



BAŞKENT
ÜNİVERSİTESİ

**İDARE HUKUKUNDA
KAMU HİZMETİNİN
EVİRİMİ VE SORUNLARI
SEMPOZYUMU**

3

[18]

Aralık

2025

Perşembe

[10:00]

SEMPOZYUM SONRASI YAYIN
POST-SYMPOSIUM PUBLICATION

HUKUK FAKÜLTESİ

İdare Hukukunda Kamu Hizmetinin Evrimi ve Sorunları Sempozyumu 3

Editör: Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

e-ISBN: 978-625-92153-0-3

Yayıma Hazırlık: Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

Tasarım: Anıl BOZKURTOĞLU

Yayın Hakkı © Ağustos 2026

Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi

Her hakkı mahfuzdur, bu kitabın yayın işini gerçekleştiren Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi dışında, telif hakkı yasası uyarınca, tümü ya da herhangi bir bölümü, resmi ve yazısı editörünün ve yayımcısının yazılı müsaadesi alınmadıkça tekrarlanamaz, basılamaz, çoğaltılamaz, fotokopi çıkartılamaz veya kopya anlamı taşıyacak hiçbir işlem yapılamaz.

**İDARE HUKUKUNDA
KAMU HİZMETİNİN
EVİRİMİ VE SORUNLARI
SEMPOZYUMU**

3

SEMPOZYUM SONRASI YAYIN
POST-SYMPOSIUM PUBLICATION

DÜZENLEME KURULU
Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

İÇİNDEKİLER

• Ahmet KAYA

<i>“L’enracinement inéluctable du service public dans les régimes démocratiques: l’exemple français et européen”</i>	6
“Demokratik rejimlerde kamu hizmetinin kaçınılmaz kökleşmesi: Fransız ve Avrupa örneği”	52

• Gökhan AVCI

<i>“L’antinomie Entre La Qualification Législative Et La Réalité Administrative : Le Cas Des Contrats Publics Soumis Au Droit Privé En Turquie”</i>	98
“Kanuni Nitelendirme ile İdari Gerçeklik Arasındaki Çatışma: İdarenin Özel Hukuka Tabi Kılınan Sözleşmeleri ve Türkiye Örneği”	110

• Gilles J. GUGLIELMI

<i>“La Notion De Service Public Est-Elle Subversive?”</i>	123
“Kamu Hizmeti Kavramı Yıkıcı (Subversif) midir?”	128

• Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

“Doğası Gereği Kamu Hizmeti Miti”	132
---	-----

• Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Kamu Hizmetinin Yürütülmesinin, Günümüz Şartları İle Uyumlu Olması İçin İdari Yargılama Usulüne Eklenen, Yöntem ve Kurallar	140
---	-----

• Dr. Efe BİLKE

Kamu Hizmeti Devir Sözleşmelerinin Uyarlanmasında Malî Dengenin Bozulması Şartı	173
---	-----

Ahmet KAYA

Enseignant-chercheur en droit public

Université Paris-Est Créteil (UPEC) – Paris XII

«L'enracinement inéluctable du service public dans les régimes démocratiques: l'exemple français et européen»

Introduction

Dans les régimes démocratiques, la poursuite de l'intérêt général s'impose, et le service public apparaît comme l'un des moyens les plus sûrs de sa réalisation. En assurant la concrétisation de principes fondamentaux tels que l'égalité ainsi que la cohésion sociale et territoriale, il contribue à la légitimité et à la pérennité de l'organisation politique. Cette articulation se retrouve de manière constante dans l'histoire : de la Grèce antique et de la République romaine jusqu'à la France et à l'Union européenne contemporaines, le service public demeure un pilier essentiel de la cohésion sociale et de la légitimité de l'ordre politique.

Dans cette perspective, il convient d'abord de préciser ce que recouvre la notion de « démocratie ». Dans un sens général, elle désigne le « régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple qui l'exerce par lui-même, ou par l'intermédiaire des représentants qu'il élit »¹. La doctrine souligne depuis longtemps la pluralité de ses formes². Cette complexité avait déjà été relevée par Hans Kelsen³. Il est néanmoins possible de distinguer deux conceptions principales. La conception stricte, dite « démocratie directe », repose sur la participation effective et complète de l'ensemble des citoyens à l'exercice du pouvoir, à l'image de l'Athènes antique. Cette forme demeure aujourd'hui largement marginale. À l'inverse, il existe une conception plus souple de la démocratie, correspondant à la « démocratie représentative », qui englobe les régimes dans lesquels le peuple participe indirectement à l'exercice du pouvoir à travers ses élus, les gouvernants étant responsables devant la collectivité. Cette conception extensive, dominante aujourd'hui⁴, permet d'inclure la plupart des régimes démocratiques modernes, qu'ils soient républicains ou des monarchies parlementaires, mais aussi certaines expériences antiques telles que la Grèce et la République romaine, dès lors que la légitimité du pouvoir repose sur la poursuite du bien commun.

Dans les temps modernes, le concept de démocratie ne peut toutefois être limité au nombre des

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige », 14^e éd., 2022, v° « Démocratie ».

² G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 7^e éd., 2024, p. 33 et s. ; É. Zoller et W. Mastor, *Droit constitutionnel*, PUF, 3^e éd., 2020, n° 5, p. 17 et s. ; P. Brunet, F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Lextenso », 46^e éd., 2025-2026, n° 77, p. 108 et s. ; J. Gicquel et J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 38^e éd., 2024-2025, n° 422, p. 286 ; pour une étude approfondie, voir notamment : G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1973, ouvrage composé de plusieurs tomes.

³ H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*, 1929), trad. C. Eisenmann, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004

⁴ G. Tusseau, *op. cit.*, p. 68.

gouvernants, à la manière dont ils accèdent au pouvoir ou à la façon dont ils l'exercent. La forme démocratique est insuffisante si la finalité n'est pas le bien-être des individus qui composent la société. Le système démocratique est ainsi guidé par des valeurs et des principes destinés à garantir à la fois l'intérêt des individus et celui de la collectivité. La poursuite de l'intérêt général, d'une part, et la sauvegarde des libertés individuelles, d'autre part, constituent dès lors les deux finalités fondamentales d'un régime démocratique.

Le service public constitue également une notion complexe. En effet, le droit français et le droit européen n'ont pas les mêmes conceptions de service public, même si une convergence progressive peut être constatée. En droit français, la doctrine se réfère à cette formulation de René Chapus : « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »⁵. Ainsi, il est composé de deux critères cumulatifs : la qualification d'intérêt général de l'activité et la présence directe ou indirecte d'une personne publique. Il se distingue ainsi de l'intérêt général pris isolément : toutes les activités d'intérêt général ne constituent pas des services publics, mais seules celles que la puissance publique décide de prendre en charge, directement ou indirectement, sous son contrôle. Cette définition inclut les services publics directement gérés par les personnes publiques mais également ceux dont la gestion est confiée à des personnes privées⁶.

En droit de l'Union européenne, la notion de service d'intérêt général (SIG) est privilégiée et repose sur une approche différente, plus souple et de nature essentiellement fonctionnelle. Elle suppose, d'une part, le rattachement explicite de l'activité à une autorité publique, impliquant un mandat exprès de celle-ci, et, d'autre part, la qualification de l'activité comme relevant de l'intérêt général⁷. Le droit de l'Union distingue ainsi plusieurs catégories de services d'intérêt général, selon le caractère économique ou non économique de l'activité concernée (services d'intérêt économique général – SIEG –, services non économiques d'intérêt général – SNEIG –, certaines activités relevant en outre des services sociaux d'intérêt général – SSIG). Si le droit français n'ignore pas totalement ces distinctions, comme en témoigne depuis longtemps la différenciation entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux, les conceptions française et européenne demeurent structurées par des logiques distinctes.

En dépit de ces nuances, une convergence progressive peut être observée : les droits nationaux,

⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 15 éd., 2001, 1 440 p., spéc. n° 748, p. 579.

⁶ CE, Ass., 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, n° 39234, Rec. p. 121 ; CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, n° 57302, Rec. p. 417 ; CE, 28 juin 1963, *Narcy*, n° 43834, Rec. p. 401 ; CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, n° 264541, Rec. p. 92.

⁷ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747 ; art. 14 TFUE et protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au TFUE.

notamment le droit français, ont influencé l'évolution du droit de l'Union, devenu moins libéral, tandis que le droit de l'Union a, en retour, contribué à faire évoluer le droit français vers une prise en compte accrue de l'ordre concurrentiel.

Les notions et les régimes de services publics ne sont pas sans rapport avec le caractère démocratique des sociétés et des institutions françaises et européennes. En France, le service public s'est définitivement ancré avec la consolidation de la démocratie à partir de la Troisième République. Un parallèle similaire peut être observé en droit de l'Union européenne. Le service public y occupe une place de plus en plus englobante à mesure que l'Union acquiert une dimension plus politique et plus démocratique.

Certes, cette corrélation pourrait être regardée comme le simple produit d'une coïncidence historique. Toutefois, l'histoire atteste de l'ancienneté du lien entre la démocratie et la prise en charge, par la collectivité publique, des activités d'intérêt général. Dès l'Antiquité, l'organisation collective de fonctions telles que la sécurité, la justice ou l'éducation témoigne de la continuité de cette dynamique. Aujourd'hui, en France, le service public constitue une notion centrale du droit public et un fondement de la légitimité républicaine. À l'échelle européenne, un ordre initialement structuré autour de la primauté du marché libéral intègre progressivement les services d'intérêt général comme des valeurs communes liées à la cohésion sociale et territoriale au sein de l'Union. Cette évidence historique et théorique se heurte toutefois à plusieurs objections. D'une part, certains régimes démocratiques libéraux accordent une place résiduelle aux services publics et privilégient les mécanismes de marché. D'autre part, les règles de concurrence et les libertés économiques semblent parfois entrer en tension avec la logique même du service public, alors même qu'elles constituent elles aussi des exigences des régimes démocratiques contemporains. Il en résulte un paradoxe et des conflits entre les différentes composantes du régime démocratique.

Dès lors, la problématique peut être formulée ainsi : **pourquoi le service public apparaît-il comme une conséquence inéluctable dans les régimes démocratiques et comment cette dynamique se manifeste-t-elle dans les modèles français et européen contemporains.**

L'hypothèse défendue dans cette étude est que le service public constitue une composante essentielle de tout régime démocratique, en ce que la démocratie requiert des instruments institutionnels aptes à garantir l'effectivité, l'universalité et la continuité de l'intérêt général, finalité même de l'exercice du pouvoir. Partout où le pouvoir se réclame du peuple, il tend ainsi à organiser des services au bénéfice de l'ensemble de la collectivité. L'école publique, l'hôpital, l'énergie, l'accès aux besoins

vitaux ou encore les transports collectifs illustrent cette exigence d'égalité et de solidarité, qui se situe au cœur des valeurs démocratiques. Il apparaît dès lors difficilement concevable qu'un régime démocratique se prive d'un outil aussi fondamental pour assurer l'égalité, la solidarité et la justice sociale.

Dans les régimes démocratiques, le service public s'impose ainsi comme une institution incontournable, en ce qu'il traduit la volonté collective de prendre en charge les besoins essentiels de la société. Ce lien étroit entre démocratie et service public se manifeste par la nécessité, pour tout pouvoir se réclamant du peuple, d'organiser des mécanismes garantissant la satisfaction de l'intérêt général.

Le service public devient alors l'expression institutionnelle de cette finalité. Il ne se limite pas à une simple modalité de gestion administrative, mais incarne la volonté collective, hiérarchise les besoins et assure l'égalité d'accès, la solidarité et la justice sociale. Par son existence même, le service public peut ainsi être analysé comme participant à la fondation de la légitimité du pouvoir politique et à la pérennité de l'ordre démocratique, en assurant l'effectivité des valeurs qui justifient l'adhésion des citoyens aux institutions⁸.

Il convient toutefois de reconnaître que des acteurs privés peuvent également concourir à la réalisation d'objectifs d'intérêt général. Leur intervention ne saurait cependant offrir, à elle seule, les garanties d'égalité, de continuité et de responsabilité devant les citoyens et les usagers. En outre, le service public fait l'objet de critiques récurrentes tenant à son coût, à son efficacité ou à ses tensions avec les principes de concurrence et de libertés économiques, qui constituent également des exigences démocratiques. Ces critiques n'excluent cependant pas toute conciliation. Les évolutions du droit français et du droit de l'Union européenne depuis les années 1990 montrent que le service public peut s'adapter, dans ses modalités d'organisation et de gestion, à des impératifs de performance et de concurrence, sans renoncer à sa finalité démocratique.

Dans ces conditions, l'étude s'organisera en deux temps. Il conviendra d'abord de montrer le lien consubstantiel entre la démocratie et le service public (§1), avant d'illustrer sa traduction juridique dans les ordres français et européen (§2).

⁸ Cette analyse s'inscrit dans une lecture contemporaine des travaux de M. Weber relatifs à la légitimité du pouvoir politique fondée sur la reconnaissance de la validité de l'ordre institutionnel : M. Weber, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, spéc. p. 102 et s., cité par G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

1. §1 : Le service public : une exigence consubstantielle des démocraties contemporaines

La démocratie, entendue comme le gouvernement pour le peuple, implique nécessairement la mise en place progressive de mécanismes destinés à assurer la satisfaction des besoins collectifs. Le lien entre la démocratie et le service public tient ainsi à la finalité même des régimes démocratiques, lesquels fondent leur légitimité sur la poursuite de l'intérêt général et sur l'organisation collective de la réponse aux besoins essentiels de la société.

Si ce lien consubstantiel entre l'instrument du service public et la démocratie apparaît, en théorie, comme une donnée constitutive des régimes politiques démocratiques (A), il semble toutefois mis à l'épreuve dans les démocraties libérales contemporaines, marquées par la prééminence des libertés économiques et les principes de libre concurrence. L'étude montre néanmoins que cette tension n'emporte pas remise en cause de cette relation fondamentale (B).

1. A : La prise en charge des besoins collectifs comme une donnée constitutive des régimes démocratiques

La prise en charge collective des besoins essentiels apparaît comme une constante des régimes politiques qui fondent leur légitimité sur la poursuite du bien commun. Loin de constituer une innovation propre aux États contemporains, cette exigence s'enracine dans une tradition ancienne, au sein de laquelle l'orientation du pouvoir vers l'intérêt général conditionne sa légitimité même. Cette logique se manifeste d'abord dans les expériences politiques antiques, où la poursuite du bien commun et de l'utilité publique conduit à la prise en charge collective de fonctions essentielles à la vie civique (1). Elle se prolonge ensuite dans les démocraties contemporaines, au sein desquelles la finalité d'intérêt général du pouvoir démocratique est progressivement reconnue comme impliquant une obligation de répondre, de manière organisée et institutionnalisée, aux besoins collectifs, trouvant dans le service public sa forme juridique privilégiée (2).

1. 1) Les racines antiques de la prise en charge des besoins collectifs

Cette exigence se déploie, d'une part, dans la pensée politique grecque, où l'intérêt commun fonde la légitimité du pouvoir (a), et, d'autre part, dans la République romaine, où l'utilité publique structure l'organisation de la chose publique (b).

1. a) La poursuite de l'intérêt général par le gouvernement vertueux dans la Grèce antique

Dans la pensée politique grecque, la poursuite du bien commun constitue le fondement de la légitimité du pouvoir et commande, au-delà de l'appréciation des formes de gouvernement, la prise en charge collective des conditions matérielles de la vie civique.

1. La finalité du bien commun comme critère de légitimité du pouvoir politique.

Dans la pensée politique grecque, la légitimité du pouvoir ne se définit pas d'abord par la forme institutionnelle du régime ni par le nombre de gouvernants, mais par la finalité qu'il poursuit. La Cité est conçue comme une communauté politique orientée vers une fin substantielle : le bien commun, la justice et l'épanouissement humain. Cette orientation téléologique constitue le critère décisif de distinction entre les régimes politiquement légitimes et les régimes déviés.

Aristote formule ce principe de manière explicite en distinguant les constitutions dites « droites », qui visent l'intérêt commun, des constitutions « déviées », qui poursuivent l'intérêt particulier de ceux qui gouvernent⁹. Gouverner légitimement consiste ainsi à orienter l'action politique vers le bien de la communauté tout entière, indépendamment des modalités concrètes d'exercice du pouvoir ou de la qualité des gouvernants.

Cette définition substantielle de la légitimité politique conduit à apprécier les régimes non à l'aune de leur architecture institutionnelle, mais en fonction de leur capacité effective à servir l'intérêt général.

2. La démocratie antique à l'épreuve du critère finaliste : une légitimité conditionnée.

Cette conception finaliste du pouvoir conduit toutefois à interroger la place de la démocratie dans la typologie des régimes antiques. Certes, ni Platon ni Aristote ne tiennent la démocratie pour le meilleur des régimes. En particulier, Aristote la classe parmi les formes déviées de gouvernement lorsqu'elle est exercée dans l'intérêt propre du plus grand nombre¹⁰.

Ces appréciations doivent toutefois être replacées dans leur contexte historique et institutionnel. La démocratie antique diffère profondément des démocraties représentatives contemporaines. Elle ne repose ni sur l'égalité juridique universelle ni sur l'inclusion de l'ensemble du corps social ; elle demeure marquée par l'exclusion des femmes, des esclaves et des étrangers, ainsi que par l'instabilité des cités-États. Les critiques formulées par Platon et Aristote visent donc des formes historiques contingentes de démocratie, et non la logique politique consistant à gouverner en vue de l'intérêt commun.

Il n'en demeure pas moins que leur analyse du régime vertueux conduit à une constatation implicite mais décisive : dès lors que la légitimité politique est définie exclusivement par la poursuite du

⁹ Aristote, *Politiques*, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, Ladrangue, 3 éd., 1874, livre III, ch. VII, § 1279a-1279b.

¹⁰ *Ibid.* livre III, ch. VII.

bien commun, un régime gouverné par le plus grand nombre cesse d'être déviant lorsqu'il agit effectivement en vue de l'intérêt général. Autrement dit, la démocratie n'est condamnable que lorsqu'elle se détourne de sa finalité ; elle devient politiquement légitime lorsqu'elle satisfait aux exigences substantielles du gouvernement vertueux. Se dessine ainsi, chez ces auteurs, un lien fonctionnel entre poursuite de l'intérêt général et gouvernement du peuple réel, indépendamment de la qualification institutionnelle formelle du régime.

3. L'égalité réelle et la prise en charge collective des fonctions essentielles comme condition de la vie civique.

Or, la poursuite du bien commun ne peut être atteinte sans conditions matérielles d'effectivité. Chez Platon et Aristote, elle implique une exigence d'égalité qui dépasse la simple égalité formelle des statuts ou des droits. L'égalité est conçue comme une condition matérielle de la cohésion civique et de la stabilité politique. Platon souligne ainsi que « entre gens inégaux, l'égalité devient inégalité »¹¹, ce qui justifie une action correctrice de la Cité afin de « mettre l'égalité dans les ressorts de l'État »¹². Aristote prolonge cette analyse en affirmant qu'« il ne suffit pas au législateur d'avoir rendu les fortunes égales, il faut qu'il leur ait donné de justes proportions »¹³. L'égalité réelle apparaît ainsi comme une condition de la paix civile, conformément à l'idée selon laquelle l'égalité engendre l'amitié¹⁴.

Une telle égalité ne peut toutefois résulter de la seule proclamation de principes abstraits. Elle suppose nécessairement une intervention positive et organisée de la Cité sur les conditions mêmes de la vie collective. Aristote en tire des conséquences institutionnelles explicites : il définit la constitution comme « la répartition régulière du pouvoir » entre les associés¹⁵ et souligne que la démocratie implique un partage équitable des droits politiques entre riches et pauvres¹⁶. L'exemple de Sparte, où l'éducation commune des enfants est identique pour les riches et pour les pauvres, illustre cette exigence d'égalité d'accès aux institutions fondamentales¹⁷, conduisant Aristote à poser la nécessité d'une éducation « une et identique pour tous »¹⁸.

¹¹ Platon, *Les Lois*, trad. V. Cousin, Gallimard, 1992, livre VI, 757b-757c.

¹² *Ibid.*, livre V.

¹³ Aristote, *op. cit.*, livre II, ch. IV, § 5.

¹⁴ Platon, *op. cit.*, livre VI, 757b.

¹⁵ Aristote, *op. cit.*, livre VI, ch. III, § 3.

¹⁶ *Ibid.*, livre VI, ch. IV, § 2.

¹⁷ *Ibid.*, livre VI, ch. VII, § 5.

¹⁸ *Ibid.*, livre V, ch. I, § 2-3.

Il résulte de ces analyses que, chez Platon comme chez Aristote, l'orientation du pouvoir vers le bien commun implique la prise en charge collective de certaines fonctions essentielles, au premier rang desquelles figurent l'éducation, l'organisation de la vie civique et la régulation des inégalités excessives. Si ces activités ne sont pas encore conceptualisées comme des services publics au sens juridique moderne, elles constituent néanmoins des fonctions d'intérêt général assumées par la Cité, dont la finalité est de rendre effectives l'égalité, la justice et la cohésion sociale. La prise en charge collective de ces fonctions apparaît ainsi comme une condition matérielle de l'effectivité de la vie démocratique, préfigurant, sous une forme encore indifférenciée, la logique qui fondera ultérieurement le service public.

1. b) La poursuite de l'intérêt général par l'utilité publique dans la République romaine

Dans la République romaine, la poursuite de l'utilité publique constitue le fondement de la légitimité de l'action politique et commande l'organisation institutionnelle du pouvoir ainsi que la prise en charge collective des fonctions essentielles à la vie de la cité.

4. L'utilité publique comme critère de légitimité de l'action politique.

Dans la conception romaine de la *res publica*, la légitimité du pouvoir politique ne se déduit ni de sa forme institutionnelle ni de son origine sociale, mais de sa finalité, entendue comme la poursuite de l'utilité publique et de l'intérêt commun de la collectivité. La chose publique est conçue comme une réalité commune, dont l'administration ne se justifie qu'en tant qu'elle contribue effectivement au fonctionnement matériel et social de la communauté civique.

Si cette approche ne procède pas d'une réflexion philosophique systématique sur la finalité morale de la Cité comparable à celle de la pensée grecque, elle conduit néanmoins à un résultat identique : le pouvoir romain ne peut être légitime qu'en se mettant au service de l'intérêt général. La référence à l'*utilitas publica* constitue ainsi le critère central d'appréciation de l'action des gouvernants, indépendamment du nombre ou du statut de ceux qui exercent le pouvoir.

Cette orientation est explicitement affirmée dans les sources doctrinales romaines. Cicéron souligne ainsi que les Romains « ont seulement cherché, dans la rédaction des lois, le salut et l'intérêt publics »¹⁹, faisant de l'utilité publique la finalité normative de l'ordre juridique et de l'action gouvernementale.

¹⁹ Cicéron, *De l'invention*, trad. H. Bornecque, Les Belles Lettres, 1994, p. 113-114.

5. La traduction institutionnelle de l'utilité publique : participation civique et organisation fonctionnelle du pouvoir.

Dès lors que la légitimité du pouvoir repose sur la satisfaction de l'utilité publique, cette finalité ne peut demeurer purement déclarative. Le gouvernement romain se trouve nécessairement conduit à organiser la prise en charge des activités indispensables à la vie collective, la poursuite de l'intérêt général impliquant une intervention positive et structurée de la puissance publique.

Cette exigence se traduit, en premier lieu, par une organisation institutionnelle associant le peuple à l'exercice du pouvoir politique et par une répartition fonctionnelle des compétences publiques. Les magistrats suprêmes sont élus par les citoyens réunis en assemblées, l'exécutif étant exercé par des consuls élus par le peuple aux comices centuriates, chargés notamment de veiller à l'exécution des lois et des décisions publiques²⁰. Les assemblées populaires exercent l'essentiel du pouvoir législatif et participent à l'adoption des décisions, tandis que le Sénat joue un rôle central de délibération, de contrôle et de décision, notamment en matière financière et fiscale²¹.

Cette structuration institutionnelle manifeste que la poursuite de l'utilité publique n'est pas seulement un principe abstrait, mais une exigence qui commande l'organisation concrète du pouvoir et la répartition des responsabilités publiques.

6. La prise en charge collective des fonctions essentielles comme condition de la vie civique.

La finalité d'utilité publique impose concrètement la prise en charge institutionnelle d'activités nécessaires à la vie de la cité. Le droit romain confie ainsi aux édiles des obligations de police et d'administration urbaine relatives à l'organisation et à l'entretien de l'espace public, afin que les rues soient correctement tracées, que l'écoulement des eaux ne nuise pas aux habitations et que les ouvrages nécessaires à la circulation soient réalisés²².

L'urbanisation croissante implique des investissements massifs en constructions publiques et la multiplication des activités prises en charge par les cités ou par l'État, au premier rang desquelles figurent les infrastructures et les équipements collectifs²³. Au-delà de ces fonctions matérielles essentielles, les cités romaines organisent également des activités à caractère social et culturel destinées à assurer la cohésion de la communauté civique : réseaux d'égouts, aqueducs, rues

²⁰ P. Willems, *Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien*, 5 éd., Louvain, C. Peeters ; Paris, E. Thorin ; Berlin, Calvary, 1883, p. 257 et 260.

²¹ P. Willems, *ibid.*, p. 219.

²² *Digeste de Justinien*, 1, 12, 1, 11 (Ulpien), *De officio aedilium*.

²³ C. Nicolet, *Rome et la conquête du monde méditerranéen (264-27 av. J.-C.)*, t. 1, *Les structures de l'Italie romaine*, PUF, coll. « Nouvelle Clio », 2001, p. 91-92.

pavées, marchés, mais aussi thermes, théâtres, bibliothèques et politiques de distribution de blé à prix réduit ou gratuit, constituant de véritables instruments de solidarité urbaine²⁴.

Ces dispositifs sont financés par un système fiscal élaboré, justifié par l'idée que chaque citoyen doit « participer aux pertes comme aux gains » de la cité²⁵. La mise en place et le financement d'activités d'intérêt général ne constituent donc pas un simple choix administratif, mais la conséquence nécessaire d'un régime politique fondant sa légitimité sur l'utilité publique.

Il résulte de ce raisonnement que, sans relever d'une démocratie moderne, la République romaine repose sur une logique antique fondée sur la participation des citoyens et la poursuite de l'intérêt public. La prise en charge collective de fonctions essentielles apparaît ainsi comme une condition de la légitimité du pouvoir, annonçant, sous une forme encore indifférenciée, la notion de service public.

1. 2) Le pouvoir démocratique orienté vers la prise en compte des besoins collectifs

Dans les démocraties contemporaines, cette dynamique se confirme. L'exigence de prise en charge collective des besoins essentiels conduit, d'une part, à une relecture substantielle de la démocratie, dans laquelle la légitimité du pouvoir est appréciée à l'aune de sa finalité d'intérêt général (a), et, d'autre part, à l'affirmation du service public comme forme institutionnelle de cette obligation démocratique (b).

1. a) Les régimes démocratiques contemporains définis par leur finalité d'intérêt général

Dans un premier temps, l'évolution des démocraties contemporaines révèle une appréhension renouvelée de la légitimité du pouvoir, désormais appréciée à l'aune de la finalité d'intérêt général qu'il poursuit.

7. Les régimes démocratiques définis par leur finalité d'intérêt général.

Dans l'époque contemporaine, la démocratie, conçue d'abord comme la souveraineté du peuple, a progressivement évolué vers un régime finalisé où le pouvoir doit être exercé dans l'intérêt du peuple, de sorte que la prise en charge des besoins collectifs, notamment par le service public, devient une condition de la légitimité démocratique.

²⁴ P. Le Masne, *Les services publics : Approches économiques et enjeux sociaux*, PUR, coll. « Didact Économie », 2007, p. 23-24 ; C. Nicolet, *op. cit.*, p. 238-239 ; É. Letellier, « Aller au théâtre dans les villes romaines. Une approche historique et archéologique », *Histoire urbaine*, vol. 38, n° 3, 2013, p. 37-60.

²⁵ C. Nicolet, *op. cit.*, p. 240.

Dans l'époque contemporaine, la notion de démocratie renvoie à une réalité complexe. Comme le souligne Guillaume Tusseau, « toute tentative de définition réelle [de la démocratie] est vouée à l'échec »²⁶. Il est toutefois possible d'en distinguer deux traits essentiels. La démocratie repose, d'une part, sur une *conception formelle* du pouvoir, fondée sur la participation, directe ou indirecte, des citoyens à l'exercice du pouvoir. Elle comporte également une *dimension substantielle*, en vertu de laquelle l'exercice du pouvoir démocratique est orienté vers une finalité déterminée : la poursuite de l'intérêt de la collectivité. Ces deux dimensions apparaissent comme complémentaires.

Les réflexions doctrinales classiques se sont d'abord attachées à identifier le titulaire légitime du pouvoir et les modalités de son exercice. Les théories de la souveraineté populaire et de la souveraineté nationale illustrent cette préoccupation. Jean-Jacques Rousseau constate ainsi une conception de la souveraineté populaire conçue comme absolue et indivisible, indissociable d'un modèle de démocratie directe : « la souveraineté ne peut être représentée [...] ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point »²⁷. À l'inverse, Emmanuel-Joseph Sieyès fonde la légitimité du pouvoir sur la souveraineté nationale, conçue comme appartenant à une entité abstraite et collective distincte des individus qui la composent, la Nation, et susceptible d'être représentée : « La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même »²⁸. De cette conception découle le régime représentatif, dans lequel l'élection constitue le fondement de la légitimité politique. C'est ce modèle de démocratie qui prédomine dans les sociétés contemporaines où les gouvernements sont élus et exercent le pouvoir au nom du peuple.

Toutefois, cette approche essentiellement formaliste de la démocratie a progressivement révélé ses limites dans les sociétés contemporaines. Le pouvoir démocratique ne saurait être conçu comme une fin en soi : il apparaît comme un instrument au service de la collectivité. Cette évolution est perceptible dans les réflexions d'Alexis de Tocqueville qui observe que les sociétés démocratiques transforment les attentes des gouvernés à l'égard du pouvoir. Les citoyens ne recherchent pas seulement la liberté politique, mais aspirent avant tout au bien-être matériel : « les peuples démocratiques ont un goût naturel pour le bien-être »²⁹.

²⁶ G. Tusseau, *op. cit.* p. 33.

²⁷ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, livre II, chap. I.

²⁸ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, 1789, chap. I, « Le Tiers État est une nation complète ».

²⁹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. II, 1840, partie 2, chap. XI.

Dans cette perspective, l'aspiration à l'égalité tend à devenir centrale, parfois même au détriment de la liberté : « les peuples démocratiques aiment la liberté ; mais ils aiment encore plus l'égalité »³⁰. Ces objectifs de bien-être et d'égalité ne peuvent aller sans une attente croissante d'intervention publique, si bien que les citoyens « demandent à l'État de pourvoir à leurs besoins, de diriger leur industrie, de régler leurs héritages, de diviser leurs biens »³¹.

Cette conception finalisée du pouvoir démocratique trouve une expression particulièrement synthétique dans la célèbre définition d'Abraham Lincoln, pour qui la démocratie est un « *government of the people, by the people, for the people* »³². L'ajout du « *for the people* » consacre explicitement l'idée selon laquelle la démocratie ne se limite pas à l'origine populaire du pouvoir, mais implique une orientation substantielle de son exercice vers les intérêts de la collectivité.

8. La relecture doctrinale de la légitimité démocratique à l'aune de sa finalité.

Les juristes prennent acte, dès le début du XX^e siècle, de la transformation de la démocratie dont la légitimité ne se réduit plus à l'origine du pouvoir, mais comprend également la finalité qui oriente son exercice. En droit public, Léon Duguit joue à cet égard un rôle décisif. En rompant avec les doctrines classiques de la souveraineté, il soutient que le pouvoir ne se justifie plus par son fondement abstrait, mais par la fonction sociale qu'il remplit. Il dénonce ainsi le concept de souveraineté ayant trop souvent servi à légitimer l'arbitraire et la domination³³. Il recherche la légitimité du pouvoir politique dans la satisfaction des besoins indispensables à la vie collective. Il affirme ainsi que « toute activité dont la satisfaction est indispensable à la vie collective et qui ne peut être assurée que par l'intervention de la puissance publique constitue un service public, et fonde, par là même, la légitimité du pouvoir qui en a la charge »³⁴.

Cette conception finaliste de la légitimité démocratique a été confirmée et approfondie par la doctrine contemporaine de droit constitutionnel et de science politique, qui constate que la démocratie ne peut être limitée à une approche exclusivement fondée sur l'agencement des pouvoirs. Dans cette perspective, Georges Burdeau souligne que la « démocratie gouvernante » se définit par sa capacité à assurer « l'octroi de plus de bien-être aux hommes »³⁵, faisant de la satisfaction des besoins concrets du peuple réel le fondement même de la légitimité politique.

³⁰ A. de Tocqueville, *ibid.*, partie 4, chap. II.

³¹ A. de Tocqueville, *ibid.*, partie 4, chap. VI.

³² A. Lincoln, *The Gettysburg Address*, 19 novembre 1863, reproduit in *An American Primer*, D. J. Boorstin (dir.), New York, New American Library, 1985, p. 437.

³³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I : *La règle de droit, le problème de l'État*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1927, p. 733.

³⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II : *La théorie générale de l'État*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 61.

³⁵ G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1973, n° 169, p. 456.

La démocratie libérale n'est pas étrangère à cette conception substantielle. Ainsi que le relèvent Jean et Jean-Éric Gicquel, la démocratie libérale implique la poursuite de finalités matérielles, au premier rang desquelles figurent la liberté et la recherche d'une certaine égalité. La « démocratie libérale » constitue, à cet égard, le modèle classique et historiquement premier : elle fait de la liberté « la valeur initiale et primordiale », tandis que l'égalité n'est envisagée que comme « une sorte de liberté supplémentaire » destinée à en garantir l'exercice effectif³⁶.

Cette conception se distingue toutefois de la démocratie sociale, qui inverse la hiérarchie des valeurs en faisant de l'égalité réelle la condition première de la liberté. Là où la démocratie libérale protège avant tout la liberté individuelle, la démocratie sociale mobilise l'État pour réduire les inégalités et assurer une liberté véritablement effective. Elle apparaît ainsi comme une conception plus exigeante de la démocratie, qui constitue une évolution, voire une correction du modèle libéral classique. C'est dans cette logique que Georges Burdeau identifie la démocratie sociale comme « l'accomplissement parfait de la démocratie gouvernante »³⁷, en ce qu'elle fonde la légitimité du pouvoir sur l'égalité réelle, la justice sociale et la garantie d'une liberté véritablement effective.

Cette articulation entre les dimensions formelle et substantielle de la démocratie est aujourd'hui largement admise. Elle est résumée par le juge Aharon Barak, qui souligne que la démocratie repose sur deux bases indissociables : « La première est la souveraineté du peuple. [...] Cet aspect de la démocratie se manifeste dans la règle de la majorité et dans la centralité du corps législatif à travers lequel les représentants du peuple agissent. Il s'agit d'un aspect formel de la démocratie. [...] Le deuxième aspect de la démocratie se reflète dans le règne des valeurs [...] qui caractérise la démocratie. Les plus importantes de ces valeurs sont la séparation des pouvoirs, l'État de droit, l'indépendance de la justice et les droits de l'homme. [...] Il s'agit d'un aspect substantiel de la démocratie. Lui aussi est d'une importance centrale. Sans lui, un régime n'est pas démocratique »³⁸.

9. De la finalité légitime du régime démocratique à l'obligation de répondre aux besoins collectifs.

Dès lors que la poursuite de l'intérêt général est admise comme l'un des fondements du régime démocratique, la satisfaction des besoins collectifs appelle l'intervention publique. L'absence de réponse ne saurait être regardée comme neutre : elle révèle une défaillance au regard des finalités mêmes qui justifient la détention du pouvoir démocratique.

³⁶ J. Gicquel et J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 38 éd., 2024-2025, n° 422, p. 286

³⁷ G. Burdeau, *op. cit.*, t. VII, n° 177, p. 476.

³⁸ A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, p. 23-24, cité par G. Tusseau, *op. cit.*, p. 35.

Une telle exigence s'inscrit dans une conception volontariste de l'intérêt général, selon laquelle « l'intérêt général n'est pas une donnée naturelle ou objective », mais « le fruit de la volonté du peuple souverain qui fixe [...] ce qui lui semble utile pour lui »³⁹.

Dès lors que la poursuite de l'intérêt général constitue l'un des fondements de la légitimité démocratique, la prise en charge des besoins collectifs ne peut être regardée comme une simple faculté laissée à l'appréciation des gouvernants. Elle devient une exigence inhérente au régime démocratique lui-même. L'absence d'intervention publique face à un besoin identifié marque, dans cette perspective, un défaut d'accomplissement des finalités qui justifient l'exercice du pouvoir.

Cette obligation d'agir s'enracine dans une conception volontariste de l'intérêt général, selon laquelle celui-ci n'est « pas une donnée naturelle ou objective », mais « le fruit de la volonté du peuple souverain qui fixe [...] ce qui lui semble utile pour lui »⁴⁰.

Il en résulte que, dans les démocraties contemporaines, répondre aux besoins collectifs constitue une véritable obligation pour les pouvoirs publics. Encore faut-il que cette intervention s'appuie sur une organisation capable d'en garantir l'effectivité. C'est à ce stade que se pose la question des modalités concrètes de la prise en charge de l'intérêt général. Parmi les différentes modalités d'intervention publique, le service public occupe une place centrale : il constitue l'instrument par lequel les personnes publiques assurent, de manière organisée et continue, la satisfaction des besoins collectifs.

1. b) Le service public comme la forme institutionnelle de la prise en charge nécessaire des missions d'intérêt général

Dans un second temps, l'exigence démocratique de prise en charge des besoins collectifs appelle l'identification d'un instrument institutionnel capable d'en garantir l'effectivité, la continuité et l'égalité, rôle que le service public est appelé à remplir.

En effet, les besoins collectifs ne sauraient être satisfaits de manière spontanée : ils appellent nécessairement l'intervention des personnes publiques. Comme le souligne Georges Burdeau, la démocratie gouvernante ne vise pas des institutions « pour elles-mêmes », mais la réalisation d'un « ordre social démocratique » garantissant à chacun des conditions de vie assurant sécurité, aisance et

³⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 5^e éd. 2024, p. 650.

⁴⁰ *ibid.*

protection contre les risques de l'existence⁴¹. Dès lors, la satisfaction de ces besoins ne peut reposer sur la seule spontanéité des rapports privés et exige une organisation publique structurée, dont le service public constitue l'une des formes les plus abouties.

10. L'impossibilité d'une satisfaction spontanée de l'intérêt général.

Dans la culture juridique française, l'intérêt général ne se confond ni avec la somme des intérêts particuliers ni avec leur ajustement spontané par le marché. Comme le souligne Benoît Plessix, l'intérêt général est « regardé comme extérieur et supérieur aux intérêts de ceux qui composent la communauté politique », et il résulte d'un choix politique souverain⁴². Il en résulte que la poursuite de l'intérêt général suppose une autorité capable de le définir, de l'imposer et d'en assurer la mise en œuvre, y compris face aux résistances des intérêts privés : « c'est l'État et son appareil administratif qui prennent les mesures nécessaires [...] et assurent, si besoin est, son triomphe effectif face à la résistance des égoïsmes privés »⁴³. Plusieurs auteurs soulignent d'ailleurs que « les besoins d'intérêt général [...] ne sauraient être laissés à la seule initiative privée »⁴⁴.

11. Le service public comme traduction institutionnelle de l'obligation démocratique.

C'est dans ce contexte que le service public s'impose comme la forme institutionnelle privilégiée de la prise en charge des activités d'intérêt général. La doctrine classique l'a très tôt mis en évidence : l'État est « une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants »⁴⁵. Cette conception permet de comprendre pourquoi Duguit définit plus largement comme service public « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants [...] parce qu'elle [...] ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »⁴⁶.

Dans une démocratie gouvernante orientée vers la satisfaction des besoins du « peuple réel », le service public apparaît ainsi comme la traduction institutionnelle naturelle de l'obligation démocratique d'agir. Duguit en tirait une conséquence décisive : lorsqu'un besoin est indispensable à la vie collective et reconnu comme tel dans une société donnée, il ne peut demeurer sans réponse de la part de la puissance publique. La légitimité du pouvoir ne se déduit alors plus de son origine abstraite, mais de sa capacité à assurer, directement ou indirectement, la prise en charge effective de ces nécessités sociales⁴⁷.

⁴¹ G. Burdeau, *op. cit.*, n° 179, p. 480-481.

⁴² B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 5 éd., 2024, p. 650.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, et A. Virot-Landaïs, *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. « Manuels », 5^e éd., 2024, n° 60, p. 38.

⁴⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II : *La théorie générale de l'État*, préc., p. 59.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁷ *Ibid.*

12. Les exigences de continuité, d'égalité et d'adaptabilité : la justification du recours au service public.

La nécessité du service public tient également aux exigences particulières qui caractérisent la prise en charge publique des besoins collectifs. Parce qu'il vise la satisfaction d'intérêts dont la réalisation doit être garantie pour tous, le service public est soumis à trois exigences fondamentales : la continuité, l'égalité d'accès et l'adaptabilité. Comme le souligne la doctrine l'intérêt général « banal » ne devient un intérêt général juridiquement garanti qu'à la condition d'être « estampillé par la puissance publique »⁴⁸.

La *continuité* implique que les prestations essentielles ne puissent être interrompues au gré des aléas économiques ou des choix des opérateurs ; l'*égalité* exige que l'accès au service soit assuré à tous, indépendamment des situations individuelles ; l'*adaptabilité* impose enfin que le service évolue pour répondre aux besoins nouveaux, aux transformations sociales ou aux crises. À ces exigences classiques s'ajoutent, dans certains services, des impératifs tels que l'universalité de la couverture, le maintien d'un prix abordable ou, plus exceptionnellement, la gratuité : ces éléments ne constituent pas des principes autonomes, mais des déclinaisons de l'égalité d'accès et de la vocation sociale du service public.

Ces exigences excèdent la logique concurrentielle et ponctuelle des opérateurs privés : elles supposent une organisation publique capable d'assurer, dans la durée, une prestation stable, universelle et ajustable, seule à même de garantir l'effectivité de l'intérêt général.

13. La massification des besoins collectifs : nécessité d'une réponse publique structurée.

Enfin, l'exigence d'intervention se trouve renforcée par l'évolution contemporaine des sociétés démocratiques. Florian Poulet met en évidence un phénomène de « massification », en soulignant que « les services publics sont de plus en plus sollicités aux fins d'appréhender et de résoudre des problèmes qui revêtent un caractère massif » et que « les interventions de l'administration au profit des usagers revêtent, de plus en plus, un caractère massif »⁴⁹. La généralisation des besoins collectifs transforme ainsi une exigence politique en une véritable attente institutionnelle.

Dans cette perspective, la « massification » des sollicitations rend illusoire toute prise en charge fragmentée. Comme le relève Florian Poulet, « les services publics sont de plus en plus sollicités

⁴⁸ J.-F. Lachaume et al., *op. cit.*, n° 60, p. 38-39.

⁴⁹ F. Poulet, « Les services publics et le phénomène de massification », in J.-M. Pontier et U. Ngampio-Obélé-Bélé (dir.), *Le droit administratif aux défis du XXI^e siècle*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques et Essais », 2022, p. 230-231.

[...] [pour] des problèmes [...] massifs »⁵⁰. Or, dans des sociétés où l'on attend de la collectivité qu'elle garantisse, pour tous, une protection contre les risques de la vie⁵¹, la réponse ne peut être qu'organisée, continue et égalitaire. Elle appelle le service public.

Il résulte de ce qui précède que, dans les démocraties contemporaines, le service public n'est ni un choix idéologique ni un vestige du passé. Il constitue la forme d'intervention qui permet à la puissance publique d'assumer effectivement la poursuite de l'intérêt général. Dès lors que la légitimité du pouvoir dépend de sa capacité à répondre aux besoins collectifs, l'action des personnes publiques, organisée sous la forme de services publics, apparaît comme la condition nécessaire à l'effectivité, à la continuité et à l'égalité de l'action démocratique.

1. B. Le service public à l'épreuve du libéralisme économique et de la libre concurrence dans les démocraties libérales

Si la démocratie transforme la poursuite de l'intérêt général en une exigence d'intervention publique, cette dynamique se heurte aux contraintes du libéralisme économique et de la libre concurrence, souvent regardées comme défavorables au développement des services publics. Ainsi que le rappelait René Chapus, le service public constitue « un facteur de limitation des libertés » et du « libre jeu de la concurrence »⁵². Pour autant, l'expérience des démocraties libérales montre que ces contraintes n'excluent pas, mais transforment, les modalités de la prise en charge de l'intérêt général.

Cette tension, fondamentalement paradoxale, apparaît avec netteté dans l'exemple américain, où un ordre constitutionnel libéral a longtemps freiné l'institutionnalisation des services publics, sans empêcher l'émergence de mécanismes publics de prise en charge et de régulation des activités d'intérêt général (1). Elle se retrouve, selon une configuration différente, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, où la logique concurrentielle a d'abord fragilisé le service public avant de donner lieu à une conciliation progressive (2).

1. 1) L'exemple américain : une tension persistante entre le libéralisme constitutionnel et l'intervention publique

L'exemple américain révèle un paradoxe inhérent aux démocraties libérales : alors même que le cadre constitutionnel est structurellement peu propice à l'existence de services publics (a), la dynamique

⁵⁰ *ibid.*, p. 230.

⁵¹ G. Burdeau, *op. cit.*, n° 179, p. 480-481.

⁵² R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, LGDJ, 15 éd., 2001, spéc. n° 743, p. 574.

démocratique a néanmoins conduit, de manière inéluctable, au développement progressif de mécanismes de prise en charge de l'intérêt général, sous des formes variées (b).

1. a) Un cadre constitutionnel libéral historiquement peu propice aux services publics

Le cadre constitutionnel américain s'est historiquement construit autour d'un libéralisme juridique peu propice à l'intervention publique et à l'institutionnalisation de services publics. Cette orientation se traduit par l'existence d'un verrou constitutionnel limitant la prise en charge de l'intérêt général, sans pour autant révéler une incompatibilité de principe entre démocratie et intervention publique.

14. Le verrou constitutionnel libéral à l'intervention publique.

L'exemple américain illustre de manière particulièrement nette la tension persistante entre un libéralisme constitutionnel historiquement défavorable à l'intervention publique et le caractère néanmoins inéluctable de la prise en charge de l'intérêt général dans un régime démocratique. La Constitution fédérale, adoptée dans un contexte antérieur à l'émergence de la démocratie sociale moderne, ne reconnaît aucun droit social positif et consacre une protection élevée des libertés économiques individuelles. La Cour suprême a très tôt inclus la liberté contractuelle dans le champ de la liberté protégée par la clause de *due process* du quatorzième amendement⁵³, contribuant à l'émergence d'un ordre public économique libéral peu propice au développement de services publics institutionnalisés. Comme l'a relevé la doctrine, « la fourniture de nourriture, d'un logement, de la sécurité sociale ou de l'enseignement n'est un éventail d'obligations ni pour la Fédération ni pour les États »⁵⁴. Il en résulte qu'« de la Constitution fédérale se dégage un ordre public économique libéral associé à la première génération des droits humains »⁵⁵.

Une telle lecture se révèle pour autant trompeuse, car elle confond un choix constitutionnel historiquement situé avec une incompatibilité de principe entre démocratie et intervention publique.

15. L'absence de toute incompatibilité de principe entre démocratie et prise en charge collective de l'intérêt général.

L'absence relative de services publics aux États-Unis ne procède pas d'une incompatibilité de principe entre démocratie et intervention publique, mais d'un choix constitutionnel historiquement situé, qui a juridiquement figé le système dans un cadre libéral restrictif. Si la prise en charge collective des besoins constitue un phénomène politique et social en construction, elle peut être artificiellement

⁵³ Supreme Court, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁵⁴ L. Henkin, « Les droits économiques dans la Constitution américaine », *RIDC*, 1992, p. 421-450, spéc. p. 441.

⁵⁵ D. Custos, « La notion d'ordre public économique aux États-Unis », in A. Laget-Annamayer (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2018, part. II, ch. 3.

freinée par le droit positif, y compris lorsque cette entrave contredit la dynamique propre des régimes démocratiques. Il en résulte que, « pendant ses 150 premières années d'existence, la jurisprudence constitutionnelle américaine s'est principalement intéressée aux droits économiques négatifs »⁵⁶.

1. b) La réintégration de l'intérêt général par la régulation, le police power et l'infléchissement jurisprudentiel

Malgré l'orientation libérale du cadre constitutionnel, l'intervention publique n'a jamais été totalement exclue du modèle américain. La prise en charge de l'intérêt général s'est progressivement réintroduite par la régulation fondée sur le *police power* et par une évolution jurisprudentielle reconnaissant la légitimité constitutionnelle de l'intervention publique.

16. Le *police power* comme fondement juridique de l'intervention publique.

Pour autant, cette orientation libérale n'a jamais conduit à une abstention publique totale. Même dans un contexte idéologiquement hostile à l'intervention de l'État, certaines activités ont été prises en charge directement par les autorités publiques, telles que l'enseignement public, le service postal fédéral, la police locale, les infrastructures de transport ou encore la gestion des parcs nationaux. Lorsque la gestion directe apparaissait incompatible avec les dogmes du marché, la prise en charge de l'intérêt général s'est déployée sous des formes indirectes, par l'imposition d'obligations spécifiques aux opérateurs privés, notamment dans les secteurs de l'énergie, de l'eau, des télécommunications ou des transports. Ces mécanismes attestent que, même dans une démocratie libérale, la satisfaction des besoins collectifs ne peut être abandonnée au seul jeu des forces du marché.

Le fondement juridique de cette capacité d'intervention réside dans le *police power*, notion issue de la *common law* et antérieure à la Constitution fédérale. Préexistant à la Fédération, ce pouvoir demeure acquis aux États fédérés, bien qu'il ne figure pas expressément dans le texte constitutionnel. La Cour suprême en a reconnu de longue date la portée, admettant que des activités privées puissent être soumises à régulation dès lors qu'elles sont « affectées d'un intérêt public » : « *Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence* »⁵⁷. Par son volet relatif au *public welfare*, le *police power* confère aux autorités publiques une capacité d'intervention étendue, permettant l'adoption de politiques de protection sociale, de régulation économique ou de justice sociale⁵⁸. Comme l'a montré W. J. Novak, il constitue l'expression d'un État démocratique orienté vers la réalisation du bien-être collectif⁵⁹.

⁵⁶ *ibid.*

⁵⁷ Supreme Court, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126 (1877).

⁵⁸ D. Custos, art. préc.

⁵⁹ W. J. Novak, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, University of North Carolina Press, 1996.

17. L'évolution jurisprudentielle en faveur de l'intérêt général.

Ce fondement juridique a trouvé une traduction décisive dans l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême au cours du XX siècle. Durant l'ère *Lochner*, la Cour a opposé une conception quasi absolutiste de la liberté contractuelle aux tentatives de régulation économique, en censurant les législations sociales au nom du *due process* du quatorzième amendement⁶⁰. Cette jurisprudence a durablement freiné l'émergence de politiques publiques de prestation.

Toutefois, un infléchissement majeur intervient pendant la période dit *New Deal*. Ainsi, avec l'arrêt *Nebbia v. New York* (Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).), par lequel la Cour affirme explicitement que ni le droit de propriété ni la liberté contractuelle n'ont un caractère absolu. Elle énonce en effet que : « *Dans notre forme de gouvernement, l'usage de la propriété et la conclusion des contrats relèvent normalement de la sphère privée, et non de la sphère publique. La règle générale est que tous deux doivent être exemptes de toute ingérence gouvernementale. Toutefois, ni le droit de propriété ni la liberté contractuelle n'ont un caractère absolu, car le gouvernement ne saurait exister si le citoyen pouvait, à sa guise, user de sa propriété au détriment de ses concitoyens, ou exercer sa liberté contractuelle de manière à leur nuire. Le pouvoir de la collectivité d'en assurer la réglementation dans l'intérêt général est tout aussi fondamental que les droits individuels* »⁶¹. Par cet arrêt, la Cour abandonne la distinction antérieure entre activités privées régulables et non régulables et consacre la légitimité constitutionnelle d'une régulation économique fondée sur l'intérêt général. Cette évolution est confirmée deux arrêts postérieurs. D'abord, par l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, par lequel la Cour suprême valide une législation instaurant un salaire minimum. En affirmant que “*the Constitution does not speak of freedom of contract*”, la Cour rappelle que la liberté contractuelle n'est pas consacrée comme un droit constitutionnel explicite et autonome, et qu'elle ne constitue qu'une construction jurisprudentielle susceptible d'être limitée lorsque le législateur poursuit un objectif d'intérêt général⁶². Ensuite, par l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, qui consacre une présomption de constitutionnalité des lois économiques et sociales, la Cour indiquant, dans la célèbre *footnote four*, que la législation régulant les transactions économiques ordinaires ne saurait être censurée dès lors qu'il est raisonnablement possible de considérer qu'elle repose sur une base rationnelle⁶³.

⁶⁰ Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁶¹ Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 523-524 (1934). Texte original: “*Under our form of government, the use of property and the making of contracts are normally matters of private, and not of public, concern. The general rule is that both shall be free of governmental interference. But neither property rights nor contract rights are absolute, for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his fellows, or exercise his freedom of contract to work them harm. Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest*”.

⁶² Supreme Court, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 391 (1937).

⁶³ Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153 (1938).

De *Munn* à *Nebbia*, puis de façon décisive avec *West Coast Hotel* et *Carolene Products*, la Cour suprême a ainsi renoncé à une conception absolutiste des libertés économiques et reconnu que la liberté contractuelle comme le droit de propriété peuvent être limités au nom du bien-être public, dans le cadre de l'exercice du *police power*. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle américaine montre ainsi que le rôle d'un gouvernement démocratique ne se limite pas à la protection formelle des libertés économiques constitutionnellement garanties, mais implique également la faculté d'organiser, directement ou indirectement, la prise en charge de l'intérêt général par des mécanismes d'intervention publique, y compris lorsque ceux-ci conduisent à restreindre certaines libertés individuelles.

1. 2. De la libre concurrence comme contrainte structurelle à une conciliation sous pression démocratique

Une évolution comparable se retrouve dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Alors même que la primauté du marché et de la concurrence a constitué, à l'origine, un cadre structurellement peu propice au maintien et au développement des services publics, la montée progressive des exigences démocratiques et sociales a conduit à un processus de conciliation encore inachevé entre les impératifs concurrentiels et les missions d'intérêt général.

Cette dynamique s'est d'abord traduite par une fragilisation marquée des services publics sous l'effet du primat concurrentiel (a), avant de donner lieu à un rééquilibrage progressif, sous l'influence de la jurisprudence et des évolutions textuelles (b).

1. a) Le primat concurrentiel comme facteur initial de fragilisation des services publics

Dans sa phase initiale, la construction européenne s'est développée dans un cadre marqué par la primauté accordée au marché et à la concurrence, conçus comme des principes structurants autonomes de l'ordre juridique communautaire, au détriment d'une reconnaissance explicite des exigences propres aux services publics.

18. Le primat concurrentiel comme facteur initial de fragilisation du service public.

La construction européenne s'est, à l'origine, affirmée comme un projet essentiellement économique, structuré autour de la réalisation du marché intérieur, de la libre circulation des facteurs de production et de l'élimination des entraves aux échanges. Dans ce cadre, la concurrence n'a pas été conçue comme un simple instrument au service de finalités politiques ou sociales, mais tendait à s'imposer comme une norme structurante autonome de l'ordre juridique communautaire.

Cette orientation a constitué, dans un premier temps, un facteur de fragilisation du modèle classique de service public tel qu'il s'était historiquement constitué dans les États membres.

Certes, le droit originaire n'a jamais proclamé la disparition du service public et les traités se sont voulus formellement neutres à l'égard des modes d'organisation des services d'intérêt général, laissant aux États membres la compétence de définir et d'organiser leurs missions publiques. Toutefois, cette neutralité proclamée s'est heurtée à une réalité juridique plus contraignante. L'application extensive des règles de concurrence et de libre circulation a profondément déstabilisé les services publics nationaux, en particulier dans les secteurs historiquement organisés sous forme de monopoles publics ou de droits exclusifs. Comme le relève Benoît Plessix, le droit public français a longtemps pensé « le service public en opposition aux initiatives privées, au marché »⁶⁴, opposition rendue de plus en plus difficilement soutenable dans un espace juridique dominé par la logique concurrentielle.

Cette tension s'est particulièrement manifestée à partir des années 1980 et 1990, période durant laquelle la Commission européenne, puis la Cour de justice, ont affirmé avec vigueur le principe de concurrence, y compris à l'égard d'activités traditionnellement qualifiées de services publics. La libéralisation des secteurs des télécommunications, de l'énergie ou des transports illustre cette dynamique, dans laquelle les impératifs concurrentiels ont tendu à primer sur les considérations de continuité, d'égalité ou d'universalité du service. Le service public s'est ainsi trouvé placé dans une position défensive, ses contraintes non marchandes apparaissant comme des anomalies devant être justifiées, plutôt que comme des exigences structurelles du système juridique de l'Union. Cette logique trouve une traduction juridique emblématique dans l'article 106, § 2, TFUE, qui ne permet de déroger aux règles de concurrence que « dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement [...] de la mission particulière » confiée à l'opérateur.

1. b) La conciliation progressive : rééquilibrage jurisprudentiel et consolidation textuelle

Après une phase marquée par la primauté du marché et la fragilisation du service public, l'ordre juridique de l'Union européenne connaît un mouvement progressif de rééquilibrage. Sous l'effet conjugué de la jurisprudence et d'une prise en compte croissante des exigences démocratiques, la logique concurrentielle cesse progressivement d'être appréhendée comme absolue pour être conciliée avec les missions d'intérêt général.

⁶⁴ B. Plessix, *op. cit.*, p. 659.

19. Le rééquilibrage jurisprudentiel au profit des missions d'intérêt général.

Toutefois, cette phase de fragilisation du service public induite par le primat concurrentiel n'a pas constitué un aboutissement. À mesure que l'Union européenne s'est affirmée comme un espace politique et non plus exclusivement économique, la logique concurrentielle a progressivement cessé d'être appréhendée comme absolue. Ce rééquilibrage ne procède pas d'un reniement du marché, mais d'une intégration croissante de contraintes sociales et démocratiques dans l'interprétation du droit de l'Union.

La jurisprudence de la Cour de justice a joué, à cet égard, un rôle décisif. Dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour admet que l'application stricte des règles de concurrence peut être écartée lorsqu'elle fait obstacle à l'accomplissement effectif de la mission de service public confiée à l'opérateur. Elle juge en effet que l'article 90, § 2, du traité (devenu art. 106, § 2, TFUE) permet de tenir compte des « exigences particulières inhérentes à l'accomplissement de la mission d'intérêt général » confiée à l'entreprise concernée⁶⁵. Cette approche est confirmée dans l'arrêt *Commune d'Almelo*, dans lequel la Cour admet que des restrictions à la concurrence puissent être justifiées afin de garantir la continuité et l'équilibre économique d'un service d'intérêt général, dès lors qu'elles sont « nécessaires à l'accomplissement de la mission particulière confiée » à l'opérateur⁶⁶.

Par ces décisions, le service public cesse d'être appréhendé comme une simple exception au droit de la concurrence et est désormais intégré à l'analyse concurrentielle, au regard de la satisfaction des besoins collectifs.

20. La consolidation démocratique et la reconnaissance textuelle de la conciliation.

Ce mouvement jurisprudentiel a trouvé une traduction plus systématique dans les évolutions normatives ultérieures, conduisant à une reconnaissance textuelle progressive de la conciliation entre la concurrence et le service public. Ce mouvement trouve une expression plus systématique dans l'arrêt *Altmark*, par lequel la Cour précise les conditions dans lesquelles une compensation financière accordée à un opérateur chargé d'un service public échappe à la qualification d'aide d'État. En exigeant notamment que les obligations de service public soient clairement définies et que la compensation soit strictement proportionnée aux coûts engendrés par ces obligations, la Cour encadre juridiquement le financement des services publics tout en reconnaissant leur légitimité fonctionnelle⁶⁷. Le service public cesse ainsi d'être appréhendé comme une simple dérogation

⁶⁵ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533, pt 14.

⁶⁶ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477, pts 46-49.

⁶⁷ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747, pts 87-95.

ponctuelle aux règles concurrentielles pour être intégré comme une composante juridiquement organisée de l'économie de marché.

Ce rééquilibrage s'inscrit dans un contexte plus large de démocratisation progressive de l'Union européenne. L'accroissement des pouvoirs du Parlement européen, la reconnaissance croissante d'objectifs de cohésion sociale et territoriale, ainsi que les résistances politiques et référendaires à une Europe perçue comme excessivement libérale ont contribué à infléchir la lecture purement concurrentielle des traités. Sans établir de lien de causalité direct, il est significatif que la relativisation du primat concurrentiel accompagne la montée en visibilité des exigences démocratiques dans le débat européen.

Ce mouvement trouve son aboutissement dans la consécration textuelle opérée par le traité de Lisbonne. L'article 14 TFUE reconnaît désormais explicitement la place des services d'intérêt économique général « parmi les valeurs communes de l'Union » et leur rôle « dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». De manière complémentaire, le protocole n° 26 affirme « le rôle essentiel et le large pouvoir d'appréciation des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser des services d'intérêt économique général aussi proches que possible des besoins des utilisateurs »⁶⁸. La concurrence cesse ainsi d'être une fin autonome pour devenir un instrument subordonné à des choix collectifs démocratiquement légitimés.

