



# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 29.10.2021  
Revizyon Talebi: 07.12.2021  
Son Revizyon: 13.12.2021  
Kabul: 28.12.2021  
Online Yayın: 28.01.2022

## Kamu Hukuku ve Ekonomi: Alman Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir Bakış\*

### Public Law and the Economy: A Comparative View from the German Perspective

Matthias Ruffert\*\*

Çev: Olgu Özdemir\*\*\*

#### Öz

Anayasanın (*Grundgesetz-GG*) yürürlüğe girmesinden bu yana Federal Almanya Cumhuriyeti anayasa hukuku, Anayasa'nın açıkça içermediği ancak temel ekonomik haklar vasıtasıyla devletin iktisadi bünyesinde [ekonomik anayasasında] kendisine yer bulan “sosyal piyasa ekonomisi” (social market economy-Soziale Marktwirtschaft) fikri etrafında dönüp durmaktadır. Anayasa teorisi altında Alman idare hukukuna, Avrupa Birliği hukukunun bir iletim aracı olarak kullanılması gibi farklı ve ilginç bir hukuk “ithalatı” süreciyle yerleştirilen şey, regülasyon kavramıdır. Bu manada regülasyon, hem anayasal hem de idari düzeyde temel teorik ve pratik meselelere ilişkin büyük zorluklar çıkarmaktadır. Ayrıca, regülasyon kavramının iç ve dış sınırları; devletin ekonomik faaliyete geri dönmesi yönünde giderek artan taleplerin nasıl karşılanacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir.

#### Anahtar Kelimeler\*\*\*\*

Kamu Hukuku • Ekonomi • Ekonomik Anayasa • Ekonomik İdare Hukuku • Regülasyon Hukuku

#### Abstract

Since the entry into force of the Grundgesetz (GG), the Federal Republic of Germany's constitutional law in the economic field oscillates around the idea of Soziale Marktwirtschaft (social market economy), which the GG does not explicitly include but which finds its way into the economic constitution via fundamental economic rights. Beneath constitutional theory, it is the concept of regulation that has been introduced into German administrative law in a differentiated and interesting process of legal “importation” using European Union law as a means of transmission. Regulation in this sense poses great challenges at both the constitutional and administrative levels concerning basic theoretical and practical issues. Furthermore, its internal and external limits lead to the question of how to address the ever growing plea for a return of state activity to the economy.

#### Keywords

Public Law • Economy • Economic Constitution • Economic Administrative Law • Regulation Law

\* Makalenin orijinal ismi ve künyesi şu şekildedir: “Public law and the economy: A comparative view from the German perspective”, (2013) 11(4) International Journal of Constitutional Law 925. <https://doi.org/10.1093/icon/mot044>

Çevirenin Notu: Makalesinin Türkçeye çevrilmesi için gerekli izni veren ve yayıncıdan izin alınması sürecinde karşılaşılan zorlukların aşılmasında yardımcı olan Profesör Doktor Matthias Ruffert'e ve yayıncıdan izin alma sürecindeki çabaları için International Journal of Constitutional Law dergisi yönetici editörü sayın Anny Bremner'a çok teşekkür ediyorum.

\*\* Sorumlu Yazar: Matthias Ruffert (Prof. Dr.), Berlin- Humboldt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku ve Avrupa Hukuku, Berlin-Almanya, E-posta: sekretariat.ruffert@rewi.hu-berlin.de; matthias.ruffert@rewi.hu-berlin.de (Öğrenci asistanım Cristopher P. Hunt'ın dilbilgisi ve teknik desteği için özellikle teşekkür ederim.)

Çevirenin Notu: Makalenin yayımlandığı 2013 yılında yazar, Jena- Friedrich Schiller Üniversitesi, Avrupa ve uluslararası kamu hukuku profesörü olarak Avrupa entegrasyonu için Jean Monnet (entegre Avrupa yönetimi idare hukuku) kürsüsünde bulunmakta olup; orijinal makalede bilgileri bu şekilde yer almaktadır. Profesör Ruffert, 2016 yılında bu yana Berlin- Humboldt Üniversitesindedir.

\*\*\* Olgu Özdemir (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye  
E-posta: ozdemirolgu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-2870-1971

\*\*\*\* Anahtar kelimeler çeviren tarafından eklenmiştir.

<https://doi.org/10.26650/ihid.20.002>



## 1. Giriş: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ekonomi

Kriz zamanlarında -söz konusu krizin; mali kriz, parasal kriz, borç krizi veya genel ekonomik kriz olması fark etmeksizin- kamu hukuku ve ekonomi arasındaki ilişki açıkça güncel hale gelir. Transatlantik perspektifinden anayasal temellerini irdeleyerek karşılaştırmalı olarak bakıp; belli bir oranda farklı sosyoekonomik modelleri bir-biriyle kıyaslamak -özellikle de Manş Denizi'nin Atlantik Okyanusu'nun bir parçası olup olmadığı üzerinde düşünmek-<sup>1,2</sup> oldukça ilgi çekicidir. Ancak anayasa hukuku ve idare hukuku alanlarında, karşılaştırmalı bir perspektiften daha yakın bakmayı gerektiren çok daha ilginç noktalar da bulunmaktadır.

Bunlardan ilki; “*ekonomik anayasa*”<sup>3</sup> kavramına ilişkin Alman doktrinindeki köklü tartışmadır. Alman hukuku bakımından bir zamanlar meşhur olan bu tartışma, Avrupa düzeyinde ekonomik insan hakları bağlamında, bir şekilde, devam etmektedir. Bu konu, makalenin ikinci bölümünde yer alıyor.<sup>4</sup>

İkinci olarak, Almanya'daki “*regülasyon*” kavramı daha yakından bir incelemeyi hak ediyor. Regülasyon; son yirmi beş yıl zarfında Avrupa kamu hukukuna dahil edilmiştir ve bu kavramın hukuklarına giriş süreciyle muhtelif ülkelerin hukuk düzenleri arasında kavramsal yakınlaşmalar ve ayrışmalar ortaya çıkarmaktadır. Kavramın sebep olduğu köklü değişiklikler, uzmanlık ve hesap verilebilirlik gibi farklı bakış açılarından değerlendirildiğinde; ekonomik konularda anayasa hukuku ve idare hukuku arasındaki karşılıklı yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır.<sup>5</sup>

## 2. Alman Ekonomik Anayasası

### 2.1. Köklü Tartışma

1950'lerin başından bu yana Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (*Grundgesetz-GG*)<sup>6</sup> belirli bir ekonomik sisteme yönelik güvenceler içerip

<sup>1</sup> Orijinal makalede “*The Channel*” olarak ifade edilen Manş Denizi, Atlantik Okyanusu'nun bir uzantısı olan ve Britanya Adası'nı Kara Avrupası'ndan ayıran kanalın adıdır. Yazar burada kullandığı metafor ile Birleşik Krallık'ın sosyoekonomik modelinin anayasal temellerinin hangi “*taraf*ta” kaldığı üzerine düşünmenin ilgi çekiciliğine işaret etmektedir. (Çevirenin notu)

<sup>2</sup> Çeviren tarafından eklenen dipnotlar italik olarak yazılmıştır ve bu notlara “(Çevirenin notu)” ibaresi eklenmiştir. Bu ibarenin bulunmadığı dipnotlar orijinal makaleden aktarılmıştır. (Çevirenin notu)

<sup>3</sup> “*Ekonomik anayasa*” kavramı; Alman doktrininde özellikle Freiburg ekolü tarafından geliştirilen ve sosyal piyasa ekonomisi yaklaşımına anayasal teminat sağlamayı amaçlayan bir teoridir. (Çevirenin notu)

<sup>4</sup> Bu konunun ikinci bölümde yer aldığı bilgisi orijinal makalede parantez içinde yer almaktadır. Çeviride okuma kolaylığı açısından parantez içindeki ifadelerin mümkün olduğunca parantez dışına çıkarılmıştır tercih edilmiştir. (Çevirenin notu)

<sup>5</sup> Makale ana girdisini şu kaynaklardan almaktadır:

(a) Matthias Ruffert, “Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung”, (2009) 134(2) Archiv des öffentlichen Rechts 197.

(b) 2010'da sona eren bir araştırma projesi sonucu: Michael Fehling ve Matthias Ruffert (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010); özetlenmiş hali için Dirk Ehlers, Michael Fehling ve Hermann Pünder, *Besonders Verwaltungsrecht-1* (3. Bası, C.F Müller 2012).

<sup>6</sup> *Halen uygulanmakta olan Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1949 yılında Batı Almanya'da yürürlüğe girmiştir. Bu Anayasa önceki Alman anayasalarından farklı olarak; “Verfassung” yerine; temel yasa anlamına gelen “Grundgesetz” olarak adlandırılmıştır. Makalede ve çevirisinde özellikle anayasa hükümlerine yapılan atıflarda “GG” olarak kısaltılmıştır. (Çevirenin notu)*

içermediğine ilişkin canlı bir tartışma sürmektedir. Bu tartışma, şu tarihsel arka plan göz önünde bulundurulurken değerlendirilmeli:

(a) 1940'ların sonu ve 1950'lerin başında temel sektörlerin millileştirilmesinin teşvik edilmesi konusunda Avrupa'daki -özellikle de İngiltere'deki- genel eğilim<sup>7</sup>.

(b) Neo-ordoliberal<sup>8</sup> ekolün -özellikle de Walter Eucken, Wilhelm Röpke, ve Franz Böhm'ün- hukuki ve siyasi düşünce üzerindeki güçlü etkisi. Bu düşünce ekolünün kendisini 1930'ların sonlarında NAZİ rejimine karşı açık direnişle kurmuş olduğunu da vurgulamak gerekir<sup>9</sup>.

