek hukuki alt yapının kurulması (*régulation*)²⁹¹ anlamına gelmektedir. Serbestleştirme kavramının alt kümesi olan özelleştirme kavramı üzerine ise tam bir uzlaşma olmamakla birlikte, geniş ve dar anlamda iki tanımlı yapılmaktadır. Buna göre **geniş anlamda özelleştirme**, devletin ekonomik faaliyetlerinde özel sektör lehine yaptığı her türlü devir işlemi olarak tanımlanmakta

²⁸⁶ ATİYAS, İzak/ODER, Burak, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yay., 2007, s. 44 vd.

²⁸⁷ 1982’de British Aerospace, British Telecom, British Gas, BP, British Airport Authority, British Airways, Jaguar, Rolls Royce, Rover, National Bus Company, British Steel ve su dağıtım işletmeleri özelleştirilmiştir. 1996-1997 yıllarında demiryolları işletmeleri özelleştirilmiş ve en büyük tepkiyi de bu sonuncusu almıştır. Bkz. İNSEL, Ahmet, *Neo-Liberalizmin Riski*, in **Neo-Liberalizm ve Hegemonyanın Yeni Dili**, s.179.

²⁸⁸ AKALIN, Güneri, **KİT’ler ve Özelleştirilmeleri**, Akçağ Yay., Ankara, 1998, s. 212.

²⁸⁹ GİRAY, Filiz, “*Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye’deki Durum*”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBFD**, Ekim 2007, 2(2), s.11.

²⁹⁰ TAN, Turgut, “*Özelleştirme*”, **İHİD**, Lütü Duran’a Armağan özel sayısı, S.1-3, 1988, s.271, dnp. 2.

²⁹¹ İbid.

olup, mülkiyet devrini gerektirmeyen, kamu teşebbüslerinin kiralanması, tekellerin kaldırılması, özel kesimle ortak girişimler, kurumsal serbestleşme gibi uygulamaları da içererek²⁹² “serbestleştirme” kavramına yaklaşır. Bu anlamda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme usulleri de geniş anlamda özelleştirme kapsamında değerlendirilecektir. **Dar anlamda özelleştirme** ise, KİT’lerin mülkiyetlerinin özel sektöre devri olarak anlaşılmaktadır²⁹³.

Bu çevrede özelleştirme uygulamalarının amacı dört boyutuyla ortaya konmaktadır:

1. Ekonomik amaçlar: Özelleştirmenin ekonomik amacı olarak yukarıda açıklandığı gibi devletin ekonomik alana müdahalesinin en aza indirgenmesi gösterilmektedir²⁹⁴. Bu amacın devletin çağın gereklerine uygun olarak asli fonksiyonlarına (adalet ve güvenliğin sağlanması) ile özel sektör tarafından yüklenilemeyecek altyapısal yatırımları gerektiren alanlara yönelmesini sağlayan boyutuyla özelleştirmenin temel amacı olduğu vurgulanmıştır²⁹⁵.

2. Mali amaçlar: Özelleştirme politikalarının mali amacı olarak ise devlet bütçesi üzerindeki kamu kesimi finansman yükünün azaltılması ve KİT’lerin mülkiyet devri yoluyla devlete gelir sağlanmasıdır²⁹⁶. Bu anlamda özelleştirme birçok ülkede ekonomik ve mali krizden çıkış yolu olarak değerlendirilmekte ve yalnızca liberal politikaları uygulayan hükümetlerce değil, sosyalist hükümetlerce de başvurulmuş bir yol olmaktadır²⁹⁷.

3. Toplumsal amaçlar: Yabancı sermayeyi çekmek suretiyle modern teknoloji ve yönetim transferlerini sağlamak, mülkiyeti tabana yayarak genel refahı arttırmak ve böylece işgücünün üretkenliğini artırarak gelir dağılımı eşitsizliklerine çözüm bulmak olarak açıklanmıştır²⁹⁸. Bu noktada, kanaatimizce gelir dağılımındaki eşitsizliğin büyük olduğu ülkelerde KİT’lerin hisse senetlerinin alımı yoluyla sermayenin tabana yayılmasının uygulamada mümkün olmayabileceğinin altını

²⁹² AKTAN, Coşkun Can, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, BİLKOM, İzmir, 1987, s. 82; ŞANLIOĞLU, Ömer, “Türkiye’de Özelleştirmenin Önündeki Başlıca Engeller ve Daha İyi Bir Özelleştirmenin Çerçeve Koşulları”, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, s.867.

²⁹³ AKTAN, s.82, TAN, s. 272.

²⁹⁴ İbid, s.93

²⁹⁵ BAYTAN, İlhan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, Yetkin; Ankara, 2009, s.27.

²⁹⁶ İbid, s.29; ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve İptal Davası bakımından Yargı Denetimine Tabi Olması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, DÜSBE, İzmir, 1991, s. 9.;

²⁹⁷ TAN, s. 271.

²⁹⁸ AKTAN, s. 100-101; BAYTAN, s. 29.

çizmek gerekir. Nitekim gelişmiş ülkelerde sermayeyi tabana yayma ideali mümkün görünse de, gelişmekte olan ya da az gelişmiş ülkelerde vatandaşların alım gücü düşük veya tasarruf anlayışı farklı olabilir²⁹⁹.

4. Siyasal Amaçlar: Devletin ekonomik alana yaptığı her türlü müdahaleyi bireysel özgürlüklerin sınırlandırılması olarak gören liberal anlayış paralelinde³⁰⁰, özelleştirmenin siyasal amacı olarak devletin ekonomideki payının en aza indirgenmesini sağlayarak bireysel özgürlüklerin korunması ve böylece demokratikleşme sürecine katkı sağlamak olarak nitelenmektedir³⁰¹.

Sonuç olarak özelleştirme politikaları ve uygulamalarının etkisiyle idare hukukunun temel kavramı olan kamu hizmetlerinin geçerliliği konusunda tartışma sürmektedir. Bununla birlikte, kamu hizmeti kavramının “...zorlama (*contrainte*), açık verme (*déficite*), devletleştirme (*étatisation*) ve bürokrasi ile eş anlamlı görülüp etkenlik, verimlilik ve dinamizmi simgeleyen özel girişimin karşısı gibi algılanmaktadır”³⁰². Ancak belirtmek gerekir ki, ister geniş isterse dar anlamıyla olsun özelleştirme yöntemi ile özel kişilere devredilen faaliyetler –en azından Fransız ve Türk Hukuk sistemlerinde- doğrudan kamu hizmeti olma niteliğini kaybetmezler. Yukarıda da detaylı açıklandığı gibi, özel kişilerin devletin gözetim ve denetiminde kamu hizmeti faaliyetleri yürütmeleri mümkündür ve özelleştirme uygulamaları ile faaliyet kamu hizmeti olmaktan çıkarılmamakta, sadece işletilme usulü değiştirilmektedir. Dar anlamda KİT’lerin mülkiyetlerinin devri olarak anlaşılan özelleştirme kavramını kamu hizmetlerinin kaldırılması ile karıştırmamak gerekmektedir.

²⁹⁹ BULUT, Nihat, “Özelleştirme Uygulamaları Karşısında Sosyal Devlet İlkesini Yeniden Düşünmek”, **AÜEHFD**, C.III, S.1, s.33.

³⁰⁰ AKTAN, s. 102, BAYTAN, s.29.

³⁰¹ Bu konuda Atilla YAYLA, en kötü despotluk biçimin hem siyasi hem de iktisadi gücü elinde tutan devletin despotluğu olacağı fikrindedir, zira bu durum vatandaşlar karşısında devleti “efendi” konumuna sokacaktır. Bu nedenle devlet ile vatandaş arasındaki ilişkinin dengelenmesi açısından özelleştirme zorunludur. Bkz. YAYLA, “Demokrasi İçin Özelleştirme”, in **Devletçi Zihniyet ve Piyasa Ekonomisi**, Liberte, Ankara, 2001, s.55 vd.

³⁰² TAN, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, **TİD**, Mart 1988, S. 378, s.73.

aa. Türkiye’de Özelleştirme

Türkiye’de özelleştirme 1980’lerden itibaren ithal ikameci sanayileşme³⁰³ yerine devlet kontrollerinin azaldığı, piyasa mekanizmasının kaynak dağılımında temel alındığı, dış ticaret ve uluslararası sermaye hareketlerinin serbestleştiği dönemde, bir ekonomi politikası olarak gündeme gelmiştir. 1980 sonrası kurulan hükümetlerin kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve maliyeti düşük bir şekilde yürütülebilmesi için öngördükleri çözümler genellikle yerel yönetimlerin yetkilerinin artırılarak, kamu hizmetlerinden bir kısmının bunlara devredilmesi ve serbest piyasa ekonomisi ekonomisinin sağlanması üzerinde yoğunlaşmıştır³⁰⁴. Bu paralelde 1983 yılında TUSİAD tarafından “Kamu Bürokrasisi” başlığında yaptırılan bir çalışma ile temizlik, çöp toplama ve itfaiye hizmetleri de dâhil olmak üzere “piyasaya tevdi mümkün kamu hizmetlerinin süratle özelleştirilmesi” tavsiye olunmuştur. Dönemin hükümetinin programının uygulanması da bu yönde ilerlemiştir.

Her ne kadar bu dönemde ilk yasal temelleri atılsa da özelleştirmenin uygulamada sektöriyel bazda hız kazanması 2004 sonrası döneme denk düşmektedir. Bu noktada öncelikle Türk Hukukunda özelleştirmenin yasal dayanaklarının irdelenmesi gerekecektir.

aaa. Türk Hukukunda Özelleştirmenin Yasal Dayanakları³⁰⁵

27.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun³⁰⁶ günümüzde yürürlükte olan kanundur. Bununla birlikte, 4046 sayılı Kanun’dan önce tesis edilmiş bir takım yasal düzenlemeler ile 4046 sayılı Kanundaki ilke, kavram ve kurallara esas oluşturulmuştur. Şöyle ki,

1. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunda, özelleştirme yöntemleri arasında sayılan “gelir ortaklığı modeli” ve “işletme hakkı verilmesi” usulleri ilk

³⁰³ İthal İkameci: İthal yoluyla karşılanan ihtiyaç maddelerinin yurt içinde üretilmesi; bir ekonomide tüketim malları ithalinin zorlaştırılması veya yasaklanmasıyla sanayinin teşvik edilmesi politikası. [http://www.ekonomist.com.tr/apps/dictionary.app/dictionary.php/es.dict/ithal ikamesi](http://www.ekonomist.com.tr/apps/dictionary.app/dictionary.php/es.dict/ithal%20ikamesi), (14.3.2009).

³⁰⁴ TAN, s.74-76.

³⁰⁵ Bu konuda özelleştirme mevzuatına ilişkin belli başlı yasal düzenlemeler ele alınmakta olup, Yasama organının bu konudaki tüm çalışmaları ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. BAYTAN, 37-77.

³⁰⁶ RG, 27.11.1994, S.22124, s.7417,

olarak yasal hüküm olarak ortaya çıkışı 29 Şubat 1984 tarih ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun³⁰⁷ ile olmuştur. Bu Kanunun amacı olarak, “istikrarlı ve güvenilir gelir verilmesi suretiyle tasarrufları teşvik edecek ek finansman kaynakları ile kamu yatırımlarını süratle gerçekleştirmek” belirlenmiştir (m.1). 2983 sayılı Kanunda bu amaç çerçevesinde üç yöntem öngörülmüştür: Gelir ortaklığı modeli, İşletme hakkı verilmesi ve Hisse senedi satışı.

i. Gelir Ortaklığı Modeli: “Kamu kurum ve kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri dahil) ait altyapı tesislerinin gelirlerine hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak senetler” olarak tanımlanmıştır. Menkul kıymet niteliğinde olan gelir ortaklığı senetleri, KİT’ler dahil olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait altyapı tesislerinin gelirlerine gerçek ve tüzel kişilerin ortak olmasını sağlarlar³⁰⁸. Bu modelin konusu daha çok köprü, demiryolları, baraj, elektrik santrali, telekomünikasyon sistemleri ile sivil hava ve deniz limanlarının gelirleri olmuştur³⁰⁹.

ii. İşletme Hakkı: “Bu maddenin (b) bendinde tarif edilen tesislerin belirli süre ve şartlar dâhilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesini ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımını yapması” olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda, “tesis” olarak tanımlanan Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine (yurt dışındakiler de dahil) ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerlerinin belli şartlar dahilinde ve Kanun m.11 uyarınca 15 yıl süreliğine gerçek veya tüzel kişiler tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması hakkının devri anlamına gelmektedir.

iii. Hisse Senedi: “Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara ait tesislere hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak senetler” olarak tanımlanmıştır.

2. 8 Haziran 1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³¹⁰ özelleştirme tartışmalarının yeni başladığı bir dönemde yürürlüğe girmiş olup, özelleştirmeye ilişkin hükümler içermesi nedeniyle konu açısından önemli niteliktedir. Zira KHK’nin 38. Maddesi “Teşebbüsler,

³⁰⁷ RG, 17 Mart 1984, S. 18344, s.295.

³⁰⁸ BAYTAN, s.38.

³⁰⁹ ATİYAS-ODER, s.45-46.

³¹⁰ RG, 18 Haziran 1984, S. 18435, 1. Mükerrer.

müesseseler, bağlı ortaklıklar, işletmeler ve işletme birimlerinin ve iştiraklerin tasfiyesi veya satılması” başlığı taşımaktadır. Her ne kadar açıkça özelleştirmeden bahsetmese de, maddede sayılan kuruluşların, tasfiye, devir, satış ve işletme hakkı verilmesi gibi özelleştirme yöntemlerine tabi tutulması açısından önemli bir düzenlemedir.

3. 28 Mayıs 1986 Tarih ve 3291 Sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun³¹¹ ile özelleştirme uygulamalarının gerçek anlamda başladığı ifade edilmiştir. Zira bu Kanun “müstakil bir özelleştirme mevzuatı” niteliğinde olmasa da, özelleştirme teriminin ilk olarak kullanıldığı yasal metindir³¹² ve 1994 tarihli 4046 sayılı Kanun çıkana dek bir boşluğu da doldurmuştur.

4. 5 Mayıs 1994 tarih ve 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun,³¹³ doğrudan özelleştirme alanına getirilmiş bir düzenleme olmayıp, Bakanlar Kuruluna bu konuda KHK çıkarması konusunda geniş yetki veren bir yasal metindir. Bu düzenleme yapılırken, sadece KİT’ler değil sermayesinin tamamı ya da yarıdan fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait kuruluşlardaki paylar; bunların iştiraklerindeki paylar, varlıkları ve devlet iştirakleri; genel ve katma bütçeli idarelerin, KİT’lerin özelleştirme kapsamına alınması mümkün olan sair kurum, kuruluş ve teşebbüslerin diğer kamu tüzelkişilerinin gördükleri kamu hizmetleriyle doğrudan ilgili olmayan varlıkları ve Hazineye ait kamu payları da özelleştirilme kapsamına alınmıştır (m.1 ve 2). Ancak

³¹¹ RG, 3.06.1986, S.19126, s.6885.

³¹² BAYTAN, s.54.

³¹³ RG, 11.05.1995, S.21931(mükerrer).

bu Kanun Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğü durdurma kararı verilmemekle birlikte³¹⁴ iptal edilmiştir³¹⁵.

Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde, öncelikle Kanun ile kamu mülkiyetine sınır getirilmekte, hatta kamu mülkiyetinin kaldırılmakta olduğu vurgulanmıştır. Aynı şekilde, kanun ile yürütme organına verilen yetkilerin yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali olduğunun da altını çizmiştir. Zira, kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetiminde esas alınacak ilkelerin soyut bir biçimde ifade edilmesinin ve uygulanacak özelleştirme ilkelerinin açık ve ayrı bir şekilde belirtilmemesinin, yürütme organına verilen düzenleme yetkisinin sınırları konusunda belirsizliğe neden olmaktadır. Çalışmamız açısından özellikle önemli olan iki iptal gerekçesi bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, özellikle telekomünikasyon ve elektrik gibi stratejik öneme sahip alanların yabancılaşmasının milli menfaatler, ulusal güvenlik ve ülke bağımsızlığı yönünden sakıncalı olduğu gerekçesi ile Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde ifade edilen "Türk Milli Menfaatleri"ne ve m.5'te düzenlenen "Türk Milletinin Bağımsızlığı" ve "kişilerin, toplumun huzur, refah ve mutluluğunu sağlama" ilkelerinin ihlali niteliğindedir. Yüksek Mahkemenin bir diğer dikkat çekici ifadesi ise, doğal tekel niteliğindeki alanların özelleştirilmesiyle kamu tekeli yerine özel tekelin geçmesi ve rekabet kurallarının ihlali riskinin altını çizmesi olmuştur. Kamu tekeli durumunda mal ya da hizmet üretimine devletin doğrudan müdahalesi olanağı özel tekel durumunda söz konusu olamayacağından, mal ve hizmet fiyatlarındaki artışların olumsuz toplumsal sonuçlar doğurabileceği vurgulanmıştır. Bu anlamda tekelleşme ve kartelleşmenin önüne geçebilecek düzenlemelerin yapılma gereğinden bahsetmiştir. Mahkemenin toplumsal refahın rekabet boyutunu da gözetenek, telekomünikasyon ve elektrik gibi doğal tekellerin özelleştirilmesinde uyulması gereken koşulların, ilkelerin devletin gözetim ve denetim yetkisinin açıkça düzenlenmesi gereğinden bahsetmesi "bir temel ekonomi dersi niteliğinde"³¹⁶ önemli bir vurgu olmuştur.

5. 27.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, Anayasa Mahkemesinin 3987 sayılı Kanun'u iptal gerekçeleri dikkate

³¹⁴ AYM, 15.06.1994, E.1994/49, K.1994/45-1.

³¹⁵ AYM, 07.07.1994, E.1994/49, k.1994/45-2. RG, 10.09.1994, S.22047.

³¹⁶ ATİYAS-ODER, s.72.

alınarak getirilmiş bir düzenlemedir³¹⁷. Kanunun amacı 1. maddesinde “*Ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak*” olarak belirlenmiştir. Bu anlamda özelleştirme ilkeleri de ilk kez bu Kanun ile belirlenmiştir. Aynı maddede Kanunun kapsamı olarak,

a) İktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu paylarının,

b) Kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu paylarının,

c) Devletin diğer iştiraklerindeki kamu payları ile Hazineye ait payların,

d) Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi teşebbüslerinden kamu iktisadi kuruluşlarının gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki paylarının,

e) Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının,

f) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ile bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) fıkrasında belirtilen kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının,

özelleştirilmesi belirlenmiştir.

bbb.Türkiye’deki Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Genel Değerlendirme

Türkiye’de 1980’li yıllarda başlayan özelleştirme uygulamaları yoğun bir şekilde sonuçlandırılmamıştır. Bunda yasal dayanaklardaki eksiklikler ve bunlara dikkat çeken Yüksek Yargı kararlarının da etkisi bulunmaktadır. Yasal

³¹⁷ İbid, s.58; BAYTAN, s. 113.

dayanaklardaki eksikliklerin nedeninin idarenin kendisini baştan kurallarla bağlamak istemeyişi olduğu belirtilmiştir³¹⁸. İdarenin zaman zaman kendi koyduğu kuralların da dışına çıkması, yargı kararlarınca özelleştirmeye ilişkin işlemlerin iptaliyle sonuçlanmıştır. Bu konuda, özelleştirme uygulamalarına olumlu bakan ve hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği görüşündeki çevreler özelleştirmenin önündeki engelleri, hukuki, politik, ekonomik konjonktürle ilgili ve sosyal boyutlu engeller olarak sınıflaştırmışlardır. Bu konuda özelleştirmeye konusal yasal düzenlemelerin ve uygulamalarının yargısal denetiminin sağlanması amacıyla açılan davaları dahi özelleştirme önündeki engeller olarak görenler bulunmaktadır³¹⁹.

Özelleştirme kavramı, ekonomik yönü daha görünür olmakla birlikte, özü itibariyle politik bir tercihin uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özelleştirme politikalarının taraftarlarının dayandıkları asli nokta, kamu işletmeciliğinin “kötü” olduğu önermesini³²⁰ temel almaktadır. Zira “işletme” kavramı, emek ve sermayenin ekonomik çıkar sağlamak amacıyla bir araya gelmesi olarak anlaşılırken³²¹, özelleştirmenin konusunu oluşturan kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluş amaçları “ekonomik çıkar” yanında ekonomik etkinliğin sağlanması, gelir dağılımını etkileme ve makro-ekonomik politikaları uygulayabilmektir³²². Bu nedenle, KİT’lerin doğrudan kâr amacıyla işletilmemesi, işletilenlerin de kâr elde etmemesi ve bu durumun mal ve hizmet üretiminde etkinlik ve kalitesizliğin gerekçesi olarak görülmesi “kötü işletmecilik” nitelemesine yol açmıştır.

Bununla birlikte, KİT işletmeciliğinin “kötü” olduğu tezini eldeki verilerle aktaran özelleştirme taraftarları, özelleştirme konusundaki başarısızlıkların nedenini 1980 ve 1990’lı yıllardaki “siyaset yapma biçimi”nde³²³ bulmaktadırlar. Buna karşın, KİT’lerin gelirlerinin farklı kesim harcamalarına aktarılması³²⁴, bunların satımından elde edilenleri bütçeye gelir yazmanın kendi başına anlamlı bir gelir politikası olarak sunulmasının da aynı siyaset ve siyasi rekabet biçiminden kaynaklandığı

³¹⁸ TAN, Turgut-GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **İdare Hukuku C.I, Genel Esaslar**, Turhan, Ankara, 2008, s.340.

³¹⁹ ŞANLIOĞLU, s.874.

³²⁰ YAYLA, Atilla, “Özelleştirme, Mülkiyet, Demokrasi”, in **Devletçi ...** s.5. ; ŞANLIOĞLU, s.873

³²¹ ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay.Ankara, 1995, s.18.

³²² AKALIN, s.341.

³²³ ATİYAS-ODER, s.73; ŞANLIOĞLU, s. 877-880.

³²⁴ “1930’lardan beri, Türkiye’de KİT’ler, kamu bankalarının kredileri, devlet ihaleleri, tahsisler ve teşvikler aracılığıyla oluşturulan “devlet burjuvazisi”nin KİT’lerden yararlanmaları hakkında bkz. İNSEL, Ahmet, “*Arpalıkların Tasfiyesi*”, in **Neo-Liberalizm ve...**, s.219.

savunulabilecektir. Aynı şekilde, kamu tarafından üretilen mal ve hizmetlerdeki kalite sorununun serbest rekabet ile ortadan kalkacağı yönündeki liberal teze karşılık, “üstün ve kaliteli hizmetler”in gelir dağılımındaki eşitsizliğin yüksek olduğu Türkiye’de sınıflı toplumun yeniden üretilmesine yol açacağını vurgulamak gerekmektedir³²⁵.

Sonuç olarak, değişen iktisadi ve toplumsal koşullar karşısında bir dönem ihtiyaç bulunan kamu üretimin gereği sonradan ortadan kalkabilecektir. Bu nedenle, her ne kadar bazı alanlarda, kamu işletmeciliği kalite ve yönlendiricilik açısından vazgeçilmez olsa da, bir kısım kamu işletmelerinin, mülklerinin ya da işletme haklarının özel kesime devri gerçekten kaçınılmaz olabilir. Nitekim, özellikle ülkemizdeki anayasal ve yasal düzenlemeler de buna izin vermektedir. Buna karşılık, kamu işletmeci rolünden çekilse de, düzenleyici olarak bu alanlarda var olmaya devam etmelidir. Zira kamu hizmetleri toplumsal eşitsizliği düzeltici işleve sahiptir ve uzun vadeli kamu yararı, kısa vadeli kâr elde etme dürtüsünü dengelemektedir³²⁶. Her halükarda, kamu hizmetlerinin piyasa temelli araçlar vasıtasıyla daha çağdaş, kaliteli ve vatandaşlar açısından daha katlanılabilir maliyetle sunulması gerekçeleriyle özelleştirmelerle devleti küçültmek yoluna gidilse de, böyle bir yaklaşımın yoğun şekilde uygulandığı ülkelerde dahi, kamudaki işgücü azalması %10’u geçememekte, sadece büyüme durmaktadır³²⁷. Bununla birlikte devlet, üretici sıfatını bırakarak çekildiği piyasaya “düzenleyici” olarak müdahaleye de devam etmektedir. Böylece, “düzenleme” olgusu ve devletin düzenleme yetkisi, girişim özgürlüğü, serbest rekabet, maliyet-kâr-zarar kavramları gibi piyasanın doğal bir parçası olmaya devam etmektedir³²⁸. Bu nedenle, her ne kadar özelleştirmenin bir amaç değil, vatandaşlara daha nitelikli kamu hizmeti sunmakta bir araç³²⁹ olduğu iddia edilse de, ekonomik hayatta devletin rolü vazgeçilmezdir.

³²⁵ Sağlık ve eğitim kamu hizmetleri alanında uygulanan özelleştirmelerin “bir sınıf hizmeti” yarattığı konusunda bkz. İNSEL, “Özelleştirme Saplantısının Sınıfsal İçeriği”, in **Neo-Liberalizm ve..**, s.222-225.

³²⁶ *İbid.*, s.223.

³²⁷ SAYGILIOĞLU-ARI,s.49.

³²⁸ GÜRAN, Sait, “ABD’nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”,nden aktaran TAN, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme...”, s.80.

³²⁹ *İbid.*

b. Sektöryel Bir Seçim Olarak Türk Telekom Özelleştirilmesi

aa. Özelleştirme Süreci ve Yasal Dayanaklar

Türk Telekom A.Ş.'nin temeli 1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile kurulan posta, telefon, telgraf Genel Müdürlüğü'ne (PTT) dayanır. Mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilene dek Hazine Müsteşarlığının ilgili kuruluşu ve bir kamu iktisadi kuruluşu olarak işlev gören Türk Telekom A.Ş. ise, 1994 yılında posta hizmetlerinin telefon hizmetlerinden ayrılması ile kurulmuştur. 1991 yılı Doğru Yol Partisi ile Sosyal Demokrat Halkçı Parti koalisyon hükümeti programında telekomünikasyon sektöründeki bazı hizmetlerin rekabete açılmasından bahsedilmiştir. Buna göre, kablolu televizyon, mobil telefon ve çağrı cihazları gibi katma değerli hizmetlerin rekabete açılması yönünde mevzuat çalışmaları yapılacağı belirtilmiştir³³⁰. Bu sürecin uzun sürecektir olması gerekçesiyle düzenlemeler KHK ile yapılmış ve nitekim 509 sayılı KHK ile 4000 ve 4107 sayılı kanunlar çıkarılmıştır.

- 20 Ağustos 1993 tarih ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon A.Ş. Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³³¹ ile posta, telgraf ve telefon hizmetleri birbirinden ayrılarak, “posta ve telgraf hizmetleri dışındaki haberleşme hizmetleri” yeni kurulan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye verilmiştir. Böylece telekomünikasyon hizmetlerinde özelleştirmenin önü açılmıştır. Şöyle ki, 509 sayılı KHK ile şirketin yürütmekle görevli olduğu bazı telekomünikasyon hizmetlerinin (406 sayılı Kanundaki hükümleri dikkate alarak) ve sahip olduğu tesislerinin işletme hakkının yerli veya yabancı sermaye şirketlerine verilmesine olanak tanımıştır. Aynı zamanda, Ulaştırma Bakanlığı onayı ile nama yazılı hisse senedi ve tahvil çıkartması, Şirket Yönetim Kurulunun kararı ve yine Ulaştırma Bakanlığının onayıyla şirket sermayesinin en çok %49'una kadar sermaye paylarını gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerine devretmesi imkânı yaratmıştır.

509 sayılı KHK hakkında Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davasında önce yürürlüğü durdurma kararı³³² verilmiş ve ardından KHK iptal edilmiştir³³³.

³³⁰ ENİŞ, Ahmet, *Telekomünikasyon Sektör Raporu*, in **20. Yüzyılda Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği Sempozyumu**, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yay., Ankara, Eylül 2005, s. 97.

³³¹ RG, 14 Eylül 1993, S. 21698.

³³² AYM, 21.10.1993, E. 1993/33, K. 1993/40-1, RG, 23.10.1993, S.21737.

³³³ AYM, 21.10.1993, E. 1993/33, K. 1993/40-2, RG, 6.11.1993, S.21750.

- 10 Haziran 1994 tarih ve 4000 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun³³⁴, Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilen 509 sayılı KHK'ye paralel düzenlemeler getirmiştir. Aynı şekilde, 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle posta ve telefon hizmetleri birbirinden ayrılmış ve PTT'nin yürüttüğü telekomünikasyon hizmetlerinin yeni kurulan ve kamu tüzelkişiliğini haiz Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır. Yine 509 sayılı KHK'yle aynı şekilde şirket hisselerinin %49'luk kısmının yerli veya yabancı sermayeye devri, hizmetlerin ve tesislerin işletme hakkının özel kişilere devri ve hisse senedi ve tahvil çıkarma yetkileri benimsenmiştir. Şirket hisselerinin satışına ilişkin usul ve esaslar ve bunların halka arzında PTT Genel Müdürlüğüne ayrılacak pay konusunda Ulaştırma Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Ayrıca, şirketin hisselerinin, tesislerinin devir ve satışına ve yürüttüğü kamu hizmetlerinin işletme lisansı yoluyla özel kişilere devrinden sağlanacak gelirden şirketin alacağı paya da Ulaştırma Bakanının onayı ile karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu Kanunun da iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde açılan davada yürürlüğü durdurma kararı alınmış³³⁵ ve sonra bazı hükümleri iptal edilmiştir³³⁶. Anayasa Mahkemesi iptal edilen hükümler için gerekçesinde Ulaştırma Bakanlığına tanınan yetkilerin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali nedeniyle anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir.

- 3 Mayıs 1995 tarih ve 4107 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³³⁷ ile yapılan düzenlemelerle yine Türk Telekom A.Ş.'ye ait hisselerin en çok %49'unun devredilebileceği, ancak bu hisselerden %10'unun Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğüne bedelsiz verileceği kuralı getirilmiştir. Yine, Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. çalışanlarına ve küçük tasarruf sahiplerine %5'lik ve gerçek ve tüzelkişilere de %34'lük bir pay ayrılacağı öngörülmüştür. (Telgraf ve Telefon Kanununa Ek madde 17) yasaya göre, hisselerin devir satışındaki usul ve esasları belirleme ve nihai devir

³³⁴ RG, 18 Haziran 1994, S.21964.

³³⁵ AYM, 16.08.1994, E.1994/70, K.1994/65-1, RG, 20.08.1994, S.22027.

³³⁶ AYM, 22.12.1994, E. 1994/70, K.1994/65-2, RG, 28.01.1995, S. 22185.

³³⁷ RG, 6 Mayıs 1995, S.22279.

işlemlerini onaylamaya Özelleştirme Yüksek Kurulu, şirket hisselerinin değerini belirleme ve satış işlemlerini yürütüp sonuçlandırma konusunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yetkili kılınmıştır. Ancak anayasa mahkemesi hisselerin devir ve satışlarında uygulanacak ihalelere ilişkin ilke ve kuralların yasayla belirlenmesi gerektiği, aksi halde yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali olacağı gerekçesiyle Kanunun bu yöndeki hükümlerinin önce yürürlüğünü durdurmuş³³⁸, ardından iptal etmiştir³³⁹.

- 1 Ağustos 1996 tarih ve 4161 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁴⁰, Anayasa Mahkemesinin 4107 sayılı Kanunu iptal gerekçelerini dikkate alarak yapılan bir yasal düzenlemedir. Buna göre, değer tespitine ilişkin usul ve esaslar, ihale işlemleri, ihale usulleri ve komisyonların oluşumu ile çalışma usul ve esasları, hisse satışı, lisans yöntemiyle işletme hakkı devrine ilişkin hükümler getirilmiştir. Sonuç olarak bu Kanunun iptali istemiyle de Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma talebini reddetmiş³⁴¹ ve iptal kararı da sadece Kanunun 4. Maddesindeki “bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere...” ifadesinin iptaliyle sınırlı kalmıştır³⁴².

- 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu Ve Posta, Telgraf, Telefon İdaresinin Biriktirme Ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro Ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁴³ ile telekomünikasyon sektöründe köklü değişiklikler yapılmıştır.

- Öncelikle bu Kanun ile Türk Telekomünikasyon A.Ş., kamu iktisadi kuruluşu statüsünden çıkarılarak özel hukuka tabi kılınmıştır (m.1). Böylece kamu

³³⁸ AYM, 28.02.1996, E. 1996/38, K.1996/1, RG, 2.03.1996, S. 22568.

³³⁹ AYM, 28.02.1996, E.1996/38, K. 1996/7, RG, 24.05.1996, S.22645. Anayasa Mahkemesi, değer tespit komisyonlarının tam bir bağımsızlık içinde çalışmaları gerektiğini, bu nedenle de bu komisyonların oluşma ve çalışma usul ve esaslarının yasama organınca belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca ihale komisyonlarının da aynı bağımsız çalışma ihtiyacı nedeniyle çalışma usul ve esaslarının, ihalelerde uygulanacak ilke ve esasların da yasal düzenleme ile belirlenmesi zorunluluğunun altını çizmiştir.

³⁴⁰ RG, 5 Ağustos 1996, S.22718 (Mükerrer).

³⁴¹ AYM, 23.01.1997, E.1996/57, K.1997/1.

³⁴² AYM, 23.01.1997, E.1996/57, K.1997/3.

³⁴³ RG, 29.01.2000, S.23948, s.7759.

hizmeti işletmeciliği yapan bir anonim şirket statüsüne geçirilmiştir³⁴⁴. Böylece Türk Telekom'un telekomünikasyon şebekeleri üzerinden yapmış olduğu telefon hizmetleri 31.12.2003 tarihine dek bu Kanun ve görev sözleşmesi gereğince tekel olarak yürütüleceği de hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 14. maddesi ile idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli, görevlerini yerine getirirken bağımsız ve kamu tüzel kişiliğini haiz Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur. Telekomünikasyon Kurumunun görevi, piyasa ekonomisine açılacak bu sektördeki düzenleme ve Türk Telekom da dâhil olmak üzere denetim görevini ifa etmek, bu sektörde milli güvenliği, rekabeti ve kamu yararını sağlamak olacaktır.

4502 sayılı kanunun iptali için de Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma ve iptal taleplerini reddetmiştir³⁴⁵.

Hala yürürlükte bulunan 4502 sayılı Kanundan daha sonraki dönemlerde bir dizi yasal düzenleme de yapılmıştır.

Öncelikle, 4673 sayılı Kanun³⁴⁶ ile Türk Telekom'un hukuki statüsü hakkında düzenleme yapılmıştır. Buna göre, *“Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz. Sermayesinin yarısından fazlası kamuda kaldığı sürece, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır.”* (m.1)

Daha sonraki süreçte 5071 sayılı Kanun³⁴⁷ ile *“Türk Telekom yönetim kurulunda imtiyazlı hisseyi temsilen bir üye bulundurulur. Bu üye Ulaştırma Bakanlığınca atanır. İmtiyazlı hisse sahibinin Genel Kurula katılma ve konuşma hakkı vardır. İmtiyazlı hisse sahibi, sermaye artırımlarına katılmaz ve kârdan pay almaz”*. (m.1)

Yine 16.06.2004 tarihinde kabul edilen 5189 sayılı Kanun³⁴⁸ ile yabancı yatırımcılara satışa ilişkin %45'lik sınırlama kaldırılmış ve % 49'undan fazlası

³⁴⁴ BAYTAN, s.68.

³⁴⁵ AYM, 7.05.2002, E. 2000/17, K.2002/46, RG, 26.03.2003, S.25060.

³⁴⁶ RG, 23.05.2001, S.24410.

³⁴⁷ RG, 29.02.2004, S.25361.

³⁴⁸ RG, 2.07.2004, S.25510.

yabancı gerçek ve tüzel kişilere doğrudan ya da dolaylı olarak satılabileceği hükmü getirilmiştir (m.11).

Nihayet kavramsal ifadesini gerek 406 sayılı kanunda gerekse 4502 sayılı Kanunda asgari hizmet olarak bulan “evrensel hizmet”e ilişkin 16 Haziran 2005 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu (EHK)³⁴⁹ kabul edilmiştir. Bu kanun ile rekabet kurallarına açılan telekomünikasyon sektöründeki tüm işletmecileri kapsayacak şekilde evrensel hizmet yükümlülüğü getirilmiştir.

bb. Türk Telekom Özelleştirmesi

Türk Telekom’un özelleştirilmesi yönündeki ilk uygulama Bakanlar Kurulunun 1998 yılında aldığı kararlara istinaden ve 4161 sayılı Kanun çerçevesinde 13.06.2000 tarihinde şirketin %20’lik hissesinin blok satışı için ihale yapmasıdır. Ancak, bu ihaleye teklif veren firma bulunmamıştır. Bunun gerekçesi olarak da %20’lik hisse miktarı ve verilen yönetsel hakların yetersizliği gösterilmiştir³⁵⁰. Bunu izleyen dönemde Bakanlar Kurulunun 30.11.2000 tarih ve 2000/1653 sayılı kararıyla devredilecek hisse oranı %20’den yasal azami sınır olan %33,5’a çıkarılmış ve stratejik ortağa verilen yönetsel haklar artırılmıştır. Kararda ayrıca, stratejik ortağın yönetim kurulunda hissesi oranında temsil hakkı tanınması ve bununla ilgili tanınacak diğer yönetsel haklar ve stratejik konuların düzenlenmesi usul ve esaslarının Özelleştirme Yüksek Kurulunca belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁵¹. Bu karara dayanılarak 14.12.2000 tarihinde yeniden ihaleye çıkmıştır, ancak Ankara 6. İdare Mahkemesi ihalenin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş ve 16.05.2001 tarihli kararıyla da ihaleyi iptal etmiştir. Mahkemenin kararında, satışın cazip hale getirilmesi için stratejik ortağa yönetsel haklar verilmesini hukuka uygun bulmakla birlikte, bu konularda Özelleştirme Yüksek Kurulunun karar almasının hukuka aykırı olduğu yönünde hüküm vermiştir³⁵².

Daha sonra bu satış için en geç 31.12.2004 tarihine dek ihale ilanına çıkılmasına karar verilmiştir. İhale sürecinde, katılımcılara sermaye yapıları ve

³⁴⁹ RG, 5.06.2005, S.25856, s.9451.

³⁵⁰ GERİŞ, Nazım, **Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği**, Roma Yay., Ankara, Mart 2007, s.83.

³⁵¹ ENİŞ, s.101.

³⁵² Aktaran, GERİŞ, s.83.

varlıkları ile telekomünikasyon sektöründeki tecrübelerine ilişkin hususlarda, kapsamı ve sınırları Türk Telekom İhale Komisyonu tarafından tespit edilecek ön yeterlilik kriterlerinin uygulanması ve bu konuda Türk Telekom İhale Komisyonunun yetkilendirilmesi öngörülmüştür. Sonuç olarak Türk Telekom'un %55'lik hissesinin blok satışına ilişkin nihai devir işlemi 25.07.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu kararı³⁵³ ile gerçekleşmiş ve Rekabet Kurumunun onayından sonra Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir³⁵⁴. Türk Telekom görev sözleşmesi m.4 uyarınca, Türk Telekom'daki kamu payının %50'nin altına düşmesi halinde, bu tarihten itibaren iki ay içinde Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) ve Türk Telekom arasında imzalanan görev sözleşmesinin, imtiyaz sözleşmesi olarak düzenleneceği hükmünü getirilmiştir. Buna dayanılarak 14.11.2005'te imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır³⁵⁵.

Ayrıca, 26.12.2007 tarih ve 2007/26738 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Türk Telekom'un %45'lik kamu payının üçte biri olan %15'lik hissenin halka arzı öngörülmüştür³⁵⁶. Nihayet, Türk Telekom'un, 3,5 milyar TL olan ödenmiş sermayesinin, %15'ine tekabül eden ve T.C. Hazine Müsteşarlığı'na ("Hazine") ait 525 milyon TL nominal değerli D Grubu Hamiline Yazılı Payları, Sermaye Piyasası Kurulu onayını takiben halka arz yöntemiyle özelleştirilmiştir. Halka arzın sona ermesinin ardından halka arz edilen paylar 15 Mayıs 2008 tarihinde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Ulusal Pazar'da işlem görmeye başlamıştır³⁵⁷.

Türk Telekom Özelleştirmesinin temel nedeni, özelleştirme gerekçelerine ek olarak, telekomünikasyon sektörünün gelişen teknolojiye uyum sağlayabilmesi ve hizmetlerin etkin ve verimli bir biçimde sunulması amacı olarak gösterilmektedir³⁵⁸. Bununla birlikte, ulusal telekomünikasyon şirketini, hukuki ve siyasi sorunlardan arındırarak özelleştirememiş Türkiye'nin yabancı yatırımcıları çekmesinin ve

³⁵³ RG, 2.08.2005, S.25894.

³⁵⁴ İhaleyi en yüksek teklif olan 6.550.000.000 ABD Doları bedelle OGER Telecoms Ortak Girişim Grubu almıştır.

³⁵⁵ CANTEKİNLER, Kasım-ÇAYCI, Deniz-DAŞDEMİR, Özlem-YAYLA, Faruk- YILMAZ Ramazan, **Türk Telekom'un Özelleştirme Süreci ve Sonrasındaki Gelişmeler ve Sektöre Etkileri konulu Rapor**, Telekomünikasyon Kurumu, Ocak 2008, s.4 http://www.tk.gov.tr/Yayin/Raporlar/2008/TTAS_ozellesmesonrasigelismelerraporu_V7.pdf, (7.8.2009).

³⁵⁶ Ibid., s.9

³⁵⁷ <http://www.turktelekom.com.tr/tt/portal/TTHakkinda/KurumsalTanitim/Hakkinda>, (7.8.2009).

³⁵⁸ ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, s.176.; GERİŞ, s.81.

uluslararası kamuoyunda sarsılan itibarını kazanmasının güç olması gibi bir “psikolojik” nedenden de bahsedilmiştir³⁵⁹. KİT olması nedeniyle “kötü işletmecilik”ten kaynaklı yürüttüğü hizmetlerin yüksek fiyatlı ve kalitesiz olmasının da bu özelleştirme kararında “kilit” önem taşıdığı vurgulanmıştır³⁶⁰.

Avrupa Birliği’ne girme yönünde ilerleyen genel devlet politikasının tezahürü olarak da bu özelleştirmenin yapılması siyaseten kaçınılmaz hale gelmiştir. Zira, Avrupa Birliği’nin Türkiye hakkında telekomünikasyona yönelik ilerleme raporlarında, bu sektöre yönelik serbestleşme ve devlet tekeli kırma yönünde yeterli ilerleme sağlanamadığı sıklıkla vurgulanmıştır³⁶¹. Bu uygulama, mevzuat birliği sağlayarak, doğası gereği, bir bütün olan telekomünikasyon ağlarında bütünleşmeyi sağlayarak bilgi toplumu oluşturma’nın ilk adımı olarak görülmüştür³⁶². Nitekim 4502 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de bu durum “Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumu sağlamaya imkân tanıyabilmek için” ifadesiyle belirtilmiştir. Aynı şekilde, kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere Dünya Ticaret Örgütü’nün Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması (*GATS, The General Agreement on Trade in Services*) doğrultusunda Türkiye’nin bu anlaşmayı 25 Şubat 1995’te onaylamasıyla yüklendiği taahhütler de bu özelleştirmenin nedeni olarak ifade edilmiştir. Zira bu kapsamında serbest piyasaya açılması belirlenen sektörler arasında telekomünikasyon hizmetleri de bulunmaktadır. Kanunun genel gerekçesinde Yasakoyucu bu özelleştirmenin hedefini iki boyutuyla açıklamıştır:

- Telekomünikasyon sektörünün ticari esaslar dâhilinde ekonomik yönden daha verimli ve etkin yürütülmesi amacıyla liberalize edilerek serbest rekabete açılması, devletin işletmeci rolünden sıyrılması gereği,

- Telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği ve stratejik önemi nedeniyle sıkı bir düzenleme ve denetim mekanizması oluşturulması³⁶³.

³⁵⁹ ULUSOY, s.176.

³⁶⁰ GERİŞ, s.82.

³⁶¹ 1998-2007 yılları arasındaki telekomünikasyon yönelik AB ilerleme rapor özetleri için bkz. KARAARSLAN, S. Vedat, Telekomünikasyon **Teknolojileri, Uygulamaları ve Regülasyonlar**, Bıçakçılar Kitabevi, Ankara, 2007, s.478-489.

³⁶² COM/98/0050 final. http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/l24193_fr.htm , (16.5.2008).

³⁶³ 4502 sayılı Kanun’un gerekçesi. Aktaran, EKİCİ, Şerafettin, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.331 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET KAVRAMI VE TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

I. EVRENSEL HİZMETİN TANIMI

A. Karşılaştırmalı Hukukta Evrensel Hizmet Tanımı

ABD’de ortaya çıkan evrensel hizmet kavramı 1980’li yılların ortalarında Avrupa Birliği literatürüne girmiş ve üye devletlerin iç hukukunda etkilerini göstermiştir. Bu nedenle önce kavramın menşei hukuk düzeni olan ABD hukukunda nasıl tanımlandığı (1), sonra Avrupa Birliğinin Evrensel Hizmet yaklaşımı (2) ve bunun Türk İdare Hukukunun esin kaynağı olan Fransız Hukukundaki yansımaları (3) incelendikten sonra 5369 sayılı EHK ile Türkiye’de kabul edilen evrensel hizmet kavramı (4) irdelenecektir.

1. Amerika Birleşik Devletleri’nde Evrensel Hizmet Kavramı

Evrensel hizmet kavramının kapsamı ve evrensel hizmete uygulanacak ilkeler ilk olarak ABD’de 1934 tarihli İletişim Yasası (*Communications Act*) ile düzenlenmiştir³⁶⁴. 1934 tarihli İletişim Yasasından önce ABD’de temel telefon hizmetlerine erişimin çok güç ve özellikle kırsal kesimde yaşayanlar için ulaşılamaz olması³⁶⁵ nedeniyle evrensel hizmetin genel olarak kapsamının ve ilkelerinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu kanunda, evrensel hizmetin yalnızca telefon altyapısını ve iletişim hizmetlerini içeren genel bir tanımı yapılmıştır. Buna istinaden, Kanunun 201 (a) bölümü hükmüne göre, kablolu ve kablosuz iletişim alanında hâlihazırda federe devletler arası ve dış iletişimi sağlamakla yükümlü “taşıyıcılar”, bundan böyle evrensel hizmeti makul talepler üzerine karşılama

³⁶⁴ ASLAN, Özlem, “Evrensel Hizmet ve Türkiye Uygulaması”, *Bütçe Dünyası*, C.3, S.27, Güz 2007, s.4

³⁶⁵ Ibid.

görevini yüklenenlerdir.³⁶⁶ Buradan çıkarılan sonuç evrensel hizmetin, kablo ya da radyo frekansları yoluyla yapılan ve iletişim alanında söz konusu olduğu ve bu hizmetin “makul talepler”in, karşılığını oluşturmastır.

Bu Kanun ile rekabetçi telefon hizmetleri piyasası düzenlenmiş bir doğal tekele çevrilerek iki alt pazara bölünmüştür. Bunlar yerel (eyalet içi) pazar ve uzun mesafe (*long-distance*) pazarı olarak ortaya çıkmıştır³⁶⁷. Şöyle ki, evrensel hizmet kavramının federal düzeyde genel olarak tanımlanmasına ek olarak, telefon hizmeti piyasasının aktörleri farklı olan federe devletlerin yerel otoritelerine de bu hizmetin kapsamını belirleme yetkisi verilmiştir. Buna paralel olarak hizmetin düzenlenmesi konusunda, eyaletlere belli bir düzenleme alanı bırakılmakla birlikte, federal devlet düzeyinde kurallar koyulmuş ve düzenleyici otorite Federal İletişim Komisyonu (*Federal Communication Commission/FCC*) kurulmuştur. FCC eyaletler arası iletişim alanını düzenlerken, federe devletlere, kendi içlerinde iletişimin düzenlenmesi yetkisi tanınmıştır ve FCC dışında yerel otoriteler de mevcuttur³⁶⁸. Örneğin, temel hizmet fiyatı ve hizmetin niteliği “State Public Utilities Commissions” denilen ve eyaletlerdeki yerel telefon firmaları (*Local Exchange Carriers*) üzerinde düzenleme ve denetleme yetkisine sahip olan Komisyonlarca belirlenecektir³⁶⁹.

Yasadan önce eyalet düzeyinde iletişim alanının sağlanması söz konusuysen, AT&T’nin isteği doğrultusunda arabağlantılarla hizmetin federal devlet çapında yürütülmesi sağlanmıştır. Kanun ile getirilen önemli bir yenilik de Federal düzeyde bir iletişim alanının düzenleyici otoritesinin kurulmasıdır. Nitekim, FCC’nin kuruluş amacını açıklayan yasal hüküm, evrensel hizmetin tanımına ilişkin kriterleri de ortaya koyar niteliktedir. Buna göre, “Kablolu ve radyo dalgalarıyla iletişim (*Communication by wire and radio*) alanında eyaletler arası ve dış (*interstate and foreign*) iletişim hizmetinin düzenlenmesi, ulusal çapta ya da dünya çapında hızlı,

³⁶⁶ DOMBREVAL, Hugues Boissel, **La Libéralisation des Télécommunication Dans L’Union Européenne**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi McGill Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü, Montreal, 1999, s.105.

³⁶⁷ WEST, Livia Solange, “*Deregulating Telecommunications: The Conflit Between Competition and Universal Service*”, **Depaul Business Law Journal**, V.9, 1996-1997, s.166.

³⁶⁸ WORTHY, Patricia M., “*Racial Minorities and the Quest to Narrow the Digital Divide: Redefining the Concept of ‘Universal Service’*”, **Hastings Communication and Enterprise Law Journal**, C.26, 2003-2004, s.9-10.

³⁶⁹ PRESSLER, Larry/SCHIEFFER, V. Kevin, “*A Proposal For Universal Telecommunications Service*”, **Federal Communication Law Journal**, C.40, 1988, s.368.

etkin kablolu ya da kablosuz iletişim hizmetinin olabildiğince ve mümkün olduğunca uzağa (*so as to make available and so far as possible*) ve tüm ABD vatandaşlarına (*to all people*), renk, dil, ırk ya da cinsiyet temelli ayırım yapılmaksızın, makul ücretle yeterli özelliklerle (*adequate facilities at reasonable charges*) sağlanması amacıyla ... Federal İletişim Komisyonu kurulmuştur."³⁷⁰.

Kanunun FCC'nin kuruluş amacını da açıkladığı bu hükümle, 201(a) bölümünde yaptığı genel evrensel hizmet tanımından yola çıkarak "makul talepler"in neler olabileceğini ortaya koymak mümkündür. Nitekim Kongre, İletişim Yasasında evrensel hizmet teriminin daha açık şekilde ifade edilebilmesi için bir takım ifadelerden yararlanmış ve bunlar evrensel hizmetin ilkelerini de oluşturmuştur³⁷¹.