En définitive, qu'il s'agisse du cas américain ou de l'ordre juridique de l'Union européenne, l'analyse des démocraties libérales montre que le libéralisme économique et la libre concurrence rendent la prise en charge publique de l'intérêt général plus difficile et plus strictement encadrée. Cette contrainte n'aboutit toutefois pas à la disparition de toute intervention publique. Celle-ci devient plus limitée, juridiquement conditionnée et souvent indirecte, mais demeure, dans une certaine mesure, inéluctable dès lors que des besoins collectifs persistants appellent une réponse publique.

Il en résulte que, dans les démocraties libérales, le service public ne s'impose jamais comme une évidence institutionnelle. Il apparaît au contraire comme une construction évolutive, constamment exposée aux exigences de l'ordre concurrentiel, dont le développement est progressif, fragile et jamais définitivement acquis. Cette instabilité explique la diversité de ses formes contemporaines et la variabilité de son degré d'institutionnalisation selon les ordres juridiques.

⁶⁸ Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, art. 1^{er}.

Si les développements précédents ont mis en évidence l'enracinement démocratique du service public sur les plans théorique et historique, ils appellent désormais un déplacement de perspective. Il convient désormais de se pencher sur la manière dont cette exigence a été juridiquement traduite et institutionnalisée en droit positif.

1. §2: La traduction juridique de l'enracinement démocratique du service public : l'exemple français et européen

La France et l'Union européenne illustrent, selon des trajectoires distinctes, la manière dont le service public s'enracine dans un ordre démocratique. En droit français, celui-ci s'est imposé comme la pierre angulaire du droit public et comme un fondement central de la légitimité de l'action publique. À l'inverse, le droit de l'Union européenne s'est initialement structuré autour d'un projet prioritairement économique, dans lequel les missions de service public apparaissaient difficilement conciliables avec les exigences du marché intérieur et de la libre concurrence.

Toutefois, à mesure que l'Union a renforcé sa dimension politique et affirmé plus clairement son attachement aux exigences démocratiques et sociales, cette approche a été progressivement infléchie. Le service public, dans sa déclinaison européenne sous la forme des services d'intérêt général, tend désormais à s'affirmer comme un instrument de la démocratie contemporaine, sans pour autant remettre en cause le rôle structurant de la logique concurrentielle.

Il en résulte un double mouvement. D'une part, en droit français, s'affirme un modèle dans lequel le service public fonde la spécificité du droit public et participe directement de la légitimité démocratique de l'action administrative (A). D'autre part, en droit de l'Union européenne, émerge un modèle distinct, caractérisé par une reconnaissance progressive, encadrée et conditionnée des services d'intérêt général au sein de l'économie de marché (B).

1. A. Le modèle français : le service public comme fondement de la légitimité démocratique et du droit public

Le modèle français de droit public se caractérise par une articulation étroite entre la légitimité démocratique et la construction juridique. Le service public s'inscrit au cœur de cette articulation : il constitue à la fois le vecteur de la légitimation démocratique de l'action publique et le principe fondateur d'un droit public objectif, distinct du droit privé.

Cette centralité du service public se déploie à un double niveau. D'une part, il apparaît comme l'instrument privilégié de la concrétisation juridique de l'intérêt général démocratiquement défini

et comme un facteur essentiel de cohésion sociale et territoriale (1). D'autre part, il emporte des conséquences juridiques justifiant l'autonomie du droit public et l'existence de régimes dérogatoires au droit commun (2).

1. 1) Le service public, pilier du pacte social républicain et démocratique

Dans le modèle français, le service public s'inscrit au cœur du pacte démocratique et républicain en assumant une double fonction. D'une part, il constitue l'instrument par lequel l'intérêt général, démocratiquement défini et qualifié par la puissance publique, reçoit une traduction juridique effective et opérationnelle (a). D'autre part, il apparaît comme un facteur essentiel de cohésion sociale et territoriale et comme un vecteur de légitimation continue de l'action publique, en assurant une présence concrète et durable de l'État et des collectivités dans la vie sociale (b).

1. a) Le service public comme technique de concrétisation de l'intérêt général défini par les institutions démocratiques

Dans le modèle français, le service public apparaît comme la technique juridique par laquelle l'intérêt général, défini et qualifié par les institutions démocratiques, reçoit une traduction normative et institutionnelle effective.

21. L'intérêt général comme critère de validité de l'action publique.

En droit français, l'intérêt général constitue l'objectif fondamental de l'action publique et le fondement de la validité des actes des pouvoirs publics. Le Conseil d'État affirme ainsi de manière constante que « l'Administration ne doit se décider que par des motifs tirés de l'intérêt public »⁶⁹. De la même manière, la condition d'intérêt général est utilisée par le Conseil constitutionnel afin de vérifier la conformité d'une loi à la Constitution⁷⁰. L'intérêt général apparaît ainsi comme une catégorie normative transversale, irrigant l'ensemble du droit public.

22. L'intérêt général comme choix politique qualifié par la puissance publique.

L'intérêt général n'est pas une catégorie spontanée, mais une construction politique, indissociable des mécanismes de légitimation démocratique et de la légalité de l'action administrative. Le Conseil d'État souligne ainsi que l'intérêt général constitue « la pierre angulaire de l'action publique »⁷¹. Selon Didier Truchet, l'intérêt général est « en suspension dans tout le droit administratif », ce qui permet au juge administratif de l'exprimer dans l'ensemble des branches du contentieux⁷².

⁶⁹ CE, 22 mars 1901, *Pagès*, n° 98812, Rec. p. 315.

⁷⁰ G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

⁷¹ CE, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, p. 245..

⁷² D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in CE, *L'intérêt général*, EDCE, n°

Cette centralité trouve une consécration normative dès l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, selon lequel « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». En France, le service public et l'intérêt général sont ainsi au cœur de l'action publique, et l'ensemble des actes publics sont, en principe, orientés vers cette finalité.

Le système actuel ne s'est toutefois pas construit en un jour. Selon Benoît Plessix, « cette notion juridique d'intérêt général, telle qu'a reçue le droit français, est en réalité le fruit d'un très long héritage philosophico-politique qui puise ses racines dans l'histoire d'un État français pleinement situé dans son environnement occidental » (B. Plessix, *op. cit.*, p. 650, n° 462.). Il est le résultat d'une évolution historique dans laquelle l'action publique s'est progressivement construit autour de la prise en charge des besoins collectifs. Ainsi, « le contrat public naît dans le pacte social et politique : il renvoie donc en premier lieu à l'organisation sociale et politique du temps » (X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », vol. 206, 2^e éd., 2001 (1 éd. 1999), p. 245.). Dans cette perspective, le juge administratif déclare illégale toute action administrative poursuivant un but étranger à l'intérêt général.

Dans la culture juridique française, l'intérêt général apparaît dès lors avant tout comme un choix fondamentalement politique, opéré au niveau de la collectivité nationale ou locale et mis en œuvre par les autorités publiques compétentes. C'est d'abord l'État qui est lié par l'intérêt général. Benoît Plessix souligne ainsi que « dans la culture juridique française, c'est la Nation qui détermine souverainement, par un choix purement politique, ce qui est avantageux pour elle, et c'est l'État et son appareil administratif qui prennent les mesures nécessaires à la mise en œuvre de cet intérêt général préalablement défini et assurent, si besoin est, son triomphe effectif face à la résistance des égoïsmes privés. Ni les corps intermédiaires, ni les corporations, ni les groupes de pression ne peuvent prétendre à la qualité de dépositaire et de garant de l'intérêt général, véritable monopole de la *Res publica* »⁷³.

L'intérêt général, qui constitue le critère finaliste du service public, ne devient juridiquement opérant qu'à la condition d'être qualifié par la puissance publique. Comme le relèvent J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier et A. Virot-Landais, « la haute teneur d'intérêt général d'une activité [...] est

50, 1999, pp. 361-374, spéc. p. 364.

⁷³ B. Plessix, *op. cit.*, n° 462, p. 650.

révélée par une décision des pouvoirs publics », l'intérêt général n'accédant au statut de « but du service public » qu'à travers cette opération de qualification ⁷⁴. L'intérêt général « banal » ne devient ainsi un intérêt général juridiquement pertinent que lorsqu'il est « estampillé par la puissance publique »⁷⁵. Cette définition volontariste implique nécessairement une dimension évolutive. Comme l'observe Benoît Plessix, « l'intérêt général [...] varie en fonction des circonstances de temps et de lieu ; il suit l'évolution des sensibilités, des mentalités, des mœurs ; il s'adapte aux mutations politiques, sociales, économiques »⁷⁶.

Cette exigence de qualification politique et démocratique ne relève pas d'un particularisme strictement national. Elle est également reconnue par le droit de l'Union européenne. La Cour de justice a jugé que « la reconnaissance de l'intérêt général suppose un acte de puissance publique qui peut être unilatéral ou conventionnel »⁷⁷. L'intérêt général n'existe donc juridiquement qu'à travers une décision imputable à une autorité publique démocratiquement responsable.

Cette médiation décisionnelle explique que l'intérêt général soit étroitement lié à la légitimité du pouvoir. Comme l'a mis en évidence Max Weber, l'acceptation de la domination politique repose sur la croyance des gouvernés dans la légitimité de l'ordre institué, laquelle suppose que l'action des gouvernants apparaisse orientée vers l'intérêt de la collectivité⁷⁸.

23. Le service public comme traduction institutionnelle de l'intérêt général.

Une fois l'intérêt général fixé comme objectif et juridiquement qualifié, encore faut-il lui donner une traduction institutionnelle. C'est précisément à ce stade qu'intervient le service public. Il constitue la forme juridique par laquelle une activité reconnue d'intérêt général est organisée, financée, contrôlée et soumise à un régime spécifique. Cette fonction explique la définition matérielle classique proposée par René Chapus, selon laquelle le service public est « une activité d'intérêt général assurée ou assumée par l'administration »⁷⁹.

Le service public apparaît ainsi comme le vecteur d'institutionnalisation de l'intérêt général, permettant de passer d'une finalité politique abstraite à une organisation juridique structurée. Cette fonction avait déjà été identifiée par Léon Duguit, pour qui l'État ne se justifie pas par la

⁷⁴ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Viot-Landais, *op. cit.*, n° 60, p. 38-39.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ B. Plessix, *op. cit.*, p. 649.

⁷⁷ CJCE, 23 oct. 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94, Rec. p. I-5815.

⁷⁸ M. Weber, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, spéc. p. 102 et s., cité par G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

⁷⁹ R. Chapus, *op. cit.*, spéc. n° 743, p. 574.

souveraineté mais par la mission d'organiser et de contrôler les services publics nécessaires à l'interdépendance sociale⁸⁰. Par le service public, l'objectif politique se transforme en obligations juridiques opposables, tant à l'administration qu'aux opérateurs chargés de l'exécution du service, conférant ainsi à l'intérêt général une véritable consistance normative.

1. b) Le service public comme vecteur de cohésion sociale et de légitimation continue de l'action publique

Le service public apparaît comme l'instrument par lequel l'action publique assure, dans la durée, la cohésion sociale et territoriale et fonde une légitimation continue de l'exercice du pouvoir démocratique.

24. Le service public comme élément du pacte social et républicain.

Le service public ne se limite pas à une technique juridique d'intervention publique. Il constitue un élément constitutif du *pacte social républicain*. Comme le soulignent G. J. Guglielmi, G. Koubi et M. Long, « la notion de service public est un des éléments clefs du pacte social républicain [...] l'intervention par voie de service public est devenue l'un des moyens principaux de la présence des gouvernants dans la vie quotidienne »⁸¹. À ce titre, le service public s'inscrit au cœur de la relation entre les gouvernants et les gouvernés, en assurant une présence concrète et continue de l'action publique dans la vie sociale.

25. L'ancrage constitutionnel et la fonction sociale du service public.

Cette dimension trouve un ancrage constitutionnel explicite dans le *Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, intégré à la Constitution actuelle, qui fait peser sur la Nation un ensemble d'obligations sociales fondamentales. Celui-ci affirme notamment que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité », et que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », garantissant à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, ainsi que des moyens convenables d'existence aux personnes dans l'incapacité de travailler. Le service public apparaît ainsi comme un instrument privilégié de réalisation des droits sociaux reconnus par le *bloc de constitutionnalité*.

La place centrale du service public dans le droit public français s'inscrit dans un paysage juridique général. La doctrine souligne ainsi que le service public est apparu, notamment à partir des années

⁸⁰ L. Duguít, *op. cit.*, t. II, p. 59.

⁸¹ G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *Droit du service public*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 4 éd., 2016, p. 29.

1990, « sous les traits d'une notion de compromis social et politique », les politiques d'aménagement du territoire faisant explicitement des services publics un instrument de « cohésion sociale » par l'organisation de leur présence sur l'ensemble du territoire et par l'affirmation de l'égal accès des citoyens⁸². Le service public contribue ainsi à la réduction des fractures sociales et territoriales, en assurant une continuité matérielle de la solidarité collective.

26. L'inscription historique du service public et sa fonction de cohésion.

Cette fonction intégratrice s'inscrit dans une évolution historique plus profonde. Selon Xavier Bezançon, des préoccupations de service public apparaissent dès le XVII^e siècle, entendues comme des prestations destinées au plus grand nombre par une organisation d'ordre politique⁸³. Toutefois, il existe un décalage entre l'ancienneté des services publics et la reconnaissance tardive de la notion comme catégorie centrale du droit public, celle-ci ne s'imposant véritablement qu'à la fin du XIX^e siècle, sous l'effet de l'industrialisation, de l'urbanisation et de l'élargissement des besoins collectifs⁸⁴.

Comme le rappelait Marceau Long, « le XIX^e siècle [...] est le siècle de l'équipement, des grands travaux et, vers sa fin, de grands services publics »⁸⁵. Cette évolution s'accompagne du recours croissant aux contrats de délégation, les collectivités confiant à des entreprises privées l'organisation de travaux et de services publics, phénomène qui conduit au développement progressif de la commande publique⁸⁶.

Cette fonction intégratrice explique que le service public soit fréquemment présenté comme un facteur essentiel de cohésion collective. Il a ainsi été qualifié de « moteur de la cohésion sociale »⁸⁷, voire de « fondement de la cohésion de la société »⁸⁸. Le service public apparaît dès lors comme un instrument de stabilisation du lien social, indépendamment des fluctuations économiques ou politiques.

27. Le service public comme système de légitimation de l'action administrative. Au-delà de cette

⁸² J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Viot-Landais, *op. cit.*, n° 10, p. 7-8.

⁸³ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », vol. 206, 2^e éd., 2001 (1^e éd. 1999).

⁸⁴ L. de Carratier Dubois, « Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950) », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3, n° 52-3, pp. 51-74.

⁸⁵ M. Long, « Préface », in X. Bezançon, *op. cit.*, pp. VII-VIII.

⁸⁶ X. Bezançon, *ibid.*, p. 251.

⁸⁷ B. Stirn, « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, cité par J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Viot-Landais, *Droit des services publics*, préc., n° 44, p. 26.

⁸⁸ Rapport R. Denoix de Saint-Marc sur le service public, La Documentation française, 1996, cité par *ibid.*

fonction sociale, le service public joue un rôle déterminant dans la légitimation du pouvoir public. Il constitue « la mission des gouvernants et la justification des pouvoirs dont ils disposent »⁸⁹. Cette légitimité implique une exigence de finalité exclusive, les gouvernants ne pouvant se départir de leur mission de service : « ceux qui sont chargés de vouloir pour la Nation [...] ne sauraient poursuivre d'autre but que le service de la collectivité nationale »⁹⁰.

La référence au service public permet ainsi de présenter les prérogatives de puissance publique non comme de simples instruments de domination, mais comme des moyens nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général. Selon la doctrine, ces prérogatives apparaissent « non comme de pures prérogatives de domination, mais comme des prérogatives au service de la collectivité »⁹¹. Le service public devient alors un véritable système de légitimation de l'action administrative.

Cette dimension civique et démocratique du service public a été résumée de manière particulièrement éclairante par Didier Tabuteau, pour qui les services publics « sont le terreau de l'économie, la treille des solidarités et les ferments de la citoyenneté » (D. Tabuteau, *Discours de rentrée du Conseil d'État*, 7 sept. 2022, p. 6, cité par *ibid.*, n° 44, p. 27.). Le service public ne se borne donc pas à fournir des prestations matérielles : il participe directement à l'acceptabilité démocratique de l'exercice du pouvoir, en rendant visible et durable l'orientation de l'action publique vers la satisfaction des besoins collectifs.

1. 2) Le service public comme fondement de la spécificité du droit public

1. Si le service public constitue, dans le modèle français, un instrument privilégié de la prise en charge de l'intérêt général et de la légitimation démocratique de l'action publique, sa portée excède cette seule dimension politique ou sociale. Il structure également le droit public sur le plan juridique, en organisant l'application de règles spécifiques adaptées à l'exécution des missions d'intérêt général (a), tout en encadrant strictement les prérogatives et les contraintes qui en découlent afin d'en prévenir tout usage excessif (b).

a) Le service public comme fondement de l'autonomie du droit public

En droit administratif français, le service public joue un rôle central dans la détermination du champ et du régime du droit public. Il constitue, d'une part, le fait générateur et le critère d'application des règles administratives, en déclenchant l'application d'un régime juridique distinct du droit privé, et

⁸⁹ G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *op. cit.*, 4 éd., 2016, p. 51-53.

⁹⁰ *ibid.*, p. 53.

⁹¹ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Virot-Landais, *op. cit.*, n° 83, p. 52.

d'autre part, le principe directeur d'un droit public objectif, justifiant l'existence de dérogations au droit commun au regard des exigences propres à l'accomplissement des missions d'intérêt général.

28. Le service public comme fait générateur et critère d'application du droit public.

Le droit administratif français se caractérise par une approche fondamentalement finaliste. Ce ne sont ni la seule qualité de personne publique, ni l'existence abstraite de prérogatives de puissance publique qui justifient l'application de règles dérogatoires au droit commun, mais la mission poursuivie. Dès lors qu'une activité est qualifiée de service public, elle appelle l'application d'un régime juridique spécifique, distinct du droit privé, conçu pour répondre aux exigences propres à la satisfaction de l'intérêt général.

Cette logique est consacrée de manière fondatrice par la jurisprudence Blanco, selon laquelle la responsabilité de l'État « ne peut être régie par les principes établis dans le Code civil » lorsque le dommage se rattache au fonctionnement d'un service public, les règles applicables devant « varier suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »⁹². Par cette décision, le Tribunal des conflits ne se contente pas de dégager une règle de compétence ou de responsabilité : il affirme le principe selon lequel le service public constitue le fait générateur du droit public, justifiant l'autonomie de ses règles et de ses catégories.

Le service public joue ainsi un rôle déclencheur dans l'application du droit administratif. Il fonde l'existence de régimes juridiques dérogatoires, adaptés aux contraintes propres à l'exécution des missions d'intérêt général. Cette spécificité ne procède pas d'un privilège accordé à l'administration, mais d'une exigence fonctionnelle, tenant à la nécessité de concilier l'efficacité de l'action publique avec la protection des droits des administrés.

29. Le service public comme principe directeur d'un droit public objectif justifiant les dérogations au droit commun.

La qualification de service public ne se limite pas à déclencher l'application du droit administratif ; elle confère également à ce droit une cohérence propre, fondée sur la primauté de la mission d'intérêt général sur les logiques individuelles et marchandes. La spécificité du régime juridique applicable au service public s'explique ainsi par la manière dont le droit public français le conçoit en opposition fonctionnelle au marché. Comme le souligne Benoît Plessix, « le droit public français pense le service public en opposition aux initiatives privées, au marché, ce lieu de rencontre spontanée de l'offre et de la demande sur lequel s'exercent précisément les initiatives privées dans un état de concurrence libre et non faussée »⁹³.

⁹² TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, n° 00012, Rec., 1er suppl., p. 61.

⁹³ B. Plessix, *op. cit.*, p. 659.

Dans cette perspective, le service public constitue le fondement d'un droit public objectif, en ce sens que les règles qui lui sont applicables ne visent pas prioritairement la reconnaissance ou la protection de droits subjectifs individuels, mais l'organisation et la garantie de l'accomplissement effectif de missions d'intérêt général. Ce cadre normatif rend juridiquement admissibles des limitations aux libertés, notamment aux libertés économiques, ainsi que des dérogations aux règles ordinaires du droit privé, en particulier au droit de la concurrence, dès lors que leur application ferait obstacle à l'exécution de la mission de service public. Cette conception a ainsi longtemps permis de justifier, en droit français, l'instauration de monopoles publics et de droits exclusifs, y compris étendus, dès lors qu'ils étaient présentés comme les instruments nécessaires de l'accomplissement effectif de missions de service public.

Cette conception trouve une expression théorique majeure dans l'œuvre de Léon Duguit, pour qui l'État ne se justifie ni par la souveraineté ni par la puissance, mais par la mission d'organiser et de contrôler les services publics nécessaires à l'interdépendance sociale. Il définit ainsi l'État comme une « coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants »⁹⁴ et affirme que « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants [...] constitue un service public »⁹⁵. En fondant le droit public sur la fonction et non sur la domination, cette approche permet de comprendre comment le service public légitime l'existence de normes spécifiques, dérogatoires au droit commun, tout en encadrant strictement l'usage par la finalité d'intérêt général.

1. b) Le service public comme principe d'équilibre entre la puissance publique et les exigences démocratiques

Le service public ne fonde pas seulement l'action de la puissance publique; il en constitue également une limite. En régime démocratique, il justifie l'octroi de prérogatives spécifiques tout en subordonnant leur exercice à la seule satisfaction de l'intérêt général, dans un cadre juridique en constante recomposition, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne.

30. La justification fonctionnelle des prérogatives de puissance publique par le service public.

La spécificité du droit public, fondée sur le service public, ne saurait toutefois être comprise comme la reconnaissance d'un privilège au profit de l'administration. Elle répond, au contraire, à une exigence d'équilibre inhérente au régime démocratique. Le service public fonde le pouvoir tout en en constituant la limite : il justifie l'octroi de prérogatives de puissance publique, mais en circonscrit l'exercice à la seule satisfaction de l'intérêt général.

⁹⁴ L. Duguit, *op. cit.*, t. II, p. 59.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

La reconnaissance de prérogatives de puissance publique trouve ainsi sa justification exclusive dans la finalité d'utilité publique attachée au service public. Comme l'exprimait déjà Maurice Hauriou, « l'utilité publique nécessite et justifie les droits de puissance publique »⁹⁶. Les pouvoirs reconnus à l'administration ne trouvent donc leur légitimité que dans la mission qui leur est assignée, à savoir l'exécution du service public. Le Conseil d'État résume cette équation en 2006 : « les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique »⁹⁷.

31. Le service public comme limite démocratique à l'exercice de la puissance publique.

Le droit public apparaît ainsi comme un droit de la fonction, et non comme un droit de domination. Les prérogatives reconnues à l'administration sont indissociablement liées aux exigences propres au service public, telles que la continuité, l'égalité et l'adaptabilité. Elles ne peuvent être légalement exercées en dehors de cette finalité, sous peine de détournement de pouvoir ou d'atteinte disproportionnée aux droits des administrés. Ce modèle n'est toutefois ni universel ni exclusif. Il s'est historiquement développé dans un cadre étatique marqué par la centralité de la Nation et par une conception substantielle de l'intérêt général. Or, la construction européenne s'est initialement opérée selon une logique sensiblement différente, fondée sur la primauté du marché intérieur, la libre concurrence et la neutralité des formes d'intervention publique. Dans cette perspective, l'action publique est d'abord appréhendée à travers ses effets économiques, et non à partir de la finalité politique ou sociale qui la sous-tend. Pour autant, le droit de l'Union a progressivement reconnu et structuré un nombre croissant de missions de service public, en admettant d'abord que les exigences de concurrence puissent être aménagées afin d'en permettre l'accomplissement effectif, puis en favorisant leur reconnaissance et leur développement au sein d'un cadre juridique renouvelé.

1. B. Le modèle européen : la démocratie comme vecteur d'une intégration progressive et irréversible des services d'intérêt général dans l'économie de marché

À la différence du modèle français, fondé sur une conception politique et institutionnelle du service public, le modèle européen se caractérise par une approche d'abord économique de l'action publique. Construit à l'origine autour du marché intérieur et de la concurrence, il a longtemps relégué les services d'intérêt général à une position marginale (1). Leur reconnaissance résulte d'un rééquilibrage progressif, sous l'effet des exigences démocratiques et sociales, au sein d'un cadre concurrentiel maintenu (2).

⁹⁶ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1892, p. 717 et s., cité par G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁷ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

1. 1) Un modèle européen d'origine concurrentielle progressivement rééquilibré

Le droit de l'Union européenne s'est d'abord structuré autour du marché intérieur et de la libre concurrence, reléguant les services publics à une position marginale (a). Toutefois, sous l'effet de l'élargissement des compétences de l'Union et de la montée des exigences démocratiques et sociales, cette orientation initiale a été progressivement infléchie, conduisant à une reconnaissance encadrée des services publics et des missions d'intérêt général (b).

1. a) L'Union européenne comme ordre juridique initialement structuré par le marché et la concurrence

Sur le plan juridique, la priorité accordée au marché se traduit ainsi : la primauté reconnue au marché intérieur et à la concurrence, la marginalisation de la notion de service public dans l'architecture communautaire, et un déséquilibre structurel initial dans la reconnaissance de l'intérêt général.

32. Le primat du marché intérieur et de la concurrence comme principes fondateurs de l'ordre juridique européen.

La construction européenne s'est originellement opérée autour d'un projet résolument économique dans lequel le marché intérieur et la libre concurrence constituent les principes structurants de l'ordre juridique. Le Traité de Rome du 25 mars 1957 institue en effet une Communauté économique européenne dont la finalité première réside dans la suppression des entraves aux échanges, la réalisation d'un marché commun et l'instauration d'un cadre concurrentiel garantissant la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Dans ce cadre, l'intervention publique n'est pas pensée à partir de la poursuite autonome de finalités sociales ou politiques, mais principalement à l'aune de ses effets sur le fonctionnement du marché⁹⁸.

Cette orientation initiale se traduit par une hiérarchisation implicite des objectifs communautaires, dans laquelle les considérations sociales et les missions d'intérêt général apparaissent comme secondaires, voire dérivées. Comme l'a relevé la doctrine, la dimension sociale de la construction européenne n'a longtemps constitué qu'un « produit dérivé » de l'intégration économique, subordonné à la réalisation du marché intérieur⁹⁹. L'intérêt général n'est donc pas absent du droit de l'Union, mais il n'y est pas appréhendé comme un principe structurant autonome ; il est d'abord envisagé comme une contrainte susceptible de limiter, à titre exceptionnel et strictement encadré, les mécanismes du marché.

⁹⁸ F. Denord et A. Schwartz, *L'Europe sociale n'aura pas lieu*, Raisons d'Agir, 2009.

⁹⁹ O. De Schutter, « L'équilibre entre l'économie et le social dans les traités européens », *Revue française des affaires sociales*, 2006, n° 1, pp. 131-157, spéc. p. 133.

33. La marginalisation originelle de la notion de service public dans l'architecture communautaire.

Dans cette perspective, la notion continentale de service public, historiquement associée à des prérogatives spécifiques, à des monopoles ou à des garanties publiques, se trouve en tension avec la logique européenne de concurrence libre et non faussée. Trop étroitement liée à l'idée de privilèges incompatibles avec l'égalité concurrentielle, elle peine à trouver une place dans l'architecture juridique communautaire. Le droit de l'Union ne se construit pas autour de la mission de service public, mais autour de l'activité économique, définie par son insertion dans un marché et par sa soumission aux règles de concurrence.

34. Un déséquilibre structurel initial ouvrant la voie à une reconnaissance conditionnée. Il en résulte un déséquilibre structurel originel dans lequel l'intérêt général et les services publics ne constituent pas des catégories organisatrices du droit de l'Union, mais des éléments périphériques, appréhendés à travers le prisme du marché. Ce point de départ marchand n'implique toutefois pas une hostilité de principe à l'égard des missions d'intérêt général ; il traduit plutôt une conception dans laquelle celles-ci ne peuvent être reconnues qu'à la condition de s'inscrire dans l'économie générale du marché intérieur. Comme l'ont montré J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère, le système juridique de l'Union fonctionne à cet égard comme un « creuset », dans lequel les objectifs non économiques ne peuvent émerger qu'au prix d'une adaptation progressive aux structures du marché¹⁰⁰.

C'est précisément au sein de ce cadre initialement contraint que va progressivement s'opérer une première reconnaissance des services publics et des missions d'intérêt général, sous l'effet conjugué des exigences démocratiques, sociales et territoriales, sans que le paradigme concurrentiel fondateur ne soit pour autant remis en cause.

1. b) La reconnaissance progressive des services publics sous l'effet des exigences démocratiques et sociales

Si le point de départ de la construction européenne est indéniablement marchand, cette orientation n'est pas demeurée figée. La reconnaissance des services publics et des missions d'intérêt général s'est opérée de manière progressive : d'abord par la voie jurisprudentielle à travers l'exclusion de certaines activités du champ concurrentiel, puis par l'admission fonctionnelle d'aménagements nécessaires aux règles de concurrence, avant de connaître une consolidation normative sous l'effet de la démocratisation de l'Union et de l'affirmation de ses objectifs sociaux.

¹⁰⁰ J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère, « Introduction », in J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 3 éd., 2022, pp. 23-43, spéc. pp. 27-28.

35. Une reconnaissance jurisprudentielle initiale par exclusion du champ concurrentiel.

Cette évolution s'opère d'abord sur le terrain jurisprudentiel, par touches successives. La Cour de justice admet précocement que certaines activités d'intérêt général échappent par nature à l'application des règles de concurrence lorsqu'elles ne présentent pas un caractère économique. Tel est le cas, notamment, des régimes légaux de sécurité sociale fondés sur la solidarité¹⁰¹ ou des missions régaliennes telles que la sécurité aérienne confiée à Eurocontrol¹⁰². Ces décisions marquent une première reconnaissance implicite de la spécificité de certaines missions d'intérêt général, en dehors même du cadre dérogatoire des services d'intérêt économique général.

36. L'admission fonctionnelle du service public comme limite nécessaire à la concurrence.

La véritable inflexion intervient toutefois lorsque la Cour accepte que des activités économiques poursuivant une mission d'intérêt général puissent bénéficier d'aménagements aux règles de concurrence. Dans les arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almelo*, la Cour juge que des restrictions à la concurrence, voire l'octroi de droits exclusifs, peuvent être admises lorsqu'elles sont nécessaires à l'accomplissement effectif de la mission particulière impartie à l'entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général¹⁰³. Le service public fait ainsi son entrée en droit de l'Union par la voie fonctionnelle de la nécessité, comme limite interne à l'application des règles concurrentielles.

Cette reconnaissance demeure toutefois prudente et encadrée. Comme l'a souligné la doctrine, le service public apparaît encore, à ce stade, « sous l'angle d'un régime d'exception qui ne joue aucunement un rôle moteur dans les politiques publiques européennes »¹⁰⁴. La concurrence reste la norme structurante, l'intérêt général n'étant admis qu'à titre correctif et conditionnel.

37. La consolidation juridique des services d'intérêt général sous l'effet de la démocratisation de l'Union.

À partir des années 2000, l'évolution se prolonge et s'approfondit sous l'effet de la montée en puissance des droits fondamentaux et des objectifs sociaux de l'Union. L'adoption de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, devenue juridiquement contraignante avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, marque un tournant symbolique important. Son article 36 consacre la reconnaissance et le respect de l'accès aux services d'intérêt économique général « afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Sans créer un droit subjectif opposable, cette disposition confère aux services d'intérêt général une visibilité normative nouvelle au sein de l'ordre juridique de l'Union.

¹⁰¹ CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91.

¹⁰² CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH et Eurocontrol*, aff. C-364/92.

¹⁰³ CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, pt 14 ; CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, pt 46 et s.

¹⁰⁴ J.-L. Quermonne, « Préface », in P. Bauby, *L'eupéanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 8.

Dans le même mouvement, la jurisprudence *Altmark* précise les conditions dans lesquelles les compensations accordées aux entreprises chargées de missions de service public peuvent échapper à la qualification d'aides d'État, rendant juridiquement praticable le financement durable des services d'intérêt économique général¹⁰⁵. Parallèlement, la Commission européenne assume de manière plus explicite le rôle des services d'intérêt général dans le modèle européen, soulignant leur contribution essentielle à la cohésion sociale et territoriale ainsi qu'à la compétitivité de l'économie européenne¹⁰⁶.

Cette reconnaissance renforcée ne saurait toutefois être interprétée comme une remise en cause du fondement économique de l'Union. Elle s'inscrit dans une logique d'ajustement et de rééquilibrage interne, visant à intégrer les exigences démocratiques et sociales au sein même du cadre concurrentiel. Comme l'observe P. Bauby, l'eupéanisation des services publics « n'est pas linéaire », mais constitue un processus « fait d'avancées et de reculs », au sein duquel les intérêts économiques et sociaux demeurent en tension permanente¹⁰⁷. Ainsi, la reconnaissance des services publics en droit de l'Union apparaît moins comme un dépassement du paradigme marchand que comme son infléchissement progressif.

1. 2) Un rééquilibrage progressif sans remise en cause du paradigme concurrentiel

La reconnaissance croissante des services d'intérêt général en droit de l'Union ne s'est pas traduite par un abandon de la logique de marché. Elle procède d'un rééquilibrage interne, fondé, d'une part, sur une différenciation des services d'intérêt général permettant d'adapter l'application des règles concurrentielles (a), et, d'autre part, sur le maintien de la concurrence comme cadre structurant de l'intégration européenne, qui conditionne et limite cette reconnaissance (b).

1. a) La différenciation des services d'intérêt général comme technique d'intégration de l'intérêt général

Ce rééquilibrage s'opère, en premier lieu, par une différenciation des services d'intérêt général, par laquelle le droit de l'Union substitue à une notion unitaire du service public une approche fonctionnelle et graduée, permettant de moduler l'application des règles de concurrence.

¹⁰⁵ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00.

¹⁰⁶ Commission européenne, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004 ; Commission européenne, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM(2007) 725, 20 novembre 2007.

¹⁰⁷ P. Bauby, *L'eupéanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 24.

38. Une approche analytique et fonctionnelle en lieu et place d'une notion unitaire du service public.

La reconnaissance progressive des services publics en droit de l'Union ne s'est pas opérée par l'adoption d'une notion unitaire et substantielle du service public, comparable à celle qui structure traditionnellement le droit administratif français. Elle repose, au contraire, sur une démarche analytique et différenciée, fondée sur la diversité des activités d'intérêt général et sur la modulation des régimes juridiques qui leur sont applicables. Le droit de l'Union privilégie ainsi une approche fonctionnelle, consistant à identifier les services d'intérêt général à partir de leur nature économique ou non économique, afin de déterminer le degré d'application des règles du marché intérieur et de la concurrence.

Cette méthode se traduit par l'émergence de la catégorie générale des services d'intérêt général (SIG), définis comme les « services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public »¹⁰⁸. Cette définition volontairement large permet d'englober un vaste éventail d'activités, allant des grandes industries de réseau aux services sociaux, éducatifs et sanitaires, et reflète la volonté de l'Union de reconnaître la pluralité des missions d'intérêt général sans en figer le contenu.

39. La différenciation interne des services d'intérêt général comme instrument de modulation du droit de la concurrence.

Au sein de cette catégorie générique, le droit de l'Union opère une distinction entre les services d'intérêt économique général (SIEG) et les services non économiques d'intérêt général (SNEIG). Les premiers correspondent à des activités économiques soumises, en principe, aux règles du marché et de la concurrence, mais susceptibles de bénéficier d'aménagements lorsque l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur est impartie¹⁰⁹. Les seconds, en revanche, échappent largement au champ d'application du droit de la concurrence et relèvent principalement de la compétence organisationnelle des États membres, notamment lorsqu'ils concernent des missions régaliennes ou des régimes légaux de solidarité¹¹⁰.

À cette distinction s'ajoute une catégorie intermédiaire, celle des services sociaux d'intérêt général (SSIG), qui occupe une place particulière dans l'architecture européenne. Ces services, qui comprennent notamment la santé, la protection sociale, l'aide aux personnes, l'emploi ou le

¹⁰⁸ Commission européenne, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004.

¹⁰⁹ TFUE, art. 106, § 2.

¹¹⁰ Commission européenne, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM(2007) 725, 20 novembre 2007.

logement social, sont reconnus pour leur contribution essentielle à la cohésion sociale et territoriale ainsi qu'à l'effectivité des droits fondamentaux¹¹¹. Leur qualification juridique demeure toutefois ambivalente, la Cour de justice rappelant que le caractère « social » d'une activité n'exclut pas, en soi, sa qualification d'activité économique, laquelle dépend de ses modalités concrètes d'exercice¹¹².

40. Une technique d'intégration graduée de l'intérêt général sans remise en cause du cadre concurrentiel.

Cette différenciation des services d'intérêt général permet ainsi au droit de l'Union d'intégrer l'intérêt général sans remettre en cause l'architecture concurrentielle du marché intérieur. En modulant l'intensité de l'application des règles de concurrence en fonction de la nature des activités concernées, l'Union parvient à reconnaître la spécificité de certaines missions tout en préservant la cohérence du cadre économique européen. La diversité des régimes applicables aux SIG témoigne dès lors moins d'une fragmentation du droit de l'Union que d'une stratégie d'intégration graduée, visant à concilier la pluralité des missions d'intérêt général et l'unité du marché intérieur.

Cette technique de différenciation constitue ainsi un levier essentiel du rééquilibrage européen en faveur des services publics. Elle révèle toutefois une limite structurelle, en ce que l'intégration de l'intérêt général demeure conditionnée par son articulation avec la logique de marché qui continue de constituer le cadre de référence du droit de l'Union. C'est précisément cette persistance du paradigme concurrentiel, malgré la diversification des services d'intérêt général reconnus, qui appelle l'analyse du point suivant.

1. b) La persistance de la logique concurrentielle : un rééquilibrage sans renversement de paradigme

Ce rééquilibrage s'opère néanmoins dans les limites d'un cadre concurrentiel maintenu qui conditionne tant l'admission des dérogations au droit de la concurrence que la portée même de la reconnaissance des services d'intérêt général.

41. Le caractère conditionné et proportionné des dérogations au droit de la concurrence.

La différenciation des services d'intérêt général et la reconnaissance progressive de leur rôle en droit de l'Union ne sauraient être interprétées comme le signe d'un dépassement du paradigme concurrentiel. Malgré l'affirmation croissante d'objectifs sociaux, de considérations territoriales et de valeurs démocratiques, l'Union européenne demeure substantiellement structurée par un projet

¹¹¹ Commission européenne, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*, COM(2006) 177, 26 avril 2006.

¹¹² CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. jointes C-180/98 à C-184/98.

économique dans lequel le marché intérieur et la concurrence continuent de constituer le cadre de référence de l'action publique européenne. Le rééquilibrage opéré en faveur des services publics ne procède ainsi ni d'une rupture conceptuelle ni d'un renversement de hiérarchie des normes, mais d'un ajustement interne visant à rendre compatibles les exigences d'intérêt général avec les disciplines du marché.

Cette persistance se manifeste d'abord par le caractère strictement conditionné des aménagements apportés aux règles de concurrence. L'article 106, § 2 TFUE rappelle que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général demeurent soumises aux règles des traités, « notamment aux règles de concurrence », les dérogations admises n'étant justifiées que dans la mesure où l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur est impartie. La jurisprudence *Corbeau* et *Commune d'Almelo* illustre cette logique de nécessité et de proportionnalité, en subordonnant toute restriction à la concurrence à son caractère indispensable à la mission de service public¹¹³. La concurrence demeure ainsi la norme, l'intérêt général n'étant admis qu'à titre correctif.

Cette logique conditionnelle se retrouve également dans l'encadrement du financement des services publics. La jurisprudence *Altmark* n'a pas pour effet de sanctuariser les compensations de service public, mais de les soumettre à des critères stricts destinés à éviter toute distorsion injustifiée de concurrence¹¹⁴. Loin de reconnaître un droit général au financement public des missions d'intérêt général, le droit de l'Union encadre étroitement les modalités de leur compensation afin de préserver l'intégrité du marché intérieur.

42. La concurrence comme cadre structurel indépassable de l'intégration européenne.

Au-delà des mécanismes juridiques, cette persistance du paradigme concurrentiel s'explique par une tension structurelle entre les modalités d'organisation des services publics et le fonctionnement des activités économiques de marché. Les services publics se caractérisent en effet par l'existence d'obligations spécifiques, de mécanismes de compensation, de droits exclusifs ou de garanties publiques, ainsi que, fréquemment, par l'absence de recherche de profit ou la fixation de prix abordables. Ces caractéristiques sont susceptibles d'entrer en conflit avec le jeu normal de la concurrence et avec la logique de maximisation économique propre au marché. Il existe ainsi un rapport structurellement conflictuel entre les activités de service public et les activités exercées sur le marché, ces deux logiques obéissant à des rationalités distinctes et partiellement contradictoires.

¹¹³ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91 ; CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92.

¹¹⁴ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00.

Si une convergence progressive a pu être observée, tant par l'adaptation des services publics aux exigences du marché que par l'assouplissement ciblé des règles concurrentielles afin de permettre l'accomplissement effectif de certaines missions d'intérêt général, cette convergence demeure nécessairement limitée. Aller trop loin dans l'assimilation des services publics aux activités marchandes risquerait d'altérer leur finalité propre et leur capacité à répondre à des besoins collectifs essentiels, tandis qu'un affaiblissement excessif des disciplines du marché porterait atteinte à la cohérence et à l'efficacité de l'économie de marché européenne. Comme l'a souligné la doctrine, l'eupéanisation des services publics est un processus « tendu et parfois heurté, fait d'avancées et de reculs », dans lequel les stratégies des acteurs et les contraintes économiques jouent un rôle déterminant¹¹⁵.

Le droit de l'Union organise ainsi un équilibre fondamentalement instable mais assumé, fondé non sur la fusion des modèles économique et social, mais sur leur coexistence encadrée. La reconnaissance et le développement des services d'intérêt général procèdent moins d'un dépassement de la logique concurrentielle que de son aménagement progressif. En ce sens, la persistance du paradigme concurrentiel ne constitue pas un simple résidu du projet européen originel, mais bien le cadre structurel au sein duquel l'intérêt général et les services publics peuvent être juridiquement reconnus et développés.

Conclusion générale. L'étude comparée des divers modèles démocratiques permet de dégager une conclusion générale : loin de constituer une construction contingente ou idéologiquement située, le service public apparaît comme une donnée structurelle des régimes démocratiques. Dès lors que la légitimité du pouvoir repose sur la poursuite de l'intérêt général et sur la participation des citoyens, la prise en charge collective de certaines fonctions essentielles tend à s'imposer comme une exigence inhérente à l'exercice démocratique du pouvoir.

L'analyse des évolutions observées au sein de systèmes initialement construits sur des logiques libérales ou concurrentielles met en évidence que la démocratie porte en elle une dynamique propre, irréductible aux cadres juridiques qui l'ont historiquement façonnée. Qu'il s'agisse du constitutionnalisme libéral américain ou du modèle européen fondé sur la primauté du marché et de la concurrence, l'expérience révèle que ces systèmes, pourtant structurellement peu propices à l'intervention publique, ont été progressivement conduits à intégrer des mécanismes de prise en charge de l'intérêt général.

¹¹⁵ P. Bauby, *L'eupéanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 24.

Cette évolution ne résulte ni d'une rupture idéologique ni d'un renoncement aux principes fondateurs du libéralisme ou de l'économie de marché, mais de la force même de la dynamique démocratique, qui impose, tôt ou tard, l'organisation collective de certaines fonctions essentielles. La démocratie apparaît ainsi comme un facteur d'évolution interne des ordres juridiques, les contraignant à aménager leurs cadres normatifs afin de garantir l'effectivité de l'intérêt général, y compris par des formes de prise en charge publique.

L'exemple français confirme pleinement cette dynamique et en constitue l'une des expressions les plus abouties. C'est à partir de la consolidation du régime républicain et de l'enracinement de la démocratie que le service public s'est progressivement imposé comme un modèle structurant du droit public. Loin d'être une simple construction technique, il est devenu le vecteur juridique privilégié de la prise en charge de l'intérêt général et le fondement de l'autonomie d'un droit administratif dérogatoire au droit commun.

Le service public apparaît dès lors non comme une option politique parmi d'autres, mais comme l'une des conditions juridiques de possibilité de la démocratie en acte.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux et de théorie politique et juridique

ARISTOTE, *Politiques*, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris, Ladrance, 3 éd., 1874.

CICÉRON, *De l'invention*, trad. H. Bornecque, Paris, Les Belles Lettres, 1994.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1892.

KELSEN (H.), *La démocratie : sa nature, sa valeur (Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929)*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2 éd., 2004.

PLATON, *Les Lois*, trad. V. Cousin, Paris, Gallimard, 1992.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.

SIEYÈS (E.-J.), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, 1789.

TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, t. I-II, Paris, Charles Gosselin, 1835-1840.

WEBER (M.), *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, Paris, Union générale d'éditions, coll. « 10/18 », 1963.

WILLEMS (P.), *Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien*, Louvain, C. Peeters ; Paris, E. Thorin ; Berlin, Calvary, 5 éd., 1883.

NICOLET (C.), *Rome et la conquête du monde méditerranéen (264-27 av. J.-C.)*, t. I : *Les structures de l'Italie romaine*, Paris, PUF, coll. « Nouvelle Clio », 2001.

II. Ouvrages et manuels de droit administratif et constitutionnel

BRUNET (P.), HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, « Lextenso », 46 éd., 2025-2026.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2 éd., 1973.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. I, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 15 éd., 2001.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 14 éd., 2022.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3 éd., 1927-1928.

GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-É.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 38 éd., 2024-2025.

PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 5 éd., 2024.

TUSSEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Seuil, 7 éd., 2024.

ZOLLER (É.), MASTOR (W.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 3 éd., 2020.

III. Service public et intérêt général

BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », vol. 206, 2 éd., 2001 (1 éd. 1999).

GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 4 éd., 2016.

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (C.), VIROT-LANDAIS (A.), *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 5 éd., 2024.

LE MASNE (P.), *Les services publics : Approches économiques et enjeux sociaux*, Rennes, Presses

universitaires de Rennes, coll. « Didact Économie », 2007.

IV. Droit de l'Union européenne et services d'intérêt général

AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 3 éd., 2022.

BAUBY (P.), *L'eupéanisation des services publics*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

DENORD (F.), SCHWARTZ (A.), *L'Europe sociale n'aura pas lieu*, Paris, Raisons d'Agir, 2009.

NOVAK (W. J.), *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996.

V. Articles et contributions doctrinales

CARRATIER-DUBOIS (L.), « Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950) », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3, n° 52-3, p. 51-74.

CUSTOS (D.), « La notion d'ordre public économique aux États-Unis », in LAGET-ANNAMAYER (A.) (dir.), *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2018, partie II, chap. 3.

DE SCHUTTER (O.), « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue française des affaires sociales*, 2006, n° 1, p. 131-157.

HENKIN (L.), « Les droits économiques dans la Constitution américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, p. 421-450.

LETTELLIER (É.), « Aller au théâtre dans les villes romaines. Une approche historique et archéologique », *Histoire urbaine*, vol. 38, n° 3, 2013, p. 37-60.

MERLAND (G.), « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

POULET (F.), « Les services publics et le phénomène de massification », in PONTIER (J.-M.), NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U.) (dir.), *Le droit administratif aux défis du XXe siècle*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques et Essais », 2022, p. 230-231.

QUERMONNE (J.-L.), « Préface », in BAUBY (P.), *L'eupéanisation des services publics*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 7-9.

STIRN (B.), « La conception française du service public », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 1993.

TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in CONSEIL D'ÉTAT, *L'intérêt général, Études et documents du Conseil d'État*, n° 50, 1999, p. 361-374.

VI. Rapports et documents institutionnels

COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final, 12 mai 2004.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM (2007) 725, 20 novembre 2007.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*, COM (2006) 177, 26 avril 2006.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999 – L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 1999.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), *Rapport sur le service public*, Paris, La Documentation française, 1996.

TABUTEAU (D.), *Discours de rentrée du Conseil d'État*, 7 septembre 2022.

VII. Jurisprudence

France

TC, 8 février 1873, Blanco, n° 00012, Rec. 1er suppl., p. 61.

CE, 22 mars 1901, *Pagès*, n° 98812, Rec. p. 315.

CE, 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, n° 39234, Rec. p. 121.

CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, n° 57302, Rec. p. 417.

CE, 28 juin 1963, *Narcy*, n° 43834, Rec. p. 401.

CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

CE, Sect., 22 février 2007, *APREI*, n° 264541, Rec. p. 92.

Union européenne

CJUE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. p. I-2533.

CJUE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. p. I-1477.

CJUE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, C-159/94, Rec. p. I-5815.

CJUE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. jointes C-180/98 à C-184/98.

CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, Rec. p. I-7747.

États-Unis

Supreme Court, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 1877.

Supreme Court, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 1897.

Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905.

Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 1934.

Supreme Court, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 1937.

Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 1938.

Demokratik rejimlerde kamu hizmetinin kaçınılmaz kökleşmesi: Fransız ve Avrupa örneği¹¹⁶

Giriş

Demokratik rejimlerde kamu yararının gerçekleştirilmesi temel bir gereklilik olup, kamu hizmeti bu amacın hayata geçirilmesinde en güvenilir araçlardan biri olarak öne çıkmaktadır. Eşitlik ile sosyal ve bölgesel uyum gibi temel ilkelerin somutlaşmasını sağlayan kamu hizmeti, siyasal örgütlenmenin hem meşruiyetine hem de sürekliliğine katkıda bulunmaktadır. Bu yapısal bağ tarihsel bir süreklilik göstermektedir: Antik Yunan'dan Roma Cumhuriyeti'ne, oradan çağdaş Fransa'ya ve Avrupa Birliği'ne kadar kamu hizmeti, toplumsal bütünleşmenin ve siyasal düzenin meşruiyetinin temel dayanaklarından biri olmayı sürdürmüştür.

Bu çerçevede, öncelikle “demokrasi” kavramının neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Genel anlamda demokrasi, egemenliğin halka ait olduğu ve halk tarafından doğrudan ya da seçilmiş temsilciler aracılığıyla kullanıldığı siyasal rejimi ifade etmektedir¹¹⁷. Doktrin, demokrasinin tekil ve yeknesak bir yapıya indirgenemeyeceğini ve farklı biçimler altında ortaya çıktığını uzun süredir vurgulamaktadır¹¹⁸. Bu kavramsal karmaşıklık Hans Kelsen tarafından da erken dönemde ortaya konmuştur¹¹⁹. Bununla birlikte demokrasi anlayışı bakımından iki temel yaklaşım ayırt edilebilir. Dar anlamda ele alınan doğrudan demokrasi, tüm yurttaşların siyasal iktidarın kullanılmasına fiilî ve tam katılımına dayanmakta olup Antik Atina bunun en bilinen örneğini oluşturmaktadır. Günümüzde bu model büyük ölçüde marjinal bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık temsili demokrasi, halkın siyasal iktidarın kullanılmasına seçilmiş temsilciler aracılığıyla dolaylı olarak katıldığı ve yönetenlerin topluluk karşısında siyasal sorumluluk taşıdığı rejimleri kapsamaktadır. Günümüzde baskın olan bu geniş yaklaşım, siyasal iktidarın meşruiyetinin ortak yararın gerçekleştirilmesine dayanması koşuluyla modern demokratik rejimlerin büyük çoğunluğunu kapsamaktadır¹²⁰.

¹¹⁶ Bu çalışmada yararlanılan kaynaklar Fransızca eserlerden oluşmaktadır. Metinde yer alan alıntıların Türkçe çevirileri tarafımızdan yapılmıştır. Kaynakçada kullanılan Fransızca baskılar ve bu baskıların çevirmenleri belirtilmiştir.

¹¹⁷ G. Cornu (yön.), *Vocabulaire juridique* [Hukuk Sözlüğü], Association Henri Capitant, PUF, «Quadrige» serisi, 14. bs., 2022, “Démocratie” md.

¹¹⁸ G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques* [Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar], Paris, Seuil, 7. bs., 2024, s. 33 vd.; É. Zoller ve W. Mastor, *Droit constitutionnel* [Anayasa Hukuku], Paris, PUF, 3. bs., 2020, n° 5, s. 17 vd.; P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel* [Anayasa Hukuku], Paris, LGDJ, «Lextenso», 46. bs., 2025-2026, n° 77, s. 108 vd.; J. Gicquel ve J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* [Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar], Paris, LGDJ, «Précis Domat», 38. bs., 2024-2025, n° 422, s. 286; ayrıca bkz. G. Burdeau, *Traité de science politique* [Siyaset Bilimi İncelemesi], Paris, LGDJ, 2. bs., 1973.

¹¹⁹ H. Kelsen, *La démocratie: sa nature, sa valeur* [Demokrasi: Niteliği ve Değeri], çev. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2. bs., 2004.

¹²⁰ G. Tusseau, a.g.e., s. 68.

Bununla birlikte, modern dönemlerde demokrasi kavramı, yalnızca yönetenlerin sayısına, iktidara geliş biçimlerine ya da iktidarı kullanma tarzlarına indirgenemez. Demokratik biçim, toplumu oluşturan bireylerin esenliğini hedeflemediği sürece yeterli değildir. Bu nedenle demokratik sistem, hem bireylerin çıkarlarını hem de kolektif çıkarı güvence altına almayı amaçlayan değerler ve ilkeler tarafından yönlendirilmektedir. Bu bağlamda, bir yandan kamu yararının gerçekleştirilmesi, diğer yandan bireysel özgürlüklerin korunması, demokratik bir rejimin iki temel amacını oluşturmaktadır.

Kamu hizmeti kavramı da karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Nitekim Fransız hukuku ile Avrupa Birliği hukuku, aralarında kademeli bir yakınlaşma gözlemlenebilmekle birlikte, kamu hizmetine ilişkin aynı anlayışı paylaşmamaktadır. Fransız hukukunda doktrin, René Chapus'nun şu tanımına atıf yapmaktadır: “Bir faaliyet, kamu yararı amacıyla bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütüldüğünde ya da üstlenildiğinde kamu hizmeti teşkil eder.”¹²¹. Buna göre kamu hizmeti, iki kümülatif ölçüte dayanmaktadır: faaliyetin kamu yararı niteliği taşıması ve bir kamu tüzel kişininin doğrudan ya da dolaylı varlığı. Bu yönüyle kamu hizmeti, tek başına ele alınan kamu yararı kavramından ayrılmaktadır: kamu yararına yönelik her faaliyet kamu hizmeti oluşturmaz; yalnızca kamu gücünün, doğrudan ya da dolaylı biçimde ve kendi denetimi altında üstlenmeyi tercih ettiği faaliyetler kamu hizmeti niteliği kazanır. Bu tanım, kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan yürütülen hizmetleri kapsadığı gibi, yönetimi özel kişilere bırakılmış olmakla birlikte kamu otoritesinin denetimi altında yürütülen hizmetleri de içermektedir¹²².

Avrupa Birliği hukukunda ise “genel çıkar hizmetleri” (GCH) kavramı tercih edilmekte olup, bu kavram daha esnek ve esas itibarıyla işlevsel nitelikte bir yaklaşıma dayanmaktadır. Bu yaklaşım, bir yandan faaliyetin bir kamu otoritesine açık biçimde bağlanmasını, yani bu otorite tarafından verilen açık bir görevlendirmeye dayanmasını; diğer yandan ise faaliyetin genel çıkar kapsamında nitelendirilmesini gerektirmektedir¹²³.

Birlik hukuku ayrıca, faaliyetin ekonomik niteliğine bağlı olarak genel çıkar hizmetlerini farklı kategorilere ayırmaktadır: genel ekonomik çıkar hizmetleri (*Services of General Economic Interest*, SGEI), ekonomik nitelik taşımayan genel çıkar hizmetleri (*Non-Economic Services of General Interest*, NESGI) ve bazı faaliyetler bakımından genel çıkar sosyal hizmetleri (*Social Services of General Interest*, SSIGI). Fransız hukuku, bu ayrımları tamamen göz ardı etmemekle birlikte, idari

¹²¹ R. Chapus, *Droit administratif général* [Genel İdare Hukuku], c. 1, Paris, LGDJ, «Précis Domat», 15. bs., 2001, n° 748, s. 579.

¹²² Fransa Danıştay (Conseil d'État), 20 Aralık 1935, *Établissements Vézia*, n° 39234, Rec.p. s. 121; CE, 13 Mayıs 1938, *Caisse primaire «Aide et protection»*, n° 57302, Rec. p. 417; CE, 28 Haziran 1963, *Narcy*, n° 43834, Rec. p. 401; CE, 22 Şubat 2007, *APREI*, n° 264541, Rec. p. 92.

¹²³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), 24 Temmuz 2003, *Altmark Trans GmbH ve Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. p. I-7747; Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİHA), m. 14 ve ABİHA'ya ekli Genel Çıkar Hizmetlerine İlişkin 26 No'lu Protokol.

kamu hizmetleri ile endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri arasındaki klasik ayrımı sürdürmesi nedeniyle, Fransız ve Avrupa yaklaşımları, yakınlaşmaya rağmen farklı mantıklar üzerine kurulu olmaya devam etmektedir.

Bu nüanslara rağmen, zaman içinde kademeli bir yakınlaşmanın ortaya çıktığı gözlemlenebilmektedir: başta Fransız hukuku olmak üzere ulusal hukuklar, daha az liberal bir nitelik kazanan Birlik hukukunun evrimini etkilemiş; buna karşılık Avrupa Birliği hukuku da rekabet düzeninin daha güçlü biçimde dikkate alınması yönünde Fransız hukukunun gelişimine katkıda bulunmuştur.

Kamu hizmetine ilişkin kavramlar ve hukuki rejimler, Fransız ve Avrupa toplumları ile kurumlarının demokratik niteliğinden bağımsız değildir. Fransa'da kamu hizmeti, Üçüncü Cumhuriyet'ten itibaren demokrasinin pekişmesiyle birlikte kesin biçimde kökleşmiştir. Avrupa Birliği hukuku bakımından da benzer bir paralellik gözlemlenmektedir. Birlik giderek daha siyasal ve daha demokratik bir boyut kazandıkça, kamu hizmeti de Birlik hukuk düzeni içinde daha kapsayıcı bir yer edinmekte ve artan bir önem taşımaktadır.

Şüphesiz, bu ilişki salt tarihsel bir rastlantının ürünü olarak da değerlendirilebilir. Ancak tarih, demokrasi ile kamu yararına yönelik faaliyetlerin kamu topluluğu tarafından üstlenilmesi arasındaki bağın köklü bir geçmişe sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Antik Çağ'dan itibaren, güvenlik, adalet ya da eğitim gibi işlevlerin kolektif biçimde örgütlenmesi, bu dinamiğin sürekliliğine işaret etmektedir. Günümüzde Fransa'da, kamu hizmeti, kamu hukukunun merkezi kavramlarından biri olmanın yanı sıra, cumhuriyetçi meşruiyetin de temel dayanaklarından birini oluşturmaktadır. Avrupa ölçeğinde ise, başlangıçta liberal piyasanın üstünlüğü etrafında yapılandırılmış olan bir düzenin, Birlik içinde sosyal ve bölgesel uyumla bağlantılı ortak değerler olarak genel çıkar hizmetlerini kademeli biçimde içselleştirdiği gözlemlenmektedir.

Ne var ki bu tarihsel ve kuramsal açıklık çeşitli itirazlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bir yandan bazı liberal demokratik rejimler kamu hizmetlerine sınırlı bir rol tanımakta ve piyasa mekanizmalarını önceliklendirmektedir. Öte yandan rekabet kuralları ve ekonomik özgürlükler, çağdaş demokratik rejimlerin gerekleri olmakla birlikte, zaman zaman kamu hizmeti mantığıyla gerilim içinde görünmektedir. Bu durum demokratik rejimin farklı bileşenleri arasında bir paradoks ve çeşitli çatışmalara yol açmaktadır.

Bu durumda problematik şu şekilde formüle edilebilir: **Kamu hizmeti neden demokratik rejimlerde kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır ve bu dinamik çağdaş Fransız ve Avrupa modellerinde nasıl tezahür etmektedir?**

Bu çalışmada savunulan temel hipotez, kamu hizmetinin her demokratik rejimin asli bir bileşeni olduğudur. Zira demokrasi, iktidarın kullanılmasının bizzat amacını oluşturan kamu yararının etkinliğini, evrenselliğini ve sürekliliğini güvence altına alabilecek kurumsal araçlara ihtiyaç duymaktadır. İktidarın meşruiyetini halktan aldığı her yerde, toplumun tamamının yararına hizmet edecek yapıları örgütleme eğilimi de ortaya çıkmaktadır. Devlet okulu, hastane, enerji hizmetleri, temel yaşamsal ihtiyaçlara erişim ya da toplu ulaşım, demokratik değerlerin merkezinde yer alan eşitlik ve dayanışma gereğinin somut ifadeleri olarak bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu itibarla, eşitliği, dayanışmayı ve sosyal adaleti güvence altına alabilmek için böylesine temel bir araçtan yoksun bir demokratik rejimi tasavvur etmek güç görünmektedir.

