

## ALMAN İDARE HUKUKUNDA KAMUSAL YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN SINIRLARI

*Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR\**

### I. GİRİŞ

1990 yılında<sup>1</sup> iki Almanya'nın birleşmesinden sonra Federal Almanya'nın Eski Doğu Almanya'da yaptığı özelleştirme uygulamalarını gerçekleştirme amacıyla kısa adı Treuhandanstalt (*die Anstalt zur treuhändersichen Verwaltung des Volkseigentums*) adı verilen bir İdare oluşturulmuştur. Maliye Bakanlığının gözetiminde ülkenin her tarafına yayılmış on beş şubesi olan bu Kurumun amacı; mümkün olduğu kadar çok sayıda özelleştirmeyi gerçekleştirme ve özelleştirme sonucu işsiz kalanlara iş olanakları sağlamadır<sup>2</sup>. Türlerine göre örneğin kamusal sigortalar, kamu kredi

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Almanya'da teknik anlamda ilk özelleştirme 1957 tarihindeki Prusya Maden ve İzabe Ocakları A.Ş. (PRUSSAG) şirketi hakkında olup, bu özelleştirmenin başarısı üzerine Birleşmiş Sıvı Depoları ve Nakil Araçları Ltd. Şti. (VTG) 1961'de özelleştirme programına alınmıştır. Sonuçta her iki özelleştirme uygulamalarındaki olumlu verilerden cesaret alınarak 1961 yılında Volkswagen otomobil şirketinin %20 payının özelleştirilmesini gündeme gelmiş ve pay satışları anında gerçekleştirilmiştir. **Wellenstein** Andreas, Privatisierung Politik in der Bundesrepublik Deutschland, Hintergründe, Genese und Ergebnisse am Beispiel des Bundes und vier ausgewählter Bundesländer, Frankfurt 1992, s.139 vd.

<sup>2</sup> Özelleştirmenin yoğun yaşandığı bu dönemle ilgili olarak 1992 rakamlarına bakıldığında; 1992 Mayıs başına kadar anılan İdare, yaklaşık 7000 işletme ve firma, 7000 gayrimenkul, 11 bin hektardan fazla tarımsal ekonomi yoluyla yararlanılabilen alan bulmuştur. Yine 1,1 milyon çalışma alanı sözleşme ile güvence altına alınmıştır. Bunların başında Saksonya 293 bin, Brandenburg 235 bin, Doğu Berlin 185 bin, Sachsen-Anhalt 132 bin, Thüringen 130 bin ve Mecklenburg-Vorpommern 87 bin'dir. Yine belirlenen 4800 işletmenin %70'inin modernleştirilmesi söz konusudur. Treuhand'ın 128,8 milyar Marklık yatırımı mevcuttur. Ayrıca daha önce başlamış ve 1992 yılında da devam eden

kurumları, endüstriyel mülkiyet gibi ayrımlara göre özelleştirmeler yapılmıştır. Belirli önemde ve yüksek nitelikli kabul edilebilecek yükümlülükler şüphesiz devlette kalmalı ve onun tarafından devam ettirilmelidir. Buna polis hizmeti örnek olarak verilebilir. Hapishane hizmeti için de aynı şeyin söylenebileceği Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulanmış ve doktrinde, ancak hapishane hizmetinin yan hizmetlerinin özelleştirilebileceği sonucuna varılmıştır<sup>3</sup>. Ölçünün(Skalanın) diğer tarafında ise göreceli olarak tartışmasız olan *özelleştirme potansiyeli* bulunmaktadır.

Bu çerçevede söylenebilir ki, idarece yürütülen kamu hizmetlerinin bir kısmının özelleştirme uygulamalarına konu olması son derece güç, diğer bir kısmı ise nitelikçe mümkün olup, söz konusu iki uç arasında *çok geniş bir gri alan* bulunmaktadır. Bu alanın ne zaman başladığı veya sona erdiği ya da bu alan kategorilerine nasıl dahil olunacağı gibi soruların hepsi aynı zamanda geniş ve disiplinlerarası bir çalışmaya ihtiyaç gösterir.

Zaman sürecinde hangi kamusal yükümlülükler değişir? Geçmişte açık ve belirgin olarak devlete ait olan yükümlülüklerin bir kısmı günümüzde tartışma konusu olmaktadır. Yarın ise idare için daha başka ne gibi önemli ve gerekli bir faaliyet alanı olabileceğini bugünden belirleyemiyoruz. Gerçekten

---

örneğin gıda ve hizmet sektöründe özelleştirme faaliyeti bulunmaktadır. **König** Klaus, "Rechtliche und Ordnungspolitische Fragen der Privatisierung von Staatsunternehmen in Deutschland", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/ Reinhard Hendler/ Friedrich Schoch/ Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994, s.256; **Schmidt** Reiner, "Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats-und Verwaltungsrecht", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/Reinhard Hendler/Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994, s. 226.

1990-1992 yılları arasında yaklaşık 11.000 kadar kamu kuruluşu özelleştirilmesine rağmen 1.4 milyon işçiye iş garantisi verilmiştir. Özelleştirmeye dayalı işsiz sayısındaki artış yabancı düşmanlığını da arttırmıştır. Diğer taraftan eski Doğu Almanya'nın ekonomik sorunları çözülemezse ülkenin batısına olan göç artacak bu da beraberinde pek çok hukuki ve sosyal sorunlara neden olabilecek idi. Bu bağlamda, *Treuhandanstalt* satış gelirlerinin yüksekliğinden ziyade esas olarak satış sonrasındaki istihdam ve ek yatırım tedbirleri üzerinde durmuştur. **Pataki** István, Doğu Avrupa'da Özelleştirme (Çev.Tarik Demirkan), İst 1995, s.70 vd.

<sup>3</sup> **Bonk**, Heinz Joachim, "Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug", Juristen Zeitung (JZ) 9, 5 Mayıs 2000, s. 441-442.

bu durumu henüz genç bir tarihi olan yeni eyaletler ispatlamaktadır. Kavramsal alandaki değişikliğe örnek olarak TELEKOM, demiryolu, çöp ve atık sular ekonomisi, eğitimsel değerlerden ve bunlar bakımından da örgütlenmesel özelleştirmenin (Organisationsprivatisierung) mevcudiyetinden söz edilebilir<sup>4</sup>.

Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesinin ne kadarına izin verileceği, özelleştirmenin sınırlarının nasıl belirleneceği ve nerede olduğu, bu konudaki belirli ölçülerin nasıl belirleneceği önemli bir sorundur. Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesinin sınırları; *özelleştirmenin mümkün, zorunlu veya yasak olup olmaması sorunu ile bağlantılıdır*. Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesinin başta gelen sınırı anayasal düzen ilkeleri ve devletsel amacın içeriğinden meydana çıkarılması gerektirir. Eğer bir yükümlülük anayasa ile açık bir şekilde sadece devlet ya da yerel yönetime verilmiş ise yetkili makam eliyle bunun özelleştirme yoluyla devri mümkün olmasa gerektir.

