AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA "REGÜLASYON"

(VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)

Yard. Doç. Dr. CENK ŞAHİN

YAYIN NO: 118

AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA "REGÜLASYON" (VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)
Yard. Doç. Dr. Cenk Şahin

ISBN 978-605-4396-21-4

1. BASKI - İSTANBUL, EKİM 2010

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres : Abide-i Hürriyet C. 259/A3 Akman İş Merkezi K: 7 Şişli / İSTANBUL
Telefon : (212) 343 09 02
Faks : (212) 230 35 65
Web : www.onikilevha.com.tr
E-Posta : bilgi@onikilevha.com.tr

Baskı/Cilt Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti.
Taksim Cad. Yoğurtcufaik Sok. No: 3 Taksim
Beyoğlu / İstanbul
Tel: (212) 249 40 60
Sertifika No: 13723

Yard. Doç. Dr. CENK ŞAHİN

AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA "REGÜLASYON"

(VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)

Cenk ŞAHİN, 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, aynı yıl, aynı Fakültenin İdare Hukuku Anabilim Dalı "Araştırma Görevlisi" kadrosuna atanmıştır. 2002 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Programı'ndan "İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma" başlıklı tezi ile mezun olan ŞAHİN, 2006 yılında, A.B.D.'de bulunan Washington College of Law'un, "Law and Government" ("Hukuk ve İdare") Programından Yüksek Lisans (LL.M.) derecesi ve "İdare Hukuku ve Regülasyon Uygulaması" ("Administrative Law and Regulatory Practice") Sertifikası almıştır. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün Kamu Hukuku Bölümü Doktora Programı'ndan "Amerikan İdare Hukukunun Temel Kavramı Olarak Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları" başlıklı tezi ile mezun olan ŞAHİN, Mayıs 2010'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalına "Yardımcı Doçent" unvanı ile atanmıştır.

Anne ve Babam'a

ÖNSÖZ

Ülkemizde son dönemlerde oldukça moda olan regülasyon kavramının, "patent"ine sahip olan ülkedeki anlam ve kapsamının ortaya konması amacıyla ele alınan bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda hazırlanan ve 16 Kasım 2009 tarihinde kabul edilen "Amerikan İdare Hukukunun Temel Kavramı Olarak Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları" başlıklı doktora tezinin ufak tefek bir takım değişikliklerle kitaplaştırılmış biçimidir.

Yalnız hukuk ilminin konusu olmayan, aynı zamanda ekonomi ve kamu yönetimi gibi farklı bilim dallarının kesiştiği bir alanı, üstelik "biz"e yabancı bir hukuk sistemi üzerinden anlatabilmenin zorluğu, aslında "ön" değil de "son" söz olan bu satırlar yazılırken daha da fazla hissedilmektedir. Amerikan İdare Hukuku'nu mercek altına alan çalışmaların azlığı, yazılanların sağlamasını yapabilmek bakımından yeterli sayıda "kılavuz" bulabilme gibi bir olanaktan yoksun kalınması sonucunu doğurmuş, konunun özellikle ekonomik boyutunu gözden kaçırılmama çabası, hukuki öz ve sentezden yoksun, kısır bir takım tartışmaların içinde kaybolma tehlikesini de beraberinde getirmiştir. Bütün bunların yanında, regülasyonun Amerikan doktrinindeki kendine özgü ele alınış biçimi nedeniyle, konu ile ilgili bir çok kavramın tıpkı bir "puzzle" gibi ancak bir araya geldiğinde belirli bir anlam ifade ediyor olması, adım adım işleyen, sistematik bir kurgunun yapılabilmesini de bir hayli güçleştirmiştir.

Bununla birlikte, hukuk ilmi alanında uğraş gösterenlerin amacının mazeret "üretmek" değil aksine "tüketmek" olması gerektiği düşüncesi ve farklı bir bakış açısı yakalayabilme hevesi, deneme niteliğinde bir takım

adımlar atılabilmesini mümkün kılmıştır. Bu adımların, en azından, regülasyonun Türk Hukukundaki anlamını ele alan eserlerle karşılaştırılması bakımından fayda sağlayabileceğini umuyorum.

Türk hukuk doktrininde regülasyonun ne olduğu belirli bir oranda tartışılmış olsa da, bu tür bir kavramın, özellikle kaynak ülke olan A.B.D.'de neden ortaya çıktığı, hangi ihtiyaçların onu doğurduğu ve hala regülasyona gerek olup olmadığı hususu pek tartışılmamış, bu konu daha ziyade iktisatçılara bırakılmıştır. Konunun, hukuksal bakış açısıyla da irdelenmesi gerektiği iddiasından yola çıkan bu çalışmada, A.B.D. uygulaması bakımından regülasyonun ne anlam ifade ettiği, niçin ve nasıl ortaya çıktığı açıklanmaya çalışılırken, bazı piyasalarda, gevşetildiğinin veya terk edilmeye çalışıldığının da altı çizilmektedir. Günümüzde Amerikan İdare Hukuku yalnız regülasyon faaliyetine değil, belki de ondan daha fazla deregülasyon faaliyetine tatbik edilir olmuştur. Bununla birlikte, 2008 yılında patlak veren ekonomik krizin, özellikle finans sektöründe, rüzgârın tekrar regülasyondan yana esmesine neden olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, finansal sektörde esen rüzgarın diğer sektörler bakımından aynı şiddette olmadığı ve hizmet sektörlerinin bir çoğunda deregülasyondan yana tavır alınmasından vazgeçilmediği de vurgulanmalıdır. Bu durum, aslında çalışmanın dayandığı ana fikirlerden birini de güçlendirmektedir: "regülasyon ve deregülasyonun kamu yararı bakımından değerlendirilmesinde her sektörün ayrı ayrı incelenmesi gerekir."

Böyle bir savın tutarlılığının sergilenebilmesi için bir takım sektörlerin gelişiminden örnekler vermek kaçınılmaz olmuştur. Bu açıklamalar, kimi zaman hukuksal zemin dışına çıktığından, ilk bakışta, yersiz ya da gereksiz olarak görülebilir. Ancak, özellikle regülasyonun yerini deregülasyona ve antiröst kurallarına bıraktığı sektörlerde yaşanan süreci ve bu sürece egemen olan hukuku açıklamak için, söz konusu örneklerin, hukuksal yaklaşımdan uzaklaşmak pahasına da olsa, verilmesinin verilmemesinden daha iyi olduğu kanaatindeyim. Aksi bir durumda, yapılan değerlendirme ve tespitlerin havada kalması gibi vahim bir hatanın oluşması oldukça muhtemeldir.

Regülasyonun veya deregülasyonun kamu yararına yönelik olup olmadığını değerlendirirken ulaşım, telekomünikasyon, enerji gibi bazı alanlarda ekonomik veri ve sonuçların analiz edilmesi kaçınılmazdır. Böylesine bir konuyu salt hukuksal yönden incelemek fotoğrafın tamamına bakıp bütüncül bir değerlendirme yapmaya yetmez. O nedenle, ister istemez, konunun ekonomik yönünün de ortaya konulması, hukuk-ekonomi bağlantısı koparılmadan incelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, çalışmanın asıl amacından uzaklaşmama kaygısı, konunun ekonomik boyutunun mümkün olduğu kadar genel ve ayrıntısız bir şekilde ele alınmasını zorunlu kılmıştır.

Bu çalışmanın esasının regülasyonun Amerikan Federal İdare Hukuku'ndaki anlam, kapsam ve gelişiminin incelenmesine yönelik bir "kavram sorgulaması"ndan ibaret olduğunun tekrar altını çizmek gerekir. Bu bakımdan, çalışmanın Türk Hukuku teori ve uygulaması bakımından **"doyurucu"** olmadığına yönelik eleştirilerde belirli bir haklılık payı olacaktır. Bu tür eleştirilere karşı, yapılabilecek savunma, tezin asıl **"misyonu"**nun kaynak ülkedeki regülasyon manzarasını ortaya koymak olduğu, Türk Hukukuna yönelik sorun ve meselelerin, tek bir eserde toplanamayacak kadar kapsamlı olması nedeniyle, ayrıntıların yazılmış ve yazılacak eserlere **"havale"** edildiği yönünde olabilir.

Bütün eksik ve hataları bana ait olan bu çalışmada;

Asistanlığını yapmış olmaktan onur duyduğum, tüm hayatını İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalına adamış emekli hocam ve danışmanım Prof. Dr. İl Han ÖZAY'a;

Gerek buradaki gerekse A.B.D. 'deki çalışmalarım bakımından, alışık olduğum teşvik ve desteğini yinelemekten kaçınmayan, değerli hocam Prof. Dr. Sait GÜRAN'a;

Prof Dr. ÖZAY'dan devraldığı kürsüde birlikte çalışmayı büyük bir ayrıcalık saydığım, akademisyenliğin anlamını daha iyi idrak etmemi sağlayan, destek, ilgi ve hoşgörüsünü hiçbir zaman eksik etmeyen, hocam Prof. Dr. Aydın GÜLAN'a;

Washington College of Law'da yaptığım çalışmalarda danışmanlığımı yaparak birçok zorluğu yenmemi sağlayan Prof. Jeffrey S. LUBBERS'a;

Tezin konusunun tesbit edilmesinden sonuçlandırılmasına kadar devam eden her aşamada, engin bilgi ve tecrübesini aktarmaktan yılmayan, her zaman olduğu gibi, yerli yersiz bütün soru ve düşüncelerime sabırla eğilen, değerli ağabeyim, Kemal BERKARDA'ya;

Başta Sayın Erol ÖZ olmak üzere On İki Levha Yayıncılık Çalışanlarına;

Ve daha birçok kişiye müteşekkirim.

Oğlum BATU ve eşim NİLHAN'ın varlığı, kendilerinden çaldığım zamanla yazdığım bu çalışmada, bana en büyük kuvveti verdi.

Çalışmayı sevgi, destek ve fedakârlıkları herhangi bir değerle kıyaslanamayacak Anne ve Babam'a ithaf ediyorum. Hiçbir şey onlara duyduğum minnet ve şükranın ifadesi olmaya yetmeyecektir. Tıpkı bu ithafta olduğu gibi …

Cenk Şahin
İstanbul, 2010

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ vii

İÇİNDEKİLER xi

KISALTMALAR xv

GİRİŞ 1

I. REGÜLASYON FAALİYETİNİN UNSURLARI 19

A. Regülasyonun Özneleri 19

1. Yasama 19

2. İdare(ler) (Agencies) 23

a. Bağımsız Regülasyon İdareleri 29

b. İdarelerin (Agencies) Anayasal Konumu 38

B. Regülasyon Faaliyeti Kapsamında İdarenin Sahip Olduğu Yetkiler 41

1. Düzenleyici İşlem Yapma (Rulemaking) 41

2. Yargısal Benzeri Karar Alma (Adjudication) 53

3. Lisanslama (Licensing) 56

4. Gözetim ve Denetim (Supervision) 58

a. Kayıt ve Rapor Sunulmasını Zorunlu Kılma (Reporting Requirements) 60

b. Teftiş Etme (Inspection) 61

c. İhzar Emri Çıkartma (Subpoena) 63

d. Özelllik Arzeden Alanlarda Yoğun Denetim (Intensive Supervision) 64

5. Yaptırım Uygulama (Sanctioning) 65
C. Regülasyon Politikası 68
D. Regülasyon Faaliyetinin Sebep Unsuru (Justificatons for Regulation) 73
1. Doğal Tekel Gücünün Kontrolü (Control of Monopoly Power) 76
2. Aşırı Rekabet (Excessive Competition) 81
3. Rant Kontrolü (Rent Control) veya Aşırı Kârın (Excess Profit) Önlenmesi 83
4. Dışsallıklar (Externalities or Spillovers).... 83
5. Yetersiz Bilgilendirme (Inadequate Information)....85
6. Kıtlık (Scarcity) 86
7. Rasyonalizasyon (Rationalisation).... 86
8. Paternalizm (Paternalism) 87
9. Ahlaki Çöküntü (Moral Hazard) 88
E. Regülasyona Tabi Aktörler ve Özellik Arz Eden Alan: "Public Utility" Regülasyonu 89
1. Regülasyona Tabi Aktörler....89
2. Özellik Arz Eden Alan: "Public Utility" Regülasyonu.... 94
F. Değerlendirme 103
II. REGÜLASYON FAALİYETİNE YÖNELİK USULİ GÜVENCELER VE YARGISAL KORUNMA....119
A. Usuli Güvenceler 119
1. Federal İdari Usul Kanunu (Administrative Procedure Act) 121
2. Düzenleyici İşlem Yapma ("Rulemaking") 125
a. İdari Usul Yasasındaki Düzenleyici İşlem Yapma Sürecine İlişkin Kurallar 128
b. Düzenleyici İşlem Yapma Sürecinde Hibrid (Karma) Yöntem ("Hybrid Rulemaking") 133
c. Müzakereye Dayalı Düzenleyici İşlem Yapma ("Negotiated Rulemaking").... 134

3. Yargısal Benzeri Karar Alma ("Adjudication") 138
a. APA'da Yer Verilen Kurallar 138
b. Özel Yasal Düzenlemelerde Yer Alan Kurallar 144
c. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları 146
4. Due Process 147
a. Due Process'in Mülkiyet ve Hürriyet Kavramları Bakımından Kapsamı 151
b. İzlenen Prosedürün Hukuka Uygun Olup Olmadığı Meselesi (What Process Is Due?) 155
B. Yargısal Korunma 162
1. Regülasyon Faaliyetinin Yargısal Denetimi 162
2. Yargısal Denetimin Kapsam ve Sınırını Belirleyen Standartlar (Ölçütler) 165
a. İdarenin Yasal Düzenlemeleri Yorumlamasına Yönelik Denetim 167
b. Maddi Vakıa ve Delillerin (Facts) Tespitine Yönelik Denetim 172
c. İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi 173
C. Değerlendirme 179
III. REGÜLASYONUN AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDEKİ ÖYKÜSÜ VE ÖRNEK SEKTÖRLER 185
A. Regülasyonun Amerika Birleşik Devletlerindeki Öyküsü 185
1. Regülasyonun İngiliz Hukukundaki Kökleri ve ICC 185
2. "New Deal" Dönemi 191
3. 1960 Sonrası: Sosyal Regülasyon ve Deregülasyon Rüzgarı 198
4. 1980'den Günümüze… 204
B. Örnek Sektörler 209
1. Ulaşım 209
a. Havayolları 209
(1) Regülasyon Dönemi 209
(2) Deregülasyon Süreci 212

(3) Havayolları Endüstrisinde Güvenlik Regülasyonu 220
b. Demiryolları 222
(1) Regülasyon Dönemi 222
(2) Deregülasyon Süreci 226
(3) Demiryolu Sektöründe Güvenlik Regülasyonu 231
c. Karayolu Taşımacılığı (Motor Carrier) 233
(1) Regülasyon Dönemi 234
(2) Deregülasyona Doğru 236
(3) Motorlu Taşıyıcılar Sektöründe Güvenlik Regülasyonu 240
2. Telekomunikasyon-Telefon Sektörü-(Telecommunications) 242
a. Regülasyon Dönemi 242
b. Deregülasyon Süreci 245
(1) 1996 Tarihli Telekomünikasyon Yasası 248
(2) Telekomünikasyon Deregülasyonunun Sonuçları 254
(3) Evrensel Hizmet Regülasyonu 257
c. Kamu Yararı Yükümlülükleri ve Güvenlik Regülasyonu 258
d. Telefon Sektörünün Deregülasyonundan Çıkarılacak Dersler 263
3. Enerji-Elektrik 267
a. Regülasyon Dönemi 267
b. Deregülasyon Süreci 270
c. Örnek Bir Olay İncelemesi-Kaliforniya Tecrübesi 273
d. Elektrik Sektöründeki Deregülasyonun Sınırları 280
C. Değerlendirme 291

SONUÇ 305

KAYNAKÇA 309

KISALTMALAR

A.B.D. : Amerika Birleşik Devletleri
Admin. : Administrative
Admin. : Administration
a.e. : aynı eser
AEI : American Enterprise Institute
aff'd : affirmed
AİD : Amme İdaresi Dergisi
ALJ : Administrative Law Judge
AMK : Anayasa Mahkemesi Kararı
APA : Administrative Procedure Act
a.y. : aynı yerde
BDDK : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BİO : Bağımsız İdari Otorite
Bkz. : Bakınız
BTK : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CAA : Civil Aeronautics Authority
CAB : Civil Aeronautics Board
CAISO : California Independent System Operator
Cal. : California
CALEA : Communications Assistance for Law Enforcement Act
cert. : certiorari
C.F.R. : Code of Federal Regulations
ch. : chapter
Chi. : Chicago
CIIA : Critical Infrastructure Information Act
Cir. : Circuit
CLECs : Competitive Local Exchange Carriers

Co. : Company
Comm. : Communication
Cong. : Congress
Corp. : Corporation
CPSC : Consumer Product Safety Commission
CPUC : California Public Utility Commission
Ct. : Court
CTC : Competitive Transition Charge
D.C. : District of Columbia
DOA : Department of Agriculture
Doc. : Document
DOE : Department of Energy
DOI : Department of Interior
E. : Esas
Econ. : Economics
ed. : Edition
Ed. : Editor
EEOC : Equal Employment Opportunity Commission
Ent. : Entertainment
Env. : Environmental
EPA : Environmental Protection Agency
EPDK : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
et al. : et alia
et seq. : et sequent
EWGs : Exempt Wholesale Generators
Exec. : Executive
F. : Federal
FAA : Federal Aviation Administration
FCC : Federal Communications Commission
F.C.C.R. : Federal Communications Commission Record
FDA : Food and Drug Administration
FERC : Federal Energy Regulatory Commission
Fla. : Florida
FMCSA : Federal Motor Carrier Safety Administration
FPC : Federal Power Commission
FRA : Federal Railroad Administration
FTC : Federal Trade Commission

Ga. : Georgia
Harv. : Harvard
ICC : Interstate Commerce Commission
ILECs : Incumbent Local Exchange Carriers
Int'l : International
İHİD : İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. : Journal
K. : Karar
KİK : Kamu İhale Kurumu
L. : Law
Mass. : Massachusetts
MFJ : Modified Final Judgment
MIT : Massachusetts Institute of Technology
Mich. : Michigan
Minn. : Minnesota
Mngt. : Management
NHTSA : National Highway Traffic Safety Commission
NIRA : National Industrial Recovery Act
NLRB : National Labor Relations Board
No. : Numara
NPRM : Notice of Proposed Rulemaking
NRA : National Recovery Administration
NRC : Nuclear Regulatory Commission
NTSB : National Transportation Safety Board
N.Y. : New York
N.Y.U. : New York University
OIRA : Office of Information and Regulatory Policy
OMB : Office of Management and Budget
OPEC : Organization of Petroleum Exporting Countries
OSHA : Occupational Safety and Health Administration
OSHRC : Occupational Safety and Health Review Commission
Pa. : Pennsylvania
para. : paragraph
paras. : paragraphs
Penn. : University of Pennsylvania
Pol. : Political

PSTN : Public Switched Telecommunications Network
Pub. : Publication
PUC : Public Utility Commission
PUHCA : Public Utility Holding Company Act
PURPA : Public Utility Regulatory Policies Act
PX : Power Exchange
QFs : Qualifying Facilities
RTÜK : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Rcd. : Record
Reg. : Regulation
R.G. : Resmi Gazete
RK : Rekabet Kurumu
Rev. : Review
§ : Section
s. : sayfa
S. : Sayı
Sci. : Science
S.C.L. : South Carolina Law
SEC : Securities and Exchange Commission
Sess. : Session
SPK : Sermaye Piyasası Kurulu
Stan. : Stanford
Stat. : Statute
STB : Surface Transportation Board
Sup. : Supreme
Supp. : Supplement
ŞK : Şeker Kurumu
T. : Tarih
TAPDK : Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
Tech. : Technology
TELRIC : Total Element Long Run Incremantal Costs
Tex. : Texas
Transp. : Transportation
Tul. : Tulane
TVA : Tennesse Valey Authority
U. : University
UNEs : Unbundled Network Elements

Urb. : Urban
U.S. : United States
U.S.C. : Unites States Code
U.S.C.A. : Unites States Code Annotated
v. : versus
Va. : Virginia
Vand. : Vanderbilt
vd. : ve devamı
VOIP : Voice-Over Internet Protocol
Vol. : Volume
WPS : Wireless Priority Service
Y. : Yıl

GİRİŞ

Amerikan Hukukunda, en geniş anlamıyla, devletin ekonomik ve sosyal aktivite alanına müdahale yöntemlerinden biri (ve en sık kullanılanı) olarak tanımlanabilecek **"regülasyon"**, yalnız İdare Hukukunu değil, Ceza, İş, Ticaret, Çevre ve Rekabet Hukuku ve Medeni Hukuk gibi farklı hukuk dallarını da kapsayan geniş bir açılıma sahiptir[1].

Bu açılım, regülasyon faaliyetinin konu unsuru bakımından biri **"geniş ve soyut"** diğeri ise **"dar ve teknik"** iki anlamı bulunduğunun göstergesidir. Bunlardan birincisinde, devletin serbest piyasa sistemi içinde özel hukuk kişilerinin faaliyetlerine etki eden **"(farklı türlerdeki) bir çok müdahale"**si regülasyon kavramı içinde mütalaa edilmektedir. Bu bakımdan, **"vergilendirme"**ye veya **"rekabet kurallarının hakim kılınmasına"** ya da **"İş Hukukuna yönelik kuralların düzenlenmesine"** yönelik faaliyetlerinin hepsi geniş anlamdaki **"regülasyon"** şemsiyesinin altına girmektedir. Buna karşılık, **devletin, Anayasa ve İdare Hukuku kural ve prensipleri çerçevesinde özel hukuk kişilerinin yürüttüğü faaliyetlere müdahale ederek bunların nasıl ve hangi şartlarla yerine getirileceğini belirleyip bunun için gerekli önlemleri alması, izin vermesi ve yaptırımlarda bulunması, diğer bir ifadeyle bireylerin çeşitli faaliyetlerine ilişkin hak ve özgürlüklerinin nasıl kullanılacağını belirlemesi ve buna göre bu faaliyetlere yön vermesi dar ve teknik anlamdaki regülasyonu ifade etmektedir.** Regülasyon faaliyetinin kapsamına yönelik bu ayırım, yirmi birinci yüzyılın modern İdare Hukuku anlayışında, sınırları kolaylıkla çizilebilen ve pratik bakımdan önemli

[1] Richard A. Posner, "The Effects of Deregulation on Competition, The Experience of the United States", **23 Fordham Int'l L.J**. 7 (2000).

faydalar sağlayabilen bir nitelik arz etmemektedir. Bu tür bir ayırım ancak son derece kapsamlı olan bir konuyu, bu çalışmada olduğu gibi, **"mümkün olduğunca"** sınırlayarak anlatmayı arzu edenler bakımından fayda sağlayabilir.

Regülasyonun tatbikat sahası, ya da daha doğru bir ifadeyle türü bakımından yapılan sınıflandırmada ise **"ekonomik regülasyon"** ve **"sosyal regülasyon"** ayırımı göze çarpmaktadır. Bu ayırım uyarınca, ekonomik regülasyon esasen piyasaya giriş ve çıkışların, fiyatlandırmanın, karlılık ve rekabetin düzenlenmesini içermekte, sosyal regülasyon ise, genellikle sağlık, güvenlik ve çevre gibi sosyal karakteri ağır basan konulara özgülenmektedir[2]. Bununla birlikte, belirli istisnaların dışında, bu konulara yönelik regülasyonun aynı zamanda ekonomik boyutunun da bulunması her iki tür arasında kesin çizgilerle belirlenebilen bir sınır yaratmamaktadır.

Regülasyon faaliyetinin konu ve türleri bakımından yapılan bu ayırımların yanında, Amerikan Hukuk Lügatında **"regülasyon"** sözcüğünün hem **"faaliyet"** hem de (özellikle çoğul halde kullanıldığı durumlarda) **"düzenleyici işlem"** olarak iki farklı anlamda kullanıldığını da vurgulamak gerekir. Bu bağlamda, örneğin, **"Code of Regulations"** olarak adlandırılan **"Düstur"** işlem nitelemesini, **"regulated industries"** olarak ifade edilen **"regülasyona tabi sektörler"** terimi ise faaliyet nitelemesini gözler önüne sermektedir[3].

Nihayet, regülasyona ilişkin maddi ayırımların yanına, organik bakımdan yapılanı da eklemek gerekir. Devletin özel alana müdahalesi hem Yasama, hem Yürütme (ve İdare), hem de Yargı organları aracılığıyla

---

[2] Bernard Schwartz, **Administrative Law**, (2nd ed.), Little, Brown and Company, Boston And Toronto, 1984, s. 17; W. Kip Viscusi, Joseph H. Harrington, John M. Vernon, **Economics of Regulation and Antitrust**, MIT Press, (4th ed), 2005, s. 691-692.

[3] Aynı yöndeki tespit için bkz. Kemal Berkarda, "Amerika'da İdare Hukuku Var Mı?, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)**, Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul 2000, s. 97. Bu konuda Berkarda tarafından verilen örnek ayırımın daha iyi anlaşılabilmesi bakımından faydalı olabilir: *"Örneğin, 'environmental regulation" terimi çevre alanındaki 'idari faaliyet-etkinli(ğ)'i belirtirken; 'environmental regulations', çevrenin korunması için çıkarılan 'genel düzenleyici işlemler'in hepsini içine almaktadır."* (Berkarda, **a.y.**).

gerçekleştirilebileceğinden, Amerikan Hukukunda regülasyon kavramı geniş anlamıyla ele alındığında, her bir müdahale türü **"regülasyon"** olarak değerlendirilmekte ve **"İdarenin regülasyon faaliyeti"**nin yani **"idari regülasyon"**un (**"administrative regulation"**) yanında **"yasama regülasyonu"** (**"legislative regulation"**) ve "**yargısal regülasyon**" (**"judicial regulation"**) kavramlarından da söz edilmektedir. Organik kritere göre belirlenen bu kavramlardan sonuncusu, Kıta Avrupası Hukuk Literatüründe pek yer bulmasa da, **"Common Law"** geleneklerinden kök salan ve söz konusu sistemin, eski yoğunluğunda olmasa bile (statü hukukuna yer açılmasından ötürü), uygulanmasına hala devam edildiği Amerikan İdare Hukuku'nda, özellikle regülasyonun **"ilkel"** dönemlerini açıklama bakımından sıklıkla kullanılan bir terimdir. Nitekim bu durumla bağlantılı olarak, tarihsel süreçte "Common Law" sistemine dayalı regülasyonun yerini idari regülasyona bırakmasından söz edilirken **"Common Law regülasyonu"** (**"common law regulation"**) - **"idari regülasyon"** (**"administrative regulation"**) veya **"doğrudan regulasyon"** (**"direct regulation"**) ayırımı da yapılmaktadır[4]. Bununla birlikte, **"regülasyon"**, organik kriter belirtilmeden, tek başına kullanıldığında, **"Yasama organınca belirlenen çerçevede İdare tarafından yerine getirilen faaliyet"** olarak nitelendirilmektedir. Bizde bu çalışmada regülasyonu bu yöndeki dar ve teknik anlamıyla ve daha ziyade ekonomik türüne ağırlık vermek suretiyle ele alacağız.

Aslında, ne kadar sınırlandırılırsa sınırlandırılsın, regülasyonun spesifik bir tanımını yapmak kolay olmamakta, hatta çoğu zaman somut bir fayda da sağlamamaktadır. Bu nedenle genel-geçer bir tanım vermek yerine, regülasyon kavramını[5] belirli unsurlarıyla ele alıp, işlevini ortaya

---

[4] Stephen G. Breyer et.al, **Administrative Law and Regulatory Policy**, New York: Aspen Law & Business, (4th ed.) 1998, s. 4; Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, Aspen Publishers, New York 2007, s. 389-39.

[5] Regülasyon kavramını en basit dille anlatmaya çalışan yazarlar, sıradan bir Amerikan vatandaşının sıradan bir gününden örnekler vermek suretiyle regülasyon-regülasyon idareleri-birey ilişkisini açıklamaya, regülasyonun birey yaşamını ne kadar yakından etkilediğini ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Aşağıda bu tip açıklamalardan "derlenen" bir örnek yer almaktadır:

"(A)'nın günü, alarmlı radyosunun çalmasıyla başlar. "Federal İletişim Komisyonu" ("Federal Communications Commission") ("FCC") bu radyonun frekanslarını regüle

koymaya çalışmak daha rasyonel bir tercihtir[6]. Diğer yandan, ileride değinileceği üzere, regülasyonun, birbirinden oldukça farklı uygulama alanlarına sahip olmasından ötürü, genel bir bilanço yaklaşımı ile faydalı ve olumsuz yönleri açısından tatmin edici bir genellemeye konu edilmesi de kolay değildir. Söz konusu faaliyetin genel bir analizini yapmayı amaçlayan değerlendirmeler soyut ve yüzeysel olma, istisnaları da içermeyeceğinden yanlışlıklar yapma risklerini taşır. Dolayısıyla, bu riski azaltabilmek için, regülasyonun her fotoğrafında yakalanabilecek sabit dekoru, işlevsel olarak ortaya koyup, gerisini tarihsel gelişimin açıklanmasına ve

etmekle kalmaz, aynı zamanda radyoda yayınlanan programların içeriğini de kontrol eder. Radyoyu çalıştıran elektriği sağlayan kuruluş (utility) "Federal Enerji Komisyonu" ("Federal Energy Commission") ("FERC") ve (A)'nın yaşadığı eyaletin regülasyon kurumları tarafından regüle edilmektedir. "Tüketici Ürünleri Güvenliği Komisyonu" ("Consumer Product Safety Commission") ("CPSC") (A)'nın yatağında bulunması gereken standartları regüle ederken, yastığının fiyatı ise "Tarım Bakanlığı"nın ("Department of Agriculture") pamuk üreticilerini destekleyen sübvansiyon programları ve ithalat kotalarından etkilenmektedir. "Besin ve İlaç İdaresi" ("Food and Drug Administration") ("FDA") (A)'nın kullandığı diş macunu, sabun ve şampuanın içerdiği maddeleri regüle etmekte, "Çevre Koruma İdaresi" ("Environmental Protection Agency") ("EPA") evine gelen suyun kalitesini kontrol etmektedir. (A), kahvaltısını yaparken FDA'nin etiketlere yansımasını zorunlu kıldığı bilgileri içeren besin maddelerini tüketmekte, EPA, FDA ve Tarım Bakanlığı tarafından regüle edilen meyve suyunu içmektedir. (A) "ithal" bir otomobil kullanıyor ise, bu otomobilin satış fiyatı, gümrük tarife ve kısıtlamaları ile Amerikan otomobillerinin maliyeti ile orantılı bir hale getirilmiştir. Amerikan otomobillerinin üretim maliyetlerinin daha fazla olmasının nedeni, Amerikan üreticilerinin "Çalışma Bakanlığı" ("Department of Labor") ve "İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi"nce ("Occupatioal Safety and Health Administration") ("OSHA") belirlenen standartlara uymak zorunda olmalarıdır. Bununla birlikte, menşei ne olursa olsun, (A)'nın aracının EPA'nın emisyon standartlarına uygun olması gerekir. Nihayet, Çalışma Bakanlığı bir yandan (A)'nın çalıştığı işyerinin daha güvenli hale gelmesi için faaliyette bulunmakta, diğer yandan işvereni ile yapacağı sözleşmenin sınır ve kapsamını belirlemekte, çalışma şartlarını düzenlemektedir. Görüldüğü üzere (A)'nın sosyal ve ekonomik yaşantısının İdarenin faaliyetlerinden etkilenmesine ilişkin bu örneklerin sayısı oldukça çoğaltılabilir…." Bu ve bunun gibi örnekler için bkz. Susan E. Dudley, **Primer on Regulation**, Mercatus Policy Series, Policy Resource No: 1, George Mason University Mercatus Center, Washington, 2005, s. 1-3.

[6] Nitekim regülasyon otoriteri olarak unvanlandırılan Alfred E. Kahn, Richard Posner ve Stephen Breyer gibi yazarlar da ilgili eserlerinde regülasyonun genel tanımını yapmaktan kaçınmışlardır. Bkz. Alfred E. Kahn, **The Economics of Regulation: Principle and Institutions**, New York Wiley, 1970-71; Breyer et.al, **Administrative Law**; Posner, **Economic Analysis of Law.**

her regülasyon tatbikatının kendi içinde değerlendirmesine bırakmak metodolojik açıdan daha doğru ve yerindedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde (A.B.D.), devlet, çok uzun zamandan beri, belirli sektörler üzerinde, piyasaya giriş ve fiyatlandırma konuları başta gelmek üzere regülasyon faaliyetinde bulunmaktadır. Enerji, ulaşım, iletişim ve finans sektörleri üzerindeki bu tür regülasyon ekonomik regülasyon olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte, bugün için gelinen noktada, söz konusu regülasyonun bazı durumlarda çağdaş ekonominin gelişimine hizmet etmediği yönünde baskın görüşler ortaya çıkmıştır. Nitekim yaklaşık 40 yıldır, belirli alanlarda, ekonomik regülasyonun önemli sayılabilecek bir kısmı, deregülasyona tabi tutularak gevşetilmiş veya ortadan kaldırılmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; regülasyona ilişkin gözlem ve analizler ortaya konulurken devlet müdahalesinin kapsamını bir bütün olarak değerlendirmek ve bu bağlamda **"deregülasyon"**, **"re-regülasyon[7]"**, **"ko-regülasyon[8]"** ve hatta "**self-regülasyon[9]"** gibi faaliyetleri de mercek altına almak gerekmektedir. Bugün için söz konusu faaliyetler içinde en çok güdeme gelen ve belirli alanlardaki devlet kontrolünün kaldırılması veya azaltılması anlamını taşıyan[10] **"deregülasyon"**, regülasyonun olumsuz sonuçları (bir takım sektörlerdeki başarısızlığı[11]) ve serbest piyasa ekonomisinin gereklerinden ötürü ortaya çıkmış bir süreçtir. Sovyet Sistemine hâkim olan ve **"ekonomin sıkı bir şekilde kontrol edilip düzenlenmesi"**ne dayanan sistemin çökmesi, 70li yıllarda başlayan yük-

[7] Daha önce deregüle edilmiş bir alanı, tekrar regülasyona tabi tutma anlamına gelmektedir.

[8] Regülasyon idareleri ile regülasyona tabi aktörlerin işbirliğine dayalı olarak gerçekleştirilen regülasyon anlamına gelmektedir.

[9] Belirli bir sektör veya meslek grubuna, kamu yararını sağlamak için, devletin "gözetimi"nde, sektörel veya mesleki standartları tespit etme ve bu standartlara uygun hareket edilmesini sağlama sorumluluğunun verilmesi anlamına gelmektedir.

[10] Posner, **Economic Analysis of Law**, s. 383.

[11] Ekonomik perspektifte, regülasyonu savunanlar genellikle **"piyasa başarısızlığı"**na vurgu yaparken, deregülasyon taraftarları piyasa yaklaşımına gerekçe olarak **"regülasyon başarısızlığı"**nı göstermekte ve regülasyonun innovasyonu engellediğini, fiyat ve kalite seçeneklerini reddettiğini, hakkaniyete aykırı dağılım yarattığını, verimsizliğe neden olduğunu ve ücret/fiyat spiralini desteklediğini iddia etmektedirler. Bütün bu iddialara ilerleyen satırlarda ayrıntılı olarak değinilecektir.

sek enflasyon ve en önemlisi teknolojik gelişmeler, regülasyonun gerek hizmet sunucularını gerekse hizmetten yararlananları tatmin etmemesi sonucunu doğurmuştur[12].

Ekonomik alanın deregülasyona tabi tutulmaya başlanması sosyal güvenlik, sağlık, çevre gibi sosyal alandaki regülasyonun yoğunlaştığı zamana denk düşmektedir. Bu nedenle, A.B.D.'de regülasyondan vazgeçilmesinden ziyade, **"değişim"**inden, başka bir ifadeyle **"tatbik edilme zemininin kayması"**ndan söz edilmektedir. Bu tespitin yanına, günümüzde, ekonomik regülasyonun aksine, sosyal regülasyonun gevşetilmesi yönünde etkin bir akımın bulunmadığını da eklemek gerekir.

Her ne kadar ekonomik ve sosyal regülasyon kullanılan yöntem ve araçlar bakımından ortak bir takım özellikler gösterse de yapısal olarak ayrı bir analizi gerektiren temel farklılıklar taşımaktadırlar.

Söz konusu farklılıkların başında sosyal regülasyonun, ekonomik regülasyonda olduğu gibi fonksiyonel bakımdan alternatifinin yaratılmasının mümkün olamamasıdır. Ekonomik alanda devletin piyasayı yönlendirip, kontrol etmesi yerine özel sektörün temel ekonomik teori ve kurallar çerçevesinde serbest olarak faaliyette bulunması neticesinde **"toplumsal yarar"**a ulaşılabilineceği yönündeki kuramın sosyal alanda işlemesi mümkün değildir.

Çalışmada temel hareket noktası olarak ele alınacak olan **"Amerikan Regülasyonu"**, bu ülkenin hukuk sisteminin kendine özgü yapısı ve ekonomik düzenin (serbest piyasa ekonomisi) doğurduğu ihtiyaçlardan kaynaklanan[13], hem eyalet hem de federal boyutu olan ve dolayısıyla kendi oluşum koşulları içinde değerlendirilmesi gerekli bir kavramdır. Türk İdare Hukukunda regülasyonun taşıdığı anlam ve etkiler incelenirken iki ülkenin ekonomik ve hukuki sistemleri arasındaki yapısal farklılıklar gözden kaçırılmamalıdır.

---

[12] Posner, The Effects of Deregulation, s. 12-13.

[13] Kuruluşundan beri "ticaret toplumu" yapısını yansıtan Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuk doktrinlerinin bir çoğu, klasik ekonomiye dayalı "serbest piyasa" ideolojisinin baskın olduğu 19. yüzyılda oluşturulmuştur. Bkz. Kahn, **The Economics of Regulation,** s. 1/I.

Kökeninde "Common Law" sisteminin yattığı Amerikan Hukuk Sistemi, tarihsel süreç içersinde regülasyon faaliyetinin yoğunlaşmaya başlamasıyla, statü hukukunu da içine alarak iki yönlü bir gelişim göstermiştir. Bugün için Amerikan Hukuku, geleneksel **"Common Law"** – yani Britanya kaynaklı **"İçtihat Hukuku" ("Hakimin Yarattığı Hukuk") ("Judge Made Law")** ile, **"kodlara dayalı hukuk"** (**"code base law"**)- yani **"statü hukuku"nun ("statutory law")** birlikte harmanlandığı ve her bir parçanın birbirinden kolaylıkla ayrıştırılamadığı, kendine özgü bir yapıya kavuşmuştur. İlerleyen satırlarda regülasyon ile yakın bağlantısını açıklamaya çalışacağımız bu yapının teorik disipline dayalı bir sistem olmaktan çok pratik mühendisliğe dayalı bir eser olduğunu belirtmek gerekir[14].

Her ne kadar, gelişen ihtiyaçlar nedeniyle, Amerikan hukuk düzenindeki "başrol"ünü statü hukuku ile paylaşmak zorunda kalsa da, "Common Law"ın etkisini günümüzde de devam ettirdiğinin altını çizmekte fayda vardır. **"Common Law"** kavramlarına sıklıkla yer veren Anayasa ve yasa hükümleri hala, bu hukuka dayalı bilgi ve birikimler ile yorumlanmakta, anlam ve kapsamları mahkeme içtihatları vasıtasıyla tayin ve tespit edilmektedir[15]. Öte yandan, her mahkeme kararında, hukukun istikrarlı bir şekilde uygulandığının kanıtlanması gerektiğine ilişkin **"Common Law"** prensibi de varlığını sürdürmektedir. Bu bakımdan, kanunla düzenlenmiş bir konuya ilişkin olsa da yargı yerleri, kararlarını, daha önceden verdikleri kararlar bağlamında açıklamakta, diğer bir ifadeyle bu kararlarını takip etmektedirler. Dolayısıyla önceki içtihatlardan farklı karar verilmesi görülmekte olan davanın az da olsa farklılık göstermesine ve bu nedenle, farklı yaklaşım tarzları, farklı yorumlar getirilmesine bağlıdır[16].

---

[14] Charles F. Abernathy, **Law in the United States,** International Law Institute, Washington, D.C., 1995, s. 3.

[15] **a.e.,** s. 4; Sait Güran, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1969, s. 7-8.

[16] BERKARDA'nın bu konudaki açıklaması, yasal düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal denetiminde "Common Law"un etki ve kapsamının izahı bakımından oldukça yol göstericidir: *"… ister Özel Hukuku ister Kamu Hukukunu ilgilendiriyor olsun, 'kanun' ile düzenlenmiş konularda, mahkemeler, belirli bir kanun maddesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığı çözümlerken, o maddenin ve içindeki kavram ya da kavramların önceden nasıl yorumlanmış olduğuna ilişkin 'içtiha(d)'ı izlemeye devam etmektedirler. Yani, 'ilke'leri*

1787 tarihli Amerikan Anayasası Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının birbirlerinden ayrılması (**"seperation of powers"**) ve karşılıklı olarak birbirlerini denetlemesine (**"checks and balances"**) dayalı bir sistem yaratmıştır. Anayasa, birçok hakları güvence altına aldığı gibi, yetkilerin **"federal devlet"** (**"federal government"**) ve **"federe devletler"** (**"eyaletler"**) (**"states"**) arasında paylaştırıldığı bir federal sistem öngörmektedir[17]. Her eyaletin kendi devlet organları (Yasama-Yürütme-Yargı) **ve kendi regülasyon mekanizmaları bulunmaktadır.** Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, günümüzde federal regulasyon alanı, özellikle Yargı'nın, **"Kongre"**nin (**"Congress"**) eyaletlerarası ticareti düzenleme yetkisini genişletici yorumlama yönündeki tutumu nedeniyle oldukça güçlenmiştir.

Amerikan İdare Hukukun kökeni İngiliz **"Common Law"** sistemine dayandığından,[18] 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar, **"sözleşmeler"** ve **"yargısal içtihatlar"**, bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen temel mekanizmalar olarak görülmüştür[19]. Regülasyonun A.B.D. için önemi,

bu defa hakim değil, kanun koyucu koymuş olsa da, bunların 'yorum'unda mevcut içtihat gene izlenmektedir. İster içtihada ister kanuna dayansın eğer "yeni" davanın 'hukuki unsurları' eskiden görülmüş davalardakinin 'aynısı' ise-bizdeki 'İçtihadı Birleştirme Kararları'nı anımsatır biçimde-mevcut içtihattan sapılamaz. Eğer görülmekte olan davanın hukuki esas ve unsurlarında en küçük bir farklılık varsa, o zaman 'yeni' bir içtihadın kapısı açılmaktadır." Berkarda, **Amerika'da İdare Hukuku Var mı?**, s. 91, dipnot. 20.

[17] A.B.D. bakımından regülasyon yalnızca ulusal düzeyde var olan bir faaliyet olmayıp, eyaletlerde ve yerel yönetim katında da yer bulan bir etkinliktir. Tarihsel süreçte, regülasyonun büyük bir bölümünün, örneğin demiryolları regülasyonunun ilk defa eyalet düzleminde başladığını hatırlatmak gerekir. Yerel regülasyon ve bu regülasyonun etkileri ise hala önemli bir ilgi alanıdır.

[18] Bu bakımdan, Amerikan İdare Hukukunun tohumları **"Common Law"** sistemi ile atılmıştır.

[19] Diğer bir anlatımla, söz konusu sistem-o zamanki basit hali ile- bireyler arasındaki ilişkilerin sözleşmeler aracılığı ile düzenlenmesi, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi, haksız müdahalelerin mahkeme ilamları aracılığı ile önlenmesi ve tazmin edilmesi esasına dayanmaktaydı. Müdahaleler ister özel hukuk kişisinden ister kamu görevlilerinden gelsin, bireysel hakların **"korunma"**sı, içtihat hukuku ve dolayısıyla yargı mercilerinin kanatları altında gerçekleşmekteydi. Söz konusu dönemde "Common Law"un özellikle idari görevlilerin haksız fiillerinin önlenmesi ve giderimi bakımından **"yetersiz"** kalması gibi olumsuzluklar ortaya çıkmışsa da bu olumsuzluklar, Kıta Avrupası sistemine yönelmek yerine mahkemelerin eski içtihatlarında değişiklik yapma gayretleri ile çözülmeye çalışılmıştır.

söz konusu düzenleme mekanizmasının yerini,-belirli bir oranda- Yasa koyucu tarafından yürürlüğe konulan **"kanun"**lara ve bu kanunlara dayalı olarak İdare tarafından tesis edilen **"işlem"**lere bırakmasıdır. Bu değişim, **"Common Law"** sisteminde var olan **"sözleşmesel-içtihadi"** regülasyonu ağırlıklı olarak **"idari"** (**"administrative"**) bir niteliğe büründürmüş ve Amerikan toplumunu **"idari devlet"** (**"administrative state"**) kavramı ile tanıştırmıştır.

Bugün hala, Amerikan hukuk sisteminde, idari regülasyonun, **"yetki"** bakımından alternatifini teşkil edecek iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Roma Hukuku kökenli **"civil law rejimi"**nin aksine, esasen yargıçlar tarafından oluşturulan kurallarla (judge made rules) işleyen **"Common Law rejimi"** iken, ikincisi ise, Yasamanın, doğrudan mahkemeler tarafından uygulanmak üzere yürürlüğe koyduğu **"yasal düzenlemelere (statülere) dayalı rejim"**dir. Birinci durumda örneğin "ürün sorumluluğu"na (product liability) ilişkin hukuksal meselelerde inisiyatif tamamen yargıçlara ve bunların yarattığı içtihatlara bırakılmış durumda iken, ikinci rejimde, hem Ticaret Hukuku hem de Borçlar Hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler içeren **"Uniform Commercial Code"**a göre yapılan satışlar örneğinde olduğu gibi, devreye Yasama organı da girmektedir. Buna karşılık, her iki rejimde de, teorik olarak, İdarenin varlığına, diğer bir ifadeyle regülasyon faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur.

Şu halde, neden genel olarak her konuda görevli Yasama ve Yargı organları yerine sadece belirli konularda görevli idari kurum ve kuruluşlara ihtiyaç duyulmuştur? Yasamanın, doğrudan uygulanabilir kurallar yaratmak ve sonrasında bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıkları yargı yerlerine bırakmak yerine, bünyelerinde farklı yetkileri birleştiren idarelere regülasyon faaliyetinde bulunma ayrıcalığı tanımasının altında yatan gerekçeler nelerdir? Bu sorular ve cevapları uzun yıllardan beri tartışılmaktadır ve öyle görünüyor ki tartışılmaya da devam edilecektir.

En başta belirmek gerekir ki, İdare eliyle görülen regülasyonun temelinde, sorunlara **"pragmatik"** yaklaşma ihtiyacı yatmaktadır[20]. Mo-

[20] William F. Funk, Richard H. Seamon, **Administrative Law**, Aspen Publishers, New

dern devlette, her geçen gün değişen ve karmaşıklaşan meseleleri bütün boyutlarıyla ele alıp, en iyi çözüm yollarını süratli bir şekilde üretebilmek öncelikli hedeftir. Oysa, **Yasama da, Yargı da teknik imkânsızlıklardan ötürü bunu yapacak olanağa sahip değildir[21].**

Amerika Birleşik Devletleri bakımından, tarihsel süreç içinde iki olgu farklı bir yönetim anlayışına gereksinim duyulmasında önemli rol oynamıştır: **"Endüstrinin gelişimi"** ve **"demokrasinin yükselişi"**. Birbirini sıkı bir şekilde etkileyen bu iki gelişme, doğal olarak, bir takım problemleri de beraberinde getirmiştir. 1930'lardan itibaren, kompleks bir hal alan ekonomik ve sosyal hayatın **"piyasa aktörleri"**ne teslim edilmesi mümkün görülmemeye başlanmış, kamu yararı için devletin her iki alana da etkin bir şekilde müdahale etmesi kaçılmaz bir hal almıştır. Yargının, endüstriyel alanın işlerliğinden kaynaklanan problemlerin çözümünde, zamanında ve etkin bir müdahale yapabilme yeterliliğinin kalmadığı yönündeki düşünce ise her geçen gün daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. Gittikçe artan sorunlar yargı organına havale edildiğinde, Yasamanın koyduğu kurallar ve kendilerinin yarattığı prensipler dışında geniş bir takdir alanına sahip olan yargıçları **"her konuya eli değen ama hiçbirinin uzmanı olamayan"** bir konuma sokmuştur[22].

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki; Amerikan toplumunun benimsediği hukuksal sistemin İdare Hukuku bakımından yetersizliği de regülasyonun gelişiminde tetikleyici olmuştur. **"Common Law"** sisteminde, ihtiyaçlara cevap verecek kuralların üretilmesi konusunda öncelik daha çok bireylere bırakılmıştır. **Yalnızca bireylerin birbirleri arasındaki uyuşmazlıkları önüne getirdiklerinde veya ceza davalarında öne**

York, 2001, s. 36.

[21] Amerika Birleşik Devletlerinde regülasyona yön verenlerden biri olarak gösterilen Harvard Hukuk Profesörü ve Dekanı, 1933 yılından itibaren bürokraside önemli görevler almış sonrasında da regülasyon konusunda Beyaz Saray'a danışmanlık yapmış, James M. Landis, **"The Administrative Process"** isimli kitabında, regülasyonun toplum ihtiyaçlarını karşılamada Yasama ve Yargı faaliyetinin yetersiz kalmasına verilen haklı bir tepki olduğunu dile getirmiştir. Bkz. James M. Landis, **The Administrative Process**, New Haven, Conn, Yale University Press, 1938, s. 46; Thomas McCraw, **Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, and Alfred Kahn**, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, s. 155-235.

[22] Landis, s. 30-46.

sürülen savunmaları dikkate aldığında harekete geçen Yargı, hızlı ve masrafsız bir kural koyma imkânına sahip olmadığından kendisinden beklenen etkinliği göstermekte yetersiz kalmıştır.

Serbest piyasanın yön verdiği özel hukuk faaliyetlerine **"çekidüzen verme"** arayışında ilk çare Yasama organını daha aktif bir hale getirip geleneksel hukuk rejimini statü hukuku (statutory law) ile harmanlamak olmuşsa da bir müddet sonra atılan bu ilk adımın da yetersiz olduğu ve ikinci bir aşamaya geçilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Yasamanın endüstriyel ve teknolojik gelişimin etkisiyle **her geçen gün karmaşıklaşan özel faaliyetlere süratli bir şekilde müdahale edebilmesinin, çözümü uzmanlık gerektiren sorunlarla tek başına mücadele edebilmesinin mümkün olmadığı ortaya çıkınca**, geleneksel sistemden ayrılışın ikinci adımı atılmış ve regülasyon yetkisi, **konusunda uzman, dinamik bir işleyişe sahip olan ve belirli bir konuya yoğunlaşıp, esnek bir biçimde ama aynı zamanda istikrarlı kararlar verme imkanına sahip olabilecek "idareler"** (**"agencies"**) eliyle kullanılmaya başlanmıştır[23]. Kong-

[23] İleride ayrıntılı bir şekkilde inceleneceği üzere, federal düzlemde bu başlangıç, demiryollarını regüle etmek üzere kurulan Eyelatlerarası Ticaret Komisyonunun (Interstate Commerce Commission) (ICC) kuruluşu ile olmuştur. ICC örneği, Amerikan İdare Hukukunda, idari regülasyon faaliyetinin ve bu faaliyetin "agency"ler vasıtasıyla gerçekleştirilmesinin altında yatan nedenleri ortaya koyması, regülasyonun iki aşamalı gelişimini gözler önüne sermesi bakımından son derece önemlidir. İç Savaş'tan sonra, toplum, bir pazardan diğer bir pazara mal taşımacılığında hızla gelişen demiryollarına rağbet gösterince, demiryolu şirketleri toplumun bu ihtiyacını karşılıyor olmanın avantajını kullanmış ve giderek bunu istismar etmeye başlamıştır. Her ne kadar, "Common Law", her zaman, ortak taşıyıcıların hizmetleri karşılığında makul ve eşitliğe aykırı olmayan fiyat talep etmelerini gerekli kılmışsa da, söz konusu şirketlerin aşırı fiyat taleplerinden kaynaklanan zararların giderimi veya haksız uygulamaların durdurulmasına ilişkin davalar belirsiz, yavaş ilerleyen ve masraflı bir süreci ifade etmekteydi. Bunun yanında, söz konusu davalar, demiryollarının yükleyicilere geçmişte verdiği zararlara ilişkin olduklarından, ileride gerçekleşmesi muhtemel zararları önlemekte oldukça etkisiz kalmaktaydı. Bu nedenlerden ötürü, Kongre, "Common Law" sisteminin demiryolları tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırılık ve istismarları önlemekteki yetersizliğine çare bulmak amacıyla yasal düzenlemeler çıkarma yolunu seçmiştir. Ancak bir takım faaliyetleri yasaklayan bu tür yasaların doğrudan uygulanmasının mümkün olmaması ve doğrudan fiyat ayarlamasının Kongre veya eyalet meclislerince yapılmasının iyi bir alternatif teşkil etmemesi, Kongre'yi, hızla değişen koşullara esnek bir şekilde ayak uydurarak söz konusu piyasadaki düzensizlikleri önlemek için faaliyet gösterebilecek müstakil bir kurum yaratmaya sevk etmiştir. Bkz. Walter Gellhorn, "Deregulation: Delight or Delu-

renin bir kısmının siyasal etkilerden bağımsız görev yapmasını uygun gördüğü bu idarelere, yürütme işlevlerinin yanında Yasama ve Yargının sahip olduklarına benzer işlevler vermesiyle, regülasyon **"evrimini tamamlayarak"** bugünkü şekline kavuşmuş ve bu da **aslında köklerinden tamamen kopmasa da, eskisinden farklı bir İdare Hukuku düzeni yaratmıştır.**

Özetle, idari regülasyon, Yasama ve Yargının zamanla beliren yeni ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliklerine, "Common Law"un özel faaliyete etkin bir müdahale imkanı vermemesine gösterilen tepkinin eseridir. Monopolleşme, çevre kirliliği, özel girişimin istismarı ve diğer olumsuz sonuçlara dayalı "piyasa başarısızlıkları" yalnız piyasanın değil aynı zamanda ona egemen olan "Common Law"un emrettiği içtihat kurallarının (içtihat hukukunun), yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, çevre kirliliğinin önlenmesinde veya etkilerinin azaltılmasında haksız filden kaynaklanan tazminat davaları gibi "Common Law" yaptırımları yeterli olabilse idi, bu alanda idari regülasyon arayışları gündeme gelmeyecekti. Şu halde, A.B.D. uygulaması bakımından, regülasyon tartışmasının yalnızca "serbest piyasa"-"kamu müdahalesi" arasındaki seçime özgülenmediğini, söz konusu ülkenin hukuk doktrininde, kamu müdahalesinin, "bireylerin haklarını "Common Law" sistemi ile koruması" ile mi, yoksa bu hakların "idari mekanizmalar vasıtasıyla doğrudan korunması" ile mi (doğrudan regülasyon) gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin ikinci bir tartışma boyutunun daha olduğunun altına çizmek gerekir[24]. Buradaki seçim, her iki sistemin olumlu ve olumsuz yönlerinin, tatbik edilecek alanın kendine özgü karakteri de dikkate alınarak değerlendirilmesi neticesinde, kamu yararı açısından diğerine üstün gelenin belirlenmesine dayalı olmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkması muhtemel zararların büyüklüğü, kimi zaman zarar görenlerin kimi zaman da zarar verenlerin kesin olarak

sion?", **24 St. Louis U. L.J.** 469, 472 (1979-1981).

[24] Yapılan karşılaştırmada zayıf kalan yönlerine örnek olarak, doğrudan regülasyonun kesintisiz, sürekli olmasından dolayı "Common Law" regülasyonu"na göre masraflı olması, yargıçların idare ajanlarına göre politik tesirlerden uzakta durabilmeleri nedeniyle doğrudan regülasyonun daha politize olması, regülasyon idarelerinin, özellikle zarar görenlerin şikayeti bulunmayan durumlarda bilgiye ulaşmakta zorluk çekmeleri gösterilmektedir.

ayrıştırılmasının mümkün olmaması ve tazminat hukukunun yaşam ve sağlık gibi bazı sosyal değerleri korumakta yetersiz kalması regülasyon tercihinde belirleyici kriterlerden bazılarıdır. Bu noktada, Türk Hukuku için benzer bir tartışmanın var olmadığını vurgulamak gerekir. Statü hukuku tercihini baştan beri yapmış olan bu sistemde tartışılacak unsurlar, regülasyonun sınırları ve kapsamı ile İdare Hukuku alanında yükleneceği anlam ve misyon, "kolluk" ve "kamu hizmeti" gibi klasik faaliyetler üzerinde yapacağı değişiklik ve sağlayacağı dönüşümler olacaktır.

"Common Law" sistemi ile regülasyonun temel özellikleri şunlardır: Yöntem genel olarak İdarenin ve **"idari personel"**in inisiyatifine bağlanmamakta, belirli oranda yargıçlara ve asıl olarak da onları harekete geçiren **"mağdur"**lara dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, asıl inisiyatif, belirli bir hakkın ihlal edilmesi sonucu tazminat veya müdahalenin meni gibi taleplerle yargısal mekanizmayı devreye sokan **"zarar gören"**lerdedir. "Common Law" kurallarıyla belirlenen düzene riayet edilmesinin sağlanması, bireyin başkalarına zarar verdiği durumlarda tazminat ödemekle yükümlü kılınacağının farkında olup bundan kaçınacağı varsayımına dayanır. Buna karşılık, doğrudan regülasyon, esasen regülasyon idarelerinin görevlilerine bağlanmakta ve mağdur olanların zararlarının sonradan tazmini yerine zararın ortaya çıkmasını önleme amacına dayanmaktadır. Şu halde, yukarıda verilen örneğe geri dönersek, "Common Law" sisteminin öngördüğü haksız fiil mekanizmasında, çevreyi kirleten, açılan dava sonucunda, söz konusu faaliyetinden zarar görenlere tazminat ödemekle yükümlü tutulurken, çevre korunmasına ilişkin yasalarla öngörülen mekanizmada, ilgili regülasyon idareleri, çevreyi tehdit edecek nitelikte atık bırakılmasını önlemek için standartlar belirlemektedir[25]. Dolayısıyla "Common Law" sistemi tazmin edici, idari regülasyon düzeni ise daha çok **"koruyucu-önleyici"** bir yapıya sahiptir.

Ekonomik regülasyonun A.B.D. için taşıdığı anlam tahlil edilirken hukuksal sistemin yanında ekonomik yapının da özelliklerinin dikkate alınması, ekonominin hukuksal mekanizmalar üzerindeki etkisinin gözden kaçırılmaması gereklidir[26]. Birleşik Devletler, **"serbest piyasa**

[25] Posner, **Economic Analysis of Law**, s. 389.

[26] Hukuk ve ekonomi bilimlerinin yakın ilişkisi her iki dalda görev yapan bilim adamlarını

ekonomisi"ni ezelden beri temel aldığı için, piyasanın kendi kurallarına devletin müdahalesi Kıta Avrupası ve ülkemizdeki gibi **"doğal"** olarak karşılanan bir husus değildir. Serbest piyasa ekonomisi kural olarak devletin doğal tekel özelliği gösteren alanlar haricinde piyasaya müdahalesinin olmadığı bir teori üzerine kuruludur[27]. Bu teoriye olan güvenin sarsılmasına ve etkin bir idare arayışının başlamasına sebep olan 1930'ların **"Büyük Bunalım"**ı (**"Great Depression"**) İdareye geniş müdahale olanağının verilmesinin ve serbest piyasa ekonomisinin **"o dönemin koşulları içinde"** ortaya çıkan aşırılığını tedavi edilmesinin yolunu açmıştır. Regülasyonun dönüm noktası olan **"New Deal"**la[28], Roosevelt ve ekibi, eskisi kadar güvenilmeyen ve ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlanan kapitalizmin yıkıcı etkilerini ortadan kaldırarak, belirli bir denge yaratma çabasına gitmişlerdir.[29] Dolayısıyla, **Büyük Bunalım'la gelen yoğun regülasyonun altında yatan neden aslında kapitalizmi kendisine karşı**

multidisipliner bir çalışma alanına sevketmiştir. Sosyal ve siyasal alana ekonomik bakış açısıyla yaklaşmaya yatkın Amerikalı bilim adamları giderek hukukun ekonomik analizini yapma yönünde çabalar sarf etmeye başlamışlardır. Guido Calabresi'nin "haksız fiil" ve Ronald Coase'nin "sosyal maliyet" üzerine yazdıkları makaleler bu alandaki modern çalışmaların ilk ve önemli örnekleridir. Özellikle Coase'nin söz konusu çalışmasıyla "ün" yapan "teoremi" ve Gary Becker'in mülkiyet hakları ve sorumluluk kurallarına ekonomik yaklaşım getiren eserleri, hukuksal kavramların ekonomik analizinin yapılması bakımından hukuk doktrinine önemli etkilerde bulunmuştur. Nitekim "regülasyon" konusunda en saygın bilim adamlarından (aynı zamanda "U.S Court of Appeals of Seventh Circuit" Yargıçlığı yapmış olan) Richard Posner'in 7. basıya ulaşmış eserinin adı "Hukukun Ekonomik Analizi" (Economic Analysis of Law) dir. Bu konudaki diğer eserler için bkz: Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", **70 Yale L.J**. 499 (1961); Ronald H. Coase, "The Problem of Social Coast", **3 J. Law & Econ.** 1 (1960); Gary S. Becker, **The Economic Approach to Human Behavior,** University of Chicago Press (1978); Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", **76 L. Pol. Econ.** 169 (1968).