(c) Federal Almanya Cumhuriyeti'nin erken dönemlerinde, millileştirme konusunda Avrupa'daki genel eğilime karşı, *sosyal piyasa ekonomisi* adıyla bilinen ve bazı farklı sosyal güvencelerle piyasa ekonomisinin yeniden kurulmasına dayanan ekonomi politikasıyla meydana getirilmiş olan muazzam ekonomik patlama (*Wirtschaftswunder*). Bu ekonomik yaklaşım, politik olarak, ilk kabinenin ekonomi bakanı olan ve kısa bir süreliğine de olsa Şansölye Konrad Adenauer'un halefi olan Ludwig Erhard ile ilişkilendirilir.<sup>10</sup>

Bu nedenle, Federal İş Mahkemesi'nin ilk başkanı Hans Carl Nipperdey gibi bazı hukukçular, sosyal piyasa ekonomisi kavramının; *Grundgesetz* ile öngörülen anayasal çerçevenin bir parçası olduğu görüşünü ileri sürdüler.<sup>11</sup> Bu görüşü savunanların temel argümanları; anayasada yer alan bir dizi temel hakkın -*mülkiyet hakkı (GG madde 14)*, *meslek özgürlüğü (GG madde 12)*, *ekonomik faaliyet özgürlüğü (GG madde 2/1)*- ve *sosyal devlet ilkesinin (GG madde 20/1)* kurumsallaşmış birlikteliğinden alınmıştı. Buna rağmen Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) bu kurumsal görüşü önemli bir kararında reddediyor<sup>12, 13</sup> ve doktrinin çoğunluğu da

<sup>7</sup> Britanya için bkz. Alan Sked ve Chris Cook, *Post-War Britain* (2. Bası, Penguin 1984) 29 vd.

<sup>8</sup> "**Ordoliberalizm**" ekolü; "piyasa ekonomisinde kural ve kurumların önemine vurgu" yaparak "sosyal boyutu olan bir piyasa ekonomisini" savunan ve "Alman Sosyal Piyasa Ekonomisi" konseptini geliştiren ekoldür. Bu ekolün kurucuları; 1930'lu yılların sonlarından itibaren Freiburg Okulu çevresinde bir araya gelen ve sosyal bilimlerin çeşitli dalları üzerine çalışmalar yapan bilim insanlarıdır. Ordoliberalizm adını söz konusu çevrenin 1948 yılından itibaren çıkardığı "ORDO" dergisinin (*Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft- Yıllık Ekonomi ve Toplumsal Düzen Dergisi*) isminden almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Can Aktan ve Hülya Derya (edr), *Freiburg Hukuk ve İktisat Okulu- Piyasa Ekonomisinin Hukuki Çerçevesi: Ekonomik Anayasa Piyasa Ekonomisinde Sosyal İlkesi* (Sosyal Bilimler Araştırmaları Derneği Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları 2019) (*Çevirenin notu*)

<sup>9</sup> Bütün bunlar parlak bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur; bkz. Christian Jorges, "What is Left of the European Economic Constitution", (2004) 13 EUI Working Paper Law, 9 vd özellikle n. 15.

<sup>10</sup> Werner Abelshausen, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte: Von 1945 bis zur Gegenwart* (2. Bası, C.H. Beck 2004) 283 vd.

<sup>11</sup> Hans Carl Nipperdey, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik* (Müller 1954); Hans Carl Nipperdey, *Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht* (Heymann 1960). Bu tartışmanın içeriği için bkz. Ernst Rudolf Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht* (1956); Ernst Rudolf Huber, *Bewahrung und Wandlung* (Duncker & Humblot 1975) 215; Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung* (4. Bası, Mohr Siebeck 2011) para 14.

<sup>12</sup> 4 BVerfG 7, 17 vd. (1954).

<sup>13</sup> *Dipnotlarda atfı yapılan AB ve Alman yargı organları kararlarının künyeleri, orijinal makalede gösterildiği biçimde aynen aktarılmıştır. (Çevirenin Notu)*

bu tutumu destekliyordu<sup>14</sup>. 1970’lerde büyük şirketlere işçilerin katılımı meselesinin yasa koyucunun gündemine gelmesiyle konu yeniden güncel hale geldi. İşverenlerin ilgili düzenlemeye karşı açtıkları davada mahkeme; kararını kurumsal temelli ekonomik anayasa fikri çerçevesinde şekillendirmek yerine -işverenler tarafından talep edildiği gibi- temel ekonomik hakların önemini vurguladı.<sup>15</sup> Nitekim yasama ve yürütme organları da, anayasanın ekonomik tarafsızlığı fikrinin gereği olarak, bu hakların çerçevesi içinde uygun bir ekonomi politikası seçmekte özgür kabul edilirler.<sup>16</sup>

## 2.2. Alman Konseptinin Avrupa’ya İhracı?

Mahkemenin 1970’lerin sonunda vermiş olduğu ikinci kararlar, uzun süren ve zaman zaman şiddetlenen tartışma, barışçıl çözümünü bulmuştu. Artık piyasa-devlet ikiliği daha az geçerliydi ve kurumsal temelli ekonomik anayasa yaklaşımına ilişkin köklü tartışmayı sürdürmek konusunda, bilimsel manada, gerçek bir çaba yoktu. Bu durum, Lizbon Andlaşması’nın onaylanmasıyla sonuçlanan AB Anayasası Andlaşması’nın hazırlanması sürecinde; “sosyal piyasa ekonomisine yönelmiş ekonomik anayasa” düşüncesinin yeniden ortaya çıkmasına kadar devam etti. Lizbon Andlaşması, anayasal andlaşmaya ilişkin önceki taslakların maddelerindeki gibi<sup>17, 18</sup>, açıkça “oldukça rekabetçi sosyal piyasa ekonomisi” ifadesini içermektedir. (*AB Andlaşması- Treaty on European Union (TEU) madde 3/3, ikinci cümle*).

Andlaşmanın gerçekten Alman konseptini benimseyip benimsemediği ve/veya Alman iç hukuku düzeyinde üzerinde mutabık olunmayan bir kavramın AB hukukunun üstünlüğü aracılığıyla ulusal düzeyde yeniden yürürlüğe girip girmediği ve köklü tartışmayı kesin olarak çözüp çözmediği tartışmaya açıktır ve hala tartışılmaktadır.<sup>19</sup> Açıkçası, 1958’deki kuruluşundan bu yana onlarca yıl geçmesine ve bir dizi değişiklik andlaşmasının yürürlüğe girmesine rağmen; AB anayasa hukukunun ekonomik anlamdaki genel yönelim arayışı hala devam etmektedir. Teorik bir düzeyde; yazarlar, bir yandan 1950’lerde ekonomiye ilişkin devlet merkezli görüşlerin Avrupa’da baskın olması diğer yandan da liberal ekolün kendi içinde Avrupa’nın entegrasyonuna yönelik mühim eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, liberal Alman ekonomik düşüncesinin Roma Andlaşması’nın hazırlanması ve kurulması üzerindeki etkisinin, tarihsel olarak, abartıldığının altını çiziyorlar.<sup>20</sup> Bununla birlikte baskın görüş

<sup>14</sup> Bu, kamu hukuku tarihi alanındaki öncü bir çalışmada belirtilmiştir, bkz. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Vierter Band 1945–1990* (C.H. Beck 2012) 269–274.

<sup>15</sup> 50 BVerfG 290 at 336 vd. (1979).

<sup>16</sup> Ayrıntılı bir genel değerlendirme için bkz. Reiner Schmidt, “Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft”, iç Josef Isensee ve Paul Kirchhof (edr), *Handbuch des Staatsrechts-4*. (3. Bası, C.F. Müller 2006) para 92/11 vd.

<sup>17</sup> AB Anayasası Andlaşması için özellikle bkz. O.J. (C 310) 1 (2004), article I-3 (3).

<sup>18</sup> *AB ve Almanya resmi gazetelerine yapılan atıflar orijinal makalede gösterildiği biçimde aynen aktarılmıştır ve AB Resmi Gazetesi dipnotlarda O.J. olarak kısaltılmıştır. (Çevrenin Notu)*

<sup>19</sup> Bu konunun oldukça eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. David Jungbluth, “Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?”, (2010) 45(4) *Europarecht* 471.

<sup>20</sup> Giandomenico Majone, *Europe as the Would-be World Power* (Cambridge University 2009) 128 vd; Milène Wegmann, *FrüherNeoliberalismus und europäische Integration* (Nomos Verlagsgesellschaft 2002) 297 vd.

-tarım gibi alanlardaki kumanda ekonomisi unsurlarına rağmen- bu gelişime dönüp bakıldığında, AB'nin ekonomik anayasasının nasıl şekillendirildiğini en iyi Ordo-liberalizmin açıkladığı yönündedir. Güncel politik seviyede, ekonomi politikasına ilişkin olarak farklı görüşler arasındaki mücadele antagonistik bir sahnede devam ediyor: Bir tarafta kuzeyli/Alman/liberal perspektifi diğer tarafta güneyli/Akdenizli/Fransız/sosyalist/merkantilist perspektifi. Bu iki perspektif arasındaki tartışmalar -çözümü bu makalenin konusunu aşan devlet borçları krizini bir kenara bırakırsak<sup>21</sup>- kamu teşebbüslerine ilişkin olarak AB'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU*) *madde 14 ve madde 106* hükümlerinin uygulaması hususunda yoğunlaşmaktadır.<sup>22, 23</sup> Sonuç olarak, liberal ekonomik anayasa fikrine ciddi şekilde meydan okunmaktadır.

### 2.3. Ekonomik Anayasa ve Ekonomik Haklar

Bu meydan okuma, ulusal seviyede dahi görülebilir. Yukarıda açıkladığımız gibi; Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*), sosyal piyasa ekonomisi çizgisinde kurumsal ekonomik anayasa görüşünün yerine, temel ekonomik hakların önemini ve toplumsal değerlerinin karşılıklı olarak korunabilmesi için bu hakların ancak kanunla ve ölçülü olarak sınırlanabilmesini ikame etmişti. Buna rağmen, anayasal pratikte bu denge görece yeni tarihli emsal kararlarla -özellikle de mesleğini serbestçe icra etme hakkı bakımından (*GG madde 12/1*)- tehlikeye atılmaktadır. Söz konusu kararlarda mahkeme, teorik ekonomik düşünceyi derinlemesine ele alıyor. Piyasaları ise, hakları ancak bazı temel şekli ve maddi gereklilikleri sağlayan mevzuatla sınırlanabilecek özgür süljelerin ekonomik çıkarlarını koordine etmeye yönelik yönetsel bir model olarak değil; vatandaşların ve şirketlerin devlet tarafından oluşturulan normlara göre katılımına izin vermek için devlet tarafından yaratılmış kurumlar olarak görmektedir.<sup>24</sup> Anayasa hukukçularının güçlü eleştirileri<sup>25</sup>, mahkemenin ekonomik olarak herhangi bir şekilde savunulamaz duruşundan tam olarak geri adım atmasını sağlayamasa da, şimdiden bazı değişiklikler içtihatlarla girmeye başladı.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Bkz. Matthias Ruffert, "The European debt crisis and European Union law", (2011) 48(6) Common Market Law Review 1777.