## II. HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAKIMINDAN ÖZELLEŞTİRMEİN SINIRLARI

Her özelleştirme uygulaması mutlaka hukuk devleti ilkesine ve onun gereklerine uygun olmalıdır<sup>5</sup>. Bu bağlamda özelleştirmelerde de hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan kanunilik ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri uygulama alanı bulmalıdır<sup>6</sup>.

Kamu düzenini sağlayan kurumların başında polis faaliyetleri, bina denetimi, sağlık, veterinerlik alanlarındaki denetim bizatihi kişi haklarını

<sup>4</sup> **Grünwald** Joachim, "Privatisierung öffentlicher Aufgaben-und Möglichkeiten und Grenzen", Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Private Finanzierung kommunaler Investitionen, 4. Bad Iburger Gespräche Symposium des Instituts für Kommunalrecht der Universität Osnabrück am 15. September 1993, Herausgegeben von Jörn Ipsen, Berlin, 1994, s.14.

<sup>5</sup> **Skoczny**, Tadevsz, "Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrecht", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/Reinhard Hendl/Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994, s.240;

<sup>6</sup> **Krieger** Heinz-Jürgen, Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg, 1981, sh. 46 vd.

veya mülkiyet hakkı bakımından gerekli olduğu için hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak özelleştirilmemelidir<sup>7</sup>.

Bunun dışında özelleştirmenin türüne bağlı olarak hizmet özelleştirmelerinde şayet *şekli özelleştirme* adı verilen özelleştirmede idare özel hukuk araçlarını uygulanmaktadır. Yükümlülüğün yerine getirilmesinde kamu hukuksal değil, özel hukuksal örgütlenme formlarından (biçim, şekil) yararlanılmakta ve bu bağlamda yükümlülüğün ifası özel hukuksal yöntemle devredilmektedir. Hizmetin görülmesinden asli sorumlu olduğu için hukuk devleti ilkesinin bütün kurum ve kurallarıyla uygulanması gerekir. Ancak, *maddi özelleştirme* yani yükümlülüklerin özel sektöre devri suretiyle azaltılması söz konusu ise, kanun koyucunun verdiği yetkiye göre hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>8</sup>.

#### A. ÖZELLEŞTİRME SINIRI OLARAK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesinin sınırlarından birisi de temel haklardır. Bu hakların garantisi sıklıkla devletin aktif müdahalesini gerektirir. Devlet bunları ne ihmal etmeye ne de özelleştirmeye izinlidir. Anayasal hükümle formüle edilen temel hakların türü, niteliği ve değerinin kanunla somutlaştırılmadan vatandaşların subjektif haklarını etkileyen uygulamalar yapılması hukuka aykırıdır<sup>9</sup>.

##### 1. Eşitlik İlkesi

Her şeyden önce günümüzde genel olarak keyfiliği yasaklayan bir anlama sahip olan eşitlik ilkesi, Alman Anayasası md.3'de kanun önünde eşitlik konusunda kadın-erkek eşitliği, düşünce, inanç, dil, din, politik, inanç

<sup>7</sup> von Hagemester, Adrian, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, (Diss.), München 1992, s. 114.; polis hizmetleri konusunda aksi görüş için bkz. Grabbe Jürgen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979, sh. 50 vd.

<sup>8</sup> Völlmiche Christine, Privatisierung öffentlicher Leistungen in Deutschland Potential, Umsetzung, Auswirkungen, (Diss.), Berlin, 1995, s. 63.

<sup>9</sup> Biernat Stanislaw, "Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats-und Verwaltungsrechts", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/Reinhard Hendler/ Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994, 204.

ayrımı yapılmaması esaslarıyla belirtilmiştir. Dolayısıyla mal ve hizmetlerden yararlanmada, bunlara katılma ve aynı şartlarda yararlanma suretiyle ayırım yapılmaması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Temel yararlanmalara ilişkin eşitliği sağlayan bu ortaklığın işlevini değiştirme temel haklara aykırı uygulama olur. Bu çerçevede söz konusu eşitlik *devlet monopolü ile daha kolay* sağlanır. Eğer bir hizmetin özelleştirilmesi söz konusu olursa o hizmetin kişilere eşit ya da en azından dengeli olarak ulaştırılması mümkün olamayabilecektir. Dolayısıyla vurgulanması gereken husus eşitlik ilkesinin sosyal bir boyutunun da olduğudur<sup>10</sup>.

*Kamu yararı* bakımından konuya bakıldığında, örneğin ulaştırma hizmetlerinde idare, belirli bir bölge veya gruba yönelik değil, tersine hizmeti eşitlikle yapmalıdır. Oysa bu hizmetin özelleştirilmesi halinde hizmeti deruhte eden özel kişi hizmetin eşitlikle dağıtılmasından ziyade fiyat tarifesi ve buna dayalı olarak kâr kaygısında olacaktır.

Sonuçta *temel hak ve özgürlüklerin bir kısmının kullanılmasının özelleştirme yoluyla daraltılabildiği tehlikesi bulunmaktadır*. Sonraki aşamalarda ise kamusal baskı oluşacak ya kontrol mekanizmaları sıklaşacak ya da yeniden yerleşmiş işletmeler oluşacaktır<sup>11</sup>.

## 2. İnsan Haysiyetinin Korunması

Bütün devlet fonksiyonlarının çıkış noktasının amacı; menfaatleri, değerleri ve ihtiyaçları ile insan olup, insan onurunun korunması temel hakkı hem devlet organlarına ve hem de kişilere karşı bunun güvence altına alınmasını gerektirir ve yine sosyal yapıdaki bozukluklara veya üçüncü kişilere karşı insan haysiyetinin korunması yükümlülüğünü de öngörür. Devlet sözgelimi sağlık alanında özel hastane, yaşlılar için huzurevi gibi hizmetler yürütülürken insan haysiyetine yakışmayan ve ihlal eden davranışlara izin veremez, göz yumamaz, görmezlikten gelemes. Devlet ülkesindeki bütün insanlara hizmet etmeli, onların kendi varlığını geliştirmesi ve korumasını sağlamalıdır. Bu özel kişiye değil, öncelikle devlete ait bir yükümlülüktür<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Püttner Günter, "Rechtliche Rahmenbedingungen der Privatisierung", Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, Baden-Baden 1987, s. 257 vd.; Grabbe, 70.

<sup>11</sup> von Hagemester, 142.

<sup>12</sup> Grabbe, 74; von Hagemester, 145.