27 Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 3.

28 Söz konusu dönem çalışmanın III. Bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

29 Nitekim, regülasyonun yetersiz ve etkisiz olduğunu savunan sosyalistler özel girişimin yerini devletin almasını ve sosyal performansın ancak bu tür bir müdahale ile artırılabileceğini savunmuşlardır. (Bkz. Paul A. Baran, Paul M. Sweezy, **Monopoly Capitalism**, Monthly Review Press, New York, 1966, s. 65-66) Serbest piyasanın kendi kurallarına göre işlemesini savunan ve siyasi yelpazenin diğer ucunda yer alanlar ise her türlü regülasyonun kötü olduğunu iddia etmişlerdir. (George J. Stigler, Clarie Friedland, "What Can Regulators Regulate", **5 J. Law & Econ.** 1 (1962)) Karşısına aldığı her iki görüş de, aslında, regülasyonun dengeleme mekanizması olarak düşüldüğünü doğrulamaktadır.

korumak idi[30]. Bu bakımdan, Amerikan vatandaşlarını gerçek anlamda bir **"İdare Hukuku"** ile tanıştıran regülasyon, söz konusu dönem itibarı ile **"kapitalizmi sosyalizme karşı savunabilmek"** için geliştirilmiş bir güvenlik mekanizmasıdır.

Ekonomik kararların alınmasının kontrolünün tamamen özel sektöre bırakılması yerine, bu sürece kamusal makamlar tarafından "müdahale" edilmesinin temelinde "kamu yararı" yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle kamu yararının "kamusal kontrolü" gerektirdiği kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, "piyasa", tüketicileri (hatta hizmet ve mal üreticilerinin bazılarını) korumakta yetersiz kalmakta ya da diğer kamusal yararlarının gözetiminde kendisinden beklenen fonksiyonu ortaya koyamamaktadır. Bu nedenle, regülasyon, piyasada eksik olan "sorumluluk unsurlarını" temin eder. Bununla birlikte, İdareye "kamu gücü"nü (power to coerce) kullanarak özel girişim alanına müdahale etme yetkisi verildiğinde, bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerin de belirli güvencelere kavuşturulması gereklidir. Bu bakımdan İdare Hukuku, kamu yararı ile temel hak ve özgürlüklerin belirli bir denge içinde korunmasını güvence altında tutar.

Amerikan İdare Hukukunun işlevi (ya da bu işleve yönelik beklenti), bir yandan bürokratik keyfilik ve istismarı en aza indirip, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önleyen, diğer taraftan İdarenin kamu yararına yönelik etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmesini sağlayan, dengeleyici bir mekanizma yaratmak şeklinde özetlenmektedir[31]. Regülasyon, İdareye Yasama ve Yargı organlarına ait fonksiyonların belirli şart ve sınırlarda "yansıması"nı sağlayarak geniş bir hareket alanı sunan başlıca mekanizmadır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini yakından etkileme olanağına sahip İdareye kamu gücünü bu denli etkin kullanma olanağı verildiğinde, Hukuk Devleti ilkesi, bu yetkilerin hukuka uygun kullanılması için bir takım önlemler alınmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu önlemlerin başında ise İdarenin regülasyon sürecinde ihtiyaç duyduğu işlemlerin, ancak belirli bir takım usuli kurallara uyulması suretiyle tesis edilebilmesi gelmektedir. Anayasa ve Federal İdari Usul Kanunu'nda İdarenin işlem yapma sürecinde izlemesi gereken prodese-

[30] Breyer et.al, **Administrative Law**, s. 21.

[31] Felix Frankfurter, "The Task of Administrative Law", **75 U. Penn. L. Rev.** 614 (1927).

dürlere yönelik olarak getirilen kural ve düzenlemeler, yalnız bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmakla kalmamakta, aynı zamanda "kuvvetler ayrılığı" ("seperation of powers") ve "fren-denge sistemi" ("checks and balances") gibi anayasal prensipler karşısında, İdareye birbirinden farklı bir takım işlevler tanınmasını meşru kılan en önemli şartlardan birini oluşturmaktadır.

Tarihsel, ekonomik ve sosyal yönlerini bir kenara bırakacak olursak, teknik bakımdan regülasyon içinde çeşitli faaliyetleri barındıran dinamik bir süreç olarak ifade edilebilir. Regülasyonu tarihi gelişimi ile birlikte ortaya koymadan önce, anlam ve kapsamını belirleyebilmek için bir analoji yapmak gerekirse; "**regülasyon**", ekonomik ve hukuksal kuralların çerçevelendirdiği bir **"oyun"**dur. Oyunu tertip edenler (Yasama ve İdare) **(1)**, teorik olarak temellendirilmeye ve açıklanmaya çalışan dayanaklar ne olursa olsun (justifications) **(2)**, ulaşılmak istenen sonuç bakımından belirlenen tercihlerini ortaya koyarak (policy) **(3)** oyunun kurallarını belirlerler (düzenleme-kural koyma) ("rulemaking") **(4)**. Oyunun kurallarını belirli durumlara uygulayıp, çoğunlukla içinde uyuşmazlık çözme fonksiyonu da barındıran bir süreç sonucunda birel nitelikli kararlar alırlar ("adjudication") **(5)**. Oyunu tertip edenlerin görevi yalnızca kural koymak, bunları uygulamak ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlemekle sınırlı değildir. Oyun başladıktan sonra kuralların işe yarayıp yaramadığını gözlemleyerek ihlallerin olup olmadığını denetlerler ("supervision"). **(6)** Kimi zaman oyuna katılıp katılmama konusunda talep edenlere giriş imkanı tanıyan izin ("licensing") **(7)** hatta bazen zaruri olduğu düşünülen bir takım hizmetleri sunan hukuki varlıklara (public utilities) **(8)** katlanmak zorunda oldukları müdahaleler karşılığında bir takım ayrıcalıklar verirler. Ve nihayet, oyunun kurallarında aykırılıklar tespit ederlerse bütün bu sürece özgü belirli yaptırımlar uygularlar ("sanctioning") **(9)**. İşte bütün bu unsurları içeren süreçte (process) ortaya çıkan faaliyet regülasyon olarak adlandırılır.

Bütün bu oyun senaryosunda İdare'ye düşen görev, **"düzenleyici işlem yapma"**, "**uyuşmazlık çözümü"**nü de kapsayan **"yargısal benzeri karar alma"**, **"izin verme"**, **"denetleme ve yaptırım uygulama"**dır. Hiç şüphesiz bunların arasında, regülasyonun olmazsa olmaz unsuru, asıl

nüvesi kural koyma anlamındaki **"düzenleme"** fonksiyonudur. Bununla birlikte regülasyonun, bu tür bir düzenleme yetkisinden ibaret olduğunu söylemek, içinde mutlak bir yanlış barındırmasa bile **"eksik"** bir analiz yapmak anlamına gelmekte, onun tamamlayıcı unsurlarının gözden kaçırılmasına ve tek tip bir içeriğe sahip olmadığının anlaşılmasına engel olmaktadır. İdarenin düzenleme fonksiyonunu gereği gibi yerine getirebilmesi, yaptığı düzenlemeleri ortaya çıkan ihtiyaçlar uyarınca yenileyebilmesi ve bunlara uyulmasını sağlayabilmesi için denetlemede bulunmasına, bu düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konunun uzmanı ve sorumlusu olarak çözüme kavuşturmasına ve koyduğu kuralların gereği gibi uygulanabilmesi için izinler vermesine bağlıdır. Dolayısıyla mutlaka **"regülasyon işlevi = düzenleme fonksiyonu"** gibi bir denklem yapılması gerekiyorsa, bu denklemdeki düzenleme fonksiyonunun kural koymadan ibaret olmadığını, içinde ister istemez yukarıda saydığımız diğer öğelerin de yer aldığı daha geniş bir açılıma sahip olduğunu belirtmek gerekir. Esasen bir piyasaya veya özel ilişkiler alanına düzen verme yalnızca kural koyma vasıtası ile gerçekleştirilebilecek bir faaliyet olmayıp, yukarıda sayılan diğer araçlardan da yararlanılmasını gerektiren daha kapsamlı ve daha dinamik bir etkinliktir. Bu bakımdan regülasyon da, içinde birbirinden farklı ama aynı zamanda birbirini tamamlayan yetki ve usullerin yer aldığı dinamik bir **"süre(c)"**in (**"regulatory process"**) adıdır.

Şu halde; özetlemek gerekirse, yukarıda numaralandırmak suretiyle ortaya koyduğumuz maddi ve organik unsurlar regülasyonun tek başına kendi değil, bir parçasıdır. Regülasyon, bu unsurlarla oluşturulan bir süreç içinde ortaya çıkan bütünden oluşur. Dolayısıyla regülasyonun ne olduğu, kendisini oluşturan bu unsurlar, bir bütünü teşkil eden parçalar incelenmek suretiyle ortaya konabilir. Bu doğrultuda, çalışmada, regülasyonun anlam ve kapsamını doğru bir biçimde ortaya konulabilmesi için, kimi eserlerde olduğu gibi, genel bir tanım vermek yerine, son derece geniş açılımlı olan bu faaliyet, unsurlarına ayırılarak ele alınacak, bu unsurlara ilişkin açıklamalar yapmak suretiyle, toplamda kapsam ve derin-

liğini tanımlamanın sınırlayıcı ve kaçınılmaz olarak da eksik yönünden sıyrılınmaya çalışılacaktır[32].

Çalışmanın ilk bölümünde yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız regülasyon sürecinin unsurları incelenecek, ikinci bölümde ise regülasyon faaliyetine yönelik güvenceler ele alınacaktır. Böylelikle bir yandan bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale sonucunu doğuran regülasyon faaliyetinin anlam ve kapsamı ortaya konurken diğer yandan bu müdahale karşısında bireylere getirilen usuli ve yargısal güvencelere dikkat çekilerek kamu yararı-birey hakları dengelemesinin nasıl yapıldığı analiz edilecektir. Üçüncü bölümde önce regülasyonun Amerika Birleşik Devletlerindeki gelişim ve dönüşümü açıklanacak sonrasında ise ekonomik alanda yer alan bir takım sektörlerdeki regülasyon-deregülasyon süreçleri mercek altına alınacaktır. Bu tür bir sektörel analiz sayesinde regülasyonun ekonomik boyutunun hukuksal işlevine nasıl bir etki yaptığı ayrıntılı bir şekilde belirlenecektir. Bunun yanında, her bölüm sonunda genel bir değerlendirme yapılarak regülasyonun kaynak ülkedeki anlam ve kapsamı, ortaya çıkardığı sorunlar ve bu sorunlar üzerindeki tartışmalar özetlenerek bunların Türk Hukukuna yansımaları üzerinde kısa ve genel bir analiz yapılacaktır.

[32] Aslında, bir nevi "puzzle"dan oluşan resmin genel olarak değerlendirilmesi yerine o resmin parçalarının tek tek değerlendirilmesi tercih edilecektir. Böyle bir tercihin nedeni regülasyonun birbirinden farklı alanlarda ve farklı görünümlerde ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla "puzzle"ı oluşturan parçalar bazen farklı şekillerde bir araya getirilip farklı resimler oluşturulabilir. Şu halde daha belirleyici olan parçalardır. Çünkü bunlar farklı zaman ve koşullara göre göre farklı görünümler alabilir.

I. REGÜLASYON FAALİYETİNİN UNSURLARI

A. Regülasyonun Özneleri

1. Yasama

Amerikan İç Savaşından sonra, bireylere tanınan mülkiyet ve özgürlüğe ilişkin hakların diğer bireylere zarar vermeden kullanılmasını temin etmek amacıyla, serbest girişime "düzen verme" sorumluluğunun, "Common Law" sistemi uyarınca yargı yerlerinin omuzlarına yüklenmesi ile yeterli çözümün üretilmediği ortaya çıkınca, Yasama organının ekonomik hak ve özgürlüler alanına doğrudan müdahalesinin kaçınılmaz olduğu anlaşılmıştır. Bunu izleyen dönemde, ekonomik, sosyal ve siyasal andaki gelişmeler neticesinde, özel alanın kontrolünde federal devletin etkinliğine daha çok ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda, statü hukukuna, önce federe devletler katında sonra da federal boyutta daha fazla yer açılmış ve özellikle ticari faaliyetlerin regüle edilmesinde Yasama organı daha aktif bir konuma getirilmiştir.

Ancak özel ilişkiler alanına müdahale yetkisinin Yargının tekelinden çıkarılarak, Yasamaya da etkin bir rol biçilmesi anlamına gelen bu atılımın, Amerikan Anayasasında başta **"maddi due process"** (**"substantial due process"**) olmak üzere bir takım prensiplerle korunan mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve ticari faaliyete ilişkin hakları zedelemediğinin ortaya konulabilmesi, diğer bir ifadeyle devletin Kanun Koyucu eliyle özel faaliyetlere müdahale edebilmesinin mümkün kılınabilmesi için hukuksal temeli olan bir takım kriterlerin bulunması gerekmiştir. **"Regülasyonun yasal dayanakları"** (**"legal justifications of regulation"**) olarak ifade edilen bu kriterlere ilk defa 1877 tarihli ***Munn*** davasında işaret eden Supreme Court, zaman içerisinde geliştirdiği içtihatlarıyla Yasama organının işini kolaylaştırmıştır.

Munn v. İllinois[1] davasında, Mahkeme, Anayasanın Ek. 14. Maddesinde yer alan **"due process"** yükümlülükleri bağlamında, federe devlet yasama organının ticari ilişkileri regüle edip edemeyeceği sorusuna cevap

[1] Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1877).

aramıştır. Mahkeme, antrepoların, zahirecilerin ve demiryollarının tavan ücretlerini belirleyen yasal düzenlemeleri hukuka uygun bulurken, devletin bu alandaki müdahalesini anayasal bakıdan meşru kılan ve bugün de regülasyonun tarihsel kökeni olarak gösterilen iki kavrama dayanmıştır: **"kamu yararı"** (**"public good"** [2]veya **"public interest"**) ve **"kolluk yetkisi"** (**"police power"**). *Munn* kararı, bu yönüyle, regülasyonun **"mihenk taşı"** niteliğindedir.

Kararda, Supreme Court, kolluk yetkisinin kullanımın şumulünün, kamu yararı (public good) gerekli kıldığı takdirde mülkiyet üzerindeki regülasyonu da içerdiğini vurgulamıştır[3]. Bunun yanında Mahkeme, **"umumu etkilenmesi durumunda özel mülkiyetin kullanımının artık kamu yararı ile çevrelenmiş, sarılmış ('clothed with public interest') olduğuna ve devlet tarafından ortak menfaat için kontrol altında tutulması gerektiğine"** karar vermiştir[4]. Bu nedenle bir eyaletin (federe devletin) kamusal kullanıma özgülenecek bir özel mülkiyeti regüle edebileceği (**"a state government could regulate private property dedicated to a public use**[5]") kabul edilmiştir.

[2] "Public good" tekil olarak kullanıldığında ("public interest"e benzer şekilde) "kamu yararı" anlamını verirken, çoğul olarak (public goods) kullanıldığında "kamusal mal veya hizmetler" anlamına gelmektedir.

[3] "Kolluk yetkileri (police powers) devletin her egemenlikte saklı olan yetkilerinden ne eksik ne fazladır… başka bir ifadeyle bireyleri ve şeyleri idare etme yetkisi(dir)… İdare, bu yetkilerle, kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini ve her birinin mülkiyetini kullanma yöntemlerini düzenler." (Munn v. Illinois, s. 125).

[4] Mahkeme bu yoruma varırken İngiliz Baş Yargıç Lord Hale'in "De Portibus Maris", adlı "Treatis"inden alıntı yaparak özel mülkiyetin bir kamu yararı ile etkileşim içinde olduğu durumlarda artık yalnızca özel hukuk konusu olmaktan çıkacağına ilişkin teorisini aktarmıştır.

[5] "Çok uzun zamandan beri İngiltere'de ve ilk kolonizasyonundan beri bu ülkede (A.B.D.'de), feribotlar [ve] umumi vasıtalar regüle edilmekte… ve böylelikle, hizmetin karşılığı olarak alınacak ücretlerin hadleri belirlenmektedir….

…

…(Ö)zel mülkiyet kamu yararının etkisi altında kaldığında, "konu" juris privati olmaktan çıkar… Mülkiyet kamusal sonuçlar doğuracak biçimde kullanılıp toplum genelini etkilediğinde, "kamu yararı ile çevrelenmiş" olur.

…

…Her kullanıcıdan belirli bir ücret alan umumi taşıma vasıtaları ticaretin giriş kapısında yer alırlar. Bunların ticari faaliyetleri kesinlikle umumi bir ücrete yönelmekte ve kamusal

Mahkeme İngiliz Baş Yargıç Lord Hale'e atıfla[6] at arabacılığı, fırıncılık gibi (o devirdeki) ticaretin belirli alanlarında faaliyette bulunanların uğraş konularının makul ve adil bir ücret alınmasına eğilimli olduğunu ve bu bakımdan **"kamu yararının ve kullanımının bir parçası haline dönüştüğü"**nü belirtmiştir[7].

Munn, esasen, Supreme Court'un İç Savaş'ın sonrasındaki dönemde, sosyal, politik ve ekonomik yapıda ortaya çıkan değişikleri dikkate alması neticesinde temellendirilmiş bir karardır. Belirli bir oranda devlet kontrolünün kaçınılmaz olduğunu kabul eden Mahkeme, adeta yeni bir yargısal reformun kapısını aralamıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararı bugün için (özellikle de konuya Kıta Avrupası Hukuku penceresinden bakanlar açısından) son derece doğal, adeta **"malumun ilamı"** olarak gözükse de Amerikan Hukukunun tarihsel gelişimi bakımdan oldukça anlamlıdır. *Munn*, özetle, federe devletlere (eyaletlere) Anayasa tarafından tanınan kolluk yetkisinin (state police power), yasama vasıtasıyla (through legislation), özel ticareti (private business) regüle etmekte kullanılabilirliğini test etmiştir[8].

İlerleyen zamanda Supreme Court, regülasyon faaliyetinin içeriğine ve çeşidine göre yaptığı ayırımı *Nebbia v. New York*[9] kararında, **"kamu yararı**

kullanım kamu yararının bir unsuruna dönüşmektedir." (Munn v. Illinois, s. 113-132).

6 De Portibus Maris, **1 Harg. Law Tracts**, 78.

7 Munn v. Illinois, s. 127.

8 Charles M. Haar, Daniel W. Fessler, **The Wrong Side of the Tracks**, New York: Simon & Schuster, 1986, s. 142-49.

9 Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934); Oysa ki, Munn kararından daha sonra, fırıncılar için tespit edilen maksimum çalışma saatlerini düzenleyen bir New York yasasısını iptal eden Supreme Court, bu tarihten (1905) 1934'e kadar Yasama'nın regülasyon yetkisini dar bir sınırda tutmuştur. [Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)] Söz konusu dönemde 200'e yakın yasal düzenlemeyi, maddi due process prensibine dayanarak iptal eden Mahkeme, gerek federe devletlerin gerekse federal devletin regülasyon yetkisini "due process" prensibi altında dar bir kapsamda yorumlamış, bir çok yasal düzenlemeyi, devletin söz konusu prensip ile korunan sözleşme özgürlüğü alanına gereksiz ve keyfi bir şekilde müdahale ettiği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme bu kararlarının bir çoğunda belirli sektörlerdeki faaliyetin doğası gereği özel nitelik taşıdığı (essentially private in nature) ve federe devlet regülasyonunun kapsamı alanı dışında tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. (Bkz. New States Ice Co. v. Liebmmann, 285 U.S. 262, 277 (1932); Chas Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations of The

ile çevrelenmiş sektörler" ("business affected with a public interest") kriterini genişletmek suretiyle terk etmiştir. Söz konusu dava, New York'da süt fiyatlarının fazla üretim nedeniyle dibe vurmasının ardından, New York Eyaletinin 1933 yılında çıkardığı bir kanun ile "Süt Kontrol Kurulu"nu (Milk Control Board) süt satışlarının perakende taban ve tavan fiyatlarını kontrol etmek üzere yetkilendirmesinden kaynaklanmıştır. Olayda, belirlenen fiyatın altında satış yapmasından ötürü ceza alan bir bakkal (Nebbia), sütün ne ticaretinin ne de perakende satışının monopol veya geleneksel olarak regüle edilen faaliyetlerden biri olduğunu iddia ederek, söz konusu cezanın **"Due Process"**[10] ve **"Kanun Önünde Eşit Korunma"** (**"Equal Protection"**) ilkelerine aykırı olduğunu savunmuştur. Nebbia'nın iddialarına cevap veren Mahkeme; *"***kamu yararı ile çevrelenme***"nin "bir sektörün yeterli bir sebebe dayalı olarak kamu yararı için kontrole tabi tutulmasından başka bir şey olmadığına" ("no more than an industry for adequate reason is subject to control for the public good")* karar vermiştir[11]. Bunun yanında Mahkeme, anayasal bir sınırlama olmadıkça, ***"bir eyaletin "kamusal esenli(ğ)i" (public welfare) tesis edici olarak "algılanabilecek" her türlü politikayı (policy) kabul edebileceğini ve Yasama organı tarafından bu amaçla tesis edilmiş bir politikayı yürütebileceğine"*** kanaat getirmiştir[12]. Nihayet Mahkeme, her regülasyon türünde olduğu gibi, fiyat kontrolünün de, yalnızca **"keyfi"** (**"arbitrary"**), **"eşitliğe aykırı"** (**"discriminatory"**)

State of Kansas, 262 U.S. 522 (1923), Tyson & Brother –United Theatre Ticket Officers v. Banton, District Ottorney, 273 U.S. 418 (1927); Ribnik v. McBride, Commissioner of Labor of the State of New Jersey, 277 U.S. 350 (1928).

[10] Buradaki iddia "due process" prensibinin maddi boyutuna ilişkin olup (substantive due process), belirli bir özgürlük veya mülkiyet alanına müdahale eden işlemin "esası" bakımından değerlendirildiği ve devletin neyi regüle edip neyi edemeyeceği sorusuna cevap arandığı bir incelemeyi gerektirmektedir. Belirtilen alanlara müdahalenin "nasıl" yapılabileceğini sorgulayan ve söz konusu prensibin orijinal halini yansıtan "prosedürel due process" (procedural due process) "maddi due process"ten farklı bir karakterde olup, ileride regülasyonun usuli güvencelerini ele alan kısımda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

[11] Nebbia v. New York, s. 536.

[12] "… (B)ir federe devlet, makul bir şekilde kamu yararının sağlanmasına yönelik olarak kabul edilebildiği müddetçe her türlü ekonomik politikayı benimsemekte ve kanunla öngörülen amaca uygun olarak uygulamakta serbesttir. Mahkemelerin ne bu tür bir politika belirleme, ne de Yasama tarafından belirlendiğinde onu iptal etme yetkisi bulunmaktadır… "Nebbia v. New York, s. 537.

veya Yasama organının tesis etmekte serbest olduğu bir politika (policy) ile **"kanıtlanabilir şekilde alakasız"** (**"demonstrably irrelevant"**) olduğu durumlarda anayasal olmaktan çıkacağını belirtmiştir. *Nebbia*, Supreme Court'un, hangi ticari sektörlerin regülasyona tabi tutulması gerektiği hususunu bundan böyle sorgulamayacağını vurguladığı bir dava olarak görülmüştür[13].

2. İdare(ler) (Agencies)

Regülasyonun ikincil ancak öncülüne göre daha aktif olan öznesi **"agency"**lerdir. "Agency" kavramı, her ne kadar sözlük çevirisi başka anlamlara gelse de[14], Türk İdare Hukukundaki karşılığı ile (belirli bir) **"idare"** anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, Türk İdare teşkilatında nasıl ki bir belediye veya bir kamu kurumu aynı zamanda bir **"idare"** ise, Amerikan İdare Hukukunda da farklı isimler altındaki kurumların hepsi birer **"agency"** dir. Federal İdari Usul Kanunu **"agency"**i, ***"başka bir agency'nin içinde veya denetiminde olsun ya da olmasın Devlet teşkilatı içerisinde yer alan her makam"*** olarak son derece geniş bir şekilde tanımladıktan sonra **"Kongre"**, **"mahkemeler"**, **"başkent Washington D.C. (District of Columbia) yönetimi"**, **"özel yönetimi olan alanlar"** (**"territories or possessinos of the United States"**), **"askeri mahkeme ve komisyonlar"** ile **"savaş zamanında veya işgal edilen topraklarda askeri yetkiler kullanan makamlar"**ı bu tanımın dışında bırakmıştır[15]. Bunun yanında, Supreme Court, 1992 yılında verdiği *Franklin v. Massachusetts* kararında APA'nın **"Başkanlık"** makamını da "agency" tanımının dışında bıraktığını kabul etmiştir[16]. Öte yandan**, "federe devlet"**ler ve bu devletlerde yer alan idareler federal bir kanun olan APA'ya tabi olmadıklarından federal idareleri ortaya koyan bu tablo içerisinde yer almamaktadırlar.

---

[13] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 7/I.

[14] Bu anlamları dikkate alınarak "agency" kavramının karşılığı olarak kimi zaman "ajans" terimi kullanılmaktadır ki kanaatimizce bu terim, "agency"nin taşıdığı anlam ve işlevin Türk İdare teşkilatında yer alan "idare"ler ile karşılaştırılarak yansıtılması bakımından çok da yerinde bir tercih değildir.

[15] 5 U.S.C. §551(1).

[16] Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788 (1992).

Regülasyon faaliyeti yerine getirmek üzere bir "agency" kuran veya mevcut bir "agency"e yeni bir regülasyon programını uygulama sorumluluğunu yükleyen yasa, söz konusu "agency"e 1- Kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için gerekli olan **"kural (rule-general regulation) koyma" ("rulemaking")**[17]; ve 2- Bu faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözme ve bunun neticesinde, birel işlem niteliğindeki **"yargısal (benzeri) karar" ("adjudicative order" ya da "case by case decision[18]")** alma **("adjudication")** yetkisi vermektedir. Bu yetkilerin hukuka uygun kullanılması için getirilen usul kuralları ise başta Anayasa'da yer alan ilke ve prensipler ile 1946 tarihli İdari Usul Yasası ve bunlara ek olarak kimi zaman "agency"lerin görev ve yetkilerini belirleyen özel kanunlarda yer almaktadır.

Genelde Kongre, "agency"lerin yetkilerini belirlerken, kanunları yürütme, bunların uygulanmasına ilişkin kural koyma ve uyuşmazlık çözümüne yönelik karar verme fonksiyonlarının tümünü ihdas edebilir. Ancak bazı istisnai durumlarda Kongre, kural koyma ve yürütme işlevi ile yargısal karar verme ("adjudication") işlevlerini iki ayrı "agency"e dağıtabilmektedir. Diğer bir ifade ile İdarenin yargısal benzeri karar verme yetkisini diğer yetkilerinden ayırarak başka bir "agency"e vermektedir[19]. Bu gibi ayırımın nedeni kuralı koyacak "agency"nin, çeşitli sebeplerden ötürü uyuşmazlık çözerken tarafsız olup olamayacağına ilişkin tereddütlerdir.

Kongre bir alanı regüle ederken o alanda faaliyette bulunmak üzere bir "agency" kurmayı tercih ettiğinde söz konusu "agency"nin görev ve yetkilerini de belirler. Bunun yanında Kongre, var olan bir "agency"e yeni

[17] Breyer et.al, **Administrative Law**, s. 23.

[18] Breyer et. al, **Administrative Law**, s.23.

[19] Örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası (Occupatioanal Health and Safety Act) hem, işyerlerinde çalışanların sağlık ve güvenliğine yönelik standartların belirlenmesine yönelik kural koymak ve bu kuralları yürütmek üzere bir idare kurmuş, hem de ondan tamamen bağımsız olarak bu kurallardan çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere ayrı bir idare yaratmıştır. Bu nedenle, bir işverenin, Çalışma Bakanlığı bünyesinde yer alan "İş Sağlığı ve Güvenliği İdaresi"nin ("Occupatioanal Health and Safety Administration") ("OSHA") yasal düzenlemeleri ihlal ettiği yönünde sonuçlandırdığı soruşturmaya itiraz etmesi üzerine, uyuşmazlığı ondan ayrı ve bağımsız "İş Sağlığı ve Güvenliği İnceleme Komisyonu" ("Occupatioanal Safety & Health Review Commission") ("OSHRC") çözümlemektedir. 29 U.S.C § § 659 (c), 661 (a)-(b) (2000).

görevler de ihdas edebilir. Bu bağlamda, bazı "agency"ler birden fazla yasanın yürütülmesinden sorumlu olabilmektedir.

Kongre bir İdare kurarken onu aşağıda yer alan ve her biri farklı bir "agency" modeli barındıran dört kategoriden birinin içine sokabilir.

1- Kabine içinde **"Departments"** adı verilen ve başlarında bulunanlar da Bakan (Secretary) olarak anılan **"Bakanlıklar"**, 2- **"Bakanlıklar içinde yer alan idareler" ("agencies within the department"**) 3- Çevre Koruma İdaresi (Environmental Protection Agency) (EPA) gibi, bir Bakanlık içinde yer almayan ancak birden fazla üyesi de (komisyon veya kurul) bulunmayan – tek yöneticili- ve belirli bir dereceye kadar Başkan'dan bağımsız olan idareler **("free standing agencies"**) 4- Birden fazla üye ile (multimember) yani kurullar aracılığı ile yönetilen **"Bağımsız Regülasyon İdareleri"** (**"Independent Regulatory Agencies**")

Aslında, Kongre, bu "agency"leri kurarken, Başkana karşı daha fazla ya da daha az bağımsız, veya bizatihi kendisine karşı daha az veya daha fazla sorumlu kılma yönünde inisiyatif kullanmaktadır.

Birinci grupta yer alan ve tarihsel kökenleri bakımından en eski idare türü olan Bakanlıklar, başlarında bulunan ve Başkanın en yakın danışmanları olan Bakanların "**Başkanın'ın Kabinesi"**ni (**"Cabinet"**) oluşturduğu idarelerdir.

Genellikle Bakanlıkların içinde de bir takım idareler bulunmakta ve bunlar ikinci kategoriyi oluşturmaktadır. **"Service"**, **"Bureau"**, **"Administration"** gibi farklı adlar da alabilen bu birimlerin başındaki yöneticiler de **"Director"**, **"Administrator"** farklı bir takım isimlere sahip olmakta ve bunlar genellikle Başkan, kimi durumlarda da Bakan tarafından atanmaktadır. **"Tarım Bakanlığı"** (**"Department of Agriculture"**) bünyesinde kurulan **"Orman Dairesi" (**"**Forest Service**") veya **"Ulaştırma Bakanlığı"** (**"Department of Transportation"**) içerisinde yer alan **"Federal Havacılık İdaresi"** (**"Federal Aviation Administration"**) her biri kendine özgü idari işleve sahip ve kendi işlemlerini yapma yetkisini haiz bu idarelere örnek verilebilir.

Üçüncü grupta yer alan ve herhangi bir Bakanlık içinde örgütlenmeyen, başlarında, Senato'nun onayının alınması şartıyla Başkan tarafından atanan, tek bir idarecinin (**"single head"**) yer aldığı idareler de **"Yürütme'nin bir parçası"** (**"part of the Executive Branch"**) olarak kabul edilmektedir. En tipik örneğini **EPA**'nın ve **"Sosyal Güvenlik İdaresi"** (**"Social Security Administration"**) oluşturduğu bu tip **"agency"**ler, Başkana bağlı oldukları halde belirli bir dereceye kadar ondan bağımsız oldukları için **"kendi ayakları üzerinde duran idare"** (**"free-standing agency"**) olarak nitelendirilmektedir[20].

Dördüncü kategoride yer alan ve çoğunlukla **"Yürütme dışında"** (**"outside of the Executive Branch"**) olarak nitelenen ve **"Bağımsız Regülasyon İdareleri"** (**"Independent Regulatory Agencies"**) veya **"Bağımsız Komisyonlar"** (**"Independent Commissions"**) ismiyle anılan idareler, diğer kategoridekilerin aksine tek bir idareci ile yönetilmemekte, çok üyeli komisyonlar vasıtasıyla faaliyette bulunmaktadır. İlerleyen satırlarda daha ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız bu tip idarelere ilişkin bağımsızlık nitelendirmesi, sahip oldukları özellikler sayesinde, diğer kategoride yer alan "agency"lerden farklı olarak, Başkan'ın etki ve denetiminden büyük bir oranda izole olmaları gerekçesine dayanmaktadır.

Amerikan Federal İdaresinin teşkilat şemasını yansıtan yukarıdaki dört kategori içinde yer alan "agency"lerin büyük bir çoğunluğu düzenleyici işlem yapma, yargısal benzeri kararlar alma ve söz konusu işlem ve kararları yürütme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, üzerinde önemle durulması gereken bir nokta, regülasyon işlevinin yalnızca **"Bağımsız Regülasyon İdareleri"**ne özgülenmediği ve diğer üç kategoride yer alan kuruluşlardan bir çoğunun da regülasyon işlevi ile donatılmış olduğudur. Örneğin enerji alanındaki faaliyetlerin regüle edilmesinden sorumlu olan **"Federal Enerji Regülasyonu Komisyonu"** (**"Federal Energy Regulatory Commission"**) (**"FERC"**) ile **"Nükleer Regülasyon Komisyonu"** (**"Nuclear Regulatory Commission"**) (**"NRC"**) bağımsız regülasyon idareleri olarak karşımıza çıkarken, bunların sorumluluğuna girmeyen diğer konularda faaliyette bulunan "agency"lerden biri de **"Enerji Bakanlığı"** (**"Department of Energy"**)'dır. Öte yandan, diğer

[20] Berkarda, Amerika'da İdare Hukuku Var Mı? s. 95, dipnot 35.

sektörlerdekilerin yanında enerji sektöründeki işyerlerinin güvenliği ve burada çalışan işçilerin sağlığı konusunda standartlar belirlemek ve bu standartlara uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü olan **"İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi"** (**"Occupational Safety and Health Administration"**) (**"OSHA"**), **"Çalışma Bakanlığı"** (**"Department of Labor"**) içinde örgütlenmiş bir **"İdare"**dir. Nihayet enerji alanındaki faaliyetlerin çevrenin korunması bakımından düzenlemesi ile sorumlu olan **EPA**'da yukarıda belirttiğimiz gibi herhangi bir bakanlık içinde örgütlenmeyen, buna karşılık **"komisyon formatı"**na da uymayan, tek idareci ile yönetilen bir kurumdur. Verilen örnek birbirinden farklı konumda olan ve farklı amaçlara hizmet eden "agency"lerin aynı alanda (örnekte enerji) ve aynı anda regülasyon faaliyetinde bulunmasının mümkün olduğunu göstermektedir.

Şu halde, bağımsız regülasyon idareleri, her ne kadar regülasyon işlevine odaklanmışlarsa da, yalnızca bu faaliyeti görmekle sınırlandırılmadıkları gibi[21], regülasyon işlevine sahip tek "agency" modeli de değildir[22]. Bununla birlikte, regülasyon "oyunu"ndaki baskın ve kendine özgü karakterleri, teşkilat şemasında genellikle yürütme dışında konumlandırılmaları ve **"başsız dördüncü erk**"i (**headless fourth branch**) oluşturdukları yönündeki eleştirilere muhatap olmaları, onları aşağıda ayrı bir başlık altında, daha detaylı incelenmeye layık kılmaktadır.

Bu incelemeye geçmeden önce, "agency"lerin, işlevi, faaliyet konusu bakımından yapılan ayırımlar üzerinde kısaca durmakta fayda bulunmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, birçok ***"agency" "belirli durumlarda neyin yapılıp neyin yapılmaması gerektiğini genel olarak öngörmek (tıpkı Yasamanın yaptığı gibi), belirli olaylarda hukuku ihlal edilip edilmediğini tetkik edip ihlal edenlere karşı takibata girişmek ve «uyuşmazlık çözmek»***[23] ***(tıpkı savcıların ve mahkemelerin yaptığı gibi), bazı kişilere toplumun diğer üyelerine tanınmayan ayrıcalıklar***

[21] Örneğin Nükleer Regülasyon Komisyonu, nükleer enerji santrallerinin güvenli bir şekilde işlemesindeki meselelerin araştırılmasına yönelik sözleşmeler imzalamakta ve bu sözleşmelerin performansını denetlemektedir.

[22] Peter L. Strauss, **Administrative Justice in the United States**, Durham, N.C., Carolina Academic Press, 2002, s. 91.

[23] Bu iki sözcük metne benim tarafından eklenmiştir.

tanımak (tıpkı bir zamanlar Kral'ın yaptığı gibi), para cezası vermek ve bu para cezasının miktarını belirtmek yetkilerine kavuşturulmuştur." Bütün bu yetkilere sahip olan "agency"ler, özel haklara müdahale edip, bunların nasıl kullanılacağını düzenlediklerinden genellikle **"regülasyon idareleri"** (**"regulatory agencies"**) olarak anılmaktadır[24]." Bununla birlikte, bütün idarelerin uğraş alanının regülasyon olmadığını, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyen ve mutlaka yukarıdaki yetkilere sahip olması gerekmeyen "agency"lerin de var olduğunu ve bunların regülasyon idaresi sınıfına sokulmadıklarını belirtmek gerekir[25]. Nitekim, doktrinde bazı idarelerin, sosyal güvenlik alanında yaşlılara, özürlülere işsizlere, tıbbi[26], maddi ve benzeri yardımlar yapması, devletin sahip olduğu teşebbüs ve kaynakları işletmesi[27] gibi faaliyetlerin regülasyon alanı dışında kaldığı belirtilmekte[28] ve kimi yazarlarca idareler, işlevsel bakımdan, **"regülasyon idareleri"**- **"sosyal yardım-esenlik idareleri"** gibi ayırımlara tabi tutulmaktadır[29]. Bununla birlikte, her ne kadar ikinci kategoride yer alan idarelerin faaliyetleri birinci gruptakiler gibi emredici veya yasaklayıcı olmasa ve genelde doğrudan bir **"yarar"** sağlamaya yönelseler de, bazı hakları yakından etkilemeleri ve belirli bir oranda düzenleme alanına sahip olmalarından ötürü, bu gibi ayırımlar yapmak her zaman çok kolay olmamaktadır[30].

---

[24] Schwartz, **Administrative Law**, s. 6; Ayrıca Bkz. Burak Oder, **Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme**, Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, İstanbul, 2008, s. 244.

[25] Schwartz, **a.y**; Breyer et al., **Administrative Law**, s. 645; Berkarda, Amerika'da İdare Hukuku Var Mı?, s. 94.

[26] Örneğin Sağlık Ve Toplum Hizmetleri Bakanlığında (Department of Health and Human Services) yer alan Sağlık Hizmeti Finansman İdaresi (Health Care Financing Administration) bu tip hizmet vermektedir.

[27] Örneğin Ulusal Park İdaresi (National Park Service) ve Toprak Yönetim Bürosu (Bureau of Land Management) ulusal parkların işletme ve idaresinden sorumlu iken, Tarım Bakanlığı (Department of Agriculture) içinde yer alan Orman İdaresi (Forest Service) ulusal ormanların işletme ve idaresi ile görevlendirilmiştir.

[28] Breyer et al., **Administrative Law**, s 645; Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 11.

[29] Schwartz, **Administrative Law**, s. 6; Michael Asimow, Arthur Earl Bonfield, Ronald M. Levin, **State and Federal Administrative Law**, St. Paul, Minn: West Group, (2nd ed. 1998), s. 1; Berkarda, **Amerika'da İdare Hukuku Var mı?**, s. 94.

[30] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 11-12.

a. Bağımsız Regülasyon İdareleri

Bağımsız idareler, regülasyon faaliyetinde, hem teşkilat hem de işlev bakımından önem taşımaktadır. Farklı görüşlere sahip, konusunda uzman ve tecrübeli üyelerin oluşturduğu kurul ve komisyonlar vasıtasıyla görev yapan bu kurumlar, **hukuksal bakımdan zor, teknik bakımdan karmaşık ve politik bakımdan da hassas konularla meşgul olmaktadırlar**[31]**.**

Federal düzlemde, modern anlamıyla bağımsız regülasyon idaresi, ilk defa Kongrenin 1887 yılında demiryollarını regüle etmek üzere kurduğu **"Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu" ("Interstate Commerce Commission") ("ICC")** ile ortaya çıkmıştır[32]. Zaman içerisinde, "bağımsızlık" unsuru çok üyeli idarelerle birlikte anılır olmuştur[33].

Bağımsız regülasyon idarelerini mercek altına alırken, genel bir tanım vermek yerine[34] bu kurumların temel niteliklerini ortaya koymak

[31] Marshall J. Breger, Gary J. Edles, "Established By Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", **52 Admin. L. Rev**. 1111, 1112 (2000).

[32] Genel kanının aksine ICC'nin ilk hali, bağımsızlık karakterinin ön plana çıkarılmasını sağlamaya yetmiyordu. Yasanın 18. ve 21. maddeleri komisyonu İçişleri Bakanlığının denetimine tabi tutmakta, Komisyon personelin maaş ve harcamaları için Bakanın onayının alınması gerekmekte, ayrıca Komisyonun hizmet binası ve malzeme ihtiyacı da Bakanlık tarafından karşılanmakta idi. (Act of February 4, 1887, ch. 104, §§ 18,21 Stat. 379, 386-387). Bunun yanında, Komisyon yıllık raporlarını, daha sonra Kongreye iletmesi için İçişleri Bakanlığına göndermek zorunda idi. (§18) Bu bakımdan, Komisyon bugünkü anlamıyla "bağımsızlığına", İçişleri Bakanlığının bu yetkileri, 1889 yılında kaldırılınca kavuşmuştur. (Act of March 2 1889, ch. 382, §§ 7-8, 25 Stat. 855, 861-862) Bu konuda bkz. Robert E. Cushman, **The Independent Regulatory Commissions**, Institute of Public Administration, New York, 1941, s. 62.

[33] Aslında idari faaliyet bakımından bağımsızlık, her ne kadar regülasyon bağlamında olmasa da, daha önceleri telaffuz edilmeye başlanmış bir kavramdı. Kongre 1789 yılında çıkardığı yasa ile Hazine Bakanlığını kurarken, söz konusu Bakanlığın Yürütme'nin başı olan Başkan'dan (Executive Branch) bağımsız olduğuna yönelik işaretler vermiş ve kimilerince yürütme birimi olarak görülmemesine neden olmuştur. Kongrenin Bakanı kendisine rapor vermekle yükümlü tutması ve Başkan'ın Bakanlık Denetçisinin görevine son verme yetkisini sınırlandırması bu görüşlere dayanak teşkil etmekte idi. Bkz. Gerhard Casper; **Seperating Power: Essays on the Founding Period**, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1997, s. 42; Lawrence Lessig, "Readings by Our Unitary Executive", **Cordozo L. Rev.** 175, 183-184 (1993).

[34] Strauss bunları, "kendi yetki alanlarındaki regülasyon konularında, kollektif bir şekilde karar alan üyelerin oluşturduğu kurallarca idare edilen kurumlar" olarak tanımlamaktadır.

daha rasyonel bir yaklaşımdır. Amerikan İdare Hukuku bakımından söz konusu kurumları diğer "agency"lerden farklı kılan dört ana unsur bulunmaktadır[35] :

1-Bağımsız regülasyon idareleri, diğerlerinin aksine tek bir başkan yerine, çok üyeli komisyon veya kurullar tarafından yönetilmektedirler. Bu özellik söz konusu idareleri, farklı görüşlerin dikkate alınabildiği, **"kollejyal"** bir yapıya kavuşturmaktadır.

2- Bu idareleri kuran kanunlar uyarınca, belirli bir partiden gelen üyelerin sayısının basit bir çoğunluktan daha fazla olması yasaklanmaktadır. Böylelikle Başkan'ın, bu tip idarelerde görev yapan üyelerin tamamını veya büyük çoğunluğunu mensubu olduğu partiden gelenler arasından seçmesi önlenerek, kendisinin güdümünde karar almaların önüne geçilmek istenmektedir

3- Bu üyelerin belirli, birbirlerini izleyen (diğerleri ile aynı anda sona ermeyen) ve genellikle kendilerini atayan Amerikan Başkanı'nınkinden daha uzun görev süreleri bulunmaktadır. Bu kriter de Başkan'ın ilgili komisyonun kompozisyonunu bir defada değiştirmesinin önüne geçmek ve üyelerin verdikleri kararlardan ötürü Başkan tarafından tekrar atanmama kaygısı taşımalarını önlemek için getirilmiştir

4- Diğer yürütme görevlilerinden (executive officials) farklı olarak, Başkan, bu üyeleri ancak **"geçerli bir nedene ("cause") dayalı olarak"** görevden alabilmektedir[36]. Bağımsız regülasyon idarelerinde görev yapan üyelerin politik etki ve kaygılardan uzak, tarafsız bir şekilde karar vermelerini teminat altına alma amacına dayanan bu özellik, "Yürütme organı agencyleri" ile "bağımsız regülasyon idareleri" arasındaki en önemli farkı teşkil etmektedir. Bu konudaki birçok yasal düzenleme, uzaklaştırmanın sadece **"verimsizlik"**, **"görevin ihmali"** (**neglect of duty**) ve **"kötüye**

Bkz. Strauss, **Administrative Justice**, s. 3.

[35] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 7; Schwartz, **Administrative Law**, s. 19**;** Breger & Edles, s. 1135.

[36] Diğer idarelerin başında bulunan yöneticiler tamamen Başkan'ın arzusuna bağlı olarak görevlerini devam ettirmektedir. Başka bir ifadeyle Başkan'ın bunların atanmasında olduğu gibi görevden alınmasında da yasal düzenlemelerle sınırlanmamış bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

kullanılması" ("**malfeasence**)" hallerinde mümkün olabileceğini öngören "**Federal Ticaret Komisyonu Kanunu**"nu ("**Federal Trade Commission Act"**) model alarak düzenlenmiştir[37]. Mahkemeler, bu konuda herhangi bir düzenleme getirmeyip sessiz kalmayı tercih eden Yasalar bakımından, ilgili idarenin bağımsız regülasyon idaresi karakterine sahip olması halinde de aynı şartları aramış[38] ve bu tür "agency"leri diğerlerinden farklı kılan genel bir prensip yaratmıştır.

Yukarıda sıralanan diğer idarelerden ayırt edici özelliklerinin dışında, bu tür idarelerin teşkilatlanmasına yönelik benzer veya aynı nitelikte düzenleme veya teamüller de bulunmaktadır. Bir kere, bu komisyonlara başkanlık eden üye ("chairman"), Başkan tarafından belirlenmekte ve bu nedenle, genelde kendisini atayan Başkan'ın istek ve arzularına duyarlı bir tutum ve davranış sergilemektedir. Komisyon başkanları bazen **"Federal Rezerv Kurulu" ("Federal Reserv Board"**) örneğindeki gibi üyelik döneminin sona ermesine kadar koltukta oturmaya devam etmekte[39] bazen de, Federal Enerji Regülasyonu Komisyonunda olduğu gibi belirli bir dönem (4 yıl) için başkanlık yapmaktadır[40].

Bir çok yasa regülasyon idarelerine atanma konusunda ya herhangi bir vasıf aramamakta ya da "genel" bir takım nitelikler bulunmasını şart koşmaktadır[41]. Atanma koşulu olarak **"özel"** bir takım vasıflar öngören düzenlemeler istisnai niteliktedir[42]. Bazı "agency"lerin üye ve başkanları teamül olarak aynı kurumda görev yapan personel arasından seçilmektedir[43]. Bunun yanında, bir çok bağımsız regülasyon idaresinde, üyeler regülasyona tabi sektörle ilişkisi bulunanlar arasından atanmaktadır[44].

[37] Bu konuya en esaslı referansı teşkil eden Supreme Court kararı için Bkz. Humprey's Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935).

[38] Weiner v. United States, 357 U.S. 349 (1958).

[39] 12 U.S.C. 242 (Supp. 1988).

[40] 42 U.S.C 7171 (1983).

[41] Örneğin Federal Ticaret Komisyonuna üye olabilmek için herhangi bir statüde bulunma koşulu getirilmemiştir. Bkz. U.S.C. 41 (1973).

[42] Örneğin Posta Ücret Tarifesi Komisyonu (Postal Rate Commission) üyeleri profesyonel vasıflarına göre seçilmektedir. 39 U.S.C. 3601(a) (Supp.1979).

[43] Study on Federal Regulation, Senate Comittee on Government Operations, Volume I, S. Doc. 95-25, 95th Cong., Sess. 129 (1977).

[44] **a.e.**, s. 127.

Bağımsız regülasyon idarelerine ilişkin özel veya ortak hususlar bu şekilde ortaya konulduğunda, bu tür idarelere neden ihtiyaç duyulduğu ve bağımsızlık sıfatlarının gerçekte neyi ifade ettiği sorusu cevaplandırılmaya muhtaç olmaktadır.

Amerikan İç Savaşı Döneminden sonra, Devlet, demiryolları başta olmak üzere, bir yandan doğal tekel niteliği gösteren, diğer yandan politik, ekonomik ve sosyal bakımdan Amerika Birleşik Devletlerinin gelişiminde önem taşıyan ve toplumu yakından ilgilendiren sektörleri regüle etmeye başlamıştır.[45] Kongre, zamanla toplum yapısı daha da karmaşık bir hale gelince[46], ticaret, ulaşım, sosyal güvenlik gibi belirli bir politik yaklaşım ve pragmatik yönetim tarzı gerektiren alanlarda kanunları uygulamak üzere Başkan'dan bağımsız idareler kurmaya yönelmiş ve bu uygulama günümüze kadar devam etmiştir. Bu nedenle, bir regülasyon programının konusu Başkan'ın etki ve yönlendirmesinden uzak durulmasını gerektirecek kadar **"hassas"**, **"teknik"** ya da **"karmaşık"** ise veya sağlam bir politika oluşturabilmek için yoğun bir **"bilgi ve birikim"** gerekiyor ise bu alanda üstün deneyim ve uzmanlığını sergileyecek bağımsız bir idari kuruma yer açılması muhtemeldir[47]. Kongre, belirli bir alanı regülasyona tabi tutup bu regülasyonu gerçekleştirecek kurumları yaratırken, bu kurumlar adına karar vermeye yetkili olanların **"uzman"**lığından yararlanmayı amaçlamaktadır[48]."

Özel kişilerin faaliyetlerini regüle etmekle görevli olan bağımsız regülasyon idareleri bu görevlerini yerine getirirken diğer idareler gibi düzenleme yapmakta ("rulemaking"), uyuşmazlık çözümüne yönelik yargısal benzeri kararlar almakta ("adjudication") ve bunun yanında

---

[45] Breger & Edles, s. 1119.

[46] Jerry L. Marshaw, **Administrative Law: The American Public Law System Cases and Materials**, 5th Edition, West Group Publishing, 2003, s. 5.

[47] Ernest Gellhorn, Ronald M. Levin, **Administrative Law and Process**, St. Paul, Minn.: West Publishing 11 (4th ed 1997).

[48] Bu düşünce "finans piyasaları"nın, "işçi-işveren ilişkileri"nin, "nükleer enerji", "tüketici ve işyeri güvenliği", "ulaşım" gibi sektörlerin bağımsız regülasyon idarelerinin kontrolü altında faaliyet göstermeleri için uygun bulunmasına neden olmuştur. Bkz. Paul. R. Verkuil, "The Purposes And Limits of Independent Agencies", **1988 Duke L. J.** 257, 262 (1988).

(Amerikan İdare Hukuku anlayışındaki) kanunların doğrudan uygulanması anlamına gelen klasik yürütme fonksiyonu görmektedirler[49].

Yukarıda da vurgulandığı üzere, esasen, bu tip idareleri diğerlerinden ayrı kılan husus, Başkan'ın bunlar üzerindeki kontrol yetkisinin farklılığıdır[50]. Başkanın atama ve görevden alma gibi yetkilerinin belirli şart ve koşullara bağlı olması, karar verici organların çok üyeli olmasıyla birleşince, görevde kalma güvencesine sahip üyelerin özel menfaatlere ve Başkanın etkisine karşı kırılganlıkları azalmaktadır[51]. Bu bakımdan bağımsız regülasyon idarelerinin en önemli avantajlarından biri Başkanın politik etkisinden izole olmaları olarak gösterilmektedir. Bu izolasyon sözü edilen kurumlara özellikle yargısal bezeri karar alma safhasında belirgin bir esneklik sağlamaktadır. Beyaz Saray'a hesap verme yükümü altında olmamaları, bağımsız regülasyon idarelerinin, yargının denetimine tabi olan buna karşılık Başkanın yasal denetimine tabi olmayan ve "kendi gerçek iradelerini yansıtan karar"lar vermelerini sağlamaktadır[52]. Bu bakımdan, Başkan, bu tip komisyonlara belirli bir partinin baskın çoğunluğu sağlayacak şekilde atama yapamamakta, basit çoğunluk sağlandıktan sonra diğer üyeler başka partiden veya bağımsız olduğu tescillenmiş kişiler arasından atanmaktadır. Bütün bu farklılıklar komisyon üyeleri ve görev yaptıkları kurumların, Başkanın kontrolünden daha az etkilenmeleri için getirilmiştir.[53]

Bağımsız regülasyon idarelerinin diğer idare organlarına göre daha serbest olduklarının bir başka göstergesi ise Başkan'a bağlı olarak görev yapan **"İdare ve Bütçe Ofisi"**nin (**"Office of Management and Budget"**) (**"OMB"**) bunlar üzerindeki denetim ve gözetiminin diğer "agency"ler üzerindeki kadar sıkı olmamasıdır. OMB'nin gözden geçirmesine tabi tutulan işlem ve tasarruflar bakımından diğer "agency"lere getirilen bazı

---

[49] Breger & Edles, s. 1138.

[50] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 100-101.

[51] Gary Lawson, **Federal Administrative Law**, St. Paul Minn: West Group, 1998, s. 8.

[52] Schwartz, **Administrative Law**, s. 19.

[53] Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, **Administrative Law and Process**, New York, N.Y: Foundation Press, 92-93 (3rd ed. 1999).

yükümlülükler, fonksiyon ve yapıları ile uyuşmayacağından, bu kurumlar bakımından gerekli görülmemiştir.[54].

Bağımsızlık koruması, kimi zaman beraberinde bir takım problemler de getirmekte, örneğin iki bağımsız regülasyon idaresi arasında çatışan kararlardan dolayı bir uyuşmazlık çıktığında, bu sorunun nasıl çözülebileceği meselesi gündeme gelmektedir. İki bakanlık arasında bu tür uyuşmazlık çıktığında, Başkan, uyuşmazlığa yol açan iki karardan birine üstünlük vermek suretiyle sorunu çözümlemektedir.[55] Bununla birlikte, bağımsız idareler arasındaki çatışmada farklılığı ortadan kaldıracak bir mutabakat sağlanması pek kolay olmayabilir. Bu da iki bağımsız regülasyon idaresi arasında istenmeyen bir çekişmeye yol açmaktadır[56].

Amerikan hukuk doktrininde, bazıları bütün federal idareleri, bazıları da yalnızca bağımsız regülasyon idarelerini, "dördüncü erk" ("fourth branch of the government") olarak nitelendirmektedir. Bunun sebebi söz konusu idarelerin birçoğunun Yasama, Yürütme ve Yargıya ait olan yetkilere benzer yetkileri bünyelerinde toplu olarak barındırmalarına dayandırılmaktadır. Bu gerekçe, regülasyon idarelerinin Anayasada öngörülen üç erkten farklı bir kategoride algılanmasına neden olmaktadır. Bu algılama federal idarelerin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği yönündeki eleştirilere de dayanak oluşturmaktadır.

Bir kere, bu tür eleştirilerin, Başkan'ın kontrol yetkisi esas alınarak yalnızca bağımsız regülasyon idarelerine özgülenmesi tutarlı bir yaklaşım değildir. Başkanın "geleneksel idareler" üzerinde de, gerek sahip oldukları güçlü yetkiler gerekse büyüklükleri nedeniyle etkili bir denetiminin mümkün olmadığı haller göz önüne alındığında, yapılan eleştirilerde böyle bir ayırıma gidilmesi isabetli gözükmemektedir.

---

[54] Peter L. Strauss, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", **84 Colum. L. Rev.** 589-590 (1984).

[55] Aulana L. Peters, "Independent Agencies: Government's Scourge or Salvation?", **1988 Duke L. J.** 289 (1988).

[56] a.y.

İster yalnızca bağımsız regülasyon idareleri için yapılsın isterse bütün "agency"ler bakımından öne sürülsün, "dördüncü erk" nitelemesi birkaç nedenden ötürü, pek yerinde değildir.

Birincisi, "agency"ler, gerçekte ve aslen üç ayrı erke Anayasa tarafından özgülenen yetkileri kullanmamaktadırlar. "Agency"lerin kullandığı kural koyma yetkisi kanun yapma yetkisine benzese de ondan farklı olarak doğrudan "Anayasa" tarafından değil "yasa" ile ihdas edilmektedir. Dolayısıyla Kongre her zaman bu yetkinin varlığı veya şumülü hakkında karar verme yetkisini saklı tutmaktadır. Ayrıca, bunların yapmış oldukları düzenlemelerin birçoğu yasada tanınan yetkinin aşılıp aşılmadığının tespiti bakımından yargısal denetime tabidir. Bu nedenle, "agency"lere tanınan kural koyma yetkisi aslında tali bir yetkidir. Benzer şekilde, "agency"lerin uyuşmazlık çözümüne yönelik yargısal benzeri karar alma yetkileri de yargılama organın sahip olduğu yetkilerle aynı mahiyette değildir. Bir kere bu yetki de Anayasadan değil, Kanundan kaynaklanmakta ve kullanımı da genellikle yargısal denetime tabi olmaktadır.

İkincisi, bağımsız regülasyon idareleri bile her üç erkin kontrolünden soyutlanmış, kurtulmuş değildir. Diğer "agency"lerin uymakla yükümlü olduğu düzenlemelerin birçoğu bu tür idareler için de geçerlidir. Ayrıca bunlar üzerinde, "herhangi bir denetim olmadığı", diğer idarelerden tamamen farklı oldukları şeklindeki eleştiri de doğruluk payı taşımaktan uzaktır.

Bir kere, Kongre, diğer "agency"lerde olduğu gibi, tanıdığı "bağımsızlık teminatları" nedeniyle kendisine daha "yakın" gördüğü bu tür idareler üzerinde de, etkin bir "gözetim" ("oversight") mekanizmasına sahiptir. Kongre, federal idarelerin faliyetlerini bir takım komisyonlar (congressional committees) eliyle izlemekte (monitoring), bu komisyonlar da bağımsız regülasyon idarelerinin "bütçe harcamalarını, diğer devlet organları ve idarelerle ilişkileri" ile "faaliyet gösterdikleri konuya ilişkin performanslarını" incelemektedir[57]. Bağımsız regülasyon idarelerinin yöneticileri (komisyon üyeleri) Kongrenin ilgili komisyonunda düzen-

[57] Berkarda, Amerika'da İdare Hukuku Var Mı?, s. 105-106; Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 48-49.

lenen periyodik oturumlarda (congressional hearings), yukarıdaki konulara ilişkin olarak Yasama üyelerinin soru ve eleştirilerine yanıt verme, açıklama yapma yükümlüğündedir. Gerekli gördüğü hallerde periyodik olmayan oturumlar da tertip edebilen Kongre, söz konusu "agency"nin faaliyetlerine ilişkin olumsuz bir "izlenim" edinirse, ilgili kanunda değişiklik yapma, bütçesinde kısıtlamaya gitme gibi, dolaylı da olsa, oldukça esaslı etkilere sahip müdahale yöntemlerine başvurmaktadır. Ayrıca, ilerleyen satırlarda daha ayrıntılı olarak işleneceği üzere, Kongre, yasalarda, bir takım düzenleyici işlemlerin etki ve sonuçlarını ancak belirli bir süre geçtikten sonra doğurabileceğine ilişkin kurallar getirmek suretiyle, söz konusu süre zarfında düzenleyici işlemin yürürlüğe girmesini engelleyecek bir yasa çıkarma imkânına sahiptir[58]. Şüphesiz bütün bunların yanında, Kongre, gerekli gördüğü durumlarda, "agency"nin kaldırılmasına yönelik bir kanun da çıkarabilmektedir.