1. "Kablolu ve kablosuz iletişim" (*communication by wire and radio*) alanı evrensel hizmetin konusunu oluşturmaktadır. Yasanın çıktığı tarih dikkate alındığında Kongre'nin kastettiği "evrensel telefon hizmeti"dir, ancak teknolojik gelişmeleri ve radyo dalgalarını da dikkate alan bir öngörüyle yasada bu ifadenin kullanılması "telekomünikasyon hizmetleri"nin evrensel hizmetin konusu olarak belirlenmesini sağlamıştır.

2. "Devletlerarası ve dış" iletişim (*interstate and foreign*) ifadesiyle bir yandan eyaletlerin kendi içinde (*intrastate*) bir yandan da eyaletler arası (*interstate*) iletişim, bir yandan da dış iletişim servisleriyle bağlantı amaçlanmıştır³⁷². Bu ifadenin hizmetin coğrafi ve gerek eyaletler, gerekse ülkeler arası kesintisizliliğiyle "evrensellik" niteliğini amaçladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

³⁷⁰ "For the purpose of regulating interstate and foreign commerce in communication by wire and radio so as to make available, so far as possible, to all the people of the United States, without discrimination on the basis of race, color, religion, national origin, or sex, a rapid, efficient, Nation-wide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges, for the purpose of the national defense, for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communications, and for the purpose of securing a more effective execution of this policy by centralizing authority heretofore granted by law to several agencies and by granting additional authority with respect to interstate and foreign commerce in wire and radio communication, there is created a commission to be known as the "Federal Communications Commission", which shall be constituted as hereinafter provided, and which shall execute and enforce the provisions of this chapter."

Madde metninde FCC'nin kuruluş amaçları arasında ayrıca, ulusal güvenliğin sağlanması, kablolu ya da kablosuz iletişim kullanımı yoluyla mal ve can güvenliğini teşvik edilmesi ve şimdiye dek yasa ile çeşitli kurumlara ek yetkiler verilmesiyle yoluyla düzenlenen kablolu ve kablosuz iletişimde eyaletler arası ve dış ticaretin yetkinin merkezileştirilmesi yoluyla daha etkin yürütülmesinin sağlanması amaçları sayılmıştır. <http://www4.law.cornell.edu/uscode/47/151.html>, (2.4.2008)

³⁷¹ PRESSLER/SCHIEFFER, s.367 vd.

³⁷² İbid.

3. “Olabilirdiğince ve mümkün olduğu kadar” (*so as to make available and so far as possible*), ifadesinden anlaşılması gereken, gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, coğrafi konumundan bağımsız olarak mümkün olabilecek her yere hizmetin götürülmesi ve ülke genelinde iletişim hizmetlerine erişimin arttırılması hedefidir.

4. “Herkes” (*to all people*), ifadesiyle renk, dil, din, ırk ya da cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkesin hizmette erişiminin ve hizmetten yararlanmasının sağlanması ve böylece “bilgi elitleri”nin³⁷³ oluşmasının da önlenmesi amaçlanmaktadır.

5. “Makul ücretle yeterli hizmetler” (*adequate facilities at reasonable charges*) ifadesi ile ise, hem hizmetin yüklenicileri (işletmeciler) hem de hizmetten yararlananlar için bir kural getirilmiştir. Yüklenici hizmeti makul bir bedel karşılığı sağlamak zorundadır. Bununla birlikte, yararlanan da bu bedeli karşılamak durumundadır. Makul bedel karşılığı sunulacak hizmet ise, ağa erişimi sağlayan altyapısal hizmetler, teçhizat ve hizmetle teçhizat bağlantısıdır. Diğer bir ifadeyle, vatandaşların hizmete erişme ve temel düzeyde hizmetten yararlanmasını içerir. Bu ilke gereğince hizmetin sağlanacağı kullanıcıların konumuna göre yüksek maliyet ve düşük maliyet ayrımı yapılarak, hizmet sağlayıcıya sübvansiyon sağlamak gerekecektir.³⁷⁴

Sonuç olarak 1934 tarihli İletişim Yasasına göre evrensel hizmet, herkese coğrafi konumundan bağımsız ve herhangi bir ayırım gözetmeden makul bedel karşılığı sunulan temel kablolu ve kablosuz iletişim hizmetlerini ifade etmektedir. Kavramın işlevselliği açısından da Graham BELL’in geleceğe yönelik “Her evde bir telefon zorunlu kabul edilecektir”³⁷⁵ önermesinden hareketle, sosyal ve ekonomik olarak zayıf bölge ve kesimlere de hizmetin sağlanması amacıyla piyasanın kendi içinden finansmanı öngörülmüştür. Bunu sağlamak amacıyla oluşturulan sisteme göre, uzun mesafeli hizmetlerin yerel hizmetleri, kurumsal hizmetlerin bireysel telefon hizmetlerini ve kentlere sağlanan hizmetlerin kırsala sağlanan hizmetleri sübvansiyon etmesi yöntemi benimsenmiştir. Buna göre, altyapı sorunu olmadığından giriş maliyeti düşük ve kâr elde etme garantisi olan bölge ve hizmet alanlarında

³⁷³ İbid, 369.

³⁷⁴ İbid, s.370.

³⁷⁵ MUELLER, Milton L., “*Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*”, Cambridge Mass.: MIT Press, 1997’den aktaran YOUNG, Mark, “*The Future of Universal Service. Does it have one?*”, **International Journal of Law and Information Technology**, C.13, No:2, 2005,

faaliyet gösteren girişimcilerin yüksek maliyetli bölgelere hizmet sunması da garantilenmiştir³⁷⁶. Buradan hareketle, evrensel hizmet kavramının özünün piyasadaki girişimcilere, kâr elde etmelerinin karşılığı olarak sosyal ve ekonomik anlamda zayıf bölge ve kesimlere hizmet sunmaları yükümlülüğü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle evrensel hizmeti de sağlamakla yükümlü olan telekomünikasyon hizmet sağlayıcısı “evrensel hizmet yükümlüsü” olarak adlandırılmaktadır.

ABD’de bugün de yürürlükte olan Telekomünikasyon Yasası (*Telecommunication Act*)³⁷⁷ 1996 yılında kabul edilmiştir. 1934 tarihli Yasadan temel farkı, Kanunun kabul ediliş gerekçesinde ortaya çıkmaktadır. 1934 tarihli Kanun, yukarıda açıklandığı üzere serbest rekabetin olduğu piyasada “evrensellik” adına tek bir şirketin hâkimiyetini sağlamaya araç olurken, 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu ile daha önceki irili ufaklı düzenlemelerin ardından telekomünikasyon piyasasının rekabete açılması tamamlanmış ve evrensel hizmetin asıl ve detaylı düzenlemesi yapılmıştır.³⁷⁸

Bu yasada amaçlar şu şekilde sıralanmıştır: Kaliteli hizmeti, makul ve karşılanabilir bir fiyattan, mümkün olan en kısa sürede sunmak, tüm ülke genelinde ileri telekomünikasyon hizmetlerine erişimi artırmak, telekomünikasyon hizmetlerinin, düşük gelir grupları, kırsal kesimde ve hizmet maliyetinin yüksek olduğu bölgelerde yaşayanlar da dâhil olmak üzere tüm tüketiciler için ulaşılabilirliğini artırmak. Bunu yaparken de bu kesimlere sunulan hizmet oranını kentsel kesimde yaşayanlara sunulan hizmet oranına yakın bir seviyeye çıkarmak³⁷⁹.

Telekomünikasyon Kanunu Böl. 253 (c-1)’de evrensel hizmet telekomünikasyon ve bilgi teknolojileri alanındaki gelişmeleri dikkate alarak, toplumun geneline sunulan telekomünikasyon hizmetlerinin “evrimsel boyutu” olarak nitelenmiştir. Bu hizmetler, FCC tarafından düzenli olarak belli kıstaslar dikkate alınarak belirlenecektir. Bu kıstaslar ise, eğitim, kamu sağlığı ve kamu güvenliği açısından vazgeçilmez olan telekomünikasyon hizmetleri (Böl. 253 (C-1/A)), bireysel müşterilerin büyük bir çoğunluğunun aboneliğinin sağlanması

³⁷⁶ Aktaran MASON, Christin M., “*Universal Service in The Schools: One Step Too Far?*”, **Federal Communication Law Journal**, Vol.50, Decembre 1997, No:1, s.239.

³⁷⁷ <http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf>

³⁷⁸ ASLAN, s.4.

³⁷⁹ İbid, s.4-5.

hizmetleri (Böl. 253 (C-1/B)) ve kamu yararı ile uyumlu hizmetleri (Böl. 253 (C-1/D)) olarak belirlenmiştir.

Kanun evrensel hizmet ilkelerini de açıkça şöyle belirlemiştir:

1. Makul tarifelerle erişilebilecek kaliteli hizmet ilkesi

2. İleri telekomünikasyon hizmetlerine erişim ilkesi: bu hizmetlere erişim ve hizmetin geliştirilmesinde işletmecilerin desteği aranacağı gibi, hem federal devlet hem de federe devletler boyutunda uygulanacak bu destek mekanizmalarının belirli ve tahmin edilebilir olması gerekmektedir.

3. Kırsal ya da yüksek maliyetli bölgelerde erişim ilkesi: Coğrafi ayrım yapılmadan ve bölgesel özelliklerin altyapı ve ağ kurulumu maliyetleri üzerindeki etkisi dikkate alınmadan, her yerde hizmete erişim sağlanacaktır. Bu Kanunun hazırlanmasında Kongrenin öncelikli odak noktasını oluşturan bu ilke “ekonomik veya coğrafi koşullara bakılmaksızın tüm Amerikalılar için evrensel telefon hizmetine erişim” olarak da ifade edilmiştir³⁸⁰.

4. Ayrımcılığa yol açmayacak ve hakkaniyeti sağlayacak nitelikte işletmecilerin evrensel hizmetin gelişimine katkı yapması ilkesi: Bu ilke gereğince evrensel hizmet sağlayıcıları federal ya da federe boyutta, sektöre giriş ödemeleri, vergiler vb. gibi finansal katkılarla evrensel hizmetin gelişimine destek vereceklerdir.

5. Belirli ve tahmin edilebilir destek mekanizmaları ilkeleri: Bu ilke gereğince kanun FCC tarafından kurulacak Evrensel Hizmet Fonu’na da zemin hazırlamıştır. Bu fon ile evrensel hizmet yükümlüsü işletmecilerin gelirlerinin belirli bir kısmı ayrımcılık yasağına tabi olarak bir havuzda toplanacaktır. Böylece batık maliyetler ya da ağ kurulumu gibi altyapısal hizmetlerin yüksek maliyeti nedeniyle piyasa mekanizması çerçevesinde amacı kâr maksimizasyonu olan firmaların yatırımdan kaçınarak hizmet götürmekten sakınacakları bölge ve alanlara da devlet eliyle bu fondan aktarım yapılarak hizmet sunulabilecektir³⁸¹.

6. Okullarda, sağlık kurumlarında ve kütüphanelerde ileri telekomünikasyon hizmetlerine erişim ilkesi.

7. Kamu yararı, kolaylığı ve kamu ihtiyaçlarının dikkate alınması ilkeleri.

1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu, her ne kadar 1934 tarihli Kanunun düzenini değiştirip, rekabeti özendirme politikasının somut biçimlerini içerse de,

³⁸⁰ WORTHY, s.21.

³⁸¹ WEST, s.180 vd.

görüldüğü gibi, öncülü Kanunun “evrensel hizmet”e ilişkin bölümünü bir bütün olarak alıp, “telekomünikasyon hizmetlerinin FCC tarafından periyodik olarak düzenlenen evrimsel düzeyi” olarak nitelemiştir³⁸². Ancak, telekomünikasyon hizmetlerinin evrimsel sürecine katkıda bulunan tek kurum FCC değildir. 1978 yılında ABD Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulan Ulusal Telekomünikasyon ve Bilgi İdaresi (*National Telecommunications and Information Administration/NTIA*) başlıca telekomünikasyon ve bilgi politikaları üzerinde federal düzeyde Başkanlığın danışmanlığını yürütmektedir. Yurtiçi ve uluslararası telekomünikasyon ve bilgi politikası faaliyetleri ile telekomünikasyon araştırma ve mühendislik çalışmaları, federal hükümet ve özel sektör için teknik telekomünikasyona sorunlarının çözümü de dâhil olmak üzere ve idari altyapısı ve telekomünikasyon tesisleri ve sürücülerini politikalarında hizmet vermektedir³⁸³. NTIA ve FCC işbirliğiyle evrensel telekomünikasyon hizmetlerinin kapsamının belirlenmesi konusunda çalışmalar yapılmaktadır. Nitekim, FCC bünyesinde Telekomünikasyon Kanununu müteakiben kurulan Evrensel Hizmet Danışma Kurulu’nun (*Federal-State Joint Board on Universal Service*) tavsiyeleriyle FCC evrensel hizmet alanını genişletmiştir³⁸⁴.

Sonuç olarak, ABD’de 20. yüzyılın başında saldırgan bir şirket politikası olarak öne sürülen³⁸⁵ evrensel hizmet kavramı, daha sonra aldığı yol ile serbest piyasada rekabetin korunmasına yönelmiştir. Bununla birlikte, özellikle evrensel hizmetin finansmanı konusunda işletmecilere getirilen aldıkları hizmet bedellerinden belli bir payı Fona aktarma yükümlülüğü nedeniyle hem federal düzeyde, hem de eyalet düzeyinde sorunlar da yaratmaya başlamıştır. Bu konuda özellikle, işletmecilerin fona aktardıkları gelir paylarındaki azalmanın acil ve önemli bir sorun olduğu da belirtilmiştir³⁸⁶. Özellikle kablolu ağ erişiminin gelişmesiyle birlikte kablolu hizmete erişim sağlayan işletmecilerin zarar ettiği buna mukabil fona aktarılan paylarda artma olduğu söylenmektedir.

Evrensel hizmet kavramının ABD’deki gelişimi ekonomik anlamının giderek genişleyerek sosyal ve politik kapsamlarının da değerlendirmeye alınması yönünde

³⁸² WORTHY, s.22.

³⁸³ SAWHNEY, s.375 vd., <http://www.ntia.doc.gov/about.html> , (14.09.2009).

³⁸⁴ WORTHY, s.25-26.

³⁸⁵ YOUNG, s.189.

³⁸⁶ HAMMOND, Allen S., “*Universal Service: Problems, Solutions, and Responsive Policies*”, *Federal Communications Law Journal*, Mart 2005, C.57, No:2, s.189.

olmuştur. Gelişen teknolojiyi toplumun her kesimine altyapısal hizmetler eliyle götürmesi “ekonomik büyüme planı” olarak görülmesini sağlamıştır. Bununla birlikte, politik ve sosyo-ekonomik boyutu da dikkate alınmaya başlamıştır. Zaman içinde, hizmetin arz güvenliğinin sağlanması ile tüketicilerin korunması konularını amaçlarının merkezine yerleştiren kavram, sosyal haklar boyutuyla da ele alınmaya ve gerek bireyler gerekse “insanlık” için bilginin taşınabilirliğini sağlayan telekomünikasyon sektörünün önemine ve bu sektörün düzenlenmesine dikkat çekmiştir³⁸⁷.

2. Avrupa Birliğinin Evrensel Hizmet Tanımı ve Uygulaması

11 Haziran 1992 tarihli Posta hizmetlerine ilişkin Yeşil Kitapta Komisyon tarafından “*Topluluğun bütününde, herkese makul fiyat ve belirli bir kalitede sunulan temel hizmet*” olarak tanımlanan evrensel hizmetin daha global ve sektörle sınırlı olmadığını gösterir bir tanımlama için 1996 yılını beklemek gerekmiştir. Komisyon 11 Eylül 1996 tarihli Tebliği ile evrensel hizmeti “*Topluluk kurumları tarafından geliştirilen, örneğin telekomünikasyon ve posta hizmetleri alanında kamu yararı gereklerini belirleyen evrimsel bir kavram*” olarak nitelenmiştir. Buna göre evrensel hizmet Topluluk içinde “*belirli bir kalitede ve ulaşılabilir bir fiyatla herkese sağlanan temel bazı hizmetler*”i ifade etmektedir. Bununla birlikte “evrimsel” ifadesinden anlaşılan bir yandan Topluluğun evrensel hizmet kavramının kapsamının genişleyebileceğini öngörmesi iken aynı zamanda telekomünikasyon sektörü dışındaki alanlarda da uygulanabileceğidir³⁸⁸. Daha önceki metin içinde geçen telekomünikasyon ve posta hizmetleri ifadesinden önce kullanılan “örneğin” (*par exemple*) ifadesi evrensel hizmet kavramının sadece bu sektörlerde kalmayarak, rekabete açılmış diğer kamu hizmetleri alanlarında da geçerli olacağı, hatta daha ileri giderek kamu hizmeti kavramının yerini alacağı konusunda ipucu vermektedir. Nitekim Komisyon tarafından önce sadece telefon hizmetleri alanında benimsenen evrensel hizmet yükümlülükleri kapsamına, sosyal ve bilgi toplumu oluşturma

³⁸⁷ YOUNG, s.191-196.

³⁸⁸ TOUSCOZ, Jean/DUMONT, Olivier, “*Le service universel dans le secteur des télécommunications en droit communautaire et en droit français (quelques remarques juridiques)*”, in **Service public et Communauté européenne C.I.**, dir. KOVAR, Robert/SIMON, Denys, La Documentation Française, Paris, 1998, s.175.

amaçlarıyla evrensel hizmetin kapsamını eğitim, sağlık alanlarına da yansıyacak şekilde genişletmiştir³⁸⁹. Böylece evrensel hizmet kavramı bilgi toplumu yaratılması amacıyla bir “toplum mühendisliği” kavramı olarak bireysel ihtiyaçları karşılayan bir araç olmaktan çıkmış ve kolektif ihtiyaçları da karşılamaya yönelmiştir³⁹⁰. Bununla birlikte evrensel hizmete ilişkin Topluluk düzenlemeleri tamamen posta ve telekomünikasyon alanında kalmakta olup, henüz kavramın genel ve diğer sektörlerde uygulanabilirliğini sağlayan bir düzenlemesi yapılmış değildir³⁹¹.

Yerellik ilkesi gereğince üye devletlere evrensel hizmetlerin kapsamını genişletebilme olanağı sağlanmıştır. Buradan hareketle, evrensel hizmetin uygulanacağı sektörleri belirleme yetkisinin Topluluk Kurumlarında olduğu, bununla birlikte, sektör içinde hangi hizmetlerin evrensel hizmet kapsamına alınacağına üye devletlerin karar verecekleri söylenebilir³⁹². Ancak, üye devletler bu düzenlemelerinde ölçülülük, eşitlik, şeffaflık ilkelerine uymalı ve Anlaşma m.86/2’de hüküm altına alınan kurallara aykırı olmamalıdır.

Bu bağlamda, Topluluğun evrensel hizmeti kabul ettiği sektörlerde evrensel hizmet kapsamında belli yükümlülükleri temel aldığı görülmektedir³⁹³:

- Coğrafi erişilebilirlik
- Maddi erişilebilirlik
- Hizmet kalitesi
- Engelliler için erişilebilirlik
- Tarifelerin evrenselliği.

Bunlar dışındaki yükümlülüklerin kavram kapsamına alınıp alınmayacağı ise Topluluk hukukunun üstünlüğü çerçevesinde üye devletlerin iradesine bırakılmıştır. Bu bağlamda genel ekonomik yarar hizmetleri alanında ortaya çıkan evrensel hizmetin yakın bir gelecekte elektrik, su, enerji, ulaşım gibi yine şebekesel hizmet alanlarında kabul edilmesi olası görülmektedir³⁹⁴. Genel ekonomik yarar hizmetleri alanında evrensel hizmete göre daha geniş yükümlülükler yer almakta ve evrensellik,

³⁸⁹COM (96) 73 final, 13 Mart 1993, Tamamen serbestleştirilmiş bir alanda telekomünikasyon evrensel hizmetleri bilgi toplumunun temel unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir.

³⁹⁰ BLANDIN, Annie, “*L’équilibre entre service universel et concurrence dans le régime juridique communautaire des télécommunications*”, in **Service public et Communauté européenne C.I.**, s.107.

³⁹¹ RODRIGUES, s.169.

³⁹² GARCERIES, s.48; ULUSOY, s.115.

³⁹³ MOINE, s.247.

³⁹⁴ ULUSOY, “*Kamu Hizmeti Yapılanmasında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, in **Günışığında Yönetim**, s.274.

zorunlu hizmetler (kamu hizmeti yükümlülükleri) ve kamusal misyonların kabul edildiği görülmektedir³⁹⁵. Bu alanlarda da evrensel hizmetin kabul edilmesi halinde, klasik kamu hizmeti alanları olan bu sektörlerde kamu hizmetinin evrensel hizmet çekirdeğine indirgenmek suretiyle içinin daraltılacağı yorumunu yapmak kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Evrensel hizmet kavramına da benzer eleştiriler yöneltilmektedir. Özellikle, klasik kamu hizmeti anlayışı güçlü olan Fransız hukukçular tarafından yoğunlukla kamu hizmeti kavramının çekirdek bir hizmete indirgenmiş hali olarak anlaşılan evrensel hizmet, “kamu hizmeti kavramının sefilleştirilmiş biçimi” ya da “minimalist” versiyonu olarak nitelendirilebilmektedir³⁹⁶. Özellikle toplumun coğrafi, ekonomik ve hatta fiziksel olarak zayıf kesimine sunulan hizmet nitelemesiyle kamu hizmetinin sosyal yardım mantığına indirgendiği ve hatta serbest piyasa düzeninin alternatifsizliğinin bireylere dayatılması işlevi gördüğü³⁹⁷ eleştirileri de bulunmaktadır. Kamu hizmeti olan alanlarda iktisadi boyutun öne çıkarılmasıyla “hizmet” nitelemesi yapıp kamu hizmeti sayılmayan yeni bir tür özelleştirme yöntemi olduğu da iddia edilmiştir³⁹⁸.

Bu eleştirilerin haklı olup olmadığını evrensel hizmet uygulamasında henüz yerleşmiş bulunmayan ve fakat gelecekte ilerlemesinin muhtemel olduğu yönde evrensel anlayışın mı, yoksa minimalist anlayışın mı benimseneceği konusunun göstereceği vurgulanmıştır³⁹⁹. Şayet evrensel hizmet minimalist bir yöne doğru ilerlerse “yardıma muhtaç topluluklara bahşedilen bir minimum hizmete eşdeğer”⁴⁰⁰ olacaktır. Bu durumda kalite ve standartlarda bir farklılık ortaya çıkacak ve aynı bedeli ödeyen farklı coğrafi koşullarda yaşayan kullanıcıların yararlandıkları hizmet kalitesinde değişiklik olacaktır. Evrensel hizmetin gelişim yönünün evrensel olması halinde ise, tüm tüketicilere özdeş fiyat ve kalitede hizmet sağlanacaktır. Bu durumda ise, kırsal ve coğrafi koşulları zor bölgelerde yaşayan vatandaşların hizmetten yararlanabilmesinin mali yükünün gelişmiş bölgelerde yaşayanlarca

³⁹⁵ ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.87-88.

³⁹⁶ Aktaran ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s.118.

³⁹⁷ DEBENE,/RAYMUNDIE, s.189.

³⁹⁸ GÜLAN, Aydın, “*Elektronik Haberleşme Kanunu Taslağında Yer Alan Evrensel Hizmet Kavramı*”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Eylül 2004, <http://www.akader.info/KHUKA/index.htm>.

³⁹⁹ MOINE, “*Service universel, service minimum et dynamique de la concurrence*”, **RAE**, 1994, No:2 s.34’ten aktaran ULUSOY, **Telekom...**, s.119.

⁴⁰⁰ ULUSOY, “*Kamu Hizmeti Yapılanmasında...*”, s.274.

üstlenileceği ifade edilmiştir⁴⁰¹. Şöyle ki sosyal dayanışma ilkesi gereğince aynı kalitede hizmete aynı ücreti ödeyen gelişmiş bölgelerde yaşayan ve hizmete erişim için altyapı hizmetlerine gereksinim duymayan vatandaşlar, diğer bölgelerde yaşayanlarla aynı tarifelerden ücretlendirilerek dolaylı yoldan yeni altyapı maliyetlerini üstlenmiş olacaklardır.

İktisadi eşitlik mantığıyla yürütülen bu kaygı konusunda, gerek sosyal devlet ilkesi gerekse olumlu ayrımcılık kuralları gereğince bir sorun oluşacağı kanaatinde bulunmamaktayız. Ayrıca, AB'nin evrensel hizmet konusundaki düzenlemeleri ile sektördeki işletmecilere getirilen mali yükümlülükler ve kurulan Fonlarda toplanan kaynakların iyi yönetimi⁴⁰² ile az gelişmiş bölgelerdeki yüksek maliyetli altyapı hizmetleri sorununun çözülebileceği kanaatindeyiz. Evrensel hizmetin kapsamı konusunda ise 1994 tarihli Bakanlar Konseyi Kararıyla AB zaten son derece minimalist bir belirlemesi yapmış bulunmaktadır⁴⁰³. Topluluk düzeyinde temel hizmetler olarak belirlenen evrensel hizmetin kapsamına ek yükümlülükler getirilmesi konusundaki yetki ise üye devletlerin otoritelerine bırakılmıştır. Bunun gerekçesinin de üye devletlerin ulusal koşullarını dikkate alarak evrensel hizmet yükümlülüklerini çok geniş tutmamaya yönelen bir tedbir olduğu belirtilmiş ve fakat Topluluğun piyasanın gelişimi ve teknolojik ilerlemeleri dikkate alarak başka hizmetleri de evrensel hizmet yükümlülüğü kapsamına almakta gecikmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁰⁴. Buna göre, evrensel hizmetin, en azından AB tarafından öngörülen sektörlerin içinde, minimalist yöne ilerleyip ilerlemeyeceği de üye devletlerin sosyal devlet ve kamu hizmeti anlayışlarına bağlı olacaktır. Bununla birlikte, sosyal devlet ve kamu hizmeti anlayışı güçlü olan devletlerin belirledikleri evrensel hizmet kapsamının da AB'nin rekabet kurallarına uygunluğu açısından engele takılabileceklerini de dikkate almak gerekecektir.

⁴⁰¹ İbid, s.275.

⁴⁰² Bu konuda bkz. *infra*.

⁴⁰³ TOUSCOZ/DUMONT, s.170.

⁴⁰⁴ İbid, s.170-171.

3. Fransa’da Evrensel Hizmet Kavramı ve Uygulaması

Fransa’da evrensel hizmet kavramı ilk olarak telekomünikasyon sektöründe 26 Temmuz 1996 tarih ve 96-659 sayılı Posta ve Telekomünikasyon Kanunu⁴⁰⁵ ile benimsenmiştir. Kanun Avrupa Birliği mevzuatına uyum zorunluluğunun Fransız kamu hizmeti anlayışıyla uzlaşmaması niteliğinde hükümler getirmektedir⁴⁰⁶. Hatta daha ileri bir yorumla, “evrensel hizmet” Fransız kamu hizmetinin temel ilkelerinin Topluluk düzeyine işlenmesi olarak da ifade edilmiştir⁴⁰⁷.

Kanunun L.35. maddesi telekomünikasyon hizmetlerini eşitlik, süreklilik ve uyarlama ilkelerine uygun olarak sağlanması gereken kamu hizmetleri olarak tanımlamış ve evrensel hizmet, kamu hizmeti yükümlülükleri (zorunlu hizmetler) ve savunma, güvenlik ve yükseköğretim alanlarında kamusal misyonlar bileşenlerinden oluşan bir bütün olduğunu hüküm altına almıştır.

Kanunun zorunlu hizmetler kapsamında değerlendirdiği, paket hizmetler, sayısal hizmetler ve teleks hizmetleri gibi hizmetlerdir. Ayrıca bizzat devlet tarafından üstlenilmesini uygun gördüğü telekomünikasyon alanına ilişkin savunma, güvenlik, araştırma ve geliştirme faaliyetleri kamusal misyonlar çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Kanun m. L. 35-1 uyarınca evrensel hizmet, “*belli bir kalitede ve ulaşılabilir fiyatla herkese sunulan telefon hizmetleri*”dir. Buna göre evrensel hizmet, telefon, internet ve faks haberleşmesinin kaynağından abone noktalarına kadar dağıtımını ve ücretsiz acil aramaları, abonelere yazılı veya elektronik ortamda verilecek rehber ve bilinmeyen numaralar hizmetlerini ve kamusal telefon kabinlerini sağlamayı garanti eder. Bu anlamda, Kanun m.35 uyarınca Fransa’da telekomünikasyon alanında evrensel hizmetin kapsamı şu şekilde tasnif edilebilir:⁴⁰⁸

1. Telefon, faks ve internet erişim hizmetleri,
2. Yazılı ve elektronik ortamda sunulacak bilinmeyen numaralar ve telefon rehberi hizmetleri,
3. Kamusal alana yerleştiren telefon kabinlerine erişim hizmetleri,

⁴⁰⁵ JORF, 27 juillet 1996, No.174, s.11384

⁴⁰⁶ MOINE, s. 247.

⁴⁰⁷ Posta ve Telekomünikasyon Bakanı François Fillon’un Kanunun Ulusal Meclisteki görüşmeleri esnasındaki ifadesini aktaran İbid, s.247-248.

⁴⁰⁸ LAUCHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.15.

4. Ücretsiz acil arama hizmetleri,
5. Engelli vatandaşların hizmete erişimi için alınacak önlemler.

Görüldüğü üzere Fransa da yasal düzenlemesinde evrensel hizmet yükümlülükleri için son derece kısıtlayıcı bir belirleme yoluna gitmiştir. Bununla birlikte m.L34-7 uyarınca, hükümet telekomünikasyon hizmetlerini, teknolojik gelişmeleri ve toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak evrensel hizmet yükümlülükleri kapsamına yeni hizmetlerin alınmasını parlamento teklif edebilecektir. Parlamento her dört yılda bir evrensel hizmete ilişkin hazırlanan raporu inceleyerek ve ARCEP (*Authorité de régulation des communications électroniques et des postes*) ve Elektronik Haberleşme ve Posta Hizmetleri Yüksek Kurulunun (*La Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques/CSSPpce*) görüşlerini alarak yeni hizmetlerin evrensel hizmet kapsamına alınmasını sağlayabilecektir. Nitekim okullara temel internet hizmetlerinin sağlanması da bu kapsamda gündeme gelmiştir⁴⁰⁹.

Evrensel hizmet kapsamında sağlanan hizmete erişim, hizmet bedelinin ödenmemesi halinde dahi kesilmeden bir yıl süreyle devam edecek, ücretsiz hizmetlere ve acil aramalara kapatılmayacaktır. Hizmet sunumu kısıtlanabilse de bu aralamalara ve arama kabulüne kapatılamayacaktır (L. 35-1).

Evrensel hizmetin sağlanmasıyla yükümlü işletmeci ise kamu tüzel kişiliğini haiz bir iktisadi sınaî kamu kurumu (*établissement public industriel et commercial*) niteliğindeki *France Telecom* olarak belirlenmiştir. Evrensel hizmetin sağlanmasındaki masraflar tamamen işletmeciye aittir ve bunun uygulamasını bu Kanunla kurulan Telekomünikasyon Düzenleyici Otoritesi (*Authorité de régulation des télécommunications, ART*) denetleyecektir (L.35-2). ART kamu tüzel kişiliğini haiz bir bağımsız idari otoritedir. ART'nin adı 20 Mayıs 2005'te çıkarılan bir kanunla Posta ve Elektronik Haberleşme Düzenleyici Otoritesi (*ARCEP*)⁴¹⁰ olarak değiştirilmiştir.

Buradan hareketle, evrensel hizmeti Fransız hukuk sistemine sokan 26 Temmuz 1996 tarihli kanun tüm yararlanıcılarına hizmete erişimde ortaya çıkabilecek eşitsizlikleri giderek tarifelerle ve coğrafi koşullardan kaynaklı

⁴⁰⁹ GRARD, Loic, “*La transposition des règles communautaires relatives au service public en France*”,’tan aktaran ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s.117.

⁴¹⁰ Bundan böyle metin içinde yürürlükteki isminin kısaltması olan ARCEP kullanılacaktır.

ayrımcılığı da giderecek şekilde evrensel hizmetin sağlanmasını garanti altına alarak, bir anlamda “telefona erişim” hakkını tanımıştır⁴¹¹. Kanun aynı şekilde evrensel hizmetin uygulanmasında kamu hizmetlerinin temel ilkeleri olan eşitlik, süreklilik ve uyarlama ilkelerine dayanmış, evrensellik, hizmet kalitesi ve ulaşılabilirlik ilkelerini temel ilkeler olarak düzenlememekle birlikte yasal metinde yer vermiştir⁴¹².

Evrensellik unsuru, “telefona erişim hakkı”nı tanıyan unsur olarak, evrensel hizmet yükümlüsü işletmeci tarafından talep eden herkese, coğrafi koşullardan bağımsız olarak aboneliğin sağlanmasını öngörmektedir.

Hizmet kalitesi unsuru, hizmetin sağlanması, yürütülmesi, bakımı ve onarımı ve bilgi alınması süreleri konusunda işletmecilere şartnamelerle yükümlülük getirilmesi anlamına gelmektedir.

Ulaşılabilirlik unsuru ise, herkesin hizmete erişimini garanti altına alacak sosyal ya da özel tarifeler belirlenmesi zorunluluğu doğurmaktadır. Ulaşılabilir tarifeden kasıt ise, hizmet altyapısının sağlanması ve abonelik konularında uygulanan onaylanmış tavan ücretin hazırlanmasıdır⁴¹³.

Kanun evrensel hizmetin vergiler, işletmecilere getirilen mali yükümlülükler ve evrensel hizmet fonu ile finanse edileceğini öngörmüştür. İşletmecilere getirilen mali yükümlülükler kural olarak, hizmet sektörüne girişte alınan ücretleri (*redevances*), arabağlantılar için alınan ek ücretleri kapsamaktadır ve bunların miktarı Telekomünikasyon ve Posta Hizmetleri Üst Kurulunun (*Commission supérieure du service public des postes et télécommunications*) görüşü alındıktan sonra ARCEP tarafından belirlenmektedir. Ayrıca, Evrensel Hizmet Fonu kurulması öngörülmüştür. İşletmecilerin kazançlarının yine ARCEP tarafından belirlenecek miktarlarını aktarmaları ile oluşturulan Fon, işletmecilerce hizmetin götürülmesinin kârlı olmayacağı bölgelere evrensel hizmetin sağlanması amacıyla kurulmuştur. Sonuçta işletmeciler tarafından hizmetin götürülmesi tercih edilmeyen bölgelerde evrensel hizmetin Fon gelirlerinden finanse edilmesi ve böylece sosyo-ekonomik eşitsizliklerin hizmete erişimde farklılık yaratmasının önüne geçilmesi amaçlamaktadır.

⁴¹¹ ULUSOY, s.116.

⁴¹² TOUSCOZ/DUMONT, s.168.

⁴¹³ MOINE, s.248.

Görüldüğü üzere evrensel hizmet kavramına getirilen Fransa yorumu, AB'nin öngördüğü kapsamdan daha geniş niteliktedir⁴¹⁴. Topluluk mükteabatında belirlenen sabit ses iletiminden oluşan çekirdek alana ek olarak zorunlu hizmetler, kamusal misyonlar da kapsam dâhiline alınmıştır. Bununla birlikte hem Fransız hukukunda hem de AB hukuku düzenlemelerinde evrensel hizmetin “evrimsel” ve dinamik” bir kavram olarak ele alındığı konusunda bir fikir birliği bulunmaktadır. Ayrıca, Fransız kamu hizmeti kavramı ile evrensel hizmet anlayışı kural olarak birbiriyle çelişmemekte ve uygun görünmektedir. Bununla birlikte, kamu hizmeti kavramı ekonomik, sosyal bazı hedeflerin kamu idareleri ve kurumları tarafından sağlanması mantığına dayanırken, evrensel hizmet varlık nedenini serbestleştirme mantığından almaktadır. Bu noktada, Fransa açısından politik anlayışın değişmesi sonucu telekomünikasyon alanındaki kamu hizmetlerinin kısıtlanmasına neden olabilecektir. Bunun doğal sonucu telekomünikasyon hizmetleriyle doğrudan ilişkili olan eğitim, sağlık ve sosyal politikalarda da değişime yol açabilecek ve bu durum Fransa’da gerçek bir kamu hizmeti “krizi”ne dönüşebilecektir. Buna çare olarak da evrensel hizmetin kapsamının genişletilmesi yoluna gidilebilecektir⁴¹⁵.

Politik anlayışa bağlı olduğu düşünülen bu gelişmelerin doğal sonucu kamu hizmeti kavramının yerini evrensel hizmet yükümlülüklerinin almasıdır. Ancak dikkat etmek gerekir ki, kamu hizmeti ve evrensel hizmet kavramlarının yer değiştirmesi sadece üye devletlerin yönetimlerinin iç siyasetine bağlı olmayacaktır. Ulusal mevzuatın ikincilliği kuralı da dikkate alındığında, Topluluk üyesi olarak üstlendikleri hukuki ve ekonomik yükümlülükler, AB'nin çizdiği çerçevede düzenleme yapmak durumunda kalmalarına yol açacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce kamu hizmeti kavramının yerine evrensel hizmet yükümlülüklerinin ikamesi AB'nin yürüttüğü liberal ekonomi politikaları dolayısıyla kaçınılmaz hale gelecektir.

4. Türkiye’de Evrensel Hizmet Tanımı

Türk Hukukunda ilk olarak 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile “asgari hizmet” terimi ile giren evrensel hizmet kavramı⁴¹⁶, 5369 sayılı Kanunda, bir kamu

⁴¹⁴ GARCERIES, s.51., BLANDIN, s.112.

⁴¹⁵ TOUSCOZ/DUMONT, s.175.

⁴¹⁶ Bkz. supra.

hizmeti olarak düzenlenmiştir. 5369 sayılı Kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesine göre evrensel hizmet “kamu hizmeti niteliğini haiz”dir, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlükler bulunan kamu hizmetleri niteliğindedir. Yasakoyucu evrensel hizmetin tanımını, “Tanımlar” başlıklı 2. Maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri” olarak yapmıştır.

Görüldüğü üzere, Yasakoyucunun 5369 sayılı Kanunla benimsediği evrensel hizmet tanımı AB’nin “evrensel hizmet” kavramının tıpatıp aynısıdır. Zira “evrensellik” niteliği bu hizmetlerin toplumun tamamına coğrafi ve/veya sınıfsal ayırım gözetmeksizin ve belli bir kalitede sunulması gereğinden kaynaklanmaktadır.

Bu düzenleme ile telekomünikasyon ve elektronik haberleşme hizmetlerinin evrensel hizmet kapsamına giren ve yerine getirilmesinde mali güçlük bulunduğu için işletmeciler tarafından kaçınılan temel hizmetler yükümlülük olarak getirilmiştir. Rekabete açık bir piyasada faaliyet gösterenlerin karşılamak istemeyecekleri mali yükümlülükler, rekabetin doğuracağı sosyal riskleri bertaraf etmek amacıyla girişimcilere yükümlülük olarak getirilmiştir ve bu yükümlülük doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır.

Türkiye’de de evrensel hizmetin kabul edilmesine giden süreç Avrupa Birliği ve Fransa’daki gibi işlemiştir. Böylece, önce serbestleştirilmesine karar verilen telekomünikasyon sektöründe sosyal talepler ile piyasa taleplerinin dengelenmesi amacıyla evrensel hizmet kabul edilmiştir. Telekomünikasyon hizmetleri alanının rekabete açılması kararına⁴¹⁷ evrensel hizmetin sağlanması konusunda yasal bir düzenleme yapılması zorunluluğu eşlik etmiştir. Nitekim 5369 sayılı kanunun genel gerekçesinde de Türk Telekom’un tekel hakkının ortadan kalkması ve Türk Telekom ile aynı türden hizmetleri görmek üzere başka işletmelerin de yetkilendirilmesiyle evrensel hizmet konusunda kapsamlı bir düzenlemeye gerek görüldüğü ve söz

⁴¹⁷ Bkz. supra.

konusu düzenlemenin Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun olarak yapıldığı vurgulanmıştır⁴¹⁸.

Gerçekten de Kanunun hükümlerine bakıldığında bu Kanunun hazırlanışı sırasında AB düzenlemelerinden, özellikle de 7 Mart 2002 tarihli evrensel hizmet kullanıcılarının haklarını düzenleyen 2002/22/CE direktifinden yararlanıldığı, hatta çeviri yapıldığı açıkça görülebilmektedir. Şöyle ki, 5369 sayılı Kanun m.5 uyarınca telekomünikasyon alanında sabit telefon hizmetleri, ankesörlü telefon hizmetleri, basılı ya da elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetleri, acil yardım çağrıları hizmetleri ve internet hizmetleri evrensel hizmet kapsamındadır. Ayrıca, aynı maddede ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetleri ve deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetleri de evrensel hizmet kapsamına alınarak kavram sadece telekomünikasyon alanında değil “ulaştırma” alanında da kullanılır hale getirilmiştir. Ayrıca Kanun, Bakanlar Kuruluna üç yılı aşmayan sürelerde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (eski Telekomünikasyon Kurumu) ve işletmecilerin görüşlerini de alarak Ulaştırma Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine evrensel hizmetin kapsamını yeniden belirleme yetkisi de vermiştir. Bakanlar Kurulu bu değerlendirmeyi yaparken ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik koşullarını dikkate alacaktır. (m.5) Nitekim Bakanlar Kurulunun 13 Şubat 2006 tarih ve 2006/10038 sayılı kararıyla⁴¹⁹, “*bilgi toplumunun geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla bilgisayar okuryazarlığı da dâhil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik hizmetler*”, 5 Nisan 2006 tarih ve 2006/10318 Sayılı kararıyla⁴²⁰ da “*farklı yayın ortamları ve teknolojisi kullanılarak yapılan sayısal yayıncılığın (DVB-T, DVB-S, DVB-C) karasal sayısal vericiler üzerinden ülkemizdeki yerleşim alanlarının tamamını kapsayacak şekilde sunulmasına yönelik hizmetler*”, evrensel hizmet kapsamına dâhil edilmiştir.

Günümüz teknolojik ve sosyal koşullarında vazgeçilmez olabilecek ve bir “çekirdek/minimum”⁴²¹ hizmetin, coğrafi bölge veya ekonomik koşullar ne olursa olsun, istisnasız herkese belli bir kalitede ve makul bir fiyatla sağlanması

⁴¹⁸ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünden TBMM’ye sunulan kanun gerekçesi, 23.5.2005, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1035.pdf>.

⁴¹⁹ RG, 28.02.2006, S. 26094.

⁴²⁰ RG, 27.04.2006, S. 26151.

⁴²¹ ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, Eylül 2004, s.87.

zorunluluğu getirilmektedir. Bununla birlikte, AB hukukunda evrensel hizmet nitelik ve kapsam açısından farklılık bulunmakla beraber kamu hizmetine alternatif bir terim olarak kullanılmaktayken, klasik kamu hizmeti anlayışının olduğu Fransa’da olduğu gibi⁴²², Türkiye’de de evrensel hizmetin bir kamu hizmeti olduğunun altı Yasakoyucu tarafından çizilmiştir. Yasakoyucunun yürütülen faaliyeti “bir kamu hizmeti” olarak nitelemesinin nedeni, AB mevzuatına uyum sağlarken bir yandan da “devlet”i koruma amacı olabileceği gibi⁴²³, bu hizmetin sağlanmasını ve bu yolla vatandaşlar arasındaki asgari eşitliği güvence altına alma amacı⁴²⁴ da olabilir.

5369 sayılı Kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde evrensel hizmetin kabul edilmesine ilişkin olarak “AB ile uyum” amacı üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, telekomünikasyon sektöründe tekelin kalkması ve Türk Telekom ile aynı türden hizmetleri sunmak amacıyla başka işletmecilerin de yetkilendirilmesiyle evrensel hizmet yükümlülüğünün kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç doğurmasından bahsedilmiştir. Buna paralel olarak Kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesinin gerekçesinde “*Kamu hizmetlerinden herkesin yararlanma hakkı vardır ve vatandaşlar bu haktan ekonomik ve mali gerekçeler nedeniyle mahrum bırakılmamalıdır. Bu genel ilke gözetildiğinde, işletmecilerin bu gerekçelerle yatırım yapmaktan kaçındıkları coğrafi alanlara da hizmetlerin götürülmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin sağlanması ve kaynaklarının oluşturulması Devletin görevleri arasında...*” olduğundan bahisle evrensel hizmetin sağlanması ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi gereği vurgulanmıştır. Buna göre Yasakoyucunun evrensel hizmet kavramını kabulünde AB ile uyum nedeniyle gerçekleştirilen özelleştirmeler karşısında hizmetlerin tüm vatandaşlara götürülmesinin sağlanması amacı olduğu görülmektedir⁴²⁵.

⁴²² 26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası ile Fransız Hukukuna giren evrensel hizmet kavramı, Parlamento ve Senatodaki görüşmeler sırasında Telekomünikasyon ve Posta Hizmetlerinden sorumlu Bakan François Fillon tarafından açıkça “Fransız kamu hizmeti anlayışının temel ilkelerinin Topluluk düzeyinde yansıması” olduğu belirtilerek, yasa tasarısında yer alan evrensel hizmetin kamu hizmeti kavramının daraltılmış hali olduğu fikrini kesinlikle reddetmiştir. Bu konuda bkz. MOINE, Gérard, “*Le service universel: contenu, financement, opérateurs*”, **AJDA**, 1997, No: 3, s.247-248.

⁴²³ İNSEL, “Özelleştirmeye Karşı Evrensel Hizmet”, in **Neoliberalizm...**, s. 228.

⁴²⁴ SALMAN, Banu, “Kamu Hizmetinden Evrensel Hizmete Telekomünikasyon”, **Elektrik Mühendisliği Dergisi**, S.430, Nisan 2007, s. 18.

⁴²⁵ Nitekim 5369 sayılı Kanun hakkındaki TBMM’deki görüşmeler esnasında dönemin Ulaştırma Bakanı Binali YILDIRIM da “...telekomünikasyon sektörü serbestleştirildiği için, yeni firmalar da faaliyete başladı. Bu durumda, bu hizmetlerin götürülmesi için kârlılık esası söz konusu; ancak, ülkemizin her tarafında yaşayan vatandaşlarımıza hizmetlerin aksaksız gidebilmesi için, aradaki

Evrensel hizmet ve kamu hizmeti terimlerinin bir arada kullanılmasından başka, Yasakoyucu telekomünikasyon sektörü dışındaki alanlarda da evrensel hizmet ihdas ederek, rekabet ilkelerine göre yürütülen faaliyetlerde evrensel hizmet uygulamasını AB'nin sektöriyel düzenlemesinden daha geniş bir alana yaymıştır. Özellikle deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerinin de kapsam dâhiline alınması evrensel hizmetin Fransa'da olduğu gibi zorunlu hizmetleri (kamu hizmeti yükümlülükleri) de içerek şekilde gelişebileceği yönünde işaret vermektedir. Bu açıdan 5369 sayılı Kanundaki düzenlemenin, AB'nin minimalist ve standardize edilmiş kamu hizmeti anlayışı⁴²⁶ ile evrensel hizmet kavramının kamu hizmeti yükümlülükleri ve kamusal misyonları da içine alan Fransız yorumu arasında yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, şu anda geniş yorumlanmaya elverişli görünen Türk evrensel hizmet anlayışının minimalist yönde mi yoksa evrensel yönde mi ilerleyeceğini, hizmetin kapsamını belirleyen Bakanlar Kurulu ve Yasakoyucunun politik tercihleri gösterecektir.

Kavramın geniş yorumlanması halinde ise, evrensel hizmet kavramına ilişkin asli sorun olarak görülen⁴²⁷ yükümlülüklerin finansmanı sorunu ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, evrensel hizmet yükümlülükleri tarafından finanse edilen evrensel hizmetin kapsamının genişletilmesi halinde, kâr amacına işlev gören bu özel işletmeler kendilerine getirilecek ek mali yükümlülüğü karşılamak istemeyeceklerdir⁴²⁸. Nitekim Bakanlar Kurulunun 13 Şubat 2006 ve 5 Nisan 2006 tarihli kararlarıyla evrensel hizmetin kapsamını genişletmesi üzerine tartışmalar doğmuş ve evrensel hizmet fonuna kaynak aktarmakla yükümlü işletmeler, sayısal yayıncılığın, bilgisayar okuryazarlığının sağlanmasını finansal açıdan desteklemek istememişlerdir⁴²⁹. Avrupa Komisyonunun 2006 Türkiye İlerleme Raporunda da

farkın bir kamu görevi olarak karşılanması lazım. Bu kanunla, bu, esas itibariyle, hizmetin gelirinin giderini karşılamadığı yerlere hizmeti götürebilmek için oluşturulan bir fon marifetiyle yerine getirilecek ve böylece, yurdun her köşesinde, halkımızın telekomünikasyon hizmetlerinden, kamu hizmetlerinden eşit olarak yararlanmasının önü açılmış olacaktır." ifadesiyle amaçlananın vatandaşlar arasındaki asgari eşitliğin sağlanması olduğunu göstermiştir. **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, 2. Dönem 3. Yasama Yılı, 113. Birleşim 16 Haziran 2005, s.79, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=14785&P5=B&page1=79&page2=79

⁴²⁶ ULUSOY, Ali, "Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", **AÜHFD**, C.48, S.1-4, s.174.

⁴²⁷ TOUSCOZ/DUMONT, s.171.

⁴²⁸ EKİCİ, s.50-51

⁴²⁹ SALMAN, s.19.

evrensel hizmetin kapsamının genişletilmesi eleştirilmiş ve “*Evrensel hizmetlerin kapsamının, bilgisayar kullanımının yaygınlaştırılması hakkındaki bir ulusal politikanın belirlenmesini (bu hizmetleri sunmak için tek bir işletmeciye özel hak verilmesi de dahil olmak üzere) ve Türkiye çapında sayısal yayıncılığın geliştirilmesini içerecek şekilde genişletilmesi, uygulanabilen AB hükümleriyle uyusmamaktadır.*”⁴³⁰ şeklinde görüş bildirilmiştir.

Ayrıca, evrensel hizmete dâhil edilecek faaliyet sayısının fazla olmasının, ekonomik açıdan pazara giriş önünde bir engel oluşturacağı ve rekabet ilkesini zedeleyeceği de ifade edilmiştir⁴³¹. Zira kamu yararı içeren evrensel hizmet faaliyetlerinin sağlanması için özel girişimcilere getirilecek mali yükümlülükler mal ve hizmet piyasalarına girişte talebi azaltacaktır.

Ancak, telekomünikasyon sektörünün neo-liberal politikalar doğrultusunda serbestleştirilmesiyle birlikte rekabete açılan bu kamu hizmeti alanında her ülkenin kendi ekonomik, sosyal ve teknolojik özelliklerinin dikkate alınarak düzenleme yapılması doğaldır.⁴³² Nitekim teknolojik gelişmişlik düzeyiyle doğrudan bağlantılı olan telekomünikasyon sektöründe Türkiye büyük ölçüde dışa bağımlı durumdadır. Ayrıca, Türkiye’nin bilişim teknolojileri konusundaki öznel durumu dikkate alındığında örneğin internet alanında ilköğretimden itibaren eğitim-öğretim sürecinin her aşamasında enformasyon ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasının sağlanması amacı bir yana, henüz temel bilgisayar olanaklarına erişim sorunu giderilememiştir. Bu nedenle, bilgisayar okuryazarlığı ve sayısal yayıncılığın geliştirilmesine yönelik faaliyetlerin evrensel hizmet kapsamına alınması toplumsal ve ekonomik açıdan zorunludur.