### 3. Kişiliğin Serbestçe Geliştirilmesi

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesinin sağlanması devletin vatandaşlarının maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekiyorsa belirli mal ve hizmetleri temin etmesi hatta üretmesini gerektirir. Hatta bu malların piyasada olması da mümkündür. Yerel bir bölgede oturanların tamamı okul, hastane, ulaştırma araçları, yüzme havuzları vs.den yararlanabilmelidir. Bunun dışında su, elektrik vs. hizmetlerinin görülmesi her zaman özel kişi aracılığı ile garanti edilemeyeceğinden idarenin bunları yaratması veya her zaman yaratabilecek yetenekte olması gerekir<sup>13</sup>.

### 4. Öğretim İşleri ve Dünya Görüşü

Eğitime ilişkin temel değerlerin mutlaka korunması gerekir. Devlet, çocukları ebeveynlerinin tedip ve eğitim hakkı gerekçesiyle dünya görüşsüz, dinsel vs. keyfiliğe, dolaylı zorlamalara karşı korumalı, buna göre özel okullara ilişkin standartları dikkatli ve özenli bir biçimde belirlemelidir.

Alman Anayasası (Grundgesetz) md.7/4'de özel okullarla ilgili hüküm bulunmakta ve kamusal yükümlülük içinde bu tür özel faaliyete yer verilmektedir. Çünkü anayasa özel okul serbestisini belirli şartlar altında garanti etmektedir. Bunun anlamı özel okul devletten tamamen bağımsız değildir<sup>14</sup>. Okul, eğitim anlamındaki özelleştirmelerde ticari ve özel menfaatlere öğretim ve eğitim faaliyetinin tamamen teslim edilmesi anayasaya aykırıdır.

### B. ÖLÇÜLÜLÜK VE ORANLILIK İLKESİ GEREKÇESİYLE ÖZELLEŞTİRMENİN SINIRLARI

Hukuk devleti ilkesi içinde oranlılık ilkesi yani genel olarak bir işlem veya faaliyetin yapılmasından beklenen fayda ile yapılmamasından doğacak zarar arasında uygun, elverişli bir oranın olması, oransızlık halinde işlemin yapılmamasını ifade eden ilkenin özelleştirme için düşünülmesi ilk bakışta soyut gelebilir. Oranlılık ilkesi bakımından her şeyden önce özelleştirilecek mal veya hizmetlerin bilimsel esaslara göre belirlenmesi ve özelleştirmeye talip olanın başvurunun mevzuata uygun olması hususlarına dikkat edilmelidir. Bir mal ya da hizmetin özelleştirilmesinden doğacak sosyal sorunlar onun özelleştirilmemesine göre daha fazla olucaksa oranlılık ilkesi gereği söz konusu uygulama ya yapılmamalı ya da revize edilip oranlılık

<sup>13</sup> von Hagemester; 145.

<sup>14</sup> Maunz Theodor/Dürig Günter/Herzog Roman, Grundgesetz, 7.bası, München 1999, s.7.

ilkesine uygun hale getirilmelidir. Bu çerçevede kamusal bir işletmenin özelleştirilmesinde o işletmeyi alan firmanın daha sonra illegal olarak kaçak işçi çalıştırması veya sistematik olarak çalışma yaşamını korumaya ilişkin ilkeleri ihlal edip etmeyeceği basiretli olarak belirlenmeli, işletmenin vergi bilançosu, genel gidişi gibi hususlar dikkate alınmalı ve özelleştirmeden beklenen amaçları gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği dikkatle araştırılmalıdır. Şu halde özelleştirmeye konu hizmet ve onun etkileri en azından özelleştirmeden önceki durumdan daha iyi olmalıdır. Eğer eşit ise zaten özelleştirme işini ve uygulamasını ortaya çıkarıp bir çok kamusal, hukuksal ve sosyal sorun ya da sıkıntı oluşturmanın gereği ve anlamı yoktur.

Özelleştirme uygulamalarını sınırlayan bir diğer nokta, *ölçülülük ilkesi* içerisinde yer alan *aşırılık yasağıdır* (Das Übermaßverbot)<sup>15</sup>. Özel bir hizmeti ifa eden öncelikle kendi menfaatini düşünen bir anlayışla hareket edeceğinden devletsel değerleri de buna göre yönlendirecektir. Hukuk devleti için potansiyel tehlikeli olacak bu durumun kontrolü ancak daha sonra, idarenin kişi ve kurumları yoluyla yapılmaktadır.

### **C. KUVVETLER AYRILIĞI GEREKÇESİ İLE ÖZELLEŞTİRMEİN SINIRI**

Maddi özelleştirme yönüyle bakıldığında egemenlik yetkisinin kanun koyucunun belirlediği organlar eliyle kullanıldığından bunların bir kısmının özelleştirilmesi mümkün değildir. Alman Anayasası md.20/2'de yer alan "organ" teriminin anlam ve amacına uygun teknik bir yoruma tabi tutulması gerekir<sup>16</sup>.

Devletin bir özel hukuk formundan(yönteminden) yararlanması ve belirli bir hizmeti o forma göre yapması biçimindeki özelleştirme hukuk politikasındaki değişiklik ile açıklanabilirse de yasama, yürütme ve yargının dengeli olarak birbirinden ayrılması ve birbirlerini denetlemesi gerekliliği nedeniyle genel anlamıyla devletsel faaliyetin kontrolünde sıkıntı yaratabilir<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Krieger, 35 vd.

<sup>16</sup> von Hagemester, 151.

<sup>17</sup> Ehlers Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, s. 259.

### III. SOSYAL DEVLET İLKESİ BAKIMINDAN ÖZELLEŞTİRMEİNİN SINIRLARI

Federal Alman Cumhuriyetinin bir sosyal devlet olması nedeniyle (GG md.20/1 ve md.28/1) özelleştirme planlaması ve uygulaması sosyal devlet ilkesinin koşullarına uygun olmalıdır<sup>18</sup>. Bu koşulların sağlanması yükümlülüğü olan devletin, *özelleştirme uygulamalarında en azından asgari bir sosyal standart ve sosyal adaleti sağlama zorunluluğu kaygısı olmalıdır*. Temel hakların gerektirdiği kimi taleplerin karşılanması zorunluluğu nedeniyle devlet hem hizmeti getirmekte ve hem de büyük ölçüde onun bedelini ödemektedir. Dolayısıyla sosyal devlet anlayışının gereği olan mali taleplerin karşılanabilmesi ekonomik kamu sektörünün varlığını kaçınılmaz kılar<sup>19</sup>. Bununla birlikte İdare, sosyal bir kamu hizmetini her zaman bizzatini yapmak zorunda olmamasına rağmen her özelleştirme uygulamasında onun genel koşullarını belirlerken *vatandaşa sunulan hizmetin nitelik ve niceliğinin kötü olmaması* endişesini taşımaktadır<sup>20</sup>. *Halkın hayati, sosyal ve kültürel ihtiyaçları* olarak su, enerji, trafik, hastaneler, okullar, kreşler, huzurevleri, atıkların toplanması ve değerlendirilmesi hizmetlerinin özelleştirilmesine rağmen *devletçe garanti* edilmesi<sup>21</sup>, sosyal devlet ilkesinin bireysel ve kurumsal garantileri olarak vatandaşları sosyal koruma fonksiyonunun bir gereğidir<sup>22</sup>.