<sup>22</sup> *TFEU madde 106/2* ile ilgili 20.12.2011 tarihinde yapılan genel ekonomik çıkara yönelik hizmetlerin yürütülmesi ile görevlendirilmiş belirli teşebbüslere verilen kamu hizmeti tazminatı biçimindeki devlet yardımlarına ilişkin başvuru üzerine verilen komisyon kararıyla yapılan son düzenleme için O.J. 2012 L 7, at 3; Commission Regulation (EU) No. 360/2012 25.04.2012; *TFEU madde 107 ve madde 108* başvurusu, genel ekonomik yarara hizmet eden teşebbüslere verilen küçük yardımlar için O.J. 2012 L 114, at 8; Communication from the Commission—Kamu hizmeti şeklindeki devlet yardımları için AB çerçevesi için O.J. 2012 C 8, at 15. 2008/2009; bankacılık krizi dönemindeki önlemleri değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Michael Fehling, "Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise", (2010) 45(5) Europa Recht 598.

<sup>23</sup> *Bu cümlede ve 22. dipnotta bahsi geçen AB'nin işleyişi Hakkında Andlaşma hükümleri; kamu iktisadi teşebbüslerinin ve kamu hizmetlerinin görülmesini üstlenen özel teşebbüslerin TFEU ile düzenlenen rekabeti koruyucu hükümlerden, kural olarak, muaf olmayacağına ilişkin düzenlemelerdir. (Çevirenin notu)*

<sup>24</sup> Glykol, 105 BVerfG 252, at 265 (2002); 116 BVerfG 202, at 221 (2006); 118 BVerfG 1, at 15 vd. (2007)

<sup>25</sup> Aslında çoğu akademisyen ekonomik özgürlüklerin sınırlanması konusunda olumsuz düşünüyor: Josef Franz Lindner, "Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit", (2003) Die Öffentliche Verwaltung 185, 188 vd; Peter Huber, "Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?", (2003) Juristenzeitung 290, 292 vd.

<sup>26</sup> Bundesverfassungsgericht, Deutsches Verwaltungsblatt 1440 (2009), Anton Achatz'ın notuyla.

Sonuç olarak bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda; ekonomik anayasa üzerine Almanya özelindeki tartışma Avrupa düzeyinde de yolunu bulmakta zorluk çekiyor ve yakın zamanda ulusal düzeyde sorgulanmasının sona ermesi de mümkün görünmüyor. Açıklanan anayasa hukuku hareketlerinin idare hukukundaki yansımaları, regülasyon kavramının özgün bir konsept olarak yükselişinde görülebilir.

### 3. Regülasyon: Bir Konsept İthal Etmek

#### 3.1. Başlangıç Noktaları

##### a) Amerikan Yaklaşımının Almanya'dan Görünümü

ABD'li bir izleyici için; yukarıdaki bölümlerde bahsedilen tartışmalar, rahatsız edici değilse de tuhaf geliyor olmalı. Amerikan yaklaşımında, hukukun ve anayasal düzenin en tepesinde; iktidar, devlet veya başka herhangi bir kamu kurumu değil, sadece bireysel özgürlükler vardır. Bu nedenle özel ekonomik faaliyete yapılacak her kamusal müdahale meşrulaştırılmaya muhtaçtır. İdeal olan söz konusu müdahalenin piyasa başarısızlığı nedeniyle yapılıyor olmasıdır. Bir yabancı için hukuk ve ekonomi ilişkisine dair Amerikan konseptine ilişkin bu idealist görüşünün çarpıtma içerip içermediği kesinlikle sorgulanabilir. Fakat regülasyon fikrinin belirtilen görüşten kaynaklandığı kesindir. Regülasyon; bu bakış açısı altında yapılan ve ekonomik faaliyeti etkileyen düzenleyici ve birel işlemleri kapsamaktadır.<sup>27</sup>

##### b) Hukuk ve Ekonomi I: Piyasa Başarısızlığı

Bu varsayımların teorik arka planında; piyasaların malların optimum dağılımını kendiliğinden sağlayabilen ideal olarak tasarlanmış mekanizmalar olduğu anlayışı yatmaktadır.<sup>28</sup> Bu nedenle; temel yasal güvenceler ve verimli tahsis pragmatizmi birbirleriyle bağlantılıdır. Bununla birlikte söz konusu ekonomik model; piyasanın optimum dağılımını kendiliğinden sağlayabilmesi kuralının istisnalarının -yani piyasa başarısızlığı örneklerinin- farkındadır. Uzun süredir tespit edilen ve tanımlanan piyasa başarısızlığı örnekleri şunlardır: Negatif dışsallıklar, kamusal veya müşterek mallar, doğal tekeller, ahlaki riskler veya bilgi asimetrisi.<sup>29</sup> Bunların tümü ekonomik açıdan regülasyonu haklı gösterebilir.

<sup>27</sup> Oliver Lepsius, "Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell" iç Fehling ve Ruffert, *Regulierungsrecht* (n 5) s 1 para 11 vd; Johannes Masing, "Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts", (2003) 128(4) Archiv des öffentlichen Rechts 558; daha fazlası için bkz Norbert Reich, *Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen* (Müller Juristischer 1984) 5 vd; Christian Berringer, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht* (C.H. Beck 2004) 94.

<sup>28</sup> Michael Fritsch, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik* (8. Bası, Vahlen 2011) 6 vd; ayrıca bkz. Anne van Aken, "Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten" iç Marc Bungenberg vd. (edr), *Recht und Ökonomik* (C.H Beck 2004) 23 vd.

<sup>29</sup> Özeti için bkz. Martin Leschke, "Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht", iç Fehling ve Ruffert, *Regulierungsrecht* (n 5) para 6/25 vd; Martin Eifert, "Regulierungsstrategien" iç Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Abmann ve Andreas Voßkuhle (edr), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2. Bası, C.H. Beck 2012) para 19/17 n. 39.



### 3.2. İktibas ve Yeniden Yapılanma

#### a) AB Mevzuatının İktibas

Regülasyon kavramının Avrupa'daki kullanımına bakmak için; sözde “Keynesyen” politikaların uygulanması üzerinde savaş sonrası varılan fikir birliğinin sona erip, yerini -başlangıçta oldukça başarılı olan- özelleştirme programlarının aldığı 1980'lerin başındaki İngiliz deneyimini dikkate almak gerekir. Anglosakson regülasyon terminolojisi genişletildi: Regülasyon geniş anlamda kullanılmış ve faydalı sonuçların ancak toplumun sürekli araştırma ve zaman zaman düzeltme yapmak için mekanizmalar kurmasıyla alınabileceği anlamına gelen *self-regülasyon* fikri ile tamamlanmıştır.<sup>30</sup>

Buna rağmen; regülasyon konusunda Alman kamu hukuku düşüncesi, temel olarak, bir şekilde Amerikan ve İngiliz deneyimini takip eden fakat farklı şekilde gelişen AB mevzuatından etkilenmiştir. Mevzuat dalgaları üç döneme ayrılabilir:<sup>31</sup>

(1) 1990'ların başında telekomünikasyon alanındaki devlet tekelleri, *Avrupa Ekonomi Topluluğu Andlaşması madde 90/3*<sup>32</sup> hükmüne dayanarak yapılan Avrupa Komisyonu düzenlemesiyle kaldırıldı. Ayrıca Komisyon; Açık Ağ Hükümünü (Open Network Provision)<sup>33</sup> hayata geçirmek için, şu andaki karşılığı *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma madde 114* olan hükme dayanarak iç pazarda uyum sağlama gücünü kullandı.<sup>34</sup>

(2) 1996'dan 1998'e kadar, telekomünikasyon ve enerji alanlarında bir dizi iç piyasa yönergesi kabul edildi. AB enerji hukukuna; elektrik ve gaz alanlarındaki iki yönerge hakimken, telekomünikasyon hukuku daha da özelleştirilmiştir. Bu yönergeleri önemli yapan; ağların birlikte çalışabilirliğini ve adil piyasa koşullarını sağlamanın yanı sıra, şimdiye kadar doğrudan devlet veya devletin organize ettiği tekeller tarafından üretilmiş olan malların iç piyasasını yaratabilmek için regülasyonu kullanmış olmalarıdır. İlginç bir şekilde, genellikle başarısız olduğu düşünülen demiryolu taşımacılığı sektöründe benzer bir yaklaşım mevcuttur.

<sup>30</sup> John Francis, *The Politics of Regulation* (Wiley-Blackwell 1993); Michael Moran, *The British Regulatory State* (Oxford 2003); Robert Baldwin ve Martin Cave, *Understanding Regulation* (Oxford 1999); Tony Prosser, *Law and the Regulators* (Clarendon 1997); Colin Scott, “Accountability in the Regulatory state”, (2000) 27(1) *Journal of Law and Society* 38; Colin Scott, “Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance”, 2002 29(1) *Journal of Law and Society* 56. Self-regülasyon için özellikle bkz. Anthony Ogas, “Re-thinking self-regulation”, (1995) 15(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 97; Julia Black, “Constitutionalising Self-Regulation”, (1996) 59(1) *The Modern Law Review* 24.

<sup>31</sup> Sınıflandırma için bkz. Matthias Ruffert, “Grundfragen der Wirtschaftsregulierung” iç Ehlers vd, *Besonderes Verwaltungsrecht* (n 5) 707, 710–712 para 7.

<sup>32</sup> *Bahsi geçen düzenlemenin şu an yürürlükte olan karşılığı AB'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma madde 106/3 hükmüdür. Söz konusu bilgi orijinal makale metninde belirtilmiştir. Ancak, okuma kolaylığı açısından, çeviride dipnota alınması tercih edilmiştir. (Çevirenin notu)*

<sup>33</sup> *Açık Ağ Hükümü (Open Network Provision)*; telekomünikasyon sektöründeki devlet tekellerinin özelleşmesi sonrasında piyasada rekabet ortamının sağlanabilmesi için mevcut ağların diğer piyasa aktörlerinin erişimine açık olması şartını ifade etmektedir. (Çevirenin notu)

<sup>34</sup> *Bu paragrafta bahsi geçen Avrupa Ekonomi Topluluğu Andlaşması ve AB'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma hükümleri; rekabetin korunması konusunda ortak hareket edilebilmesi ve mevzuatların uyumlu hale getirilebilmesi için Avrupa Komisyonu'na verilen yetkileri düzenlemektedir. (Çevirenin notu)*

(3) 2002/2003'ten bu yana devam eden üçüncü dalgada; özellikle bağımsız regülasyon kurumlarına daha da bağımsız yetkiler verilmek suretiyle, izlenen politika içeriksel ve kurumsal açıdan konsolide edilmiştir.<sup>35</sup>

Regülasyon kavramının daraltılması bu mevzuat dahilinde olmuştur. Regülasyon fikrinin ABD ve İngiltere'den edinildiği inkar edilemez. Fakat bu mevzuatta söz konusu olan, devletin kural koyucu olarak veya idari işlevlerinin ekonomi üzerindeki genel etkisi değil; telekomünikasyon, enerji, posta hizmetleri, demiryolu gibi ağ ekonomilerine atfedilmiş özel tedbirlerdir.