Kanaatimizce, evrensel hizmet yükümlüsü işletmelere, son derece kârlı bir sektör olan telekomünikasyon alanında özel ve inhisari haklar tanındığı da dikkate alınır, piyasa başarısızlıklarının giderilmesi konusunda “sosyal haklar”⁴³³ bütünü olarak değerlendirilebilecek evrensel hizmetin sağlanması konusunda ek yükümlülükler getirilebilmelidir. Zira evrensel hizmet kavramı kendi başına özel

⁴³⁰ Avrupa Komisyonu Türkiye 2006 İlerleme Raporu, Dışişleri Bakanlığı Gayri Resmi Tercümesinden aktaran SALMAN, s.20.

⁴³¹ SLOT, Piet Jan/SKUDDER, Andrew, “*Common Features of Community Law Regulations in the Network-Bound Sectors*”, **Common Market Law Review**, No:38, 2001, s.124’ten aktaran ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s.121.

⁴³² TOUSCOZ/DUMONT, s.166.

⁴³³ YOUNG, s.194 vd.

kişilerin telekomünikasyon alanındaki temel ihtiyaçları ile rekabetçi piyasanın talepleri arasında bir uzlaştırma amacına yönelir⁴³⁴. Aksi yönde bir yorum, evrensel hizmetin kapsamını minimalist anlayışa uygun olarak dar tutacağından, toplumun ekonomik, coğrafi ve fiziksel olarak zayıf kesimlerine sadece temel hizmetleri götürülen bir “sadaka hizmeti”⁴³⁵ niteliğine indirgeyecektir. Bu konuda bir çözüm olarak evrensel hizmetin kapsamının genişletilmesi durumunda hizmetlerin türlerine göre evrensel hizmet yükümlüsünün ayrıca belirlenmesi yoluna gidilerek işletmelere getirilen mali yükümlülükler türlerle sınırlanabilecektir⁴³⁶. Ancak bu durumda da işletmeler arası eşitliğin sağlanmasına da dikkat edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak evrensel hizmet kavramı, Fransa gibi kamu hizmeti anlayışı köklü olan ve kamu hizmeti alanlarını serbestleştirirken uyguladığı özelleştirmelerde kamu kurumlarının altın hissesini elinde tutan ülkelerde kamu hizmeti karşısında bir gerileme olarak nitelenebilir. Bununla birlikte, Türkiye gibi özellikle telekomünikasyon alanında teknolojik bakımdan dışa bağımlı ülkelerde evrensel hizmet, piyasanın tamamen özel sektöre bırakılması durumunda sosyal devlet ilkesinin uzantısı olarak, vatandaşlar açısından bir güvence teşkil edecektir⁴³⁷.

B. Evrensel Hizmetin Kriterleri

Bir faaliyetin evrensel hizmet niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemede bir takım kriterlere ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. Ancak, bu kriterlerin belirlenmesi konusunda en azından günümüzde kural olarak telekomünikasyon sektörü ile sınırlama yapılmış durumdadır. Kavramın ABD’de ortaya çıktığı ilk alan olan telekomünikasyon hizmetleri alanı, AB Kurumları tarafından da benimsenmiştir. Bununla birlikte, yukarıda açıklandığı gibi, şebekesel kamu hizmetleri alanında uygulama bulan evrensel hizmet kavramının kapsamına ek olarak zorunlu hizmetler, kamusal misyonlar da alınarak elektrik, su doğalgaz ve ulaşım gibi yüksek maliyetli altyapıyı gerektiren ve AB ifadesiyle “genel ekonomik yarar hizmetleri” alanlarında da uygulanmaktadır. Buna göre evrensel hizmet kavramının belirleyici kriterleri

⁴³⁴ TOUSCOZ/DUMONT, s.165.

⁴³⁵ CE, Rapport Public1994’ten aktaran ULUSOY, **Kamu Hizmeti...**, s.91; EKİCİ, s.51.

⁴³⁶ SALMAN, s.19.

⁴³⁷ İNSEL, s.229.

arasında öncelikle genel kriterler (a) belirlenmelidir ki bunlar faaliyet alanının genel ekonomik yarar hizmeti alanı olması, alanın tamamen rekabete açılmış olup, işletmecinin de özel hukuk kişisi olmasıdır. Bunlar dışında kavrama özel kriterler (b) olarak, herkese sunulması gereken hizmetin standardı ve makul fiyatla sunulma zorunluluğu dikkate alınmalıdır.

1. Genel Kriterler

Evrensel hizmet kavramı genel ekonomik yarar hizmetleri alanında(1) sosyo-ekonomik boyutuyla bir sosyal refah sağlama aracı (2) ve ekonomik büyümenin güvencesi (2) olarak ortaya çıkmaktadır.

a. Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Alanı

Evrensel hizmet kavramının ortaya çıktığı ABD’de kavramın belirlenmesi konusunda genel anlamda kullanılabilecek tek ölçüt Telekomünikasyon sektörü ölçütüdür. Zira kamu hizmeti (*public utility*) alanında AB’de olduğu gibi genel ekonomik yarar hizmetler, evrensel hizmet, kamusal misyonlar, zorunlu hizmetler gibi bir ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte, Telekomünikasyon hizmet alanındaki her türlü faaliyet de evrensel hizmet kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu anlamda evrensel hizmet sayılacak faaliyetin özelliklerinin ortaya koyulması gerekmektedir.

Amsterdam Anlaşması m.86/2 uyarınca rekabet koşullarına göre yürütülmesi halinde piyasa başarısızlığı nedeniyle kamu yararını zedeleyecek iktisadi hizmetler genel ekonomik yarar hizmetleri söz konusu olmaktadır⁴³⁸. Bu hizmetler AB’nin genel rekabet kurallarının istisnasını oluşturup, piyasa koşullarından ayırık tutulabilirler. Evrensel hizmet de bu alanda söz konusu olmaktadır. Anlaşma m.86/2’de öngörülen genel ekonomik yarar hizmetleri ile evrensel hizmetin tek farkı, genel ekonomik yarar hizmetleri alanları rekabete açılmış olmakla birlikte kamu işletmelerinin de var olduğu bir pazarı ifade ederken, evrensel hizmet kavramı tamamen özelleştirilmiş alanlarda söz konusu olmaktadır. Bu nedenle fiilen tamamen

⁴³⁸ Bkz. supra.

özelleştirilmiş olan telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet yükümlülükleri tesis edilmiştir. Sonuç olarak genel ekonomik yarar hizmeti yürüten bir işletme, evrensel hizmet yükümlüsü olabilecektir⁴³⁹.

Tarihsel olarak bakıldığında evrensel hizmet yükümlülükleri ya kamu tekeli ya da düzenlenmiş özel tekel alanlarında işletmecilere yüklenmiştir⁴⁴⁰. Zira elektrik, su, doğalgaz, demiryolları gibi şebekesel altyapı gerektiren doğal tekel alanlarında birden fazla şirketin hizmetin belli aşamalarında aynı anda faaliyet yürütebilmesi olanaklı olmamaktadır⁴⁴¹. Bu alanlarda rekabet kurallarına istisna düzenlemelerin olmaması halinde her şirketin kendine ait altyapıyı kurarak hizmet vermesi gerekir ki, bu halde ekonomik verimlilik açısından uygun bir durum olmayacaktır. Optimum verimliliğin sağlanabilmesi ve maliyeti yüksek olan yeni altyapıların/şebekelerin kurulabilmesi için tekeli yapının zorunlu olduğu bu alanlarda serbestleştirme yapılması ise, kamu tekeli yerine özel tekelin geçmesi sonucunu doğurur.

Bir hizmet alanında kamu tekeli bulunması halinde, kamu yararına faaliyet gösterme zorunluluğu bulunan kamu işletmesine doğrudan müdahale mümkün olduğundan çok katı düzenlemeler gerektirmeyebilecektir⁴⁴². Kamu eliyle zaten dengeli bir tarife düzenlenebileceği öngörülebilir⁴⁴³. Ancak özel tekel olduğunda böylesi bir varsayımın kabulü mümkün değildir. Kâr amacına faaliyet gösterecek özel işletmeci doğası gereği, özellikle de tekel konumundayken, yüksek maliyetli ve ekonomik açıdan verimli görmediği yatırım ve hizmet üretimine gitmeyecektir. Bu nedenlerle özel tekel söz konusu olduğunda hizmet götürme yükümlülüğü, belli bir coğrafi bölgede franchise ya da tekel tanınması ve hizmetin sağlanmasından elde edilen gelirden geri dönüşüm gibi önlemlerle güvenceye alınması gerekmektedir⁴⁴⁴.

⁴³⁹ TOUSCOZ/DUMONT, s.168, dpn.9.

⁴⁴⁰ KARAKURT, Alper, “Evrensel Hizmet Yükümlülüğü”, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2005, s.3.

⁴⁴¹ ATAAY, Faruk, “Doğal Tekellerde Özelleştirme Sorunu”, **Kamu Yönetimi Dergisi**, S.16, Ekim-Aralık 2003, s.34.

⁴⁴² SALMAN, Banu, “Özelleştirmeden 1 Yıl Sonra Su Yüzüne Çıkan Gerçek: Kamu Tekelinden Özel Tekele”, **Elektrik Mühendisliği Dergisi**, S.430, Nisan 2007, s.12.; ATAAY, s.35.

⁴⁴³ Nitekim AYM’de 1994 yılında özelleştirme kanunlarına ilişkin verdiği bir kararda “...özelleştirecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet’in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir...” hükmünü vermiştir. AYM, 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2.

⁴⁴⁴ ROSSI, Jim, “Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty of Serve?”, **Energy Law Journal**, No.21, 2000, s.30

Bu nedenle, evrensel hizmet yükümlölükleri doğal tekel kabul edilen alanlarda ve tamamen hizmetin tamamen özel işletmecilere bırakıldığı alanlarda bir kamu müdahalesi ve piyasa düzenlemesi yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır.

b. Sosyal Refahın Sağlanması Gerekçesi

Bu anlamıyla “sosyal refah” kavramına dayanan evrensel hizmet⁴⁴⁵, piyasa başarısızlıkları karşında sosyo-ekonomik dengesinin sağlanması amacıyla kullanılan bir “sosyal reformun sihirli değneği” olarak da nitelenmiş⁴⁴⁶ ve modern topluma bir vatandaş olarak katılabilmesi için iletişim olanaklarına ve hizmetlerine ulaşmasını sağlayan bir sosyal hak ve güvence olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁷.

Neredeyse her türlü mal ve hizmet üretiminin ekonomik faaliyetler olarak karşımıza çıktığı günümüzde, serbestleştirilmiş telekomünikasyon alanında yürütölen ekonomik faaliyetlerin sosyal yönleri de ağır basmakta ve temel hak ve özgürlükler boyutuyla da ortaya çıkmaktadır. Özellikle, işletmecilere getirilen toplumun her kesimine telekomünikasyon ve internet erişiminin sağlanması, ekonomik açıdan zayıf kesimlere özel tarife uygulanması zorunluluğu, kırsal ve ekonomik verimlilik açısından işletmeci tarafından kârlı görölme-yen bölgelerde de hizmetin sağlanması, yaşlı ve engellilere hizmetin götürölmesi yükümlölükleri ile bir vatandaşlık hakkı olan kamu hizmetinden yararlanma hakkı sağlanmaktadır⁴⁴⁸. Ayrıca sağlanan hizmete erişim ve yararlanmada uygulanan “makul fiyat” ve “standart kalite” kriterleri ile kullanıcılar arası asgari eşitlik sağlanırken bir yandan da iletişim hakkı güvenceye alınmaktadır.

Özellikle ABD’de evrensel hizmet kapsamında bulunan, Fransa’da alınma çalışmaları süren okullarda internet destekli eğitim verilmesi ile eğitim alanında bilgi teknolojilerinden yararlanılması sağlanmıştır. Bu bağlamda, Türkiye’de de Bakanlar Kurulunun 28.02.2006 tarih ve 10038 sayılı Kararı ile “Bilgi toplumunun oluşumuna katkı sağlamak amacıyla bilgisayar okuryazarlığı da dâhil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik hizmetlerin” 5369 sayılı Kanun kapsamına alınmasıyla bilgisayar destekli eğitime geçilmiştir. Milli Eğitim ve Ulaştırma

⁴⁴⁵ İbid, s.5;

⁴⁴⁶ SAWHNEY, s.380.

⁴⁴⁷ YOUNG, s.191.

⁴⁴⁸ İbid, s.194 vd.

Bakanlıkları arasında 5.5.2006 tarihinde “Bilgisayarlı Eğitime Destek Alanında İşbirliği Protokolü imzalanmıştır⁴⁴⁹. Böylece internet altyapısı olmayan eğitim kurumlarına erişim sağlanmıştır. Evrensel hizmetin sosyal boyutunun uygulamadaki bir diğer örneği de internet erişimi olmayan vatandaşlar için “kamu internet erişim merkezleri” kurulmasıdır⁴⁵⁰. Bu kapsamda halk eğitim merkezleri, mesleki eğitim merkezleri, kütüphaneler ve askeri kışlalara internet erişimi ve bilgisayar sağlanmıştır.

c. Ekonomik Büyüme Planı Olarak Evrensel Hizmet⁴⁵¹

Evrensel hizmetin uygulama alanı olarak şebekesel hizmet alanlarının tercih edilmesi ekonomik büyüme planının temelinde yatmaktadır. Şebeke endüstrilerinden iktisadi anlamda anlaşılması gereken, herhangi bir kullanıcı için şebekenin değerinin, şebekedeki diğer kullanıcıların sayısına doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olduğu pazar türleridir⁴⁵². Teknik ifadesiyle “şebeke dışsallığı”nın⁴⁵³ yoğun olarak görüldüğü alanlardır. Fiziki şebekelerde şebekenin değeri kullanıcı sayısına doğrudan bağlıdır. Şöyle ki, özellikle telekomünikasyon sektöründe şebekeye bağlı olan kişilerin bu hizmetten yararlanmaları sonucunda doğan fayda, şebekeye bağlı olan kişi sayısı ile doğru orantılı olarak artmaktadır. Bu anlamda, şebekeye yeni kullanıcıların dâhil olması, zaten dâhil olan kullanıcıların da bundan fayda elde etmesini sağlayacağından pozitif dışsallık söz konusu olur⁴⁵⁴. Örneğin, telefon hizmetine abone olan kişi sayısı ne kadar artarsa, hali hazırda abone olanların arayabileceği kişi sayısı da o derece artacaktır. Aynı durum internet için de söz konusudur.

Şebeke endüstrileri bu anlamıyla, hizmeti satan işletmeci için de hizmetin kullanılması oranında ekonomik fayda sağlayacaktır. Şayet şebekeye katılım düşük olursa, bir yönüyle kullanıcılar için beklenen fayda sınırlı kalırken, diğer taraftan

⁴⁴⁹ Ulaştırma Bakanlığı 2008 Yılı Faaliyet Raporu,

http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/yayinlar/20090702_121251_204_1_64.pdf

⁴⁵⁰ İbid.

⁴⁵¹ YOUNG, s.195 vd.

⁴⁵² İbid, s.4.

⁴⁵³ Şebeke dışsallıkları “ödenmeyen ve ödettirilmeyen, diğer bir ifade ile fiyat sistemine yansımayan fayda ve maliyetler” olarak tanımlanmıştır. TÜRKKAN, Erdal, **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı**, Turhan, Ankara, 2001’den aktaran TOPKAYA, Ferhat, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Rekabet Kurumu yay., Uzmanlık Tezleri Serisi No.22, Ankara, 2003, s.8.

⁴⁵⁴ İbid, s.6.

hizmet sağlayıcının elde edeceği ekonomik fayda azalacaktır. Bu nedenle de şebekeye katılımın az olması halinde katılımı teşvik edici önlemlerin alınması gerekir ki, bunlar evrensel hizmet yükümlülükleri olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁵. Bu şekilde iki boyutlu olarak ortaya çıkan “şebeke dışlılıkları” özellikle telekomünikasyon sektöründe kendisini göstermekte olup, elektrik, su, doğalgaz ve ulaşım gibi şebekesel hizmet alanlarında, hizmetin kullanılması yeni aboneler olmasına bağlı değildir. Bu ekonomik yönüyle evrensel hizmet yükümlülüklerinin tesis edilmesi için telekomünikasyon sektörü tercih edilmiştir.

Bu kapsamda özellikle şebekeler arası ara bağlantının ve yerel şebekeye erişimin sağlanması ile sektördeki pozitif dışlılık da artacaktır⁴⁵⁶. Böylece daha fazla fayda elde edebilmek amacıyla rekabetçi piyasada erişim ağının genişletilmesi ve ara bağlantıların sağlanmasıyla, ticari faaliyetlerin yürütülmesi ve gelişmesi açısından da temel niteliktedir. Bu anlamda ABD’deki yorumuyla “temel telekomünikasyon hizmetleri”nin herkese götürülmesi gerekmektedir⁴⁵⁷. Bunu sağlayabilmek için de liberalize edilmiş sektörde işletmecilerden kaynaklı fiyat farklılaşmasının önüne geçilerek kullanıcıların hizmete yönelik talebini korumak hatta arttırmak gerekmektedir⁴⁵⁸, ki regülasyon ve işletme ayrımının dayanağı da bu noktada yatmaktadır. Sonuç olarak, doğası gereği teknolojik gelişmelerden ayrı düşünülemeyecek olan telekomünikasyon hizmetlerinin herkese sağlanması toplum genelinin teknolojik gelişmeden yararlanmasını⁴⁵⁹ ve böylece karşılıklı iletişim ile ekonomik faaliyetlerin artmasını sağlayacaktır.

⁴⁵⁵ İbid.

⁴⁵⁶ TOPKAYA, s.8.

⁴⁵⁷ HAMMOND, s.188. ABD Kongresinde Evrensel Hizmet Fonunun yeterliliği ve istikrarının sağlanması yönündeki görüşmelerde “yeterli” telekomünikasyon hizmetlerine erişimin sağlanmasıyla, telekomünikasyon yoluyla ticaret, iş fırsatlarının yaratılacağı ve böylece evrensel hizmetin sağlanmasının ekonomik hayattaki rolü vurgulanmıştır. Diğer yandan da okullara ve kütüphanelere temel iletişim sağlanmasıyla, eğitim hakkı ve eğitim alanında uzaktaki kaynaklara erişimin gerçekleşeceği, ayrıca sağlık ve acil servis hizmetleri ile kişisel haklar yönünden de evrensel hizmetin sosyal yönüne vurgu yapılmıştır. Senatör Daniel K. INOUE’un konuşmasından aktaran HAMMOND, s.188, dñn.1.

⁴⁵⁸ KARAKURT, s.3

⁴⁵⁹ DAWSON, Emily, L., “*Universal Service High-Cost Subsidy Reform: Hindering Cable-Telephony and Other Technological Advancements in Rural and Insular Regions*”, **Federal Communications Law Journal**, No:53, 2000-2001, s.128.

2. Özel Kriterler

Evrensel hizmetin belirlenmesini sağlayan özel kriterler evrensel hizmet tanımının içinde saklı olup, standart kalitede hizmet(a) ve herkes için ulaşılabilir makul fiyattır (b).

a. Standart Kalitede Hizmet

Telekomünikasyon hukukunda geçerli olan ilkelerden biri olarak karşımıza “kalite ilkesi” çıkmaktadır. Hukuki olmaktan çok ekonomik ve ticari bir anlam içeren “kalite” ilkesi, pazarın ve ekonomik amaçların gelişmesi ve işletme yöntemlerinin değişmesiyle ortaya çıkmıştır⁴⁶⁰. Özelleştirme uygulamalarından sonra özellikle iktisadi kamu hizmetleri alanında yerleştirilmeye çalışılan bu ilke ile kullanıcıların tatmininin garanti edileceği anlayışı hâkimdir. Bu paralelde Fransa da, 18 Mart 1992’de kabul ettiği Kamu Hizmetleri Şartında (*Charte des service publics*) kamu hizmetlerinde kalite ilkesine yer vermiştir ve özellikle iktisadi kamu hizmeti alanındaki işletme yöntemlerinin iyileştirilmesiyle kalitenin artırılması üzerinde durmuştur⁴⁶¹. Bu ilke ile telekomünikasyon hizmetlerinde bir kalite standardı yerleştirilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, hizmet sağlayıcıları önceden öngörülmüş ve teknolojik ve toplumsal değişikliklere uyarlanarak belirlenen kalitede hizmet sunmak zorundadırlar. Hizmet sağlayıcıların sundukları hizmetin kalite düzeyi denetime tabidir⁴⁶² ve hizmetin sağlanma süresi, sağlanma koşulları, onarımı ve bilgilendirmesi hakkındaki kalite standartları önceden yetkilendirme şartnameleri ile hizmet sağlayıcıya bildirilmektedir⁴⁶³.

Temelinde evrensel hizmetin garantiye aldığı standart hizmet herkese açık bir “minimum” hizmeti ifade eder. Herkese sağlanması gereken bu minimum hizmetin kalitesi ise, hizmete erişim kolaylıklarında, hizmetin süreklilik, eşitlik ve değişen

⁴⁶⁰ VOISSET, Michèle, “Qualité, Adaptabilité, Mutabilité”, in *Service public et Communauté européenne, C.II*, s.397.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² RODRIGUES, s.174.

⁴⁶³ MOINE, s.48.

koşullara uyarlanabilirlik ilkeleri kapsamında yürütülmesini şart koşar⁴⁶⁴. Bu ilkelere uygun olarak sağlanan minimum hizmetin kalitesinden anlaşılması gereken hizmetin “etkinliği”dir. Etkinlik, soyut bir ifade olup, zamana ve taleplere göre değişebilir, zira tamamen hizmetten yararlananların tatmini ifade eder⁴⁶⁵. Bu konuda ATAD da *Höfner, Commune d’Almelo* ve *Corbeau* kararlarında hizmetin etkin yönetiminin tekel alanları yaratılması konusunda asli bir hukuki kriter olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır.

Bunlara ek olarak kalite ilkesi hizmetin yönetim biçimini de ifade eder. Bu anlamda işletmeci regülatör ayrımı da işletme yöntemlerinin şeffaflığı da hizmetin kalitesinin belirlenmesinde etkilidir. Hizmetin içeriğine ilişkin olarak, çalışma konusu telekomünikasyon hizmetleri de dikkate alındığından, özellikle teknolojik gelişmeler ve toplumsal ihtiyaçlara paralel olarak sunulan hizmetin modernize edilmesi anlamına gelen “değişkenlik” ilkesinin uygulamada da sağlanması, hizmetin kalite standardını tutturmasını sağlayacaktır⁴⁶⁶.

Bu konuda Türkiye açısından kalite ilkesine vurgu yapan ilk yasal düzenleme 4502 sayılı Kanun ile 406 Sayılı Telgraf ve Telefon kanununda yapılan değişiklikler ile olmuştur. 2008 yılında yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu da 406 sayılı Kanundaki hükümleri ilga etmiş ve kalite ilkesine ilişkin doğrudan düzenleme getirmiştir. Buna göre, 5809 sayılı Kanunun “ilkeler” başlıklı m4/ğ uyarınca “Hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi” hizmete ilişkin bir ilke olarak kabul edilmiştir. Evrensel hizmet açısından kaliteyi ve kalite standartlarını belirleme yetkisi ve bunun denetimi m.6/u uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna aittir. Kurum kalite standartlarını çıkaracağı yönetmelikle belirleyecektir. Bu konuda BTK’nın 5369 sayılı yasa henüz yürürlüğe girmeden çıkardığı Telekomünikasyon Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği⁴⁶⁷ hala yürürlüktedir. Bu yönetmeliğe göre Kurum hizmet kalitesinin ölçütlerini bağlantı süresi (m.6), erişim hattı başına arıza oranı (m.7), arıza giderme süresi (m.8), başarısız arama oranı (m.9), aramanın kurulma süresi (m.10), işletmeci hizmetleri için cevap verme

⁴⁶⁴FRANCFORT-ALBERELLI, Sandrine, “L’intégration du principe d’égalité dans le droit européen des services publics et ses perspectives d’évolution”, in **Service public et Communauté européenne, C.II**, s.356.

⁴⁶⁵ VOISSET, s.399.

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ RG, 03.03.2005, S. 25744.

süresi (m.11), rehber hizmetleri için cevap verme süresi (m.12), çalışır durumdaki ankesörlü telefonların oranı (m.13), abonelerden gelen faturanın doğruluğu konusundaki şikâyetleri (m.14) olarak belirlemiştir.

Buna göre *bağlantı süresi*, işletmecinin geçerli bir bağlantı talebi aldığı andan, kullanıcıya hizmetin çalışır durumda verildiği ana kadar geçen süredir. Bağlantı süresi takvim günü cinsinden ölçülür. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler, bağlantı süresi ile ilgili olarak Taleplerin % 95 ve % 99'unun karşılanmasında geçen süreyi ve kullanıcı ile anlaşılan tarihte yerine getirilen taleplerin yüzdesini Kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

Erişim hattı başına arıza oranı, kullanıcı tarafından işletmeciye bildirilen ve işletmeciden kaynaklanan bozulma veya kalite seviyesindeki düşme vb. aksaklıklara ilişkin geçerli arıza sayısının toplam erişim hattı sayısına oranıdır. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler erişim hattı başına gerçekleşen arıza oranını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Arıza giderme süresi, Arıza giderme süresi; arızanın bildirildiği andan hizmetin tam olarak sunulmaya başlanıldığı ana kadar geçen süredir. Arıza giderme süresi saat cinsinden ölçülür. Buna göre, etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler arıza giderme süresi ile ilgili olarak, erişim hatlarına ilişkin geçerli arızaların % 80 ve % 95'inin giderildiği süreyi ve diğer tüm geçerli arızaların % 80 ve % 95'inin giderildiği süreyi Kuruma bildirmekle yükümlüdür:

Başarısız Arama Oranı belirli bir zaman aralığındaki başarısız aramaların toplam arama girişimi sayısına oranı olarak tanımlanır. Başarısız arama ise, geçerli bir numaranın çevir sesini müteakip uygun bir şekilde çevrilmesi ve görüşmeyi sağlama için gerekli adres bilgisinin şebeke tarafından alınması anından itibaren 30 saniye içinde, aranan numaranın meşgul olduğunu belirten meşgul sesinin, çalma sesinin veya cevap sinyalinin alınamadığı arama girişimidir. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler aşağıdaki verileri Kuruma bildirmekle yükümlüdür:

- a. Ulusal aramalarda başarısız arama oranı.
- b. Uluslararası aramalarda başarısız arama oranı.
- c. Her bir veri için yapılan gözlem sayısı ve gözlemin yapıldığı zaman aralığı.

Aramanın Kurulma Süresi aramanın sağlanması için gerekli adres bilgisinin şebeke tarafından alınması ile başlayan ve aranan taraftan meşgul sesi, çalma sesi veya cevap sinyalinin alınması ile biten zaman aralığını belirtir. Aramanın kurulma süresi saniye cinsinden ölçülür.

Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler aşağıda belirtilen verileri Kuruma bildirmekle yükümlüdür:

- a. Ulusal aramalar için ortalama kurulma süresi.
- b. Ulusal aramaların % 95'inin kurulduğu süre.
- c. Uluslararası aramalar için ortalama kurulma süresi.
- d. Uluslararası aramaların % 95'inin kurulduğu süre.

e. Başarısız arama olarak sınıflandırılan aramalar dışındaki ulusal ve uluslararası aramalar için yapılan gözlem sayısı ve gözlemin yapıldığı zaman aralığı.

Operatör Hizmetleri İçin Cevap Verme Süresi, aramanın sağlanması için gerekli adres bilgisinin şebeke tarafından alındığı andan, operatörün hizmet talep eden kullanıcıyı cevapladığı ana kadar geçen süredir. Operatör hizmetleri için cevap verme süresi saniye cinsinden ölçülür. Otomatik olarak sesli cevap sistemleri ile sunulan hizmetler ve acil hizmetlere erişim, bu kapsamın dışındadır. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler ortalama cevap verme süresi ile 20 saniye içinde cevaplanan aramaların yüzdesini Kuruma bildirmekle yükümlüdür:

Rehber Hizmetleri İçin Cevap Verme Süresi, aramanın sağlanması için gerekli adres bilgisinin şebeke tarafından alındığı andan, talep edilen numara bilgisini vermek üzere santral veya eşdeğerdeki sesli cevaplama sisteminin arayan kullanıcıyı cevapladığı ana kadar geçen süredir. Rehber hizmetleri için cevap verme süresi saniye cinsinden ölçülür. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler ortalama cevap verme süresi ile 20 saniye içinde cevaplanan aramaların yüzdesini Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Çalışır durumdaki ankesörlü telefonların oranı; çalışır durumdaki ankesörlü telefonların sayısının, ankesörlü telefonların toplam sayısına oranı olarak tanımlanır. Ankesörlü telefonların çalışır durumda olması bir günde 24 saat boyunca çalışabilirliğini ifade eder. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler, çalışır durumdaki ankesörlü telefonların oranını ve yapılan gözlem sayısı ile gözlemin yapıldığı zaman aralığını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Fatura Şikayeti; abonenin gelen faturanın doğruluğu hususundaki şikayetini bildirmesidir. Fatura şikayeti oranı; abone şikayetlerinin olduğu fatura sayısının toplam fatura sayısına oranıdır. Etkin piyasa gücüne sahip sabit telefon hizmeti sunan işletmeciler hizmet bazında fatura şikayeti oranını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

Piyasadaki işletmecilerin bu kriterlere uygun kaliteli hizmet sunabilmeleri için de, piyasada etkin güce sahip olan ve altyapı ağını elinde bulunduran işletmenin ayırım gözetmeden benzer konumdaki kullanıcılara aynı koşulları uygulamakla ve kendi hizmetlerine, ortaklarına ya da alt kuruluşlarına sağladıkları hizmet kalitesini diğer kullanıcılara da sağlamaları zorunluluğu getirilmiştir. (m.15)

b. Makul Fiyat

Komisyon evrensel hizmet bedelinin tüm vatandaşların hizmete katılımının sağlanması amacının kesin unsuru olduğunu ifade etmiştir⁴⁶⁸. Bununla birlikte Topluluğun makul fiyat kavramından anladığı tarife birliği değil, daha ziyade kullanıcıların durumuna göre çeşitlenmiş tarifedir⁴⁶⁹. Ancak sistem kendi içinde tüm ülke içinde tarifelerin eşitliğini sağlamak amacıyla mali dengeleme yöntemleri de barındırmaktadır⁴⁷⁰. Buna göre, işletmeci açısından kârlı olmayan veya coğrafi koşulları hizmetin götürülmesi için zorlayıcı olan bölgelerle, hâlihazırda altyapısal hizmetlerin sağlandığı gelişmiş bölgeler arasında tarife farkı olmayacaktır. “Tarife değişmezliği” olarak adlandırılan bu kurala göre, tarifeler sadece kullanıcıların ekonomik ve sosyal koşullarına göre farklılaşabileceğinden, kârlı olmayan bölgelere hizmetin götürülebilmesi için bir yandan en düşük ve en yüksek maliyet ilişkisi ve diğer yandan da kârlı kullanıcılar ile kârlı olmayan kullanıcılar arasında çapraz sübvansiyonlar oluşturulması gerekmektedir⁴⁷¹. Ancak çapraz sübvansiyon

⁴⁶⁸ COM, 13 Mart 1996 tarihli Tebliğinden aktaran FRANCFORT-ALBERELLI, s.363.

⁴⁶⁹ COM, Telekomünikasyon sektöründe Evrensel Hizmet İlkeleri hakkında Konsey Görüşüne ilişkin Komisyon Açıklaması, JOCE, 16 Şubat 1994, No: C48/8.

⁴⁷⁰ FRANCFORT-ALBERELLI, s.364.

⁴⁷¹ PERROT, Anne, “*Déréglementation et service universel dans les entreprise de reseaux: les enseignement de la théorie économique*”, in **Service public et Communauté européenne, C.II**, s.170.

uygulamalarının makul fiyat belirlemede bertaraf edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir⁴⁷².

Evrensel hizmet kavramının en önemli unsuru olarak görülen “makul fiyat” ifadesi açıklanmaya muhtaçtır. Zira, her ne kadar genel bir tanım yapılmış olsa da Topluluk düzeyinde hizmetin makul bedelinin hesaplanması konusunda bir formül gösterilmiş değildir. Bu konudaki yetki ulusal koşulları dikkate alarak belirleme yapacak üye devletlere verilmiştir. Ancak bu konuda 1998 tarihli ONP (*Open network providing*) Direktifi⁴⁷³ ile makul fiyat belirlenmesinde yön gösterici nitelikte iki yol öngörülmüştür. Bunlardan ilki hizmetin kullanılabilirliğine (*disponibilité*) ilişkindir. Şöyle ki, hizmetin kullanılabilmesini sağlayan altyapısal hizmetlerin hâlihazırda bulunup bulunmadığı, bulunmuyorsa kırsal ve coğrafi koşulları itibarıyla zorlu bölgelerde yaşayan vatandaşlar için, yaşlı, engelli ve ekonomik açıdan zayıf kullanıcılar da dikkate alınarak tarife belirlenecektir (m.3-parag.1). İkinci yön ise, genel bir usul izlenerek tarifelerin belirlenmesinde şeffaflık ve eşitlik ilkesine uyulmasıdır (m.17).⁴⁷⁴ Bunların dışında Topluluk düzeyinde makul fiyat belirlenmesine ilişkin bir yöntem bulunmamaktadır.

Bu konuda makul fiyatın belirleyici ölçütünün “şebeke dışsallıklarına”⁴⁷⁵ atfen “hizmetin yaygınlık oranı” (penetrasyon oranı) olduğu belirtilse⁴⁷⁶ de bu tanımlama yeterli değildir. Zira hizmetin yaygınlık oranının artması, hizmet bedelinin istenilen meblağda olduğu anlamına gelmemektedir. Hizmetin fiyatının farklı tüketici gruplarının bütçelerine getirdiği yükün kaldırılabilir olup olmadığının tespiti açısından da makul fiyat belirleyici olarak görülmemektedir. Nitekim evrensel hizmetin sağlanması, yani hizmetin yaygınlık oranının artmasının asli garantisi de makul fiyattır.

Uygulamada, tavan fiyat belirleme yönteminde hareket ederek tarifeler belirlenmektedir. Buna göre, örneğin evrensel hizmet yükümlülüğünün bulunmadığı bir ortamda işletmecilerin hizmet sağlamayacağı kârlı görülmeyen bir kullanıcı baz

⁴⁷² CREMER, Helmuth, “*Spécificités de l’économie postale*”, in *Concurrence et Service Public*, dir. Claude HENRY/ Emile OUINET, L’Harmattan, Paris, 2003, s.363.

⁴⁷³ JOCE, 1 Nisan 1998, S. L 101, s.24.

⁴⁷⁴ RODRIGUES, s.176.

⁴⁷⁵ Bkz. supra.

⁴⁷⁶ KARAKURT, s.5.

alınarak tavan fiyat belirlenmektedir. Ancak diğer tarifelerin belirlenmesi daha güçtür ve bu konuda birçok yöntem önerilmektedir.

II. EVRENSEL HİZMET ALANI VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ

A. Karşılaştırmalı Hukukta Evrensel Hizmetin Kapsamı

Genel olarak, telekomünikasyon hizmetlerinin minimum kısmı olarak anlaşılmaktadır. Sektöryel bir seçim olarak telekomünikasyon hizmetleri alanına getirilen evrensel hizmet yükümlülüklerinin kapsamı ise hukuk düzenlerine ve ülkelerin kendi özel koşullarına göre değişiklik arz etmektedir.

1. ABD’de Evrensel Hizmetin Kapsamı

ABD’de günümüz itibariyle yürürlükte olan 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanununu “evrensel hizmet” başlıklı 254. Bölüm (c)-1 uyarınca temel telekomünikasyon hizmetleri olarak tanımlanan evrensel hizmetin kapsamını belirleme yetkisi FCC’ye verilmiştir. Buna göre FCC, enformasyon ve telekomünikasyon alanlarındaki gelişmeleri dikkate alarak düzenli aralıklarla evrensel hizmetin kapsamını belirleyecektir. Kanunun düzenlediği evrensel hizmet kapsamındaki hizmetler,

- Eğitim, kamu sağlığı ve kamu güvenliği için esas nitelikte, (Sec.254 (c)-1/A)
- Bireysel kullanıcıların büyük bir çoğunluğunun aboneliğinin sağlanmasına elverişli (Sec.254 (c)-1/B)
- Telekomünikasyon işletmecilerince kamu telekomünikasyon ağında konuşlandırılabilir, (Sec.254 (c)-1/C)
- Kamu yararı ve kamusal ihtiyaçlarla uyum içindeki telekomünikasyon hizmetleri kategorisini ifade eder. (Sec.254 (c)-1/D)

Kanuna göre, FCC evrensel hizmet kapsamını belirlerken FCC üyelerinden, Eyalet Kamu Hizmeti Komisyonları üyelerinden ve kullanıcı temsilcisi avukattan oluşan *The Joint Board*'ın tavsiyelerini dikkate alacaktır.

En son 10 Eylül 2009'da belirlenen kapsama göre, evrensel telekomünikasyon hizmeti olarak *intelligent network* kapsamında desteklenen hizmetler şunlardır:⁴⁷⁷

- i. Sesli iletişim ağı, sinyal gönderme almaya olanak sağlayan telefon hizmetleri (*voice grade access service*)
- ii. İşletmeci servislerine erişim,
- iii. Rehber hizmetleri,
- iv. Düşük gelirli kullanıcılar için tarife kısıtlama hizmeti,
- v. Yere göre arama yönlendirme hizmetleri,
- vi. Ağ üzerinden sinyal taşımayı kolaylaştıran ve arama süresini kısaltan çift tonlu çoklu frekans sistemleri (*Dual tone multi-frequency*),
- vii. Acil servislere erişim,
- viii. Her bir kullanıcı için özel erişim sağlayan tek parti hizmetleri (*single-party service*),
- ix. Veri veya seslerin kablolu, kablosuz ve dijital ortamlarda değiştirilerek kesintisiz aktarılmasını sağlayan *interexchange* hizmetleri.

Evrensel hizmet kapsamındaki bu faaliyetler, yüksek maliyetli bölgelerde, kârlılık oranı az olan bölgelerde, okullarda ve kütüphanelerde ve sağlık hizmetleri alanında yürütülmektedir⁴⁷⁸.

2. Fransa'da Evrensel Hizmet Kapsamı

Fransa'da 26 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yasası m. L 35 uyarınca kamu hizmeti yükümlülükleri ve kamusal misyonları da içeren⁴⁷⁹ evrensel hizmet alanı şu şekilde kategorize edilebilir⁴⁸⁰:

⁴⁷⁷ <http://louise.hallikainen.org/FCC/FccRules/2009/54/101/>

⁴⁷⁸ http://www.fcc.gov/wcb/tapd/universal_service/

⁴⁷⁹ Bkz. *supra*.

⁴⁸⁰ LAUCHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.15.

- i. Telefon, faks ve internet erişim hizmetleri
- ii. Yazılı ve elektronik ortamda sunulacak bilgilenme ve telefon rehberi (bilinmeyen numaralar) hizmetleri
- iii. Kamusal alana yerleştiren telefon kabinlerine erişim hizmetleri
- iv. Ücretsiz acil arama hizmetleri
- v. Engelli vatandaşların hizmete erişimi için alınacak önlemler.

B. Türkiye’de Evrensel Hizmet Alanı ve Kapsamı

5369 sayılı Kanun uyarınca evrensel hizmetin alanı telekomünikasyon hizmetleridir. Bu hizmetler Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde evrensel hizmetin tanımında “temel internet erişimi de dâhil olmak üzere elektronik haberleşme hizmetleri” olarak belirlenmiştir.

Yasa koyucunun bu düzenlemesi evrensel hizmet kavramının AB’de öngörülen alanına uygundur. Temel hizmetlerin makul ücretle herkese ve ayırım gözetmeden sağlanması koşuluyla birlikte AB otoriteleri, evrensel hizmetin kapsamını belirleme yetkisini kendi elinde tutmuştur. Bununla birlikte, bu temel hizmetlerin hangileri olacağının belirlenmesi ve kapsamın genişletilmesi, AB hukukuna aykırı olmamak koşuluyla üye devletlerin yetki alanına bırakılmıştır⁴⁸¹.

Bu koşula paralel şekilde, 5369 sayılı Kanun’un 5. maddesinde evrensel hizmetin kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

- a. Sabit telefon hizmeti
- b. Ankesörlü Telefon Hizmetleri
- c. Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetleri
- d. Acil yardım hizmetleri
- e. İnternet hizmetleri (Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde “temel internet hizmetleri” olan bu ifade 5.11.2008 tarih ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile “internet hizmetleri” olarak değiştirilmiştir.)
- f. Ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetleri
- g. Deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetleri.

⁴⁸¹ GARCERIES, s.48.

Ayrıca, yasa koyucu aynı maddenin 2. fıkrası ile ülkenin değişen sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik koşullarını göz önüne alarak üç yılı aşamayacak periyotlarla evrensel hizmetin kapsamını yeniden belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu'na vermiştir. Bakanlar Kurulu tarafından bir hizmetin evrensel hizmet kapsamına alınması ya da çıkarılması, Telekomünikasyon Kurumu ve sektörde faaliyet gösteren işletmecilerin görüşlerini alarak Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine gerçekleşecektir. Nitekim Kanun'un yürürlüğe girmesinden birkaç ay sonra 13.2.2006 tarih ve 2006/10038 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla “Bilgi toplumunun geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla bilgisayar okuryazarlığı da dâhil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik hizmetler” de evrensel hizmet kapsamına dâhil edilmiştir.

Bunu izleyen dönemde, 2006/10318 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile sayılı ve sayısal yayıncılığın karasal sayısal vericiler üzerinden ülkemizdeki yerleşim alanlarının tamamını kapsayacak şekilde sunulmasına yönelik hizmetler evrensel hizmet kapsamına alınmıştır. Ayrıca, 2007/12821 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla⁴⁸² da, Türkiye Kızılay Derneği'nin, kan ihtiyaçlarının karşılanması ve insani yardım faaliyetlerinin sevk ve idaresi ile afetler için gerekli olan haberleşmenin etkin ve kesintisiz sağlanmasını temin amacıyla, uydu üzerinden ihtiyaç duyacağı ses, veri ve görüntü dâhil tüm telekomünikasyon hizmetleri de evrensel hizmet kapsamına alınmıştır.

Bu noktada Yasakoyucunun tercihi konusunda dikkat çeken iki noktanın üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Öncelikle dikkat çeken, AB mevzuatında öngörüldüğü şekliyle ve üye devlet uygulamalarında da rastlanabileceği gibi posta hizmetleri Türkiye’de evrensel hizmet kapsamına alınmamıştır. Bunun nedeni, acil posta ve kargo hizmetleri dışında temel posta hizmetleri alanında Devlet tekelinin sürmesidir, zira evrensel hizmet yükümlülükleri serbestleştirilmiş bir sektörde özel işletmeciler için getirilen yükümlülüklerdir.

İkinci olarak 5369 sayılı Kanun ile, kavramın geleneksel kapsamı olan posta ve telekomünikasyon hizmetleri dışında ulaşım hizmetlerinin minimum bir bölümünün de evrensel hizmet kapsamına alındığı görülmektedir. Böylece, ulaşımın

⁴⁸² RG, 28.11.2007, S. 26714.

sadece deniz yoluyla sağlandığı yerleşim alanlarına yapılan yolcu taşıma hizmetlerinin makul bir ücret ve belirli bir kalitede herkese sağlanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu hizmetin, ulaşımın tek alternatifi olduğundan hizmetten yararlananların korunması amacı ve dolayısıyla kamu yararı ile yakın ilişkili olduğu açıktır. Nitekim özel işletmeciler tarafında kârlı görülmeyebilecek denizde tehlike ve emniyete ilişkin hizmetlerin de evrensel hizmet olarak kabul edilmesi ise gerçekleştirilen hizmetin niteliği düşünüldüğünde açıkça kamu güvenliği ve kamu yararı ile doğrudan bağlantılıdır.

Henüz Avrupa Birliği'ne üye olmadan, mevzuatın uyumlulaştırılması amacıyla evrensel hizmet kavramının kabul edilip bir yasal düzenleme ile Türk Hukukuna sokulması konusu bir yana, Yasa koyucunun evrensel hizmet alanı ve kapsamı konusundaki tercihinin yönelik eleştiriler getirilebilir. Rekabet koşullarının, Devlet tekelinden çıkarılmış, özellikle de ekonomik kamu hizmetleri alanında hizmetten yararlananlar açısından sorunlar yaratabileceği kesindir. Rekabet ortamındaki fiyat savaşları nedeniyle hizmetin ekonomik dengesi bozulabilmektedir⁴⁸³. Nitekim batıda enerji, ulaşım ve telekomünikasyon alanlarındaki özelleştirmelerin ardından fiyatlarda artış ve hatta hizmet kalitesinde düşme gözlemlendiği örnekler mevcuttur⁴⁸⁴. Görünür tarifelerde fiyatlar düşerken, toplam kullanım maliyetini belirleyen görünmez tarifelerde fiyatlar artmasına sebep olabilmektedir⁴⁸⁵. Rekabete açılan sektörlerin işletmeciler açısından yoğunlaşması özellikle de reklam giderlerinin artması bir yandan maliyetin artmasına neden olmaktadır, diğer yandan da büyük işletmecilerin rekabetçi piyasada kendi tekellerini oluşturmalarına sebebiyet verebilmektedir⁴⁸⁶. Bu sakıncaları gidermek için piyasaların yine Devlet müdahalesiyle ancak Devlettten de bağımsız kurumlarca düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

⁴⁸³ ULUSOY, **Kamu Hizmeti...**, s. 104.

⁴⁸⁴ Uluslararası enerji maliyetlerini izleyen NUS Consulting danışmanlık kuruluşunun 14 ülke arasında yaptığı incelemeye göre, son üç yıl zarfında 10 ülkede elektrik fiyatları hatırı sayılır oranda arttığı bilgisi için bkz. İNSEL, Ahmet “*Rekabet Saplantısının Yüksek Maliyeti*”, Radikal 2, 29.08.2004, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=3815.

⁴⁸⁵ 20. Yüzyılda Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği Sempozyumu, Eylül 2005, Ankara, Türk Mimar ve Mühendisler Odaları Birliği, s.77-78, 81.

⁴⁸⁶ Özelleştirilmesinin ardından France Telecom’un reklam ve halkla ilişkiler giderleri cirosunun dörtte birine ulaşmıştır. Ayrıca elektrik, ulaşım ve telekomünikasyon sektörlerindeki fiyat artışları ve hizmet kalitesindeki düşmeler için bkz. İNSEL, A., “*Rekabet Saplantısının Yüksek Maliyeti*”

Buradan hareketle öncelikle, evrensel hizmet kavramının piyasa koşullarında hizmetten yararlananların korunması amacına yönelik olduğu düşünüldüğünde, istisnası olmakla birlikte, elektronik haberleşme alanında tanınmış olması dikkat çekmektedir. Kamu hizmetlerinin kamu yararı amacına yöneldiği dikkate alındığında, rekabet koşullarına tabi tutulmuş diğer sektörlerdeki temel hizmetlerin evrensel hizmet ile aynı koşullarda sağlanması yoluna gidilmemesi gerekçesi sorgulanabilir. Ayrıca Yasa koyucunun elektronik haberleşme hizmetleri tercihi, toplumun vazgeçilmez ve ayırım gözetilmeksizin karşılanması gerekli diğer ihtiyaçlarını içine alacak şekilde genişletilmeye müsait de değildir⁴⁸⁷. Bu açıdan sosyal, bilimsel, teknik, kültürel ve idari kamu hizmetlerinin ve dahi iktisadi kamu hizmetlerinin Kanun kapsamı dışında kalan kısmının evrensel hizmet olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan, m.5/2 hükmüne göre, işletmecilerin ve Telekomünikasyon Kurumunun görüşü ve Ulaştırma Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nun evrensel hizmetin kapsamını belirleme yetkisi bulunduğu dikkate alınırsa, bu durumda da evrensel hizmet olarak kabul edilecek faaliyetin hangi kriterlere veya neye göre belirleneceği sorunu bulunmaktadır. Nitekim evrensel hizmetin belirlenmesinde baz alınan “modern birey için vazgeçilmez temel hizmet”, “herkes tarafından erişilebilir fiyat” ve “standart kalite” kriterlerinin sübjektif nitelik taşıdığı belirtilmiştir⁴⁸⁸. Gerçekten de vazgeçilmez temel hizmet eşiği, herkes tarafından erişilebilir fiyat ve sunulan hizmetin kalitesi coğrafi bölgelere, ekonomik koşullara, hatta yararlanan bireylerin sosyo-kültürel yapılarına göre değişebilecektir. Bu durum da evrensel hizmetin objektifliği konusunda şüpheler doğurabilecektir.

Bu bağlamda, evrensel hizmetlerin minimalist bir anlayışla belirlenmesi halinde uygulama sosyal devlet ilkesi ve kamu yararı açısından sorunlar ortaya çıkabilecektir. Aksi durumda ise, genişleyen evrensel hizmet kapsamına giren faaliyetlerin sayısının fazla olması, keza bu faaliyetlerin de ilerleyen teknoloji ile sıkı bağlantı içinde bulunmaları nedeniyle maliyetlerde ciddi artış söz konusu olabilecektir. Bu durum da, hizmet alanında faaliyet gösteren işletmecilere yükümlülük olarak getirilen evrensel hizmetin işletmeciler üzerindeki ağırlığının

⁴⁸⁷ ORAK, Cem Çağatay, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:19, Sayı:68, Ocak-Şubat 2007, s.183.

⁴⁸⁸ aktaran ULUSOY, s.93.

artması ile varlığını tehlikeye sokabilecektir. Ayrıca, bir hizmetin evrensel hizmet kapsamına alınmasındaki zamanlama ve hizmetin gecikmeden sağlanması sorunu da, toplumun bazı kesimlerinin dışlanmışlığının önlenmesi açısından çok önemlidir⁴⁸⁹.

Gerek evrensel hizmet kavramı, gerekse bu kavramın hukuksal niteliği konusunda henüz Avrupa’da dahi tartışmalar sürerken, Türk Hukuku açısından çok yeni olan kavramın belirsizlikler taşıması kaçınılmazdır. Kavramın tanımı ve niteliği, kamu hizmeti, özelleştirmeler konusundaki içtihatlarla bu kavramları somutlaştırmış yargı organlarınca zaman içinde belirlenecektir.

III. EVRENSEL HİZMET YÜKÜMLÜSÜ

5802 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile değişik 5369 sayılı EHK m.1 uyarınca evrensel hizmet yükümlüsü “*Elektronik haberleşme sektöründe, ilgili mevzuata göre kurumca yetkilendirilmiş ve bu Kanun kapsamındaki hizmetleri sağlamakla yükümlü kılınan işletmeciyi*” ifade etmektedir. 5369 sayılı Kanunda “yetkilendirme” olarak adlandırılan evrensel hizmetin özel işletmecilere gördürülme usulleri, 5802 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda düzenlenmiştir. Tamamen serbestleştirilmiş sektörde evrensel hizmeti sağlayacak özel işletmelerin belirlenmesi de bu usuller doğrultusunda ele alınmak durumundadır. Bu nedenle, öncelikle evrensel hizmet yükümlüsünün evrensel hizmeti görme usulleri (1), devamında söz konusu hizmeti yürütecek işletmenin belirlenmesi usulleri (2) ve evrensel hizmet yükümlüsünün hak ve yetkileri (3) üzerinde durulacaktır.