*Hizmet garantisi* sağlama yönüyle sosyal devlet anlayışından devletin görev alanına giren yükümlülükler ve buna dayalı hizmetlerin düzenli ve sürekli olarak ifa edilmesi anlaşılır.

Özelleştirme, sosyal hizmetler ve yönlendirmeleri ortadan kaldırma, daha fazla kâr elde etme amacı nedeniyle<sup>23</sup> bir yönüyle sosyal devlet taleplerine karşı çatışma olarak değerlendirilmektedir. **Völlmicke**'ye göre, özelleştirmenin sosyal devlet ilkesi ile çatışması formel (şekli) değil, özellikle

<sup>18</sup> **Dürrig**, 21,24;**Grabbe**, 56.

<sup>19</sup> **von Hagemeyer**, 78.

<sup>20</sup> **Biernat**, 204.

<sup>21</sup> **Pappermann** Ernst, Privatisierung kommunaler Aufgaben-Möglichkeiten und Grenzen in: Der Städtetag 1984, s. 249.

<sup>22</sup> **Völlmicke**, 69.

<sup>23</sup> **von Hagemeyer**, 157



işlevsel özelleştirme (funktionale Privatisierung) uygulamasında gündeme gelir<sup>24</sup>.

Sosyal devlet, maddi mal ve hizmetlere ilişkin talepleri sosyal adaletin gerçekleştirilmesine katmalıdır. Önceliklerin ya da mevcut durumun daima savunulması “sosyo-psikolojik olağanüstü tehlike” taşıyabilir. Devletin toplumda imtiyazlı olmayan halk kesimlerine de yaşam şansı, özellikle mesleki ve mali yardımların sağlanmasını desteklemesi gerekir (Beati passidentes) ve bu uygulama sosyal devlet ilkesini dinamikleştirir. Sosyal devlet güçsüzleri korur ve destekler. Sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak “müdahalecilik (Interventionismus)” anlayışını gerekli görenler de vardır<sup>25</sup>. Bununla birlikte *sosyal devlet kavramının başarılı bir şekilde modernizasyonu çoğunlukla kamu sektörüne ait yükümlülüklerin sırası geldiğinde eleştirilmesini* de gerektirir. Temel yapısal hizmetler ve bunların garanti edilmesi, yenilenmesi yükümlülüğünün devlet idaresinde olması asıldır. Sosyal devletin kamu hizmetlerinde hangi rolü oynaması gerektiği, toplumsal gelişim için hangi sosyal ve ekonomik akılcılık anlayışının esas alınacağı sorusunun cevabını demokratik anayasal düzende kamusal yükümlülüklerin tespitini gerekli kılmaktadır. Bu noktada demokratik devlet ve aktif toplum arasındaki ilişkinin belirlenmesinde ekonomik yapısal değişim, politik kamusal anlayış gibi esaslar da önem taşımaktadır<sup>26</sup>. Sosyal devlet ilkesi ile demokrasi arasında tarihi bir bağlantı bulunmakta, dolayısıyla demokratik düşüncenin ekonomik ve sosyal düzende hukuki bir değer taşıması gerektiği Alman Anayasası md.28’de vurgulanmaktadır<sup>27</sup>. Sosyal devlet, adaletli bir sosyal düzen için sadece yükümlülükler, amaç ve ne ile ilgilenileceği üzerinde durur. Bunun *çağdaş gelişmelere uygun olarak* nasıl yapılacağı belirlenmesi kanun koyucuya ait bir yükümlülüktür.

Gitgide genişlemesine rağmen statükoyu sadece ideolojiye indirgeyen içi boş bir sosyal devlet anlayışının kabulü ise tuhaf ve anlamsızdır. Anayasada yer alan sosyal devlet ilkesinin korunması gerekmele birlikte sosyal devletin koşulları ve gerekleri sadece anayasal garanti ile gerçekleştirilemez. Özellikle *sosyal politika* esaslarıyla şekillenmiş kanuni önceliklerin tespiti gerekmele, ancak bunların oldukça fazla olduğu da bilinmektedir. Gerçekten sosyo-politik sorunlar parlamento ve hükümet alanı

<sup>24</sup> Völlmicke, 69.

<sup>25</sup> Bull, 172; Grabbe, 62 vd.

<sup>26</sup> KiBler, 65-66.

<sup>27</sup> Bull, Hans Peter, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2 bası, Hamburg 1977, s. 171.

ile yargı kararlarında belirginleştirilmektedir. Ekonomik güç birleşmesi yani kartelleşmenin engellenmesi devletsel bir yükümlülük olarak özelleştirmenin sınırını oluşturmaktadır. Yine örneğin yaşlılık ve sosyal sigortalar, işsizlerin desteklenmesi devletsel bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir.

Sosyal devlet ilkesinde genel özelleştirme karakteri ve sınırı eksiktir. **Peine**'e göre sosyal devlet ilkesi günümüzde devletsel yükümlülüklerin azaltılmasına yani, ifa edilen yükümlülüğün örgütlenmesel formundaki değişmeye engel değildir<sup>28</sup>. Gerçi sosyal devlet ilkesi, vatandaşların gerek duyduğu yükümlülüklerin devlet tarafından yerine getirilmesini sever ancak, bununla birlikte bizzat devlet tarafından ve onun işletmeleriyle söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda belirginlik bulunmamaktadır. Sosyal devlet ilkesi *işlevsel önkoşul* olarak kamu yararını ortaya koyar. Söz konusu işlevsel önkoşullarda kamusal idare; özelleştirmenin türü, esasları, yükümlülüklerle ilişkin kuralları belirleyebilir.

Sosyalleştirme(Sozialisierung) ekonomik değerlerin tamamı veya en azından bir kısmının devlette kalmasını gerektirir<sup>29</sup>. Hareketli işgücü, modern çalışma ve üretim örgütlenmesine ilişkin taleplere bağlı olup *"bireyselleştirme"* ve *"katılımcılık"* bu konuda rol oynayan temel iki faktördür. Sosyal devlet, ekonomik sistemde bireysel yararlanma, ilgililerin katılımını düzenleme olasılıklarını belirleme gayretinde olmalıdır.

Anayasal esaslara göre sosyal devlet, toplumsal amaç taşıyarak hem devlet ve hem de kamu hizmetleri için farklı yükümlülük kategorilerinin gerekçelerini oluşturur. Bunlar;<sup>30</sup>

- a- Endüstri alanında yapısal değişimin gerekleri ve rizikolarının önlenmesinde kolektif güvenlik,

<sup>28</sup> **Peine**, Franz-Joseph, "Verfahrenprivatisierung in der Verkehrswegeplanung", Verfahrenprivatisierung im Umweltrecht, Hoffmann-Riem Wolfgang/Schneider Jens-Peter (HRSG), Baden-Baden 1996, 104.