### **b) Hukuk ve Ekonomi II: Devlet Başarısızlığı**

Bu özel tedbirlerin daha fazla detayına girmeden önce ekonomik arka planı hatırlamalıyız. Kurumsal iktisat; sadece yukarıda değinilen piyasa başarısızlıklarını tespit etmekle kalmayıp, aynı zamanda devlet başarısızlıkları durumlarını da tanımlamıştır.<sup>36</sup> Devletin ekonomik döngülere müdahalesi sadece pareto-optimal bölüşüm ile karşılaştırıldığında değil; aynı zamanda ortak demokratik prosedürler izlenerek alınan kararlarda belirlenerek ulaşılmaması istenen sonuçla karşılaştırıldığında da toplam refahı azaltabilir.<sup>37</sup> Devlet müdahalesi sadece verimli dağılımı değil; aynı zamanda halk iradesinin uygulanmasını da çarpıtmaya yatkındır. En önemli devlet başarısızlığı örneği, politikanın çıkar gruplarının etkisine bağımlı olmasıdır.<sup>38</sup> Bunun ötesinde ve daha genel olarak; bilginin yaratılması göz önüne alındığında merkezi olmayan kendiliğinden karar verme süreçlerinin merkezi kararlardan üstün olduğu yaygın kabul görmüş bir ekonomik bilgidir.<sup>39</sup>

Bu bağlamda kamu idarelerinin kamusal teşebbüsler aracılığıyla yürüttüğü ekonomik faaliyetin, devlet başarısızlığına uğrama potansiyelinin yüksek olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu problem, Avrupa'da -özellikle Almanya'da- telekomünikasyon ve posta hizmetleri sektörlerinde ortaya çıkmıştı. Bu tür faaliyetler, genellikle kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesine sağlayamadığı gibi; çıkar gruplarının kronik etkisini de kalıcı kılar. Almanya'da son 15 yılda telekomünikasyon sektörünün devinimleri, devletin etkisi önemli ölçüde azaltılırsa ne olacağının deneyime dayalı parlak bir kanıtıdır.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Bkz. aşağıdaki bölüm 4.2.

<sup>36</sup> Fritsch, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik* (n 28) 370 vd; Karl Hohmann ve Andreas Suchanek, *Ökonomik: Eine Einführung* (2. Bası, Mohr Siebeck 2005) 187 vd; Andreas Kellerhals, *Wirtschaftsrecht und Europäische Integration* (Schulthess 2006) 72; Heinz-Dieter Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy* (1980) 234 vd ('failure of politics' başlıklı kısım).

<sup>37</sup> Martin Leschke, Mathias Erlei ve Dirk Sauerland, *Neue Institutionenökonomik* (2 Bası, Schäffer-Poeschel 2007) 284 vd.

<sup>38</sup> Ufuk açıcı bir çalışma için bkz. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (Harvard University Press 1965); ayrıca bkz. Geoffrey Brennan ve James M. Buchanan, *The Reason of Rules* (Cambridge University Press 1985).

<sup>39</sup> Bkz. Friedrich August von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren* (Kiel 1968) 7 vd.

<sup>40</sup> Özellikle bkz. Jörn Axel Kämmerer, *Privatisierung* (Mohr Siebeck 2001); ve katkılar için bkz. Klaus König ve Angelika Benz (edr), *Privatisierung und staatliche Regulierung* (Nomos 1996).



### 3.3. Özgün Bir Regülasyon Konsepti

Devletin kendisini ekonomik faaliyetten çektiği piyasalarda, kamu yararını koruyacak tedbirler alınmalıdır. Özgün ve dar anlamdaki regülasyon ile başarılması istenen de tam olarak budur. Devlet başarısızlıklarına karşı koyabilmek için, regülasyon hükümetlere sağladığı idari araçlar şu imkanları verir;

(a) şimdiye kadar tekel olmuş sektörlerde rekabet yaratılması

(b) kamu hizmetlerinin halk için karşılanabilir fiyatlarla uygun şekilde yerine getirilmesinin güvenceye alınması

(c) ilgili alanda ortaya çıkabilecek herhangi bir tehlikenin önlenmesi için risk yönetimi sağlanması.<sup>41</sup>

Bu bağlamda, regülasyon aynı zamanda özelleştirmelerden sonra ortaya çıkıp ekonomi içinde devletin aktif olduğu önceki durumu haklı gösterebilecek piyasa başarısızlıklarını da engelleyebilir.

Tüm bunlar dikkate alındığında regülasyon; devletin doğrudan ekonomik faaliyette bulunmak yerine, rekabet koşullarını kurmak, korumak ve kamu yararını güvence altına almak amacıyla ekonomik alanda yürüttüğü idari faaliyetler şeklinde tanımlanmalıdır.

### 3.4. Temel Kamu Hukuku Kavramlarının Değişimi

#### a) Devlet Üzerine Yeni Görüşler

Regülasyona ilişkin yukarıda açıklanan özgün görüşün; temel kamu hukuku kavramlarında ve daha da önemlisi “*devlet konseptinde*” değişiklik yapılmadan uygulanması mümkün değildi. Bu konuda en geniş kapsamlı fikir, regülasyon konusunda burada düşünülenin çok ötesine geçen, Giandomenico Majone’nin “*düzenleyici devlet (regulatory state)*” teorisidir.<sup>42</sup> Söz konusu teori; önemli yetkilerin devletin merkezi kurumlarından bağımsız regülasyon kurumlarına kaydırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Düzenleyici devlette meşruiyet, esas olarak, kararların uzmanlar tarafından alınması ile sağlanır. Böylece, demokratik meşruiyetin yerini çoğunlukçu olmayan araçlar alır ve demokrasi, esas olarak, “*hesap verilebilirlik*” ölçütü ile konur.<sup>43</sup> Majone’nin düzenleyici devlet fikrinin dayandığı yapıları, AB’nin ekonomik

<sup>41</sup> Bkz. Matthias Ruffert, “Regulierung im System des Verwaltungsrechts”, (1999) 124(2) Archiv des öffentlichen Rechts 237.

<sup>42</sup> Buna ve devamına ilişkin olarak bkz. Giandomenico Majone, “The Rise of the Regulatory State in Western Europe”, (1994) 17 West European Politics 77; Giandomenico Majone, “The Future of Regulation in Europe” iç Giandomenico Majone (ed), *Regulating Europe* (Routledge 1996) 265; daha fazlası için bkz. Markus Müller ve Roland Sturm, “Ein neuer regulativer Staat in Deutschland? Die neuere Theory of the Regulatory state und ihre Anwendbarkeit auf die deutsche Staatswissenschaft”, (1998) 9 Staatswissenschaft und Staatspraxis 507; Reinhard Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory state* (Duncker & Humblot 2004).

<sup>43</sup> Bkz. Karl-Peter Sommermann, “Demokratiekonzepte im Vergleich” iç Hartmut Bauer, Peter Huber ve Karl-Peter Sommermann (edr), *Demokratie in Europa* (Duncker & Humblot 2005) 191, 203 vd; Matthias Ruffert, “[Commentary to] Art. 9 TEU” iç Christian Callies ve Matthias Ruffert (edr), *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta* (4. Bası, C. H. Beck 2011) para 11.

yönetişimi içinde bulduğu bilinmektedir. Her ne kadar bu fikre yönelik eleştiriler *Avrupa Birliği Andlaşması (madde:10/1)* ile temsili demokrasi ilkesinin açıkça kabul edilmiş olmasına dayanarak yapılsa da; “*düzenleyici devlet*” yaklaşımının, devlet anlayışımızı nasıl derinden etkileyebileceği de aklımızdan çıkarılmamalıdır.

Devletin daha ılımlı bir reformülasyonuna “*temin edici devlet (ensuring state)*” konsepti aracılığıyla ulaşılır. Bu konseptte devlet; kamu yararının gerektirdiği görevleri bizzat yerine getirmek yerine, bu görevlerin özel aktörler tarafından yerine getirilmesine ön ayak olma ve görevlerin yapılmasına rehberlik etme sorumluluğunu üstlenir.<sup>44</sup> Görevin devlet tarafından yerine getirilmesi için kaynaklar yetersizse; kamu yararının -demokratik olarak tanımlanan şekliyle- gerçekleştirilmesini temin eden yapıların kurulmasına ihtiyaç vardır. Bu amaçla devlet, özel sektörle ve toplumun bütünüyle işbirliği içinde olmalıdır. Devlet herhangi bir kamu hizmetinden çekilip kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi için toplumu teşvik edebilir (*harekete geçirici devlet-activating state*) ve bu tür usullerde yer alması için özel kişilere olanak verebilir (*fırsat veren devlet-enabling state*).<sup>45</sup> Bu görüşe göre, kamusal görevler kendiliğinden (*per se*) kamu idarelerinin görevleri değildir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (*GG*) bunun örneklerini demiryolları ve telekomünikasyon sektörlerinde ortaya koymuştur (*GG madde 87e/4, 87f/1, 143b/2*)<sup>46, 47</sup> Temin edici devlet yaklaşımında regülasyon, idare hukukunun bir parçasıdır.<sup>48</sup> İşleyen bir temin edici devlet regülasyona ihtiyaç duyar ve regülasyon devletin kendi temel faaliyet alanlarına çekilmesini destekler.<sup>49</sup>

### **b) İdare Hukukuna Yeni Yaklaşımlar**

Avrupa’daki şekliyle yeni regülasyon hukuku, devlet konseptinde olduğu gibi, idare hukukundaki değişimlerin de bir parçasıdır ve onlar olmadan açıklanamaz. Almanya’da “*Yeni İdare Hukuku Bilimi*” (*New Scholarship of Administrative Law*) akımının ortaya konulması, idare hukuku perspektifinde kaymaya neden oldu. İdare hukukunda hala baskın görüş olan, hukuki metinlerin yorumlanıp somut olaylara uygulanması şeklindeki *hukuki yöntemi* idare hukukuna uygulamak ve sadece bireysel

<sup>44</sup> Martin Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat* (Nomos 1998) 18 vd; Gunnar Folke Schuppert, “Jenseits von Privatisierung und ‘schlankem’ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung” iç Christoph Gusy (ed), *Privatisierung von Staatsaufgaben* (Nomos 1998) 72; Gunnar Folke Schuppert, *Verwaltungswissenschaft* (Nomos 2000) 400 vd; Hans-Heinrich Trute, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor”, iç Gunnar Folke Schuppert (ed), *Jenseits von Privatisierung und “schlankem Staat”* (1999) 13; Wolfgang Hoffmann-Riem, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit” iç Paul Kirchhof (ed), *Festschrift für Klaus Vogel* (2001) 47.