A. Evrensel Hizmetin Gördürülme Usulleri

Yetkilendirme genel anlamıyla bir kamu hizmetinin yürütülmesinin özel bir işletmeye devredilmesi olup anayasal dayanağını “devletleştirme ve özelleştirme” başlıklı T.C. Anayasası m.47/4’ten alır. Buna göre, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*”.

⁴⁸⁹ ULUSOY, s. 93-94.

Evrensel hizmet alanında 5369 sayılı kanun yetkilendirilmiş işletmelerden bahsetmiş olmakla birlikte “yetkilendirme” kavramının tanımı yapmamıştır. Ancak, evrensel hizmetin telekomünikasyon sektöründe ihdas edilmesi nedeniyle, telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülme usul ve esaslarına ilişkin yasal düzenlemelere bakmakta yarar olacaktır.

Buna göre telekomünikasyon hizmetleri alanındaki ilk yasal düzenleme olan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa göre yetkilendirilme, Telekomünikasyon Kurumu tarafından telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve/veya altyapısının kurulması ve işletilmesi için sermaye şirketleriyle imzalanan imtiyaz sözleşmesi veya bunlara verilen ruhsat veya genel izin ile bunların verilmesi işlemidir. (m4/1)

Bununla birlikte 10.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu elektronik haberleşme hizmetleri alanında yetkilendirmenin açık tanımını yaparken, aynı zamanda 406 sayılı Kanunda yaptığı değişiklikler ile bu Kanunu sadece posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler alanında geçerli kılmıştır. 5369 sayılı kanunda da yetkilendirme tanımı yapılmadığı dikkate alındığında, 5802 sayılı kanundaki tanım geçerli olacaktır. Buna göre yetkilendirme, *“elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi”* anlamına gelmektedir.

Gerek 5369 sayılı EHK m.6/a⁴⁹⁰ ve gerekse 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa göre elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve buna ilişkin ikincil düzenlemeleri çıkarmak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görevleri arasında bulunmaktadır (m.6/g). Bununla birlikte Elektronik Haberleşme Kanunu m.9/b-1 uyarınca yetkilendirme usulleri konusunda bildirim ve kullanım hakkı verilmesi yöntemlerini benimsenmiştir. EHKnda öngörülen imtiyaz, görev sözleşmeleri, ruhsat ve genel izin usulleri kullanım hakkı verilmesi yöntemleridir.

Ayrıca, bir kısım telekomünikasyon hizmetleri de yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülebilmektedir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.8

⁴⁹⁰ “...Kurumca yapılan yetkilendirme nedeniyle...”

uyarınca ihtiyaç duyulan elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısının öncelikle Kurumca yetkilendirilmiş işletmecilerden karşılanması esas olmakla birlikte iki tür hizmet kategorisi için yetkilendirme şartı aranmamaktadır:

- *Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan hizmetler,*

- *Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı yetkilendirmeye tabi değildir.*

Sonuç olarak, 5809 sayılı Kanun ve buna dayanılarak BTK tarafından çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği⁴⁹¹ uyarınca elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya alt yapısı kurup işletmek isteyen şirketler faaliyete başlamadan önce Kurum düzenlemeleri çerçevesinde Kuruma bildirimde bulunmak zorundadırlar. Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise Kurumun belirlediği usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler. Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğini tespit eder. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir.(m.9/ b-1,2,3)

1. İmtiyaz Usulü

5369 sayılı kanunda evrensel hizmet yükümlüsü işletmenin hizmetin yürütülmesiyle yetkilendirilmesini sağlayan imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme

⁴⁹¹ RG, 28.05.2009, S. 27241.

olarak öngörülen tipik bir sözleşme olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır⁴⁹². Ayrıca Kurum tarafından imtiyaz sözleşmesi, sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken ve ulusal çapta verilecek olan telekomünikasyon hizmetleri ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapılarına ilişkin olarak Kurum ve işletmeci arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁴⁹³. Bu sözleşme ile evrensel hizmetler masrafları, kâr ve zararı işlemeye ait olmak üzere kurdurulabilmekte ve işletilebilmektedir⁴⁹⁴.

4673 sayılı Kanun⁴⁹⁵, ile Telgraf ve Telefon Kanununda yapılan değişiklik ile yetkilendirme görevi Ulaştırma Bakanlığından Kuruma devredilmiştir (Ek m.27). Ayrıca, diğer yandan da imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapılacak yetkilendirme hususunda Bakanlar Kurulunun onayının alınmasını şart koşmuştur. Buna göre, imtiyaz sözleşmesi akdedilerek yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısına yönelik yetkilendirmeye ilişkin plânlar Kurum tarafından hazırlanır. Kurum tarafından hazırlanan bu planlar Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanır ve Kurum tarafından yürütülür (m.7/b-2). Bu hüküm uyarınca yetkilendirme plânlarının hazırlanması ve onaylanan yetkilendirme planları doğrultusunda yürütülmesi gereken tüm işlemler Telekomünikasyon Kurumunun görev ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır.

Evrensel hizmetlerin özel işletmeler tarafından yürütülme usullerinden biri olarak önemli idari sözleşmelerden imtiyaz sözleşmesi yönteminin de seçilmiş olması, dolayısıyla bu hizmetlerin kamu hukuku rejimi ile özel kişilere gördürülmesi, evrensel hizmet kapsamına giren faaliyetlerin toplumun günlük yaşamlarının vazgeçilmez ve birincil faaliyetlerinden olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁹⁶. Ayrıca, bu hizmetler ulusal güvenlik ve kamu düzeni konularını da yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle evrensel hizmet alanının sosyal ve ekonomik boyutları dikkate alınarak kamu hukuku rejimine tabi tutulması yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, öğretide, evrensel hizmet olarak kabul edilen faaliyetlerin telekomünikasyon ruhsatı yöntemiyle yine kamu hukuku rejimi içinde gördürülüp, imtiyaz ve görev

⁴⁹² ULUSOY, **Telekomünikasyon...**, s.51.

⁴⁹³ http://www.tk.gov.tr/Yetkilendirme/Imtiyaz_Sozlesmesi/Imtiyaz_Sozlesmesi.htm

⁴⁹⁴ GÜNDAY, s.307.

⁴⁹⁵ RG, 23.5.2001, S. 24410.

⁴⁹⁶ ULUSOY, s.52.

sözleşmesi ile hizmet yürütümüne son verilmesi yönünde görüşler de mevcuttur.⁴⁹⁷ Bunun gerekçesi olarak da, AB ve Avrupa ülkeleri mevzuatlarıyla uyum sağlanması ve ruhsat yönteminin imtiyaz usulüne göre gerek hazırlık gerekse yürürlüğe girme aşamaları açısından daha pratik olması gösterilmiştir⁴⁹⁸. Zira idarenin tek yanlı irade açıklaması ile idari işlem niteliğindeki ruhsatta değişiklik yapması ya da ruhsatı geri alma, kaldırma gibi yöntemlerle iptal etmesi, imtiyaz sözleşmesi koşullarında değişiklik yapmasından ya da sözleşmeyi iptal etmesinden daha kolay olacaktır.

Bu konuda ULUSOY'a göre imtiyaz sözleşmesinin idare tarafının BTK olması hukuki açıdan bir sorun teşkil edebilecektir. Şöyle ki, imtiyaz verme yetkisi Türk Hukukunda hizmeti yürütmekle görevli olan idarededir. Oysaki gerek 5369 sayılı Kanun, gerekse 5809 sayılı Kanunda imtiyaz verme ve işletmeci ile sözleşme imzalama yetkisi BTK'ya verilmiş durumdadır. Serbestleştirilen kamu hizmeti piyasasının düzenlenmesi ile görevli olan BTK, bir bağımsız idari otorite (BİO) niteliğinde olup, diğer BİO'lar gibi herhangi bir hizmetin yürütülmesinde bizzat görevli olamaz. BTK'nın yürüteceği faaliyet kamu hizmetini yürüten işletmeciler üzerinde düzenleme ve denetim faaliyetidir. Bu nedenle hukuki bir çelişki ortaya çıkmaktadır ki, bu durum imtiyaz usulünden vazgeçilip Avrupa ve Fransa örneklerinde olduğu gibi ruhsat usulünün benimsenmesiyle giderilebilecektir. Bununla birlikte bu çelişkinin uygulamada bir sorun yaratmayacağı da belirtilmiştir⁴⁹⁹.

Bu görüşe istinaden 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yürürlüğe girmesiyle söz konusu hukuki çelişki de ortadan kalkmıştır. Zira 5369 sayılı EHK m.9 ile 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda değişiklik yapılmış, "Haberleşme Genel Müdürlüğü"nün görevlerini düzenleyen m.13'e eklenen "i" bendiyle evrensel hizmet kapsamındaki hizmetleri karşılama talebinde bulunan işletmeciler arasından, bölgesel ve ulusal çapta evrensel hizmet yükümlüsünü hizmet satın alma yoluyla belirleme yetkisi Haberleşme Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Böylece, Bakanlık merkez teşkilatındaki ana hizmet birimlerinden olan Haberleşme Genel Müdürlüğü yetkilendirilecek işletmeyi ihale yöntemiyle belirlerken, Kurum'a kalan belirlenen işletme ile imtiyaz sözleşmesini

⁴⁹⁷ İbid, s.53.

⁴⁹⁸ İbid, s.52.

⁴⁹⁹ İbid, s.54-55

imzalamak olmaktadır. Bu düzenlemeye göre, Bakanlık ile Kurum arasında yetkilendirme konusunda bir görev bölüşümü yapılmış olup, bir düzenleyici kurul olan BTK'nın imtiyaz sözleşmesi yapabilmesi konusundaki sıkıntı da ortadan kaldırılmıştır.

Bununla birlikte, evrensel hizmet yetkilendirilmesinde imtiyaz uygulamasının, Türk Hukukundaki kamu hizmeti imtiyazı kurumuyla çelişen daha önemli bir yönü bulunmaktadır. İmtiyaz kavramı, kamu hizmeti olarak devlet tarafından üstlenilen toplumsal ihtiyaçların karşılayacak bir mal veya hizmet üretiminin özel kişinin kendi sermayesi ile gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir⁵⁰⁰. Buna göre, imtiyazcı hizmetin tesisini ve yürütülmesini zarar ve riskleri de kendisine ait olmak üzere, kendi sermayesi ile karşılayacaktır, zira imtiyazın en önemli özelliklerinden biri doğal ya da tekel alanlarında uygulanması ve imtiyazcıya tekel hakkı verilmesi nedeniyle, imtiyazcının önemli kriz anları dışında kâr elde etmesinin garanti olmasıdır⁵⁰¹. Bu nedenle, hizmetin kurulması sırasında, imtiyazcıya herhangi bir kamu yardımı yapılması söz konusu da değildir. Nitekim Danıştay 1. Dairesi, 3996 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret yöntemiyle otoyol yapımı ve işletilmesinin finansmanı amacıyla boğaz köprüleri gelirlerinin yüklenici firmalara finansman desteği olarak ayrılması konusunda, öncelikle sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu nitelemesi yapmış ve devamında da imtiyazcının mal ve hizmet üretimini kendi sermayesi ile yapılmasının imtiyazın asli unsuru olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Danıştay, bu özelliği zayıflatacak kamusal mali desteğin modelinin niteliğine ters ve hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁵⁰². Bu nedenle, kamu hizmeti imtiyazlarında evrensel hizmette olduğu gibi, hizmetin özel işletmeler tarafından kârlı bulunmadığı için yapılmayabilecek kısmının finansmanı amacıyla bir fon oluşturularak, destek sağlanması imtiyaz kavramının niteliğine aykırı olacaktır.

Sonuç olarak, katıldığımız görüşe göre, evrensel hizmet sağlayıcılarının yetkilendirilmesinde imtiyaz usulü yerine ruhsat usulünün uygulanması, hem hukuk mantığına daha uygun düşecek, hem de Avrupa ile uyum amacıyla benimsenen evrensel hizmetin uygulanmasında da uyum sağlayacaktır. İmtiyaz sözleşmesinin

⁵⁰⁰ KARAHANOGULLARI, s.321 vd.

⁵⁰¹ İbid.

⁵⁰² Danıştay 1.D., 16.12.1998, E.1998/267, K.1998/481, **DD**, S.100, s.36.

idareye tanıdığı sözleşmenin koşullarında tek taraflı değişiklik yapma, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme ve *rachat* yetkilerinin kullanımı güvence olarak görülebilirse de, bu yönde kararlar tek yanlı bir idari işlem olan ruhsat üzerinde de söz konusu olabilecektir.

2. Görev Sözleşmeleri

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m.1, m.2 ve m.3'te bir telekomünikasyon hizmeti yürütme usulü olarak belirlenen görev sözleşmesi özü itibariyle imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir⁵⁰³. Kanun m.1'de "*Türk Telekom ile Kurum arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Kurumun takdir edeceği bir süre için akdedilen sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda, görev sözleşmesi Türk Telekom ile Kurum arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesidir⁵⁰⁴.

Görev sözleşmesine ilişkin olarak 406 sayılı Kanun m.2/b uyarınca sözleşme imzalanmadan önce düşüncesi alınmak üzere Danıştay'a gönderilmesi gerekmektedir. T.C. Anayasası m.155 uyarınca imzalanmadan öne Danıştay'ın görüşüne sunulan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri"dir. Ayrıca aynı maddenin (d) bendi uyarınca Türk Telekom'un tekel hakkının sona ermesiyle Kurumla arasında imzalanmış bulunan görev sözleşmesi imtiyaz sözleşmesi için belirlenen hükümlere tabi olacaktır. Buna göre, görev sözleşmesinin, sadece Türk Telekom ile Kurum arasında, o da Türk Telekom'un tekel hakkı devam ettiği sürece uygulanan bir imtiyaz sözleşmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁰⁵.

Nitekim Türk Telekom ile Kurumumuz arasında imzalanan Görev Sözleşmesi, Türk Telekom'un hisselerinin % 55'inin blok olarak satışı suretiyle özelleşmesi neticesinde, Görev Sözleşmesinin 4.üncü maddesinde yer alan hükme istinaden 14.11.2005 tarihinde "İmtiyaz Sözleşmesi" olarak yeniden

⁵⁰³ ULUSOY, s.44.

⁵⁰⁴ TAN/GÖZÜBÜYÜK, C.I, s.719; GERAY, s.91.

⁵⁰⁵ İbid, s.46.

düzenlenmiştir⁵⁰⁶. 5369 sayılı Kanun uyarınca evrensel hizmet işletmecisini yetkilendirme usulleri arasında bulunmasının nedeni ise, EHK'nın yürürlüğe girdiği 25.06.2005 tarihi itibarıyla Türk Telekom'un hala tekel hakkını elinde bulundurması ve blok hisse satışının gerçekleştirilmemiş olmasıdır. Nitekim EHK'nın bazı hükümlerinde değişiklik de yapan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda kendisine yer bulamayan görev sözleşmesinin, hala 5369 sayılı Kanunda ifade edilmesinin gerekçesi muhtemelen Yasakoyucunun dikkatinden kaçması olsa gerektir.

3. Ruhsat Usulü

Telekomünikasyon ruhsatı, 5809 sayılı Kanunla ilga edilmeden önce 406 sayılı Kanun m.2 ve Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde, *“İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık (Kurum)”⁵⁰⁷ tarafından verilen ruhsat*” olarak tanımlanmıştır.

İdare hukuku kapsamında idarenin tek yanlı bir irade açıklamasıyla oluşan bir idari işlem niteliğinde olan ruhsat usulüyle belli bir kamu hizmetinin yürütülebilmesi için, işletmelerin ruhsat alma talebiyle idare başvuruda bulunmaları gerekmektedir⁵⁰⁸. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğini yürürlükten kaldıran 28 Mayıs 2009 tarihli Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yönetmelik ruhsata ilişkin bir tanıma yer vermemiştir. Bununla birlikte, Elektronik Haberleşme Kanununun “Yetkilendirmede geçiş süreci” başlıklı Geçici 2. maddesinin 2. bendi uyarınca 406 sayılı Kanundaki tanımların bu madde kapsamında geçerliliğini sürdüreceği hükme bağlanmıştır. Bunun dışında Elektronik Haberleşme Kanunu açısından ruhsat usulü sadece telsiz ruhsatları konusunda öngörülmüştür. Bunun

⁵⁰⁶ http://www.tk.gov.tr/Yetkilendirme/Gorev_ve_GSM_Gorev_Sozlesmeleri/Gorev-Sozlesmesi.htm

⁵⁰⁷ 406 Sayılı Kanun metninde “Bakanlık” olarak ifade edilmiş olsa da, bu Kanunda değişiklik yapan 4673 Sayılı Kanun m.7 uyarınca “Kurum” anlaşılmalıdır.

⁵⁰⁸ ÖZAY, s.249. Bu konuda bir kamu hizmetinin ruhsat usulüyle görülemeyeceği konusundaki görüşler için bkz. TAN/GÖZÜBÜYÜK, C.I, s.704.. Ayrıca, kamu malı niteliğindeki şebekeler ve frekanslar üzerinden telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi nedeniyle, bu alanların virtüel (olası) kamu hizmeti alanı kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. ÖZAY, s. 226 ve s.249. bununla birlikte evrensel hizmet açısından kamu hizmeti niteliği konusunda yasakoyucunun iradesi nedeniyle şüpheye yer yoktur.

dışında hem 5809 sayılı Kanun, hem de Elektronik Haberleşme Hizmetlerine İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği hizmetin yürütülmesi usulleri olarak “bildirim ve kullanım hakkı” tanınmasından bahsetmiştir (m.9). Bu hakların tanınması yöntemleri de adı geçen mevzuatta gösterilmemiştir. Ancak, “*yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket*” (m.3/z) olarak tanımlanan işletmecilere “*frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hak*” (m.3/z-çç) ifade edilmektedir.

Ancak, 5809 sayılı Kanun hükümlerine göre, 5369 sayılı EHK hükümleri saklı kaldığından 406 sayılı Kanunun yaptığı tanımların evrensel hizmet açısından geçerli olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, yürürlükteki mevzuatta yetkilendirme yöntemlerine ve bunların hangi hizmet alanlarında kullanılacağına dair bir düzenleme olmaması kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu nedenle, Kurum tarafından da 406 sayılı Kanun ve Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğindeki düzenlemelerin kullanıldığı dikkat çekmektedir⁵⁰⁹.

Telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülecek hizmet alanları imtiyaz ya da görev sözleşmesine konu olmayan faaliyetler olmak zorundadır⁵¹⁰. İmtiyaz usulü ile görülecek hizmetlerin belirlenmesi konusunda bir sorun bulunmamaktadır, zira kıt kaynakların kullanımını içerdiği için belirli sayıda işletmeciye ayrı ayrı hak ve yükümlülükler verilmesi gereken hizmetlerde⁵¹¹, yani doğal ya da siyasal tekel alanlarında imtiyaz sözleşmesi imzalanacaktır. Zira ruhsat işlemi ile tekel hakkı tanınması mümkün değildir⁵¹². Görev sözleşmeleri ise, her ne kadar yasal metinlerde diğer mevzuatta terimsel olarak yer alsa da, Türk Telekom’un blok hisse satışı ile fiilen yürürlükten kalkmıştır. Bu noktada, genel izin usulü ile ruhsat usulünün hangi hizmetlere uygulanacağı sorunu vardır ki, bu konuda Kurum’a geniş takdir yetkisi tanındığı ifade edilmiştir⁵¹³.

Kurum tarafından verilen ruhsatlar iki türe ayrılmaktadır:

⁵⁰⁹ http://www.tk.gov.tr/Yetkilendirme/Yet_Turleri.htm

⁵¹⁰ ULUSOY, s.58.

⁵¹¹ Ibid.

⁵¹² ÖZAY, s.251. Ayrıca, “imtiyaznamede inhisara dair şart konmuş olmasa bile imtiyaz hakikatte bu inhisarı tazammun eder” (Duran, Lütfi, Ders Notları, s.337) ancak ruhsat işleminde böyle bir durum bulunmamaktadır.

⁵¹³ ULUSOY, s.58.

- 1.Tip Telekomünikasyon Ruhsatı (TR) ile sınırlı sayıda işletmeci gerektirmekle beraber ulusal çapta olmayan telekomünikasyon hizmetleri yürütülmektedir. Diğer bir ifadeyse sınırlı sayıdaki işletmeci tarafından bölgesel ya da yerel düzeyde kurulacak ve işletilecek hizmetler için işletmeciye verilen ruhsat Tip 1 TR'dir. Sınırlı sayıdaki işletmecilere hizmetin gördürülme usulü olan imtiyazdan Tip 1 Ruhsatın farkı, imtiyaz alan işletmecinin hizmeti ulusal çapta yürütürken, bu ruhsata sahip işletmecinin ancak yerel ya da bölgesel çapta hizmeti yürütmesidir⁵¹⁴.

Buna göre, hangi hizmetlerin, hangi usullerle görüleceği konusunda bir kriter de elde edilmiş durumdadır. Sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek hizmet ulusal boyuttaysa imtiyaz sözleşmesi, yerel ve bölgesel boyuttaysa ruhsat ile gördürülebilecektir. Ulusal çapta bir hizmetin sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülebilmesi için ruhsat verilmesi mümkün değildir,⁵¹⁵ ancak Kurum'un bölgesel çaptaki hizmetler için kullanılacak yöntemi belirlemede hala takdir yetkisi bulunmaktadır.

- 2.Tip Telekomünikasyon Ruhsatı ile sınırlı sayıda işletmeci gerektirmeyen ancak 406 sayılı Kanunun Ek 18 nci maddesindeki hizmetler olup, bunların sınırlı sayıdaki işletmeci tarafından yürütülmesi gerekmemektedir. Mobil telefon, çağrı cihazı, ankesörlü telefonlar, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapıları hizmetleri 2. Tip ruhsat ile yürütülmektedir.⁵¹⁶ Bunların içinden ankesörlü telefonlar, rehber basımı ve altyapı hizmetleri evrensel hizmet kapsamındadır.

4. Genel İzin

Genel İzin, 406 sayılı kanun m.1'de "*Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Kurum tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Kurum nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem*" olarak tanımlanmıştır. Genel İzin ile yetkilendirilecek telekomünikasyon hizmetleri, ilgili Kurul Kararlarına göre sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesine gerek

⁵¹⁴ EKİCİ, s.94.

⁵¹⁵ İbid, s.95

⁵¹⁶ İbid.

olmayan ve 406 sayılı Kanunun Ek m.18’de sayılan hizmetlerin dışında kalan hizmetler ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapılarıdır⁵¹⁷.

Bugün yürürlükte olmayan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapısına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği m.44 uyarınca koşulları sağlayan işletmelere verilen genel izin belgesi her yıl vize edilir ve tutarı Kurum tarafından belirlenen bir yıllık ücret alınır.

Bu noktada haklı olarak ULUSOY tarafından genel izin belgesinin telekomünikasyon ruhsatı işleminden hukuken bir farklılığı bulunmadığı ifade edilmiştir. Zira yürürlükte olmayan yönetmeliğe göre, hizmeti yürütmek amacıyla başvuranlardan koşulları taşıyanlara genel izin verilmesi işlemi, ruhsat işlemi gibi bir bireysel idari işlem niteliğinde olacaktır. Oysaki 406 sayılı Kanun m.1 uyarınca genel izin düzenleyici işlem olarak tanımlanmıştır.⁵¹⁸ Söz konusu yönetmelik, bugün yürürlükte olmadığı için, yönetmelik hükmünün Kanun ile çelişmesi konusu bir tarafa bırakılarak, bir düzenleyici işlem niteliğinde genel izin usulünün nasıl olabileceği üzerinde durmak gerekecektir. Bu konuda, genel izin, bir telekomünikasyon hizmetinin sunumu için idare tarafından genel koşulların belirlenmesi ve ilanıyla, koşulları sağlayan herkesin hizmeti yürütebilmesi şeklinde olabilecektir. Bu durumda işletmecilerin gerekli koşulları taşıyıp taşımadığı *a posteriori* olarak denetlenebilecektir. İkinci olarak genel izin, yine bir hizmete ilişkin koşulların belirlenip duyurulması sonucu, koşulları taşıyanların kayıt yaptırımları ile yürütülebilecektir⁵¹⁹. Nitekim bu konuda yürürlükten kaldırılan Yetkilendirme Yönetmeliği gibi Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği de m. 4/bb Kurum bünyesinde kayıt sistemini öngörmüştür⁵²⁰.

B. Evrensel Hizmet Yükümlüsünün Belirlenmesi

5369 sayılı EHK m.2 uyarınca evrensel hizmet yükümlüsü “*Elektronik haberleşme sektöründe, ilgili mevzuatına göre Kurumca yetkilendirilmiş ve bu Kanun kapsamındaki hizmetleri sağlamakla yükümlü kılınan işletmeci*” olarak

⁵¹⁷ EKİCİ, s.98.

⁵¹⁸ ULUSOY, s.65 vd.

⁵¹⁹ SLOT/SKUDDER’dan aktaran ULUSOY, s.66.

⁵²⁰ EKİCİ, s.99.

tanımlanmıştır. Evrensel hizmet yükümlüsünün olan işletme, Kanunda öngörülen yetkilendirme yöntemlerinden biri ile evrensel hizmetin sağlanmasıyla görevlendirilmiştir. 5369 sayılı Kanunda öngörülen yöntemlerden imtiyaz ve görev sözleşmeleri idari sözleşme niteliğindedir. İdarenin sözleşmeleri kategorisinde yer alan idari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak kamu hukuku rejimine tabidirler. Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını belirlemede uygulanan kriterler, öncelikle sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması, hizmetin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi ya da kamu hizmetinin yürütülmesine katılma olması ve sözleşmenin tarafı olan idarenin kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olmasıdır⁵²¹. Bu kriterlerin bir arada bulunması halinde mevzuatta açıkça bir düzenleme yapılmaması halinde dahi idari sözleşmenin varlığından bahsetmek ve bu sözleşmeyi kamu hukuku rejimine tabi kılmak mümkün olacaktır. Ayrıca, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözüleceğine dair bir hüküm bulunmaktaysa sözleşmenin idari niteliğinde bir tereddüt olmayacaktır. Bu kriterlere dayanılarak bir sözleşmenin nitelendirilmesi ancak o sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belli olmaması durumunda yapılabilecektir⁵²². Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin Yasa koyucu tarafından özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilen yap-işlet-devret sözleşmelerine ilişkin kararlarında, bu sözleşmelerin idari sözleşme (kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi) niteliğinde olduğunu vurgulayarak dayanak kanunu iptal etmiştir⁵²³.

Bununla birlikte, idare sözleşme yöntemini kullanmak istediğinde, bu sözleşme idari sözleşme olsun ya da olmasın, idare özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olan sözleşme hürriyetine sahip olmayacaktır⁵²⁴. Her iki durumda da sözleşmenin kuruluş aşamasında idarenin iradesi bir takım kısıtlamalara maruz kalmak durumundadır. Şöyle ki idare, gerek sözleşmenin tipini seçme, gerekse sözleşmenin tarafını da seçme konusunda sınırlamalara tabidir. Tercih edilecek sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim ve sözleşmenin türü Yasakoyucu tarafından

⁵²¹ ONAR, C.III, s.1590 vd., GÜNDAY, s.167 vd., GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 552 vd.

⁵²² GÖZLER, C.II, s.9.

⁵²³ AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K.1995/23, AMKD, S.32, C.1, s.144-168. Bu konuda her ne kadar GÖZLER, Anayasa Mahkemesinin kararının “yanlış bir sonuca” ulaştığı görüşünde olsa da, dikkate alınması gereken nokta Anayasa m.47’de 1999 yılında yapılan değişikliğe dek, Anayasanın kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine göre özel kişilere gördürülmesine olanak vermemesi olmalıdır.

⁵²⁴ KUTLU, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, DEÜHF Yay., İzmir, 1997, s.39.

belirlendiği gibi, idarenin sözleşmeyi yaparken izleyeceği usul ve esaslar ve bağlı kalacağı yöntem ve şekil açısından da sınırsız bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵²⁵. İdarenin takdir yetkisi Yasakoyucunun çizdiği sınırlar içinde olmak durumundadır. Bu konuda idarenin sözleşmenin karşı tarafını belirlerken uyması gereken bir takım usul ve esaslar vardır. Nitekim 29.06.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılması Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵²⁶ ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.9/b-7 uyarınca yetkilendirmede ihale usullerine başvurulacaktır. Burada 5809 sayılı Kanun m.9/a'da öngörülen istisnalar dışında Kamu İhale Kanunları uygulanmak zorundadır.

Evrensel hizmet yükümlüsünün belirlenmesi amacıyla ihale sürecine geçilmeden önce de bir takım kıstaslar getirilmiştir. Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılması Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8 uyarınca, Ulaştırma Bakanlığı tarafından evrensel hizmetin götürüleceği yerler ve verilmesi gereken hizmet türleri tespit edilecektir (a). Bu çerçevede belirlenen evrensel hizmet yükümlülüğüne talip olan işletmeler, hizmetin sunulacağı bölgeye, bu bölgedeki mevcut ve planlanmış elektronik haberleşme alt yapısına, verecekleri hizmet türlerine, maliyetlerine, uygulayacağı fiyatlara, planlanmış gelirleri ve bunların toplam gelirler içindeki dağılımına, potansiyel abone sayısına, hizmet kalitesine, evrensel hizmete dayalı olarak planladığı iş kapsamı ile ilgili mali ölçütlere ve benzeri hususlara ilişkin bilgi ve belgelerini Bakanlığa vereceklerdir (m.8/b- 1 ila 9). Bu belgeler dışında Bakanlık gerekli gördüğü diğer konulara ilişkin ek bilgi ve belge de isteyebilir. Bu koşullar sadece bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılması ve kullanımına yönelik uygun fiziki ortamın oluşturulması ve her türlü araç, gereç, bilgisayar, donanım alınması durumunda aranmayacaktır.

Bu şekilde belirlenen koşulları sağlayan başvuruçular arasından evrensel hizmet yükümlüsünün belirlenmesi amacıyla ihale yapılacaktır. Ulaştırma Bakanlığı ihale yöntemiyle belirlediği işletmeye “evrensel hizmet yükümlülük belgesi” verecektir ve bu yükümlülük süresi en az beş yıl olarak belirlenir. Böylece belirlenen evrensel hizmet yükümlüsü, hizmeti sözleşme çerçevesinde yürütecekse Kurum ile

⁵²⁵ ÖZAY, s. 523.

⁵²⁶ RG, 26.06.2006, S.26213.

sözleşme imzalayacaktır. Şayet ruhsat ya da genel izin söz konusu olursa, bu idari kararları almaya yetkili idare de BTK olacaktır.

C. Evrensel Hizmet Yükümlüsünün Sorumlulukları ve Hakları

Şayet bir kamu hizmetinin sorumlusu olan idare, söz konusu hizmete ulaşmasını amaçlıyorsa, hizmet sağlayıcına bir takım yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için de haklar tanımak durumundadır. Özellikle evrensel hizmette olduğu gibi ülke içindeki şebekenin tüm ülkeye yayılmasını, hizmetin her kesime ulaşmasını ve bunun için de aynı hizmete aynı tarifenin uygulanmasını sağlamak amacıyla hizmet sağlayıcılarına bir takım yükümlülükler getirilmiş, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini garanti etmek için de bir takım destekleyici önlemler alınmıştır. Bu önlemler ülkelerin ve coğrafi bölgelerin gelişmişlik oranlarına göre değişmekte olup, gelişmiş ülkelerde hizmetten yararlananların internet gibi yeni hizmetlere ulaşımını sağlamaya yönelirken, gelişmekte olan ülkelerde temel iletişim hizmetleri gibi daha geleneksel hizmetlerden yararlanabilmeyi sağlaması açısından zorunludur⁵²⁷.

Evrensel hizmet yükümlüsü, 5369 sayılı EHK kapsamındaki hizmetleri asgari standartlarda, önceden belirlenmiş kalitede, makul fiyatla ve coğrafi konumundan bağımsız olarak her yere sağlamakla yükümlüdür. Buna göre evrensel hizmet yükümlüsü öncelikle, hizmetin her yerde ve aynı zamanda olmasını (*l'ubiquité*) ve ekonomik ve sosyal sınıflar arasında hizmetin sunulması açısından ayrımcılık yapılmamasını sağlamak zorundadır⁵²⁸. Hizmetin her yerde ve aynı zamanda olmasından anlaşılması gereken, hizmete ulaşımın sağlanması için gerekli altyapı koşullarının oluşturulmasıdır. Hizmetten yararlananlar arasında söz konusu olan ayrımcılık yasağı ise, evrensel hizmet yükümlüsüne hizmetlerin türü aynı olduğu müddetçe aynı tarife üzerinden ücretlendirilmesi zorunluluğu getirmektedir⁵²⁹.

⁵²⁷ LAFFONT, J-J/N'GBO, A., "Cross Subsidies and Network Expansion in Developing Countries", **European Economic Review**, 2000, Vol. 44, pp. 797-805'den aktaran CHONE, Philippe/FLOCHEL, Laurent/PERROT, Anne, "Obligations de service universel et concurrence dans le réseaux", **Économie et Prévision** 2002/5, No. 156, s.97.

⁵²⁸ CHONE/FLOCHEL/PERROT, s.98.

⁵²⁹ Ibid.

Bu doğrultuda, Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılması Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.9 evrensel hizmet yükümlüsünün sunacağı hizmetlerle ilgili sorumluluklarını belirlemiştir. Buna göre evrensel hizmet yükümlüsünün sorumlulukları şunlardır:

a) Ankesörlü telefon hizmetini, kamu kullanımına açık yerlerde özürlülerin de kullanımına uygun şekilde tasarlayıp ülke çapında yayılmasında nüfus yoğunluğunun düşük olduğu yerleşim birimlerine öncelik vermek durumundadır. Bu konuda öncelikle Ulaştırma Bakanlığının görüşünü almak zorundadır.

b) Elektronik haberleşme hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanmasını ve bilinmeyen numaraların tespit edilmesini teminen, rehber dâhil olmak istemediğini beyan eden aboneler haricindeki abonelerin bulunduğu illere göre en az adı, soyadı, adresi ve telefon numarasını kapsayacak şekilde alfabetik ve mesleki olarak Kurumca belirlenen numaralandırma planına uygun bilgileri mobil numaralar dâhil, derleyerek basılı ve elektronik ortamda sunmakla yükümlüdür. Belli aralıklarda güncelleştirilmesi gereken basılı ortamda verilecek rehber hizmetleri için yükümlü işletmeci tarafından alınacak reklam gelirleri net maliyetin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Telefon, internet, yazılı mesaj gibi elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerinin maliyetlerini Bakanlığa değerlendirilmek üzere bildirilmesi gerekmektedir.

c) Acil yardım çağrılarının erişimini Acil Servis Numaraları ile ilgili mevzuat değişikliğini de dikkate alarak ücretsiz sağlamak durumundadır.

ç) Denizde tehlike ve emniyete ilişkin haberleşme hizmetini makul ücret karşılığında sağlamak zorundadır.

d) Kurum tarafından telekomünikasyon sektöründe tüketici haklarına ilişkin yapılan düzenlemeler dâhilinde evrensel hizmetlere ilişkin olarak doğru faturalama yapmak ve ayrıntıları göstermek zorundadır.

e) Fatura içeriği ile ilgili olarak ihtilaf durumunda abone, 30 gün içinde şikayetini yükümlü işletmeciye bildirir. İşletmeci bu işlemlerle ilgili bilgiyi ve cevabı en geç 15 gün içinde aboneye verir ve bu süre içerisinde herhangi bir şekilde hizmeti durduramaz. Abonenin ödeme zorluğundan dolayı hizmetin durdurulmasına karar verilmesi durumunda, 60 gün süreyle abonenin gelen çağrıları alabilmesi ve acil çağrıları yapabilmesini sağlamak zorundadır.

f) Minimum 56 kbit/saniye hız olmak kaydıyla makul ve yaygın internet hizmetlerine elverişli teknolojiyi götürmekle yükümlüdür.

g) Elektronik haberleşme şebekesi üzerinden verilen, sabit bir noktadan ses iletimini ihtiva eden hizmetleri sunmakla yükümlüdür. Sabit telefon hizmetini sağlarken belirlenmiş ve yaygın standartlar ve kaliteye eşdeğer hizmetleri yürürlükteki mevzuat hükümlerine uymak koşuluyla farklı teknolojileri kullanarak sunabilir.

ğ) Sunacağı evrensel hizmetlerden tarife ve abonelik sözleşmelerinin ilgili hükümlerini bu yönetmelik hükümlerine uygun hale getirmek zorundadır.

h) Yükümlü işletmeci Kurum tarafından belirlenen hizmet kalite standartlarına uymakla ve hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin bilgileri Kuruma sunmakla yükümlüdür.

Görüldüğü üzere, evrensel hizmet işletmecisinin asli yükümlülüğü her yere evrensel hizmeti sunmaktan öte, telekomünikasyon hizmetlerinin “evrenselleşmesi”ni sağlamaktır⁵³⁰. Bundan kasıt, telekomünikasyon ağının kırsal, coğrafi açıdan zorlu, gerek nüfus gerekse ekonomik durum dolayısıyla maliyeti yüksek bölgelere de götürülmesi ve iletişimin sağlanmasıdır. Bununla birlikte evrensel hizmet yükümlüsünün sorumlulukları sadece şebekenin oluşturulmasından ibaret olmaktan öteye geçmekte, acil aramaları, kamuya açık ankesörlü telefonların yaygınlaştırılmasını, rehberlik hizmetlerini ve “tüketici”lerin hizmet bedeline ilişkin bilgilendirilmelerini de içermektedir. Evrensel hizmet ilkelerinden hareketle, iletişimin kesintisiz, düzenli ve herkese nesnel olarak sağlanmasını da içermektedir⁵³¹.

IV. EVRENSEL HİZMETİN FİNANSMANI

A. Evrensel Hizmetin Finansman Usulleri

Rekabetçi piyasada, evrensel hizmet yükümlülüğünün varlık nedenini oluşturan bir takım hedeflere varılması işletmecinin doğası gereği kâr elde etmeyi

⁵³⁰ TOUSCOZ/DUMONT, s.171.

⁵³¹ Ibid, s.170 vd.

amaçlaması nedeniyle güçleşmektedir⁵³². Rekabetçi piyasadaki işletmeci için kendisinden daha etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler nedeniyle doğabilecek riskler de mevcuttur⁵³³. Bu nedenle, evrensel hizmet politikalarını belirleyenler bir yandan piyasadaki işletmeciye güvenlik sağlarken, diğer yandan da evrensel hizmetin amaçlarının gerçekleşmesini gözetken önlemler almaktadırlar. Bu noktada, ülkelerin belirledikleri evrensel hizmet kapsamı, ekonomik, toplumsal koşulları da dikkate alınarak öznel finansman mekanizmaları oluşturulabilmektedir.

Evrensel hizmetin finansmanında farklı usuller görülebilmektedir ve usullerin uygulanması aslında piyasanın tekel niteliğinde olup olmamasına bağlıdır. Kural olarak piyasa koşullarına göre tarifelendirilmesi gereken telekomünikasyon ve posta hizmetleri alanında, evrensel hizmetin finansmanı konusunda benimsenen yöntemler piyasa kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte, evrensel hizmet yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amacıyla alınan bu önlemler ATAD tarafından “genel yararın sağlanması amacıyla kaynaklanan bir zorunluluk”⁵³⁴ olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde ATAD’ın içtihatlarıyla benimsediği üç ayrı finansman yöntemi bulunmaktadır. Bu yöntemler hizmetin kendi içinden finansmanı, kamu kurumları ve özelde devlet yardımları ve bir fon oluşturularak fondan kaynak aktarımı şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1. Hizmetin Kendi İçinden Finansmanı

a. Tarife Dengelemesi Yöntemi

Evrensel hizmetin kendi içinden finanse edilmesi durumunda dışarıdan gelen herhangi bir yardım ve sübvansiyon söz konusu değildir. Zira bu usulde hizmetin sağlanması için gerekli olan altyapı zaten mevcut olduğundan işletmecinin sektöre girdiğinde bir batık maliyeti söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle evrensel hizmetin finansmanının sağlanması ekonomik olarak zayıf kırsal bölgelerde ve işletmeciler açısından kârlı görülmeyen hizmet alanlarında sıkıntı arz edecektir. Bu sorunu gidererek kırsal kesim tüketicilerinin sübvansiyon edilmesi ve işletmecilerin “zayıf”

⁵³² Ibid.

⁵³³ KARAKURT, s.10.

⁵³⁴ ATAD, 11 Nisan 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, C-66/86, Rec.838.

bölgelerde kalmasını da sağlamak amacıyla⁵³⁵ tarifelerin dengelenmesi yoluna gidilmektedir. Tarifelerin dengelenmesi yoluyla sağlanan bu finansman yöntemi, coğrafi dengeleme ve hizmetler arası tarife dengelemesi olarak iki şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Coğrafi dengeleme, düşük nüfuslu ve ekonomik açıdan zayıf olan kırsal bölgeler ile nüfus yoğunluğu ve ekonomik gücü fazla olan kentsel bölgeler arasında tarifelerin dengelenmesidir. Tek tarife sistemi olarak da adlandırılan bu sistemde, mevcut altyapı üzerinden türdeş hizmet alan kullanıcılar coğrafi konumlarından bağımsız olarak aynı bedeli ödemektedirler⁵³⁶. Bunun nedeni, kırsal bölgelerde kullanım bedeli yüksek olan katma değerli hizmetlere tüketicilerin yaklaşımı çekinik olduğundan bu bölgelerin işletmeciler tarafından cazip görülmemesi riskini bertaraf etmektir⁵³⁷. Türdeş hizmetlere tek tarife uygulamasıyla, gelişmiş bölgeler, hizmetin bedelinin daha yüksek olduğu kırsal bölgeleri sübvansede etmektedir⁵³⁸. Coğrafi konum ve özellikler nedeniyle tek tarife uygulamasına destek veren Komisyon ve Konsey de evrensel posta hizmetleri konusunda “herkes tarafından karşılanabilecek tek tarife” uygulamasına gidilmesi yönünde irade göstermiştir⁵³⁹. Bununla birlikte, tek tarife uygulaması genelde kırsal alanlarla kentsel bölgeler arasında hizmetin maliyeti arasında ciddi farklılıklar olmaması halinde başvurulmuş bir yöntemdir. Şayet maliyetler arasında böylesi bir farklılık bulunuyorsa, aynı hizmet içinde bir denkleştirme sağlanarak finansman yoluna gidilmektedir⁵⁴⁰.

Hizmetler arası dengelemede ise, iki ayrı hizmet söz konusudur ve bunlardan biri diğerinden, yani evrensel hizmetten, daha kârlı bulunmaktadır. Bununla birlikte kârlı olan hizmet evrensel hizmetin sağlanmasını sübvansede etmektedir. Böylece oluşturulan çapraz sübvansiyon sistemi sadece hizmetin kendi içinden finansmanında uygulama alanı bulabilecektir. Zira hizmetin dışarıdan finansmanında çapraz sübvansiyon uygulaması söz konusu olmaz⁵⁴¹. Bunun Fransa’daki örneği olarak,

⁵³⁵ KARAKURT, s.9.

⁵³⁶ MARCHESSOU, Philippe, “*Les modes de financement du service universel*”, in **Service public et Communauté européenne**, T.1, s.289.

⁵³⁷ KARAKURT, s.9.

⁵³⁸ DEBENE/RAYMUNDIE, s.185.

⁵³⁹ 11 Haziran 1992, 91/476/CEE Direktifine uygun olarak Konsey’in Topluluk Posta Hizmetlerinin gelişimine İlişkin 94/216 No’lu Tebliği, JOCE, C 48, 16 février 1994.

⁵⁴⁰ KARAKURT, s.11.s

⁵⁴¹ CHONÉ, Philippe/FLOCHEL, Laurent/PERROT, Anne, “*Obligations de service universel et concurrence dans le réseaux*”, **Économie et Prévision**, 2002/5, No.156, s.99.

bedeli itibariyle son derece kârlı olan acele posta servisi olan *Chronopost*, evrensel posta hizmetlerinin 350 grama kadar olan posta taşımacılığına mali destek vermektedir⁵⁴².

Hizmetin kendi içinden finansmanında uygulanan bir diğer yöntem de “*pay or play*” yöntemi olup, işletmeciye ya hizmetin sağlanması bedelini ödeme ya da doğrudan hizmeti sağlama seçenekleri şeklinde bir alternatif sunmaktadır. Bu yöntemin evrensel hizmetin “her yerde ve her zaman” sunulabilmesi için hizmet içi finansmanda en etkili usul olduğu belirtilmektedir⁵⁴³.

Hizmetler arası dengelemenin uygulamada Avrupa Kurumları tarafından da benimsenen diğer yöntemleri ise, ya kârlı olan hizmeti yürüten işletmeciye evrensel hizmeti sağlama yükümlülüğünün de getirilmesi ya da evrensel hizmet sağlayıcısının faaliyet alanını rekabete kapatma şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁴⁴. Rekabete açık piyasa tanımlamasında evrensel hizmet yükünün tek bir firmaya yüklenmesi ya da firmalar arasında maliyetin paylaşılması ayrıştırmasına gidilmektedir. Tek bir firmanın evrensel hizmet yükümlüsü olması durumunda fiyatların yüksek olduğu alanda hizmet sunup, diğer alanlarda nitelikli hizmet vermemesi gibi olumsuz sonuçlar bulunduğu dikkat çekilirken, bu firmanın tekel koruması elde edeceği alanların saptanmasından ve bu alanlarda evrensel hizmet sorumluluğunu yerine getirmesinden söz edilmektedir⁵⁴⁵. Yani özel bir firmaya belli alanlarda tekel olma hakkının evrensel hizmetin yerine getirilmesinin bir gerekliliği olarak sunulabilmektedir. Nitekim *Corbeau* kararında ATAD rekabetçi piyasada taban fiyat belirlenmesi yoluyla kamu işletmesine evrensel hizmetin sağlanması olanağı vererek rekabetin kısıtlanmasının mümkün olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır. Hatta elektrik sektöründeki evrensel hizmetin sağlanması için kamu işletmesi tarafından yetkilendirilen özel şirketin tekel hakkını da rekabet kurallarına aykırı görmemiştir⁵⁴⁶.

26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası ile Fransa’da benimsenen evrensel hizmetin finansman yöntemlerinden biri de hem coğrafi dengeleme, hem de hizmetler arası dengeleme usullerini de içeren hizmetin kendi içinden finansmandır.

⁵⁴² MARCHESSOU, s.290.

⁵⁴³ CHONÉ/ FLOCHEL/ PERROT, s.102.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ KARAKURT, s.13 vd.

⁵⁴⁶ Corbeau Kararı. bkz. supra.

Yasaya göre, hizmetler arası tarife dengelemede mobil telefon hizmetleri sunan işletmeciler de, tüm ülkeyi kapsama alanına almayı ya da anayollar ile nüfus yoğunluğu düşük olan bölgelere hizmet götürmeyi taahhüt etmedikçe evrensel hizmetin finansmanına katılmaktadırlar⁵⁴⁷.

b. Transfer Yöntemi

Evrensel hizmetin finansmanında hangi yöntem uygulanırsa uygulansın, gelir dağılımındaki eşitsizlikler ve farklı gelir grupları düşünüldüğünde hizmet için belirlenen ücretin her bir bireyin bütçesindeki yansıması farklı olacaktır. Bu nedenle farklı gelir gruplarını da tatmin edebilmek için gelir grupları arasında fiyat farklılaştırılması yoluna gidilebilmektedir. Bu noktada da yüksek maliyetli gruba sağlanan hizmetlerin maliyetlerinin bir bölümünün düşük maliyetli gruplara yüklenmesi söz konusu olmaktadır. Bunun önlenmesi amacıyla, zorunlu olarak işletmenin evrensel hizmet yükümlülüklerinin finansmanı amacıyla desteklenmesi anlamına gelen transfer yöntemi uygulanması gerekmektedir. Hizmet türleri arasında fiyatlandırma politikasında çapraz sübvansiyon gözetilmesiyle yine toplum içinde zorunlu bir transfer yöntemi uygulanmış olmaktadır⁵⁴⁸. Bununla birlikte, neoklasik iktisatçılar açısından çapraz sübvansiyon yöntemleri uzun vadede çökmeye mahkûmdur⁵⁴⁹. Zira, kârlı bölgelerden elde edilen gelirler ile daha az kârlı bölgelere hizmet sunulmasının finansmanı kullanıcılar açısından da sorun yaratacaktır. Şöyle ki, bir hizmetin maliyetinin altında bir bedele satılması piyasadaki tüm fiyatlar açısından bozucu etkiye sahiptir⁵⁵⁰. Bu noktada söz konusu sistem klasik ve en eski yöntem olan devletin ve diğer kamu idarelerinin yardımlarıyla hizmetin desteklenmesidir.

ABD’de de ekonomik olarak güçsüz abonelerin hizmete erişiminin garantiye alınması için uzun mesafe hizmet sağlayıcıları tarafından beslenen Fondan aktarılan kaynaklar yanında, devlet yardımları ile sübvansiyon edilmeleri sistemi de

⁵⁴⁷ MOINE, “*Le Service Universel: contenu, financement, opérateurs*”, s.249.

⁵⁴⁸ SALMAN, s.19.

⁵⁴⁹ CHONÉ/FLOCHEL/PERROT, s.98.

⁵⁵⁰ GERAY, s.78.

uygulanmaktadır⁵⁵¹. Federal düzeyde uygulanan bu sistem yanında hizmet içi dengeleme yoluyla finansman da kullanılan ABD’de kullanıcılar arası çapraz sübvansiyon şeklinde ortaya çıkabildiği gibi, ek bağlantı ücretlerinden de sübvansiyon edilebilmektedir⁵⁵².

Roma Anlaşması m. 87’de “...devlet tarafından ya da devlet kaynakları vasıtasıyla herhangi bir şekilde yapılan...” yardımlar olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye göre belli bir teşebbüsü ya da belli malların üretimini kayıran ve rekabeti bozucu etkisi olan devlet yardımları yasaklanmıştır. Bununla birlikte, m.77 uyarınca kamu hizmeti yükümlülüklerinin sağlanması konusunda kamu idarelerinin mali desteklerine rekabetçi piyasada yer verilebileceği düzenlenmiştir ki evrensel hizmet yükümlülükleri de bu çerçevede değerlendirilmektedir. Bu noktada kamu idareleri ve devlet, söz konusu yardımlara ilişkin politikanın ve yardımların ayrıldığı kalemlerin açıkça önceden belli edilmesini, desteklenmesi gereken hizmetlerin kârlı olmama ve genel yarar açısından desteklenme gerekçelerini açıkça belirlemek zorundadır⁵⁵³. Bu durumda ATAD da, evrensel hizmetin maliyetinin karşılanmasını amacıyla yapılan yardımları Anlaşma m.90/2 kapsamında genel yararı sağlama amacına yönelik olması gerekçesiyle hukuka aykırı bulmamakta ve devlet yardımı olarak değerlendirmemektedir⁵⁵⁴. Nitekim, 24.07.2003 tarihli *Altmark*⁵⁵⁵ kararıyla Mahkeme, belirlediği dört koşulun karşılandığı durumlarda, kamu hizmeti yükümlülüklerinden doğan masraflar için verilecek olan yardımın, hukuki açıdan devlet yardımı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu koşullar, kamu hizmeti yükümlülükleri açık bir şekilde, önceden belirlenmiş olması; bu yükümlülüklerden kaynaklanan masrafın karşılığı olan yardımın miktarı önceden, açık olarak ve objektif ölçütlere göre belirlenmiş olması; yardımın miktarının, kamu hizmeti yükümlülüklerinden kaynaklanan masrafın miktarını geçmemesi ve son olarak kamu hizmetini yürüten şirketin açık bir ihale yöntemine göre belirlenmesidir⁵⁵⁶. Şayet kamu hizmetini yürüten şirketin ihale yöntemiyle

⁵⁵¹ PERROT, s.173.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ MARCHESSOU, s.291.