Demokratik rejimlerde kamu hizmeti, toplumun temel ihtiyaçlarının kolektif biçimde üstlenilmesine yönelik ortak iradenin bir ifadesi olarak vazgeçilmez bir kurum hâline gelmektedir. Demokrasi ile kamu hizmeti arasındaki bu sıkı bağ, halk adına hareket ettiğini iddia eden her iktidarın kamu yararının gerçekleştirilmesini güvence altına alacak mekanizmaları örgütleme zorunluluğunda kendini göstermektedir.

Bu bağlamda kamu hizmeti, söz konusu amacın kurumsal ifadesi hâline gelmektedir. Yalnızca idari bir yönetim biçimi olmanın ötesine geçen kamu hizmeti, kolektif iradeyi somutlaştırmakta, toplumsal ihtiyaçları hiyerarşik bir düzene koymakta ve hizmetlere eşit erişimi, dayanışmayı ve sosyal adaleti güvence altına almaktadır.

Bu yönüyle kamu hizmeti, varlığı itibarıyla siyasal iktidarın meşruiyetinin temellerinden birine katkıda bulunan ve demokratik düzenin sürekliliğini sağlayan bir unsur olarak da değerlendirilebilir; zira kamu hizmeti, vatandaşların kurumlara bağlılığını meşrulaştıran değerlerin fiilen hayata geçirilmesini temin etmektedir. Bu analiz, siyasal iktidarın meşruiyetini kurumsal düzenin geçerliliğinin tanınmasına dayandıran Max Weber'in çalışmalarının çağdaş bir yorumuna dayanmaktadır¹²⁴.

Bununla birlikte, özel aktörlerin de kamu yararına yönelik hedeflerin gerçekleştirilmesine katkıda bulunabildiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu müdahale, tek başına, eşitlik, süreklilik ve vatandaşlar ile hizmetten yararlananlar karşısında hesap verebilirlik güvencelerini sağlamaya yetmemektedir. Ayrıca kamu hizmeti, maliyeti, etkinliği ya da rekabet ilkeleri ve ekonomik özgürlüklerle yaşadığı gerilimler nedeniyle sıkça eleştirilmektedir; oysa bu ilkeler de çağdaş demokratik rejimlerin gerekleri arasında yer almaktadır. Ne var ki bu eleştiriler, her türlü uzlaşmayı dışlamamaktadır. Nitekim

¹²⁴ 9. M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Union générale d'éditions, 1963, özellikle s. 102 vd.; G. Merland tarafından aktarıldığı şekliyle: "L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, sy. 16, 2004.

1990'lı yıllardan bu yana Fransız hukukunda ve Avrupa Birliği hukukunda gözlemlenen gelişmeler, kamu hizmetinin örgütlenme ve işletilme biçimleri bakımından performans ve rekabet gereklerine uyum sağlayabildiğini, demokratik amacından vazgeçmeksizin kendini dönüştürebildiğini ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede inceleme iki aşamada yürütülecektir: önce demokrasi ile kamu hizmeti arasındaki özel bağ ele alınacak (§1), ardından bunun Fransız ve Avrupa hukuk düzenlerindeki hukuki yansımaları incelenecektir (§2).

§1. Kamu hizmeti: çağdaş demokrasilerin özel bir gerekliliği

Demokrasi, halk için yönetim olarak anlaşıldığında, ortak ihtiyaçların karşılanmasını sağlamaya yönelik mekanizmaların aşamalı biçimde kurulmasını zorunlu kılar. Bu nedenle demokrasi ile kamu hizmeti arasındaki bağ, demokratik rejimlerin bizzat amaçlarından kaynaklanmaktadır. Zira bu rejimler meşruiyetlerini kamu yararının gerçekleştirilmesine ve toplumun temel ihtiyaçlarına kolektif bir yanıtın örgütlenmesine dayandırmaktadır.

Kamu hizmeti ile demokrasi arasındaki bu özel ilişki, kuramsal düzeyde demokratik siyasal rejimlerin kurucu unsurlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır (A). Bununla birlikte, ekonomik özgürlüklerin üstünlüğü ve serbest rekabet ilkeleri ile karakterize edilen çağdaş liberal demokrasilerde bu ilişkinin sınındığı da görülmektedir. Ancak çalışma, bu gerilimin söz konusu temel ilişkiyi ortadan kaldırmadığını göstermektedir (B).

A: Demokratik rejimlerin kurucu bir unsuru olarak toplumsal ihtiyaçların üstlenilmesi

Temel ihtiyaçların kolektif olarak üstlenilmesi, meşruiyetini ortak yararın (*bien commun*) gerçekleştirilmesine dayandıran siyasal rejimlerin sürekli bir özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Çağdaş devletlere özgü bir yenilik olmaktan uzak olan bu gereklilik, siyasal otoritenin genel çıkara yöneliminin, meşruiyetinin bizzat koşulunu oluşturduğu kadim bir geleneğe dayanmaktadır.

Bu mantık, ilk olarak antik siyasal deneyimlerde kendini göstermektedir; zira ortak yararın ve kamusal faydanın gözetilmesi, yurttaşlık yaşamı için zorunlu olan temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesine yol açmıştır (1). Aynı mantık, çağdaş demokrasilerde de sürmektedir. Bu bağlamda demokratik siyasal otoritenin genel çıkar amacının, kolektif ihtiyaçlara örgütlü ve kurumsallaşmış bir biçimde yanıt verme yükümlülüğünü beraberinde getirdiği giderek kabul edilmekte; bu yükümlülük ise hukuki ifadesini en belirgin biçimde kamu hizmeti kurumunda bulmaktadır (2).

1) Kolektif ihtiyaçların üstlenilmesinin antik kökenleri

Bu gereklilik, bir yandan ortak yararın siyasal otoritenin meşruiyetinin temelini oluşturduğu Yunan siyasal düşüncesinde (a); diğer yandan ise kamusal faydanın *res publica*'nın örgütlenmesini yapılandırdığı Roma Cumhuriyeti'nde (b) kendini göstermektedir.

a) Antik Yunan'da erdemli yönetim anlayışı ve kamu yararının gözetilmesi

Yunan siyasal düşüncesinde ortak yararın gözetilmesi, siyasal otoritenin meşruiyetinin temel dayanağını oluşturmakta ve yönetim biçimlerinin değerlendirilmesinin ötesinde, yurttaşlık yaşamının maddi koşullarının kolektif biçimde üstlenilmesini gerekli kılmaktadır.

1. Ortak iynin siyasal iktidarın meşruiyet ölçütü olarak kabul edilmesi.

Yunan siyasal düşüncesinde siyasal otoritenin meşruiyeti, öncelikle rejimin kurumsal biçimine ya da yönetenlerin sayısına göre değil, izlediği amaca göre tanımlanmaktadır. *Polis*, ortak iyiyi, adaleti ve insanın yetkinleşmesini hedefleyen amaçsal bir siyasal topluluk olarak tasavvur edilmektedir. Bu teleolojik yönelim, siyasal bakımdan meşru rejimler ile “yozlaşmış” rejimler arasındaki ayrımı da belirleyici ölçütü oluşturmaktadır.

Aristoteles bu ilkeyi açık biçimde formüle ederek, ortak yararı gözetten “doğru” anayasalar ile yönetenlerin kendi özel çıkarlarını önceleyen “yozlaşmış” anayasalar arasında bir ayrım yapmaktadır¹²⁵. Bu çerçevede meşru yönetim, siyasal eylemin iktidarın kullanılma biçiminden ya da yönetenlerin niteliklerinden bağımsız olarak, topluluğun bütününe yararına yöneltilmesini ifade etmektedir.

Bu özsel (maddi) meşruiyet anlayışı, siyasal rejimlerin kurumsal mimarilerine bakılarak değil, genel yarara fiilen hizmet etme kapasitelerine göre değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

2. Nihai amaç ölçütü karşısında antik demokrasinin sınanması: koşullu bir meşruiyet.

Bu amaçsal (finalist) siyasal otorite anlayışı, antik rejimler tipolojisi içinde demokrasinin konumunu sorgulamayı gerekli kılmaktadır. Nitekim ne Platon ne de Aristoteles, demokrasiyi en iyi yönetim biçimi olarak kabul etmektedir. Özellikle Aristoteles, demokrasiyi, çoğunluğun kendi çıkarı doğrultusunda kullanıldığı ölçüde, yozlaşmış yönetim biçimleri arasında sınıflandırmaktadır¹²⁶.

¹²⁵ Aristoteles, *Politiques* [Politika], çev. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris, Ladrance, 3. bs., 1874, Kitap III, Bölüm VII, § 1279a-1279b.

¹²⁶ Bkz. Aristoteles, a.g.e., Kitap III, Bölüm VII.

Bununla birlikte, bu değerlendirmelerin tarihsel ve kurumsal bağlamları içinde ele alınması gerekir. Antik demokrasi, çağdaş temsili demokrasilerden köklü biçimde farklıdır. Ne evrensel hukuki eşitliğe ne de toplumsal bütünün siyasal sürece dâhil edilmesine dayanmaktadır; kadınların, kölelerin ve yabancıların dışlanması ile site-devletlerin siyasal istikrarsızlığı bu rejimin belirleyici özellikleri arasındadır. Bu nedenle Platon ve Aristoteles’in eleştirileri, demokrasinin ortak yarar doğrultusunda yönetme mantığını değil, tarihsel olarak belirli ve olumsal demokratik biçimleri hedef almaktadır.

Buna rağmen, bu düşünürlerin erdemli rejime ilişkin çözümlemeleri, örtük ama belirleyici bir tespitle yol açmaktadır: siyasal meşruiyet yalnızca ortak yararın gerçekleştirilmesiyle tanımlandığında, çoğunluğun yönettiği bir rejim genel yarar doğrultusunda fiilen hareket ettiği sürece yozlaşmış olmaktan çıkmaktadır. Başka bir deyişle demokrasi ancak kendi amacından saptığı zaman eleştirilebilir; erdemli yönetimin özsel gereklerini karşıladığında ise siyasal bakımdan meşru hâle gelmektedir. Böylece bu düşünürlerde, rejimin biçimsel kurumsal nitelendirmesinden bağımsız olarak, genel yararın gözetilmesi ile halkın fiili yönetimi arasında işlevsel bir bağ belirmektedir.

3. Yurttaşlık yaşamının koşulu olarak gerçek eşitlik ve temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesi.

Ne var ki ortak yararın gerçekleştirilmesi, fiilen gerçekleşebilmesi için maddi koşulları zorunlu kılmaktadır. Platon ve Aristoteles’te bu gereklilik, statüler ya da haklar arasındaki salt biçimsel eşitliği aşan gerçek bir eşitlik talebini içermektedir. Eşitlik, bu düşünürlerde yurttaşlık bütünlüğünün ve siyasal istikrarın maddi bir koşulu olarak kavranmaktadır. Nitekim Platon, “eşit olmayanlar arasında eşitlik eşitsizliğe dönüşür” diyerek¹²⁷, Site’nin “devletin işleyişine eşitliği yerleştirmeyi” amaçlayan düzeltici bir müdahalede bulunmasını meşru görmektedir¹²⁸.

Aristoteles bu çözümlemeyi şu sözlerle sürdürür: “Yasa koyucunun servetleri eşitlemiş olması yetmez; onlara adil oranlar da kazandırmış olması gerekir”¹²⁹. Gerçek eşitlik böylece yurttaşlık barışının bir koşulu olarak ortaya çıkmaktadır; zira eşitliğin dostluğu doğurduğu yönündeki düşünceyle de uyum göstermektedir¹³⁰.

Böylesi bir eşitlik, salt soyut ilkelerin ilan edilmesiyle sağlanamaz. Aksine, kolektif yaşamın maddi koşulları üzerinde Site’nin olumlu ve örgütlü bir müdahalesini zorunlu kılar. Aristoteles bu gerekliliği kurumsal sonuçlara bağlayarak anayasayı “iktidarın yurttaşlar arasında düzenli biçimde

¹²⁷ Platon, *Les Lois* [Yasalar], çev. V. Cousin, Paris, Gallimard, 1992, Kitap VI, 757b-757c.

¹²⁸ Platon, a.g.e., Kitap V.

¹²⁹ Aristoteles, a.g.e., Kitap II, Bölüm IV, § 5.

¹³⁰ Platon, a.g.e., Kitap VI, 757b.

paylaştırılması” olarak tanımlamaktadır¹³¹ ve demokrasinin, zenginler ile yoksullar arasında siyasal hakların adil biçimde paylaşılmasını gerektirdiğini vurgulamaktadır¹³². Sparta örneği, bu gerekliliğin somut bir tezahürüdür: çocukların eğitimi, zengin-yoksul ayrımı olmaksızın ortak biçimde sağlanmaktadır¹³³. Bu durum, Aristoteles’in “herkes için bir ve aynı eğitim” ilkesinin zorunluluğunu savunmasına yol açmaktadır¹³⁴. Böylece temel kurumlara eşit erişim, yurttaşlık topluluğunun bütünlüğünü ve siyasal düzenin istikrarını güvence altına alan maddi bir eşitlik ilkesine dönüşmektedir.

Bu analizlerden çıkan sonuç şudur: Platon’da olduğu gibi Aristoteles’te de siyasal otoritenin ortak yarara yönelimi, başta eğitim, yurttaşlık yaşamının örgütlenmesi ve aşırı eşitsizliklerin düzenlenmesi olmak üzere bazı temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu faaliyetler henüz modern hukuki anlamda “kamu hizmeti” olarak kavramsallaştırılmış olmasa da, Site tarafından üstlenilen ve amacı eşitliği, adaleti ve toplumsal bütünlüğü fiilen gerçekleştirmek olan genel çıkar işlevleri niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesi, demokratik yaşamın maddi etkililiğinin bir koşulu olarak ortaya çıkmakta ve henüz farklılaşmamış biçimiyle ileride kamu hizmeti kurumunun temelini oluşturacak mantığın ilk ifadesini teşkil etmektedir.

b) Roma Cumhuriyeti’nde kamusal fayda aracılığıyla genel yararın gözetilmesi

Roma Cumhuriyeti’nde kamusal faydanın (*utilitas publica*) gözetilmesi, siyasal eylemin meşruiyetinin temelini oluşturur. Bu ilke, hem siyasal otoritenin kurumsal olarak nasıl örgütleneceğini hem de kent yaşamı için gerekli temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesini belirler.

4. Siyasal eylemin meşruiyet ölçütü olarak kamusal fayda.

Roma’da *res publica* anlayışına göre siyasal iktidarın meşruiyeti ne yönetimin kurumsal biçimine ne de yönetenlerin toplumsal kökenine dayanır. Belirleyici olan, iktidarın kamusal faydayı (*utilitas publica*) ve topluluğun ortak yararını gözetmesidir. Bu nedenle kamusal alan, bütün yurttaşlara ait ortak bir gerçeklik olarak görülür. Bu alanın yönetimi ise ancak toplumun maddi ve toplumsal işleyişine gerçekten katkıda bulunduğu ölçüde meşru kabul edilir.

Her ne kadar bu yaklaşım Yunan düşüncesi kadar sistemli bir felsefeye dayanmıyorsa da aynı sonuca ulaşır: Roma’da iktidar yalnızca ortak yarara hizmet ettiği sürece meşrudur.

¹³¹ Aristoteles, a.g.e., Kitap VI, Bölüm III, § 3.

¹³² Aristoteles, a.g.e., Kitap VI, Bölüm IV, § 2.

¹³³ Aristoteles, a.g.e., Kitap VI, Bölüm VII, § 5.

¹³⁴ Aristoteles, a.g.e., Kitap V, Bölüm I, § 2-3.

Bunu Roma düşünürleri açıkça ifade eder. Örneğin Cicero, Romalıların “yasaları yaparken yalnızca kamu yararını ve kamusal selameti gözettiğini” belirtir¹³⁵. Böylece *utilitas publica*, hem hukuk düzeninin hem de siyasal kararların temel ölçütü hâline gelir.

5. Kamusal faydanın kurumsal yansıması: yurttaş katılımı ve iktidarın işlevsel örgütlenmesi.

Siyasal iktidarın meşruiyeti kamusal faydanın sağlanmasına dayanıyorsa, bu amaç salt bir ilke olarak kalmaz. Roma yönetimi, bu nedenle, kolektif yaşam için zorunlu faaliyetlerin üstlenilmesini örgütlemek durumundadır; zira genel yararın gözetilmesi, kamu gücünün etkin ve düzenli bir müdahalesini gerektirir.

Bu gereklilik, her şeyden önce, halkın siyasal iktidarın kullanımına katıldığı bir kurumsal yapı ve kamu yetkilerinin işlevsel biçimde dağıtılmasıyla somutlaşır. En yüksek magistralar, yurttaşların meclislerde toplanmasıyla seçilir; yürütme yetkisi ise, özellikle yasaların ve kamu kararlarının uygulanmasını sağlamakla görevli olan ve *comitia centuriata*’da halk tarafından seçilen konsüller tarafından kullanılır¹³⁶. Halk meclisleri yasama yetkisinin büyük bölümünü kullanır ve kararların alınmasına katılırken, Senato özellikle mali ve vergisel konularda müzakere, denetim ve karar alma süreçlerinde merkezi bir rol oynar¹³⁷.

Bu kurumsal yapılanma, kamusal faydanın yalnızca soyut bir ilke olmadığını; aksine siyasal iktidarın somut örgütlenmesini ve kamu sorumluluklarının dağılımını belirleyen temel bir gereklilik olduğunu göstermektedir.

6. Yurttaşlık yaşamının koşulu olarak temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesi.

Kamusal yarar amacı, kentin yaşamı için gerekli faaliyetlerin kurumsal olarak üstlenilmesini somut biçimde zorunlu kılar. Roma hukuku bu nedenle edil’lere, kamusal alanın düzenlenmesi ve bakımıyla ilgili kolluk ve kentsel yönetim görevleri yüklemiştir; böylece yolların düzgün biçimde düzenlenmesi, suların akışının konutlara zarar vermemesi ve ulaşım için gerekli yapıların inşa edilmesi sağlanmıştır¹³⁸. Artan kentleşme, kamusal yapı yatırımlarında önemli bir artış ve kentler ile devlet tarafından üstlenilen faaliyetlerin çoğalmasını beraberinde getirmiştir; bu faaliyetlerin başında altyapı ve kolektif donatılar yer almaktadır¹³⁹. Bu temel maddi işlevlerin ötesinde Roma kentleri, yurttaş topluluğunun bütünlüğünü sağlamak amacıyla sosyal ve kültürel faaliyetler de örgütlemiştir: kanalizasyon ağları,

¹³⁵ Cicero, *De l’invention* [Buluş Üzerine], çev. H. Bornecque, Paris, Les Belles Lettres, 1994, s. 113-114.

¹³⁶ 21. P. Willems, *Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l’origine de la ville jusqu’à Justinien* [Roma kamu hukuku veya Roma’nın kuruluşundan Iustinianus’a kadar siyasal kurumları], Louvain, C. Peeters; Paris, E. Thorin; Berlin, Calvary, 5. bs., 1883, s. 257 ve 260.

¹³⁷ P. Willems, a.g.e., s. 219.

¹³⁸ *Digesta Iustiniani*, I, 12, 1, 11 [Ulpianus], *De officio aedilium*.

¹³⁹ Nicolet, *Rome et la conquête du monde méditerranéen* (264-27 av. J.-C.), c. I, *Les structures de l’Italie romaine* [Roma ve Akdeniz dünyasının fethi (MÖ 264-27), c. I, Roma İtalya’sının yapıları], Paris, PUF, «Nouvelle Clio», 2001, s. 91-92.

su kemerleri, taş döşeli yollar ve pazarların yanı sıra hamamlar, tiyatrolar, kütüphaneler ve indirimli ya da ücretsiz tahıl dağıtım politikaları, kentsel dayanışmanın gerçek araçlarını oluşturmuştur¹⁴⁰.

Bu düzenlemeler, her yurttaşın kentin “kazançlarına olduğu kadar zararlarına da katılması gerektiği” düşüncesine dayanan gelişmiş bir vergi sistemiyle finanse edilmektedir¹⁴¹. Bu nedenle kamu yararına yönelik faaliyetlerin kurulması ve finansmanı, basit bir idari tercih değil, meşruiyetini kamusal faydadan alan bir siyasal düzenin zorunlu sonucudur.

Roma Cumhuriyeti modern anlamda bir demokrasi olmamakla birlikte, yurttaş katılımına ve kamu yararının gözetilmesine dayanan antik bir mantık üzerine kuruludur. Bu çerçevede temel işlevlerin kolektif biçimde üstlenilmesi, iktidarın meşruiyetinin bir koşulu olarak ortaya çıkmakta ve henüz farklılaşmamış bir biçimde kamu hizmeti kavramını haber vermektedir.

2) Kolektif ihtiyaçların karşılanmasına yönelik demokratik yönetim

Günümüz demokrasilerinde bu dinamik doğrulanmaktadır. Temel ihtiyaçların kolektif biçimde karşılanması gerekliliği, bir yandan demokrasinin esaslı biçimde yeniden yorumlanmasına yol açmakta ve bu çerçevede yönetimin meşruiyeti, izlediği kamu yararı amacına göre değerlendirilmektedir (a). Diğer yandan ise kamu hizmeti, bu demokratik yükümlülüğün kurumsal ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır (b).

a) Günümüz demokratik rejimlerinin kamu yararı amacıyla tanımlanması

İlk olarak, çağdaş demokrasilerin evrimi, yönetimin meşruiyetine ilişkin anlayışın yenilediğini göstermektedir; artık bu meşruiyet, izlenen kamu yararı amacı esas alınarak değerlendirilmektedir.

7. Demokratik rejimlerin kamu yararı amacına göre tanımlanması.

Çağdaş dönemde demokrasi, başlangıçta halk egemenliği olarak tasarlanmış olmakla birlikte, zamanla amacı belirlenmiş bir rejime dönüşmüştür. Bu çerçevede yönetim artık halkın yararına kullanılmak zorundadır; bu nedenle kolektif ihtiyaçların, özellikle kamu hizmeti aracılığıyla karşılanması demokratik meşruiyetin bir koşulu hâline gelmiştir.

Çağdaş dönemde demokrasi kavramı karmaşık bir gerçekliğe işaret eder. Nitekim Guillaume Tusseau'nun belirttiği gibi, “demokrasinin gerçek bir tanımını yapmak yönündeki her girişim

¹⁴⁰ P. Le Masne, *Les services publics: Approches économiques et enjeux sociaux* [Kamu hizmetleri: ekonomik yaklaşımlar ve toplumsal meseleler], Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. «Didact Économie», 2007, s. 23-24; C. Nicolet, a.g.e., s. 238-239; É. Letellier, «Aller au théâtre dans les villes romaines. Une approche historique et archéologique», *Histoire urbaine*, c. 38, n° 3, 2013, s. 37-60.

¹⁴¹ C. Nicolet, a.g.e., s. 240.

başarısızlığa mahkûmdur”¹⁴². Bununla birlikte demokrasinin iki temel özelliğini ayırt etmek mümkündür. Demokrasi iki tamamlayıcı boyuta sahiptir. Bir yandan yurttaşların yönetime doğrudan veya dolaylı katılımına dayanan *şekli* (formel) boyut bulunmaktadır. Diğer yandan yönetimin belirli bir amaca yönelmesini ifade eden *içerik yönünden* (substantiel) boyut mevcuttur. Bu ikinci boyut, demokratik yönetimin kolektif yararın gerçekleştirilmesine yönelmesini gerektirir. Bu iki boyut birbirini tamamlar niteliktedir.

Klasik doktriner tartışmalar öncelikle yönetimin meşru sahibini ve bu yönetimin nasıl kullanılacağını belirlemeye odaklanmıştır. Halk egemenliği ve ulusal egemenlik kuramları bu yaklaşımın başlıca örnekleridir. Jean-Jacques Rousseau, halk egemenliğini mutlak ve bölünmez olarak tasarlar ve bunu doğrudan demokrasi modeliyle ayrılmaz biçimde ilişkilendirir: “Egemenlik temsil edilemez; çünkü özünde genel iradeye dayanır ve irade temsil edilemez.”¹⁴³.

Buna karşılık Emmanuel-Joseph Sieyès, yönetimin meşruiyetini ulusal egemenlik kavramına dayandırır. Bu anlayışta egemenlik, bireylerden ayrı ve soyut bir bütün olan Ulus’a aittir ve temsil edilebilir: “Ulus her şeyden önce vardır; her şeyin kaynağı odur. Onun iradesi her zaman yasalır; bizzat yasanın kendisidir”.¹⁴⁴ Bu yaklaşımdan temsili rejim doğar. Bu rejimde seçim siyasal meşruiyetin temel dayanağı hâline gelir. Günümüzde çağdaş toplumlarda baskın olan demokrasi modeli budur: yönetimler seçimle belirlenir ve yetkilerini halk adına kullanırlar.

Bununla birlikte, demokrasinin yalnızca biçimsel yönüne dayanan bu yaklaşım zamanla sınırlarını göstermiştir. Demokratik yönetim artık kendi başına bir amaç değil, toplumun hizmetinde bir araç olarak görülmektedir. Alexis de Tocqueville, demokratik toplumlarda yurttaşların beklentilerinin değiştiğini gözlemler. Yurttaşlar yalnızca siyasal özgürlüğü değil, aynı zamanda maddi refahı da talep ederler: “Demokratik toplumların refaha karşı doğal bir eğilimi vardır”¹⁴⁵.

Bu bağlamda eşitlik arzusu giderek merkezi hâle gelir; hatta bazen özgürlüğün önüne geçer. Zira “Demokratik toplumlar özgürlüğü sever; ancak eşitliği daha da çok severler.”¹⁴⁶.

¹⁴² G. Tusseau, a.g.e., s. 33.

¹⁴³ J.-J. Rousseau, *Du contrat social* [Toplum sözleşmesi], Kitap II, Bölüm I: «la souveraineté ne peut être représentée [...]; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point».

¹⁴⁴ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?* [Üçüncü Zümre Nedir?], 1789, Bölüm I: «La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même».

¹⁴⁵ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* [Amerika'da Demokrasi], c. II, 1840, II. Kısım, XI. Bölüm.

¹⁴⁶ A. de Tocqueville, a.g.e., IV. Kısım, II. Bölüm.

Bu refahlık ve eşitlik hedefleri kamu müdahalesine yönelik beklentiyi artırır. Yurttaşlar “Devletten ihtiyaçlarını karşılamasını, ekonomik faaliyetlerini yönlendirmesini, miraslarını düzenlemesini ve mallarını paylaşmasını talep ederler”¹⁴⁷.

Bu amaç odaklı demokrasi anlayışı, Abraham Lincoln’ün ünlü tanımında özlü bir biçimde ifadesini bulur. Lincoln’e göre demokrasi, “halkın yönetimi, halk tarafından yönetim ve halk için yönetimdir” (*government of the people, by the people, for the people*)¹⁴⁸. Bu tanımdaki “*for the people*” ifadesi, demokrasinin yalnızca yönetimin halktan kaynaklanmasıyla sınırlı olmadığını, aynı zamanda yönetimin toplumun yararına yönelmesini de zorunlu kıldığını açıkça ortaya koyar. Böylece demokrasi hem katılımı hem de kamu yararına yönelen bir amacı birlikte içeren bir rejim olarak anlaşılır.

8. Demokratik meşruiyetin amacına göre doktrinde yeniden yorumlanması.

XX. yüzyılın başlarından itibaren hukukçular, demokratik rejimlerin dönüşümünü tespit etmeye başlamıştır. Artık meşruiyet yalnızca yönetimin kaynağıyla sınırlı görülmemekte, yönetimin kullanımını yönlendiren amacı da kapsamaktadır. Kamu hukuku alanında Léon Duguit bu konuda belirleyici bir rol oynamıştır. Klasik egemenlik doktrinleriyle bağlarını koparan Duguit, siyasal gücün artık soyut bir temele değil, yerine getirdiği toplumsal işleve göre meşru hâle geldiğini savunur. Ona göre egemenlik kavramı, çoğu zaman keyfiliği ve tahakkümü meşrulaştırmak için kullanılan bir kavramdır¹⁴⁹. Duguit, siyasal gücün meşruiyetini kolektif yaşam için vazgeçilmez ihtiyaçların karşılanmasında bulur ve şu ilkeyi öne sürer: “Toplumsal yaşam için karşılanması vazgeçilmez olan ve yalnızca kamu gücünün müdahalesiyle sağlanabilen her faaliyet bir kamu hizmeti oluşturur ve böylece, bu hizmeti üstlenen yönetimin meşruiyetinin temelini oluşturur.”¹⁵⁰.

Bu amaç merkezli (finalist) demokratik meşruiyet anlayışı, anayasa hukuku ve siyaset bilimi alanındaki çağdaş doktrin tarafından da doğrulanmış ve derinleştirilmiştir. Bu doktrin, demokrasinin yalnızca iktidarların düzenlenmesine dayalı bir yaklaşımla sınırlanamayacağını ortaya koyar. Bu yaklaşıma göre demokrasi, yalnızca yetkilerin örgütlenmesine dayanan bir anlayışla sınırlandırılmaz. Bu perspektifte Georges Burdeau, “yöneten demokrasi”yi (*démocratie gouvernante*) insanlara “daha fazla refah sağlama” kapasitesiyle tanımlar¹⁵¹. Böylece, “gerçek halkın” somut ihtiyaçlarının karşılanması, siyasal meşruiyetin bizzat temeli hâline gelir.

¹⁴⁷ A. de Tocqueville, a.g.e., IV. Kısım, VI. Bölüm.

¹⁴⁸ A. Lincoln, *The Gettysburg Address* [Gettysburg konuşması], 19 Kasım 1863, yeniden basım: D. J. Boorstin (ed.), *An American Primer*, New York, New American Library, 1985, s. 437.

¹⁴⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* [Anayasa hukuku incelemesi], c. I: *La règle de droit, le problème de l'État*, Paris, E. de Boccard, 3. bs., 1927, s. 733.

¹⁵⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, [Anayasa hukuku incelemesi], c. II: *La théorie générale de l'État*, Paris, E. de Boccard, 3. bs., 1928, s. 61.

¹⁵¹ G. Burdeau, *Traité de science politique* [Siyaset bilimi üzerine inceleme], c. VII, Paris, LGDJ, 2. bs., 1973, n° 169, s. 456.

Liberal demokrasi de bu maddi anlayışa yabancı değildir. Jean Gicquel ve Jean-Éric Gicquel'in belirttiği üzere, liberal demokrasi, başta özgürlük ve belirli bir eşitlik arayışı olmak üzere maddi amaçların gözetilmesini içerir. Bu bakımdan "liberal demokrasi", klasik ve tarihsel olarak ilk modeldir: özgürlüğü "ilk ve temel değer" olarak kabul ederken, eşitliği ise yalnızca özgürlüğün fiilen kullanılmasını güvence altına almaya yönelik "bir tür ek özgürlük" olarak değerlendirmektedir¹⁵².

Bu anlayış, değerler hiyerarşisini tersine çevirerek gerçek eşitliği özgürlüğün ilk koşulu hâline getiren sosyal demokrasiden ayrılmaktadır. Liberal demokrasi öncelikle bireysel özgürlüğü korurken, sosyal demokrasi eşitsizlikleri azaltmak ve özgürlüğü gerçekten etkili kılmak amacıyla devleti harekete geçirir. Bu nedenle sosyal demokrasi, klasik liberal modelin bir evrimi, hatta bir düzeltmesi niteliği taşıyan daha talepkâr bir demokrasi modeli olarak ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda Georges Burdeau, sosyal demokrasiyi "yöneten demokrasinin mükemmel gerçekleşmesi" olarak tanımlar¹⁵³. Bu yaklaşım, yönetimin meşruiyetini gerçek eşitliğe, sosyal adalete ve özgürlüğün fiilen güvence altına alınmasına dayandırır.

Demokrasinin biçimsel ve maddi boyutları arasındaki bu ilişki günümüzde geniş ölçüde kabul edilmektedir. Bu ilişki, yargıç Aharon Barak tarafından, demokrasinin birbirinden ayrılmaz iki temele dayandığı belirtilerek özetlenmiştir: "Birincisi halk egemenliğidir. [...] Demokrasinin bu yönü çoğunluk kuralında ve halkın temsilcilerinin aracılığıyla hareket ettiği yasama organının merkeziliğinde kendini gösterir. Bu, demokrasinin biçimsel bir yönüdür. [...] Demokrasinin ikinci yönü ise demokrasiyi karakterize eden değerlerin egemenliğinde yansır. Bu değerlerin en önemlileri güçler ayrılığı, hukuk devleti, yargının bağımsızlığı ve insan haklarıdır. [...] Bu, demokrasinin maddi bir yönüdür. Bu yön de merkezi bir öneme sahiptir. Onsuz bir rejim demokratik değildir"¹⁵⁴.

9. Demokratik rejimin meşru amacından kamusal ihtiyaçlara cevap verme yükümlülüğüne.

Kamu yararının gözetilmesi demokratik rejimin temel dayanaklarından biri olarak kabul edildiği andan itibaren, kolektif ihtiyaçların karşılanması kamu müdahalesini gerekli kılar. Bu ihtiyaçlara cevap verilmemesi, tarafsız bir tutum olarak yorumlanamaz; tersine, demokratik yönetimin meşruiyetini temellendiren amaçların yerine getirilmediğini gösterir.

¹⁵² J. Gicquel ve J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* [Anayasa hukuku ve siyasal kurumlar], Paris, LGDJ, 38. bs., 2024-2025, n° 422, s. 286.

¹⁵³ G. Burdeau, *a.g.e.*, n° 177, s. 476.

¹⁵⁴ A. Barak, *The Judge in a Democracy* [Demokraside Yargıç], Princeton, Princeton University Press, 2006, s. 23-24; aktaran G. Tusseau, *a.g.e.*, s. 35.

Bu gereklilik, kamu yararının iradeye dayalı bir anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre “kamu yararı ne doğal ne de nesnel bir veridir; aksine, egemen halkın kendisi için neyin yararlı olduğuna karar veren iradesinin ürünüdür”¹⁵⁵

Dolayısıyla kamu yararının gözetilmesi demokratik meşruiyetin temel unsurlarından biriye, kolektif ihtiyaçların karşılanması yönetenlerin takdirine bırakılmış basit bir imkân olarak görülemez. Aksine, bu ihtiyaçların karşılanması demokratik rejimin doğasına içkin bir yükümlülüktür. Bu çerçevede, tespit edilmiş bir ihtiyaca rağmen kamu gücünün harekete geçmemesi, iktidarın varlık sebebini oluşturan amaçların yerine getirilmemesi anlamına gelir.

Bu müdahale yükümlülüğü, kamu yararının iradeye dayalı bir anlayışına dayanır. Bu yaklaşıma göre “kamu yararı doğal ya da nesnel bir veri değildir; tersine, egemen halkın kendisi için neyin yararlı olduğuna karar veren iradesinin ürünüdür”¹⁵⁶.

Bu nedenle, çağdaş demokrasilerde kolektif ihtiyaçlara cevap vermek, kamu otoriteleri için gerçek ve zorunlu bir yükümlülük hâline gelir. Ancak bu yükümlülüğün etkili olabilmesi, müdahalenin etkililiğini güvence altına alacak bir kurumsal örgütlenmeye dayanmasını gerektirir. Tam da bu noktada, kamu yararının somut olarak nasıl karşılanacağı sorunu ortaya çıkar. Kamu müdahalesinin çeşitli biçimleri arasında kamu hizmeti merkezi bir yer tutar; zira kamu hizmeti, kamu tüzel kişilerinin kolektif ihtiyaçları düzenli ve sürekli bir biçimde karşılamasını sağlayan temel araçtır.

b) Kamu hizmeti: kamu yararı görevlerinin zorunlu olarak üstlenilmesinin kurumsal aracı

İkinci aşamada, kolektif ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin demokratik gereklilik, bu ihtiyaçların etkililiğini, sürekliliğini ve eşitliğini güvence altına alabilecek kurumsal bir aracın belirlenmesini zorunlu kılar. Bu rolü üstlenmesi beklenen araç ise kamu hizmetidir.

Zira kolektif ihtiyaçlar kendiliğinden karşılanamaz ve zorunlu olarak kamu tüzel kişilerinin müdahalesini gerektirir. Georges Burdeau’nun da vurguladığı üzere, “yöneten demokrasi” kurumları “kendileri için” değil, herkese güvenlik, refah ve yaşamın risklerine karşı koruma sağlayan demokratik bir toplumsal düzenin gerçekleştirilmesini hedefler¹⁵⁷. Bu nedenle söz konusu ihtiyaçların karşılanması yalnızca özel ilişkilerin kendiliğinden işleyişine bırakılamaz; aksine, örgütlü bir kamusal müdahaleyi zorunlu kılar. Kamu hizmeti, bu örgütlü kamusal müdahalenin en gelişmiş ve en etkili

¹⁵⁵ B. Plessix, *Droit administratif général* [Genel idare hukuku], Paris, LexisNexis, 5. bs., 2024, s. 650.

¹⁵⁶ B. Plessix, a.g.e.

¹⁵⁷ G. Burdeau, a.g.e., n° 179, s. 480-481.

biçimlerinden birini oluşturur: kamu tüzel kişilerinin kamu yararı görevlerini düzenli ve sürekli biçimde üstlenmesini sağlayan temel araçtır.

10. Kamu yararının kendiliğinden karşılanmasının imkânsızlığı.

Fransız hukuk kültüründe kamu yararı ne bireysel çıkarların toplamına ne de bunların piyasa tarafından kendiliğinden dengelenmesine indirgenir. Nitekim Benoît Plessix'in belirttiği gibi, kamu yararı “siyasal topluluğu oluşturan bireylerin çıkarlarının dışında ve onların üzerinde görülen” bir değerdir ve egemen bir siyasal tercihin ürünüdür¹⁵⁸. Bundan şu sonuç çıkar: kamu yararının gözetilmesi, onu tanımlayabilecek, dayatabilecek ve uygulanmasını sağlayabilecek bir otoritenin varlığını gerektirir; bu otorite, özel çıkarların direncine rağmen kamu yararını gerçekleştirme kapasitesine sahip olmalıdır. Nitekim “Gerekli önlemleri alan ve gerektiğinde kamu yararının özel bencilliklerin direncine karşı fiilen üstün gelmesini sağlayan, Devlet ve onun idari teşkilatıdır”¹⁵⁹. Bu bağlamda birçok yazar da “kamu yararına ilişkin ihtiyaçların [...] yalnızca özel girişime bırakılamayacağını” vurgulamaktadır¹⁶⁰.

11. Demokratik yükümlülüğün kurumsal ifadesi olarak kamu hizmeti.

Bu bağlamda kamu hizmeti, kamu yararına yönelik faaliyetlerin üstlenilmesinde ayrıcalıklı kurumsal biçim olarak öne çıkar. Klasik doktrin bu durumu çok erken bir aşamada vurgulamıştır: Léon Duguit'ye göre Devlet, “yönetenler tarafından örgütlenen ve denetlenen kamu hizmetlerinin bir iş birliğidir”¹⁶¹. Bu yaklaşım, Duguit'nin kamu hizmetini neden daha geniş bir biçimde tanımladığını da açıklar. Ona göre kamu hizmeti, “yönetenler tarafından güvence altına alınması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken ve ancak yöneten gücün müdahalesiyle tam anlamıyla gerçekleştirilebilen her türlü faaliyettir”¹⁶². Bu tanım, kamu hizmetinin yalnızca teknik bir örgütlenme modeli değil, demokratik yükümlülüğün kurumsal ifadesi olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

“Gerçek halkın” ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelmiş bir demokraside kamu hizmeti, demokratik eylem yükümlülüğünün doğal bir kurumsal tercümesi olarak ortaya çıkar. Duguit buradan belirleyici bir sonuç çıkarır: Bir ihtiyaç kolektif yaşam için vazgeçilmez nitelikteyse ve belirli bir toplumda bu şekilde tanınmışsa, kamu gücü tarafından yanıtı bırakılamaz. Bu durumda iktidarın meşruiyeti artık soyut kökeninden değil, bu toplumsal gerekliliklerin doğrudan ya da dolaylı biçimde etkin şekilde üstlenilmesini sağlama kapasitesinden kaynaklanır (a.g.e.).

¹⁵⁸ B. Plessix, a.g.e., s. 650.

¹⁵⁹ B. Plessix, a.g.e.

¹⁶⁰ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier ve A. Viot-Landais, *Droit des services publics* [Kamu hizmetleri hukuku], Paris, LexisNexis, 5. bs., 2024, n° 60, s. 38.

¹⁶¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, c. II: *La théorie générale de l'État*, a.g.e., s. 59.

¹⁶² L. Duguit, a.g.e., s. 61.

12. Süreklilik, eşitlik ve değişkenlik ilkeleri: kamu hizmetine başvurunun gerekçesi.

Kamu hizmetine duyulan ihtiyaç, toplumsal ihtiyaçların kamu tarafından karşılanmasına özgü bazı temel gerekliliklerden de kaynaklanır. Kamu hizmeti, herkes için güvence altına alınması gereken çıkarların karşılanmasını amaçladığı için, üç temel ilkeye tâbidir: süreklilik, erişimde eşitlik ve uyarlanabilirlik. Yazarların vurguladığı üzere, “sıradan” kamu yararı, ancak kamu gücü tarafından “damgalandığı” takdirde hukuken güvence altına alınmış bir kamu yararı niteliği kazanır¹⁶³.

Süreklilik ilkesi, temel hizmetlerin ekonomik dalgalanmalar veya hizmeti sunanların tercihleri nedeniyle kesintiye uğramamasını ifade eder. *Eşitlik* ilkesi, hizmete erişimin bireysel durumlara bakılmaksızın herkes için sağlanmasını gerektirir. *Değişkenlik* ilkesi ise hizmetin yeni ihtiyaçlara, toplumsal dönüşümlere ve krizlere uyum sağlayacak şekilde gelişmesini ifade eder. Bu klasik ilkelere bazı hizmetlerde ek gereklilikler de eşlik eder. Bunlar arasında hizmetin herkes için erişilebilir olması, makul bir fiyatın korunması ve bazı durumlarda ücretsiz sunulması yer alır. Ancak bu unsurlar bağımsız ilkeler değildir; eşit erişim ilkesinin ve kamu hizmetinin toplumsal niteliğinin birer yansımasıdır.

Bu ilkeler, özel işletmecilerin rekabete ve kısa vadeli tercihlere dayalı mantığını aşar; uzun vadede istikrarlı, evrensel ve uyarlanabilir bir hizmet sunumunu sağlayabilecek yegâne yapı olan kamusal bir örgütlenmeyi zorunlu kılar.

13. Toplumsal ihtiyaçların kitleselleşmesi: yapılandırılmış bir kamusal yanıtın gerekliliği.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kamusal müdahale gerekliliği, çağdaş demokratik toplumların geçirdiği dönüşümle birlikte daha da güçlenmektedir. Florian Poulet, bir “kitleselleşme” (massification) olgusuna dikkat çekerek, “kamu hizmetlerinin, kitlesel nitelik taşıyan sorunları kavramak ve çözmek amacıyla giderek daha fazla talep edildiğini” ve “idarenin kullanıcılar lehine gerçekleştirdiği müdahalelerin de giderek daha fazla kitlesel bir karakter kazandığını” vurgulamaktadır¹⁶⁴. Böylece, toplumsal ihtiyaçların genelleşmesi, başlangıçta siyasal nitelikte olan bir gerekliliği gerçek bir kurumsal beklentiye dönüştürmektedir.

Bu çerçevede, başvuruların “kitleselleşmesi”, parçalı ve dağınık her türlü karşılamayı gerçekçi olmaktan çıkarmaktadır. Florian Poulet’in de belirttiği gibi, “kamu hizmetleri, kitlesel nitelik

¹⁶³ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier ve A. Virot-Landais, a.g.e., n° 60, s. 38-39.

¹⁶⁴ F. Poulet, “Les services publics et le phénomène de massification” [Kamu hizmetleri ve kitleselleşme olgusu], iç. J.-M. Pontier ve U. Ngampio-Obélé-Bélé (yön.), *Le droit administratif aux défis du XXI^e siècle* [İdare hukukunun XX. yüzyılın meydan okumaları karşısındaki durumu], Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, s. 230-231.

taşıyan sorunlar için giderek daha fazla talep edilmektedir”¹⁶⁵. Oysa, topluluğun herkes için yaşamın risklerine karşı bir koruma sağlamasının beklendiği toplumlarda¹⁶⁶ verilecek yanıt ancak örgütlü, sürekli ve eşitlikçi olabilir. Bu durum, kamu hizmetini zorunlu kılar.

Yukarıda yapılan açıklamalardan şu sonuç ortaya çıkmaktadır ki, çağdaş demokrasilerde kamu hizmeti ne ideolojik bir tercih ne de geçmişten kalma bir kalıntıdır. Aksine, kamu hizmeti, kamu otoritesinin kamu yararını etkin biçimde gerçekleştirmesini sağlayan müdahale biçimini oluşturmaktadır. Yönetimin meşruiyeti toplumsal ihtiyaçlara yanıt verebilme kapasitesine bağlı olduğundan, kamu tüzel kişilerinin eylemi kamu hizmetleri biçiminde örgütlendiğinde, demokratik işleyişin etkililiği, sürekliliği ve eşitliği için zorunlu bir koşul hâline gelmektedir.

B. Liberal demokrasilerde kamu hizmetinin ekonomik liberalizm ve serbest rekabet karşısındaki sınanışı

Her ne kadar demokrasi kamu yararının gerçekleştirilmesi için kamusal müdahaleyi zorunlu hâle getirse de bu dinamik ekonomik liberalizm ve serbest rekabet ilkelerinin getirdiği ve kamu hizmetlerinin gelişimi açısından çoğu zaman elverişsiz sayılan sınırlamalarla karşı karşıya kalmaktadır. Nitekim René Chapus’un da hatırlattığı üzere kamu hizmeti hem “özgürlükleri sınırlayan bir unsur” hem de “rekabetin serbest işleyişini kısıtlayan bir faktör” olarak bilinir¹⁶⁷. Bununla birlikte liberal demokrasilerde pratikte gözlemlenen olgu bu sınırlamaların kamu yararının üstlenilmesini ortadan kaldırmadığını; yalnızca bu üstlenme biçimini dönüştürdüğünü göstermektedir.

Bu temelde paradoksal gerilim, Amerikan örneğinde açık biçimde görülür. Liberal bir anayasal düzen, kamu hizmetlerinin kurumsallaşmasını uzun süre yavaşlatmış olsa da, kamu yararına yönelik faaliyetlerin üstlenilmesi ve düzenlenmesine ilişkin kamusal mekanizmaların ortaya çıkmasını engelleyememiştir (1). Aynı gerilim, farklı bir görünüm altında Avrupa Birliği hukuk düzeninde de görülür. Rekabetçi mantık başlangıçta kamu hizmetini zayıflatmış, ancak zamanla kademeli bir uzlaştırma sürecine evrilmiştir (2).

1) Amerikan örneği: anayasal liberalizm ile kamusal müdahale arasındaki daimî gerilim

Amerikan örneği, liberal demokrasilere özgü bir paradoksu ortaya koymaktadır: anayasal çerçevenin kamu hizmetlerinin varlığına yapısal olarak elverişli olmamasına rağmen (a), demokratik dinamik kaçınılmaz olarak kamu yararının üstlenilmesine yönelik mekanizmaların farklı biçimler altında kademeli olarak gelişmesine yol açmıştır (b).

¹⁶⁵ F. Poulet, a.g.e., s. 230.

¹⁶⁶ G. Burdeau, a.g.e., n° 179, s. 480-481

¹⁶⁷ R. Chapus, *Droit administratif général* [Genel idare hukuku], a.g.e., özellikle n° 743, s. 574.

a) Tarihsel olarak kamu hizmetlerine elverişsiz olan liberal anayasal çerçeve

Amerikan anayasal çerçevesi, tarihsel olarak kamusal müdahaleye ve kamu hizmetlerinin kurumsallaşmasına elverişli olmayan bir hukukî liberalizm anlayışı etrafında şekillenmiştir. Bu yönelim, kamu yararının üstlenilmesini sınırlayan bir “anayasal kilidin” varlığıyla kendini göstermiştir. Bununla birlikte, bu durum demokrasi ile kamusal müdahale arasında ilkesel bir bağdaşmazlık bulunduğu anlamına gelmemektedir.

14. Kamusal müdahaleye karşı liberal anayasal kilit.

Amerikan örneği, tarihsel olarak kamusal müdahaleye karşı konumlanmış anayasal liberalizm ile, demokratik bir rejimde kamu yararının üstlenilmesinin buna rağmen kaçınılmaz oluşu arasındaki süregelen gerilimi açık biçimde ortaya koymaktadır. Modern sosyal demokrasinin ortaya çıkışından önceki tarihsel bir konjonktürde kabul edilen Amerikan Federal Anayasası, herhangi bir pozitif sosyal hakkı tanınamakta. Buna karşılık bireysel ekonomik özgürlüklere yüksek düzeyde anayasal koruma sağlamaktadır. Yüksek Mahkeme, sözleşme özgürlüğünü çok erken bir dönemde On Dördüncü Değişiklikte yer alan *due process* güvencesi kapsamındaki özgürlük alanına dâhil etmiş¹⁶⁸ ve böylece kurumsallaşmış kamu hizmetlerinin gelişimine elverişli olmayan liberal bir ekonomik kamu düzeninin oluşumuna katkıda bulunmuştur. Doktrinde de belirtildiği üzere, “beslenme, barınma, sosyal güvenlik veya eğitim hizmetlerinin sunulması ne Federal Devlet ne de eyaletler bakımından bir yükümlülükler bütünü teşkil etmektedir”¹⁶⁹. Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki, “Federal Anayasadan, insan haklarının birinci kuşağıyla bağlantılı liberal bir ekonomik kamu düzeni ortaya çıkmaktadır”¹⁷⁰.

Böylesi bir yorum yanıltıcı olur; zira tarihsel olarak belirli bir bağlama ait anayasal tercihi, demokrasi ile kamusal müdahale arasında ilkesel bir bağdaşmazlık varmış gibi göstermektedir.

15. Demokrasi ile kamu yararının kolektif üstlenimi arasında ilkesel bir bağdaşmazlığın bulunmaması.

Amerika Birleşik Devletleri’nde kamu hizmetlerinin görece sınırlı olması, demokrasi ile kamusal müdahale arasında ilkesel bir bağdaşmazlıktan değil, sistemi kısıtlayıcı bir liberal çerçeveye kilitleyen tarihsel bir anayasal tercihten kaynaklanmaktadır. Kolektif ihtiyaçların karşılanması siyasal ve toplumsal olarak gelişmekte olan bir olgu olmakla birlikte, pozitif hukuk bu süreci, demokratik rejimlerin kendi dinamikleriyle çeliştiği durumlarda dahi, yapay biçimde yavaşlatabilmektedir.

¹⁶⁸ Supreme Court, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

¹⁶⁹ L. Henkin, “Les droits économiques dans la Constitution américaine” [Amerikan Anayasasında ekonomik haklar], *Revue internationale de droit comparé*, 1992, s. 421-450, özellikle s. 441.

¹⁷⁰ D. Custos, “La notion d'ordre public économique aux États-Unis” [Amerika Birleşik Devletleri’nde ekonomik kamu düzeni kavramı], iç. A. Laget-Annamayer (yön.), *L'ordre public économique* [Ekonomik kamu düzeni], Paris, LGDJ, 2018, Kısım II, Bölüm 3.

Bu çerçevede, “Amerikan anayasa içtihadının varlığının ilk 150 yılı boyunca esas itibarıyla negatif ekonomik haklara odaklandığı” görülmektedir¹⁷¹.

b) Regülasyon, *police power* ve içtihadtaki yön değişimi yoluyla kamu yararının sisteme yeniden dâhil edilmesi

Anayasal çerçevenin liberal yönelimine rağmen, kamusal müdahale Amerikan modelinde hiçbir zaman bütünüyle dışlanmamıştır. Kamu yararının üstlenilmesi, *police power* temeline dayanan regülasyon (düzenleyici müdahale) yoluyla ve kamusal müdahalenin anayasal meşruiyetini tanıyan yargısal içtihadteki evrim sayesinde, zaman içinde kademeli olarak yeniden sisteme dâhil edilmiştir.

16. Kamusal müdahalenin hukuki dayanağı olarak *police power*.

Bu liberal yönelime rağmen, kamusal müdahale Amerikan modelinde hiçbir zaman tamamen dışlanmamıştır. Devlet müdahalesine ideolojik olarak elverişsiz bir bağlamda dahi, kamu eğitimi, federal posta hizmeti, yerel kolluk faaliyetleri, ulaştırma altyapıları veya ulusal parkların yönetimi gibi bazı faaliyetler doğrudan kamu otoriteleri tarafından üstlenilmiştir. Doğrudan kamu tarafından yürütülmenin piyasa dogmalarıyla bağdaşmadığı durumlarda ise, kamu yararının üstlenilmesi dolaylı biçimler altında gelişmiştir. Bu çerçevede özellikle enerji, su, telekomünikasyon ve ulaştırma sektörlerinde özel işletmelere belirli yükümlülükler yüklenmesi yoluna gidilmiştir. Bu mekanizmalar, liberal bir demokraside dahi kolektif ihtiyaçların karşılanmasının piyasa güçlerinin serbest işleyişine bütünüyle bırakılamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.

Bu müdahale kapasitesinin hukuki dayanağı, *common law* kökenli ve Federal Anayasa’dan önceye uzanan bir kavram olan *police power*’a dayanmaktadır. Federasyondan önce var olan bu yetki, anayasal metinde açıkça yer almamakla birlikte, eyaletlere ait yetki olarak varlığını sürdürmektedir. Yüksek Mahkeme, bu yetkinin kapsamını erken dönemden itibaren kabul etmiş ve kamu yararıyla bağlantılı oldukları ölçüde özel faaliyetlerin regülasyona tabi tutulabileceğini benimsemiştir: “*Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence*”¹⁷². *Police power*’ın *public welfare* (kamu refahı) boyutu, kamu otoritelerine geniş bir müdahale yetkisi tanımakta ve sosyal koruma, ekonomik regülasyon ve sosyal adalet politikalarının benimsenmesini mümkün kılmaktadır¹⁷³. W. J. Novak’ın da gösterdiği üzere, *police power*, kolektif refahın gerçekleştirilmesine yönelmiş demokratik bir devlet anlayışının ifadesini oluşturmaktadır¹⁷⁴.

¹⁷¹ D. Custos, a.g.e.

¹⁷² Supreme Court, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126 (1877).

¹⁷³ D. Custos, a.g.m.

¹⁷⁴ W. J. Novak, *The People’s Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, University of North Carolina Press, 1996.

17. Kamu yararı lehine içtihadı evrim.

Bu hukuki dayanak, Yüksek Mahkeme'nin XX. yüzyıl boyunca anayasal içtihadında meydana gelen evrimde belirleyici bir karşılık bulmuştur. *Lochner* dönemi sırasında Yüksek Mahkeme, sözleşme özgürlüğüne neredeyse mutlakiyetçi bir yaklaşımı ekonomik düzenleme girişimlerine karşı ileri sürmüş ve On Dördüncü Değişiklik'in *due process* hükmüne dayanarak sosyal nitelikli mevzuatı iptal etmiştir¹⁷⁵. Bu içtihat, kamusal nitelikli sosyal politikaların ortaya çıkışını uzun süre yavaşlatmıştır.

Ancak, *New Deal* dönemi sırasında önemli bir yön değişikliği meydana gelmiştir. Nitekim *Nebbia* kararıyla¹⁷⁶, Mahkeme ne mülkiyet hakkının ne de sözleşme özgürlüğünün mutlak nitelik taşıdığını açıkça ifade etmiştir. Mahkeme şu değerlendirmede bulunmuştur: “Bizim yönetim biçimimizde, mülkiyetin kullanımı ve sözleşmelerin yapılması kural olarak özel alanın konusudur, kamusal alanın değil. Genel ilke, her ikisinin de devlet müdahalesinden muaf olmasıdır. Ancak ne mülkiyet hakları ne de sözleşme özgürlüğü mutlak niteliktedir; zira vatandaş, mülkiyetini dilediği gibi başkalarının zararına kullanabilse veya sözleşme özgürlüğünü onlara zarar verecek şekilde kullanabilse, devlet varlığını sürdüremez. Özel hak ne kadar temel ise, kamu otoritelerinin onu ortak yarar doğrultusunda düzenleme hakkı da o kadar temeldir”¹⁷⁷. Bu kararla birlikte Mahkeme, daha önce benimsenen düzenlenebilir ve düzenlenemez özel faaliyetler ayrımını terk etmiş ve kamu yararına dayalı ekonomik düzenlemenin anayasal meşruiyetini kabul etmiştir.

Bu gelişme, daha sonraki iki karar tarafından da doğrulanmıştır. İlk olarak, Yüksek Mahkeme'nin *West Coast Hotel Co. v. Parrish* kararında asgari ücret öngören bir düzenlemeyi geçerli sayması dikkat çekicidir. Mahkeme, “*the Constitution does not speak of freedom of contract*” diyerek sözleşme özgürlüğünün Anayasa tarafından açık ve bağımsız bir hak olarak güvence altına alınmadığını; bunun yalnızca yargısal içtihatla şekillenmiş bir kavram olduğunu ve yasama organı kamu yararına yönelik bir amaç güttüğünde sınırlandırılabileceğini hatırlatmıştır¹⁷⁸.

İkinci olarak, *United States v. Carolene Products Co.* kararında Mahkeme, ekonomik ve sosyal nitelikteki yasalar lehine bir anayasal uygunluk karinesi benimsemiş; ünlü *footnote four*'da, olağan ekonomik faaliyetleri düzenleyen yasaların, makul bir temele dayandığı kabul edilebildiği süreçte iptal edilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁷⁶ Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

¹⁷⁷ Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 523-524 (1934).

¹⁷⁸ Supreme Court, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 391 (1937).

¹⁷⁹ Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153 (1938).

Munn'dan Nebbia'ya, ardından *West Coast Hotel* ve *Carolene Products* kararlarına uzanan çizgide Yüksek Mahkeme, ekonomik özgürlüklere ilişkin mutlakiyetçi yaklaşımdan vazgeçmiş; sözleşme özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının, *police power* çerçevesinde kamu refahı adına sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir. Amerikan anayasa içtihadındaki bu evrim, demokratik bir yönetimin rolünün yalnızca anayasal düzeyde güvence altına alınmış ekonomik özgürlükleri korumakla sınırlı olmadığını; aynı zamanda, kamu yararının doğrudan veya dolaylı kamusal müdahale mekanizmaları yoluyla ve gerekirse bazı bireysel özgürlükleri sınırlandırarak da üstlenilebileceğini göstermektedir.

2. Serbest rekabet ile kamu yararı arasındaki gerilimden demokratik baskı altında uzlaşmaya doğru.

Avrupa Birliği hukuk düzeninde de benzer bir gelişim gözlemlenmektedir. Başlangıçta piyasa ve rekabetin önceliği, kamu hizmetlerinin korunması ve geliştirilmesi bakımından yapısal olarak elverişsiz bir çerçeve oluşturmuş olsa da demokratik ve sosyal taleplerin giderek güçlenmesi, rekabetin gerekleri ile kamu yararına yönelik görevler arasında hâlen tamamlanmamış bir uzlaşma sürecine yol açmıştır.

Bu dinamik, ilk aşamada rekabetin önceliğinin etkisiyle kamu hizmetlerinin belirgin biçimde zayıflaması şeklinde ortaya çıkmış (a), ardından içtihatlar ve metinlerdeki gelişmelerin etkisiyle kademeli bir yeniden dengeleme sürecine yol açmıştır (b).

a) Rekabet önceliğinin kamu hizmetleri üzerindeki zayıflatıcı etkisi

Avrupa bütünleşmesi, ilk aşamasında piyasa ve rekabete tanınan önceliğin belirleyici olduğu bir çerçeve içinde gelişmiştir. Bu bağlamda piyasa ve rekabet, Topluluk hukuk düzeninin özerk ve kurucu ilkeleri olarak kurgulanırken, kamu hizmetlerine özgü gereklilikler açık biçimde geri planda kalmıştır.

18. Rekabet önceliğinin kamu hizmetleri üzerindeki zayıflatıcı etkisi.

Avrupa bütünleşmesi başlangıçta esas itibarıyla ekonomik nitelikte bir proje olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, iç pazarın gerçekleştirilmesi, üretim faktörlerinin serbest dolaşımının sağlanması ve ticaretin önündeki engellerin kaldırılması hedefleri etrafında şekillenmiştir. Bu çerçevede rekabet olgusu, siyasal ya da sosyal amaçlara hizmet eden basit bir araç olarak değil, Topluluk hukuk düzeninin özerk ve kurucu bir ilkesi olarak kendini kabul ettirme eğilimi göstermiştir.

Bu yönelim, ilk aşamada, üye devletlerde tarihsel olarak gelişmiş bulunan klasik kamu hizmeti modelini zayıflatan bir etken olmuştur.

Kuşkusuz, birincil hukuk hiçbir zaman kamu hizmetinin ortadan kaldırıldığını ilan etmemiş; antlaşmalar, genel yarar hizmetlerinin örgütlenme biçimleri karşısında biçimsel bir tarafsızlık benimseyerek kamusal görevlerin tanımlanması ve düzenlenmesi yetkisini üye devletlere bırakmıştır. Bununla birlikte, ilan edilen bu tarafsızlık daha bağlayıcı bir hukuki gerçeklikle karşı karşıya kalmıştır. Rekabet ve serbest dolaşım kurallarının geniş yorumlanarak uygulanması, özellikle tarihsel olarak kamu tekelleri ya da münhasır haklar çerçevesinde örgütlenmiş sektörlerde ulusal kamu hizmetlerini derinden sarsmıştır. Nitekim Benoît Plessix'in de belirttiği üzere, Fransız kamu hukuku uzun süre kamu hizmetini "özel girişimlere ve piyasaya karşıt bir yapı" olarak düşünmüştür¹⁸⁰. Ancak rekabet mantığının egemen olduğu bir hukuk düzeninde bu karşıtlığı sürdürmek giderek güçleşmiştir.