"Bağımsız" regülasyon idarelerinin bu sıfatla anılmalarını sağlayan en önemli unsur, Kongrenin, Başkanın bu tip komisyonların üyelerini görevden alma yetkisini sınırlandırması ve böylelikle bu konuda oluşacak kaygıların önüne geçmesidir[59]. Ancak bu, bağımsız regülasyon idarelerine Anayasa ile tanınmış bir güvenceye dayanmamakta, Kongrenin takdirine bağlı olmaktadır. Nitekim, BREYER, bu unsurun dahi bu tip kurumları diğer idarelerden ayırmada yeterli bir kriter olmayabileceğini, Kongre'nin, Başkan'ın geleneksel idarelerin başında bulunanları da görevden alma yetkisini sınırlayabileceğini ima etmektedir[60].

---

[58] Bkz. Harold H. Bruff, "Legislative Formality, Administrative Rationality", **63 Tex. L. Rev.** 207 (1984); Berkarda, **a.e.**, s. 106.

[59] CUSHMAN, pratik bakımdan Kongrenin regülasyon idarelerini bağımsız kılabilmesinin tek yolunun Başkan'ın bu komisyonların üyelerinin görevine son vermesine ilişkin takdir yetkisinin sınırlaması olduğunu belirtmektedir. Yazara göre başkan bu üyeleri istediği gibi görevden alamadığı takdirde istediği gibi kontrol de edemez. Bkz. Cushman, s. 454.

[60] BREYER, "independent agency"ler bakımından yaptığı karşılaştırmayı bir adım öteye götürerek, Başkan'ın, bir independent "agency" üzerinde dikte edici bir politika uygulamaktan hukuksal bakımdan yasaklanmış olup olmadığı sorusunu sormakta ve bu soruya ilave olarak, böyle bir yasaklamanın diğer "agency"ler için neden gündeme gelemeyeceğini sorgulamaktadır. Başkanın, her durumda, Yürütme organı içinde yer alan bir kurumun yürütmekle yükümlü olduğu yasaya aykırı bir politikayı dikte etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, en azından teorik olarak, söz konusu kurum yasayla kendisine delege edilen yetkiyi Başkanın etkisinden bağımsız bir şekilde yerine

Başkan'ın bağımsız regülasyon idaresinin üyelerini atama yetkisi yanında, başkanının kim olacağını da belirleme yetkisine sahip olması, bu tip idarelerin izlediği politikayı etkilemesi bakımından önemli bir faktördür[61]. Örneğin her ne kadar FCC üyeleri yedi yıllık bir süre için atanıyor olsa da, bu üyelerden birinin başkan olması sebebiyle diğerlerine göre daha önemli bir konumu bulunmaktadır. FCC'nin başkanının, bu makama Başkan tarafından tercih edilmesi, onun politik görüşüne daha yakın olmasını sağlamaktadır. Bu olgu ile beraber, zamanla boşalan üyeliklere yapılan atamaların da etkisiyle, bağımsız idareler, bir müddet sonra ister istemez belirli bir oranda Başkan'ın politik çizgisine yaklaşmaktadır[62].

Başkan'ın bağımsız regülasyon idarelerinin politikalarını etkilemesinin yolu bununla da sınırlı değildir. Adalet Bakanlığı, "independent agency"lerin muamelelerinde müdahil olma ve "agency"leri yargı yerleri önünde temsil etme yetkisine sahip olduğundan, regülasyon faaliyetine yönelik politikalarını da etkilemektedir[63]. Bunun yanında, 1921 tarihli Bütçe ve Muhasebe Kanunu (Budget and Accounting Act) bütün "agency"lerin bütçe taleplerinin OMB tarafından gözden geçirilmesini şart koştuğundan, Başkan'ın bu kurumların bütçeye ilişkin taleplerini de kontrol etme imkânı bulunmaktadır[64].

O halde, Kongrenin, yürütme organında görev yapanların ve toplumun FCC ve FTC gibi idareleri "bağımsız" olarak nitelendirilmelerinin gerekçesi nedir?

Gerçekte, bu tip idarelere yapılan bağımsızlık atfı, belirli oranda psikolojik, belirli oranda da başka nedenlere dayalı bir "etiket"lemedir[65]. Adalet Bakanlığı adına bütün "agency"leri mahkemede temsil eden Ada-

getirmektedir. Bu noktada, örneğin, Ulaştırma Bakanlığının, bir parçası olan FAA'nın uçuş lisansı verilmesine ilişkin bir kararı doğrudan iptal etmesi, Kongrenin lisans verme yetkisini, Başkan'a değil de söz konusu İdare'ye vermesinden dolayı, mümkün değildir. Bkz. Breyer et al., **Administrative Law**, s. 100.

61 Richard J. Pierce, Jr., "Political Accountability and Delegated Power: A Response to Professor Lowi", **36 Am. U. L. Rev**. 391, 413 (1987)

62 Asimow et al., s. 10.

63 Breyer et al., **Administrative Law**, s. 101.

64 **a.y.**

65 **a.y.**

let Bakan Vekili (Solicitor General) idare adına bir savunma stratejisi belirlerken, bağımsız regülasyon idarelerinin görüş ve değerlendirmelerine yürütme organı içinde yer alan diğer kurumlara göre daha fazla itibar etmekte, OMB, bu kurumların bütçeye ilişkin talepleri ile yasa tekliflerine yönelik önerilerini kendilerine daha fazla bir takdir alanı bırakacak şekilde incelemektedir[66]. Bunun yanında, örneğin, FCC ve FTC üyeleri, Başkanın otoritesinden ayrı olarak önemli bir oranda politika üretme özerkliğine sahip olduklarını düşünmekte ve bu yönde bir tutum takınmaktadırlar. Bu noktada, Reagan gibi ulusal politikayı kontrol ve koordine etme konusunda yoğun çaba sarf eden Başkanların bile OMB'nin bu tür idarelerin regülasyon faaliyetini denetlemesine diğer idarelere göre daha temkinli yaklaştıklarını belirtmek gerekir. Bunun yanında, Başkanla aynı siyasi partiye mensup olan Kongre üyelerinin dahi bu tür "agency"lerin Başkanın ve OMB'nin aktif denetimine uygun olmadıkları yönünde kanaat besledikleri de vurgulanmalıdır[67].

b. İdarelerin (Agencies) Anayasal Konumu

Yukarıda belirtildiği gibi, Amerikan anayasa sistemi devlet organlarının fonksiyonuna ilişkin olarak kimi zaman "kuvvetler ayrılığı" ("seperation of powers"), kimi zaman da "fren ve denge" ("checks and balances") sistemi ile açıklanmaktadır. Her iki kavram birbiri ile ilişkili olsa da, tam olarak örtüşen bir nitelik içermemektedir. Fren ve denge sistemi, yetkinin karışımını, paylaşımını ve karşılıklı olarak denetlenmesini esas alırken (örneğin Başkanın kanunlar üzerindeki veto yetkisi), kuvvetler ayrılığı yetkilerin bağımsızlığı, ayrıştırılması anlayışına dayanmaktadır[68].

---

[66] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 101-102.

[67] **a.e.**, s. 102

[68] FARINA, Amerikan Anayasasını tasarlayanlar bakımından "fren ve denge" sisteminin "kuvvetler ayrılığı" prensibinin vazgeçilmez (indispensible) bir görünümü olarak kabul edildiğini vurgulamaktadır. Bkz. Cynthia R. Farina, "Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State", **89 Colum. L. Rev**. 452 (1989). Oysa, BREYER'e göre, her ne kadar "kuvvetler ayrılığı" fikri önemli bir etki bırakmış olsa da, "fren ve denge" sistemi Amerikan Anayasasını vücuda getirenlerin tasarladıkları mekanizmayı daha iyi ifade etmektedir. Bkz. Breyer et al., **Administrative Law**, s. 33.

James Madison'un Locke ve Montesquieu'nun doktrinlerini rafine etmesiyle Amerikan Hukuk lügatındaki yerini bulan kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin özel hayat alanına müdahalesinin politik sorumluluğu olanlardan oluşan organlarca ve objektif ve genel düzenlemeler yoluyla gerçekleştirilebileceği, bu organların söz konusu düzenlemeleri yürütmekle yükümlü olan makam ve görevlilerden ayrı olması gerektiği esasına dayanmaktadır. Bu "ayrılık", hukuk devleti ilkesinin de temel bir unsurunu oluşturmaktadır. Başkanlık sistemini benimseyen A.B.D.'de parlamenter sisteme göre daha "katı" bir yaklaşımla ele alınan kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir başka önemi fonksiyonunun, yaptırım uygulama söz konusu olduğunda istikrar ve tarafsızlığı sağlaması olduğu kabul edilmektedir. Eğer yasaları yürütmekle yükümlü bulunan görevliler aynı zamanda yaptırım uygulanmasına karar verme yetkisine de sahip olursa bu takdirde yürütme yetkisinin, tutum ve davranışları önceden belirlenemeyen bu görevlilerin kişisel çıkar veya istismarına dayalı olması ihtimalinden endişe edilmektedir. Oysa kurallar genel nitelikli olduğunda ve belirli durumların uygulanmasında kendi çıkarlarının nasıl etkileneceğini tahmin edemeyecek görevliler tarafından formüle edildiğinde, toplumun ortak yararının daha fazla dikkate alınabileceği sonuçlara varılacağı kabul edilmektedir. Bunun yanında kural koyma ve bu kuralların uygulanmasında yetkilerin ayrı tutulması, devletin keyfî davranmasının önüne geçerek[69] vatandaşlar karşısındaki "gücünün dengelenmesi"ni sağladığı gibi[70], A.B.D.'nin kurucularının en başta gelen kaygılarından birini oluşturan "bütün devlet yetkilerinin belirli bir grup veya parti tarafından kullanılması" tehlikesini bertaraf eder.

Kuvvetler ayrılığı prensibi bağımsız bir yargı teminatı için de önemli sayılmaktadır. Bu prensip sayesinde, Yargı organı, Yürütmenin yasal düzenlemeleri hukuka uygun bir şekilde uygulayıp uygulamadığını, bu organ içinde görev yapan personelin kamu gücünü kullanırken Yasamanın öngördüğü kurallara bağlı kalıp kalmadığını denetleme imkanına sahip olmakta, böylelikle devlet yetkilerinin vatandaşlara karşı kullanımında bir diğer denge mekanizması olma fonksiyonunu da yerine getirmektedir.

[69] Christopher F. Edley, Jr., **Administrative Law: Rethinking Judicial Control Of Bureaucracy**, New Haven: Yale University Press,1992, s. 4.

[70] Farina, Statutory Interpretation, **a.y.**

Birçok Amerikalı hukukçu, kural koyma, yürütme ve yargılama fonksiyonlarını bünyelerinde birleştiren idari kurumlar kurulmaya başlayınca kuvvetler ayrılığına ilişkin bu prensiplerin zedelendiğini iddia etmiştir. Kural koyma, bu kuralları uygulama, kuralların ihlallerine ilişkin olarak, inceleme, takibat başlatma ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik karar verme yetkileri ile donatılan idarelerin, *"Yasa yapan, bu yasaları uygulayan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları inceleyen devlet organlarını ayrı maddelerde düzenleyen Amerikan Anayasası'na aykırı oldu(kları)"* ileri sürülmüştür[71].

Yukarıda da belirtildiği gibi Amerikan Federal Anayasası, esas olarak, 1. Maddede "yasama yetkisi"ni tanımlamış ve bunu Kongre'ye vermiş iken, 2. Maddede düzenlenen "yürütme yetkisi"ni "Başkan"'a tanımış, 3. Maddede tanımlanan "yargılama yetkisi"ni ise federal mahkemelere vermiştir. Buna karşılık, Anayasa, "exucutive departments" olarak ifade edilen ve Başkanın otoritesi altında yer alan yürütme organlarının varlığını tanımış iken "administrative agencies" olarak ifade edilen idari kurumları açıkça yetkilendiren herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir[72]. Bu nedenle, uzun bir zamandır tartışılmakta olan temel mesele, modern idarelerin karakteristik olarak bünyelerinde toplanan fonksiyonların Anayasa'nın temelinde yatan kuvvetler ayrılığı prensibi ile nasıl bağdaştırılabileceği, bu idarelerin faaliyetlerinin hangi şart ve gerekçelerle anayasal meşruluğa kavuşturulabileceğidir[73]. Aşağıda "agency"lere regülasyon işlevi çerçeve-

[71] Bkz. Gary Lawson, "The Rise and Rise of the Administrative State", **107 Harv. L. Rev**. 1231-1254 (1993-1994); Ronald J Pestritto, **The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government**, The Heritage Foundation, First Principles Series No. 16, Washington DC, (2007).

[72] Modern idare anlayışını ve bu kapsamdaki idari faaliyetleri destekleyenler, bu tür bir yetkilendirmenin bulunmaması nedeniyle "kuvvetler ayrılığı" ve "fren-denge" prensibinin katı bir şekilde yorumlanmasını günümüz toplum yapısında çağdışı olarak görmüş ve karmaşık bir hal almış ekonominin, ilgili alanda uzmanlaşmış bürokratların hiyerarşisinde idare edilen, birbirine entegre olmuş devlet kurumları tarafından kontrol edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmişlerdir.

[73] Bkz. David Schoenbrod, "The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?" **83 Mich. L. Rev.** 1223 (1986); Kongrenin İdarenin faaliyetlerini "gözetim" altında tutarak, ilgili İdare görevlilerinin ifade ve rapor verdiği oturumlar (congressional hearings) tertip etmesi, bir idarenin bütçesinde kısıtlamaya gidebilmesi, "yasama vetosu" ("legislative veto") mekanizmasını işletmesi, yeri geldiğinde, "agency"nin görev ve yetkile-

sinde verilen yetkiler incelenirken hem yasama hem de yargılama işlevi bakımından tartışılan bu meseleye ilişkin içtihat ve doktrinlere daha ayrıntılı bir şekilde yer verilerek konunun tarihsel gelişimi ve bugün için aldığı görünüm etraflı bir şekilde açıklanacaktır.

B. Regülasyon Faaliyeti Kapsamında İdarenin Sahip Olduğu Yetkiler

1. Düzenleyici İşlem Yapma (Rulemaking)

Düzenleyici işlem yapma ("rulemaking") yetkisi Amerikan Hukukunda idareyi modern çizgiye getiren ve "regülasyona dayalı idare" anlayışına temel oluşturan en önemli özelliktir. Her ne kadar, kural koyma, Amerika Birleşik Devletlerinde başından beri var olan bir mekanizma idiyse de, ilk zamanlarda regülasyon faaliyetinde İdareye rol biçmeyi sağlayacak derecede yoğun ve kapsamlı olmayan bir mahiyete sahipti[74]. Özel ilişkiler alanına müdahale etmede "hakimin yarattığı hukuk"tan, "halkın temsilcilerinin yarattığı hukuk"a geçiş yapıldıktan sonra, Yasama organının kendisine verilen bu görevi etkin bir şekilde yerine getiremeyeceği anlaşılınca[75], bu sefer sorumluluğun büyük bir kısmı uzmanlık sahibi görevlilerden oluşan idarelere yüklenmiş ve bunların sözü edilen sorumluluğu yerine getirebilmeleri için ellerine Yasama organında görev yapanların sahip olduğuna benzer güçlü bir silah verilmesi zorunlu olmuştur. Bu nedenle, modern hayatın hızlı devinimi içinde karmaşık bir takım problemlere etkili bir biçimde tepki gösterecek, ortaya çıkan ihtiyaçları gecikmeden karşılayacak zamanı ve uzmanlığı bulunmayan Kongrenin, sahip olduğu düzenleme yetkisini, belirli şart ve sınırlarda "agency"lere devretmesi (delegation of legislative power) kaçınılmaz ola-

rini düzenleyen yasalarda değişiklik yapma yetkisini kullanması, Başkan'ın yayınladığı "Talimatname"ler ("Executive Order"s) vasıtasıyla, bağımsız olanlara yönelik belirli istisnalar dışında, idari kurumları düzenleme yapma süreçlerini denetim altından tutma ve gözden geçirme olanağına sahip olması, "agency"lerin kullandıkları yetkilere anayasal meşruiyet arayışından kaynaklanmaktadır.

74 Schwartz, **Administrative Law**, s. 149-150.

75 Schwartz, **a.e.**, s. 150.

rak görülmüştür[76]. Bu bakımdan günümüzde, idareler, esasen pragmatik nedenlerle[77], kendilerine tanınan geniş yetkiler çerçevesinde düzenleyici işlemler yapmakta ve bunları uygulamaktadırlar.[78]

Bununla birlikte, düzenleme yapma yetkisinin asıl olarak Kongre'de kalmaya devam ettiğini[79], regülasyon faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri için geniş yetkilere kavuşturulan idarelerin, ancak yasa ile kurulabildiğini[80] ve Kongre'nin kendilerine yasa ile tanıdıkları dışında[81] bir yetkiye sahip olmadıklarını,[82] bu nedenle de, kaynağını yasadan almayan bir işlem yaptıklarında, bunun "yetki aşımı" ("ultra vires") nedeniyle hukuka aykırı olarak kabul edildiğini dikkate almak gerekir. Bu bağlamda, Amerikan Hukukunda, regülasyon idarelerinin, asli kural koyucu olan[83] Yasama organının herhangi bir şekilde kendilerine gönderme yapmadığı bir konuda, ilk-elden düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır[84].

---

[76] Richard B. Stewart, "Beyond Delegation Doctrine", **36 Am. U.L. Rev.** 323, 341-342 (1987).

[77] Martin Shapiro, "APA: Past, Present, Future", **72 Va. L. Rev.** 447, 449 (1986).

[78] Bu nedenle regülasyon çoğu zaman idari faaliyetin ürünü olarak görülmekte ve "düzenleyici işlem yapma", "agency"lerin kendilerine yasa ile verilen geniş ve esnek direktifleri uygulaması olarak algılanmaktadır. Bkz. Steven P. Croley, "Public Interested Regulation", **28 Fla. St. U. L. Rev 7** (2000)

[79] Seyrek de olsa kimi zaman Kongre söz konusu yetkisini kendisine saklı tutabilmekte, diğer bir ifade ile bazı "agency"lere rulemaking (düzenleyici işlem yapma) yetkisi vermemektedir. Yasama tarafından koyulan kuralları, araya düzenleyici bir işlem sokmaksızın doğrudan yerine getirmekle sınırlı görevleri olan bu tür "agency"lerin regülasyon fonksiyonuna sahip olmadıkları kabul edilmektedir.

[80] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 28.

[81] Kimi durumlarda da Yürütme organı olan Başkan'ın tanıdığı yetkiler.

[82] Asimow et al., s. 419.

[83] Daniel A. Farber, "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy, 78 Geo. L.J. 281 (1989).

[84] Her ne kadar, bazı konularda idarelerin, doğrudan ilgili yasada işaret edilmesine gerek olmayan "içkin" ("inherent") bir takım yetkileri olduğu yönünde tartışmalar bulunsa da, İdarenin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin bu türde bir yetki olmadığı ve yalnızca kanunla tanınabileceği, kanunun tanıdığı çerçevede kullanılabileceği konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır. Regülasyon idarelerine verilen yetkilerin bireylerin özel haklarına yaptığı etki düşünüldüğünde, bunların faaliyetlerine yönelik asli düzenleme yetkisinin, her zaman Yasama Organında olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bkz. Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 12.

Ancak idarelere tanınan kural koyma yetkisi yalnızca Yasa'yı açıklamak veya basit bir şekilde boşlukları doldurmak işlevi ile de sınırlanmamıştır. "Agency"ler, uzmanlık gerektiren konularda takınılması gereken tutumu takdir etmekte (policy judgment) ve böylelikle geniş bir hareket alanına sahip olmaktadır.

Düzenleme yetkisinin asli sahibi olan Yasama organı bu yetkiyi belirli bir sınır ve kapsamda İdareye tanıdığında, bu organın kendisine tanınan alanın dışına çıkmasının önlenmesi için prosedürel kurallara dayalı bir "kontrol mekanizması"nın yaratılması zorunludur. "Agency"lere Yasama organı tarafından tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması, bu yetkinin kanunla öngörülen sebeplerin dışında kullanılmasının önlenmesi için usuli bir takım kural ve sınırlamalara ihtiyaç duyulmaktadır. Hiç şüphesiz prosedürel kurallar, idari kurumların sahip olduğu yetkilerin kontrolü için yegâne vasıtalar değildir. Seçilmiş temsilcilerden oluşan Yasama organı asli sahibi olduğu düzenleme yetkisini atanmış görevlilerden oluşan regülasyon idarelerine kullandırırken, üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmek adına[85], başka bir takım kontrol mekanizmalarına da başvurmaktadır. Örneğin, Kongre, her zaman, düzenleyici işlemin uygulanabilirliğini ortadan kaldıran bir kanun çıkarabilir. Bununla birlikte, bunlar düzenleyici işlem yapma sürecindeki birçok aksaklığı gidermekte yeterli olmayan müdahalelerdir. Kaldı ki, usuli mekanizmalar, İdarenin yetkilerinin dışına çıkmamasını temin ederken aynı zamanda etkin bir şekilde karar almasının da vasıtası olduğundan her iki amaç bakımından sağlıklı bir dengeleme yapılmasını kolaylaştıran, en pratik çözüm yolunu oluşturmaktadır. 1946 tarihli "Federal İdari Usul Yasası" ("Administrative Procedure Act") ("APA") İdarenin işlem yapma sürecinde takip etmesi gereken usullere yönelik genel kuralları belirlediği gibi, "agency"lerin kendilerine tanınan düzenleme yetkisinin sınırları içinde hareket edip etmediğine yönelik olarak yapılacak yargısal denetime ilişkin bir takım ilkelere de yer vermektedir.

---

[85] Kathleen Bawn, "Political Control versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures", **89 Am. Pol. Sci. Rev**. 62, 62-63 (1995); Thomas H. Hammond, Jack Knott, "Who Controls the Bureaucracy? Presidential Power, Congressional Dominance, Legal Constraints and Bureaucratic Autonomy in a Model of Multi-Institutional Policy-Making", **12 J. L. Econ. & Org**. 119 (1996).

İdarenin düzenleyici işlem yapması, yetki ve usul kurallarının birlikte ele alındığı bir süreç içinde gerçekleştiğinden, söz konusu süreci ileride usulü güvenceler kısmında bütüncül olarak incelemeyi daha doğru buluyorum. Bununla birlikte düzenleme yetkisinin İdareye devrinde Yasamanın tabi olduğu anayasal sınırlamaları burada ele almanın daha isabetli olduğu kanaatindeyim.

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi incelenirken değinilmeden geçilemeyecek konuların başında "yasama yetkisisinin devri" ("delegation of legislative power") veya "devredilmezliği" ("non-delegation") doktrini gelmektedir.

Yukarıda da vurgulandığı gibi, 1787 tarihli Amerikan Anayasası Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının birbirlerinden ayrılması ve karşılıklı olarak birbirlerini denetlemesine (seperation of powers-checks and balances) dayalı bir sistem yaratmıştır. Anayasanın tasarladığı kuvvetler ayrılığı prensibinde kural, Yasama organının (Kongre) kanunları yapması, Yürütme'nin bunları uygulaması, Yargı'nın da denetlemesidir[86]. Dolayısıyla söz konusu ilke, "yetkinin devri" ("delegation of powers") meselesini geçmişten günümüze tartışılır hale getirmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin katı bir şekilde yorumlanması, "yetkinin devredilmezliği ("non-delegation") doktrinine bağlanmıştır.[87] Ancak yasama yetkisinin devri-devredilmezliği konusunda Supreme Court belirli dönemler haricinde pragmatik sebeplerden ötürü "katı-lafzi olarak bağlayıcı" bir tutum takınmamıştır. Gelinen noktada, Mahkeme, modern hayattaki gelişime koşut olarak ortaya çıkan değişken ve teknik problemleri göz önüne alarak, Kongrenin, "geniş ve genel direktifler" altında, yetkisini "belirli bir oranda" devretme olanağı olmadan, "görevini gereği gibi yerine getirebilmesinin mümkün olamayacağı"nı kabul etmektedir[88]. Dolayısıyla, Mahkeme, İdarenin geniş bir düzenleme yetkisine sahip olmasının, yalnız bu organın görevini etkin bir şekilde yerine getirmesi için gerekli bir şart

[86] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 464

[87] "Kongrenin yasama yetkisini Başkana devredememesi Anayasa tarafından öngörülen devlet sisteminin bütünlüğü ve korunması esasına dayanan evrensel bir ilkedir." Field v. Clark, 143 U.S. 649, 692 (1892).

[88] Mistretta v. United States, 361, 368 (1989).

olmadığını, bununla birlikte ve hatta ondan önce, Kongre'nin Yasama görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için de zorunlu olduğunu kabul etmiştir.

Amerikan Anayasasının 1. Maddesinin 1. Fıkrası, bütün yasama yetkilerinin Birleşik Devletler Kongresi tarafından kullanılacağını belirtmektedir. (*"all legislative powers … shall be vested in a Congress of the United States…"*) Supreme Court, ilk kararlarında, Kongre'ye delege edilen bu yetkinin başkalarına delege edilmeyeceğine işaret etmiştir. Nitekim Mahkeme, 1831 tarihli *Shankland v. Washington* kararında "Hukukun genel kuralı uyarınca, delege edilen bir yetkinin delege edilemeyeceği"ne[89] vurgu yaparken, 1892 tarihli *Field v. Clark* kararında da "Kongre'nin yasama yetkisini devredememesi(nin), Anayasa tarafından tertip edilen Devlet sisteminin bütünlüğü ve muhafazası bakımından zaruri olarak görülen evrensel bir prensip…" olduğuna işaret etmiştir.[90] Bununla birlikte, Mahkeme, ICC'nin tarife belirleme yetkilerini mercek altına aldığı 1897 tarihli *ICC v. Cincinnati* kararında, geleceğe etkili kural koymanın esasen bir Yasama faaliyeti olduğunu, ancak, Kongre'nin bu görevi tali bir kuruma havale edebileceğini belirtmiştir[91]. Aynı dönemde eyalet düzeyinde de benzer yönde kararlara rastlanmaktadır[92].

Anayasa, bütün yasama yetkisini Kongre'ye vermekle yasama yetkisinin devredilmezliği ("non-delegation") doktrini yaratmış görünmek-

---

[89] Shankland v. Corporation of Washington, 30 U.S. 390, 395 (1831).

[90] "That congress cannot delagate legislative power to the president is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the constitution." Field v. Clark, U.S. 649,692 (1892).

[91] Interstate Commerce Commission v. Cincinnati, N.O. & Texas Pacific Ry. Co., 167 U.S. 479,494 (1897).

[92] "…(Ş)üphesiz Kanun Koyucu yasayı yapar, Yürütme organı yürütür, ve Yargı organı yorumlar; ancak yasayı yapan, bazı hususları diğer organların takdirine bırakabilir ve Yasamanın bu yetkisinin kapsam ve koşulları bir mahkemenin gerekli olmadıkça başvurmayacağı son derece hassas ve zor bir denetime tabidir….istikrarlı bir şekilde bütün mahkemelerce kabul edilen bu ilke, yasamanın teorik olarak yapabileceği fakat kendi başına elverişli ve faydalı bir şekilde yapamayacağı şeyler için diğerlerini yetkili kılabilmesidir…Şayet buna izin verilmese idi, devletin çarkları çoğu durumda kilitlenirdi…" State ex rel. Railroad and Warehouse Commission v. Chicago, Milwaukee and St. P. Ry., 28 Minn. 281, 37 N.W. 782 (1888).

teyse de Kongrenin bu yetkisini tamamen kendisinde saklı tutacağına ve belirli bir oranda başkalarına devretmeyi tercih edemeyeceğine dair herhangi açık bir hükme yer vermemektedir[93]. Bu nedenle, Anayasanın lafzının ve ruhunun "non-delegation" doktrininine dayanak sağlayıp sağlamadığına ilişkin hala belirgin bir tartışma bulunmaktadır[94]. Supreme Court'un ilerleyen satırlarda incelenecek olan 1935 tarihli iki kararı bu tartışmalar içinde önemli bir yer tutmaktadır[95].

Sözü edilen tarihten önceki dönemde Supreme Court istikrarlı biçimde yasama yetkisinin hukuka aykırı olarak Yürütme organına devredildiği iddiasıyla iptali istenen yasal düzenlemeleri hukuka uygun bulmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme, "non-delegation" gibi bir doktrinin olduğunu da "ima" etmiştir.

Supreme Court, 1892 tarihli *Field v. Clark* kararında, Başkan'a, Amerikan ürünlerine "karşılıklılık bakımından sebepsiz ve eşit olmadığını düşündüğü" gümrük tarifeleri yükleyen ülkelerden ithal edilen malları, misilleme olarak, benzer tarifelere tabi tutma yetkisi veren Yasa'yı hukuka uygun bulurken, söz konusu yasal düzenlemenin Başkan'a bir takım vakıa ve verileri tespit etmek ile sınırlı bir yetki verdiğini ve bunun yasama yetkisinin devri anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme, buna gerekçe olarak, Yasa'nın, Başkanın söz konusu yükümlülükleri devreye sokabilmesinin "karşılıklılık bakımından sebepsiz ve eşit olmayan tarife" şartına bağlamasını göstermiştir[96]. Supreme Court, "şarta bağlılık kriterini yeterli bulmadığı *United States v. Grimound* kararında ise, Tarım Bakanına, orman ve orman sahasına ayrılan alanların zarar görmesi veya yağmalanmasını önlemek amacıyla "orman sahasına ayrılan yerlerin kullanım koşullarını

---

93 Farber, s. 281.

94 Kenneth Culp Davis, Richard J. Pierce Jr., **Administrative Law Treatise**, Little Brown & Co., 666-685, (3'rd Ed.1994).

95 Birçok eserde Supreme Court'un "non-delegation" doktrinini en son 1935 yılında federal bir yasayı iptal ederken kullandığı belirtilmektedir. Aslında, 1935 yılı, aynı zamanda, Mahkemenin, bir yasayı iptal etmenin gerekçesi olarak söz konusu doktrini dayanak aldığı ilk tarihtir. Bu bakımdan Amerikan hukukunda non-delegation doktrininin sadece bir yıllık bir uygulama alanı bulduğunu belirtmek yanlış olmaz. Bkz. Breyer et al, **Administrative Law**, s. 39.

96 Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1892).

düzenleme" yetkisi veren Kanun'un yasama yetkisini devretmediğini, Bakan'a "yalnızca ayrıntıları belirleme (boşlukları doldurma)" yetkisi verdiğini belirtmiş ve davacıların iptal talebini reddetmiştir[97]. Mahkeme, *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. Unites States* kararında, İdarenin düzenleme yetkisini daha farklı yorumlayarak, değişik bir standart getirmiştir. Mahkeme, *"Amerika Birleşik Devletlerindeki üretim maliyetinin ilgili ülkedeki ile denkleştirilmesinin gerekli olduğuna kanaat getirdiği durumlarda"*, Başkan'a Yasada belirtilen gümrük tarifelerini, gözden geçirip düzeltme yetkisi veren Kanunun, Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetlediği davada, *Field v. Clark*'ta yer verdiği "şarta bağlılık" ve *Grimoud*'ta yer verdiği "detayları belirleme" ilkelerine gönderme yaptıktan sonra, meseleyi daha geniş bir temele oturtarak; ***"Kongrenin, Yasa'da, kendisine yetki verdiği kişi veya organın uymakla yükümlü tutulduğu prensibi "anlaşılır bir şekilde belirlemesi" halinde, bu tür bir yetkilendirmenin "yasama yetkisinin devri"*** **anlamına gelmeyeceği"**ni belirtmiştir[98].

Esasen, Supreme Court'un yasama yetkisinin devredilmezliği prensibini iptal hükmüne dayanak yaptığı iki kararı bulunmaktadır. Daha New Deal döneminin başlarında (1935 yılında) verilen bu kararlar o dönemde Supreme Court üyelerinin sözü edilen programa bakış açılarını ve bu programın uygulanabilmesi için yeni bir anlayış ile tasarlanan "regülasyon sistemi"ne yönelik "dirençlerini" yansıtması bakımından ayrı bir değere sahiptir

Büyük Bunalımın olumsuz etkilerini gidermek üzere çıkarılan yasal düzenlemelerin başında, 1933 yılında, Roosevelt'in Başkanlığının ilk aylarında yürürlüğe konan Ulusal Endüstri İyileştirme Yasası (National Industrial Recovery Act) (NIRA) gelmekteydi. Yasa'nın temel amacı her endüstrinin işletmecileri ve çalışanları ile bir araya gelinerek "adil rekabetin" sağlanmasına yönelik "kod"ları (düzenlemeleri) çıkarmaktı. Bu sayede, her sektördeki ücret ve maaşlar, gerekenden fazla aşağıya çekilmeleri önlenmek suretiyle, stabilize edilecek ve böylelikle iş hayatına yönelik güven geri getirilerek işçilerin alım gücü muhafaza edilecekti. NIRA birçokları tarafından gelecekteki ekonomik gelişmenin sağlanma-

[97] United States v. Grimaud, 220 U.S. 506 (1911).

[98] J.W.Hampton Jr. & Co. v. United States, 276 U.S. 394 (1928).

sına yönelik kapsamlı bir ulusal planlama mekanizması olarak değerlendirilip destek görmüşse de, bazıları, Yasa'nın, sektördeki aktörlerin etkin katılımını öngören prosedürlerden ötürü, Mussolini felsefesine benzeyen bir "korporasyon devleti"nin ortaya çıkmasına hizmet edeceğini iddia etmiştir[99].

NIRA, kendisine bağlı bir şekilde kurulan "Ulusal İyileştirme İdaresi" ("National Recovery Administration") ("NRA") tarafından (belirli katılım mekanizmaları sayesinde) tespit edilen "kod"u (code) onaylama yetkisine sahip olan Başkan'a, gerekli düzenlemeleri yapma konusunda geniş bir yetki alanı bırakmıştı. Kanunun Başkana verdiği yetkilerden bir tanesi de, akaryakıtın, eyaletler tarafından uygulanan üretim kotalarına aykırı üretildiği durumlarda, eyaletler arasında taşınmasını yasaklamaktı. Söz konusu düzenlemenin iptalinin talep edildiği *Panama Refining* davasında, Supreme Court üyelerinin çoğunluğu, **Yasa'nın Başkana tanıdığı yetkinin hangi durumlarda kullanılabileceğini öngören bir standart getirmediği ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde oy kullanmıştır.** Çoğunluk görüşüne tek katılmayan üye, Yargıç Cardozo, Yasa'nın bu türde birçok standart getirdiğini, bunun yanında bir takım standartların ise söz konusu yasal düzenlemenin anlam ve amacından hareketle elde edilebileceğini iddia etmiştir. Baş Yargıç Hughes, bu iddialara cevap verirken, söz konusu problemin sadece standart eksikliğinden ibaret olmadığını, Kanunun birbiriyle çelişen çok sayıda standart getirdiğini, buna karşılık bunların arasından Başkan'ın nasıl bir seçim yapması gerektiğine işaret etmediğini vurgulamıştır[100].

Bu konudaki ikinci karar ise, New York'taki bir tavuk toptancısına, asgari ücret ve azami çalışma saatlerine ilişkin NRA düzenlemelerine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle yaptırımlar uygulanması üzerine açılan *A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States*[101] davasında verilmiştir. Literatüre "hasta tavuk" davası ("sick chicken case") olarak geçen uyuşmazlıkta Supreme Court, NRA'ya tavukçuluk sektörünü de içine alan belirli bir takım endüstri alanlarında "adil rekabeti" sağlayıcı düzenlemeler tesis

[99] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 40-41.

[100] Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

[101] A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

etme, Başkan'a da bunları onaylama yetkisi veren NIRA hükmünü iptal etmiştir. Mahkeme, kararını, Yasa'nın hem esas hem de usul bakımından yeterli standartlar öngörmediği, Başkan ve NRA'ya sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı ve İdarenin kanun yapar hale getirildiği gerekçelerine dayandırmış ve bu kadar geniş bir yetki devrinin Anayasa'ya aykırı olduğunu vurgulamıştır.

1935 yılında verilen bu iki karar, Supreme Court'un, Roosevelt'in ekonomik regülasyon konusundaki kararlı adımlarını sergileyen yasal düzenlemelere olan kuşkucu yaklaşımını yansıtmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme, bugüne değin, bu kararlardan sonraki kararlarının hiçbirinde, önüne gelen yasal düzenlemeleri "non-delegation doktrini"ni devreye sokacak derecede sıkı bir yoruma tabi tutmamıştır. Diğer bir ifadeyle, *Schechter*'den sonra, İdare'ye delege edilen yetkinin genişliği nedeniyle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi dayanak alınarak federal bir yasanın iptal edildiği bir Supreme Court kararı bulunmamaktadır. Aksine, Mahkeme, İdare'ye oldukça geniş yetkiler tanıyan bir takım kanunları söz konusu ilkeye aykırı bulmamıştır[102].

Supreme Court'un *Schechter*'den sonraki kararlarında, Kongrenin İdareye geniş yetkiler vermesini hukuka aykırı bulmamasının altında esasen pragmatik (veya pratik) nedenler yatmaktadır[103]. Nitekim,

[102] Breyer et al, **Administrative Law**, s. 66; Örneğin Mahkeme, 1934 tarihli "Komunikasyon Yasası"nın diğer görevleri yanında televizyon alanındaki faaliyetleri regüle etmekle sorumlu kıldığı FCC'ye, "kamu yararı ve gerekliliği" ("public convenience, interest or necessity requires") bakımından hukuka aykırı olmadıkça her türlü düzenlemeyi yapma yetkisi" vermesini hukuka aykırı bulmamıştır. FCC'nin düzenleme yetkisine Yasa ile getirilen standartın "genişliği" Supreme Court'un 1935 yılında verdiği iki karar sonrasındaki bakış açısının ne kadar değiştiğini ortaya koymaktadır. Bkz. United States v. Southwestern Cable Co., 391 U.S. 157 (1968). Bununla birlikte, Kongrenin belirli bir alandaki problemi tesbit ettikten sonra çözümünü ilgili regülasyon idaresine bırakma tercihine dayanan ve bu nedenle İdareye devredilen yetkilerin, neredeyse sınırlarının çizilmesi mümkün olmayacak derecede genişlediği bu tür bir delegasyon, günümüzde Supreme Court tarafından kabul görmemekte ve her ne kadar İdareye geniş yetkiler tanınmasına izin verilse de, ekonomik ve sosyal problemlerin çözümüne yönelik "temel" nitelikteki kararların atanmış görevliler yerine seçilmiş üyelerden oluşan Kongre tarafından alınmış olması aranmaktadır. İlerleyen satırlar bu konuda Supreme Court'un aradığı şartları ve gelinen noktayı açıklamaktadır.

[103] Yukarıda da belirtildiği üzere, bu nedenlerin başında, Kongrenin değişen ve gelişen toplum

Mahkeme'nin 1989 tarihli *Mistretta v. United States* kararında bu durum şöyle özetlenmektedir: ***"…Kongre'nin delagasyonlarına "anlaşılabilir prensip" ("intelligible principle") testini uyguladığımız doktrinimiz, sürekli değişen ve daha teknik hale gelen problemlerle, giderek daha çok karmaşıklaşan toplumsal yaşantımızda, Kongrenin genel direktiflerle geniş bir yetki devri verme imkanı olmadan üzerine düşen görevi yerine getiremeyeceğine ilişkin pratik bir anlayışa dayanmaktadır***[104]***."*** Bununla birlikte Mahkeme, yetki devrinin hukuka uygun olabilmesi için, ne kadar geniş ve genel olsa da mutlaka bir takım direktiflerin var olmasını ve belirli standartlara bağlanmasını aramaktadır.

Sonuç olarak, Kongre, kendisine verilen yasama görevini toplumun değişen ve karmaşıklaşan ihtiyaçlarını gereği gibi karşılayabilecek şekilde ifa edebilmek ve bu kapsamda, "agency"lerin, regülasyon faaliyetlerini kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun bir şekilde yerine getirmelerini sağlayabilmek için geniş bir düzenleme alanı bırakmaktır. Ancak, Kongrenin regülasyon fonksiyonu icra eden idarelere geniş bir hareket alanı sağlayan bu yetkilerin, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelememesi için belirli bir takım şartların bulunması gereklidir. Bu bağlamda, Kongre'den ***"yasayı yaparken onu yürütmekle yükümlü olanlara izlemeleri gereken prensip ve kuralları anlaşılır bir biçimde ortaya koyması"*** istenmektedir[105]. "Agency"lere düzenleme yetkisi veren bir Yasa, Kongrenin amacı doğrultusunda uygulama yapılıp yapılmadığını denetlemeye[106] yetecek kadar standart belirlenmemişse ancak o takdirde iptal edimektedir[107]. Mahkeme, söz konusu "standart"'ın katı bir şekilde belirlenmesini zorunlu tut-

yapısı içinde ortaya çıkan teknik ve karmaşık problemleri tek başına çözmeye yetecek uzmanlığının olmaması, her türlü sorunu çözmeye çalışmaya çabalamanın Yasama organını iş yapamaz duruma getirecek olması, bütün problemleri ayrıntılı ve spesifik yasalar çıkarmak yoluyla çözmenin hantallığa ve tutarsızlığa yol açma tehlikesini taşıması gelmektedir. Bu bakımdan, bir takım konuların temel prensip ve genel çerçevesi belirlendikten sonra, her türlü değişim ve gelişmeye adapte olunacak şekilde esnek bir şekilde düzenlenmesi, detayların ise politik kaygılar gütmeyen, bilimsel ve teknik açıdan işinin ehli olanlara bırakılması, "modern devlet" yapısı bakımından zorunlu görülmüştür.

[104] Mistretta v. United States, s. 372.

[105] Whitman v. American Trucking Assns., 531 U.S. 457 (2001).

[106] Am. Power & Light Co., 329 U.S. 90, 105 (1946)

[107] Yakus v. United States 312 U.S. 414 (1944).

mamakta, "anlaşılabilir" ("intelligible") olmasını yeterli görmekte, ancak bunun yanında "agency"nin takdir yetkisinin denetlenebilmesine olanak tanıyacak "adil ve şeffaf usuli güvenceler" ("fair and open administrative procedures") içermesini de aramaktadır[108] [109].

Regülasyon idarelerinin geniş bir düzenleme alanına sahip olmalarının zorunlu görülmesi ve bu nedenle "kuvvetler ayrılığı" prensibinin yargı yerlerince esnek bir yoruma tabi tutulması karşısında, sözü edilen yetkinin kullanmasının meşruluğunu sağlayabilmek için yargısal denetim dışında bir takım mekanizmalar yaratılması arayışına girilmiştir. Bu kapsamda Kongre ve Başkan'a "fren ve denge" sisteminin işletilebilmesi için, önemli sorumluluklar yüklenmiştir. 1970'ten beri bütün Başkanlar yayınladıkları "Talimatname"ler ("Executive Order"s) vasıtasıyla regülasyon idarelerinin düzenleme yapma süreçlerini denetim altında tutma yoluna gitmişler, OMB'ye söz konusu idareler tarafından çıkarılan düzenlemeleri gözden geçirme görevi vermişlerdir.

Kongrenin Federal İdarenin düzenleyici işlemleri üzerindeki denetiminden bahsederken, özellikle 1983 yılına kadar önemli bir işleve sahip olan "yasama vetosu" ("legislative veto") mekanizması üzerinde durmak gerekir.

Düzenleyici işlemler, kural olarak, tıpkı kanunlar gibi, icrailik karakteri sayesinde, yürürlüğe girmelerinden itibaren yargı kararı ile iptal edilene veya İdare tarafından kaldırılana dek etki ve sonuçlarını doğurmaya başlar. İşte, yasama vetosu, bir yasada, belirli bir idare işleminin hukuksal etki ve sonuçlarını doğuracak şekilde yürürlüğe girmesinin ancak Kongre'nin bu işlemi belirli bir süre içinde iptal etmediği durumlarda söz konusu olabileceğinin belirtilmesidir. Şu halde yasama vetosu için şu üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir[110].

1. İdare'ye yetki veren bir Yasa;

2. Bu yetkiye dayanılarak yapılan bir düzenleyici işlem;

---

[108] a.y.

[109] Mahkemenin atıf yaptığı usuli güvenceler 1946 tarihli APA'ya yansıtılmıştır.

[110] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 80.

3. Bu işlemin yürürlüğe girmesini engelleyebilmesi için ilgili yasa ile Kongreye tanınan iptal yetkisi.

Yasama vetosu mekanizmasının 1983 yılından önceki uygulamasında, ilgili Yasa iptale ilişkin kararın Kongrenin her iki kanadından, sadece bir kanadından veya Kongrenin sadece bir komitesi tarafından alınabileceğini öngörebilmekte idi[111].

Kongre, yasama vetosuna ilişkin madde ihtiva eden bir yasal düzenlemeyi ilk defa 1932 yılında Başkan Hoover'e Bakanlıkları yeniden teşkilatlandırması için yetki verirken çıkarmıştır. Sonrasında, bu tür veto maddelerini içeren yasaların sayısı hızla artmıştır. Bu tür bir yetki muhafazasının altında, özellikle "agency"lere geniş takdir yetkisi tanınan hallerde, bu takdir yetkisinin kullanılması sonucunda çıkarılan düzenlemeleri Kongrenin denetlemesi ve gerekirse veto etmesi amacı yatmaktadır. Bu tür bir veto mekanizmasını savunanlar, Kongrenin böylelikle, asli kural koyucu olarak Anayasa'nın verdiği sorumluluğunun gereğini yerine getirdiğini düşünmektedirler[112].

Bununla birlikte, Supreme Court, 1983 yılında ele aldığı *Chadha* davasında, her iki yasama kanadından geçip ("bicameralism requirement") Başkan tarafından onaylanmadan veya Başkan'ın vetosuna istinaden üçte iki çoğunluk oyuyla kabul edilmeden ("presentment requirement") sonuç doğuran bu tür bir "kestirme prosedür"e ("short-cut procedure") dayalı bir Yasama işleminin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir[113] [114]. Yasama vetosu mekanizmasını adeta öldüren bir karar olarak nitelenen[115] bu karardan sonra, Kongre 1996 yılında çıkardığı Kongre Denetimi Yasası (Congressional Review Act) ile, belirli öneme sahip düzenleyici

---

[111] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 46.

[112] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 81.

[113] Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

[114] Anayasa'ya göre, bir kanun tasarısının yasalaşabilmesi için Kongrenin her iki kanadından da (Senato ve Temsilciler Meclisi) çoğunluk oyuyla geçmesi ve daha sonraki aşamada da tasarının Başkan tarafından onaylanması gereklidir. Şayet Başkan, tasarıyı veto ederse, bu takdirde düzenlemenin yasa halini alabilmesi için her iki kanadın da üçte iki oyla ısrar etmesi şartı getirilmiştir.

[115] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 45-46.

işlemlerin[116], Kongrenin her iki kanadına (Başkan tarafından onaylanmak suretiyle), söz konusu düzenlemeyi ortadan kaldırmaya yönelik bir kanun çıkarma imkânı verecek bir süreden sonra "yürürlüğe girmelerini" şart koşmuştur[117]. Böylelikle Yasa, Kongre'ye, *Chadha* öncesindeki kadar kolay olmasa da, İdarenin bazı düzenleyici işlemlerini etki doğurmadan veto etme imkânı vermiştir.

2. Yargısal Benzeri Karar Alma (Adjudication)

İdarenin regülasyon işlevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için yalnızca düzenleyici işlem yapması yeterli olmayıp, bu işlemlerin uygulanmasına yönelik birel nitelikli kararlar da alması gereklidir. Sözü edilen kararların çoğu bireylerin hak ve menfaatlerine yönelik olumsuz sonuçlar doğurma tehlikesini içinde barındırdığından, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların, konunun uzmanı olan idare tarafından çözüme kavuşturulması ihtiyacı doğmaktadır. Bu tür bir uyuşmalık çözme fonksiyonu çoğu durumda yargının tabi olduğu usullerin çevrelediği süreç neticesinde ortaya çıkmakta, alınan kararlar yargının aldığı kararlara benzemekte ve nihayet uyuşmazlık çözümüne yönelik kararları ortaya çıkaran sürece de "yargısal benzeri karar alma" ("adjudication") adı verilmektedir[118]. Dolayısıyla "adjudication" ın hem "yetkiyi" (power to adjudicate) hem de bu yetkiye dayalı kararların alındığı "süreci" ("process") ifade ettiğini vurgulamak gerekir.

---

[116] Yasa'nın yürürlükteki haline göre, ekonomiye yıllık 100 milyon $ ve daha fazla etkisi olacak düzenleyici işlemler.

[117] 5 U.S.C. §§801-808; Bununla birlikte Kongre sahip olduğu bu yetkiyi bu güne kadar sadece bir kez, Clinton Yönetiminin son günlerinde, kullanmıştır. Bkz. Presidential Signing Statement on S.J. Res 6, March 20, 2001, http://www.whitehouse.gov /news (releases/ 2001 /03/20010321.html.

[118] İdarenin APA uyarınca düzenleyici işlem tanımına girmeyen kararlarından bazıları yargı mercilerinin bir uyuşmazlığa son vermek amacıyla aldığı kararlara benzemeyip, tipik bir uyuşmazlık çözme fonksiyonunu içinde barındırmamaktadır. Bununla birlikte, APA'daki geniş tanım uyarınca bu gibi işlemlerin yapılış sürecine de "adjudication" adı verilmektedir. Diğer bir ifadeyle, İdarenin birel nitelikli kararlarının tümü, teknik olarak bir uyuşmazlığın çözümü neticesinde verilmese de, Türkçe'ye yargısal benzeri karar alma süreci olarak çevrilebilecek "adjudication" şemsiyesi altına girmektedir.

İdarenin yargısal benzeri karar alma sürecinde izlemesi gereken kurallar genel olarak APA'da yer almaktadır. APA uyarınca idari kurumların düzenleyici işlem dışındaki bütün tasarrufları "karar" adını almaktadır ve birel nitelikteki bu işlemler, belirli istisnalar dışında yargısal benzeri usullerin tatbik edildiği bir süreç sonucu ortaya çıkmaktadır.

Tekrara yer vermemek amacıyla, yargısal benzeri karar almaya yönelik konular, ileride, APA'nın getirdiği usuli güvenceleri açıkladığımız satırlarda, ayrıntılı bir şekilde yer alacaktır. Bununla birlikte İdarenin, Yargı organına benzer şekilde hareket etmesini sağlayan bu yetkinin dayanak ve kapsamına kısa da olsa burada yer vermek gerekmektedir.

Kongre uyuşmazlıkların, yargısal benzeri karar vermek suretiyle çözüme kavuşturulması için "agency"lere-belirli bir sınıra kadar- yargılama yetkisi devredebilir. Söz konusu yargılamayı "İdare Hukuku Yargıcı" ("Administrative Law Judge") adı verilen görevliler yürütmektedir. Oysa, Amerikan Federal Anayasasınıın 3. Maddesi, *"Amerika Birleşik Devletlerinin yargılama yetkisi bir Supreme Court ve Kongrenin muhtelif zamanlarda kurup yetkilendireceği alt mahkemeler tarafından kullanılacaktır. Yargıçlar … kaydı hayat şartıyla görev yapacak ve… görevde kaldıkları müddetçe eksiltilmeyecek ücret alacaklardır"* hükmünü taşımakta ve İdari Yargıçlara yer verilmemektedir. Bu bakımdan, hem bireylerin kendi aralarında hem de "agency"ler ile aralarındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik yargısal (benzeri) karar alma yetkisinin kuvvetler aykırılığı ilkesine aykırı olup olmadığı meselesi başlangıçtan beri tartışılmaktadır.

Bu tartışmada mahkemelerin asıl olarak önem verdiği husus idarelere tanınan yargılama yetkisinin Anayasanın 3. Maddesinde yer bulan Yargı organının varlık ve fonksiyonunun anlamsız kılmamasıdır. Bununla neyin kastedildiğini anlayabilmek için bu konudaki belli başlı Supreme Court kararlarına göz atmak gerekmektedir.

Mahkeme "agency"lere tanınan yargılama yetkilerinin Anayasaya uygunluğunu incelerken uzun bir müddet kamusal haklar (public rights)-özel haklar (private rights) ayırımına dayanmış ve devlete karşı ileri sürülebilen haklar anlamına gelen birinci gruptakilere ilişkin uyuşmazlıklarda idarelere yargılama yetkisi tanımanın Kongrenin takdirinde

olduğunu, Yasama organının bu tür uyuşmalıkları yalnızca Anayasanın 3. Maddesinde yer alan mahkemelere havale etmek zorunda olmadığını dile getirmiştir. Mahkeme, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerden kaynaklanan haklardan doğan uyuşmazlıklarda ise, "agency"lerin, maddi vakılara yönelik tespitlerinin Anayasanın 3. Maddesinde gösterilen mahkemeler tarafından denetlenmesi şartıyla, bu maddede tanımlanan yargıçlara yardımcı bir görev mahiyetinde bir uyuşmazlık çözme fonksiyonuna kavuşturulabileceklerini kabul etmiştir[119].

Bununla birlikte, Mahkeme, yaklaşık yirmi beş yıl önce kamusal haklar-özel haklar ayırımından vazgeçmiş ve konuya daha pragmatik bir bakış açısıyla yaklaşarak, özel haklardan kaynaklanan bireyler arasındaki uyuşmazlıklarda, "agency" tarafından verilen kararın yargı yeri tarafından belirli bir takım nedenlerle iptal edilme şartı bulunduğunda, Kongre'nin, kompleks regülasyon programlarının uygulanabilmesi için farklı bir takım usuller kabul etmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir[120]. Bu gibi davalarda, **"geleneksel yargılama yetkisinin kaldırılmaması"** şartını öncelikle arayan Mahkeme, bunun yanına, **"Kongrenin bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmenin regülasyon faaliyeti için zorunlu olduğuna kanaat getirmesi**[121]**"** veya **"uyuşmazlığa konu olan meselenin Kongrenin düzenlemekle yetkili olduğu regülasyon programı ile yakın bir şekilde ilişkili olması**[122]**"** şartını getirmiştir.

Özetle, Supreme Court, Yasama yetkisinin devrinde olduğu gibi yargılama yetkisinin devredilmesi konusunda da, Anayasanın ilgili hükmünü pragmatik bir yaklaşım ile yorumlamaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, Kongre'nin, Yasa yaparken belirli kriterleri ortaya koyması şartına bağlı olarak, "agency"lere, regülasyon görevlerini etkin bir biçim-

---

[119] Crowell v. Benson, 285 U.S. 22 (1932); Breyer'a göre Crowell kararından sonra idari faaliyet ile Anayasanın 3. Maddesi arasındaki ilişki şu şekilde anlaşılmış ve anlaşılmaya devam edilmektedir: "Kongre sadece ve sadece "agency"nin hukuku tatbikinde ve maddi vakıaları tespitinde makul bir yol tutmasını sağlayacak bir yargısal denetimin varlığı halinde "agency"e yargısal fonksiyonlar delege edecektir." Breyer et al., **Administrative Law**, s. 130-131.

[120] Thomas v. Union Carbide Agric. Products Co., 473 U.S. 568 (1985).

[121] CFTC v. Schor, 478 U.S. 833 (1986).

[122] Granfinanciera, S.A. v. Nordberg, 492 U.S. 33 (1989).

de yerine getirebilmeleri amacıyla, yargısal benzeri karar alma yetkisi verilmesini Anayasaya aykırı bulmamaktadır. Supreme Court'un bu yöndeki kararlarına dayanak teşkil eden kriterlerin bir kısmı zaman içerisinde değişiklik göstermişse de bugün için, temelde kabul edilen iki kriter öne çıkmaktadır[123]: **1)** "Agency"lerin yargısal benzeri kararlarının geleneksel yargılama yapan mahkemelerde denetlenebilme olanağının yaratılması **2)** Uyuşmazlıkta öne sürülen iddianın veya ele alınan meselenin Kongrenin düzenlediği regülasyon faaliyeti ile yakından ilgisi olması veya söz konusu faaliyetin etkin bir şekilde yürütülmesi için Kongrenin uyuşmazlığın öncelikle "agency" tarafından ele alınmasının zorunlu olduğunu düşünmesi.

3. Lisanslama (Licensing)

Regülasyonun temel tatbikat araçlarından biri olan lisanslama, genel olarak, kişi veya kurumların belirli bir alanda faaliyette bulunmak için yetkilendirilmesi anlamına gelmektedir. Bu yetkinin varlığını gösteren belge niteliğini taşıyan "lisans" ise esasen, izin (permit), sertifika (certificate), onaylama (approval), kayıt (registration), patent veya berat (charter), muafiyet (statutory exception) gibi farklı isim ve kapsamları olan muamelelerin genel ve ortak adıdır.

APA'ya göre, lisanslama prosedürü lisansın verilmesi kadar, talebin reddedilmesi ve sürdürülmesine ilişkin durumları da içine almaktadır[124]. "Agency"e görev ve yetki ihdas eden yasalar kimi zaman lisanslama yetkisi de verirler. "Agency", bu yetki kapsamında, lisans alımının şartlarını ve lisans sahiplerinin hak ve yükümlülüklerini, lisansın yenilenmesi, sona ermesi vb. halleri belirleyen kuralları düzenler[125].

"Public utility"lerin faaliyette bulunduğu ve rekabetin sürdürülebilir bir nitelik taşımadığı düşünülen alanlarda, hizmeti veya ürünü sağlayanların sayısını, fiyatları ve hizmetin kalitesininin belirlenmesinde temel

---

[123] Richard J. Pierce, Jr., Ernest Gellhorn**, Regulated Industries**, West Group, St Paul, 364-378 (4.ed. 1999), s. 34, Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 37.

[124] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 100.

[125] Asimow et al., s. 7.

enstrüman olarak ortaya çıkan "lisanslama", rekabetçi olduğu varsayılan diğer sektörlerde, çeşitli gerekçelerle bu foksiyonlardan birine ya da bir kaçına özgülenmek üzere kullanıldığı gibi, özel hukuk kişisince görülen faaliyetin "güvenilirliği" (örneğin hekimlere tıbbi hizmet vermeleri için verilen lisans) veya "güvenliği"ni (security) sağlama gibi (örneğin nükleer bir santralin inşası ve faaliyette bulunabilmesi için gerekli olan lisans) salt ekonomik amaca dayanmayan "klasik idari kolluk" aracı olarak da ortaya çıkabilir[126].

Yukarıda belirtildiği gibi, Amerikan Hukukunda "izin" de lisansın bir türüdür. Kimi durumlarda, "agency" belirli bir eylemde bulunulmadan önce izin alınmasını şart koşabilir. Banka kurulması, yeni bir santral inşaatı veya yeni bir ilacın satışa sunulması gibi faaliyetlerin öncesinde idareden izin alınması gereklidir. Bununla birlikte, regülasyon faaliyetine tabi aktörlerin belirli bir faaliyeti yürütebilmesi için her durumda İdareden izin almaları gerekmemekte, kimi zaman "bildirim usulü" yeterli olabilmektedir. İstekliler, daha önceden belirlenmiş bulunan kurallarda öngörülen, "haber verme" veya "açıklayıcı bilgi sunma" gibi bir takım yükümlülükleri yerine getirdikleri takdirde İdarenin durdurma yönünde bir müdahalesi olmadıkça faaliyete geçebilir veya bu faaliyetlerini devam ettirebilirler.