⁵⁵⁴ ATAD, 22 Mart 1977, *Steinike ve Weinglig*, Rec. S.595; ATAD, 5 Mart 1994, *Banco de Credito Industrial SA*, C-387/92, Rec. s. I-877’den aktaran Ibid, s.292.

⁵⁵⁵ ATAD, *Altmark Kararı*, bkz.supra.

⁵⁵⁶ MET-DOMESTICI, Alexandre, “*Aides d’Etat, service public et droit communautaire*”, **AJDA**, No.34, 16 octobre 2006, s.1885 vd.

belirlenmemesi halinde, kamu hizmetinden kaynaklanan masrafların karşılığı olan yardımın miktarının “*aynı şartlar altında, iyi yönetilen ve mali durumu üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmesine olanak verecek bir şirket*” temel alınarak belirlenmek zorundadır.

Evrensel hizmet alanı gibi piyasa açılmış, ancak batık maliyetler nedeniyle girişimciler açısından cazip bulunmayan sektörlerde devlet yardımlarının rekabeti açısından dengesizliğe yol açmaması gerekmektedir. Bu nedenle Komisyon, batık maliyetlerden kaynaklanan zararların karşılanmasına yönelik devlet yardımlarının hukuki konumuna ilişkin bir “Tebliğ” yayınlamıştır. Buna göre, batık maliyetlerin devlet yardımları tarafından karşılanmasının rekabeti bozucu olarak nitelendirilmemesi için, bu maliyetlerin serbestleştirmeden önce doğması ve serbestleştirmeden dolayı rekabetçi bir piyasada işletme tarafından karşılanamayacak nitelikte olması gerekmektedir⁵⁵⁷.

Sonuç olarak, evrensel hizmetlerin kamu hizmeti içeriğinde yer alan ve karşılanmasında mali güçlük bulunan “çekirdek kısmı” oluşturması gerçeğinden hareketle, rekabete açık bir piyasada işletmecilerin bu hizmetleri sağlamaktan kaçınmaları riski bir “müdahaleyi” de zorunlu kılmaktadır. Evrensel hizmet yükümlülükleri, amaç bakımından kamu hizmeti yükümlülüklerinden farklı olmayıp kamu yararının sağlanmasına yönelmektedir. Ancak, kapsam bakımından kamu hizmetlerine göre daha sınırlıdır ve takdir yetkisine yer bırakmayacak şekilde belirlenmiştir. Bu nedenle kamu hizmetleri konusunda rekabeti bozucu addedilmeyen durumlarda evrensel hizmet yükümlülüklerinin sağlanması için yapılan devlet yardımlarının da aynı hukuki nitelemeye haiz olması gerekmektedir. Nitekim, evrensel hizmet yükümlülüklerini üstlenmiş olan işletmeciler, 5369 sayılı Kanun m.6 hükmüne göre bu yükümlülüklerden doğan harcamaları karşılığında devlet yardımı alabileceklerdir.

⁵⁵⁷ Aktaran AKILLIOĞLU, E., s.15.

2. Hizmetin Dışarıdan Finansmanı ya da Evrensel Hizmet Fonu

Rekabete açık piyasada evrensel hizmetin finansmanı konusunda bir başka yöntem olarak kamunun sorumlu kılındığı, tüm işletmecilerin katıldığı bir genel yararın sağlanması modellemesi yapılmaktadır. Bu modellemede kurulacak bir fonla evrensel hizmetin maliyetinin karşılanması öngörülmektedir. Bu fon, işletmecilerin hizmeti satışları üzerinden evrensel hizmet vergisi ya da ücreti alınması, evrensel hizmet işletmecisinin altyapısını kullanmaları nedeniyle şebekeye erişim ücreti kesilmesi, lisans, ruhsat, imtiyaz sözleşmesi gibi işlemlerde piyasaya giriş ücreti alınması gibi yöntemlerle elde edilen kaynaklarla oluşturulmaktadır. Tamamen tüm işletmecilerin katılımıyla oluşturulan kaynakların, işletmeciler arasında yeniden dağıtımı mantığına dayalı⁵⁵⁸ fon sistemi Komisyon tarafından özellikle benimsenmekte ve tavsiye edilmektedir. Bunun nedeni, fon sisteminin tamamen neo-liberal ve rekabetçi piyasalarda işlev görebilmesidir⁵⁵⁹. Şöyle ki, kamu hizmetlerinin kendi içinden finansmanı, ancak ya tekel ya da düzenleme mekanizmaları ile olabilecektir ve evrensel hizmet her iki yöntemi de özü itibarıyla reddetmektedir⁵⁶⁰. Zira evrensel hizmet sadece rekabete açılmış sektörlerde söz konusu olmaktadır. Bu nedenlerle, bu hizmetlerin rekabete uygun yöntemlerle finanse edilmesi gerekmektedir. Devlet yardımları ve sektörde bir işletmeye tekel alanı tahsis etme yöntemlerine göre rekabet kurallarıyla daha bağdaşır nitelikte olması Fon sisteminin Komisyon tarafından tercih edilmesinin asli nedenidir. Zira Topluluk hukuku, rekabet ekonomisi ilkeleriyle çatışacak nitelikte tekel ve imtiyaz hakları tanıyan sistemlere mesafeli yaklaşmaktadır ve fon sistemi ile evrensel hizmetin sağlanması amacıyla bu hakların tanınmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁶¹.

Evrensel Hizmet Fonu olarak oluşturulan fonlarda toplanan, sayılan kalemlerden gelen gelirler, tamamen serbestleştirilmiş piyasadaki işletmecilerin evrensel hizmet yükümlülüklerinden kaynaklanan net maliyetlerini karşılamaya yönelmektedir. Komisyon, özellikle piyasaya müdahalenin şeffaflığı açısından

⁵⁵⁸ ECKERT, Gabriel, “*Les modes de financement du service public dans l’environnement concurrentiel*”, in **Service public et Communauté européenne, C.II**, s.442; CREMER, s.338.

⁵⁵⁹ MARCHESSOU, s.292.

⁵⁶⁰ RAPP, L, “*La politique de la libéralisation des services en Europe entre service public et service universel dans le secteur des télécommunications*”, **Revue de la Marché Commune et de l’Union européenne**, No.389, juin-juillet, 1995, p.352-357’den aktaran BLANDIN, s.108.

⁵⁶¹ ECKERT, s.441.

evrensel hizmet fonu oluşturulması konusunda “tercih”ini 1995 tarihli Yeşil Kitapta işaret etmiştir. Telekomünikasyon sektörünün tamamen piyasa ekonomisine açılmasıyla birlikte, telekomünikasyon altyapısına sahip işletmecinin piyasadaki tek hâkim olmasını önlemek ve rekabeti güvenceye almak için, isteyen herkesin evrensel hizmet yükümlüsü olmasını sağlamak amacıyla yükümlülüklerin evrensel hizmet fonu tarafından finanse edilmesi yoluna gidilmiştir. Bununla birlikte bu çözümün rekabeti sağlama misyonu tamamen fonun çalışma koşullarına bağlıdır⁵⁶². Komisyon fona ilişkin belirlemeler ilk olarak Yeşil Kitapta yapılmıştır. Buna göre, seçilmiş işletmecilerden aktarılan kaynaklardan oluşan fon bağımsız bir kuruluş tarafından yönetilmeli ve şeffaflık ilkesine uygun olarak belirlenecek işletmecilere evrensel hizmetin finansmanı amacıyla, öncede belirlenmiş net maliyetler dikkate alınarak fondan kaynak aktarılması gerekmektedir⁵⁶³.

İzleyen süreçte, evrensel hizmetin finansmanında fon sistemine atf Telekomünikasyon Piyasasında Rekabetin Tam Olarak Sağlanmasına İlişkin 28 Haziran 1990 tarihli Direktifte⁵⁶⁴ değişiklik yapan 1996 tarihli Direktifte⁵⁶⁵ yapılmıştır. Direktifin 4. Maddesinde “evrensel hizmet yükümlülüğünün sağlanmasının net maliyetinin telekomünikasyon işletmelerince paylaşılması” ifadesiyle Yeşil Kitapta tercih edilen usul olarak belirttiği fon sistemine paralel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, fona hem şebekeyi elinde tutan işletmeler, hem de hizmeti sağlayan işletmelerce pazardaki payları oranında aktarılacak kaynaklardan oluşmaktadır. Fonda toplanan kaynaklar da objektif kriterlere göre ve ayrımcılık yapılmadan yüklendikleri evrensel hizmet yükümlülükleri oranında işletmecilere net maliyetlerini karşılamak üzere aktarılacaktır. Komisyonun bu Direktif ile evrensel hizmet fonuna ilişkin belirlediği ilkeler şu şekilde sayılabilir:⁵⁶⁶

- Kârlı olmayan kullanıcılar tanımlanmalı ve belirlenmelidir.
- Evrensel hizmet yükümlüsü işletmeler piyasadaki yükümlülük paylarına göre kayıt altına alınmalıdır.

⁵⁶² MARCHESSOU, s.293.

⁵⁶³ COM(94)682, 25 janvier 1995, s.85.

⁵⁶⁴ 90/388/CEE, 28 juin 1990, JOCE, L 192 du 24/07/1990, p. 10-16.

⁵⁶⁵ 96/19/CE, 13 mars 1996, JOCE L 074 du 22/03/1996, p.13-24.

⁵⁶⁶ ECKERT, s.442.

- İşletmeciler yükümlülüklerini ya fona yapacakları nakdi ödemelerle ya da kârlı olmayan hizmetleri karşılayarak ve yahut her iki seçeneği aynı anda uygulayarak yerine getirmelidirler.
- Kendilerine yüklenmiş evrensel hizmeti aşan nitelikte kârlı olmayan hizmetleri karşılayan işletmecilere fondan ödeme yapılmalıdır.
- Fon bağımsız bir kurum, tercihen telekomünikasyon alanındaki düzenleyici kurum tarafından yönetilmelidir.

Bu yönde Komisyon'un yaklaşımının ABD'de oluşturulan ve yerel hizmet sağlayıcıların maliyeti yüksek coğrafi bölgelerde faaliyet gösteren evrensel hizmet yükümlülüklerini finanse eden evrensel hizmet fonunun özelliklerinin kıstas aldığı görülmektedir⁵⁶⁷. Uzun mesafe hizmet sağlayıcılarının işlettikleri hat sayısı ile doğru orantılı olarak aktardıkları kaynaklarla beslenen Fon, telekomünikasyon alanının bağımsız idari otoritesi FCC'nin yönetimindedir. İşletmecilerin hizmeti satışları üzerinden ödedikleri evrensel hizmet vergisi ya da alınan ücret, evrensel hizmet işletmecisinin altyapısının kullanması nedeniyle kesilen şebekeye erişim ücreti, lisans, ruhsat, imtiyaz sözleşmesi gibi işlemlerden elde edilen gelirler de fonda toplanmaktadır. Daha geniş tabanlı olan bu finansman yöntemiyle, evrensel hizmet yükümlülüğünün finansmanı tek bir işletmeci tarafından değil, tüm işletmecilerce karşılanır ve piyasadaki altyapıya sahip işletmeci ile diğer işletmeciler aynı konuma getirilmiş olmaktadır⁵⁶⁸.

Bu konuda Fransa'da benimsenen sistem daha dikkat çekicidir. Şöyle ki, 26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası L-35-3 uyarınca oluşturulan Evrensel Hizmet Fonunun yönetimi, telekomünikasyon sektörünün düzenleyici kurumu olan ARCEP'e (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*) değil, Parlamento denetimi altında bulunan bağımsız bir kamu yatırım kuruluşuna (*La caisse des dépôts et consignation*⁵⁶⁹) bırakılmıştır. İşletmecilerin fona aktaracakları ve fondan alacakları kaynakların net miktarına, ARCEP'in teklifi

⁵⁶⁷ PERROT, s.173.

⁵⁶⁸ Ibid.

⁵⁶⁹ 28 Nisan 1816'da çıkarılan ve geçirdiği üç değişikliğe rağmen halen yürürlükte bulunan Kanunla kurulan kurum, kamu tüzelkişiliğini haiz olup, özel statüye sahiptir. Kurumun özerkliğinin sağlanması ve denetimi Parlamento tarafından yapılmaktadır. Özel fonların yürütülmesiyle görevlendirilen Kurum, ülkenin ekonomik kalkınması ve genel yarara yönelik hizmetler alanında faaliyet göstermektedir. <http://www.caissedesdepots.fr/le-groupe/gouvernance/les-textes-fondateurs.html>, (16.3.2010).

üzerine Telekomünikasyondan sorumlu Bakanlık tarafından karar verilmektedir. İşletmecilerin Fona aktardıkları katkı payları, yaptıkları yerine getirdikleri evrensel hizmet yükümlülüklerinin miktarıyla doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Acil arama hizmetlerini ücretsiz olarak sağlama zorunluluğuna uyarak, “makul ücret”li olduklarından “sosyal” tarifeler olarak adlandırılan evrensel hizmet yükümlülüklerinin arttığı oranda ödeyecekleri meblağda düşüş de olabilecektir⁵⁷⁰. 26 Temmuz 1996 tarihli Yasaya göre Fondan kaynak alacak genel yarara yönelik yükümlülükler şunlardır:

- Önceden belirlenmiş kalitede ve ulaşılabilir bir fiyatla sabit telefon hizmetlerini herkese sunma yükümlülüğü (m. L. 35-II),
- Hizmete erişimlerinin sağlanması amacıyla belli kategorilerdeki abonelere özel tarife uygulanması yükümlülüğü (m. L. 35-1),
- Ankesörlü telefonların kamuya açık alanlarda yayılmasını sağlama yükümlülüğü,
- Rehber hizmetlerini sağlama yükümlülüğü.

Aynı Kanunun m. L.36-1 ile kurulan ARCEP, işletmecilerin evrensel hizmet yükümlülüklerini olması gibi ya da hiç yerine getirmemeleri halinde yaptırım uygulama ve durumun tekrarı halinde işletmelerin yetkilendirmelerini iptal etmeye yetkilidir⁵⁷¹. Fransız Anayasa Mahkemesi de yaptığı incelemede bu kanunun anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁵⁷².

Bununla birlikte, fon sisteminin iyi ve şeffaf bir şekilde işleyebilmesi için, gerek yasakoyucu gerekse düzenleyici idarenin bu konularda yeterli ve gerekli bilgiye sahip olması ve dahi “iyi niyetli” olması gerektiği de belirtilmiş⁵⁷³, böylece bilgi ve insan faktörü devreye sokularak uzun vadede fonun etkinliği konusundaki şüpheler de ifade edilmiştir. Şöyle ki, fon sistemiyle piyasa kurallarına göre işleyen genel yarara yönelik ve vazgeçilmez olan evrensel hizmetlerin finansmanının piyasa içinden sağlanması, kamu hizmetlerindeki değişkenlik ilkesine uygun olarak faaliyetlerin geliştirilmesi konusunda yetersiz kalabilecektir. Zira, her ne kadar evrensel hizmet yükümlüsü de olsa piyasa koşullarında faaliyet gösteren işletmelerin

⁵⁷⁰ MOINE, s.249.

⁵⁷¹ Bkz. *infra*.

⁵⁷² CC, 23 juillet 1996, 96/378, JORF 27 Juillet 1996, p.11400.

⁵⁷³ CREMER, s.348.

asli amacı kâr elde etmek olacağından, bu işletmeler yürütmekle yükümlü oldukları hizmet alanlarının maliyetini farttırır şekilde yaymak ve hizmeti geliştirmek konusunda çekinceli olabileceklerdir. Her ne kadar net maliyetleri fondan karşılanmaktaysa da, fona aktarılan kaynaklar da piyasadaki işletmelerden geldiğinden, ekonomi biliminin doğası gereği karşılamakla yükümlü oldukları maliyetli ve kazançsız alanları genişletme eğiliminde olmayacaklardır.

Fon sistemine ilişkin sorgulanması gereken bir diğer nokta da, fonda toplanan kaynakların, evrensel hizmeti yeterince karşılayıp karşılayamayacağı konusunda olmalıdır. Her ne kadar, Fransız ve Türk idare hukuklarında idare kaynakları ölçüsünde sorumlu olsa da kamusal yarara yönelen evrensel hizmet faaliyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bugün gelinen noktada ve uluslararası hukukun etkisiyle ne kamu işletmeleri, ne de tekel yöntemlerine geri dönülmesi mümkün görünmediğinden, en azından seçilen finansman sisteminde objektiflik, şeffaflık ilkeleri ve kamu hizmetlerine egemen olan ilkelerin bir arada uygulanmasına dikkat edilmesi gerekecektir.

B. Türkiye’de Evrensel Hizmetin Finansmanı

1. Türkiye’de Evrensel Hizmetin Finansman Usulü

Telekomünikasyon alanının tamamen serbestleştirildiği ve özelleştirildiği Türkiye’de, temel olarak rekabetçi piyasada birden fazla işletme için fon oluşturulması yöntemi tercih edilmiş, tüm işletmecilerin katıldığı bir evrensel hizmet modellemesi yoluna gidilmiştir. Finansman kaynağı olarak da karma bir yapı yaratılmıştır.

Elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi amacıyla çıkarılan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa dayanılarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından 12.11.2009 tarihli Tarife Yönetmeliği⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ RG, S.27404, 12.11.2009.

çıkarılmıştır. Elektronik Haberleşme Kanunu m.14/ç ve tarife Yönetmeliği m. 5/ç uyarınca, bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesi veya karşılanması yasaklanmıştır. 5809 Sayılı Kanun m.3/h uyarınca elektronik haberleşme hizmetleri, “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, evrensel hizmetlerin de elektronik haberleşme hizmetleri kapsamında yer aldığı açıktır. 5809 sayılı Kanun m.2 uyarınca 5369 sayılı EHK hükümleri saklı tutulmakla birlikte, EHK’da da bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, Türkiye’de evrensel hizmet alanında hizmet içi dengeleme vasıtasıyla finansmanın mümkün olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun dışında tarifeler konusunda yapılan asli düzenleme taban ve tavan fiyat belirlemesi olup, hizmetlerin bu sınırlar içinde rekabet ilkelerine uygun şekilde yürütülmesi öngörülmüştür.

5369 sayılı EHK m.6 ve 29.06.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılması Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵⁷⁵ m.5 uyarınca evrensel hizmetin gelirleri şu kalemlerden oluşmaktadır:

- a. Telekomünikasyon Kurumu’nun görev ve imtiyaz sözleşmeleri, ruhsat ve genel izin bedellerinin yüzde 2’si,
- b. GSM işletmecileri dışındaki işletmeciler ve Türk Telekom’un yıllık net satış hasılatının yüzde 1’i,
- c. GSM işletmecilerinin Hazine’ye ödeyecekleri payın yüzde 10’luk bölümü,
- d. Telekomünikasyon Kurumu’nun verdiği idari para cezalarının yüzde 20’si,
- e. Telekomünikasyon Kurumu’nun her türlü giderlerinin karşılanmasından sonra kalan miktarının yüzde 20’si,

Görüldüğü üzere, evrensel hizmet kapsamında bulunmayan GSM hizmetleri işletmecileri de evrensel hizmetin finansmanına katılmaktadır. Böylece karma bir yapıyla⁵⁷⁶ toplanan bu gelirler Kanunda öngörülen süreler içinde Bakanlığa bildirilerek Bakanlığın Merkez Saymanlık Müdürlüğü hesabına aktarılır ve bütçeye "evrensel hizmet gelirleri" adı altında gelir kaydedilir. Evrensel hizmet gelirlerinin

⁵⁷⁵ RG, 29.06.2006, S.26213.

⁵⁷⁶ SALMAN, s.20.

toplandığı bu kaynak yasada olmasa da günlük hayatta ve doktrinde Evrensel Hizmet Fonu olarak adlandırılmaktadır. Bakanlar Kurulu, işletmecilerin ödeyecekleri katkı paylarını %20'sine kadar arttırmaya veya indirmeye yetkilidir.

Piyasadaki işletmecilerin süresinde ödemedikleri katkı payları, Bakanlığın ilgili vergi dairesine yapacağı başvuru üzerine, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmekte ve bunlara gecikme faizi uygulanmaktadır.

İşletmecilerden elde edilen evrensel hizmet gelirlerinin, net maliyeti ve Kanunda öngörülen diğer harcamaları karşılamada yetersiz kalması olasılığına karşı, Bakanlık bütçesine her yıl evrensel hizmet gelirleri tahmini kadar ödenek öngörülmektedir. Böylece Fonda toplanan kaynakların net maliyeti karşılamaması halinde evrensel hizmet yükümlülüklerinin yerine getirilmesi garanti edilmektedir. Bununla birlikte, Fonda piyasadaki işletmecilerden toplanan evrensel hizmet gelirleri dışında kalan bu ödenek münhasıran, 5369 sayılı Kanun ile Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesi için kullanılabilecektir.

Bakanlık bütçesine aktarılacak ödenek hesaplanmasında da 5369 sayılı Kanun m.7'de öngörülen net maliyet hesaplama usulleri uygulanmaktadır. Buna göre, *“Evrensel hizmetin net maliyeti; yükümlü işletmecinin, hizmetleri evrensel hizmet kapsamında karşılamadığı zaman ile evrensel hizmet yükümlüsü olarak karşıladığı zamanki net maliyetleri arasındaki fark esas alınarak”* hesaplanmaktadır. Evrensel hizmetin net maliyeti, yükümlü işletmecinin hizmeti sunması durumunda dikkate alınması gereken maliyetleri asgariye indirme amacıyla belirlenmektedir. Bununla birlikte, evrensel hizmet net maliyetinin hesaplanmasında, işletmecilerin evrensel hizmet yükümlüsü olması dolaylı kazanımlar ve çağrılardan elde edilebilecek gelirler de göz önüne alınarak hesaplama yapılmaktadır. Yapılan hesaplamada evrensel hizmet yükümlüsünün maddi olan ya da olmayan tüm kazançları dikkate alınmaktadır. Yönetmelik m.10/b-4 uyarınca maddi olmayan kazanımlar, yükümlü işletmecinin adının daha çok duyulması, pazarlama ve reklam dolayısıyla sağlanan kazancını, işletmecinin evrensel hizmet alanında tanınmasından dolayı pazarlamadaki kolaylığı, planlama ve üretim maliyetinin azalması hususlarını ifade etmektedir.

Buradan hareketle, her ne kadar evrensel hizmet gelirleriyle oluşturulmuş bir Fon bulunsa da fona Bakanlık bütçesi kapsamında ödenek aktarılması yönünde düzenleme de bulunduğundan Fon sisteminin transfer sistemiyle harmanlandığı yönünde bir değerlendirme yanlış olmayacaktır. Nitekim 5369 Sayılı Kanun m.6 uyarınca evrensel hizmet gelirlerinin işletmecilerin net maliyetini karşılamaması durumunda evrensel hizmet yükümlülüğünün finansmanı Bakanlık bütçesine aktarılan bu ödenekten sağlanacağından, Yasakoyucunun bu hükümle rekabeti bozucu nitelikte bulunmayan bir devlet yardımı ihdas ettiği açıktır. Sonuç olarak Türkiye’de uygulanan finansman yönteminin Fon sistemi ile Transfer sistemlerinin karması olduğu söylenebilecektir. Nitekim uygulamada da Evrensel Hizmet Fonuna aktarılan kaynakların çok az bir kısmının evrensel hizmet gelirlerinden sağlandığı, %90’a varan oranlarla hazine bütçesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir⁵⁷⁷.

2. Türkiye’de Evrensel Hizmet Fonu Uygulaması

Türkiye’de evrensel hizmet uygulamalarının en önemli mekanizması olan fon 5369 sayılı Kanunda yer almamaktadır. TBMM’ye sunulan Evrensel Hizmet Kanun Taslağında “haberleşme hizmetlerinin iyileştirilmesi” amacıyla bir fon kurulması yer almaktayken, hükümetin IMF ile yapılan niyet anlaşmalarında her türlü fonu tasfiye sözü vermesi nedeniyle bu düzenleme yasalaşmamıştır⁵⁷⁸. Bununla birlikte, doktrinde kullanıldığı şekliyle yaygın olan “Evrensel Hizmet Fonu” ifadesi çalışmamızda tercih edilecektir.

Bilgi toplumunun sağlanması ve telekomünikasyon hizmetlerinin yaygınlaştırılması amacıyla Kanun m.7/2 ve Yönetmelik m.10/b-2 uyarınca “bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılması ve kullanımına yönelik uygun fiziki ortamın oluşturulması amacıyla yapılacak her türlü araç, gereç, bilgisayar, yazılım ve donanımların, satın alma bedellerinin toplamı ödemeye esas alınmaktadır. Bu amaçlara yönelik alımlarda işletmeciye kaynak tahsis edilmesi için, ne işletmecinin

⁵⁷⁷ Ulaştırma Bakanlığı yetkililerince, Evrensel Hizmet Fonu’nda biriken paraların o yıl içinde harcanmayan miktarının Hazine’ye devredildiğini belirtilerek, Fonun kaynağının yaklaşık yüzde 90’ının genel bütçeden geldiği, işletmecilerin net satışlarından Fon’a aktarılan payın gelirlerin sadece yüzde 10’unu karşıladığı ifade edilmiştir. <http://www.nethaber.com/Ekonomi/141784/Ulastirma-Bakanliginin-raporudur-Bilgi-Teknolojileri>, (20.5.2010).

⁵⁷⁸ GERAY, s.102.

evrensel hizmet yükümlüsü olması, ne de net maliyet hesaplanması gerekmektedir. Bu anlamda, evrensel hizmet yükümlüsü işletmeciyeye getirilen son kullanıcının hizmete ulaşmasını sağlayan araçların temini konusunda da Fondan kaynak aktarılmaktadır. Bunların dışında, Ulaştırma Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan protokol gereği, bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılması⁵⁷⁹ ve bilgisayar okur yazarlığı sağlayıp arttırmak amacıyla okulların bilgisayar ve geniş bant internet hizmeti ihtiyaçlarının Evrensel Hizmet Fonu'ndan karşılanması öngörülmüştür⁵⁸⁰.

Bunun dışında Ulaştırma Bakanlığı, coğrafi koşullar nedeniyle fiber optik kablo ile sabit telefon hizmeti götürülemeyen köy ve mezralara iletişim hizmeti götürmek üzere telefonu olmayan 1043 köy ile 1182 mezraya ve tek telefonu olan 209 köy ile 99 mezraya “Wimax”⁵⁸¹ teknolojisi ile telefon ve geniş bant internet hizmeti götürme kararı almıştır. Köy ve mezralara kurulacak altyapının tüm masrafları, bilgi toplumunun geliştirilmesine katkı sağlamak ve bilgisayar okur-yazarlığı da dâhil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasını sağlamak üzere Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde kurulan Evrensel Hizmet Fonundan karşılanacaktır. WiMAX hizmetinden yararlanabilmek için kullanıcıların dizüstü bilgisayarlarda gömülü olarak WiMAX arabirimlerinin bulunması gerektiğine göre, son kullanıcıların hizmete erişimi için bu özelliği haiz dizüstü bilgisayarların da Fondan karşılanmasını beklemek yanlış olmayacaktır.

Evrensel hizmet yükümlülüğünün finansmanına ilişkin bir örnek olarak Ulaştırma Bakanlığının 2010 yılına ait hedefleri gösterilebilir. Bu hedefler:⁵⁸²

⁵⁷⁹ 23.03.2008. <http://www.meb.gov.tr/haberler/haberayrinti.asp?ID=6317>, (23.05.2009).

⁵⁸⁰ Bilgisayar okur-yazarlığı da dahil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasını sağlamak üzere Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde kurulan “Evrensel Hizmet Fonu”ndan alınan yaklaşık 600 bin bilgisayar, ilk ve orta öğretim okullarında kullanılmak üzere 2009 yılında Milli Eğitim Bakanlığı’na verilmiştir. Milli Eğitim Bakanlığı’nın bildirdiği bilgisayar ihtiyaçları çerçevesinde yapılan ihale ile 2 bin 250 okula toplam 36 bin bilgisayar alınmış ve aynı yıl içinde Evrensel Hizmet Fonu’ndan bin 750 okula bilgisayar destekli fen laboratuvarı kurulması planlanmıştır.

http://www.birgun.net/procs_index.php?news_code=1269515905&year=2010&month=03&day=25, (8.03.2010).

⁵⁸¹ WiMAX (Worldwide Interoperability Microwave Access) dünya genelinde sistemlerin birbiriyle uyumlu halde çalışarak mikrodalga erişim sağlayabilmesi amacıyla geliştirilen sistemdir. KAVAS, Aktül, “Geniş Bantta Telsiz Erişim: WiMAX”, EMO Derg., http://www.emo.org.tr/ekler/4f1f13c8289ac1b_ek.pdf?dergi=429, (20.05.2010).

⁵⁸² <http://www.nethaber.com/Ekonomi/141784/Ulastirma-Bakanliginin-raporudur-Bilgi-Teknolojileri>, (20.5.2010).

-Sabit telefon altyapısı olmayan 2 bin 500 köy ve beldeye Wimax teknolojisi ile internet ve ses hizmeti götürülmesi,

-Polis, itfaiye ve ambulans telsizlerinin tek bir sistem üzerinden ve dijital olarak çalışmasını öngören Kamu Güvenliği ve Acil Yardım Telsiz Haberleşme Sisteminin proje çalışmalarına başlanması,

-İstanbul Çamlıca'ya ortak verici kulesi kurulması,

-Görme Engelliler için 'Gören Göz Projesi' kapsamında, navigasyon sistemi ile yön tarif yapan 5 bin cihaz alımı yapılması,

-Doğal afetler ve olağanüstü haller nedeniyle haberleşme hizmetinin aksamaması için alternatif haberleşme altyapısı kurulacak. Proje kapsamında 81 il valilerine, kaymakamlarına ve belediye başkanlarına video ve fotoğraf iletme özelliği bulunan uydu telefonu verilmesi olarak belirlenmiştir.

Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirlenecek evrensel hizmet hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla fondan yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılması Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre,

1. Bakanlık tarafından, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşünü alarak düşük gelirli, özürli ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupları belirledikten sonra, yükümlü işletmeciden bu gruplara hizmetin uygun ve indirimli fiyatlarla sunulabilmesi için maliyetleri gerekçeleri ve belgeleriyle birlikte istenir. Bakanlık gelen bu bilgi ve belgeleri incedikten sonra ödenecek meblağı belirler. Bu tespiti yaparken, maliyetleri baz alabileceği gibi doğrudan karşılanabilir fiyat seviyesini BTK'nın görüşünü alarak da belirleyebilir.

2. Yükümlü işletmeci her yıl Nisan ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait hizmetin sunulduğu bölgeyi, bu bölgedeki mevcut ve planlanmış elektronik haberleşme alt yapısını, evrensel hizmet türlerini, maliyetlerini ve toplam maliyet içindeki payını, evrensel hizmet ile doğrudan ilişkilendirilebilen ortak ve genel maliyetler dâhil dağılımını, uyguladığı tarifeleri ve hizmet miktarlarını, elde ettiği gelirleri, bu gelirlerin toplam gelirleri içindeki dağılımını, o bölgede kabul ve reddedilen evrensel hizmet taleplerini, reddedilmiş ise gerekçelerini ve ek maliyetlerini, diğer evrensel hizmete bağlı olarak gerçekleştirdiği iş kapsamı ile ilgili mali ölçütleri ve benzeri hususlarla ilgili bilgi ve belgeleri içeren yıllık raporu,

ilgili bölgedeki hizmetin etkin ve verimli olup olmadığını değerlendirmek üzere Bakanlığa teslim eder.

3. Bakanlık, ayrıca BTK'den ve/veya yükümlü işletmeciden, BTK'nın belirlediği hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin bir önceki yıla ait bilgileri içeren raporu ister.

4. Bakanlık konuya ilişkin olarak yükümlü işletmeciden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir ve gerekli gördüğü hallerde bağımsız denetleyicilere denetletebilir.

5. Bakanlıkça, yükümlü işletmeci tarafından sunulan kapsamlı raporlar, belgeler, faturalar ve gayri maddi kazanımlar dikkate alınmak suretiyle incelenerek onaylandıktan sonra, geçmiş yıl için ödeme Haziran ayı sonuna kadar Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten defaten yapılır. Bu çerçevede Bakanlık Merkez Muhasebe Birimine ödeme emrini intikal ettirir. Merkez Muhasebe Birimi de kendisine intikal eden tutarı yükümlü işletmeciye öder.

6. Bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılması ve kullanımına yönelik uygun fiziki ortamın oluşturulması amacıyla yapılacak her türlü araç, gereç, bilgisayar, yazılım ve donanımların satın alma bedellerinin toplamı yükümlüye sözleşmesinde belirlenen kriterler dâhilinde ödenir.

Türkiye'de Evrensel Hizmet Fonu uygulamasını değerlendirirken, model alınan örnekler, özellikle de Avrupa Birliği ve Fransa örneği ile karşılaştırma yapılması kaçınılmazdır. Avrupa Birliği Komisyonunun evrensel hizmet yükümlülüklerinin finansmanına ilişkin tercih ettiği sistemin, rekabetin olarak sağlandığı serbestleştirilmiş piyasa en uygun bulunan fon sistemi olduğundan çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsetmiştik. Evrensel hizmet fonlarının şeffaf ve iyi işleyebilmesi için Komisyon tarafından getirilen kriterlerden biri, bu fonların yönetiminin bağımsız kuruluşlarca gerçekleştirilmesidir. Bu düzenlemeye uygun olarak Fransa'da Evrensel Hizmet Fonunun idaresi sui generis nitelikli, bağımsız bir kamu yatırım kuruluşuna bırakılmıştır. Ancak, Türkiye uygulamasında fon, Ulaştırma Bakanlığı tarafından idare edilmektedir. Evrensel hizmetin, kamunun genel yararının gözetilmesi ve bu çerçevede seçimle iş başına getirilen hükümet temsilcilerinin politika belirlemeleri gereken bir alan olması gerekçesiyle Ulaştırma Bakanlığı'nın sorumlu kılınmasını olumlu bulan görüşler⁵⁸³ mevcutsa da, hukuki

⁵⁸³ SALMAN, s.20.

anlamda bir çelişki ortaya koyduğu ve alanın serbestleştirilmesi ilkesiyle de bağdaşmadığı açıktır. Gerek ABD, gerekse Fransa örneklerinde olduğu gibi, AB'nin 98/10 Direktifinde belirlenen ilkelere göre de evrensel hizmet yükümlülüklerinin finansmanı amacıyla kurulan fonun yönetimi bağımsız idari otoritelere bırakılarak, bu fonun kaynaklarının siyasi ve ekonomik çıkar çevrelerinin etkisinden bağışık ve kamu yararı amacına kullanılması hedeflenmiştir. Ancak, liberal ekonomi düzeninin siyasi irade tarafından kabul edilmesiyle oluşturulan bağımsız idari otorite kurumu iç hukuk düzeninde mevcutken, fon yönetimi ve finansman konusunda karar alma yetkisinin Bakanlık bünyesindeki Haberleşme Genel Müdürlüğüne bırakılması bir anlamda geriye dönüşü de simgelemektedir⁵⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki, ne 5369 sayılı EHK'da, ne 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı Kuruluş, Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda açıkça “evrensel Hizmet Fonu” ya da “fon” ifadesi geçmemektedir. Bununla birlikte, sözlü ve yazılı değerlendirmelerde Türkiye açısından da bir fondan bahsedilmektedir. Zira, belirli kaynaklardan elde edilen gelirler, belirli amaçları gerçekleştirmek üzere kullanılmakta olduğundan her ne kadar Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde bulunsa da evrensel hizmet gelirlerinden elde edilen kaynaklar bir fon gibi işlev görmektedirler.

Bu noktada Evrensel Hizmet Fonunun 5018 sayılı Kamu Mali Kontrol Kanununda⁵⁸⁵ düzenlenen hazine birliği (adem-i tahsis) ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekecektir. Evrensel hizmet gelirlerinden elde edilen kaynakların evrensel hizmetin finansmanına harcanmasının 5018 sayılı Kanununda düzenlenen “Hazine Birliği” ilkesine istisna teşkil ettiği, hatta aykırı olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Hazine Birliği (Adem-i Tahsis) ilkesi, tüm gelirlerin bir hazinede toplanması ve tüm giderlerin de bu hazineden ödenmesidir⁵⁸⁶. Şöyle ki, 5018 sayılı Kanunla devlet yönetimi, “Genel Yönetim Kapsamında Yer Alan Kamu İdareleri” adı altında yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Fonun idaresinin bırakıldığı Ulaştırma Bakanlığı da I sayılı cetvelde sıralanan genel idare bütçesi kapsamındadır. 5018 sayılı Kanun m.13 ise bütçelerin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünde uyulacak ilkeleri düzenlemiş ve burada “belirli gelirlerin belirli giderlere

⁵⁸⁴ EKİCİ, Şerafettin, **Türk Telekomünikasyon Hukuku (Elektronik İletişim)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.54.

⁵⁸⁵ RG, S.25326, 24.12.2003, s. 8659.

⁵⁸⁶ AKDOĞAN, s.322; SÖYLER, İlhami, “*Kamu Mali Yönetim Sisteminin Bütçe İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi (Eleştirel ve Normatif Bir Yaklaşım)*”, **GÜİİBFD**, S.8, No.1, 2006, s.189.

tahsis edilememesinin esas olduğu belirtilmiştir. Bu ifade ile anlatılmak istenen bütçeyle öngörülen tüm kamu gelirlerinin, tüm kamu giderlerinin karşılığı olduğu ve belli gelirlerin, belli giderlere karşılık tutulmaması gerektiğidir⁵⁸⁷. Yine Kanun m.6 merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider, tahsilât, ödeme, nakit planlaması ve borç yönetiminin hazine birliğini sağlayacak şekilde yürütüleceği ile genel idare bütçesi içinde yer alan kamu idarelerinin tüm gelirlerinin Hazine veznelerine gireceği, giderlerin de bu veznelerden ödeneceği, bu idarelerin özel vezne açamayacakları belirtilmiştir. Sayılan nedenlerle Ulaştırma Bakanlığında, evrensel hizmet gelirleri kaleminde görülen bu durum⁵⁰¹⁸ sayılı kanunda düzenlenen adem-i tahsis ilkesine istisna oluşturan bir uygulama oluşturmaktadır⁵⁸⁸.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kanunu m.39 uyarınca idarelere özel gelirler karşılığı özel ödenekler tahsis edilebilmektedir. EHK m.6 uyarınca evrensel hizmet gelirlerinin net maliyeti karşılamada yetersiz kalması halinde kullanılacak ödenek bu kapsama girmektedir. Ancak Kanun, özel gelirlerin dayanağını fiyatlandırılabilir kamu hizmetleri olarak öngörmüştür. Oysa fiyatlandırılabilir kamu hizmetleri karşılığı alınan resim, harç ya da katkı payları geleneksel kamu geliri olarak görülmektedir ve bunların bazı özel giderlere tahsisinin doğru olmadığı vurgulanmıştır⁵⁸⁹. Bununla birlikte, geleneksel maliye anlayışında geçerli olan adem-i tahsis ilkesinin yeni maliye anlayışında “Belirli kamu gelirlerinin belirli kamu hizmetlerine kullanılması” olarak ifade edilen tahsis ilkesi olarak kullanıldığı yönünde görüşler de mevcuttur⁵⁹⁰.

25 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren EHK’da açıkça bir “fon” kurulmamasının nedeni, Yasakoyucunun 5018 sayılı Kanun ile Fonların mevcudiyetinin çelişmesini bertaraf etme çabası olarak düşünülebilir. Zira, 5018 sayılı Kanunun geçici m. 11 hükmüne göre döner sermaye ve fonların bütçeleri, ilgili idarelerin bütçeleri içinde yer almaktadır. 5018 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bunların bir süre sonra tasfiye edilmesi öngörülmekteyse de, geçici m.11 uyarınca 31.12.2010 tarihine dek yeniden yapılandırılacakları öngörülmüş, daha sonra madde hükmünden “fonlar” kelimesi çıkarılmıştır. Bu nedenle, Yasakoyucunun adı geçen

⁵⁸⁷ ASLAN, s.10.

⁵⁸⁸ ASLAN, s.9.

⁵⁸⁹ SÖYLER, s.190.

⁵⁹⁰ AKTAN, “Geleneksel Maliyeye Karşı Yeni Maliye”, http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/yeni-maliye/vergi.htm, (5.5.2010).

düzenlemeyi yaparken açıkça olmasa da zımnen fonların varlığını olumladığını düşünmek mümkündür.

V. EVRENSEL HİZMET İLKELERİ

5369 sayılı Kanun uyarınca bir kamu hizmeti olan evrensel hizmet alanında öncelikle kamu hizmeti ilkeleri uygulanacaktır. Avrupa Birliği kamu hizmeti anlayışının etkisiyle Fransa’da 1992 yılında çıkarılan kamu Hizmetleri Şartı ile kamu hizmeti ilkeleri “temel ilkeler” ve “işleyiş ilkeleri” olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Temel ilkeler kapsamında kamu hizmetinin klasik ilkeleri olan Rolland Kanunları bulunmaktadır. Bunlar süreklilik, eşitlik, değişkenlik bulunmaktadır.

A. Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri

Klasik kamu hizmeti teorisinin dayanağı olan Fransız İdare Hukukunda Rolland Kanunları olarak adlandırılan kamu hizmeti ilkeleri, süreklilik, eşitlik ve değişkenlik ilkeleri olarak benimsenmiştir⁵⁹¹. Bununla birlikte, günümüzde genel kabul gören tarafsızlık (*neutralité*) ilkesinin klasik ilkelerden olup olmadığı tartışmalıdır. Bir kısım yazara göre, tarafsızlık ilkesi idarenin tarafsız ve objektif olması koşulunu getirdiğinden eşitlik ilkesinin doğal uzantısı olup, ondan ayrı düşünülemezken⁵⁹², bazı yazarlar için ise tarafsızlık ve objektiflik boyutunu aşarak çoğulculuk ve çeşitliliğe yöneldiğinden nesnellik ilkesinin de klasik ilkeler arasında yer alması gerekmektedir. Türk Hukukunda bu ilkeler bazı yazarlar tarafından bedelsizlik ya da meccanilik (*gratuité*) ilkesinin de eklendiği görülmektedir.⁵⁹³

1.Süreklilik İlkesi

Süreklilik ilkesi, kamu hizmetlerinin kanunlar tarafından öngörülen durumlar hariç olmak üzere kesintisiz ve düzenli olarak sürdürülmesi ifade etmektedir.⁵⁹⁴

⁵⁹¹ CHAPUS, s.598; GÖZLER, C.II, s. 285 vd.

⁵⁹² DONIER, s.1221.

⁵⁹³ GÜNDAY, s.288; ÖZAY, s.240; GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s.52; KARAHANOĞULLARI, s.190.

⁵⁹⁴ CHAPUS, s.596.

Kamu yararına ve toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yönelik kamu hizmetlerinin sürekli bir şekilde ifa edilmesi zorunludur. Zira toplumsal ihtiyaçlar bir kere karşılanmakla son bulmazlar ve idare toplumsal ihtiyaç devam ettiği sürece ya da hizmet kaldırılmadığı sürece bu hizmetin aralıksız ve kesintisiz bir şekilde yürütülmesinden sorumludur. Fransa’da yargı kararları ile şekillenen süreklilik ilkesi Fransız Anayasa mahkemesine göre anayasal bir ilkedir⁵⁹⁵ ve Fransız Danıştay tarafından da temel ilke olarak nitelendirilmiştir.⁵⁹⁶ Süreklilik ilkesi, idarenin ve daha geniş anlamıyla devletin sürekliliği ilkesinin kamu hizmetleri alanındaki ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır.⁵⁹⁷

Sürekliliği ilkesinin kamu hizmetinin yürütülmesi usulleri ve rejimi üzerinde birçok etkisi vardır ve her durum da içtihatlarla süreklilik ilkesi açısından nitelendirilmiştir.⁵⁹⁸ Bunlardan ilki kamu hizmetlerinin gördürülme usullerinden imtiyaz usulünde ortaya çıkmıştır. Kamu hizmeti imtiyazcıları yükledikleri hizmeti düzenli ve sürekli olarak sağlamak zorundadır. Ancak 20.yy başlarındaki ekonomik kriz ve sanayi devrimini takip eden teknolojik gelişmeler karşısında imtiyazcıların yükledikleri hizmeti düzenli bir şekilde yürütmekte zorlanmaları üzerine Fransız Danıştay 1916 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁵⁹⁹ “öngörülmezlik kuramı”nı (*la théorie de l’improvision*) geliştirmiştir.⁶⁰⁰ Buna göre, sözleşmenin ekonomik dengesine tarafların iradesi dışında bir nedenle sözleşmenin yerine getirilmesi güçleştiren bir koşulun ortaya çıkması halinde imtiyazı veren idare imtiyazcının zararını tazmin etmek zorundadır.

Süreklilik ilkesinin idare hukuku alanında sıklıkla görüldüğü ikinci bir konu da kamu görevlilerine getirilen grev yasağıdır. Fransa’da 1946 anayasasına dek kamu görevlilerine grev hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle içtihatlarda da süreklilik ilkesinin kamu hizmetlerinin özü olduğu yorumundan hareketle, grev hakkının kamu

⁵⁹⁵ CC, 25 juillet 1979, No.79-105 DC, Rec. p. 33 ve CC, 27 janvier 1994, No. 93-337, JORF du 1er février 1994, p. 1776.

ESPLUGAS, Pierre, Conseil Constitutionnel et service public, LGDJ, Paris, 1994, s.27’den aktaran ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara, 2009 , s.594.

⁵⁹⁶ Örneğin, CE, 13 juin 1980, No.17995, CE, 10 novembre 1999, No. 203779, CE, 8 mars 2006, No.278999 . <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/base-de-jurisprudence/>, (21.3.2010).

⁵⁹⁷ KARAHANOGULLARI, s.191.

⁵⁹⁸ CHAPUS, s.597.

⁵⁹⁹ CE, No.59928, *Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*, 30 mars 1916, <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1279>, (21.3.2010).

⁶⁰⁰ Ibid; KARAHANOGULLARI, s.193.

görevlileri tarafından kullanılmasının bununla doğrudan çelişki içinde⁶⁰¹ olduğu yönünde kararlar verilmiştir. Kamu hizmetinde grev hakkının 1946 anayasasının başlangıç bölümlerinde yer almasına rağmen bu konuda yasal düzenleme yapılmaması nedeniyle idarenin düzenleyici işlemleri ile grev hakkının kullanılmasına ilişkin yargı kararları verilmiştir⁶⁰².

1992 tarihli Fransız Kamu Hizmetleri Şartı da süreklilik ilkesini toplumsal yaşam için polis ve itfaiye gibi temel olan hizmetlerin, sağlık hizmetlerinin, iletişim hizmetlerinin, elektrik, su ve gaz gibi kimi teknik hizmetlerin sürekliliğini ifade eden bir ilke olarak tanımlamıştır.⁶⁰³ Buna göre, kamu hizmetleri kanundan ve kullanıcıların ihtiyaçlarından kaynaklananlar dışında düzenli ve kesintisiz olarak yürütülmelidir.

Türk idare hukukunda da, süreklilik ilkesi yargı kararlarıyla geliştirilmiştir. Danıştay tarafından açıkça “hukukun genel ilkeleri”nden kabul edilen⁶⁰⁴ süreklilik ilkesi, aynı zamanda kamu hizmeti tanımının da asli unsurların biri olarak değerlendirilmiştir.⁶⁰⁵ Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de idare hukuku alanında süreklilik ilkesinin sonucu olan birçok düzenleme bulunmaktadır:⁶⁰⁶

- İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcıya tanınan haklardan olan öngörülmezlik kuramı,
- T.C. Anayasası m.54/1 uyarınca memurlara getirilmiş grev yasağı,
- 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu m.94 ve m.95 uyarınca çekilmek isteyen memurlara getirilen yerlerine atananların göreve başlamasına dek görevi bırakma yasağı,
- Kamu mallarının kamu borçlarından dolayı haczedilemezliği ilkesi.

Bir kamu hizmeti olan evrensel hizmetin sağlanmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde uyulacak ilkeleri düzenleyen 5369 sayılı Kanun’un 3/e maddesi uyarınca Evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşılmada devamlılık esastır. Yeni bir ilke olarak sunulan devamlılık ilkesi, evrensel hizmet ilkesinin kamu hizmetinin temel ilkelerinden “süreklilik” ilkesine denk düşmektedir. Nitekim özü

⁶⁰¹ CE, 7 août 1909, *Winkel*, RDCE, 1909, s.826’dan aktaran GÖZLER, S C.II, s.264.

⁶⁰² CE, 1 juillet 1950, *Dehaene*, RDCE, 1950, s.426’dan aktaran Ibid, s.265.

⁶⁰³ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.193.

⁶⁰⁴ D8.D, 27.11.1997, E.1996/1687, K.1997/3669, **DD**, S.96, 1998, s.36.

⁶⁰⁵ DİİK, 3.10.1996, E.1996/79, K.1996/83.

⁶⁰⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, C.II, s.268 vd; KARAHANOGULLARI, s.193 vd.

itibariyle, modern toplumlarda “vazgeçilemez” kabul edilen ve piyasa ekonomisine geçmiş kamu sektöründe dahi karşılanması amacıyla rekabet kurallarına istisna getirilen evrensel hizmetlerin kesintisiz ve düzenli bir şekilde sunulmasının gerekliliği tartışma kabul etmeyecek bir noktadır. Aksi bir yorum, evrensel hizmet kavramının varlık nedeniyle çelişecektir.

