

KALKINMA İÇİN ENERJİ: ASLI HİZMET VE TEMEL HAK

Prof. Dr. Maria Agostina Cabiddu*

Çev.: Araş. Gör. Eren Kalanyuva**

1. Kamu ve özel sektör arasındaki ilişkilerde kamu hizmetinin güvence altına alınması açısından yaşanan dönüşümün ilk belirtileri, ekonomik alanda yapılan müdahalelerde kendini göstermektedir. Öyle ki, klasik hukuk devletinin doğuşunda belirleyici olan *geleneksel devlet ve toplum* ayırımının sınırları, sosyal hedeflerin devlet tarafından izlenmesi için kademeli olarak belirginliğini yitirmiştir. Bu açıdan devan, başlangıçta yalnızca özel teşebbüslere karşı uygulanan zorlayıcı ve kısıtlayıcı politikalarındaki değişim de önem arz etmektedir. Ancak bu süreç, tahmin edileceği üzere ağır bedelleri beraberinde getirecek, devlet ve toplum ayırımına ilişkin yaklaşımlar artık eskisi gibi olmayacaktır. Bir tarafta *güvence*, diğer tarafta *toplumsalılık* gibi iki zıt kutupta yer alan gereksinimlerin, doktrinde ele alınan (sosyal hukuk devleti gibi) yöntemlerle bile tekrar bir araya gelmesi söz konusu olmadığından, önümüzde duran bu tablonun oldukça belirsiz olduğu söylenebilir¹.

Anayasa'mın*** yürürlüğe girdiği yıllardan günümüze gelindiğinde, devletin teşkilat yapısı ve ekonominin karma bir sistem içinde yönetilmesini öngören genel çerçevenin bütünlüğe sahip bir görüntüsü olmadığı göze çarpmaktadır.

Bugün bilincin hep bir adım önde olduğu, çözümlenmesi gereken problemleri ortak problemler olarak kabul eden ve bunları küresel bir ölçüğe yerleştirmek için bölgesel sınırları dahi göz ardı eden iradenin, dönüşüm sürecinde olan ekonomik bir konuda hakikati kavramsal bir kafesin içine hapsedmesi, günümüz koşullarına ve güncel meselelere artık cevap veremeyecek durumda olan eskimiş kavramlara ve araçlara yeniden başvurması, faydasız hatta zarar verici olarak nitelendirilebilir.

Aslında, yakın zamanda Amerika Birleşik Devletleri Başkanı tarafından da dile getirildiği üzere, «ekonomik kriz birbirimize ne kadar bağlı olduğumuzu gösterdi: bir nesil önce, Florida'da yaşayan bir kimsenin borçlarını ödemekte güçlük çekiyor olmasının İzlanda'da bankacılık sisteminin çökmesine neden olacağını hayal etmek oldukça güçtü.» (Obama, Strazburg, 3 Nisan 2009) Bu

* Bu makalenin aslı, «**Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale**» başlığı altında İtalyan *Il Mulino* yayınevinin «**Amministrare**» dergisinde (Vol. XXXIX, n. 2, Haziran 2009) yayınlanmıştır. Çevirimiz için gerekli izni veren «**Amministrare**» editörüne ve Prof. Dr. Maria Agostina Cabiddu'ya teşekkür ederiz.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
¹ E. Forsthoff, «**Stato di diritto in trasformazione**» (1964), ita. çevirisi, Milano, 1973.

*** Makalede yer alan anayasa kavramı, 1947 tarihli İtalyan Anayasası olarak anlaşılmalıdır.

durumda, karşılaşılan problemlerden yola çıkarak farklı platformlarda çözüm yollarının belirlenmesi için değişim karşıtlarına cevap vermeye çalışmak gayet mantıksal bir yaklaşım olacaktır.

Enerji konusu, özellikle ekonomide kamu müdahalesinin çeşitli şekillerde uygulandığı diğer birçok alandan biri olarak, gündemde yer alan problemlerin her şeyden evvel küresel (günümüzde tartışılan *küreselleşme* anlamında) ve karmaşık boyutuna dair bilincin yerleşmesini sağlamıştır. Bu açıdan bakıldığında, uluslar-üstü kuruluşların başında gelen Avrupa Birliği'nin kuruluş öyküsünün, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması² ile 18 Nisan 1951 tarihinde başlaması tesadüf değildir. Kendine has özerk ve egemen³ bir yapının çatısı altında, kömür ve çelik sanayisindeki ekonomik faaliyetlerin⁴ politik açıdan birleştirici unsur olması da ayrı bir anlam taşımaktadır.

Enerji kaynaklarına ilişkin düzenlemeler, ilk olarak ekonomik ve teknolojik açıdan kömürde, daha sonra 25 Mart 1957 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM) Antlaşması kapsamında atom enerjisi ile gündeme gelmiştir. Geline nokta, kaynakların düzenlenmesi ve işletilmesine duyulan ihtiyacın, «ortak amaçlar ve ortak kurumlara» dayanan «tek pazarın» oluşturulması bakımından uluslar-üstü bir topluluğun kurucu rolü üzerinde ne kadar anlamlı olduğu böylece ortaya çıkmaktadır⁵.