Bu gerilim özellikle 1980'li ve 1990'lı yıllardan itibaren belirginleşmiştir. Bu dönemde Avrupa Komisyonu ve ardından Avrupa Adalet Divanı, geleneksel olarak kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetler bakımından dahi rekabet ilkesini güçlü biçimde teyit etmiştir. Telekomünikasyon, enerji ve ulaştırma sektörlerinin serbestleştirilmesi bu dinamiğin açık bir göstergesidir. Bu süreçte rekabet gerekleri, hizmetin sürekliliği, eşitliği ve evrenselliği gibi ilkelerin önüne geçme eğilimi göstermiştir. Böylece kamu hizmeti savunmacı bir konuma itilmiş ve piyasa dışı yükümlülükleri Birlik hukuk düzeninin yapısal gereklilikleri olarak değil, gerekçelendirilmesi gereken istisnalar olarak görülmeye başlanmıştır. Bu yaklaşımın hukuki ifadesi, rekabet kurallarından ancak bu kuralların uygulanmasının işletmeciyeye verilen "özel görevin yerine getirilmesini engellediği ölçüde" sapılmasına izin veren ABIHA'nın 106. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır.

b) Kademeli uzlaşma: yargısal yeniden dengeleme ve metinsel pekiştirme

Piyasa önceliği ve kamu hizmetinin zayıflamasıyla karakterize edilen bir dönemin ardından, Avrupa Birliği hukuk düzeninde kademeli bir yeniden dengeleme süreci ortaya çıkmıştır. İctihatların etkisi ile demokratik gerekliliklerin giderek daha fazla dikkate alınmasının birleşik etkisi altında, rekabet mantığı mutlak bir ilke olarak görülmekten aşamalı biçimde uzaklaşmış; bunun yerine kamu yararı görevleriyle uzlaştırılması gereken bir çerçeve içinde ele alınmaya başlanmıştır.

19. Kamu yararı görevleri lehine yargısal yeniden dengeleme.

Rekabet önceliğinin etkisiyle kamu hizmetinin zayıflamasıyla karakterize edilen bu aşama, nihai bir sonuç teşkil etmemiştir. Avrupa Birliği'nin zamanla yalnızca ekonomik değil, aynı zamanda siyasi bir alan olarak da şekillenmesiyle birlikte rekabet mantığı giderek mutlak bir ilke olarak ele alınmaktan uzaklaşmıştır. Bu yeniden dengeleme süreci, piyasa mantığının inkâr edilmesinden değil, aksine Avrupa Birliği hukukunun yorumuna sosyal ve demokratik sınırlamaların giderek daha fazla dâhil edilmesinden kaynaklanmaktadır.

¹⁸⁰ B. Plessix, a.g.e., s. 659.

Bu bağlamda Adalet Divanı'nın içtihadı belirleyici bir rol oynamıştır. Divan, *Corbeau* kararında rekabet kurallarının katı biçimde uygulanmasının, işletmeciye tevdi edilen kamu hizmeti görevinin fiilen yerine getirilmesini engellediği durumlarda bu kuralların uygulanmasının dışlanabileceğini kabul etmiştir. Nitekim Divan, Antlaşma'nın 90. maddesinin 2. fıkrasının (günümüzde ABİHA m. 106/2) ilgili işletmeye verilen kamu yararı görevinin yerine getirilmesine ilişkin özel gereklerin dikkate alınmasına imkân tanıdığını belirtmiştir¹⁸¹.

Bu yaklaşım *Commune d'Almelo* kararında teyit edilmiştir. Söz konusu kararda Divan, bir genel çıkar hizmetinin sürekliliğini ve ekonomik dengesini güvence altına almak amacıyla rekabete getirilen sınırlamaların, işletmeciye tevdi edilen özel görevin yerine getirilmesi için gerekli olmaları koşuluyla meşru kabul edilebileceğini ifade etmiştir¹⁸².

Bu kararlar aracılığıyla kamu hizmeti, rekabet hukukuna ilişkin basit bir istisna olarak ele alınmaktan çıkarak kolektif ihtiyaçların karşılanması ölçütü ışığında rekabet hukukuna ilişkin değerlendirmelerin ayrılmaz bir unsuru hâline gelmiştir.

20. Uzlaşmanın demokratik pekişmesi ve metinsel olarak tanınması.

Bu içtihadi gelişim, daha sonraki normatif evrimlerde daha sistematik bir karşılık bulmuş ve rekabet ile kamu hizmeti arasındaki uzlaşmanın metinsel düzeyde kademeli olarak tanınmasına yol açmıştır. Bu eğilim, özellikle *Altmark* kararında daha açık bir biçimde ifade edilmiştir. Divan bu kararda, bir kamu hizmetini yerine getirmekle görevlendirilen işletmeciye sağlanan mali bir telafinin hangi koşullar altında devlet yardımı olarak nitelendirilmeyeceğini belirlemiştir. Divan özellikle, kamu hizmeti yükümlülüklerinin açık biçimde tanımlanmış olmasını ve verilen telafinin bu yükümlülüklerden kaynaklanan maliyetlerle sıkı biçimde orantılı olmasını şart koşarak kamu hizmetlerinin finansmanını hukuki olarak çerçevelemiş, aynı zamanda bu hizmetlerin işlevsel meşruiyetini de tanımıştır¹⁸³. Böylece kamu hizmeti, rekabet kurallarına yönelik basit ve istisnai bir sapma olarak görülmekten çıkmış, piyasa ekonomisinin hukukun düzenlenmiş bir bileşeni olarak değerlendirilmiştir.

Bu yeniden dengeleme, Avrupa Birliği'nin kademeli biçimde demokratikleştiği daha geniş bir bağlam içinde değerlendirilmelidir. Avrupa Parlamentosu'nun yetkilerinin artırılması, sosyal ve bölgesel uyum hedeflerinin giderek daha açık biçimde tanınması ile aşırı derecede liberal olarak algılanan bir Avrupa'ya karşı ortaya çıkan siyasal ve referanduma dayalı dirençler, antlaşmaların salt rekabete

¹⁸¹ ATAD, 19 Mayıs 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. s. I-2533, § 14.

¹⁸² ATAD, 27 Nisan 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. s. I-1477, § 46-49.

¹⁸³ ATAD, 24 Temmuz 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, Rec. s. I-7747, §§ 87-95.

dayalı bir okumaya tabi tutulmasını kayda değer ölçüde etkilemiştir. Doğrudan bir nedensellik ilişkisi kurulmasa da, rekabet önceliğinin görece olarak zayıflatılmasının, Avrupa düzeyindeki tartışmalarda demokratik gerekliliklerin görünürlüğünün artmasıyla eş zamanlı olarak gerçekleşmesi dikkat çekicidir.

Bu hareket, Lizbon Antlaşması ile gerçekleştirilen metinsel teyit yoluyla nihai ifadesini bulmuştur. ABİHA'nın 14. maddesi, genel ekonomik çıkar hizmetlerinin artık açık biçimde “Birliğin ortak değerleri arasında” yer aldığını ve “Birliğin sosyal ve bölgesel uyumunun teşvik edilmesindeki” rollerini tanımaktadır. Tamamlayıcı nitelikte olarak, genel ekonomik çıkar hizmetlerine ilişkin 26 No'lu Protokol, kullanıcıların ihtiyaçlarına mümkün olduğunca yakın biçimde bu hizmetleri sağlama, gördürme ve örgütlenme konusunda ulusal, bölgesel ve yerel kamu otoritelerinin temel rolünü ve geniş takdir yetkisini teyit etmektedir¹⁸⁴. Bu suretle rekabet, özerk bir amaç olmaktan çıkmış, demokratik meşruiyete sahip kolektif tercihlerin hizmetinde, bunlara tâbi bir araç niteliği kazanmıştır. Sonuç olarak, ister Amerikan örneği ister Avrupa Birliği hukuk düzeni söz konusu olsun, liberal demokrasilerin incelenmesi şunu ortaya koymaktadır: ekonomik liberalizmin ve serbest rekabetin kamu yararının kamu tarafından üstlenilmesini daha güç ve daha sıkı biçimde hukuki çerçeveye bağlı hâle getirir. Bununla birlikte, bu kısıtlama kamu müdahalesinin bütünüyle ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Kamu müdahalesi daha sınırlı, hukuken koşullandırılmış ve çoğu zaman dolaylı bir nitelik kazanmakta, ancak süregelen kolektif ihtiyaçların kamusal bir karşılık gerektirdiği ölçüde, belirli bir düzeyde kaçınılmaz olmayı sürdürmektedir.

Bundan hareketle, liberal demokrasilerde kamu hizmeti hiçbir zaman kendiliğinden ve tartışmasız bir kurumsal gerçeklik olarak ortaya çıkmamaktadır. Aksine kamu hizmeti, rekabet düzeninin gereklerine sürekli olarak maruz kalan, gelişimi aşamalı, kırılgan ve hiçbir zaman kesin biçimde güvence altına alınmış sayılmayan evrimsel bir kurumsal yapı niteliği taşımaktadır. Bu istikrarsızlık, günümüzde kamu hizmetinin farklı biçimler altında ortaya çıkmasını ve kurumsallaşma düzeyinin hukuk düzenlerine göre değişkenlik göstermesini açıklamaktadır.

Birinci bölümdeki değerlendirmeler, kamu hizmetinin teorik ve tarihsel düzeydeki demokratik köklerini ortaya koymuştur. Ancak artık bir perspektif değişikliği gerekmektedir. Bu aşamada, söz konusu gerekliliğin pozitif hukukta nasıl hukuki bir ifadeye kavuşturulduğu ve kurumsallaştırıldığı üzerinde durulması gerekmektedir.

¹⁸⁴ Genel Ekonomik Çıkar Hizmetlerine İlişkin 26 No'lu Protokol, m. 1.

§2: Kamu hizmetinin demokratik kökleşmesinin pozitif hukukta somutlaşması: Fransız ve Avrupa örnekleri

Fransa ve Avrupa Birliği, farklı tarihsel güzergâhlar izlemekle birlikte, kamu hizmetinin demokratik bir düzen içinde nasıl kökleştiğini göstermektedir. Fransız hukukunda kamu hizmeti, kamu hukukunun temel taşı ve kamu faaliyetinin meşruiyetinin başlıca dayanaklarından biri olarak yerleşmiştir. Buna karşılık Avrupa Birliği hukuku başlangıçta öncelikle ekonomik bir proje etrafında şekillenmiş ve bu çerçevede kamu hizmeti görevleri, iç pazarın ve serbest rekabetin gerekleriyle uyumlaştırılması güç unsurlar olarak görülmüştür.

Ancak, Birliğin siyasal boyutunu güçlendirmesi ve demokratik ile sosyal gerekliliklere olan bağlılığını daha açık biçimde ortaya koymasıyla, bu yaklaşım zamanla kademeli olarak dönüşüme uğramıştır. Kamu hizmeti, Avrupa düzeyinde genel çıkar hizmetleri biçiminde ortaya çıkarak, rekabetçi mantığın yapısal rolünü sorgulamaksızın giderek çağdaş demokrasinin bir aracı olarak öne çıkmaktadır.

Bunun sonucu olarak, iki yönlü bir dinamik ortaya çıkmaktadır. Bir yandan, Fransız hukukunda, kamu hizmetinin kamu hukukunun özgünlüğünü temellendirdiği ve idari faaliyetin demokratik meşruiyetine doğrudan katkıda bulunduğu bir model belirginleşmektedir (A). Öte yandan, Avrupa Birliği hukukunda, piyasa ekonomisi içinde genel çıkar hizmetlerinin kademeli, çerçevelenmiş ve koşullara bağlı biçimde tanındığı ayrı bir model ortaya çıkmaktadır (B).

A. Fransız modeli: demokratik meşruiyetin ve kamu hukukunun temeli olarak kamu hizmeti

Fransız kamu hukuku modeli, demokratik meşruiyet ile hukuki yapılanma arasındaki sıkı ilişki ile karakterize edilmektedir. Kamu hizmeti bu ilişkinin merkezinde yer alır: hem kamu faaliyetinin demokratik meşruiyetinin sağlanmasının başlıca aracı, hem de özel hukuktan ayrılan nesnel bir kamu hukukunun kurucu ilkesini oluşturur.

Kamu hizmetinin bu merkezi konumu iki düzeyde ortaya çıkmaktadır. Bir yandan demokratik olarak belirlenen kamu yararının hukuki düzlemde somutlaştırılmasının başlıca aracı olarak belirlemekte ve sosyal ile bölgesel bütünleşmenin temel bir unsuru işlevini görmektedir (1). Öte yandan kamu hizmeti, kamu hukukunun özerkliğini ve genel hukuka istisna teşkil eden rejimlerin varlığını haklı kılan hukuki sonuçlar doğurmaktadır (2).

1) Cumhuriyetçi ve demokratik toplumsal sözleşmenin temeli olarak kamu hizmeti

Fransız modelinde kamu hizmeti, demokratik ve cumhuriyetçi sözleşmenin merkezinde yer almakta ve bu çerçevede ikili bir işlev üstlenmektedir. Bir yandan demokratik olarak belirlenen ve kamu gücü

tarafından nitelendirilen kamu yararının hukuken etkili ve işlevsel bir biçimde somutlaştırılmasını sağlayan başlıca araç olarak ortaya çıkmaktadır (a). Öte yandan, devletin ve yerel yönetimlerin toplumsal yaşamdaki somut ve kalıcı varlığını güvence altına alarak, sosyal ve bölgesel bütünleşmenin temel bir unsuru hâline gelir ve kamu eyleminin süreklilik arz eden meşruiyetinin başlıca taşıyıcısı olarak işlev görür (b).

a) Demokratik kurumlar tarafından tanımlanan kamu yararının somutlaştırılmasının bir aracı olarak kamu hizmeti

Fransız modelinde kamu hizmeti, demokratik kurumlar tarafından tanımlanan ve nitelendirilen kamu yararının normatif ve kurumsal düzeyde etkili biçimde karşılık bulmasını sağlayan hukuki bir teknik olarak ortaya çıkmaktadır.

21. Kamu faaliyetinin geçerlilik ölçütü olarak kamu yararı.

Fransız hukukunda kamu yararı, kamu faaliyetinin temel amacını ve kamu otoriteleri tarafından tesis edilen işlemlerin geçerliliğinin dayanağını oluşturmaktadır. Nitekim Danıştay, idarenin “yalnızca kamu yararından kaynaklanan gerekçelerle” karar alması gerektiğini istikrarlı biçimde vurgulamaktadır¹⁸⁵. Benzer şekilde Anayasa Konseyi, bir kanunun Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken kamu yararı koşulunu başvuru olan ölçütlerden biri olarak kullanmaktadır¹⁸⁶. Bu itibarla kamu yararı, kamu hukukunun tamamına nüfuz eden yatay nitelikte normatif bir kategori olarak ortaya çıkmaktadır.

22. Kamu gücü tarafından nitelendirilen bir siyasal tercih olarak kamu yararı.

Kamu yararı, kendiliğinden ortaya çıkan bir kategori olmayıp, demokratik meşruiyet mekanizmaları ile idari faaliyetin hukuka uygunluğu ile ayrılmaz biçimde bağlantılı siyasal bir inşadır. Danıştay da bu doğrultuda kamu yararının “kamu faaliyetinin temel taşı” olduğunu vurgulamaktadır¹⁸⁷. Didier Truchet’ye göre kamu yararı, idare hukukunun tamamına yayılmış ve her an kullanılmaya hazır bir ölçüttür ve bu sayede idari yargıç onu tüm dava türlerinde ifade edebilmektedir¹⁸⁸.

Bu merkezi konum, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 12. maddesinde normatif bir ifadesini bulmaktadır. Anılan maddeye göre, “insan ve yurttaş haklarının güvencesi bir kamu gücünü

¹⁸⁵ CE, 22 Mart 1901, *Pagès*, n° 98812, Rec. s. 315.

¹⁸⁶ G. Merland, “L’*intérêt général*, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?” [Temel hakların korunmasında etkili bir araç olarak kamu yararı], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

¹⁸⁷ Conseil d’État, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L’*intérêt général** [Kamu yararı], Paris, La Documentation française, 1999, s. 245.

¹⁸⁸ D. Truchet, “L’*intérêt général* dans la jurisprudence du Conseil d’État: retour aux sources et équilibre” [Danıştay içtihadında kamu yararı: kaynaklara dönüş ve denge], iç. Conseil d’État, *L’*intérêt général** [Kamu yararı], Études et documents du Conseil d’État, n° 50, 1999, s. 361-374, özellikle s. 364.

gerekli kılar: bu güç, kendisine emanet edilenlerin özel yararı için değil, herkesin yararı için tesis edilmiştir.” Fransa’da kamu hizmeti ve kamu yararı, bu nedenle kamusal eylemin merkezinde yer alır ve kamu işlemlerinin tamamı, kural olarak, bu amaca yöneliktir.

Mevcut sistem elbette bir anda ortaya çıkmamıştır. Benoît Plessix’in belirttiği üzere, “Fransız hukukunun benimsediği bu kamu yararı kavramı, köklerini Batı dünyası içinde yer alan Fransız devletin tarihinden alan son derece uzun bir felsefi-siyasal mirasın ürünüdür”¹⁸⁹. Bu kavram, kamusal eylemin kolektif ihtiyaçların üstlenilmesi etrafında zaman içinde şekillendiği tarihsel bir evrimin sonucudur. Nitekim, “kamu sözleşmesi toplumsal ve siyasal sözleşme içinde doğar; bu nedenle her şeyden önce dönemin toplumsal ve siyasal örgütlenmesine gönderme yapar”¹⁹⁰. Bu çerçevede idari yargıç, kamu yararı dışında bir amaç güden her türlü idari işlemi hukuka aykırı sayar. Fransız hukuk kültüründe kamu yararı, ulusal veya yerel topluluk düzeyinde yapılan ve yetkili kamu otoriteleri tarafından hayata geçirilen, özünde siyasal bir tercih olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu yararıyla öncelikle bağlı olan devlettir. Nitekim Benoît Plessix’in belirttiği üzere, “Fransız hukuk kültüründe, kendisi için neyin yararlı olduğuna tamamen siyasal bir tercihle egemen biçimde karar veren Ulustur; önceden tanımlanan bu kamu yararının hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri alan ve gerekirse özel çıkarların direnişi karşısında kamu yararının fiilen üstün gelmesini sağlayan ise Devlet ve onun idari teşkilatıdır. Ne ara kurumlar ne meslek birlikleri ne de baskı grupları kamu yararının taşıyıcısı ve güvencesi olma iddiasında bulunabilir; zira kamu yararı *Res publica*’nın gerçek tekeli”¹⁹¹.

Kamu hizmetinin amaçsal ölçütünü oluşturan kamu yararı, hukuken ancak kamu gücü tarafından nitelendirildiği ölçüde hukuki etki kazanmaktadır. Yazarların da belirttiği üzere, “bir faaliyetin yüksek derecede kamu yararı taşıdığı [...] kamu otoritelerinin aldığı bir kararla ortaya konulur”; zira kamu yararı, “kamu hizmetinin amacı” statüsüne ancak bu nitelendirme işlemi aracılığıyla erişmektedir¹⁹². Bu bakımdan “sıradan” kamu yararı, ancak “kamu gücü tarafından damgalandığında” hukuken anlamlı bir kamu yararı hâline gelmektedir¹⁹³. Bu iradeci tanım, zorunlu olarak evrimsel bir boyut da içermektedir. Nitekim Benoît Plessix’in gözlemlediği üzere, “kamu yararı [...] zaman ve mekân koşullarına göre değişir; duyarlılıkların, zihniyetlerin ve toplumsal adetlerin evrimini izler; siyasal, toplumsal ve ekonomik dönüşümlere uyum sağlar”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ B. Plessix, a.g.e., s. 650, n° 462.

¹⁹⁰ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique* [Kamu yapım ve hizmet sözleşmeleri üzerine deneme: kamu görevi devrine ilişkin idare hukuku tarihine katkı], Paris, LGDJ, c. 206, 2. bs., 2001 (1. bs. 1999), s. 245.

¹⁹¹ B. Plessix, a.g.e., s. 650, n° 462.

¹⁹² J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigie, A. Viot-Landais, a.g.e., n° 60, s. 38-39.

¹⁹³ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigie, A. Viot-Landais, a.g.e.

Bu siyasal ve demokratik gereklilik yalnızca ulusal düzeye özgü değildir. Avrupa Birliği hukuku tarafından da kabul edilmektedir. Nitekim Adalet Divanı, kamu yararının tanınmasının tek taraflı ya da sözleşmesel nitelikte bir kamu gücü işlemini gerektirdiğini belirtmiştir¹⁹⁵. Bu nedenle kamu yararı, hukuken ancak demokratik sorumluluğa sahip bir kamu otoritesine ait bir karar ile varlık kazanır.

Bu karar aracılığı, kamu yararının iktidarın meşruiyetiyle yakından bağlantılı olmasını açıklamaktadır. Nitekim Max Weber'in ortaya koyduğu üzere, siyasal egemenliğin kabulü, yönetilenlerin kurulu düzenin meşruiyetine duydukları inanca dayanır; bu inanç ise, yönetenlerin eylemlerinin kolektif yarara yönelmiş olarak görünmesini gerektirir¹⁹⁶.

23. Kamu yararının kurumsal düzeyde somutlaştırılması: kamu hizmeti.

Kamu yararı bir amaç olarak belirlendikten ve hukuken nitelendirildikten sonra, buna kurumsal bir karşılık kazandırılması gerekmektedir. İşte tam bu aşamada kamu hizmeti devreye girmektedir. Kamu hizmeti, kamu yararı taşıdığı kabul edilen bir faaliyetin örgütlendiği, finanse edildiği, denetlendiği ve kendine özgü bir hukuki rejime tâbi kıldığı hukuki biçimi oluşturmaktadır. Bu işlev, René Chapus tarafından önerilen klasik maddi tanımı da açıklamaktadır. Ona göre kamu hizmeti “idare tarafından yürütülen veya üstlenilen bir kamu yararı faaliyetidir”¹⁹⁷.

Kamu hizmeti, bu çerçevede kamu yararının kurumsallaşmasını sağlar ve onu siyasal düzeyde soyut bir amaç olmaktan çıkarak hukuken yapılandırılmış bir örgütlenmeye dönüştürür. Bu işlev daha önce Léon Duguit tarafından da ortaya konulmuştur; ona göre devlet, egemenlik ile değil, toplumsal karşılıklı bağımlılığın gerektirdiği kamu hizmetlerini örgütleme ve denetleme göreviyle meşrulaşır¹⁹⁸. Kamu hizmeti sayesinde siyasal amaç, hem idare hem de hizmeti yürütenler için bağlayıcı hukuki yükümlülükler dönüşür ve böylece kamu yararı somut bir hukuki içerik kazanır.

b) Kamu hizmeti: toplumsal bütünleşme ve kamu faaliyetinin meşruiyetinin sürekliliği

Kamu hizmeti, zaman içinde toplumsal ve bölgesel bütünleşmeyi sağlayan ve demokratik iktidarın kullanımına sürekli meşruiyet kazandıran temel araçtır.

24. Kamu hizmeti: cumhuriyetçi ve toplumsal sözleşmenin bir unsuru.

Kamu hizmeti, yalnızca kamu gücünün hukuki bir müdahale tekniği olmasıyla sınırlı değildir. Aynı

¹⁹⁵ ATAD, 23 Ekim 1997, *Commission / France*, C-159/94, Rec. s. I-5815.

¹⁹⁶ M. Weber, *Le savant et le politique* [Bilim ve siyaset], Paris, Union générale d'éditions, 1963, özellikle s. 102 vd.; G. Merland, “L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?” [Temel hakların korunmasında etkili bir araç olarak kamu yararı], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

¹⁹⁷ R. Chapus, a.g.e., özellikle n° 743, s. 574.

¹⁹⁸ L. Duguit, a.g.e., c. II, s. 59.

zamanda *cumhuriyetçi toplumsal sözleşmenin* kurucu unsurları arasında yer alır. Nitekim yazarların da vurguladıkları üzere, “kamu hizmeti kavramı cumhuriyetçi toplumsal sözleşmenin temel unsurlarından biridir [...] kamu hizmeti yoluyla müdahale, yönetenlerin gündelik yaşam içindeki varlığının başlıca araçlarından biri hâline gelmiştir”¹⁹⁹. Bu bakımdan kamu hizmeti, yönetenlerle yönetilenler arasındaki ilişkinin merkezinde yer alır ve kamusal eylemin toplumsal yaşamda sürekli ve somut biçimde var olmasını sağlar.

25. Kamu hizmetinin anayasal temeli ve toplumsal işlevi.

Bu boyut, 27 Ekim 1946 tarihli Anayasa’nın, yürürlükteki Anayasa’ya dâhil edilmiş olan Başlangıç kısmında açık bir anayasal dayanak bulmaktadır. Söz konusu metin, Ulus’a bir dizi temel sosyal yükümlülük yüklemektedir. Nitekim burada, “işletilmesi ulusal bir kamu hizmeti ya da fiilî bir tekel niteliği taşıyan veya sonradan bu niteliği kazanan her türlü mal ve işletmenin kolektif mülkiyete geçmesi gerektiği” ve “Ulusun, bireyin ve ailenin gelişimi için gerekli koşulları sağladığı” ifade edilmektedir. Bu çerçevede, herkese sağlığın korunması, maddi güvenlik, dinlenme ve boş zaman hakları tanınmakta; çalışma gücünden yoksun olan kişilere ise uygun geçim imkânları güvence altına alınmaktadır. Bu itibarla kamu hizmeti, anayasal blokta tanınan sosyal hakların hayata geçirilmesinde ayrıcalıklı bir araç olarak ortaya çıkar.

Kamu hizmetinin Fransız kamu hukukundaki merkezi konumu, daha geniş bir hukuki çerçeve içinde yer alır. Nitekim doktrin, özellikle 1990’lı yıllardan itibaren, kamu hizmetinin “toplumsal ve siyasal bir uzlaşma kavramı” olarak ortaya çıktığını vurgular; bölgesel planlama politikaları ise kamu hizmetlerini, ülke genelindeki örgütlenmeleri ve yurttaşların eşit erişiminin güvence altına alınması yoluyla, açıkça “toplumsal bütünleşmenin” bir aracı olarak değerlendirir²⁰⁰. Böylece kamu hizmeti, kolektif dayanışmanın maddi sürekliliğini sağlayarak toplumsal ve bölgesel eşitsizliklerin azaltılmasına katkıda bulunur.

26. Kamu hizmetinin tarihsel kökeni ve bütünleştirici işlevi.

Bu bütünleştirici işlev, daha derin bir tarihsel gelişim süreci içinde yer almaktadır. Nitekim Xavier Bezançon’a göre kamu hizmetine ilişkin kaygılar XVII. yüzyıldan itibaren ortaya çıkmakta ve siyasal nitelikte bir örgütlenme aracılığıyla mümkün olan en geniş kesime sunulan hizmetler olarak anlaşılmaktadır²⁰¹. Bununla birlikte, kamu hizmetlerinin tarihsel eskiliği ile bu kavramın kamu hukukunun merkezi bir kategorisi olarak geç tanınması arasında belirgin bir fark bulunmaktadır.

¹⁹⁹ G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *Droit du service public* [Kamu hizmeti hukuku], Paris, LGDJ, 4. bs., 2016, s. 29.

²⁰⁰ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Virot-Landais, a.g.e., n° 10, s. 7-8.

²⁰¹ X. Bezançon, a.g.e.

Nitekim kamu hizmeti kavramı, sanayileşme, kentleşme ve kolektif ihtiyaçların genişlemesi etkisiyle ancak XIX. yüzyılın sonlarında gerçek anlamda yerleşmiştir²⁰².

Nitekim Marceau Long'un hatırlattığı üzere, "XIX. yüzyıl [...] altyapının, büyük kamu yatırımlarının ve yüzyılın sonlarına doğru büyük kamu hizmetlerinin yüzyılıdır"²⁰³. Bu gelişim, kamu idarelerinin kamu hizmetleri ve altyapı işlerinin örgütlenmesini özel şirketlere devrettikleri imtiyaz ve diğer yetki devri sözleşmelerine giderek daha fazla başvurumalarıyla birlikte ilerlemiş; bu olgu ise kamu alımları alanının kademeli olarak gelişmesine yol açmıştır²⁰⁴.

Bu bütünleştirici işlev, kamu hizmetinin çoğu zaman kolektif bütünleşmenin temel bir unsuru olarak sunulmasını açıklamaktadır. Nitekim kamu hizmeti, "toplumsal bütünleşmenin itici gücü" olarak nitelendirilmiş²⁰⁵, hatta "toplumun bütünleşmesinin temeli" olarak da görülmüştür²⁰⁶. Bu itibarla kamu hizmeti, ekonomik ya da siyasal dalgalanmalardan bağımsız olarak toplumsal bağın istikrarını sağlayan bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

27. İdari faaliyetin meşrulaştırılmasının bir sistemi olarak kamu hizmeti.

Bu toplumsal işlevin ötesinde, kamu hizmeti kamu gücünün meşrulaştırılmasında belirleyici bir rol oynamaktadır. Nitekim kamu hizmeti, "yönetenlerin görevi ve sahip oldukları yetkilerin gerekçesini oluşturmaktadır"²⁰⁷. Bu meşruiyet, münhasır bir amaçlılık gereğini de beraberinde getirmekte. Zira yönetenler hizmet görevlerinden ayrılma imkânına sahip değildir: "Ulus adına irade oluşturmakla görevli olanlar [...] ulusal topluluğa hizmet etmekten başka bir amaç güdemezler"²⁰⁸.

Bu bağlamda kamu hizmetine yapılan atıf, kamu gücü ayrıcalıklarının basit bir hâkimiyet aracı olarak değil, kamu yararının gerçekleştirilmesi için gerekli araçlar olarak sunulmasına imkân tanımaktadır. Nitekim doktrinde bu ayrıcalıkların "salt hâkimiyet ayrıcalıkları olarak değil, topluluğun hizmetinde olan ayrıcalıklar olarak" ortaya çıktığı ifade edilmektedir²⁰⁹. Bu durumda kamu hizmeti, idari faaliyetin meşrulaştırılmasının gerçek bir sistemi hâline gelmektedir.

²⁰² L. de Carratier Dubois, "Le Conseil d'État, l'économie et le service public: concessions et services publics industriels et commerciaux [années 1880-1950]" [Danıştay, ekonomi ve kamu hizmeti: imtiyazlar ve sınai ve ticari kamu hizmetleri (1880-1950 yılları)], *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3, n° 52-3, s. 51-74.

²⁰³ M. Long, "Préface" [Önsöz], iç. X. Bezançon, a.g.e., s. VII-VIII.

²⁰⁴ X. Bezançon, a.g.e., s. 251.

²⁰⁵ B. Stirn, "La conception française du service public" [Kamu hizmetinin Fransız anlayışı], *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1993; J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier ve A. Virot-Landais, a.g.e., n° 44, s. 26'dan aktaran.

²⁰⁶ R. Denoix de Saint-Marc, *Rapport sur le service public* [Kamu hizmeti üzerine rapor], Paris, La Documentation française, 1996.

²⁰⁷ G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, a.g.e., s. 51-53.

²⁰⁸ G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, a.g.e., s. 53.

²⁰⁹ J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Deffigier, A. Virot-Landais, a.g.e., n° 83, s. 52.

Kamu hizmetinin bu yurttaşlık ve demokratik boyutu, Didier Tabuteau tarafından özellikle açıklayıcı bir biçimde özetlenmiştir. Tabuteau'ya göre kamu hizmetleri, “ekonominin zemini, dayanışmaların taşıyıcı bağı ve yurttaşlığın mayasıdır”²¹⁰. Dolayısıyla kamu hizmeti yalnızca maddi hizmetler sunmakla sınırlı değildir; kamu faaliyetinin kolektif ihtiyaçları karşılamaya yöneldiğini görünür ve kalıcı kılarak, kamu gücünün kullanımının demokratik açıdan kabul edilebilirliğini doğrudan güçlendirir.

2) Kamu hukukunun özgüllüğünün temeli olarak kamu hizmeti

Kamu hizmeti, Fransız modelinde kamu yararının karşılanması ve kamu faaliyetinin demokratik meşruiyetinin sağlanması bakımından ayrıcalıklı bir araç olmakla birlikte, etkisi yalnızca bu siyasal ya da toplumsal boyutla sınırlı değildir; kamu yararı görevlerinin yerine getirilmesine uyarlanmış özgül kuralların uygulanmasını organize ederek kamu hukukunu hukuki düzlemde yapılandırır (a) ve bu görevlerden doğan yetki ve yükümlülükleri sıkı biçimde çerçeveleyerek bunların her türlü aşırı kullanımını önler (b).

a) Kamu hizmeti: kamu hukukunun özerkliğinin temeli

Fransız idare hukukunda kamu hizmeti, kamu hukukunun kapsamının ve uygulanacak rejimin belirlenmesinde merkezi bir rol oynar. Bir yandan, bir faaliyetin kamu hukukuna tâbi olmasını sağlayan kurucu olgu ve temel ölçüt olarak, özel hukuktan ayrılan idari rejimin uygulanmasını tetikler; diğer yandan, kamu yararı görevlerinin yerine getirilmesinin gerektirdiği koşullar çerçevesinde genel hukuka getirilen istisnaları meşru kılan nesnel bir kamu hukuku anlayışının yönlendirici ilkesi işlevini görür.

28. Kamu hizmeti: kamu hukukunun uygulanmasının temel olgusu ve ölçütü.

Fransız idare hukuku, temelde amaç odaklı bir yaklaşımla şekillenmektedir. Genel hukuktan sapma teşkil eden kuralların uygulanmasını haklı kılan unsur, ne yalnızca kamu tüzel kişisi olma niteliği ne de kamu gücü ayrıcalıklarının soyut varlığıdır; belirleyici olan yürütülen görevin niteliğidir. Bu nedenle, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, kamu yararının karşılanmasına özgü gerekleri gözetilen ve özel hukuktan ayrılan özgül bir hukuki rejimin uygulanmasını beraberinde getirir.

Bu yaklaşım, *Blanco* içtihadı ile kurucu nitelikte teyit edilmiştir. Nitekim söz konusu karara göre, zararın bir kamu hizmetinin işleyişiyle bağlantılı olması hâlinde Devletin sorumluluğu “Medeni Kanun’da öngörülen ilkelere tâbi kılınamaz”; zira uygulanacak kuralların “hizmetin gereklerine ve Devletin hakları ile özel kişilerin hakları arasında bir denge kurulması zorunluluğuna göre

²¹⁰ D. Tabuteau, *Discours de rentrée du Conseil d’État*, 7 septembre 2022 [Danıştay açılış konuşması, 7 Eylül 2022], Paris, Conseil d’État, 2022, s. 6.

şekillenmesi gerekir”²¹¹. Bu kararla Uyuşmazlık Mahkemesi yalnızca bir görev veya sorumluluk kuralı ortaya koymakla yetinmemiş; aynı zamanda kamu hizmetinin kamu hukukunun doğurucu olgusunu oluşturduğunu vurgulayarak, bu suretle kamu hukukuna özgü kural ve kategorilerin özerkliğini de temellendirmiştir.

Bu bakımdan kamu hizmeti, idare hukukunun uygulanmasında tetikleyici bir rol oynamaktadır. Kamu yararına ilişkin görevlerin yerine getirilmesine özgü gerekler doğrultusunda şekillenen ve genel hukuktan sapma teşkil eden hukuki rejimlerin varlığını temellendirmektedir. Bu özgüllük, idareye tanınmış bir ayrıcalıktan kaynaklanmamakta; aksine, kamu faaliyetinin etkinliği ile idare edilenlerin haklarının korunması arasında bir denge kurulması gerekliliğinden doğan işlevsel bir zorunluluğa dayanmaktadır.

29. Kamu hizmeti: genel hukuktan sapmaları haklı kılan nesnel kamu hukukunun yönlendirici ilkesi.

Kamu hizmeti niteliğinin tespiti, yalnızca idare hukukunun uygulanmasını harekete geçirmekle sınırlı değildir; aynı zamanda bu hukuka, kamu yararı misyonunun bireysel ve ticarî mantıklar karşısındaki üstünlüğüne dayanan kendine özgü bir bütünlük kazandırır. Kamu hizmetine uygulanacak hukukî rejimin özgünlüğü, Fransız kamu hukukunun onu piyasa karşısında işlevsel bir karşılık içinde konumlandıran anlayışıyla açıklanmaktadır. Nitekim Benoît Plessix’in belirttiği üzere, “Fransız kamu hukuku, kamu hizmetini özel girişimlere, yani arz ile talebin kendiliğinden bulunduğu ve özel girişimlerin bozulmamış serbest rekabet koşullarında faaliyet gösterdiği piyasa alanına karşılık içinde düşünür”²¹².

Bu çerçevede kamu hizmeti, nesnel bir kamu hukukunun temelini oluşturur; zira bu alanda uygulanacak kurallar, bireysel sübjektif hakların tanınmasını veya korunmasını değil, kamu yararı görevlerinin etkili biçimde yerine getirilmesini örgütlemeyi ve güvence altına almayı amaçlar. Bu normatif çerçeve, özellikle ekonomik özgürlükler olmak üzere temel özgürlüklere getirilen sınırlamaları ve özel hukukun özellikle de rekabet hukukunun olağan kurallarından sapmaları, bunların uygulanmasının kamu hizmeti görevinin ifasını engelleyeceği ölçüde hukuken mümkün kılar. Bu anlayış, Fransız hukukunda uzun süre boyunca, kamu hizmeti görevlerinin etkili biçimde yerine getirilmesi için gerekli araçlar olarak sunuldukları sürece, kamu tekellerinin ve hatta geniş kapsamlı münhasır hakların tesisini hukuken meşru göstermeye imkân tanımıştır.

²¹¹ Tribunal des conflits, 8 Şubat 1873, *Blanco*, Rec. p. 61.

²¹² B. Plessix, a.g.e., s. 659.

Bu anlayış, Léon Duguit'nin eserlerinde en güçlü teorik ifadesini bulur. Duguit'ye göre Devlet ne egemenlikle ne de güçle meşrulaşır; ancak toplumsal karşılıklı bağımlılığın gerektirdiği kamu hizmetlerini örgütleme ve denetleme göreviyle meşruiyet kazanır. Bu çerçevede Devleti “yönetenler tarafından örgütlenen ve denetlenen kamu hizmetlerinin bir işbirliği” olarak tanımlar²¹³ ve “yerine getirilmesi yönetenler tarafından güvence altına alınması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken her faaliyetin [...] bir kamu hizmeti oluşturduğunu” belirtir²¹⁴. Kamu hukukunu egemenlik yerine işlev üzerine temellendiren bu yaklaşım, kamu hizmetinin genel hukuktan sapma niteliği taşıyan özgül kuralların varlığını nasıl meşrulaştırdığını anlamayı mümkün kılmaktadır.

b) Kamu hizmeti: kamu gücü ile demokratik gerekler arasında denge ilkesi

Kamu hizmeti yalnızca kamu gücünün faaliyetini temellendirmekle kalmaz; aynı zamanda onun bir sınırını da oluşturur. Demokratik bir rejimde kamu hizmeti, kamu otoritelerine özgü bazı ayrıcalıkların tanınmasını haklı kılmakla birlikte, bu ayrıcalıkların kullanılmasını yalnızca kamu yararının gerçekleştirilmesi amacına tâbi kılar. Bu durum ise, özellikle Avrupa Birliği hukukunun etkisi altında sürekli yeniden şekillenen bir hukukî çerçeve içinde gerçekleşmektedir.

30. Kamu gücü ayrıcalıklarının kamu hizmeti aracılığıyla işlevsel olarak gerekçelendirilmesi.

Kamu hizmetine dayanan kamu hukukunun özgünlüğü, yine de idare lehine bir ayrıcalığın tanınması olarak anlaşılmamalıdır. Aksine bu özgünlük, demokratik rejime için olan bir denge gerekliliğine karşılık gelmektedir. Kamu hizmeti, yetkinin temelini oluştururken aynı zamanda onun sınırını da teşkil etmektedir: kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmasını haklı kılmakta, ancak bunların kullanılmasını yalnızca kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla sınırlandırmaktadır.

Kamu gücü ayrıcalıklarının tanınması, bu nedenle yalnızca kamu hizmetine bağlı kamu yararı amacıyla meşruiyetini bulur. Nitekim Maurice Hauriou'nun da ifade ettiği üzere, “kamu yararı, kamu gücüne özgü hakları gerekli kılar ve haklılaştırır”²¹⁵. Dolayısıyla idareye tanınan kamu gücü ayrıcalıkları, meşruiyetlerini yalnızca kendilerine yüklenen görevden, yani kamu hizmetinin yerine getirilmesinden alır. Danıştay, bu ilişkiyi 2006 tarihli bir kararında şu şekilde özetlemiştir: “Kamu tüzel kişileri, kendilerine tevdi edilen kamu hizmeti görevlerinin yerine getirilmesi için gerekli faaliyetleri yürütmekle yükümlüdür ve bu amaçla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanırlar”²¹⁶.

²¹³ L. Duguit, a.g.e., c. II, s. 59

²¹⁴ L. Duguit, a.g.e., s. 61.

²¹⁵ M. Hauriou, *Précis de droit administratif* [İdare hukuku özeti], 1892, s. 717 vd.; aktaran G. J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, a.g.e., s. 74.

²¹⁶ CE, 31 Mayıs 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

31. Kamu hizmeti: kamu gücünün kullanılmasına getirilen demokratik bir sınır.

Bu çerçevede kamu hukuku, bir egemenlik hukuku değil, bir işlev hukuku olarak ortaya çıkmaktadır. İdareye tanınan ayrıcalıklar, süreklilik, eşitlik ve uyarlanabilirlik gibi kamu hizmetine özgü gerekliliklerle ayrılmaz biçimde bağlantılıdır. Bu ayrıcalıklar bu amaç dışında kullanılamaz; aksi hâlde yetki saptırması veya idare edilenlerin haklarına ölçsüz müdahale söz konusu olabilir. Bununla birlikte bu model ne evrenselidir ne de münhasırdır. Bu model tarihsel olarak, ulusun merkezi konumu ve kamu yararına ilişkin maddi bir anlayış ile karakterize edilen bir devlet çerçevesinde gelişmiştir. Oysa Avrupa bütünleşmesi başlangıçta, iç pazarın önceliğine, serbest rekabete ve kamu müdahalesi biçimlerine ilişkin tarafsızlığa dayanan farklı bir mantık doğrultusunda gelişmiştir. Bu perspektifte kamu faaliyeti, dayandığı siyasal veya toplumsal amaçtan ziyade, öncelikle ekonomik etkileri üzerinden değerlendirilir. Ancak Birlik hukuku zamanla giderek artan sayıda kamu hizmeti görevini tanımış ve yapılandırmıştır. Önce rekabet kurallarının bu görevlerin fiilen yerine getirilmesini mümkün kılacak şekilde uyarlanabileceğini kabul etmiş, ardından ise bu görevlerin yenilenen bir hukuki çerçeve içinde tanınmasını ve gelişmesini teşvik etmiştir.

B. Avrupa modeli: genel yarar hizmetlerinin piyasa ekonomisine kademeli ve geri döndürülemez entegrasyonunda demokrasinin rolü

Kamu hizmetine ilişkin siyasal ve kurumsal bir anlayışa dayanan Fransız modelinden farklı olarak Avrupa modeli, kamu faaliyetini öncelikle ekonomik bir perspektiften ele almaktadır. Başlangıçta iç pazarın oluşturulması ve rekabetin sağlanması üzerine kurulan bu model, genel yarar hizmetlerini uzun süre ikincil ve marjinal bir konuma itmiştir (1). Bu hizmetlerin tanınması ise, rekabetçi çerçevenin korunması koşuluyla, demokratik ve toplumsal gerekliliklerin etkisi altında zaman içinde gerçekleşen kademeli bir yeniden dengelemenin sonucudur (2).

1) Rekabet kökenli bir Avrupa modeli ve kademeli yeniden dengeleme

Avrupa Birliği hukuku başlangıçta iç pazar ve serbest rekabet etrafında yapılanmış ve kamu hizmetlerini ikincil bir konuma itmiştir (a). Ancak Birlik yetkilerinin genişlemesi ve demokratik-sosyal taleplerin yükselmesiyle birlikte bu ilk yönelim zamanla kademeli olarak yumuşatılmış ve kamu hizmetleri ile genel yarar görevlerinin belirli bir hukuki çerçeve içinde tanınmasına yol açmıştır (b).

a) Avrupa Birliği: piyasa ve rekabet ekseninde kurulan bir hukuk düzeni

Hukuki düzlemde piyasaya tanınan öncelik şu şekilde kendini gösterir: iç pazara ve rekabete tanınan üstünlük, kamu hizmeti kavramının Birlik mimarisi içinde marjinalleşmesi ve kamu yararının tanınmasında başlangıçtan itibaren mevcut olan yapısal bir dengesizlik.

32. İç pazar ve rekabetin önceliği: Avrupa hukuk düzeninin kurucu ilkeleri.

Avrupa bütünleşmesi başlangıçta açıkça ekonomik nitelikte bir proje etrafında inşa edilmiştir. Bu çerçevede iç pazar ve serbest rekabet Avrupa hukuk düzeninin kurucu ilkelerini oluşturmuştur. Nitekim 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşması, ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasını, ortak pazarın gerçekleştirilmesini ve malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını güvence altına alan rekabetçi bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan bir Avrupa Ekonomik Topluluğu kurmuştur. Bu çerçevede kamu müdahalesi, toplumsal ya da siyasal amaçların özerk biçimde izlenmesi temelinde değil, esas olarak piyasanın işleyişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirilir²¹⁷.

Bu başlangıç yönelimi, Birlik hedefleri arasında toplumsal kaygılar ile kamu yararı görevlerinin ikincil, hatta türev nitelikte görüldüğü örtük bir hiyerarşiye yol açmıştır. Nitekim doktrinde de vurgulandığı üzere, Avrupa bütünleşmesinin sosyal boyutu uzun süre boyunca ekonomik entegrasyonun yalnızca bir “yan ürün” olarak kalmış ve iç pazarın gerçekleştirilmesine tâbi kılınmıştır²¹⁸. Dolayısıyla genel çıkar kavramı Birlik hukukunda tamamen yok değildir; ancak bağımsız ve yapılandırıcı bir ilke olarak ele alınmamaktadır. Aksine, esas olarak piyasa mekanizmalarını istisnai ve sıkı biçimde sınırlayabilecek bir kısıt olarak değerlendirilir.

33. Birlik hukuk mimarisinde kamu hizmeti kavramının başlangıçtaki marjinalleştirilmesi.

Bu perspektifte, tarihsel olarak belirli ayrıcalıklar, tekeller veya kamusal güvenceler ile ilişkilendirilen kıtasal kamu hizmeti anlayışı, serbest ve bozulmamış rekabet ilkesine dayanan Avrupa yaklaşımıyla bir gerilim içindedir. Rekabet eşitliğiyle bağdaşmadığı düşünülen ayrıcalıklar fikrine fazlasıyla bağlı olması nedeniyle, kamu hizmeti kavramı Birlik hukuk mimarisi içinde kendine sağlam bir yer edinmekte zorlanmıştır. Nitekim Birlik hukuku, kamu hizmeti misyonu etrafında değil, piyasaya dâhil oluşu ve rekabet kurallarına tâbiliğiyle tanımlanan ekonomik faaliyet etrafında inşa edilmektedir.

34. Koşullu bir tanınmaya zemin hazırlayan başlangıçtaki yapısal dengesizlik.

Başlangıçtan itibaren ortaya çıkan bu yapısal dengesizlikte, genel çıkar ve kamu hizmetleri Birlik hukukunun kurucu ve yapılandırıcı kategorileri olarak değil, piyasa perspektifinden değerlendirilen çevresel unsurlar olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte, bu piyasa temelli başlangıç noktası genel çıkar görevlerine ilkesel bir karşıtlık anlamına gelmemekte; aksine, bu görevlerin ancak iç pazarın genel yapısıyla uyumlu oldukları ölçüde tanınabileceğini yansıtmaktadır. Doktrininin de gösterdiği üzere, Birlik hukuk sistemi bu bakımdan ekonomik olmayan hedeflerin ancak piyasa yapılarıyla kademeli biçimde uyum sağlamaları pahasına görünür hâle gelebildiği bir “kaynaşma potası” (creuset) gibi işlemektedir²¹⁹.

²¹⁷ F. Denord ve A. Schwartz, *L'Europe sociale n'aura pas lieu* [Sosyal Avrupa gerçekleşmeyecek], Paris, Raisons d'Agir, 2009

²¹⁸ O. De Schutter, “L'équilibre entre l'économie et le social dans les traités européens” [Avrupa antlaşmalarında ekonomik ve sosyal denge], *Revue française des affaires sociales*, 2006, n° 1, s. 131-157, özellikle s. 133.

²¹⁹ J.-B. Auby ve J. Dutheil de La Rochère, *Traité de droit administratif européen* [Avrupa idare hukuku incelemesi], Bruxelles, Bruylant, 3. bs., 2022, özellikle s. 27-28.

Tam da başlangıçta sınırlayıcı nitelik taşıyan bu çerçeve içinde, demokratik, sosyal ve bölgesel gerekliliklerin birleşik etkisiyle, kurucu rekabet paradigması sorgulanmaksızın, kamu hizmetleri ile genel çıkar görevlerinin kademeli biçimde tanınmaya başlandığı görülmektedir.

b) Demokratik ve sosyal gerekliliklerin etkisiyle kamu hizmetlerinin kademeli olarak tanınması

Avrupa bütünleşmesinin çıkış noktası kuşkusuz piyasa temellidir. Ancak bu yönelim zaman içinde sabit kalmamıştır. Kamu hizmetleri ile kamu yararı görevlerinin tanınması kademeli olarak gerçekleşmiştir: ilk aşamada içtihat yoluyla bazı faaliyetler rekabet kurallarının kapsamı dışında bırakılmış, ardından rekabet kurallarına gerekli işlevsel uyarlamalar kabul edilmiş ve nihayet Birliğin demokratikleşmesi ile sosyal hedeflerinin belirginleşmesiyle birlikte bu tanınma normatif düzeyde pekişmiştir.

35. Rekabet kurallarının uygulanma alanı dışında bırakılma yoluyla gerçekleşen ilk içtihadi tanıma.

Bu gelişim, öncelikle içtihat düzeyinde, kademeli gelişmelerle ortaya çıkmıştır. Adalet Divanı, erken dönemde, ekonomik nitelik taşımadıkları sürece bazı genel çıkar faaliyetlerinin doğaları gereği rekabet kurallarının uygulanma alanı dışında kaldığını kabul etmiştir. Nitekim dayanışma ilkesine dayanan yasal sosyal güvenlik rejimleri bu kapsamda değerlendirilmiştir²²⁰. Aynı şekilde, Eurocontrol'e tevdi edilen hava seyrüsefer güvenliği gibi egemenlik yetkisine ilişkin görevler de ekonomik faaliyet olarak görülmemiştir²²¹. Bu kararlar, genel ekonomik çıkar hizmetlerine (SGEL) ilişkin istisnai rejime dahi başvurulmaksızın, bazı genel çıkar görevlerinin kendine özgü niteliğinin ilk örtük tanınmasına işaret etmektedir.

36. Kamu hizmetinin rekabete gerekli bir sınır olarak işlevsel kabulü.

Asıl kırılma, Divan'ın genel çıkar görevi üstlenen ekonomik faaliyetlerin rekabet kurallarına getirilen bazı uyarlamalardan yararlanabileceğini kabul etmesiyle ortaya çıkmıştır. *Corbeau* ve *Commune d'Almelo* kararlarında Divan, genel ekonomik çıkar hizmeti yürütmekle görevlendirilen teşebbüse verilen özel görevin etkin biçimde yerine getirilmesi için gerekli olduğu ölçüde, rekabet üzerindeki sınırlamaların, hatta inhisari hakların tanınmasının dahi kabul edilebileceğine hükmetmiştir²²². Böylece kamu hizmeti, Birlik hukukuna, gereklilik ölçütüne dayanan işlevsel bir yol üzerinden, rekabet kurallarının uygulanmasına için bir sınır olarak dâhil olmuştur.

²²⁰ ATAD, 17 Şubat 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 ve C-160/91.

²²¹ ATAD, 19 Ocak 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol*, C-364/92.

²²² ATAD, 19 Mayıs 1993, *Paul Corbeau*, C-320/91, §14; ATAD, 27 Nisan 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, §46 vd.

Bununla birlikte, bu tanınma ihtiyatlı ve sıkı biçimde çerçevelenmiş olmaya devam etmektedir. Nitekim öğretide de vurgulandığı üzere, kamu hizmeti bu aşamada hâlâ “Avrupa kamu politikalarında hiçbir şekilde itici bir rol oynamayan bir istisna rejimi” çerçevesinde görünmektedir²²³. Rekabet, yapıyı belirleyen temel norm olmayı sürdürmekte; genel çıkar ise ancak düzeltici ve koşullu bir unsur olarak kabul edilmektedir.

37. Birliğin demokratikleşmesinin etkisiyle genel çıkar hizmetlerinin hukuki bakımdan pekişmesi.

2000’li yıllardan itibaren bu gelişim, Birliğin temel haklar ve sosyal hedefler alanındaki güçlenmesinin etkisiyle devam etmiş ve derinleşmiştir. Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle hukukun bağlayıcı hâle gelen *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*’nın kabulü, bu bakımdan önemli bir sembolik dönüm noktası oluşturmıştır. Şart’ın 36. maddesi, “Birliğin sosyal ve bölgesel uyumunu geliştirmek amacıyla” genel ekonomik çıkar hizmetlerine erişimin tanınmasını ve bu erişime saygı gösterilmesini güvence altına almaktadır. Her ne kadar ileri sürülebilir nitelikte bir subjektif hak yaratmasa da, bu hüküm genel çıkar hizmetlerine Birlik hukuk düzeni içinde yeni bir normatif görünürlük kazandırmaktadır.

Aynı doğrultuda, *Altmark* içtihadı, kamu hizmeti görevleriyle yükümlü teşebbüslere sağlanan mali telafilerin hangi koşullarda devlet yardımı olarak nitelendirilmeyebileceğini açıklığa kavuşturarak, genel ekonomik çıkar hizmetlerinin sürdürülebilir biçimde finanse edilmesini hukukun mümkün kılmıştır²²⁴. Buna paralel olarak Avrupa Komisyonu, genel çıkar hizmetlerinin Avrupa modeli içindeki rolünü daha açık biçimde üstlenmiş, bu hizmetlerin hem Avrupa ekonomisinin rekabet gücüne hem de sosyal ve bölgesel uyuma yaptıkları asli katkıyı vurgulamıştır²²⁵.

Yinede, bu güçlendirilmiş tanıma, Birliğin ekonomik temelinin sorgulanması olarak yorumlanmamalıdır. Aksine, bu gelişme, demokratik ve sosyal gerekliliklerin rekabetçi çerçevenin bizzat içine dâhil edilmesini amaçlayan bir uyarlama ve içsel yeniden dengeleme mantığına dayanmaktadır. P. Bauby’nin de gözlemlediği üzere, kamu hizmetlerinin Avrupalılaşması “doğrusal” bir süreç değildir; aksine, ekonomik ve sosyal çıkarların sürekli bir gerilim içinde kaldığı, “ilerlemeler ve gerilemelerden oluşan” bir süreçtir²²⁶. Dolayısıyla, Birlik hukukunda kamu hizmetlerinin tanınması, piyasa paradigmasının aşılmasından ziyade, onun kademeli biçimde esnetilmesi ve dönüştürülmesi olarak görünmektedir.

²²³ J.-L. Quermonne, “Préface” [Önsöz], iç. P. Bauby, *L’eupéanisation des services publics* [Kamu hizmetlerinin Avrupalılaşması], Paris, Presses de Sciences Po, 2011, s. 8.

²²⁴ ATAD, 24 Temmuz 2003, *Altmark Trans GmbH ve Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00.

²²⁵ Avrupa Komisyonu, *Genel çıkar hizmetlerine ilişkin Beyaz Kitap*, COM(2004) 374 final, 12 Mayıs 2004; Avrupa Komisyonu, *Genel çıkar hizmetleri, sosyal genel çıkar hizmetleri dâhil: yeni bir Avrupa taahhüdü*, COM(2007) 725, 20 Kasım 2007.

²²⁶ P. Bauby, *L’eupéanisation des services publics* [Kamu hizmetlerinin Avrupalılaşması], Paris, Presses de Sciences Po, 2011, s. 24.

2) Rekabet paradigması korunurken gerçekleşen kademeli yeniden dengeleme

Birlik hukukunda genel çıkar hizmetlerinin giderek daha fazla tanınması, piyasa mantığının terk edildiği anlamına gelmiyor. Aksine, bu süreç içsel bir yeniden dengeleme yaratmıştır. Bir yandan, rekabet kurallarının uygulanmasının uyarlanması imkân veren bir genel çıkar hizmetleri ayrımı yapılmış (a); diğer yandan ise rekabet, bu tanımayı hem koşullandıran hem de sınırlayan temel çerçeve olarak varlığını sürdürmüştür (b).

a) Genel çıkar hizmetlerinin farklılaştırılması: genel çıkarın entegrasyonuna yönelik bir teknik

Bu yeniden dengeleme, öncelikle genel çıkar hizmetleri arasında yapılan bir ayrım yoluyla gerçekleşir. Bu çerçevede Birlik hukuku, kamu hizmetine ilişkin üniter bir kavrayışın yerine, rekabet kurallarının uygulanmasını duruma göre uyarlamaya imkân veren işlevsel ve dereceli bir yaklaşım benimser.

38. Kamu hizmetine ilişkin yeknesak kavrayışın yerine analitik ve işlevsel bir yaklaşım.

Birlik hukukunda kamu hizmetlerinin kademeli olarak tanınması, Fransız idare hukukunu geleneksel olarak yapılandıran yaklaşıma benzer şekilde, kamu hizmetine ilişkin yeknesak ve maddi bir kavrayışın benimsenmesi yoluyla gerçekleşmemiştir. Aksine, bu tanınma, genel yarar faaliyetlerinin çeşitliliğine ve bunlara uygulanacak hukuki rejimlerin farklılaştırılmasına dayanan analitik ve ayırıştırıcı bir yaklaşım üzerine kuruludur. Bu çerçevede Birlik hukuku, genel yarar hizmetlerini ekonomik ya da ekonomik olmayan niteliklerine göre belirleyerek, iç pazar ve rekabet kurallarının uygulanma derecesini tespit etmeye yönelik işlevsel bir yaklaşımı tercih etmektedir.

Bu yöntem, genel çıkar hizmetleri için genel bir kategorinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu kategori, kamu otoritelerinin genel çıkar kapsamında gördüğü ve özel nitelikte kamu hizmeti yükümlülüklerine tâbi tuttuğu “ekonomik ve ekonomik olmayan hizmetler” olarak tanımlanmaktadır²²⁷. Bu bilinçli olarak geniş tutulan tanım, büyük ağ sanayilerinden sosyal, eğitim ve sağlık hizmetlerine kadar uzanan geniş bir faaliyet yelpazesini kapsamakta ve Birliğin, genel çıkar görevlerinin çoğulluğunu, içeriklerini katı biçimde sabitlemeden tanıma iradesini yansıtmaktadır.

39. Genel çıkar hizmetlerinin farklılaştırılması ve rekabet hukukunun dereceli uygulanması.

Bu genel kategori içinde Birlik hukuku, genel ekonomik çıkar hizmetleri (SGEI) ile ekonomik nitelik taşımayan genel çıkar hizmetleri (SNEIG) arasında bir ayrım yapmaktadır. Birinciler, kural olarak piyasa ve rekabet kurallarına tâbi olan ekonomik faaliyetleri ifade etmekte; ancak bu kuralların uygulanmasının kendilerine yüklenen özel görevin yerine getirilmesini engellediği durumlarda belirli

²²⁷ Avrupa Komisyonu, *Genel çıkar hizmetlerine ilişkin Beyaz Kitap*, COM(2004) 374 final, 12 Mayıs 2004.

uyarlamalardan yararlanabilmektedir²²⁸. İkinciler ise, rekabet hukukunun uygulanma alanının büyük ölçüde dışında kalmakta ve özellikle egemenlik yetkisine ilişkin görevler ya da yasal dayanışma rejimleri söz konusu olduğunda, esas itibarıyla üye devletlerin örgütlenme yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir²²⁹.

Bu ayrıma, Avrupa mimarisi içinde kendine özgü bir konuma sahip olan genel çıkar kapsamındaki sosyal hizmetler (SSIG) şeklindeki ara bir kategori eklenmektedir. Sağlık, sosyal koruma, bireylere yönelik yardım, istihdam veya sosyal konut gibi alanları kapsayan bu hizmetler, sosyal ve bölgesel uyuma katkıları ile temel hakların etkinliğinin sağlanmasındaki belirleyici rolleri nedeniyle tanınmaktadır²³⁰. Bununla birlikte, bu hizmetlerin hukukî niteliği belirsizliğini korumaktadır; zira Divan, bir faaliyetin “sosyal” niteliğinin, tek başına, onun ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmesini dışlamadığını, bu nitelendirmenin faaliyetin somut icra koşullarına bağlı olduğunu hatırlatmaktadır²³¹.