<sup>45</sup> Andreas Voßkuhle, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, (2003) 62 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 266, 311 vd.

<sup>46</sup> *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın sayılan hükümleri; belirtilen kamu hizmetlerini yürüten kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk teşebbüslerine dönüştürüleceğini öngören Federal kanunların çıkarılmasını ve söz konusu özel hukuk teşebbüslerindeki sermaye çoğunluğunun zaman içerisinde devredilebileceğini düzenlemektedir. (Çevirenin notu)*

<sup>47</sup> Altyapı sorumluluğu için bkz. Georg Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung* (Mohr Siebeck 1998), 323 vd.

<sup>48</sup> Bkz. Franz Jürgen Säcker, “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht”, (2005) 130 Archiv des öffentlichen Rechts 180, 186 vd.

<sup>49</sup> Josef Isensee, “Staat und Verfassung” iç Josef Isensee and Paul Kirchhof (edr), *Handbuch des Staatsrechts* 2 (3. Bası, C. F. Müller 2004) para 15/75 vd, oldukça açıklayıcı bir şekilde terim kullanılmış “sektörel devlet.”

hakların korunması açısından uyarlamak yerine; idare hukuku akademisyenleri idari faaliyetlere ve karar alma süreçlerine yol göstermeye yönlendirilmektedir.<sup>50</sup> Bu faaliyet; somut durumun analizi veya eylem ve kararların olası sonuçlarının belirlenmesi gibi hukuk dışı yöntemleri de içermek zorundadır. Böylece, idare hukukunun kontrol ve koruma işlevlerinin yanına hükümete etkin yönetim araçları sağlama işlevi de eklenmiş olur.<sup>51</sup> Bu bağlamda regülasyon hem belirli bir yönlendirme (*steering*) metodu sağlar hem de giderek yönlendirme yaklaşımının yerini alacak olan yeni yönetim konseptlerine de entegre olabilir.<sup>52</sup>

## 4. Regülasyona İlişkin Kamu Hukuku Sorunları

### 4.1. İdare Hukukunun Parçası olarak Regülasyon Hukuku

Yukarıda tanımlanan regülasyon hukuku, idare hukukunun bir parçasıdır ve idare hukuku alanındaki diğer konu ve kavramlardan ayrı düşünülemez. Ekonominin gözetimi/denetimi (*Aufsicht*) ve piyasanın yönlendirilmesi (*Wirtschaftslenkung*) gibi geleneksel kavramlar ışığında<sup>53</sup>; regülasyon, rekabet yaratıp sürdürmek ve kamu yararını koruyarak piyasaları optimize etmeye yarayan bir denetim modeli olarak en iyi şekilde kategorize edilebilir.<sup>54</sup> Rekabeti geliştirme fonksiyonu bakımından regülasyon hukuku, genel rekabet hukuku ile ilişki halindedir. Regülasyon hukukundaki “zorunlu unsur doktrini (*essential-facilities doctrine*)” ve “tavan fiyat düzenlemesi (*price-cap regulation*)” gibi bazı temel kavram ve araçlar genel rekabet hukukundan alınmıştır. Genel olarak ifade edecek olursak; tekelci yapıların kaldırılması ile daha fazla rekabet mümkün kılınır, daha az regülasyona ihtiyaç duyulur ve regülasyonun yerini giderek olağan rekabet düzenlemeleri alır.<sup>55</sup> Piyasa başarısızlıkları ne kadar azsa, rekabet hukuku genel yararı korumak açısından o kadar yeterli hale gelir. Piyasa başarısızlıkları her zaman ekonomik görevlerin devlet tarafından yerine getirilmesi ihtiyacını tetikler. Regülasyon, kamusal faaliyeti denetleyici tedbirlerle sınırladığı için böyle durumlarda alternatif sunabilir.

### 4.2. İdari Teşkilat: Hesap Verilebilirlik Sorunu

ABD’den Almanya’ya, Birleşik Krallık ve AB yoluyla, sadece regülasyon kavramı ithal edilmedi; bununla birlikte bir idari teşkilat biçimi olarak “bağımsız idari otorite

<sup>50</sup> Andreas Voßkuhle, “The Reform Approach in the German Science of Administrative Law: The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ iç Matthias Ruffert (ed), *The Transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe* (Sellier European Law 2007) 89.

<sup>51</sup> Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (2. Bası, Springer 2004), para 1/30 vd ve 1/33 vd.

<sup>52</sup> Almanya’da yönetim teorilerinin en iyi şekilde açıklanmış hali için bkz. Gunnar Folke Schuppert, “Was ist und wozu Governance?”, (2007) 40(4) *Die Verwaltung* 463.

<sup>53</sup> Eleştirel değerlendirme için bkz. Jan Hecker, *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht* (Mohr Siebeck 2007) 21 vd.

<sup>54</sup> Benzer şekilde Badura (n 11), para 184; Peter Huber, “Öffentliches Wirtschaftsrecht”, iç Friedrich Schoch (ed), *Besonderes Verwaltungsrecht* (15. Bası, De Gruyter 2013) ch. 3 para 187.

<sup>55</sup> Ayrıca bkz. Josef Ruthig ve Stefan Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (3. Bası, C.F. Müller 2011) para 23.

(*independent administrative agencies*)” fikri de kopyalandı. Geleneksel Alman idari organları, diğer birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi, hiyerarşik olarak<sup>56</sup> federal veya bölgesel düzeyde hükümet yapılarına entegre edilmiştir. İdeal olan her idari birimin; başında parlamentoya karşı sorumlu bir bakanın bulunduğu, bakanlıklardan birinin altında olmasıdır. Bağımsız idari otoritelere ilişkin yeni fikir, bu görüşten ayrılıyor. Telekomünikasyon, posta, enerji ve demiryolu taşımacılığı alanlarındaki ilgili direktiflere göre; eğer devlet hala ilgili endüstri ağlarının sahibi olarak nitelendirilebiliyorsa -yani söz konusu alanda önemli miktarda varlığa sahipse- bunlar en azından siyasi alandan bağımsız olmalıdır.<sup>57</sup> Yeni gelişmeler daha da fazla siyasi bağımsızlığa işaret ediyor.<sup>58</sup>

Almanya bu amaçla; Elektrik, Gaz, Telekomünikasyon, Posta Servisi ve Demiryolu Taşımacılığı Federal Ajansı'nı (*Bundesnetzagentur*) kurdu.<sup>59</sup> Bu ajans Federal Ekonomi Bakanlığı'na karşı sorumlu olmasına rağmen; Ajansın bağımsızlığını güvence altına almak için önlemler alındı. Bakanlık tarafından yapılan yönlendirmelerin<sup>60</sup> yayınlanması zorunluluğu getirildi. Böylece, hem şeffaflık hem de yönlendirmelerin siyasi olarak denetlenmesi sağlanmış oldu. Ayrıca en önemli düzenleyici kararlar, daha çok mahkemelere benzeyen ve genellikle üç üyeden oluşan kolektif kurullarda alınmaktadır. Bağımsızlığa; karar alıcı üyelerin uzmanlığı, karar alma süreçlerinde karşılıklı kontrol ve tartışma kültürü bir araya getirilerek ulaşıldığı ileri sürülmektedir.<sup>61</sup>

Şimdiye kadar, bağımsızlığı korumak için alınan önlemler büyük anayasal problemlere sebep olmadı. Bununla birlikte; enerji hukuku alanındaki en son AB direktifleri siyasi bağımsızlığı teşvik etmekte<sup>62</sup> ve ilkesel olarak herhangi bir hiyerarşik

<sup>56</sup> Makalenin bu bölümünde “hiyerarşi” kavramı; Türk idare hukuku doktrini bakımından hem hiyerarşi hem de idari vesayeti kapsayacak şekilde “herhangi bir denetim ilişkisi” manasında geniş anlamda kullanılmıştır. (Çevirenin notu)

<sup>57</sup> Bkz. Gabriele Britz, “Organisation und Organisationsrecht” iç Fehling ve Ruffert (edr), *Regulierungsrecht* (n 5), para 21/50; daha fazla kaynak için bkz Matthias Ruffert, “[Commentary to] s 116” iç Franz Jürgen Säcker (ed), *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz* (3. Bası, Fachmedien Recht und Wirtschaft 2013) para 9 vd; karşılaştırmalı bir analiz için bkz. Johannes Masing ve Gérard Marcou (edr), *Unabhängige Regulierungsbehörden* (Mohr Siebeck 2010).

<sup>58</sup> Bkz. aşağı (n 62).

<sup>59</sup> Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (July 7, 2005), 1 Bundesgesetzblatt 1970 (2005).

<sup>60</sup> Orijinal makalede geçen “instruction” ifadesi dar ve teknik anlamıyla “talimat” veya “yönerge” olarak değil; Bakanlık tarafından Ajans'ın kararlarına yönelik her tür müdahale çabasını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanıldığı için çeviride “yönendirme” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. (Çevirenin Notu)

<sup>61</sup> Britz, yukarı (n 57) para 48.