Bugün, Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu'nun⁶ kuruluşuna dair antlaşmayı değiştiren Lizbon Antlaşması, söz konusu anlaşmaların yerine geçmeksizin Avrupa Birliği'nin yetki alanını çizmektedir (md. 1-14). Enerji, belli bir disiplinin konusu olmanın yanı sıra Avrupa politikasının da ana başlıklarından birini teşkil eder: «enerji pazarının işleyişini güvence altına almak», «gerekli altyapı araçlarının emniyetini sağlamak», «enerji tasarrufunu artırmak, yeni ve yenilenebilir enerji kaynaklarının gelişimini ve enerjinin verimliliği sağlamak». Yukarıda sayılan hedefler doğrultusunda, Avrupa ülkelerini aşan kapsama alanının oluşumu ve gelişiminden, genel ekonomik yararın sağlanmasına yönelik hizmetlere kadar; «*yeşil ekonomi*» (*çevresel riskleri en aza indiren ekonomik*

² AKÇT Anlaşması 23 Temmuz 1952'de yürürlüğe girmiş olup 4 başlık altında toplanan 100 maddeden oluşmaktadır. Bu başlıklardan ikisi de, kendi içinde kısımlara ayrılır. (Kurumlara ilişkin II. Başlık 4 kısma ayrılır; sosyal ve ekonomik düzenlemeler içeren III. Başlık da 10 kısma ayrılır.)

³ F. Benvenuti, «**La Ceca ordinamento sovrano**», in **Ordinamento della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio**, Padova, 1961, vol. III, in F. Benvenuti, «**Seritti giuridici**», vol. III, Milano, 2006, s. 2059.

⁴ AKÇT Anlaşması, görüldüğü üzere «ekonomik ve politik anlamda kritik noktası *Ruhr (Almanya'da kömür ve çelik üretilen bölge)* olarak bilinen yaklaşık 300 km. uzunluğundaki üçgende ciddi olarak hissedilen probleme yalnızca çözüm olmanın ötesinde, Avrupa toplumlarının zihinlerindeki dönüşümü ortaya koyarken, politik mekanizmaların radikal nitelikteki değişim sürecini de başlatmaktadır. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, potansiyel olarak sınırları belli bir ülke konseptini, yani bir toprak parçası üzerinde kesin bir egemenliğin hüküm sürdüğü ülke tanımını aşmaktadır.» (a.g.e, s. 2074).

⁵ AKÇT Anlaşması, 1. madde.

⁶ Madde 6 hükmüne göre, «bu kanun eğer tüm onaylar teslim edilirse, 1 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe girecektir, aksi halde imzalayan taraflar için onayların son teslim tarihi bir sonraki ayın ilk günüdür.» Bugün itibarıyla 27 üye ülkeden 26'sı Anlaşmayı onaylamış, 23 üye ülke ise Roma'ya onayladıklarına dair evrakları teslim etmiştir.

gelişim modeli) için teşviklerden, evrensel hizmetin güvence altına alınmasına kadar, enerjinin yeniden gündeme alınmasını sağlayan temellerin Avrupa tarafından atıldığı görülmektedir.

Özellikle, topluluk hukukunda görüldüğü üzere, kamu hizmetlerine yönelik (reform konusunu içeren) tartışmaların, *sosyal politika* başlığı altında daha geniş bir kapsamda ele alınmasına dair eğilimler söz konusudur. Bu zemini hazırlayacak olan sosyal politikalar, yalnızca (*tek pazarın gereği*) piyasalar arasında serbest dolaşımı ve altyapının geliştirilmesini değil, aynı zamanda kamu yararının bir gereği olarak; altyapı araçlarının emniyetinin sağlanması, çevrenin korunması, ülke topraklarının yönetilmesi, tüketici menfaatinin ön plana çıkarılması şeklinde birtakım ihtiyaçların karşılanması da esas almalıdır. Bu bakımdan, «eşitlik, evrensellik, istikrar; ayrıca başta idare olmak üzere, ücretlendirmeler ve kaynakların şeffaflığı, mahalli idarelerin denetlenmesi»⁷ gibi temel ilkeler, bahsi geçen kamu yararının gerekleri için referans oluşturmaktadır.

Piyasa, nasıl ki tek başına bir *değer* ifade etmiyor; ancak bir kurumun kimliğine bürünerek ortak bir amaca ulaşılmasında önemli bir *yarar*⁸ haline geliyorsa, sınırsız ekonomik büyüme efsanesi de artık ömrünü tamamlayarak, yerini *sürdürülebilir* kalkınma düşüncesine bırakmaktadır. Bu düşünce; ekosistemin hassas yapısı, kaynakların yetersizliği ve değerlendirilmesi oldukça zor olan sosyal refahın farklı katmanları (yaşam kalitesi, eşitlik ve adalet ölçüsü, kurumların demokratik yapısı) hakkında ortaya çıkacak bilinç⁹ sayesinde gelişim gösterecektir.

2. Ekonomik ve teknolojik kalkınmada belli bir aşamaya gelindiğinde, enerji kaynakları faaliyet niteliğinden önce *mal topluluğunu* (kömür, petrol, su, doğalgaz) oluşturmaktadır. Bu açıdan önemli bir adım olarak gösterilen kamu müdahalesi, mal rejiminin ortaya çıkması ve elektrik şirketlerinin devletleştirilmesinden sonra gelirken, mallara erişimin kamusal yollardan sağlanması gereğine de cevap vermektedir. Kamu müdahalesi, enerjinin üretilmesi ve kullanılması, ayrıca kaynakların işletilmesi ve idaresi şeklinde birtakım faaliyetlerin düzenlenmesi ihtiyacından çok, bu mallardan gerektiği şekilde yararlanılmasını garanti altına almaktadır.