<sup>29</sup> **Heimburg**'a göre, sosyal devlet ilkesi özelleştirme yasağı için bir gerekçe değildir. Sosyal hizmetlerin yürütülmesi devletin tekelinde değildir. **Von Heimburg** Sibylle, "Verwaltungsaufgaben und Private" Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 417, Berlin 1982, sh. 25.

<sup>30</sup> **Kibler** Leo, "Privatisierung von Staatsaufgaben. Kriterien und Grenzen aus Sozialwissenschaftlicher Sicht", Privatisierung von Staatsaufgaben. Kriterien-Grenzen-Folgen, Guy Christoph (Hrsg), Baden-Baden 1998, s. 66.

- b- Modernleştirme amaçlı özelleştirme uygulamalarında mağdur olanların korunması,
- c- Asgari geçim düzeyini garanti etme yoluyla yoksulluğun korunması,
- d- Şans eşitliği, özellikle denkleştirici tedbirler yoluyla eğitimi sağlama,
- e- Demokratik katılım ve bu bağlamda yönetime katılma,
- f- Sosyal adalet ve bu bağlamda rekabet yeteneğini desteklemedir.

Hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan yasak ve sınırlamalar sosyal devlet ilkesi bakımından da özelleştirme uygulamaları için sınır oluşturur<sup>31</sup>.

#### IV. DEMOKRASİ İLKESİ BAKIMINDAN ÖZELLEŞTİRMENİN SINIRLARI

Demokrasi, egemenliğin tâbi kılındığı yetki yoluyla meşrulaştırılmasını gerektirmektedir. Halk iradesinin temsilcisi olan parlamentonun kontrolünde söz konusu yetkiyi kullanma belli ölçüde artık özel kesime geçmektedir. Özelleştirmeye ilişkin temel problemlerden birisi işte budur. Yine bu nedenle parlamentonun düşürülmesi tehlikesi de gündeme gelebilir<sup>32</sup>.

Yönetime katılma anlayışı da kamusal ve özel alanda farklıdır. Yönetime katılmanın gerekçeleri yetki ve yükümlülüğün niteliği ile amacına göre belirlenir. Ancak idare, bir hizmetin görülmesinde kamu veya özel hukuk formunu seçerken yönetime katılma hukuku sorunundan bağımsızdır<sup>33</sup>.

Özelleştirme, devlet ile halk arasındaki hukuki ilişkiyi zayıflatabilir ya da belirli ölçüde kesilmesi tehlikesini doğurabilir. Doğrudan seçim iradesi ile oluşmamış, halk egemenliğini kısmen veya tamamen gizli bir şekilde ortadan kaldırma rizikosuna dikkat edilmelidir. Özelleştirme uygulamalarına konu olan bir ülke olarak Polonya'da da, Polonya Anayasası md.1'de 1989 yılında yapılan düzenleme ile "demokratik hukuk devletinin esasları" özelleştirmeye bir sınır oluşturmaktadır<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Völlmiche, 70.

<sup>32</sup> von Hagemeister, 161.

<sup>33</sup> Ehlers, 276.

<sup>34</sup> Biernat, 203.

#### V. TAM DEVLETSEL ÇEKİRDEK ALAN (ORİJİNAL DEVLETSEL YÜKÜMLÜLÜKLER) BAKIMINDAN ÖZELLEŞTİRMENİN SINIRLARI

Hukuk politikası olarak özelleştirme problemlerinin çözümünde tam devletsel çekirdek alandan (orijinal devletsel yükümlülükler) az da olsa yararlanılabilmektedir. Bu çerçevede tamamıyla devlette kalması zorunlu olan klasik yükümlülükler özelleştirilemez<sup>35</sup>. Söz konusu klasik hizmetlere örnek olarak ülke savunması, dış politika, iç güvenlik- polis<sup>36</sup>, yargı, para egemenliği, vergi koyma, kanun yapma vs.den söz edilebilir. Genellikle yüksek yükümlülük alanlarının klasik bakanlıklarda toplandığı görülmektedir. Örnek dışişleri, savunma, maliye, adalet gibi<sup>37</sup>. Cezai hükümler oluşturarak kanuni düzenleme yoluyla garanti edilen bir yükümlülük, dış kültür politikası ve buna ilişkin kültürel idarelerin faaliyeti de “orijinal devletsel yükümlülük” olarak kabul edilebilir. Tam devletsel çekirdek alanın belirlenmesi esasen güç bir sorun olup daha ziyade emek ve sermayeye dayalı ideoloji ile açıklanabilir.Devletsel yükümlülük tipleri başlıca dördü bir tasnife tabi tutulabilir;

- a- Devletsel çekirdek yükümlülükler: Bizatihi devlet tarafından yerine getirilmesi zorunlu bulunan ve kamusal yönü garanti edilen yükümlülüklerdir.
- b- Devlet tarafından garanti edilen yükümlülükler: Bunların devlet tarafından sürekli garanti edilmesi zorunlu olmakla birlikte kural olarak özel sektör tarafından yerine getirilmektedir.
- c- Devletsel ancak kamusal olmayan ek yükümlülükler: Kamusal idare bunları belirleyebilir ve özelden daha uygun fiyatla yapabilir.
- d- Özel çekirdek yükümlülükler: Bunlar özel hizmet ifa eden işletmeler tarafından yerine getirilmektedir.

Yine yükümlülük kataloğunun gerekçelendirilmesinde şu kriterlerden de söz edilmelidir. Bir hizmetin stratejik olması ve hizmetin yapılmasındaki

<sup>35</sup> Peine, 104.

<sup>36</sup> Steegmann, Christoph, “der Privatisierung polizeilicher Aufgaben”, Privatisierung von Staatsaufgaben Kriterien-Grenzen-Folgen, Baden-Baden, 1998, s.237.