APA'daki tanım uyarınca lisanslama, yargısal benzeri karar alma ("adjudication") sürecine tabi tutulan bir etkinliktir. Bununla birlikte, Yasa, kimi durumlarda, lisanslama için, İdare'ye, belirli bir takım prosedürel muafiyetler tanımaktadır. Söz konusu istisnalar, özellikle, lisanslama faaliyetinin uyuşmazlık çözümü niteliğinde görülmediği, dolayısıyla İdarenin menfaati etkilenen taraf olarak değil de, "tarafsız" bir karar verici durumunda olduğunun kabul edildiği, "lisans başvurusunun ilk defa yapıldığı haller"e ilişkindir. Buna karşılık, lisansın geri alınması halinde, ortada bir uyuşmazlığın olduğu ve İdarenin de bu uyuşmazlığın taraflarından birini teşkil ettiği düşünüldüğünden, aynı istisnalar geçerli olmamaktadır[127].

---

[126] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 8/I.

[127] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 100.

Lisanslama, İdarenin ekonomik alana müdahale etmesinin ve hizmetten yararlananların güvence altına alınmasının aracı olmak ya da tehlikeli ve riskli faaliyetlerin kontrolünü sağlamak bakımından, birçok yazar tarafından vazgeçilmez bir araç olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, konuya ekonomik açıdan yaklaşanlar, lisanslamanın, ortaya çıkardığı maliyet ve yarattığı gecikme nedeniyle, rekabeti ve ekonomik verimliliği zedelediği, idari görevlilere politik veya kişisel saiklerle, piyasanın işleyişine kamu yararı dışında müdahale imkânı tanıdığı, yerinde ve ölçülü kullanılmadığı zaman özel girişim özgürlüğünü kısıtlayabilecek bir nitelik arz ettiği yönünde eleştiriler getirmektedir[128]. Bu gibi eleştirilerin yerindeliği tartışmaya açık olsa da, "agency"lerin lisans sahipleri tarafından "ele geçirilmesi" veya lisans sahiplerine objektif muamele etme sorumluluğunu yerine getirmemeleri gibi riskler nedeniyle, lisanslama yöntemi, her durumda titizlikle incelenmekte ve değerlendirilmektedir[129].

4. Gözetim ve Denetim (Supervision)

İdare, faaliyette bulunduğu alanla ilgili yasal düzenleme ve kararlara uyulmasını temin etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi ve yasal düzenlemeleri gereği gibi yürütebilmesi için de regülasyona tabi kişi ve kurumlarla iletişim içinde bulunmak, faaliyetlerini kontrol etmek, sorumluluklarının farkında olup olmadıklarını tespit etmek zorundadır. Bu bağlamda, regülasyon faaliyetinden etkilenenlerin şikayetlerini değerlendirmek ve bu şikayetleri soruşturacak görevlileri istihdam etmek durumundadır. Bu yolla İdare yalnızca hukuk kurallarının ihlal edilip edilmediğini öğrenmek veya önlemekle kalmaz, regülasyon faaliyetinden beklenen faydalar planlandığı gibi gerçekleşmemiş, olumsuz bir takım sonuçlar ortaya çıkmış ise bunların giderilmesine yönelik stratejik ve hukuksal bir takım değişiklikler yapılması gerektiğinin de farkına varır. Şu halde İdare düzenleme ve (uyuşmazlık çözümüne yönelik)

[128] Nitekim bunlardan Milton Frieadman, hekimlerin faaliyette bulunmak için devletten izin (onay) alma yükümlülüğü altında olmasını dahi eleştirmiş ve doktorların güvenilirliğinin hastaların doğrudan kendileri tarafından test edilmesinin doğru olduğunu savunmuştur. Bkz. Milton Friedman, **Capitalism and Freedom**, Chicago: University of Chicago Press, 1962, s. 148-160.

[129] Asimow et al., s. 7.

karar alma faaliyetinin tamamlayıcısı niteliğindeki denetim ve gözetim mekanizmaları ile yalnızca regüle ettiği piyasayı değil aynı zamanda kendisini de kontrol etmektedir.

İdarenin regüle ettiği alanı gözetim ve denetim altında tutmasını sağlayan mekanizmalar genelde "rapor ve kayıt sunulmasını zorunlu kılma ("reporting requirements"), "teftiş" (inspections) ve "ihzar emirleri" ("subpeonas") çıkartma olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Bu etkinliklerin tamamı İdarenin denetim ve gözetim görevini yerine getirebilmesi için gerekli olan bilgiyi elde etme ve bu bilgiler vasıtasıyla inceleme ve tahkikat yapma (investigation) amacına yöneliktir[130]. Her ne kadar, çoğu zaman ihtiyaç duyulan bilgi, ilgililerin kendi istekleri ile gönüllü olarak İdare'ye teslim edilse de[131], kimi zaman İdarenin kamu gücüne dayalı usullerle ilgili bilgi ve belgelere ulaşma yetkisini kullanması gerekmektedir.

İdarenin özel hukuk kişilerinin faaliyetlerine ilişkin bilgiyi toplayabilmesi için bir kanun veya düzenleyici işlem ile yetkilendirilmiş olması gereklidir[132]. Buna karşılık İdare bir yandan kamu gücüne dayalı olarak bu konuda tek yanlı hareket etme ayrıcalığına sahip iken diğer taraftan Anayasa ve kanunlarla getirilmiş kural ve ilkelerle bir takım sınırlamalara tabi olmaktadır.

---

[130] Nitekim, Schwartz, bir motorun nasıl "yakıt" olmadan çalıştırılması mümkün olmuyorsa, İdare aygıtının da bilgi olmadan işlemesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Schwartz, **Administrative Law**, s. 92.

[131] Örneğin "Nükleer Regülasyon Komisyonu"na (Nuclear Regulatory Commission) (NRC) nükleer santral işletme izni (license) için başvuran bir girişimci, lisanslama sürecinin başlatılabilmesi için gerekli bilgi ve belgeleri İdareye kendisi gönüllü olarak sunmakta, söz konusu lisansın verilmesine karşı çıkanlar da ellerindeki bilgi ve belgeleri bu süreçte İdareye teslim etme arzu ve hevesinde olmaktadırlar. Bunun dışında, İdarenin düzenleyici işlem yapma sürecine katılan ilgililer, düzenlemeye tabi tutulan konuya ilişkin bilgi ve belgeleri gönüllü olarak İdareye sunma imkânından yararlanmaktadır.

[132] 5 U.S.C.A. § 555 (c).

a. Kayıt ve Rapor Sunulmasını Zorunlu Kılma (Reporting Requirements)

İdarenin özel hukuk kişi ve kurumlarına bir takım kayıt ve raporların tutulmasını ve bunların kendisine sunulmasını (raporlanmasını) zorunlu kılması özellikle regülasyon fonksiyonu bakımından önem taşımaktadır[133]. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, belirli sektörleri regüle eden İdarenin bu görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için o sektörde neler olup bittiğinin farkında olması, regülasyona tabi faaliyetin nasıl işlediğini bilmesi gereklidir[134]. Bu da, kaçınılmaz olarak, İdare'ye, kamu gücüne başvurmak suretiyle ilgililerin elindeki kayıt ve defterleri, periyodik (yıllık veya dönemlik) veya spesifik bir takım raporları[135] elde etme yetkisinin verilmesini gerektirir[136]. Bu nedenle, Supreme Court İdarenin bu tür yetkilerle donatılmasının hukuka aykırı olduğu yönündeki iddiaları haklı ve yerinde görmemiştir[137].

İdare'ye rapor ve kayıtları ilgililerden talep etmeye imkân veren yetkinin mutlaka ilgili yasada özel olarak, açıkça belirtilmesi gerekmemekte, Kongre tarafından "agency"lere tanınan düzenleyici işlem yapma yetkisinin aynı zamanda bu tür bir yetkiyi de içinde barındırdığı kabul edilmektedir[138].

İdare tarafından inceleme altına alınmak üzere tutulması zorunlu kılınan kayıtlar her ne kadar özel hukuk kişileri tarafından düzenlenecek

---

[133] Schwartz, **Administrative Law**, s. 92.

[134] Strauss, **Administrative Justice**, s. 28.

[135] Supreme Court İdarenin ilgililerden talep edebileceği raporların yalnız periyodik olanlarla sınırlı tutulamayacağını, yasaların uygulanmasından sorumlu olan idarelerin bunlara uygun hareket edildiğini tespit edebilmek için genel, belirli dönemlere ilişkin olanların yanında gerektiğinde özel nitelikli raporları da inceleme yetkisine sahip olması gerektiğini ve bu tür bir yetkinin kullanımının kamu yararına yönelik olduğunu belirtmiştir. Unites States v. Morton Salt Co., 338 U.S. 632 (1950).

[136] Nitekim Schwartz, regülasyona tabi olanlara bu tür yükümlülükler getirilmesinin regülasyon idarelerine verilen yetkinin doğal bir parçası olduğunu belirtmektedir. Schwatz, **Administrative Law**, s. 92.

[137] ICC v. Goodrich Transit Co., 224 U.S. 194 (1912); Norfolk & West. Ry v. Unites States, 287 U.S. 134 (1932); Balitomore & O.R.R. v. ICC, 221 U.S. 612 (1911).

[138] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 309.

olsa da Anayasanın Ek 5. maddesi ile getirilen "kendi kendini suçlamaya zorlanamama hakkı" (rights against self-incrimination) ile getirilen güvencenin koruması altında değildir. Supreme Court, yasal düzenlemelerde dayanağı bulundukça İdarenin, özel faaliyet görenlere bu tür kayıtların tutulmasını şart koşabileceğini, söz konusu yasal düzenlemelerin bu tür kayıtları "kamusal" bir niteliğe büründürdüğünü ve bu nedenle kendi kendini suçlamaya zorlanamama prensibinin koruması dışına çıkardığına karar vermiştir[139].

b. Teftiş Etme (Inspection)

Birçok "agency", yürürlükteki kanun ve idari düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetleyebilmek için regülasyona tabi tuttuğu faaliyetlerin icra edildiği yer ve mekanları teftiş etmektedir. Regülasyon faaliyetine yönelik yasal düzenlemelerin yürütülmesi bakımından, hukuka aykırılıkların tespit ve giderilmesinde en pratik vasıtalardan birini teşkil eden teftiş faaliyeti, "onsuz olmaz" bir mahiyet arz etmekte[140] ve bu nedenle "agency"lere bu konuda geniş yetkiler verilmesi zorunlu hale gelmektedir. Bununla birlikte, içinde "arama" faaliyetini de barındıran bu yetkiler sınırsız olmayıp, en başta Anayasanın Ek 4. maddesinin idari teftişler için müsaade ettiği ölçüde kullanılabilmektedir.

Anayasanın Ek 4. Maddesi genellikle devlet görevlilerinin arama yapmadan önce, aramanın belirli bir suçun delilini açığa çıkartacağı inancına yönelik "muhtemel sebe(b)"e dayanan bir arama izni (emri) elde etmelerini zorunlu kılmaktadır. Oysa idari teftişler, suçun ortaya çıkarılmasına yönelik olmayıp, regülasyon faaliyetine ilişkin kurallara riayet edilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu farklılıktan ötürü, Supreme Court, "arama emri" ve "muhtemel sebep şartlarını" bazı idari teftişler için esnek bir yoruma tabi tutmuş, bazıları içinse bu yükümlülüklerden muaf olunmasını sağlayan kararlar vermiştir.

---

[139] Bkz. Shapiro v. United States, U.S. 1 (1948).

[140] Schwartz, **Administrative Law**, s. 97.

Mahkeme, *Camara*[141] ve *See*[142] kararları ile Ek 4. Madde için aranan geleneksel standartları, idari teftişler için gevşeterek, alınacak arama izinlerinin mutlaka "muhtemel sebep" şartını karşılaması gerekmediğini, bu tür teftişlerin objektif ve amaca uygun bir takım standartlara dayanması durumunda bu madde bakımından Anayasa'ya uygun olacağına karara vermiştir.

Supreme Court, daha sonraki kararlarında, "yoğun olarak/yakından regüle edilen" ("pervasively/closely regulated") sektörlere yönelik teftişlerde "makul sebep" şartının aranmamasının da ötesine giderek, arama izni şartından da muafiyet tanımıştır. Söz konusu kararlarda, içki satıcıları[143], silah tüccarları[144] veya maden şirketleri[145] gibi müteşebbislerin faaliyetlerinin niteliği gereği yoğun bir regülasyona tabi tutulmalarından ötürü, diğer sektörlere göre, daha az bir gizlilik beklentileri olduğu ve onlar kadar korunmaya muhtaç olmadıkları belirtilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, bu tip sektörlere yönelik teftişleri Ek 4. Madde'den tamamen bağımsız tutmamış, arama emrinden muaf tutulan teftişlerin bu maddeye uygun olabilmesi için üç şart öngörmüştür. Bunlardan birincisi, arama emrinden muaf tutulan teftişin yöneldiği faaliyetin devlet tarafından regüle edilmesinde esaslı bir kamu yararının bulunması gerektiği, ikincisi bu teftişin regülasyon faaliyetinin tatbiki için "zorunlu" olması ve nihayet üçüncüsü bu tür bir teftişi öngören düzenlemenin, arama emrini anayasal bakımdan yeterli sayılabilecek şekilde ikame etmesidir. Bu son koşulun anlamı, düzenlemenin, "regülasyona tabi tutulan ilgililerin periyodik olarak teftiş edileceklerinden haberdar edilmeleri"ne ve "teftişi gerçekleştiren idari görevlilerin takdir yetkilerinin hukuka uygun tutum ve davranışlarda bulunmalarını sağlayacak şekilde sınırlandırılması"na yönelik kurallar getirmesidir[146].

---

[141] Camara v. Municipal Court, 387 U.S. 523 (1967).

[142] See v. City of Seattle 387 U.S. 541 (1967).

[143] Colonnade Catering Corp v. United States, 397 U.S. 72 (1970).

[144] United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972).

[145] Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594 (1981).

[146] New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

c. İhzar Emri Çıkartma (Subpoena)

Regülasyon faaliyeti içerisinde yer alan denetim fonksiyonun yerine getirebilmesi için kimi zaman İdarenin ihzar emri çıkarması gerekmektedir. Bu emir, belirli bir kişinin İdarenin huzurunda ifade vermesi ve/veya elindeki defter, kayıt veya diğer belgeleri teslim etmesine yönelik bir karar alınması sonucu ortaya çıkmaktadır.

İhzar emri ile bir takım kayıt ve raporların gönderilmesini zorunlu tutma yöntemi arasında temel bir takım farklar bulunmaktadır. Birincisi, raporlama yükümlülükleri genel olarak, bütün kategorilerdeki ilgililere uygulanabilirken, ihzar emri ismen belirlenmiş kişilere yöneltilmektedir. İkinci olarak, kayıt ve raporların İdareye gönderilmesinin konusu bir takım belgelerin iletilmesi iken ihzar emrinde, ilgiliden hem bir takım belgeleri teslim etmesi hem de ifade vermesi istenebilmektedir. Üçüncüsü, bir "agency"nin ilgilerden rapor ve belgeleri isteyebilmesi için mutlaka "açık bir yetki"ye ihtiyacı olmayıp, genel bir düzenleme yetkisinin varlığı yeterli olmasına rağmen, ihzar emri için yasada özel olarak yer verilen bir yetkiye sahip bulunması gerekmektedir[147]. Bu iki yöntem arasındaki dördüncü ve en önemli fark ise İdarenin ihzar emrinin ancak mahkemeler vasıtasıyla icra edilebilmesi, yani bu konuda mahkemelerden yardım alınmasın zorunlu olması, rapor ve kayıtların istenmesine ilişkin işlemlerin ise idare tarafından tek başına yürütülmesidir[148] [149].

[147] Bununla birlikte, regülasyon faaliyetini etkin bir şekilde yürütebilmek için ihzar emri çıkartmanın zaruri nitelikte olduğu düşünüldüğünden, regülasyon faaliyetinde bulunmakla görevli olan idarelerin hemen hepsi ilgili yasalarda açıkça yetkilendirilmiştir. Schwartz, **Administrative Law**, s. 109.

[148] Strauss, **Administrative Justice**, s. 30.

[149] İhzar emrinin bu özelliklerini ortaya koyan tipik bir örnek olması bakımından Federal Ticaret Komisyonu'nun (Federal Trade Commission) kullandığı yetkiler gösterilebilir. Yasa, Komisyona, "tanıkların ihzari emir vasıtasıyla ifade vermek üzere huzurda bulunmalarını ve denetime tabi tutulan konuyla ilişkin olarak delil teşkil eden bütün belgeleri temin etmelerini 'mecbur kılma' yetkisi" vermektedir. (15 U.S.C §§49) Yasa, FTC'ye yürütmekte olduğu bir soruşturmaya katkıda bulunmak üzere ihzar emri çıkartma yetkisi tanıdığı gibi, bu tür bir emri, "adjudication" muamelelerini yürüttüğü sırada çıkarabilmesine de izin vermiştir. Aynı Yasa, söz konusu emirlere uyulmaması durumunda, Komisyonun, bir mahkemenin yardımına başvurabileceğini, diğer bir ifade ile ilgiliyi kendisinden istenenleri yapmaya zorlayan bir mahkeme kararı alabileceğini öngörmüştür.

Supreme Court, Ek 4. Madde kapsamında bir "arama" faaliyetini içermeyen ihzar emri için muhtemel sebep aranmasına gerek olmadığını belirtmiş buna karşılık, ihzar emrinin söz konusu maddeye uygun olarak alınmış sayılabilmesi için, *"soruşturmanın 'agency'nin yetkisi dahilinde olmasını, ihzar emrine ilişkin kararın fazla belirsiz olmaması ve elde edilmeye çalışılan bilgi ile alakalı bulunması gerektiği"*ni belirtmiştir[150].

d. Özelllik Arzeden Alanlarda Yoğun Denetim (Intensive Supervision)

Piyasa faaliyetlerinin yoğun olarak regüle edildiği alanlarda İdarenin denetim ve gözetimi de yoğunlaşmakta ve kimi sektörlerde piyasa aktörünün tasarruflarının gün be gün nezaret altında tutulmasını gerektirmektedir. Bu tip sektörlerin regülasyonunda düzenleme ve denetleme arasındaki bağlantı daha da sıkılaşmakta, adeta iç içe geçerek bir arada toplanmaktadır. "Public utility"lerin veya bankacılık gibi finans sektörlerinin en tipik örneğini oluşturduğu faaliyetlerin niteliği, yukarıda yer verilen bilgi toplama ve teftiş gibi muamelelerin kimi durumlarda şekle bağlı olmadan yapılmasını ve idare görevlileri ile sektör çalışanları arasında sıkı bir iletişim ve işbirliğinin bulunmasını zorunlu kılar.

Bankacılık alanındaki regülasyon, kimlerin banka sahibi olabileceği, şube açıp açamayacakları, açabileceklerse bunun nerelerde ve nasıl olacağı, ne kadar nakit rezervi bulundurmaları gerekeceği, bankanın başka bir takım sektörlerde faaliyette bulunup bulunamayacağı, günlük veya vadeli işlemlerin hangi şartlara göre nasıl yapılacağının belirlenmesi gibi sıkı bir müdahale sistemi öngördüğünden[151] bu sistemin işlemesini sağlayacak dinamik bir takım denetim mekanizmalarına ihtiyaç bulunmaktadır. İdarenin kapsam ve etkileri son derece geniş olan düzenlemeleri etkin bir şekilde yerine getirebilmesi ve bunlara uyulmasını sağlayabilmesi için, "günlük işlem incelemeleri" ve idare görevlilerinin önceden bir bildirimde bulunmadan yaptığı teftişler gibi denetim metotlarına başvurulmaktadır.

---

[150] Bkz. United States v. Morton Salt Co.,**a.y.**

[151] Hatta bu müdahale, yer geldiğinde, mudi ve alacaklılarını korumak amacıyla, önceden haber verilmeden bankanın devralınmasına kadar varmaktadır.

5. Yaptırım Uygulama (Sanctioning)

Regülasyon faaliyetini konu edinen kanunlar, etkin bir uygulama sağlanabilmesi için, bu faaliyete ilişkin kuralların yöneldikleri kimseler tarafından ihlal edilmesi durumunda karşılaşacakları yaptırımları da belirlemektedir[152]. Kanun Koyucu, çoğu durumda, yalnızca kendisinin çerçevelendirdiği kurallara aykırılıkları cezalandırmakla kalmaz, aynı zamanda, İdarenin kendisinden aldığı yetkiye dayanarak koyduğu kurallara uyulmamasını da belirli yaptırımlara tabi tutar[153]. Yasal düzenlemelerle getirilen kurallara aykırı tutum ve davranışlarda bulunulması genellikle yasalar tarafından suç olarak kabul edilmekte ve bu durumda cezai yaptırımlar gündeme gelmektedir. İdari bir düzenlemenin Ceza Hukuku menşeli yaptırımlarla desteklenmesinin altında bunlara uygulanabilirlik kuvveti sağlama, Schwartz'ın deyimi ile "diş gösterme" gayesi yatmaktadır[154]. Regülasyon politikalarının etkin bir şekilde yürütülebilmesi, ilgililerin konunun ciddiyetini anlayabilmelerinin sağlanabilmesi ve keyfi davranmalarının önüne geçilebilmesi için bu tür yaptırımlara yer verilmesi zorunludur[155].

---

[152] Arthur Cecil Pigou, **The Economics of Welfare**, Transaction Publishers, 2002, s. 363.

[153] Peter L. Strauss, Todd D. Rakoff, Cynthia R. Farina, **(Gellhorn and Byse's) Administrative Law**, New York: Foundation Press, 2003, s. 11.

[154] Schwartz, s. 75.

[155] Nitekim, Supreme Court, regülasyon faaliyetinin yeşermeye başladığı yıllarda bu tip bir düzenleme içeren yasayı hukuka uygun bulmuştur. Olayda, yasa tarafından federal ormanların işgali ve kullanımını regüle etmekle yetkilendirilen Tarım Bakanlığı'nın, ormanlarda izinsiz hayvan otlatmayı yasaklayan düzenlemesine rağmen, izinsiz koyun otlatan davacılar, yasanın "düzenlediği maddelerin veya onlara dayanılarak çıkarılan idari düzenlemelerin ihlal edilmesinin cezalandırılacağını belirten hükmü" gereğince cezai yaptırıma tabi tutulmalarının ardından, söz konusu düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu, Kongrenin idari organ veya makamlara suç ihdas etme yetkisi veremeyeceğini iddia etmiştir. Buna karşılık, Mahkeme, İdarenin düzenleyici işlemine aykırılığın suç olarak düzenlenmesinin, Bakanlık tarafından değil, Kongre tarafından gerçekleştirildiğini, cezanın da idari düzenleme ile değil, kanunla tayin edildiği gerekçesiyle davacıların taleplerini reddetmiştir. (United States v. Grimaud 220 U.S. 506 (1911) Bununla birlikte, kararın içeriğinden de anlaşılacağı üzere, kanunun, İdareye, idari düzenlemelere uyulmamasından kaynaklanan cezaları belirleme yetkisi vermesi hukuka uygun bulunmamaktadır. Bu bakımdan idari düzenlemelerin ihlal edilmesinin karşılığı olarak verilecek cezaların idari düzenlemelerde belirlenmesi Yasamanın bu tür bir yetkiyi devredememesinden ötürü mümkün görülmemekte ve cezaların mutlaka Ka-

Yasal düzenlemeler ile getirilen kurallara aykırı tutum ve davranışların suç teşkil etmesi nedeniyle cezalandırılması geçmişte, yalnızca, ceza mahkemelerinin görev alanı içerisinde kabul edilmekte idi[156]. Bununla birlikte, günümüzde, İdareye, özellikle para cezası niteliğindeki cezai yaptırımları "uygulama" yetkisi tanınmıştır. Supreme Court başlarda bu konuda pek olumlu bir tavır takınmasa da, ilerleyen dönemde, yasal düzenlemelerin ihlal edilmesi dolayısıyla bir suç ortaya çıktığında, buna ilişkin para cezasının İdare tarafından verilmesini hukuka aykırı görmemiştir[157]. Bunun altında yatan nedenlerin başında, İdarenin diğer devlet organlarına tanınan bir takım yetkileri kullanmaya başlamasından sonra, bu tip cezaların uygulanmasının da idari bir niteliğe büründüğünün kabul edilmesi gelmektedir[158]. Diğer yandan regülasyon faaliyetine yönelik kuralların ihlal edilip edilmediğinin tespitini en iyi, o kuralları yürütmekle yükümlü olan ve hatta bazılarını kendisi düzenleyen İdarenin yapacağı düşünülmektedir.

İdarenin yasal düzenlemelere aykırı faaliyete bulunanlara yönelik yaptırımları para cezası ile sınırlı değildir. İdarenin faaliyetini düzenleyen yasalar bu faaliyetin konusuna göre, yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi, belirli bir alanda faaliyet göstermek veya bir mesleği icra edebilmek için verilen lisansın iptal edilmesi, devlet ile imzalan bir sözleşmenin iptal edilmesi veya sosyal yardım kapsamında verilen bir ödeneğin kesilmesi ya da yapılan ihlalin basın yolu ile duyurulması gibi farklı bir takım yaptırımlar öngörmektedir. Bu tür yaptırımlar aynı zamanda (ve hatta öncelikle) ihlalin bir kez daha vuku bulmasını önleme ve bireyleri bu tür bir riskten koruma amacına yönelen ve bir çoğu, para cezası gibi Ceza Hukuku kökenli olmayıp "katıksız" İdare Hukuku orijinine sahip uygulamalardır.

Adil olmayan ve eşitliğe aykırı uygulamaları yasaklayan düzenlemelerin ihlali nedeniyle deniz taşımacılığına yönelik sübvansiyonların

---

nun Koyucu tarafından tayin edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

[156] Joseph P. Chamberlein, Noel T. Downing, Paul R. Hays, **The Judicial Function in Federal Administrative Agencies**, New York: The Commonwealth Fund, 1942, s. 95.

[157] Atlas Roofing Co v. Occupational Safety & Health Review Comm., 430 U.S. 442 (1977).

[158] Chamberlain, Downing, Hays, **a.y.**

kesilmesi, "Walsh-Healey Kamu Sözleşmeleri Kanunu" ("Walsh Healey Public Contracts Act") uyarınca işçilerin maaş ve çalışma şartlarına yönelik düzenlemelerin ihlali nedeniyle devlet ile imzalanan sözleşmenin feshi ve ihlal edenlerin yasaklı listesine alınması[159], yabancı uyruklu bir kişinin fahişelik yaptığı gerekçesiyle sınırdışı edilmesi, telekomünikasyon alanındaki yasal düzenlemelere aykırı faaliyette bulunan bir radyo istasyonun lisansının iptal edilmesi bu tür yaptırımlara örnek olarak gösterilebilir.

Gerek ekonomik gerekse sosyal regülasyon faaliyetinde, para cezası ile birlikte en sık uygulanan yaptırım türü özel hukuk kişisine verilen bir lisansın iptali veya askıya alınmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, lisansın askıya alınması veya iptal edilmesi bir yandan hukuka aykırı faaliyeti cezalandırıcı etki doğururken diğer yandan da müdahale edilen alana getirilen düzenin planlandığı gibi işlemesini sağlama, kontrolden çıkmasına engel olma ve regülasyondan beklenen faydanın zedelenmesini önleme amacına hizmet ettiğinden, koruyucu-önleyici bir niteliğe sahiptir.

Bazı yasal düzenlemeler, yapılan ihlallerin basın yolu ile halka duyurulmasına (publicity) ilişkin hükümler içermektedir[160]. Regülasyona tabi olan kişi ve kurumların itibar ve güvenilirliğinin toplum tarafından sorgulanmasına neden olduğu için idari yaptırımların etkili bir türü olarak nitelen bu yöntem, çoğu zaman başka bir yaptırıma ilave ya da alternatif bir seçenek olarak düzenlemektedir[161].

Bütün bunların yanında, Kanun Koyucu kimi zaman adli makamlarca kovuşturulacak bir ihlalin varlığı halinde, regülasyon faaliyetinde bulunan "agency"nin bunu ilgili makamlara rapor ederek, ihlali yapanların ceza mahkemelerinde yargılanması yolunu açmasına ilişkin düzenlemeler getirmektedir[162]. Bunlar, başlı başına bir idari yaptırımı öngörmese de Ceza Hukuku yaptırımlarının hazırlayıcısı olmak bakımından önemlidir. Bu gibi düzenlemeleri ihtiva eden kanunlara örnek olarak gösterilebile-

[159] 41 U.S.C. Section 37.

[160] Gellhorn & Levin, **Administrative Law and Process**, s. 176-177.

[161] Monograph of the Attorney General's Comittee On Administrative Procedure, Sen. Doc. No. 186, 76th Cong., 3rd Sess. 1940, s.16.

[162] Strauss et al., **Administrative Law**, s. 11.

cek Federal Enerji Yasası, Federal Enerji Komisyonunun, ceza davalarına yönelik muameleleri yürütmekten sorumlu Adalet Bakanlığına, vuku bulan bir ihlale ilişkin delilleri iletebileceğini öngörmektedir[163].

C. Regülasyon Politikası

Regülasyon faaliyetine önem kazandıran, farklı özellik katan bir diğer unsuru ise, gerek esas bakımından gerekse yöntemsel açıdan bir "politikası" olmasıdır. Regülasyon politikası (regulatory policy) olarak isimlendirilebilecek bu etken amaca ulaşmada takınılacak tutumu belirlemektedir.

Her şeyden önce, buradaki **"politika"** (**"policy"**) kavramının, Amerika Birleşik Devletleri bilimsel literatüründe **"siyaset"** (**"politics"**) kavramından ayrı tutulan bir anlam ve işlevi olduğunu belirtmek gerekir. Her ne kadar, her iki kavram ve bu kavramları konu edinen bilim dalları başka ülkelerde, çoğu zaman birbiriyle ayrılmaz biçimde örtüşen bir içerikte ele alınsa da, A.B.D.'de, "siyaset", devlet yönetimini elde etmek için gerekli gücü kazanma ve elde tutmaya yönelik faaliyet olarak incelenmekte, "politika" ise hedeflenen sonuçlara ulaşılması için neler yapılması gerektiğine ilişkin stratejiler üretilmesi ve bunların uygulamaya geçirilmesine yönelik bir etkinlik alanı olarak değerlendirilmektedir[164]. Bu ayırımda, politika, diğerine göre, teknik ve metodolojik yönü ağır basan bir niteliğe sahip olmaktadır.

Kamusal politika üretilmesi (public policy making) arzu edilen sonuçların ortaya çıkarılması sanat ve bilimidir. Regülasyon ise kamu yararı amacına yönelik sonuçların elde edilebilmesi için kamusal politikaların oluşturulması ve bunların sistematik metotlarla uygulamaya geçirilmesinin en temel araçlarından biridir. Regülasyon politikası öncelikle ele alınan alana ilişkin problemlerin belirlenmesi, daha sonra bu problemlere yönelik çözümlerin ortaya çıkarılması, söz konusu çözümlerden en

[163] 16 U.S.C. Section 825m(a).

[164] Selden Biggs, Lelia B. Helms, **The Practise of American Public Policymaking**, M.E. Sharpe, 2006, s. 8-9.

isabetlisinin tercih edilmesi[165] ve bu tercih doğrultusunda uygulamaya geçilmesi esasına dayanır. Bu doğtultuda, regülasyon politikası, çeşitli plan ve programlarda öngörülen, zaman içinde siyasi veya ekonomik konjonktür ya da teknolojik gelişmeler gibi sosyal ve teknik nedenlerden ötürü değişkenlik taşıyabilen, makro seviyedeki politikaların regülasyon faaliyetine aktarılması ve bu yolla uygulamaya konulması amacına yöneliktir[166]. Bu işlev düzenleme ve yargısal benzeri karar alma fonksiyonlarının içine **"yönlendirme"** özelliğinin katılmasını sağlar[167].

Yasama ve onun gösterdiği doğrultuda İdare, benimsenen politikaları (örn= rekabet politikası, enerji politikası) düzenleme konusu

[165] Regülasyon ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı yalnız toplumun genel çıkarının gözetilmesine değil, aynı zamanda yapılan müdahaleye karşı bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasına da hizmet eder. Bu nedenle, belirli bir alandaki aksaklıkları çözmek üzere regülasyon faaliyetine ihtiyaç duyulduğunda, birbirinden farklı regülasyon araçlarından hangisinin tercih edileceği meselesi büyük bir önem kazanmaktadır. Çünkü sağlanması amaçlanan kamu yararı, bir yandan özel hukuk kişilerinin hak ve özgürlüklerine müdahale edilirken diğer yandan da bu müdahalenin söz konusu hak ve özgürlüklerde olması gerekenden fazla bir etki yaratmasını önlemekle elde edilir. Dolayısıyla müdahale (regulation) ile müdahale aracının (regulatory tool) yanlış eşleştirilmesi (mismatch), diğer bir ifadeyle regülasyon ihtiyacını karşılayabilecek en uygun aracın seçilmemiş olması aynı zamanda regülasyonla varılmak istenen kamu yararının da zedelenmesi anlamına gelecektir. Bkz. Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 191-197.

[166] BREYER, İdare Hukukunun, bir çok doktrinal probleme temas eden regülasyon politikasına ilişkin meselelerden ayrı incelenmesinin mümkün olmadığını düşünmektedir. Supreme Court Yargıcı ve İdare Hukuku Profesörü Breyer'in Amerikan İdare Hukuku yazınında büyük itibar gören kitabının **"İdare Hukuku ve Regülasyon Politikası" ("Administrative Law and Regulatory Process"**) adını taşıdığını hatırlatmak, kavramın önemini vurgulayabilmek için fayda sağlayabilir.

[167] Yönlendirme, Türk hukuk doktrininde, bazı yazarlar tarafından, düzenleme, denetleme, ve uyuşmazlık çözmenin yanında ayrı bir faaliyet olarak ele alınmaktadır. (Bkz. Turgut Tan (**Önsöz**) in Ahmet Eğerci **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurulu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2005. Ali Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 24) Kanaatimce, "yönlendirme", İdarenin düzenleme ve yargısal benzeri karar alma fonksiyonları sayesinde hayata geçirilebilen, bu yüzden onların dışında, ayrı bir kategoride yer verilmesi mümkün olmayan, niteliği itibarı ile onlara benzer bir hukuksal kalıba oturtulamayacak bir etkinliktir. Yönlendirme etkinliğinin "hukuk dışı alanda yer aldığı için, hukuksal bir kavramsallaştırmaya esas alınması(nın) mümkün olmadığı" yönündeki görüş için Bkz. Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 136.

yaparak uygulamaya sokmakla yükümlüdür[168]. Nitekim kural koyma ("rulemaking") faaliyetinin temel işlevlerinden biri regülasyon faaliyetinin yürütülmesine ilişkin "policy"ler formüle etmektir.[169]. Dolayısıyla İdarenin düzenleyici işlem yapma faaliyetinin özünü "policy"nin hukuk kurallarıyla formüle edilmesi oluşturmaktadır. "Agency"nin politika üretmesinde günümüzde daha çok tercih edilen yöntem düzenleyici işlem yapma olsa da, kimi zaman, bu ihtiyaç, belirli uyuşmazlıkların çözümünde verilen kararların "emsal" teşkil etmesinden hareketle, yargısal benzeri karar alma ("adjudication") yoluyla da karşılanmaktadır[170].

Yasama organının, regülasyona tabi tuttuğu alanda belirlediği politika özellikle "rulemaking" vasıtasıyla detaylandırılıp uygulamaya hazır hale getirilmekte, İdare tarafından "rafine edilen" bu politika piyasadaki aktörlere yönlendirme, etkileme, teşvik etme suretiyle "empoze" edilmekte ve giderek kamu gücünün kullanılması suretiyle buna katlanma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu doğrultuda, örneğin telekomünikasyon sektöründe, doğal tekel karakterine bağlı olarak, rekabete izin vermeyen, piyasa giriş ve çıkışların, tarifelerin, hizmet standardının sıkı bir şekilde kontrol edilmesine dayalı bir regülasyon politikası, zaman içerisinde, yerini, rekabetin tesis edilmesine ve deregüle edilmiş bir piyasa atmosferi oluşturulmasına yönelik bir regülasyon politikasına bırakmış, bu alandaki federal regülasyon idaresi FCC de "deregülasyona sorunsuz bir geçişi sağlayacak" regülasyon politikalarını oluşturmak ve Kongre tarafından arzu edilen rekabet ortamına ulaşılmasını kolaylaştırıp piyasadaki aktörleri bu yöne teşvik edecek bir tutum sergilemek zorunda kalmıştır.

İdarenin regülasyon sürecinde kamu yararını sağlamaya yönelik tercihler yapmak suretiyle politika oluşturması söz konusu süreçte yer

---

[168] Edward L. Rubin, Law and Legislation in the Administrative State, **89 Colum. L. Rev.** 369 (1989)

[169] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 3.

[170] Yargı organı nasıl içtihat yoluyla bir takım esas ve prensipler belirleyerek "hukuk yapıyor" (make law), diğer bir ifadeyle hukuk kuralı oluşturuyor ise İdare de adjudication sürecinde verdiği kararlar ile bazı esas ve prensipler benimsekte ve daha sonraki kararlarında da bunlara dayanmak zorunda kalmaktadır. Bu ilke ve prensipler İdarenin belirli durumlara ilişkin takındığı tutumu ve yaklaşımı göstermekle o konudaki politikasını gözler önüne sermektedir.

alan işlemlerin "esasına" (substance) yönelik bir olgudur. Bu politikanın "objektif" olarak kabul edilebilmesi için idari usul mekanizmalarıyla hukuk alemine çıkması ve uygulamaya konması gerekir[171]. Regülasyon sürecinin usule yönelik unsurunu oluşturan bu mekanizmalar İdarenin Yasamanın genel çerçevesini çizdiği alanın dışına çıkıp çıkmadığının anlaşılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle Yargı organları İdarenin tespit ettiği politikaların Yasama organının amaçladıkları ile uyumlu olup olmadığını, İdarenin yaptığı tercihlerin objektif ve kamu yarını sağlamaya yönelik olup olmadığını denetlerken büyük ölçüde APA'da yer verilen usuli standart ve prensiplerden yararlanmaktadır.

Şüphesiz İdarenin izlediği regülasyon politikasının denetimi yalnızca Yargı organına hasredilmemiştir. Amerikan hukuk sisteminde, "atanmış" görevlilerin kullandığı yetkilerin kontrolünde, Yargı organı yanında, "seçilmiş"ler de (Yasama ve Başkan) önemli rol üstlenmektedir. Başkana doğrudan bağlı bulunan OMB'nin başlıca görevlerinden biri "agency"lerin uyguladığı regülasyon politikalarının Başkan'ın yönetim politikası ile tutarlı olup olmadığının denetimidir. OMB bu doğrultuda "agency"lerin izlemeleri gereken politikaya yol göstermektedir. Kongre adına "agency"lerin faaliyetleri gözlemlenirken dikkate alınan hususların başında, kendilerine devredilen yetkiler kullanılırken ("rulemaking"-"adjudication"), işaret edilen regülasyon politikalarına uyulup uyulmadığı gelmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sözü edilen denetim, bağımsız regülasyon idareleri bakımından, hem teoride hem de pratikte daha gevşek bir görünüm arz etmektedir.

Regülasyon idarelerinin belirli bir politikayı tatbik edip etmemeye yönelik kararları, Başkanlık Talimatnamesi (Executive Order) uyarın-

[171] Celal Erkut "İdari İşlemin Kimliği" adlı eserinde "Fransız menşeîli" işlem teorisini anlatırken aslında Amerikan "patentli" regülasyon teorisinin "politika oluşturma" unsuruna son derece isabetli olduğunu düşündüğümüz bir şekilde temas etmiştir*: "İdare ilminde- genel olarak Amerikan ekolünün etkisiyle- bir idari işlemin, birbirini izleyen bir çok safhadan oluşan gerçek bir işlem dizisi ile ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.* ***Bu işlem dizisinin oluşturduğu süreç, bir yandan kamu yararı amacımı gerçekleştirmek için objektif bir idare politikası ve perspektifi içinde seçim hakkının kullanılması****; diğer yandan da bir ön inceleme ve araştırma olgularını içermektedir ki, böyle bir süreç içinde yer alan birçok işlem de bu olgulardan yola çıkılarak oluşturulmaktadır."* Celal Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 121.

ca yapılan **"fayda-maliyet analizi"**ne (**"cost and benefit analysis"**) dayanmaktadır[172]. İlgili düzenlemeye riayet edilmemesi veya getirilen kuralların aşırı kapsamlı (overinclusive) ya da aşırı daraltıcı (underinclusive) bir şekilde uygulanması olasılığı ile düzenlemenin yapılması ve uygulanmasında ortaya çıkan masrafların hepsi "maliyet" kalemi içinde değerlendirilmektedir[173].

Kongrenin ve Başkanın regülasyon kurumları üzerindeki denetimi ne kadar yoğun olursa regülasyon politikası da o kadar kontrol edilmiş olmaktadır. Başkanın genel politik takdiri regülasyon idarelerinin uzmanlık konularına ilişkin takdir sahasına ne kadar nüfuz edebiliyor? Kongre sahip olduğu imkânlar doğrultusunda "agency"lerin karar alma sürecini hangi sınıra kadar yönlendirebilecektir? Güncel regülasyon tartışmalarında öne çıkan soruların başında bunlar gelmektedir.

Yukarıda da vurgulamaya çalıştığımız gibi, teknolojik, ekonomik, siyasal ve sosyal gelişimler regülasyon politikasını da önemli ölçüde etkilemektedir. Nitekim, 70'li yıllardan sonra, ekonomik göstergeler ve siyasal gelişmeler, söz konusu politikanın ekonomik sektörlere ilişkin olarak deregülasyon yönünde değişmesine yol açmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, regülasyon ya da deregülasyon sürecinde, uygulamada alınan sonuçlar veya yaşanan tecrübeler de sözünü ettiğimiz politikaya etki etmektedir. Bu duruma verilebilecek en iyi örneklerden biri, elektrik deregülasyonu sürecinde yaşanan "Kaliforniya Krizi"dir[174].

Bunun yanında bir başka önemli nokta, siyasi iktidara sahip olan politikacıların siyasi kimliklerinin de regülasyon politikasının belirlenmesinde önemli rol oynamasıdır. Reagan ve George Bush zamanında ilgili "agency"lere deregülasyon yanlısı yöneticilerin getirilmesi, Clinton zamanında ise deregülasyon trendinin yerini daha ziyade regülasyonu reforme edecek atılımlara bırakması bu hususu kanıtlayan örneklerdir.

---

[172] Bkz. http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_riaguide/.

[173] Marshall J. Breger, "The APA: An Administrative Conference Perspective", **72 Va. L. Rev.** 337, 359-360 (1986).

[174] İlerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

D. Regülasyon Faaliyetinin Sebep Unsuru (Justificatons for Regulation)

Regülasyon faliyetinin altında yatan nedenler pozitif veya normatif yaklaşımlara göre şekillenen farklı teoriler[175] çerçevesinde ele alınmak-

[175] 1960'lı yıllara kadar regülasyon teorilerinin içinde temelleri en sağlam olarak kabul edilen "kamu yararı teorisi"ne ("public interest theory") göre, regülasyon, piyasa başarısızlığının giderilmesi veya piyasanın işleyişinden kaynaklanan olumsuzlukların önlenmesi için toplumdan gelen talebe dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Doğal tekel, dışsallık ve benzeri sebeplere dayanan piyasa başarısızlıklarının ortaya çıkması durumunda, sosyal refah kayıplarının giderilebilmesi için kaynakların dağılımı ve üretim ve fiyatlandırmada verimliliğin sağlanabilmesi gereklidir. Bu da, daha iyi bir çözüm yolu bulunmadığından ancak regülasyon mekanizmalarının devreye girmesi ile sağlanacaktır. Sosyal refahın sağlanması toplumdan gelen regülasyon talebinin gerekçesini oluşturmaktadır. Yasa koyucunun ve "agency"lerin regülasyon faaliyeti de bu talebi karşılamaya yöneliktir. Kamu yararı teorisi, 1960'lı yılların sonundan itibaren özellikle Posner ve Stigler gibi bilim adamlarının mensubu olduğu Chicago Okulunca yoğun eleştiriler almıştır. Bu teorinin isabetsizliğini vurgulayan ve aslında ekonomik regülasyonun sektör yararına olduğunu savunanlardan bazıları "ele geçirme teorisi"ni ("capture theory") ortaya atmışlardır. Regülasyonun gerçekte, doğal tekellerde fiyatların aşağı çekilmesi yönünde gereken etkiyi yapamaması rekabetçi sektörlerde ise piyasaya girişleri engellemesi nedeniyle, endüstrilerin kârlılığını arttırdığını savunan teorisyenler, Yasama'yı teşkil eden seçilmişlerin piyasadaki büyük firmaların taleplerine cevap olarak düzenleme yapma yoluna gittiğini, bu düzenlemeleri tatbik eden atanmışların da zaman için de endüstri tarafından kontrol altına alındıkları yani ele geçirildiklerini vurgulamışlardır. (Bu konudaki tartışmalar için bkz. Richard A. Posner, "Theories of Economic Regulation, **5 Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.** 335 [1974]) Söz konusu teori aslında kamu yararı teorisinin dayandığı hipotezlerin tam aksini temel almaktadır. Bir çok eserde, adı "ele geçirme teorisi" ile anılan Stigler, regülasyon teorisine ilişkin asıl katkısını, bu kuramdan çok, "neden regülasyon?" sorusuna gösterdiği yaklaşımla yapmıştır. Stiglerin bu yaklaşımı, "özel çıkar teorisi"nin (private interest theory) kurgulanmasını sağlamıştır. Nobel ödüllü ekonomist, belirli varsayımların ışığı altında, hangi sektörlerin regüle edileceğini ve bu varsayımlardan çıkan sonuçlara göre ne tür bir regülasyonun gündeme geleceğini tahmin etmeye çalışmıştır. Stigler'in analizindeki birinci öncül, devletin temel kaynağının "zorlama gücü" ("power to coerce") olmasıdır. Devleti bu gücün kendi yararına kullanılması için ikna edebilen bir menfaat grubu refahını arttırabilecektir. Yazarın ikinci öncülü, regülatörlerin, fayda maksimizasyonunu sağlarken rasyonel olmalarıdır. Bu iki varsayım regülasyonun, kazançlarını maksimize etmek isteyenlerin taleplerini karşılamak amacı ile yapıldığı hipotezini temellendirmektedir. Bu hipotezde, regülasyon, refahın, devlet aracılığıyla toplumun diğer kesimlerinden belirli bir menfaat grubuna sevk ettirilmesi için bir yoldur. Stigler'in analizlerine dayalı özel çıkar teorisi Peltzman ve Becker tarafından getirilen yeni yaklaşımlarla formüle edilmiştir. (Bkz. Sam Peltzman, "Toward a More General Theory of Regulation", **19 J. Law & Econ**., 211 [1976]; Gary S. Becker, "A Theory of Competition

tadır. Sözü edilen teorilerin içerdiği farklılık ve dönüşümler, aslında regülasyonun genel geçer bir teori kurgulamasının mümkün olmadığını göstermektedir. Her bir teorinin uygulamadaki sonuçlar ile sağlaması yapıldığında belirli alanlarda eksiklik veya tutarsızlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu durum, normatif bir yaklaşımla, regülasyonun "hukuksal bakımdan meşru"-"olması gereken" dayanaklarının ortaya konmasını daha rasyonel bir hale getirmektedir. Bu nedenle, regülasyonun dayanaklarının işlevsel bakımdan sorgulaması yapılırken, altında yatan asıl saik ve hedeflenen gerçek amaç ne olursa olsun, ilgili makam ve görevlilerin objektif bir biçimde hukukun koruduğu amaçlar doğrultusunda hareket ettikleri varsayımından yola çıkılacaktır.

Devletin piyasaya müdahalesinin dayanağı olarak, genellikle, piyasanın kendi haline bırakılması durumunda ortaya çıkan "piyasa başarısızlığı" (market failure) gösterilmektedir. En basit anlatımıyla, piyasa başarısızlığı (veya yetersizliği) piyasanın optimal ve etkin bir şekilde işlemediği durumlarda ortaya çıkar. Doktrinde piyasa başarısızlığının nedenleri farklı kategorilerde ele alınmakla birlikte, ortak paydada regülasyonun ekonomik dayanağı olarak kabul edilen durumlar: **1**) doğal tekel gücünün kontrolü (control of monopoly power); **2)** aşırı rekabetin (excessive competion) önlenmesi; **3)** rant kontrolü (rent control) veya aşırı kârın (excess profit) önlenmesi; **4)** dışsallıklar (externalities or spillovers); **5)** yetersiz bilgilendirme (inadequate information); **6)** kıtlık (scarcity); **7)** paternalizm (paternalism) ; **8)** rasyonalizasyon (rationalisation) ve **9)** ahlaki çöküntü (moral hazard) olarak gösterilmektedir[176].

Among Pressure Groups for Political Influence", **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 98, No. 3. 371-400, [Aug., 1983]).Öte yandan, özel çıkar teorisinin bireyselcilik ve rasyonaliteye dayanan unsurları ile benzer temellere dayalı çalışmalar, özellikle James Buchanan ve Gordon Tullock'un öncülüğünde 1960'lı yıların başından itibaren artarak devam etmiş ve regülasyondan sorumlu olan görevlilerin, asıl amaçlarının, tıpkı diğer bireylerde olduğu gibi, kendi çıkarlarını maksimize etmek olduğu iddiasına ve bu yönde yapılan ampirik çalışmalara dayalı "kamu tercihi" ("public choice") modelinin olgunlaşmasını sağlamıştır. (Bkz. James M. Buchanan, Gordon Tullock, **The Calculus of Consent**, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, Michigan, 1962; Gordon Tullock, Arthur Seldon, Gordon L. Brady. **Government Failure: A Primer in Public Choice**, Cato Institute, Washington, DC, 2000).

[176] Stephen G. Breyer, **Regulation and Its Reform**, Harvard University Press, 1984, s. 15-35.

Ekonomik regülasyon, serbest piyasanın bireysel çıkarı gözetirken aynı zamanda kamu yararını da ortaya çıkaracağı düşünülen "görünmez eli"nin bu sonucu yaratmadığı ve bir takım piyasa başarısızlıklarını doğurduğu durumda, "kamusal teşebbüs"ün (public enterprise) devreye girmesine gerek kalmadan, bu aksaklıları gidermeye yönelik kamusal müdahaledir. Yukarıdaki nedenler de, aslında regülasyonun "normatif" dayanakları olarak gösterilen ve birbirinden farklı piyasa başarısızlıklarını ortaya koyan belli başlı durumlardır.

Piyasa başarısızlığının ortaya çıktığı (veya çıktığının varsayıldığı) ve ekonomik alanda devlet müdahalesine yer açılmasını gerektiren bu durumlardan bazıları, aynı zamanda, sosyal regülasyonun da dayanağı olmaktadır[177]. Kaldı ki piyasa başarısızlığını ekonomik temele dayalı olarak açıklama ihtiyacı duyulmadığı durumlarda, diğer bir ifade ile ekonomik modelden uzaklaşan teoride yalnızca ekonomik kriterler değil, sosyal adalet ve eşitlik gibi "ekonomik olmayan, toplumsal değerler" (non-market or collective values) belirleyici olmaktadır. Regülasyonu ekonomik temellerden uzaklaştıran bu yaklaşımın bir adım ilerisinde ise regülasyona yer açmak için mutlaka bir piyasa başarısızlığı aranmasını veya piyasa gerekli görmeyen teoriler gelmektedir[178]. Bu bakımdan özellikle politik yaklaşımlarla belirlenen[179] ve sosyal regülasyona olan ihtiyacı da gösteren

[177] Joseph P. Tomain, Sidney A. Shapiro, "Analyzing Government Regulation", **49 Admin L. Rev.** 377, 402 (1997); Nitekim, Tomain ve Shapiro, "dışşsallıklar", "yetersiz bilgilendirme" ve "kıtlık" durumlarında ortaya çıkan dayanakları hem ekonomik hem de ekonomik olmayan değerlerin birlikte dikkate alındığı müdahale alanları olarak görmekte ve bunları "sosyal regülasyon" başlığı altında incelemektedirler. (**a.e.,** s. 407-412).

[178] Özel teşebbüse ait televizyon kanallarında "çocukların eğitimine yönelik" programların zorunlu tutulmasına ya da işyerlerinde ırk, cinsiyet veya malüllükten kaynaklanan ayrımcılığın önlenmesine yönelik düzenlemeler bu tür bir yaklaşımın ürünüdür. Ortada, "ekonomik temellere" dayalı bir piyasa başarısızlığı bulunmayan bu gibi hallerde regülasyon faaliyetinin altında yatan neden sosyal değer ve hakların korunmasına yönelik beklenti ve ihtiyaçlardır. Bu örneklerden ilki, Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)'nun varlık nedenlerinden birini ortaya koyması bakımından, ikincisi ise İş Hukuku ile regülasyon arasındaki bağlantıyı gözler önüne sermesi ve regülasyonun farklı hukuk dalları ile olan ilişkisini göstermesi bakımından yararlıdır.

[179] Ekonomik kriterler ile ekonomik olmayan değerlerin "verimlilik-eşitlik" etkileşimine yönelik "formüller", esasen politik nitelikli kararlar vermeye yetkili olanlarca belirlenmektedir. [Bkz. Christopher Schroeder, "Regulation of Manmade Carcinogens, If Feasibility Analysis Is the Answer, What Is the Question?", **88 Mich. L. Rev.** 1483, 1491

dayanaklar aşağıda "ekonomik kriter"ler esas alınarak sıralananlardan daha geniş bir perspektifte ele alınmakta ve ekonomik teorinin sınırlarını aşmaktadır[180].

1. Doğal Tekel Gücünün Kontrolü (Control of Monopoly Power)

Özel teşebbüsün faaliyetlerine ilişkin regülasyonun en geleneksel dayanağı doğal tekelin varlığıdır[181]. Bu kategorinin tipik türü olarak, "public utility"ler[182], doğal tekel özelliği yansıtmaları nedeniyle regüle edilmektedir[183].

Birçok durumda tekelleşmenin getirdiği olumsuzlukların önlenmesi veya giderilmesi antitröst hukukunun uygulanması ile sağlanır. Nitekim, A.B.D. örneğinde, Sherman Yasasının (Sherman Act) getirdiği tekel üzerindeki yasaklamalar firmaları tekelleşme yönündeki eğilimlerden caydırmaktadır. Buna paralel olarak, piyasada faaliyette bulunan bu firmaların birleşme veya devralma suretiyle tekel yaratmaya yönelik faaliyetleri ise Clayton Yasası (Clayton Act) tarafından sınırlandırılmıştır. Bunun yanında, şayet bir firma herhangi bir şekilde tekel durumuna gelmiş ise, bu takdirde piyasayı tekrardan rekabetçi bir yapıya sokmak için daha küçük parçalara ayrıştırılması da mümkün olabilir. Buna karşılık, şayet bir sektör doğal tekel karakteri gösteriyor ise o takdirde antitröst kurallarının devreye sokulması olumlu sonuçlar vermez, hatta ters etkiler yaratır[184].

(1990)] Bu bakımdan hiç bir sosyal bilim bunlardan hangisinin diğerine üstün olacağına ilişkin öngörülerde bulunamaz.

[180] Stephen G. Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 15.

[181] **a.e.**, s. 15.

[182] "Utility faaliyeti birtakım unsurlara dayanmaktadır: Buna göre, belirli bir coğrafi alanda- kamulaştırma gibi eyalet yönetimi tarafından verilen bir takım yetkileri içinde barındıran -tekel olarak hizmet sunma hakkı bir utility'e verilirken bunun karşılığında ücret kontrolünü de içeren serbest piyasaya koşullarına yabancı, yoğun bir regülasyon rejimi uygulanmaktadır. Böylelikle, anlaşmanın her iki tarafı da bir takım kazanımlar elde etmektedir." Jerset Central Power & Light v. FERC, 810 F.2d 1168, 1189 (D.C. Cir. 1987) (Starr., J. concurring).

[183] Tomain &Shapiro, **Analyzing**, s. 403.

[184] Pierce & Gellhorn**, Regulated Industries**, s. 364-378.

Doğal tekel kavramı, temelde, belirli sektörlerdeki talep ve arz arasındaki ilişkinin biçimine dayanmaktadır. "Şayet belirli bir sektöre yönelik talebin tümü, söz konusu sektöre egemen olan teknoloji ve hizmetin niteliği gereği[185], birçok firma yerine tek bir firma (veya sınırlı sayıda firma) tarafından karşılanıyorsa, fiiliyattaki firma sayısı ne olursa olsun o sektör bir doğal tekeldir[186]." Bu, büyük ve yeterli oranda bir üretimde, eklenen her alıcının diğerlerine sunulan servisin ortalama maliyetini düşürdüğünde ortaya çıkan bir durumdur[187]. Diğer bir ifadeyle, ölçek ekonomilerinin (economies of scale) geçerli olduğu şartlar söz konusu olduğundan, birden fazla firmanın hizmet sunması durumunda üretimin birim maliyeti yükselmektedir[188]. Bu nedenle, böyle bir düzende, rekabet yıkıcı bir nitelik arzedecek ve eşitlikten uzak olacaktır[189]. Şu halde, bu gibi durumlarda, piyasaya girişin sınırlanmaması, haddinden fazla yatırımlara, kaynak israfına ve hizmet kalitesinin düşmesine yol açacaktır.[190] Böyle bir durumda, ele alınan sektör, "doğası gereği tekel" özelliği gösterdiğinden gereksiz firmaları devre dışı bırakan, üretimin hakim durumda olan firma üzerinde yoğunlaşmasını engelleyen ve fiyatların, teknoloji elverdiği ölçüde, minimum kâr oranı elde edilebilecek seviyeye gelmesini sağlayan bir piyasa mekanizması bulunmamaktadır[191].

Ölçek ekonomileri üretim miktarı arttıkça ortalama maliyetin azaldığı durumlarda gündeme gelir. Ölçek ekonomilerinin en çok rastlandığı

---

[185] Kahn, **The Economics of Regulation**, s 2/I.

[186] Richard A. Posner, **Natural Monopoly and its Regulation**, (30th Anniversary Edition) CATO Institute Washington DC 1 (1999).

[187] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 124/II.

[188] Yerel telefon servisini örnek olarak alırsak, bir firma, söz konusu hizmeti sunmak için, belirli bir sabit yatırım yapmak durumunda kalacak, ancak bu yatırım bir defa yapıldığı zaman, her yeni eklenecek telefon kullanıcısı için marjinal maliyet sıfır olacaktır. Bu nedenle, piyasaya sonradan giren üç yeni telefon şirketinin ayrı kablolar döşeyip kendi santrallerini inşa etmeleri yerine, tek bir şirkete fiyat ve karlılığının regüle edilmesine dayalı tekel vermek daha verimli olacaktır. Buna benzer olarak, yerel bazda, elektrik, gaz ve su servisleri için birden fazla "dağıtım sistemi" tesis edilmesi de savurgan bir tutum olacaktır. Bkz. Posner, **The Effects of Deregulation**, s. 12-13.

[189] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 125/II.

[190] **a.e.**, s. 2/I.

[191] a.y.

alan sabit maliyetlerdir. Sabit maliyet, üretim miktarına bağlı olmaksızın ortaya çıkan maliyet kalemidir.

Şayet birden fazla mal veya hizmet türünde üretim yapılıyorsa, tek bir firmanın gerekliliği ölçek ekonomileri yanında kapsam ekonomileri (economies of scope) nedeniyle de ileri sürülebilir. Birden fazla mal türünün üretimi veya servisi söz konusu ise ortak üretim malzemesi veya tesisatı sayesinde bunların birlikte üretimi ayrı ayrı üretilmelerinden daha ucuz bir maliyet ortaya çıkartır. Bu bağlamda iki ayrı ürünün iki ayrı firma tarafından ayrı ayrı üretilmesi yerine tek bir firma tarafından üretilmesi daha düşük bir maliyet sağlayacaksa "economies of scope" tan bahsedilmektedir[192]. "Dikey entegrasyon" ("vertical integration") olarak da adlandırılan bu durumda tek bir firmanın birbirine entegre olmuş birden fazla hizmet veya ürünü sunmasında fayda olduğu kabul edilmektedir[193].