Ekonomi, doğal kaynakların yalnızca tüketilmesi şeklinde sınırlı bir eğilimin aksine, yenilenebilir ve alternatif enerji kaynakları gibi ileri teknikleri içeren teknolojiler ve araştırmalara da yönelebilir. Bu durumda enerjiye ilişkin disiplini, «*sağlığın, çevrenin ve ekosistemin korunması, toprakların yönetilmesi, yaşam kalitesi, rekabet, başlıca hizmet unsurlarının tespiti vb. gibi kamu teşkilatının teorik fonksiyonları ve üstlendiği görevler*» şeklinde ele alınan benzer veya yan başlıklardan ayırmak oldukça güçleşecektir.

Örneğin, yenilenebilir enerji kaynaklarına ait tesislere verilecek izinler hakkında, Anayasa'nın 117/3 maddesinde yer alan yeni düzenlemede*, diğer

⁷ Avrupa Komisyonu bildirisi, «**Avrupa'da genel menfaate yönelik hizmetler**», 11 Eylül 1996, Com (96) 443.

⁸ C. Marzuoli, «**Mercato e valore dell'intervento pubblico**», in «**Le Regioni**», 1993, s. 1593.

⁹ Her tür fanatizm ya da katı sefaletin reddedilmesi.

* [çeviren] **5. Bölüm: Bölgeler, İl Özel İdareleri, Belediyeler**, «*yasama yetkisinin, devlet ve bölgesel idari organlar tarafından Anayasa'ya, topluluk hukukuna ve uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmayacak biçimde kullanılması hakkında*» 117. madde.

konuların ve farklı yetki alanlarının hesaba katılmaması sonucu ortaya çıkan uyumsuzluk hemen göze çarpmaktadır. Dahası, merkezi idarenin araçlarından yerel idarelere, ardından il özel idareleri ve belediyelere kadar birçok farklı idari mekanizmanın, karmaşık nitelikte birtakım ihtiyaçların karşılanmasında üstlendiği rol göz ardı edilmiştir. Demek ki, idari teşkilatta yer alan organlardan her biri, kendisine ayrılan yetki alanı içinde görevlendirilmiş olup bu alanlar, mallara ya da belirli kaynaklara odaklı katı şemalar ya da sektöre ait demir parmaklıklar içinde sınırlanamaz. Bu yüzden, modern endüstriyel ekonomilere ruhunu veren karmaşık dinamiklerin yansımaları olan sentezler, bu tür sorunların çözümünde uygulanmalıdır.

Gerçekte, yetkilerin çeşitli organlar arasında dağılımını sağlayan düzenleyici bir görünüm için her türlü girişimde bulunulmuşsa, bu çalışmanın en azından mevcut disiplinin aksine daha fazla bütünlük sağlaması gerekirdi. Ancak, 2001/77/CEE sayılı direktif⁹ yürürlüğe girince, İtalyan yasama organı tarafından çıkarılan 387/2003 sayılı¹⁰ kanun hükmünde kararname (KHK) kapsamında yetkiyi tek elde toplayan bir model hazırlanmıştır. Buna göre, farklı hizmet konularını bir araya getiren ve bütün sorumluluğu bölgelere, yani merkezi idare dışındaki birimlere veren, temel ilkelerin de devlet tarafından korunduğu bu model çerçevesinde istenilen hedeflere ulaşamadığı görülmüştür.

Mahalli idarelerin yetkilerini düzenleyen model, söz konusu disiplinle ilgili bir başka eksikliği daha ortaya koymaktadır. Bunun nedenlerinden biri de 387/2003 sayılı KHK'de yürürlüğe girme imkânı bulamayan şu hükümdür: «Üretim Politikasından Sorumlu (yeni adıyla *Ekonomik Kalkınma Bakanlığı*) Bakanlığın teklifi üzerine yapılan toplantıda, Toprakların Korunmasından ve Çevreden Sorumlu Bakan ile Kültür Bakan'ın mutabakatıyla düzenlemenin yürürlüğe girmesini ele alan rehber ilkelerin onaylanması (...)»

İtalyan iç hukuk mevzuatında, rehber ilkelere yer verilmemesi sonucu ortaya çıkan belirsizlik ortamı, enerjiyle ilgili etkin bir planlamanın eksikliğini hem ulusal, hem de mahalli düzeyde¹¹ hissettirmektedir. Enerji planlamasına ilişkin bu eksiklik, özellikle uygulamada tıkanmalara sebep olmakta, ayrıca *kolaylaştırıcılık*, *şeffaflık* ve *icralık* gibi ilkelerin ihlali anlamına gelecek ayrımcı yaklaşımları da beraberinde getirmektedir.

387/2003 sayılı KHK'de ana hatlarıyla belirlendiği üzere, yetkiyi tek bir yerde toplayan model açısından, mahalli teşkilatın bazı farklı unsurları bulunmaktadır. Buna göre, ulusal mevzuatta¹² saptananların dışında, teklifte bulunan diğer şirketler bakımından birtakım subjektif koşullar (tercih ölçütleri¹³,

* [çeviren] «*iç elektrik piyasasında yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektriğin teşvikine dair direktif*».

¹⁰ 387/2003 sayılı (İtalyan) kanun hükmünde kararname, «**İç enerji piyasasında yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektrik enerjisinin teşvikine ilişkin 2001/77/CE sayılı direktifin yürürlüğe girmesi hakkında**».