2. Eşitlik ve Nesnellik İlkesi

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine dayanan kamu hizmetleri önünde eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir ifadesi⁶⁰⁷ olarak görülse de, katıldığımız görüşe göre “kanun önünde eşitlik”ten anlaşılması gereken “devlet önünde eşitlik” olduğundan, kamu hizmetleri karşısında eşitlik ilkesinin kanun önünde eşitlik ilkesini doğurduğunu⁶⁰⁸ söylemek gerekecektir. Buna göre, bireyler gerek hizmete ulaşmada gerekse de hizmetlerden yararlanmada eşittirler. Siyasal organlar tarafından kurulan kamu hizmetleri, kendilerini kuran siyasi ideolojilerden sıyrılarak objektif olarak sunulmalıdır.⁶⁰⁹

Eşitlik ilkesinden anlaşılması gereken bütün vatandaşların eşit bir şekilde kamu hizmetinden yararlanması ve kamu hizmetinden yararlananların eşit muameleye tabi tutulması değildir. Mutlak eşitlik olarak ifade edilen bu durumda hizmetten yararlananlar arasında fiilen sosyo ekonomik açıdan ve coğrafi olarak da bölgeler arasında ayrımcılık yapılmış olacaktır. Eşitlik ilkesinin sağlanması için, kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel durum ve niteliklere sahip kişiler arasında eşitlik ilkesinin mutlak olarak uygulanması gerekir⁶¹⁰. Nispi eşitlik olarak adlandırılan bu durumda, farklı konumlarda olanların farklı muameleye tabi tutulması ve eşitler arası eşitliğin sağlanması gerekir.

T.C. Anayasası m.10 uyarınca kanun karşısında herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlar bakımından eşit konumdadır. Düzenlemeleri itibariyle, Birleşmiş Milletler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine benzerlik taşıyan Anayasa m.10’da ifadesi bulan eşitlik, mutlak eşitlik

⁶⁰⁷ GÖZLER, s.275; ATAY, s. 599.

⁶⁰⁸ KARAHANOGULLARI, s.200.

⁶⁰⁹ ATAY, s.599.

⁶¹⁰ GÜNDAY, s.299.

anlayışını değil, nispi eşitliği ifade etmektedir. T.C. Anayasa m.10/son ile getirilen “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmüyle de kamu hizmetleri karşısında eşitlik ilkesi açıkça düzenlenmiştir.

Kamu hizmetinin nesnelliği ilkesi, eşitlik ilkesinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır. Bu tarafsızlık, hizmetin yönetimini ellerinde bulunduranlara, hizmetin götürüldüğü kullanıcılarının veya hizmeti sunan idare ajanlarının siyasi görüşleri, felsefi seçimleri veya dini inanışları açısından ayırım veya kayırma yapmamayı zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle nesnellik ilkesi, kamu hizmetinden yararlananların kamu hizmetleri karşısında eşitliğini sağlayıcı işlev görmektedir⁶¹¹. Bu yönüyle de nesnellik ilkesi eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Kamu hizmetleri karşısında eşitliği sağlayan nesnellik ilkesi özellikle eğitim alanında, din alanında devletin tarafsızlığının göstergesi olan laiklik ilkesi ile ifade edilmektedir⁶¹². Özellikle bu alanda nesnellik ilkesinin, eşitlik ilkesinden hiçbir farkı bulunmamaktadır⁶¹³.

Bununla birlikte nesnellik ve eşitlik ilkelerinin ayrımı yapan doktrin⁶¹⁴ ve 1992 tarihli Fransız Kamu Hizmetleri Şartı, nesnellik ilkesini kamu hizmetlerinin temel ilkeleri arasında ayrı bir ilke olarak saymaktadır. Nitekim Fransız danıştay da 1994 tarihli Kamu Hizmetleri raporunda nesnellik ilkesinin eşitlik ilkesinden ayrılıp “çoğulculuk ve çeşitlilik”⁶¹⁵ yönüne doğru ilerlediği ve bu anlamda felsefi ve dini duyarlılıklara daha fazla açılım getirdiği yönünde fikir bildirmiştir⁶¹⁶. Bundan itibaren gerek Fransız idari yargısında nesnellik ilkesine eşitlik ilkesine bir çağrışım yapmaksızın atıf yapılmaya başlanmıştır⁶¹⁷. Fransız Anayasa Mahkemesi de, 26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası hakkında verdiği kararında nesnellik ilkesini kamu hizmeti yükümlülüklerinin sağlanması açısından anayasal değere sahip bir ilke olarak nitelemiştir⁶¹⁸.

⁶¹¹ DONIER, s.1221.

⁶¹² VALETTE, J.P., **Le service public à la française**, Ellipses, Paris, 2000, s.98’den aktaran Ibid.; Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, s.204 vd.

⁶¹³ Bu yönde bkz. CC, No. 86-217 DC, 18 septembre 1986, JORF du 19 septembre 1986, s.11294.

⁶¹⁴ LACHAUME/BOITEAU/PAULIAT, s.433 vd.

⁶¹⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.690.

⁶¹⁶ Aktaran DONIER, s.1222.

⁶¹⁷ CE, 30 novembre 1998 *Société Pompes funèbres européennes du Gard*, No. 159203; CE, 18 octobre 2000, *Association promouvoir*, No. 213303, Lebon, s.391.

⁶¹⁸ CC, No.96-380 DC, bkz. Supra.

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer aldığı şekliyle eşitlik ilkesinin nispi eşitlik olarak uygulanması gerektiğini birçok kararında vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında kanun önünde eşitlik ilkesinin tüm yurttaşların mutlaka her yönden ve her zaman aynı kurallara tabi tutumaları anlamına gelmeyeceğini belirterek “*Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez ... Eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın kamu yararına veya başka haklı nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir*” yorumuyla eşitlik ilkesinden nispi eşitliğin anlaşılması gerektiğini hüküm altına almıştır⁶¹⁹. Anayasa Mahkemesi kararlarında “haklı neden” kavramının bir nitelemesini yapmamakla birlikte önüne gelen uyuşmazlıklarda haklı neden bulunup bulunmadığı konusunda karar vermektedir. Haklı neden gerekçesine daha sonraki kararlarıyla “kamu yararı” gerekçesini de ekleyen Anayasa Mahkemesi “*eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedeleyeceğinden söz edilemez*” diyerek nispi eşitlik konusundaki tutumunu korumuştur⁶²⁰.

Aynı yönde Danıştay da, kamu hizmetlerinden alınacak bedeli belirlediği bir kararında “*kamu hizmeti niteliğindeki telefon hizmetini yürüten idare, ... toplum içinde görükleri hizmet itibarıyla bazı meslek grupları ve kişiler için telefon ücretinden indirim yapmaya, bu indirim esaslarını da belirlemeye yetkilidir.*” hükmüyle eşitlik ilkesinden anlaşılanın nispi eşitlik olduğunu vurgulamıştır⁶²¹. Bununla birlikte Danıştay, hizmetin bir kısmının bazı kullanıcılardan alınan bedelle ödenmesini ifade eden çapraz sübvansiyonu yasaklar nitelikte bir karar da vermiştir. Şöyle ki, tarifelerde farklılaştırmanın eşitliği bozmaması için bir grup tüketici açısından yüksek oranlı tarife belirlenmesinin kazanç sağlama amacı taşımaması gerekmektedir. Atık su ücret tarifelerine ilişkin bu kararda resmi daireler ve kamu iktisadi teşebbüsleri için düşük tarife belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varan Danıştay, bu düzenlemenin gelir elde etmeye yönelik bir uygulama

⁶¹⁹ AYM, 28.4.1983, E.1981/13, K.1983/3, **AMKD**, S.20, s.53.

⁶²⁰ AYM, 12.1.1989, E.1988/4, K.1989/3, **AMKD**, S.25, s.6.

⁶²¹ D10.D, 28.05.1996, E.1995/1839, K.1996/3048, **DD**, S.92, 1997, s.754.

mahiyetinde olduğu yönünde karar vermiş ve düzenlemeyi iptal eden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır⁶²².

Kullanıcıların durumlarına uygun farklı kategoriler yaratılması yetkisinin yasakoyucuda bulunduğu Fransa’da, Fransız Danıştay tarife farklılaştırması konusunda, kullanıcıların ödedikleri yüksek tarifelerin hizmetin işleminin maliyetini aşmaması gerektiği yönünde karar vermiştir⁶²³.

Evrensel hizmet kavramının varlık nedeni zaten temelini eşitlik ilkesinde bulmaktadır. Zira hizmetin coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkese ve herkes tarafından ulaşılabilir makul bir bedel karşılığında sunulması evrensel hizmet kavramının tanımının ayrılmaz unsurlarıdır. Piyasa ekonomisine açık telekomünikasyon sektöründe, kâr amacı güden işletmecilerin hizmetin kullanıcıları arasında tercih yapmasına engel olmak ve hizmetin ekonomik, coğrafi ve sosyal yönden zayıf kesimlere sunulmasını da sağlamak amacıyla evrensel hizmet kavramı kabul edilmiştir. Buradaki eşitlik ilkesi elbette ki zayıfın korunduğu nispi eşitlik ilkesidir.

Eşitlik ilkesinin evrensel hizmet uygulamasında görünümü ilkin hizmetin herkese sağlanması yükümlülüğüdür. 5369 sayılı Kanun m.3/a uyarınca Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayrımı gözetilmeksizin evrensel hizmetten yararlanır. Kanun m.3/c uyarınca düşük gelirli, özürlüler ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların da evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınmak zorundadır. Bu hükümlerle nispi eşitlik EHK’da benimsenmiş durumdadır. Aynı şekilde, örneğin Evrensel Hizmetlerin Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerinin Yapılmasına İlişkin Yönetmeliğin evrensel hizmet yükümlüsünün sorumluluklarını belirlediği m.9/a hükmüne göre ankesörlü telefonların yayılması ve kurulması konusunda düşük yoğunluklu bölgelere öncelik verilmesi konusunda bir yüküm getirilmiştir. Bu amaçla yapılan düzenlemelerle evrensel hizmet yükümlüsünün bu yükümlülüklerini yerine getirirken sübvansel edilmesi sistemleri öngörülmüştür.

İkinci olarak ise makul fiyat ve tarife belirlenmesi konusunda ortaya çıkmaktadır. Fert başına gayrisafi yurt içi hasıla tutarı da göz önünde bulundurularak

⁶²² D8.D, 17.10.1994,E.1994/661, K.1994/2608, **DD**, S.90, s.839.

⁶²³ **GAJA**’dan aktaran KARAHANOĞULLARI, s.218.

karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulması gereken evrensel hizmetin ilkeleri açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, Telekomünikasyon Kurumu Tarife Yönetmeliğinin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde benzer durumdaki kullanıcılar arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetilmesi yasaklanmıştır. Bu kuralın istisnasını oluşturacak “haklı nedenler” konusunda ise Yönetmelik, EHK m.3/c hükmüne atıf yaparak, düşük gelirli, özürli ve sosyal desteğe ihtiyacı olan gruplara mahsus kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanmasına izin vermiştir.

3. Değişkenlik İlkesi

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak öngörülmesi, o konudaki toplumsal ihtiyacın en iyi şekilde karşılanması amacına yöneldiğinden kamu hizmetleri de toplumun değişen ihtiyaçlarına ve teknolojinin gelişmesine uygun olarak uyarlanmak zorundadır⁶²⁴. Devlet de kamu hizmetlerini bu değişen koşullara uyarlamak zorundadır. Bu konudaki düzenlemeyi yasakoyucu yapmalıdır. Yasakoyucu bu konuda iki ayrı yol benimseyebilir. Şöyle ki, ya kamu hizmetlerini değişen koşullara yasa ile uyarlar ya da idareye bu konuda bir takdir yetkisi bırakır⁶²⁵.

Değişkenlik ilkesi süreklilik ilkesi ile de açıklanmaktadır. Buna göre, hizmetlerin değişen koşullara uyarlanması ile öncelikle kamu hizmetlerinin düzenliliği ve sürekliliği ilkeleri,⁶²⁶ devamında ise devletin sürekliliği sağlanmaktadır⁶²⁷. Değişkenlik ilkesinin süreklilik ilkesinden bağımsız bir ilke olduğu yönündeki görüşler⁶²⁸, uyum için bir kamu hizmetinin kaldırılabilceğini savunmuşlardır. Bu konuda katıldığımız görüşe⁶²⁹ göre, kamu hizmetinin kaldırılması durumunda değişkenlik ya da uyumdan söz edilemeyecektir. Buna paralel olarak doğrudan idare tarafından üstlenilmiş kamu hizmetlerinin piyasa ekonomisine açılması da değişkenlik ilkesinden kaynaklanmaktan ziyade bir siyasi tercihin yansıması olarak değerlendirilmelidir. Zira kanaatimizce değişkenlik ilkesini

⁶²⁴ ÖZAY, s.242; GÜNDAY, s.298-299.

⁶²⁵ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s.856.

⁶²⁶ ÖZAY, S.241.

⁶²⁷ LACHAUME, *Grands Services Publics*, s.264-265’ten aktaran KARAHANOGULLARI, s.221.

⁶²⁸ VALETTE, s.92’den aktaran KARAHANOGULLARI, s.220.

⁶²⁹ Ibid.

öncelikle kamu hizmetinin sorumlusu ile, kullanıcı arasındaki ilişkideki değişiklik olarak algılamak gerekmektedir. Yoksa kamu hizmetinin yürütülmesindeki değişiklik öncelikle idare ile hizmeti yürüten özel kişi arasındaki ilişkiyi belirlemektedir. Kamu hizmetlerindeki değişkenlik ilkesi ise, var olan bir kamu hizmetinin niteliğinde ve hizmetin işleyiş rejimindeki uyarlamayı öngörmektedir. Kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin piyasa ekonomisine açılması ya da özel kişiler eliyle yürütülmesi, bu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliklerini ortadan kaldırmayacağından değişiklik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, kullanıcılara yansıyan nitelikte hizmetin işleyiş rejimindeki değişiklikler, hizmetin sunulma biçimi, çalışma saatleri ve bedelinin değişmesi değişkenlik ilkesine dayandırılmalıdır. Nitekim abonman sözleşmelerinde tarifelerin belirlenmesi hakkında verdiği bir kararda Danıştay, *“abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir... Bu nedenle meydana getirdiği durum da genel bir hukuki durumdur ve sübjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden sübjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır.”* hükmüyle bu yorumu desteklemektedir kanaatindeyiz. İdare ya da kamu hizmetini yürüten özel kişi ile kullanıcılar arasında sözleşme yapılmadan önce *“sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesin de idare kamu gücünü kullanarak idari tasarrufla”* bulunmaktadır⁶³⁰.

5369 sayılı Kanunun evrensel hizmetin kapsamını belirleyen 5. maddesinin son fıkrası uyarınca, *“evrensel hizmetin kapsamı; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Kurumun ve işletmecilerin de görüşlerini alarak Bakanlıkça yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenebilir”*. Bu hükümle yasakoyucunun özellikle teknolojideki hızlı değişim ve bilgi toplumunu sağlama amacıyla iletişim hakkının kapsamında bulunduğu telekomünikasyon hizmetleri alanındaki değişimleri dikkate aldığı açıktır. Telekomünikasyon alanında toplumun ihtiyaçlarındaki teknolojiye bağlı hızlı değişim, hizmetin kapsamının da hızlı bir şekilde değiştirilmesini gerektirmiştir. Bu nedenle, Avrupalı ülkelerdeki ve özellikle

⁶³⁰ D8.D, 23.6.1997, E.1997/185, K.1997/2229, DD, S.95, 1998, s.538-539.

Fransa'daki düzenlemeler uygun olarak, evrensel hizmetin kapsamındaki daha hızlı bir şekilde uyarlama yapabilecek Bakanlar Kurulunun tercih edilmesi anlamlıdır.

Ayrıca tarife değişikliklerine ilişkin olarak Tarife Yönetmeliği m.9 uyarınca Kurum, belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde tarifelere alt ve/veya üst sınır getirmeye yetkilidir. Bu sınırlar içinde işletmeci tarafından belirlenen tarifeler de mutlaka Kurumun onayına sunulmak zorundadır.

4. Bedelsizlik İlkesi

Türk hukukunda “meccanilik” olarak da adlandırılan bedelsizlik ilkesinin kamu hizmetlerinin karşılıksız olduğu yönünde anlaşılması gerekmektedir. Zira kamu hizmetleri bedelsiz de olsalar vergi yükümlülerinin ödedikleri vergilerden karşılanmaktadır⁶³¹. Bu nedenle hiçbir kamu hizmetinin bedelsiz olduğu söylenemeyecektir. Bununla birlikte, özellikle idarenin sınırlı sayıda kamu hizmetleri ürettiği dönemlerde kullanılan bedelsizlik ilkesinden anlaşılması gereken, kullanıcıların hizmete ulaşmak ve yararlanmak için bir ücret ödememeleridir.

Fransa'da bedelsizlik (*gratuité*) ilkesi hiçbir zaman kamu hizmetinin temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmemiş, hatta “sahte ilke” olarak yorumlanmıştır⁶³². İktisadi, ticari ve sınaî kamu hizmetleri açısından bedelsizlik tartışma konusu dahi olmazken, idari kamu hizmetlerinden yararlanmada da bedelsizlik ilkesine Fransız Danıştay tarafından anayasal bir değer tanınmamıştır⁶³³. Bununla birlikte zorunlu ve sadece kullanıcıya değil tüm topluma yararlı itfaiye ve kolluk gibi idari hizmetlerin bedelsiz sunulması gerektiği yönünde de karar vermiştir⁶³⁴. Ancak, toplumun genelinden ziyade bireysel fayda sağladığı ölçüde zorunlu idari hizmetlerin de fiyatlandırılabilmesi kabul edilmektedir⁶³⁵. Buna karşılık ihtiyari kamu hizmetlerinin ödentiye bağlanabileceği genel kabul görmüştür.

⁶³¹ KARAHANOGULLARI, s.226.

⁶³² CARBAJO, Joël, **Droit des services publics**, Dalloz, Paris, 1997, s.61'den aktaran Ibid, s.228.

⁶³³ Fransız Danıştayının vatandaşların güvenliğinin devlet tarafından sağlanacağı ve kamu harcamalarının vatandaşların ortak katılımıyla karşılanacağı yönündeki 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ilkelerinin, doğrudan hizmet karşılığı ve onunla orantılı olarak kullanıcılar tarafından ödenecek parayla karşılanmasına engel oluşturmadığı yönündeki kararı için bkz CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, No. 30693, <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1503>, (5.5.2010). Bu yönde bkz. D13.D, 29.11.2005, E.2005/5263, K.2005/5709, DD, S.112, 2006, s.440 vd.

⁶³⁴ CE, 18 janvier 1985, *d'Antin de Vaillac et autres*, aktaran KARAHANOGULLARI, s.229.

⁶³⁵ CHAPUS, s.591.

Hatta idarenin ihtiyari kamu hizmetlerini ödentiye bağlayabilmesi için kanunla yetkilendirilmesinin gerekmediği de ifade edilmiştir⁶³⁶.

Bu konuda Türk Anayasa Mahkemesinin yükseköğretimde harç ödenmesine ilişkin verdiği kararında, yükseköğretimin ihtiyari kamu hizmeti olduğu ve ödentiye bağlanmasının da hukuka aykırı olmadığı sonucu çıkmaktadır⁶³⁷. Nitekim Anayasa m.130'un yükseköğretimde alınacak harçların kanunla düzenleneceği ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.43'ün "yükseköğretim harca tabidir" hükümlerinden yasakoyucunun iradesinin de bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Fransız içtihatlarına paralel olarak Danıştay da, 1580 sayılı Belediye Kanununda belediyelere yüklenmiş zorunlu görevlerden olan çöp toplama ve taşıma işlerinden dolayı ücret istenemeyeceği yönünde karar vermiştir⁶³⁸.

Günümüzde kamu hizmetlerine iktisadi yaklaşımın ve Avrupa Birliği'nin kamu sektöründe serbestleşme politikalarının bir sonucu olarak, bedel fikrinden "fiyat" anlayışına geçilmiş ve bu yönde kamu hizmetinden yararlanan yerine "tüketici" ya da "müşteri" anlayışı yerleşmeye başlamıştır⁶³⁹. Bununla birlikte özü itibariyle kamu hizmeti olan iktisadi hizmetlerin de kâr amacına yürütülmemesi gerekmektedir. Nitekim evrensel hizmet yükümlülüklerinin kabul nedeni de doğası gereği kâr amacına yönelecek işletmecilerin, bu amaç doğrultusunda kamu yararının gerçekleşmesini bertaraf etme olasılığını ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle gerek menşe hukuklarda, gerekse 5369 sayılı Kanunda hizmetin sağlanması amacıyla işletmecinin net maliyetlerinin karşılanması öngörülmüştür. Bununla birlikte evrensel hizmetin tanımının zorunlu unsurlarından olan "makul bedel" evrensel hizmetin karşılığının olduğunun göstergesidir. Bu noktada evrensel hizmet karşılığı alınan bu bedelin kamu hizmetinin yürütülmesine katılım niteliğinde "vergi, resim, harç ve benzeri bir mali yükümlülük" mü yoksa "fiyat" mı olduğunu değerlendirmek gerekecektir.

Türk Hukukunda kamu hizmetlerinin karşılığının bulunduğu vergi yükümlülüğüne ilişkin Anayasa m.73'te ortaya koyulmuştur. Buna göre, herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

⁶³⁶ Ibid, s.621.

⁶³⁷ AYM, 16.03.1974, E.1973/32, K.1974/11, **AMKD**, S.12, s.111-141.

⁶³⁸ D9.D., 22.11.1990, E.1989/486, K.1990/3638, **DD**, A.82-83, s.736 vd.

⁶³⁹ KARAHANOGULLARI, s.241; bu konuda bkz. supra.

Anayasada kamu hizmetlerinin bedelsizliğine ilişkin bulunan tek hüküm eğitim ve öğretim hakkına ilişkin Anayasa m. 42’de düzenlenen ilköğretimin devlet okullarında parasız olması hükmüdür. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, bedelsizlik ilkesini “kâr içermeyen karşılık” olarak yorumlayarak, salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işlerinin devlet tarafından ya da devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesini anayasanın temel ilkelerinden biri olarak değerlendirmiştir⁶⁴⁰. Ancak, iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri için pozitif hukuk kurallarından yola çıkarak bu yönde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir⁶⁴¹. Bu hizmetler, kârlılık ve verimlilik esasına göre yürütüldüklerinden, hizmet karşılığı olarak kullanıcılardan alınan paralar kâr elde etmeye yönelik fiyatlardır⁶⁴². Nitekim Türk hukukunda bu görüşü destekler nitelikte yasal düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, 2650 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Kanunu⁶⁴³ m.23 uyarınca iktisadi bir kamu hizmeti olan su taşıma ve kanalizasyon tesisi hizmetlerinden dolayı %10’luk bir kâr oranı esas alınarak faturalandırma yapılmaktadır.

Evrensel hizmet karşılığı ödenen makul bedelin bir fiyat olduğu açıktır⁶⁴⁴. İşletmeciler için kârlı bulunmayan evrensel hizmetlerin sağlanması için net maliyetlerini sübvansiyonlar ve Fondan kaynak aktarımı ile gerçekleştirildiği düşünülürse, hizmet karşılığı alınan bedel hizmetin maliyetine tekabül etmemektedir. Bu nedenle de evrensel hizmetin kullanıcılardan alınan bedeli ancak bir “fiyat” olabilecektir. Bununla birlikte, kamu hizmeti olan bu iktisadi faaliyetlerin tamamen özel faaliyetlerin işletmesi gibi yürütüldüğünün söylenmesi de mümkün değildir. Nitekim söz konusu “fiyat” bir kamu hizmetinin karşılığı olduğundan tarife düzenlemeleri yöntemiyle kamu gücünün müdahalesine tabidir. Evrensel hizmet açısından ödenen bedelin “makul” olmasının nedeni de budur.

⁶⁴⁰ AYM, 12.1.1971, E.1969/31, K.1971/3, **AMKD**, s.9, s.134-139.

⁶⁴¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.696.

⁶⁴² GÜNDAY, s.300.

⁶⁴³ RG, 23.11.1981, S.17523, s.5403.

⁶⁴⁴ Bu yönde görüş için bkz. GÖZLER,

B. Kamu Hizmetinin Yeni İlkeleri

Kamu hizmetine niteliğini veren temel ilkelerden farklı olarak, “işleyiş ilkeleri”⁶⁴⁵ ya da “reform ilkeleri”⁶⁴⁶ olarak adlandırılan yeni ilkeler idare-kamu hizmetinden yararlanan ilişkisindeki idare edilenin pasifliğini ortadan kaldırma işlevi görürler. Klasik kamu hizmeti- yararlanan ilişkisinde idarenin kamu gücü ile tek yanlı karar alması sonucu kamu hizmetinden yararlanan pasif durumdayken, yeni ilkeler ile kamu hizmeti kullanıcısına dönüşen yararlananın, hizmetin işleyişine katılımı sağlanarak rolü aktifleştirilmektedir⁶⁴⁷. 18 Mart 1992’de kabul edilen Fransız Kamu Hizmetleri Şartında işleyiş ilkeleri başlığı altında yer alan ilkeler Topluluk Hukukunca benimsenmiş şeffaflık, sorumluluk ve yalınlık ve ulaşılabilirlik ilkeleridir. 26 Temmuz 1995 tarihli Başbakanlık Genelgesi bu ilkelere ek olarak kalite, arabuluculuk ve katılım ilkelerini de getirmiştir.

1. Şeffaflık ve Katılım İlkesi

Günümüzde idareye getirilmiş yükümlülüklerden biri olan şeffaflık ilkesi, vatandaşların kamu hizmetinin işleyişine ilişkin bilgi edinme haklarının tanınmasını olarak açıklanabilir. İlkenin kabulünden amaç, “idareyi daha saydam hale getirmek, etrafındaki sisi dağıtmak ve (idareyi) örten türbanı kaldırmak”⁶⁴⁸ ve bu sayede idari faaliyetleri idare edilenlere açmaktır. Bu kapsamda kamu hizmetlerinin işleyişinin vatandaşlar için açık ve anlaşılabilir olması ve bu hizmete ve hizmeti yürüten idare ajanlarına ilişkin bilgilere ulaşılabilmesi gerekir. Avrupa Birliği tarafından özellikle idare ile kamu hizmetini yürüten işletmeciler arasındaki mali ilişkileri aydınlatmak amacıyla dayatılan şeffaflık ilkesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.42’de gerçek ve tüzel kişiler için idari belgelere erişim hakkı olarak tanınmıştır. İzleyen süreçte finansal denetimi sağlamak ve devlet yardımlarını daha kolay denetlemek amacıyla işletme faaliyetleri ile düzenleme faaliyetlerinin ayrımı yoluna gidilmiştir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ DONIER, s. 1220

⁶⁴⁶ KARAHANOGULLARI, s.246.

⁶⁴⁷ Ibid, s.246-247.

⁶⁴⁸ CHEVALLIER, J., *Science administrative*, s.442’den aktaran DONIER, s.1223.

⁶⁴⁹ Ibid, s.1224.

Katılım ilkesi ise, öncelikle siyasal katılım boyutuyla ele alınmakta ve kamu hizmetini kuran ve idari mekanizmaların oluşturulmasına katılım olarak algılanmaktadır⁶⁵⁰. Bundan anlaşılan vatandaşların gerek oy verme, gerekse seçimlere aday olarak katılma suretiyle kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine katılımıdır. Bununla birlikte katılımın boyutunun, halkoylamaları, yerel yönetimlerde organların toplantılarına katılım, internet ve telefon gibi elektronik yöntemlerle katılımı da içerir şekilde daha geniş yorumlanması gerekmektedir⁶⁵¹. Bununla birlikte bu katılımın etkinliğinin sağlanması da bir sorun oluşturacaktır. Nitekim Kamu Hizmetleri Şartı da, kamu hizmetlerinin iyileştirilmesi için hizmetin insan ögesinin aktif katılım ve işbirliği kanallarına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, siyasal katılım dışında öngörülebilecek yöntemler durumunda sorun, vatandaşın temsil öznesinin belirlenmesinde ortaya çıkacaktır⁶⁵².

Fransız Kamu Hizmetleri Şartında yer bulan bu ilke, adı geçen şartın kabulünden önce de belli ölçülerde uygulanmaktaydı. Şöyle ki, düzenleyici idari işlemlerin bağlayıcılığı için uygun yöntemle ilanının gerekmesi, idari belgelere erişimin sağlanması,⁶⁵³ kamu ihalelerinin açıklığı⁶⁵⁴ ve vatandaşlara idarenin bazı bireysel işlemlerinin gerekçeleri hakkında bilgi edinme hakkının tanınması⁶⁵⁵ ile şeffaflık ilkesi kamu hizmeti ilkeleri arasına fiilen girmiştir. Bu kapsamda, kamu hizmetlerinin şeffaflığının denetimi amacıyla Ulusal Haber Alma ve Özgürlükler Komisyonu (*Commission nationale de l'informatiques et libertés*), İdari Belgelere Erişim Komisyonu (*Commission d'accès aux documents administratifs*) ve Kamu Arabulucusu (*Médiateur*) kurulmuştur.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartı uyarınca şeffaflık ve katılım ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir⁶⁵⁶:

⁶⁵⁰ KARAHANOGULLARI, s.251.

⁶⁵¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KURUÇAYIR, m. Akif, **Siyasal Katılma ve Yerel Demokrasi**, Çizgi, Konya, 1992.

⁶⁵² KARAHANOGULLARI, s.252.

⁶⁵³ 17 Temmuz 1978 Tarih ve 78-753 no'lu İdare ile Halk Arasındaki İlişkilerin İyileştirilmesi Amacıyla Önlemler Alınması Hakkında Kanun (*Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*), JORF du 18 Temmuz 1978 , s.2851.

⁶⁵⁴ 29 Ocak 1993 tarih ve 93-122 No'lu kamu Usullerinde ve Ekonomik Hayatta Şeffaflığa ve Rüşvetin Önlenmesine Dair Kanun, (*Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*), aktaran MARAIS, s.114.

⁶⁵⁵ 11 temmuz 1979 tarih ve 79-587 No'lu İdari İşlemlerin Gerekçesi Hakkında Kanun (*Loi relative à la motivation des actes administratifs*), aktaran MARAIS, s.115.

⁶⁵⁶ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.248 ve s.252.

- Kullanıcılar hizmetin işleyişine ilişkin bilgilendirme hakkına sahiptirler ve hizmet sunanların kullanıcıları düzenli olarak bilgilendirmeleri gerekmektedir.

- Hizmetin içeriğine ve örgütlenişine göre idare mümkün olduğu kadar kullanıcıların fikirlerini almaya çalışmalıdır.

- İdari kararlar gerekçeli olmalı ve karara karşı başvuru yolları kararda belirtilmelidir.

- Tüm vatandaşlar kararlara karşı gerek idari gerek yargısal yollara başvurabilmelidirler.

- Kullanıcıların hizmetlerin iyileştirilebilmesi için aktif katılımları ve işbirlikleri sağlanmalıdır.

Bu konuda Türk hukukunda açıkça şeffaflık ilkesi benimsenmemiş olsa da, Kamu Hizmetleri Şartında Fransa'nın açıkça belirledi ilkelerden bazıları hâlihazırda uygulanmaktadır. Öncelikle 23.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca gerçek ve kamu tüzelkişileri kamu kurum ve kuruluşlarından ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, bunların faaliyetlerine ilişkin bilgi edinme hakkına sahiptirler. Kanunun amacı m.1 uyarınca demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Görüldüğü gibi, şeffaflık ilkesi bir ölçüde sağlanmış durumdadır. Bununla birlikte, Bilgi Edinme Kanununun da bu hakkın kullanılması da sınırlanmıştır. Örneğin yargı denetimi dışında kalan işlemler (m.15), devlet sırrı niteliğindeki bilgiler (m.16), ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek bilgiler (m.17), istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler (m.18), idari soruşturmaya ilişkin belgeler (m.19) idare tarafından bilgi edinme başvurusu sahibine verilmesi zorunlu olmayan belgelerdir. Özellikle iç ve dış güvenliğe ilişkin bilgilere ilişkin şeffaflık ilkesinin uygulanmasında sınırlama yapılması hukuka uygun ve niteliği gereği doğal olmakla birlikte⁶⁵⁷, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında kalan belgelerin kapsamı ve nitelenmesi konusundaki belirsizlikler bilgi edinme hakkının da tam olarak kullanılamaması anlamına gelmektedir⁶⁵⁸. Bu nedenle, bilgi edinme hakkının tam olarak tanınması ve istisnalarının sınırlarının somut olarak belirlenerek idarenin takdir yetkisine yer

⁶⁵⁷ DONIER, s.1224.

⁶⁵⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KAYA, Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2005.

bırakılmaması gerekmektedir. Kanun m.15'te istisna olarak düzenlenen yargı denetimi kapsamında işlemlerin yürürlükteki hukukta bulunması ise, tek başına hukuk devleti ilkesini, hak arama özgürlüğünü ihlal eder niteliktedir.

Bunun dışında, Türk hukukunda da idari işlemlerin hukuka uygun gerekçelerinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde işlemler sebep unsurundaki sakatlık nedeniyle hukuka aykırı olarak doğacaklardır. İşlem gerekçesi açısından hukuka uygun doğmuş olsa da gerekçenin işlem metninde ilgisine bildirilmemesi halinde, şekil unsurundaki asli sakatlık nedeniyle işlem hukuka aykırı olacaktır. İşlemin gerekçesinin ilgisine bildirilmesi zorunluluğunun açıkça mevzuatta düzenlenmesine dahi gerek bulunmamaktadır, zira Danıştay bir kararında açıkça Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması Hakkında Avrupa Bakanlar Komitesi Kararı⁶⁵⁹ m.77'ye atıf yaparak “*ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması*” zorunluluğundan bahsetmiştir⁶⁶⁰. Ancak ilgilinin talebine uygun olarak yapılan işlemler ile, ilgililerin haklarını etkilemeyen işlemler, düzenleyici işlemler ve ivedi işlemlerde gerekçe bildirilmesi gerekemeyebilecektir⁶⁶¹.

T.C. Anayasası m.40 uyarınca “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”. Bun anlamda Anayasa gereğince bireyin hak arama özgürlüğü idari işlemler açısından sağlanmış durumdadır. Başvuru yollarını ve sürelerini içermeyen idari işlemler asli şekil noksanlığı nedeniyle hukuka aykırı olacaklardır.

Türkiye’de vatandaşların idari kararların alınmasına ve teşkilatın işleyişine halka açık toplantılarla katılımlarını sağlanması gerekmektedir⁶⁶². Bununla birlikte bu konuda bir İdari Usul Kanunu henüz kabul edilmiş değildir. 1998 yılında hazırlanan “İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Taslağı”ndan sadece bilgi edinmeye ilişkin kanun yürürlüğe girmiş, İdari Usul Yasa Tasarısı çalışmalara rağmen yürürlüğe girmeden kalmıştır. Vatandaşların kamu hizmetine ve idari karar

⁶⁵⁹ 28 septembre 1977, No.77(31).

http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Res%2877%2931.asp, (2.3.2009).

⁶⁶⁰ D10.D, 10.11.1994, E.1993/1403, K.1994/5633, DD, S.90, s.1043.

⁶⁶¹ AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, AİD, C.XV, S.2’den Aktaran ATAY, s.471.

⁶⁶² ÖZAY, s.917 vd.

alma süreçlerine katılımları Hava Kalitesini Koruma Yönetmeliği⁶⁶³ ve Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Yönetmeliğinde⁶⁶⁴ sınırlı olarak düzenlenmiştir. Buna göre hava kalitesini etkileyebilecek faaliyetlerde bulunacaklara önceden izin alma zorunluluğu getirilmiş, izin verilmeden önce de duyuru yapılarak yöre vatandaşlarının başvuruyu inceleme ve değerlendirme olanağı getirilmiştir. İdare yapılan itirazları sonuçlandırmadan gerekli izinleri veremeyecektir. Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğinde de, izne tabi faaliyetler için ÇED Sürecine Halkın katılımı başlıklı m.16'da, ÇED raporunun bakanlığa sunulmasından sonra halkın yatırım hakkında bilgi edinmesi ve görüşlerini sunması amacıyla faaliyet sahibi tarafından bir toplantı düzenleneceği hükmü getirilmiştir.

Bu istisnalar dışında halkın idari kararlara katılımı Türk hukukunda genel bir kabul görmemiştir.

2. Yalınlık İlkesi

Yalınlık ilkesine göre idarenin işleyişi ilgililer için açık ve anlaşılır nitelikte olmak zorundadır. Fransız Kamu Hizmetleri Şartına göre⁶⁶⁵,

- Açık ve anlaşılır usul ve düzenlemeler hukuk devletinin güvencesidir. İdarenin işleyişinde yalınlaştırma ve açıklık kullanıcıların katılımını ve iyi hizmet ilişkisini sağlayan bir unsurdur.

- Her hizmetin hedefleri açıkça ortaya konmalı, kalite ve kullanıcı ihtiyaçlarının tatmini ölçütleri belirlenmelidir.

Kamu Hizmetleri Şartını izleyen dönemde Fransa'da yürürlüğe giren Vatandaşların İdareyle Olan İlişkilerindeki Haklarına İlişkin Yasa⁶⁶⁶ uyarınca idare her türlü kural koyan işlemine vatandaşların kolayca ulaşmasını sağlamak üzere gereken mekanizmayı oluşturmakla yükümlü kılınmış ve bu doğrultuda özellikle kırsal bölgelerde “kamu hizmeti evleri” kurulmuştur⁶⁶⁷.

Bununla birlikte, Fransa'da yalınlık ilkesinin tam olarak gerçekleştiğini söylemek de mümkün değildir. Zira yalınlık ilkesinin diğer kamu hizmeti ilkeleri

⁶⁶³ RG, 2.10.1986, S.19269.

⁶⁶⁴ RG, 17.7.2008, S.26939.

⁶⁶⁵ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.250.

⁶⁶⁶ JORF du 13.04.2000, No. 88, Loi du 12 avril 2000, No.2000-312.

⁶⁶⁷ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.250.

gibi henüz hukuki bir gücü ve idare üzerinde özellikle bir baskısı bulunmamaktadır⁶⁶⁸. 9 Aralık 2004 tarihli Hukukun Sadeleştirilmesi Yasası⁶⁶⁹ ile Fransa’da yalınlık ilkesi bir yasal düzenleme olarak kabul edilmiştir. Bu yönde verdiği bir kararında Fransız Danıştay, idarenin düzenleme yetkisini kullanırken açık ve anlaşılır kurallar koyması gerektiğini belirtmiş⁶⁷⁰ olmakla birlikte, en azından yürürlükte bulunan ve uygulanan kuralların sadeleştirilmesi konusunda idareyi zorlayan herhangi bir mekanizma ya da kural bulunmamaktadır.

Yalınlık ilkesi konusunda Türkiye’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim gerek uygulamamız gerekse düzenlemelerimiz açısından vatandaşların kuralları anlamaları idarenin öncelikli sorunlarından değildir. Evrensel hizmet kavramı açısından bakıldığında, yalınlık ilkesinin boyutlarından biri de sunulan hizmetin kalitesinin kullanıcılar tarafından önceden bilinebilir olmasıdır. Bu konuda Kanun “asgari standartlarda hizmet” nitelemesi yapmıştır. Yasakoyucu evrensel hizmetin kapsamını m.5’te belirlerken, bir anlamda asgari standartları da belirlemiştir. Bu nedenle şayet yalınlık ilkesi EHK’da yer alıyorsa, bulunduğu tek düzenleme de m.5 hükmüdür.

3. Ulaşılabilirlik İlkesi

Yalınlık ilkesiyle sıkı bir bağı bulunan ulaşılabilirlik ilkesine, yalınlık ilkesinden farklı olarak sınırlı da olsa idare üzerinde zorlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu ilkenin, Topluluk hukukunun etkisiyle sahip olduğu hukuki güç, eşitlik ilkesinin de doğal sonucu olarak coğrafi olarak hizmetin her yere taşınması ve her sosyo-ekonomik çevreden insanların hizmete ulaşması konusunda idareye somut bir yüküm getirmektedir. Fransız Kamu Hizmetleri Şartına göre, kamu hizmetlerinin özellikle kırsal bölgeler ve hassas semtler de dâhil olmak üzere coğrafi olarak yaygınlığı sağlanmak zorundadır⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ DONIER, s.1227.

⁶⁶⁹ Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JORF du 2 mars 2005, No.51, s.3697.

⁶⁷⁰ CE, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, No.288460, <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/base-de-jurisprudence/>, (3.5.2010)

⁶⁷¹ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.250.

Bu ilkenin hukuk düzenlerindeki görünümü doğrudan evrensel hizmete ilişkin düzenlemelerdir. Bununla birlikte, evrensel hizmete denk düşen ulaşılabilirlik ilkesini doğrudan kamu hizmetinin temel ilkeleri arasına alınması konusunda şüpheler de bulunmaktadır. Bu konuda evrensel hizmetin, sadece belli sektörlerde söz konusu olduğu, hatta kabul edildiği hizmet alanında dahi tüm kamu hizmetlerini karşılamayıp sadece hizmetin çekirdek alanında söz konusu olduğu haklı olarak vurgulanmıştır⁶⁷².

Bununla birlikte, hizmetin ulaşılabilirliği açısından bedelli olup olmaması konusu da önemlidir⁶⁷³. Özellikle evrensel hizmet gibi temel hizmetlerin paralı olması buna ulaşamayacak kesimlerin hizmetten yararlanmasına engel olacak ve bu nedenle kamu hizmetlerinin hiçbir ilkesi ve dahi sosyal devlet ilkesi uygulanabilir olmayacaktır.

Evrensel hizmet kavramının varlık nedeni çoğu kez vurgulandığı üzere hizmetin “her zaman” ve “her yerde” olmasıdır. Nitekim 53609 sayılı EHK m. 3 de evrensel hizmetin tanımını yaparken “*coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir*” olması özelliğini belirtmiştir. Bu nedenle evrensel hizmet yükümlülükleri öngörülmüş ve işletmecilere mali destek verilmesi sağlanmıştır ve bu durum da Topluluk hukuku tarafından rekabet ilkesinin ihlali olarak görülmemiştir.

4. Güven ve Sorumluluk İlkesi

Yalınlık ve ulaşılabilirlik ilkelerinin doğal sonuçlarından biri olarak ortaya çıkan güvenlik ve sorumluluk ilkesi, kullanıcılara sunulan hizmetlerde arz güvenliğinin, tüketici haklarının korunması ve hizmetin yürütülmesinden dolayı bir zarar doğması halinde sorumluluk ilkesi çerçevesinde bunun tazmin edilmesidir. Bu konuda Topluluk hukukunda da birçok düzenleme mevcuttur. Tüketicilerin korunması amacıyla üye devletlere yasal ya da idari düzenleme yapma zorunluluğu getiren Kusurlu Üretimden Dolayı Sorumluluk Direktifi⁶⁷⁴ kabul edilmiştir. Bu

⁶⁷² DONIER, s.1227.

⁶⁷³ KARAHANOGULLARI, s.251.

⁶⁷⁴ JOCE L 210 du 12.11.1988, 85/374/CEE, s. 54.

direktife dayalı olarak Fransa’da kamu hizmetlerinin kusurlu yürütülmesinden dolayı sorumluluğa ilişkin 19 Mayıs 1998 tarihli Yasa⁶⁷⁵ kabul edilmiştir.

Fransız Kamu Hizmetleri Şartında güven ve sorumluluk ilkesi şu şekilde yer almıştır⁶⁷⁶:

- Kullanıcılar idareyle ve kamu hizmetleriyle ilişkilerinde hukuki güvenceye sahiptirler. Devlet kamu hizmetlerinin işleyiş koşullarını ve biçimlerini açıkça belirlemeli ve bu hukuki düzenlemeler istikrarlı olmalıdır. Değişiklikler ve yeni düzenlemeler kullanıcıların uyum sağlamalarına olanak verecek biçimde yürürlüğe konmalıdır.

- Varolan kuralların geliştirilmesi sağlanarak, yeni kuralların kullanıcılara ve idareye etkileri ve maliyetine dair bilgiler hazırlanmalıdır.

- Kamu hizmetlerini yürütenler kusurlarını gidermeyi ve doğan zararları en kısa süre tazmin etmelidir.

Sorumluluk ilkesi, her ne kadar bir ilke olarak yeni sayılmaya başlamışsa da temelini 1789 Vatandaş ve İnsan Hakları Deklarasyonu m.15’ten almaktadır. 3 Şubat 1873 tarihinde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği *Blanco* kararıyla kamu hizmetini yürüten kamu görevlilerinin vatandaşlara verdiği zararlardan dolayı idarenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁶⁷⁷. Ayrıca, bu ilkesinin kamu hizmetlerinin temel ilkeleri arasına girebilmesi için genel bir uygulama alanı bulması gerektiği, ancak AB Direktifi ve sonrasında yapılan ulusal düzenlemelerde güven ve sorumluluk ilkelerinin açıkça bir ürün kullanımını sağlayan kamu hizmetlerine yönelik olması nedeniyle sınırlı bir uygulama alanı bulunduğu vurgulanmıştır⁶⁷⁸. Bir diğer eleştiri de, idarenin geleneksel sorumluluğunun ilke olarak ifade edildiği şeklinde yapılmıştır. Buna göre idare zaten, kamu hizmetlerini yürütürken kusurlu ya da kusursuz olarak vatandaşlara verdiği maddi ve manevi zararlardan dolayı sorumludur. Bu sorumluluk da kamu hizmetinin temel ilkelerinden kaynaklanmaktadır⁶⁷⁹. Bunun sonucu olarak, kamu hizmetini yürüten ya da yürütülmesinden sorumlu olan idare, hatalarını kabul etmeyi, en kısa sürede

⁶⁷⁵ Loi du 98-389 du 19 mai 1998 relative relative à la responsabilité du fait des produits défectueux JORF du 21 mai 1998, No.117, , s.7744.

⁶⁷⁶ Aktaran KARAHANOGULLARI, s.253.

⁶⁷⁷ GÖZLER, C.II, s.940.

⁶⁷⁸ DONIER, s.1227.

⁶⁷⁹ MARAIS, s.115-116.

gidermeyi ve hatalarından hizmetin işleyişine ilişkin sonuçlar çıkarmayı bilmelidir. Bu nedenle güven ve sorumluluk öncelikle yeni bir ilke değildir.

T.C. Anayasası m.125/son uyarınca idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Hukuk devletinin bir gereği olan bu durumda, idare kamu hizmetlerine ilişkin aldığı kararlar ve yürütülmesinden kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadır. Bu noktada, idarenin aldığı kararlarda ve eylemlerinde kusurlu olup olmaması önemli değildir. Zarar idarenin eylem ve işlemlerinden doğduğu, yani zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağı korunduğu sürece idare sorumlu olacaktır. Bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki kusurlar nedeniyle kullanıcılar zarar görürlerse, idare hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır. Danıştay’ın da bir kararında belirttiği gibi “*idare kendisine tevdi edilmiş bulunan kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemesini temin amacıyla gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın icap ettirdiği şahsi, ayni ve mali imkan ve vasıtaları her an hizmete hazır bulundurmakla sorumludur*”⁶⁸⁰.

Fransa’da iktisadi kamu hizmetleri konusunda idarenin sorumluluk türü özel hukuk sorumluluğu kabul edilirken Türkiye’de hizmetin işleyişinden kaynaklanan her türlü zarardan kaynaklanan sorumluluk kamu hukuku sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin “*Bac d’Eloka*” kararında⁶⁸¹, özel işletmelerle aynı koşullarda işletilen sınaî ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazmini için görevli yargı yerinin adli yargı olduğu yönünde karar vermiştir. Buna karşın Türk hukukunda KİT’lerin kullanıcılara ve üçüncü kişilere verdiği zararlardan kaynaklanan sorumlulukları konusunda Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, sorumluluğun kamu hukukundan kaynaklanan bir sorumluluk olduğu gerekçesiyle idari yargıyı görevli olarak görmektedirler. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, KİT’lerin özel hukuk kurallarına bağlılıkları “*ancak, günlük işlerinde ve fertlerle olan münasebetlerindedir. Bunların dışında kalan gerek kendileriyle ilgili mevzuatın tatbikatına, gerekse hizmetin gerektirdiği faaliyetlerin gayelerine uygun olarak*

⁶⁸⁰ D12.D, 13.4.1970, E.1969/3435, K.1970/754, DD, S.1, s.375.

⁶⁸¹ CE, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l’ouest africain (Bac d’Eloka)*’dan aktaran GÖZLER, C.II, s.944.

*tanzim ve ifasına taalluk eden kararlar ise, idari karar niteliğinde olup” idare hukuku kurallarına tabidir*⁶⁸².

Telekomünikasyon sektörünün tamamen serbestleştirilip Türk Telekom A.Ş’nin özelleştirilmesiyle, bu hizmet alanında faaliyet gösteren bir KİT bulunmamaktadır. Ancak yürütülen hizmetler birer kamu hizmetidir. Bu anlamda evrensel hizmet, ya bir idari işlemle (ruhsat, genel izin) ya da idari sözleşmeler (imtiyaz sözleşmesi, görev sözleşmesi) ile yetkilendirilen özel işletmeciler tarafından sağlanmaktadır. Yani, evrensel hizmet yükümlüsü ile idare arasındaki ilişki kamu hukuku ilişkisidir. Yürütülen hizmet de kamu hizmeti olduğundan, evrensel hizmetin kurulması ve yürütülmesinden kaynaklanan zararların tazmini de kamu hukuku kurallarına göre ve tahkim kaydı bulunmaması halinde idari yargıda olmalıdır. Hizmetin özel kişiler eliyle yürütülmesi, hizmetin asli sorumlusu olan idareyi, gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunduğundan sorumluluktan kurtarmayacaktır⁶⁸³.

5. Kalite ve Etkinlik İlkesi

Kalite ilkesinin tanımlanabilmesi için, öncelikle bu ilkenin bir unsuru⁶⁸⁴ niteliğindeki etkinlikten bahsetmek gerekecektir. Etkinlik ilkesi, kamu hizmetini ekonomik boyutuyla değerlendirilerek verimlilik ve kârlılık sonuçlarıyla ilgilenirken, kamu hizmetinin kullanıcıların ihtiyaçlarını tatmin boyutunu değerlendiren kalite ilkesi daha ziyade kamu yararına yönelik bir anlam içermektedir⁶⁸⁵. Buna göre etkinlik ilkesi, kullanıcıların tatmini yanında, düşük maliyeti, dışa açılım ve yenilik yapmayı da içermektedir⁶⁸⁶.

Topluluk hukukunun etkisiyle geliştirilen kalite ilkesi daha ziyade ekonomik kamu hizmetleri için uygulanabilir bir ilke olarak görülmektedir. Zira idari kamu

⁶⁸² UM, 14.5.1966, E.1966/11, K.1966/15, **DKD**, S.103-105, s.511 vd.; UM, 6.11.1974, E.1971/35, K.1974/1380, RG, 7.1.1975, S.15111, s.5-6. (aktaran GÖZÜBÜYÜK/TAN, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, C.II, Turhan, Ankara, 2003, s.160, dpn.291.)

⁶⁸³ “Hizmet kusurunun vukuuna sebebiyet veren, hizmeti nihai olarak tanzim yetkisine malik bulunan en yüksek idari makam aleyhine” dava açılacağı hakkında bkz. DDDGK, 1.4.1949, E.1948/153, K.1949/44, **DKD**, S.43-44, s.54.

⁶⁸⁴ VOISSET, “*Qualité, adaptabilité, mutabilité*”, s.399.

⁶⁸⁵ DONIER, s.1228.