Doğal tekelin nitelik ve özellikleri ile doğurduğu sonuçlara göre şekillenen bir ekonomik düzenin yaratılması, İdarenin ilgili sektöre girişleri kontrol edip sınırlandırmasına bağlıdır. Bunun içinse öncelikle lisanslama faaliyetine başvurulması zorunlu hale gelmektedir. Bu kapsamda, "kamu yararı ve gerekliliği[194]" ("public convinience and necessity") için belirli girişimcilere bir ayrıcalık-imtiyaz tanımaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte, tekel hakkının ihdas edilmesi tüketicilerin olumsuz olarak etkileneceği bir tekelci fiyatlandırma riskini de beraberinde getirir. Regülasyona tabi olmayan bir tekelci, üretimi kısıp rekabetçi fiyattan daha yüksek fiyatlar talep ederek kârını arttırmak isteyecektir[195]. Bu durum, fiyat, üretim ve kârı rekabetçi bir piyasadakine yakın bir dengeye oturta-

[192] "Bell Sistemi"nin ("Bell System") telefon endüstrisine yön verdiği dönemlerde, iki farklı hizmet olarak ele alındıklarında "yerel" (local) ve "uzak mesafe" (long distance) servislerinde kapsam ekonomisinin bulunduğuna ilişkin güçlü temeller yer almaktaydı. Bu, AT&T için, tasfiyeye kadar, Amerika Birleşik Devletlerinin nerdeyse bütün bölgelerinde telefon servisinde tekel imtiyazı elde etmesinin dayanaklarından biri olarak gösterilmiştir. Bkz. Stuart Minor Benjamin, Douglas Gary Lichtman, Howard A. Shelanski, **Telecommunications Law and Policy**, Carolina Academic Press, 2001, s. 617-618; Viscusi et al., s. 532.

[193] Benjamin et al., s. 617-618.

[194] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. II/27.

[195] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 15-16.

cak regülasyonu gerekli kılmaktadır[196]. Böylelikle, İdare (regülatör), fiyatı "artan maliyet"e (incremental cost) yaklaştırarak doğal tekelciyi sosyal bakımdan kabul edilebilir, tüketicilerin söz konusu üretim maddesi yerine daha masraflı olana yönelmelerini engelleyecek bir üretim seviyesine razı etmeyi amaçlar[197]. Bu türdeki regülasyon 19. yüzyılın sonlarında yerel demiryolları ve gaz kurullarıyla (boards) başlamıştır[198]. Günümüzde eyalet "public utility" komisyonlarının birçoğu, "public utility"lerin müşterilerinden hizmet sunmak için talep ettiği fiyatları regüle etmeye devam etmektedir.

A.B.D.'nin önde gelen akademisyenleri arasında doğal tekel regülasyonunu optimalliği üzerinde belirgin bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. BREYER, şayet doğal tekel söz konusuysa, regülasyona ihtiyaç bulunmaktadır" görüşünü açık bir şekilde ortaya koymakta ve tartışılması gerekenin regülasyonun ne kadar ileriye götürülmesi veya genişletilmesi gereği olduğunu vurgulamaktadır[199]. Buna karşılık, POSNER ve DEMSETZ ise[200], genel kabulün aksine, doğal tekelin varlığının, başlı başına regülasyonun dayanağı olmadığını ileri sürmekte, optimalliğin tek bir üretici olması durumunda bile regülasyon olmadan sağlanabileceğini iddia etmektedirler[201]. Adı geçen yazarlar, belirli sektörlerde alternatif ol-

---

[196] Teori, regüle edilen firmanın tekel gücüne sahip olduğunda fiyat regülasyonunun tüketicinin refahını artıracağını öne sürmektedir. Eğer bir firma rekebet ortamında isteyebileceği fiyattan daha fazlasını talep ederse, "ideal bir regülasyon" rekabetin sonuçlarını "taklit" ederek firmayı "rekabetçi" bir fiyat talep etmeye sevk edecektir. Bkz. Gregory Mankiw, **Principles of Microeconomics**, (2nd ed.) Holt Rinehart & Winston, 293-346 (. 2001).

[197] Martin T. Farris, Roy J. Sampson, **Public Utilities: Management and Ownership**, Boston: Houghton Mifflin, 1973, s. 21; Burada önemle belirtilmelidir ki, tekel gücünün regüle edilmesi yalnızca yukarıda yer verilen mülahazalara dayanmamakta, bunun yanında, daha adil bir kazanç ve kazanç dağılımı, tüketiciler arasında fiyat veya hizmet ayrımcılığının önlenebilmesi ve regüle edilmeyen tekel sahiplerinin sosyal ve politik gücüne olan güvensizlik gibi amaç ve unsurlar da etkili olmaktadır.

[198] Bu konuda bkz. Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 5/I.

[199] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 285.

[200] Posner, **Natural Monopoly**, s. 4-53; Harold Demsetz, "Why Regulate Utilities", **Journal of Law and Economics**, Vol. 11, No. 1, 55, 55-65 (1968).

[201] POSNER'in yaklaşımına ilişkin yorumlar için bkz. William S. Camonor, "Should Natural Monopolies Be Regulated?", **22 Stan. L. Rev**. 510 (1969-1970); Joseph C. Swidler,

mak bakımından, tekel imtiyazının en düşük birim fiyat talep etme teklifi veren firmalara rekabete dayalı bir ihale ile verilebileceğini örnek olarak vermektedirler. Bu yaklaşım uyarınca, belirli şartlar altında, böyle bir yöntem tüketiciler için en düşük fiyatın oluşmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla, en azından statik bir ortamda, rekabete dayalı bir ihale gerçekleştirme haricinde başka bir regülasyona ihtiyaç yoktur[202].

"Comments on the Case for Deregulation", **22 Stan. L. Rev**. 519 (1969-1970); William G. Shepherd, "Regulation and Its Alternatives", **22 Stan. L. Rev**. 529 (1969-1970).

[202] Doğal tekelin bulunduğu alanlarda, İdarenin özel hukuk kişisine rekabete dayalı bir ihale ile franchise vermesi ("franchise bidding") olarak adlandırılan bu yöntemde, sürekli bir kontrol mekanizmasına dayalı "public utility" regülasyonuna gerek görülmemektedir. Söz konusu yöntem uyarınca, "franchise", hizmet kalitesine ilişkin standartları sağlamak şartıyla en düşük fiyattan hizmet sunmayı taahhüt eden firmaya verilmekte, kamusal otorite ile özel girişimci arasında bir sözleşme imzalanmasından sonra zorunlu koşullar dışında başka bir müdahaleye yer verilmemektedir. Harold Demsetz, 1968 yılında yazdığı makalesinde, sosyal refah optimumunun sağlanması için doğal tekelin regüle edilmesi yönündeki kabulü sorgulamış ve ihale yolu ile "franchise" verme yönteminin uygulanmasını tasarlamıştır. Buna göre, devlet, bu tip bir hizmetin sunulmasında, bir firmaya "franchise" vermek suretiyle çoğu zaman tekel niteliği taşıyan bir ayrıcalık tanıyacaktır. En düşük ücreti teklif eden firmanın üstüne kalacağı ihale yeteri derecede rekabetçi olursa, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret ortalama maliyete doğru çekilebilecek ve ihaleyi kazanan firmanın makul bir kâr elde etmesi sağlanabilecektir. **Bu süreçte devletin rolü ise, sürekli müdahalede bulunan bir regülatör olmak yerine, ilk aşamada görev üstlenen ihale sorumlusu olmaktır**. (Demsetz, s. 58-65); Bu konuda kablolu televizyon örneğini ele alan Posner, tüketici ile hizmet sunucunun bir araya geleceği katıksız bir sözleşme ilişkisinin, faaliyetin doğal tekel niteliklerinin sonucu olarak, altyapı duplikasyonu ve diğer nedenlerden ötürü, gereksiz maliyetlere yol açacağını, buna karşılık, regülasyon yaklaşımıyla "harmanlanacak" bir sözleşmesel yaklaşımın olumlu sonuçlar verebileceğini vurgulamıştır. Yazara göre, yetki ve görev sınırları içerisinde ikamet eden tüketicilerin temsilcisi olarak hareket edecek bir kamusal makam, rekabet halindeki firmalardan temin edeceği teklifleri değerlendirip, onlar adına, en iyi fiyat ve hizmet kalitesi birleşimini sunmayı taahhüt eden girişimci ile sözleşme yapacaktır. Aslında bu tür bir sistem, A.B.D.'de kablolu televizyon alanında hala uygulanmakta olan ve birçok başvuran arasından seçilen firmaya "franchise" verilen sisteme oldukça benzemektedir. Bununla birlikte, mevcut sistemde, "franchise" vermeye yetkili olan yerel yönetimler, genellikle kullanıcılar için en elverişli olacak sözleşmeyi elde etmeyi amaçlamak yerine, doğal tekel fiyatlaması yapma ayrıcalığını verme karşılığında, kendilerinin elde edeceği malî imkanları ön planda tutmaktadır. Kablolu televizyon "franchise"ı alan bir firma, doğal tekel fiyatlaması yapma ayrıcalığına sahip olmakta, bunun karşılığında, brüt gelirlerinin belirli bir kısmını yerel yönetime bırakmak ve bunun yanında da belirli sayıda kanalı eğitim ve benzeri hizmetler için karşılıksız olarak tahsis etmek zorundadır. Posner'a göre bu sistem o bölgede yaşayan bireyler için vergi yükümlüsü olarak bir takım kazanımlar

Her ne kadar, bu tartışma varlığını günümüze kadar korumuşsa da, belirli bir ürünün yerine başka bir mal ikame edilebilmesinin gündeme gelmesi veya teknolojinin ilerlemesi durumlarında, doğal tekel özelliğinin kaybolacağı ve rekabetçi bir sektör yapısı oluşmasının mümkün olacağı konusunda önemli oranda bir uzlaşma sağlanmıştır[203]. Sonuçta, regülasyonun doğal tekel dayanağı 1970 ve 1980'lerden itibaren birçok endüstri için geçerliliğini yitirmiştir. Demiryolları ve telekomünikasyon sektöründeki uzak mesafe görüşmeleri söz konusu endüstrilerin en belirgin örnekleri olmuştur.

2. Aşırı Rekabet (Excessive Competition)

Regülasyonun diğer bir "geleneksel" dayanağı, varlığını kontrolsüz bırakılan piyasalarda aşırı rekabetin görülmesine borçludur. 1930'lardaki "Büyük Bunalım" esnasında ortaya çıkan aşırı (excessive) veya yıkıcı (destructive) rekabet, havayolları ve karayolu taşımacılığı gibi endüstriler üzerindeki regülasyonun başlıca nedeni olarak kabul edilmiştir[204]. Teori, temel olarak, bir takım piyasalarda agresif rekabet oluştuğunda veya o piyasalarda gereğinden fazla rekabetçi firma ortaya çıktığında, bu durumun firmaları ürünün satış fiyatını maliyet fiyatından aşağıya çekmeye zorlayacağı ve sonuçta birçoğunun sektörde barınamayacağı ya da düşük

sağlıyormuş gibi görünse de, rekabete dayalı bir fiyatlamayı yansıtmayan, doğal tekel fiyatlamasından ötürü tüketicilerin kayba uğramasına yol açan ve bu bakımdan kendisinin önerdiğinden farklı bir uygulama modeline dayanmaktadır. Posner kendi önerdiği sistem ile bugün için geçerli olan sistemin ekonomik açıdan karşılaştırılması neticesinde ortaya sonuçların bu farklılığı açık bir şekilde gösterdiğini belirtmektedir. (Posner, **Natural Monopoly**, s. 72); Önerilen yöntem ideal olarak, "franchise" sahibinin etkin bir üretime teşvik edilmesi ve ihale aşamasındaki rekabetin sosyal bakımdan optimal fiyatlamayı sağlaması sebebiyle bir çok problemi ortadan kaldırmaya yeterli gibi gözükse de, pratikte, bu tür faydaların sağlanmasının pek kolay olmadığını belirtmek gerekir. Bütün bu açıklamalar ışığında, "franchise" ihalesine dayalı yöntemin aslında klasik regülasyon yönteminden çok farklı bir tür olmadığı ve aralarında sadece bir derecelenme farkı bulunduğu yönündeki görüşlere katılmamak mümkün değildir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Viscusi et.al, s. 410-411.

[203] Posner, The Effects of Deregulation, s. 12-13.

[204] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 178-202/II.

kaliteli[205], sağlıksız veya güvenli olmayan ürün üretmek zorunda kalacağı esasına dayanır[206].

Aşırı rekabetin piyasa başarısızlığına neden olmasının altında üç etken yatmaktadır: "doğal tekel", "talebin döngüsel niteliği" ve "yıkıcı (veya öldürücü) fiyatlama[207]". Yukarıda açıklandığı üzere, doğal tekel özelliği gösteren bir piyasada rekabet israfa neden olmaktadır. Bu nedenle, regülatörün sorumluluğu, yalnızca bir veya belirli sayıda firmanın sektöre girmesine izin vererek rekabeti önlemektir.

Aşırı rekabetin olumsuz etkilerine ilişkin ikinci durum ise döngüsel talebe ve büyük sabit yatırıma muhatap olan sektörlerin aşırı fiyat dalgalanmalarına eğilimli olmaları esasına dayanmaktadır. Bu durumda, firmalar ekonomik durgunluk (resession) dönemlerinde üretimi durdurmaya zorlanırken daha sonra iyileşme dönemlerinde, piyasa başarısızlığından ötürü, gereksiz başlangıç maliyetlerini karşılamak zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle, bu tür gereksiz masrafları önlemek için, piyasa düzenleyicilerinin taban fiyatları belirlemesi veya firmaların minimum fiyatta anlaşmalarına izin vermesi gerektiği ileri sürülmektedir[208].

Aşırı rekabete ilişkin regülasyonun üçüncü dayanağı ise yıkıcı fiyatlama kavramına ilişkindir. Söz konusu durum, piyasada hakim durumda olan firmanın belirli bir süre için fiyatları aşağıya çekip rakip firmaları piyasadan çıkmaya zorlaması veya diğerlerinin piyasaya girmelerini önlemesi (ya da her ikisi) şeklinde ortaya çıkar. Rakiplerin piyasadan çekilmesini veya yenilerin sektörde faaliyet göstermesinin engellenmesini müteakip, daha az rekabetçi olan yeni ortamda, hakim firma, bundan böyle, yıkıcı fiyatlama dönemindeki maliyeti karşılayabilmek amacıyla fiyatları belirgin biçimde yukarı çekme çabasında olacaktır[209]. Bu nedenden ötürü, regülasyonun amacı, firmaları aşırı düşük fiyat uygulamasından alıkoy-

---

[205] **a.e.**, s. 172.

[206] Sidney A. Shapiro, Joseph P. Tomain, **Regulatory Law and Policy**, Charlottesville, Va: Michie Co. 319 (1993).

[207] Breyer; **Regulation and Its Reform**, s. 30-31.

[208] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 31.

[209] **a.e.**, s. 31-32, Kahn**, The Economics of Regulation**, s. 175-180; Shapiro & Tomain, **Regulatory**, s. 319.

mak suretiyle hakim durumda olan firmanın rakiplerini safdışı bırakarak tekelci fiyat uygulamasına gitmesini önlemektir[210].

3. Rant Kontrolü (Rent Control) veya Aşırı Kârın (Excess Profit) Önlenmesi

Regülasyonun dayanaklarından bir diğeri beklenmedik kâr niteliğindeki rantlardır. Fiyatlarında ani yükselmeler meydana gelen ürün veya hizmetlerin sunucuları ekonomik rantın bir türü olarak beklenmedik kârlar elde edebilirler[211]. Bu tür regülasyonun en belirgin örneği OPEC ülkelerinin petrol fiyatlarını önemli ölçüde artırmasından kaynaklanan yüksek rantın kontrolünde veya yapı maliyetlerinin diğer maliyetlere oranla çok daha hızlı yükseldiği kentsel alanlardaki kira gelirlerine müdahalede görülmektedir[212]. Söz konusu yüksek girdiyi düşürmeye yönelik bu tür müdahalelerin amacı hak edilmemiş kârı satıcı veya üreticiden vergi mükelleflerine veya tüketicilere aktarmak suretiyle[213] hakkaniyeti sağlamaktır[214]. Her ne kadar beklenmeyen kârlar genel olarak regülasyona tabi değilse de, çok büyük olduklarında veya üretici ve satıcıların belirli bir becerisinden kaynaklanmıyorsa bu takdirde regülasyon gündeme gelebilecektir[215].

4. Dışsallıklar (Externalities or Spillovers)

Devletin regülasyon faaliyetinin önemli bir kısmı dışsallık teorisine dayanmaktadır[216]. Dışsallıklar en genel anlamıyla piyasa fiyatları ile

---

[210] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 32.

[211] Stephen G. Breyer, "Analyzing Regulatory Failure, Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform", **92. Harv. L. Rev**. 549, 55-56 (1979).

[212] Shapiro & Tomain, Regulatory, s.371-380, Breyer et al., **Administrative Law**, s. 8.

[213] Breyer, **Analyzing**, s. 555; Robert W. Crandall, "An End to Economic Regulation", in **Competition And Regulation in Utility Markets**, (Colin Robinson Ed.), Edward Elgar Publishing, 2003, s. 176-177.

[214] Michael. J.Mandel, "Does Rent Control Hurt Tenants?: A Reply to Epstein", **54 Brooklyn L. Rev**. 1267, 1274 (1989).

[215] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 8.

[216] W. Kip Viscusi,"Overview", in **Regulation through Litigation**, (ed. W. Kip Viscusi), Washington: American Enterprise Institute – Brookings Institution, 2002, s.1

kendiliğinden telafi edilmeyen olay veya değişimlerin sonuçları olarak tanımlanabilir[217]. Bu durumda, firma veya bireyler faaliyetleri ile tazmin edilmeyen maliyetleri başkalarının üzerine yıkarlar. Diğer bir ifadeyle, bunlar faaliyetlerinden kaynaklanan sosyal bedelleri ödemezler[218]. Fiyat, söz konusu bedelin ödeneceği durumdakine göre daha düşük olacağından, talep de o duruma göre daha yüksek olacaktır[219]. Bu sonuç ise, bir malın üretimi negatif dışsallıklar maliyetine yol açtığında regüle edilmeyen piyasa kapasitesinden daha fazla üreteceği esasını ortaya koyacaktır[220]. Sonuç olarak, malın fazla üretimi ve karşılanmayan maliyet ekonomide verimsizliğe yol açacağından bu verimsizliğin devlet müdahalesi ile giderilmesi gerekecektir. Aslında, teorik olarak telafi edilmeyen bedeli yükleyenler ile bu bedelden negatif olarak etkilenenlerin bir araya gelip uzlaşma için pazarlık etmeleri gerekir. Bununla birlikte, tarafların sürekli bir araya gelmelerinin maliyeti (muamele masrafları) (transaction costs) bu teoriyi pratik, uygulanabilir olmaktan uzaklaştırmaktadır[221]. Bu bağlamda, regülasyon faaliyeti, ilgili taraflar arasındaki pazarlık usulünün zor bir usul olmasından dolayı, dışsallık maliyetlerinin doğurduğu olumsuzluğu gidermenin yolu olarak görülmektedir[222]. Çevre kirliliği devletin dışsallıkları gidermek için giriştiği geniş kapsamlı regülasyon faaliyetine verilebilecek en tipik örnektir[223].

[217] Viscusi et.al, s. 376-377.

[218] Lawrence J. White, **Processes and Problems**, New Jersey: Prantice-Hall, 1981, s. 28.

[219] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 7.

[220] Viscusi et.al, s. 377.

[221] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 24.

[222] a.y.

[223] Ekonomik teori, bir malın fiyatının, üretiminin neden olduğu sosyal zararları giderme maliyetini yansıtmadığı durumlarda, söz konusu malın olması gerekenden fazla üretilip tüketileceğini ve bu durumun da ekonomik verimsizliğe yol açacağını dile getirmektedir. Örneğin bir firmaya ait fabrikanın yol açtığı hava kirliliği, söz konusu firmaya dışsal nitelikli maliyetlerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bunun sebebi regüle edilmeyen bir piyasada firmanın bu maliyetleri karşılamakla yükümlü tutulamamasıdır. Teorik olarak, yeterli bilgilendirmenin olduğu, pazarlık stratejilerinin bulunduğu ve buna yönelik muamelelerin masrafsız olduğu bir ortamda kirlilikten zarar görenler ile havayı kirleten firma söz konusu zararların karşılanması bakımından karşılıklı bir anlaşma yoluna gidebilirler ise de piyasanın dışsallıkları engellemesine yönelik böyle bir çözüm, söz konusu ortamın oluşmasının mümkün olmaması dolayısıyla pratikte gerçekleşememektedir. Bu durum nedeniyle, devlet, üretim faaliyetine müdahale ederek ilgili firmanın yarattığı

5. Yetersiz Bilgilendirme (Inadequate Information)

Serbest piyasa sisteminin en iyi işleyişi bireylerin eksiksiz bilgi ile seçim olanağına sahip olduklarında mümkün olur[224]. Ne yazık ki, söz konusu sistem kusursuz değildir ve ancak az sayıda tüketici yeterli bilgiye sahip olur[225]. Nitekim, bugüne kadar yapılan ekonomik analizler, satıcı veya üreticilerin ilgilileri bilgilendirme yönünde eğilimli olmadıklarını, ekonomik bakımdan bu konuda yeterli teşviğe sahip bulunmadıklarını ortaya koymaktadır[226]. Sonuç olarak, toplum ya hiç bilgi edinememekte ya da bilgi edinme şansına sahip olsa bile, yeterli zamana ve analiz edebilme uzmanlığına sahip olmadığı için bu bilgileri değerlendirememektedir. Bu nedenle, "eksik bilginin olduğu hemen her zaman devlet müdahalesine yer açılır[227]". Hiç kuşku yok ki, eksik bilgilendirmenin denetlenmesi tüketicilerin ve diğer ilgililerin daha rasyonel kararlar vermelerini sağlar[228]. Bu bakımdan, İdare, regülasyon vasıtasıyla, kimi zaman üreticilere, ürettikleri mal veya hizmetlere ilişkin bilgilendirme zorunluluğu getirmektedir. Gıda üreticilerine piyasaya sundukları besinlerin içeriğini etiketleme yoluyla belirtmeleri[229] veya sermaye piyasasında hisseleri işlem gören firmaların

---

hava kirliliğini, bu tür bir regülasyonun faydalarının maliyetini geçmeyecek seviyeye kadar indirir. Bkz. Robert V. Percival et.al., **Environmental Regulation: Law, Science, and Policy,** Wolters Kluwer Law & Business, 1992, s. 37-56.; Frederick R. Anderson et.al., **Environmental Protection: Law & Policy**, Little Brown & Co., 1984, s. 16-44; Shapiro & Tomain, **Regulatory**, s. 403-414.

[224] Viscusi et.al., s. 8.

[225] Viscusi, Regulation Through, s.1.

[226] Larry G. Gerston, Cynthia Fraleigh, Robert Schwab, **The Deregulated Society**, Pacific Grove, Calif.:Brooks/Cole Publishing, 1988, s. 32.

[227] a.y.

[228] David E. M. Sappington , Joseph E. Stiglitz, "Information and Regulation", in **Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies** (ed. Elizabeth E.Bailey), the MIT Press, Cambridge, 1996, s. 4.

[229] Bu bağlamda, reklamcılık sektörü tüketiciye detaylı bilgi vermekle gerçek anlamda ilgilenmemekte, doktorlar veya tüketici birlikleri gibi bilgi sağlayan aracılar da, genellikle ürün hakkında son derece az bilgiye sahip olmakta veya bu bilgiyi elde edebilmek için elverişli ve düzenli bir konumda bulunmamaktadırlar. Bkz. Mark Green, Beverly Moore, "Winter's Discontent: Market Failure and Consumer Welfare", **82 Yale L. J.** 903,927 (1973).

finansal durumlarını açıklamaları[230] bu kapsamda verilebilecek örneklerdir. İdare, bu tür bilgilendirmenin yeterli bulunmadığı bazı hallerde ise, söz konusu üreticilere izin (ruhsat) koşulunu getirerek ürün veya hizmeti ön incelemeye tabi tutabilir. Tıbbî ilaç regülasyonu bu hallere verilebilecek en tipik örnektir[231]. Yetersiz bilgilendirme sebebiyle gündeme gelen regülasyon yalnızca belirli bir ürün veya hizmetten yararlananları değil, aynı zamanda o ürünü üretenlerden tüketicileri bilgilendirmekte daha duyarlı olanları, aynı nitelikte gibi gözüken (ama aslında olmayan) ürünü daha düşük fiyattan satan rakiplerine karşı da korur[232].

6. Kıtlık (Scarcity)

Devlet, petrol boykotu hadisesinde olduğu gibi, kimi zaman bir takım mal veya hizmetlerin temininde çekilen sıkıntıları hafifletmek için piyasaya müdahale etmek zorunda kalır. Çünkü bu gibi hallerde, söz konusu ürün veya hizmetlerin tahsisinin piyasa fiyatları üzerinden gerçekleştirilmesi hizmetten yararlananların bunları temin etmesini ciddi bir şekilde zorlaştırır. Kamu yararı, ani ve haddinden fazla yükselen fiyatların topluma zararlı etkilerini önlemek amacıyla, kıtlığa konu mal veya hizmetlerin tahsisini kontrol altına almayı gerektirir. Bu bağlamda, kıtlık, devletin hakkaniyet ve eşitliğe dayalı bir ekonomik dağılım sağlanabilmesi için regülasyona dayanak oluşturur. Bununla birlikte, bazı yazarlara göre; kıtlık, normal seyrinde, fiyatların yükselmesine izin verilerek de hafifletilebileceğinden, regülasyon vasıtasıyla piyasaya müdahale etmek son derece ihtiyatlı verilmesi gereken bir karardır[233].

7. Rasyonalizasyon (Rationalisation)

Kimi zaman piyasaya devlet müdahale etmediği takdirde o piyasaki firmaların yeterince büyümeyeceği veya ürettikleri ürün veya hizmetlerin verimli olması adına yeterince organize olamayacakları varsayılmaktadır. Söz konusu şirketlerden kendi aralarında anlaşmak suretiyle gelişme kay-

[230] Gellhorn, Deregulation: Delight or, s. 481.

[231] Shapiro & Tomain, **Analyzing Government**, s. 408.

[232] Gellhorn, Deregulation: Delight or, s. 481.

[233] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 34.

dedecekleri ve birim maliyetlerini düşürecekleri beklense de, bu tür bir yaklaşım çeşitli sosyal ve politik faktörlerden ötürü sağlanamamaktadır. İşte bu gibi durumlarda, "agency"ler söz konusu piyasanın tamamına yönelik bir planlama faaliyetine girişmektedirler. Örneğin 1960'larda, Federal Enerji Komisyonu, elektrik üretim ve iletim sistemlerinin planlanması ve işletilmesinde koordinasyonun artırılmasının birim maliyetleri düşüreceğini savunmuş ve çevresel, politik ve idari nedenlerin ilgili firmaların bir araya gelerek plan yapmalarını zorlaştırdığını düşünmüştür. Komisyon, bu nedenlerle, bütün sektör bazında bir rasyonalizasyon hareketine girişmiş ancak bu gayretler istenen sonuçları vermemiştir.

Ekonomik sektörün akılcı bir şekilde işlemesine yönelik bu devlet müdahalesine kimi zaman da standartizasyon amacıyla başvurulmaktadır. Örneğin, elektrik ampullerinin farklı üreticiler tarafından üretilse de, üniform bir elektrik enerjisi ile çalışıp standart bir ebata sahip olmasının ekonomik verimliliği arttıracağı düşünülmektedir. Şayet söz konusu sektörde birkaç üretici firma bulunuyorsa bu takdirde, büyük bir olasılıkla aynı standarta üretim yapmaya yönelmeyeceklerdir. Buna karşılık, İdare, regülasyon faaliyeti ile söz konusu üretim sektöründe belirli bir standartın yakalanmasını sağlayabilecektir.

8. Paternalizm (Paternalism)

Devletin korumacı bir yaklaşım sergilediği bazı durumlarda piyasadan belirli mal veya ürünü temin edenlerin o ürün veya hizmet hakkında yeterli derecede bilgiye sahip olsalar da, irrasyonel kararlar verecekleri ve bu bakımdan regülasyona ihtiyaç olduğu düşünülür[234]. Katıksız bir paternalizm anlayışının egemen olduğu bu dayanakta, devletin bireyler için neyin iyi neyin kötü olduğunu onlardan daha iyi bildiği varsayımı geçerlidir. Bireylerin kendileri için yararlı sonuçlar doğurmayacak tutum ve davranışların önlenmesi veya düzeltilmesi, kendilerine sağlanan bilgiyi yeterli derecede değerlendirme yeteneğine sahip olmadıkları ya da bu imkâna sahip olsalar dahi yine de mantıklı olmayan seçimler yapma eğilimine girebilecekleri düşünülen durumlarda gündeme gelir[235]. Bu

[234] Bkz. Joseph P. Tomain, Richard. D. Cudahy, **Energy Law**, Thomson West, 2004, s. 33.

[235] Bkz. Christine Jolls, Cass Susntein, Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law

durumlardan birincisine bir takım serbest meslekleri icra edenlerden alınacak hizmetler için verilen kararlar örnek gösterilebilirken, ikincisi için ise kanser hastası olan bir kişinin hiçbir işe yaramadığını, hatta zararlı olabileceğini bildiği halde bazı ilaçlar alması gösterilebilir. Sigara reklamlarının yasaklanmasına yönelik düzenlemeler ise bu alana verilebilecek başka bir örnektir[236].

Her ne kadar serbest piyasada sunulan hizmet veya ürünleri satın alanların yaptığı bazı tercihlerin irrasyonel olması varsayımına dayalı bu yaklaşım, bireylerin kendi kararlarını özgürce verebilmelerine dayalı serbest piyasa anlayışı ile çelişse de, İdarenin birçok kararına temel teşkil etmektedir.

9. Ahlaki Çöküntü (Moral Hazard)

Ekonomik regülasyonun dayanağı olarak ahlaki çöküntü, bireylerin gerekli özen ve dikkati gösterme eğiliminde olmamaları nedeniyle ekonomik kayıpların veya ekonomik kaybın artması ihtimalinin doğduğu durumlara verilen isimdir[237]. Ekonomik verimliliğe aykırı bu tür sonuçlar, genellikle bir hizmet veya ürünün ücretini, onu satın alan yerine başkasının ödediği ve alıcının yaptığı harcamaya ilişkin kontrollü olma hissi duymayıp bu harcamanın ekonomiye yüklediği maliyeti önemsemediği hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, örneğin, gider hesaplarından, sigortadan veya tıbbi tedavi yardımlarından yapılan masraflar alıcıları ücretleri kendilerinin ödeyeceği durumlara göre daha fazla ürün veya hizmet tüketmeye sevk etmektedir.

Tıbbi ilaç masraflarının devlet veya özel sigorta şirketlerince karşılandığı durumlarda, ilaç tüketicileri, daha fazla ilaç kullanımının diğer mal veya hizmetlerin daha az üretilmesine sebep olacağını önemsemediğinde, bu tür harcamalar gereksiz veya aşırı derecede kaynak kullanımına

and Economics", **50 Stan. L. Rev**. 1467 (1998).

[236] Bkz. Duncan Kennedy, "Distributive and. Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", **41 Md. L. Rev.** 563 (1982); Anthony T. Kronman, "Paternalism and the Law of Contracts, **92 Yale L. J.** 763 (1983)

[237] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 33.

sebep olmaktadır[238]. Bu gibi hallerde "etik değerler" veya diğer kontrol mekanimaları yetersiz kaldığında regülasyona dayalı devlet müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır.

E. Regülasyona Tabi Aktörler ve Özellik Arz Eden Alan: "Public Utility" Regülasyonu

1. Regülasyona Tabi Aktörler

Amerikan İdare Hukuku literatüründe regülasyon "özel faaliyete" müdahale[239] yöntemi olarak ele alındığından, regülasyona tabi aktörlerin de genellikle özel hukuk kişilerinden ibaret olduğu izlenimi doğmaktadır. Bu nedenle, regülasyoun özellikle ekonomik alanda, kamusal kurum veya teşebbüslerin yürüttüğü faaliyet üzerindeki etkisi derinlemesine incelenmemektedir. Bunun başlıca nedeni serbest piyasa rejiminin egemen olduğu ülkede kamusal teşebbüsün ekonomik sektörlerde faaliyet göstermesinin istisnai bir durum olmasında yatmaktadır.

A.B.D.'de federal teşebbüslerin en belirgin örnekleri posta servisi ve elektrik üretimi alanında görülmektedir. Eyalet kamu kuruluşları ise, genellikle, eğitim, ulaştırma ve "public utility" servisleri gibi, birçoğu özel teşebbüs tarafından da verilen hizmetleri sunmaktadır[240]. Bununla birlikte, söz konusu kuruluşlar kamusal yapıları nedeniyle, bir takım faaliyetlerinde "due process" şartına tabi olmaları dışında, hizmetlerini sunarken, uygulanan hukuk bakımından özel hukuktaki benzerlerinden çok farklı bir hukuksal rejime tabi değillerdir. Örneğin, kamusal veya özel "public utility"lerin ya da kamu tarafından veya özel kişiler tarafından işletilen otobüs hatlarının ücretleri benzer şekilde kontrol edilmekte ve bu ücretlerin adil ve katılıma açık bir şekilde tespit edilebilmesi bakımından da

[238] a.y.

[239] Schwartz, **Administrative Law**, s. 6.

[240] Strauss, **Administrative Justice**, s. 129; Amerika Birleşik Devletlerinde, kimi eyaletlerde, kamu teşebbüsleri, piyango ve içki satışı gibi konularda da faaliyette bulunmaktadır. Söz konusu sektörlerin yüksek getirilerinin olması, ahlâki açıdan "hassas" bulunmaları ve özel girişimin eline bırakılmalarının istismara yol açacağı endişesi, bazı eyaletlerin bu tür faaliyetleri kamusal sermaye ile kurulmuş işletmeler vasıtasıyla bizzat kendilerinin görmelerine dayanak oluşturmuştur.

benzer prosedürler geçerli olmaktadır. Bu tür paralelliklerin altında yatan ekonomik ve hukuksal temellerin yanında bir başka neden de kamusal teşebbüslerin sosyalist bir karakter almasının veya böyle algılanmasının arzu edilmemesidir[241].

Bu tip kuruluşlar üzerindeki regülasyon bakımından en ilgi çekici örneklerden biri "Federal Posta Servisi"dir. Amerika Birleşik Devletleri Posta Servisi (United States Postal Service) kuruluş kanununda[242] *"Yürütme organının içinde yer alan bağımsız bir kuruluş"* ("independent establishment of the executive branch of the Government") olarak tanımlanmıştır[243]. Kamusal sermaye ile işletilen federal posta servisi, "kâr amacı gözetmeyen" ("does not seek profits"), "evrensel posta dağıtımı kurallarına tabi olan" ve "belirli birey gruplarına ücretsiz hizmet sunmakla yükümlü" bir teşkilat olup, bu yönüyle, "özel işletmelerden" farklı bir yapıya sahiptir[244]. Amerikan Posta Servisi, bağımsız bir regülasyon kurumu olan "Posta Regülasyon Komisyonu"nun (Postal Regulatory Commission) regülasyonuna tabidir. 2006'da yapılan değişiklik ile yetkileri arttırılan Komisyon posta servisi ücretlerinin belirlenmesine yönelik esas ve ilkeleri düzenlemek[245], bununla paralel olarak söz konusu

[241] a.y.

[242] Postal Reorganization Act of 1975. Söz konusu Kanun 2006 tarihli bir Yasa (The Postal Accountability and Enhancement Act) ile revize edilmiştir.

[243] 39 U. S. C. §201; Strauss, Posta Servisi gibi kuruluşların 3. kişilerle girmiş olduğu ilişkilerde özel hukuk kurallarına tabi olmalarına bağlı olarak, bir çok açıdan İdare Hukuku kuralları ile bağlı olmadıklarını, faaliyetlerinin "agency" faaliyeti olarak görülmediğini bu nedenle APA düzenlemeleri uyarınca "agency" olarak kabul edilmemeleri gerektiğini belirtse de (Strauss, **Administrative Justice**, s. 130) aşağıdaki dipnottta zikredilen Supreme Court kararı aksi yönde bir "intiba" uyandırmaktadır. Nitekim Funk ve Seamon da bu kuruluşun bir "agency" olduğunu belirtmektedir. Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 6; Ayrıca, söz konusu kuruluş, kendi web sitesinde de "Amerikan vatandaşına günlük olarak temas eden bir agency" olarak tanımlanmaktadır. *"The United States Postal Service is the one government **agency** that touches every American on a daily basis."* Bkz. http://www.usps..com/postallaw/_pdf/Universal Service and Postal Monopoly History.pdf.

[244] Nitekim Supreme Court, söz konusu kuruluşun, hem Devlet teşkilatı içinde yer alması, hem de işlevsel bakımdan bu tür yükümlülüklerle bezenmiş olması nedeniyle, antitröst kurallarına tabi olmadığına karar vermiştir. Bkz. United States Postal Serv. v. Flamingo Indus. (USA) Ltd., 540 U.S. 736 (2004).

[245] Frank A. Wolak, "Implementing a Modern System of Regulation for the Postal Service under the Postal Accountability and Enhancement Act", (Postal Testimony Draft)

ücretlerin tespitinde Posta Servisine öneri ve direktiflerde bulunmak, posta dağıtımı hizmetine standartlar getirmek, performans ölçütleri belirlemek, saydamlık ve hesap verilebilirliği sağlamak ve ilgililerden gelen şikâyetleri soruşturmakla yükümlüdür[246]. Komisyon kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirirken, Posta Servisinin uygulamakla yükümlü olduğu kurallara uyup uymadığını izleme, bunlara aykırılık olduğunu tespit ettiğinde para cezası kesme, söz konusu kurumun mali yönden denetlenmesine ilişkin uygulama ve usulleri geliştirme, saydamlığı güvence altına almak için periyodik raporlar hazırlama ve Posta Servisine ücretlerde değişiklik yapması için talimat verme gibi yetkiler kullanmaktadır. Komisyon bu tür görevlerini gereği gibi yerine getirebilmek için Posta Servisi'nden gerekli bilgileri talep edebilme yetkisine sahiptir[247].

Kamusal bir kuruluş tarafından yerine getirilen faaliyetler üzerinde başka bir kurumun regülasyon yetkisine sahip olmasının amacı hizmetin daha etkin, hesap verilebilir, objektif standartlar çerçevesinde, şeffaf ve çağın koşullarına uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi ile posta hizmetinin yürütülmesindeki maliyetin karşılanabilmesini sağlamaktır[248].

İdarenin regülasyon faaliyetinin yalnızca özel hukuk kişi veya kuruluşları üzerinde etkili olmayıp, kamu kesiminde yer alan hukuksal varlıklar bakımından da geçerli olması, çevrenin korunması, iş ve işçi güvenliği gibi klasik kolluk faaliyetlerinde daha da belirginleşmekte ve bu gibi konularda, "kamusal statü", ilgili kural, denetim ve yaptırımlarla bağlı olmak bakımından genellikle esaslı bir fark doğurmamaktadır. Bu bakımdan örneğin EPA tarafından çevre kirliliğinin önlenmesine yönelik olarak getirilen standartlara, İdare teşkilatı içinde yer alan diğer kurum veya kuruluşların da uyma yükümlülüğü bulunmakta, OSHA tarafından işyeri güvenliğine ilişkin getirilen kuralların birçoğu özel teşebbüsün yanında kamusal teşebbüsü de bağlamaktadır

Regülasyon faaliyetinin yöneldiği özel hukuk kişilerinin türü veya statüleri, söz konusu faaliyetin amaç ve konusuna göre değişmektedir.

(2008) ftp://zia.stanford.edu/papers/postal testimony.pdf.

[246] http://www.prc.gov/prc-pages/about/default.aspx.

[247] a.y.

[248] a.y.

İdare, ekonomik verimliliği sağlamak üzere enerji veya telekomünikasyon gibi belirli sektörleri düzenlemeye yöneldiği gibi "güvenilirlik" veya "güvenlik" gibi kamu düzeni koşullarını sağlamak üzere belirli meslek gruplarının faaliyetini kontrol altında tutmakta, kimi durumda ise çevrenin korunması gibi belirli bir konuda bütün özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini regüle etmektedir. Bu doğrultuda, Yasama organı tarafından regülasyon faaliyetinde bulunmak üzere görevlendirilen idareler de ya sadece belirli bir sektörü regüle etmek üzere kurulmuş (örneğin enerji piyasası) ya da birden fazla sektörü belirli bir amaca yönelik olarak (örneğin çevrenin korunması) regüle etme yetkisi ile donatılmışlardır.

Ekonomik regülasyon, geçmişte daha işlevsel olan ancak bugün bir takım nedenlerden ötürü pratikteki değerini kaybetmiş teori uyarınca, biri "public utility"ler diğeri bunların dışındaki özel hukuk kişilerine tatbik edilen regülasyon olmak üzere iki ana kategoride incelenmektedir. Sözü edilen teori serbest piyasaya yapılan müdahalenin rekabet dayalı sonuçlarına göre şekillenmektedir. Buna göre, rekabet üzerine kurulu bir piyasanın bünyesine uymayan en azından iki ekonomik alan bulunmaktadır. Bunlardan birincisini, kaynakların dağılımına ilişkin kararların serbest piyasa yerine, politik aktörler tarafından alındığı "kamu sektörü" teşkil ederken, (diğer ülkelerin aksine Amerika Birleşik Devletlerinde geçmişten beri var olan) ikincisini ise özel girişimin sahip olduğu ve işlettiği ancak işleyişe ilişkin temel ekonomik kararların devletin doğrudan regülasyonuna tabi olduğu "public utility"ler oluşturmaktadır[249].

Devletin özel girişimin rekabet üzerine kurulu ekonomik faaliyetlerine etki eden müdahaleleri bu iki alanla sınırlandırılmadığından, serbest piyasa koşullarını bütünüyle ortadan kaldırmaya yönelik olmayan devlet müdahalesi üçüncü bir kategoriyi oluşturmaktadır. Kamusal teşebbüs yoluyla müdahale genellikle regülasyon olarak kabul edilmediğinden, bu teori uyarınca, geriye, farklı ekonomik ve hukuksal temellere dayalı iki ayrı regülasyon sahası kalmaktadır[250]. Bunlardan birincisi "public utility" regülasyonu, ikincisi ise statüsü ne olursa olsun "diğer özel hukuk kişileri üzerinde tatbik edilen regülasyon"dur. Şu halde regülasyonun konusu

[249] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 2/I.

[250] Bosselman et.al, s. 124.

bakımından yapılan bu ayırım, tatbik edildiği özel hukuk kişileri bakımından da "public utility"ler ve diğerleri olmak üzere iki farklı kategori oluşturulmasına neden olmaktadır.

İkinci grupta yer alan ve "sermaye piyasalarının düzenlenmesi", "toplumun bilgilendirilmesi için getirilen zorunluluklar", "bir takım mamullerin üretim standartlarının belirlenmesi", "belirli mal ve ürünlere ilişkin sübvansiyon ve tarifeler" ile "işçilerin sendikal hakları ve toplu görüşme faaliyetlerine ilişkin güvenceler" getirilmesi gibi müdahaleler oldukça geniş bir kapsama sahip olsa da, etki altına aldıkları piyasaların periferinde yer almak ve özel teşebbüs faaliyetlerinin sağlıklı bir şekilde işlemesi amacına dayanmak bakımından birinci grupta yer alan utility regülasyonundan ayrılmaktadır[251]. Teorik bakımdan, bu tip regülasyon faaliyetlerinin altında, rekabetin yerini almak değil, aksine serbest piyasanın varlığını devam ettirebilmesi için, (sınırlandırılmış bir hale getirilse de) rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesine yardımcı olmak ve varlığını tehlikeye sokan aksaklıklarını gidermek yatmaktadır. Bu tür regülasyonun tatbik edildiği sektörlerde, devlet, hangi mal veya hizmetin kimin tarafından, ne kadar üretileceğine karar vermemekte (veya vermesi beklenmemekte), fiyatları kendi belirlememekte, kendi ekonomik hesapları doğrultusunda ilgili yatırımları ve piyasaya girişleri kontrol etmemekte ve piyasaya sunulan mal veya hizmetlerin sahip olması gereken bütün standartları denetlememektedir[252].

Buna karşılık, devlet, "public utility"lerin faaliyet gösterdiği alanlarda bütün bu yetkileri kullanabilmektedir. Bu gibi sektörlerin sağlıklı bir şekilde işlemesinin güvencesi rekabet değil, devletin sektörün yapısı ve ekonomik performansı üzerinde temel kararları alarak hakim olmasını sağlayan regülasyon faaliyetidir. Bu nitelikteki regülasyonun, diğerlerinden ayırt edilebilmesini sağlayan dört temel unsur bulunmaktadır: **1)** Piyasaya girişin kontrolü; **2)** Fiyat (tarife) belirleme; **3)** Hizmet veya malların (kalitesine ilişkin) standartlarını belirleme; **4)** Belirli şartlarda, talep edenlerin tümüne hizmet sunma yükümlülüğünün getirilmesi[253].

---

[251] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 2/I.

[252] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 2/I.

[253] Haar & Fessler, **The Wrong Side of the Tracks**, s. 146-149.

Belirtmek gerekir ki, "public utility" regülasyonu ile diğer regülasyon kategorileri arasındaki bu ayırım teorik açıdan bütün açıklığıyla gözler önüne serilebilirken, pratik bakımdan, bugün hiç de o kadar belirgin değildir. Devlet "public utility" regülasyonuyla aynı gerekçelere dayanmasa da, diğer sektörlerin bazılarında piyasada faaliyet göstermeyi (girişi) sınırlandırmakta[254], veya "public utility" alanında rekabeti rasyonel bir yöntem olmaktan uzaklaştıran bazı (veya benzer) faktörlerin bu sektörlerde de var olduğu gerekçesiyle, ortaya çıkan aksaklıları gidermek ve adil bir rekabet sağlamak amacıyla, fiyat belirleme veya hizmet kalitesini kontrol etme gibi "public utility" regülasyonunda var olan müdahale yöntemlerini kullanmaktadır[255]. Doğal olarak, bu durum, serbest piyasaya dayalı rekabetçi sektörler ile "public utility"lerin faaliyet gösterdikleri sektörler arasındaki ayırımı regülasyon bakımından muğlak bir hale getirmiştir. Bu muğlaklığın yanında, günümüzde, bazı doğal tekellerin özellikle teknolojik gelişmeler sebebiyle ortadan kalkması "public utility" regülasyonun tatbikat sahasını eskisine nazaran daraltmıştır. Ancak, her şeye rağmen, "public utility" regülasyonu özellik arz eden bir alan olarak ayrı bir incelenmeye değer gözükmektedir.

2. Özellik Arz Eden Alan: "Public Utility" Regülasyonu

"Public utility" regülasyonu, regülasyon idarelerine ve modern İdare Hukukuna, "Common Law" sisteminin katıksız olarak uygulandığı dönemden miras kalan bir mekanizmadır. Bu kapsamda, "public utility" kavramı da kapitalist sistem gerekleri ve "Common Law" prensiplerinden türemiştir. Söz konusu kavramın Türk Hukukundaki karşılık veya izdüşümünün tam olarak belirlenememesinin altında yatan temel neden de budur[256]. Bu bağlamda, ben de, Amerikan Hukukundaki anlamının yanlış

[254] Örneğin bir takım mesleklerin icra edilmesinin izne bağlı olması ya da tıbbi ilaçların üretim ve satışının ruhsatlandırılması asıl ve öncelikli olarak ekonomik temellere dayalı olmasa da, özünde genel sağlık veya dirlik ve esenlik gibi sosyal unsurların bulunduğu bu tip müdahaleler, sonuçları itibarı ile, rekabete dayalı piyasaları önemli ölçüde etkilemektedir. Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 2/I.

[255] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 2/I.

[256] "Public utility" terimine mutlaka Türkçe bir karşılık vermek gerekir ise "kamu yararına şirket" veya "kamuya yararlı faaliyette bulunan şirket" terimleri kullanılabilir kanaatindeyim. Ancak kamuya yararlı faaliyette bulunuyor olması bu tür bir girişimin "kâr gütme"

anlaşılması riskini ortadan kaldırmak amacıyla, bu terimin, Türkçedeki karşılığını bulma çabasına girmeden, yabancı dildeki orijinal ismi ile ele alınmasını daha uygun görüyorum.

"Public utility", özellikle elektrik, gaz, su, telefon gibi zaruri (essential) olduğu düşünülen ve genellikle doğal tekel özelliği gösteren alanlarda faaliyette bulunan şirketlere verilen ortak isimdir. A.B.D.'nin özel teşebbüsü esas alan siyasi, ekonomik ve hukuksal yapısı nedeniyle, "public utility" ler büyük bir oranda özel sektöre ait (privately owned)tir.

Amerikan ekonomisinde regülasyon ihtiyacını doğuran nedenlerin başında "doğal tekel" (natural monopoly) alanının ve bu alanda faaliyet gösteren işletmelerin (utilities) kontrolü gelmektedir.

Ölçek ekonomilerinin geçerli olduğu doğal tekel alanında hizmetin tek bir firma tarafından verilmesi fiyat ve verimlilik açısından daha elverişli olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda sabit giderlerin büyüklüğü, alt yapı duplikasyonundan kaçınma kaygısı ve "yıkıcı rekabet"in sonucu olarak ortaya çıkacak ekonomik israfın ve "kalitesiz servisin" önüne geçilebilmesi gibi gerekçeler önem taşımaktadır. Piyasada tek bir firmanın faaliyet göstermesi ve diğer firmalara girişin yasaklanması "kamu yararı" için gerekli görülmektedir.

Sözü edilen kaygı ve nedenler İdarenin "lisanslama" (licensing) yoluna giderek "kamu yararı ve gerekleri açısından" söz konusu firmaya bu alanda tekelci bir "imtiyaz" (exclusive franchise) hakkı tanınmasını zorunlu kılmıştır[257]. Bununla birlikte, firmanın kendisine tanınan bu imtiyazı kötüye kullanmak (abuse) suretiyle üretimini sınırlı tutması ve makul (reasonable) bir fiyatın üstünde fiyat belirlemesi riskinin de giderilmesi[258]

amacında olmadığı anlamına gelmez. Kaldı ki, bu, kamu hizmeti teorisinin farklı bir perspektifte ele alındığı kapitalist sistem anlayışında kabulü zor hatta mümkün olmayan bir durumdur. Buna karşılık ilerleyen satırlarda açıklanacağı üzere regülasyon vasıtasıyla söz konusu şirketlerin "makul" bir "kârdan" fazlasını elde etmeleri dolayısıyla kaynakların adil dağılımını engellemeleri önlenmekte ve kamu yararı bu suretle sağlanmaktadır.

[257] Özellikle deregülasyon uygulamaların başlamasından sonra, bugün için gelinen noktada verilen her lisans "tekel" ayrıcalığını içermemektedir.

[258] Omega Satellite Prods. Co v. Indianapolis (7th Cir. 1982).

gereklidir[259]. Bu nedenle, imtiyazlı firmanın tüketicilere zarar vermesinin önüne geçilebilmesi için "yoğun bir regülasyona" tabi tutulması zarureti ortaya çıkmıştır. Sözünü ettiğimiz regülasyon faaliyetinin çekirdek noktasının "firmanın tüketiciden talep edeceği fiyatı marjinal maliyete yakın ve firmayı gerekli üretim yapmaya zorlayıcı bir orana çekme"ye yönelik "fiyat belirleme" olduğunun vurgulanması gereklidir[260]. Belirli bir hizmet alanında tekel olma ayrıcalığına sahip işletme, hizmeti ancak "adil ve makul (just and reasonable) bir ücret" karşılığında[261] görmenin yanında talep edenlerin tümüne[262] ve sürekli olarak sunma yükümlülüğünün de altındadır.

Lisans sahibi "public utility" şirketi, ilgili hizmet veya ürünü talep eden herkese, belirli bir fiyat ve kalite ile sunmakla sorumlu tutulmakta ve böylece genel olarak ekonomik faaliyetlere getirilen kontrol ve yükümlülüklerden daha fazlasına tabi olmakta, bunun karşılığında ise rekabetten korunmakta ve kamulaştırma (eminent domain) gibi hak (veya yetkilerden) oluşan bir takım ayrıcalıklara (privilege-franchise) sahip olmaktadır[263]. Diğer bir ifadeyle, "public utility" faaliyeti ("utility business"), bir yandan İdare tarafından tanınan bir takım imtiyazları barındırmakta, diğer yandan buna karşılık olarak, "fiyat" ve "hizmet kalitesi"ni dilediği şekilde belirleyememe gibi "serbest piyasaya oldukça yabancı ve yoğun (intensive) bir müdahaleye (=regülasyon) katlanma" yükümlülüğünü ihtiva etmektedir. Bu düzende, eğer bir şirket tekelci bir imtiyaz ("exclusive franchise") elde ediyorsa, o zaman oyunu kurallarına

[259] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 15-16.

[260] Kahn, fiyat belirlemenin utility regülasyonun **"kalbi"** olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 20/I. Bu konuda ayrıca bkz. Mark Seidenfeld, **Microeconomic Predicates to Law and Economics**, Anderson Pub. Co., Cincinnati, 1996, s. 61-62; Viscusi et.al, s. 401-408.

[261] Bu bakımdan, Supreme Court'un da belirttiği üzere, "adil ve makul" bir fiyat belirlenmesine yönelik regülasyon sürecinin yöneldiği amaçlardan biri de hizmetten yararlanlar ile "public utility" şirketlerinin menfaatlerinin dengelenmesidir. Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S. 591 (1944).

[262] Hizmetin, ayırım gözetilmeden toplumun tümüne verilmesi yükümlülüğü, tarihsel kökleri İngiliz Monarşisine kadar inen, Anglo-Amerikan eşitlik kavramında yer alan ve daha sonraları Amerikan Anayasasına yansıyan "eşit korunma" (equal protection) güvencesinden dayanak alan bir kriterdir.

[263] Kahn, **The Economics of Regulation,** s. 1-11/II.

göre oynayacak, gerektiğinde kamulaştırma gibi devlete ait yetkilerin yansımasından dahi faydalanıyorsa, o da tıpkı devlet gibi hizmetten tüm tüketicileri yararlandırmak ve vatandaşların ortak yararına hizmet etmek yükümlülüğünde olacaktır[264].

Özetle, "public utility" regülasyonu ile hizmetten yararlananlar, bir yanında tekele sahip (bir ya da sınırlı sayıda) firmanın, diğer yanında regülasyon idaresinin bulunduğu, içinde birbiriyle ilintili bir takım yükümlülük ve ayrıcalıklar demetini barındıran planlı bir sisteme kavuşturulmaktadır.

Bu noktada, "public utility" modelinin, Amerikan Hukukunda, Yasama ve İdare tarafından gerçekleştirilen regülasyon faaliyetinin öncesinde de var olduğunu belirtmek gerekir. "Public utility"e dayalı regülasyon mekanizması asıl olarak "Common Law" kurallarından türetilmiştir. Yukarıda sözünü ettiğimiz ayrıcalık-yükümlülük dengelemesi ilk olarak yargısal içtihatlarla şekillenmiş[265], ancak regülasyona duyulan genel ihtiyaç nedeniyle daha sonra yasal düzenlemelere nakledilmiş bir prensiptir.

---

[264] Jersey Cent. Power & Light Co. v. FERC (D.C. Cir 1987). Ayrıca bkz. Haar & Fessler, **The Wrong Side of the Tracks,** 142-149.

[265] İngiliz feodal sisteminde monarşinin veya aristokrasinin kendisine veya yakınlarına tanıdığı belirli ticari faaliyetleri tekel olarak görmek suretiyle tanıdığı ayrıcalıklar karşısında yargı yerleri tekel hakkı sahibine talep eden herkese hizmet sunma yükümlülükleri getirmiştir. İngiliz Mahkemelerinin bu yöndeki içtihatları "diğer kıtadaki" mahkemelerin kararlarına yansıdığı gibi Amerikan Anayasasındaki eşit koruma hükmüne (equal protection clause) de ilham kaynağı olmuştur. "Public utility"lere yönelik yargısal içtihatların tarihsel izlerini sürebilmek için, tekel regülasyonuna ilişkin oldukça eski bir içtihada, Supreme Court'un 1837 tarihinde aldığı *Proprietors of Charles Bridge v. Proprietors of Warren Bridge* kararına kadar gidebilmek mümkündür. Söz konusu karara konu davada uyuşmazlık, eyaletin ücretli köprü işleten bir şirketi ekonomik yönden koruyup korumayacağı, (esasen bu tür bir işleticiye tekel imtiyazı verip veremeyeceği) meselesi üzerine inşa edilmiştir. Olayda "Charles River Bridge" şirketi "Charles Nehri" üzerindeki bir köprüyü eyalet tarafından verilen bir ruhsata bağlı olarak kiralamak suretiyle işletmektedir. Buna karşılık, söz konusu ruhsat şirkete, münhasıran bir tekel hakkı tanımadığından, Mahkeme bu tür bir kuralın uygulanmasını kabul etmemiştir. Bununla birlikte, kararın asıl dikkat çeken noktası, Mahkemenin, "şayet taraflar tekel gücünün verilmesine ilişkin bir mutabakat sağlamış olsalardı, bu durumda eyaletin böyle bir ayrıcalığa sahip olan şirketi korumak zorunda kalacağını" zımnen de olsa kabul etmiş olmasıdır. Bkz. *Proprietors of Charles Bridge v. Proprietors of Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837); "Public utility" regülasyonuna ilişkin ilk modern yargı kararlarının en

İmtiyaz hakkı (franchise right), İdare tarafından faaliyette bulunana genellikle bir "sözleşme" (contract-agreement) ile tanınmaktadır. Ancak, bu yöntem de lisanslamanın (licensing) bir türü olarak kabul edilmektedir. Kaldı ki, elektrik sektörü gibi bazı alanlarda, özel teşebbüsün piyasaya girebilmesi ve faaliyette bulunabilmesi için daha "franchising" aşamasından önce, en başta "uygunluk ve ihtiyaç belgesi" ("certificate of convenience and necessity") alması gereklidir ki bu da "public utility"lere yönelik lisanslama prosedürünün bir parçasıdır[266].

Sözünü ettiğimiz regülasyonun eyaletler arası boyutu, federal devlet tarafından, Federal Enerji Regülasyon Komisyonu (Federal Agency Regulatory Commission) (FERC)[267] gibi federal regülasyon idareleri eliyle yürütülürken, eyaletlerde "Public Utility Komisyonları" ("Public Utility Commissions") (PUCs) tarafından tatbik edilmektedir. Söz konusu komisyonlar "Public Service Commission", "Railroad Commission" gibi terminolojik açıdan farklı ama nitelik bakımdan değişiklik yaratmayan isimlerle de karşımıza çıkabilmektedir[268].

önemlisi ise, yukarıda Yasama organının regülasyon faaliyetindeki yetkisini incelerken ele aldığımız *Munn v. İllionis*'tir. Kamu yararı ile çevrelenmiş veya kamu yararından etkilenmiş sektörlere Yasama organı tarafından yapılan müdahalelerin, belirli şartlar çerçevesinde, Anayasaya aykırı olmadığını ortaya koyan karar, federe devletlerin, "franchise" vermek suretiyle elektrik, gaz, su ve ulaştırma sektöründe faaliyette bulunma ayrıcalığı tanıdıkları "public utility"leri yasal bakımdan çeşitli yükümlülükler getirecek biçimde regüle edebileceğini ortaya koymuştur. Supreme Court'un bu kararı, "public utility"leri regüle etmekte tereddüt yaşayan eyaletleri cesaretlendirmiş ve bu tür kuruluşlara yönelik yasal düzenlemelerin ve bu düzenlemelere dayalı regülasyon faaliyetlerinin yoğunlaşmasını sağlamıştır.

[266] Bosselman et.al., s. 149.

[267] Elektrik utilitylerinin faaliyetleri üzerindeki en etkin "agency" Federal Enerji Regülasyonu Komisyonudur. Başkan tarafından Senato'nun onayı ile dört yıllık bir süre için atanan beş üyenin görev yaptığı FERC'in oldukça geniş kapsamlı, "düzenleme", "izin verme", "gözetim ve denetleme" yetkileri bulunmaktadır. Bu kapsamda FERC, toptan elektrik satışının düzenlenmesi, elektrik alanında hizmet veren utility ve non-utility şirketlerinin birleşme faaliyetlerinin birçoğunun gözetim ve denetim altında tutulması, federal olmayan hidroelektrik projeleri için lisans verilmesi, belirli elektrik utilitylerinin sermaye hisselerine ilişkin işlemlerinin kontrol edilmesi, idarecilerinin faaliyetlerinin gözlemlenmesi gibi faaliyet konuları ile meşgul olmaktadır.