<sup>62</sup> Bkz. art. 35 of Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of July 13, 2009 iç piyasalarda elektrik alanında ortak kurullarla ilgili yürürlükten kaldırılan yönerge 2003/54/EC, O.J. 2009, No. L 211 p. 55: “(4). Üye devletler düzenleyici idarelerin bağımsızlığını ve çalışmalarının tarafsız ve şeffaf bir şekilde yürütülmesini sağlayacağını garanti eder. Bu amaçla üye devlet; idari direktiflerden ve ilgili mevzuattan kaynaklanan düzenleyici görevlerini yerine getirirken düzenleyici idarenin: (a) kamusal veya özel kuruluşlardan yasal olarak ayrı ve fonksiyonel olarak bağımsız olmasını sağlar (b) personelinin ve yönetiminden sorumlu kişilerin: ... (ii) düzenleyici görevlerini yerine getirirken hükümetten ve herhangi bir kamusal veya özel kuruluşun talimat almamasını sağlar...”

yapıya karşı çıkmaktadır.<sup>63</sup> Bazı Alman anayasa hukukçuları, bu yeni bağımsızlık şartlarında bir demokratik meşruiyet eksikliği tespit etmektedir. Hatta bazı yazarlar, Alman anayasal kimliğinin ihlal edildiğini öne sürecek kadar ileri gidebiliyor.<sup>64</sup> Bu iddia, kesinlikle fazla zorlamadır. İlkel olarak, Alman Anayasası; demokratik meşruiyeti olmayan herhangi bir kamu gücü kullanımına izin vermez (özellikle *GG madde 20/3*)<sup>65</sup>. Öte yandan, hiyerarşik meşruiyet zincirini kesintiye uğratma ihtiyacı her zaman olmuştur. Bu, ancak ele alınan ihtilaf konularından kesintiye haklı gösterecek bir sebep çıkarılırsa mümkündür.<sup>66</sup> Regülasyon kavramının, olağan hiyerarşik meşruiyet modelinden ayrılmayı, devlet ve piyasa başarısızlığı arasındaki gerilim yüzünden doğan bilgiye dayalı karar alma ihtiyacı nedeniyle haklı gösterebileceği ileri sürülmektedir.<sup>67</sup> Parlamenter hesap verilebilirlik; Federal Yasama Meclisi (*Bundestag*)'nin bilgilendirilmesi garanti edilerek ve regülasyon politikasının temel siyasi esasları üzerinde parlamento kontrolü etkinleştirilerek korunabilir.<sup>68</sup> Ayrıca yeni direktifler; Bakanlık tarafından yapılacak hukuka uygunluk denetimini engellemiyor.<sup>69</sup>

Bağımsız idari otoritelerin (*Bundesnetzagentur*)- Avrupa bağlamında entegrasyonu düşünüldüğünde durum daha da karmaşık hale geliyor. Daha önce bahsi geçen alanlardaki bütün ulusal regülasyon kurumları, Avrupa seviyesinde de ilgili alandaki kurumun parçasıdır. Örneğin; enerji için ACER, telekomünikasyon için BEREC veya demiryolu taşımacılığı alanındaki daha zayıf yapılar...<sup>70</sup> Regülatif kararlar karşılıklı bilgi paylaşımından sonra ve ortak standartlara göre hazırlanır. Olağan ulusal karar alma yollarından çıktığı zaman meşruiyet problemleri daha da ağırlaşır.<sup>71</sup>

Ayrıca Almanların Anayasa (*GG*) tarafından oluşturulan belirli bir hesap verilebilirlik modelinin ihlal edildiğine ilişkin kaygıları, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları yoluyla hafifletilmektedir. İlk bakışta katı görünen bu kavramın esnekliğinin fark

<sup>63</sup> Bkz. Matthias Ruffert, "Die neue Unabhängigkeit: Zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht", iç Peter-Christian Müller-Graff, Stefanie Schmahl ve Vassilios Skouris (edr), *Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing* (Nomos 2011) 399.

<sup>64</sup> Özellikle bkz. Klaus Ferdinand Gärditz, "Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen", (2010) 135(2) *Archiv des öffentlichen Rechts* 251, 283 vd; and Markus Ludwigs, "Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur independent agency? Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen", (2011) 44(1) *Die Verwaltung* 41, 47 vd.

<sup>65</sup> *Bahsi geçen GG madde 20 hükmü, Federal Alman Devleti'nin temel ilkelerini ve direnme hakkını düzenliyor. Hükümün üçüncü fıkrasında; yasamanın anayasal düzene; yürütme ve yargı organlarının, yasalara ve hukuka bağlılığı vurgulanıyor. (Çevirenin notu)*

<sup>66</sup> Bkz. Peter Lerche, "[Commentary to Arts. 87–88]", iç Theodor Maunz and Günter Dürig (edr), *Grundgesetz-Kommentar* (C. H. Beck 1996) para 112.

<sup>67</sup> Britz (n 57) para 32 vd özellikle 39.

<sup>68</sup> Elektrik Direktifinin uygulanmasına ilişkin düzenlemelere göre 2009/72/EC ve Gaz Direktifi 2009/73/EC, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/interpretative\\_notes/doc/implementation\\_notes/2010\\_01\\_21\\_the\\_regulatory\\_authorities.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf). (Çevrimiçi)

<sup>69</sup> Burada durumun farklı olduğu belirtiliyor, ECJ, Case C-518/07, *Commission v. Germany* (Olay veri koruma otoritesiyle ilgili) [2010] ECR I-1885, mahkeme tarafından kapsama alınmaması kararı Almanya'da yoğun bir şekilde tartışıldı.

<sup>70</sup> Avrupa düzeyindeki kurumların kapsamlı bir analizi için bkz. Steffen Augsburg, "Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen", iç Jörg Philipp Terhechte (ed), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union* (Nomos 2011) para 6/50 vd.

<sup>71</sup> Weber'e dayanan yeni ve ilginç bir yaklaşım için bkz. Enrico Peuker, *Bürokratie und Demokratie in Europa* (Mohr Siebeck 2011).

edilmesiyle birlikte; akademisyenler hesap verilebilirlik kavramının AB'deki farklı anayasal sistemlerde çeşitlilik arz edebileceğini kabul eder hale geldiler.<sup>72</sup> Çoğulcu, halka açık/aleni ve politik çağrışımı Anglo-Amerikan hesap verilebilirlik anlayışı; hakim Alman anlayışınca şart koşulan kanuna sıkı sıkıya bağlı/kanuncu meşruiyet biçimlerinden farklıdır. Tartışılması gereken ve tartışılmakta olan şey; mevcut sistemin ihlaline neden olmadan ulusal düzeye girebilecek esneklik aralığının ne olduğudur.<sup>73</sup>

### 4.3. Usuller ve Araçlar

Regülasyon hukukunun usule ilişkin olarak getirdiği yenilikler, daha az problemlidir. İdare hukukunda genel bir regülasyon usulü bulunmuyor.<sup>74</sup> Bununla birlikte, regülasyon hukuku ile birlikte bazı usul unsurları özel önem kazanmıştır. Bu durum, regülasyon kurumlarına özgü kolektif kurulların karar alma süreçlerinde açıkça görülür (Yukarı bkz. bölüm: 4.2). Bu tür işlemlerde delillerin toplanması, iddia ve savunmaların karşılıklı olarak ileri sürülmesi belirli usullere bağlıdır.<sup>75</sup> Ayrıca ulusal düzeydeki ve Avrupa düzeyindeki kurumların işbirliği için özel usuller bulunmaktadır. Bu işbirliğinin temelinde; piyasanın analiz edilmesi ve piyasa analizi için ortak standartların belirlenmesi amacı vardır.<sup>76</sup> Son olarak; bazı alanlar, kamu ihale usulleriyle yakından ilgilidir.<sup>77</sup>

Karmaşık ekonomik konularda karar alması için ilgili kuruma belirli bir takdir yetkisi bırakılması gerekebilir. İdari konularda en yüksek mahkeme olan Alman Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) dahi, özel bir “*regülatif takdir yetkisi*” kategorisi oluşturmaya çalıştı.<sup>78</sup> Bununla birlikte, takdir yetkisine ilişkin yargısal değerlendirilmede böyle bir değişikliğe idare hukukçularının tepkisi ihtiyatlı olmuştur.<sup>79</sup> Bu nedenle, regülatif takdir yetkisi kavramı o kadar genişletilememiştir.

İdari regülasyon hukukunun temel usul unsurları, idari teşkilat hukukundaki değişiklikler gibi hususların bir şekilde arkasında kalmış görünse de; regülasyon araçları ve bu araçların hukuku kapsamlı bir tipoloji içinde daha kolay gruplandırılabilir.<sup>80</sup>

<sup>72</sup> Matthias Ruffert, “Comparative Aspects of Administrative Legitimacy”, iç Matthias Ruffert, *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction* (Europa Law 2011) 351–360.

<sup>73</sup> Oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım için bkz. Gärditz (n 64).

<sup>74</sup> Michael Fehling, “Instrumente und Verfahren”, iç *Regulierungsrecht* (n 5) para 20/138.

<sup>75</sup> Fehling (n 74) para 105 vd.

<sup>76</sup> Jens-Peter Schneider, “Telekommunikation”, iç *Regulierungsrecht* (n 5) para 8/21 vd.

<sup>77</sup> Tekrar bkz. Fehling (n 74), para 154 vd.

<sup>78</sup> 130 BVerwG 39, 48 (2007); Bundesverwaltungsgericht, *Zeitschrift für Netzwirtschaft und Recht* 141, 144 (2008).

<sup>79</sup> Bkz. Klaus Ferdinand Gärditz, “Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle”, (2009) *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1005; Matthias Ruffert, “[Commentary to s 40]” iç Hans Joachim Knack ve Hans-Günther Henneke, (edr), *Verwaltungsverfahrensgesetz* (2010) para 45; Friedrich Schoch, “Gerichtliche Verwaltungskontrollen” iç Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann ve Andreas Vosskuhle (edr), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Vol. III* (C. H. Beck 2009) paras. 50/291 vd; Claudio Franzius, “Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach ss 21, 30 TKG”, (2009) *Deutsches Verwaltungsblatt* 409. Daha açık bir görüş için bkz. Markus Ludwigs, “Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht”, (2009) 64(6) *Juristenzeitung* 290.

<sup>80</sup> Sınıflandırmanın alındığı yer için bkz. Matthias Ruffert, “Grundfragen der Wirtschaftsregulierung”, iç *Besonderes Verwaltungsrecht* (n 5) 726 para 41-43.