⁶⁸⁶ DEWOST, M, “*Europe, service public et concurrence*”, Masson, 1995, s.160, CEEP’e sunulmuş rapordan aktaran VOISSET, s.399.

hizmetlerinde etkinlik ve kalitenin ölçülmesi ve bu ölçüme ilişkin kriterlerin belirlenmesi hassas bir konu olup zor olacaktır. Ancak iktisadi kamu hizmetlerinin amacı kârlılık ve verimlilik olduğundan bu tür hizmetlerde, işletme performansını, verimliliği ve etkinliği ölçmek ve değerlendirmek daha kolay, dolayısıyla bu ilkelerin uygulama alanı daha geniş olacaktır⁶⁸⁷. Bu durumda da, her hizmet için ayrı bir kalite kriteri belirlemek gerekeceğinden, kalite ilkesinin yeknesak bir uygulaması söz konusu olmayacaktır kanaatindeyiz. Ayrıca, kalite ilkesinin ihlalinin doğrudan bir yaptırıma bağlanmaması, kalite standardının bir ilke olmaktan çok kamu hizmetinin modernizasyonuna yönelik bir “hedef” olarak kalmasına yol açtığı yorumları bulunmaktadır⁶⁸⁸. Bununla birlikte, şu anda olmasa da kalitenin gelecekte bir kamu hizmeti ilkesi olacağı yönündeki görüşler, temel ilkelerin boş bıraktığı alanlarda yeni sorunlara yeni çözümler getireceği gerekçesiyle kamu hizmetleri alanında kendisini kabul ettireceğini belirtmektedir⁶⁸⁹.

Kanaatimizce, kalitenin bir ilke olup olmadığı değerlendirmesinde yaptırımın doğrudan dikkate alınmasının doğru bir yöntem değildir. Zira hizmetin kalitesi olması gerektiği şekilde değilse, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir ve durum da gerek hukuk devleti ilkesi gerekse, idare hukuku düzenlemeleri ve uygulaması içinde zaten mevcuttur. Bununla birlikte, sadece iktisadi kamu hizmetleri alanında ölçülebilirliği nedeniyle olması gerektiği gibi uygulama alanına sahip olan kalite koşulunun bir ilke olmaktan ziyade, belli sektörlerde sunulacak hizmete ilişkin belirlenmiş hedefler olduğu düşüncesine katılmaktayız. Kalite koşulunun çalışmamız açısından önemi⁶⁹⁰, ortalama kalitedeki evrensel hizmeti ucuz bir hizmet olmaya zorlamasıdır. Ancak gerek evrensel hizmetin sağlanması, gerekse bu hizmeti sunanların kâr amaçlarının bedele yansımalarının bertaraf edilmesi klasik kamu hizmetleri ilkeleri⁶⁹¹ ile sosyal devlet ilkesinin birlikte uygulanmasıyla sağlanabilecektir. Öncelikle hizmetin kalitesini belirleyen sürekliliği ve düzenliliğidir. İkinci olarak bir hizmetin toplumsal ihtiyaçları karşılaması o hizmetin değişen taleplere ve teknolojiye uyarlanmasını

⁶⁸⁷ BRACONNIER, S, **Droit des services publics**, PUF, Thémis droit public, Paris, 2003, s.269 vd’ dan aktaran DONIER, s.1228.

⁶⁸⁸ VOISSET, s.397.

⁶⁸⁹ CLUZEL, Lucie, **Le service public et l’exigence de la qualité**, Dalloz, Paris, 2006, s.569’ dan aktaran DONIER, s.1229.

⁶⁹⁰ Bu konuda bkz. supra.

⁶⁹¹ LAUCHAUME/BOITEAU, PAULIAT, s.460.

gerektirir ki klasik ilkelere değişkenlik de bunu sağlamaya yeterlidir. Sonuç olarak kanaatimizce kalitenin ayrı bir ilke olarak belirlenmesi, kamu hizmetlerini iktisadi anlayışla piyasa ekonomisi çerçevesinde maddi karşılığı bulunan birer “mal” olarak gören politikaların bir sonucudur.

C. Evrensel Hizmet İlkeleri

Bir kamu hizmeti olan evrensel hizmet alanında uygulanan ilkeler kuşkusuz kamu hizmeti ilkeleri olacaktır. Bununla birlikte EHK ve Elektronik Haberleşme Kanununda Yasakoyucu yürütlen kamu hizmetin kuruluş ve işleyinde uygulanacak ilkeleri daha geniş ifade edebilmektedir.

1. 5369 Sayılı EHK’da Evrensel Hizmet İlkeleri

5369 Sayılı Kanunun “İlkeler” başlıklı 3. maddesi, kamu hizmetinin klasik ilkeleri ile yeni ilkelerinin bir karması olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Topluluk Hukuku ve Fransız Kamu Hizmetleri Şartında yer bulan birçok yeni ilkenin telaffuzu konusunda Yasakoyucunun bir irade göstermediği görölmektedir. Kanaatimizce bunun nedeni, daha önce de açıklandığı üzere bu ilkelere birçokunun zaten farklı şekillerde idare hukuku alanında içselleştirilmiş ve yargı kararlarıyla geliştirilmiş olmasıdır. EHK’ya göre,

a. Evrensel hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanır (m.3/a). Bu düzenleme doğrudan eşitlik ve nesnellik ilkelerinin ifadesidir.

b. Evrensel hizmet, fert başına gayrisafi yurt içi hasıla tutarı da göz önünde bulundurularak karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulur (m.3/b). Makul fiyat sorunu açıkça ulaşılabilirlik ilkesinin ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır. Hizmetin ulaşılabilirliği doğrudan süreklilik ilkesinin uygulanabilirliğini de etkilediğinden, hizmetin yaygınlığının sağlanması gerekmektedir. Bu yaygınlık da sadece altyapının, şebekelerin ve hizmet sunulan alanların genişliği ile ölçülemez. Kullanıcıların ekonomik açıdan hizmetlere ulaşımının da sağlanması gerekmektedir.

c. Düşük gelirliler, özürllüler ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların da evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınır (m.3/c). Ulaşılabilirlik ilkesinin bir sonucu olan bu düzenleme açıkça sosyal devlet ilkesinin de uzantısı olarak değerlendirilebilir.

d. Evrensel hizmet, önceden belirlenmiş hizmet kalitesi standartlarında sunulur (m.3/d). Kalite ilkesinin görünümü olan bu düzenleme, kanaatimizce içinde değişkenlik ilkesini de barındırmaktadır. Zira, teknolojiyle sıkı sıkıya bağlı olan evrensel hizmetin kalitesi, hizmetin teknolojiye uyarlanması ile ve toplumun değişen taleplerine verdiği yanıtla doğru orantılı olacaktır. Bu nedenle hizmetin “önceden belirlenmiş” kalitesini belirleyecek kamu otoriteleri değişkenlik ilkesini uygulamak durumunda kalacaklardır.

e. Evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşılmasında devamlılık esastır (m.3/e).

Görüldüğü gibi Türk hukukunda yasakoyucu evrensel hizmet ilkelerini belirlerken kamu hizmetinin klasik ilkelerini açıkça içermektedir. Bununla birlikte yeni ilkelerde kalite ve ulaşılabilirlik yasakoyucunun tercihleri arasında yer almaktadır. Zaten bu iki yeni ilkenin bertaraf edilmesi evrensel hizmetin tanımı gereği mümkün olmayacak ve kavramla çelişecektir. Ancak, sorumluluk, güven katılım ve şeffaflık gibi ilkeler Kanunda ifade edilmemiştir. Bunlardan güven ve sorumluluk ilkeleri zaten idare hukukunun güçlü olduğu ülkelerden olan Türkiye’de gerek Yasakoyucu, gerekse yargı organları tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. Ancak, 5369 sayılı Kanunda şeffaflık ve katılım ilkelerine doğrudan bir atıf bulunmamaktadır. Sadece evrensel hizmet yükümlüsü adayları ve yükümlülükleri açısından hizmetin gelirlerinin toplanması ve giderlerinin yapılması konusunda usul ve esasların belirlenmesini idareye bırakmıştır. Yönetmelik ile belirlenen bu usul ve esaslar da kamu hizmetinin kamu hizmetine uygulanan şeffaflık ilkesi olmaktan çok, işletmeciler için açıklık getiren kurallardır.

2. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun Düzenlediği İlkeler

Elektronik Haberleşme Kanunu, kamu hizmetinin temel ilkeleri yanında, yeni ilkelerine de açıkça yer vermektedir. Buna göre,

a. Topluluk hukuku düzenlemelerine paralel olarak, evrensel hizmet alanında doğası gereği bulunamayan serbest rekabet ilkesi benimsenmiştir. Kanun m.4/a uyarınca “serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması”, bir ilke olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde, işletmecilerin hizmet bedeli olarak alacakları ücretleri serbestçe belirlemeleri de bir ilke olarak m.4/ı’da düzenlenmiştir. Buna göre, “Bu Kanunda, ilgili mevzuatta ve yetkilendirmelerde açıkça belirlenen durumlar haricinde, işletmecilerin, arabağlantı da dahil olmak üzere erişim ücretleri ile hat ve devre kiralarnı da kapsayacak biçimde, elektronik haberleşme hizmeti sunulması karşılığı alacakları ücretleri serbestçe belirlemesi” esastır.

b. Tüketicilerin korunması ilkesi benimsenmiştir (m.4/b).

c. Kalkınma planları ve hükümet programlarındaki hedefler ile Bakanlık tarafından belirlenen strateji ve politikaların gözetilmesi ilkesi (m.4/c) ile birden fazla kamu hizmeti ilkesi bir araya toplanmıştır. Öncelikle, Kalkınma planlarının hizmet düzenlenir ve sunulurken dikkate alınması yükümlülüğü ile Anayasa m.166’da düzenlenen planlama hükmünün bir yansımasıdır. Bu düzenleme, bilgi evrensel hizmetin bilgi toplumunu sağlayan bir ekonomik plan⁶⁹² olarak ortaya çıktığı fikrine de destek vermektedir. Bilgi toplumunu sağlamak amacıyla elektronik hizmetlerinin yaygınlığına yönelmek ve bu konuda kalkınma planlarını temel almak, süreklilik, düzenlilik ve ulaşılabilirlik ilkelerinin bir sonu olsa gerektir.

ç. “Herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi” hükmü (m.4/ç) yine ulaşılabilirlik ilkesi dikkate alınmaktadır.

d. Kanun m.4/d düzenlemesinde eşitlik ve nesnellik ilkesini, olması gerektiği gibi nispi eşitlik olarak kabul etmiştir. Buna göre, “aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin

⁶⁹² Bkz. Supra.

benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması” bir ilke olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda m.4/j hükmü ile “Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması” düzenlemesi de aynı ilkelerin yansımasıdır.

e. Kanun m.4/e hükmü ile, aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılmasının ilkelerinin gözetilmesi düzenlenmiştir. EHK’da düzenlenmeyen şeffaflık, açıklık ve güvenilirlik ilkelerinin Elektronik Haberleşme Kanunu ile benimsenmesi, uluslararası hukukun yasakoyucu üzerindeki etkisini göstermektedir. Evrensel hizmetlerin elektronik haberleşme hizmetlerini de kapsaması nedeniyle, bu ilkelerin evrensel hizmete de uygulanması kaçınılmazdır.

f. Kanun m.4/g hükmüyle değişkenlik ilkesi elektronik haberleşme hizmetlerinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme faaliyet ve yatırımlarının teşvik edilmesi” ilkesi açıkça kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesine atıf yapmaktadır.

g. Kanun m.4/ğ’nin “hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi” hükmü doğrudan kalite ilkesinden kaynaklanmaktadır. Aynı zamanda, hizmet kalitesinin artırılması, değişkenlik ilkesi ile de bağlantılı olmak durumundadır.

h. Kanun m.4/l’de getirilen Bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi ilkesi ise, hukuk devleti ilkesinin doğrudan özel hayatın gizliliğini sağlamaya yönelik bir uzantısıdır.

Kanunun “ilkeler” başlıklı 4. maddesinde sayılanların birçoğunun birer ilke olmaktan ziyade usul kuralları olduğu görülmektedir. Yasakoyucunun bu hükümleri ilke olarak saymış olması, bu kuralları kamu hizmeti ilkeleri haline getirmekten çok, hizmetin asıl ilkelerinin hukuka uygun olarak işlemlerini sağlamaya yönelik usuli bir çerçeve oluşturma çabası olarak yorumlanabilir. Bu çerçeve oluşturulurken de, uluslararası hukukun dayattığı rekabet, etkinlik, şeffaflık, kalite ilkeleri ile klasik ilkeler arasında orta yolun bulunarak, sosyal hukuk devleti ile serbest piyasaın uzlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim Kanunun ilkeler arasında öncelikle serbest rekabeti dikkate alıp, sonra diğer ilkelerle rekabeti düzenleme yoluna gitmesi de bunun göstergesi olsa gerektir.

VI. EVRENSEL HİZMETİN MİSYONU: BİLGİ (ENFORMASYON) TOPLUMU

Bilgi kavramı Latince “informato” kökünden gelmekte, “biçim verme”, “biçimlendirme” ve “haber verme” anlamlarında kullanılmaktadır. Bilgi genel anlamda düşünme, yargılama, akıl yürütme, okuma, gözlem ve deney yoluyla elde edilen “düşünsel ürün” ya da “öğrenilen şey” olarak tanımlanmaktadır⁶⁹³. Oysa önce post-endüstriyel, daha sonra da bilgi toplumu teorilerine göre “bilgi”, data-veri işleme olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁴. Bu anlamıyla, belirli bir süreçten geçerek işlenmiş, sahibi için anlamlı olan, yönetsel karar almada stratejik öneme haiz olduğu varsayılan veya gerçek değeri olan veriyi ifade etmektedir. Bu nedenle kanaatimizce bilgi (*knowledge/la connaissance*) ile enformasyon (*information/l’information*) arasında ayırım yapılarak, bilgi toplumu ifadesi yerine “enformasyon toplumu” kullanılmalıdır.

Enformasyon toplumu kavramının gündeme gelişi II. Dünya Savaşı sonrası döneme rastlamaktadır. 1960’lardan itibaren bilgi iletişim teknolojilerindeki gelişmelere paralel olarak kullanımı yoğunlaşan bu kavram, sanayi toplumundan sonra geçilmekte olduğu düşünülen yeni bir toplumsal yapıyı tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır⁶⁹⁵. Toffler’in “üçüncü dalga” olarak betimlediği aşamanın “enformasyon çağı”nda teknoloji toplumu ekonomik, siyasal ve kültürel açılardan değiştirip dönüştürmektedir ve bu nedenle bu toplumun “enformasyon toplumu” olarak adlandırılması uygun görülmektedir⁶⁹⁶. Sanayi toplumundan enformasyon toplumuna geçişin başat etkeninin “*enformasyonun niteliğindeki değişme*” olduğunu ifade eden Daniel BELL, bu anlamıyla enformasyonun “*stratejik bir kaynak*” haline geldiğini ve bunun sonucunda ortaya çıkan toplumun “*bilginin çevresinde örgütlenmiş, toplumsal kontrolü amaçlayan, yeniliklerin ya da değişimin yönetiminde ya da yönlendirmesinde olan bir toplum*” olduğunu vurgulamıştır⁶⁹⁷.

⁶⁹³ ÖĞÜT, Adem, **Bilgi Çağında Yönetim**, Nobel, Ankara, 2003, s.9.

⁶⁹⁴ BELL, Daniel, **The Coming Of Post-Industrial Society**, Basic Books, Newyork, 1974’ten aktaran TÖRENLİ, Nurcan, **Enformasyon Toplumu ve Küreselleşme Sürecinde Türkiye**, Bilim ve Sanat, Ankara, 2004, s.22.

⁶⁹⁵ TÖRENLİ, s.11;

⁶⁹⁶ Aktaran BALAY, s.66.

⁶⁹⁷ Aktaran TÖRENLİ, s.32.

Enformasyon toplumu ve enformasyon altyapısı kavramları, küreselleşme süreci ile enformasyon ve iletişim teknolojileri alanında yaşanan gelişmeleri birleştiren kavramlar olarak özellikle son yıllarda önem kazanmıştır. Ancak bu kavramlar, enformasyon ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler kadar, telekomünikasyon sektöründe uygulamaya konulan özelleştirme, serbestleştirme ve kuralsızlaştırma (deregülasyon) ya da kuralların yeniden belirlenmesi politikaları ile de ilişkilidir. Küresel enformasyon altyapısının gelişmesi ve küresel enformasyon toplumuna ulaşmak için uygulanacak küresel ve ulusal stratejiler ise bütün olarak enformasyon toplumu politikaları ismiyle anılmaktadır⁶⁹⁸. Küresel enformasyon altyapısının gelişmesinden ekonomik gelişme ve üretkenliğin artışına neden olması, yeni ekonomik etkinlikler ve iş alanları yaratması ve hayat kalitesini arttırmak suretiyle toplumsal gelişmeye neden olması beklenmektedir.

1990'ların başlarından itibaren, enformasyon toplumu kavramı tüm ülkelerin politik gündemlerine girmiş ve gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeler bu konuda politika oluşturmaya başlamışlardır. Kavramın gelişiminde ilk dönem piyasayı temel alırken, ikinci dönemde bu konuda devlet müdahaleleri öngörülmeye başlanmıştır. Bu konuda, ABD Başkan Yardımcısı Al Gore'un, *National Information Infrastructure (NII): Agenda for Action* ismiyle yayınlanan 1993 tarihli raporu devletin destek vermek şeklinde müdahalesini öngören bir enformasyon toplumu politikası öngörmektedir. Bu doğrultuda 1994'te Buenos Aires'te düzenlenen Uluslararası Telekomünikasyon Birliğinin toplantısında Al Gore tarafından enformasyon toplumunun dört ilke etrafında şekillendiği açıklanmıştır. Bu ilkelere göre, gelişmeyi sağlamanın en iyi yolu özel sektör ve güçlü rekabettir; düzenlemeler mutlaka esnek olmalı ve miadını dolduran düzenlemeler ortadan kaldırılmalıdır; erişim açık olmalıdır ve evrensel hizmet mutlaka garanti edilmelidir⁶⁹⁹.

Avrupa Birliğinde enformasyon toplumu kavramı üzerine çalışmalar ABD'nin rekabet politikalarına karşı bir tepki ve savunma mekanizması oluşturma

⁶⁹⁸ BAŞARAN, "Enformasyon Toplumu Politikaları ve Gelişmekte Olan Ülkeler", **İletişim Araştırmaları Derg.**, 2004, C.2(2), s.8. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/23/666/8491.pdf>, (3.4.2010).

⁶⁹⁹ DUCATEL, Ken/ WEBSTER, Juliet/ HERRMANN; Vverner, "Information Infrastructures or Societies" in **The Information Society in Europe: Work and Life in an Age of Globalization.** , Vverner Herrmann (der.) içinde. 1-20. USA:Rowman & Littlefield Publishers'tan aktaran BAŞARAN, s.10, 13.

amacıyla başlamıştır⁷⁰⁰. Avrupa Birliği'nin 1980'li yılların başından bu yana devam eden enformasyon ve iletişim teknolojileri ile ilgili çalışmalarının sonunda yayınladığı, Gelişme, Rekabet ve İstihdam konusunda Beyaz Kitap, telekomünikasyon politikasını AB'nin tüm genel politika geliştirme süreçlerinin merkezine yerleştirmiştir. İzleyen süreçte Avrupa Konseyi tarafından Beyaz Kitap'ı tamamlar nitelikte olan Bangemann Raporu hazırlanmıştır. 1994 yılında hazırlanan raporun amacı, enformasyon alanında gerçekleştirilecek altyapıları belirlemek, topluluğun ve üye devletlerin enformasyon toplumuna geçerken göz önünde bulundurmaları gerekenleri tanımlamaktır⁷⁰¹. Bu raporla, Avrupa Birliği'nin ekonomik geleceği enformasyon toplumunun sağlanmasına bağlanmış ve enformasyon toplumuna geçiş için öncelikle serbestleştirilmiş bir iç pazar oluşturulması gereği ortaya konmuştur. Bu kapsamda üye devletlere, tüm telekomünikasyon hizmetlerinin 1998'e dek serbestleştirilmesi tavsiye edilmiştir.

Avrupa Birliği politikalarının da başlangıç amacı da her ne kadar Avrupa Birliğine ulaşma yolunda, ekonomik bütünleşme denli, politik ve sosyo-kültürel bütünleşmenin önem taşıması ve bu bütünleşme süreçlerinde genel olarak iletişime yüklenen rol olsa da, politikaları şekillendiren asıl olarak ABD'nin meydan okuması karşısında Avrupa enformasyon ve iletişim teknolojileri sanayisinin uluslararası piyasalardaki rekabet gücünü arttırmak olmuştur.

Enformasyon toplumunun sağlanması için bilgi iletişim araçlarının küresel çapta yayılması gerekmektedir. Böylece bilginin yaygınlaştırılmasının bilgi toplumuna ulaşmak dışında başka sonuçları da olacaktır ki küreselleşme kavramıyla beraber düşünüldüğünde bu sonuçların daha ziyade ekonomik nitelikli olduğu kolayca görülebilmektedir. Zira, enformasyon toplumu kavramı günümüzde, ekonomik büyümenin, kalkınmanın hizmetine sunulmuş bilim ve teknoloji politikalarının enformasyon iletişim teknolojilerinin gücü ile yaşama geçirilebileceği yeniliklere açık ortamı oluşturma eylemini ifade etmektedir⁷⁰². II. Dünya Savaşı sonrası gelişmiş ülkelerin içine girdikleri teknoloji destekli yapılanma sürecine az gelişmiş ya da gelişmekte olan toplumlar kendi modellerini uyumlulaştırma yoluna

⁷⁰⁰ Ibid, s.s.14.

⁷⁰¹ Bangemann Raporu, 1993 Aralık ayında Brüksel toplantısında alınan bir karar gereği hazırlanmıştır. Bir grup uzman tarafından hazırlanan rapor "Avrupa ve Küresel Enformasyon Toplumu; Avrupa Konseyine Öneriler"başlığını taşımaktadır. Aktaran Ibid, s.11 ve s.30, dpn.2.

⁷⁰² TÖRENLİ, s.59.

gitmişlerdir. Küreselleşmenin de etkisiyle birikim sürecini tamamlayan kapitalist sistem, yeni pazarları model uyumlaştırması yoluna giden gelişmekte olan ülkelerde bulmuştur. Bu nedenle de bütünleşmiş mali piyasalar yaratılması ve sürekliliğinin korunmasında enformasyon toplumunun sağlanması çok önemlidir⁷⁰³. Gelişmekte olan ülkeler açısından ise bilgi iletişim teknolojilerine ulaşmak yabancı sermaye akışının hızlanması açısından önemli olarak kabul edilmektedir.

Enformasyon toplumu kavramının ve enformasyon altyapılarının yaygınlaştırılmasının kapitalizmin yeniden yapılanması ve küreselleşme yoluyla gelişmekte olan uzak pazarlara ulaşmasının aracı olduğu, emek, üretim ve istihdam biçimleri üzerinde olumsuz etkilerinin bulunduğu yönünde getirilen eleştirilere⁷⁰⁴ rağmen, kanaatimizce kavramı bir bütün olarak olumsuzlamak yanlış olacaktır. Bu noktada CASTELLS'in "enformasyon toplumu" ve "enformasyonel toplum" ayrımı getirilen eleştirilere bir yanıt olabilecek niteliktedir. Buna göre, enformasyon toplumu, enformasyonun toplumdaki önemini vurgulayarak bilginin iletilmesi anlamını içermektedir ve bu tüm toplumlar için önemlidir. Bununla birlikte CASTELLS'in enformasyonel toplum nitelemesi, enformasyon üretimi, işletimi ve aktarımının yeni teknolojik koşullar nedeniyle gücün ve üretkenliğin temel kaynakları haline geldiği bir toplumu işaret etmektedir. Bu toplumun kilit noktası ise, temel yapısındaki ağlar oluşturma mantığıdır. Bu nedenle olumsuz anlamında kullanılan enformasyon toplumu yerine ağ toplumu ifadesi kullanılmalıdır⁷⁰⁵.

Bununla birlikte, iletişim ağlarını toplumsal sermaye olarak algılayan ve ekonomik açıdan bakıldığında "ahlaki güven ilişkisi" olarak tanımlayan görüşe karşın⁷⁰⁶, sermayenin işleyebilmesi, rekabet edebilmesi için enformasyon teknolojileri tarafından üretilen bilgiye ihtiyacı olduğu da açıktır⁷⁰⁷. Zira enformasyon çağında kapitalizm küresel olarak işlemekte ve finansal akışlar ağ etrafında yapılmaktadır. Enformasyonel kapitalizm çağında üretim ve istihdam biçimleri etkilense de ortadan kalkmamakta ve farklı şekillerde devam etmektedir.

⁷⁰³ CASTELLS, Manuel, "Küresel Enformasyon Kapitalizmi", in **Küresel Dönüşümler**, Büyük Küreselleşme Tartışması, ed. David HELD/Anthony MCGREW, Phoenix, Ankara, 2008, s.367.

⁷⁰⁴ TÖRENLİ; s.87 vd.; YILMAZ, Bülent, "Bilgi Toplumu: Eleştirel Bir Yaklaşım", **HÜEFD**, C.15, S.1, s.147 vd., <http://www.edebiyatdergisi.hacettepe.edu.tr/1998151bulentyilmaz.pdf>, (3.4.2010).

⁷⁰⁵ CASTELLS, Manuel, **Enformasyon Çağı, Ekonomi, Toplum ve Kültür C.I: Ağ Toplumu'nun Yükselişi (Ağ Toplumu'nun Yükselişi)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2005, s.25.

⁷⁰⁶ FUKUYAMA, s.161.

⁷⁰⁷ CASTELLS, **Ağ Toplumu'nun Yükselişi**, s.625.

Sanayi toplumun ortadan kalktığı ya da enformasyon çağı ile “tarihin sonu”nun geldiği yönündeki görüşlere karşın, enformasyon toplumunda, bilgi de ölçülebilir bir simge statüsü kazanarak alışverişe, karşılıklı değişime konu bir “birim” ya da “nesne”ye dönüşmüştür⁷⁰⁸. Bu nedenle bu çağda artık bilginin de bir üretim biçimi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak, bilginin en az üretimi kadar ve belki de daha çok, toplumsal tüketim düzeyi önem taşımaktadır. Bilginin dünyada, toplumsal düzeyde tüketimi sağlanamadığı sürece 'enformasyon toplumu' kavramını kullanmak anlamlı olmayacaktır⁷⁰⁹. Enformasyon toplumuna kaynaklık eden temel araç ağ, bilgisayar ve temel gelişme enformasyonun üretim ve dağıtımındaki hızdır. Oysa pratik göstermektedir ki, asıl gelişme enformasyonun 'meta' niteliği kazanmış olması konusundadır. Bu nedenle, bilginin tüketiminin yaygınlaştırılması amacıyla evrensel hizmet kavramı öne çıkmaktadır. Kesin olan şudur ki, evrensel hizmete “evrensellik” niteliğini veren de enformasyon toplumunu sağlama ve bilgi tüketimini artırma amacıdır.

⁷⁰⁸ TÖRENLİ, s.265-266.

⁷⁰⁹ YILMAZ, s.156.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVRENSEL HİZMET ALANININ DÜZENLENMESİ

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVRENSEL HİZMET ALANININ DÜZENLENMESİ

Serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı işlemesi ve piyasa başarısızlıklarına karşı bir önlem olarak⁷¹⁰ regülasyon ya da düzenleme kavramı sosyal devlet ilkesiyle de doğrudan ilgilidir. Geniş anlamda “devletin piyasa mekanizmasına müdahalesi” olarak tanımlanan⁷¹¹ regülasyon iktisadi anlamıyla, hangi mal ve hizmetlerin, hangi koşullar altında ve hangi kurallar ve yaptırımlar çerçevesinde, ne kadar, kimler tarafından ve kimler için, nasıl ve nerde üretileceği sorunlarının etkin ve toplumsal yararlar ile uyum içinde çözülmesini ifade etmektedir⁷¹². İktisadi anlamının göz ardı edilmesi mümkün olmayan regülasyon kavramından anlaşılan piyasa mekanizmasının yaratacağı toplumsal zararların önlenmesi amacıyla ekonomik faaliyetlerin sınırlanarak rasyonel bir çerçeve içine alınmasıdır⁷¹³. Bu çerçevede piyasa mekanizması dışlanmamakta ve fakat kamusal çıkarların ötesine geçmemesi için bir anlamda terbiye edilmektedir ki, bu durum “piyasa ekonomisine evet, fakat piyasa toplumuna hayır” şeklinde ifade edilmiştir⁷¹⁴.

Geniş anlamda yasa koyucunun kural koyarak, yürütme ve idarenin gerek düzenleme, gerekse uygulamalarla yaptığı müdahaleler de regülasyon kavramı kapsamında olmakla birlikte, son yıllardaki dar bir çerçevede regülasyon algılayışı, bağımsız idari otoriteler tarafından yürütülen piyasanın düzenlenmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesi olarak algılanmaktadır. Buna göre regülasyon kavramı “esas olarak özel sektör tarafından yürütülen ve toplumun gündelik yaşamındaki vazgeçilemez bir takım hizmetlerin klasik devlet bürokrasisinden bağımsız idari kurumlarca yönlendirilmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi, böylece bu hizmetlerin

⁷¹⁰ ULUSOY, s.159.

⁷¹¹ PAŞAOĞLU, s.14.

⁷¹² TÜRKKAN, Erdal, **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı**, Turhan, Ankara, 2001, s.2.

⁷¹³ RAPP, Lucien, “*Les nouvelles régulations économiques*”, **AJDA**, 2001, s.568.

⁷¹⁴ İbid.

bireylere rekabetçi ve plüralist bir ortamda etkin ve verimli bir şekilde sağlanması” olarak tanımlanmaktadır⁷¹⁵.

A. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de telekomünikasyon alanı hem federal, hem eyalet hem de yerel düzeyde düzenlenmektedir. Telekomünikasyon alanı ile birlikte, görsel-işitsel iletişim alanını da düzenleyen regülasyon kurumu FCC (*Federal Communication Commission*), 1934 tarihli İletişim kanunu ile kurulmuş olup, görevli olduğu alanların düzenlemesini federal düzeyde yapmaktadır. Buna göre FCC’nin görev alanına eyaletlerarası ve uluslararası hizmetlerin düzenlenmesi, fiyat düzenlemeleri, piyasaya giriş çıkışların denetlenmesi, frekans tahsisleri, evrensel hizmetin sağlanmasının garanti edilmesi ve hizmet standartlarının belirlenmesi gibi konuların düzenlenmesi girmektedir.⁷¹⁶

Kanunun 47. bölümü (Sec.47) hükümlerine göre FCC Senato tarafından önerilen ve Başkan tarafından beş yıllığına atanan beş üyeden oluşmaktadır. Başkanın atama kararı tekrar Senatonun onayına sunulmaktadır. Bu üyeler içinden FCC Başkanını da doğrudan Devlet Başkanı atamaktadır. (Sec. 47-a) Senatonun Devlet Başkanına önerdiği adaylar siyasi partilerin adaylarıdır, ancak Kanun, aynı siyasi partiden olan üye sayısının kurul toplantısındaki çoğunluk oluşturacak üye sayısını geçemeyeceği yönünde kural getirmiştir (Sec. 47-5). Böylece, AT&T’nin etkisiyle çıkarılan Kanun⁷¹⁷ en azından FCC’nin siyasi etkiye açık olmasını güvenceye almıştır. Toplam üye sayısı beş olan ve kararlarını çoğunlukla alan FCC’de aynı siyasi tavrı benimseyen üç üyenin alacağı karar FCC’nin siyasallaşması ve bağımsızlığını kaybetmesine yeter niteliktedir. Ayrıca, ABD’deki kurul üyelerini belirleme sisteminde federal devletin yasama kanadında bulunan Senatonun yetkileri öneri ve onay düzeyinde kalırken, yürütmeyi oluşturan Devlet Başkanı tüm üyeleri atadığı gibi Komisyonun başkanını da belirlemektedir.⁷¹⁸ Görüldüğü üzere en

⁷¹⁵ ULUSOY, s.155.

⁷¹⁶ ARDIYOK, s.153 vd.

⁷¹⁷ Bkz. supra.

⁷¹⁸ Bununla birlikte, Senatodan atamalara ilişkin onay verilmezse ne olacağı yasada belirtilmemiştir. En azından Kıta Avrupası idare hukuku sisteminden hareketle, onayın işlemin kurulması için zorunlu

azından kuruluş ve oluşum usulleri ile FCC, bir yandan politik diğer yandan da ekonomik çıkar çevrelerinin etkilerine açık görünmektedir. Üyelerin politize olması bir yana, en azından yürütme organına karşı tek bağımsızlık güvenceleri 1935 tarihli Yüksek Mahkeme kararından beri geleneksel olarak yargı kararları halindedir. Şöyle ki, “geçerli bir neden olmaksızın” ABD Başkanının herhangi bir kurulun başkanını görevden alamayacağı kabul edilmiştir. Bu çerçevede FCC başkanının görev süresi yaş haddini doldurması gerekçesiyle dahi kısaltılamayacak ve başkan görev süresi sonuna dek görevden alınamayacaktır.⁷¹⁹

Kanunun 5. Bölümünde görev yetkileri detaylı şekilde düzenlenen FCC’nin bir yandan alanın kural koyarak düzenleme, diğer yandan hizmetleri yürütecek özel kişilere kurulu altyapıların ve frekansların sözleşme veya izin usullerinden biriyle tahsisi, hizmet standartlarının belirlenmesi, Komisyon tarafından koyulan kuralların ihlali halinde de uyarma, para cezası ve tahsisin iptaline uzanan çeşitlilikte yaptırımlar uygulama yetkisi bulunmaktadır. Evrensel hizmet açısından FCC’nin en önemli işlevlerinden biri ABD’de hizmet standartlarını belirleme dışında, Fransa’da Yasakoyucu ve Türkiye’de Bakanlar Kurulu tarafından yürütülen evrensel hizmetin kapsamını belirleme yetkisidir.

FCC uzun yıllar boyunca tarifelerin belirlenmesi yetkisini maliyet artı yöntemine uygun olarak kullanmıştır. Ancak, tavan fiyat uygulamasının daha başarılı olduğu görülünce, AT&T’nin uzak mesafe hizmetlerinde ve bölgesel telefon şirketlerinin eyaletler arası hizmetlerinde tavan fiyat uygulamasına geçmiştir. Bununla birlikte, rekabetin artması nedeniyle 1991 yılında AT&T’nin büyük şirketlere sağladığı hizmetlerin tarifeleri düzenlemekten vazgeçmiştir⁷²⁰.

B. Fransa

Fransa’da telekomünikasyon hizmetleri alanında deregülasyon ve serbestleştirme politikalarının yürürlüğe konması ve alandaki *France Telecom*’un

unsur olduğu düşünülerek, Senato onay vermedikçe atama işleminin tamamlanmayacağı ve icrailik kazamayacağı söylenebilir.

⁷¹⁹ PAULIAT, Hélène, “Karşılatırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, in **Bağımsız İdari Otoriteler**, ed. KABOĞLU, Ö. İbrahim, Alkım, İstanbul, 1998, s.8.

⁷²⁰ İÇÖZ, Özge, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, RK, Uzmanlık Tezleri Serisi No.16, Ankara, 2003, s.36.

tekeline özel girişimcilere açan 26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası m.8 ile telekomünikasyon hizmetleri alanındaki ilk düzenleyici kurum olan Telekomünikasyon Düzenleyici Otoritesi (*Autorité de régulation des télécommunications, ART*) kurulmuştur. Kanuna göre ART, hukuk, teknoloji, ekonomi alanlarında uzman olan beş üyeden oluşmaktadır ve bu beş üyenin üçü doğrudan Devlet Başkanı, kalan iki üyeden biri Meclis Başkanı ve diğeri de Senato Başkanı tarafından altı yıllığına atanmaktadır. Üyeler kendi içlerinden bir başkan seçmektedirler ve üyelerin görev süreleri dolmadan görevlerinden alınmaları, görev süreleri dolduktan sonra yeniden atanmaları mümkün değildir. Ancak üyelerden biri süresi dolmadan ayrılmak durumunda kalırsa, yerine seçilen üye kalan süre boyunca görevlendirilir.

Fransız Yasakoyucusu üyelerin atanma ve görev sürelerine ilişkin yeknesak bir düzenleme yapmamıştır. Şöyle ki, ART'nin başkanının görev süresi altı yıl olmakla birlikte, Devlet Başkanı tarafından kararnameyle atanan diğeri iki üyeden biri dört, diğeri ise iki yıllığına görevlendirilmektedir. Senato Başkanı ve Meclis Başkanı tarafından atanan üyeler içinse biri için dört diğeri için altı yıllık görev süreleri belirlenmiştir ve hangi üyenin hangi süreyle atanacağı kura yoluyla belirlenmektedir. Bu düzenlemedeki tercih nedeni genel seçimler ve başkanlık seçim süreleri olan beş yıllık dönemlerle üye seçimlerinin çakışmasına engel olarak, bir siyasi iradenin hâkimiyet kazanması durumunda bu siyasi tavrın Otorite kararlarına yansımaları engellemek olsa gerektir.

ART kararlarını kurul halinde alır ve karar alabilmek için beş üyenin en az üçünün hazır bulunması gerekmektedir. Böylece toplanan ART, toplananların çoğunluğu ile karar almaktadır.

26 Temmuz 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasasında 20 Mayıs 2005 tarih ve 2005-516 numaralı Kanunla⁷²¹ yapılan değişiklik ile ART'nin adı Posta ve Elektronik Haberleşme Düzenleyici Otoritesi (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, ARCEP*) olarak değiştirilmiştir (m.14). 2005-516 No'lu Kanun m.13 uyarınca ART'den ARCEP'e dönen otoritenin üye sayısı arttırılmıştır. Buna göre üyeler, yine hukuk, ekonomi ve bilgi teknolojileri alanlarında uzman, altmış beş yaşından gün almamış kişiler arasından beşi Devlet

⁷²¹ JORF, 21 Mayıs 2005.

Başkanı, ikisi Meclis Başkanı ve son ikisi de Senato Başkanı tarafından altı yıllığına atanmaktadır.

Görüldüğü üzere 2005 tarihli Kanun ile Otorite üyelerinin oluşum usulünde bir değişiklik bulunmamakla birlikte, üye sayısı fazlalaştırılmak suretiyle Meclis ve Senato'nun kurul içindeki ağırlığı da arttırılmıştır. Daha önceki düzenlemeye göre, beş üyeden oluşan kuruldaki üyelerin üçü Devlet Başkanı, yani yürütme organı tarafından atanmaktaydı. Bu durumda kurulda yürütme organının ve düzenli işlememe durumunda onun siyasi etkilerinin baskın olması dolayısıyla Otoritenin bağımsızlığının söz konusu olabilecektir. 2005 tarihli yasa ile yapılan değişiklikle üye sayısının arttırılmasıyla sayısı yediye çıkan üyelerden dördü Yasama organları tarafından atanmaktadır ki, siyasi görüşlerin daha dengeli bir şekilde temsil edileceğinin ön kabulü gerekmektedir. Sonuç olarak bağımsız idari otorite niteliğindeki ARCEP'in bağımsızlığı kurulunu oluşturan üyelerinin siyasi ve ekonomik etkilerden bağımsız olmasına dayanmaktadır. Bu nedenle üyelerin atanmasında benimsenecek usul öne çıkmaktadır.

Asli olarak Telekomünikasyon sektöründeki serbestleşme ve rekabeti gözetmek amacıyla kurulan ARCEP'in telekomünikasyon hizmetleri alanındaki görevleri Kanunda şu şekilde sıralanmıştır (m. L 34-2):

- Rekabete açılmış telekomünikasyon faaliyetlerinde özel işletmecilere lisans vermek
- Evrensel hizmet sağlayıcıların faaliyetlerinin evrensel hizmet ilkelerine uygunluğunu ve tarifeleri denetlemek
- Operatörler arasındaki anlaşmazlıkların çözümünü sağlamak,
- Posta evrensel hizmetlerinin sağlanmasını ve özellikle hizmet kalitesini denetlemek,
- Evrensel hizmetin finansmanı konusunda görüş ve tavsiyelerde bulunmak.

Ayrıca Topluluğun 2002/22 sayılı Evrensel Hizmet Direktifine uyum amacıyla çıkarılan 31 Aralık 2003 tarihli Telekomünikasyon Hizmetleri Yükümlülükleri ve France Telecom Kanunu⁷²² uyarınca 1996 tarihli Telekomünikasyon kanununda yapılan değişiklikler uyarınca ARCEP'in evrensel hizmet alanındaki görev yetkileri şu kalemlerden oluşmaktadır (m. L 34-2):

⁷²² JORF, 1 Ocak 2004.

- Evrensel hizmet usul ve ilkelerini belirlemek,
- Evrensel hizmet yükümlülüklerinin finansmanı ve iletmelerin katkı paylarını belirlemek,
- Evrensel hizmetin finansman mekanizmasının düzgün işlemlerini gözetmek,
- İşletmeler tarafından yapılacak katkıların ödenmesinde gecikme olması halinde yaptırım uygulamak.

Görüldüğü gibi, evrensel hizmetin finansmanı, işletmecilerin yetkilendirilmesi, evrensel hizmet bedellerinin ve evrensel hizmet yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bu düzenlemeleri ihlal eden davranışların yaptırıma maruz bırakılması konularında telekomünikasyon alanının regülasyon kurumu görevlendirilmiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA EVRENSEL HİZMET ALANININ DÜZENLENMESİ

Türkiye telekomünikasyon sektöründeki en önemli yapısal değişikliği oluşturan 4502 sayılı Kanun ile sektörü düzenleyen temel kanunlarda değişiklik yapılmıştır. 4502 sayılı Kanun'un telekomünikasyon sektörünü yeniden yapılandırmayı amaçladığı genel gerekçesinde görülmektedir. Şöyle ki, yasakoyucu *“Dünyada son yıllarda telekomünikasyon alanında göze çarpan en önemli gelişme, söz konusu alandaki politika belirleme, idari düzenleme ile işletmecilik görevlerinin birbirinden ayrılması ve her bir işlevin, o işlevin niteliğine uygun esaslar dairesinde yürütülür hale getirilmesidir. Bu çerçevede, gelişmiş ülkelerde uygulama alanı bulan sektör yapısı genel olarak siyasal sorumluluk taşıyan hükümetin sektör politikaları ile genel esaslar ve hedefleri belirlemesi, faaliyetlerinde özerk nitelikteki bir düzenleyici otoritenin teknik nitelikteki gerekli idari düzenlemeleri yapması ve uygulaması, buna karşılık işletmecilik faaliyetlerinin de ekonomik esaslar dairesinde ticari kuruluşlar tarafından yerine getirilmesini içermektedir”* ifadesi de bunu göstermektedir. Böylece Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumunun, Telekomünikasyon Kurumu adı altında kurulmasıyla telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin politika

belirleme, hizmeti yürütme ya da işletme ve düzenleme (regülasyon) işlevleri birbirinden ayrılmıştır.

4502 sayılı Kanun çerçevesinde sektörle ilgili kurumların görevleri şu şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ulaştırma Bakanlığı telekomünikasyon ile ilgili politikaların belirlenmesi yetkisine sahiptir. Telekomünikasyon Kurumu, bu politikalara göre oluşturulan imtiyaz, ruhsat ve genel izin adlı belgeler aracılığıyla sektörde faaliyet gösteren işletmelerin belirlenen esaslara uyup uymadığının yakından gözetilmesi ve sektörün doğal tekel niteliği gösteren ve rekabet kurallarının geçerli olamayacağı piyasalarda gerekli düzenlemelerin yapılmasıyla görevlidir. Rekabet Kurumu ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca, telekomünikasyon sektöründe rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetleme faaliyetlerini yürütmek ve bu sektörde rekabet hukuku ve politikaları ile ilgili olarak alınacak karar ve ilgili mevzuat hakkında görüş bildirmekle görevlidir.

A. Ulaştırma Bakanlığı'nın Evrensel Hizmet Alanındaki Rolü

İlk olarak 4502 Sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı telekomünikasyon hizmetleri alanında politika ve strateji belirleme görevini üstelenmiş ve bu görevi 5369 sayılı EHK ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda da yinelenmiştir

Bununla birlikte, Ulaştırma Bakanlığına evrensel hizmet konusunda tanınan yetkiler, politika belirleme kapsamını aşan ve alanın düzenlenmesine varan geniş boyuttadır. Şöyle ki, Evrensel hizmet uygulamasında, model alınan hukuk sistemlerinin bağımsız idari otoriteler aracılığıyla denetlenmesi söz konusuyken, Türkiye uygulamasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu değil, Ulaştırma Bakanlığı ve Haberleşme Genel Müdürlüğü yetkili idare olarak belirlenmiştir. Evrensel Hizmet Yasası'yla Ulaştırma Bakanlığı'nın örgütlenme yasasında da değişiklik yapılarak, Bakanlığa “Evrensel hizmet politikalarını ilgili kanunların hükümleri dâhilinde ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartlarına göre belirlemek, hükümetin genel politikasını uygulamaya yönelik tedbirleri almak, evrensel hizmetin yürütülmesini sağlayacak esasları tespit etmek, uygulanmasını takip etmek ve net maliyetiyle ilgili hesapları onaylamak” görevi verilmiştir.

Haberleşme Genel Müdürlüğü ise evrensel hizmetin uygulamasından sorumlu kılınmıştır.

Evrensel hizmetin, kamunun genel yararının gözetilmesi ve bu çerçevede seçimle iş başına getirilen hükümet temsilcilerinin politika belirlemeleri gereken bir alan olması gerekçesiyle Ulaştırma Bakanlığı'nın sorumlu kılınmasını olumlu bulan görüşler⁷²³ mevcutsa da, hukuki anlamda bir çelişki ortaya koyduğu ve alanın serbestleştirilmesi ilkesiyle de bağdaşmadığı açıktır. Gerek ABD, gerekse Fransa örneklerinde olduğu gibi, AB'nin 98/10 Direktifinde belirlenen ilkelere göre de evrensel hizmet yükümlülüklerinin finansmanı amacıyla kurulan fonun yönetimi bağımsız idari otoritelere bırakılarak, bu fonun kaynaklarının siyasi ve ekonomik çıkar çevrelerinin etkisinden bağımsık ve kamu yararı amacına kullanılması hedeflenmiştir. Ancak, liberal ekonomi düzeninin siyasi irade tarafından kabul edilmesiyle oluşturulan bağımsız idari otorite kurumu iç hukuk düzeninde mevcutken, fon yönetimi ve finansman konusunda karar alma yetkisinin Bakanlık bünyesindeki Haberleşme Genel Müdürlüğüne bırakılması bir anlamda geriye dönüşü de simgelemektedir.⁷²⁴

Telekomünikasyon hizmetleri alanında Ulaştırma Bakanlığının görev yetkileri Bakanlık bünyesindeki Haberleşme Genel Müdürlüğü tarafından kullanılmakta ve yürütülmektedir. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.8/e uyarınca Bakanlık merkez teşkilatı ana hizmet birimlerinden olan Haberleşme Genel Müdürlüğünün evrensel hizmet alanına önemli görevleri bulunmaktadır. 3348 sayılı Kanunda EHK ile eklenen hükümlere göre Haberleşme Genel Müdürlüğünün evrensel hizmet alanındaki görevleri şunlardır:

1. Haberleşme talep ve ihtiyaçlarını tespit etmek ve planlamak, bu konularda koordinasyonu sağlamak,

1. Evrensel hizmetin sağlanması ile ilgili mevzuat hükümleri dahilinde evrensel hizmetin yürütülmesini sağlayacak esasları tespit etmek, uygulanmasını takip etmek ve işletmecilerin net maliyetlerinin karşılanmasını sağlamak

2. Evrensel hizmet kapsamındaki hizmetleri karşılama talebinde bulunan işletmeciler arasından, bölgesel ve ulusal çapta evrensel hizmet yükümlüsünü hizmet satın alma yoluyla belirlemek,

⁷²³ SALMAN, s.20.

⁷²⁴ EKİCİ, s.54.

3. Evrensel hizmet yükümlülerine ödeme yapmak,
4. Evrensel hizmetin net maliyetinin hesaplanmasına, belirlenen usul ve esaslar dahilinde gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yükümlü işletmeciyi izlemek, denetlemek veya masrafları evrensel hizmet gelirlerinden karşılanmak üzere bağımsız denetçiler tarafından denetlenmesini sağlamak,
5. Düşük gelirliler ve özürllüler gibi sosyal açıdan korunması gereken kesimlerin evrensel hizmetten eşitlik, taraf gözetmeme ilkeleri temelinde ve karşılayabilecekleri fiyat seviyesinde yararlanabilmelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek,
6. Belirlenecek esaslar dahilinde merkeze uzak ve kırsal bölgelerden oluşan yüksek maliyet alanlarına hizmetlerin götürülebilmesi için, gerektiğinde geçici evrensel hizmet yükümlüsünü belirlemek,
7. Evrensel hizmet yükümlüsü işletmecilerin net maliyetlerinin hesaplanma yöntemi ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemek.

B. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Evrensel Hizmet Alanındaki Rolü

1. Kurumun Teşkilat Yapısı

4502 sayılı Kanun ile Kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (eski Telekomünikasyon Kurumu), serbestleştirilen telekomünikasyon hizmetleri alanının düzenlenmesi, denetimi ve yönlendirilmesi konusundaki faaliyetleri ile regülatör işlevi yürütmektedir.

27 Ocak 2001 tarihli 4502 sayılı Kanunun 406 sayılı Kanunda yaptığı değişiklikle kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli olup, görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Bağımsız idari otorite niteliğini haiz⁷²⁵ olan Kuruma, 17 Şubat 2001 tarihli Telekomünikasyon Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁷²⁶ uyarınca, hiçbir organ, merci, makam ve kişi tarafından emir ve talimat verilmesi de mümkün değildir. Bu anlamda Kurumun

⁷²⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.375.

⁷²⁶ RG, 17.02.2001, S.24321.

üzerinde, hiyerarsik denetim veya vesayet denetimi uygulanamaz. Kurum üzerindeki denetimler sadece mali ve yargısal denetim olup, mali denetim Sayıştay ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurumu tarafından, yargısal denetim ise idari yargı tarafından yapılmaktadır.

Kurumun karar organı, bir kurul başkanı ve dört üyeden oluşan Telekomünikasyon Kuruludur. Telekomünikasyon Kurulunun başkanı ve üyeleri hukuk, iktisat, finans, mühendislik, telekomünikasyon, işletme veya maliye dallarında yurt içinde veya dışında en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş, mesleki açıdan ve telekomünikasyon alanında yeterli bilgi ve deneyime sahip ve kamu veya özel sektörde en az on yıl çalışmış olan kişiler arasından atanırlar. (m.8) Telekomünikasyon Kuruluna atanacak üyeler için telsiz ve telekomünikasyon hizmetlerini temsil eden üyeler ve başkan için Ulaştırma Bakanlığı ikişer aday göstermektedir. Ayrıca, telekomünikasyon sektörünü temsil eden üye için en az %10'luk Pazar payı olan işletmeciler birer aday gösterir. Son ve tüketicileri temsil eden üye için ise Sanayi ve Ticaret bakanlığı ve TOBB ikişer aday gösterir. Başkan dâhil beş kişiden oluşan Kurul üyeleri, gösterilen adaylar arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanırlar. Bu kişilerin aynı zamanda devlet memuru atanabilmek için aranan genel koşulları taşımaları ve herhangi bir siyasi partinin yönetim, denetim ya da başka bir kurulunda görev almamış ya da bu görevlerinden ayrılmış olmaları gerekmektedir.