40. Rekabet çerçevesini tartışmaya açmadan genel çıkarın kademeli entegrasyonu.

Genel çıkar hizmetlerinin bu şekilde farklılaştırılması, Birlik hukukunun, iç pazarın rekabetçi mimarisini sorgulamaksızın genel çıkarı bünyesine dâhil etmesine imkân tanımaktadır. Birlik, ilgili faaliyetlerin niteliğine göre rekabet kurallarının uygulanma yoğunluğunu ayarlayarak, bir yandan belirli görevlerin kendine özgü niteliğini tanımakta, diğer yandan Avrupa ekonomik çerçevesinin bütünlüğünü korumaktadır. Bu bağlamda, genel çıkar hizmetlerine uygulanabilir rejimlerin çeşitliliği, Birlik hukukunun parçalanmasından ziyade, genel çıkar görevlerinin çoğulluğu ile iç pazarın birliğini uzlaştıran kademeli bir entegrasyon stratejisinin ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu farklılaştırma tekniği, kamu hizmetleri lehine Avrupa düzeyinde gerçekleştirilen yeniden dengelemenin temel araçlarından birini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, yapısal bir sınıra da işaret etmektedir. Zira genel çıkarın bütünlleştirilmesi, ancak Birlik hukukunun temel referans çerçevesi olma niteliğini sürdüren piyasa mantığıyla uyumlu olduğu ölçüde mümkün görünmektedir. Genel çıkar hizmetlerinin tanınmasındaki çeşitlenmeye rağmen rekabet paradigmasının bu sürekliliği, bir sonraki başlıkta yapılacak analizi gerekli kılmaktadır.

b) Rekabet mantığının sürekliliği: paradigmayı tersine çevirmeyen bir yeniden dengeleme

Bu yeniden dengeleme, rekabetçi çerçevenin korunduğu sınırlar içinde gerçekleşmektedir. Bu

²²⁸ ABIHA, md. 106, § 2.

²²⁹ Avrupa Komisyonu, *Genel çıkar hizmetleri, sosyal genel çıkar hizmetleri dâhil: yeni bir Avrupa taahhüdü*, COM(2007) 725, 20 Kasım 2007.

²³⁰ Avrupa Komisyonu, Topluluk Lizbon Programının uygulanması – Avrupa Birliği’nde genel çıkar kapsamındaki sosyal hizmetler, COM(2006) 177, 26 Nisan 2006.

²³¹ ATAD, 12 Eylül 2000, *Pavlov*, birleştirilmiş davalar C-180/98–C-184/98.

çerçeve, rekabet hukukuna getirilen istisnaların kabulünü olduğu kadar genel çıkar hizmetlerinin tanınmasının sınırlarını da belirlemektedir.

41. Rekabet hukukuna getirilen istisnaların koşullu ve orantılı niteliği.

Genel çıkar hizmetlerinin farklılaştırılması ve bunların Birlik hukukunda giderek daha fazla tanınması, rekabet paradigmasının aşıldığı şeklinde yorumlanamaz. Sosyal hedeflerin, bölgesel kaygıların ve demokratik değerlerin artan önemine rağmen, Avrupa Birliği esasen iç pazar ve rekabet ekseninde tanımlanan ekonomik bir proje niteliğini muhafaza etmektedir. Bu nedenle kamu hizmetleri lehine gerçekleştirilen yeniden dengeleme ne kavramsal bir kopuştan ne de normlar hiyerarşisinin tersine çevrilmesinden kaynaklanmakta; aksine genel çıkarın gerekleri ile piyasa disiplinlerini bağdaştırmayı amaçlayan içsel, koşullu ve orantılı bir uyarlamaya dayanmaktadır.

Bu süreklilik, öncelikle rekabet kurallarına getirilen uyarlamaların sıkı biçimde koşullandırılmış niteliğiyle kendini göstermektedir. ABİHA'nın 106. maddesinin 2. fıkrası, genel ekonomik çıkar hizmetlerinin yönetimiyle görevlendirilen teşebbüslerin, "özellikle rekabet kuralları olmak üzere" antlaşma hükümlerine tâbi olmaya devam ettiğini hatırlatmakta; kabul edilen istisnaların ise ancak bu kuralların uygulanmasının kendilerine tevdi edilen özel görevin yerine getirilmesini engellemesi hâlinde haklı görülebileceğini belirtmektedir. *Corbeau* ve *Commune d'Almelo* içtihatları, rekabete getirilen her türlü sınırlamayı, kamu hizmeti misyonu açısından vazgeçilmez ve orantılı olma koşuluna bağlayarak bu gereklilik ve orantılılık mantığını somutlaştırmaktadır²³². Bu çerçevede rekabet norm olmaya devam etmekte, genel çıkar ise ancak düzeltici bir unsur olarak kabul edilmektedir.

Bu koşullu mantık, kamu hizmetlerinin finansmanının çerçevelenmesinde de kendini göstermektedir. *Altmark* içtihadı, kamu hizmeti telafilerini mutlak biçimde güvence altına almak amacını taşımamakta; aksine, rekabetin haksız biçimde bozulmasını önlemeyi hedefleyen sıkı ölçütlere tâbi kılmaktadır²³³. Genel çıkar görevlerinin kamu tarafından finanse edilmesine yönelik genel bir hak tanımdan uzak olan Birlik hukuku, iç pazarın bütünlüğünü korumak amacıyla, bu görevlerin telafi edilme usullerini sıkı biçimde denetim altına almaktadır.

42. Avrupa bütünleşmesinin aşılma yapısal çerçevesi olarak rekabet.

Hukuki mekanizmaların ötesinde, rekabet paradigmasının bu sürekliliği, kamu hizmetlerinin örgütlenme biçimleri ile piyasa temelli ekonomik faaliyetlerin işleyişi arasındaki yapısal gerilimle açıklanmaktadır. Nitekim kamu hizmetleri, özgül yükümlülüklerin, telafi mekanizmalarının, münhasır

²³² ATAD, 19 Mayıs 1993, *Corbeau*, C-320/91; ATAD, 27 Nisan 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92.

²³³ ATAD, 24 Temmuz 2003, *Altmark Trans GmbH ve Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00.

hakların veya kamusal güvencelerin varlığıyla, ayrıca çoğu zaman kâr amacı gütmeme ya da erişilebilir fiyatların belirlenmesi gibi özelliklerle karakterize edilmektedir. Bu nitelikler, rekabetin olağan işleyişi ve piyasaya özgü ekonomik maksimizasyon mantığı ile çatışma potansiyeli taşımaktadır. Bu itibarla, kamu hizmeti faaliyetleri ile piyasada yürütülen faaliyetler arasında yapısal olarak çatışmalı bir ilişki bulunmaktadır; zira bu iki alan, farklı ve kısmen çelişkili rasyonaliteler temelinde işlemektedir.

Kamu hizmetlerinin piyasa gereklerine uyarlanması ve belirli genel çıkar görevlerinin etkili biçimde yerine getirilebilmesi amacıyla rekabet kurallarının hedefli biçimde esnetilmesi yoluyla kademeli bir yaklaşma gözlemlenebilmiş olsa da, bu yaklaşma zorunlu olarak sınırlı kalmaktadır. Kamu hizmetlerinin piyasa faaliyetlerine aşırı ölçüde benzetilmesi, bunların kendilerine özgü amaçlarını ve temel kolektif ihtiyaçlara cevap verme kapasitelerini zedeleme riski taşımaktadır. Buna karşılık, piyasa disiplinlerinin aşırı ölçüde zayıflatılması, Avrupa piyasa ekonomisinin bütünlüğüne ve etkinliğine zarar verebilecektir. Nitekim öğretide de vurgulandığı üzere, kamu hizmetlerinin Avrupalılaşması, aktörlerin stratejileri ile ekonomik kısıtların belirleyici rol oynadığı, “ilerlemeler ve geri çekilmelerle şekillenen, gerilimli ve zaman zaman sarsıntılı” bir süreçtir²³⁴.

Birlik hukuku böylece, ekonomik ve sosyal modellerin kaynaşmasına değil, bunların belirli sınırlar içinde birlikte var olmasına dayanan, özünde istikrarsız fakat bilinçli biçimde benimsenmiş bir denge kurmaktadır. Genel çıkar hizmetlerinin tanınması ve geliştirilmesi, rekabet mantığının aşılmasından ziyade, fakat kademeli olarak uyarlanmasıyla gerçekleşmektedir. Bu anlamda, rekabet paradigmasının sürekliliği, Avrupa projesinin başlangıcından kalan basit bir kalıntı değildir; aksine, genel çıkar ile kamu hizmetlerinin hukuken tanınabildiği ve geliştirilebildiği yapısal çerçeveyi oluşturmaktadır.

Genel Sonuç.

Çeşitli demokratik modellerin karşılaştırmalı incelenmesi, genel bir sonuca ulaşmayı mümkün kılmaktadır: kamu hizmeti, rastlantısal ya da ideolojik olarak konumlanmış bir kurgu olmaktan ziyade, demokratik rejimlerin yapısal bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu gücünün meşruiyeti kamu yararının gerçekleştirilmesine ve vatandaşların katılımına dayandığı ölçüde, bazı temel işlevlerin kolektif olarak üstlenilmesi, demokratik yönetimin işleyişinin ayrılmaz bir gereği hâline gelmektedir. Başlangıçta liberal ya da rekabetçi mantıklar üzerine inşa edilmiş sistemlerde gözlenen dönüşümler incelendiğinde, demokrasinin, onu tarihsel olarak biçimlendiren hukukî çerçevelere indirgenemeyen özgün bir dinamik taşıdığı ortaya çıkmaktadır. İster Amerikan liberal anayasacılığı ister piyasanın ve rekabetin üstünlüğüne dayanan Avrupa modeli söz konusu olsun, deneyim göstermektedir ki,

²³⁴ P. Bauby, *a.g.e.*, s. 24.

kamusal müdahaleye yapısal olarak elverişsiz görünen bu sistemler bile zaman içinde kamu yararının üstlenilmesine yönelik mekanizmaları bünyelerine katmak zorunda kalmıştır.

Bu gelişim ne ideolojik bir kopuştan ne de liberalizmin ya da piyasa ekonomisinin kurucu ilkelerinden vazgeçilmesinden kaynaklanmaktadır. Daha ziyade, er ya da geç bazı temel işlevlerin kolektif biçimde örgütlenmesini dayatan demokratik dinamiğin bizzat kendi gücünün bir sonucudur. Demokrasi, hukuk düzenlerinin kendi içinde değişmesini sağlayan ve kamu yararının gerçekten hayata geçmesini güvence altına almak amacıyla, gerektiğinde bazı kolektif ihtiyaçların doğrudan kamu tarafından üstlenilmesini de kapsayacak biçimde bu düzenleri normatif çerçevelerini uyarlamaya zorlayan bir dinamiktir.

Fransız örneği, bu dinamiği bütünüyle doğrulamakta ve onun en gelişmiş ifadelerinden birini oluşturmaktadır. Cumhuriyetçi rejimin pekişmesi ve demokrasinin kökleşmesiyle birlikte kamu hizmeti, giderek kamu hukukunun yapılandırıcı bir modeli olarak kendisini kabul ettirmiştir. Basit bir teknik kurgu olmaktan uzak biçimde, kamu hizmeti, kamu yararının üstlenilmesinin ayrıcalıklı hukuki aracı ve genel hukuktan ayrılan özerk bir idare hukukunun temeli hâline gelmiştir.

Bu itibarla kamu hizmeti, herhangi bir siyasal seçenek olarak değil, bizzat fiilî işleyiş içindeki demokrasinin hukuki imkân koşullarından biri olarak ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Bu çalışmada başvurulmuş kaynakların tamamı Fransızca eserlerden oluşmaktadır. Bu eserlerden yapılan tüm alıntılar tarafımızdan Türkçeye çevrilmiştir. Kaynakçada, kullanılan Fransızca baskılar ile bu baskıların çevirmenleri ayrıca belirtilmiştir.

I. Siyaset ve Hukuk Teorisine İlişkin Genel Eserler

ARISTOTELES, *Politiques* [Politika], Fr. çev. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris, Ladrance, 3. bs., 1874.
BARAK (A.), *The Judge in a Democracy* [Demokraside Yargıç], Princeton, Princeton University Press, 2006.

ÇİÇERO, *De inventione*, Fr. çev. H. Bornecque, Paris, Les Belles Lettres, 1994.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1892.

KELSEN (H.), *La démocratie: sa nature, sa valeur (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*, 1929) [Demokrasi: Niteliği ve Değeri], çev. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, «Bibliothèque Dalloz» serisi, 2. bs., 2004.

NICOLET (C.), *Rome et la conquête du monde méditerranéen (264-27 av. J.-C.)*, c. I, *Les structures de l'Italie romaine* [Roma ve Akdeniz Dünyasının Fethi (MÖ 264-27), c. I, Roma İtalya'sının Yapıları], Paris, PUF, «Nouvelle Clio» serisi, 2001.

PLATON, *Les Lois* [Yasalar], Fr. çev. V. Cousin, Paris, Gallimard, 1992.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou Principes du droit politique* [Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukukunun İlkeleri], Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.

SIEYÈS (E.-J.), *Qu'est-ce que le Tiers État?* [Üçüncü Zümre Nedir?], Paris, 1789.

TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique* [Amerika'da Demokrasi], c. I-II, Paris, Charles Gosselin, 1835-1840.

WEBER (M.), *Le savant et le politique* [Bilim ve Siyaset], çev. J. Freund, Paris, Union générale d'éditions, «10/18» dizisi, 1963.

WILLEMS (P.), *Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien* [Roma Kamu Hukuku veya Roma'nın Kuruluşundan Iustinianus'a Kadar Siyasal Kurumları], Louvain, C. Peeters; Paris, E. Thorin; Berlin, Calvary, 5. bs., 1883.

II. İdare Hukuku ve Anayasa Hukukuna İlişkin Eserler ve El Kitapları

BRUNET (P.), HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel* [Anayasa Hukuku], Paris, LGDJ, «Lextenso» serisi, 46. bs., 2025-2026.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique* [Siyaset Bilimi Üzerine İnceleme], Paris, LGDJ, 2. bs., 1973.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général* [Genel İdare Hukuku], c. I, Paris, LGDJ, «Précis Domat» serisi, 15. bs., 2001.

CORNU (G. (yön.), *Vocabulaire juridique* [Hukuk Sözlüğü], Association Henri Capitant, Paris, PUF,

«Quadrige» serisi, 14. bs., 2022.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel* [Anayasa Hukuku İncelemesi], Paris, E. de Bocard, 3. bs., 1927-1928.

GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-É.), *Droit constitutionnel et institutions politiques* [Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar], Paris, LGDJ, «Précis Domat» serisi, 38. bs., 2024-2025.

PLESSIX (B.), *Droit administratif général* [Genel İdare Hukuku], Paris, LexisNexis, «Manuels» serisi, 5. bs., 2024.

TUSSEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques* [Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar], Paris, Seuil, 7. bs., 2024.

ZOLLER (É.), MASTOR (W.), *Droit constitutionnel* [Anayasa Hukuku], Paris, PUF, 3. bs., 2020.

III. Kamu Hizmeti ve Kamu Yararı

BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique* [Kamu Yapım ve Hizmet Sözleşmeleri Üzerine Deneme: Kamu Görevi Devrine İlişkin İdare Hukuku Tarihine Katkı], Paris, LGDJ, «Bibliothèque de droit public» serisi, c. 206, 2. bs., 2001 (1. bs. 1999).

GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public* [Kamu Hizmeti Hukuku], Paris, LGDJ, «Précis Domat» serisi, 4. bs., 2016.

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (C.), VIROT-LANDAIS (A.), *Droit des services publics* [Kamu Hizmetleri Hukuku], Paris, LexisNexis, «Manuels» serisi, 5. bs., 2024.

LE MASNE (P.), *Les services publics: Approches économiques et enjeux sociaux* [Kamu Hizmetleri: Ekonomik Yaklaşımlar ve Toplumsal Meseleler], Rennes, PUR, «Didact Économie» serisi, 2007.

IV. Avrupa Birliği Hukuku ve Genel Çıkar Hizmetleri

AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (yön.), *Traité de droit administratif européen* [Avrupa İdare Hukuku İncelemesi], Bruxelles, Bruylant, 3. bs., 2022.

BAUBY (P.), *L'eupéanisation des services publics* [Kamu Hizmetlerinin Avrupalılaşması], Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

DENORD (F.), SCHWARTZ (A.), *L'Europe sociale n'aura pas lieu* [Sosyal Avrupa Gerçekleşmeyecek], Paris, Raisons d'Agir, 2009.

NOVAK (W. J.), *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996.

V. Doktrin Makaleleri ve Katkıları

CARRATIER DUBOIS (L. de), “Le Conseil d'État, l'économie et le service public: concessions et services publics industriels et commerciaux [années 1880-1950]” [Danıştay, Ekonomi ve Kamu Hizmeti: İmtiyazlar ve Sınai ve Ticari Kamu Hizmetleri (1880-1950 Yılları)], *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3, n° 52-3, s. 51-74.

CUSTOS (D.), “La notion d'ordre public économique aux États-Unis” [Amerika Birleşik Devletleri'nde Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı], iç. A. Laget-Annamayer (yön.), *L'ordre public économique* [Ekonomik Kamu Düzeni], Paris, LGDJ, «Droit et Économie» serisi, 2018, Kısım II, Bölüm 3.

DE SCHUTTER (O.), “L'équilibre entre l'économie et le social dans les traités européens” [Avrupa Antlaşmalarında Ekonomik ve Sosyal Denge Üzerine], *Revue française des affaires sociales*, 2006, n° 1, s. 131-157.

HENKIN (L.), “Les droits économiques dans la Constitution américaine” [Amerikan Anayasasında Ekonomik Haklar], *Revue internationale de droit comparé*, 1992, s. 421-450.

LETTÉLIER (É.), “Aller au théâtre dans les villes romaines. Une approche historique et archéologique” [Roma Kentlerinde Tiyatroya Gitmek: Tarihsel ve Arkeolojik Bir Yaklaşım], *Histoire urbaine*, c. 38, n° 3, 2013, s. 37-60.

MERLAND (G.), “L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux?” [Temel Hakların Korunmasında Etkili Bir Araç Olarak Kamu Yararı], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.

POULET (F.), “Les services publics et le phénomène de massification” [Kamu Hizmetleri ve Kitleleşme Olgusu], iç. J.-M. Pontier ve U. Ngampio-Obélé-Bélé (yön.), *Le droit administratif aux défis du XXIe siècle* [İdare Hukukunun 20. Yüzyılın Meydan Okumaları Karşısındaki Durumu], Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, «Colloques et Essais» serisi, 2022, s. 230-231.

QUERMONNE (J.-L.), “Préface” [Önsöz], iç. P. Bauby, *L'eupéanisation des services publics* [Kamu Hizmetlerinin Avrupalılaşması], Paris, Presses de Sciences Po, 2011, s. 7-9.

STIRN (B.), “La conception française du service public” [Kamu Hizmetinin Fransız Anlayışı], *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (CJEG), 1993.

TRUCHET (D.), “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre” [Danıştay İçtihadında Kamu Yararı: Kaynaklara Dönüş ve Denge], iç. CONSEIL D'ÉTAT, *L'intérêt général, Études et documents du Conseil d'État*, n° 50, 1999, s. 361-374.

VI. Raporlar ve Kurumsal Belgeler

AVRUPA KOMİSYONU, *Livre blanc sur les services d'intérêt général* [Genel Çıkar Hizmetlerine İlişkin Beyaz Kitap], COM (2004) 374 final, 12 Mayıs 2004.

AVRUPA KOMİSYONU, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen* [Sosyal Hizmetler Dahil Genel Çıkar Hizmetleri: Yeni Bir Avrupa Taahhüdü], COM (2007) 725, 20 Kasım 2007.

AVRUPA KOMİSYONU, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne* [Lizbon Topluluk Programının Uygulanması — AB'de Genel Çıkar Sosyal Hizmetleri], COM (2006) 177, 26 Nisan 2006.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999 – L'intérêt général* [1999 Yıllık Raporu — Kamu Yararı], Paris,

La Documentation française, 1999.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.), *Rapport sur le service public* [Kamu Hizmeti Üzerine Rapor], Paris, La Documentation française, 1996.

TABUTEAU (D.), *Discours de rentrée du Conseil d'État, 7 septembre 2022* [Danıştay Açılış Konuşması, 7 Eylül 2022], Paris, Conseil d'État, 2022.

VII. Yargı Kararları

Fransa

Uyuşmazlık Mahkemesi (Tribunal des conflits), 8 Şubat 1873, *Blanco*, n° 00012, Rec. Lebon, 1er suppl., p. 61.

Fransa Danıştay (Conseil d'État), 22 Mart 1901, *Pagès*, n° 98812.

Conseil d'État, 20 Aralık 1935, *Établissements Vézia*, n° 39234.

Conseil d'État, 13 Mayıs 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, n° 57302.

Conseil d'État, 28 Haziran 1963, *Narcy*, n° 43834.

Conseil d'État, 31 Mayıs 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

Conseil d'État, Sect., 22 Şubat 2007, *APREI*, n° 264541.

Avrupa Birliği

ATAD, 19 Mayıs 1993, *Corbeau*, C-320/91.

ATAD, 27 Nisan 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92.

ATAD, 23 Ekim 1997, *Commission / France*, C-159/94.

ATAD, 12 Eylül 2000, *Pavlov*, birleştirilmiş davalar C-180/98–C-184/98.

ATAD, 24 Temmuz 2003, *Altmark Trans*, C-280/00.

Amerika Birleşik Devletleri

Supreme Court, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 1877.

Supreme Court, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 1897.

Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905.

Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 1934.

Supreme Court, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 1937.

Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 1938.

L'antinomie Entre La Qualification Législative Et La Réalité Administrative : Le Cas Des Contrats Publics Soumis Au Droit Privé En Turquie

Introduction

I. Le Paradigme Classique À L'épreuve Du Néolibéralisme

Dans l'histoire du droit public turc, fortement imprégnée de la tradition continentale européenne et du modèle français, la distinction entre la gestion publique et la gestion privée a toujours constitué une *summa divisio* fondamentale. La doctrine administrative turque a longtemps érigé le « service public » et la « puissance publique » en critères absolus de la compétence du juge administratif.²³⁶ Selon cette conception classique, l'État, lorsqu'il agit pour satisfaire l'intérêt général, ne saurait être un contractant ordinaire ; il est le garant de l'intérêt supérieur, agissant dans le cadre d'un régime exorbitant du droit commun.²³⁷

Cependant, à partir des dernières années du 20^e siècle, et de manière accélérée au tournant du millénaire, la Turquie a connu une métamorphose radicale de son économie politique. Le passage d'un « État-Producteur », qui gérait directement les entreprises économiques, à un « État-Régulateur », a ébranlé les certitudes dogmatiques du droit administratif.²³⁸ Sous l'impulsion des politiques de libéralisation et de la mondialisation des échanges, l'administration turque a commencé à percevoir le droit administratif classique — avec sa rigidité procédurale et son contrôle juridictionnel strict — non plus comme une garantie de légalité, mais comme un frein à l'efficacité économique.²³⁹

C'est dans ce contexte que s'est opéré en Turquie ce qui est qualifié, dès les années 1950 en France, de « fuite vers le droit privé ».²⁴⁰ Ce phénomène ne s'est pas limité à une simple gestion domaniale ; il s'est étendu au cœur même des missions de service public, l'administration cherchant à revêtir les habits du commerçant pour échapper aux contraintes du droit public.

²³⁵ Docteur en droit public, Université Paris 2 – Panthéon Assas

²³⁶ *Docteur en droit public, Université de Paris II - Panthéon Assas

ONAR Siddik Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Les bases généraux de droit administratif)*, Hak Kitabevi, 1966, p. 18 et s.

²³⁷ CHAPUS René, *Droit administratif général, Tome I*, LGDJ, 2001, p. 560 GÜNDAY Metin, *İdare hukuku (Droit administratif)*, İmay Yayınevi, 2017, p. 156.

²³⁸ TAN, TURGUT, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri (Cours de droit public économique)*, Turhan Kitabevi, 2025, p. 45-48.

²³⁹ *Ibid.*, p. 115 et s. ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku (Nouveau droit administratif de la Turquie)*, Yetkin Yayınları, 2019, p. 450 YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku (Droit administratif)*, Beta, 2010, p. 88.

²⁴⁰ RIVERO Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Rev. Droit Public Sci. Polit. En Fr. À L'étranger RDP*, 59, 1953, p. 279.

II. L'impératif Économique Et Le «Traumatisme» Jurisprudentiel

Cette mutation juridique ne relève pas d'une simple mode intellectuelle, mais répond à une contrainte économique majeure. La Turquie, en tant que pays émergent, fait face à des besoins colossaux en matière d'infrastructures, notamment dans le secteur de l'énergie et des transports. L'exemple le plus topique est sans doute celui de la construction de centrales nucléaires. De tels projets exigent non seulement des capitaux massifs que le budget de l'État ne peut supporter seul, mais aussi un transfert de technologie que seule l'expertise internationale peut fournir.

Or, l'appel aux investisseurs étrangers s'est heurté, durant la décennie 1990, à un obstacle institutionnel majeur : la jurisprudence du Conseil d'État de la Türkiye (*Danıştay*). Durant cette période, la Haute Juridiction administrative, exerçant son contrôle sur les contrats de concession, a adopté une position protectrice de la souveraineté nationale. *Danıştay* a systématiquement annulé ou bloqué quelques types des contrat de concession notamment sur la production de l'électricité, au motif que le service public est une mission de souveraineté ne pouvant être «privatisée».²⁴¹

Ce blocage a créé ce que l'on pourrait qualifier de « traumatisme de la concession » chez les décideurs politiques et les investisseurs. La demande des marchés était claire : pour investir dans une centrale nucléaire ou un grand pont en Türkiye, ils exigeaient un contrat «dénationalisé», soumis aux règles du commerce international et soustrait à la compétence du juge administratif national.²⁴²

III. La Réponse Stratégique : L'ingénierie De La Privatisation Et L'exemple Français

Face à cette impasse, le constituant et le législateur turcs ont opté pour une stratégie de contournement. S'inspirant de modèles occidentaux — il convient ici de rappeler que la France elle-même a dû recourir à des montages juridiques *sui generis* pour des projets d'envergure comme *Eurodisney* ou le *Tunnel sous la Manche* —, la Turquie a entrepris une vaste réforme de son ossature constitutionnelle et législative.

Les révisions constitutionnelles de 1999 (articles 125 et 155) ont marqué un tournant décisif en autorisant explicitement l'arbitrage international pour les services publics.²⁴³ Fort de cette habilitation, le législateur a multiplié les lois sectorielles qualifiant expressément les contrats de ces secteurs de « contrats de droit privé », quand bien même ils ont pour objet l'exécution d'un service public par une personne publique.²⁴⁴

²⁴¹ *Danıştay*, 10. Daire (Conseil d'État de la Türkiye, 10e chambre), n° E. 1996/5283, K. 1998/550.

²⁴² AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGINER Murat et KAYA, CEMIL, *Türk İdare Hukuku (Droit administratif de la Türkiye)*, Seçkin Yayıncılık, 2025, p. 612.

²⁴³ « Loi n° 4446 du 13.08.1999 modifiant les articles 125 et 155 de la Constitution de la Türkiye », 1999.

²⁴⁴ Voir par exemple « Elektrik Piyasası Kanunu (Code du marché de l'électricité) », 2013.

L'objectif de cette ingénierie juridique est manifeste : il s'agit, par une qualification législative volontariste, de couper le lien organique entre le contrat et le juge administratif, offrant ainsi aux investisseurs le « confort » du droit privé et de l'arbitrage.

IV. Problématique Et Annonce Du Plan

Toutefois, cette démarche soulève une interrogation fondamentale qui constituera le fil rouge de cette étude : Une simple qualification législative suffit-elle à transformer la nature juridique de l'action administrative ?

Changer l'étiquette d'un acte ne suffit pas à changer la nature intrinsèque de son auteur.²⁴⁵ L'État, même lorsqu'il signe un contrat commercial régi par le Code des Obligations, demeure une personne morale de droit public, enserrée dans un système constitutionnel dualiste. Nous soutenons que cette tentative de soumission totale au droit privé crée non pas une sécurité, mais une insécurité juridique nouvelle, née de la friction entre la volonté du législateur et la réalité de la mission administrative. Afin d'analyser cette tension, nous étudierons dans une première partie la construction de ce régime d'exception par une qualification législative volontariste. Dans un second temps, nous démontrerons comment la réalité administrative et constitutionnelle résiste à cette qualification, engendrant des paradoxes insolubles tant au niveau de la validité des actes que de la responsabilité des agents.

Première Partie

Une Qualification Législative Volontariste : La Construction D'un Régime D'exception

La soumission des grands projets d'infrastructure au droit privé en Turquie ne saurait être lue comme le fruit d'une évolution spontanée ou d'un simple glissement jurisprudentiel. Elle est, au contraire, le résultat d'une construction étatique délibérée, d'une véritable « ingénierie juridique » déployée sur près de deux décennies. Ce basculement vers le droit privé constitue la réponse institutionnelle à une crise profonde : celle de l'incapacité de l'État à financer ses missions et celle, plus juridique, du blocage imposé par la juridiction administrative.

Pour comprendre la genèse de ce régime hybride, il convient d'analyser d'abord la dialectique conflictuelle qui a opposé les impératifs économiques à la résistance du juge administratif durant les années 1990, avant d'étudier comment le pouvoir constituant a dû intervenir pour briser ce verrou et légitimer l'application du droit privé.

²⁴⁵ DURAN Lütfi, *Idare Hukuku Ders Notları (Fiches de droit administratif)*, Fakülteler Matbaası, 1982, p. 230.

A. La Dialectique Du Blocage : Pénurie De Capitaux Et Résistance Juridictionnelle

Le tournant des années 1990 en Turquie est marqué par une contradiction majeure. D'un côté, l'État, confronté à une urbanisation galopante et à une industrialisation rapide, fait face à un besoin urgent et massif d'investissements, non seulement dans l'énergie, mais dans l'ensemble des infrastructures publiques. De l'autre, l'appareil juridique classique, hérité de la conception monolithique du service public, se révèle inadapté pour accueillir les capitaux privés nécessaires à ces investissements.

1. La Nécessité de l'Apport Privé et l'Insuffisance du Modèle Classique.

Au lendemain des réformes libérales initiées en 1980, il est apparu que le budget de l'État ne pouvait plus supporter seul le poids des investissements publics. Le modèle de l'« État-Maître d'Ouvrage », finançant les ponts, les barrages et les centrales par l'impôt, avait atteint ses limites budgétaires.²⁴⁶ La Turquie devait impérativement mobiliser l'épargne privée et même attirer les investissements directs étrangers (IDE). Cependant, ces capitaux privés ne pouvaient être injectés dans le cadre rigide de la fonction publique ou des marchés publics classiques. Il fallait inventer de nouveaux modèles contractuels permettant au secteur privé non seulement de construire, mais d'exploiter le service public pour rentabiliser son investissement (modèles *Build-Operate-Transfer*). Or, l'introduction de ces modèles s'est heurtée à un obstacle doctrinal majeur : la nature juridique du contrat liant l'État à l'investisseur.

2. La Citadelle du Droit Public : La Résistance du Conseil d'État

Face à ces tentatives d'ouverture, le Conseil d'État (*Danıştay*) s'est posé en gardien du temple de la tradition publiciste. S'appuyant sur la Constitution de 1982, la Haute Juridiction considérait que toute activité qualifiée de « service public » impliquait nécessairement l'exercice de la puissance publique et, par conséquent, l'application exclusive du droit administratif.²⁴⁷

Cette position n'était pas un simple conservatisme procédural, mais une défense de la souveraineté. Dans ses avis consultatifs — alors obligatoires — et ses arrêts de principe des années 1990, le Conseil d'État a systématiquement requalifié les contrats que l'administration tentait de faire passer pour des contrats de droit privé en « contrats de concession administrative ». La conséquence de cette qualification était fatale pour les investisseurs :

- Elle entraînait la compétence exclusive du juge administratif turc.
- Elle soumettait le contrat aux prérogatives de modification unilatérale de l'administration.²⁴⁸

²⁴⁶ TAN, TURGUT, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri (Cours de droit public économique)*, Turhan Kitabevi, 2025, p. 112.

²⁴⁷ GÜNDAY Metin, *İdare hukuku (Droit administratif)*, İmay Yayınevi, 2017, p. 180 ONAR Siddik Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Les bases générales de droit administratif)*, Hak Kitabevi, 1966, p. 1250.

²⁴⁸ Pour une critique de cette période de blocage : KARAHANOGULLARI Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukusal Rejim (Service public, Concept et régime juridique)*, Turhan Kitabevi, 2015, p. 210.

Ce « verrou » jurisprudentiel a conduit à une paralysie de fait. Des projets vitaux restaient bloqués dans les méandres du contrôle juridictionnel, le juge administratif refusant de valider des montages qui, selon lui, bradaient les compétences régaliennes de l'État à des entités privées.

3. Le « Bras de Fer » Juridique : La Stratégie de Contournement et l'Échec Initial.

Pour surmonter cette résistance, le législateur a tenté, dans un premier temps, une stratégie de contournement sémantique. L'idée était de modifier la loi pour déclarer que les contrats relevant des nouveaux modèles (BOT) étaient des « contrats de droit privé », espérant ainsi les soustraire à la qualification de concession et donc à la compétence du Conseil d'État.

Cependant, cette stratégie s'est heurtée à la vigilance de la Cour Constitutionnelle de la Türkiye. Dans une série de décisions historiques, notamment l'arrêt du 9 décembre 1994, la Cour a censuré ces lois. Elle a posé un principe fondamental : le législateur ne peut pas, par une simple qualification arbitraire, transformer la nature d'un service public. Si l'activité est un service public, le contrat est une concession, et le contrôle du Conseil d'État est une exigence constitutionnelle.²⁴⁹

Ce fut une victoire à la Pyrrhus pour le droit public. Juridiquement, la cohérence du système était sauvée. Mais économiquement, le blocage était total. Il devenait évident que pour « sauver » l'investissement, il fallait briser le cadre constitutionnel lui-même.

B. Le Déblocage Constitutionnel Et La Légitimation Du Droit Privé

La fin des années 1990 marque la prise de conscience par le pouvoir politique que la « guerre » contre le juge administratif ne pouvait être gagnée sur le terrain législatif. Pour permettre aux personnes privées d'exécuter des missions de service public sous un régime de droit privé, il fallait modifier la Loi Fondamentale.

1. La Révision Constitutionnelle de 1999 : Un Changement de Paradigme

Les amendements constitutionnels du 13 août 1999 (Loi n° 4446) constituent une rupture tectonique dans le droit administratif turc.²⁵⁰ L'objectif était de créer un écosystème juridique où le droit privé pourrait régir le service public et d'y introduire l'arbitrage.

Trois modifications majeures ont redessiné le paysage :

- **L'article 47** a été révisé pour permettre explicitement que les services publics soient assurés par des personnes privées via des « contrats de droit privé ». C'est la reconnaissance constitutionnelle de la privatisation de la gestion.

²⁴⁹ L'arrêt fondamental qui résume cette résistance : *Anayasa Mahkemesi* (Conseil constitutionnel de la Türkiye), 28 juin 1995, n° E. 1994/71, K. 1995/23.

²⁵⁰ GÖZLER, KEMAL, *Türk Anayasa Hukuku (Droit constitutionnelle de la Türkiye)*, Ekin Yayınevi, 2021, p. 980-985.

- **L'article 125** a été amendé pour autoriser le recours à l'arbitrage national et international pour les litiges nés des contrats de concession de service public comportant un élément d'extranéité. Ce faisant, le constituant a brisé le monopole juridictionnel de l'État.
- **L'article 155**, enfin, a porté le coup de grâce à la tutelle du Conseil d'État. Son pouvoir d'examen préalable des contrats a été réduit d'une « approbation » contraignante à un simple « avis consultatif » devant être rendu sous deux mois.

Cette réforme a inversé la logique : la soumission au droit public n'est plus une fatalité constitutionnelle, mais une option parmi d'autres.

2. La Loi n° 4501 et le Droit d'Option de l'Administration.

Fort de cette habilitation constitutionnelle, le législateur a adopté la Loi n° 4501 du 21 janvier 2000, qui constitue la charte de ce nouveau régime. Cette loi pose un principe révolutionnaire pour la tradition turque : elle confère à l'administration un « droit d'option ». Désormais, pour les services publics comportant un élément étranger, l'administration peut librement décider de soumettre ses contrats au droit privé. Elle n'est plus tenue par la nature de l'activité ; elle choisit son régime juridique en fonction de l'opportunité économique.²⁵¹

3. La Mutation du Service Public vers le Droit Privé La conséquence directe de cette ouverture a été la multiplication des lois sectorielles renvoyant au droit privé. La loi sur le marché de l'électricité, la loi sur le gaz naturel ou encore la législation relative à la construction des centrales nucléaires, disposent toutes expressément que les contrats signés dans leur cadre sont des « contrats de droit privé ».²⁵²

Ainsi, la boucle est bouclée. Ce qui était considéré comme une hérésie juridique dans les années 1990 — confier la gestion d'un service public stratégique à une société privée sous l'empire du droit privé — est devenu la norme légale. L'État a réussi, par une opération d'ingénierie constitutionnelle, à construire un « régime d'exception » pour rassurer le capital. Cependant, comme il sera démontré dans la seconde partie, si l'obstacle législatif est levé, la réalité administrative, elle, résiste. Cette qualification volontariste du droit privé se heurte à la nature dualiste du système juridique turc, créant de nouvelles apories bien plus complexes que celles que l'on pensait avoir résolues.

²⁵¹ «Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun (Loi n° 4501 sur les principes à respecter en cas de recours à l'arbitrage pour les concessions de service public)».

²⁵² «Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun (Loi relative à la construction et à l'exploitation des centrales nucléaires et à la vente d'énergie)», 2007 art. 5.

Deuxième Partie

Une Réalité Administrative Résistante : Du Choc Des Cultures Juridiques À La Nécessité D'une Synthèse

Si la volonté législative a réussi, comme nous l'avons vu, à construire un cadre formel permettant la soumission des contrats publics au droit privé, elle n'a pu abolir totalement la réalité administrative sous-jacente. L'administration, même lorsqu'elle revêt les habits du commerçant, reste une personne publique soumise à des impératifs constitutionnels. Croire que l'on peut gérer un service public stratégique en faisant totalement abstraction du droit public est une illusion dangereuse.

Cette illusion engendre aujourd'hui deux types de risques majeurs : un risque d'incompréhension culturelle juridique et un risque de blocage fonctionnel, qu'il convient de surmonter par une approche syncrétique.

A. L'illusion De La Rupture Totale : L'incommensurabilité Des Concepts Juridiques

Le premier obstacle à cette «privatisation totale» du régime juridique n'est pas normatif, mais cognitif et culturel. Il réside dans la difficulté, voire l'impossibilité, de traduire les concepts du droit administratif continental dans le champs du droit des affaires international, souvent dominée par la *Common Law*.

1. Le « Dialogue de Sourds » : L'Anecdote du Professeur Guglielmi

Pour illustrer ce fossé conceptuel, il nous paraît opportun de relater ici une expérience significative vécue lors d'une mission de recherche à Paris. Un professeur de droit turc, formé aux états unis, avait sollicité un entretien avec Professeur Gilles Guglielmi, agrégé de droit public et d'économie. Lors de la préparation de cette rencontre, la question de la langue de travail s'est posée. Bien que le Professeur Guglielmi maîtrise parfaitement l'anglais technique pour ses cours d'économie, il a insisté pour que l'entretien sur le droit public se déroule exclusivement en français. Il nous a alors confié une réflexion fondamentale : après avoir tenté, par le passé, de dispenser un cours de droit administratif français en anglais, il avait réalisé que les mêmes mots recouvraient des réalités radicalement différentes. Traduire des termes du droit public, ce n'est pas seulement traduire un mot, c'est trahir une histoire et un régime juridique. Le Professeur avait conclu que le droit administratif continental, avec ses notions d'intérêt général et de prérogatives de puissance publique, était intraduisible dans la logique juridique anglo-saxonne sans une perte de sens majeure.

Cette anecdote n'est pas qu'un détail biographique ; elle est le symptôme du risque qui guette les contrats turcs soumis à l'arbitrage international sous le droit privé. Si un litige survenant de l'exploitation d'un service public est tranché par des arbitres de culture anglo-saxonne, qui

interprètent le contrat selon la stricte égalité des parties (*pacta sunt servanda* rigide), sans comprendre la notion de « mutabilité du service public », cela causera des grands problèmes juridiques.

2. Le Risque de la Décision « Inapplicable » et la Convention de New York

Ce choc des cultures juridiques peut aboutir à une impasse pratique redoutable. Imaginons un scénario où l'administration turque, pour des raisons de sécurité nationale ou de santé publique, décide de modifier unilatéralement les conditions d'exploitation d'un projet. Un tribunal arbitral, raisonnant en pur droit privé, pourrait condamner l'État à une exécution en nature (*specific performance*) incompatible avec ses obligations souveraines, ou à des indemnités punitives ignorées de notre droit.

Le paradoxe est ici saisissant : en vertu de la Convention de New York (ratifiée par 172 pays), cette sentence arbitrale sera juridiquement valide et exécutoire presque partout dans le monde. Pourtant, sur le sol turc, son exécution pourrait contraindre l'administration à violer ses propres lois de police ou les principes fondamentaux de son organisation administrative.²⁵³ Une décision qui ne peut être appliquée dans son propre pays peut entraîner de graves crises si elle est appliquée dans d'autres pays du monde sur les actifs de ce pays.

3. Le Dilemme de la Responsabilité et les Tiers Oubliés

L'application exclusive du droit privé pose enfin la question des « oubliés » du contrat : les usagers et les tiers. En droit privé, le principe de l'effet relatif des contrats limite les effets de l'acte aux seules parties signataires. Or, le service public est par essence destiné à l'universalité des citoyens. Les principes de responsabilité diffèrent entre le droit administratif et le droit privé. La responsabilité de l'administration découlant de l'exécution des services publics est nettement plus lourde, et la possibilité d'apporter une preuve libératoire y est beaucoup plus restreinte. En cas de défaillance du cocontractant privé causant un dommage aux tiers, qui portera la responsabilité face à une sentence arbitrale méconnaissant cette distinction ? Est-ce l'intérêt général ou l'intérêt privé qui sera pris en compte dans les sentences arbitrales ? En cas d'exécution d'une sentence arbitrale manifestement contraire à l'intérêt général, comment et dans quelle mesure les principes fondamentaux du service public pourront-ils être écartés ? Dans l'hypothèse où la sentence ne serait pas exécutée, quelles seraient alors les responsabilités internationales de l'État ? Ce flou juridique, né de l'absence de balises de droit public, place le gestionnaire public dans une insécurité permanente.

²⁵³ NOMER Ergin, EKŞİ Nuray et GELGEL Günseli Öztekin, *Milletlerarası tahkim hukuku (Droit international de l'arbitrage) Tome I*, Beta, 2016, p. 230 ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Préparation des contrats commerciaux internationaux et modes de résolution des litiges)*, Beta Basım Yayın, 2023.

B. Vers Une Approche Synchrétique : Réintégrer L'esprit Public Dans Le Corps Privé

Faut-il pour autant rejeter en bloc l'évolution vers le droit privé ? Certainement pas. L'histoire ne repasse pas les plats, et les besoins de financement des pays, sont une réalité incontournable. Il convient de respecter le choix du constituant en faveur du droit privé, tout en respectant l'autre pilier de notre système : le caractère dualiste de notre juridiction et la primauté du service public.

La solution ne réside pas dans un retour en arrière, mais dans une synthèse : il faut réinjecter des «anticorps» de droit public dans ces contrats de droit privé, tant au stade de leur élaboration qu'à celui de leur contentieux.

1. Comblar le Déficit d'Expertise *Ex Ante* : Une Nouvelle Ingénierie Contractuelle

La réforme constitutionnelle, en réduisant le rôle du Conseil d'État, a privé l'administration d'une expertise précieuse. Le contrôle *a priori* de la Haute Juridiction, bien que parfois rigide, garantissait la cohérence juridique des contrats. Aujourd'hui, l'administration se trouve parfois seule face à rompus aux techniques contractuelles complexes.

Pour rétablir l'équilibre, il est impératif d'institutionnaliser un mécanisme de contrôle interne. Nous proposons la création de « **Commissions de Droit Public** », composées d'universitaires et de praticiens du droit administratif, chargées d'auditer les contrats avant signature. Leur mission ne serait pas de bloquer les projets, mais de s'assurer que les clauses de droit privé (force majeure, pénalités, résiliation) sont rédigées de manière compatible avec les impératifs de continuité du service public.²⁵⁴ De plus, la transparence doit être la règle. L'argument du «secret commercial» ne saurait justifier l'opacité de contrats qui engagent les finances publiques sur des décennies.

2. Pour une Interprétation « Publiciste » des Contrats de Droit Privé

Enfin, au stade du contentieux, une révolution herméneutique est nécessaire. Même si le contrat est qualifié de «privé» par la loi, le juge ou l'arbitre ne doit jamais oublier sa *causa finalis* : l'exécution d'un service public. Cela implique deux exigences concrètes :

- **Sur le fond :** Les clauses contractuelles doivent être interprétées à la lumière de l'intérêt général. La théorie civile de l'imprévision ou de la bonne foi doit être «colorée» par les nécessités du service public.
- **Sur la procédure :** Il est crucial que les clauses d'arbitrage prévoient la nomination obligatoire d'au moins un arbitre possédant une expertise avérée en droit administratif turc (ou

²⁵⁴ Cette proposition rejoint les préoccupations exprimées par : GIRITLI İsmet, BILGEN Pertev, BERK Kahraman *et al.*, *İdare Hukuku (Droit administratif)*, Der Yayınları, 2013, p. 850.

continental). C'est la seule garantie qu'une décision ne sera pas rendue *in abstracto*, mais en tenant compte de l'écosystème juridique dans lequel elle devra s'appliquer.

Conclusion

En définitive, l'expérience turque des contrats publics soumis au droit privé s'apparente à une traversée périlleuse vers une terra incognita. Nous avons quitté le port sécurisant, mais jugé trop étroit et rigide, du droit administratif classique, pour naviguer sur l'océan tumultueux du droit privé globalisé et de l'arbitrage international. Ce voyage était sans doute inévitable ; les vents de l'économie mondiale et la nécessité impérieuse de financer les infrastructures ont poussés les états. Cependant, comme le retour au port de départ n'est plus une option réaliste, il est vital de ne pas jeter par-dessus bord la boussole du service public. Le danger qui nous guette n'est pas tant le droit privé en soi, que l'oubli de la raison d'être de ces contrats. Si nous laissons la logique purement marchande, portée par des arbitres étrangers souvent sourds aux subtilités de la tradition étatique de droit administratif, dicter sa loi sans contrepoids, nous risquons un naufrage juridique et social.

Le droit administratif, rappelons-le avec force, n'est pas un privilège de l'administration ; c'est son devoir sacré envers la cité. Ce devoir de continuité, d'égalité et d'adaptation subsiste, quelle que soit l'étiquette législative collée sur le contrat. La «fuite vers le droit privé» ne doit pas devenir une fuite devant les responsabilités publiques.

Dès lors, la réussite de ce modèle hybride ne dépendra pas de la qualité de nos lois, mais de la qualité de nos hommes et de nos femmes de loi. L'avenir appartient à une nouvelle génération de juristes et d'arbitres «bilingues», capables de parler à la fois la langue de l'efficacité économique et celle de l'intérêt général. Il nous faut construire des ponts entre ces deux rives, pour que l'ouverture au capital international ne se paie pas au prix de l'abdication de notre souveraineté juridique et de l'âme même du service public. C'est à cette seule condition que la Turquie pourra concilier sa soif de développement avec son héritage administratif séculaire.

Bibliographie

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGINER Murat et KAYA, CEMİL, *Türk İdare Hukuku (Droit administratif de la Turquie)*, 19^e éd., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2025, 824 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général, Tome I*, vol. I, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 1440 p.

DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları (Fiches de droit administratif)*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

GIRITLI İsmet, BILGEN Pertev, BERK Kahraman et al., *İdare Hukuku (Droit administratif)*, 8. basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013, 1248 p.

GÖZLER, KEMAL, *Türk Anayasa Hukuku (Droit constitutionnelle de la Turquie)*, 4^e éd., Bursa, Ekin Yayınevi, 2021, 1534 p.

GÜNDAY Metin, *İdare hukuku (Droit administratif)*, 11. baskı, Ankara, İmay Yayınevi, 2017, 670 p.

KARAHANOGULLARI Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim (Service public, Concept et régime juridique)*, 3^e éd., [s. l.], Turhan Kitabevi, 2015, 434 p.

NOMER Ergin, EKŞİ Nuray et GELGEL Günseli Öztekin, *Milletlerarası tahkim hukuku (Droit international de l'arbitrage) Tome I*, vol. I, Ankara, Beta, 2016.

ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Les bases générales de droit administratif)*, vol. I, 3^e éd., İSTANBUL, Hak Kitabevi, 1966.

RIVERO Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 59, 1953, p. 279-296.

ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Préparation des contrats commerciaux internationaux et modes de résolution des litiges)*, 8^e éd., Ankara, Beta Basım Yayın, 2023.

TAN, TURGUT, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri (Cours de droit public économique)*, 3^e éd., Ankara, Turhan Kitabevi, 2025.

ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku (Nouveau droit administratif de la Turquie)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku (Droit administratif)*, 2^e éd., İSTANBUL, Beta, 2010.

« Elektrik Piyasası Kanunu (Code du marché de l'électricité) », 2013. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6446.PDF>

« Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun (Loi relative à la construction et à l'exploitation des centrales nucléaires et à la vente d'énergie) », 2007. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc092/kanuntbmmc092/kanuntbmmc09205710.pdf

« Loi n° 4446 du 13.08.1999 modifiant les articles 125 et 155 de la Constitution de la Turquie », 1999.

« Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması

Gereken İkelere Dair Kanun (Loi n° 4501 sur les principes à respecter en cas de recours à l'arbitrage pour les concessions de service public) ».

Anayasa Mahkemesi (Conseil constitutionnel de la Türkiye), 28 juin 1995, n° E. 1994/71, K. 1995/23.
<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22586.pdf>

Danıştay, 10. Daire (Conseil d'État de la Türkiye, 10e chambre), n° E. 1996/5283, K. 1998/550.

Kanuni Nitelendirme ile İdari Gerçeklik Arasındaki Çatışma: İdarenin Özel Hukuka Tabi Kılınan Sözleşmeleri Ve Türkiye Örneği

Giriş

I. Klasik Anlayışın Serbest Piyasa ile İmtihani

Kıta Avrupası geleneği ve Fransız modelinden derinden etkilenen Türk kamu hukuku tarihinde, kamu yönetimi ile özel yönetim arasındaki ayrım her zaman temel bir *summa divisio* (kesin ayrım) oluşturmuştur. Türk idare doktrini, uzun zamandır “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” kavramlarını idari hâkimin yetkisinin mutlak kriterleri olarak kabul etmiştir.²⁵⁵ Bu klasik anlayışa göre Devlet, genel yararı sağlamak amacıyla hareket ettiğinde sıradan bir sözleşme tarafı olamaz; o, özel hukukun sınırlarını aşan istisnai bir rejim çerçevesinde hareket eden üstün yararın garantörüdür.²⁵⁶

Ancak, 20. yüzyılın son yıllarından itibaren ve yeni binyıla girerken hızlanarak, Türkiye ekonomi politikasında köklü bir yapısal değişim yaşamıştır. Ekonomik teşebbüsleri doğrudan yöneten “Üreten Devlet”ten “Düzenleyen Devlet”e geçiş, idare hukukunun dogmatik kalıplaşmış doğrularını sarmıştır.²⁵⁷ Liberalleşme politikalarının ve ticari küreselleşmenin itici gücü altında Türk idaresi, klasik idare hukukunu —prosedürel katılığı ve sıkı yargısal denetimiyle birlikte— artık bir yasallık güvencesi olarak değil, ekonomik etkinliğin önünde bir engel olarak algılamaya başlamıştır.²⁵⁸

İşte bu bağlamda, Fransa’da 1950’lerden itibaren « özel hukuka kaçış » (*fuite vers le droit privé*) olarak nitelendirilen durum Türkiye’de de vücut bulmuştur.²⁵⁹ Bu olgu sadece basit bir özel malvarlığı yönetimiyle sınırlı kalmamış; idarenin kamu hukuku kısıtlamalarından kaçmak için bir tacir kisvesine bürünmeye çalışmasıyla, kamu hizmeti görevlerinin tam kalbine kadar uzanmıştır

II. Ekonomik Zorunluluklar ve Yargının Yaratığı “Travma”

Bu hukuki dönüşüm basit bir teorik hevesten ibaret olmayıp, büyük bir ekonomik zorunluluğa dayanmaktadır. Gelişmekte olan bir ülke olarak Türkiye, başta enerji ve ulaştırma sektörleri olmak üzere devasa altyapı ihtiyaçlarıyla karşı karşıyadır. Bunun en tipik örneği şüphesiz nükleer

*Kamu Hukuku Doktoru, Paris II - Panthéon Assas Üniversitesi

²⁵⁵ ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, 1966, s. 18 vd.

²⁵⁶ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Cilt I, LGDJ, 2001, s. 560; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmay Yayınevi, 2017, s. 156.

²⁵⁷ TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, 2025, s. 45-48.

²⁵⁸ a.g.e., s. 115 vd.; ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları*, 2019, s. 450; YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, 2010, s. 88.

²⁵⁹ RIVERO Jean, «Existe-t-il un critère du droit administratif ?», *Rev. Droit Public Sci. Polit. En Fr. À L'étranger RDP*, 59, 1953, s. 279.

santrallerin inşasıdır. Bu tür projeler, yalnızca Devlet bütçesinin tek başına karşılayamayacağı devasa sermayeler değil, aynı zamanda sadece uluslararası uzmanlığın sağlayabileceği bir teknoloji transferi de gerektirmektedir.

Ancak yabancı yatırımcılara yapılan bu çağrı, 1990'lı yıllarda büyük bir kurumsal engelle karşılaşmıştır: Türkiye Danıştay'ının içtihatları. Bu dönemde Danıştay, imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki denetimini icra ederken ulusal egemenliği koruyucu bir tutum benimsemiştir. Danıştay, kamu hizmetinin “özeleştirilemez” bir egemenlik görevi olduğu gerekçesiyle, özellikle elektrik üretimi alanındaki bazı imtiyaz sözleşmesi türlerini sistematik olarak iptal etmiş veya engellemiştir.²⁶⁰

Bu engellemeler, siyasi karar alıcılar ve yatırımcılar nezdinde «imtiyaz travması» olarak nitelendirilebilecek bir durum yaratmıştır. Piyasaların Türkiye’de bir nükleer santrale veya büyük bir köprüye yatırım yapmak için, uluslararası ticaret kurallarına tabi olan ve ulusal idari yargıcın yetki alanından çıkarılmış “millilikten arındırılmış” (*dénationalisé*) bir sözleşme talep etmekte.²⁶¹

III. Kurumsal Refleks: Özelleştirmenin Hukuki İnşası ve Fransa Örneği

Bu çıkmaz karşısında Türk anayasa koyucusu ve kanun koyucusu, bir dolanma (*contournement*) stratejisi tercih etmiştir. Batılı modellerden ilham alan Türkiye —ki burada Fransa’nın da Eurodisney veya Manş Tüneli gibi büyük ölçekli projeler için kendine özgü (*sui generis*) hukuki bir yapılanmaya başvurmak zorunda kaldığını hatırlatmak gerekir— anayasal ve yasal iskeletinde geniş çaplı bir reforma girişmiştir.

1999 Anayasa değişiklikleri (125. ve 155. maddeler), kamu hizmetleri için uluslararası tahkime açıkça izin vererek belirleyici bir dönüm noktası olmuştur.²⁶² Bu yetkilendirmeden güç alan kanun koyucu, konusu bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hizmetinin yürütülmesi olsa dahi, ilgili sektörlerdeki sözleşmeleri açıkça « özel hukuk sözleşmeleri » olarak nitelendiren sektörel kanunlar çıkartmıştır.²⁶³ Bu hukuki mühendisliğin amacı açıktır: İradi bir yasama nitelemesi yoluyla sözleşme ile idari yargı arasındaki organik bağı koparmak ve böylece yatırımcılara özel hukukun ve tahkimin “konforunu” sunmak.

²⁶⁰ Danıştay 10. Daire, E. 1996/5283, K. 1998/550.

²⁶¹ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat ve KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 612.

²⁶² 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 ve 155 inci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun

²⁶³ Bkz. Elektrik Piyasası Kanunu (2013)

IV. Ana Tartışma Konusu ve Çalışmanın Planı

Bununla birlikte bu yaklaşım, bu çalışmanın ana temasını oluşturacak temel bir soruyu gündeme getirmektedir: İradi bir yasama nitelemesi, idari eylemin hukuki doğasını değiştirmek için tek başına yeterli midir?

Bir işlemin etiketini değiştirmek, onun özünü değiştirmeye yetmez.²⁶⁴ Devlet, özel hukuka tabi bir sözleşme imzaladığında dahi, dualist bir anayasal sistemin içindeki bir kamu hukuku tüzel kişisi olmaya devam eder. Bu çalışmada, özel hukuka tamamen tabi kılınmaya yönelik bu girişimin bir güvenlik yaratmaktan ziyade, yasama iradesi ile idarenin işleyişindeki gerçeklikler arasındaki çatışmadan doğan yeni bir hukuki güvensizlik yarattığını savunuyoruz.

Bu gerilimi incelemek amacıyla, ilk bölümde bu istisna rejiminin iradi bir yasama nitelemesiyle nasıl inşa edildiğini inceleyeceğiz. İkinci aşamada ise, idari ve anayasal gerçekliğin bu nitelemeye nasıl direnç gösterdiğini ve hem işlemlerin geçerliliği hem de kamu görevlilerinin sorumluluğu düzeyinde çözümsüz açmazlara nasıl yol açabileceğini ortaya koyacağız.

²⁶⁴ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 230.

Birinci Bölüm

İradi Bir Yasama Nitelemesi: Bir İstisna Rejiminin İnşası

Türkiye’de büyük altyapı projelerinin özel hukuka tabi kılınması, kendiliğinden bir evrimin veya basit bir içtihat kaymasının sonucu olarak okunamaz. Aksine bu, yaklaşık yirmi yıla yayılan bilinçli bir inşanın, gerçek bir « hukuki mimarının » sonucudur. Özel hukuka doğru yaşanan bu eksen kayması, devletin bazı projelerini finanse edememesi krizi ve idari yargının dayattığı blokajın yarattığı daha hukuki nitelikteki derin bir krize verilen kurumsal bir karşılıktır.

Bu hibrit rejimin kökenini anlamak için, anayasa koyucunun bu kilidi kırmak ve özel hukukun uygulanmasını meşrulaştırmak amacıyla nasıl müdahale etmek zorunda kaldığını incelemekten önce, 1990’lı yıllarda ekonomik zorunluluklar ile idari yargıcın direnci arasındaki çatışmacı ilişkiyi analiz etmek gerekir.

A. Blokajın Doğurduğu Çatışma: Finansman Açığı ve Yargısal Direnç

Türkiye’de 1990’lı yıllara geçişte büyük bir çelişkiye sahne olmuştur. Bir yanda, dizginlenemeyen bir kentleşme ve hızlı bir sanayileşme ile karşı karşıya kalan Devlet; sadece enerji alanında değil, kamu altyapısının bütününde acil ve devasa bir yatırım ihtiyacıyla yüzleşmektedir. Diğer yanda ise, kamu hizmetinin yekpare anlayışından tevarüs eden klasik hukuk düzeneği, bu yatırımlar için gerekli olan özel sermayeyi bünyesine katmakta yetersiz kalmaktadır.

1. Özel Sermaye İhtiyacı karşısında Klasik Modelin Yetersiz kalışı

1980’de başlatılan liberal reformların hemen ertesinde, devlet bütçesinin kamu yatırımlarının yükünü artık tek başına taşıyamayacağı ortaya çıkmıştır. Köprüleri, barajları ve santralleri vergi gelirleriyle finanse eden « İş Sahibi Devlet » modeli, bütçe sınırlarına dayanmıştı.²⁶⁵ Türkiye’nin özel tasarrufları harekete geçirmesi ve hatta doğrudan yabancı yatırımları (DYY) çekmesi zorunlu bir hal almıştı. Ancak bu özel sermaye, kamu hizmetinin veya klasik kamu ihalelerinin katı çerçevesi içine dahil edilemiyordu. Özel sektörün yatırımı kârlı kılabilmesi için sadece inşa etmesine değil, aynı zamanda kamu hizmetini işletmesine de olanak tanıyan yeni sözleşme modellerinin kurgulanması gerekiyordu (Yap-İşlet-Devret modelleri). Ne var ki, bu modellerin uygulamaya konulması Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin hukuki niteliği karşısında büyük içtihadi engellerle karşılaşmıştır.