<sup>37</sup> von Hagemeister, 102.

kaynakların özelliği. Bir hizmetin stratejik anlamı politik anlayışlara göre belirlenir ve izlenen amaçlara uygun yapılması hedeflenir. Örneğin iç güvenliğin (polis) veya dış güvenliğin (asker) donatımı gibi. Kamu sektörü dışında bu tür kaynaklardan ya hiç yararlanılmaz veya çok sınırlı yararlanılabilir. Her iki unsur ve detayları da masrafların belirlenmesinde önemli bir niteliğe sahiptir. Aynı esaslar henüz zikredilen özellik derecesine yeterince sahip olmayan veya az stratejik nitelikli fakat bu vasıflı olma eğilimi olan hizmetlerin daha sonra bu amaca dönüşmesiyle de oluşabilir<sup>38</sup>. Bu bağlamda genel bir tasnif yapılacak olursa;

- a- Yüksek nitelikli olmayan az stratejik hizmetler;** bunlar dış pazar partnerlerine teslim edilebilir. Örnek bina temizliği, çamaşır vs.
- b- Yüksek nitelikli ve stratejik önemli hizmetler;** bunlar tamamen çekirdek alanda devletsel hizmete tabi olmasında yarar vardır. Örnek dış güvenlik, iç güvenlik gibi.
- c- Yüksek nitelikli olmayan fakat stratejik nitelikli hizmetler;** bunlar klasik düzenleme alanı olarak virtüel kamu hizmeti gören kişilere bırakılabilir. Örnek olarak çevre koruma, sağlık, eğitim hizmetleri gibi.
- d- Yüksek nitelikli fakat stratejik olmayan hizmetler;** örnek rutin alanda modernleştirilmiş yüksek nitelikli yükümlülükler, kamusal usûlde başka personelden yararlanılması gibi.

Hizmetin derinleştirilmesinin konusunda başlıca iki kriterden söz edilebilir. İlki, hizmeti meydana getiren bütün aşamalarda “*değer yaratma dizisi*” oluşturmaktır. Dizi derecelenmesinin optimal olması önemli değildir. Örnek atıkların tasfiyesi gibi<sup>39</sup>. Diğeri ise, hizmet oluşturma usulünün ekonomik bir görünümünün bulunması yoluyla *optimal kurumsal çözüme* ulaşabilmedir. Bunun için karma örgütlenme modelleri, özel hukuksal işletmeler ve üçüncü sektörlerin (Dritten Sektors) örgütlenmesi gibi modellerden yararlanılabilir.

---

<sup>38</sup> KIBler, 61.

<sup>39</sup> KIBler, 62.

Yerel yönetimlerin yapacağı özelleştirme uygulamaları bakımından da kritik alanlar bulunmaktadır. Bunların başlıcaları, elektrik, su, gaz, banliyö trafiği, su temini, sulama, çöp toplama ve mezarlıklardır<sup>40</sup>.

#### VI. ÖZELLEŞTİRMENİN SINIRI OLARAK MEMURİYET MESLEĞİNİN İŞLEVİ

Egemenliğe ait yetkilerin ifası, kamu hizmetleri hukuku kurallarına göre sadakatle ve sürekli olarak yapılmalıdır (Alman Anayasası md.33/4). Bu yaklaşım, egemenliğin kullanılmasını gerektiren devlet hizmetlerindeki istihdam biçimlerinde esas itibarıyla memur vasıflarına sahip kişilerin bulunmasını gerektirmektedir. İdari işlevde egemenliğe ait yetkilerin memurlarda bulunmasında kamu yararı vardır<sup>41</sup>. Dolayısıyla kural olarak egemenliğin kullanılmasını gerektiren belirli devlet faaliyetinin görülmesi özelleştirme konusu yapılmamalıdır.

Yürütmenin teknik uzantısı olan idarenin asli ve vazgeçilmez unsuru olan memurlara ait görevlerin özelleştirilmemesi gerekir. Bu husus *memuriyet mesleğinin kurumsal garantisini* de ortaya koymaktadır. Bunun gerektirdiği klasik devletsel yükümlülüklerin özelleştirilmesi anlamsızdır. Anayasanın uygulanması zorunluluğu nedeniyle memuriyet statüsünün bulunması zorunlu devlet hizmetlerinin özelleştirilmesi mümkün değildir. Dış politika, iç-dış güvenlik, adalet vs. hizmetleri bu çerçevede klasik hizmetlerdendir<sup>42</sup>. “İstihdam edilen yer” kriteri dikkate alındığında özel kesimde memur istihdam edilemeyecektir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> **Seiler** Gerhard, “Zwischen privatwirtschaftlicher Effizienz und kommunaler Autonomie”, Privatisierung kommunaler Aufgaben (Hrsg Wolfgang Fettig/Lothar Späth), Baden-Baden, 1997, sh.25; **Landsberg** Gerd, “Rechtliche und politische Probleme der Privatisierung in der Abwasser- und Entsorgungswirtschaft- aus kommunaler Perspektive”, Privatisierung kommunaler Aufgaben (Hrsg Wolfgang Fettig/Lothar Späth), Baden-Baden, 1997, sh. 34 vd.; **Eichorn** Peter, “Ausgliederung als Instrument zur Flexibilisierung kommunaler Aufgabenerfüllung”, Privatisierung kommunaler Aufgaben (Hrsg Wolfgang Fettig/Lothar Späth), Baden-Baden, 1997, sh. 96 vd.

<sup>41</sup> **von Hagemeister**, 152.

<sup>42</sup> **Peine**, 104.

<sup>43</sup> **Blanke** Thomas/**Sterzel** Dieter, Privatisierungsrecht für Beamte, Baden-Baden, 1999, s. 29.

Özel hukuk sùjeleri tarafından egemenliğe ait hizmetlerin belirli bir kısmının yapılması ancak anayasa ve kanuna uygun olarak özel kişiye *imtiyaz* verilmek suretiyle mümkündür<sup>44</sup>.

## VII. KAMUSAL YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN SINIRLARINI BELİRLEYEN DİĞER HUKUKİ GEREKÇELER

### A. KAMUSAL YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİ SINIRLAYAN BAZI KANUNLARIN VARLIĞI

Özelleştirmeyi sınırlayan bazı kanunlar mevcut olabilir. Örneğin bir alanda devlet monopolünü zorunlu kılan bir kanun varsa o alanda özelleştirme yapılamaz<sup>45</sup>.

### B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI İLE ÖZELLEŞTİRMEİNİN SINIRLARI

Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme, yargı organını, idareyi, gerçek ve tüzel kişileri bağladığından özelleştirmeye ilişkin verdiği kararlar hukuki yönüyle özelleştirme bakımından sınırları bir işlev görebilir.

### C. YEREL YÖNETİMLERDE ÖZELLEŞTİRME SINIRI OLARAK ANAYASAL YEREL ÖZERKLİK GARANTİSİ

Özelleştirme sınırı olarak anayasal yerel özerklik garantisi de gözönünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede yerel yönetimlerdeki özelleştirme uygulamaları yoluyla söz konusu kurumsal garantinin çekirdeği ve temel değerleri yok edilme noktasına kadar gidemez.

Yol bakımı, temizliği ve aydınlatılması hizmetlerinden özel sektöre devredilenler vardır. Araç park yerlerinin korunması ve işletilmesi giderek özel sektöre devredilmektedir. Belirtelim ki, bu yaklaşım ülkemiz açısından otopark mafyası ile mücadelede de bir yöntem olabilir. Kanalizasyon, çöp ve atıkların tasfiyesi hizmetleri küçük yerleşim yerlerinde özel sektör, büyük yerleşimlerde belediyelerce yürütülmektedir. Su, elektrik ve havagazının üretimi ve dağıtımı, belediye işletmeleri veya özel şirketler vasıtasıyla yürütülmektedir. Spor merkezleri kural olarak belediyelerce işletilmekle

<sup>44</sup> Peine, 104.