¹¹ Ulusal Enerji Planı (UEP) son olarak 10 Ağustos 1988 tarihinde gündeme gelmiş ve teknolojik değişiklikler karşısında yetersiz kalmıştır. Bölgesel düzeyde ise, tüm kurumlar açısından özel bir bölgesel çevre enerji planı oluşturma zorunluluğunu öngören yasa 1991 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, söz konusu kanun maddeleri uzun süre görmezden gelinmiştir. Bugün dahi, ulusal düzeyde bütün bölgeler açısından enerji tesislerinin kurulmasına ilişkin bölgesel çevre planları tamamlanmış değildir.

¹² Örneğin, del. Giunta regionale Molise n. 908 del 26.06.2006.

¹³ Del. Giunta regionale Campania n. 1955 del 30.11.2006.

faýdalanılabilir en yüksek kontenjan¹⁴ ya da enerji tesisleri açısından belirlenen alanlarda azami yoğunlaşma seviyeleri¹⁵) aranmaktadır. Ancak, hizmetlerin bir araya gelmesiyle doğan ve somut ayrımlara dayanan bazı farklılıklar, rehber ilkelerin yokluğunda tamamıyla mahalli idarelerin değerlendirmesini gerektirmektedir. Buna ek olarak, bir bölgenin idaresinde, çevresel etkilerin tespitinden şehircilik planlamalarına kadar, birçok mekanizmaya ilişkin yetki usullerinin durumu da göz ardı edilmiştir. Doğrusu bu tahliller, belediyelerin oynadığı rolün önemini göstermektedir¹⁶. Şöyle ki, 387 sayılı KHK 12. maddeye göre, belediyelerin (yetkileri açısından dengeleme niteliğinde) lehine mahalli anlaşmaların imzalanması, bu anlaşmalara dair hiçbir unsur daha evvel mevzuatta düzenlenmemiş ise, belediyelerin rolü bakımından önemli bir neticeyi de beraberinde getirecektir.

Mevzuattaki belirsizliklerin ve uygulamada görülen tutarsızlıkların eleştiriliyor olması, aslında etkili bir enerji politikası için en uygun zeminin ulusal mevzuatta yer aldığı bir göstergesi değildir. Aksine, geçmişe dayanmasına rağmen halen güncel olan fikirler tekrar ele alınır; bölgesel toplulukların çeşitliliğinden kaynaklanan ilham ve kuvvetle merkezi kararların teşvik edilmesi zorunluluğu görmezden gelinerek; toplum hayatı için oldukça geniş ve temel nitelikte, ekonomik ve politik görünümlere karşı koymaya elverişli olmayan merkezi, enerji *sektöre ait* kamusal düzenlemelerden faydalanmanın halen mümkün olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir¹⁷.

Demek ki, toplumsal ihtiyaçların, diğer bir deyişle genel kamu yararının devlet tarafından tekel şeklinde üstlenilmesi ve temsil edilmesinin dayanağı oldukça zayıftır. Ancak, genel kamu düzeninin sağlanması açısından devletin toplum üzerindeki iktidarı, toplumsal ihtiyaçların devlet eliyle görülmesine gerekçe olarak gösterilmektedir. Bu durum, yeni politik alanların araştırılmasını; kararların teknik, politik ve hukuki içerikleri arasında denge kurulmasını ve farklı nitelikteki alanlarda¹⁸ güvencenin sağlanmasını gerektirmektedir.

Enerji alanının karmaşık yapısı ve kapsamı yüzeysel yaklaşımlara izin vermediğinden, bu konuda kurumsal düzeyde bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü toplumun gereksinimlerini karşılamak üzere kamu kurumlarının tesis edilen işlemlerin mutlaka yasal dayanağı olması gerekiyorsa, bireylerin gündelik hayatları ve ülkenin ekonomik kalkınması bakımından enerjinin bir hizmet olarak zorunluluk arz ettiği hesaba katılmalıdır. Bu durumda, enerjinin tüketim safhasına geçilirken, çevresel denge ve kaynaklar

¹⁴ Del. Cons. reg. Lombardia del 06.03.2003.

¹⁵ Del. Consiglio Regionale Marche del 16.02.2005.

¹⁶ İdare mahkemesi hâkimleri tarafından çoğu zaman dikkat edilen unsur. Bakınız, Tar Puglia, Bari 8 Mart 2008, n. 530.

¹⁷ G. Berti, “**II pubblico servizio delle fonti energetiche**,” in «**Economia pubblica**», Mart 1980, n. 3, s. 69, Ayrıca F. Levi, “**Regioni ed energia**”, in «**Le Regioni**», 1978, s. 1159.

¹⁸ Politika, hukuk ve bilim arasındaki ilişkiler, tartışmalar arasında en ilgi çeken konularından biri olmuştur. Riferimento al sindacato “**Autorità indipendenti**” [Bağımsız Otoriteler Sendikasına atıfla] bakınız; D. Ielo, “**L’agire legale delle Autorità in Italia e nei paesi esteri**” in S. Mariottie P.G. Torrani (a cura di), “**Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione**”, Milano, 2006, spec. s. 66 ve a.g.e Chevron kararı (*Chevron Usa Inc v. Natural Resources Defence Council*, 104, S. Ct, 1984, 2778) *Wednesbury ilkesi*.

üzerinde oluşan doğal tekel koşulları da göz önüne alınarak, kaynaklar açısından uygulanacak fiyat politikasının ve diğer tüm kuruluşların etkin biçimde kaynaklara erişim imkânlarının denetlenmesi gerekecektir.