[268] Eyalet PUC'larının birçoğunda 3 veya 5 üye görev yapmaktadır. Illionis, New York, North Carolina ve South Carolina eyaletlerindeki komisyonlar ise yedi üyeden

"Public utility"lerin eyalet komisyonları tarafından regüle edilmesi, mahalli idarelerce franchise verilmesi yoluyla ya da doğrudan Kanun Koyucu vasıtasıyla gerçekleştirilen regülasyonun çeşitli nedenlerle yeterince işlerlik kazanmamasından kaynaklanmıştır[269].

oluşmaktadır. Komisyon üyeleri, regüle edilen utilitylerin faaliyette bulunduğu sektörlerde deneyimi olan hukukçular arasından belirli koşullara sahip olma şartına bağlı olarak, (her bir eyaletin tercihine göre) vali veya belediye başkanı ya da yasama meclisi tarafından atanmaktadır. Kimi eyaletlerde kamuoyu yoklaması neticesinde göreve getirilen üyeler (eyaletine göre) dört-sekiz yıl arasında değişen dönemlerde hizmet vermektedir. Her PUC, üye sayısına göre değişen oranda görevliye sahip olmaktadır. PUC üyelerinden utility regülasyonun geçmişi hakkında yeterli bilgi ve kanaate sahip olmaları, işlem ve kararlarında objektif olmaları, izlemeleri gereken prosedürleri tatbik ederken tarafsız ve adil davranmaları, ilgilileri bu konularda yeterli derecede bilgilendirmeleri ve hatta eğitim faaliyetlerine katılmaları beklenmektedir. PUC'ların tıpkı federal regülasyon komisyonları gibi yürütme fonksiyonlarının yanında yasama ve yargı benzeri faaliyette bulundukları kabul edilmektedir. Bu bağlamda, komisyon, fiyat ve hizmet kalitesine ilişkin denetim görevlerini yerine getirirken idare fonksiyonu, uyuşmazlık doğuran hallerde delillerin toplanması ve incelenmesi ve belirli yaptırımlar uygulanması yönünde karar verirken yargısal benzeri, rulemaking vasıtasıyla tarifeleri tespit ederken ya da diğer konularda düzenleme yaparken yasama benzeri fonksiyon görür olarak kabul edilmektedir. Genelde elektrik, doğalgaz, su gibi farklı sektörlerin regülasyonundan sorumlu birbirinden ayrı birimlere sahip eyalet komisyonlarında kimi zaman, bu birimler birleştirilmiş durumda da olabilir.

[269] 19. yüzyılın başlarında "public utility"ler kuruluş ve faaliyet statülerini hizmet gördükleri yerel yönetim idarelerinin verdiği "franchise"lar vasıtasıyla elde etmekte idiler. Bu sistemde, yerel idareler, utilitylerin müşterilerinden talep edebileceği fiyat hadlerini belirlemekte ve bazı durumlarda belirli oran dahilinde hisse senedine sahip olmakta idiler. Her ne kadar daha önceleri genel nitelikli "şehir nizamnameleri" "public utility"ler üzerinde belirli bir oranda kontrol imkanı vermiş olsa da, mahalli idarelerin regülasyonunun şekillenmesinde temel araç, devlet regülasyonunun öncüsü olarak gösterilen "franchise regülasyonu" olmuştur. Bu dönemdeki sistem uyarınca, elektrik, doğalgaz gibi sektörlerde faaliyet gösterebilmek için müteşebbislerin ilgili şehir konseyinden bir "franchise" elde etmeleri gerekmekte idi. Söz konusu "franchise"lera ilişkin sözleşmeler, servis standartları, ücretler, uygulanabilir hesaplama yöntemleri ve bazı durumlarda franchise yenileme yöntemlerine ilişkin hükümler barındırmakta idi. Bir müddet sonra, şehir konseylerinin bu "franchise"ları "el altından" dağıtması ve franchise anlaşmasının süresinin şehir konseyinin takdirine bağlı olması nedeniyle, utilitylerden rüşvet ve benzeri haksız ödemelerin alınması yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Bu durum, "public utility" tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinin kolay olmadığı bir dönemde, yatırımcılara güven telkin etmemekte idi. Bu olumsuz durumun yanında, başlangıçta belirli bir bölgede hizmet sunan utilitylerin teknolojinin gelişimi ile birden fazla bölgede hizmet sunabilecek hale gelmesi, "franchise regülasyonu"nu yetersiz

Özellikle demiryolları, elektrik, gaz, su, telekomünikasyon gibi doğal tekel alanlarında[270] ortaya çıkan "public utility" regülasyonu ağırlıklı olarak federe devletlerin yetkisindedir[271]. "Public utility komisyonları"nın yetki ve sorumlulukları eyalet boyutunda ("intrastate") ya her bir sektör için ayrı ayrı çıkarılan (örneğin elektrik yasası, telefon yasası) yasal düzenlemeler ile veya bunların bir arada düzenlendiği bir "Public Utilityler

kılmış ve ekonomik verimlilikten uzaklaştırmıştır. Ölçek ekonomileri nedeniyle, farklı bölgelerdeki tüketicilere birden fazla firma yerine yalnızca bir firmanın hizmet vermesi üretimde verimsizliğin azaltılması ve altyapı duplikasyonundan kaynaklanacak gereksiz harcamaların önüne geçilmesi bakımından daha uygun bir yöntem haline gelince, başka türlü bir regülasyona ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Bu ihtiyaç doğrultusunda, bazı eyaletler, 19. yüzyılın sonlarına doğru, "public utility"lere ilişkin genel nitelikte yasalar çıkarmaya başladılar. Düzenleme konusu bakımından, bu tür yasalar, mahalli idarelerin verdiği imtiyazlarla yaratılan mekanizmadan çok farklı bir sistem getirmemekte idi. Ekonomik koşulların hızla değişimi ile birlikte, "public utility"lere ilişkin uzmanlığı olmayan Yasama organlarının bu kuruluşların faaliyetini regüle etmede yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Bu yöntemde, ekonomideki değişikliklerin hukuka yansıması oldukça uzun bir zaman aldığından Kanun Koyucunun regülasyona ilişkin ihtiyaçlara cevap verebilmesi son derece güç bir hal almaya başlamıştır. Bütün bunlar neticesinde, eyalet yasama meclisleri, franchise verilmesi ve utility ücretlerinin belirlenmesi sürecini daha iyi ve daha az harcama ile kontrol edebilmek için regülasyon idareleri kurma yoluna gitmiştir. Ancak bu süreç, demiryollarında olduğu gibi süratli bir şekilde işlememiş, ulaşım sektörü dışındaki eyalet "public utility komisyonları"nın (PUCs) regülasyon sahnesi içinde yerlerini alması 20. yüzyılın başlarını bulmuştur. "Public utility" şirketlerinin birçoğu, regülasyon yetkisinin, politik baskılardan uzak, partizan olmayan bir yapıda işleyecek ve yeknesak bir uygulama sağlayabilecek komisyonlara geçmesine destek vermişler, bu tür bir sistemde daha güvende olacaklarını düşünmüşlerdir. Verilen desteğin altında, söz konusu dönemde sayıları hızla artmaya başlayan kamusal sermayeli "utility"ler karşısında, kendilerine duyulan güveni arttırma çabası da yatmaktaydı.

[270] Teknolojik gelişmeler nedeniyle sözü edilen alanların veya bu alanlardaki faaliyetin belirli bir bölümünün (örneğin elektrik üretimi) doğal tekel olmaktan çıktığı ve bu nedenle deregülatif bir süreçten geçtiğini kabullenmek gerekir. Teknolojik gelişmeler doğal tekel kavramındaki algılamayı değiştirdikçe doğal tekellerin regülasyonu da daha dar yorumlanmaya başlamıştır

[271] Günümüzde "mahalli idareler" in verdikleri "franchise'"lar vasıtasıyla yürütülen regülasyon pek tercih edilmese de, hala bu yöntemi kullanan bazı şehirler bulunmaktadır. Örneğin Texas'ta, bir araya gelmiş birkaç şehre, sınırları içinde faaliyet gösteren elektrik, gaz ve su hizmeti veren utilitylerin talep ettiği ücretleri kontrol etme yetkisi verilmiştir. Nebraska'da ise belediyeler doğal gaz utilitylerine ilişkin izin verme ve ücret belirleme yetkisine sahiptirler.

Yasası" ("Public Utilities Act") ile belirlenmektedir. Üyeleri seçim veya atama ile görev yapan bu komisyonların tipik yetkileri:

a) "public utility"lerin faaliyet alanlarını (coğrafi anlamda) tayin etmek;

b) hizmet standartlarını belirlemek;

c) fiyat belirlemek (tarife yapmak);

d) hizmetin devamını kontrol etmek (utility'nin hizmeti sonlandırmasının veya ara vermesinin önüne geçmek) olarak gruplandırılabilir.

Yukarıda da değinildiği gibi "public utility"lerin büyük bir kısmı özel teşebbüse aittir. Elektrik sektöründe, "state owned utilities" adı verilen eyaletlere ait utilityler ve "municipal utilities" adı verilen mahalli idareler tarafından kurulan utilityler, bazı eyaletlerde "public utility komisyonları" ("public utility commissions") tarafından regüle edilmekte[272], kimi eyaletlerde ise mahalli idare organlarının denetimine ya da "self-regülasyon"a tabi tutulmaktadırlar. Federal devlete ait elektrik üretim tesisleri (federally owned utilies) ise herhangi bir komisyonun ve kurulun regülasyonuna tabi olmamakta, bunların işletme ve ücretlendirilmelerine ilişkin esaslara çeşitli yasalarda yer verilmektedir. Bu alanda, en bilinen örnek 1933 yılında kurulan Tennessee Valey Authority (TVA)'dır. Bunun yanında, eyalet boyutunda, New York ve Nebraska'da kamusal sermaye ile işletilen oldukça büyük elektrik üretim sistemleri bulunmaktadır. Mahalli idare "public utility"lerinin rolü federal ve eyalet üretim sistemlerinden farklıdır. Bu tür "public utility"ler küçük hacimli olmalarının yanında genellikle üretim yapmamakta, toptan satış piyasasından satın aldıkları elektriğin dağıtımını yapmaktadırlar[273]. Abonelere su hizmetini sunmakla görevli utility'lerin (water utilities) bir çoğu hizmetin verildiği mahalli idarelere bağlı utility komisyonları tarafından regüle edilirken, bir kısmı ise eyalet "public utility" komisyonlarının regülasyonuna tabi olmaktadır[274].

[272] Bu regülasyon, söz konusu utilitylerin bütün faaliyetlerine ilişkin olabileceği gibi bunların yalnızca belirli bir kısmı üzerinde de olabilmektedir.

[273] Louis De Alessi, "An Economic Analysis of Government Ownership and Regulation: Theory and Evidence from the Electric Power Industry" **Public Choice**, 19 (Fall 1974), 1-42.

[274] Patrick C. Mann, Water-Utility Regulation, Rates and Cost Recovery, http://www.reason.org /ps155.html

Şu halde özetlenecek olursa, "public utility" regülasyonunun mahiyeti en basit ifadeyle, kamu yararına yönelik sonuçlar alınmasını sağlamak için, sağlıklı bir şekilde işlemesi mümkün olmayan rekabetin yerini devletin verdiği kararların alması olarak tarif edilebilir. Bu kapsamda ilgili sektörün regülasyonundan sorumlu olan İdare, hizmeti sunmak için kime izin verileceğine karar vermekte, birden fazla hizmet sağlayıcıya izin veriliyorsa bunların rekabet özgürlüklerinin katı bir şekilde sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler yapmakta, hizmetten yararlananlardan alınacak ücretleri ve hizmet standartlarını belirlemekte ve talep eden herkese hizmet sunma yükümlülüğü getirmektedir. Bütün bunlar, serbest piyasanın özünü teşkil eden "piyasada faaliyette bulunma özgürlüğü"nün ve bu faaliyete ilişkin "kendi kararlarını alma bağımsızlığı"nın regülasyon vasıtasıyla sınırlandırıldığının göstergesidir.

Görüldüğü üzere, "public utility" regülasyonu, Türk Hukukunda, elektrik, telefon gibi hizmetlerin özel kişilere "imtiyaz" (veya "lisans"-"ruhsat") usulü ile gördürülmesi yöntemiyle benzerlikler taşımaktadır. Buna karşılık arada teorik ve pratik temelde yadsınamayacak farklılıklar olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Bir defa, Amerikan Hukuku bakımından "public utility" faaliyetine konu edilen hizmetler, "aslında devletin görmekle yükümlü olduğu ve bu nedenle başkalarına gördürmeyi üstlendiği" hizmetler değildir. Burada devletin asli sorumluluğu bu tür hizmetleri "regüle" etmektir. İkincisi, "public utility" kavramı, Amerika Birleşik Devletlerinde bir yandan "Common Law" diğer yandan da ekonomik sistemin gereklerinden kaynaklanan, hem eyalet hem de federal (hatta bazı yerlerde "mahalli") boyutu olan ve dolayısıyla kendi oluşum koşulları içinde değerlendirilmesi gerekli bir kavramdır. Türk İdare Hukukunda "kamu hizmeti, "kamu hizmetinin özel teşebbüs aracılığıyla yürütülmesi" ve "özelleştirme" kavramları ve bu kavramlara bağlı oluşum ve değişimler incelenirken iki ülke ve sistem arasındaki yapısal farklılıklar gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle yürürlükteki mevzuat incelenirken, bir takım hizmetlerin görülüşünde ortaya çıkan faaliyetin niteliğini ve bu faaliyetin yürütücülerini "public utility" kavramı ile birebir örtüştürerek analiz etmeye çalışmak çok sağlıklı bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle, önümüzdeki hukuki manzarayı "Amerikan İdare Hukuku fotoğrafı" ola-

rak algılamak ve bir takım kuruluş ve işletmelere "public utility" etiketi yapıştırmak aceleci ve büyük bir olasılıkla yanlış bir tutum olmaktan ileri gidemeyecektir.

F. Değerlendirme

Türk Hukuk Literatüründe, İdarenin faaliyet alanına ilişkin olarak "regülasyon" kavram ve terimine son yirmi yılda yer açıldığı gözlemlenmektedir. Sözü edilen kavram, 1980'lerden itibaren serbest piyasa ekonomisinin ağırlığını hissettirmesinden sonra, kamu hizmeti alanındaki dönüşümün mercek altına alınmasıyla önem kazanmaya başlamıştır. Daha önceleri bizzat devletin kendisi tarafından yürütülen elektrik, doğalgaz, telekomünikasyon gibi kamu hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülmeye başlanmasıyla daha çok telaffuz edilen regülasyon, bu konuda eser veren bilim adamlarından bazıları tarafından yalnızca bu alana özgü bir kavrammışçasına algılanmaya başlanmış, buna koşut olarak, organik bakımdan da yalnızca "Bağımsız İdari Otorite" olarak nitelenen kurumlarca tatbik edilen bir yöntem olarak ele alınmıştır. Halbuki, regülasyon "özü bakımından" Amerika Birleşik Devletlerinden çok daha önce, Kıta Avrupası'nda yeşeren bir kavram olduğundan, Türk İdare Hukukunda da, Cumhuriyetin ilk yıllarından beri, İdarenin çeşitli faaliyet alanlarında, en azından çekirdek unsurlarıyla yer verilen bir faaliyettir. Bu bakımdan, söz konusu etkinliği daha önceleri devlet tarafından gördürülen hassas bir takım hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmeye başlanması veya "finansal sektöre çeki düzen verme" uğraşında "özellik arz eden idari kurumların" yaratılması neticesinde ortaya çıkan bir yöntem olarak göstermek ve diğer tatbik alanlarını gözden kaçırmak, fotoğrafa bütününden bakmamak gibi yanlış bir yaklaşımı da beraberinde getirecektir[275].

[275] Bu noktada, İdarenin ekonomik alana etki eden regülasyon faaliyetinin tek ve olmazsa olmaz dayanağının Anayasanın 166. maddesinde yer verilen ve Devletin, "para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri al(masına); piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önle(mesine)" yönelik düzenleme olmadığını, kolluk yetkisinin kullanımını sağlayan diğer Anayasal dayanakların göz ardı edilmemesi gerektiğini, esasen, sözü edilen maddenin regülasyonun kapsama alanının genişletilmesine yardım etttiğini düşündüğümü belirtmek isterim.

Amerikan Hukukunda, İdarenin serbest piyasa ve özel girişim özgürlüğüne yoğun bir müdahaleye varacak şekilde geniş düzenlemeler yapması, yerleşmiş ekonomik ve anayasal prensipler nedeni ile 1930'lu yıllara kadar "doğal" karşılanan bir yetki olmadığından, regülasyon, bir yandan İdare Hukukuna işlerlik kazandıran, diğer yandan da "Common Law" prensiplerine bağlılıktan ödün verilmesine sebep olan "büyük bir adım" olarak görülmüştür.

Oysa, söz konusu ülkedeki dönüşüm ve gelişimine bağlı "eklentileri" ve "prosedürel güvenceleri" bir tarafa bırakılacak olursa, yalın anlam ve şekliyle, "regülasyon", statü hukukunu benimseyen ülkemizde, gerek merkezden yönetim gerekse yerinden yönetim idareleri tarafından, başından beri kullanılan faaliyet yöntemidir. Bu bağlamda, İdarenin kamu düzenini sağlamaya ve korumaya yönelik faaliyetlerinde, kanunlarla kendisine tanınan sınır ve kapsamı aşmamak kaydıyla genel düzenleyici işlem yapması, izin ve ruhsatlar vermesi, bu tür işlem ve kurallara aykırılık tespit ettiğinde bir takım yaptırımlara başvurması klasik regülasyon yöntemlerinden başka bir şey değildir. Bu bağlamda, "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu" kurulmadan önce Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu" kurulmadan önce ilgili Bakanlıkların, "Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu" kurulmadan önce Tarım, Sağlık ile Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarının yaptığı bazı faaliyetler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bunun yanında, yerel yönetimlerce çok uzun yıllardan beri yürürlüğe sokulmakta olan zabıta talimatnameleri ve imar yönetmelikleri, "yoğun ve kapsamlı" bir regülasyon anlayışına dayanan en temel örneklerdir.

Bununla birlikte, yukarıda zikredilen saptamalar dikkate alınırken, regülasyonun bütün yönleriyle aslında Avrupa menşeli bir faaliyet mekanizması olduğu fikrini benimsemek doğru ve yerinde bir yaklaşım değildir. Kökeninde, Kıta Avrupası kaynaklı statü hukuku yatan "regülasyon", Amerika Birleşik Devletleri sisteminde, "ham" halinden işlenerek, oldukça geniş kapsamlı ve son derece karmaşık ama bir o kadar da fonksiyonel bir yapıya kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, regülasyon, Kıta Avrupası Hukukuna Amerikan "patenti" ile geri döndürüldüğünde, deyim yerindeyse "ilkel hali" ile "evrimleştirilmiş şekli" yüz yüze gelmiştir.

Daha önceleri, genel veya özel idari kolluk kapsamında aşina olunan bir takım yetkileri, özellikle 1980'lerden sonraki özelleştirme uygulamaları neticesinde[276] özel teşebbüse açılan kamu hizmetleri alanında "sofistike" bir hal almış biçimde, yeni bir terim ve farklı bir teşkilat modeliyle karşısında bulan Türk Hukuk Doktrini söz konusu etkinliği klasik idari faaliyetlerle karşılaştırma yoluna gitmiş ve kavramı, bu karşılaştırma neticesinde ortaya çıkan sonuca göre anlamlandırmaya çalışmıştır. Bu çabalar neticesinde, doğal olarak, birbirinden farklı görüş ve tartışmalar, farklı bakış açıları ortaya çıkmıştır.

Çalışmanın asıl konusunu regülasyonun Amerikan İdare Hukukundaki anlam ve kapsamı oluşturduğundan öncelikle bu ülkedeki nitelendirmesine değinmeyi Türk Hukukundaki tartışmaları ise bundan sonra ele almayı uygun görüyorum.

Öncelikle, Amerikan Hukuk doktrininde, regülasyonun idari faaliyet bakımından kategorik bir ayırıma tabi tutulması konusunda büyük bir gayret sarf edilmediğini belirtmek gerekir. Bu durumun en başta gelen nedeni, anılan ülkede, regülasyonun belirli bir faaliyet ile ilişkilendirilmesi veya bu amaçla etiketlendirilmesinin pratik bir fayda veya sonuç doğurmamasıdır.

Amerikan Hukukunda, regülasyonun kapsam ve sınırı idari faaliyetler içindeki yerine göre değil **"kamu yararı"** kavramına göre şekillenmektedir. Bu sistemde, serbest piyasanın kendi haline bırakıldığında kamu yararını sağlayamadığı durumlarda, söz konusu yararın regülasyon ile, daha doğrusu regülasyon vasıtası ile gerçekleştirilen bir müdahale ile sağlanması gündeme gelmektedir[277]. Kimi durumlarda ise bir takım faali-

[276] Türkiye'de özleştirme hukukunun gelişimi ve regülasyon kavramı ile bağlantısına ilişkin olarak ayrıntılı ve titiz bir çalışma için bkz. İzak Atiyas, Burak Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Türk Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayınları, Ankara, 2008.

[277] Nitekim BERKARDA da, "Amerikan Federal İdare Hukuku'nun -Türkiye ve Fransa'nın aksine- Kamu Hizmeti-İdari Kolluk "aksı"nda gelişimini göstermediği … Kamu Hizmeti-İdari Kolluk aksının bizdeki kadar önemli, belirleyici olmadığı"ndan dolayı, "konu sorunsalı" tartışmasının … pek bir önem ve anlam taşıma(dığı)"nı belirtmektedir. Bkz Kemal Berkarda, "Regülasyon Nasıl Kurtulur", **Kamu Hukuku Arşivi**, Eylül (2004) http // www .akader. info / KHUKA / 2004_eylul/9.htm.

yetler "piyasa değeri" içermediğinden veya "özü itibarı" ile özel teşebbüs tarafından karşılanmaya müsait olmadığından kamusal teşebbüs eliyle görülmektedir. İşte Amerikan algılamasındaki "kamu hizmeti", kamusal teşebbüsün gördüğü faaliyetlerin bir kısmını oluşturan, eğitim, konut projeleri, yol yapımı, sağlık araştırmaları gibi konulara yönelik etkinliklerdir[278]. Kamusal teşebbüs vasıtasıyla ekonomik alana yapılan müdahale ise regülasyon alanında kalmamakta, ona alternatif oluşturan başka bir yöntem olarak görülmektedir. Serbest piyasayı ve özel girişim etkinliğini benimseyen A.B.D.'de, regülasyonun kamu girişimciliğine göre çok daha yaygın bir metot olduğunu, ticari alandaki hizmetlerin kamusal teşebbüs eliyle görülmesinin veya üstlenilmesinin "doğal" görülmediğini akılda tutmak gerekir.

Bu kapsamda hassas bir takım hizmetlerin ağırlıklı olarak özel teşebbüs eliyle verildiği, sıkı ve yoğun bir denetime tabi tutulan "public utility" modelinin de "kamu hizmeti olarak nitelenen" alanının dışında kaldığının altını çizmek gerekir[279]. Diğer yandan, bizim terminolojimizle özendirme ve destekleme olarak ifade edilen etkinliklerden örneğin, Amerikan pamuk üreticilerinin desteklenmesine yönelik sübvansiyon programlarının da[280] regülasyon faaliyeti içinde mütalaa edildiğini vurgulamak yararlı olacaktır.[281]

---

[278] Amerikan Hukukunda, "hizmeti üstlenme" ve onunla bağlantılı olarak gördürme faaliyetin esasının belirlenmesi bakımından temel parametre değildir.

[279] Bunun sebebi Devletin bir faaliyeti ancak "zorunlu" bulunması durumunda kamu hizmeti alanına çekmesi ve hizmeti üstlenme ve onunla bağlantılı olarak gördürme faaliyetin esasının belirlenmesi bakımından temel parametre olmamasında yatmaktadır. Bazı yazarlara göre, Kıta Avrupası kamu hizmeti anlayışında, doğal veya siyasal tekellerin bulunduğu alanlarda kural devletin faaliyet göstermesidir. (Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 62.) Bu savın "yerindeli(ğ)"i, bugün için tartışmalı olmakla birlikte, karşılaştırma bakımımdan tartışmalı olmayacak bir gerçek söz konusu kuralın Amerikan sistemi için geçerli olmadığıdır. Doğal tekellerin varlığında, kaynakların dağıtımında ortaya çıkan hakkaniyet ve verimliliğe ilişkin problemler temelde iki yöntemle çözülmeye çalışılmıştır. Kamusal girişim (hizmetin emanet usulüyle görülmesi) ya da regülasyon. Tarihsel süreçte, yakın zamana kadar, Avrupa daha ziyade birinci "enstrüman"ı kullanmışsa da A.B.D. ikincisini tercih etmiştir.

[280] Dudley, Primer on Regulation, s. 1-3.

[281] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 242-243/II; Breyer et al., **Administrative Law**, s. 13.

Her iki konu, regülasyonun Avrupa merkezli "çıkış nokta"sından (emretme-yasaklamaya dayalı klasik kolluk faaliyeti) Amerika'da ulaştığı "zirve"yi göstermesi bakımından önemlidir. Elektrik, telefon, su gibi hassas alanlarda faaliyet gösteren özel teşebbüse (public utility company) yönelik regülasyonun yalnız piyasa giriş ve fiyatlamadan (tarife belirleme) ibaret olmadığını bunun haricinde, İdare'ye, özel girişimi, ilgili hizmet veya ürünü talep eden herkese, belirli bir fiyat ve kalite ile sunmakla yükümlü tutmak ve hizmetin devamını kontrol etmek gibi klasik kolluk faaliyetlerini aşan bir takım yetkiler tanıdığını yukarıda belirtmiştik. O halde, hem bu tür yetkilerin hem de bunların altında yatan amacın klasik kollukta yer alandan farklı olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Nitekim ekonomik regülasyonun amacının verimliliğin ve kaynakların adil dağıtımının sağlanmasına yönelik olması aradaki farkın ortaya konmasına yardımcı olmaktadır.

Özellikle tarım alanındaki ürünlerin fiyatlandırılmasına etki eden, kimi zaman da çevrenin korunmasına yönelik etkinliklerin tamamlayıcısı olarak ortaya çıkan sübvansiyonlar ise İdarenin faaliyetlerinin sınıflandırılmasına yönelik ayırımda Türk Hukukunda genellikle kamu hizmeti ve kolluk dışında ayrı yer ve rejime oturtulan, özendirme ve destekleme faaliyetleridir[282]. Bunun dışında, federal regülasyon idarelerinin kimi zaman belirli bir piyasayı daha verimli hale getirmek için başvurduğu "sektörel planlama" ("industrywide planning") da pekala "bizdeki" planlama faaliyeti ile aynı işlevde görülebilir[283].

Bu gibi, örnekler, Amerikan İdare Hukuku bakımından regülasyonun aldığı formun, emretme-yasaklama-yaptırım uygulama gibi yetkilerle sınırlı olan "klasik" kolluk faaliyetini aşan, onunla tam olarak örtüşmeyen

---

[282] Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye Orta Doğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984, s. 170; Buna karşılık YAYLA, özel kişileri destekleme ve özendirme faaliyetlerinin bir tür kamu hizmeti olduğunu belirtmekte ve bu tür faaliyetleri "Kamu Hizmetleri" başlığı altında incelemektedir. Sonuçta, bu tür bir yaklaşım da, özendirme ve destekleme faaliyeti ile regülasyon bağlantının kurulmasında, regülasyonun kolluğu aşan bir boyutu olduğu tezini güçlendirmektedir. Bkz Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 91.

[283] Bkz. Breyer et al., **Administrative Law**, s. 11.

ancak bu ülkedeki kamu hizmeti alanına da dahil edilmeyen, kendine özgü bir yapıya kavuştuğunu göstermektedir.

Bu durumun sebebinin A.B.D.'de regülasyonun (ve onun gelişimine koşut olarak İdare Hukuku'nun) kamu hizmeti-kolluk rejimlerine bağlı olarak anlamlandırılmamasında ve regülasyonun anlam ve kapsamının esasen "kamu yararı" kriterine göre belirlenmesinde yattığının altını tekrar çizmek gerekir. Ekonomik ve sosyal hayata ilişkin kararların alınmasının kontrolünün tamamen özel sektöre bırakılması yerine, bu sürece kamusal makamlar tarafından müdahale edilmesinin temelinde kamu yararı yattığından, bu yararın kamusal müdahaleyi gerektirdiği durumlarda tartışılması gereken mesele, "müdahalenin İdarenin hangi faaliyetinin içine sokulması gerektiği" değildir. Bu tartışmada, Amerikan İdare Hukukuna davetiye çıkaran asıl meseleler, ekonomik ve sosyal alana müdahale ile amaçlanan kamu yararı ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin nasıl dengeleneceği, sözü edilen yarar ve dengenin sağlanmasında "Yargı"ya, "Yasama"ya, ve "Yürütme ile İdare"ye düşen rolün nasıl paylaştırılacağı, Yasama'nın İdare'ye hangi yetkileri ne oranda devredeceği, İdarenin kendisine tanınan yetkileri ne zaman, nasıl ve hangi yoğunlukta kullanacağı üzerinedir. Şüphesiz bu kadar "merkezi" bir konuma oturtulan "kamu yararı"ın, özünde bulunan muğlâklıktan olabildiğince arındırılıp her olay için somutlaştırılması gerekmektedir. Kamu yararını soyut ve genel bir kriter olmaktan çıkarıp, regülasyon faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde somut ve işlevsel bir araca dönüştüren mekanizma ise "idari usul"dür. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecek olan usuli düzenlemeler Yasama'ya ve İdare'ye tanınan kamu yararının içeriğini belirleme yetkisinin denetimini olabildiğince kolaylaştırmakta ve söz konusu yararın bireylerin hak ve özgürlükleri ile dengelenmesinin yolunu açmaktadır. Nitekim, Amerikan İdare Hukukunda "prosedür"ün "esas"tan önce gelmesinin ve bu alanda yazılmış eserlerin birçoğunda diğerinden daha fazla yer bulmasının altında yatan neden de budur.

Konuyu daha fazla uzatmadan Türk Hukukundaki tartışmalara geri dönecek olursak; doktrinde, regülasyonu "kamu hizmeti", "özendirme ve destekleme" ile "planlama faaliyeti yanında dördüncü bir kategoride ele

alanlar bulunduğu gibi[284], "özel idari kolluk[285]" (iktisadi kolluk)" kapsamında değerlendirenler veya kolluğu aşan bir faaliyet olarak görenlerin de olduğu[286] göze çarpmaktadır. Regülasyonun idari faaliyeler içindeki yerini ayrıntılı bir şekilde inceleyen ODER'se regülasyonun, yalnız ekonomik alana değil sosyal alana da özgü bir faaliyet olduğuna işaret ettikten sonra, kamu hizmeti niteliği taşıyan piyasalarda "kamu hizmeti", "kolluk" "planlama" ile "özendirme ve destekleme" faaliyetlerinin sıkı bir "korelasyon"(karşılıklı ilişki) içinde[287] olduğunu ve bunun da regülasyonun ayrı bir faaliyet olarak algılanmasını güçlendirdiğini belirtmektedir. Yazar, çalışmasının "Sonuç" bölümünde ise, "kolluk faaliyeti(nin), "niteliği itibarıyla içerdiği hak ve özgürlüklere müdahale unsuru dikkate alınarak "kamu hizmetinin sağlanması amacıyla hak ve özgürlüklere müdahale" olarak kabul edildiğinde, regülasyon kavramının Türk İdare Hukuku bakımından kolluk faaliyeti olduğunu belirtmiştir[288].

ODER'in tespitlerinin bir bölümüne katılmakla birlikte, Amerikan İdare Hukuku bakış açısıyla bazı farklılıklar taşıyan görüşlerimi maddeler halinde sıralamayı uygun buluyorum.

---

[284] Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)**, Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul 2000, s. 68. (Yazar, regülasyon kavramının karşılığı olarak "düzenleyicilik" kavramını kullanmaktadır.)

[285] İl Han Özay, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu (Tartışmalar)**, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s. 286; Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları 4**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 12; Zehreddin Aslan, Kahraman Berk, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, 2000, s. 50; Metin Günday, **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu (II. Oturum)**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s. 61.

[286] Aydın Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, Lamure Yayınları, İstanbul, s. 2008, s. 176 (Gülan'ın … *'hassas' konularda regülasyon yaklaşımı kolluk yetkisini aşar bir nitelikte düzenleme ihtiyacı(nı) gündeme ge(tir)mektedir"* ifadesinden bu anlamın çıktığı kanaatindeyim) Ayrıca bkz. Berkarda, **Amerika'da İdare Hukuku Var Mı?**, s. 98. *("Amerikan İdare Hukukunda, regülasyon, 'kolluk çıkışlı' ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir 'idari etkinlik'tir".*)

[287] Oder, Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme, s. 245-253.

[288] Yazar ekonomik regülasyonun anlam ve kapsamını "ekonomik kamu düzeni" kavramına dayandırmıştır. Bkz. **a.e.**, s. 248-253.

1- Regülasyon devletin özel kişilerin ekonomik ve sosyal faaliyetlerine, dolayısıyla hak ve özgürlüklerine müdahale yöntemlerinden biridir. Bu bakımdan özünde "kolluk" yetkileri barındırdığında şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık, günümüzdeki görünümüyle, bu yöntem, ekonomik alanda, içinde "özendirme ve destekleme" faaliyetini, hatta belirli bir sektörün verimliliğini artırmak ve piyasadaki aktörleri koordine ederek yönlendirmek amacıyla yapılan "sektörel planlama"yı da barındıracak şekilde genişlemiş, bu da ona "kollu(ğ)"u aşan bir boyut katmıştır. Bu bakımdan, özendirme ve destekleme faaliyeti ister kamu hizmeti olarak görülen alanlarda isterse diğer alanlarda yapılıyor olsun müdahalenin türü bakımından regülasyon şemsiyesi altına girmektedir.

2- Kanaatimce, devletin bir alanı regüle etmesi, başlı başına, **bireylere veya topluma "edim" sunan veya sağlayan**[289] bir kamu hizmeti[290] değildir[291]. Bununla birlikte regülasyon, Türk Hukukundaki kamu hizmeti rejiminin Amerikan Hukukundakinden farklı olması dolayısıyla, kamu hizmetine ondan daha çok "temas" eder durumdadır. Ancak bu durum regülasyonu kamu hizmeti "form"una sokmaz. Ülkemizde, Devletin daha önceleri doğal tekel olarak kabul edilen alanlarda gördüğü elektrik veya telefon gibi hizmetlerin özel teşebbüse açılmasıyla kavramın kamu hizmeti ile teması daha fazla hissedilir olmuştur. İdarenin söz konusu alanlarda hizmet sunucu rolünden soyunması neticesinde, sektörün rekabete açılamayan bölümlerinde (örneğin elektriğin iletim ve dağıtımı) "public utility" modeline bezer bir modelin geliştirilmesine ve yoğun bir regülasyona ihtiyaç doğurmuştur. Dolayısıyla, kamu hizmetle-

---

[289] Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1982, s. 307.

[290] Kamu hizmeti, genellikle, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların, Devlet veya onun denetim ve gözetimi altında özel girişim tarafından, kamu yararı amacıyla karşılanmasına yönelik sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanmaktadır Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Üçüncü Bası)**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 13; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 231; Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Lutfi Duran'a Armağan Özel Sayısı)**, Sayı 1-3, Yıl 9, İstanbul, 1988, s. 148; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 955; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 71.

[291] Aynı görüş için. Bkz. Berkarda, Amerika'da İdare Hukuku Var mı?, s. 98.

rinin gördürülmesinde, kamusal teşebbüs yoluyla yapılan "müdahaleden vazgeçilip" regülasyon vasıtasıyla özel teşebbüse müdahale yöntemine geçilmiştir. Ancak, yinelemek gerekir ise, kamu hizmeti gördüğü kabul edilen özel teşebbüs faaliyetlerinin regüle edilmesi, "ortak ve genel bir ihtiyacın devletin sorumluluğunda karşılanması" anlamına gelmemekte, "ortak ve genel bir ihtiyacın devletin sorumluluğunda karşılanmasında, kolluk çıkışlı ama onu aşmış, düzenleme yönü ağır basan[292] bir faaliyetten yararlanılması" sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle, regülasyon "kamu hizmetinin sunulduğu bir piyasanın gereği gibi işlemesini sağlamaktadır[293]." Bu durum Amerikan patentli regülasyonun, farklı bir "kamu hizmeti" teorisi olan ülkede, bu teorinin "temel"ini kaldırmadan (veya kaldırmak istemeden) yerleştirilme çabasının ürünüdür[294].

Regülasyonun Türk İdare Hukukundaki ağırlığını her geçen gün daha fazla hissettirmesi, ilerleyen zamanda, özellikle idari usul düzenlemeleri ile bir takım güvenceler sağlandığında, İdarenin düzenleme fonksiyonunun esasa ilişkin kriterlerinin Amerikan İdare Hukukundakilere benzeme ihtimalini güçlendirmektedir. Gelinen nokta, gerekli şartlar oluştuğunda,

---

[292] Gülan, "İdarenin daha önce kamu hizmeti olarak yerine getirdiği faaliyetleri özelleştirdiğinde, ya da kamu hizmeti olarak yerine getirilen faaliyetlerin aynı zamanda özel hukuk kişileri tarafından da paralel olarak veya kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından görülme usulü ile yerine getirilmesi biçimlerinde faaliyete ilişkin düzenle(me)nin sadece kamu hizmeti, kolluk veya özendirme ve destekleme faaliyeti temelli bir yetki olmaktan farklı bir şekilde regülasyon konusu ol(arak) işlenmesi gereken bir gündem maddesi oluşturduğu(nu)" belirtmektedir. (Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun**, s. 177-178)

[293] Nitekim kolluğun "aynı zamanda kamu hizmetlerinin gereğince yürütülmesini sağlamada kullanılan bir yetki" olduğunu (Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 727) ve "idari faaliyetin müşterek bir usulünü teşkil …" ettiğini (Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, s. 1478.) dile getiren görüşler de bu yoruma destek sağlamaktadır. Yalnız, günümüzdeki fark, "kollu(ğ)"un yerine onu aşan boyutlarıyla "regülasyon"un devreye girmesidir. Ayrıca Bkz. Oder, s. 248.

[294] Yeri gelmişken Fransız İdare Hukuku Öğretisinde geliştirilen ve şehir içi toplu taşıma faaliyetinde bulunan minibüsler üzerindeki "yoğun denetim" örnek verilerek açıklanan (Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 227-228) **"virtüel kamu hizmeti"** veya **"kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyet"**lerin **"A.B.D. penceresi"**nden bakıldığında kamu hizmeti değil tam bir "regülasyon" örneği olduğunu, New York'taki "taksi"lerin faaliyetlerine belirli bir takım standart ve yükümlülükler getirmek suretiyle yapılan müdahalenin altında kamu hizmeti yattığını düşünen Amerikalı hukukçuların sayısının son derece sınırlı kalacağını belirtmek isterim.

İdarenin düzenleme fonksiyonun sınır ve kapsamının, "kamu hizmeti-kolluk ayrımına dayalı yaklaşım"dan sıyrılarak, "kamu yararı ve kamu düzeni ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin dengelenmesi"ne dayalı bir müdahale yetkisine izin veren, "regülasyon yaklaşımına" bağlı olarak belirleneceği izlenimini doğurmaktadır[295]. Bu satırların yazarı, böyle bir yaklaşımın mutlaka isabetli olacağı iddiasını taşımamaktadır. Bununla birlikte bu tür bir tespit veya tahmine kamu hizmeti alanının kaybolacağı endişesi ile bakanlara, İdarenin daha önceleri, klasik "kolluk" yetkileri ile temas edemediği bir alanı, ister bunu aşan isterse özel bir türü olarak nitelensin, regülasyon sayesinde kazanacağını, diğer bir ifadeyle, kamu hizmeti rejiminin zayıflamasıyla kaybettiği müdahale sahasını "farklı bir şekilde kullanmak" üzere geri alacağını "müjdelemek" gerekir.

4- Regülasyon faaliyetinin "kendisi"nin kamu hizmeti olmaması demek, ekonomik ve sosyal alandaki bir takım kamu hizmetlerini gören idarelerin faaliyetlerinin regülasyona tabi tutulamayacağı, özel hukuk kişileri ile yan yana gördükleri hizmetlerin aynı standartlara tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan, örneğin, farklı alanlarda hizmet veren kamu kurum ve kuruluşları Çevre Bakanlığı'nın çevrenin korunmasına yönelik regülasyon faaliyetlerine tabi olmakta ve çevreyi kirlettikleri durumda da para cezası gibi bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalmakta, bankacılık alanında hizmet veren bir kamu bankası ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından getirilen yükümlülük ve standartlara bağlı olmaktadır. Nitekim, GÜLAN, regülasyon faaliyetini İdarenin diğer faaliyetleri ile karşılaştırırken, kamu tüzelkişilerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi, denetlenmesi ve yaptırıma tabi tutulmasında "standart" getirmesi işlevini ön plana çıkarmaktadır[296].

---

[295] Bu ise, bugüne kadar yapıldığı gibi konuya yalnızca İdare'nin bulunduğu yerden bakmak yerine, diğer taraftan, bireyin bulunduğu yerden, onların temel hak ve özgürlükleri çerçevesinden de bakmayı temel alan bir yaklaşımdır. Bu durumda, eksenine regülasyon faaliyetinin oturtulduğu İdare Hukukunun uğraş alanı da, esasen, -Amerikan Hukuk literatüründeki gibi- "devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesinin sınır ve kapsamının belirlenmesi" olarak şekillenecektir.

[296] Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun**, s. 175-177.

Regülasyonun Türk Hukukuna yansımaları bakımından üzerinde durulması gereken diğer konu ise teşkilat boyutundaki yanlış (veya eksik) algılama ile bu algılamaya sebep olan kurumlardır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, regülasyonun 1980'li yıllardan itibaren, özelleştirme akımı ile birlikte bir takım piyasaların özel teşebbüse açılması neticesinde telaffuz edilmeye başlanması ve kavramın Fransa "aktarma"sı ile ülkemize ulaşması, Türk doktrininde, ilgiyi, daha alışılmadık bir kavram ve bir teşkilat modeli olarak "Bağımsız İdari Otorite[297]" ("BİO") veya "düzenleyici denetleyici kurum/kuruluş" olarak isimlendirilen idarelere yöneltmiş ve bu da regülasyona, daha çok, Bağımsız İdari Otoritelere ilişkin incelemelerde dolaylı olarak yer verilmesine sebep olmuştur. Türkiye'de konuyla ilgili olarak yazılan eserlere bakıldığında, genellikle regülasyona Bağımsız İdari Otoritelerin işlevleri anlatılırken değinildiği gözlemlenmektedir. Kanaatimce, regülasyonun, bu kurumlar üzerinden doğrudan bağlantı kurularak açıklanmaya çalışılması yanlış bir yöntemdir. Regülasyon kavramı bağımsız regülasyon idarelerine göre çok daha geniş bir uygulama ve inceleme alanına sahiptir. Bu bakımdan, "BİO"lar teşkilat başlığı altında regülasyonun alt başlıklarından birini oluşturabilirse de, bunların ana eksen olarak ele alınmaları konunun özünün gözden kaçmasına sebep olmaktadır. Çünkü, hem Türk Hukuku hem de Amerikan Hukuku bakımından "bağımsız kurumlar" regülasyon faaliyeti gören idare modellerinden yalnızca biridir. Kaldı ki, her iki ülkede de bu kurumlardan önce de regülasyon var idi ve bu kurumlar olmasa da regülasyon olacaktır.

Duran'ın zamanında "fantezist" bir yaklaşım[298] olarak gördüğü, "Bağımsız İdari Otoriteler"in teşkilatlanma ve işleyişlerine baktığımızda A.B.D.'deki "Federal Regülasyon İdareleri" ile benzeyen yönlerinin oldukça fazla olduğu görülmektedir. Hassas veya zorunlu görülen bir takım hizmetlere ilişkin sektörlerde uzmanlığa dayalı olarak faaliyet gösteren ve Merkezi

[297] Her ne kadar "Independent Regulatory Agencies" teriminin karşılığı olmak bakımından Fransa'dan ithal edilen "Bağımsız İdari Otorite" çevirisini yerinde ve doğru bulmasam da "yerleşik" olması itibarıyle Türk Hukukuna ilişkin değerlendirmelerde daha ziyade bu terimi kullanmayı tercih ediyorum.

[298] Lutfi Duran; "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi (AİD)**, C. 30, S.1, Mart 1997, s. 3.

İdare'den ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olan bu kurumlara[299] "bağımsız" etiketinin yapıştırılmasını sağlayan özellikler A.B.D.'dekilerin sahip olduklarıyla benzerlik göstermektedir. Bunlar aşağıdaki gibi sıralanabilir.

1- Merkezi İdarenin ve siyasi baskıların etkisinin azaltılması bakımından tek bir idareci amirliğinde değil sayıları değişen üyelerden müteşekkil komisyon veya kurullar halinde görev yapmakta ve karar almaktadırlar[300].

2- Bütün üyelerin (kısa olmayan) görev süreleri aynı anda sona ermemekte, birbirini izleyen dönemlere yayılmaktadır.

3- Üyelerin görevlerine kanunla belirlenen görev süreleri dolmadan, yine kanunda belirlenen nedenler haricinde, son verilememektedir[301].

Şüphesiz, A.B.D.'deki bağımsız regülasyon idarelerinin komisyon üyelerinin mensubu veya sempatizanı olduğu parti esasına göre getirilen "azami sayı oranı" kriterinin Türkiye'nin kamu yönetimi sistem ve teamülü veya kamu personel rejimi sebebiyle, bizim kurumlarımız için uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Yukarıda sayılan teminatların, sözü edilen kurumlara (RTÜK hariç) Bakanlar Kurulu tarafından atanan üyelerin bağımsızlığını sağlamaya yetmeyeceği, pratikte, üyelerin kendilerini atayan siyasal iradeden bağımsız

[299] Öğretide genellikle bu kategoriye sokulan kurumlar şunlardır: **a**) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), **b)** Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), **c)** Kamu İhale Kurumu (KİK), **d)** Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), **e)** Rekabet Kurumu (RK), **f)** Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), **h)** Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) **i)** Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu (TAPDK), **j)** Şeker Kurumu (ŞK).

[300] Şüphesiz komisyon veya kurullar vasıtasıyla görev yapmanın altında yatan tek amaç bu değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu kurumlar uzmanlık gerektiren konularda faaliyet gösterdiklerinden teknik ve bilimsel bilgi gerektiren konuların farklı görüşler çerçevesinde kollejyal bir şekilde incelenmesi de amaçlanmaktadır.

[301] Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un üyelerin görev sürelerini belirleyen 24. maddesinin 2. fıkrasında "(k)urul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemeyeceği" bu görevin yalnızca "kurul kararı ile, atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri", üyelere getirilen yasaklara uymadıkları anlaşılan ya da "(k)anunla verilen görevle ilgili olarak suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olan hallerde" son bulacağı düzenlenmiştir.

çalışmasının mümkün olmadığı dile getirilmektedir[302]. Her ne kadar, bu kaygılara kulak tıkamak doğru değilse de, hukuksal düzenlemelerin bağımsızlık teminatı vermek bakımından gücünün bir yere kadar olduğunu, gerisinin A.B.D.'de olduğu gibi, bağımsızlıklarından hoşlanmasa bile bu kurumların işleyişine saygı gösteren "siyasi aktörlere" ve kendisinden beklenen bağımsızlığın gereklerini yerine getiren "üyelere" kaldığını vurgulamak gerekir.

A.B.D.'deki muadillerine benzer şekilde, faaliyette bulundukları alanda "düzenleme", "denetleme", "uyuşmazlık çözme" ve "yaptırım uygulama" yetkileriyle donatılmış Bağımsız İdari Otoritelere, söz konusu yetkilerinden ötürü, diğer kamu tüzelkişilerine oranla daha farklı ve ayrıcalıklı bir konum verilmektedir[303] . Belirtmek gerekir ki; ne kullandıkları yetkiler ne de iştigal ettikleri konular tek başlarına bu kurumlara özgünlük sağlamaz. Bir kere, sözü edilen yetkilerin Devlet tüzelkişiliğine veya diğer kamu tüzelkişiliklerine tanınmaması için anayasal bir engel bulunmamaktadır. Şayet aksi bir iddia ileri sürülecekse, bu kurumlara yönelik (RTÜK[304] hariç) Anayasa'da "özel" bir düzenleme olmadığından, bu engel onlar bakımından da geçerli olacaktır. Faaliyette bulundukları alanların taşıdığı özellik ise Bağımsız İdari Otoritelere ayrıcalıklı yetkiler verilmesini gerektirecek hukuki bir kriter değildir. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda Merkezi İdare'den ayrı bir örgüt kurulmasının nedeni pratik ve bilimsel faydalardır. Bu faydaların varlığı Yasama organına Anayasa'da sayılanlar haricinde bir kamu kurumu yaratma zorunluluğu getirmez. Kaldı ki, günün birinde bu kurumların Kanun Koyucu

[302] Turan Yıldırım, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s. 204.

[303] Ali Ulusoy, "Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri", **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s. 9; Meltem Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi" **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2005,** Ankara, Danıştay Bürosu Yayınları, Ankara, 2005, s. 42.; Bu konuda yazılmış eserlerdeki görüş ve bu görüşlere yönelik eleştiriler için bkz. Taner Ayanoğlu, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. LXV, S. 1, 2007 s. 43-45.

[304] Anayasanın 133. maddesinin 2. fıkrası *"Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu… '"*na yer vermek suretiyle bu kurumun varlığına anayasal güvence getirmiştir.

tarafından lağvedilerek yetkilerinin Merkezi İdare'ye "devredilmesi" "yerindelik" bakımından sakıncalı olabilirse de[305] hukuksal bakımdan herhangi bir aykırılık taşımaz.

Bağımsız İdari Otoriteleri anayasal olmasa da yasal bakımdan ayrıcalıklı kılan hususlardan birincisi üyelerin tarafsız karar alabilmelerini sağlayan yukarıda sıraladığımız özellikler iken diğeri ise aldıkları kararların Merkezi İdarenin denetimine tabi olmamasıdır. Bu ayrıcalık, doktrinde, sözü edilen kurumların anayasal temellerinin sorgulanmasına[306], idari vesayet denetimine tabi olmadıklarından dolayı konumları itibarı ile bunlara "anayasal dayanak bulma(nın)" kolay olmadığının ileri sürülmesine[307] neden olmuştur.

Bu yorumlar ciddi bir şekilde tartışılabilir olmakla birlikte, Bağımsız İdari Otoritelerin, idari vesayet denetimine tabi tutulmadıkları gerekçesiyle Anayasa aykırı oldukları iddiasına cevap vermek bakımından farklı bir yorum yapılması da mümkündür. Kanaatimce, Anayasa'nın İdarenin bütünlüğünü şart koşan 123. maddesi ile İdarenin **"esasları"** ve **"kuruluşuna"** yer veren diğer maddelerinin birlikte ele alınmasından Merkezden Yönetim'in hizmet bakımından yerinden yönetim kurumları (kamu kurumları[308]) üzerinde **"asgari"** bir denetim yetkisinin bulunmasını "aradığını", daha sıkı bir denetim öngörme, diğer bir ifade ile bu deneti-

---

[305] Kişisel kanaatim, "çevrenin korunması" gibi hassas, esaslı bir uzmanlık isteyen, ve siyasi etkilerden uzak bir biçimde "düzenlenmesi-yönlendirilmesi" gereken konularda mevcutların yanına yenilerinin eklemesi gerektiğidir.

[306] Celal Erkut, Panel Konuşması, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, 5 Kasım 2001, Ankara**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 83.

[307] Giritli, Bilgen, Akgüner, s. 468.

[308] "Merkezi İdare"den ayrı tüzelkişilikleri bulunan, "mahalli idare" de olmayan, belirli bir konuda faaliyette bulunmak üzere kurulan "Bağımsız İdari Otoriteleri, anayasal bakımdan "kamu kurumu" kategorisinden başka bir yere koymak mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu konuyu açıkça ortaya koymuştur. *"…Yasa'nın 2. maddesiyle özerk bir düzenleme kurumunun öngörüldüğü, literatürde "bağımsız idarî otoriteler" olarak adlandırılan… Tütün, Tütün Mamulleri Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, idarî ve malî özerkliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa'nın 123. maddesine göre kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz bir **"kamu kurumudur"**.* AMK., E.2002/32, K.2003/100, T. 20.11.2003 RG., 11.08.2004 (Bkz. http: // www. anayasa.gov.tr /eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K2003/K2003-100.html)

min yoğunluğunu belirleme konusunda Kanun Koyucuya takdir yetkisi verdiğini kabul etmemek için bir neden bulunmamaktadır[309]. Bu durumda şayet ilgili yasal düzenlemelerde, bu kurumların Merkezi Yönetim ile olan bağlarının kopmasını engelleyecek bağlar öngörülmüş ise o takdirde 123. maddenin amacının dışına çıkılmamış olacaktır.

Şüphesiz, bu "bağ"ın mutlaka "Yerel Yönetimler"i düzenleyen 127. maddede öngörülen idari vesayet "form"unda olması gerektiği ve sözü edilen idarelerin kuruluş kanunlarında bu tür bir yetkiye işaret eden "tipik" düzenlemeler bulunmadığı yönünde bir görüş ileri sürülebilir. Bu görüşe karşı da, Bakanlar Kurulu'nun bu gibi kurumların (RTÜK hariç) üyelerini atama yetkisi olduğu[310], bunun yanında, Bağımsız İdari Otoritelerin aldığı kararların "ilişkili" oldukları Bakanlıklar tarafından yargı yoluna götürülebileceği, üstelik bu ilişki nedeniyle "menfaat" koşulunun da aranmayacağı, dolayısıyla tipik olmasa da organlar ve işlemler üzerinde idari vesayete işaret eden bir takım yetkiler olduğu yönünde bir cevap verilebilir. Bu tür bir tartışma, Anayasa'nın aradığı denetim yetkisinin mutlaka idari vesayet türünde olması gerekmediği, idari vesayete yer verilen 127. maddede sadece "mahalli idareler" teriminin yer aldığı, söz konusu metinde hizmet bakımından yerinden yönetim kurumlarına yer verilmediği, dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddede belirtilen bütünlüğü sağlamak bakımından mutlaka "idari vesayet" tipinde bir denetimi aramadığı, aynı amacın farklı bir denetim türü ile de sağlanabileceğini öne süren görüşler ile daha da farklı bir boyut kazanmaktadır[311].

---

[309] Aynı görüş için bkz. Ali Ulusoy, "Regülasyon Kurumları Üzerine Genel Bir Değerlendirme", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s. 276.

[310] Günday da, bunun organlar üzerindeki idari vesayet denetimi kapsamında bir yetki olduğunu belirtmektedir. Bkz. Metin Günday, Panel Konuşması, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, 5 Kasım 2001, Ankara**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 77.

[311] Ulusoy, **Regülasyon Kurumları Üzerine**, s. 276; Günday, **a.y**; Bu iddiaya karşı Anayasanın "özerklikleri" teminat altına aldığı "mahalli idareler" bakımından getirdiği bir denetim türünün "aynı"sının, belirli istisnalar dışında Anayasa'da yer verilmeyen "hizmet bakımından yerinden yönetim kurumları" için aranmamasının doğru olmadığını ileri sürenlerin yorumları da kolaylıkla karşı çıkılamayacak değerde olacak ve konu giderek Anayasa'nın "lafzı" ile "ruhu" arasına sıkışacaktır.

Diğer yandan, sözü edilen kurumların hemen hepsinin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu uyarınca mali bakımdan Sayıştay denetimine tabi tutulmaları, başıboş denecek derecede bağımsız olmadıklarını göstermektedir. Her ne kadar, Sayıştay, idari bir kurum olmasa ve bu denetimi Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yapıyor olsa da, bu, yapılan denetimin idari nitelikli etki ve sonuçlarının göz ardı edilmesini gerektirmez. Kaldı ki, siyasi iktidarın sözü edilen bağımsızlığa tahammül edememesi durumunda, bir tanesi dışında Anayasa'da yer verilmeyen bu kurumları ortadan kaldırması da her zaman mümkündür.

II. REGÜLASYON FAALİYETİNE YÖNELİK USULİ GÜVENCELER VE YARGISAL KORUNMA

A. Usuli Güvenceler

Amerikan İdare Hukukunun işlevi (ya da bu işleve yönelik beklenti), bir yandan bürokratik keyfilik ve istismarı en aza indirip, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önleyen, diğer taraftan İdarenin kamu yararına yönelik etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmesini sağlayan, dengeleyici bir mekanizma yaratmak şeklinde özetlenmektedir[1]. İdareye Yasama ve Yargı organlarına ait fonksiyonların belirli şart ve sınırlarda "yansıması"nı sağlayarak geniş bir hareket alanı sunan temel mekanizma ise regülasyondur. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini yakından etkileme olanağına sahip İdareye kamu gücünü bu denli etkin kullanma olanağı verildiğinde, Hukuk Devleti ilkesi, bu yetkilerin hukuka uygun kullanılması için bir takım önlemler alınmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu önlemlerin başında ise İdarenin regülasyon faaliyetine yönelik işlemlerinin, ancak belirli bir takım usuli kurallara uyulması suretiyle tesis edilebilmesi gelmektedir.

Devletin sosyal ve ekonomik hayatın hayatın dinamikliğine ayak uydurabilmesi, hızla değişen şartlar çerçevesinde ortaya çıkan sorunlara çözüm bulabilmesi için İdareye regülasyon faaliyeti kapsamında oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınma zorunluluğu doğmaktadır. Bu bakımdan Amerikan İdare Hukukunun büyük bir bölümü bu takdir yetkisinin sınırlanmasına yönelik kural ve mekanizmaların incelenmesine ayrılmıştır[2]. Nitekim konuyla ilgilenen birçok bilim adamının, Amerikan İdare Hukukunun esastan çok usule yönelik kural ve ilkelerin egemen olduğu bir dal olduğunun vurgulamalarının nedeni de budur[3].

Özel hukuk kişilerine İdare ile olan ilişkilerinde usuli güvenceler getiren ilk dayanak Amerikan Anayasası'nda yer alan "due process" il-

---

1 Strauss, **Administrative Justice**, s. 104.

2 Asimow et al., s. 19.

3 Schwartz, s. 4.

kesidir. Devletin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarına müdahale eden işlemlerinde adil bir süreç içinde yargısal benzeri usullere başvurulmasını zorunlu kılan bu prensip, New Deal dönemi ile birlikte regülasyon faaliyetlerinin artması neticesinde tek başına yeterli görülmemiş ve 1946 yılında Amerikan İdari Usul Yasası (Administrative Procedure Act) (APA) yürürlüğe koyulmuştur. Zaman içinde regülasyona yönelik eleştiriler çoğalınca, genel düzenleme olan APA'dakilerin yanına özel yasal düzenlemeler ile bir takım usuli güvenceler getirilmiştir.

Şu halde İdarenin regülasyon faaliyeti incelenirken bu faaliyetin Hukuk Devleti prensipleri çerçevesinde yerine getirilmesi için öngörülen prosedürel mekanizmalara yer verilmemesi söz konusu incelemeyi eksik bırakacak, regülasyon fotoğrafının tamamının gözler önüne serilebilmesini engelleyecektir. Aşağıdaki satırlarda, bu mekanizmaların belli başlı özellikleri üzerinde durulacak, genel kanun niteliğindeki APA'ya öncelik ve ağırlık verilmek suretiyle aynı zamanda İdarenin regülasyon faaliyetinde kullandığı düzenleyici işlem yapma ve yargısal benzeri karar alma yetkilerinin "anlam" ve "işlevi" üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmış olacaktır. Söz konusu yetkilere yönelik incelemeyi bu bölüme bırakmamızın sebebi, APA'nın idari işlem yapma sürecini ayrıntılı bir şekilde belirlemesinden ötürü, "prosedür" ile "yetki"nin birbirinden ayrılmayacak derecede bütün olarak görülmesi ve çoğu zaman birlikte ele alınmasıdır.

Amerika Birleşik Devletlerinde regülasyon kurumları, kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getirip bunlara ilişkin politikaları (regulatory policy) ortaya koyarken temelde iki prosedürel araç (procedurel vehicle) kullanmaktadır. İdare, "genel" nitelikli işlemleri ile kural koyma faaliyetini "rulemaking" mekanizması ile gerçekleştirirken, birel nitelikli kararlarının birçoğunu yargılama fonksiyonu benzeri işlev sergilediği (uyuşmazlık çözdüğü) "adjudication" vasıtasıyla yürürlüğe sokmaktadır. APA şekle bağlı (formal) ve şekle bağlı olmayan (informal) olarak ayırdığı bu mekanizmalardan bir kısmının hangi koşul ve istisnalara bağlı olarak işleyeceğini ortaya koyan kuralları barındırmaktadır. Bu bağlamda APA'da yer alan usuli kurallar İdarenin işlem yaparken izlemesi gereken süreci belirleyen, kendisine verilen bu araçları nasıl kullanması gerektiğini gösteren bir nevi "kullanım kılavuzu"dur. Ancak İdarenin işlem yaparken

tabi olacağı usuli kurallar yalnızca APA'da yer alanlarla sınırlı değildir. Günümüzde bir çok İdare, regülasyon faaliyetini yerine getirirken tesis ettiği işlemlerde, APA yanında veya APA'dan farklı olarak, özel yasal düzenlemelerle getirilmiş prosedürleri de izlemek durumundadır.