<sup>45</sup> Biernat, 204.

birlikte bazen özel kulüplere devredilmekte olup, yüzme havuzlarındaki durum bunun tipik örneğidir. Yine park ve bahçelerin işletilmesi ve bakımı sözleşme ile özel sektöre devredilebilmektedir. Almanya'nın çoğu yerlerinde mezbaha ve mezarlıklar özel sektöre devredilmiştir<sup>46</sup>.

#### **D. KAMUSAL YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN FİİLİ (GERÇEK) SINIRLARI**

Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesinin fiili (gerçek) sınırları; kamusal alandan özele geçen hizmetin ifası sonuçlarından beklenen umutlardır. Bir hizmetin kötü sunulmaması, vatandaşlar için kabul edilebilir fiyatlar belirlenmesi, özel monopolün kötüye kullanılmaması, işçinin iş hukuksal durumunun kötüye gitmemesi gibi ölçütlerden yararlanılmaktadır. Özelleştirmenin fiili sınırı olarak, özellikle verimsiz kamusal işletmelerin özel sektör tarafından kabul edilebilirliğinden de söz edilebilir. Kamu yararı için olumsuzluk, vatandaşların temel ihtiyaçlarının yerine getirilmesinde kötüleşme, sosyal güvenlik ve kamu hizmetleri görevlerindeki çalışma koşullarının bozulması (kötüleşmesi) gibi riziko bulunan durumlarda özelleştirme yapılmamalıdır<sup>47</sup>.

#### **VIII. ÖZELLEŞTİRMEYİ SINIRLAYAN KAMUSAL ŞARTLAR**

İdare, kamusal yükümlülüklerini istediği gibi serbest pazar rekabetine bırakamaz. Tersine *kamusal gözlem, kontrol yükümlülüğü devam eder*. İdare özel yarardan dolayı ortaya çıkan yönlendirmeleri görmezlikten gelemez. Bu nedenle doğrudan devletsel yükümlülükler özen; Rekabet ve Kartel Hukukuna kadar uzanan ve özel yükümlülüklerin ifasını sağlayan kurallar, etki, kullanma, kontrol biçimleri gibi yollarla belirlenmelidir. Kamusal bir yükümlülüğün özel hukuk yöntemiyle yerine getirilmesi bunun ancak *devletsel garanti edilmesi* yoluyla vazeçilmektedir<sup>48</sup>. Ayrıca karşı tarafın da *sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi* gerekir<sup>49</sup>. Bu nedenle kanunî bir engel olmasa bile yedek akçeler ve rizikolara karşı güvenceler dikkate alındığında özelleştirmenin sermaye şirketleri lehine yapılması işin niteliğinden doğmaktadır. Kamusal yükümlülüklerin özelleştirme yoluyla

<sup>46</sup> Seiler, 19 vd. ; Grabbe, 79.

<sup>47</sup> Skoczny, 241.

<sup>48</sup> Bauer, 277.

<sup>49</sup> von Hagemester, 48.



özel alana bırakılması ve bu alandan devletin tamamen geri çekilmesi *sözleşmesel teknik kurallar yoluyla* da sınırlandırılabilir. Kimi zaman devletsel bir yardım, kimi zaman ortak hükümler ve esaslardan dolayı *anayasa nedeniyle* devlet belirli ölçüde hizmette kalmaya devam edebilir. Bu konuda “kamusal koşullar(şartlar)” tabirinden söz edilmektedir. İşte buradan ilk sistematikleştirme ortaya çıkmaktadır. Belirli yükümlülükler katlanmak bağlamında kamusal şartların gelişimini öngörme söz konusudur. Bu noktada başlıca; ifa şartı, kontrol şartı, özelleştirmeyi takip etme şartı ve gözlem şartından söz edilebilir.

**1- Ek Yükümlülükler Şartı;** Örneğin bir hizmetin görülmesinden doğan atıklarla ilgili yükümlülüklerin ifasına ilişkin hususlar, idarece ayrı bir yükümlülük olarak öngörülebilir. Böyle bir şart “*kısmi özelleştirme*”de de geçerlidir<sup>50</sup>.

**2- Özen ve Denetim Şartı;** Denetim ilişkisi, idare ile özelleştirme yoluyla öngörülen yükümlülükleri deruhte eden özel kişi (muhatap) arasında denetim kontrol şartı şeklinde belirlenir. Özel hukuk kişisi söz konusu kamusal yükümlülükte belirlenen özeni gerçekleştirmede en yüksek yetkiye sahiptir. Bu denetim kamusal hak ve yetkilere ya da mevzuata dayandırılabilir<sup>51</sup>. Diğer taraftan böyle bir şartın açıkça öngörülmemesi, İdarenin söz konusu denetimi hiçbir zaman yapamayacağı anlamına da gelmemelidir. Sosyal hukuk devletinde İdare, ekonominin genel gidişini etkileyebilecek nitelikteki her türlü olumsuzluklara kayıtsız kalamaz<sup>52</sup>.

**3-Özelleştirmeyi Takip Şartı;** Özelleştirmeye sürekli etkisi olan şartların özelleştirme yapıldıktan, tedbirler alındıktan sonra sonuçları için öngörülen esaslardır. Örneğin anayasada bile özel düzenlemeye tabi tutulmuş mevcut personele ilişkin şartlardan söz edilebilir. Araç güvenliği hususundaki yükümlülükler veya A.Ş.’in rekabetten doğan sorumluluğu bakımından garanti vermesi gibi<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Bauer, 278.

<sup>51</sup> Bauer, 279; yine bkz. Korinek Karl, “Kontrolprobleme”, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium (Hrsg. Bernd-Christian Funk), Wien 1981, sh. 101 vd.

<sup>52</sup> Grabbe, 65 vd.

<sup>53</sup> Bauer, 279.

**4- Gözlem Şartı;** Bu şart idare için çok genel bir yükümlülük olarak gözükmektedir. İdare kamusal yükümlülüklerle ilgili olarak yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini gözlemektedir. Devletsel gözetim yükümlülüğü için gerekli olduğu ölçüde ve yetecek kadar özel faaliyet gözlemlenmekte ve şayet hata yapılıyorsa düzeltme imkanı bulunmaktadır. Çevre ve teknik hukukla ilgili olarak dolaylı normlarla veya doğrudan doğruya tavsiyelerde ya da desteklemelerde bulunabilir<sup>54</sup>.