Kurul üyeleri, görev sürelerinin dolmasından sonra tekrar atanabilirler. Görev süreleri dolmadan görevden alınmaları da ancak ciddi bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe, görevi kötüye kullanma veya yüz kızartıcı bir suç ile mahkûm olma durumunda söz konusu olacaktır.

Kurul Başkanı Kurumun en üst amiri olup, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur. Kurul, başkanın teklifi üzerine üyelerden birini İkinci başkan olarak seçer, İkinci başkan izin, hastalık, yurt içi-yurt dışı görevlendirme, görevden alınma ve görevde bulunmadığı diğer hallerde Başkana vekâlet eder.

Kurumun görev ve işlevlerinde tarafsız davranabilmesi açısından Kurul üyelerine bazı haklar ve yükümlülükler tanınmıştır. Buna göre, Kurul üyelerinin ekonomik açıdan tarafsızlık ve bağımsızlıklarının sağlanabilmesi için ücret rejimine ilişkin güvence getirilmiştir. Buna göre, Kurul başkan ve üyelerinin aylık ücretleri,

en yüksek Devlet memurunun her türlü ödemeler dâhil aylık net ücretinin iki katını geçmemek üzere ilgili Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.

Kurul üyelerinin atama yönteminde Ulaştırma Bakanlığı ve Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, bağımsız idari otorite niteliğinde olması gereken Kurum üzerinde siyasi iktidarın olumsuz etkisi doğurabilecek ve “bağımsızlık” niteliğini zedeleyebilecektir. Bununla birlikte, Türk idari teşkilatı açısından Anayasa m. 123 gereği tüm kurumların ya merkezi idarenin vesayet denetimi ya da hiyerarşisi altında bulunma zorunluluğu özelliğini taşımayan, yani üzerinde hiçbir idari denetim mekanizması yürütülemeyen bir bağımsız idari otorite olarak Kurul üyelerinin siyasi iktidar tarafından belirlenmesinin meşruiyet sorununu ortadan kaldıracağı da belirtilmiştir⁷²⁷.

Kurulun oluşumunda bir başka dikkat çekici nokta ise temsil sorunudur. Gerçekten, Telekomünikasyon Kurulu’na seçilecek üyelerden biri sektördeki işletmeleri temsil etmektedir. Buna karşın tüketicileri temsil edecek üyenin, anlaşılabilir biçimde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve TOBB’ un göstereceği adaylar arasından seçilmesi öngörülmüştür. Böylelikle, iş dünyasının Kurul’a bir üye daha sokabilmesinin önü açılmıştır. Kurula iş dünyasının temsilcileri alınırken, tüketicilerin ve sendikaların yok sayılması, Kurulun temsil yönünden sorgulanmasına neden olacaktır. İş dünyasının Kurulda temsil edilmesinin doğurabileceği bir başka sakınca, Kurumun piyasaya karşı bağımsızlığını kaybetmesidir. Gerçekten, işlevsel açıdan bağımsız olması öngörülen düzenleyici kurullar siyasi otoriteye olduğu kadar piyasaya karşı da bağımsız olmalıdır. Aksi halde, düzenleyici kurullar düzenledikleri sektörü oluşturan bazı firmaların çıkarlarına teslim olabilirler. Sektörü, üstelik %10 pazar payına sahip işletmeleri temsil eden üye, Kurum’un adil ve serbest rekabeti sağlama misyonuna ve özellikle piyasadaki hakem konumuna zarar verecektir. Kurul üyeleri, özel bir kanuna dayanmadıkça, resmi veya özel başka hiçbir görev alamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz ve özellikle de herhangi bir telekomünikasyon şirketinde hissedar veya yönetici olamazlar. Telekomünikasyon sektörünü temsil eden üye, kendisini aday gösteren işletmeci şirket ile görev süresi boyunca her türlü ilişkisini keser ve ayrılmasından itibaren de en az iki yıl boyunca anılan işletmeci şirket ile çalışma, danışmanlık veya hissedarlık

⁷²⁷ ULUSOY, s.168.

şeklinde bir ilişki kuramaz (m.8/7). Ancak kurul üyeliği ile bağdaşmayan işler bakımından getirilen bu yasaklar için kanunda herhangi bir yaptırım öngörülmediğinden, bu hüküm hukuki etki ve sonuçtan mahrum ve moral bir düzenleme olarak gözükmektedir.

Ancak, bağımsız idari kurumların oluşumunu model aldığımız hukuk sistemlerinde, Kurulların oluşumunda siyasi iktidarın etkilerinin en aza indirilmeye çalışıldığı ve bu anlamda Yasama ve Yürütme organları arasında yetki paylaşımı yapan usullerin benimsendiği görülmektedir. Şöyle ki, bu kurumların ilk ortaya çıktığı Amerikan hukuk sistemindeki Telekomünikasyon Kurumunun muadili FCC üyeleri, Başkan tarafından belirlendikten sonra Senatonun onayına sunulmakta ve onay aldıktan sonra atanmaktadırlar. Yürütme organı ile yasama arasında bir görev bölüşümü yapan bu atama sistemine rağmen, Komisyonun üyeleri siyasi parti üyesi olabilmektedirler⁷²⁸. Her ne kadar, Telekomünikasyon Yasası gereğince aynı siyasi parti üyesi olabilecek komisyon üye sayısı üçle sınırlandırılmış olsa da, Komisyonun toplamda beş kişiden oluştuğu düşünüldüğünde, alınan kararlarda politize olmasının riskinin mevcut olduğunu söylemek doğru bir yorum olacaktır.

Fransa’da uygulanan sisteme göre ise, telekomünikasyon alanının bağımsız idari otoritesi ARCEP’in 7 kişiden oluşan üyelerinin üçü devlet başkanı, biri Meclis başkanı ve diğeri de Senato tarafından atanmaktadır⁷²⁹. Üyelere sağlanan güvenceler de düşünüldüğünde Fransa’da Kurulun oluşturulması usulünün siyasi etkilere karşı daha güvenceli olduğu söylenebilecektir.

Bununla birlikte, *“bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığını garanti edecek sihirli formül de bulunmuş değildir”*⁷³⁰. Bu nedenle seçim ve atama yöntemleri ve ülkeler farklılaşsa da bu kurumların siyasallaşması üzerine yürütülen tartışmalar son bulmamaktadır. Bu konuda genel geçer bir standarttan söz etmek de güç olduğundan kurul üyelerinin faaliyetleri, kurumların bağımsız olup olmamasında temel ölçüt olmaktadır. Bu noktada SOYSAL’ın da haklı olarak belirttiği gibi, insan faktöründen oluşan kurulların bağımsızlığı, kurul üyelerinin bireysel bağımsızlığı ve siyasi iktidar

⁷²⁸ <http://www.fcc.gov/aboutus.html>, (24.7.2009)

⁷²⁹ Bkz. supra.

⁷³⁰ TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **TODAİE Derg.**, C.35/2, Haziran 2002, s.11

ve çıkar çevreleri karşısındaki tarafsız duruşlarına bağlıdır. Böylece özerk kuruluşlar “erk”lerini, kendi “öz”lerinden alabileceklerdir.⁷³¹

2. Kurumun Görev ve Yetkileri

Kurum, telekomünikasyon hizmetlerinin yönlendirilmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi işlevlerini görmektedir. Bu durum, 4502 Sayılı Kanun’un genel gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Dünyada son yıllarda telekomünikasyon alanında göze çarpan en önemli gelişme, söz konusu alandaki politika belirleme, idari düzenleme ile işletmecilik görevlerinin birbirinden ayrılması ve her bir işlevin o işlevin niteliğine uygun esaslar dairesinde yürütülür hale gelmesidir. Bu çerçevede, gelişmiş ülkelerde uygulama alanı bulan sektör yapısı genel olarak siyasal sorumluluk taşıyan hükümetin sektör politikaları ile genel esaslar ve hedefleri belirlemesi, faaliyetlerinde özerk nitelikteki bir düzenletici otoritenin teknik nitelikteki genel idari düzenlemeleri yapması ve uygulaması, buna karşılık işletmecilik faaliyetlerinin de ekonomik esaslar dairesinde ticari kuruluşlar tarafından yerine getirilmesini içermektedir”*.

4502 Sayılı Kanunda, düzenleme ve denetim yetkileri Telekomünikasyon Kurumuna, lisans verme yetkisi ise Ulaştırma Bakanlığı’na verilmiştir. Ancak, 12.5.2001 tarih ve 4673 sayılı Kanun uyarınca, Telekomünikasyon Hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin tüm yetkiler Telekomünikasyon Kurumu’nda toplanmıştır.

a. Kurumun Düzenleme Yetkileri

Telekomünikasyon Kurumu’nun kamu tüzel kişiliği olmakla haiz olduğu düzenleyici işlem yapma yetkisi, Anayasa m.124 ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun 4502 sayılı Kanun’la değişik m.7/j ile hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, Kurum, telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkartmak ve diğer idari işlemleri yapmak yetkisini haizdir. Bu hükmün yanısıra, 2813 sayılı Kanun’un çok sayıda hükmünde Kurum’a bir takım görevler verilmiş olmakla birlikte 5809 sayılı

⁷³¹ SOYSAL, Mümtaz, “İki Kavram: Özerklik ve Tarafsızlık”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yay., Ankara, 1988, s.446

EHK ile bu hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre Kurumun telekomünikasyon hizmetleri alanındaki düzenleme yetkileri şu şekildedir:

a. Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak (m.6/a).

b. Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak (m.6/c).

c. Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak (m.6/f).

d. Kullanıcılara ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak (m.6/j).

e. Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya alt yapısı ile ilgili olarak yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak (m.6/l).

f. Elektronik haberleşme sektöründe kullanılacak her çeşit sistem ve cihazların, uyumlaştırılmış ulusal standartlarını yayımlatmak ve uygulanmasını sağlamak, teknik düzenlemelerini yapmak piyasa denetimini yapmak ve/veya yaptırmak, bu amaçla laboratuvarlar kurup işletebilmek ve bu laboratuvarlarda verebileceği eğitim ve danışmanlık hizmetleri karşılığında alınacak ücretleri belirlemek (m.6/n).

g. Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterenlerin mevzuata uymasını denetlemek ve/veya denetlettirmek, konu ile ilgili usul ve esasları

belirlemek, aykırılık halinde mevzuatın öngördüğü işlemleri yapmak ve yaptırımları uygulamak (m.6/s).

h. Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dahil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak, elektronik haberleşme sağlanması amacıyla imzalanan anlaşmaların rekabeti kısıtlayan, mevzuata ve/veya tüketici menfaatlerine aykırı hükümler içermemesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak (m.6/t).

i. İlgili kanun hükümleri dahilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalite si ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek (m.6/u).

j. Elektronik haberleşme sektöründe, bağımsız denetim faaliyetine ilişkin esasları, bağımsız denetleme faaliyetlerinde bulunacak kuruluşların kuruluş şartlarını, çalışma esaslarını ve çalıştıracağı personelin niteliklerini belirlemek (m.6/ü).

v. Bu Kanunla verilen görevlere ilişkin yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkarmak.

b. Kurumun Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkisi

Kurum, düzenleyici işlemler yapma yanında, gözetim ve denetim yetkilerini de haizdir. Kurum, yasaların ve tesis ettiği düzenleyici işlemlerin getirdiği kurallara uyumu izlemek ve gözetim altında tutmak durumundadır. Bu amaçla, Kurum’a, işletmecilerden gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri istemek, işletmecilerin bilgilerine başvurmak ve lüzum gördüğü takdirde yerinde inceleme yapma yetkileri verilmiştir.

5809 sayılı EHK’nın Kuruma verdiği denetim yetkileri şu şekildedir:

a. Elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak (m.6/b).

b. Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak (m.6/c)

c. Elektronik haberleşme ile ilgili olarak yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak (m.6/g).

d. Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya alt yapısı ile ilgili olarak yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak (m.6/l)

e. Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterenlerin mevzuata uymasını denetlemek ve/veya denetlettirmek, konu ile ilgili usul ve esasları belirlemek, aykırılık halinde mevzuatın öngördüğü işlemleri yapmak ve yaptırımları uygulamak (m.6/s)

Kurum, işletmecilerin görev alanı ile ilgili faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetlettirebilir. İşletmeci, talep edildiğinde, idari, mali ve teknik nitelikteki bilgi ve belgeleri vermek, cihaz, sistem, yazılım ve donanımları açık tutmak, bu konudaki denetimi sağlayıcı gerekli altyapıyı temin etmek ve çalışır vaziyette bulundurmak zorundadır. Bu konuda Telekomünikasyon Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁷³² kabul edilmiştir. Yönetmeliğin “ilkeler” başlıklı m.4 hükmüne göre, Kurum denetim esnasında

a. Denetim çalışmaları sırasında adil olmak ve ayrımcı olmamak,

b. Denetim çalışmaları süresince edinilen bilgi ve belgelerin gizliliğini sağlamak, bunları kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklamamak ve kişisel yararlar için kullanmamak,

c. Denetim çalışmaları sırasında, sonuçların değerlendirilmesinde ve denetim raporunun hazırlanmasında tarafsız olmak,

ç. Dürüstlüğü ve tarafsızlığı etkileyebilecek Kurum içi veya Kurum dışı herhangi bir müdahaleye imkan vermemek,

d. Denetim çalışmalarının her aşamasında gerekli özeni ve dikkati göstermek,

e. Bu Yönetmelikle düzenlenen denetim ilkelerinin yanı sıra, genel kabul görmüş denetim ilkelerine uymak

⁷³² RG, 30.03.2007, S.26478.

zorundadır.

Yönetmelik m.9 hükmüne göre BTK bünyesinde ana hizmet birimlerinden biri Denetim Koordinasyon Birimi olarak görevlendirilmiştir. Bu birim denetim konusunda koordinasyonu sağlamakla görevlidir. Ayrıca m.8 hükmüne göre ilgili birimler kendi görev ve sorumluluk alanı ile ilgili denetim çalışmaları kapsamında yıllık denetim planlarını oluşturarak teklif etmek, denetçileri görevlendirmek, gerekli koordinasyonu sağlamak, denetçi karar ve raporlarının onay işlemlerini tamamlamak, sonucundaki müeyyide ve tedbirleri uygulamak ile yükümlüdür.

Denetim süreci, inceleme, ön araştırma ve/veya soruşturma aşamalarından oluşmaktadır. Bu süreçte dikkat çeken bir konu olarak denetçilere yönetim yerlerine, binalara ve eklentilerine girmeye ve bu yerlerde inceleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bu anlamda, denetlenen taraf da yönetim yerlerini, binaları, eklentilerini, sistem, cihaz, yazılım ve donanımları denetçinin erişimine açık tutmak zorundadır. Ancak ne kanunda ne de Yönetmelikte denetlenen işletmecinin buna engel olması halinde Kurumun izleyeceği yola ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan son değişiklik, BTK için de örnek olabilecek niteliktedir; Şöyle ki, RKHK m.25 uyarınca, *“İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.”* Bu hüküm kıyas yoluyla BTK'nın yaptığı yerinde incelemelerde de uygulanmalıdır.

C. Rekabet Kurumunun Evrensel Hizmet Alanındaki Rolü

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 20. maddesinde *“Rekabet Kurumu”* kenar başlığı ile kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip olan Rekabet Kurumu (RK) kurulmuştur. Bu madde ile Kurum'a *“mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek”* görevi yüklenmiştir. Rekabet Kurumu'nun karar organı, Rekabet Kurulu'dur.

İdare hukuku açısından bağımsız idari otorite olarak nitelendirilen RK, BTK'dan farklı olarak doğal tekel olan telekomünikasyon hizmetleri alanında rekabetin sağlanması ve korunması konularında düzenleme yapmaktadır.

Kanun'un İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde, Kurul'un yetkileri;

Dördüncü Kısmı'nda ise Kurul'un inceleme ve araştırmalarında izleyeceği usul düzenlenmiştir. Esasen, bu iki bölümün birbirlerinden ayrı değerlendirilmeleri mümkün değildir. Kanun'un İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nün başlığı, "*Kurulun Yetkileri*" olduğu halde; Kanun'un Üçüncü Kısmı'nın Birinci Bölümü'nde yer alan 27. maddenin kenar başlığı da benzer şekilde "*Kurulun Görev ve Yetkileri*" olarak düzenlenmiştir. Yani Kurul'un yetkileri, hem bir bölüm adı hem de madde kenar başlığı olmak üzere iki ayrı yerde düzenlenmiştir.

RKHK'un 27. maddesi incelendiğinde, Kurul'un kendisine yasayla yüklenen görevleri yerine getirebilmek amacıyla düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileri ile donatıldığı görülmektedir. Yaptırım uygulama yetkisinin, düzenleme ve denetleme yetkilerinin işlevsel olarak kullanılabilmesi için zorunlu olduğu açıktır. Yani yaptırım uygulama yetkisi, düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir teminatını oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 124. ve RKHK'un 27. maddesi gereğince, Kurul'un genel düzenleyici işlem yapma yetkisinin olduğu açıktır. Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca, kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendirmek kaydı ile kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere yönetmelikler çıkartabilirler. RKHK'un 27/f maddesinde ise Kanun'un uygulanması ile ilgili tebliğler çıkarmak ve gerekli diğer düzenlemeleri yapmak, Kurul'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Kurul'un düzenleme yetkisi dışındaki bir diğer yetkisi de denetleme yetkisidir. Kanun'un 20. maddesi, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişiminin sağlanması ve Kanun'un uygulanmasının gözetilmesi görevini Kurum'a vermiştir. Burada gözetilmesi ibaresinden çıkan sonuç, Kurul'a serbest rekabet düzenin sağlanması, bu düzenin korunması ve sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi için uygulamanın izlenmesi görevinin verilmiş olduğudur.

Kurul'un yaptırım uygulama yetkisinin kaynağını ise Kanun'un 16. ve 17. maddeleri oluşturmaktadır. Söz konusu maddeler uyarınca Kurul'un, idari ve nispi

idari para cezaları verme yetkisi bulunmaktadır. Bu cezaların esasa ve usule ilişkin olarak ikiye ayrılmaları mümkündür. Kurul’a Kanun’un 9/1. maddesi ile tanınan ihlale son verme yetkisinin de -ilgililere pozitif ve negatif edim yükleri getirilebilmesi açısından değerlendirildiğinde- yaptırım uygulama yetkisi kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.

4054 sayılı RKHK’nun “*Kapsam*” kenar başlıklı 2. maddesi gereğince, “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen*” her türlü işletmenin rekabeti sınırlayıcı uygulamaları, Kanun’un kapsamına dahil edilmiştir. Kanunun maddi hukuk düzenlemelerine bakıldığında, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar açısından üç yasaklayıcı hüküm düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, Kanun’un 4. maddesinde düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve işletme birliği kararları; ikincisi m.6.’da düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması ve sonuncusu ise m.7’de düzenlenen hakim durum yaratan ya da varolan hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalardır.

Doğal tekel niteliği nedeniyle yerel şebekenin sahibi olan teşebbüsün buradaki hakim durumunu sektörün alt veya üst pazarlarında kötüye kullanmasının önüne geçilebilmesi için erişim hususunun çok dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir, bu erişimi mümkün kılan arabağlantı sözleşmelerinin rekabeti bozmayacak şekilde düzenlenmeleri ve uygulanmaları zorunlu olmaktadır⁷³³. Telekomünikasyon sektöründe halen darboğaz niteliği gösteren yerel şebekeye erişim, bu şebekeyi elinde tutan operatör tarafından sağlanması gereken “esaslı unsur” (essential facility) olarak kabul edilmektedir. Rakiplerinin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları altyapı, tesis ya da hammadde olarak tanımlanan⁷³⁴ esaslı unsur uyarınca, dağıtım ağından yararlandırmama veya hammadde vermeyi reddetme ya da altyapı hizmetlerinden yararlandırmama gibi durumlarda hakim durumun ya da birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması kapsamında “*zorunlu unsur doktrini*” ve bunun devamında da “*sözleşme yapma zorunluluğu*” getirilebilmektedir⁷³⁵. Bu yönüyle esaslı unsur

⁷³³ İÇÖZ, s.58.

⁷³⁴ GÜVEN, Pelin, “*Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu(Rekabet Kurulu Kararlarında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)*”, **Perşembe Konferansları**, Haziran 2004, s.17.

⁷³⁵ Ibid, s.12.

doktrini, sözleşme özgürlüğüne bir istisna oluşturmaktadır⁷³⁶. Buna göre, esaslı unsur doktrini bir işletmeye kontrol altında bulundurduğu unsuru, ayrımcılık teşkil etmeyecek şekilde üçüncü kişilere kullandırma yükümlülüğü getirilmesini ifade etmektedir⁷³⁷.

Telekomünikasyon alanındaki yasal düzenlemelere baktığımızda ise Telgraf ve Telefon Kanunu'nda sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiğini görüyoruz. Telefon ve Telgraf Kanunu'nda 4502 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile hem **arabağlantı**, hem **ulusal dolaşım** konusunda bazı şartların bulunması halinde **sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir**. Telgraf ve Telefon Kanunu m.10 hükmüne göre, *“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların ara bağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır”*. Arabağlantı sağlayacak işletmeler Kurum tarafından belirlenir, ancak Türk Telekom her halükarda ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir

Ara bağlantı yükümlüleri, ara bağlantıya ilişkin talepleri bu madde hükümleri çerçevesinde ve eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkeleri temelinde ve kendi hizmetleri için sağladıklarıkoşul ve kalitede karşılamak zorundadırlar. Bu durumda, Türk Telekom her halükarda sözleşme yapma zorunluluğuna tabi olduğu gibi, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri de; aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları **makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki** ulusal dolaşım (roaming) taleplerini karşılamakla diğer bir ifade ile sözleşme imzalamakla yükümlüdür. Bu hizmetleri yerine getiren teşebbüsler kamu teşebbüsleri ya da özel teşebbüsler olabilir⁷³⁸.

Esaslı unsur doktrini RKHK'da açıkça yer alamamakla birlikte, Rekabet Kurumu bu konuda önüne gelen uyuşmazlıklarda esaslı unsur doktrinine yaptığı atıfla sözleşme yapma zorunluluğu konusunda kararlar vermiştir. Çalışmamızın

⁷³⁶ KARAEĞE, Özge, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal, İstanbul, 2010, s.25 vd.

⁷³⁷ Ibid, s.23.

⁷³⁸ GÜVEN, s.8.

konusu açısından Amerika’da esaslı unsur doktrininin uygulanma koşullarını belirlemiş olan MCI vs. AT&T davası önemlidir, zira bu davada mahkeme, esaslı unsur doktrinine göre sorumluluğun bulunabilmesi için gerekli koşulları belirlemiştir. Uzak mesafe telefon hizmeti sunmak amacıyla ağdan yararlanma talebi yerel ağ kontrolü altında tutan AT&T tarafından reddedilen MCI’nın açtığı davada, esaslı unsur bulunan tüm uyuşmazlıklara uygulanabilecek nitelikte dört koşul belirlenmiştir.⁷³⁹

- Esaslı unsurun tekel tarafından kontrol edilmesi gerekmektedir.
- Rakibin fiilen ya da hukuken bu unsurun yenisini yapma olanağı bulunmamalıdır.
- Unsurun rakibe kullandırılmasının tekel tarafından reddedilmiş olması gerekmektedir.
- Bu unsurun rakiplere kullandırılmasının tekelin olanağı dahilinde bulunması gerekmektedir.

Buna göre, bu koşulları taşıyan durumlarda Türk Hukuku açısından da Rekabet Kurulunun esaslı unsur doktrinine dayanarak Türk Telekom A.Ş. hakkında sözleşme zorunluluğu bulunduğu yönünde kararlara imza atması mümkündür. Rekabet Kurumunun evrensel hizmet alanında teknik konularda düzenleme yapmaya yetkili bağımsız idari otorite değildir. Bununla birlikte rekabetin sağlanması yönünde düzenleme ve denetim yapıp ihlali halinde yaptırım uygulayabilecektir. Uygulama karşılaşılma olasılığı yüksek olan hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki esaslı unsur da düzenleme ve denetim alanına girecektir.

⁷³⁹ MCI Communication Corp. v. American Tel&Tel., Co., 708 F 2d. (7th Cir. 1983)’ten aktaran KARAEGE, s.92-93.

SONUÇ

Liberal dönemde kamu hizmeti alanı, devletin sadece savunma ve kolluk faaliyetleriyle ve birey ya da birey gruplarının çıkar görmedikleri veya faaliyetin büyüklüğü nedeniyle yürütemedikleri alanlarla sınırlanmaktaydı. Ancak sosyal devlet anlayışının etkisiyle devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesinin artması, öteden beri özel kişilerce yürütülen faaliyetlerin idare tarafından üstlenilmesi sonucunu doğurmuştur. Ağırlıklı olarak 80’li yıllardan itibaren Avrupa Topluluğu’nun “serbest rekabete dayalı iç pazar” oluşturma hedefi doğrultusunda, klasik anlamdaki kamu hizmetleri devlet tekelinden çıkartılarak serbest bir piyasa oluşturulmuş, faaliyet alanlarının liberalizasyonu sağlanmaya başlanmıştır. Avrupa Birliği’nin, kamu hizmeti kavramına ikinci etkisi “kamu hizmeti” terimindeki farklılaşma ile dikkati çeker. Genel ekonomik yarar hizmeti, evrensel hizmet ve minimum hizmet olarak karşımıza çıkan terimler kamu hizmetindeki dönüşümün göstergeleridir. Bu kavramların Türk idari sistemi içinde uygulanabilirliklerinin, uyarlanmalarının, kapsamalarının ve hukuki rejimlerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliğine üye ülkelerce telekomünikasyon sektörünün liberalizasyonu için kabul edilen hukuki düzenlemeler herkes için evrensel hizmeti kabul etmektedir. Evrensel hizmet kavramının, Fransız ve dolayısıyla Türk kamu hizmeti anlayışları karşısında bir gerileme mi yoksa ilerleme mi teşkil ettiği ancak bu kavramların karşılaştırılmasıyla ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, piyasa ekonomisine açılmış olan telekomünikasyon sektörü hizmetlerinde uygulanması gereken ilkeler belirlenmelidir. Bu ilkelerin piyasa ekonomisi koşullarında uygulanabilirlik koşul ve kurallarının tespiti ise, evrensel hizmet alanı olan telekomünikasyon sektörünün, sektörde aktif rol alan aktörlerin tanımlanmasını ve evrensel hizmet yükümlüsünün yükümünü yerine getirmesinin hukuki ve ekonomik koşullarının da belirlenmesini gerektirir. Nitekim Kara Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olan ve Türk İdare Hukukunun da esinlendiği Fransa’da, kamu hizmeti kavramındaki bu dönüşüm ciddi sancılara neden olmuş, hukukçular kadar, siyaset bilimcilerin ve ekonomistlerin de çalışmalarına zemin hazırlamıştır.

Avrupa Birliği Kurumları tarafından ilk kez yasal bir düzenlemede geçmesinin ardından, konuya ilişkin tartışmalar hala sürmektedir. Fransa’da posta sektöründe evrensel hizmetin sağlanması ve yararlanıcıların haklarının korunması

amacıyla Sanayi Bakanlığı ile ilişkilendirilen bir Ombudsman (Médiateur) 2003 yılında kurulmuş ve faaliyetine başlamıştır.

Türkiye’de de Telekomünikasyon sektörünün piyasa ekonomisine açılmasını müteakiben, 25.6.2005 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile evrensel hizmet kavramı yasal dayanağa kavuşmuştur. 5369 sayılı Yasa ile, bu alanda, AB müktesebatı ile belirli düzeyde uyum sağlanmıştır. Hukuki olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin sabit telefon ve altyapısı üzerindeki “*de jure*” tekelinin kaldırılması da dahil olmak üzere tam piyasa serbestleştirilmesi tamamlanmıştır. Devlet, hukukunun geçerli olduğu ve fakat piyasa yasaları, meslek kuralları, yönetim anlayışları ve gelenekleri gibi kuralların da işlediği, bu nedenle de bireysel özgürlüklerin korunması gereği nedeniyle alanın düzenlenmesi ve düzgün işleminin güvence altına alınmasını devlet tüzel kişiliği dışında yer alan kurumlara bırakmıştır. Bu noktada ortaya çıkan kurumlar, devlet karşısında bağımsız/özerk ve piyasa koşullarına göre davranan özel sektör karşısında da idari nitelik taşımaktadırlar. Bu kategoriye dahil olan Telekomünikasyon Kurumu da evrensel hizmet alanının düzenleyici kurumu olarak belirlenmiştir.

Türkiye’de günümüz itibariyle sadece telekomünikasyon ve posta sektöründe uygulama alanı bulan bu kavramın Topluluk bünyesindeki tartışmalar izlendiğinde, yakın bir gelecekte, enerji (gaz, elektrik), su, ve taşımacılık (hava, kara, demiryolu), uzaktan eğitim, sağlık ile ilgili bilgi teknolojileri, kısaca serbest piyasa ekonomisinden kaynaklanabilecek sosyal risklerin ortaya çıkabileceği her alanda gelişim gösterebileceği görülmektedir. Nitekim “bilgi toplumu”nun gelişmesi yönündeki hedef, bilgi teknolojilerindeki hızlı gelişim dikkate alındığında hangi hizmetlerin “herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda” sunulması gereken hizmetlerden olacağı sorununu ve “asgari standart”ın göreliliğini de ortaya koymaktadır. Bu nedenle, 5369 sayılı Yasa, evrensel hizmetin kapsamının belirlenmesi konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki vermektedir. Geline nokta da sorun, henüz çok yeni olan evrensel hizmet kavramının minimalist, yani yardıma muhtaç topluluklara sunulan bir minimum hizmete özdeş olması yolunda mı

ilerleyeceği, yoksa evrenselci bir yön izleyerek tüm tüketicilere özdeş fiyat ve kalitede aynı hizmetin sunulması şeklinde mi gelişecektir.

Henüz Avrupa Birliği'ne üye olmadan, mevzuatın uyumlulaştırılması amacıyla evrensel hizmet kavramının kabul edilip bir yasal düzenleme ile Türk Hukukuna sokulması konusu bir yana, Yasa koyucunun evrensel hizmet alanı ve kapsamı konusundaki tercihinin yönelik eleştiriler getirilebilir. Rekabet koşullarının, Devlet tekelinden çıkarılmış, özellikle de ekonomik kamu hizmetleri alanında hizmetten yararlananlar açısından sorunlar yaratabileceği kesindir. Rekabet ortamındaki fiyat savaşları nedeniyle hizmetin ekonomik dengesi bozulabilmektedir. Nitekim batıda enerji, ulaşım ve telekomünikasyon alanlarındaki özelleştirmelerin ardından fiyatlarda artış ve hatta hizmet kalitesinde düşme gözlemlendiği örnekler mevcuttur. Görünür tarifelerde fiyatlar düşerken, toplam kullanım maliyetini belirleyen görünmez tarifelerde fiyatlar artmasına sebep olabilmektedir. Rekabete açılan sektörlerin işletmeciler açısından yoğunlaşması özellikle de reklam giderlerinin artması bir yandan maliyetin artmasına neden olmaktadır, diğer yandan da büyük işletmecilerin rekabetçi piyasada kendi tekellerini oluşturmalarına sebebiyet verebilmektedir. Bu sakıncaları gidermek için piyasaların yine Devlet müdahalesiyle ancak Devletten de bağımsız kurumlarca düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Buradan hareketle öncelikle, evrensel hizmet kavramının piyasa koşullarında hizmetten yararlananların korunması amacına yönelik olduğu düşünüldüğünde, istisnası olmakla birlikte, elektronik haberleşme alanında tanınmış olması dikkat çekmektedir. Kamu hizmetlerinin kamu yararı amacına yöneldiği dikkate alındığında, rekabet koşullarına tabi tutulmuş diğer sektörlerdeki temel hizmetlerin evrensel hizmet ile aynı koşullarda sağlanması yoluna niye gidilmediği sorgulanabilir. Ayrıca yasa koyucunun elektronik haberleşme hizmetleri tercihi, toplumun vazgeçilmez ve ayırım gözetilmeksizin karşılanması gerekli diğer ihtiyaçlarını içine alacak şekilde genişletilmeye müsait de değildir. Bu açıdan sosyal, bilimsel, teknik, kültürel ve idari kamu hizmetlerinin ve dahi iktisadi kamu hizmetlerinin Kanun kapsamı dışında kalan kısmının evrensel hizmet olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan, m.5/2 hükmüne göre, işletmecilerin ve Telekomünikasyon Kurumunun görüşü ve Ulaştırma Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nun evrensel hizmetin kapsamını belirleme yetkisi bulunduğu dikkate alınırsa, bu durumda da evrensel hizmet olarak kabul edilecek faaliyetin hangi kriterlere veya neye göre belirleneceği sorunu bulunmaktadır. Nitekim evrensel hizmetin belirlenmesinde baz alınan “modern birey için vazgeçilmez temel hizmet”, “herkes tarafından erişilebilir fiyat” ve “standart kalite” kriterlerinin sübjektif nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Gerçekten de vazgeçilmez temel hizmet eşiği, herkes tarafından erişilebilir fiyat ve sunulan hizmetin kalitesi coğrafi bölgelere, ekonomik koşullara, hatta yararlanan bireylerin sosyo-kültürel yapılarına göre değişebilecektir. Bu durum da evrensel hizmetin objektifliği konusunda şüpheler doğurabilecektir.

Bu bağlamda, evrensel hizmetlerin minimalist bir anlayışla belirlenmesi halinde uygulama sosyal devlet ilkesi ve kamu yararı açısından sorunlar ortaya çıkabilecektir. Aksi durumda ise, genişleyen evrensel hizmet kapsamına giren faaliyetlerin sayısının fazla olması, keza bu faaliyetlerin de ilerleyen teknoloji ile sıkı bağlantı içinde bulunmaları nedeniyle maliyetlerde ciddi artış söz konusu olabilecektir. Bu durum da, hizmet alanında faaliyet gösteren işletmecilere yükümlülük olarak getirilen evrensel hizmetin işletmeciler üzerindeki ağırlığının artması ile varlığını tehlikeye sokabilecektir. Ayrıca, bir hizmetin evrensel hizmet kapsamına alınmasındaki zamanlama ve hizmetin gecikmeden sağlanması sorunu da, toplumun bazı kesimlerinin dışlanmışlığının önlenmesi açısından çok önemlidir.

Gerek evrensel hizmet kavramı, gerekse bu kavramın hukuksal niteliği konusunda henüz Avrupa'da dahi tartışmalar sürerken, Türk Hukuku açısından çok yeni olan kavramın belirsizlikler taşıması kaçınılmazdır. Kavramın tanımı ve niteliği, kamu hizmeti, özelleştirmeler konusundaki içtihatlarla bu kavramları somutlaştırmış yargı organlarınca zaman içinde belirlenecektir.

KAYNAKÇA

- AKALIN, Güneri, Kamu Ekonomisi**, AÜSBF yay., Ankara, 1981.
- AKALIN, Güneri, KİT'ler ve Özelleştirilmeleri**, Akçağ Yay., Ankara, 1998.
- AKBULUT, Örsan Ö., Küreselleşme, Ulus-Devlet ve Kamu Yönetimi**, TODAİE yay., Ankara, Şubat 2007.
- AKILLIOĞLU, ETHEM/LEIDEN, L.L., “Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar”**, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2005, S.21, s. 23-57..
- AKILLIOĞLU, Ethem, “İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler”**, **İHİD, Lütfi Duran’a Armağan**, S.1-2, 1988, s.16-20.
- AKTAN, Coşkun Can, Değişim Çağında Devlet**, Çizgi Kitabevi, Ankara, Eylül 2003.
- ARDIYOK, Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Yay., Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 1995.
- ASLAN, Özlem, “Evrensel Hizmet ve Türkiye Uygulaması”**, **Bütçe Dünyası**, C.3, S.27, Ekim 2007, s.4-12.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- ATAAY, Faruk, Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması**, De Ki, Ankara, 2006.
- ATİYAS, İzak/ODER, Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yay., 2007.
- BALAY, Refik, “Küreselleşme, Bilgi Toplumu ve Eğitim”**, AÜEBFD, 2004, cilt: 37, sayı: 2, s. 61-82.
- BAŞARAN, Funda “Enformasyon Toplumu Politikaları ve Gelişmekte Olan Ülkeler”**, **İletişim Araştırmaları Derg.**, 2004, C.2(2), s.7-31.
- BAYTAN, İlhan, Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, Yetkin; Ankara, 2009.
- BAZEX, Michel, “L’appréhension des services publics par le droit communautaire”**, **RFDA**, No: 11(2), mas-avril 1995, s.295-303.

- BİLGİÇ, K. Veysel**, “Küreselleşme Sürecinde Kamu Hizmetinde Dönüşüm”, in **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Ed. Bekir PARLAK, Turhan, Ankara, 2008.
- BLANDIN, Annie**, “L’équilibre entre service universel et concurrence dans le régime juridique communautaire des télécommunications”, in **Service public et Communauté européenne C.I**, Dir. KOVAR, Robert/SIMON, Denys, La Documentation Française, Paris, 1998
- BOITEAU, Claudie**, “Concept Communautaire de service public et services publics locaux”, **RFDA**, No: 11(2), mars-avril 1995, s.320-334.
- CASSIA, Paul**, “Le juge administratif, la primauté du droit de l’Union européenne et la Constitution française”, **RFDA**, No: 3, Mayıs-Haziran 2005, s. 465-472.
- CASTELLS, Manuel**, “*Küresel Enformasyon Kapitalizmi*”, in **Küresel Dönüşümler**, Büyük Küreselleşme Tartışması, ed. David HELD/Anthony MCGREW, Phoenix, Ankara, 2008, s.367-395.
- CHAPUS, René**, **Droit administratif général**, Montchrestien, Paris, 2001.
- CHONÉ, Philippe/ FLOCHEL,Laurent/PERROT, Anne**, “*Obligations de service universel et concurrence dans le réseaux*”, **Économie et Prévision**, 2002/5, No.156, s.97-106.
- COTTE, Olivier**, “La répartition des compétences entre l’Union et ses Etats membres dans le domaine des services d’intérêt économique général”, in **Incidence du droit communautaires sur le droit public français**, ECKERT, Gabriel/ GAUTIER, Yves/ KOVAR, Robert/ RITLENG, Dominique (dir.), Presses Universitaires de Strasbourg, 2007.
- CREMER, Helmuth**, “*Spécifités de l’économie postale*”, in **Concurrence et Service Public**, dir. Claude HENRY/ Emile OUINET, L’Harmattan, Paris, 2003, s.339-352.
- DAWSON, Emily L.**, “Universal Service High-Cost Subsidy reform: Hindering Cable-Telephony and Other Technological Advancements in Rural and Insular Regions”, **Federal Communications Law Journal**, C.53, 2000-2001, s.117-135.
- DEBENE, Marc/RAYMUNDIE, Olivier**, “Sur Le Service Universel: Renouveau Du Service Public Ou Nouvelle Mystification?”, **AJDA**, No:3, 1997, s.183-191.

- DENHARDT, Janet V.- DENHARDT, Robert B., New Public Service, M.E. Sharpe, Newyork, 2003**
- DERBİL, Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?”, AÜHFD, C.VII, 1950, S.3-4, s.28-36.**
- DOĞAN, İlyas, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yay., İstanbul, 2008.**
- DONIER, Virginie, “Les lois du service public: entre tradition et modernité”, RFDA, novembre-décembre 2006, s.1219-1235.**
- DUBUOIS, Louis/BLUMANN, Claude, Droit matériel de l’Union européenne, Montchrestien, Paris, 2004.**
- DUMEZ, Hervé/JEUNEMAITRE, Alain, Avrupa’da Rekabet, Teşebbüsler Açısından Oyunun Yeni Kuralları, Çev. Mehmet Mukadder YAKUPOĞLU, MOR Yay., Ankara, 1999.**
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, İÜHF Yay., İstanbul, 1982.**
- DUPUIS, Georges/ GUEDON, Marie-José/CHRETIEN, Patrice, Droit Administratif, Armand Colin, Paris, 2004.**
- ECKERT, Gabriel, “Les modes de financement du service public dans l’environnement concurrentiel”, in Service public et Communauté européenne, C.II, s.429-446..**
- EGE, Yavuz, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2002.**
- ENİŞ, Ahmet, “Telekomünikasyon Sektör Raporu”, in 20. Yüzyılda Türkiye’de Özelleştirme Gerçeği Sempozyumu, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yay., Ankara, Eylül 2005.**
- EKİCİ, Şerafettin, Türk Telekomünikasyon Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.**
- FRANCFORT-ALBERELLI, Sandrine, “L’intégration du principe d’égalité dans le droit européen des services publics et ses perspectives d’évolution”, in Service public et Communauté européenne, C.II., s.347-372.**
- FRIER, Pierre-Laurent, Précis de droit administratif, Montchrestien, Paris, 2003.**
- FUKUYAMA, Francis, Devlet İnşası, 21. Yüzyılda Dünya Düzeni ve Yönetişim, Remzi, İstanbul, 2006.**
- GERİŞ, Nazım, Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği, Roma Yay., Ankara, Mart 2007.**

- GERAY, Haluk**, “*Telekomünikasyonun Ekonomisi*”, in **İletişim Ağlarının Ekonomisi**, Telekomünikasyon, Kitle İletişimi, Yazılım ve İnternet, Der. Funda BAŞARAN/Haluk GERAY, Siyasal Kitabevi, 2005, s.79. (s.75-106)
- GİRAY, Filiz**, “Telekomünikasyon Sektöründe Liberalizasyon ve Türkiye’deki Durum”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBFD**, Ekim 2007, 2(2), s.11-25.
- GÖZLER, Kemal**, **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Yay., Bursa, Temmuz 2003.
- GÜLAN, Aydın**, “Elektronik Haberleşme Kanunu Taslağında Yer Alan Evrensel Hizmeti Kavramı”, <http://www.akader.org/KHUKA/INDEX.asp>
- GÜNDAY, Metin**, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara, 2004.
- GÜRİZ, Adnan**, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- GÜVEN, Pelin**, “*Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu(Rekabet Kurulu Kararlarında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)*”, **Perşembe Konferansları**, Ankara, Haziran 2004,
- HAMMOND IV/Allen S.**, “Universal Service: Problems, Solutions and Responsive Policy”, **Federal Communications Law Journal**, C. 57, S.2, Mart 2005, s.185-200.
- İÇÖZ, Özge**, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, RK, Uzmanlık Tezleri Serisi No.16, Ankara, 2003.
- İNSEL, Ahmet**, **Neo-Liberalizm ve Hegemonyanın Yeni Dili**, Birikim Yay., İstanbul, 2005.
- JESSOP, Bob**, **Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet**, der. Betül YARAR-Alev ÖZKAZANÇ, İletişim, İstanbul, 2005.
- KARAARSLAN, Vedat**, **Telekomünikasyon Teknolojileri, Uygulamaları ve Regülasyon**, Bıçaklar Kitabevi, Ankara, 2007.
- KARAEĞE, Özge**, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal, İstanbul, 2010.
- KARAHANOGULLARI, Onur**, **Kamu Hizmeti**, Turhan, Ankara, 2002.
- KARAKURT, Alper**, “Evrensel Hizmet Yükümlülüğü”, **Rekabet Dergisi**, S.21, Ocak-Şubat-Mart 2005, s.4-22.
- KEPENEK, Yakup**, **Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirmeleriyle Türkiye Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1989.

- KÖKSAL, Tunay, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Rekabet Kurumu Yay., Lisansüstü Tez Serisi No:8, Ankara, 2002.
- KURUÇAYIR, M. Akif, Siyasal Katılma Ve Yerel Demokrasi**, Çizgi, Konya, 1992.
- LACHAUME, Jean-François/BOITEAU, Claudie/ PAULIAT,Droit des services publics**, Armand Collin, Paris, 2003.
- LACHAUME, Jean-François, “L’identification d’un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service”**, RFDA, No.1 janvier-fevrier, 2006, s.119-125.
- MARAIS, du Bertrand, Droit public de la régulation économique**, Dalloz, Paris, 2004.
- MARCHESSOU, Philippe, “Les modes de financement du service universel”**, in **Service public et Communauté européenne**, T.1, s.273-296.
- MET-DOMESTICI, Alexandre, “Aides d’Etat, service public et droit communautaire”**, AJDA, No.34, 16 octobre 2006, s.1881-1887.
- MOINE, Gérard, “Le Service Universel: contenu, financement, opérateurs”**, AJDA, No: 3, 1997, 246-250.
- MOINE, Gérard, “Service universel, service minimum et dynamique de la concurrence”**, RAE, No: 2, 1994, s.32-34.
- ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Yay., Ankara, 2006.
- ORAK, Cem Çağatay, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”**, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 19, Ocak-Şubat 2007, s. 161-239.
- OZANSOY, Cüneyt, “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut”**, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Yayınları, 2000, s.33-36.
- ÖĞÜT, Adem, Bilgi Çağında Yönetim**, Nobel, Ankara, 2003.
- ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve İptal Davası bakımından Yargı Denetimine Tabi Olması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, DÜSBE, 1991.
- ÖZ, Gamze AŞÇIOĞLU, “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 8-11 Ocak 2002, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2002, s.299-309.

- ÖZAY, İl Han**, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZGÜR, Gökçer/ÖZEL, Hüseyin**, “*Kapitalizm, Küreselleşme ve Yerelleşme: Sermayenin Gerçek Boyunduruğu*”, Karaburun Bilim Kongresinde Sunulan Tebliğ, 5-7 Eylül 2008,
<http://www.econt.metu.edu.tr/Arsiv/KapitalizmKuresellesmeYerellesme.pdf>
- PAŞAOĞLU, Ömür, Doğan Tekellerde Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Yay. Lisansüstü Tezler Serisi No:14, Ankara, 2003.
- PERROT, Anne**, “Déréglementation et service universel dans les entreprise de réseaux: les enseignement de la théorie économique”, in **Service public et Communauté européenne, C.II**, Dir. KOVAR, Robert/SIMON, Denys, La Documentation Française, Paris, 1998.
- PIERSON, Christopher**, *Modern Devlet*, Çiviyazıları, İstanbul, 2000.
- RODRIGUES, Stéphane**, “Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire”, **RFDA**, S. 11(2), Mars-Avril, 1995, s. 335-342.
- RODRIGUES, Stéphane**, *La nouvelle régulation des services publics en Europe, Énergie, postes, télécommunications et transports*, Edition Technique & Documentation, Paris, 2000.
- RODRIGUES, Stéphane**, ”Prospective du service public en Europe: le marché intérieur entre concurrence et utilité public”, **RAE**, No:2, 1994, s.65-79.
- ROSSI, Jim**, “Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty to Serve?”, **Energy Law Journal**, C.21, 2000, s. 27-49.
- SALMAN, Banu**, “Özelleştirmeden 1 Yıl Sonra Su Yüzüne Çıkan Gerçek: Kamu Tekelinden Özel Tekele”, **Elektrik Mühendisliği Dergisi**, S.430, Nisan 2007.
- SAVAŞ, Vural Fuat**, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, **Anayasa Yargısı**, No:15, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1998, s.79-98.
- SAYGILIOĞLU, Nevzat/ARI, Selçuk**, *Etkin Devlet, Kurumsal Bir Tasarı ve Politika Önerisi*, Sabancı Üniversitesi Yay., İstanbul, 2003.
- SAWHNEY, Harmeet**, “Universal Service: Prosaic Motives and Great Ideals”, **Journal of Broadcasting and Electronic Media**, C.38, 1994, s.375-396.

- ŞAYLAN, Gencay, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge, Ankara, 2003.
- TAN, Turgut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı**, No:8, 25-26-27 Nisan 1991, Anayasa Mahkemesi Yay., s. 233-252.
- TAN, Turgut/GÖZÜBÜYÜK,Şeref, İdare Hukuku**, C.1, Genel Esaslar, Turhan, Ankara, 2008.
- TAN, Turgut**, “Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine”, **Türk İdare Dergisi**, S.378, 1988, s.73-90.
- TESAURO, Guiseppe**, ”Présentation Générale: Une Lecture de la jurisprudence communautaire sur l’article 90, paragraphe 2, du Traité”, in **Service Public et Communauté Européenne: entre l’intérêt général et le marché**, C.II, Dir. Robert KOVAR/Denys SIMON, La Documentation Française, Paris, 1998, s.323-334.
- TOPKAYA, Ferhat, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları**, Rekabet Kurumu yay., Uzmanlık Tezleri Serisi No.22, Ankara, 2003.
- TOUSCOZ, Jean/DUMONT, Olivier**, “Le service universel dans le secteur des télécommunications en droit communautaire et en droit français (quelques remarques juridiques)”, in **Service public et Communauté européenne C.I**, Dir. KOVAR, Robert/SIMON, Denys, La Documentation Française, Paris, 1998.
- TÖRENLİ, Nurcan, Enformasyon Toplumu ve Küreselleşme Sürecinde Türkiye**, Bilim ve Sanat, Ankara, 2004.
- ULER, Yıldırım**, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, **Anayasa Yargısı**, No:15, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1998, s.252-256.
- ULUSOY, Ali**, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, **AÜHFD**, C.48, S.1-4, s. 165-176.
- ULUSOY, Ali**, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **ÖZAY, Güneş’inde Yönetim**, 2004, s. 274.

- ULUSOY, Ali**, “Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, Kasım-Aralık 2000, Ankara, s.57-92.
- ULUSOY, Ali**, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, Eylül 2004.
- ULUSOY Ali**, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan, Ankara, 2002.
- VEDEL, Georges/DELVOLVÉ,Pierre**, **Droit Administratif**, T.2, PUF, Paris, 1992.
- VERHOEST, Pascal**, “The Myth Of Universal Service: Hermeneutic Considerations And Political Recommendations”, **Media, Culture and Society**, Eylül 2000, No: 22. s.595-610.
- VOISSET, Michèle**, “Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux”, **RFDA**, No: 11(2), mars-avril 1995, s. 304- 319.
- VOISSET, Michèle**, “Qualité, Adaptabilité, Mutabilité”, **in Service public et Communauté européenne, C.II**, Dir. KOVAR, Robert/SIMON, Denys, La Documentation Française, Paris, 1998
- WEST, Livia Solange**, “Deregulating Telecommunications: The Conflit Between Competition and Universal Service”, **DePaul Business Law Journal**, S.9, 1996-1997, s. 159-188.
- WISE, Michael/BIGGAR, Darryl**, “Non-Commercial Services Obligations and Liberalisation”, **OECD Journal of Competition Law and Policy**, C.7, No: 1, 2006, s.83-83
- WORTHY, Patricia M.**, “Racial Minorities and the Quest to Narrow the Digital Divide: Redefining the Concept of “Universal Service”, **Hastings Comm. And Ent. Law Journal**, C.26, 2003-2004, s.1-71.
- YAYLA, Atilla**, **Devletçi Zihniyet ve Piyasa Ekonomisi**, Liberte, Ankara, 2001.
- YILMAZ, Bülent**, “*Bilgi Toplumu: Eleştirel Bir Yaklaşım*”, **HÜEFD**, C.15, S.1, s.147-158.
- YILMAZ, Kâmil**, “Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme, Serbestleşme”, **Rekabet Dergisi**, Şubat 2000, Ankara, s.3-26.
- YOUNG, Mark**, “The Future of Universal Service. Does it have One?”, **International Journal of Law and Information Technology**, C. 13, No: 2, s. 188-205.