3. Uzun yıllar pek çok ülkede, enerji üretim ve dağıtım kurumları üzerinde kamunun mülkiyeti esas olmuştur. Bunun dayanağı, “altyapı malzemele-
rinin emniyeti, kaynakların verimli şekilde değerlendirilmesi, çevrenin korun-
ması, kamu hizmetinden doğan yükümlülükler ve enerji hizmetinden yararlan-
anların korunması” şeklinde, üzerinde mutabık olunan *kamu yararının* ancak koruyucu bir rejimle teminat altına alınabileceği varsayımıdır.

Aslında, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak idari faaliyetlerin kap-
samının genişlemesi, doğrudan otoriter idarenin ağırlığının artacağı anlamına
gelmemektedir. Fakat ulaşılması istenen hedefler bakımından, idari faaliyet
alanlarının genişlemesi, idarenin işlemlerinde işlevsel bir yöntem izlemesini
zorunlu kılacaktır. Buna örnek teşkil etmesi bakımından, özellikle, Anayasa’da
(tanımlama yapılmaksızın) kamu hizmetlerine atf yapan 43. maddeye* değini-
lebilir. Bu maddeden yola çıkan doktrindeki görüşlere¹⁹ göre; anayasada «*asli
kamu hizmetleriyle ilişkili olan belli teşebbüs veya teşebbüs gruplarına*» atf ya-
pılırken, sürekli olarak «*üstün kamu yararını*»²⁰ kavramına başvurulduğu görül-
mektedir. Öyleyse, kamu hizmetinden bahsedilebilmesi için, hizmetin doğrudan
devlet tarafından ya da devlete bağlı kamu kurumlarınca görülmesi gerekme-
diği dolaylı biçimde vurgulanmakta; bazı özel teşebbüslerin de asli kamu hiz-
metlerinin yerine getirilmesinde rol oynadığı, özellikle anayasanın 41/3 madde-
sinde** sayılan²¹ sosyal hedeflere ulaşılmasına yönelik ekonomik faaliyetleri bu
kapsamda göstermektedir.

Anayasa’da 43. madde ile 41/3 madde arasındaki bağlantı (*aslında,
başka açılardan bakıldığında kararsızlığa neden olabileceken*²²) kendi içinde
bir anlam ifade etse de, tartışmanın kamu hizmetlerinin düzenlenmesi konu-
suna taşınması gerekmektedir. Bu noktada, hizmetin gereklerini karşılayan
kamu ya da özel iradenin yerine, teminat altına alınması gereken kurumsal

* [çeviren]: **İtalyan Anayasası, 3. Bölüm, “Ekonomik İlişkiler”, 43. madde** şöyledir; “*Mülkiyet, genel kamu yararı gereğiyle muhafaza edilebilir ya da kamulaştırma ve tazminat aracılığıyla devredilebilir. Bu devir işlemi; devlet, kamu kurumları ya da belli teşebbüs veya teşebbüs grupları tarafından, üstün kamu yararı taşıyan ve asli kamu hizmetleri, enerji kaynakları ya da monopol düzeyle ilişkisi olanlar için geçerlidir.*”

¹⁹ U. Pototschnig, “**I pubblici servizi**”, Padova, 1964.

²⁰ F. Galgano, sub art. 43, in G. Branca (a cura di), “**Commentario della Costituzione**”, Bologna-Roma, 1989.

** [çeviren]: **İtalyan Anayasası, 3. Bölüm, “Ekonomik İlişkiler”, 41. madde** şöyledir; “*Özel ekonomik girişimler serbesttir. Sosyal fayda ile çelişen ya da güvenlik, özgürlük ve insan onuruna zarar verecek faaliyetlerde bulunulamaz. Kanun gerekli kontrolleri ve programları belirler. Çünkü kamu ve özel ekonomik faaliyetler, sosyal hedeflere göre düzenlenmiş ya da yönlendirilmiş olabilir.*”

²¹ Fransızcada “*service public virtuel*” olarak tabir edilen görüşe benzer, G. Caia, “**La disciplina dei servizi pubblici**”, in “**Diritto Amministrativo**”, Bologna, 1989.

²² İki düzenlemenin uygulama alanlarının açıklığa kavuşması gerekmektedir. Aksi halde, bir yandan, kamu hizmeti kavramı ile ekonomi alanında farklı şekillerde ortaya çıkabilen kamu müdahalesini birbirinden ayırmak oldukça zorlaşacak; diğer yandan, kamu hizmetinin kapsamının yalnızca ekonomik faaliyetlerle sınırlanması gibi bir risk gündeme gelebilecektir.

yükümlülükler ile söz konusu kamu ya da özel teşebbüs arasındaki bağıntıya vurgu yaparak, sosyal hedeflerin hayata geçirilmesi ve temsil edilen toplulukların ekonomik ve sosyal gelişimlerinin teşvik edilmesi amaçlanmalıdır²³.

Yukarıda değinilen konu ile bağlantılı olarak, toplumda duyulan herhangi bir gereksinimin yalnızca “kamu hizmeti” sınıfında tanımlanacak bir faaliyet aracılığıyla karşılanacağı ya da karşılanmak zorunda olduğu yönünde bir anlam çıkarılmamalıdır. Aksine piyasanın liberalleşmesi ve önceden tekel konumdaki (*ve son yıllarda enerji sektörünün de gelişimine büyük katkı sağlayan*) şirketlerin özelleştirilmesine dair süreçlerin gerekliliği, günümüzde kamu yararının sağlanması açısından büyük önem taşıırken, bu süreçte kamu gücünün varlığını hissettirdiği her noktayı ön plana çıkarmanın doğuracağı olumsuz etkiden de kaçınılmalıdır²⁴.