#### SONUÇ

Almanya'da günümüzde yaygın bir özelleştirme uygulaması bulunmadığı gibi, yapılanlarda da genellikle devlet paylarının azaltılması yoluna gidildiği görülmektedir. Diğer taraftan kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmenin sınırları konusundaki Alman İdare Hukuku'nda ileri sürülen gerekçeler, Kara Avrupası hukuk sistemini esas almış olan ülkemiz bakımından da ana hatlarıyla kabul edilebilir gözükmektedir. Hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi ilkesi, oranlılık ilkesi, mevzuattan kaynaklanan sınırlar, Anayasa Mahkemesinin kararları ve fiili sınırlar ülkemiz açısından da özelleştirme uygulamalarındaki başlıca sınırları oluşturmaktadır. Kamusal yükümlülüklerin özelleştirilmesindeki hukukî ve iktisadî politikanın esaslarını belirleyen asli kurucu iktidar olarak yasama organı, yapacağı düzenlemelerde kamu düzeni ve sosyal yapıyı göz ardı etmemelidir.

*İdarede modernizasyonun* sağlanması yöntemlerinden birisi olarak yapılacak kimi özelleştirme uygulamalarındaki takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmak ve somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, Almanya'da araç park yerlerinin korunması ve işletilmesi giderek özel sektöre devredilmektedir. Bu yaklaşım ülkemiz açısından otopark mafyası ile mücadelede bir yöntem olabilir.

Diğer taraftan özelleştirme uygulamaları bağlamında da “*yönetimde açıklık*” ve bilhassa özelleştirmeye “*katılım*”ın sağlanması ve sermayenin bu yolla tabana yayılarak tekelleşmenin önlenmesi önem taşımakta olup, ülkemizde devlet için anayasal bir yükümlülük de söz konusudur (AY md. 167/1). Ayrıca yapılacak özelleştirme uygulamalarının somut olaya göre; ifa şartı, kontrol şartı, özelleştirmeyi takip ve gözlem şartı gibi *idari şartlara bağlanması* kanımızca önemli ve yararlıdır.

<sup>54</sup> Grabbe, 62; Bauer, 280.

## **K a y n a k ç a**

- Bauer** Hartmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben' Privatisierung Von Verwaltungsaufgaben Berichte und Diskussion Auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Stadtssrechtslehrer in Halle/Saale Vom 5. Bis 8. October 1994, Berlin 1995.
- Biernat** Stanislaw, "Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/ Reinhard Hender/ Friedrich Schoch/ Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994.
- Blanke** Thomas/**Sterzel** Dieter, Privatisierungsrecht für Beamte, Baden-Baden, 1999.
- Bonk** Heinz Joachim, "Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug", Juristen Zeitung (JZ) 9,5 Mayıs 2000.
- Bull** Hans Peter, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2 bası, Hamburg 1977.
- Durig Günter**; Grundgesetz mit Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, Menschenrechtskonvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz und Gesetz über den Petitionsausschuß, Günter Durig, 33. b., München 1996.
- Eichorn** Peter, "Ausgliederung als Instrument zur Flexibilisierung kommunaler Aufgabenerfüllung", Privatisierung kommunaler Aufgaben (Hrsg Wolfgang Fettig/Lothar Späth), Baden-Baden, 1997.
- Ehlers** Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.
- Fritze** Lothar/**Kreissig** Volkmar/**Schreibber** Erhard (Hrsg), Privatisierung und Partizipation, Ein Ost-West-Vergleich, Materialien der gleichnamigen Konferenz, Eibenstock 1992, Arbeitspapier 1993-4, Gelsenkirchen 1993.
- Grabbe** Jürgen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979.
- Grünwald** Joachim, "Privatisierung öffentlicher Aufgaben-und Möglichkeiten und Grenzen", Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Privata Finanzierung kommunaler Investitionen, 4. Bad I, Bürger Gespräche Symposium des Instituts für Kommunalrecht der Universität Osnabrück am 15. Eylül 1993, Herausgegeben von Jörn Ipsen, Berlin, 1994.
- Jess** Edmunt, Bonner Kommentar zum Grundgesetz ( Rudolf-Vogel Klaus(Hrsg), Heidelberg 1999.

- Kibler** Leo, "Privatisierung von Staatsaufgaben. Kriterien und Grenzen aus Sozialwissenschaftlicher Sicht", Privatisierung von Staatsaufgaben. Kriterien-Grenzen-Folgen, Guy Christoph (Hrsg), Baden-Baden 1998.
- Korinek** Karl, "Kontrolprobleme", Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium (Hrsg. Bernd-Christian Funk), Wien 1981.
- Krieger** Heinz-Jürgen, Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg, 1981.
- Landsberg** Gerd, "Rechtliche und politische Probleme der Privatisierung in der Abwasser- und Entsorgungswirtschaft- aus kommunaler Perspektive", Privatisierung kommunaler Aufgaben (Hrsg Wolfgang Fettig/Lothar Späth), Baden-Baden, 1997.
- Maunz** Theodor/**Dürig** Günter/**Herzog** Roman, Grundgesetz, 7.basi, München 1999.
- Pappermann** Ernst, Privatisierung kommunaler Aufgaben:Möglichkeiten und Grenzen in: Der Städtetag 1984.
- Patakı** István, Doğu Avrupa'da Özelleştirme (Çev.Tarık Demirkan), İst 1995.
- Peine** Franz-Joseph, "Verfahrenprivatisierung in der Verkehrswegeplanung", Verfahrenprivatisierung im Umweltrecht, Hoffmann- Riem Wolfgang/Schneider Jens-Peter (HRSG), Baden-Baden 1996.
- Püttner** Günter, "Rechtliche Rahmenbedingungen der Privatisierung", Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, Baden-Baden 1987.
- Rudolf-Vogel** Klaus (Herausgeber), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 1999, Art 33.
- Seiler** Gerhard, "Zwischen privatwirtschaftlicher Effizienz und kommunaler Autonomie", Privatisierung kommunaler Aufgaben, Baden-Baden, 1997.
- Skoczny** Tadevsz, "Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrecht", "Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung", Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September 1992 in Krakau, Herausgegeben von Stanislaw Biernat/Reinhard Hendlar/Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski, Stuttgart 1994.
- Steegmann** Christoph, "der Privatisierung polizeilicher Aufgaben", Privatisierung von Staatsaufgaben Kriterien-Grenzen-Folgen, Baden-Baden, 1998.

**von Heimburg** Sibylle, "Verwaltungsaufgaben und Private" Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 417, Berlin 1982.

**von Hagemeister** Adrian, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, (Diss.), München 1992.

**Völlmicke** Christine, Privatisierung öffentlicher Leistungen in Deutschland Potential, Umsetzung, Auswirkungen, (Diss.), Berlin, 1995.

**Wellenstein** Andreas, Privatisierung Politik in der Bundesrepublik Deutschland, Hintergründe, Genese und Ergebnisse am Beispiel des Bundes und vier ausgewählter Bundesländer, (Diss.), Frankfurt 1992.