- Ağlara Erişim: Genellikle belirli ağ kaynaklarına erişim garanti edilmeden rekabet yaratılamaz. Bu durum; telekomünikasyon, enerji ve posta servisi alanlarında açıktır. Bu alanlarda rekabet yaratmanın yolu rekabet hukukundaki *zorunlu unsurlar doktrininde*- (*doctrin of essential facilities*) bulunmuştur.
- Evrensel Hizmet: Yüksek yatırım harcamaları gerektirmeleri nedeniyle ağ ekonomileri içindeki bazı faaliyetler şimdiye kadar çoğunlukla devlet tarafından üstlenilmiştir. Özel şirketlerin hayati alanlardaki faaliyetlerden çekilmesini önlemek için evrensel hizmet sağlama görevinin yüklenmesi, piyasa başarısızlığını engeller ve devlet kendisi sağlamadan hizmeti garanti etme görevini yerine getirmiş olur.
- Fiyat Kontrolü: Ağ ekonomileri doğal tekeller üretir. Özelleştirme sonrasında dahi önemli ölçüde tekelci fiyatlandırma veya ilgili piyasaya yeni girişleri engellemek için yıkıcı fiyat uygulanması riski vardır. Sonuç olarak, regülasyon hukuku, devletin sosyal görevlerini yerine getirmesine de yarayan çeşitli fiyat kontrol mekanizmaları sağlar.

## 5. Regülasyon Hukukunun Sınırları ve Potansiyeli

### 5.1. Regülasyonun Sınırları

Bu makalede anlaşıldığı şekliyle regülasyon hukuku; ekonomik olguları mümkün olan en yüksek ölçüde bütünleştirerek, ekonomi üzerinde etkili bir devlet denetimi modeli sağlar. Aynı zamanda, piyasa mekanizmalarına yakın araçlarla piyasaların bilgi üreten etkisini kullanabilir ve kamu yararını teminat altına alabilir. Bunlar, kesinlikle, 1990’larda ve 21. yüzyılın başlarında yaşanan regülasyon hukuku patlamasının sebeplerindedir. Buna rağmen, yine de kalan zorlukları aklımızda tutmaya ihtiyaç vardır.

Regülasyon hukukunun iç sınırları, enerji hukukunda görünür olmaya başladı. Bu alanda bütün piyasayı formaliteye boğmadan rekabet yaratmak oldukça zor. Bu durum, aynı zamanda, Almanya ve genel olarak tüm Avrupa’daki birincil enerji kaynaklarının kıtlığından da ileri gelmektedir. Ayrıca, bu alanda regülasyon hukuku aracılığıyla çıkar çatışmalarının aşılması da oldukça zordur.

Regülasyon hukukundan, kapsamı dışındaki amaçlara ulaşması beklenildiğinde; onun dış sınırları ortaya çıkmaktadır. Çevrenin korunması veya belirli başka sosyal amaçlar için regülasyon hukukunun kullanılmasında bu durum geçerlidir. Regülasyon, sosyal devletin ilerisinde bir kavram değildir. Yukarıda açıklandığı gibi; temel hizmetlerin toplumun geneli için makul fiyatlarla sağlamak regülasyon konseptinin bir parçasıdır. İlgili sektörlerde çalışanların korunması ise genel iş hukuku ile sağlanmalıdır. Regülasyon hukukuna özgü bir işçi koruma usulü yoktur; ancak regülasyon hukukunun konusu olan alanlarda da gerçekleştirilecek korku yaratan bir dibe doğru gitme yarışı<sup>81</sup>, istihdama uygulanan genel hukuk kuralları aracılığıyla önlenmelidir.

<sup>81</sup> Orijinal makalede giderek işçi ücretlerinin aşağıya çekildiğini ve çalışma koşullarını ağırlaştığını ifade etmek için kullanılan “race to the bottom” ifadesi, Türkçeye “dibe doğru gitme yarışı” olarak çevrilmiştir. (Çevirenin Notu)

Eğer bu tür dış sınırlara uyulmazsa; herhangi birisi açısından eudaimonist bir şekilde herhangi bir yararlı amacı gerçekleştirmek için, demokratik kontrol olmadan regülasyon hukukunun bir şekilde sapıtılması hususunda ciddi bir risk söz konusu olabilir.<sup>82</sup>

## 5.2. Regülasyonun Potansiyeli

Belki de yukarıda açıklanan sınırlar nedeniyle, regülasyonun potansiyeli sıklıkla hafife alınmıştır. Ekonomik açıdan; telekomünikasyon, enerji, posta hizmetleri gibi sektörlere uygulanan regülasyon konsepti, yukarıda belirlenen sınırlar içinde, diğer sektörlere de taşınabilir. Akla gelen örnekler; sağlık, sağlık sigortası veya finans piyasaları olabilir. Finansal piyasaların regülasyonu burada anladığımız manada regülasyondan farklı olsa da; kamu yararını finansal piyasa regülasyonuna entegre etmeye yönelik acil ihtiyaç açıktır.

Regülasyon aynı zamanda AB hukuku için özel bir potansiyele sahiptir. Açıkça ifade etmek gerekirse; çeşitli üye devletlerin hükümetleri tarafından ortak bir idari konseptin benimsenmesi, beraberinde *“hukuk aracılığıyla bütünleşme”*<sup>83</sup> getirebilir. Bazı üye devletler, sadece kendi endüstrilerini korumak adına yeni konseptleri benimsemekte daha isteksiz olabiliyor. Fransız enerji ve ulaşım sektörü bu konuda kötü şöhretlidir ve bu durum karşılaştırmalı hukukçuların çabalarıyla ortaya çıkarılmıştır.<sup>84</sup> Buna rağmen, yukarıda belirtilen yeni usuller ve araçlar (yukarı bkz. bölüm 4.3) genellikle üye devletlerin idare hukuku sistemlerine ortak unsurlar olarak girer. Mukavemet ve direnç yalnızca geçici bir olgu olarak kalabilir. Uzun vadede ortak regülasyon anlayışının bütünleştirici etkisi anayasal seviyeye de ulaşacaktır. Piyasa etkinliği ile demokratik olarak tanımlanmış kamu yararı arayışı arasında denge kurmayı amaçlayan regülasyon konseptinin; sadece geleneksel Alman sosyal piyasa ekonomisi düşüncesine ait bir tasarı olarak, AB Andlaşması (madde 3/3, 2. cümle)<sup>85</sup> içinde yer alan kapsayıcı amacın aşağı yukarı yansıttığı anayasal sonuçlar olmadan uygulanması mümkün değildir.

## 6. Devletin Genel Olarak Geri Dönüşü?

2007-2008 ekonomik krizinden sonra *“devleti geri getirme”* eğilimi -yani ekonomide daha fazla devlet faaliyetine ihtiyaç olduğu fikri- baskın görüş haline gelmişti.<sup>86</sup> Bazı gözlemciler, piyasa başarısızlığı (örneğin bilgi eksikleri) ile devlet

<sup>82</sup> Bu tehlikelerin uygun şekilde formüle edilmiş hali için bkz. Frank Schorkopf, “Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaats”, (2008) 63(1) Juristenzeitung 20.

<sup>83</sup> Terim ve tarihi için bkz. Antoine Vauchez, “Integration through Law, Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense”, (2008) 10 EUI Working Papers RSCAS, [http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/08\\_10.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/08_10.pdf) (son ziyaret Dec. 4, 2012).

<sup>84</sup> Matthias Ruffert, “Europäisches Ausland”, iç Regulierungsrecht (n 5) s 2 para 6 vd; teorik tartışma için bkz. Gérard Marcou, “La notion juridique de régulation”, (2006) Actualité Juridique Droit Administratif 350.

<sup>85</sup> AB Andlaşması madde 3(3) 2. cümle: “Birlik; dengeli ekonomik büyümeye, fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal gelişmeyi hedefleyen rekabet edebilirliği yüksek bir sosyal piyasa ekonomisine ve çevrenin yüksek düzeyde korunmasına ve iyileştirilmesine dayalı olarak, Avrupa'nın sürdürülebilir kalkınması için çalışır” (Çevrenin notu)

<sup>86</sup> Peter Michael Huber, “Die Renaissance des Staates” iç Christian Calliess ve Karl-Heinz Paqué (edr), *Deutschland in der Europäischen Union im kommenden Jahrzehnt* (Hanns Martin Schleyer Stiftung 2010) 25.

başarısızlığının (örneğin temel faiz oranlarının sabitlenmesi, uygunsuz konut kredileri) birleşimi olan nedenlerin karmaşıklığını tamamen gözden kaçırıp ikinci nedeni göremediler. Devletçilik ana akımdır.<sup>87</sup> Bazı akademisyenler, esas olarak devlet borçlarından kaynaklı bir kriz olduğu şüphesiz olan mevcut Avrupa krizi sırasında dahi görüşlerini değiştirmediler.

Ekonomik ve politik gelişmelerin değerlendirilmesi karşılaştırmalı anayasa ve idare hukukçularının temel görevi değildir. Bunu göz ardı etmeden, burada açıklanan regülasyon kavramının; “*daha fazla piyasa/daha fazla devlet*” tartışmasına farklı bir alternatif sunduğu ileri sürülmektedir. Bu, etkin bir piyasa ekonomisinin talepleri ile demokratik yönetimin gereklerini birbirine düşürmeden dengelemeye çabalayan anayasa hukuku çabalarını yansıtabilen modern bir idare hukuku doktrindir. Bu durum, geleneksel Alman formülü olan sosyal piyasa ekonomisinin (*Soziale Marktwirtschaft*) gecikmiş de olsa göreceli olarak gerçekleşmesi anlamına geliyorsa; akademisyenler temel kamu hukuku değerlerinin bozulması hakkında da daha az endişe duymalıdır.

## BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY<sup>88</sup>

- Abelshausen W, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte: Von 1945 bis zur Gegenwart* (2. Bası, C.H. Beck 2004).
- Aken A, “Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten” iç Marc Bungenberg vd. (edr), *Recht und Ökonomik* (C.H Beck 2004) 1-31.
- Aktan ÇC ve Derya H(edr), *Freiburg Hukuk ve İktisat Okulu- Piyasa Ekonomisinin Hukuki Çerçevesi: Ekonomik Anayasa Piyasa Ekonomisinde Sosyallik İlkesi* (Sosyal Bilimler Araştırmaları Derneği Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları 2019).<sup>89</sup>
- Assmann HS, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy* (1980).
- Augsberg S, “Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen”, iç Terhechte JP (ed), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union* (Nomos 2011) 201-272.
- Badura P, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung* (4. Bası, Mohr Siebeck 2011).
- Baldwin R ve Cave M, *Understanding Regulation* (Oxford 1999).
- Berringer C, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht* (C.H. Beck 2004).
- Black J, “Constitutionalising Self-Regulation”, (1996) 59(1) *The Modern Law Review* 24-55.
- Brennan G ve Buchanan JM, *The Reason of Rules* (Cambridge University Press 1985).
- Britz G, “Organisation und Organisationsrecht” iç Fehling M ve Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010) 1148-1199.
- Ehlers D, Fehling M ve Pünder H, *Besonders Verwaltungsrecht-I* (3. Bası, C.F Müller 2012).
- Eifert M, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat* (Nomos 1998).