2. Kamu Hukuku Kalesi: Danıştay’ın Direnci

Bu açılım girişimleri karşısında Danıştay, kamu hukukçuluğu geleneğinin yılmaz savunucusu (*gardien du temple*) rolünü üstlenmiştir. 1982 Anayasası’na dayanan Yüksek Mahkeme, « kamu

²⁶⁵ TAN, TURGUT, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, 2025, s. 112.

hizmeti » olarak nitelendirilen her faaliyetin zorunlu olarak kamu gücü kullanımını gerektirdiğini ve dolayısıyla idare hukukunun münhasıran uygulanması gerektiğini savunuyordu.²⁶⁶

Bu duruş, basit bir usuli muhafazakârlık değil, bir egemenlik savunmasıydı. Danıştay, 1990'lı yıllardaki –o dönemde alınması zorunlu olan– uygun görüşlerinde ve ilke kararlarında, idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak sunmaya çalıştığı sözleşmeleri sistematik olarak « imtiyaz sözleşmesi » şeklinde nitelemiştir. Bu nitelemenin yatırımcılar açısından sonuçları şu şekilde olmuştur :

- Sözleşmeler üzerinde Türk idari yargı yerlerinin münhasır yetkisini doğuruyordu.
- Sözleşmeyi, idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkilerine tabi kılıyordu.²⁶⁷
-

Bu içtihatı « kilit », fiili bir felce yol açmıştır. Hayati projeler yargısal denetimin dolambaçlı yollarında tıkalı kalmış; idari yargı, kendi bakış açısına göre devletin hükümlerlik yetkilerini özel kuruluşlara devreden kurguları onaylamayı reddetmiştir.

3. Hukuki « Bilek Güreşi » : Etrafından Dolanma Stratejisi ve İlk Başarısızlık

Bu direnci aşmak için kanun koyucu, ilk aşamada lafzi bir dolanma stratejisine başvurmuştur. Buradaki temel fikir, kanunu değiştirerek yeni modellere (YİD) tabi sözleşmelerin « özel hukuk sözleşmeleri » olduğunu ilan etmek ve böylece bu sözleşmeleri imtiyaz nitelemesinden ve dolayısıyla Danıştay'ın görev alanından çıkarmaktır.

Ne var ki bu strateji, Anayasa Mahkemesi'nin titiz denetimine takılmıştır. Mahkeme, başta 9 Aralık 1994 tarihli kararı olmak üzere bir dizi tarihi kararla söz konusu kanunları iptal etmiştir. Mahkeme şu temel ilkeyi ortaya koymuştur: Kanun koyucu, salt keyfi bir nitelemeyle bir kamu hizmetinin aslı niteliğini değiştiremez. Eğer yürütülen faaliyet bir kamu hizmeti ise, yapılan sözleşme bir imtiyazdır ve Danıştay'ın denetimi anayasal bir zorunluluktur.²⁶⁸

Bu, kamu hukuku adına bir Pirus zaferi olmuştur. Hukuken sistemin tutarlılığı kurtarılmıştı; ancak ekonomik açıdan tam bir tıkanıklık yaratılmıştı. Yatırımı « kurtarmak » için bizzat anayasal çerçevenin aşılması gerektiği açıkça ortaya çıkmıştı.

²⁶⁶ GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmay Yayınevi, 2017, s. 180; ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, 1966, s. 1250.

²⁶⁷ Bu blokaj döneminin bir eleştirisi için bkz: KARAHANOGULLARI Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Kitabevi, 2015, s. 210.

²⁶⁸ Bu direnci özetleyen temel karar: Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995, E. 1994/71, K. 1995/23.

B. Anayasal Tıkanıklığın Aşılması ve Özel Hukuk Tercihinin Meşrulaştırılması

1990'lı yılların sonu, siyasi iktidarın idari yargıya karşı yürütülen « savaşın » yasama zemininde kazanılamayacağını anladığı bir döneme sahne olmuştur. Özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti görevlerini bir özel hukuk rejimi altında yerine getirmelerine imkân sağlamak için Anayasa'nın değiştirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

1. 1999 Anayasa Değişikliği: Sistemik Bir Dönüşüm

13 Ağustos 1999 tarihli anayasa değişiklikleri (4446 sayılı Kanun), Türk idare hukukunda köklü bir kırılma teşkil eder.²⁶⁹ Hedef, özel hukukun kamu hizmetine egemen olabileceği bir hukuki ekosistem yaratmak ve uluslararası tahkimi sisteme dahil etmektir.

Üç temel değişiklik hukuki görünümü yeniden şekillendirmiştir:

- **47. madde**, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle « özel hukuk sözleşmeleri » aracılığıyla yürütülmesine açıkça imkan tanıyacak şekilde revize edilmiştir. Bu, işletmeciliğin özelleştirilmesinin anayasal düzeyde tanınmasıdır.
- **125. madde**, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ulusal ve uluslararası tahkime başvurulmasına izin verecek şekilde değiştirilmiştir. Böylelikle anayasa koyucu, devletin yargı tekeli kırımtır.
- **155. madde** ise Danıştay vesayetini yıkmıştır. Danıştay'ın sözleşmeler üzerindeki ön inceleme yetkisi, bağlayıcı bir « uygun görüş » ten, iki ay içinde sunulması gereken basit bir « istişari görüş » e indirgenmiştir.

Bu reform temel mantığı tersine çevirmiştir: Kamu hukukuna tabiiyet artık anayasal bir mecburiyet değil, seçeneklerden yalnızca biridir.

2. 4501 Sayılı Kanun ve İdarenin Seçimlik Hakkı

Söz konusu anayasal yetkilendirmeden güç alan kanun koyucu, bu yeni rejimin temel metnini teşkil eden 21 Ocak 2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun'u kabul etmiştir. Bu kanun, Türk hukuki geleneği açısından devrim niteliğinde bir ilke vazetmektedir: İdareye bir « seçimlik hak » tanınmaktadır. Bundan böyle, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetlerine ilişkin olarak idare, sözleşmelerini özel hukuka tabi kılmaya serbestçe karar verebilecektir. İdare artık faaliyetin aslı niteliği ile bağlı kalmaksızın; hukuki rejimi, ekonomik yerindelik esasına göre bizzat seçmektedir.²⁷⁰

²⁶⁹ GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, 2021, s. 980-985.

²⁷⁰ « Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun ».

3. Kamu Hizmetinin Özel Hukuka Devri

Bu açılımın doğrudan sonucu, özel hukuka atıf yapan sektörel kanunların çoğalması olmuştur. Elektrik Piyasası Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu veya Akkuyu Nükleer Santrali'nin inşasına ilişkin mevzuatın tümü, kendi çerçevelerinde imzalanan sözleşmelerin « özel hukuk sözleşmeleri » olduğunu açıkça hükme bağlamaktadır.²⁷¹

Böylece çember tamamlanmıştır. 1990'lı yıllarda hukuki bir garabet olarak görülen şey —stratejik bir kamu hizmetinin yönetiminin, özel hukuk rejimi altında özel bir şirkete devredilmesi— artık yasal hale gelmiştir. Devlet, bir anayasa mühendisliği operasyonu, sermayeye güvence sağlamak amacıyla bir « istisna rejimi » kurgulamayı başarmıştır. Ancak, ikinci bölümde gösterileceği üzere, yasal engel ortadan kalkmış olsa da idari gerçeklik direnmeye devam etmektedir. Özel hukukun bu iradeci nitelemesi, Türk hukuk sisteminin düalist yapısıyla çatışmakta ve çözüldüğü sanılanlardan çok daha karmaşık yeni hukuki açmazlar yaratmaktadır.

²⁷¹ «Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun madde 5

İkinci Bölüm

İdare Hukukunun Doğasından Kaynaklanan Direnç: Hukuk Kültürleri Çatışması ve Bir Sentez Zorunluluğu

Gördüğümüz üzere yasama iradesi, kamu hukuku sözleşmelerinin özel hukuka tabi kılınmasına imkân tanıyan biçimsel bir çerçeve kurgulamayı başarmış olsa da, altta yatan idare hukukunun doğası tamamen ortadan kaldıramamıştır. İdare, tacir kisvesine büründüğünde dahi, anayasal zorunluluklara tabi bir kamu tüzel kişisi olmaya devam eder. Stratejik bir kamu hizmetinin, kamu hukuku bütünüyle göz ardı edilerek yönetilebileceğini sanmak tehlikeli bir yanılsamadır.

Bu yanılsama günümüzde iki temel riske yol açmaktadır: Kamu hukuku kültürüne bir uyumsuzluk riski ve işlevsel bir tıkanıklık riski. Bu risklerin, bağdaştırıcı bir yaklaşımla aşılması gerekmektedir.

A. Tam Bir Kırılma Yanılsaması: Hukuk Sistemleri Arasındaki Uyumsuzluk

Hukuki rejimin bu “tam anlamıyla özel hukuka tabi kılınması” önündeki ilk engel normatif değil; bilişsel ve kültürelidir. Bu engel, çoğunlukla Common Law egemenliğinde olan uluslararası ticaret hukuku alanına, Kıta Avrupası idare hukuku kavramlarının aktarılmasındaki zorlukta, hatta imkânsızlıkta yatmaktadır.

1. Kavramsal Uyumsuzluk: Profesör Guglielmi’nin Aktardığı Anekdote

Bu kavramsal uçurumu örneklendirmek amacıyla, Paris’teki bir araştırma ziyareti sırasında yaşanan anlamlı bir deneyimi burada aktarmak yerinde olacaktır. ABD’de eğitim görmüş Türk bir hukuk akademisyeni, kamu hukuku ve iktisat alanında profesör olan Profesör Gilles Guglielmi ile bir görüşme talep etmişti. Bu görüşmenin hazırlıkları esnasında, konuşma dilinin ne olacağı sorusu gündeme gelmiştir. Profesör Guglielmi, verdiği iktisat dersleri sebebiyle teknik İngilizceye bütünüyle hâkim olmasına rağmen, kamu hukukuna ilişkin bu görüşmenin münhasıran Fransızca yürütülmesi hususunda ısrar etmiştir. O esnada bizlerle şu temel tespiti paylaşmıştır: Geçmişte, talep üzerine, Fransız idare hukuku dersini İngilizce anlatmayı denemiş ve fakat aynı kelimelerin kökten farklı gerçekliklerin üzerini örttüğünü fark etmiştir. Kamu hukuku terimlerini tercüme etmek, yalnızca bir kelimeyi çevirmekten ibaret değildir; aksine bir tarihsel arka plana ve hukuki rejime ihanet etmektir. Profesör, Kıta Avrupası idare hukukunun temelini oluşturan kamu yararı ve kamu gücü ayrıcalıkları gibi kavramların, büyük bir anlam kaybına uğramaksızın Anglo-Sakson hukuk mantığına aktarılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu anekdot sadece biyografik bir ayrıntı değildir; aksine, özel hukuka tabi kılınarak uluslararası tahkime sunulan Türk sözleşmelerini tehdit eden riskin bir belirtisidir. Türkiye’de kamu hizmetinin

yürütülmesine ilişkin doğacak bir uyuşmazlık, « kamu hizmetinin değişkenliği » kavramını anlamaksızın, sözleşmeyi tarafların mutlak eşitliği esasına (katı bir pacta sunt servanda ilkesine) göre yorumlayan Anglo-Sakson kültüründen hakemler tarafından karara bağlanırsa, büyük hukuki sorunlar doğuracaktır.

2. « Uygulanamaz » Karar Riski ve New York Sözleşmesi

Bu hukuk kültürleri çatışması, çetin bir pratik çıkmaza yol açabilir. Türk idaresinin; milli güvenlik veya kamu sağlığı gerekçeleriyle, bir projenin işletme koşullarını tek taraflı olarak değiştirmeye karar verdiği bir senaryo hayal edelim. Tamamen özel hukuk mantığıyla hareket eden bir hakem heyeti, devleti, egemenlik yükümlülükleriyle bağdaşmayan bir aynen ifaya (specific performance) veya hukukumuzun yabancı olduğu cezalandırıcı tazminatlara mahkûm edebilir.

Buradaki paradoks oldukça çarpıcıdır: (172 ülke tarafından onaylanmış olan) New York Sözleşmesi uyarınca bu hakem kararı, dünyanın hemen her yerinde hukuken geçerli ve icra edilebilir olacaktır. Buna karşılık, Türk topraklarında bu kararın icrası, idareyi kendi doğrudan uygulanan kurallarını (kamu düzeni normlarını) veya idari teşkilatının temel ilkelerini ihlal etmeye zorlayabilir.²⁷² Kendi ülkesinde uygulanamayan bir kararın, dünyanın diğer ülkelerinde o devletin malvarlığı değerleri (aktifleri) üzerinde icra edilmesi ise ciddi krizlere yol açabilir.

3. Sorumluluk İkilemi ve Unutulan Üçüncü Kişiler

Özel hukukun münhasıran uygulanması, nihayetinde sözleşmenin « unutulmaları » sorununu gündeme getirmektedir: hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişiler. Özel hukukta, sözleşmelerin nispiliği ilkesi, hukuki işlemin etkilerini yalnızca imza koyan taraflarla sınırlandırır. Oysa kamu hizmeti, özü gereği vatandaşların bütününe yöneliktir. İdare hukukunda ve özel hukukta sorumluluk ilkeleri birbirinden farklıdır. İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğu çok daha ağır, kurtuluş kanıtı getirme imkânı çok daha azdır. Özel akit tarafının üçüncü kişilere zarar veren bir yükümlülük ihlali durumunda, bu farkı gözetmeyen bir hakem kararı halinde, sorumluluğu kim üstlenecektir? Hakem kararlarından kamu yararı mı özel yarar mı dikkate alınacaktır? Açıkça kamu yararına aykırı olan bir hakem kararını uyguladığı takdirde, kamu hizmetinin temel prensipleri nasıl ve ne kadar göz ardı edilebilecektir? Kararın uygulanmadığı ihtimalde ise devletin uluslararası sorumlulukları ne olacaktır? Kamu hukuku sınırlarının bulunmamasından doğan bu hukuki belirsizlik, kamu yöneticisini sürekli bir güvensizlik içinde bırakmaktadır.

²⁷² NOMER Ergin, EKŞİ Nuray ve GELGEL Günseli Öztekin, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, Beta, 2016, s. 230; ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Basım Yayımları, 2023.

B. Bağıdaştırıcı Bir Yaklaşım Doğru: Kamusal Ruhun Özel Hukuk Bünyesine Yeniden Dahil Edilmesi

Peki, bu durum özel hukuka doğru yaşanan evrimi toptan reddetmeyi mi gerektirir? Kesinlikle hayır. Tarihin çarkları geriye doğru dönmediği gibi, ülkelerin finansman ihtiyaçları da kaçınılmaz bir gerçekliktir. Sistemimizin diğer temel direği olan yargısal düalizmi (yargının ikili yapısını) ve kamu hizmetinin üstünlüğünü korurken, anayasa koyucunun özel hukuk lehine yaptığı tercihe de riayet etmek gerekir.

Çözüm geçmişe dönmekte değil, bir sentezde yatmaktadır: Gerek hazırlanma gerekse uyumsuzluk aşamalarında, bu özel hukuk sözleşmelerinin içine kamu hukuku « antikorları » yeniden enjekte edilmelidir.

1. Ex Ante Uzmanlık Açığının Kapatılması: Yeni Bir Sözleşme Mühendisliği

Anayasa reformu, Danıştay'ın rolünü azaltarak idareyi kıymetli bir uzmanlık desteğinden mahrum bırakmıştır. Yüksek Yargı makamının *a priori* (önsel) denetimi, zaman zaman katı olsa da sözleşmelerin hukuki tutarlılığını güvence altına almaktaydı. Bugün ise idare, karmaşık sözleşme tekniklerinde mahir [aktörler] karşısında kimi zaman yapayalnız kalmaktadır.

Dengeyi yeniden tesis etmek için bir iç denetim mekanizmasının kurumsallaştırılması elzemdir. Bu doğrultuda, sözleşmeleri imza aşamasından önce incelemekle görevli, idare hukuku alanındaki akademisyenlerden ve uygulamacılardan müteşekkil « **Kamu Hukuku Komisyonları** » kurulmasını faydalı olacaktır. Bu komisyonların misyonu projeleri engellemek değil; özel hukuk hükümlerinin (mücbir sebep, cezai şart, fesih), kamu hizmetinin sürekliliği gerekleriyle bağdaşır şekilde kaleme alınmasını sağlamaktır.²⁷³ Dahası, şeffaflık temel kural olmalıdır. “Ticari sır” argümanı, kamu maliyesini onlarca yıl boyunca taahhüt altına sokan sözleşmelerin şeffaflıktan uzak yapısını haklı çıkaramaz.

2. Özel Hukuk Sözleşmelerinin « Kamu Hukuku Odaklı » Bir Yorumuna

Nihayet, uyumsuzluk aşamasında, yorumsal (hermenötik) bir devrim zorunludur. Sözleşme kanun tarafından “özel” olarak nitelendirilmiş olsa dahi, hâkim veya hakem sözleşmenin causa finalis’ini (nihai varlık sebebinin) asla göz ardı etmemelidir: bir kamu hizmetinin yürütülmesi. Bu durum, iki somut gerekliliği beraberinde getirir:

²⁷³ Bu öneri, şu yazarlarca dile getirilen endişelerle örtüşmektedir: GİRTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, BERK Kahraman vd., *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 2013, s. 850.

- **Esas bakımından:** Sözleşme hükümleri kamu yararının ışığında yorumlanmalıdır. Özel hukukun öngörülemezlik (aşırı ifa güçlüğü) veya dürüstlük kuralı teorileri, kamu hizmetinin gerekleriyle “renklendirilmeli” (harmanlanmalı)dir.
- **Usul bakımından:** Tahkim şartlarının, Türk idare hukuku (veya Kıta Avrupası idare hukuku) alanında tescilli bir uzmanlığa sahip en az bir hakemin zorunlu olarak atanmasını öngörmesi hayati önem taşımaktadır. Bir kararın *in abstracto* (somut gerçeklikten kopuk / soyut olarak) verilmemesinin, aksine uygulanacağı hukuki ekosistemin dikkate alınarak tesis edilmesinin yegâne güvencesi budur.

Sonuç

Son tahlilde, idarenin sözleşmelerinin özel hukuka tabi kılınmasına ilişkin Türk deneyimi, bilinmeyen bir diyara (*terra incognita*) doğru yapılan tehlikeli bir seyre benzemektedir. Klasik idare hukukunun güvenli, fakat fazla dar ve katı bulunan limanını; küreselleşen özel hukukun ve uluslararası tahkimin fırtınalı okyanusunda yol almak üzere terk ettik. Bu yolculuk şüphesiz kaçınılmazdı; dünya ekonomisinin rüzgârları ve altyapı projelerini finanse etmenin getirdiği kaçınılmaz zorunluluk devletleri bu yöne sürüklemiştir.

Ancak, kalkış limanına geri dönmek artık gerçekçi bir seçenek olmadığından, kamu hizmeti pusulasını denize fırlatmamak hayati önem arz etmektedir. Bizi tehdit eden tehlike, kendi başına özel hukuktan ziyade, bu sözleşmelerin asıl varlık sebebinin unutulmasıdır. Eğer idare hukukunun devletçi geleneğinin inceliklerine çoğunlukla yabancı olan yabancı hakemlerin taşıdığı safi piyasa mantığının, herhangi bir dengeleyici mekanizma olmaksızın kendi hükmünü dikte etmesine izin verirse, hukuki ve toplumsal bir batışla (*naufraige*) karşı karşıya kalırız.

Şunu kuvvetle hatırlatmak gerekir ki idare hukuku, idarenin bir ayrıcalığı değildir; aksine onun topluma karşı kutsal bir görevidir. Sözleşmenin üzerine yapıştırılan yasal etiket ne olursa olsun; bu süreklilik, eşitlik ve uyum sağlama (değişkenlik) görevi baki kalır. « Özel hukuka kaçış », kamusal sorumluluklardan bir kaçış dönüşmemelidir.

Bu itibarla, bu hibrit modelin başarısı kanunlarımızın kalitesine değil, hukuk insanımızın kalitesine bağlı olacaktır. Gelecek, hem ekonomik verimliliğin hem de kamu yararının dilini aynı anda konuşabilen “iki dilli” yeni bir hukukçu ve hakem nesline aittir. Uluslararası sermayeye açılmanın bedelinin, hukuki egemenliğimizden feragat edilmesi ve kamu hizmetinin asli ruhunun feda edilmesiyle ödenmemesi için bu iki kıyı arasında köprüler kurmalıyız. Türkiye’nin kalkınma arzusunu asırlık idari mirasıyla bağdaştırabilmesinin yegâne yolu budur.

Kaynakça

- AKYILMAZ**, Bahtiyar, Murat **SEZGİNER** ve Cemil **KAYA**, *Türk İdare Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2025, 824 s.
- CHAPUS**, René, *Droit administratif général*, Cilt I, 15. Baskı, Paris, LGDJ, 2001, 1440 s.
- DURAN**, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- GİRİTLİ**, İsmet, Pertev **BİLGİN**, Kahraman **BERK** vd., *İdare Hukuku*, 8. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013, 1248 s.
- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021, 1534 s.
- GÜNDAY**, Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, İmay Yayınevi, 2017, 670 s.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur, *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim*, 3. Baskı, [y.y.], Turhan Kitabevi, 2015, 434 s. (Not: Baskı yeri belli olmadığından orijinalindeki [s.l.] ifadesi [y.y. - yayın yeri yok] olarak karşılanmıştır).
- NOMER**, Ergin, Nuray **EKŞİ** ve Günseli Öztekin **GELGEL**, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, Ankara, Beta, 2016.
- ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- RIVERO**, Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif ?”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, S. 59, 1953, s. 279-296.
- ŞANLI**, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 8. Baskı, Ankara, Beta Basım Yayın, 2023.
- TAN**, Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2025.
- ULUSOY**, Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019. (Not: Orijinal görseldeki “İdare Huku” dizgi hatası “İdare Hukuku” olarak düzeltilmiştir).
- YAYLA**, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2010.

Gilles J. GUGLIELMI

Professeur à l'université Paris Panthéon-Assas

Université Başkent

**Symposium «L'évolution Du Service Public Et Ses Enjeux : Regards Croisés De La Jurisprudence Et De La Théorie Sur Le Service Public»,
Ankara, jeudi 18 décembre 2025**

La Notion De Service Public Est-Elle Subversive?

Introduction

La notion de service public occupe une place centrale dans la tradition juridique et politique française. Elle renvoie à l'idée qu'il appartient à la puissance publique d'assurer certaines activités reconnues d'intérêt général, et de les garantir par des principes juridiques particuliers : continuité, égalité, neutralité, sécurité.

Il peut paraître étonnant de se demander si une notion ainsi placée au cœur de l'État et du droit peut être subversive, c'est-à-dire facteur de bouleversement de l'ordre établi, qu'il soit politique, économique ou social. Toutefois, les attaques dont cette notion a été l'objet depuis les années 1980, l'affaiblissement des services publics matériels par des politiques publiques de réduction constante des budgets et l'introduction de méthodes et d'indicateurs identiques à ceux des entreprises privées, placent les théoriciens et les acteurs du service public en opposition avec les orientations politiques qui la minorent. Cette opposition se situe au fondement même de la conception démocratique de l'action de l'État.

La situation actuelle est donc marquée par une profonde ambiguïté. La notion de service public est en effet, au plan théorique et formel, un élément qui structure l'architecture de tout le système juridique de droit public français depuis le début du 20^e siècle. A ce titre, elle est, par construction, stabilisatrice et préservatrice de la paix sociale. Mais d'un autre côté, la généralisation des politiques libérales depuis 40 ans crée un décalage entre le contexte économique dominant et la nécessité de faire fonctionner des services publics indispensables à la cohésion sociale, selon les principes et avec les outils permettant d'en assurer l'effectivité.

1. Le service public, une notion structurante, conservatrice de la société

Sans revenir sur les étapes de l'apparition de la notion contemporaine de service public, il suffit de rappeler que le droit administratif français a construit la notion de service public comme un pilier

de l'ordre juridique, ce qui dénote un caractère conservateur *a priori* éloigné de toute qualification de subversion.

1.1. Le service public, critère d'identification du droit administratif

Depuis l'interprétation faite de la décision du Tribunal des Conflits *Blanco* (1873), qui apparaît réellement dans la doctrine entre 1903 et 1933, le droit administratif se fonde sur l'idée que l'État doit assumer une responsabilité spécifique lorsqu'il gère un service public. Par ailleurs, le Conseil d'État considère la présence du service public comme facteur de déclenchement de la compétence du juge administratif. Par cette liaison entre la compétence et le fond, le service public constitue une notion non seulement centrale mais très stable du système de droit et d'action publique. Bien que la façon de l'utiliser ait pu être plus ou moins intense, le Conseil d'État l'a remise au premier plan à plusieurs reprises lorsqu'elle était contestée, par exemple en 1954-1956 (réorganisation en cohérence avec les notions de travail public et de domaine public) ou en 2006-2007 (précisions sur sa création et son identification). La notion de service public est un élément central du droit public et des politiques publiques et structure l'architecture même de l'intervention publique de l'État dans la société.

1.2. Le service public, garanti par un faisceau de principes de fonctionnement

Plusieurs principes juridiques, formulés par les textes constitutionnels ou législatifs et par la jurisprudence du Conseil d'État, sont autant de garanties reconnus comme obligatoires pour toute activité de service public. Ils ont fortement évolué au cours du temps.

Attribués au professeur Louis Rolland, ils sont en réalité affirmés par la doctrine de la deuxième moitié du 20^e siècle. Aujourd'hui, ils se sont fortement diversifiés. Deux principes ont acquis valeur constitutionnelle : la continuité et l'égalité. Le Conseil d'État les applique spécifiquement au fonctionnement du service public, soit directement pour ceux que visent les textes, soit au moyen d'un principe général du droit pour tous les autres. Mais il faut y ajouter des principes progressivement affirmés par la jurisprudence, comme le droit au fonctionnement normal du service public, le principe de sécurité, ou par les règlements et directives européennes, comme ceux du service universel, ou de la cohésion sociale et territoriale. L'ensemble de ces principes sont également tournés vers la stabilité, la prévisibilité et l'universalité, correspondant ainsi à une notion de service public conservatrice au plein sens du terme.

Mais ils ont aussi permis de dégager la catégorie juridique de « l'usager » et par l'ouverture du recours pour excès de pouvoir fondé sur leur respect, de confier au pouvoir de subversion de ces usagers la garde et l'amélioration du service public.

2. Les tensions internes au service public comme possible subversion

Le service public n'est pas figé dans sa notion. Il a une réalité concrète, qui est évolutive, parce qu'elle est fondée sur l'intérêt général ; et des modalités concrètes de réalisation, qui sont fondées sur une puissance publique par essence supérieure aux acteurs privés. Ces deux caractéristiques font de la notion de service public le lieu de tensions permanentes mais fructueuses.

2.1. La notion d'intérêt général comme fondement

Le service public est défini comme une *activité d'intérêt général* répondant à un besoin collectif, *assurée ou assumée par une personne publique*. L'intérêt général est donc une composante interne au service public, qui lui est consubstantielle.

Or, définir l'intérêt général est en principe l'apanage du législateur, ou des autorités administratives dans l'application des principes fixés par le législateur. La décision de reconnaître un intérêt général est l'expression de choix démocratiques qui, par nature, sont soumis à l'évaluation et à la critique politique. Par ailleurs, les besoins collectifs évoluent avec l'état économique, technologique et moral de la société. Dans cette dynamique, des revendications apparaissent toujours quant à la gestion du service public, tendant à reformuler cet intérêt général. De ce fait, la notion de service public sert de marchepied à des débats sur son amélioration et sur sa gouvernance. En ce sens, il exerce une pression permanente sur l'état du droit et sur le champ du politique.

Au-delà de ces considérations internes, la mise en avant de l'intérêt général et l'affectation de moyens à des politiques publiques qui les soutiennent peuvent aujourd'hui être perçues comme subversives. En effet, l'affirmation d'un rôle structurant de l'État au moyen du service public revient à contester l'idéologie libérale devenue dominante dans le monde depuis les années 1980. L'intérêt général, en lui-même, s'oppose directement au « tout-marché », au primat de la concurrence et de la consommation comme facteurs de développement économique et aux intérêts privés des plus gros acteurs des marchés internationaux satisfaisant des besoins de la vie quotidienne (communications électroniques, information, transports etc.).

2.2. La force du droit public comme moyen

Même si l'on distingue classiquement l'action par voie de service public de l'action par voie de prérogatives de puissance publique, il n'est pas de service public qui nerepose, peu ou prou, sur des procédés de puissance publique. A ce titre, le service public entraîne l'application de règles dérogatoires (privilèges de puissance publique, utilisation des contrats administratifs, contenu réglementaire des concessions, responsabilité administrative régie par des règles spécifiques et seulement jurisprudentielles). Cette logique dérogatoire peut être vue comme une rupture interne dans l'unité du droit, ou si l'on préfère comme une « subversion » du paradigme général selon lequel le droit commun devrait être constitué exclusivement du droit privé.

Par ailleurs, l'État ou les collectivités territoriales exercent un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de créer ou de supprimer des services publics facultatifs, non imposés par la loi. Cette décision peut juridiquement s'écarter des régimes de droit commun applicable aux activités économiques.

Enfin, la jurisprudence reconnaît aux personnes publiques la faculté d'intervenir pour des motifs d'intérêt général, même en créant des restrictions, alors légitimes, à la liberté du commerce et de l'industrie. En ce sens, le service public constitue une exception institutionnalisée aux libertés économiques fondamentales. Elle peut être qualifiée de subversive tant vis-à-vis du régime ordinaire des libertés, que de la représentation dominante selon laquelle les libertés économiques seraient prioritaires dans un système juridique libéral.

Cette subversion tient tout d'abord au fait que le service public contredit le primat du marché, soit en instituant des droits exclusifs et spéciaux, soit en instaurant des régulations qui limitent la libre concurrence et accroissent son coût. Ensuite, le service public repose sur des logiques non marchandes : égalité, accessibilité, solidarité, plutôt que sur l'équilibre financier de l'exploitation. Enfin, le service public opère nécessairement une redistribution économique : la tarification souvent différenciée selon des critères sociaux, la péréquation, les obligations de service universel rompent avec la logique fournisseur/client des marchés privés.

Conclusion

Le service public est la concrétisation, par les gouvernants, de droits fondamentaux, dont l'effectivité est à la fois garantie par des textes constitutionnels et une condition de leur légitimité politique. On peut penser à l'accès aux biens et services essentiels (éducation, santé, sécurité, transports) et de façon générale à tout ce qui, dans l'état évolutif de la société, contribue à la stabilité démocratique et à l'équilibre des interdépendances sociales.

Deux enseignements peuvent en être tirés :

- Laisser croître des inégalités au-delà d'un certain point, sans que le service public opère une redistribution compensatoire, compromettrait la possibilité d'atteindre ces derniers objectifs.
- Réduire le service public aboutirait soit à supprimer *de facto* des droits fondamentaux, soit à priver les gouvernants de légitimité.
-

C'est le sens des mouvements protestataires de masse constatés partout dans le monde. Il suffit de citer seulement dans le dernier trimestre les grèves nationales d'Italie et du Portugal en décembre 2025, les manifestations de la génération Z (GenZ 212) au Maroc depuis septembre, la grève la plus importante de l'histoire nationale de la Nouvelle-Zélande en octobre, pour ne prendre que les mouvements explicitement fondés sur la défaillance de l'État dans les services publics. Lorsque la notion de service public n'est pas respectée, le Peuple finit toujours par s'en emparer.

Gilles J. GUGLIELMI

Paris Panthéon-Assas Üniversitesi Profesörü

Başkent Üniversitesi

“Kamu Hizmetinin Evrimi ve Zorlukları: Kamu Hizmeti Üzerine Yargı ve Teorinin Çapraz Bakışları” Sempozyumu

Ankara, 18 Aralık 2025 Perşembe

Kamu Hizmeti Kavramı Yıkıcı (Subversif) midir?

Giriş

Kamu hizmeti kavramı, Fransız hukuki ve siyasi geleneğinde merkezi bir yer tutmaktadır. Bu kavram, kamu gücünün genel çıkar (kamu yararı) olarak kabul edilen belirli faaliyetleri yürütmek ve bunları süreklilik, eşitlik, tarafsızlık ve güvenlik gibi özel hukuki ilkelerle güvence altına almakla yükümlü olduğu fikrine dayanır.

Devletin ve hukukun kalbine bu şekilde yerleştirilmiş bir kavramın; siyasi, ekonomik veya sosyal kurulu düzeni sarsan bir faktör, yani «yıkıcı» olup olamayacağını sormak şaşırtıcı görünebilir. Bununla birlikte, bu kavramın 1980’lerden bu yana maruz kaldığı saldırılar, bütçelerin sürekli kesilmesiyle maddi kamu hizmetlerinin zayıflatılması ve özel şirketlerinkilerle aynı yöntem ve göstergelerin uygulamaya konulması; kamu hizmeti teorisyenlerini ve uygulayıcılarını, bu kavramı ikincilleştiren siyasi yönelimlerle karşı karşıya getirmektedir. Bu karşıtlık, devlet eyleminin demokratik anlayışının temelinde yer almaktadır.

Mevcut durum derin bir belirsizlikle damgalanmıştır. Kamu hizmeti kavramı, teorik ve biçimsel düzeyde, 20. yüzyılın başından beri tüm Fransız kamu hukuku sisteminin mimarisini yapılandıran bir unsurdur. Bu sıfatla, yapısı gereği toplumsal barışı dengeleyici ve koruyucu bir nitelik taşır. Ancak diğer yandan, son 40 yıldır liberal politikaların yaygınlaşması, egemen ekonomik bağlam ile toplumsal dayanışma için vazgeçilmez olan kamu hizmetlerinin etkinliklerini sağlayacak ilkeler ve araçlarla işletilmesi gerekliliği arasında bir kopukluk yaratmaktadır.

1. Toplumu yapılandıran ve koruyan bir kavram olarak kamu hizmeti

Modern kamu hizmeti kavramının ortaya çıkış aşamalarına tekrar değinmeden, Fransız idare hukukunun kamu hizmeti kavramını hukuk düzeninin bir sütunu olarak inşa ettiğini hatırlatmak yeterlidir; bu durum, kavramın özünde yıkıcılıktan uzak, muhafazakar bir nitelik taşıdığını gösterir.

1.1 İdare hukukunun belirleme kriteri olarak kamu hizmeti

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Blanco kararına (1873) dayanan ve doktrinde asıl olarak 1903 ile 1933 yılları arasında somutlaşan yoruma göre idare hukuku, devletin bir kamu hizmetini yönetirken özel bir sorumluluk üstlenmesi gerektiği fikrine dayanır. Ayrıca, Danıştay (Conseil d'État), bir kamu hizmetinin varlığını idari yargıcın yetkisini tetikleyen bir faktör olarak kabul eder. Yetki ile esas arasındaki bu bağ sayesinde kamu hizmeti, hukuk ve kamu eylemi sisteminin sadece merkezi değil, aynı zamanda çok istikrarlı bir kavramını oluşturur.

Danıştay, kullanım yoğunluğu değişse de, bu kavram tartışmaya açıldığında onu defalarca ön plana çıkarmıştır; örneğin 1954-1956 yıllarında (kamu işi ve kamu malı kavramlarıyla uyumlu yeniden yapılandırma) veya 2006-2007 yıllarında (kurulması ve tanımlanmasına ilişkin açıklamalar) olduğu gibi. Kamu hizmeti, kamu hukukunun ve kamu politikalarının merkezi bir unsuru olup devletin toplumdaki müdahalesinin mimarisini yapılandırır.

1.2. İşleyiş ilkeleriyle güvence altına alınan kamu hizmeti

Anayasal veya yasal metinler ile Danıştay içtihatları tarafından formüle edilen birçok hukuki ilke, her türlü kamu hizmeti faaliyeti için zorunlu garantilerdir. Bu ilkeler zaman içinde güçlü bir evrim geçirmiştir.

Profesör Louis Rolland'a atfedilen bu ilkeler, aslında 20. yüzyılın ikinci yarısının doktrini tarafından teyit edilmiştir. Bugün bu ilkeler oldukça çeşitlenmiştir. İki ilke anayasal değer kazanmıştır: süreklilik ve eşitlik. Danıştay bunları kamu hizmetinin işleyişine, ya doğrudan metinlerde öngörülenler için ya da diğerleri için hukukun genel bir ilkesi aracılığıyla uygular. Ancak bunlara; yargı kararlarıyla aşamalı olarak kabul edilen kamu hizmetinin normal işleyiş hakkı, güvenlik ilkesi gibi ilkeleri veya Avrupa tüzük ve direktifleriyle gelen evrensel hizmet, sosyal ve bölgesel uyum gibi ilkeleri de eklemek gerekir. Bu ilkelerin bütünü aynı zamanda istikrar, öngörülebilirlik ve evrenselliğe yöneliktir; dolayısıyla kelimenin tam anlamıyla «koruyucu» bir kamu hizmeti anlayışına karşılık gelir.

Ancak bu ilkeler aynı zamanda «kullanıcı» (usager) hukuki kategorisinin ortaya çıkmasını sağlamış ve bu ilkelere uyulmasına dayalı «yetki aşma davası» (recours pour excès de pouvoir) yolunu açarak, kamu hizmetinin korunmasını ve iyileştirilmesini bu kullanıcıların yıkıcı gücüne emanet etmiştir.

2. Kamu hizmetinin içindeki gerilimler: olası bir yıkıcılık

Kamu hizmeti kavramı donmuş değildir. Genel çıkara dayandığı için evrimleşen somut bir gerçekliği ve özü gereği özel aktörlerden üstün olan bir kamu gücüne dayanan somut uygulama yöntemlerine sahiptir. Bu iki özellik, kamu hizmeti kavramını sürekli ama verimli gerilimlerin odağı haline getirir.

2.1. Temel olarak genel çıkar kavramı

Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülen veya üstlenilen, kolektif bir ihtiyaca cevap veren genel çıkar faaliyeti olarak tanımlanır. Dolayısıyla genel çıkar, kamu hizmetinin ayrılmaz bir iç bileşenidir.

Genel çıkarı tanımlamak ise prensip olarak yasama organının veya yasama organınca belirlenen ilkeleri uygulayan idari makamların yetkisindedir. Bir genel çıkarın tanınması kararı, doğası gereği değerlendirmeye ve siyasi eleştiriye tabi olan demokratik seçimlerin bir ifadesidir. Ayrıca, kolektif ihtiyaçlar toplumun ekonomik, teknolojik ve ahlaki durumuyla birlikte evrilir. Bu dinamik içinde, kamu hizmetinin yönetimine ilişkin talepler her zaman ortaya çıkar ve bu genel çıkarı yeniden formüle etme eğilimi gösterir. Bu nedenle, kamu hizmeti kavramı, onun iyileştirilmesi ve yönetişimi üzerine yapılan tartışmalar için bir basamak görevi görür. Bu anlamda, hukukun durumu ve siyaset alanı üzerinde sürekli bir baskı oluşturur.

Bu içsel değerlendirmelerin ötesinde, genel çıkarın vurgulanması ve bunları destekleyen kamu politikalarına kaynak ayrılması bugün «yıkıcı» olarak algılanabilir. Nitekim devletin kamu hizmeti aracılığıyla yapılandırıcı bir rol üstlenmesi, 1980'lerden bu yana dünyada egemen hale gelen liberal ideolojiye karşı çıkmak anlamına gelir. Genel çıkar, doğası gereği «piyasa her şeydir» («tout-marché») anlayışına, ekonomik kalkınmanın tek faktörü olarak görülen rekabet ve tüketim önceliğine ve günlük yaşamın ihtiyaçlarını karşılayan (elektronik iletişim, bilgi, ulaşım vb.) uluslararası pazarların en büyük aktörlerinin özel çıkarlarına doğrudan karşı durur.

2.2. Bir araç olarak kamu hukukunun gücü

Kamu hizmeti yoluyla eylem ile kamu gücü ayrıcalıkları yoluyla eylem klasik olarak birbirinden ayrılrsa da, az çok kamu gücü yöntemlerine dayanmayan hiçbir kamu hizmeti yoktur. Bu sıfatla kamu hizmeti, genel hukuktan sapan kuralların uygulanmasını gerektirir (kamu gücü imtiyazları, idari sözleşmelerin kullanımı, imtiyaz sözleşmelerinin düzenleyici içeriği, özel ve yalnızca yargısal kurallara tabi idari sorumluluk). Bu istisnai mantık, hukukun birliğinde içsel bir kopuş veya genel hukukun yalnızca özel hukuktan oluşması gerektiği yönündeki genel paradigmanın bir «yıkımı» olarak görülebilir.

Ayrıca devlet veya yerel yönetimler, kanunla zorunlu kılınmayan ihtiyari kamu hizmetlerini kurarken veya kaldırırken takdir yetkisine sahiptir. Bu karar, hukuki olarak ekonomik faaliyetlere uygulanan genel hukuk rejimlerinden ayrılabilir.

Son olarak yargı içtihatları, kamu tüzel kişilerine genel çıkar gerekçeleriyle müdahale etme ve hatta ticaret ve sanayi özgürlüğüne meşru kısıtlamalar getirme yetkisi tanımaktadır. Bu anlamda kamu hizmeti, temel ekonomik özgürlüklere yönelik kurumsallaşmış bir istisnadır. Bu durum, hem sıradan özgürlükler rejimi açısından hem de ekonomik özgürlüklerin liberal bir hukuk sisteminde öncelikli olduğuna dair hakim temsil açısından yıkıcı olarak nitelendirilebilir.

Bu yıkıcılık, her şeyden önce kamu hizmetinin ya özel ve münhasır haklar tesis ederek ya da serbest rekabeti sınırlayan ve maliyetini artıran düzenlemeler getirerek piyasa önceliğiyle çelişmesinden kaynaklanır. İkinci olarak kamu hizmeti, işletmenin mali dengesinden ziyade eşitlik, erişilebilirlik ve dayanışma gibi piyasa dışı mantıklara dayanır. Son olarak kamu hizmeti, zorunlu olarak ekonomik bir yeniden dağıtım gerçekleştirir: sosyal kriterlere göre farklılaştırılmış tarifeler, dengeleme (péréquation) ve evrensel hizmet yükümlülükleri, özel piyasaların tedarikçi/müşteri mantığını bozar.

Sonuç

Kamu hizmeti, temel hakların iktidarlar tarafından somutlaştırılmasıdır; bu hakların etkinliği hem anayasal metinlerle güvence altına alınmış hem de iktidarların siyasi meşruiyetinin bir koşuludur. Temel mal ve hizmetlere erişim (eğitim, sağlık, güvenlik, ulaşım) ve genel olarak toplumun evrilen durumunda demokratik istikrara ve toplumsal karşılıklı bağımlılık dengesine katkıda bulunan her şey bu kapsamda düşünülebilir.

Buradan iki ders çıkarılabilir:

- Eşitsizliklerin, kamu hizmeti telafi edici bir yeniden dağıtım yapmaksızın belirli bir noktanın ötesine geçmesine izin vermek, bu nihai hedeflere ulaşma olasılığını tehlikeye atar.
- Kamu hizmetini azaltmak, ya fiilen temel hakları ortadan kaldırmakla ya da iktidarlara meşruiyetten mahrum bırakmakla sonuçlanır.

Dünyanın her yerinde gözlemlenen kitlesel protesto hareketlerinin anlamı budur. Sadece son çeyrekte; Aralık 2025'te İtalya ve Portekiz'deki ulusal grevleri, Eylül'den bu yana Fas'taki Z Kuşağı (GenZ 212) gösterilerini ve Ekim'de Yeni Zelanda ulusal tarihinin en büyük grevini - yalnızca devletin kamu hizmetlerindeki yetersizliğine dayanan hareketleri ele alacak olursak-zikretmek yeterlidir. Kamu hizmeti kavramına saygı duyulmadığında, Halk eninde sonunda ona sahip çıkar.

Doğası Gereği Kamu Hizmeti Miti

Giriş

Kamu hizmeti bir mit midir sorusundan önce mit ya da mythos ne demektir, kavramı kısaca açıklamak gerekir. Mitoloji sözlüğünde mit/mythos, söz ile karşılsa da söz kelimesine, epos ve logos kelimeleri de karşılık gelmektedir. Mythos, “söylenen duyulan söz, masal, öykü ve hikâye” anlamındadır. Dolayısıyla mythos’un güvenilirliği azdır. İnsanlar, duydukları bir şeyi aktarırken yalanlarla “süslerler”. Herodot ve Platon mythosları uydurma ve güvenilirmez olarak tanımlar. Epos ise “belli bir ölçüye göre söylenen ve okunan sözdür. Ölçülü ve güzel sözleri söyleyen ozan dinleyicilerini etkiler. Epos, dilimizde şiir olarak karşılık bulur ve batı dillerinin hemen hepsinde şiire karşılık gelmektedir. Söz’e karşılık gelen üçüncü kavram ise logos’tur. Logos, “gerçeğin insan sözüyle dile gelmesidir”. Logos, insan için düşünceyi, doğada ise kanunu ifade eder. Logos kavramı bilim için de bir çıkış teşkil eder. Mythos ile epos arasında ikisinin de içeriğinden kaynaklı bir uyum vardır. Buna karşılık logos başlangıçtan itibaren bu uyumla zıtlık içindedir. Platon, Homeros’u mythos ve epos uyumuna taraftar görür ve “uydurduğu yalanlarla topluma zararlı efsaneler düzdü diyerek” eleştirir. Buna karşılık kendisi de “Devlet” adlı eserindeki diyaloglarda ileri sürdüğü “gerçeğin gerçeğini” fizik ötesi kanıtlarla göstermek isteyerek mythos’lar uydurmuştur. Kısaca mythos, epos ve logos giderek birleşmişlerdir. Dolayısıyla mythos’un gerçek olup olmadığını, sözün içinde aramak gerekir²⁷⁴. Mit ya da mythos’un tanımını yapmaktan kasıt kamu hizmeti miti denildiğinde kapsam içine giren etkenleri belirlemek isteğidir. Ancak bu günümüz açısından mümkün müdür, bu sorunun cevabı çok açık değildir. Kamu hizmeti mitinin doğasının ne olduğu ve ne yöne gittiği sadece hukuk disiplini değil diğer sosyal bilimlerin ve teknik gelişimin yönüyle de doğru orantılıdır. Kamu hizmetindeki “Kamu” kelimesinin anlamı sözlükte²⁷⁵ bir ülkedeki vatandaşların bütünü, bütün, halk olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kamu kavramı, bir kişiyi değil, topluluğu işaret etmektedir. Topluluğa ya da bütüne/herkese yapılan hizmet, bu hizmeti, ne amaçla yapacak sorusunun cevabı ise insanlığın tarihsel süreçte geçirdiği evrelere göre değişmektedir. Sempozyumda sunulan bildirinin önermesi de, insan toplumunun geçirdiği süreçlerin kamu hizmeti kapsamını da belirlediği üzerinedir. Bu süreçteki en önemli eşik ise devletli toplumların ya da siyasal toplumun ortaya çıkışıdır.

I. Kamu Hizmeti-Devlet Eşleşmesi

Devletin varlığı, kamu hizmetinin ya da hizmetlerinin bir sonucu mudur, yoksa sosyolojik, ekonomik ve siyasal bir sonuç olan devlet, gelişimiyle beraber bir zorunluluk olarak mı kamu hizmeti altında

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi Azra Erhat, Mitoloji Sözlüğü, Remzi Kitabevi, s. 3,4.

²⁷⁵ Tdk Sözlük <https://sozluk.gov.tr/>

bazı işlevleri üstlenmek durumunda kalmıştır. Bu sorunun cevabı uzun olmakla beraber bildirinin ve sempozyumun çerçevesi dikkate alınarak kısaca insanın toplum halinde yaşama süreçleri incelenerek bazı yanıtlar bulunabilir. “Devlet öncesi toplumlar” ya da ilkel toplumlar; bir pazara sahip olmamakla, yazıdan yoksun olmakla, devletten yoksun olmak ve tarihten yoksun olmakla kısaca yoksunluk temelinde tanımlanmaya çalışılmışlardır. İkel toplumların kendi ihtiyaçlarından fazla üretim yapmamaları bir pazarın varlığını da gereksiz kılmıştır. İhtiyaç dışında üretimin yapılmaması fakirlik ya da teknolojik gerilikten kaynaklı değildir. Aksine bu toplumlar iyi beslenen ve günün şartlarına göre iyi yaşayan topluluklardır. İkel toplumlarda üretime katılmayan bir kesim mevcut değildir. Bu nedenle de artı üretimin bir anlamı bulunmamaktadır. Yazıdan yoksunluk ise, üretimde artı değer var ise bunun kayıt altına alınması için yazıya ihtiyaç duyulmuş ve icat edilmiştir. “Bir ailenin ihtiyacı kadar üretim hesap kitap gerektirmez”. Devletsiz olmak ya da devletten yoksunluk ise ilkel toplumların bilinçli seçimi olarak açıklanır. Devlet, yöneten-yönetilen ayrımının olduğu-eşitsizliğin olduğu bir çerçevedir. İkel toplumların temel yasası eşitliktir. Tarihten yoksunluk ise durağanlığı çağırırtsa da bu toplumlar eşitliğin devamı için devamlı mücadele halindedirler. İkel toplumların devletli topluma geçişte genel olarak izlediği süreç ise eşitsizliğin olmadığı bir durumdan eşitsizliğin olduğu tiplere geçiş derecesine göre belirlenmiştir. Birinci aşama eşitsizliğin olmadığı “öndersiz toplumlardır”, bozulmanın başlamasıyla birlikte g“üçsüz önderli topluluklar”, “güçlü önderli” topluluklar ve eşitsizliğin en uç noktası olan “şeflikler” son aşamadır. Devletin ortaya çıktığı toplumlar ise “kent devleti, feodal devlet ve ulus devlet” olarak sıralanmaktadır. “Toplum ve siyasal iktidar tipleri sıralamasında” toplumsal yapının ekonomik temelde katmanlara ayrışması ve temel geçim yönteminin tarım olması devletin de ortaya çıktığı ve zamanla geliştiği aşamanın başlangıcını teşkil etmektedir. Sosyolojik bakış açısıyla devletin ortaya çıkması eşitsizliğin de ortaya çıkmasıdır²⁷⁶. İkel toplumlarda da toplumsal bir düzenin olduğu ancak bu düzenin toplum içinde belirlenmiş kişilerin eylemleriyle değil toplumun bir bütün olarak kendisinin geliştirdiği reflekslerle sağlandığı genel kabul gören bir görüştür. İhtiyaç fazlası mal ya da besinin olması durumunda, kişi bu malı ya da besinleri bir şölenle diğerlerine dağıtır. Eşitliğin korunması ve toplumsal dayanışmanın sağlanması için ilkel toplumlardaki genel geçer bir uygulamadır²⁷⁷.

Oppenheimer da devletin oluşumuna giden süreci politik ve ekonomik araçlar, devletsiz halklar, avcılar ve çapacı (çiftçiler), devlet öncesi halklar (Çobanlar ve Vikingler), şeklinde aşamalandırmıştır. Oppenheimer, dünya tarihini devletlerin tarihi olarak kabul etmekte ve insanın da bu tarih içinde özgürlük mücadelesiyle yer aldığını belirtmektedir. Devletleşme aşamaları, önceleri üretmeyen avcı/çoban halkların üreten çiftçilerin ürettiklerine el koyması, yağması, yakması ve yıkması

²⁷⁶ Oktay Uygun, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.11-38.

²⁷⁷ Oktay Uygun, s.26,27.

biçiminde başlatılmıştır. Devlet, politik araçların örgütü olarak tanımlanmakta ve “ekonomik araçlar ile gereksinimlerin giderilmesine yönelik olarak savaşla birlikte gerçekleştirilecek bir soygunda el konulacak belli miktarda nesneler yaratılmayana dek devlet ortaya çıkmaz” tespiti yapılmaktadır. İlk aşamada üretmeyen avcı çobanın, üreten çiftçinin ürettiklerine el koymakta yakıp yıkmakta, benzetmeyle ifade edilirse “ayı hem balı almakta hem de bal kovanını mahvetmektedir”. İkinci aşamada ise çobanlar, bütün ürünü bir anda alıp, kaynakları da yok etmek ya da “içinde bulundukları andan daha fazla keyif almak adına geleceğin kaynaklarını kurutmak yerine keyiflerinden bir ölçüde fedakârlık etmişler” ve balı alsalar bile kovana dokunmamışlar ve çiftçinin üretebilmesine izin vermişlerdir. Üçüncü aşama ise çiftçilerin çobanların korunması altına girmek için fazla ürünü çobanlara götürdüğü aşamadır ve iki taraf için de yarar sağlamaktadır. Son aşama ise devletin oluşması için gereken koşulun sağlandığı aşamadır. Bu süreçte çobanlar ve çiftçiler belirli bir toprak parçası üzerinde birlik oluşturmaktadır²⁷⁸. Devletin olmadığı devlet öncesi aşama ve devamında devletin oluşum aşamalarında topluluğun bütününe belirli bir karşılık olarak sunulan hizmetten bahsetmek olanağı bulunmamaktadır. Bu aşamalarda üreten fakat savaşmayan çiftçinin ihtiyacı olan güvenlik ve emniyet, savaşan ancak üretmeyen çobanın ya da avcının ihtiyacı olan besinin, taraflar arasında ilk başta kanlı sonrasında ise rasyonel bir değişimi mevcuttur. Kamu hizmeti mythosu açısından bu döneme bakıldığında devletleşme aşamasına kadar olan süreçte yukarıda belirtilenler sosyolojik tespitlerdir. Bu tespitlerin de Dünyadaki her toplum açısından aynı oranda ve şartlarda gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak Sosyoloji Biliminin yaptığı saha çalışmalarında devletin oluşumunun aşağı yukarı böyle bir süreci takip ettiği üzerinde bir fikir birliği mevcuttur. Kamu hizmeti mythosu kapsamında bakıldığında devlet öncesi aşama kamu hizmetinin somutlaşmadığı bir süreçtir.

“Devletin kökeni” açısından ileri sürülen teoriler; “aile teorisi, biyolojik teori, kuvvet ve mücadele teorisi, ekonomik teori (Marksizm), devletin kaynağının insan aklına dayandıran teori (Sosyal Sözleşme)”²⁷⁹ ya da “devletin patriyarkal ailelerin birleşiminin ürünü olması, devletin kuvvet ve mücadelenin ürünü olması, devletin sınıf çatışmalarının ürünü olması, devlete ilişkin varsayımsal teoriler (ilahi irade- biyolojik varlık- insan iradesi)”²⁸⁰ şeklinde, veya daha genel olarak “olgu teorileri ve irade teorileri”²⁸¹ şeklinde sıralanmaktadır. Bu teorilerin tümünde esas alınan nokta ise anayasa hukuku açısından emretme ve itaat etme ilişkisinin diğer bir ifadeyle egemenlik/en üstün irade olgusunun ortaya çıkışıyla ilgili tezler ortaya konmakta ve incelenmektedir. Basitten

²⁷⁸ Franz Oppenheimer, Devlet, Legal Yayınevi, 2019, s.10-32.

²⁷⁹ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 2022, s. 44-49. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler Kavram ve Kurullar), Seçkin, Ankara, 2024, s.255-261.

²⁸⁰ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler Kavram ve Kurullar), Seçkin, Ankara, 2024, s.255-261.

²⁸¹ Ender Ethem Atay, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.24-27

karmaşığa doğru giden bir süreci anlatan devletin kökeniyle ilgili teorilerde de başlangıç; korunma ve beslenme ihtiyaçları üzerine kurgulanmakta topluluğun büyümesiyle birlikte ortaya çıkan farklı ihtiyaçlar üzerinden egemen irade kavramının da kapsama alanı artmaktadır. Karşılıklı ihtiyaçtan doğan birlikte yaşama; doğal yaşam halinden aileye, köye, kent devletine ve oradan da devlete giden süreçte kamu hizmeti kavramının bugünkü anlamıyla varlığı söz konusu değildir.

Devleti insan iradesinin ürünü sayan Hobbes'a göre "devletin amacı bireysel güvenliktir." İnsanları yabancıların saldırısından ve birbirlerine verecekleri zarardan koruyacak, böylece insanın yaşamını tok ve mutlu şekilde sürdürmesini sağlayacak gücü kurmanın tek yolu, toplumdaki insanların güçlerini tek bir kişiye ya da kurula sözleşmeyle devretmeleridir. Bu gücü taşıyan kişi egemen olarak adlandırılmaktadır. Hobbes'da devletin kuruluşunu güvenlik ihtiyacı ile tanımlanmıştır. Herkese eşit şekilde sağlanması umulan güvenlik. Bunun tesisi için ise egemenliğin devredilmezliği, güçlerini devredenlerin yani uyruğun egemeni değiştirememesi, gücün devrinde devire muhalif kalanların çoğunluğun kararlarına uymaları ve egemene itaat etmeleri, egemenin işlemlerinin uyruklar tarafından eleştirilememesi, cezalandırılmaması, güvenliğin sağlanması için neyin gerekli olduğuna egemenin karar vermesi, uyrukların yaşamının düzenlenmesi için kurallar koymak tüm bunlar egemenin statüsünün uyruğun statüsünün üstünde olduğunun tespiti²⁸². Hobbes'un devleti otoriter bir devlettir ve egemene gücü devreden sözleşme sadece uyruğu bağlamakta, egemeni bağlamamaktadır²⁸³.

Locke ise insanı özgür olarak kabul etmiş, devletin çıkışı olarak; herkesin özgürlüğünden belirli oranda vazgeçerek devletin barış ve güveliği sağlayacağını, topluluktaki azınlığında bu çerçevede çoğunluğun kararlarına uymayı kabul ettiklerini belirtmektedir. Rousseau ise insanın, haklarıyla birlikte topluma girdiğini, kendisini topluma devrettiğini vurgular²⁸⁴. İrade teorilerinde esas, güvenliğin ve adaletin sağlanması için topluluktaki insanların bu haklarından bir kişi ya da grup lehine vazgeçmeleri temelinde toplanmaktadır. Devletin ortaya çıkışıyla ilgili teorilerin kısaca açıklanmasından maksat devletin amacının ne olduğunun tespiti. Kamu hizmeti ile devletin amacı arasında bir eşleşme var mıdır? Bu sorunun cevabı olarak; başlangıçta güvenlik sağlama ve beslenme ihtiyaçlarının karşılıklı değiş tokuşu ile ortaya çıkan bir devlet anlayışı söz konusudur, devlet öncesi topluluklarda mevcut olan eşitlik, devletin ortaya çıkmasıyla değişmeye başlamıştır. Kamu hizmetinin günümüzdeki kapsamına giren hizmet çeşitliliği ve bu hizmetin talep edilmesi ve devletlerin anayasa kanunlarla hizmetleri sunma sorumluluğu, yukarıda anlatılan süreç açısından karşılık bulmamaktadır.

²⁸² Thomas Hobbes, *Leviathan*, 18. Baskı, Çev.: Semih Lim, YKY Yayınları, 2018, s.133-144.

²⁸³ Kemal Gözler, s.47.

²⁸⁴ E. Ethem Atay, s.26.

Dolayısıyla burada kamu hizmeti mythosu, sözler ya da efsaneler çerçevesinde değerlendirilebilir, güvenliğin ve adaleti sağlamanın dışında planlı ya da talep edilen bir işlev söz konusu değildir.

II. Kamu Hizmetinin İçeriğinin Değişmesi ve Devletin Amacı Olması

August Comte tarafından ortaya atılan üç durum teorisi, egemenliğin irade bazında geçirdiği süreci insanın düşünce sistemi açısından da benzer şekilde ortaya koyar. İnsan düşüncesi üç aşamadan geçmiştir. İlk aşama teolojik aşamadır ve insan bu aşamada dünyadaki her şeyi doğaüstü güç/ güçlerin etkilediğine inanır. İkinci aşama metafizik aşamadır ve insan duyularıyla algıladığı her olayı yabancı varlıklarla ilişkilendirir. Son aşama pozitif aşamadır ve insan bilinmeyenleri bir kenara bırakarak teolojik ve metafizik inançlardan kendisini özgür kılmış ve sadece gözlemlenebilir olanı gerçek olarak kabul etmiştir²⁸⁵. Üç durum teorisi, devlette egemenliği kullanan gücün meşruiyetinin sorgulanmasında takip edilen sürece de benzemektedir. Egemenliği kullanan gücün meşruiyetinin kaynağı egemenden talep edilecek hizmetlerin niceliğini de etkilemektedir. Egemenliğin kaynağının ilahi olduğuna inanılan süreç ile insanın ilk durumunu betimleyen teolojik aşama birbirini destekleyen bir öze sahiptir. Providansiyel hukuk teorisi ile insanın ikinci durumu belirli oranda benzemektedir. Devlette egemenliği kullanan kişi ya da grubun meşruiyeti ile kişinin durumlarının benzerliği toplumun sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel anlamda geçirdiği değişimle birlikte okunabilir. Mutlak monarşilerin, feodaliteye son vermeleri, keşifler sonucu sağlanan kaynaklar ile Avrupa'nın zenginleşmesi, sosyal ve siyasal düzende belirleyici olan din kurumunun reform ve rönesans sonucu etkisini kaybetmesi, bilim ve aydınlanma düşüncesiyle birlikte başlayan Birleşik Krallığın önyak olduğu sanayi ve tarım devrimi, nüfusun şehirlerde yoğunlaşmaya başlaması ve insan hakları kavramının 1789 Fransız İhtilaliyle birlikte siyasal yapıda ortaya çıkardığı egemenliğin kullanılış şeklinin değişimi, kamu hizmeti kavramının günümüzdeki anlamına ulaşmasındaki önemli basamaklardır. Sayılan süreçte sermaye birikimine ve üretim araçlarına sahip olan sınıfın, yönetimdeki monark ve soylu sınıfının tekelinde bulunan yönetmek erkine ortak olmak istemeleri ve böylece egemenliği gökten yere indirmeleri devletin işlevi ve amaçlarında da değişimi başlatacaktır. Monarşilerin, feodalizme son verip mutlak monarşileri kurmasıyla başlayan ve egemenliğin mülkiyet temelli değil Jean Bodin tarafından soyut kavramlar üzerinden tanımlanmasıyla ortaya çıkan yapı, modern devletin de gelişim aşamalarını oluşturmaktadır.