Regülasyon faaliyeti yerine getirmek üzere bir "agency" kuran veya mevcut bir "agency"e yeni bir regülasyon programını uygulama sorumluluğunu yükleyen yasa, söz konusu idareye (**1**) kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için gerekli olan "kural (rule-general regulation) koyma" ("rulemaking")[4]; ve (**2**) bu faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözme ve bunun neticesinde, birel işlem niteliğindeki "yargısal (benzeri) karar" ("adjudicative order" ya da "case by case decision[5]") alma ("adjudication") yetkisi vermektedir. Bu yetkilerin hukuka uygun kullanılması için getirilen usul kuralları ise başta Anayasa'da yer alan ilke ve prensipler ile 1946 tarihli İdari Usul Yasası ve bunlara ek olarak kimi zaman "agency"lerin görev ve yetkilerini belirleyen özel kanunlarda yer almaktadır.

1. Federal İdari Usul Kanunu (Administrative Procedure Act)

"Agency"lerin regülasyon faaliyeti, bu faaliyete işlerlik kazandıran hukuki işlemlerin hem "esası"nı hem de bu işlemleri tesis ederken izlenilmesi gereken "prosedür"ü konu edinmektedir. Ancak daha önce de vurgulandığı gibi, Amerika Birleşik Devletlerinin modern İdare Hukukunda, "prosedür" e daha fazla yer açılmıştır[6].

Supreme Court Yargıcı SCALIA tarafından "İdari Usulün Magna Carta'sı" olarak nitelenen[7] İdari Usul Yasası, Amerikan İdare Hukukunu sistematize eden ilk düzenlemedir[8]. 1946 tarihli Yasa, New Deal

4 Breyer et al., **Administrative Law**, s. 23.

5 **a.y**.

6 Lawson, Federal Administrative Law, s. 178.

7 Antonin Scalia, "Vermont Yankee: The APA; The D.C., And The Supreme Court", **Sup. Ct. Rev.** 375, (1978).

8 Walter Gellhorn, "The Administrative Procedure Act: The Beginnings", **72 Va. L. Rev.** 219, 219-233 (1986).

döneminde sayıları hızla artan federal idarelerin tatbik ettikleri usulleri belirli bir sistem ve düzene oturtmak amacını taşıyan ve on yıldan daha fazla süren çabaların ürünü olarak ortaya çıkmıştır.[9] Söz konusu yasa her yıl yüz binlerce kez tatbik edilen "adjudication" ve "rulemaking" muamelelerinde izlenmesi gereken yöntemi belirlemiş[10] ve bu yönüyle yarı-anayasal bir statü kazanmıştır[11]. APA ile güdülen amaç, regülasyon faaliyetinde bulunan bütün idari kurumları minimum düzeyde de olsa, ortak bir takım prosedürel standartlara tabi tutmak[12] ve kendilerine verilen yetkileri kullanırken, hem esasa hem de usule ilişkin kurallara uyup uymadıklarını Yargı organına sağlıklı bir şekilde denetlettirme olanağı sağlamak idi[13]. Böylelikle Yasa, idari işlemlerden menfaati etkilenenlerin haklarını ve bu haklarının nasıl kullanılacağını bilmelerinin garantisini teşkil ediyordu.[14].

APA, New Deal rejiminin uygulanmaya başlamasıyla regülasyon kurumlarının son derece geniş yetkilere kavuşturulmasına eleştiri getirenler ile İdare'ye serbest bir hareket alanı bırakılmasını savunanlar arasındaki tartışmalara bir uzlaşı mekanizması olmak üzere yürürlüğe girmiştir[15]. Neticede, idari işlem yapma sürecinin belirli bir standardizasyona ihtiyaç duyduğu, buna karşılık idari kurumların teşkilatlanmaları ve karar almalarında bir dereceye kadar takdir alanına da ihtiyaç bulunduğu kabul edilmiştir[16].

---

[9] Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane, **Administrative Law, The American Public Law System : Cases and Materials,** , St. Paul, Minn.: West Pub. Co., (3rd ed. 1992), s. 141.

[10] Breger, s. 339.

[11] Michael Asimow, "The Influence of the Federal Administrative Procedure Act on California's New Administrative Procedure Act", **3 Tulsa L.J.** 297 (1996-1997); Ayrıca Bkz. Alan B. Morrison, "The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law", **72 Va. L. Rev.** 253 (1986).

[12] Jacob A. Stein, Glenn A. Mitchell, Basil J. Mezines, **Administrative Law**, Volume 1, New York, N.Y.: Mathew Bender, § 4.04, 4-32., (1996).

[13] Mashaw et al., s. 141.

[14] Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 253.

[15] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 23.

[16] U.S. Department of Justice, Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act, 1947, s. 5-7.

Yasa, esasen, idarelerin kararlarını nasıl alacaklarını belirleyen kuralları - ve bu kurallara paralel bir şekilde - mahkemelerin hangi durumlarda sözü edilen kararları hukuka aykırı olarak niteleyeceğini gösteren bazı ölçütleri ortaya koymaktadır. Bu sistem, bir yandan kural-koyma sürecinde belirli bir esneklik-serbesti yaratırken diğer yandan İdarenin Kongre tarafından çıkarılan yasaları uygulaması aşamasında birey-devlet ilişkisine biçim vermektedir[17]. Ne İdareyi, ne de İdare ile hukuksal ilişki içinde bulunanları kollayan bir niteliğe sahip olan APA bu yönüyle yansız ve rasyonel bir görünüm arz ermiştir[18].

Amerika Birleşik Devletlerinin ilk zamanlarında idareler (agencies), Savaş, Dışişleri, Hazine ve Adalet Bakanlıklarından müteşekkil idi. Bunlar, düzenleyici işlem yapma ya da yargısal benzeri kararlar alma gibi, bugün için regülasyonun tipik unsurlarını oluşturan fonksiyonları icra etmediklerinden, görmüş oldukları faaliyetler neticesinde "kuvvetler ayrılığı", "due process" veya bugün APA'da yer alan düzenlemelerden kaynaklanan meseleler gündeme gelmemekte idi. Aslında, günümüzde de bazı idarelerin bir takım faaliyetleri bu gibi tartışmaların dışında kalmaktadır. Örneğin Dışişleri ve Savunma Bakanlığınca alınan kararların bir çoğu regülasyon fonksiyonuna ilişkin değildir. Askerlerin belirli bir alanda konuşlandırılması, yabancı devletler ile anlaşma imzalanması gibi kararlar regülasyon kapsamına girmeyen ve APA'daki kurallara tabi olmayan işlemlerdir. Bunun dışında, Yürütme içinde yer alan idarelerin bazıları, öteden beri, mahkemelerde dava açılması, vergi toplanması, çeşitli amaçlarla federal fonların dağıtılması, federal devlete ait malların idaresi ve işletilmesi, güvenli olmayan gıda ve ilaçların toplatılması gibi faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu gibi tasarruflar esasen "agency"lere bu konuda yetki veren kanunun, gösterdiği usullere göre uygulanmasından ibaret olmaktadır.

İdarelerin özel kişilerin neyi yapmaları neyi yapmamaları gerektiğini belirlemek suretiyle, doğrudan regüle etmeye dayanan faaliyetleri gündeme gelene kadar, kuvvetler ayrılığı prensibi ve "due process" ilkesinin

---

[17] Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 253.

[18] Marshall J. Berger, "The APA: An Administrative Conference Perspective", **72 Va. L. Rev.** 337, 339 (1986).

ihlaline yönelik endişeleri gidermeye yönelik prosedürel önlemlere gerek duyulmamakta idi. APA'nın kabul edilmesinden sonra da, "agency"lerin katıksız yürütme fonksiyonları, APA'nın spesifik usul kuralları ile çevrelenmemiş, yalnızca ilgili kanunlarında öngörülen usuli yükümlülüklere tabi kılınmıştır. Buna karşılık regülasyon faaliyeti kapsamındaki tasarruflar ve bunların yargısal denetimine ilişkin esaslar için başvurulacak başlıca adres APA'dır.

Regülasyon faaliyetleri kapsamında bütün idareleri bağlayan asgari bir usul düzenlemesi, bu idarelerin her birinin, karşılarına çıkan benzer prosedürel problemleri tek başlarına çözme çabası içine girmelerinin ve gereksiz zaman ve maliyet kayıplarına yol açılmasının önüne geçmektedir.[19]İdarenin yaptığı işlemlere belirli bir standartın getirilmesi "agency"lere olan güveni artırmakta ve İdare'ye daha istikrarlı ve verimli işlemler yapma imkanı vermektedir[20].

Diğer bütün idari mekanizmalarda olduğu gibi, APA'nın da bir takım olumsuz yönleri bulunmaktadır. Birincisi, şayet İdare isabetli ve adil kararlar alabilme adına ekstra bir takım usuller getirmeye çalışır ise bu takdirde belirgin bir gecikmeye yol açılması kaçınılmaz olacak, bu gecikme ise oldukça maliyetli sonuçları beraberinde getirecektir[21]. İdari usulü eleştirenler, söz konusu sürecin toplumun beklentileri ile uyumlu olmadığını, sosyal ve ekonomik alana ilişkin faaliyetlerde yavaşlığa ve hantallığa neden olduğunu, verimsiz, etkisiz ve bireylerin menfaatleri bakımından adil olmayan bir nitelik arzettiğini iddia etmektedirler[22]. Nitekim, BONFIELD, genel ve kapsamlı bir düzenlemeye dayalı tekdüzeliğin aşırılığa ve kendisinden beklenmeyen sonuçlara neden olacağını ileri sürmüş, bir çok "agency"nin görev alanının ve bu alandaki faaliyetlerinin farklı koşullara göre belirlenmesi nedeniyle, bir "agency" için etkili, ekonomik ve rasyonel olan prosedürün diğeri için aynı sonuçları vermeyeceğini

---

[19] Arthur E. Bonfield, "The Federal And State Administrative Law", **72. Va. L. Rev.** 304-305 (1986).

[20] **a.e.**, s. 305.

[21] Asimow et al., s. 10.

[22] a.y.

vurgulamıştır[23]. Bu eleştirileri getirenler APA'nın yeniden tasarlanarak, kendine özgü karakter gösteren koşul ve konulara uygulanmaması gerektiğine işaret etmekte ve yeknesaklık kaygısının farklılık taşıyan durumlar ile dengelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar[24].

Bütün bu eleştirilerde belirli bir haklılık payı olsa da, Amerikan Hukuku bakımından, APA regülasyon faaliyetinden beklenen kamu yararı ile bireylerin hak ve menfaatlerini dengelemeye yarayan usuli mekanizma seçenekleri içinde şimdilik akla gelen en iyisidir ve bu nedenle bir çok ülke hukukuna ilham kaynağı olmuştur. Bu nedenle, aşağıdaki satırlarda APA'da yer alan kurallar ile regülasyon ilişkisi daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2. Düzenleyici İşlem Yapma ("Rulemaking")

Regülasyon faaliyeti bakımından en ayırt edici yetki olarak gösterilen düzenleyici işlem yapma[25] ("rulemaking"), "public utility"lerin tarifelerini belirlemeden, özel faaliyete ilişkin bağlayıcı kurallar getirmeye veya bu kurallara açıklık getirilmesi ve riayet edilebilmesi için bağlayıcı olmayan yönerge ve bildiriler yayınlanmasına kadar varan geniş bir kapsama sahiptir[26]. Düzenleyici işlem yapma süreci, genel olarak, idareye belirli bir düzenleme hazırlığında olduğunu ilan etme, ilgililerden bu konuda görüş alma, Federal Resmi Gazetede nihai düzenlemeyi ve bu düzenlemenin genel bir gerekçesini yayınlama zorunluluğu getiren birden çok aşama ve işlemden oluşmaktadır. Bu sürece yön veren prosedürel kurallar da APA'da yer almaktadır.

Düzenleyici işlem yapma İdarenin geleceğe yönelik irade açıklamasında kullanılan ve birel nitelikli kararlar almaya ("adjudication") ilişkin muamelelerin esaslarının objektif ve genel kriterlere göre uygulanmasını sağlayan temel mekanizmadır[27]. Amerikan Doktrinde, "rulemaking",

[23] Bonfield, s. 305.

[24] **a.y.**

[25] Glen O. Robinson, Ernest Gellhorn, Harold H. Bruff, **The Administrative Process**, St. Paul, Minn: West Publishing, (3rd ed. 1986), s. 35.

[26] Strauss, **Administrative Justice**, s. 219-220.

[27] Richard J. Pierce, Jr., **Administrative Law Treatise**, Volume I, New York: Aspen Law & Business, (4th ed. 2002), s. 368-369.

birçoklarınca (regülasyon) politika(sı) oluşturmak (policy making)[28] ve genel nitelikli uygulama alanlarını göstermek için en uygun araç olarak kabul edilmektedir[29]. Regülasyondan sorumlu idareler, düzenleme yaparken politika alternatifleri üzerinden tercih belirler. Bu nedenle, Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar ile karşılaştırıldığında "rulemaking" regülasyon politikası üretmek bakımından tali yetki olarak ortaya çıkmaktadır. İdareye yetki veren Yasa belirli alternatifleri seçmesini yasaklamakta veya bazılarına engel olurken diğerlerini tercih etmesini yükümlü kılmaktadır[30].

SCALIA, APA ile düzenleyici işlem yapma yönteminin belirlenmesini federal idare sistemi bakımından en dikkat çekici gelişmelerden biri olarak görmektedir[31]. Supreme Court'un İdare Hukuku kökenli Yargıcı, bu yöntemin kullanılmasını, birel nitelikli "adjudication" muamelelerinden genel nitelikli "rulemaking" düzenlemelerine geçilmesinin ve bu yönteme her geçen gün daha fazla başvurulmasının, İdare Hukukunun yapısını tamamen değiştirdiğini belirtmektedir.[32]"

Demokratik bir yönetim için büyük bir önem taşıyan düzenleyici işlem yapma yönteminin en önemli getirisi katılıma olanak sağlamasıdır. Bu yöntem sayesinde, yargısal benzeri karar almadan farklı olarak, yalnız işlemin muhataplarına değil, aynı zamanda işlemden etkilenmesi muhtemel olanlara söz konusu süreçte yer alma olanağı tanınmaktadır[33]. Bu bakımdan, düzenleyici işlem yapma süreci, politik olarak aktif kişi veya grupların, tasarlanan bir idare politikasının lehinde veya aleyhinde faaliyet gösterip bu yönde bir etki bırakmalarına olanak tanımaktadır.[34]

---

[28] Kenneth Culp Davis, **Administrative Law Text**, St. Paul, West Pub. Co. § 7.03 (3rd ed. 1972).

[29] Charles H. Koch, **Administrative Law and Practice**, Volume I, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1997, s. 317.

[30] Shapiro, s. 43.

[31] Scalia, Vermont Yankee: The APA, s. 376.

[32] a.y.

[33] Asimow et al, s. 219.

[34] a.y.

Düzenleyici işlemlerin genel ve objektif niteliği, idareye regülasyon faaliyetini yerine getirirken birbiriyle tutarlı birel nitelikli uygulama işlemleri yapma olanağı verir. Düzenleyici işlem yapma yöntemini, çağdaş bir idare anlayışı için önemli kılan bir başka husus ise, politik bakımdan hesap verilebilirlik ve yasama tipi (legislative-type) işlem yapabilmenin meşruluğunu sağlayabilmek açısından belli başlı politika kararları almak için Kongre'nin üyelerini, Başkan'ı ve toplumun diğer üyelerini haberdar etme ve bunlara da "agency" tarafından tercih edilen politikaları etkileme imkanını vermesidir.[35].

Yukarıda da vurgulandığı üzere, regülasyon idareleri belirli bir "politika" ("policy") üretmek istediklerinde düzenleyici işlem yapmayı tercih etmektedirler. Bunun sebebi söz konusu yöntemin, yargısal benzeri karar almaya oranla, benzer statüde bulunanlar için üniform bir uygulama yaratması olasılığının yüksek olmasıdır. Bu tür bir yeknesaklık sayesinde, düzenleyici işlem, kapsamına aldığı herkesi aynı zamanda ve aynı koşullarla etkilemektedir.[36]. **APA'da "rulemaking" sürecini düzenleyen prosedürel kurallara dayalı olarak prospektif (ileriye dönük) nitelikli işlemler yapma imkanına sahip olan regülasyon idareleri, ilerideki uygulamalarına dayanak alınacak kuralları gösterebilme esnekliğine sahip olmaktadır**[37]. Bu özellik, yasama faaliyetine benzer yöntemlerle ortaya çıkan düzenleyici işlemlerin, içtihat hukuku (case law) benzeri bir sistem yaratan "adjudication" yöntemi ile ortaya çıkan işlemlere göre daha öngörülebilir olduğunu ortaya koymaktadır. Düzenleyici işlemler İdarenin takdir yetkisine esaslı bir takım standart ve sınırlamalar getirdiğinden regülasyon idarelerinin yasal düzenlemeleri uygulamaya yönelik faaliyetini kolaylaştırmaktadır[38]. Düzenleyici işlem yapmanın diğer bir işlevi ise "sıklıkla tekerrür eden meseleleri her defasında ayrı ayrı ele almak yerine, önceden çözüm bulma yolunu açmasıdır[39]. Bunun yanında, "düzenleyici işlem yapma süreci sonunda ortaya çıkarılan kural"ların

---

35 Pierce, **Administrative Law Treatise**, s. 370.

36 Asimow et al., s. 219.

37 Koch, s. 317.

38 Pierce, **Administrative Law Treatise**, s. 370-372.

39 Arthur Bonfield, "State Administrative Policy Formulation and The Choice of Lawmaking Methodology", **42 Admin. L. Rev.** 121, 127 (1990).

uygulanması, "belirli uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması suretiyle ortaya çıkan kural"lardan daha kolay ve masrafsızdır[40].

Şüphesiz, İdare Hukukuna ve İdarenin faaliyetine ilişkin hemen her konuda olduğu gibi, düzenleyici işlem yapma sürecinde de ihtiyatlı olunması gereken bir takım hususlar bulunmaktadır. Düzenleyici işlemler kimi zaman çok teorik, muğlak olabilmekte ve her olaya özgü farklılıklar dikkate alınmadan tesis edildikleri için adil olmayan bir takım sonuçlar doğurabilmektedir.[41] Bu bakımdan idarelerin, uygulanabilirliği mümkün veya pratik olmayan kuralları "rulemaking" yoluyla tesis etmekten kaçınmaları gerektiğine yönelik görüşler doktrinde sıklıkla yer bulmaktadır[42].

Düzenleyici işlem yapmayı masraflı ve uzun zaman alan bir süreç olarak ortaya çıkaran faktörlerin başında yargı yerlerinin, bu tür işlemleri sıkı bir denetime ("hard look review") tabi tutma arzusu gelmektedir. Mahkemelerin gün geçtikçe yoğunlaşan denetimi ve İdareden, kimilerince gerçekçi olmadığı iddia edilen, beklentileri düzenleyici işlem yapma sürecini oldukça uzun zaman alan, maliyetli ve karmaşık bir hale sokmuş, bu durum da "rulemaking osifikasyonu (sertleşmesi)" teriminin doktrinde yer bulmasına ve "agency"lerin "rulemaking" yöntemini kullanmakta eskisi kadar istekli olmamasına neden olmuştur[43]. Ancak bu gibi olumsuzluklar bile düzenleyici işlem yapma sürecinin ve bu süreci genel olarak düzenleyen APA'nın önem ve etkisini azaltmaya yetmemiştir.

a. İdari Usul Yasasındaki Düzenleyici İşlem Yapma Sürecine İlişkin Kurallar

"Düzenleyici işlem" terimi APA'da oldukça geniş bir çerçevede, hukukun veya idare politikasının (regülasyon politikasının) uygulanma

---

[40] Richard J. Pierce, Jr, "Rulemaking and the Administrative Procedure Act", **32 Tulsa L. J.** 185, 189 (1996).

[41] Asimow et al, s. 220.

[42] Bonfield, s. 133.

[43] Pierce, **Rulemaking and the Administrative Procedure Act**, s. 195; Paul R. Verkuil, "Comment: Rulemaking Ossification-A Modest Proposal", **47 Admin L. Rev.** 453 (1995).

ve yorumlanması ile idari kurumların teşkilat ve işleyişine ilişkin tanımlamaları kapsayıcı biçimde tarif edilmiştir.

APA uyarınca düzenleyici işlem (rule), İdarenin, ileriye etkili olarak[44], belirli bir politika veya hukuk kuralının, koyulması, yürütülmesi veya yorumlanması veya İdarenin teşkilat, prosedür ve uygulama yükümlülüklerinin belirlenmesine yönelik genel veya kısmi uygulama alanı olan[45] irade açıklamasıdır[46]. Yasa, "düzenleyici işlem yapma"yı ("rulemaking") ise "İdarenin düzenleyici bir işlem oluşturması, değiştirmesi veya kaldırmasına yönelik süreç" olarak tanımlamıştır[47].

APA temelde düzenleyici işlem yapma sürecine yönelik olarak üç farklı yöntem öngörmektedir. Bunlardan sıklıkla kullanılanı ve APA'daki "genel" usul olarak kabul edileni "informal rulemaking" (şekle bağlı olmayan düzenleyici işlem yapma) veya "notice and comment rulemaking" (ilan-eleştiri suretiyle düzenleyici işlem yapma) adı verilen yöntemdir. Öncelikle buradaki şekle bağlı olmayan (informal) terimi ile kastedilenin, sözü edilen yöntemin hiçbir şekil kuralına tabi olmaması değil, asgari bir

---

[44] APA'daki düzenleyici işlem tanımının en önemli vurgularından biri ileriye dönük etki doğurmasıdır. Supreme Court bu düzenlemeyi dikkate alarak düzenleyici işlemlerin geriye yönelik olarak uygulanmaların hukuka uygun olmadığı yönünde kararlar vermektedir. (Bkz. Bowen v. Georgetown Univ. Hosp., 488 U.S. 204, 216 (1988); Mahkeme, bu tür işlemlerin geçmişe dönük etki doğurmasının ancak, Kanun Koyucunun, Anayasa gereğince geçmişe etkili olması gereken bir durum veya konuyu açıkça vurgulaması durumunda, istisnaen mümkün olabileceğini belirtmektedir. (Bkz. Landgraf v. USI Film Prod., 511 U.S. 244, 265-266 (1994))

[45] Buradaki kısmi uygulama terimi, APA'yı tasarlayanların tarife belirleme gibi kısmi içeriği olan bazı işlemlerin, göreceli olarak daha esnek usullere tabi olan rulemaking vasıtasıyla tesis edilmesini istemelerinden dolayı tanımda yer almıştır. Kenneth Culp Davis, **Administrative Law Treatise**, (2nd ed.) San Diego: K.C. Davis Pub. Co., § 7:3, (1978). Genellik-kısmilik ayrımına verilebilecek bir örnek olarak, İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresinin (Occupational Safety and Health Administration) işyeri güvenliğinin sağlanması için bütün işyerlerine yönelik olarak getirdiği düzenleme genel bir uygulanabilirlik sağlamakta buna karşılık belirli türdeki işyerlerine (örneğin tersenelere) yönelik getirilen bir düzenleme genel niteliğini korumakla beraber tüm işverenlere değil, yalnızca bu tür işyerlerine sahip olanlara uygulanmaktadır. Ancak, bu kısmi uygulanma işlemin genel niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

[46] 5 U.S.C.A. § 551 (4).

[47] 5 U.S.C.A. § 554 (5).

takım kurallara göre işlemesi ve şekle bağlı olan ikinci yönteme göre daha esnek bir düzenleme süreci öngörmesi olduğunu vurgulamak gerekir.

Oldukça basit ve esnek bir karaktere sahip olan bu yöntem, idari kuruma üç aşamadan oluşan bir dizi usuli yükümlülük getirmektedir. Birinci aşama, İdarenin çıkarmaya niyetlendiği düzenleyici işlemin taslağını öncelikle Resmi Gazetede (Federal Register) yayınlamasını zorunlu tutmakta ve böylelikle ilgililerin böyle bir çalışmadan haberdar edilmesini amaçlamaktadır. Sözü edilen ilanda, tasarlanan işlemin esasına veya ilgili olduğu konu ve meselelerin tanım ve açıklamasına yer verilmesi gerektiği gibi, söz konusu düzenlemenin yasal dayanağının ve bu taslağa yönelik eleştirilerin ne kadar süre içinde ve nereye gönderileceğine ilişkin bilgilerin de yer alması gereklidir[48]. Bütün bunlar, ilgililerin, İdarenin neyi niçin yaptığının farkına vararak taslak hakkındaki eleştiri, katkı ve yorumlarını İdareye sunmalarına fırsat vermektedir ki, söz konusu sürecin ikinci aşaması da bu hakkın kullanılmasına ilişkindir. Bu bağlamda, APA, idarelerin "ilgililere konuya ilişkin görüş, bilgi ve tartışmaları ihtiva eden eleştirilerini sunmak suretiyle düzenleyici işlem yapma sürecine katılım imkânı tanımasını" zorunlu tutmuştur[49]. Nihayet Yasa, üçüncü aşamada, İdareye, ilgililerin sunduğu bu eleştirileri dikkate alıp değerlendirdikten sonra, kısa ve öz nitelikte (concise) bir genel gerekçesini de eklemek suretiyle[50] öngördüğü düzenlemenin son halini, belirli istisnalar dışında, yürürlüğe girmesinden en erken 30 gün önce[51] yine Resmi Gazetede yayınlama

[48] U.S.C.A. § 553 (b).

[49] U.S.C.A. § 553 (c); APA uyarınca, informal rulemaking sürecinde, İdare, ilgililere sözlü olarak dinlenme imkanı veren "oturum"lar tertiplemek zorunda değildir. Dolayısıyla, bu tür oturumlar tertiplenmesi veya bir takım uzmanların sözlü açıklama ve ifadelerine başvurulması konusunda, "agency"nin takdir yetkisi bulunmaktadır.

[50] Genel gerekçede yer alan açıklamalar aslında, taslağın ilan edilme aşamasında yer verilen açıklamaların ilgililerin yorumları alındıktan sonra gözden geçirilmiş halidir. Bu açıklamaların, söz konusu düzenlemeyi yargısal denetime tabi tutan mahkemenin, ilgili süreçte hangi temel politikaların tartışmaya açıldığını ve İdarenin bunlara nasıl bir yaklaşım gösterdiğini görmesine yetecek derecede anlaşılabilir olması gereklidir. Bkz. Automative Parts & Accessories Ass'n v. Boyd, 407 F.2d 330, 338 (D.C. Cir. 1968).

[51] Bu tür bir süre şartının getirilmesinin amacı, regülasyona tabi kişi veya kurumların ilgili düzenlemeden haberdar olduktan sonra bu düzenlemeye riayet edebilmek adına gerekli koşulları sağlayabilmeleri için, yürürlüğe girinceye kadar belirli bir zaman tanımaktır.

yükümlülüğü getirmiştir[52]. Bu nedenle, ilgili düzenleme ancak bu sürecin sonunda uygulanabilir olmakta ve "Code of Federal Regulations" ismi verilen düsturda kodifiye edilmektedir.

"Rulemaking" sürecine yönelik olarak APA'nın öngördüğü ve günümüzde pek fazla uygulama alanı bulmayan ikinci yöntem "formal rulemaking" adı verilen "şekle bağlı düzenleyici işlem yapma"dır. APA, düzenleyici işlem yapmada genel usul olarak belirlediği şekle bağlı olmayan düzenleyici işlem yapma yöntemine ("informal rulemaking) §553(c)'de istisna getirmiş ve "*yasanın, genel düzenleyici bir işlemin ancak ilgililere dinlenme hakkı verilen bir oturumdan sonra düzenlenen tutanağa göre yapılmasını gerekli gördüğü durumlarda"* İdarenin, §556 ve §557'ye tabi olduğunu, yani "formal adjudication" (şekle bağlı yargısal benzeri karar alma yöntemi) için öngörülen usuli kuralların birçoğunu tatbik etmek zorunda kalacağını belirtmektedir. Dolayısıyla İdare'ye düzenleyici işlem yapma yetkisi veren bir kanun aynı zamanda bu tür bir usuli yükümlülük getirmiş ise, söz konusu düzenlemenin yürürlüğe sokulmasından önce, duruşma benzeri bir oturumun tertip edilmesi ve ilgili düzenlemeden etkilenen kişilere sözlü ifade ve karşı yönde getirilen iddiaları cevaplama olanağı yaratılması zorunludur.

Supreme Court bir yasanın ilgili idareyi "formal rulemaking" yöntemini tatbik etmekle zorunlu tuttuğunun kabulü için, söz konusu yasal düzenlemedeki ifadenin açık ve anlaşılır olması gerektiğini belirtmiştir[53]. Supreme Court'un duruşma benzeri oturumların "rulemaking" sürecinde ancak istisnai durumlarda gündeme gelebilecek, fazla tercih edilmeyen bir yöntem olduğunu gösteren bu yöndeki kararlarına destek verenler, söz konusu yöntemin oldukça maliyetli olması ve uzun zaman almasına rağmen ortaya çıkan düzenlemenin isabetliliğine pek fazla katkı yapmadığını iddia etmektedirler[54].

---

[52] U.S.C.A. § 553 (d).

[53] United States v. Alelegheny-Ludlum Steel Corp., 406 U.S. 742 (1972); United States v. Florida East Coast Railroad Co., 410 U.S. 224 (1973).

[54] Bkz. Robert W. Hamilton, "Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking", **60 Cal. L. Rev.** 1276 (1972). Bu konudaki en çarpıcı örneklerden biri, regülasyon yetkilerinden bazılarını kullanırken "formal rulemaking" yöntemini tatbik etmekle yükümlü tutulan

Buna karşılık, regülasyona tabi olup, İdarenin yaptığı düzenleyici işlemlerden etkilenen sektörlerin temsilcileri ve diğer ilgililer, "informal rulemaking" prosedürünün "formal rulemaking"e oranla daha az güvence verdiğini ve ikinci yöntemin daha adil olduğunu, birincisinde, karşıt görüşlerden haberdar olma ve bunlara yönelik cevap verebilme veya karşı deliller sunabilme olanaklarının daha az olduğunu, çoğu zaman, Bilgi Edinme Kanununun verdiği imkanlar haricinde, İdarenin yapılan eleştirilere rağmen aksi yönde tutum takınmasının dayanağını oluşturan bilgi, belge ve değerlendirmeleri inceleme olanaklarının bulunmadığını ve bu nedenle İdarenin isabetsiz karar alma riskinin artığını iddia ederek şekle bağlı düzenleyici işlem yapma yöntemine daha sık başvurulması gerektiğini savunmakta ve ilgili idareyi bu yola sevk etmek için çaba göstermektedirler.

Düzenleyici işlem yapma sürecine yönelik olarak APA'da dile getirilen yöntemlerden üçüncüsü belirli bir takım istisnalara dayalı olarak idarelere bazı muafiyetler tanıyan ve bu nedenle "istisnai düzenleyici işlem yapma yöntemi" ("exempted rulemaking") adı verilen modeldir. Buna göre ilgili düzenleme APA da yer verilen istisnai kategorilerden birine giriyorsa bu takdirde ilan ve eleştiri ("notice and comment") aşamalarından muaf tutularak doğrudan yürütülebilir-kesin bir düzenleme olarak yayınlanabilmektedir. Ancak idari makamlar, eğer isterlerse, böyle bir olanağa rağmen yine de "ilan ve eleştiri" prosedürünü tatbik edebilmekte ve çıkarmayı düşündükleri düzenlemelere ilişkin olarak ilgililerin eleştiri ve görüşlerinden faydalanabilmektedirler[55]. İstisnai kaideler genellikle

FDA'ya ilişkindir. Söz konusu idarenin "fıstık yağı"nın standartlarını düzenleyen bir işlemine ilişkin "formal rulemaking" sürecinde, fıstık yağındaki fıstık oranının %87 mi yoksa %90 mı olması gerektiğine ilişkin tartışmada, farklı görüşte olanların haftalarca süren oturumlarda ilgili uzmanların karşıt fikirlerini değerlendirip sonuca varabilmesi için yüzlerce sayfa belge sunmuşlardır; Hamilton, "Rulemaking on a Record by the Food and Drug Administration", **50 Tex. L. Rev.** 1132 (1972).

[55] APA esasen, ilgililerin İdarenin faaliyetlerinden haberdar edilmesi ve İdarenin işlemlerinin yapılış sürecine katılmalarını sağlamaya yönelik bir politika üzerine inşa edildiğinden bu tür istisnalar genellikle dar yorumlanmaktadır. Bkz. American Fed'n of Gov't Employees, AFL-CIO, v. Block, 655 F.2d 1153, 1156 (D.C. Cir. 1981); Arthur E. Bonfield, "Military and Foreign Affairs Function Rulemaking Under the APA", **71 Mich. L. Rev.** 221, 237 (1972).

askerî veya uluslararası faaliyetlere,[56] İdarenin iç işleyişine, sosyal yardım, teşvik ve kredilere, kamu mallarına ve sözleşmelere[57] ilişkin konulara özgülenmiştir[58]. Yukarıda vurgulanan prosedürün uygulanmasının gereksiz, elverişsiz veya kamu yararına aykırı olduğu durumlar da istisna kategorilerinden biridir[59]. Ancak, İdarenin bu durumların neden kamu yararına elverişsiz, gereksiz ve aykırı olduğunu açıklaması zorunludur.

Bunun yanında, teknik olarak "düzenleme" tanımına girmekle birlikte açıklayıcı işlemler ile idare politikasına ilişkin işlemler, APA uyarınca, yöneldikleri amaçlar nedeniyle, ilan ve diğer aşamalardan muaf tutulmuşlardır. Ancak, bu gibi "iç düzen işlemleri" genel bir uygulama alanına sahipse Resmi Gazetede yayınlanmak şartına tabidirler. Esasen, Resmi Gazetede yayınlanması gerekip de yayınlanmayan düzenlemeler, bireylere, bunlardan haberdar olmadıkları müddetçe, hak ve menfaatlerini olumsuz etkileyecek biçimde uygulanamazlar.

Belirtmek gerekir ki, İdarenin tesis ettiği bir işlemin, APA'da yer alan istisnai kategoriye girip girmeyeceği ve İdare'ye usuli yükümlülüklerden muafiyet tanıyıp tanıyamayacağı sorunu basitmiş gibi görünse de, kimi zaman oldukça karmaşık ve içinden çıkılması güç bir hal almakta ve geçmişten günümüze, hem doktrini hem de yargılama cihazını yoğun bir şekilde meşgul etmektedir.

b. Düzenleyici İşlem Yapma Sürecinde Hibrid (Karma) Yöntem ("Hybrid Rulemaking")

1960'ların sonlarında "rulemaking" idari işlem yapma sürecinde sıklıkla tercih edilmeye başlanınca, APA'nın ortaya koyduğu prosedürlere duyulan memnuniyetsizlik daha fazla dile getirilmeye başlanmıştır. Her ne kadar, şekle bağlı olmayan düzenleyici işlem yapma, basit ve etkili bir yöntem olsa da, tasarlanan düzenlemenin esası hakkında ilgililerin bilgi

[56] 5 U.S.C.A. § 553 (a) (1).

[57] 5 U.S.C.A. § 553 (a) (2).

[58] Bununla birlikte, APA'ya göre özel nitelik arz eden kanunlar, kimi zaman İdareye, APA'da yer alan istisnaların kapsamına giren sözleşmelere, sosyal yardımlara ve personele ilişkin bazı konularda ilan ve eleştiri usulünü uygulama yükümlülüğü getirmektedir.

[59] 5 U.S.C.A. § 553 (b) (B); 5 U.S.C.A. § 553 (d) (3).

edinmesi ve eleştiriler getirmesine yönelik olarak ancak sınırlı bir takım haklar sağlayabiliyordu. Diğer taraftan, şekle bağlı düzenleyici işlem yapma yöntemi ise, bu tür sakıncaları giderse de, söz konusu süreci oldukça yavaşlatmakta ve maliyetli bir hale getirmekte idi. Bu nedenle, gerek Yasama organı, gerek mahkemeler gerekse regülasyon kurumlarından bazıları, doktrinin de desteğini alarak, ilgilerin bir yandan "rulemaking" sürecine etkin bir şekilde katılmalarını sağlayacak diğer yandan da bu süreci tıkanma noktasına getirmeyecek "ara-formüller" geliştirme yoluna gittiler. İşte, ilgililere görüşlerini sözlü olarak sunma ve kimi zaman çapraz sorgulama olanağı veren dinlenme hakkı tanınması veya tasarlanan düzenlemeye yönelik alternatiflerin değerlendirilmesi için regülasyon analizi yapılması gibi "informal rulemaking" sürecine ilave bir takım prosedürler getiren ama "formal rulemaking" kadar ayrıntılı da olmayan, "dengeleyici" bir takım prosedürler içeren yönteme "hybrid rulemaking" adı verilmiştir.

Yargı organları ilk başlarda bu yönteme ilişkin olarak son derece aktif bir tutum sergilemişlerse de, Supreme Court'un 1978 tarihli *Vermont Yankee* kararı bu yöndeki eğilime son vermiştir. Mahkeme, söz konusu kararında "son derece istisnai durumlar" haricinde, yargı organlarının, özel bir yasal düzenleme olmadığı müddetçe, "agency"leri APA'da yer almayan prosedürleri uygulamakla yükümlü tutamayacaklarına kanaat getirmiştir[60]. Dolayısıyla günümüzde, "hybrid rulemaking" yöntemi ancak Yasama veya bizzat İdarenin ortaya koyduğu düzenlemeler aracılığıyla gündeme gelebilecek bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır.

c. Müzakereye Dayalı Düzenleyici İşlem Yapma ("Negotiated Rulemaking")

1980'lere gelindiğinde, "rulemaking"i politik bir süreç olarak değerlendiren ve demokratik unsurlarla bezenmesi gerektiğini vurgulayan yargı kararları[61] ile şekle bağlı olmayan yönteme getirilen eleştiriler, bazı

[60] Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978); Supreme Court, bu sonuca ulaşırken, APA'nın idari usul ile ilgili olarak sosyal ve politik bakımdan karşıt görüşleri uzlaştıran bir formül geliştirdiğini ve Yasamanın bu yöndeki iradesinin değiştirilmesi görevinin Yargıya ait olmadığını dile getirmiştir.

[61] "…seçilmiş olmayan İdare görevlilerinin genel politika oluşturmalarının meşruluğu

idareleri düzenleyici işlemlerin tasarlanması aşaması için alternatif yöntem arayışlarına itmiş[62] ve bir takım düzenleyici işlemlerini, ilgili menfaat gruplarının bir araya gelip konu üzerinde müzakerelerde bulunmalarından sonra oluşturma yoluna sevk etmiştir. Düzenleyici işlemden menfaatleri etkilenecek grupların söz konusu işlemin kapsam ve sonuçları hakkında fikir birliğine varmalarını amaçlayan ve "müzakereye dayalı regülasyon" ("regulatory negotiation") olarak adlandırılan bu yöntem[63] "Administrative Conference[64]" tarafından destek bulduktan sonra, Kongre tarafından 1990 yılında "Müzakereye Dayalı Düzenleyici İşlem Yapma Yasası"nın ("Negotiated Rulemaking Act") yürürlüğe konulmasıyla yasal çerçeveye kavuşturulmuştur[65]. APA'da yer alan prosedürlere ilave bir takım usuller getiren[66] ve idarelerin bu konudaki yetkilerini belirginleştiren Yasa, söz konusu yönteme başvurulmasını zorunlu tutmamış, bu konudaki tercihi idarelerin takdirine bırakmıştır[67].

Yukarıda da belirtildiği gibi, müzakereye dayalı düzenleyi işlem yapma yönteminin esası, belirli durumlarda, "agency" temsilcileri ile çeşitli menfaat gruplarının bir araya gelerek yürürlüğe konulması tasarlanan düzenleyici işleme yönelik müzakerede bulunmalarını sağlamaktır. Şayet taraflar taslak üzerinde uzlaşmaya varmayı başarırlar ise düzenleyici işlemin uygulanması kolaylaşacak ve yargı yoluna götürülmesi ihtimali azalacaktır[68]. Yapılan görüşme ve tartışmalar neticesinde uzlaşma sağlanamasa

açıklık, erişlebilirlik ve bu görevlilerin onlara asıl olarak bu yetkiyi ihdas eden toplumun ihtiyaç ve fikirlerine cevap verebilme sorumluluğuna dayanır" Sierra Club v. Costle, 657 F. 2d 298, 345 (D.C. Cir. 1981).

62 Jeffrey S. Lubbers, **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 4th Ed., ABA Publishing, Illinois, 2006, s. 172.

63 Söz konusu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Negotiated Rulemaking Sourcebook** (2nd ed.) Administrative Conference of the U.S., Office of the Chairman, (David M. Pritzker, Deborah S. Dalton eds.), (1995).

64 "Administrative Conference", 1968 yılından itibaren, 1995 yılında varlığına son verilene kadar idarelerin ve idarelerin tatbik ettiği yöntemlerin geliştirilmesi için tavsiye niteliğinde kararlar vermek üzere görev yapan "agency"dir.

65 Negotiaed Rulemaking Act of 1990, 5 U.S.C. §§561-570.

66 Asimow et al., s. 316.

67 Lubbers, **A Guide**, s. 171.

68 Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 181.

bile, bu şekilde bir araya gelinmesi; regülasyon faaliyetinde bulunan idarenin uyuşmazlık yaratan meselelerin sınırını çizmesi[69], söz konusu meselelerin çözümü için gerekli bilgileri edinmesi, menfaat gruplarının endişelerinin ve öncelik verdikleri konuların farkına varması[70] ve kabul edilmesi muhtemel çözümleri tespiti etmesi bakımından önemli faydalar sağlamaktadır[71].

1990 tarihli Yasa'nın belli başlı kriterlerini belirlediği[72] "müzakereye dayalı düzenleyici işlem yapma" sürecinde, ilgili idare bu yönetimi denemeye karar verdikten sonra, bir veya birkaç tarafsız danışmanın[73] yardımıyla işlemden etkilenmesi muhtemel bütün menfaat gruplarının temsilcilerinden oluşan bir komite oluşturur[74]. İdarenin, yetkilendirdiği görevliler tarafından temsil edildiği ve tarafsız bir arabulucunun[75] (mediator) idare ettiği komite toplantılarının amacı bütün tarafların üzerinde uzlaştığı bir taslak metninin oluşturulmasıdır. Yasa "uzlaşma"yı "komite farklı bir şekilde tanımlamadıkça, bütün menfaat gruplarının oybirliği ile kabulü" olarak tanımlanmıştır[76].

Toplantılar sonucunda düzenleyici işlemin taslağı üzerinde uzlaşma sağlanırsa, İdare genellikle bu metni ("proposed rule") ilan eder. Bununla birlikte Yasa İdareye üzerinde konsensüs sağlanan taslağı veya bu taslağa

[69] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 638.

[70] Lubbers, A Guide, s. 172.

[71] Asimow et al., s. 315.

[72] 5 U.S.C. §563(a).

[73] Bu danışmanlara toplantıya çağıran kişi anlamına gelen "convenor" ismi verilmektedir.

[74] Yasa söz konusu komitede yer almaları gerektiğini ya da "yetersiz " bir şekilde yer aldıklarını düşünen menfaat gruplarına, toplantılarda temsil edilebilmelerine veya "daha iyi" temsil edilebilmelerine yönelik müracaatta bulunabilmeleri için "agency"nin bu yöntemi uygulayacağına dair kararının ilanından itibaren en az 30 günlük bir süre verilmesini zorunlu tutmuştur. Ancak "agency" bu müracaatları kabul edip etmeme konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. 5 U.S.C. §564.

[75] "Agency" tarafından aday gösterilen bu arabulucu, "agency"de görev yapmasa da Federal İdare'de istihdam edilen bir personel de olabilir. 5 U.S.C. §563. Ancak bu tür bir görev yapması onun tarafsız olmayacağı anlamına gelmez.

[76] 5 U.S.C. §562(2); Şayet komite düzenleme üzerinde uzlaşmaya varamazsa, ilgili bilgi, tavsiye ve diğer belgeleri "agency"e gönderir. 5 U.S.C. §563(a); Bu durumda, Komitenin faaliyeti nihai düzenlemenin yürürlüğe girmesine kadar devam edebilirse, "agency" veya komitenin kendisi bunun aksini kararlaştırabilir. (5 U.S.C. §567).

göre oluşturulmuş nihai düzenlemeyi aynen benimseyip ilan etme yükümlülüğü getirmemiştir[77].

Müzakereye dayalı düzenleyici işlem yapma usulü, uygulanmaya başladıktan sonra bazı koşullarda olumlu, bazılarında ise olumsuz sonuçlar vermiş ve bu durum söz konusu yöntemin fayda ve zararlarının değerlendirilmesi bakımından farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu tür bir düzenleme yönteminin İdarenin kamu yararını gözetme sorumluluğunu ihmal etmesine ve regülasyon sürecini "özelleştirme"sine yol açtığını[78], bunun yanında, APA'da yer verilen geleneksel yönteme göre daha masraflı olduğunu[79] belirtenlere karşı aksi görüşü savunanlar, ilgili menfaat gruplarının tasarlanma aşamasında üzerinde uzlaştığı bir düzenlemenin İdare tarafından ele alınan ve bu grupların sonradan görüş belirttiği bir düzenlemeye oranla daha kısa bir sürede yürürlüğe konulabileceğini ve uygulanmasının daha kolay olduğunu[80], düzenleyici işlem yapma sürecine sonradan değil de en başından itibaren katılma imkanı bulup, "regülasyon politikası"nın ilk elden formüle edilmesine katkıda bulunanların ilgili düzenlemenin yürürlüğe girmesi ve uygulanması bakımından daha fazla sorumluluk hissedeceği ve yargı yoluna gitmekten imtina edeceğini dile getirerek, özel hukuk kişilerinin rolünün artırıldığı

[77] Bu konuda kz. USA Group Loan Services v. Riley, 82 F.3d 708 (7th Cir. 1996).

[78] William Funk, "Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest", **46 Duke L. J.** 1351 (1997); Yazar, bu tür bir yöntemin, "agency"nin fonksiyonunu "yalnızca düzenleme taslağınının oluşturulmasında rol alan katılımcılardan biri" olma seviyesine indirdiğini ve böylelikle "agency"e katılımcıların üzerinde uzlaştığı düzenleme taslağını ilan etmekten başka bir sorumluluk vermediğini dile getirmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. William Funk, "When Smoke Gets in Your Eyes: Regulation, Negotation and the Public Interest - EPA's Woodstove Standarts", **18 Envtl. L.** 55 (1987).

[79] Cary Coglianese, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", **46 Duke L. J.** 1255 (1997).

[80] Nitekim Başkan Clinton tarafından çıkarılan 12.866 sayılı Talimatname, müzakereye dayalı düzenleme yöntemini kullanımını teşvik etmiş ve "agency"leri, uygun şartların varlığı durumunda, regülasyon faaliyetinin gelişimi için konsensüse dayalı mekanizmaları işletmeye sevk etmiştir. Bkz. Exec. Order 12,866 §6(a). Başkan'ın daha sonraki tarihte yayınladığı "Memorandum"da da agencylerin "dikte etme(yip)", "müzakere et(meleri)" ve müzakereye dayalı düzenleme yöntemini geliştirme yönünde çaba sarf etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. "Memorandum on Regulatory Reform", **1 PUB. PAPERS** 304 (1995).

bu yöntemin faydalarının, klasik "rulemaking" yöntemlerine göre daha fazla olduğunu iddia etmektedirler[81].

Buna karşılık, müzakereye dayalı sistemi savunlar bile, temsil edilecek menfaat gruplarının sayısının fazla olduğu ve söz konusu grupların temel bir takım konularda istek ve beklentilerinden fedakârlık yapmaya yanaşmayacakları durumlarda bu tür bir tekniğin uygulanmaya değer olmayacağını kabul etmektedirler[82].

3. Yargısal Benzeri Karar Alma ("Adjudication")

a. APA'da Yer Verilen Kurallar

APA, "yargısal benzeri karar alma"yı ("adjudication") İdarenin belirli bir konuda "karar" (order) almasına yönelik süreç olarak tarif ettikten sonra, buradaki "karar"ı da "agency"nin "düzenleyici işlem yapma" ("rulemaking") faaliyeti hariç, lisanslamayı da içine alan diğer faaliyetlerine ilişkin "nihai tasarruf" ("final disposition") olarak tanımlamıştır[83]. İşte

---

[81] Philip J. Harter, "Negotiating Regulations: A Cure for Malaise", **71 Geo. L. J.** 1 (1982); Philip J. Harter, "Assesing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking", **9 N.Y.U. Env. L.J.** 32 (2000); Jody L. Freeman, "The Private Role in Public Governance, **75 N.Y.U. L. Rev.** 543 (2000).

[82] Asimow et al., s. 314.

[83] Yasa, "adjudication" süreci sonunda ortaya çıkan "karar"ı nihai bir tasarruf olarak tanımladığından, diğer bir ifadeyle söz konusu süreç sonunda nihai bir işlemin ortaya çıkmasını gerekli gördüğünden, belirli bir konuda tahkikat (investigation) yapılmasına yönelik olan ve daha sonra tesis edilecek nihai işlemlerin "hazırlayıcısı" niteliğinde olan işlemler, bu sürece tabi olmamaktadır. Örneğin, Sivil Havacılık Yasası (Civil Aeronautics Act) uyarınca Sivil Havacılık İdaresi (Civil Aeronautics Authority) tarafından yürütülen "kaza soruşturmaları" (accident investigations) sonucunda nihai bir karar (order) verilmediğinden, bu faaliyet APA'daki anlamı ile bir "adjudication" sürecine tabi olmayacaktır. Bkz. Attorney General's Manual on the APA in **Federal Administrative Procedure Sourcebook** (William F.Funk, Jeffrey S. Lubers, Charles Pou. Jr. eds.), (4th Edition), American Bar Association (ABA) Section of Administrative Law and Regulatory Policy, 77 (2008). Buna karşılık bu tür hazırlık işlemlerini "adjudication süreci" içinde yer alan "ilk (veya ön) karar"lardan ayırmak gerekir. İdareler, kimi zaman bir lisansın veya sosyal yardım ödeneği talebinin red edilmesi veya sonradan iptal edilmesine yönelik süreçte "kesin" sonuç doğuran kararlarını, ilk işlemin itiraz üzerine, tekrar gözden geçirilmesi sonucu vermektedir. İşte, kimi zaman lisans veya ödeneğin askıya

birbiri ardına gelen bu iki tanım uyarınca, İdarenin düzenleyici işlem dışındaki, belirli kişilerin hak ve yükümlülüklerine etki eden ve hukuksal durumlarında değişiklik yaratan, "nihai işlem"leri ("final decision"), bazı istisnalar dışında, Yargı organının tatbik ettiği usullere benzer usullerin uygulandığı birel nitelikli karar alma süreci sonunda ortaya çıkmaktadır. Düzenleyici işlem yapma Yasamanın kural koyma işlevine benzer olarak ileriye dönük (prospektif) sonuçlar doğurmakta iken "adjudication" neticesinde ortaya çıkan işlemler yargısal işlemlerdeki gibi geçmişe dönük (retrospektif) etkiler barındırmaktadır.

APA'daki tanımın genişliği, İdarenin birbirinden farklı nitelik ve isimdeki tasarruflarının geniş bir şekilde ve aynı kapsamda ele alınması sonucunu doğurmuştur. Söz konusu tasarrufların aynı kalıba oturtulmasının ortak noktası, "belirli kişi veya kişilere, içinde bulundukları durum veya koşullara göre belirli kuralların uygulanması" sonucunda ortaya çıkmalarıdır. Dolayısıyla, "sosyal yardım ödeneğinin kesilmesi", "lisansın iptal edilmesi", yasal düzenlemelere aykırı hareket edenlere "idari ceza" ("administrative penalty") verilmesi ya da diğer "yaptırım"ların (sanctions) uygulanması gibi muamelelerin tümü, belirli istisnaların dışında, işlemin muhataplarına ve hatta ondan etkilenenlere bir takım usuli güvencelerin verildiği, yargılama benzeri bir sürecin sonunda sonuç doğurmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu sürecin, adına da etki eden en önemli özelliği, aynı zamanda uyuşmazlık çözme (dispute resolution) fonksiyonuna da içinde barındırmasıdır. Bununla birlikte, buradaki uyuşmazlık çözme fonksiyonu, Yargı organının görev alanına giren uyuşmazlık çözme işlevi ile birebir aynı olmayıp, yöntemsel bakımdan ona "benzeyen", (ve bu nedenle de yargısal benzeri-judicial type olarak nitelenen) ancak regülasyon işlevinin kendine özgü niteliğine göre "kurgulanmış" bir mekanizmadır.

Aslında uyuşmazlık çözme fonksiyonun baskınlığı ve sözlüklerde daha ön sıralarda yer alan anlamı nedeniyle, "adjudication" kavramının Türkçe karşılığı olarak, doğrudan "uyuşmazlık çözme" teriminin kulla-

alınması şeklinde de sonuç doğurabilen bu tür "ön-karar"lar, yukarıda belirttiğimiz " hazırlık işlemi" türlerinden farklı olarak, APA uyarınca "adjudication" sürecinin bir parçası olan ve belirli usul kurallarına bağlı olarak alınması gereken kararlardır.

nılmasının daha doğru bir tercih olacağı öne sürülebilir. Bununla birlikte, APA'daki haliyle bu sürecin "lisans-izin verme[84]" veya "maluliyet ödeneği bağlama" gibi tipik bir "çekişme"nin olmadığı, başvuru yapanın hukuksal durumunun yasal düzenlemedeki şartlara uyup uymadığının incelenmekle yetinildiği ya da "yol yapımı için belirli bir ödenek sağlanması" gibi "rutin" kararların alındığı durumlarda da uygulandığı göz önüne alındığında[85], böyle bir terimin, "adjudication" kavramını açıklamakta eksik kaldığını düşünmekteyim.[86]

Hiç kuşku yok ki, İdarenin yargısal benzeri karar alma süreci büyük ölçüde yargılama sürecine benzemekte ve bu süreçte izlenmesi gereken "formel" prosedürler de, dava esnasında cereyan eden muameleleri andırmaktadır. Bununla birlikte, İdarenin APA uyarınca düzenleyici işlem tanımına girmeyen ve "adjudication" süreci sonunda ortaya çıkan kararlarının bazıları duruşma benzeri bir oturum yapılmasını gerektirmemekte hatta birçoğu yargı mercilerinin bir uyuşmazlığa son vermek amacıyla aldığı kararlara da benzememektedir. Yukarıda vurguladığımız üzere, "rulemaking" dışındaki her "agency tasarrufu" APA uyarınca "karar" adını aldığından, "malzeme alımı" veya "bir yabancının sınır dışı edilmesi" ya da "sosyal güvence kapsamındaki bir kişiye ödeme yapılması" gibi sıradan-günlük bir takım işlemler de "karar" adı altında tesis edilmekte ve teknik olarak yargısal benzeri karar alma ("adjudication") sürecine tabi olmaktadır. APA'daki prosedürel kuralların uygulanmadığı bu tip işlemlere yönelik yöntem, "şekle bağlı olmayan karar alma" ("informal adjudi-

---

[84] Lisanslama faaliyetinde normalde, birbiri ile çatışan iki taraf yer almamakta yalnızca İdare'ye lisans için bir başvuru yapılmakta ve başvuranın durumunun yasal koşullara uyup uymadığı değerlendirilmektedir. Buna karşılık, bir lisans için birden fazla başvuru yapıldığı veya verilecek bir lisanstan menfaatleri olumsuz etkileneceklerin lisans verme sürecine katılmayı talep ettikleri durumlarda yargılama sürecine benzer metotların uygulandığı bir karar alma sürecine gerek duyulmaktadır.

[85] Bkz. Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 70-71; Strauss, **Administrative Justice**, s. 137.

[86] Nitekim, APA'nın, "adjudication" yöntemini, "rulemaking"e göre residual (arta kalan) bir tanım vermek suretiyle geniş tutması nedeniyle, geleneksel olarak, hiç bir zaman uyuşmazlık çözme niteliğinde (adjudicative in nature) görülmeyen "federal kredi programlarının yürütülmesi" dahi, teknik olarak adjudication kapsamı içinde kalmaktadır. Bkz. Attorney General's Manual on the APA, s. 77.

cation") olarak adlandırılmakta ve "şekle bağlı karar alma" yönteminden ("formal adjudication") ayrılmaktadır.

APA "adjudication" yöntemini geniş bir kapsama yaymış olsa da, bunlardan sadece bazıları için belirli nitelikteki prosedürler öngörmüştür. Bu kapsamda §554 uyarınca "agency"nin yürütmekle yükümlü olduğu yasada "duruşma benzeri bir oturum (trial type hearing)" yapıldıktan sonra alınabilecek karar olarak nitelendirilen kararlar şekle bağlı karar alma ("formal adjudication") kapsamında sayılmakta ve APA'nın 554, 555 ve 557. bölümlerinde öngörülen prosedürlere tabi tutulmaktadır. Buradaki kuralların uygulanmadığı ve "şekle bağlı olmayan" ("informal") terimleriyle nitelenen karar alma süreci ("informal adjudication") ise APA'daki zorunlu prosedürlerin kapsamına girmeyen, ancak özel bir kanun veya bizatihi İdarenin kendi düzenlemeleri ile belirlenen ve çoğu durumda da APA'dakilere göre daha esnek prosedür kurallarına tabi olan ayrı bir kategoriyi oluşturmaktadır.

APA uyarınca, "formal adjudication"da, ilgilere "duruşma benzeri" bir dinlenme (trial-type hearing) fırsatı verilmekte ve tutanaklara geçirilecek bir iddia- savunma olanağı tanınmaktadır. Bu süreçte ilgili muamele ve oturumlar "İdare Hukuku Yargıcı" (Administrative Law Judge") ("ALJ") adı verilen görevliler tarafından yürütülmekte ve bu görevlilerin İdareye karşı bağımsızlıkları yasal düzenlemelerle güvence altına alınmaktadır.

Şekle bağlı karar alma sürecinde ALJ tarafından idare edilen safha ve muameleler federal mahkemelerde veya eyalet mahkemelerinde izlenen yargılama yöntemlerine benzemektedir. Bu bakımdan, "formal adjudication", dinlenilme hakkı olanlara önceden bir bildirimin yapıldığı, menfaati etkilenenlerin işlemle ilgili delillerini sunabildiği, tanıklığın yemine bağlı olarak yapıldığı, çapraz sorgu yöntemine başvurulabilen, gerektiğinde keşif de yapılan ve ALJ'nin tanıklık ve ifade vermek için ihzar emri (subpoena) çıkarabildiği bir yöntemdir.

Yukarıda örnekleri verilen muamele ve safhalar tamamlandığında ALJ, tıpkı mahkemedeki hakimin aldığı gibi, objektif olduğu düşünülen bir karara varmaktadır. Ancak kararın niteliği ve ona bağlanan sonuçlar

"mahkeme hakiminin" aldığından farklıdır. ALJ'nin aldığı karar "tavsiye" niteliğinde ("recommended decision") olabileceği gibi "ilk karar" ("initial decision") şeklinde de olabilir. Şayet ALJ, "ilk karar" niteliğinde bir karar almışsa bu karara karşı bir itiraz yapılmadıkça veya "agency"nin başında bulunan yönetici veya ilgili komisyon (kurul) kararı gözden geçirerek nihai şeklini belirlemeye karar vermedikçe, "agency"nin kararı olarak sonuç doğurur. **Dolayısıyla nihai işlemi (açık veya zımni olarak) tesis etme yetkisi (tek başlı ise) "agency"nin yöneticisinde veya komisyon ya da kurul üyelerindedir. Buna karşılık, söz konusu makamlar ALJ'nin verdiği kararda değişiklik yapmışlar ise, onun ortaya koyduğu delil, tespit ve yorumlara neden bağlı kalınmadığını tatmin edici bir şekilde açıklamak zorundadırlar.** "Adjudication" sürecine konu olan işlem İdarenin takdir yetkisine temas ediyor ve bir "politika" üretiyorsa bu takdirde ALJ'nin verdiği kararla "bağlılık" derecesi azalmaktadır.