Esasında kamu hizmeti kavramı, açık bir tanımlamaya ihtiyaç duymaktadır. Bu niteliğiyle, özellikle kriz zamanlarında ekonomik düzene dair değerlendirmeler bir yana bırakılırsa, gerçekte bunun bir bedeli olduğu görülecektir. O yüzden, sadece hukuk sistemi içinde muhasebeden cezai sorumluluğa kadar, sorumluluk esasının taşıdığı özelliği görmek bile yeterli olabilir.

Kamu hizmeti kavramına²⁵ ilişkin tartışmalarda sonuç elde edilemediği gibi, genel ekonomik yapı içinde bazı faaliyet alanlarının belli bir çerçeveye alınması da oldukça güçtür. Yaşanan bu zorluk nedeniyle «belli bir faaliyet alanının içinde, *kamu hizmeti* olarak tanımlanabilen ‘aşama’ ya da ‘zaman’ şeklinde ileriye dönük ayırmalara» ihtiyaç duyulmaktadır²⁶.

Son yıllarda enerji sektörünü de ilgilendiren ve etkisi altına alan ekonomik ve teknolojik gelişim aynı yönde ilerlemeye devam ederken, üretim süreçlerinin belli sınıflara ayrıldığı ve bu alanlarda şirketlerin uzmanlaştıkları görülmektedir. Tekel düzenin hâkim olduğu bir yapıdan, sektörün dikey bütünleşme (*integrazione verticale*) üzerine kurulduğu rekabet ortamına geçişte, satıcı veya alıcı gibi ticari faaliyette bulunan taraflar arasındaki anlaşmaların çok yönlülüğüyle merkezi idare arasında bağdaşabilir bir ortam sağlanmış ve enerji kaynağının başındaki kurumun üçüncü kişi (olmak zorunda) olarak kabul edildiği bir durum ortaya çıkmıştır. O halde, üretimden dağıtım gelene kadar yaşanan sürecin tüm safhalarına aynı rejimin uygulanması şeklinde bir mecburiyet söz konusu olmadığı gibi, bu sürecin içinde yer alan bütün faaliyetlerin de “kamu hizmeti” olarak tanımlanması mümkün değildir.

Hukuki rejimin ne kadar farklılık arz ettiği düşünülürse, kaynakların yönetimi gibi enerji sektörünün işleyişi açısından zaruri nitelikleri (*essential*

²³ Yerel Yönetimler (Konsolide sürüm), Madde 112.

²⁴ M. Cammelli, “**Collaborazione pubblico-privato e regole nella transizione**”, in A. Quadrio Curzio – M. Furtis, “**Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali**”, Bologna, 2000, s. 222.

²⁵ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bakınız, L. Ammannati – M. A. Cabiddu – P. D. e Carli (a cura di), “**Servizi pubblici, concorrenza, diritti**”, Milano, 2001; B. Boschetti, “**Diritti e rapporti nell’amministrazione per servizi**”, Padova, 2007; G. Napolitano, “**Servizi pubblici e rapporti di utenza**”, Padova, 2001; D. Sorace, “**Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità**”, in «**Diritto Pubblico**», 1999, s. 371.

²⁶ A. Travi, “**Commento all’art. 33 del. D.lgs. n. 80 del 1998**”, in «**Nuove leggi civili commentate**», 1999, s. 1514.

facilities) oluşturan alanlarda bazı teknik ve ekonomik gerekçeler, pazara girişler açık olsa da, tekelin korunmasını gerektirmektedir²⁷.

4. Kamu hizmeti açısından daha kesin bir tanımlamaya duyulan ihtiyaca vurgu yaparken, topluluk hukukunda da, genel menfaatin* sağlanmasına yönelik hizmetlerde rekabet kurallarından (86. madde) muaf olunan alanların kademeli olarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunu takip eden gelişme ise, bir nevi 'evrensel hizmet' kavramının ortaya çıkmasıdır.

Avrupa entegrasyonu²⁸ sürecinde artık 'yeni bir yola' girildiğini söylemek mümkündür. Bu doğrulama, sosyal boyutu olan yatırımları gündeme getirebileceği gibi, ekonomik gelişim sürecinde iç piyasada yaşanan bariz düşüşlerin değerlendirilmesi için de fırsat olacaktır.

Hizmet ve mallardan oluşan ve "Tek Pazar" olarak bilinen sürecinin tamamlanması amacını taşıyan program, 1985 tarihli Beyaz Kitap ve 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi ile başlamış, sektöre ait reformların bir sonraki süreci 1996 tarih ve 96/92 sayılı elektrik ve 98/30 sayılı gaz direktifiyle devam etmiştir. İkinci paket ise, sınırlararası ticareti konu edinen 2003/54 ve 2003/55 sayılı direktifler ve 1228/2003 ve 1775/2005 sayılı düzenlemeler ile hazırlanmıştır. Sürecin tamamlanması için bir adım daha ileri giderek Avrupa Komisyonu Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlüğü tarafından yapılan anket çalışması, Komisyonu "üçüncü paket"²⁹ olarak adlandırılan yasanın yayımlanması sürecine taşısa da, geleneksel liberalleşme sürecinde sona ulaşıldığı anlamını taşımamaktadır. Her şeye rağmen, prensip olarak doğrudan idare ve tekelden uzaklaşılması sonucu, kamu ve özel kesimde yer alan tüm kuruluşlara sorumluluk yüklenerek mülkiyet rejiminden bağımsız genel menfaatin tanımlanması ve korunması, Avrupa ekonomi yönetiminin temel bir ilkesi haline gelmiştir.