Montesquieu'nun "Kanunların Ruhu" eserinde son şeklini vermeye çalıştığı kuvvetler ayrılığı, Rousseau'nun millî egemenlik teorisi, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi önemli aşamalar, egemenliği kullanan kişinin meşruiyetinin sorgulanmasını ve devamında meşruiyetin dayanak noktasının millet olması gerektiği fikrinin yerleşmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Yönetene,

²⁸⁵ Leon Duguit, "The Concept of Public Service", Yale Law Journal, Vol XXXII, March 1922, No 5, s.425.

yönetmek yetkisini halk ya da millet veriyorsa o zaman bu yetkinin sınırlarının tespiti, yönetenin yetki ve sorumluluklarının da belirlenmesi gerekmektedir. Bu görev ise bir kurgu değil somut ve yazılı olan anayasalar tarafından diğer bir ifadeyle doğal hukukun kurguladığı soyut değil somut bir toplumsal sözleşme ile sağlanmaktadır. Anayasalar ile devletin organları ve erkleri kullanma şekli ile birey ile devlet arasındaki ilişkinin esasını oluşturan temel hak ve özgürlükler düzenlenmektedir. Egemenliğin kaynağındaki değişikliğin, devletin işlevlerinde de değişiklikleri ortaya çıkarması, farklı sonuçları beraberinde getirmektedir. Egemenlik anlayışının değişmesi insan hakları ve kuvvetler ayrılığı, bireyi hak sahibi kişi-yurttaş olarak devletin karşısına koymuş, devlet organları meşruiyetlerini yurttaştan almaya başlamışlardır. Temel hak ve özgürlükler alanında negatif haklar açısından elde edilen kazanımların ardından pozitif haklar gündeme gelmiştir. Sanayi devriminden sonra ortaya çıkan yeni sosyal yapıda işçiler-emek sahibi olanlar ile üretim araçlarına sahip olanlar arasındaki mücadele esaslı sorundur. Bu sorunun çözümüne Marks'ın getirdiği çözüm hem Kara Avrupa'sında hem de Birleşik Krallıkta özellikle çalışan sınıf üzerinde etkili olmuş ve toplumsal olaylar yaşanmış devamında ise özellikle çalışma şartları ve sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemeler ülkelerin yasama organlarının uygulamaya konmuş ve sosyal devlet kavramı ortaya çıkmaya başlamıştır.

Modern devletin ortaya çıkması ve gelişmeye başlaması idare hukuku ve kamu hizmeti fikrinin gelişimiyle aynı döneme denk gelmektedir²⁸⁶. Kamu hizmeti doktrininin kurucularından olan Leon Duguit, kamu hizmeti kavramını anlattığı çalışmasında insanların uzun süre devletten sadece yabancı saldırılarından korunmak, emniyet ve asayişin temini ve adalet hizmeti beklediklerini belirtir²⁸⁷. Daha önce de ifade edildiği gibi bu bir hizmetten ziyade doğal bir hakkın devri ve karşılığında elde edilen bir beklentidir. Duguit devamında ise günümüzde devletten çok çeşitli hizmetlerin beklendiğini, “devlet egemenliği kavramının” yerini kamu hizmetine bıraktığını, devletin artık emir veren bir güç değil, kamu hizmetlerini organize eden ve işleyişini sağlayan yetkilendirilmiş kişiler olduğunu belirtmektedir²⁸⁸. Duguit, kamu hizmetini toplumsal bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi için gerekli olan ve yönetici güç tarafından sağlanabilecek, düzenlenebilecek faaliyetlerdir şeklinde tanımlar. Buna karşılık kamu gücü kavramından hareketle kamu hizmetini belirlemeye çalışan Hauriou ise kamu gücünün asıl olduğu, kamu hizmetinin ise bu gücün etrafındaki nesnel durum olduğunu, kamu gücü ya da iktidarın kamu hizmetiyle sınırlandığını belirtmektedir. Jeze ise kamu hizmetini, ortak ihtiyaçların karşılanması için takip edilen yol ve yöntem olarak tanımlamaktadır²⁸⁹. Kamu hizmetini idari örgüt tarafından ya da onun kontrolü altında siyasi otoritenin belirlediği kamu

²⁸⁶ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s.698.

²⁸⁷ Leon Duguit, s.432.

²⁸⁸ Leon Duguit, s.432,433

²⁸⁹ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.32-42.

yararını sağlamak amacıyla yürütülen faaliyetler olarak tanımlanabilir²⁹⁰.

Kamu hizmetine yüklenen anlam dikkate alındığında kamu hizmetinin kapsamının belirlenmesinin siyasi bir karar olduğu ve bu kararın yasama organı tarafından belirleneceğini uygulamanın ise idare teşkilatı tarafından yapılacağı görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alındığı sistemde devletin kanun önünde yurttaş ile eşit olduğu devlet olarak adlandırılan organize gücün bu gücü ve yetkiyi kendisini oluşturan halktan aldığı dolayısıyla halkın ortak ihtiyaçlarını karşılama görevini üstlendiği açıktır. Anayasamızın 5. Maddesi devletin görevini tanımlamıştır. Buradaki düzenleme dikkate alındığında devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli ortamı hazırlama görevi vardır. Dolayısıyla devlet kendisinden beklenen ortak ihtiyacı karşılayacak işlevleri yerine getiren, bunu yaparken de kendisine verilen kamu gücünü kullanan bir araçtır.

Doğası gereği kamu hizmeti mythosu başlıklı bildiride kamu hizmeti ile devlet ilişkisinin başlangıçtaki kapsam ve algılanışı ile günümüzdeki işlev ve kapsamı arasında bir benzerliğin olmadığı görülmektedir. Devletin başlangıç aşamasında kamu hizmeti işlevi, hizmet değil iyimser bir ifadeyle taahhütün yerine getirilmesi olarak görülmekte ve içeriği mythos'un söz ya da efsane olarak kabul edilen tanımıyla karşılanırken, egemenliğin halkın iradesine dayanması ve temel hak ve özgürlüklerin esas kabul edildiği devlet biçiminde ise mythos, logos'u yani insan aklının gerçeğini içerir. İnsan olmanın, birey olmanın, yurttaş olmanın bilincine varmış insanın gerçeğini. Kamu hizmetinin doğası hizmet etmek üzerine kurgulanmıştır. Burada hizmet edilen halk; hizmetin ne olacağını, nasıl olacağını ve neden olması gerektiğine de temsilcileri vasıtasıyla karar vermekte ve yine bu amaçla anayasal olarak tesis edilen yürütme ve idare kararları uygulamaktadır. Kamu hizmetinin etkinliği, kamunun devamını sağlayacak olan en önemli araçtır. Kamu hizmetindeki aksamalar, kamu yararının aşıldığı durumlar söz konusu olduğunda kamunun varlığının devamı ve hizmeti sunanların meşruiyeti hassas bir duruma gelmektedir. Devlet öncesi toplumlarda ve devletin ortaya çıkmasıyla birlikte devam eden süreçte yönetene ya da egemene belirli bir işlev karşılığında devredilen hakların tanım ve içeriğinin değiştiği yöneten ya da egemenin meşruiyet kaynağının halk olmasıyla birlikte gücün yetki ve sorumluluk halini aldığı ve bununda topluma, toplumun devamını sağlayacak hizmetlerle sınırlandığı görülmektedir.

²⁹⁰ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, s.705-706.

Sonuç

Ekonomik sistemin serbest piyasa şartlarında işlemesiyle ilgili eğilimin artmasıyla beraber kamu hizmetlerinin de farklı yöntemlerle özel hukuk kişilerine gördürülmesi ve kamu yararının yanına diğer çıkarlarında eklenmesi toplumun birlikte yaşayabilmesi için gerekli olan ihtiyaçların teminine yönelmiş kamu hizmetinin işlevinin inanırılığını zedeleyebilir mi? Bu sorunun cevabını sadece hukuk disiplininin vermesi söz konusu olmasa da gelecekte tekrar başa dönerek sadece güvenlik ve adalet hizmetini devletten bekler bir durum ortaya çıkar mı, tarih tekerrür eder mi bu sorunun cevabı dijitalleşme, yapay zeka, sosyal ve kültürel ihtiyaçlar, ekonomik ölçütler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu tebliğin sonucu olarak kısaca, insan hakları, birey, yurttaş kavramlarının içeriğinde ortaya çıkacak aksamalar, duraklamalar ve gerilemeler, kamu hizmeti mythosunu, epos'a doğru yönlendirecek ve bu devam ederse kamu hizmetinin, yönetenin bahsettiği sınırlı bir şey olması şeklinde somutlaşacağı bunun da başa dönölme riskini ortaya çıkaracağı, sayılan kavramlar rasyonel olarak gelişmeye devam ederse mythos, logos olarak yoluna devam edebilecek, süreç içinde teknoloji ve yapay zeka ile mücadele riskinin öne çıkacağı söylenebilir.

Kamu Hizmetinin Yürütülmesinin, Günümüz Şartları İle Uyumlu Olması İçin İdari Yargılama Usulüne Eklenen, Yöntem Ve Kurallar²⁹²

Özet

Anayasa ile yetkilendirilmiş olan idarenin kamu hizmetini sunma konusunda yürüttüğü faaliyetleri/ tasarrufları ile Devletin siyasal, toplumsal ve ekonomik politikaları bakımından yürütme organının dolayısıyla idarenin yüklendiği görevler arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. İşte bu bağlantı içerisinde idarenin faaliyetleri arasında, özellikle kamu hizmetlerinin önem arz etmekte olduğunu belirtebiliriz. İdareler kamu hizmetlerini yürütürken tesis ettiği işlemlerin hukuka aykırı olduğu veya idarenin kamu hizmetini yürütürken yaptığı eylemlerden maddi veya manevi zarar olduğu iddialarıyla idari mahkemelerde iptal ve tam yargı davaları açılabilmektedir. Ayrıca kamu hizmetlerinin gördürülmesi sürecinde idarenin tesis ettiği idari sözleşmelere yönelik davalar da idare mahkemeleri ve Danıştay'da çözümlenmektedir.

İdari mahkemeler (Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri) yargılanmaları için önlerine gelen bu içerikteki davaları 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kurallarına uygun olarak incelemekte ve çözmektedirler. İdarelerin kamu hizmeti sunumunda oluşan değişim ve gelişmeler dikkate alınarak işlem ve eylemlerinin yargılanmaları kamu yarar gereklerinden olmaktadır. Bunu öngören yasa yapıcı, Anayasal ilkeler uyarınca gerek İdari Yargılama Usul Yasası'nda gerekse diğer yasalarda bu uyumu sağlama adına değişiklikler yapma ve yargılamaya yönelik yeni ve etkili yöntemler geliştirme yoluna girmiştir. Nitekim idareyi tanıyan ve işleyişini bilen idari yargıçlar da bu bilinçle yargılama gerçekleştirmek anlayışındadırlar.

Anahtar kelimeler: Kamu hizmeti, idari yargı, ivedi yargılama, merkezi sınav, kamu yararı.

²⁹¹ Onursal Danıştay Üyesi-İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi ORCID No: 0000-0003-0675-7795, selamidemirkol63@gmail.com.

²⁹² Ankara Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 19 Aralık 2025 tarihinde düzenlenen sempozyum için hazırlanan ve sunulan tebliğ

Methods and Rules Added to the Administrative Procedures to Make the Execution of Public Services Compatible with Current Conditions

Abstract

There is a direct connection between the activities/dispositions undertaken by the administration, authorized by the Constitution, in providing public services and the duties undertaken by the executive branch, and thus the administration, in terms of the political, social, and economic policies of the State. Within this context, it can be noted that among the activities of the administration, public services are of particular importance. In the course of providing public services, annulment and full remedy actions can be filed in administrative courts, alleging that the actions taken by administrations are unlawful or that they have caused material or moral harm. Furthermore, cases concerning administrative contracts established by administrations during the provision of public services are resolved in administrative courts and the Council of State.

Administrative courts (Council of State, regional administrative courts, administrative and tax courts) review and resolve cases of this nature brought before them in accordance with the rules of Law No. 2577 on Administrative Procedure. It is in the public interest for administrative bodies to prosecute their actions and transactions, taking into account the changes and developments occurring in the provision of public services. With this in mind, legislators have initiated amendments to both the Law on Administrative Procedure and other laws to ensure this compliance, in accordance with constitutional principles, and have initiated the development of new and effective methods for prosecution. Indeed, administrative judges, familiar with the administration and its functioning, are committed to conducting trials with this understanding.

Keywords: Public service, administrative judiciary, summary trial, centralized examination, public interest.

Giriş

Devlet olgusu; öteden beri üzerinde konuşulup tartışılan ancak bir türlü, yönetim şekli, niteliği, teşkilatı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin tanınması ve sınırlandırılması konularında hemfikir olunmayan/olunamayan bir gerçektir. Yasama-Yürütme ve Yargı organlarından oluşması, genel kabul gören bir uygulama olmakla birlikte bu bütünlüğün içerisinde, özellikle yürütme organının, günlük yaşamı düzenleyen, bireylerin temas ettikleri, muhatap oldukları ve muhatap alındıkları aygıt olan idare, daha bir öne çıkmakta ve sıkça gündem bulmaktadır.

Dünya düzleminde, halihazırda mevcut Devlet anlayışları tartışılır olduğundan, olması gereken Devlet anlayışı konusu ise ciddi bir mesele olarak durmaktadır. Devlet, insanların bir arada yaşamak için geliştirdikleri bir örgütlenme sistemidir. İkel ve basit anlamıyla, dernek, sendika gibi bir çeşit birlikte çalışma ve ortak amaç gerçekleştirme aracıdır. Sosyal ve tarihsel gerçekliğinin yanında Devlet, devasa bir teşkilattır. Bu büyüklüğü, örgütlenmesine ve **vatandaşlarına sağladığı kamusal hizmetlere** de yansımaktadır.

İşte Devlet dediğimiz bu tüzel kişilik/kurum içerisinde belirli bir hedef/amaç için iş bölümü yapılmakta, **kamu hizmetleri** gerçekleştirilmektedir. Devlet teşkilatı içerisinde görev alan ve yetki kullanan idarecilerden bir kısmı (Yasa koyucu-parlamento-meclis) hukuk kurallarını belirlemektedir. Bir kısmı (Yürütme-idare aygıtı-idareciler), yasa koyucunun koymuş olduğu kuralları, idare edilenlere uygulamaktadır. Yasa koyucunun koymuş olduğu bu kuralların idareciler tarafından idare edilenlere uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları da hakimler (yargı) çözmektedir.

Erkler biri birinden bağımsızdır, ayrı ayrı devlet etkinliği gösterirler. Yasama organı yasa yapar, yürütme karar verir, yasaları ve kararları yürütür, yargı ise yazılı hukuka göre hüküm kurar, hukukun ne olduğunu söyler. Burada üzerinde durulması gereken husus, devletin hedeflerini gerçekleştirmek için güç kullanabilmesidir. Hukukun ve kuralların yaptırımı Devletçe güçlendirilmektedir. Devlet güçlü kılsa, hukuk güçlü olur. Aksi takdirde hukuku devlet yarattığından, hukuk, devletin bağılısı konumunda kalır. Bunlarla birlikte hukuk, bir yanda devlet iktidarını örgütleyip kurumlaştırırken ve yine devleti meşru ve yasal bir konuma ulaştırırken, diğer yanda ise devlet iktidarını kullananlara karşı bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelik güvence oluşturur.²⁹³

Bunların yanı sıra yürütme organı Devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli organizasyonu gerçekleştirir ve personel istihdam eder, bu personeli çalıştırır ayrıca mal ve gayrimenkul edinir bu amaçla teşkilatlanır. İşte yürütme organının, idare edilenlere-bireylere dönük,

²⁹³ DEMİRKOL Selami, **Devlet Birey Hukuk İlişkisi**, İstanbul: Beta, Ekim-2021, s.51-52.

günlük, görünen ve **kamu hizmetinin sunumunun** siyasi olmayan yanı idare aygıtı tarafından gerçekleştirilmektedir. Nitekim belli bir amacın gerçekleştirilmesi için bireylerin bir organizasyon içerisinde iş birliği yaparak faaliyette bulunmaları idare olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde yer verilen *“idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”* kuralında idare faaliyet ve teşkilat olarak nitelendirilmiştir. Anayasanın 125. maddesinde ifade olunan *“İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır”*, kuralında da idare sadece teşkilat anlamında kullanılmıştır. Yine Anayasa'nın 126. maddesinde belirtilen *“İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.”* kuralında ise idare faaliyet manasında ifade olunmuştur.

Kamu idaresi, yasama, yargılama ve belli bir ölçüde hükümet etme işlevinden ayrı tüm kamusal kuruluşların faaliyetlerini kapsayan **kamu hizmetlerini gerçekleştiren bir organizasyonu** ifade etmektedir. Bilindiği üzere Devlet, yasama-yürütme- yargı erklerinden oluşmaktadır. Yürütme Anayasa'nın 101 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 104. maddesinde *“Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.”* denilerek yürütme organının Cumhurbaşkanlığından oluştuğu sonucuna varılmaktadır. Bu kural ve devamı maddeler ile düzenlenmiş olan yürütme organının günlük yaşamda görünen yanı, idare teşkilatı tarafından organize edildiğinden bu boyutuyla bağ ve ilişki içerisindedirler”²⁹⁴

Çalışmamızda, Devlet erklerinden yürütme organı içerisinde yer bulan idare aygıtının, **işleyişinde ve kamu hizmet sunumunda gelişen ve değişen** şartlara bağlı olarak **idari yargının da uyum sağlayabilmesi** bakımından başta İdari Yargılama Usulünde yapılan değişiklikler ve idari yargılama usulünü ilgilendiren uyum yasalarını, kural ve yeni yöntemleri vermeye çalışacağız.

1. Kamu Hizmetini Sunan İdare Aygıtının Değişim ve Gelişimi

Tarihin ilk dönemlerinde, toplumlarda **idari yapılanma** oluşmamıştır. İdari yapının doğuşu; anaerkil dönemden ataerkil döneme geçerken gerçekleşmiştir.

Zamanla ataerkilliğin mal varlıkçı yönü, toplumda bir otoritenin ortaya çıkmasını sağlamış, malların aile işletmesinde toplanması ve bu işletmenin aile reisinin yönetiminde bulunması, otorite kavramının gelişmesine, belirginleşmesine yol açmıştır. Otoritenin evrimleşmesiyle birlikte idare etme olgusu ilk olarak kendini göstermiştir.

²⁹⁴ DEMİRKOL Selami, **Devlet-Birey-Hukuk ilişkisi**, İstanbul: Beta Yayınları.1. Bası, Ekim- 2021, s. 51-53.

Mal sahipliği ve idarecilik görevleri, tek kişi yani aile reisi tarafından yerine getirilmiş, ne var ki süreç içerisinde **üretim ilişkilerinin genişlemesi ve insan ilişkilerinin giderek karmaşıklaşması**, ataerkil idarenin ortadan kalkmasına yol açmıştır.

Nitekim idarenin gelişmesinde ilk aşama; eşyanın idaresi, sonraki aşama ise; insan ilişkilerinin idaresi olmuş, insan ve üretim ilişkilerinin giderek artması sonucunda da katılmalı idare biçimi oluşmuştur. İşte, üretici yetenekleri örgütsel gerçekliğe dönüştürmek için bilimsel yönetimin otorite-verimlilik boyutunu ve insan ilişkileri akımının insancıl demokratik görüntüsünü birleştiren katılmalı yönetim, bu yönüyle ilkel ataerkillikten günümüze uzanan bir yönetsel düşünce zincirinin son halkası olarak belirtilmiştir²⁹⁵.

Devlet olgusu ise idare eden ile idare edilen ayrılığının ortaya çıkması ile birlikte kendini göstermiştir. Bunun yanı sıra devleti doğuran zarureti, insan topluluklarında birtakım işlerin başarılmaları için üstün bir kuvvet ve iradeye ihtiyaç duyulması şeklinde ele alabileceğimiz gibi aynı zamanda toplumun siyasal örgütlenmesi olarak geliştiğinden, idareyi devletten ayrı olarak düşünmek olanaksızdır. İdare denilince, bir anlamda devlet yönetimi de anlaşılmaktadır.²⁹⁶ Zamanla devlet biçimlerine göre **idare biçimleri de değişiklikler göstermiştir**. Bireylerin egemen olduğu krallıklar ve imparatorluklardan sonra çeşitli aşamalardan geçilerek günümüzdeki sosyal hukuk devleti yapısına kadar gelinmiştir.²⁹⁷ Devlet, bugün çok gelişmiş ve karmaşık bir yapıya sahip olmuştur. Bireyler üzerinde bir kontrol mekanizması olarak tarihin diğer dönemlerinden daha fazla bir şekilde çalışmaktadır²⁹⁸. Nitekim çağdaş toplum ve yönetim yapısını hazırlayan gelişme on ikinci yüzyıla doğru başlamıştır. **Yeni bir ekonomik biçime ve toplumsal yapıya doğru** geçilmiştir. **Ticaretin gelişmesi ve giderek yaygınlaşması** toplumsal yapının değişmesine neden olmuştur. Teknolojik ilerlemeler her alanda üretimi daha üst düzeylere çıkarmıştır.

Zira kişiler bir yandan Devlete karşı haklarını ve hürriyetlerini genişletirken bunları çeşitli siyasal ve hukuki güvencelere bağlarken, öte yandan **sayısız ihtiyaçların sağlanmasını kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesini** gittikçe artan oranda devletten beklemekte ve böylece devlet ödevlerinin hukuki çerçevesini büyötmektedir. Bu durumda kişi, devlet karşısında daha hür olmak isterken aynı zamanda ona daha bağlı bir hale gelmektedir²⁹⁹

²⁹⁵ FİŞEK Kurthan, **Yönetim**, ANKARA: S.B.F. Yayınları, 1975, ss.32-55.

²⁹⁶ ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul: Marifet Basımevi, 1952, s.1.

²⁹⁷ Hukuk devleti nazariyesi için bkz., **ONAR, age.**, ss.119-145.

²⁹⁸ FRIEDMAN Milton, **W. Law in A Changing Society**, London: 1959, s.485.

²⁹⁹ KIRATLI Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları, No:135, Sevinç Matbaası, 1973, s.VII.

Hukuk devleti, idareye en önemli ödev olarak hukuk kuralları ve düzeni ile bağlı kalmayı bir zorunluluk olarak getirmektedir. İdari mekanizmanın bu şekilde gelişimi sonucunda idare hukuku diye yeni bir hukuk dalı ortaya çıkmıştır. Nitekim hukuki davaların, hukuk devletinin doğuşundan sonra hukuk alanında yer aldığı genellikle kabul edilmektedir³⁰⁰

Denilebilir ki hukuk sistemleri bu konuda ayrı özellikler göstermektedir. Avrupa ve Türkiye’de geçerli olan anlayışa göre idarede kamu yararı düşüncesi egemendir. Bu nedenle kişilerarası ilişkileri düzenleyen özel hukuktan ayrı bir hukuk rejimi içinde olması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşılık Anglosakson Hukuku, yönetimi de bireyler gibi aynı hukuk rejimi içine almaktadır. Bu nedenle idare hukuku daha gelişmemiştir ve idare kendine özgü hukuk sistemine, yargı düzenine sahip değildir.

Kaldı ki idare ile birlikte yasama ve yargı da hukukla bağlıdır. İdarenin hukuka bağlılığı yargıdan daha dardır. Her ne kadar idare de yargı gibi konuyu düzenleyen her çeşit hukuk kuralı ile bağlıysa da bu kurallar yönetim çalışmalarını ancak belirli ölçülerde düzenlemekle yetinerek, idareye, yerine göre az veya geniş bir takdir yetkisi verir. Bunun yanında yargıya benzer derecede hukuk tarafından düzenlenen idare alanları da vardır. Bu çeşit kapsayıcı düzenleme az çok önemli ve belirli durumlarda görülür. Geriye kalan alanlarda özellikle yapıcı yönetim hizmetleri alanlarında hukuk, yönetimi ancak sınırlı ve yalnızca çerçeveleyici şekilde düzenlemekle yetinerek, idareye geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. İdare ile yargı arasındaki ayrılık her iki alanın amaçları ile ilgilidir. Yargının asıl amacı hukuk düzenini korumaktır. İdarenin asıl amacı ise **toplumun her çeşit gereksinimlerini** hukukun genel düzeni içinde karşılamaktır.

Bu bağlamda hukuka bağlılık, **idarenin sorunlarının çözümünde konusuna göre güçlükler çıkarabilir, gecikmeler yaratabilir**. Hukuk kurallarındaki aşırılıktan doğan güçlükler bu kuralları koyan makamları anlayışlı tutumları ile giderilebileceği gibi uygulamadaki eksiklikler de yönetim kuruluşunun hukuk uzmanlığına gerekli yeri vermesi ile önlenabilir. Hukuk kurallarının yapıları ve uygulamaları ne derece ölçülü olursa olsun hukuka bağlılığın büyük önemi karşısında bunları göze almak zorundadır.

Hukuk devletinin idareye getirdiği diğer bir anlayış da düzenli idaredir. İdarenin; hukuk kaynaklarının kendi yetki ve takdirine bıraktığı konuları bunların nitelikleriyle eldeki olanakların izin verdiği ölçüde bazı objektif kurallarla düzenlenmesi gerekir. İşte buna düzenli yönetim ilkesi denir. Böyle bir düzenleme idarenin hem rasyonel işleyişine hizmet eder hem de yönetilenlere karşı hizmet dışı düşüncelere yer vermeyen, eşit, objektif ve güvenilir bir tutum gütmesine yarar. Düzenli yönetimin

³⁰⁰ **TUNCAY** Aydın H., “Giriş-Danıştay’ın Yargısal Yönü” **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Anka- ra:1986, s.5.

araçları, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerdir. İdarenin kendi takdir alanını düzenlediği kuralların bir ölçü içinde kalması zorunludur. İdareye tanınan takdir yetkisi yine hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanılacaktır³⁰¹

Hukuk devleti, idarenin, toplumun her kesimine eşit ve ayrıcalıksız işlem yapmasını gerektirir. Devlet, eski zamanlarda baskı aracı iken, hukuk devleti biçimine döndükten sonra, özgürlüklerin gerçekleşme aracı oldu. Yalnız azınlıkların değil, çoğunluğun hak ve özgürlükleri hukuk devleti anlayışının getirdikleriyle idare tarafından güvence altına alınmıştır.³⁰²

Hukuk devletinin tam anlamıyla gerçekleştirilmesinde idarenin halkla bütünleşmesinin çok önemli payı vardır. Çünkü hukuk devleti temelde yönetilen halk kitlelerinin hak ve özgürlüklerine dayanan devlet biçimidir. İdarenin vardığı çağdaş aşamada, **ortaya çıkan hukuk devleti, idareyi çağın gerekleri doğrultusunda değiştirmiş ve geliştirmiştir**. Nitekim bütün bunların sonucu olarak devlet fonksiyonlarının analizi için **kamu hizmetleri daha geniş olarak** değerlendirilmiştir³⁰³

2. Widarenin Kamu Hizmet Gerekleri, Niteliği ve Unsurları

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında, genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek ve bu yolla kamu yararını sağlamak için toplumun geneline yöneltilen **devamlı ve düzenli mal ve hizmet sunumlarına** kamu hizmeti denilmektedir.

Bu tanımdan yola çıkarak kamu hizmetinin temel amacı kamu yararındır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin sürdürdükleri faaliyetlerin temelinde **kamu yararı** vardır. Kamu yararı kolektif çıkarları doğrultusunda bireysellikten ziyade toplumsal faydanın amaçlandığı bir ilkedir. İdare hukukunda bireysel hakların korunmasının yanı sıra toplumun refahının ve çıkarlarının korunması oldukça önemlidir. Kamu yararının bulunmadığı bir hukuk devletinde bireysel hakların da korunması daha güç hale gelecektir. Toplumun genel refahı ve ortak çıkarlarının sağlanması birey-devlet ve toplum-devlet ilişkilerini de güçlendirecektir. Bu sebeplerden ötürü kamu yararı hukuk devletinin olmazsa olmazıdır.

Kamu yararının bu tanımından **kamu hizmeti de temelde kamu yararına hizmettir**. Bu, kamu yararının hangi ilkeler doğrultusunda ne şekilde ve kimler aracılığıyla sağlandığı **kamu hizmetinin çerçevesini** belirlemektedir.

³⁰¹ BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukuku-Genel Konular, Ankara: SBF Yayını, 1970, ss.130-134.

³⁰² TURHAN Mehmet, "Hukuk Devleti-I", **Halkoyu Dergisi**, S.4, Temmuz-1976, s.32.

³⁰³ MERİÇ Osman, "Hukuk Devleti Sempozyumunun Düşündürdükleri", **TODAİE Dergisi**, Ankara, C:8, S:1, Mart 1975, ss.82-83.

Kamu hizmeti, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında özel kişilerce görülür. Bu özel kişilerin faaliyetleri denetimi altında oldukları idarece kontrol edilir ve denetlenir. Bunun temel amacı idare, **kamu hizmetini kendisi gerçekleştirmiyorsa** bile özel kişinin gerekli özen ve dikkati gösterdiğini denetleyerek kamu hizmetinin gördürülmesidir. “Hukuk devletinin bir sonucu olarak idare edilenlerin hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altında bulundurulması gerekir. Bu gereklilik idarenin ayrıcalıklarının ve etkinliklerinin bir temele dayandırılmasını zorunlu kılmaktadır. **Kamu Hizmeti Doktrini**’ne göre bu temel, kamu hizmeti kavramı”³⁰⁴ olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte **kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramlarından** biri olarak bilinmekte ve bu kavram, İdare Hukukunda idari işlem, idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi ve memur, kamulaştırma, devletleştirme, idari yargının görev alanının belirlenmesi konularında kullanılan en önemli ölçütlerden biri olmaktadır.

Nitekim “Kamusal yetki kullanan bütün devlet organlarında olduğu gibi idarenin de varlık sebebi ve faaliyetlerinin sınırı, en soyut anlamda “kamu yararı” kavramına bağlı olmaktadır. Soyut anlamdaki kamu yararının yasama organınca somutlaştırılması, kamu kudreti kullanılarak yürütülecek hizmetlerin planlanıp, kararlaştırılması ve düzenlemeye tabi kılınması sonucunda kamu hizmetleri ortaya çıkmaktadır. İşte bu hizmetler içerisinde idarenin örgütlenmesi ve bir takım faaliyette bulunması en geniş anlamda **kamu hizmetini oluşturmaktadır** diyebiliriz. Böylece “kamu hizmeti bu anlamda devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin mevzuatça belirlediği alanlarda bizzat ya da yakın gözetim ve denetimi altında bulundurarak uyguladığı **toplumsal ihtiyaçları karşılama amacını güden**, düzenli, sürekli ve yöneldiği amaca göre değişkenlik göstererek uyum sağlama imkanına sahip faaliyetler”³⁰⁵ olarak ifade edilmektedir.

“Kamu hizmeti kavramı, kamu yararına ilişkin bir ihtiyacı tatmin etmek için idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklemiş olduğu sürekli ve düzenli bir etkinliği ifade eder. Anayasa Mahkemesi’ne göre **kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir**. Ancak kavram doktriner anlamda birbiri ile telifi mümkün olmayan çatışma halindeki farklı görüşler dolayısıyla genel kabul gören bir tanıma sahip değildir.”³⁰⁶

“Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının

³⁰⁴ ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2012, s.568-569.

³⁰⁵ ATAY, Age., s.567-568.

³⁰⁶ ATAY, Age., s.572.

belirlenmesinde ölçüt kavram niteliğine karşın, tanımlanması kolay değildir. Kavramın yasalarda ve yargı kararlarında sık kullanılmasına karşın, tek ve geçerli tanımını bulmak zordur.”³⁰⁷

“XIX. Yüzyılın başlarında Fransa’da “Kamu Hizmeti Okulu” veya “Bordeau Öğretisi” olarak isimlendirilen, Léon Duguit ve Gaston Jéze gibi ünlü hukukçuların savundukları, Devletin toplumun ortak gereksinmelerini karşılamak için giriştiği faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşır ve bunun için idarenin yaptığı eylem ve işlemler de idare hukukunun konusunu oluşturur biçimindeki görüş, zaman içindeki değişimler sonucu önemini yitirmiş olmakla birlikte, **hala ölçüt-kavram niteliğini koruduğu**” ve idari işlem, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kamu hizmeti kavramından ölçüt olarak yararlanıldığı bir gerçektir.”³⁰⁸

Danıştay ise “Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşması’nın 86. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ‘**genel ekonomik yarar sağlayan hizmet**’ kavramı ‘**kamu hizmeti**’ kavramını yaklaşık olarak karşılayan bir kavram olup, Adalet Divanı içtihadı ve doktrine göre yürütülen bir hizmetin genel ekonomik yarar sağlayan bir hizmet niteliği taşıması için teşebbüse belirli bir görev verilmiş bulunması ve görevin kamu otoritelerinin bir tedbire uygun olarak, Devlet tarafından verilmiş olması, nüfusun belirli temel ihtiyaçlarını karşılayan bir yükümlülük olması, belirli bir bölgenin tamamında bir hizmetin sağlanması niteliğini taşıması gerekmektedir.”³⁰⁹ ifadeleriyle tanımda bulunmuştur.

Kamu hizmetinin uygulamada üç ayrı unsurunun bulunduğunu belirtebiliriz. Bunlar;

“3-1-Organik unsur. Kamu hizmeti, imtiyaz usulü gibi istisnalar dışında ancak doğrudan idarece yerine getirilir. Zaman içindeki gelişme özel kişilerin kamu hizmeti ile görevlendirilmeleri uygulamalarının değişik hukuki rejimler uygulanarak yaygınlaşması yönünde olmuştur. Ancak, hizmetin asli sahibi niteliğini koruyarak idarenin sahip olduğu yetkiler önem kazanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “Kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak, **toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin** mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyusabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”³¹⁰ demektedir.

³⁰⁷ TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2020, s.367.

³⁰⁸ TAN, **Age.**, s.368.

³⁰⁹ Danıştay 10. Daire, 05.12.2003 tarih ve E:2001/4817, K:2003/4770, Aktaran: TAN, **Age.**, s.369.

³¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 12.04.1990 tarih ve E:1990/4, K:1990/6 sayılı kararı. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:26, s.135.

3-2-Maddi Unsur. Kamu hizmetleri toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik faaliyetlerdir. Ancak, niteliği gereği kamu hizmeti sayılacak faaliyet türünü belirlemek olanaksızdır. Anayasa'nın 128. maddesinin “kamu hizmetinin yalnızca Devlet ve kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesi gerektiği biçiminde bir yoruma” elverişli olmadığı belirtilen Anayasa Mahkemesi'ne göre, “nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi onun niteliğine etki etmez”.³¹¹ Nitekim, öğretilde, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan faaliyet olmadığını, bu nitelenmenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu, dolayısıyla herhangi **bir sosyal faaliyetin her zaman kamu hizmetine dönüştürülebileceği kabul edilmekte**, bu nedenle kamu hizmetinin hukuki bir kategori olmaktan çıkıp “instrument politique” haline geldiğide ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetinin belirlenmesinde yetkili kamu otoritesinin iradesi -ki yasama organıdır- önem kazanmaktadır.”

3-3-Biçimsel Unsur/Hukuki Rejim. Kamu hizmetinin belirlenmesinde bir başka önemli unsur da onun hukuksal rejimidir. Kamu hizmeti, kamusal yönetim biçimine (kamusal yetki ve usuller kullanılarak) göre yürütülen faaliyet olarak kabul edilmektedir. Kavramın idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt niteliği de bu özelliğinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “idari işlemi” tanımlarken, “kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir... bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşır” diyerek, kamu hizmetlerinin hukuki rejimi ile idare hukuku arasında özdeşlik kurduğu izlenimi vermektedir.”³¹²

Oysa Yüksek Mahkeme, kamu hizmetlerinin hukuki rejimdeki değişimi kabul etmekte, “Kamu hizmetlerinin kapsamına gerek öğretide, gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzelkişilerince **genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bu kapsamın da gittikçe genişlediği**” gerçeğini vurgulayarak; “Devletin yalnız ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz” demektedir.”³¹³

3. Kamu Hizmetinin Kurulması, Düzenlenmesi ve Değişimi

“Kamu hizmetleri toplumsal gereksinimlerin sonucu ortaya çıkmakta olup, bunun takdiri de yasama organına aittir. Nitekim Anayasa Mahkememiz de “kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı

³¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994 tarih ve E:1994/70,K:1994/65-2 sayılı kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:31, s.385.

³¹² **TAN, Age.**, s. 370-372

³¹³ **TAN, Age.**, s. 373

hallerde yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir” demektir. Ancak 2017 Anayasa değişikliği sonrası yasama organı yanında kamu tüzel kişiliği kurma yetkisine sahip Cumhurbaşkanının da kamu hizmeti tesis edebileceğini belirtmek gerekir.

Üniter bir devlette, ülke düzeyinde kamu hizmetlerini belirlemek yetkisi yasama organına ait olmakla beraber, yerinden yönetim ilkesi gereği, ortak yerel ihtiyaçları belirleyip karşılamak yerel idarelere düşmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi il özel idarelerinin görevli olduğu ortak yerel ihtiyaçların kapsamını ve sınırını belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu’na veren yasa hükmünü iptal ederken, “Bu gereksinimleri yerel planda karşılamak olanak ve önceliklerini takdir yetkisinin o yörede yaşayan halkın yasalara dayalı olarak oluşturdukları organlara bırakılması hem özerklik ilkesine hem de demokratik yaşam biçimine daha uygun bir yoldur” demektir.

Öte yandan, anayasaların da bazı hizmetleri Devletin görev alanına soktuğu görülmektedir. Eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi konularda (1982 Anayasası m. 42 ve 56) faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin, doğrudan Anayasa’dan kaynaklandığı, faaliyetin artık “mahiyeti itibarıyla olmasa bile, bu Anayasa hükmü sebebiyle”, kamu hizmeti olduğu söylenebilir.”³¹⁴

“Hizmetin düzenlenmesinin idare alanına girdiğini kabul etmek gerekir. Danıştay’a göre, “kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının bu hizmetleri bütün ayrıntıları ile gereği gibi düzenlemesi mümkün olmayan hallerde idarelere, hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur”. Anayasamız Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik gibi işlemlerle, idarenin düzenleme yetkisini kullanacağını öngörmektedir. Baştaki açıklamalarımızda belirtildiği gibi, idare düzenleme yetkisini başka isimler altında yaptığı işlemlerle de kullanmaktadır.”³¹⁵

“Kamu hizmetleri nasıl görülürse görülsün, hizmetin görülmesinde uyulması gereken ilkeler vardı. Bunlara kamu hizmetinin genel ilkeleri de denilmektedir. Bu ilkeler, süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyumdur. Ancak, zaman içinde bu klasik ilkelere yenilerinin eklendiği görülmektedir. Bu cümleden olarak, “katılma”, “şeffaflık”, “basitlik”, “sorumluluk” ve “ulaşılabilirlik” (accessibilité) ilkelerinden söz edilmektedir.”

3-1-Süreklilik İlkesi. Kamu hizmetlerinin **toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik hizmetler olmaları** nedeniyle, **sürekli ve düzenli** biçimde görülmeleri gerekmektedir.”

³¹⁴ TAN, Age., s. 376.

³¹⁵ TAN, Age., s. 378.

Coğrafi süreklilik ile kamu hizmetine ulaşmada eşitlik arasında da sıkı bir bağ söz konusudur. Bu ilkenin hizmeti görenler ve hizmetten yararlananlar açısından önemli sonuçları olmaktadır.

Kamu hizmetlerinde grev yasağı bunun en önemli hukuksal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Başlangıçta katı biçimde uygulanan bu ilke, zaman içinde yumuşamıştır. Örneğin Fransa'da 1946 Anayasasından sonra grev hakkı ile kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesini bağdaştıracak çözümlere gidilmiştir. Grev sırasında asgari hizmetin sunulması tartışmaları devam etmektedir.”³¹⁶

3-2-“Değişkenlik ve uyum. Bu ilke, **süreklilik ilkesinin bir uzantısı** gibi görülebilir. Bunun anlamı, **kamu hizmetinin değişen koşullara ve kamunun gereksinimlerine uyumlu biçimde görülmesi, teknolojik gelişmelerin dikkate alınması**, hizmetin nitel ve nicel geliştirilmesidir.

Danıştay’a göre, “Kamu hizmeti, görev olarak yüklenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, **halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinimlerini, bu gereksinimleri gidermek** için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden planlayarak gerekli önlemleri alması ve görevini yerine getirmesi asıl olup.

Bir kamu kurumunun hizmetlerinin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaştırılamaz.”³¹⁷

4-3-“Eşitlik ilkesi. İdare kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, **eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak durumundadır.** Hatta, yararlananların “akdi” bir ilişki içinde bulundukları endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde, idarenin gereken koşulları yerine getirerek hizmetten yararlanmak isteyenle sözleşme yapma zorunda olduğu kabul edilmektedir.

Kamu hizmetlerinden yararlanmada söz konusu olan eşitlik “matematiksel” bir eşitlik olmayıp, **kişilerin içinde bulundukları durumun özelliklerini dikkate alan** bir eşitlik anlayışıdır. Ancak, bu farklılaştırma kamu yükleri önünde eşitlik ilkesini zedelememelidir.

³¹⁶ TAN, Age., s. 378-379.

³¹⁷ TAN, Age., s. 380-381.

Kamu hizmetinin karşılıksız olduğuna ilişkin düşünce de aslında eşitlik ilkesi ile yakından ilgilidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınmak suretiyle, “hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasında eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır” demektedir.”³¹⁸

Bunlarla birlikte **kamu hizmetinin özelliklerini** belirtecek olursak;

“1-Kamu hizmeti toplumsal bir ihtiyacının giderilmesi amacıyla kanun veya kanunun belirlediği sınırlar içerisinde oluşturulur. Aksine açık hüküm bulunmadığı durumlarda, hizmetin tesis edilmesinde uygulanan yetki ve şekil kuralı, yani **yetkide ve usulde paralellik ilkesi söz konusu hizmetin değiştirilmesi ve kaldırılmasında** da aynen uygulanır.”

2-Kamu hizmetleri bizzat idare ya da idare ile birlikte veya idarenin dışında ve fakat idarenin gözetim ve denetimi altında Özel Hukuk kişileri tarafından yürütülen hizmetlerdir. Kamu hizmetlerini uygulamaya aktarmak, esas itibarıyla bu anlamda mevzuatla yükümlü kılınmış idareye, yani kamu tüzel kişisine yüklenen bir yükümlülüktür.”

3-Kamu hizmeti kamu yararını gerçekleştirmek için yapılan faaliyetlerdir. Kamu yararı amacının dışındaki amaçlarla yapılan faaliyetler bir kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilse dahi, kamu hizmeti sayılmaz ve kamu hizmetlerinin tabi olduğu rejime tabi değildir.

4-Kamu yararı kamu hizmetinin ulaşmak istediği noktayı oluşturduğundan, kamu hizmetlerinden yararlananlardan belirli bir bedelin istenebildiği durumlarda istenilen bedelin kar elde etme amacına yönelmemesi gerekir. Sınai ve ticari kamu hizmetlerine bu kural mutlak anlamda uygulanmaz.”

5-Kamu hizmeti genel bir hüviyet taşıyabileceği gibi belirli bir bölgeyle yani coğrafi alanla da sınırlı olabilir. Anayasada mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak amacıyla yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları öngörülmüştür. Bu mahalli idareler, yürütecekleri kamu hizmetlerinde belirli bir standardı tutturmak, belirli kurallara uymak durumundadırlar.”

6-Kamu hizmeti sadece Kamu Hukuku ilkeleri uyarınca uygulamaya aktarılmazlar, özellikle sınai ve ticaret kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda Özel Hukuk hükümlerine tabi kılınabilmektedirler.7-Kamu Hizmeti kamusal usullere göre yerine getirilen, uygulamasında kamu

³¹⁸ TAN, Age., s. 381-382.

gücünün kullanıldığı hizmetlerdir. Dolayısıyla kamu hizmetini yerine getiren kamu tüzel kişisi hizmeti ifası sırasında kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıkları kullanır.”³¹⁹

Vurgulamak gerekirse kamu hizmeti, idarenin ve idare hukukunun temel kavramlarından biri olmaktadır. Kamu hizmeti bazen idari faaliyet bazen de iş, uğraş veya kuruluş olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’nın 70.maddesinde yer verilen “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” kuralında kamu hizmetinin kuruluş olarak yapısı, 128.maddesinde yer verilmiş olan “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” kuralı ile de kamu hizmeti, iş, uğraş ve faaliyet olarak anlaşılmaktadır. Bunların yanı sıra kamu hizmeti;

1. Kamuya yararlı ve kamuya yönelik bir hizmettir.
2. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul görmesi, toplumun koşulları ile ilgili olduğu gibi aynı zamanda idarenin siyasi kararı ile de belirlenir.
3. Kamu hizmeti, ülke, bölge ve yerel düzeyde sunulabileceği gibi toplumun belli kesimine yönelik olarak da sunulabilir. Milli eğitim ülke, tarım hizmetleri bölgesel, otobüs işletmesi ise yerel düzeyde sunulabilen hizmetlerdir.
4. Kamu hizmeti ilke olarak kamu kuruluşlarınca yerine getirilir. Ancak bu zorunlu değildir. Kamunun gözetim ve denetimi altında özel sektöre de yaptırılabilir.
5. Bir hizmetin kamuya yönelik olması kamu hizmeti olduğu anlamına gelmemektedir. Zira kamu tarafından yapılmadığı gibi kamunun gözetimi ve denetimi altında da yapılmamaktadır.
6. Kamu hizmeti kural olarak sürekli hizmetlerdir.
7. Kamu hizmeti ücretli olabileceği gibi ücretsiz de olabilir.
8. Kamu hizmeti eşitlik ilkesi gözetilerek gördürülür.
9. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak kamu kuruluşlarınca görülmesi ancak yasama organının izni ile olabilir.
10. Kamu hizmeti sadece kamu hukuku kurallarına göre değil özel hukuk kuralları uyarınca da gördürülebilir.”³²⁰ diyebiliriz.

4. Kamu Hizmeti Sunumunda Bulunan İdarenin Genel Olarak Yargısal Denetimi

Günümüz siyasal sistemlerini şekillendiren ve hukuk bağlamında anlamlandıran ve bir nevi standart oluşturan esaslı öğelerden biri de yargısal denetimdir. Yargısal denetimin etkili ve sonuç alınabilir

³¹⁹ ATAY, Age., s.578.

³²⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1983, s.161-162.

kılınması için de “**yargı**”nın öteki devlet erklerinden ayrı ve bağımsız olması, yargılama yapanların her türlü etkiden uzak tam bir güvenceye kavuşturulmasından geçmektedir. Anayasa da yer verilmiş olan Hukuk Devleti ilkesinin yansıması olarak kabul edilen “**İdari Rejim**”in doğal sonucu olarak da idarenin yargısal denetiminin, idari yargı sistemine dahil ihtisas mahkemeleri tarafından yapılması olmaktadır. Bu bağlamda Anayasamız ve yasalar ile “**idarenin yargısal denetimi**” olgusu kabul edilmiştir.

Durum böyle iken Anayasal düzeyde kurulan ve yargılama yetkisi ile donatılan **idari yargı yerlerinin** yargısal denetimlerinin çerçevesinin bilinmesinde önem arz etmektedir. Zira hukuka uygunluk bloku içerisinde yapılan yargısal denetim, idarenin kamu hizmeti sunumunda tesis ettiği işlemler ve gerçekleştirdiği eylemler ile ilgili olacaktır. Bu durum da kamu hizmet sunumunun, planlanması, sunumu ve kamunun, hizmete yönelik memnuniyetini etkileyecek hususlardan olacaktır.

4.1. Yargısal Denetim

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti anlayışının zorunlu bir sonucudur. Yargısal denetim, idareyi hukuk sınırları içinde tutan ve idare üzerinde uygulanıp, idare dışında yer alan en etkili denetim yoludur. Nitekim idari yargı sistemi, idarenin hukuka uygun davranması ve hukuk ile sınırlılığını en etkin biçimde bağdaştıran uzmanlaşmış denetim olmaktadır. Gerçekten idari yargı, uyumsuzluk çıktığında bir yandan **idarenin etkinliğini, kamu hizmet sunumu ve idari faaliyetlerin düzenli işlemesi gereğini gözetirken**, bir yandan da bu işleyişin hukuk kuralları dışına çıkmamış, kamu yararından sapmamış olmasını arar. Bu nedenle idari yargı, idarenin hem yargılanmak istediği hem de bazen önünden kaçmaya çalıştığı bir yargı sistemi durumundadır.

Vurgulamakta fayda var ki, sonradan ve gecikerek de olsa, idarenin dışında, yürütmeden bağımsız ve güvenceli hakimlerden kurulu bu yargı dalının yaptığı denetim, idarenin üstünlüklerine karşı en önemli güvenceyi oluşturmakta, üstün yetkilerin veriliş amaçlarına ve kurallarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı konusunda son sözü bu yargı söylemektedir.³²¹

Kaldı ki hukukun çerçevesi ve her somut olayda hukuka uygun olup olmama konusunda çıkabilecek uyumsuzlukların çözümü, bir Hukuk Devletinde yargı yolu ile olacaktır.³²² Böylece yargının bir erk olarak kabul edildiği Devlet düzeninde mahkemeler, parlamento ve hükümetten tamamen bağımsız anayasal organ sıfatıyla hukukun ne olduğunu son ve kesin olarak söylemeye ve saptamaya yetkili mercilerdir. Bunların karar ve hükümleri, özel kişileri olduğu gibi, yasama ve yürütme organlarını

³²¹ YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, ss.85-86.

³²² SARICA Ragıp, **İdare Hukuku Ders Notları (Çözümler)**, İstanbul: 1970, s.86.

bağlar ve bu sonuncular tarafından hiçbir suretle değiştirilemez, başkalaştırılamaz ve geçersiz kılınmaz.³²³ Bunların yanı sıra hemen belirtelim ki, idarenin denetim yolları içerisinde en etkin ve sağlıklı yolun yargısal denetim olduğu konusunda şüphe yoktur. “Kaldı ki kamu hizmetinden faydalananlar, her somut olayda ve uyuşmazlıkta, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını bağımsız ve tarafsız yargıcılardan oluşan, teminatlı yargı yerleri önünde idareyi yargısal denetime tabi tutturabilmektedirler.”³²⁴

Şimdi yargısal denetime neden gerek duyulduğunu inceleyelim.

4.2. Yargısal Denetimin Gereği

Hukuk Devleti ilkesini benimsemiş ülkelerde, idarenin kendini hukuk kurallarına bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında kendisini bir yaptırım karşısında bulması, bu ilkenin doğal sonucu ve zorunlu bir ögesidir. İşte bu ilkenin yerleşmesinde yargısal denetimin karşı konamayacak, inkâr edilemeyecek yararları ve değerleri mevcuttur. Bu sistem, bağımsız ve tarafsız bir yargının önceden bilinen kuralları uygulayarak ve yerine getirilmesi zorunlu yargısal kararlar vererek idareyi denetim altında tutmasına olanak vermektedir.³²⁵ Böylece, idarenin yargısal denetimi diğer denetim yollarının dışında son seçenek olarak ortaya çıktığı için idari yargıyı sadece idarenin bir denetim aracı değil, adalet merci olarak görmek, sanırız amaca daha fazla hizmet edecektir.³²⁶

Yine, idarenin yargısal denetiminin uygulanırlığının Avrupa’da yaygın olduğunu görmekteyiz. Nitekim “Hukuka bağlı devlet ilkesi” ni bir temel ilke olarak kabul etmiş olan Batı Avrupa Hukuk Sistemlerinin, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi idarenin yargısal denetimi alanında da ortak kurallar geliştirme çabası, bugün somut ve güncel bir nitelik kazanmıştır.³²⁷

Bir ülkede Hukuk Devleti’nin varlığı ve gelişmesi gerçekte idari yargının varlığı ve gelişmesi ile olanaklıdır. Diğer bir deyişle idari yargı, kişiyi devletin kamu gücü karşısında koruyan idarenin işlemlerinde ve eylemlerinde hukuka uygun davranmasını sağlayan yargı manzumesi olup, hukuk devletinin ve kamu hürriyetlerinin güvencesi³²⁸ olmaktadır. İşte çağdaş demokratik hukuk sistemlerinin hemen hepsinde kabul edildiği gibi, yargısal denetiminin temel hedefi, idareyi bütün tutum ve

³²³ DURAN Lütfi, “Adliye Genel Yargı yeri”, **Amme İdaresi Dergisi**, TODAİE Yayınları, C. 17, S. 1, Mart-1984, s.4.

³²⁴ DEMİRKOL Selami- BEREKET BAŞ Zuhul, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, İstanbul: Beta, 7. Baskı, Haziran-2007, s.XXXIII.

³²⁵ OYTAN Muammer, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, **Türk İdare Dergisi**, Ankara: C.57, s.596.

³²⁶ ÖNGÖREN Gürsel, **Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No:74, 1990, s.6.

³²⁷ AZRAK Ali Ülkü, **Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları**, İstanbul: İ.Ü.S.B.F. Fakülte No:20, Rektörlük No:3521, Doçyan Matbaası, 1988, s.VII.

³²⁸ COŞKUN Sabri, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari yargı**, s.45.

davranışları bakımından hukuka bağlı kılmak ve keyfiliği önlemektir. Böyle bir hedefe ulaşmak ise hiç şüphesiz etkin ve yaygın bir yargısal denetim mekanizmasının geliştirilmesi ile mümkün olabilecektir.³²⁹ Bununla birlikte Cumhuriyet ve demokrasi düzeninin temelinde yargı denetiminin yattığını³³⁰ burada belirtirken, “idari yargı, Cumhuriyet dönemi içinde barış ve demokrasiye katkı bakımından belli bir doğrultunun taşlarını koymuştur. Ve zaman zaman eleştirilse bile asıl önemli olan bu genel doğrultudur. Ağacın temel gövdesidir. Bazı dallar, sağa sola meydelebilir. Ama ağacın ana gövdesi ve yükseliş istikameti asıl değer taşıyan unsurdur.”³³¹

Nitekim idare hukuku alanında uzmanlaşmış, idareyi tanıyan ve bilen yargıçlar eliyle spesifik olarak idari yargı sistemi geliştirilmiş ve özellik arz eden bu yargı kolu ülkemizde de uygulanmaktadır. Sadece hukuka uygunluk denetimi yapmaları yasa koyucu tarafından öngörülmüş olan idari yargı yerleri, idarenin hukuk dışına çıkma durumlarına karşı caydırıcı bir tablo oluşturduğu gibi, nitekim bir yaptırım aracı da olmaktadır. İdari yargı denetimi diğer tüm idari denetim mekanizmalarıyla kıyasladığımızda en etkili denetim sistemi olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Ülkemizde uygulanan idari yargı sisteminin en belirgin özelliklerini aşağıda ifade edecek olursak;

- İdari yargı sistemimiz dayanağını Anayasa’dan almaktadır.
- Danıştay çatısı altında örgütlenmiştir.
- İdari yargı idari davalar bakımından genel görevlidir.
- İdari yargının görev alanı geniş tutulmuştur.
- İdare mahkemeleri idari yargıda genel görevli mahkemelerdir. Vergi mahkemeleri ise vergi ve benzeri konularda özel mahkeme niteliğindedir. Bölge idare mahkemeleri ise istinaf yargılaması yapan ara mahkeme olarak öngörülmüştür. Danıştay yüksek temyiz mahkemesi ve 2575 sayılı Kanunda belirtilen konularda ilk derece özel görevli mahkeme görevi yapmaktadır. Bir diğer ifadeyle “Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunula gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.”³³²

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda idari dava türleri 2.maddede iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar olarak belirlenmiştir. İdari yargı yerlerinin

³²⁹ ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Yayınları, No:51, Danıştay Matbaası, 1990, s.165.

³³⁰ ERDOĞAN Ahmet, “Yönetel Yargının Sorunları”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, s.35.

³³¹ YAYLA Yıldızhan, “İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, s.25.

³³² YILDIRIM Turan, *İdari Yargı*, İstanbul: Beta, Aralık-2008, s.2.

yapacağı yargısal denetimin yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu yasa koyucu tarafından belirtilmiş ve yerindelik denetimi yapamayacakları da ısrarla vurgulanmıştır.

Bunların yanı sıra idarelerce kamu hizmetleri gerçekleştirilirken tesis edilecek işlemlerin tek ve önemli amacı kamu yararadır. İdarenin kuruluşunun ve işleyişinin kamu yararını sağlamaya yönelmesi gerekir. Maksat unsuru uygulamada amaç unsuru olarak da bilinmektedir. Maksat unsuru ile asıl ifade edilmek istenilen “**kamu yararı**” olmaktadır.

Hukuki düzenlemelerde, idari işlemin amacı bazı hallerde açık olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlara özel maksat denilir. Amacın hukuki düzenlemede gösterilmediği durumlarda ise kamu hizmeti sunan idarenin tesis etmiş olduğu işlemin genel amacı olan kamu yararına yönelmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Devlet adına irade açıklamaya ve kamu hizmetine yönelik tasarruf yapmaya yetkilendirilmiş kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kamu yararına uygun hareket etmeleri zorunludur. Dolayısıyla, kamu görevlileri kendilerine verilmiş olan yetkilerini siyasi tercihlerine, özel çıkarlarına, kişisel inançlarına veya bir başka şahsın özel çıkarına göre kullanamazlar. Yetkinin kamu yararı amacı dışında olan bu gibi amaçlarla kullanılması, o işlemi sakatlayacak niteliktedir. İdareye tanınan yetkilerin nihai amacı kamu yararını sağlamaktır. Ancak, bazen yasalar bu genel amacın dışında özel bir amaç öngörmüş olabilir. Eğer özel amaç yasada belirlenmiş ise; yargı yeri tarafından bu tespit edilebilir. Bu durumda verilen kararlarda “yasanın amacı” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.

Belirttiğimiz bu hususlar dikkate alındığında kamu hizmetlerini sunan idarelerin hizmet sunumu sırasında kamu yararını gözetmek ve amaçlamak durumundadırlar. Bu amaca aykırılık bulunduğu şüphesi/durumu söz konusu olduğunda, idare mahkemelerinde açılacak iptal davalarında maksat unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabileceklerdir.

5. Değişen Kamu Hizmeti Gerekləri İle Uyum Amaçlı Yasal Düzenlemeler

İdari yargının görev alanında bulunan kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar adeta yasa yapıcı tarafından kategorize edilmiş ve bunlardan bazı uyuşmazlıklar, hizmetin veya uyuşmazlığın niteliğinden/öneminden kaynaklı olarak farklı bir yargılama usulüne tabi tutulması yöntemleri geliştirilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde idareler tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin yürütülmesi/gördürülmesi/sunumu sırasında tesis olunan işlemlerden dolayı gerek idare mahkemelerinde gerekse Danıştay nezdinde açılan iptal davalarında yapılan yargılamalardaki farklılık getirilen konuların yasa ile öngörülen düzenlemelerini vermeye çalışacağız.

5.1. 2577 sayılı Yasaya Eklenen Yeni Yöntemler

5.1.1. İvedi Yargılama Usulü

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20.maddesinden sonra gelen (18.06.2014 tarihli 6548 sayılı Yasanın 18.maddesi ile) 20/A maddesi eklenmiştir. Yasanın 20/A maddesi kuralı idari yargılama usulümüze yeni bir yöntem olarak öngörülmüştür.

“İvedi yargılama usulü” olarak adlandırılan/nitelendirilen bu yöntemin dayanak yasa kuralı;

“Madde 20/A

1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır:

- a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.
- b) Acele kamulaştırma işlemleri.
- c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.
- d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.
- e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar.
- f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararları.

2. İvedi yargılama usulünde:

- a) Dava açma süresi otuz gündür.
- b) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.
- c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.
- d) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.
- e) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.
- f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.
- g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

i) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

ii) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

j) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.” kuralları uygulamaya konulmuştur.

Görüleceği üzere yasa yapıcı;

1. İhale yasaklama kararları hariç ihale işlemleri,
2. Acele kamulaştırma işlemleri,
3. Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları,
4. Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri,
5. Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar,
6. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanı kararları ile ilgili uyumsuzlukların yargılama sürecinde idari yargı yerleri için özel bir yargılama yöntemi geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuştur.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, idarenin sunduğu kamu hizmetlerinden bu altı ayrı konunun ayırt edilmiş olmasıdır. Bunun da sebebi, bu konularda idarelerce sunulan kamu hizmetinin önem derecesi ve bu hizmetlerin ivedilikle gördürülebilmesi ve yargılamalarının bir an önce ivedilikle sonuçlandırılmasıdır. Şüphesiz bu yöntemin idari yargılama usulüne yeni ve farklı bir uygulama olarak getirilmiş olmasında kamu hizmeti sunumundaki değişim ile değişimin etkisi ve ivmesi olmuştur.