<sup>87</sup> Açıklayıcı bir tartışma için bkz. Rolf Stürner, *Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie* (C.H. Beck 2007).

<sup>88</sup> Kaynakça orijinal makalede gösterilmemiş, Türkçe çevirisine ayrıca eklenmiştir. (Çevirenin notu)

<sup>89</sup> Bu kaynak orijinal makalede yer almamaktadır, çeviren tarafından eklenen dipnotta gösterilmiştir. (Çevirenin notu)

- Eifert M, “Regulierungsstrategien” iç Hoffmann-Riem W, Schmidt-Aßmann E ve Voßkuhle A (edr), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2. Bası, C.H. Beck 2012) 1319-1394.
- Fehling M, “Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise”, (2010) 45(5) *Europa Recht* 598-617.
- Fehling M, “Instrumente und Verfahren”, iç Fehling M ve Ruffert M (edr) *Regulierungsrecht* (Mohrsiebeck 2010) 1087-1147.
- Fehling M, Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohrsiebeck 2010).
- Francis J, *The Politics of Regulation* (Wiley-Blackwell 1993).
- Franzius C, “Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach s 21, 30 TKG”, (2009) *Deutsches Verwaltungsblatt* 409-416.
- Fritsch M, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik* (8. Bası, Vahlen 2011).
- Gärditz KF, “Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen”, (2010) 135(2) *Archiv des öffentlichen Rechts* 251-288.
- Gärditz KF, “Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle”, (2009) *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1005-1011.
- Hayek FA, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren* (Kiel 1968).
- Hecker J, *Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht* (Mohr Siebeck 2007).
- Hermes G, *Staatliche Infrastrukturverantwortung* (Mohr Siebeck 1998).
- Hoffmann-Riem W, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit” iç Kirchhof P (ed), *Festschrift für Klaus Vogel* (2001) 47-64.
- Hohmann K ve Suchanek A, *Ökonomik: Eine Einführung* (2. Bası, Mohr Siebeck 2005).
- Huber ER, *Bewahrung und Wandlung* (Duncker & Humblot 1975).
- Huber ER, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht* (1956).
- Huber P, “Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?”, (2003) *Juristenzeitung* 290-297.
- Huber P, “Öffentliches Wirtschaftsrecht”, iç Schoch F (ed), *Besonderes Verwaltungsrecht* (15. Bası, De Gruyter 2013).
- Huber PM, “Die Renaissance des Staates” iç Calliess C ve Paqué KH (edr), *Deutschland in der Europäischen Union im kommenden Jahrzehnt* (Hanns Martin Schleyer Stiftung 2010) 25.
- Isensee J, “Staat und Verfassung” iç Isensee J ve Kirchhof P (edr), *Handbuch des Staatsrechts* 2 (3. Bası, C. F. Müller 2004) s 15.
- Jorges C, “What is Left of the European Economic Constitution”, (2004) 13 *EUI Working Paper Law*, 1-36.
- Jungbluth D, “Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?”, (2010) 45(4) *Europarecht* 471-489.
- Kämmerer JA, *Privatisierung* (Mohr Siebeck 2001).
- Kellerhals A, *Wirtschaftsrecht und Europäische Integration* (Schulthess 2006).
- Lepsius O, “Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell” iç Fehling M ve Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010) 3-75.
- Lerche P, “[Commentary to Arts. 87–88]”, iç Maunz T and Dürig G (edr), *Grundgesetz-Kommentar* (C. H. Beck 1996).
- Leschke M, Erlei M ve Sauerland D, *Neue Institutionenökonomik* (2 Bası, Schäffer-Poeschel 2007).

- Leschke M, “Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht” iç Fehling M ve Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010) 281-331.
- Lindner JF, “Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit”, (2003) *Die Öffentliche Verwaltung* 185-192.
- Ludwigs M, “Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht”, (2009) 64(6) *Juristenzeitung* 290-297.
- Ludwigs M, “Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur independent agency? Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen”, (2011) 44(1) *Die Verwaltung* 41-74.
- Majone G, *Europe as the Would-be World Power* (Campridge University 2009).
- Majone G, “The Future of Regulation in Europe” iç Giandomenico Majone (ed), *Regulating Europe* (Routledge 1996) 265-283.
- Majone G, “The Rise of the Regulatory State in Western Europe”, (1994) 17 *West European Politics* 77-101.
- Marcou G, “La notion juridique de régulation”, (2006) *Actualité Juridique Droit Administratif* 347-353.
- Masing J, “Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts”, (2003) 128(4) *Archiv des öffentlichen Rechts* 558-607.
- Masing J ve Marcou G (edr), *Unabhängige Regulierungsbehörden* (Mohr Siebeck 2010).
- Moran M, *The British Regulatory State* (Oxford 2003).
- Müller M ve Sturm R, “Ein neuer regulativer Staat in Deutschland? Die neuere Theory of the Regulatory state und ihre Anwendbarkeit auf die deutsche Staatswissenschaft”, (1998) 9 *Staatswissenschaft und Staatspraxis* 507 vd.
- Nipperdey HC, *Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik* (Müller 1954).
- Nipperdey HC, *Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht* (Heymann 1960).
- Ogus A, “Re-thinking self-regulation”, (1995) 15(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 97-108.
- Olson M, *The Logic of Collective Action* (Harvard University Press 1965).
- Peuker E, *Bürokratie und Demokratie in Europa* (Mohr Siebeck 2011).
- Prosser T, *Law and the Regulators* (Clarendon 1997).
- Reich N, *Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen* (Müller Juristischer 1984).
- Ruffert M, “[Commentary to] s 116” iç Säcker FJ (ed), *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz* (3. Bası, Fachmedien Recht und Wirtschaft 2013).
- Ruffert M, “[Commentary to] Art. 9 TEU” iç Calliess C ve Ruffert M (edr), *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta* (4. Bası, C. H. Beck 2011).
- Ruffert M, “[Commentary to s 40]” iç Knack HJ ve Henneke HG (edr), *Verwaltungsverfahrensgesetz* (2010).
- Ruffert M, “Comparative Aspects of Administrative Legitimacy”, iç Ruffert M, *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction* (Europa Law 2011) 351-360.
- Ruffert M, “Die neue Unabhängigkeit: Zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht”, iç Müller-Graff PC, Schmahl S ve Skouris V (edr), *Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing* (Nomos 2011) 399-414.

- Ruffert M, “Europäisches Ausland” iç Fehling M ve Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010) 76-94.
- Ruffert M, “Grundfragen der Wirtschaftsregulierung” iç Ehlers D, Fehling M ve Pünder H (edr), *Besonders Verwaltungsrecht-1* (3. Bası, C.F Müller 2012) 706-729.
- Ruffert M, “Regulierung im System des Verwaltungsrechts”, (1999) 124(2) *Archiv des öffentlichen Rechts* 237-281.
- Ruffert M, “The European debt crisis and European Union law”, (2011) 48(6) *Common Market Law Review* 1777-1805.
- Ruffert M, “Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung”, (2009) 134(2) *Archiv des öffentlichen Rechts* 197-239.
- Ruge R, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory state* (Duncker & Humblot 2004).
- Ruthig J ve Storr S, *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (3. Bası, C.F. Müller 2011).
- Säcker FL, “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht”, (2005) 130 *Archiv des öffentlichen Rechts* 180-224.
- Schmidt R, “Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft” iç Isensee J ve Kirchhof P(edr), *Handbuch des Staatsrechts-4*. (3. Bası, C.F. Müller 2006) 885-920.
- Schmidt-Assmann E, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (2. Bası, Springer 2004).
- Schneider JP, “Telekommunikation” iç Fehling M ve Ruffert M (edr), *Regulierungsrecht* (Mohr Siebeck 2010) 365-428.
- Schoch F, “Gerichtliche Verwaltungskontrollen” iç Hoffmann-Riem W, Schmidt-Assmann E ve Vosskuhle A (edr), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Vol. III* (C. H. Beck 2009) 687-941.
- Schorkopf F, “Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaats”, (2008) 63(1) *Juristenzeitung* 20-29.
- Shuppert GF, “Jenseits von Privatisierung und ‘schlankem’ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung” iç Gusy C (ed), *Privatisierung von Staatsaufgaben* (Nomos 1998) 72-111.
- Shuppert GF, *Verwaltungswissenschaft* (Nomos 2000).
- Shuppert GF, “Was ist und wozu Governance?”, (2007) 40(4) *Die Verwaltung* 463-511.
- Scott C, “Accountability in the Regulatory state”, (2000) 27(1) *Journal of Law and Society* 38-60.
- Scott C, “Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance”, 2002 29(1) *Journal of Law and Society* 56-76.
- Sked A ve Cook C, *Post-War Britain* (2. Bası, Penguin 1984).
- Sommermann KP, “Demokratiekonzepte im Vergleich” iç Bauer H, Huber P ve Sommermann KP (edr), *Demokratie in Europa* (Duncker & Humblot 2005) 191 vd.
- Stolleis M, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Vierter Band 1945–1990* (C.H. Beck 2012).
- Stürmer R, *Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie* (C.H. Beck 2007).
- Trute HH, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor”, iç Shuppert GF (ed), *Jenseits von Privatisierung und ‘schlankem Staat’* (1999) 13-45.



- Vaucher A, “Integration through Law, Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense”, (2008) 10 EUI Working Papers RSCAS.
- Voßkuhle A, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, (2003) 62 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 266-328.
- Voßkuhle A, “The Reform Approach in the German Science of Administrative Law: The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ iç Ruffert M (ed), *The Transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administratif en Europe* (Sellier European Law 2007) 89-144.
- Wegmann M, *FrüherNeoliberalismus und europäische Integration* (Nomos Verlagsgesellschaft 2002).