Yükümlülükler ve hakların tanımı, bunların teknik ve ekonomik ilkeler ışığında tercümesi, gözetim, önleme ve uyuşmazlıkların çözümlenmesi, yasama organı tarafından düzenleme faaliyetlerinin konusu olmak üzere tespit edilen ilkeler üzerine oluşmaktadır. Günümüzde, kamu hizmetinin güvence altına alınması ödevi –doğrudan idareye değil– bu düzenleme faaliyetlerine verilmektedir. Bu açıdan, hem enerji kaynaklarına ulaşılması ve altyapıların geliştirilmesi konusunda şirketlere teminat verilmekte, hem de tüketiciler ve genel durumun değişmesi bakımından fiyatların ayarlanması yoluna gidilerek daha zayıf kişilerin korunması ve kamu hizmeti yükümlülüklerine riayet edilmesi sağlanmaktadır.

²⁷ Belirli bir faaliyetin yürütülmesi için gerekli olan kaynaklar ve altyapı konusu üzerine, E. Bruti Liberati, "Le scelte dell'Autorità Garante della V concorrenza e del Mercato tra tecnica e politica: il caso delle «essential facilities», in «Concorrenza e Mercato», 1998, n.6, s. 449.

* [çeviren]: l'interesse generale.

²⁸ Esasında, zorlu Avrupa entegrasyonu süreci bakımından; yasal, ekonomik ve politik düzenlemeler arasında dayanışma görüşü piyasalara seçenek olarak sunulmuştur. "Freiburg Okulu" ya da ordo-liberal olarak bilinen görüşlerin ortaya koyduğu kavramsal çalışmalar, "ekonomik anayasa" kavramından yola çıkarak, yerinde hizmet ve toplumsal gibi anlamlı unsurlarla pazarda var olan serbestinin dengelenmesini amaçlamaktadır. Bu teorilere ilişkin olarak; R. Miccù, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in Quaderni del pluralismo. Pubblico-privato nell'evoluzione del rapporto, Torino, 1996, s. 243.

²⁹ Hakkında, A. Canepa.

Bu şekilde yapılandırılan ve birçok Avrupalı tarafından bütünüyle «sosyal hak olarak kabul edilen» kamu hizmetleri, «pazarda dinamizm, birliktelik ve dayanışmayı bir araya getiren politika bağlamında, Avrupa'da toplum modeli olarak kendine özgü»³⁰ temel değerleri oluşturmaktadır. Bu sayede, Avrupa topluluk hukuku projesine dikkat çekmenin yanı sıra kamuya da açılarak³¹, özellikle enerji konusunda yapılan düzenlemelerin yorumlanması açısından bir yorumlama kriterini* dolaylı biçimde ortaya koymaktadır.

Özellikle, Avrupa Topluluğu'nun 'evrensel hizmet' görüşü, İtalya'da iç hukuku harekete geçirerek, Anayasa'nın 41/3 ve 43. maddelerinde yer alan hükümler üzerine oluşturulan kamu hizmeti kavramına yeniden hayat vermektedir. Evrensel hizmetin tanımını şu şekilde vermek mümkündür; «bir hizmetten yararlananların coğrafi konumlarına bakılmaksızın, hizmetin belli nitelikler dâhilinde asgari olarak tanımlanması ve makul bir değeri olan ulusal koşulları da dikkate alarak yararlananlara ulaştırılmasıdır³².» Hem iç hukukta, hem de topluluk hukukunda kamu hizmetinin asli/evrensel yapısının sınır çizen bir fonksiyonu vardır. Birinde, hizmetin devri ya da yasal olarak muhafazası; diğ erinde ise, rekabete ilişkin normların uygulanmasında (ki her iki durum da kamu gücünü gösterir) ve her defasında, ekonomik ve sosyal uyum hedeflerine ilişkin olarak, politik tercihler bağlamında belli faaliyet alanlarının niteliği belirlenmektedir.

Geldiğimiz noktada, 'yeni' sayılabilecek bir durumun henüz ortaya çıkmadığı, daha çok kavramların tekrar canlanarak hizmetin istikrarlı bir çizgide aleniyet kazanmasına katkı sağladığı görülmektedir. Ayrıca, kamusal rolün yeniden tanımlanması ve hakların doğuracağı maliyet üzerine yaşanan kısır tartışmaların, hizmetin çıkış noktası olan "menfaatlerin umumiyeti ve hedeflerin toplumsallığından" yola çıkılarak aşıldığı söylenebilir. Anayasal uygulama bakımından, özellikle İtalyan anayasasının 2 ve 3. maddelerinde yer alan ilkelerde*, hizmetin umumi yapısına değ inilmiştir. Esasında, sosyal haklara ilişkin tartışmada ortaya çıkan anlaşmazlıkların birçoğu, sosyal hakların 'hizmet alma hakkı'³³ (*Leistungsrechte*) olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Bir yandan, teminat hakkı gibi 'birinci kuşak' haklar da dâhil olmak üzere, bütün hakların (bu hakkı teminat altına alan idari teşkilatı da hesaba katarak) maliyeti olan³³ bir hizmeti gerektirdiği; diğ er yandan, anayasa tarafından doğrudan korunan sosyal hakların temel bir kapsamı (*Wesengehalt*) olduğu göz ardı

³⁰ A.g.e, s. 102 ve s. 109.