5.1.2. Merkezi ve Ortak Sınavlara İlişkin Yargılama Usulü

Bunun yanı sıra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/A maddesinden sonra gelen (10.09.2014 tarihli 6552 sayılı Yasanın 96.maddesi ile) 20/B maddesi de eklenmiştir. Yasanın 20/B maddesi kuralı idari yargılama usulümüze ivedi yargılama yönteminden farklı yeni bir yöntem daha öngörmüştür. **“Merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü”** olarak adlandırılan/

nitelendirilen bu yöntemin yasa kuralı ise;

“Madde 20/B;

1. Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalara ilişkin yargılama usulünde:

- a) Dava açma süresi on gündür.
- b) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.
- c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.
- ç) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren üç gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.
- d) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.
- e) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.
- f) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.
- g) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.
- ğ) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi beş gündür.
- h) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.
- ı) Temyiz istemi en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Karar en geç yedi gün içinde tebliğe çıkarılır.

2. Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır.” kuralı getirilmiştir.

Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalara yönelik olarak ivedi yargılama usulüne benzer ve hatta yargılama için çok daha kısa süre öngören bu usulün getirilmiş olmasında da Yasanın 20/B maddesinde belirlenmiş olan eğitim/öğretim hizmetleri, diğer eğitim ve öğretim konularından ayırt edilmiş, özelik ve ivedilik tanınmıştır.

Yasa yapıcının bu düzenleme ile amaçlamış olduğu Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davaların bu nitelikteki kamu hizmetinin bir an önce uygulanması ve açılan davalar ile yargılamanın belirli bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve bir başka ifade ile sürenin öngörülebilir olmasıdır.

5.1.3. Askerî Hizmete İlişkin İdari İşlem ve Eylemlerden Doğan Uyuşmazlıklara Dair Usul

Bunlarla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/B maddesinden sonra gelen (24.06.2021 tarihli 7329 sayılı Yasanın 16.maddesi ile) 20/C maddesi de ayrıca eklenmiştir. Yasanın 20/C maddesi kuralı idari yargılama usulümüze ivedi yargılama yönteminden ve Merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünden ayrı yeni bir yöntem daha getirilmiştir. **“Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair usul”** olarak adlandırılan/nitelendirilen bu ayrı ve özel yöntemin yasa kuralı ise;

“Madde 20/C;

1. Bu madde; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Asker alma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir.
2. Dava dilekçelerinde, 3’üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılanlara ilaveten bu madde kapsamındakilerin sicili, varsa sınıfı ve rütbesi de gösterilir.

3. Dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrak, 4'üncü maddede belirtilen yerlere ilaveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın amirlere verilebilir.
4. Savaş hâlinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.
5. Olağanüstü hâller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilenlerin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında, yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.
6. Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.” kurallarına yer verilmiştir.

Yasa yapıcı, Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile Asker Alma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında da farklı bir yargılama usulü öngörmüştür.

Bu uyuşmazlıkların çözümünde hizmetin gerekleri dikkate sunularak ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin yetkili olduğu vurgusu yapılmıştır.

Ayrıca dava dilekçelerinde, 3'üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılanlara ilaveten bu madde kapsamındakilerin sicili, varsa sınıfı ve rütbesinin de gösterileceği aranılmış ve dilekçeler ile davalara ilişkin her türlü evrağın 4'üncü maddede belirtilen yerlere ilaveten ilgili idari yargı merciine gönderilmek üzere en yakın amirlere verilebileceği belirtilmiştir.

Eklenen bu kuralların içeriğinden de anlaşılacağı üzere tamamen askeri kamu hizmet gerekleri ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır.

5.2. Zımni Ret Süresinin 60 Gün iken 30 Gün Olarak Belirlenmesi

14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kanun ile 2577 sayılı Yasa da 10., 11., 12. ve 13.maddelerde idarenin susması/cevap vermemesi yani başvuruyu zımnen reddetmesi için öngörülen süre 60 günden 30 güne düşürülmüştür.

Görüleceği üzere idarelerin işlem ve eylemlerinden kaynaklı olarak iptal ve/veya tam yargı davası açılmadan önce idareye yapılan idari başvurunun ardından 60 günlük bekleme süresini hizmetin işleyişinde uzun süreli gecikmeleri azaltma adına 30 gün olarak kısaltmıştır. Kamu hizmet gerekleri öngörülerek idarenin cevap verme süresi bu yöntemle 30 gün kısaltılmış ve yargı yeri önüne dava olarak intikali erkene alınmıştır.

Bu bağlamda 2577 sayılı Yasanın 10., 11., 12. ve 13.maddelerindeki zımni ret süresinin 30 güne düşürüldüğünü Yasanın 10.maddesindeki 6 aylık kesin cevabın beklenilmesi süresinin de 4 ay olarak belirlenmiş olduğunu görmekteyiz.

5.2.1. 2577 sayılı Yasa’nın “İdari Makamların Sükutu” başlıklı 10.maddesinde;

“1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. **Otuz gün** içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer **otuz günün** bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. **Otuz günlük** süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren **dört ayı** geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, **otuz günlük** sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.” kuralı öngörülmüştür. Bu kuralda dikkat çeken bir diğer husus idarenin vereceği kesin cevabı bekleme süresi de 6 aydan **4 aya** düşürülmüştür.

5.2.2. 2577 sayılı Yasa’nın “Üst Makamlara Başvurma” başlıklı 11.maddesinde;

“1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. **Otuz gün** içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.” kuralına yer verilmiştir.

5.2.3. 2577 sayılı Yasa’nın “İptal ve Tam Yargı Davaları” başlıklı 12.maddesinde de;

“İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde

de ilgililerin 11'inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.” denilerek 11.maddeye atıfla **30 günlük** zımni ret süresinin bu prosedürde de uygulanacağını vurgusu yapılmıştır.

5.2.4. 2577 sayılı Yasa'nın “Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması” başlıklı

13.maddesinde ise;

“1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında **otuz gün** içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.” kuralı yer almıştır.

5.3. 6183 sayılı Yasada Yapılan Değişiklikler

28.07 1953 tarih ve 8469 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un “**Kanunun Şümülü**” başlıklı 1.maddesinde,

“Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.

Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.” kuralı öngörülmüştür.

Yasanın 1.maddesinden anlaşıldığı üzere kamu hizmetlerinin sunumu ve yürütülmesi için gerekli olan finansmanı karşılamak için toplanan vergi ve benzeri kamu alacaklarının cebren tahsilinde öngörülen süre 7 günden 15 güne çıkarılmıştır.

Genel dava açma süresinin vergi mahkemelerinde 30 gün idare mahkemelerinde 60 gün olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda 15 günlük sürenin kıyasen az olduğu söylenebilir se de değişiklik öncesi 7 gün olduğunu dikkate aldığımızda önemli ve uyumlu bir değişiklik olduğunu ifade edebiliriz. Vurgulamak gerekirse kamu idarelerinin kamu hizmet sunumundan kaynaklı amme alacaklarının cebren takip ve tahsili için sürelerin 15 gün olarak belirlenmiş olması da hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkı bakımından gereklilik olduğunu belirtmek isteriz.

5.3.1. 6183 sayılı Yasa'nın "İhtiyati Hacze İtiraz" başlıklı 15.maddesinde;

"Haklarında ihtiyati haciz tatbik olunanlar haczin tatbiki, gıyapta yapılan hacizlerde haczin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde ihtiyati haciz sebebine itiraz edebilirler." kuralına yer verilmiştir.

5.3.2. 6183 sayılı Yasa'nın "İhtiyati Tahakkuka İtiraz" başlıklı 20.maddesinde de;

"Haklarında ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz tatbik olunanlar ihtiyati tahakkuk sebeplerine ve miktarına 15 inci madde gereğince itirazda bulunabilirler." kuralı getirilmiştir.

5.3.3. 6183 sayılı Yasa'nın "Ödeme emri" başlıklı 55.maddesinde ise;

"Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 15 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur." denilerek **"Ödeme emrine itiraz" başlıklı 58.maddesinde de;** "Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır, aksi halde itiraz edilmemiş sayılır.

İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir. İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir.

Borcun tamamına bu madde gereğince vaki itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir.

Borcun bir kısmına karşı bu madde gereğince vaki itirazlar mal bildiriminde bulunma müddetini uzatamaz." kuralı belirlenmiştir.

5.3.4. Yine 6183 sayılı Yasa'nın "Mal bildiriminde Bulunmayanlar" başlıklı 60.maddesinde;

"Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, 15 günlük müddet içinde borcunu ödemediği ve mal bildiriminde de bulunmadığı takdirde mal bildiriminde bulununcaya kadar bir defaya mahsus olmak ve üç ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunur.

Hapisle tazyik kararı, ödeme emrinin tebliğini ve 15 günlük müddetin bitmesini müteakip tahsil dairesinin yazılı talebi üzerine icra tetkik mercii hakimi tarafından verilir.

Bu kararlar Cumhuriyet Savcılığınca derhal infaz olunur.

İcra tetkik mercii hakimi tarafından verilen hapsen tazyik kararları her türlü harç ve resimden muaftır.” denilerek, **“Üçüncü Şahıs Elinde Hacedilen Mallara Karşı İstihkak İddiaları” başlıklı 67.maddesinde de; “Hacedilen mal borçlunun elinde olmayıp da; mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia eden üçüncü bir şahıs elinde ise keyfiyet, haczi yapan memur tarafından haciz zaptına geçirilir. Malın borçluya ait olduğu iddiasında bulunan tahsil dairesi keyfiyeti alacaklı amme idaresine bildirir. Alacaklı amme idaresi bildirme tarihinden itibaren 15 gün içinde dava açmadığı takdirde istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır.**

Borçlu ile birlikte ikamet etmekte olan şahıslar tarafından istihkak iddiasında bulunulduğu takdirde mal borçlunun elinde sayılır.” kuralı yer almıştır.

5.4. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 27. Maddesi

Özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın kamu hizmet gerekleri uyarınca kamu yararı kararı alınarak kamu mülkiyetine geçirilmesine yönelik işlem kamulaştırma işlemi olmaktadır. Ancak olağan/genel ve bilinir olan kamulaştırma işleminden ayrı özellik arz eden 24/4/2001 tarih ve 4650 sayılı Yasa kuralları ile 2942 sayılı Yasanın 27.maddesinde yapılan değişiklikler ile acele kamulaştırma yöntemi daha bir önemli kılınmış ve hemen uygulanır olmasının yasal zemini oluşturulmuştur.

Görüleceği üzere kamu hizmetinin idarelerce yürütülmesinde gecikmelerin önlenmesi amaçlı uygulama/yöntem geliştirilmiş ve idari yargı sisteminde Danıştay görevli ve yetkili kılınmıştır. Bununla amaçlanan kamu hizmetinin sürüncemede kalmasına çözüm üretme arayışı olmaktadır.

Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun “Acele Kamulaştırma” başlıklı 27. maddesindeki kural 4650 sayılı Yasa kuralı ile birlikte “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu’nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10. madde esasları dairesinde ve 15. madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri idare tarafından mal sahibi adına 10. maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir.” kuralına dönüştürülmüştür.

5.5. Elektronik Tebligat Yönetmeliği

11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış ve 06.12.2018 tarih ve 30617 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan “Elektronik Tebligat Yönetmeliği” ile elektronik ortamda yapılacak tebligata ilişkin usul ve esasları düzenlemek amaçlanmıştır.

Yönetmelik, uyarınca tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merciler tarafından Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) vasıtasıyla yapılacak elektronik tebligata ilişkin hususları kapsama alınmıştır.

5.5.1. Yönetmeliğin “Tebligatın Elektronik Yolla Yapılması Zorunlu Olanlar” başlıklı 5.

Maddesinde;

“1. Aşağıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilere **tebligatın elektronik yolla yapılması** zorunludur:

- a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar.
- b) 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler.
-) Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları.
- c) Kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri.
- d) Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar.
- e) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları.
- f) Kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri.
- g) Noterler.
- ğ) Baro levhasına yazılı avukatlar.
- h) Sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler.
- i) İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim.

2. Birinci fıkrada kapsamı dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere, talepleri hâlinde elektronik tebligat adresi verilir. Bu durumda bu kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur.” kuralı öngörülmüştür.

5.5.2. Yönetmeliğin “Elektronik Tebligatın Hazırlanması ve Muhataba Ulaştırılması” başlıklı

9.maddesinde de;

“1. Tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merci, elektronik tebligat mesajını hazırlayarak, UETS’ye teslim eder.

2. UETS, elektronik tebligat mesajını zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştırır.

3. Gizliliğin sağlanması amacıyla tebliğ edilecek içerik ve ekli dokümanlar, UETS tarafından şifrelenir ve bunlar ancak muhatap tarafından görülür.

4. Gerek UETS içi ve gerekse sistemler arası entegrasyon yoluyla yapılan tebligata ait delil kayıtları, elektronik tebligat mesajının tamamının ulaştığı anda üretilir.

5. Elektronik yolla tebligat, idareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birime yapılır. Temsile yetkili olan kişilerin ayrı bir elektronik tebligat adresinin bulunması bu kuralın uygulanmasına engel olmaz.

6. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik **tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış** sayılır.” kuralına yer verilmiştir.

5.5.3. Yönetmeliğin “Muhatabın Bilgilendirilmesi” başlıklı 10.maddesinde ise;

“1. Elektronik tebligat adresine elektronik tebligat mesajı ulaştığı konusunda bilgilendirilmek isteyen muhatap, elektronik posta adresini veya kısa mesaj alma özelliği olan bir telefon numarasını PTT’ye bildirir.

2. Elektronik tebligat, muhatabın adresine ulaştığı anda PTT tarafından muhataba bilgilendirme mesajı iletilir. Bu mesaj kısa mesaj alma özelliği olan telefona ücreti mukabilinde, elektronik posta adresine ise ücretsiz olarak iletilir.

3. Bu madde kapsamındaki bilgilendirmelerin herhangi bir nedenle yapılamamış veya geç yapılmış olması, tebligatın geçerliliğini etkilemez.

4. Muhatabın bu madde kapsamında bilgilendirilmesine ilişkin işlem kayıtları UETS tarafından tutulur.” denilerek devamla **“Muhatabın Elektronik Tebligat Adresine Erişimi” başlıklı 11.maddesinde de;**

“Muhatap, elektronik tebligat adresine; güvenli elektronik imzasını kullanarak veya e-Devlet Kapısı üzerinden kimlik doğrulaması yaparak ya da PTT tarafından verilen şifre ile birlikte tercihine göre SMS veya elektronik posta yoluyla gönderilen tek kullanımlık doğrulama kodunu kullanarak erişir.” kuralı belirlenmiştir.

Yönetmeliğin kurallarından anlaşılabacağı üzere kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında yapılacak tebligatların değişen ve gelişen teknoloji ile uyumlu olarak elektronik yöntemle yapılması öngörülmüş

ve nitekim yargı yerlerinin de elektronik yöntemle tebligatları yapmaları kaydı getirilmiştir. Kaldı ki idari yargı yerleri de UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) sistemini kullanmakta ve gerek tebligatlar gerekse yargılama prosedürü bu sistem aracılığı ile gerçekleştirilmektedir.

Sonuç

Belirli bir amacı yerine getirme amacıyla, personeli, kamu mal ve taşınmazları ile bir organizasyon içerisinde kamu hizmetlerini yerine getiren idarenin, elbette bir işleyiş usulü bulunmaktadır. Kamu hizmeti sunumu ile yasal olarak görevli ve yetkili olan idarenin işleyişine egemen olan ilkeler bulunmaktadır. Bunlar;

1. İdarenin işleyişine, kamu hizmet gereksinimlerini karşılayacak olan idareye özgü hukuk kuralları uygulanmalıdır.
2. İdari faaliyetler hukuka uygun olarak yürütülmelidir.
3. İdarenin işleyişi devamlı ve düzgün olmalıdır.
4. İdarenin idari faaliyetleri yürütürken bireyin çıkarı ile kamu yararı arasında denge oluşturmak durumundadır.
5. İdareye tanınmış olan yetkiler, bireylerin temel hak ve özgürlükleri açısından dengeli-orantılı olmalıdır.
6. İdarenin kullandığı yetkilerin mutlaka yasal bir dayanağı bulunmalıdır.
7. İdare yetkilerini kullanırken ve görevlerini yerine getirirken tarafsız ve nesnel olmalıdır.
8. İdare işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları ödemek durumundadır.
9. İdarenin işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olmalıdır.

Bu ilkeler dayanaklarını Anayasa'dan almaktadır. Anayasa'nın ilgili kurallarını da;

1-Madde 5: Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun **refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak**; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, **sosyal hukuk devleti** ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, **ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya**, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için **gerekli şartları** hazırlamaya çalışmaktır.

2-Madde 6: Hiç kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir **devlet yetkisi** kullanamaz.

3-Madde 10: Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde **kanun önünde eşitlik** ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

4-Madde 70: Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

4-Madde 123: İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve **kanunla düzenlenir**.

5-Madde 125: İdarenin her türlü **eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu** açıktır. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

6-Madde 128: Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür, hükümleri ile belirtebiliriz.

Anayasa ile yetkilendirilmiş olan idarenin **kamu hizmetini sunma konusunda** yürüttüğü faaliyetleri/ tasarrufları ile Devletin siyasal, toplumsal ve ekonomik politikaları bakımından yürütme organının dolayısıyla idarenin yüklendiği görevler arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. İşte bu bağlantı içerisinde idarenin faaliyetleri arasında, özellikle **kamu hizmetlerinin önem arz etmekte olduğunu belirtebiliriz**. İdareler kamu hizmetlerini yürütürken tesis ettiği işlemlerin hukuka aykırı olduğu veya idarenin kamu hizmetini yürütürken yaptığı eylemlerden maddi veya manevi zarar oluştuğu iddialarıyla idari mahkemelerde iptal ve tam yargı davaları açılabilir. Ayrıca kamu hizmetlerinin gördürülmesi sürecinde idarenin tesis ettiği idari sözleşmelere yönelik davalar da idare mahkemeleri ve Danıştay'da çözümlenmektedir.

İdari mahkemeler (Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri) yargılanmaları için önlerine gelen bu içerikteki davaları 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kurallarına uygun olarak incelemekte ve çözmektedirler. İdarelerin kamu hizmeti sunumunda oluşan değişim ve gelişmeler dikkate alınarak işlem ve eylemlerinin yargılanmaları kamu yarar gereklerinden olmaktadır. Bunu öngören yasa yapıcı, Anayasal ilkeler uyarınca gerek İdari Yargılama Usul Yasası'nda gerekse diğer yasalarda bu uyumu sağlama adına değişiklikler yapma ve yargılamaya yönelik yeni ve etkili yöntemler geliştirme yoluna girmiştir.

Yararlanılan Kaynaklar

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2012.

AZRAK Ali Ülkü, **Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları**, İstanbul: İ.Ü.S.B.F. Fakülte No:20, Rektörlük No:3521, Doyuran Matbaası, 1988.

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku-Genel Konular**, Ankara: SBF Yayını, 1970.

ÇOŞKUN Sabri, “İdari Yargıda Son Gelişmeler”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**.

DEMİRKOL Selami, **Devlet-Birey-Hukuk İlişkisi**, İstanbul: Beta Yayınları.1. Bası, Ekim- 2021.

DEMİRKOL Selami, **İdari Mahkemelerin Yargılama Yetkisinin Kapsam ve Sınırı**, İstanbul: Beta Yayınları, Mayıs-2023.

DEMİRKOL Selami- **BEREKET BAŞ** Zuhal, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, İstanbul: Beta, 7. Baskı, Haziran-2007.

DURAN Lütfi, “Adliye Genel Yargı yeri”, **Amme İdaresi Dergisi**, TODAİE Yayınları, C. 17, S. 1, Mart-1984.

ERDOĞAN Ahmet, “Yönetmelik Yargının Sorunları”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara: Danıştay Yayınları, No:51, Danıştay Matbaası, 1990.

FİŞEK Kurthan, **Yönetim**, ANKARA: S.B.F. Yayınları, 1975.

FRIEDMAN Milton, W. **Law in A Changing Society**, London: 1959.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1983.

KIRATLI Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları, No:135, Sevinç Matbaası, 1973.

MERİÇ Osman, “Hukuk Devleti Sempozyumunun Düşündürdükleri”, **TODAİE Dergisi**, Ankara, C:8, S:1, Mart 1975.

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

OYTAN Muammer, “Türkiye’de İdari Yargı Denetiminin Sınırları”, **Türk İdare Dergisi**, Ankara: C.57.

ÖNGÖREN Gürsel, **Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No:74, 1990.

SARICA Ragıp, **İdare Hukuku Ders Notları (Çoğaltma)**, İstanbul: 1970.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2020.

TUNCAY Aydın H., “Giriş-Danıştay’ın Yargısal Yönü” Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara:1986.

TURHAN Mehmet, “Hukuk Devleti-I”, **Halkoyu Dergisi**, S.4, Temmuz-1976.

YAYLA Yıldızhan, “İdari Yargının İç Barışa ve Demokrasiye Katkısı”, **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, İstanbul: Beta, Aralık-2008.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 12.04.1990 tarih ve E:1990/4, K:1990/6 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994 tarih ve E:1994/70, K:1994/65-2 sayılı kararı.

Danıştay Kararı

Danıştay 10. Daire, 05.12.2003 tarih ve E:2001/4817, K:2003/4770.

Kamu Hizmeti Devir Sözleşmelerinin Uyarlanmasında Malî Dengenin Bozulması Şartı

Özet

Bu çalışma, uzun süreli yapıları ve yüksek yatırım ile işletme maliyetleri nedeniyle öngörülemezlik riskine en açık sözleşmelerden olan kamu hizmeti devir sözleşmelerinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için temel bir eşik niteliğindeki “malî dengenin bozulması” şartını ele almaktadır. Türk yargı pratiği ve öğretisinde kullanılan “iflasa yol açma” veya “mahva sürüklenme” gibi ölçütlerin nesnellikten uzak olduğu, hukukî belirliliği zedelediği ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği savunulmaktadır. Bunun yerine, malî dengedeki bozulmanın sözleşmenin genel ekonomisi, geçmiş dönem performansı ve gelecek kâr beklentilerini kapsayan “büyük resim” odaklı, nesnel ve bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Son olarak, uyarlama kurumunun sadece âkit lehine değil, talep garantileri gibi yükümlülükler altında bulunan idare lehine de işletilebileceği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti Devir Sözleşmeleri, Uyarlama, Malî Dengenin Bozulması, Öngörülemezlik, İfa Güçlüğü

³³³ * Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

The Condition Of Disruption Of Financial Equilibrium In The Adaptation Of Public Service Delegation Contracts

Abstract

This study examines the condition of “disruption of financial equilibrium,” which serves as a fundamental threshold for the adaptation of public service delegation contracts to changing circumstances— legal transactions that are highly susceptible to the risk of imprevisibility due to their long-term nature and high investment and operating costs. It is argued that criteria such as “leading to bankruptcy” or “driving to ruin,” frequently utilized in Turkish judicial practice and doctrine, lack objectivity, undermine legal certainty and may lead to inequitable outcomes. Instead, it is emphasized that the disruption in financial equilibrium should be evaluated through an objective and holistic “big picture” approach that encompasses the general economy of the contract, past performance and future profit expectations. Finally, it is evaluated that the mechanism of adaptation can be invoked not only for the benefit of the contractor but also for the administration, which may be under significant obligations such as demand guarantees.

Keywords: Public Service Delegation Contracts, Adaptation, Disruption of Financial Equilibrium, Imprevisibility, Hardship

Giriş

Sözleşme hukuku, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Ancak, özellikle uzun süreli sözleşmelerde, akdin kurulma anı ile tamamen ifa edilerek sonra ermesi arasında geçen zaman zarfında tarafların öngöremediği durumların ortaya çıkması mümkündür. Bu tür durumlar, edimler arasındaki dengeyi bir taraf aleyhine katlanılamaz derecede bozarak sözleşmenin mevcut şekliyle devamını hakkaniyete aykırı hale getirebilir. Uyarlama kurumu, bu tür dengesizliklere karşı geliştirilmiş temel bir hukukî çaredir.

Konusu bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine devrini konu alan sözleşmeler yüksek yatırım maliyetleri, onlarca yıla yayılan ifa süreleri ve içerdikleri rizikolar nedeniyle öngörülemezlik durumuna en açık sözleşme tiplerinden bir tanesidir. İhale sözleşmeleri ile tipik borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak bu sözleşmelerde malî dengenin bozulup bozulmadığını tespit etmek değişkenlerin çokluğu ve özellikle kâr-zarar muhasebesinin sözleşme tamamlanmadan kat'î biçimde yapılamaması nedeniyle oldukça güçtür.

Bu çalışma, kamu hizmeti devir sözleşmelerinde uyarlama talep edilebilmesi için aşılması gereken malî dengenin bozulması şartını ele almaktadır. Çalışma kapsamında öncelikle uyarlama kurumu hakkında bilgi verilecek, ardından kamu hizmeti devir sözleşmesi kavramı üzerinde durulacak, son olarak da çalışmanın ana konusunu teşkil eden kamu hizmeti devir sözleşmelerinde malî dengenin bozulması şartı ele alınacaktır.

I. Sözleşmelerin Uyarlanması

Sözleşmelerin akdedilmesi ve tümüyle ifa edilerek sona ermesi arasında geçen sürede tarafların öngörmedikleri durumların gerçekleşmesi ve sözleşmeyi olumsuz anlamda etkilemesi mümkündür. Sonradan ortaya çıkan bu değişikliklerin sözleşme üzerindeki etkileri öyle bir noktaya varabilir ki sözleşmenin mevcut şekliyle devamı taraflardan en az birisi için hakkaniyete aykırı bir hâl alır.

Uyarlama kurumu da bu hâllere karşı getirilmiş hukukî bir çaredir. Güç duruma düşen taraf, mahkemeye başvurarak hâkimin sözleşmeye müdahalesini talep eder. Bu kurumun kabul edilmediği bir hukuk düzenindeyse gerçekleşen değişikliklerden mağdur olan kişinin önünde iki seçenek vardır. Ya sözleşmeyi ne pahasına olursa olsun ifa edecek ya da ifadan imtina ederek ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımıyla karşılaşacaktır.

Nitekim Fransa'da 2016 yılına kadar özel hukuk sözleşmeleri açısından geçerli durum budur. Fransız Yargıtayı 1876 tarihli Krapon Kanalı kararıyla ne kadar adil bir çözüm gibi gözükse de bir mahkemenin

tarafklar için kanun hükmünde olan bir sözleşmeye müdahale yetkisi bulunmadığını hükme bağlamış, bu içtihadından da geri adım atmamıştır.³³⁴ Özel hukuk sözleşmelerinin uyarlanması, ancak 2016 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda getirilen bir hükümle (madde 1995) mümkün olmuştur.

Fransız Danıştay'ı ise 1916 tarihli Bordeaux Aydınlatma Şirketi kararıyla belirli şartların sağlanması durumunda sözleşmeye müdahale edilebileceğini hükme bağlayarak farklı bir yol benimsemiştir.³³⁵ Benzer şekilde Almanya, İsviçre ve Türkiye'de de mahkemeler malî dengesi bozulan sözleşmelerin uyarlanabileceğine yönelik içtihatlar ortaya koymuşlardır. Uyarlama ilk defa Birinci Dünya Savaşı nedeniyle genel bir ihtiyaç olarak hissedildiğinde, o dönemin mevzuatında uyarlamaya yönelik mahkemelerin başvurabileceği doğrudan bir düzenleme mevcut değildi. Mahkemeler, bu kurumu ve bu kuruma ilişkin kuramları, öğretinin de katkısıyla içtihatlarıyla ortaya çıkarmışlardır.³³⁶

Alman, İsviçre ve Türk mahkemelerinin sözleşmeye müdahale ederken temel çıkış noktaları medeni kanunlarında hükme bağlanan dürüstlük ilkesi olmuştur.³³⁷ Öyle ki, Almanya'da ilk olarak içtihatlarla ortaya konan uyarlama kurumu, 2001 yılında gerçekleştirilen bir değişiklikte Alman Medeni Kanunu madde 313'de kendine yer bulmuştur. Ancak madde gerekçesinde bu kurumun dayanağının dürüstlük ilkesi olduğu açıkça ifade edilmiştir.³³⁸ Türk borçlar hukuku öğretisinde de TBK madde 138'de genel bir hüküm olarak ilk kez düzenlenen uyarlama kurumunun hukukî dayanağının dürüstlük ilkesi olduğu kabul edilmektedir.³³⁹ Danıştay da meseleyi ele aldığı erken tarihli kararlarında sıklıkla dürüstlük ilkesi, hakkaniyet ve adalet esaslarından bahsetmiştir.³⁴⁰ Fransız idare hukukunda ise kamu

³³⁴ Cass. Civ., 6 Mart 1876, Recueil Dalloz 1876, 1, 193, note Giboulot, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, F. Terré ve Y. Lequette tarafından, 12. bs, c.2 (Paris: Dalloz, 2008), n° 165, 183 vd.

³³⁵ CE, 30 Mart 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, N° 59928. GAJA, 21. bs (Dalloz), 175-84.

³³⁶ Bkz. Almanya'da işlem temelinin çökmesi, Fransa'da öngörülemezlik, İngiltere'de ise frustration/akamet kuramları. Ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Bilke, *İdarenin Sözleşmelerinde Mali Dengenin Korunması (Uyarlama-Tek Taraflı Değişiklik-Fedürens)*, 1. bs (Adalet Yayınevi, 2025), 33 vd.

³³⁷ Almanya'daki durum için bkz. Hannes Rösler, "Hardship in German Codified Private Law-In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *European Review of Private Law* 15, sy 4 (2007): 488; İsviçre'deki durum için bkz. Pierre Tercier ve Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 6. bs (Schulthess Editions romandes, 2019), 248; Türkiye'deki durum için bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, 3. bs (On İki Levha Yayıncılık, 2019), 127.

³³⁸ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 48.

³³⁹ Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, 1. bs (Seçkin Yayıncılık, 2006), 191; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 127; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 25. bs (Vedat Kitapçılık, 2019), 321.

³⁴⁰ Danıştay Daavi Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937 tarih 1937/286 Esas ve 1937/256 Karar sayılı kararı. Kararlar Mecmuası, sy 3, 1938, 56-61; "Âkîtlerden birinin Devlet olması hâlinde, vaziyeti biraz daha geniş bir sahadan tetkik etmek icabeder... mukavelenin tatbikinde ısrar edilmesi, herhangi bir hakkı istimal ederken riayet olunması icabeden hüsniyet kaidesinin ihlâl edebileceği gibi, devletin müteahhit sıfatıyla mukaveleye girişmiş olan herhangi bir vatandaşın bütün bütüne mahvû harabisini intaç edebilecek bir vaziyet karşısında takibata kıyam eylemesi hakkaniyet ve adalet esaslarıyla telif edilemez. Zaten borçlar kanununun istisna akdine talluk eden 365 inci maddesinde... bedelin tezyidi veya mukavelenin feshi hususlarında hâkime takdir hakkı tanımış olduğu cihetle, kıyasen, evvelce tahmin olunamayan hal ve şartlar altında ifası ızaflı imkansızlık denecek derecede müşkülâta mâruz kalan mukavelelerin tadili cihetine gidilmesinde hukuka aykırılık yoktur." Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 08.04.1940 tarih 109/115 sayılı kararı. Aktaran Vahap Bucak, *Taahhüt Mukaveleleri* (Çankaya Matbaası, 1943), 37-39; "Umumiyetle bu gibi ıvazlı akîtlerde, menfaatler muvazenesi esasının mahfuz bulundurulması adalet ve hakkaniyet icabındandır. Bilhassa mevzuu, cay geçidinden insan ve vasıtaların nakli gibi iktisadi bir amme hizmeti olan mukavelelerde hakkın inikadı sırasındaki şartların esaslı tebeddülüne rağmen hizmetin evvelki şartlara göre tesbit edilmiş olan hükümler dairesinde ifasını, borcun ilk uzlaşmaya göre aynen edasını istemek; mültezimi malî bir harabiye düşürecek bir hal arzettiği takdirde mukavelenin yeni şartlara ve menfaatler vaziyetine göre, tadili cihetine

hizmetinin sürekliliği ilkesinin öngörülemezlik kuramının dayanağı olduğu kabul edilmektedir.³⁴¹

Mukayeseli hukuka bakıldığında uygulama ve ayrıntılarda farklılaşsa da temelde uyarlama için üç şartın arandığı söylenebilir. Bunlar: şartlardaki değişikliğin tarafların/mağdurun dışında kalması, başlangıçta öngörülememesi ve malî dengeyi bozmasıdır. Dışındalık şartının arkasındaki mantık son derece basittir. Gerçekleşen değişikliğe mağdur taraf kendisi sebebiyet vermişse bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir. Zira kimse kendi kusurundan kaynaklı bir hak iddia edemez.

İkinci şart öngörülemezliktir. Sözleşmenin akdedildiği anda öngörülebilen bir durum söz konusuysa uyarlama talep edilemeyecektir. Çünkü ortada ya öngörülmesi mümkün ama ilgilinin ihmali sebebiyle öngörmediği ya da öngörmesine rağmen bu rizikoyla ilgili sözleşmeye hüküm koymayarak onu üstlendiğinin kabul edildiği bir durum vardır.

Üçüncü şart ise malî dengenin bozulmasıdır. Sözleşmenin kurulmasından sonra maliyetlerde yukarı ya da aşağı yönlü değişiklikler olabilir. Yine çeşitli sebeplerle sunulan kamu hizmetinden yararlanan sayısında düşüş gerçekleşebilir. Sözleşmenin taraflarını olumlu-olumsuz etkileme istidadına sahip bu tür durumlar, ilkece muhatabının risk alanında kalır. Zira bir sözleşmeden kâr elde edilebileceği gibi zararlar masadan kalkmak da her zaman için ihtimal dâhilindedir. Fakat ne zaman ki öngörülemeyen ve tarafların dışında kalan sebepler, sözleşmenin malî dengesini göz ardı edilemeyecek derecede etkiler, o zaman hâkimin sözleşmeye müdahalesi gündeme gelir. Olağan sınırlarda kalan değişiklikler ise ilgisinin üzerinde bırakılacak ve ona herhangi bir müracaat imkânı tanımayacaktır.

II. Kamu Hizmeti Devir Sözleşmeleri

Kamu hizmeti devir sözleşmeleri terimi (les contrats de délégation de service public) Fransa'da ilk defa 1993 yılında yürürlüğe giren Sapin Kanunu'nda kullanılmıştır. Kanun koyucu ortaya koyduğu bu kavramla farklı isimlerle akdedilen ve fakat benzer konulara sahip sözleşmeleri bir başlık altında toplayarak ortak bir ihale prosedürüne tâbi kılmayı amaçlamıştır. Ancak Kanun, kamu hizmeti devir sözleşmelerine yönelik bir tanım getirmemiştir. Bu boşluk, 2001 yılında Mahallî İdareler Kodu L. 1411-1 ile doldurulmuştur.³⁴² Bu maddeye göre kamu hizmeti devir sözleşmesi, bir kamu tüzel kişinin kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetinin yürütülmesini bir kamu veya özel hukuk kişisine

gidilmek muasır hukukun esaslı bir prensibi olan ve medenî kanunumuzun ilk maddesinde yer alan hüsûniyet kaidesine uygun hukukî ve ahlâkî bir vecibe teşkil eder. Kaldıkî, eski bir mültezim hakkında bu yolda muamele yapılmış olduğu dosyadaki evraktan anlaşılmakla bu hususta emsal da vardır. Binaenaleyh, mukavelenin tadilî cihetine gidilmesinin hukukan varit ve münasip olduğuna 26/11/1952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Dn. 2. D. 26.11.1952 tarih 3742/3116 sayılı kararı. Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, sy 58, 1952, 22-25.

³⁴¹ Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 23. bs (Dalloz, 2020), 480; Laurent Richer ve François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 11. bs (LGDJ, 2019), 268.

³⁴² François Lichère, *Droit des contrats publics*, 3. bs (Dalloz, 2020), 44.

devrettiği, hizmeti devralanın ücretlendirmesinin ise ciddi ölçüde hizmetin işletilmesinden elde edilen gelire bağlı olduğu sözleşmedir.³⁴³

Sapin Kanunu 2016 yılı itibarıyla yürürlükten kalkmış, Mahallî İdareler Kodu'nun ilgili maddesinde ise değişikliğe gidilmiştir. Yeni hâlinde, Kamu Tedarik Kodu L. 1121-3'de (Code de la Commande Publique³⁴⁴) tanımlanan kamu hizmeti devir sözleşmelerinin aynı Kodun üçüncü kısmındaki hükümlere uygun olarak hazırlanacağı, imzalanacağı ve yürütüleceği ifade edilmiştir. Kamu Tedarik Kodu L. 1121-3 ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini tanımlamış olup Kodun üçüncü kısmında da imtiyaz sözleşmeleri düzenlenmektedir. Dolayısıyla pozitif hukuk bakımından konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan ve işletme riski âkidin üzerinde bırakılan sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.³⁴⁵

Türk hukukundaki durum ise oldukça farklıdır. Bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine devrini konu alan pek çok kanunî düzenleme mevcuttur.³⁴⁶ 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği öncesinde yargı mercileri, kanun koyucu ile idarenin iradesi hilafına da olsa, bu sözleşmelerin birer idarî sözleşme ve imtiyaz sözleşmesi olduğu yönünde bir tavır benimsemiştir.³⁴⁷ Bunun üzerine Anayasa madde 47'de yapılan değişiklikle kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle devrine yönelik kanun koyucuya yetki verilmiştir. Böylece yargı mercilerinin direnci kırılmış, kanun koyucu da kendisine tanınan yetkiye istinaden ilgili kanunî düzenlemelere hükümler koyarak bunların özel hukuk sözleşmesi olduğunu hükme bağlamıştır.

Dolayısıyla günümüzde bir kamu hizmetinin yürütülmesi, klasik yöntem olan idarî sözleşmeler (imtiyaz-iltizam-müşterek emanet³⁴⁸) dışında, kamu özel işbirliği sözleşmeleriyle de (yap-işlet,

³⁴³ Bu tanının Fransız Danıştayının içtihatlarıyla ortaya konduğu ve kanun koyucu tarafından da benimsendiğine dair bkz. Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 3. bs (Dalloz, 2022), 229.

³⁴⁴ Kamu Tedarik Kodu, hem Avrupa Birliği direktiflerinin iç hukuka aktarılması hem de idarî sözleşme alanının tedvin edilmesi maksadıyla yürürlüğe konmuştur. Kodun muhtevası ise ihale ve imtiyaz sözleşmeleri oluşturmaktadır.

³⁴⁵ Lichère, *Contrats Publics*, 44; Müşterek emanet ve iltizam sözleşmelerinin Kamu Tedarik Kodu'nda geçmediği, bu kavramların pozitif hukuk bakımından bir karşılığının bulunmadığına dair bkz. David Subra ve Emmanuel Tessier, *Le droit des contrats administratifs*, 1. bs (Enrick B. Éditions, 2019), 288-89.

³⁴⁶ Örneğin bkz. 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun; 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun.

³⁴⁷ Dn. 10. D. 29.04.1993 tarih 1991/1 Esas ve 1993/1752 Karar sayılı kararı. <https://karararama.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi: 20.04.2026; Dn. 1. D. 24.09.1992 tarih 1992/232 Esas ve 1992/294 Karar sayılı kararı. <https://legalbank.net> Erişim Tarihi: 20.04.2026; AYM, 09.12.1994 tarih 1994/43 Esas ve 1994/42 Karar sayılı kararı; AYM, 28.06.1995 tarih 1994/71 Esas ve 1995/23 Karar sayılı kararı. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 20.04.2026.

³⁴⁸ Müşterek emanet sözleşmeleri, diğer sözleşmelerden ayrılmaktadırlar. Zira bu sözleşmelerde âkit, yatırım ve işletme riski üstlenmemektedir. Bu yönüyle ihale sözleşmelerine daha yakın bir yerde durmaktadırlar. Nitekim Fransa'da bu sözleşmeler, pozitif hukuk bakımından ihale sözleşmesi olarak görülmektedirler. Lichère, *Contrats Publics*, 43-44.

yap-işlet-devret, yap-kirala-devret ve işletme hakkının devri) özel hukuk kişisine devredilebilir hâle gelmiştir. Çalışmada da kamu hizmeti devir sözleşmeleri ifadesi tüm bu sözleşmeleri kapsayacak biçimde kullanılmaktadır.

III. Kamu Hizmeti Devir Sözleşmelerinde Malî Dengenin Bozulması

Hâkimin sözleşmeye müdahalesinin gündeme gelmesi, şartlarda sonradan gerçekleşen değişikliklerin malî denge üzerindeki etkisinin belirli bir seviyeye ulaşmasına bağlıdır. Malî dengede olağan sınırlarda kalan bozulmalar, âkide bir başvuru hakkı tanımamaktadır. Zira bu yönde bir hakkın âkide verilmesi, en ufak sarsıntılarda bile mahkemeye başvurunun önünü açacak ve sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesi aşınacaktır. Bu durum, hem özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilen kamu hizmeti devirleri için hem de idarî sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleştirilen devirler için geçerlidir. İlk hâlde sözleşmede aksi bir düzenleme yoksa tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 138 uygulanacaktır. İkinci ihtimalde ise mesele, idare hukuku hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır. Ancak her iki durumda da malî dengedeki bozulma değerlendirme konusu yapılacak ve bozulma, belirli bir ciddiyete erişmemişse uyarılama talebi reddedilecektir.

Taraflar bir sözleşme akdettiğinde, özellikle bu sözleşmenin ifası zamana yayılmış ve seneler sürecekse, geleceğe dair pek çok rizikoyu hesaba katmak ve tekliflerinin içerisine bu belirsizlikleri/ ihtimalleri dâhil etmek durumundadırlar. Dolayısıyla sözleşme hükümlerinin, geleceğe yönelik belirsizlikleri kapsadığı varsayılır. Fakat tarafların öngörebileceği ve bunun sonucunda teklif verirken hesaba katacakları hususların da bir sınırı vardır. Bununla birlikte idareyle sözleşme ilişkisine giren (kamu hizmeti devir sözleşmesi) âkitlerin tacir sıfatını haiz oldukları ve hatta yönettikleri ticaretin hacminin ciddi seviyelere ulaşarak çoğu taciri gölgede bıraktığı da unutulmamalıdır. Tacir olmaları ve pek çok uzmanın görüşlerinden faydalanma imkânına sahip bulunmaları, bu kişilerin her şeyi hesaba katması gerektiği anlamına gelmemektedir. Ancak öngörü sahasının da arttığı yapılacak değerlendirmede mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Görüldüğü üzere öngörülemezlik ile malî dengenin bozulması şartları sıkı bir irtibat içerisindedirler. Öngörülebilir sahanın bittiği yerde âkidin idareye/mahkemeye müracaat hakkı başlamaktadır.³⁴⁹

Kamu hizmeti devir sözleşmelerinde malî dengedeki bozukluğun değerlendirilmesi, diğer sözleşme tiplerine kıyasla çok daha netameli bir konudur. Örneğin bir ihale sözleşmesinde temel dinamik son derece yalındır. Sipariş verilen malın tedarik edilmesi, kiralanan taşınmazın kiracının kullanımına

³⁴⁹ Fransız idare hukukunda öngörülebilir alanın son noktası sınır-fiyat (prix-limite) olarak değerlendirilmekte ve bu eşik geçildiğinde malî denge şartının sağlanmış olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilke, *İdarenin Sözleşmelerinde Malî Dengenin Korunması (Uyarılama-Tek Taraflı Değişiklik-Fedüpres)*, 191-92.

sunulması veya ilgili yapım işinin yerine getirilmesi karşılığında başlangıçta belirlenen bedel ödenmektedir. Bu sözleşmelerde edim konusu malın Türk lirası cinsinden değeri, dolar kurundaki artış nedeniyle yükselebilir, inşaat girdi maliyetleri yukarı yönlü sert hareketler yapabilir veya ev fiyatlarına paralel olarak kira bedelleri de artabilir. Bu tür hâllerde mahkemelerin dikkate alacağı hususlar sınırlı olup ortada çok fazla bir değişken bulunmamaktadır. Bir yapım işi ihale sözleşmesinde tamamlanması gereken yapım işi ve imalatlar ihale dokümanında ayrıntılı biçimde belirlenmiştirler. Maliyetlerdeki artış somut verilerle ortaya konduktan sonra yüklenicinin ihale bedeliyle işi tamamlaması hâlinde sözleşmenin kârla mı zararla mı sonuçlanacağı, zararla sonuçlanacaksa bunun sözleşme büyüklüğü karşısındaki durumu gerçek ya da gerçeğe yakın değerlerle ortaya konabilir.

Ancak bir kamu hizmeti devir sözleşmesinde sözleşmenin tümüne ilişkin kâr-zarar muhasebesi yapmak çoğu kez mümkün ya da anlamlı değildir. Zira bu sözleşmeler başlangıçta yapılan yatırımların maliyetinin çıkarılabilmesi için onlarca yıl süreyle akdedilmektedirler. Dolayısıyla mahkemenin önüne gelen pek çok olayda sözleşmenin tamamlanmasına seneler bulunduğu için sözleşmenin tümüne dair kâr-zarar durumu gerçek ya da gerçeğe yakın değerlerle ortaya konamayacaktır. O hâlde mahkemeler nasıl bir muhakeme yürüteceklerdir?

Fransa'da imtiyaz sözleşmelerine yönelik yapılan yargılamalarda işletme açığı kavramı üzerinde durulmaktadır. Açığın sözleşmenin bütününe dair dengeyi bozması gerekmemektedir. Başka bir deyişle, sözleşmenin genel çerçevesi kârlılığını korurken öngörülemez durumun etkisini sürdürdüğü zaman diliminde tarafların öngörmesinin beklenemeyeceği ciddi bir açık veriliyorsa malî denge bozulmuş demektir.³⁵⁰

Türk hukukunda ise özel hukuk sözleşmelerine yönelik genel hüküm niteliğindeki TBK madde 138, ifanın dürüstlük ilkesi uyarınca borçludan beklenmez hâle gelmesinden bahsetmiştir. Burada kanun koyucu esnek bir kalıp benimsemiş olup somut olayın şartlarında ifanın beklenmez bir niteliğe bürünüp bürünmediğini mahkemenin kendisi takdir edecektir. Danıştay kararlarına bakıldığında yeni şartlarla hizmeti yürütmenin iflasa müntehi bir yol teşkil edeceği³⁵¹, kazançtaki kaybın değil, sermayeden uğranacak zararın telafisi³⁵² için öngörülemezlik kuramına başvurulabileceği ifade edilmektedir. Yakın tarihli bir kararda da Danıştay tetkik hâkimi, âkidin hizmeti kendi zararına

³⁵⁰ TA de Dijon, 25 Ocak 2024, N° 2102179. <https://www.doctrine.fr> Erişim Tarihi: 06.11.2024; Fransız Ekonomi ve Maliye Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü'nün aynı yöndeki görüşü için bkz. Direction des Affaires Juridiques- Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision, 17. <https://www.economie.gouv.fr> Erişim Tarihi:18.10.2024.

³⁵¹ Danıştay Daavi Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937 tarih 1937/286 Esas ve 1937/256 Karar sayılı kararı. Kararlar Mecmuası, sy 3, 1938, 56-61.

³⁵² Karar, ihale sözleşmelerinde gerçekleştirilmesi planlanan sözleşme değişiklikleri için o dönemin mevzuatına göre Danıştaydan alınması zorunlu istisnâ görüşler vesilesiyle verilmiştir. Dn. 3. D. 01.04.1940 tarih 62/63 sayılı kararı. Aktaran Abdullah Pulat Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, 1. bs (Kazancı Yayınevi, 1977), 187.

yürütmek zorunda kalması, bir süre sonra buna katlanamayacağından iflas etmesi ya da mecburî olarak sözleşmenin feshedilmesinden bahsetmiştir.³⁵³ Öğretide de bu şartı açıklamak üzere iflasa yol açma, mahva sürükleme gibi ifadeler kullanılmaktadır.³⁵⁴

Bu ifadelerden hareketle mahkemelerin olay nedeniyle uğranan zararın sözleşmedeki tüm kârı götürmesini aradığı söylenebilir. Ancak elimizde somut olay üzerinde bir değerlendirme yapılarak mahkemelerce verilmiş ve ilgili şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıntılı bir tahlile tâbi tutulduğu bir karar bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ifadeler soyut bir biçimde kullanılmaktan öteye geçememiştir. İlâveten bahse konu ifadelerin geçtiği kararlar eski tarihli olup güncel bir uyumsuzlukta mahkemeler tarafından aynı yaklaşımın sergilenmemesi de ihtimal dâhilindedir.³⁵⁵ Yine yukarıda belirtildiği üzere, kamu hizmeti devir sözleşmelerinde sözleşme sona ermeden kat'î kâr-zarar durumunun belirlenmesinin pek mümkün gözükmediği de unutulmalıdır.

Diğer yandan iflasa yol açma, mahva uğrama gibi ifadeler meseleyi nesnel zeminden öznel bir zemine çekmeleri nedeniyle tartışmaya açıktır. Zira bu ifadeler sözleşmedeki malî denge yerine âkidin malî gücüne odaklanmaktadır. Bu da aynı olay sözleşmeler üzerinde benzer sonuçlara yol açsa dahi farklı kararlar verilmesine yol açabilir. Çünkü malî açıdan güçlü bir âkit, ortaya çıkan zararı karşılayabilecek, mahva uğrama tehlikesi bulunmadığından malî dengesi altüst olan sözleşme için mahkemeden müdahale talep edemeyecektir. Buna karşın görece daha zayıf bir durumdaki âkit ise mahva uğrama tehlikesinden bahisle bu talebinde haklı görülecektir.

Burada yapılması gereken ortadaki sözleşmeye odaklanmak, malî dengedeki bozukluğu sözleşmedeki edimler merkezinde değerlendirmektir.³⁵⁶ Sözleşmelere müdahaledeki temel gerekçelerden bir tanesi ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumu gidermektir. Âkidin malî gücü, hakkaniyete aykırı durumun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

Malî dengedeki bozukluk değerlendirilirken büyük resmi de mümkün mertebe dikkat almak gerekmektedir. Öngörülemez durum gerçekleşmeseydi ilgili zaman aralığında nasıl bir vaziyetin beklendiği ile mevcut tablo mukayesesi ile yetinilmemelidir. Bunun yanında geride kalan dönemde

³⁵³ Dn. İDDK 29.06.2015 tarih 2015/678 sayılı kararı. (Yürütmenin Durdurulması İtiraz) (UYAP)

³⁵⁴ Lütüfî Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası, 1982), 444; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 3. bs (Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), 2:189.

³⁵⁵ Danıştay tetkik hâkiminin kullandığı ifadeler ise kendi görüşü olup mahkemeye izafe edilememektedir.

³⁵⁶ Fransız Ekonomi ve Maliye Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğünün yukarıda bahsi geçen görüş yazısında da âkidin malî durumuna değil, sözleşmedeki malî dengeye bakarak bir değerlendirme yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Direction des Affaires Juridiques- Possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles et articulation avec l'indemnité d'imprévision, 6. [https://www.economie.gouv.fr](https://www.economie.gouv.fr/Erişim Tarihi: 18.10.2024) Erişim Tarihi: 18.10.2024.

yatırım maliyetinin beklentileri aşıp aşmadığı, sunulan hizmete talebin nasıl seyrettiği, öngörülen talebin yakalanıp yakalanmadığı, öngörülenin üstünde bir talebin ve gelirin bulunup bulunmadığı ve sözleşme sona erdiğinde muhtemel kâr beklentisinin ne olduğu, öngörülemezlik nedeniyle gerçekleşen zararın bu beklenti karşısındaki önemi de dikkate alınmalıdır. Zira değişen şartların etkisini sürdürdüğü ilgili dönem için beklenen gelire yüzde olarak ciddi bir darbe inmiş olabilir. Ancak sözleşmenin genel ekonomisi ile kıyaslandığında gerçekleşen zarar küçük bir meblağ olarak kalabilir. Yine sözleşmenin geri kalan döneminde sunulan hizmetten yararlananların sayısı beklentilerin ötesine geçmiş olabilir. Bu durum öngörülemez dönemin etkilerini tümüyle silme istidadına sahip olabileceği gibi ödenecek tazminatın indirilmesi için de bir sebep teşkil edebilir. Dolayısıyla mahkemeler bilirkişilerden de yararlanarak etraflı ve çok boyutlu bir değerlendirme yapmalıdırlar.

Son olarak kamu özel işbirliği sözleşmelerinde verilen talep garantilerini de incelemekte fayda vardır. Zira sözleşmedeki malî denge, sadece âkit için değil, İdare için de bozulabilir. Talep garantisi verilen hâller bu duruma güzel bir örnektir. Kamu özel işbirliği sözleşmeleri, kamu hizmeti devrini konu alan özel hukuk sözleşmeleridir. Dolayısıyla sözleşmede ve ilgili özel mevzuatlarında öngörülemez hadiseler karşısında nasıl bir yol izleneceğine yönelik hükümler bulunmuyorsa TBK madde 138 hükmüne başvurulacaktır. TBK madde 138 ise sözleşmenin iki tarafının da mağduriyetlerinin giderilmesi maksadıyla yararlanabilecekleri bir düzenlemedir.

Nitekim Covid-19 salgını esnasında uçuşlar durma noktasına gelmiş, İstanbul Havalimanı'nda Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından verilen talep garantileri tutturulamamıştır. İşbu nedenle garanti edilen yolcu sayısı ile mevcut sayı arasındaki farkın İdarece ödenmesi gündeme gelmiştir. Ancak Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile âkit anlaşma yoluna giderek salgın dönemi süresince âkidin kira, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğünün ise garanti yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini kararlaştırmıştır. Ayrıca bu dönem işletme süresinden de sayılmayacaktır.³⁵⁷

Taraflar arasında bir anlaşma sağlanamaması durumunda TBK madde 138 hükmüne istinaden uyarılama talep edilebilirdi.³⁵⁸ Böyle bir durumda yukarıda âkit için söylenenler İdare için de uygulanacaktır. Sözleşme bir bütün olarak mercek altına alınacak, salgının gerçekleştiği ana kadar talebin nasıl seyrettiği, salgın yaşanmasaydı bu seyrin nasıl devam edeceği ortaya konacaktır. Ardından salgının bu duruma etkisi tespit edilerek gerçekleşen değişikliklerin ifayı beklenmez kılıp kılmadığı değerlendirilecektir.³⁵⁹

³⁵⁷ Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Faaliyet Raporu, 2020, 158.

³⁵⁸ Aynı yönde bkz. Turgut Tan, "Pandemi Nedeniyle Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin de Uyarlanması Gerekmez mi?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, sy 20 (2021): 9 vd.

³⁵⁹ Bilke, *İdarenin Sözleşmelerinde Malî Dengenin Korunması (Uyarılama-Tek Taraflı Değişiklik-Fedüpres)*, 160.

Sonuç

Bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine kendi kâr ve zararına olacak biçimde devrini konu alan sözleşmeler, yüksek yatırım maliyetlerinin etkisiyle uzun yıllar sürecek şekilde akdedilmektedirler. Bu tür bir sözleşmenin tarafı olan âkidin bir ihale sözleşmesine yahut alelade bir özel hukuk sözleşmesine kıyasla daha büyük bir risk aldığı söylenebilir. Zira onlarca yıl sürecek bir sözleşmenin ileride gerçekleşecek çeşitli rizikolardan etkilenme ihtimali kısa süre içerisinde sonlanacak sözleşmelere nazaran daha yüksektir. Gelecek yıllar belirsizliklerle doludur. Âkidin bu belirsizlikleri sözleşme için teklifini verirken dikkate alması gerekir. İşbu nedenle verilen teklifin bu rizikoları içerdiği kabul edilir. Karşılaşma ihtimali bulunan rizikolar yatırım ve işletme maliyetini artırabileceği gibi hizmetten yararlanacak kişi sayısını da etkileyebilir. Âkidin bunları göz önünde bulundurarak kendisine bir güvenlik marjı bırakması icap eder. Dolayısıyla sayılan hususlar üzerinde etki doğuran, gelir ve o dönemin kârında azalmaya yol açan irili ufaklı her hadise uyarlama yolunu açmayacaktır. Bilakis ortada ciddi ve artık her türlü öngörü sınırını aşan bu nedenle de teklife dâhil sayılamayacak nitelikteki nadir vuku bulan hadiseler uyarlamayı haklı kılacaktır. Aksi hâlde uyarlama kurumu, âkidin üzerindeki bütün riskleri kaldıran bir sigortaya dönüşecektir.

Sözgelimi 26 Şubat 2026 tarihinde ABD ve İran arasında başlayan savaş, Ortadoğu'ya gerçekleşen uçak seferlerini etkilemiştir. Bundan dolayı da havalimanlarını kamu hizmeti devir sözleşmeleri ile işleten âkitlerin yolcu sayılarında bir azalma yaşanması muhtemeldir. Fakat bu durum, bu yazının kaleme alındığı tarih itibarıyla³⁶⁰ âkidin dikkate alması gereken bir jeopolitik risk ölçeğini aşmamıştır. Havalimanı işletmesine talip isteklilerin jeopolitik riskler sonucu sefer ve yolcu sayılarındaki dalgalanmaları hesaba katması gerekir. Fakat ne zaman ki gerçekleşen hadiseler Covid-19 salgını döneminde olduğu gibi ciddi bir boyuta ulaşır, o zaman her türlü öngörü sınırını aştığından bahsedilebilir.

Mahkemeler malî dengedeki bozulmanın uyarlamayı haklı kılıp kılmadığını değerlendirirken yalnızca hadiselerin etkisini gösterdiği döneme odaklanmamalı, geniş resmi de mümkün mertebe muhakemesine katmalıdır. Zira ilgili dönemde beklenen gelir ile hadise sonrası gerçekleşen durum arasında yüzde olarak ciddi bir fark bulunabilir. Fakat bu fark, sözleşmenin genel ekonomisi, özellikle sözleşme sonunda âkidin kazanması beklenen muhtemel kâr rakamları karşısında önemsiz kalabilir. Bu nedenle geride kalan dönemde yatırım maliyetinin beklentileri aşip aşmadığı, sunulan hizmete talebin nasıl seyrettiği, öngörülen talebin yakalanıp yakalanmadığı, öngörülenin üstünde bir talebin ve gelirin bulunup bulunmadığı ve sözleşme sona erdiğinde muhtemel kâr beklentisinin ne olduğu, öngörülemezlik nedeniyle gelirdeki düşüşün bu beklenti karşısındaki önemi hep birlikte dikkate alınmalıdır.

³⁶⁰ 21.04.2026

İlaveten malî dengedeki bozulmalar sadece âkidi değil, İdareyi de güç duruma düşürebilir. Özellikle talep garantisi verilen hâllerde öngörülemeyen hadiseler İdarenin yükümlülüklerini ciddi derecede arttırmış olabilir. Bu gibi durumlarda İdarenin de uyarılama/sözleşmede değişiklik istemesinin önüne bir engel yoktur.

Son olarak malî dengedeki bozulmalar sözleşme ekonomisi merkezinde değerlendirilmelidir. İflas etme, mahva uğrama gibi kıstaslar değerlendirmeyi nesnellikten uzaklaştıracağı için kullanılmamalıdır. Bu şekilde bir değerlendirme, sözleşme üzerinde benzer etkileri bulunmasına rağmen malî açıdan güçlü bir âkidin talebinin reddedilmesi, görece daha zayıf bir âkidinkinin ise kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Sözleşmeye müdahalenin temel gerekçelerinden bir tanesi, hakkaniyete aykırı durumu gidermektir. İşbu nedenle âkidin malî durumu, hakkaniyete aykırılığın göz ardı edilmesine mazeret teşkil etmemelidir.

Kaynakça

- Arat, Ayşe. *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*. 1. bs. Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Baysal, Başak. *Sözleşmenin Uyarlanması BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*. 3. bs. On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bilke, Efe. *İdarenin Sözleşmelerinde Malî Dengenin Korunması (Uyarlama-Tek Taraflı Değişiklik-Fedürens)*. 1. bs. Adalet Yayınevi, 2025.
- Bucak, Vahap. *Taahhüt Mukaveleleri*. Çankaya Matbaası, 1943.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. Fakülteler Matbaası, 1982.
- Gaudemet, Yves. *Droit administratif*. 23. bs. Dalloz, 2020.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. 3. bs. C. 2. Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*. 1. bs. Kazancı Yayınevi, 1977.
- Hoepffner, Hélène. *Droit des contrats administratifs*. 3. bs. Dalloz, 2022.
- Lichère, François. *Droit des contrats publics*. 3. bs. Dalloz, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal, ve Nami Barlas. *Medenî Hukuk*. 25. bs. Vedat Kitapçılık, 2019.
- Richer, Laurent, ve François Lichère. *Droit des contrats administratifs*. 11. bs. LGDJ, 2019.
- Rösler, Hannes. “Hardship in German Codified Private Law-In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”. *European Review of Private Law* 15, sy 4 (2007): 483-513.
- Subra, David, ve Emmanuel Tessier. *Le droit des contrats administratifs*. 1. bs. Enrick B. Éditions, 2019.
- Tan, Turgut. “Pandemi Nedeniyle Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin de Uyarlanması Gerekmez mi?” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, sy 20 (2021).
- Tercier, Pierre, ve Pascal Pichonnaz. *Le droit des obligations*. 6. bs. Schulthess Editions romandes, 2019.



1993

BAŞKENT
ÜNİVERSİTESİ