³¹ Avrupa Birliği Anlaşması'nın başlangıç kısmında yer alan Avrupa Sosyal Yasası ve İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Yasa.

* *criterio ermeneutico*

³² 97/33/CE sayılı direktif, 2 (1) madde g) bendi.

* [çeviren]: İtalyan Anayasası'nın **2. maddesi**; *devletin, birey olarak tüm vatandaşların haklarını tanıyacağı ve koruyacağına* ilişkindir. **3. madde** ise; *eşitlik ilkesi bağlamında kişinin hiçbir ayırma tabi tutulamayacağına* ilişkindir.

** [çeviren]: "*diritti a prestazione*": tam karşılığı "*edimde bulunmayı isteme hakkı*" olarak tercüme edilebilir.

³³ M. Luciani, "**Sui diritti sociali**", in "**Studi in onore di M. Mazziotto di Celso**", Padova, 1995, vol. II, spec. s. 128, S. Holmes - C.R. Sunstein, "**Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse**", ita. çevirisi, Bologna, 2000.

edilmektedir³⁴. Nasıl ki, kişisel hürriyet hakkının korunması, ancak (bedel gerektiren) elverişli bir adalet ve güvenlik teşkilatının varlığı halinde mümkün oluyor, sosyal hakların kapsamı da (mali gerekçeler dışında) hiçbir şekilde daraltılmamalıdır.

Bizim görüşümüze göre, (sosyal) hakkın yetkisi – bir an için hizmeti temsil ettiği düşünülse bile– yalnızca *hizmet alma hakkı* iddiasından yola çıkarak açıklanamaz. Ne var ki bu yetki, «hizmetin sunulmasında rol oynayan araçların ve teşkilatların hem tanımlanması, hem de hayata geçirilmesi bakımından» sosyal hakkın kendi birliği içine yansıyan hususi bir katılım gibi nitelendirilmektedir³⁵.

Diğer bir konu ise, bireyin gelişimi ve ardından ülkenin politik, ekonomik ve sosyal teşkilatına dâhil olmasının doğrudan piyasadan kaynaklanmadığı gerçeğidir. Ancak böyle bir katılımın hayata geçirilmesi için hem bireyin, hem de teşkilatın bir arada çalışması önemlidir. O halde, anayasanın uygulanması bakımından, bireyin gereksinimleriyle doğru orantılı olarak ‘dayanışma’ ve ‘eşitlik’ ilkesinin anlamı kavranmış olacaktır. Kamusal ve sosyal alanda kendini gösteren bu uygulama, politik alanda da kişi özgürlüğüne dayalı olarak aynı amaca yönelirse, bireyin kendi kişiliğini oluşturan sosyal ilişkilerde bunun yansımalarının görüleceği söylenebilir.

Bu açıdan, sosyal hedef odaklı faaliyetlerle bağlantı kurmaksızın ‘*nesnel biçimde*’ kamu hizmetine tekrar değinilebilir. O yüzden amaç, bireylerin toplumun görünen yüzü olduğu tezinden yola çıkarak, bunun idari teşkilata yansımaları sağlayan araçları ve altyapı mekanizmalarını göstermek olacaktır. Aslında ‘*nesnel biçimde*’ kamu hizmeti, toplumun gereksinimlerini ve menfaatlerini tatmin edecek temsili yapıyı oluşturmakta, ne var ki güvencenin sağlanamaması halinde, katılım araçları faydasız ve yanıltıcı hale gelebilmektedir. Eşit şartlarda katılım sağlanamadığında, bunun gerçek bir katılım olduğundan da söz edilemeyecektir.

Sonuç olarak, kamu hizmetinin tesis edilmesi otoriter kararlar yerine sosyal bakımdan kayda değer ve tatmin edilecek ihtiyaçların *aciliyet unsuruna* dayanırsa, bu durum rasyonellik ilkesi ve sosyal düzene uyulması bakımından kendiliğinden teşkilatlanan toplumu hukuken görünür kılacaktır. Öyleyse, eşitlik ilkesi için gerekli koşulları belirlemeye ve menfaatlerin birden çok olmasını kavramaya elverişli, ayrıca bu alanda çalışan tüm kesimleri ortak bir *zorunluluk-mesuliyet* kapsamında bağlayacak bir kamu hizmeti kanunu oluşturulması fikri (bu konuda yasaların yalnızca bir tasvir olmadığı) yeniden gündeme gelecektir.

³⁴ Çok zengin bir Alman doktrini mevcuttur. *Ex multis*, R. Alexy, “**Theorie der Grundrechte**”, Frankfurt-a-M., 1986; P. Häberle, “**Le libertà fondamentale nello stato costituzionale**”, ita. çeviri, Roma, 1993; E. Denninger, *sub Art. 19*, Abs 2, in “**Alternativkommentar zum Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland**”, vol. I, Luchterlan, 1984, s. 1175, A. Baldassarre, “**Diritti inviolabili**”, in *EGT*, Roma, 1989.

³⁵ G. Berti, “**Istituzioni e diritti sociali (il diritto alla salute)**”, in Id., “**Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento**”, Padova, 1986, s.128.