İdarenin başındaki kişi ve üyelerin, ALJ'nin verdiği karara ilişkin kanaati ne olursa olsun, işlemin dayandığı deliller, gerekçeler, hukuksal değerlendirme ve varılan sonuçlar ilgililere açık bir şekilde bildirilmelidir. Bu tür bir yükümlük, hem ALJ'nin tarafların iddia ve savunmalarını dikkatli ve sistematik bir şekilde incelemesini hem de sözü edilen yönetici veya üyelerin gerekçelerinin ortaya konmasını sağlamakta ve söz konusu kararının yargısal denetimini yapacak olan mahkemeye yardımcı olmaktadır.

Federal sistemde ALJ'ler genellikle yürüttükleri "adjudication" muamelelerini tatbik eden idarenin bünyesinde istihdam edilmektedir. Buna karşılık, bu görevlilerin, kimi zaman İdarenin bir tarafını teşkil ettiği uyuşmazlıklarda dahi tarafsız olduğu kabul edilir[87]. ALJ'ye atfedilen bağımsızlık karinesi, personel statülerini belirleyen kanunların özelliği ve getirdiği güvencelerden kaynaklanmaktadır. ALJ'lerin seçilme süreci, ayrı bir "agency" olan Personel İdaresi Bürosu (Office of Personnel Management) tarafından yürütülmekte ve ilgili idare yalnızca yapılan sıralamada en başarılı olanlar arasından atama yapma imkânına sahip olmaktadır. Bunun yanında, idareler ALJ'leri ne cezalandırabilmekte ne de ödüllendirebilmekte ve bunlara, diğer personel için geçerli olan yılık

[87] Ronald A. Cass, "Models of Administrative Action, **72 Va. L. Rev**. 363, 379 (1986).

sicil notu verememektedir. Nihayet, ALJ'lerin görevlerine son verilmek istendiğinde, bu işlem, bağımsız bir idare niteliğindeki "Liyakat Sistemi Koruma Kurulu"nun ("Merit System Protection Board") bünyesinde yürütülen bir "formal adjudication"a tabi olmaktadır. Bütün bu nedenlerden ötürü, ALJ'ler kendilerini istihdam edildikleri idareden "bağımsız" görmektedirler.

APA, yargısal benzeri karar alma sürecinde ALJ'nin bağımsız ve tarafsız bir tutum takınmasını sağlamak ve söz konusu süreç sonucunda ortaya çıkan kararın "objektif" olmasını temin etmek için, yargılama sürecine egemen olan ilkelere paralel bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, soruşturma ve takibat yapma fonksiyonlarını yürüten bir idare görevlisinin, ALJ'nin kararını vermesi veya bu kararın nihai karara dönüşmesi sürecinde yer alması ve "adjudication"a konu uyuşmazlık veya onunla ilgili bir başka uyuşmazlık hakkında karar alıcıları etkileyecek bir şekilde görüş belirtmesi yasaklanmıştır[88]. Bunun yanında, karar vermede yetkili olan görevlilerin, şekle bağlı (formel) muamelelere ilişkin kayıt ve tutanakları değerlendirirken, bunlarda yer almayan, başka bir takım delil ve verileri, diğer idare görevlilerinden elde etmeleri de yasaklanmıştır. APA işlemin objektif bir iradenin ürünü olması ve menfaati ihlal edilenlerin, aleyhlerine dayanak yapılan bütün gerekçe ve delilleri öğrenebilmelerini temin etmek bakımından, başka bir düzenlemeye daha gitmiş ve işlem yapma sürecinde görev alanların, "işlemden etkilenen kişi veya gruplar" ile ilgili sürece ilişkin olarak iletişim kurmalarını (temas etmelerini) yasaklamıştır[89].

---

[88] "Adjudication" sürecinde "fonksiyonlar ayrılığı" ("seperation of functions") olarak ifade edilen ilke ile getirilen bu yasaklama, yaptırım uygulama niteliğinde olmayıp teknik bir takım meselelerin hallolduğu, tarife ve fiyatlar veya lisans verilmesine yönelik kararlar için geçerli olmamaktadır.

[89] "Tek taraflı iletişim" (veya temas) ("ex parte communication") olarak adlandırılan bu tür ilişkileri yasaklamanın altında, bu suretle ortaya konan ve tutanaklara yansımayan iddia ve kanıtları öğrenemeyecek olan diğerlerinin karşı savunma ve delillerini ortaya koyma imkânının bulunmaması ve "adjudication" süreci sonunda subjektif bir kararın ortaya çıkmasının önlenmesi yatmaktadır.

b. Özel Yasal Düzenlemelerde Yer Alan Kurallar

APA federal düzlemdeki "formal adjudication" yönteminde uygulanması gereken minimum prosedürleri ortaya koyarken, §555'de bütün idari işlemler için getirilen genel prosedür kuralı dışında, "informal adjudication" için izlenmesi gereken özel kurallar öngörmemiştir. Bu nedenle, İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir yasa, alınacak kararın ancak "duruşma benzeri bir oturum (trial type hearing)" yapıldıktan sonra verilebileceğini şart koşuyorsa "formal adjudication" yöntemleri izlenmek zorundadır ve APA da sadece bu hallerde uygulanması gereken minimum prosedürler öngörmüştür. Bunun dışındaki işlemlere yönelik karar alma yöntemleri "informal" kategorisine girmekte ve "agency"ler bunları tatbik ederken APA ile getirilen prosedürel yükümlülüklere tabi olmamaktadırlar.

Bununla birlikte bu tür işlemlerin yapılış sürecinin "informal" olarak isimlendirilmesi, bunların hiçbir prosedürel kurala tabi olmayacağı, İdarenin bu kapsama giren işlemlerin yapılış sürecinde sınırsız bir takdir yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir. İdare bu tür işlemleri yaparken APA'daki kurallarla bağlı olmasa da, APA'ya göre özel kanun niteliğinde olan yasal düzenlemelerdeki sınırlamalara tabi olmaktadır. Bir kere, Kongre, kimi zaman, "informal adjudication" yöntemi ile uygulanan yasada özel bir takım prosedürler öngörebilmektedir. Örneğin, "informal adjudication" vasıtasıyla, İdareye bir takım yaptırımlar uygulama yetkisi veren "Temiz Hava Yasa"sı (Clean Air Act), bu yaptırımlara muhatap olacaklara önceden bildirim ve dinlenme hakkı tanınmasına yönelik kurallar getirmekte, özürlülere yapılacak sosyal yardımlara[90] ya da göçmenlere ilişkin yasalarda getirilen prosedürler APA'daki şekle bağlı karar alma sürecine yönelik olanlar kadar olmasa da belirli bir oranda formellik sağlamaktadır.

Bunun yanında, bizzat idareler, yayınladıkları "talimatname", "yönerge" ve benzeri düzenleyici işlemlerle, APA'dakilere benzer özel bir takım prosedürel kurallar getirebilmekte ve böylelikle kendi takdir yetkilerini sınırlamaktadır. Bu gibi işlemler sayesinde ilgililer bir yandan dinlenme

[90] 42 U.S.C § 405(b) (2000).

hakkı gibi usuli bir takım güvencelere sahip olmakta, diğer yandan bu tür işlemleri yargı yoluna götürdüklerinde, idarelerin kendi getirdikleri bu güvenceleri ihlal edip etmediğini denetletme imkânına kavuşmaktadırlar[91].

İdarelerin, karar alırken izleyecekleri usul konusundaki takdir yetkilerini sınırlayan bu tür düzenlemeler yapmalarının altında, bir yandan, söz konusu yetkilerin genişliğinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkilediği yönündeki eleştirilere karşılık verme, diğer yandan, verdikleri kararların uzun bir zaman alan yargı denetimine gitmesini veya gitse de buradan dönmesini engelleme çabası yatmaktadır. **İdarelerin bu kadar "duyarlı" olmalarının pragmatik sebebi ise, bu konudaki bir ihtiyacı gidermedikleri takdirde, kendilerinden daha sonra durumun farkına varan Kongrenin, daha sıkı veya olumsuz etkileri olacak sınırlamalar getirmesi ihtimalinin varlığıdır.**

Bütün bunların yanında, Anayasanın Ek 5. Maddesinde yer alan "due process" prensibi şekle bağlı olmayan karar alma yöntemine usuli güvenceler getiren en temel düzenlemedir. Her ne kadar, "due process" hem "informal" hem de "formal" "adjudicationlar için geçerli olan bir düzenleme olsa da, APA da yer alan prosedürel kurallar "due process" yükümlülüklerini de aşan nitelikte olduğundan, Anayasa ile getirilen bu sınırlama "informal adjudication" için daha işlevsel bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan, "agency"ler bireylerin yaşam, mülkiyet ve özgürlüklerini etkileyen konularda, APA'daki prosedürlerle bağlı olmadıkları işlemlerinde dahi Anayasa uyarınca bireylere tanınan usuli teminatları sağlamakla yükümlüdürler.

İdarelerin regülasyon faaliyetlerinde Yasama tarafından çıkarılan kanunlar ve buna bağlı olarak kendilerinin yürürlüğe koyduğu düzenlemeler uyarınca izin verme, bu düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetleme, lisanları iptal etme, ceza verme gibi yetkileri olduğunu yukarıda çeşitli defalar vurgulamıştık. İşte bu yetkilerin kullanılmasına yönelik

[91] Örneğin Çevre Koruma İdaresi (Environmental Protection Agency-EPA) "formal adjudication"a ilişkin uygulaması gereken prosedürler ile idari cezaları tesis ederken tabi olduğu "informal adjudication" muamelelerini bir araya getirmenin daha doğru ve yerinde olacağını düşünerek, formal olması zorunlu tutulmayan idari yaptırım usulleri için de, APA'da "formal adjudication" yöntemi için getirilen kuralların geçerli olmasına karar vermiştir.

olarak alınan kararların birçoğu "adjudication" süreci sonunda ortaya çıkmaktadır[92].

c. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

İdareler bireylerin hak ve menfaatlerini etkileyen çok sayıda işlem yaptıklarından bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların sayısı da oldukça fazladır. Şayet bu uyuşmazlıkların hepsinin, yargısal benzeri karar alma sürecinin ayrıntılı ve uzun zaman alan aşamalarının tümünden geçirilip tamamlanması suretiyle çözülmesi beklenir ise, İdarenin bu tür faaliyetlerinin tıkanma noktasına geleceği düşünülmüştür. Bu bakımdan APA, "formal adjudication" sürecinde, idarelerin, "duruşma benzeri oturum"u düzenlemeden önce "uzlaşma görüşmeleri" yapma ve böylelikle uyuşmazlıklara mümkün olduğu kadar süratli bir şekilde çözüm bulmalarına yönelik prosedürel kurallar getirmiştir[93]. Bu kurallar uyarınca, "agency"ler "formal adjudication" safhasında işlemin muhatapları tarafından getirilen uzlaşma tekliflerini zaman koşulu, ilgili muamelelerin niteliği ve kamu yararı izin verdiği takdirde[94] değerlendirmek zorundadır[95]. Buna karşılık, APA bu gibi teklifleri kabul veya reddetme konusunda "agency"lere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu nedenle bu tür bir kararın yargısal denetimi de son derece dar bir kapsamda olmaktadır[96].

Gerek "adjudication" sonrasındaki muhtemel yargılama süreçlerinin oldukça masraflı olması ve uzun zaman alması[97], gerekse APA'da uzlaşmaya ilişkin hükümlerin uygulanmasında "agency"lerin bir takım

[92] Strauss et al., **Administrative Law**, s. 11.

[93] Federal Administrative Procedure Sourcebook, s. 397-399.

[94] 5 U.S.C.A. § 554 (c)(1).

[95] Örneğin, İdarenin bir kişi veya kuruma verdiği lisansı iptal etme sürecinde, lisans sahibine, lisansın iptaline yönelik muameleler başlatılmadan önce, yasal düzenlemelerle getirilen bütün yükümlülüklere uyduğunu ispatlamasına yönelik bir fırsat verilmelidir. 5 U.S.C.A. § 558 (c).

[96] Bkz. NLRB v. United Food and Commercial Workers Local 23, 484 U.S. 112 (1987).

[97] Bu gelişme aslında kendi içinde bir "ironi" taşımaktadır. Çünkü, İdareye uyuşmazlık çözme fonksiyonun verilmesi, idari muamelelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara Yargının müdahele etmesinden önce, uzman görevlilerce, ilk elden, maliyetsiz ve yargıdaki kadar formalitelere bağlı kalmayacak bir şekilde çözüm bulma amacına dayanıyordu. Bkz. Asimow et al., s. 181.

tereddütler yaşayıp çekimser bir tutum izlemeleri, 1980'lerden itibaren alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının İdare Hukuku uygulamasına yerleştirilmesine yönelik çabaların artmasına neden olmuştur. Nihayet, 1990'da "agency"lerin bu konudaki tereddütlerini ortadan kaldırılması ve "mediation", "arbitration" gibi çözüm metotlarının uygulanmasında yeknesaklık sağlanabilmesi için "İdari Uyuşmazlık Çözüm Yasası" ("Administrative Dispute Resolution Act[98]") yürürlüğe konmuştur. Yasa "agency"lere belirli alternatif çözüm yollarını uygulamalarını emretmemekte[99], söz konusu çözüm yollarını uygulamalarını kolaylaştıran yetki ve usul kuralları koymaktadır. Örneğin, Yasa, daha önceleri özel hukuk kişileri ile tahkim anlaşması yapma konusundaki yetkileri bakımından tereddüde düşen idarelere, her iki tarafın yazılı onayı olması şartı ile bu konuda açık bir yetki tanımış, "hakem" veya "arabulucu" gibi tarafsız kişilerin seçimine ve yürütülen muamelelerin gizliliğine ilişkin genel kurallar koymuştur. Kanuna 1996 yılında yapılan eklemeler ve Başkanlık Talimatnameleri (Executive Orders) ile idarelerin alternatif çözüm yollarını uygulamasına yönelik teşvik edici düzenlemeler getirilmesi, günümüzde idari uyuşmazlıkların yargı yoluna gidilmesine gerek kalmadan çözüme ulaşılması yönündeki eğilimin artmasına neden olmuştur.

4. Due Process

Bireylere, regülasyon sürecinde usuli güvenceler tanıyan prosedürel kuralların birincil kaynağı Federal Anayasa'dır. Devletin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarına müdahale eden işlemlerinde adil bir süreç içinde yargısal benzeri usullere başvurulmasını zorunlu kılan "due process" ilkesi anayasal dayanağı oluştururken, düzenleyici işlem yapma ("rulemaking") ve şekle bağlı kararlar alınması ("formal adjudication") için uyulması gereken minumum prosedürleri gösteren APA ile diğer özel nitelikli kanunlar yasal dayanakları teşkil etmektedir.

Her ne kadar "due process", kapsamına giren konular bakımından, hem "formal adjudication" hem de "informal adjudication" sürecinde

[98] 5 U.S.C §§ 571-584; Yasa aynı zamanda APA'ya da bir takım düzenlemeler eklemiştir. Bkz. 5 U.S.C.A. §§ 556 (c) (6), (7), (8).

[99] Asimow et al., s. 181.

geçerli bir prensip olsa da "formal adjudication" için APA'da öngörülen prosedürler Anayasa'nın "due process" ile aradığı güvencelere tamamıyle cevap verdiğinden İdarenin belirli bir konuda karar alırken "due process" prensibinin getirdiği prosedürel yükümlülüklerin karşılanıp karşılanamadığı meselesi asıl olarak şekle bağlı olmayan karar alma sürecinin ("informal adjudication") söz konusu olduğu durumlarda önem kazanmaktadır.

Bu noktada, "due process" ilkesinin İdarenin düzenleyici işlem yapma sürecine tatbik edilmediğini belirtmek gerekir. Öte yandan, söz konusu prensip, yalnızca "yaşam", "mülkiyet" ve "hürriyet" alanlarına inhisar ettiğinden, her idari karar için geçerli olmamakta, diğer bir ifadeyle bu haklara yönelik olmayan konuların ele alındığı karar alma süreçleri "due process" tarafından himaye edilmemektedir.

Anayasanın Federal Devlet faaliyetlerine uygulanan ve "due process of law" prensibini konu edinen Ek 5. Maddesi, "hiçbir kişinin[100] hukuki (esas ve) usullere uyulmadan yaşam, hürriyet ve mülkiyet hakkından mahrum edilemeyeceğini" düzenlemektedir[101]. Söz konusu düzenlemenin eyaletlere yönelik olanı ise Anayasanın Ek. 14. Maddesinde yer almaktadır.

Kökleri Magna Carta'ya dayanan ve ilk başlardaki anlamı ile devletin yaşam, hürriyet ve mülkiyet haklarına yönelik müdahalelerde bireylerin "adil" ("fair") usullerle bezenmiş bir hukuk sürecine tabi tutulma hakkına sahip bulunmasını garanti eden[102] "due process", zaman içerisinde devlet tasarruflarını yalnızca prosedürel bakımından değil, getirilen düzenlemenin esası bakımından da sınırlayan bir prensip halini almış ve "usuli due process" ("procedural due process") yanına "maddi due process" ("substantive due process") teminatının eklenmesini sağlamıştır[103]. Günümüz-

[100] Buradaki kişi kavramının içine yalnız gerçek kişiler değil tüzel kişiler de (artificial persons) girmektedir. Bkz. Strauss, **Administrative Justice**, s. 32.

[101] "No person ... nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law…"

[102] Frank v. Mangum, 237 U.S. 309,347 (1915).

[103] "…başlangıçta Common Law'daki usuli (procedural) esasları ve hakları, Federal Devlete karşı teminat altına almak üzere sevkedilmiş ve aslında da <<usuli>> bir kavram olan due process…, geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren, değişen toplum hayatı,

de, bu iki tür "due process" teminatından birincisine, devletin bireylerin belirtilen haklarını etkileyen tasarruflarını "nasıl" ("hangi usullerle") tesis edeceğini belirlemek için müracaat edilirken, ikincisine bu haklara ilişkin olarak "ne"yi düzenleyebileceğini tespit etmek için başvurulmaktadır[104].

Çalışmanın bu kısmı regülasyon faaliyetine getirilen usuli sınırlama ve güvencelere ayrıldığından, burada yalnızca "usuli due process" kavramı üzerinde durulacak, yaşam hakkına yapılan müdahalenin Ceza Hukuku alanı içine girmesinden ötürü de yalnızca mülkiyet ve hürriyete ilişkin prosedürel konular ele alınacaktır.

Supreme Court'un belirli bir tarifini vermek yerine, önüne gelen konularla ilgili olarak anlam ve kapsamına yönelik değerlendirmelerde bulunmayı tercih ettiği "due process", Yargıç Frankfurter'in çarpıcı bir şekilde belirttiği gibi *"… diğer bazı kural ve ilkelerin aksine, zaman, yer ve koşullardan bağımsız, değişmez bir içeriğe sahip (somut ve) teknik bir kavram değildir. Due process, herhangi bir formülün güvenilmez sınırları içine hapsedilemez. Birey ile birey, ve özellikle devlet ile birey arasındaki engin hakkaniyeti temsil eden due process, tarih, mantık, kararların geçmişteki seyri ve ikrar e(dilen) demokrasi inancının kudretine olan kuvvetli güvenden mürekkeptir. Due process mekanik bir araç (veya) … ölçü aleti değildir. Bir süreçtir. Bu, Anayasanın, detaylarını izah etmekle görevlendirdiği organ veya*

beliren ihtiyaçlar ve bunların sonucu olarak doğan bir takım münasebet ve faaliyetleri düzenleme zaruretleri sebebiyle, usuli mahiyet ve hükmü yanında, <<maddi>> (substantive) bir hüviyet de alarak, Federal Devlet tasarruflarını, sadece, yapılmasında takip edilen usul değil, aynı zamanda, muhtevaları, yani yaptıkları düzenlemeler, sınırlamalar, getirdikleri ve doğurdukları hükümler bakımından da kontrol eden bir Anayasa prensip ve te'minatı haline gelmiş(tir.)" Güran, **İfade Hürriyeti Üzerinde**, s. 33; Ayrıca Bkz. Kerem Altıparmak "'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Y.1996, C.45, S. 1-4, s. 219.

[104] Supreme Court Yargıcı Stevens, "due process"in genellikle "substantial due process" olarak ifade edilen esasa ilişkin unsurunun, bireyleri, devletin, her ne kadar uyguladığı usuller adil olsa da, keyfi bir takım tasarruflarda bulunmasından koruduğunu, "prosecedural due process" olarak ifade edilen usul boyutunun ise adil bir prosedürü teminat altına aldığını vurgulamaktadır. Bkz. Daniels v. Williams, 474 U.S. 327, 336-337 (1986) (concurring opinion).

makamların, kaçınılmaz bir şekilde, üzerinde muhakeme etmesini de ihtiva eden hassas bir süreçtir[105]*."*

Yargı yerleri bir tasarrufun usuli bakımdan "due process" ilkesine aykırı olduğu iddia edilen davalarda iki aşamalı bir inceleme yapmakta ve her bir aşama için aşağıdaki sorulara cevap aramaktadır:

1. Hangi menfaatler (malvarlığı veya mülkiyet değerleri) "due process" korunmasından yararlanacaktır?

2. Şayet "due process" kapsamında iseler bu menfaatlere yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hangi prosedürler gereklidir/yeterlidir? (what process is due?)

Birinci aşamada yapılan inceleme hangi menfaat türlerinin yaşam, hürriyet ve mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirlemeye yöneliktir. Devlet bir kimseyi idam cezasına çarptırdığında, hapis cezasına mahkum ettiğinde veya bireyin parasına veya malına el koyduğunda bu tür faaliyetlerin "due process" kapsamında yer alan haklara müdahale olduğundan şüphe duyulmamaktadır. Buna karşılık, İdare, bir kamu personelinin görevine son verdiğinde, devlet okulundaki bir öğrenciyi disiplin cezasına çarptırdığında, bir kimsenin malullük yardımını kestiğinde, özel hukuk kişisi ile yaptığı bir sözleşmeyi feshettiğinde veya alkollü içki satışı yapmaya yönelik bir lisans başvurusunu ya da avukatlık ruhsatı talebini reddettiğinde, bütün bu işlemler "due process" ile korunan mülkiyet veya özgürlük alanı içerisinde değerlendirilecek midir?

"Due process" prensibinin ihlal edildiği iddiası incelenirken öncelikle bu gibi sorulara yanıt aranmakta, şayet olumlu bir cevap bulunabilirse, ikinci aşamaya geçilmekte ve bu defa "müdahalenin gerçekleşeceği süreç nasıl olmalıdır?" veya "bu süreçte hangi prosedürler, ne zaman uygulanmalıdır?" sorularına cevap aranmaktadır.

[105] Joint Anti-Fascist Refugee v. McGrath, 341 U.S. 123, 162-163 (1951) (concuring opinion).

a. Due Process'in Mülkiyet ve Hürriyet Kavramları Bakımından Kapsamı

Amerikan İdare Hukuku, ilk zamanlarında, idare görevlilerinin Kanun Koyucu tarafından yetkilendirilmedikçe özel menfaatlere müdahale etmesini önleyen mekanizma olarak görülmekte idi[106]. Yetkisiz görevlilerce yapılan müdahalelerden korunan menfaatler "Common Law" tarafından tanımlanmıştı. Bu menfaatlerden "mülkiyet" ve "özgürlük" gibi alanlara inhisar edenlere yönelik müdahalelere izin veren yasaların uygulanmasında ise bireyler Anayasanın Ek 5 ve 14. Maddeleri ile getirilen güvencelerden yararlanmaktaydı. Diğer bir ifade ile, bir yasa kamu görevlilerine bireylerin mülkiyet veya özgürlük gibi menfaat alanlarına müdahale etme yetkisi vermiş ise bu yetkinin söz konusu yasaya uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespit edilebilmesi için, ilgililerin bu müdahaleye karşı kendilerini korumalarına imkan veren[107] duruşma benzeri bir oturum yapılması gerekmekteydi[108]. Bununla birlikte, bu "geleneksel model", İdarenin "Common Law" tarafından korunmayan menfaatler"e müdahale etmesinde geçerli olmamakta, bu suretle ortaya çıkan zararların giderilmesinde bireylere güvence getirmemekte idi[109]. Konuya "Common Law" çerçevesinden bakıldığında bireyin bu tür bir korumadan mahrum kalmasının sebebi basitti; şayet bir özel hukuk kişisi diğerine bağış yapmaktan vazgeçiyorsa, onu belirli bir iş için istihdam etmek istemiyorsa veya kendisi ile bir sözleşme yapmaktan imtina ediyorsa bu durumda "due process" prensibinin işlemesi mümkün değildi. Benzer şekilde, İdare, özel hukuk kişisinin sosyal yardım talebini kabul etmediğinde veya feshi her zaman mümkün olan bir sözleşme sayesinde sürdürdüğü kamu görevine son verdiğinde ya da ürettiği mal veya hizmeti satın almayı reddettiğinde, bireyin "özel hukuk tarafından korunmuş bir özgürlük veya mülkiyet hakkı" olmadığından, İdareye bu konuda yasa ile verilmiş bir yetkinin aranması gerekmiyordu[110]. Şayet bu tür bir yetki yasa ile verilse bile, ortada "due process ile korunan hak seviyesine çıkmış bir

[106] Southern R. Co. v. Virginia, 290 U. S. 190 (1933).

[107] Brinkerhoff-Faris Trust & Savings Co. v. Hill, County Treasurer, 281 U.S. 673 (1930).

[108] Hagar v. Reclamation District, 111 U.S. 701 (1884).

[109] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 105.

[110] Asimow et al., s. 39.

menfaat" olmayıp[111], sadece bir "ayrıcalıktan" söz edilebileceğinden[112], bu yetkinin hukuka uygun kullanılmasını teminat altına almak için duruşma benzeri bir oturum yapılması zorunlu değildi[113].

"Common Law" tarafından korunan menfaatlere göre belirlenen bu kavramsal model New Deal dönemine kadar pek fazla sorun ve tartışmaya yol açmadan uygulanabilmiştir. "Due process"in himaye ettiği mülkiyet ve özgürlük haklarının içeriğinin dar tutulmasına pek fazla eleştiri getirilmemesinin sebebi, bu döneme kadar İdarenin faaliyetlerinin daha ziyade "vergilendirme" ve "ekonomik regülasyon"la sınırlı tutulması ve bu faaliyetlerin de geleneksel olarak "Common Law" tarafından korunan ve ilgiliye duruşma benzeri bir oturum imkanı sağlayan haklara ilişkilin olmasıydı[114]. Diğer bir ifadeyle "Common Law" tarafından korunmayan ve "due process" prensibinin gözetilmesinin zorunlu görülmediği menfaat alanları ile İdarenin faaliyetleri pek fazla temas etmemekte idi. Buna karşılık regülasyon her geçen gün daha yaygın bir hal almaya ve modern sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ile İdarenin sunduğu hizmetlerin yelpazesi genişlemeye başlayınca o zamana kadar konu akımından kapsamı daha dar tutulan "due process" prensibinin geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin tartışmalar ses getirmeye başlamış[115], buna paralel olarak Yargı organının yaklaşımı da değişmeye yüz tutmuştur. İlk zamanlardan farklı olarak, yaşlılara, malullere veya işsizlere sosyal yardım ve ödemelerin yapılmasına ilişki programlar yürüten, büyük bir istihdam alanına

[111] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 105-107.

[112] Hak-ayrıcalık doktrini olarak tanımlanan bu prensip yargı yerlerinin uzun yıllar boyunca "prosedürel due process" prensibinin kapsamını dar yorumlamasına dayanak oluşturmuştur. Söz konusu doktrin uyarınca, örneğin bir kamu görevi önceleri bir hak değil ayrıcalık olarak görülmekte ve bu tür bir görevden yoksun bırakılma durumunda prosedürel "due process"in işlemeyeceği kabul edilmekteydi. Bu yaklaşım sergileyen kararların en önemlilerinden biri *Bailey v. Richardson*'dır. [182 F.2d 46 (D.C. Cir 1950)] Kararın, Soğuk Savaş döneminin etkilerinin yoğun bir şekilde hissedildiği ve sosyalizmin en önemli tehdit olarak görüldüğü "McCarty Dönemi"nde verildiğini ve o dönemin bakış açısını yansıttığını vurgulamak gerekir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Cytnthia R. Farina, "On Misusing "Revolution" and "Reform": Procedural Due Process and the New Welfare Act", **50 Admin. L. Rev.** 591, 601-603 (1998).

[113] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 105.

[114] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 644.

[115] Strauss, **Administrative Justice**, s. 35.

sahip olan, her düzeyde eğitim hizmeti sunan ve otomobil kullanmaktan içki satışına kadar birçok alanda faaliyette bulunulması için gerekli izinler veren İdarenin bireylere sağladığı menfaatlerin kapsamı oldukça genişlemiştir[116].

İdarenin faaliyet alanı genişledikçe bu tür alanlara ilişkin işlemler bireyler bakımından "yaşamsal" bir önem kazanmaya başlamıştır. Bireyin bir sosyal yardım ödeneğinden, kamu görevinden veya belirli bir mesleği icra etmesi için gerekli olan bir izinden mahrum kalması, hayatını idame ettirmekte büyük bir güçlük çekmesi anlamına geldiğinden, İdare ile birey arasındaki dengeyi sağlamak için "due process"in kapsamını bu tür menfaatleri de içine alacak şekilde genişletmek ihtiyacı doğmuştur[117]. Diğer bir ifadeyle önceden "due process ile korunan hak" seviyesine çıkamayan, sadece bir ayrıcalık olarak nitelenen menfaatler artık bu kapsamda değerlendirilmeye başlamıştır.

Supreme Court zaman içinde beliren ihtiyaç ve koşullara duyarsız kalmayarak, 1961 yılından itibaren hak-ayrıcalık ayırımını eskisi kadar sıkı yorumlamamaya başlamış[118] ve nihayet 1970 yılında verdiği *Goldberg* kararı ile bu ayırıma yeni ve modern bir "due process" yaklaşımı getirmiştir[119]. Kararda devlet tarafından yapılan sosyal yardımın kapsamına giren bir kimsenin bu yardımdan mahrum bırakılması ile geleneksel olarak "Common Law" tarafından korunan mülkiyetten mahrum bırakılması arasında fark olmadığı vurgulanmıştır.

Supreme Court, her ne kadar *Goldberg'de* "hak-ayrıcalık" ayırımının eskisi gibi geçerli olmayacağına karar vermişse de, "Common Law" ile himaye edilmeyen menfaatlerin "due process" ile korunan haklar mertebesine hangi koşullarda çıkarılacağı konusuna tam bir açıklık getirmemiştir. Mahkeme, bu konudaki görüşünü *Roth* ve *Sindermann* kararlarında ortaya koymuştur. Bu kararlardan birincisinde, bir menfaatin "due process" ile korunabilmesi için, bir kimsenin soyut bir ihtiyaçtan veya istekten daha fazlasına sahip olması gerektiği, diğer bir ifadeyle yalnızca

[116] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 645.

[117] Bkz. Charles A. Reich, "The New Property", **73 Yale L.J.** 733 (1964).

[118] Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy, 367 U.S. 866 (1961).

[119] Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 261-263 (1970).

tek taraflı bir beklentinin yeterli olmayacağı vurgulanmış, davacının iddiasını kanun, idari düzenleme veya sözleşme gibi objektif bir yasal temele dayandırması gerektiği sonucuna varılmıştır[120]. İkinci kararda ise, bu tür bir yasal temelin, mutlaka açık bir kanun veya sözleşme hükmüne dayalı olmasının aranmayacağına, zımni-örtülü bir sözleşmenin dahi bunun için yeterli olduğuna işaret edilmiştir[121]. "Due process" koruması altına giren mülkiyet kavramını bu şekilde çerçevelendiren Mahkeme, bu yaklaşımını söz konusu kavrama ilişkin farklı konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklara da teşmil etmiştir[122].

"Mülkiyet" kavramı ile "due process" prensibi arasındaki ilişkiyi, pozitif hukuka göre yaptığı tanım sayesinde, belirli bir çerçeveye oturtan Supreme Court, söz konusu prensibin "hürriyet" kavramı ile olan ilişkisini ise belirli bir kalıpta ele almaktan kaçınmıştır. Mahkeme her ne kadar "hürriyet kavramı(nın) yalnızca fiziksel özgürlükten ibaret olmayıp, bireyin sözleşme yapma, herhangi bir mesleği icra etme, bilgi edinme, evlenme, ev sahibi olma, çocuk yetiştirme veya inancının gereklerine göre ibadet etme gibi genellikle özgür bir kimsenin mutluluğu olağan bir şekilde elde etmesi için gerekli olduğu düşünülen hakları da geniş bir şekilde içine al(dığını)" belirtmişse de[123], "doğal hukuk" terminolojisi ile getirilen bu tanım, farklı konularda ortak bir yaklaşımı olanaklı kılacak bir hukuksal formül üretilmesi için yeterli olmamıştır.

Bununla birlikte, bir kimsenin akıl hastanesinde tedavi görmesine karar verilmesi ya da avukatlık ruhsatının iptal edilmesi gibi öteden beri "due process"in kapsamına giren konulara, modern İdare Hukuku

---

[120] Board of Regents of States Collages v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

[121] Perry v.Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

[122] Bkz. Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975) (Bütün çocuklara devlet okuluna devam hakkı tanıyan bir eyaletin, okuldan uzaklaştırmanın dayanaklarını düzenledikten sonra, belirli bir nedenden ötürü bir öğrenciyi okuldan uzaklaştırmadan önce dinlenme imkanı tanıyan bir oturum tertip etmesi gerektiğine ilişkin); Barry v. Barchi, 443 U.S. 55 (1979) (Yasa uyarınca sadece atına doping amacı ile ilaç verilen ve bunu önlemekte kusuru olan at antrenörlerinin lisansı askıya alınabilip, diğer hallerde lisansa sahip olunmaya devam edileceğinden bu tür bir işleme tabi tutulan kişiye, öncesinde dinlenilme hakkı verilmesine ilişkin).

[123] Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923).

anlayışı ile birlikte yenileri eklenmiş, diğer bir ifadeyle, İdarenin artan faaliyetleri karşısında, bireylerin usuli güvencelere kavuşturulması ihtiyacı, tıpkı mülkiyet kavramında olduğu gibi, yeni bir özgürlük yaklaşımı ortaya çıkarmıştır.

Supreme Court, bu yeni yaklaşımı sergilediği uyuşmazlıkların büyük bir bölümünde, hürriyet hakkını "bireyin itibarı" ile bağdaştırmıştır. Modern uygulamanın ilk dönemlerinde, İdarenin yaptığı işlem ile bireyin itibarını zedelemiş olmasını "due process" prensibinin tatbiki bakımından yeterli gören Mahkeme, sonraları bu yorumunu daraltarak, söz konusu prensibe ilişkin prosedürel mekanizmanın devreye girebilmesi için, itibar zedelenmesinin tek başına yeterli olmadığını, bunun yanında, işlemin, bir işten çıkarılma veya başka bir işe girmeyi engelleme gibi, yasa ile tanınan bir hak veya statüde olumsuz bir değişiklik yaratması gerektiğine karar vermiştir[124].

b. İzlenen Prosedürün Hukuka Uygun Olup Olmadığı Meselesi (What Process Is Due?)

Bireylerin, İdarenin aldığı karar ile müdahale ettiği menfaat konusunun "due process" prensibinin koruması altında olduğuna karar verilince, bu defa "due process" testinin ikinci aşamasına geçilmekte ve söz konusu kararın alınmasına yönelik sürecin hukuka uygun bir nitelik

[124] Wisconsin v. Constantineau kararında, ayyaşlara içki satışını önlemek için içki satışı yapılan yerlerde isim listelerinin asılmasını zorunlu tutulan yasa uyarınca ismi yayınlanan Contantineau "ayyaş" olmadığını iddia ederek Wisconsin eyaletinin kendisine bu iddiasının kanıtlaması için herhangi bir imkan vermeden ismini yayınladığını ileri sürmüş, Mahkeme de, bir kimsenin itibarı, ismi, haysiyeti veya namusunun söz konusu olduğu durumlarda "due process"in gerekli olduğunu belirterek kendisini haklı görmüştür. [Wisconsin v. Constantineau, 400 U.S. 433 (1971).] Supreme Court, "due process" teminatının devreye girmesi için bireyin itibarının zedelenmesine neden olacak bir "damgalanma"nın (stigma) varlığını yeterli görüldüğü bu yaklaşımı Roth kararına da yansıtmışsa da, daha sonraki kararlarında, bu tür bir itibar kaybının tek başına yeterli olmadığını [(Paul v. Davis, 424 U.S. 693 (1976)], aynı zamanda işini kaybetme veya başka bir iş bulmasına engel olması gibi hukuksal statüsünde değişiklik yaratma sonucunu doğurması gerektiğini vurgulayarak [(Siegert v. Giley, 500 U. S. 226 (1991)] "due process"e tabi hürriyet hakkı ihlali ile itibar kaybı arasındaki ilişkinin kapsamını daraltmıştır.

arz edebilmesi için hangi usullerin izlenmesi gerektiği, diğer bir ifadeyle hangi prosedürlerin bu korumayı hukuka uygun kılmaya yeteceği irdelenmektedir.

Kurucuların (Founding Fathers), "due process" prensibini Anayasaya yerleştirirken büyük bir olasılıkla mahkemelerin, duruşma yapmasına gönderme yaptığı belirtilmektedir[125]. O tarihte, etkin bir İdare cihazı bulunmadığından, yaşam, hürriyet ve mülkiyete ancak mahkemeler tarafından müdahale edilebileceği düşünülmekteydi[126]. Bu doğrultuda, sözü edilen duruşma, bireylere yapılan müdahaleye karşı kendilerini korumaya yetecek usuli güvenceleri içinde barındıran bir süreci ifade etmekte idi[127].

Her ne kadar Kongrenin bir takım idareler yaratarak, bunlara bireylerin mülkiyet haklarına müdahalede bulunma yetkisi vermesi çok zaman almamışsa da, "due process" teminatını sağlamak için gerekli olan usullerin nelerden ibaret olduğu uzun bir zaman boyunca "açıkça" belirlenmemiştir. Bununla birlikte, APA'nın yürürlüğe girdiği dönemde "due process" prensibinin uygulanmasının gerekli olduğu durumlarda, ancak şekle bağlı karar alma yönteminin gerekli korumayı sağlayabileceği düşünülmekte idi. Diğer bir ifade ile yasa, APA'daki "formal adjudication" yöntemine açıkça bir gönderme yapmasa da "due process" prensibinin uygulanmasını gerektiren idari işlemlerde de aynı fonksiyonu sağlayacak prosedürlerin uygulanmasının zorunlu olduğu kabul edilmekte idi.

---

[125] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 116.

[126] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 643.

[127] Yargılama faaliyetinde due process koşullarının karşılanması için aşağıdaki unsurların varlığı gerekmektedir:

a) Tarafsız bir yargı yeri; b) Dava sonucunda ortaya çıkacak karar ve bu kararın iddia edilen temelleri; c) Söz konusu kararın neden alınmaması gerektiğine ilişkin sebeplerin ortaya konulması için fırsat verilmesi; d) Delillerin sunulması ve tanık dinletme hakkı; e) Aleyhteki delilleri öğrenme hakkı; f) Aleyhte tanıklık yapanları çapraz sorguya alma hakkı; g) Kararın sadece sunulan delillere dayandırılabilinmesi h) Avukatla temsil edilme hakkı; i) Yargı yerinin sunulan delillere ilişkin tutanak oluşturma zorunluluğu; j) Yargı yerinin ilgili vakıa ve deliller ile kararın gerekçelerini yazılı şekle sokması. Bkz. Henry J. Friendly, "Some Kind of Hearing", **123 U. Pa. L. Rev.** 1267 (1975).

Nitekim Supreme Court bu düşünceyi, yukarıda yer verdiğimiz *Goldberg v. Kelly* kararına yansıtmıştır[128]. Kararda "due process"i temin etmek için gerekli olduğu belirtilen prosedürlere bakıldığında[129] bunların büyük bir oranda "formal adjudication" sürecini çevreleyen prosedürlerle aynı olduğu anlaşılmaktadır. Karara konu uyuşmazlık, devletten sosyal yardım ödeneği almakta olan *Goldberg*'in, yasadaki koşulu kaybettiği gerekçesi ile bu ödeneğinin kesilmesinden önce, şekle bağlı olmayan basit bir oturum yapılmakla yetinilip yargılama sürecindeki gibi "formel bir oturum" hakkının ise ödeneğin kaldırılmasından sonra işlemin kesinleşmesi aşamasında tanınmasının, hukuka aykırı olduğunu iddia etmesi neticesinde ortaya çıkmıştır. Mahkeme, davada, *Goldberg*'i haklı bularak "due process" teminatının sağlanabilmesi için, yargısal benzeri usullere, ödeneğin kesilmesinden önce yer verilmesi gerektiğini, bu aşamada yalnızca bir "ön oturum" hakkının verilmesinin yeterli olmadığını kabul etmiştir.

"Due process" ile korunan menfaatlerin kapsamının dar tutulduğu dönemde, bu menfaatlerin korunmasını temin için "formal adjudication" benzeri bir sürecin zorunlu tutulması İdare için pek fazla sorun yaratacak bir durum oluşturmuyordu. Buna karşılık, sosyal yardım ödeneklerine ve kamu personelinin istihdamına ilişkin meselelerde de aynı yükümlüğünün şart koşulması ve bunun diğer konulara da yayılması İdarenin son derece masraflı, uzun zaman alan ve giderek karar alma sürecini kilitleyen bir iş yükü ile karşı karşıya kalması anlamına geliyordu. Nitekim yanlış bağlanan sosyal yardım ödeneklerinin düzeltilmesi sürecinin getirdiği

---

[128] Bu nedenle, Goldberg, "due process" kapsamındaki mülkiyet kavramının geniş yorumlanması bakımından "modern", ancak "due process" güvencesini karşılamaya yönelik prosedürlerin neler olduğunun belirlenmesi bakımından ise "eskide kalmış" bir karar olarak nitelendirilebilir.

[129] Bu prosedürler şu şekilde listelenmiştir: a)İlgiliye hakkında alınacak kararın belirli bir süre öncesinden ve anlaşılır bir şekilde bildirilmesi, b) Aleyhe tanıklık yapacaklarla yüzleştirilme ve çapraz sorgulama imkanı verilmesi, c) Kendi tanıklarını sunma olanağına sahip olma, d) Sözlü olarak ifade verme fırsatının verilmesi, e)Avukatla temsil edilme hakkına sahip olma, f)Tutanağa işlenmiş bir karar, g)Kararın gerekçelendirilip açıklanması, h) Kararın tarafsız bir kişi tarafından verilmesi.

maliyet ve aldığı zaman bu konuda ciddi sorun ve endişelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştu[130].

Supreme Court, *Goldberg* kararından büyük ölçüde ayrılma anlamını gelen ve hala "modern due process kuralı" olarak nitelenen *Mathews v. Eldridge* kararında[131] bu endişelere duyarsız kalmadığını göstermiştir. Davaya konu uyuşmazlık, *Goldberg*'tekine benzer bir şekilde, davacının malullük ödeneğinin, durumdan haberdar edilip, varsa elindeki bilgileri sunması olanağının tanınmasından sonra kesilmesi, ancak bu kararın tekrar gözden geçirilmesini talep ettiği takdirde işlemin "formal adjudication" sürecinde yer verilen prosedürlere benzer bir oturumdan sonra kesinleşeceği ve bu durumda arada geçen süre zarfında doğan alacaklarının ödeneceğinin bildirilmesinden kaynaklanmıştır. Mahkeme, bu defa, böyle bir sürecin "due process" ilkesini zedelemediğine karar vermiştir. Supreme Court bu karara varırken "due process" güvencesini sağlamaya yetecek prosedürlerin nelerden ibaret olması gerektiğini "üç unsurlu bir test"e dayalı olarak tespit ettiğini belirtmiştir. Buna göre;

1. Öncelikle İdarenin müdahalesi neticesinde etkilenen özel menfaatin niteliğinin ve bu müdahale sebebiyle ortaya çıkacak sonuçların dikkate alınması,

2. Daha sonra, yetersiz olduğu iddia edilen prosedürlerin tatbik edilmesi durumunda haksız bir müdahalenin ortaya çıkması riskinin ve bunlardan farklı veya daha fazla prosedürün bu riski ne kadar azaltabileceğinin değerlendirilmesi,

3. Ve nihayet, İdarenin davaya konu prosedürleri uygulaması sonucunda daha farklı veya daha fazla prosedür uygulamasıyla ortaya çıkan mali ve idari külfetlerden kurtulması bakımından sağlanacak fayda analizinin yapılması gerekmektedir.[132]

Supreme Court'un böyle bir test icat etmesinin nedeni, İdarenin etkin, hızlı ve mali yönden mümkün olduğu kadar külfetsiz bir şekilde

[130] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 117.

[131] Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (576).

[132] Mathews v. Eldridge, s. 335.

karar alma ihtiyacı ile Anayasa'da bireylere "due process" prensibi ile verilen hakların korunmasına yönelik yükümlülüğü dengelemek istemesidir [133]. Mahkeme, bu doğrultuda, işlemden etkilenen kişiye içinde bulunduğu koşullara göre, ortaya çıkan meseleyi açıklayabilmesi için makul bir imkân verildiği müddetçe *Goldberg*'dekinden daha esnek bir formülle üretilmiş prosedürlerin "due process" için yeterli olabildiğini, mutlaka yargısal usullere benzer usullerin izlenmesinin gerekmediğini belirtmiştir. Buna karşılık, ister *Goldberg'*deki gibi sosyal yardım ödeneğine, ister *Mathews*'taki gibi malullük ödeneğine isterse de kamu personeli istihdamına ilişkin olsun[134], her durumda son verme işleminin yapılmasından sonra yargısal süreçteki prosedürlere benzer usullerin tatbik edildiği, şekle bağlı bir oturum yapılması zorunluluğu devam etmektedir[135].

Supreme Court, *Mathews* kararı ile, devlet tarafından yapılan sosyal yardım veya kamu personeli istihdamına yönelik "due process" uyuşmazlıkları için tespit ettiği formülü, giderek özel girişim faaliyetlerine müdahale edilmesine dayalı klasik regülasyon konularında da uygulamaya başlamıştır[136].

---

[133] "Esas denge, anayasal sistemimiz içinde, hakkaniyeti temin etmek için yargısal benzeri prosedürlerin ne zaman idari faaliyetlere uygulanacağına yönelik bir belirlemeden ibarettir…Yargısal modele özgün delillere dayalı oturum, her durumda zorunlu tutulan veya en etkili nitelikte olan bir karar alma yöntemi değildir. Due process'in esası (mülkiyet ve özgürlükler bakımından) 'ciddi bir kayba uğrama tehlikesi olan bir kimsenin bundan haberdar edilerek, bu tehlikeye karşı kendini savunma imkanının sağlanmasıdır.' Bunun için gerekli olan şey sadece prosedürlerin, tesis edilecek karar ve dinlenecek kişilerin durum ve kapasiteleri göz önüne alınarak ayarlanması ve iddialarını ortaya koymak bakımından elverişli bir imkan verilmesinin temin edilmesidir." (Mathews v. Eldridge s. 349.)

[134] Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134 (1974).

[135] Supreme Court, Mathews kararından önce, sonradan telafi edilmesi güç acil bir durumun varlığında; İdarenin önce karar alıp ardından oturum yapmasına izin vermekteydi. Örneğin, maden güvenliği konusunda faaliyette bulunan bir "agency"nin, yapmış olduğu denetimlerde madenin sağlık ve güvenlik açısından tehlike yarattığı veya çevreye esaslı bir zarar verdiğini tespit ettiğinde, oturumu kapatma kararı aldıktan sonra tertip etmesi "due process" bakımından hukuka aykırı görülmemekte idi. Mathews kararı ile yargısal benzeri usullerin tatbik edildiği oturumun karar alınmasının sonrasına bırakılmasına izin verilen haller "acil durumlar"a özgü olmaktan çıkarılmıştır.

[136] Brock v. Roadway Express, Inc., 481 U.S. 252 (1987).

Yukarıda, "due process" ile bireylere, kendilerini sözlü olarak ifade edebilecekleri bir oturum yapılması ekseninde tanınan güvencelerin "adjudication" faaliyeti için geçerli olduğuna, buna karşılık aynı prensibin genele yönelik kurallar getiren ve gayrişahsi nitelik taşıyan "rulemaking" sürecine uygulanmadığına[137] değinilmişti. Bununla birlikte, bir işlemin tesis edilmesine yönelik sürecin "adjudication" olup olmadığı, İdarenin ona verdiği "isme" göre değil "işlemin hukuksal durumlarda yarattığı etki"lere göre belirlendiğinin altını çizmek gerekir. Bu ayırımın "due process" ile bağlantısını göstermesi bakımından oldukça eski tarihli iki Supreme Court kararı bugün için hala temel referanslar olarak ele alınmaktadır.

Bu kararlardan ilkini teşkil eden 1908 tarihli *Londoner v. Denver*'da şehir idaresi belirli bir sokakta kaldırım taşı döşenmesi suretiyle iyileştirme yapılmasına ve bu iyileştirmenin maliyetinin o sokakta bulunan her bir parsel sahibinden, taşınmazlarındaki değer artışı oranında yapılacak vergilendirme ile karşılanmasına karar vermiştir[138]. Supreme Court şehir idaresinin bu tür bir vergiyi her malike ayrı bir oturum hakkı vermeden tahsil etmesinin "due process" prensibine aykırı olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık Mahkeme, bu karardan kısa bir süre sonra ele aldığı *Bi-Metallic* davasında[139], Denver'daki vergiye tabi bütün taşınmazların değerlemesinde %40'lık bir artışa gidilmesine yönelik işlem için böyle bir yükümlülük bulunmadığını, "due process"in *"bir işlemden bireysel (birel) durumları uyarınca genelden ayrı olarak etkilenen az sayıdaki belirli kişiler bakımından"* hak doğuracağına karar vermiştir. Her ne kadar, kararı kaleme alan Yargıç Holmes, "bir kuralın birkaç kişiden daha fazlasına uygulandığında, herkesin doğrudan dinlenilmek suretiyle söz sahibi olmasının pratik olmayacağını" temel gerekçelerden biri olarak kullanmışsa da[140], hem doktrinde hem de daha sonraki Supreme Court kararlarında[141], iki kararı birbirinden farklı kılan tek hususun bu olmadığı[142] vurgulanmak-

[137] Asimow et al., s. 73; Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 105.

[138] Londoner v. Denver, 210 U.S. 373 (1908).

[139] Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization, 239 U.S. 441 (1915).

[140] Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization s. 445.

[141] Örneğin bkz. United States v. Florida East Coast Ry. Co., 410 U.S. 224, 244-246 (1973).

[142] Strauss, **Administrative Justice**, s. 135.

tadır. Esasen, asıl fark, birinci karara konu işlemin, kapsamına girenlerin hukuksal statülerine göre farklı sonuçlar yaratması, buna karşılık ikinci karardakinin herhangi bir kişisel durum veya ayrıcalık yaratmayan ve kapsamına giren herkesi aynı ölçüde etkileyen genel bir işlem olmasından kaynaklanmaktadır[143]. Bu bakımdan, ikinci süreçte, ilkinden farklı olarak yargısal faaliyete benzer şekilde, her bir vakıa ve durumun müstakilen değerlendirilmesine yönelik karar alınmasına gerek olmadığı[144], bu nedenle "due process" prensibi uyarınca ilgililere sözlü olarak dinlenecekleri duruşma benzeri bir oturum hakkının verilmesine ihtiyaç bulunmadığı düşünülmektedir.[145] Bu nedenle, bu iki davanın yorumundan, "usuli due process"'in esasen yargısal benzeri karar alma ("adjudication") fonksiyonuna yönelik muameleler için aranan bir prensip olduğu sonucuna varılmaktadır[146].

"Due process"e ilişkin güncel tartışmalardan biri de öteden beri devlet tarafından yürütülen faaliyetlerin sözleşme yapmak suretiyle özel hukuk kişilerine gördürülmesinde ortaya çıkmaktadır. Son yıllarda yapılan sözleşmelerle hapishanelerin, rehabilitasyon merkezlerinin, sosyal yardım programlarının, devlet okullarının veya hastanelerin işletme ve idaresi özel hukuk kişilerine verilmekte, motorlu taşıt sürücü ehliyeti verme veya sokakların bakımını yapma, konut edindirme faaliyetleri özel hukuk kişilerine gördürülmektedir[147]. Bu durumda bu tür faaliyetleri görenlerin yaptıkları işlemlerde, esasen devlet organların işlemleri için getirilmiş "due process" prensibinin geçerli olup olamayacağı, bu gibi

---

[143] Şayet İdare tarafından yapılan işlem "belirli kişileri genelden ayırmak suretiyle yapılıyorsa … bu takdirde bireyin söz konusu karar ile genel olarak ilgili olmasından ziyade özel olarak ilişkilendirilmesi gündeme geliyor demektir" Laurance H. Tribe, **American Constitutional Law**, Foundation Press, 1978, s. 503-504; Ayrıca Bkz. O'Bannon v. Town Court Nursing Center, 447 U.S. 773, 801 (1980); Minnesota State Bd for Community Collages v. Knight, 465 U.S. 271,285 (1984); Logan v. Zimmerman Brush Co., 455 U.S. 422,433 (1982).

[144] Davis, Administrative Law Treatise, s. 412-413.

[145] Strauss, **a.e**., s. 135.

[146] Asimow et al., s. 73; Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 105.

[147] Jack. M. Sabatino, "Privatization and Punitives: Should Government Contractors Share Sovereign's Immunities From Exemplary Damages?", **58 Ohio St. L.J.** 175, 179-185 (1997).

işlemlerin de İdarenin tesis ettiği işlemlerde olduğu gibi usuli kurallarla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışılmaktadır. Supreme Court verdiği iki kararla, İdare ile yapılan sözleşme çerçevesinde özel hukuk kişileri tarafından idare edilen hapishanelerde "due process" prensibinin geçerli olduğu yönünde tavır takınmış, ancak konunun özüne yönelik açık bir vurguda bulunmamıştır[148].

B. Yargısal Korunma

1. Regülasyon Faaliyetinin Yargısal Denetimi

Amerikan İdari Usul Yasası (APA), yalnızca isminden yola çıkılarak, İdarenin karar alma usulünü sistematikleştiren bir düzenleme olarak algılanmamalıdır. Yasa, bir taraftan, İdarenin karar alma sürecinde takip edeceği birbirinden farklı usulleri düzenlerken, diğer taraftan bu sürecin yargısal denetiminde izlenecek prensipleri ortaya koymaktadır. APA'da İdare işlemlerinin yargısal denetimine ilişkin bir takım kurallar getirilmesinin ardında, hem "idari usul" ile "yargılama usulü"nün bütünleştirilmesi ve birbiri ile uyumlu hale getirilmesi hem de İdarenin regülasyon faaliyeti ile bu faaliyetin yargısal denetimi arasında belirli bir denge sağlanması gayesi yatmaktadır. APA ile, İdarenin işlem yaparken hem esas hem de usule yönelik olarak kullandığı takdir yetkisinin denetiminin kriterleri belirlenmiş ve modern İdare'ye tanınması kaçınılmaz olan yetkilerin sınır ve kapsamının belirlenmesinde "Common Law" kurallarının yetersizliği giderilmeye çalışılmıştır. Bu sayede, regülasyon yetkisinin kullanımı ve denetiminde sözü edilen denge mekanizmasının işlerlik kazanması sağlandığı gibi, mahkemelerin işini kolaylaştıran, daha sağlıklı karar vermelerini sağlayan, takdir yetkilerinin kapsam ve sınırını önceden belirleyen "sağlam temellere dayalı" bir sistem de oluşturulabilmiştir.

İdarenin bir işlemini denetlemesi için kendisine başvurulan federal bir mahkeme öncelikle bu işlemi denetleme yetkisi olup olmadığını (re'sen) değerlendirmek zorundadır. Federal mahkemede açılan her davanın, yargılama yetkisi bakımından yasal bir dayanağı bulunması ge-

[148] Corrcetional Services Corp v. Malesko, 534 U.S. 61 (2001); Richardson v. McKnight, 521 U.S. 399, 412 (1997).

reklidir. Bu bağlamda "federal yargılama" kuralını ihtiva eden yasa[149], ilk derece mahkemesi olarak nitelendirilebilecek federal "district court"lara federal konularda "genel bir yargılama yetkisi" vermektedir. Buna karşılık, Kongre, yargılama yetkisi bakımından birçok durumda, söz konusu genel kuralın yerine geçen özel düzenlemeler öngörmektedir. Bunlar içinde, en çok rastlanılanı, Kongrenin ilk derece mahkemesi tarafından yapılacak bir denetimi "gereksiz" bulup, bunu doğrudan "istinaf mahkemesi"nin (court of appeals) yapmasını emreden yasal metinlerdir[150]. Kongrenin ilk derece mahkemesi yargılamasını gereksiz görmesinin temel nedeni, denetime tabi işlemin ayrıntılı bir tutanağa, dosyaya (paper record) dayanması veya davaya konu uyuşmazlıkta tanık gerektiren bilgi ve belgelere dayalı bir meselenin bulunmamasıdır. APA'da, yargılama sürecindekine benzer usuli düzenlemeler getirilmesi sebebiyle, İdarenin işlem yapma sürecinde ayrıntılı bir dosya zaten hazırlanmış olduğundan, ilk derece yargılama yapılıp yeniden bir dosya oluşturulmasına gerek görülmemektedir. Bu nedenle, Kongre, yargı sürecini hızlandırmak amacıyla, çoğunlukla, Yasalarda, ilk derece mahkemesi denetimini ortadan kaldıran düzenlemeler öngörmektedir[151]. Örneğin Hobbs Kanunu[152] uyarınca Federal İletişim Komisyonunun birçok kararı, ilk derece mahkemesi yerine doğrudan istinaf mahkemesinde incelenmekte, Temiz Hava Yasası, ihtiva ettiği kurallardan çıkan uyuşmazlıkların birçoğunun District of Columbia (DC) Bölgesi İstinaf Mahkemesinde (Court of Appeals for the District of Columbia) çözülmesini emretmektedir[153].

Supreme Court, Anayasanın 3. Maddesinde yer alan düzenleme uyarınca mahkemeleri yalnızca taraflar arasındaki aktüel "ihtilafları" çözmekle yetkili kılmasından hareket ederek İdarenin tavsiye niteliğindeki kararlarını yargısal denetim dışında bıraktığı gibi, "menfaat" ve "davaya konu edilebilecek işlem" şartlarını sıkı bir incelemeye tabi tutmakta ve böylelikle yargı yerlerinin denetim yetkisini sınırlandırmış olmaktadır. Bütün bu düzenleme ve prensipler çeşitli derecedeki federal mahkeme-

[149] 28 U.S.C. § 1331.

[150] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 200-201.

[151] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 477.

[152] 28 U.S.C. § 2342.

[153] Funk &Seamon, **Administrative Law**, s. 201.

lerin yetkilerinin kontrol edilerek belirli bir oranda sınırlandırılmasına yöneliktir. Görüldüğü üzere yargılama yetkisi, hem Anayasa ve Kanunlar hem de yetkinin sahibi olan Yargı organının kendisi tarafından sınırlandırılmaktadır.

İdarelerin, daha önce birçoğu "Common Law" mahkemeleri tarafından kullanılan yetkileri kullanmasından ötürü, mahkemenin idari bir işlemi denetlerken İdarenin yorum ve tespitlerine ne oranda itibar edeceği, ne kadar ağırlık vereceği, diğer bir ifade uygulanacak hukuka ve karara etki eden verilere ilişkin değerlendirmeleri ile ne kadar bağlı kalacağı meselesi son derece önemli ve aynı zamanda bir o kadar tartışmalıdır. Bu temel sorun, mahkemeler ve idareler arasındaki temel ilişkide belirleyici rol oynamaktadır. Bir mahkeme, İdarenin vardığı her sonucu kabul ederse bu durumda, yargısal denetimin anlamı kaybolmayacak mıdır? Buna karşılık, Yargı organı her meseleyi ilk elden, (en baştan) ele alıp, "agency"lerin yorumuna hiçbir şekilde itibar etmezse bu takdirde İdarenin fonksiyonu kalacak mıdır[154]?

Her ne kadar APA regülasyon idarelerinin takdir yetkilerinin denetiminde mahkemelere yol gösterici standart ve prensipler getirmişse de bunlar, belirli bir uyuşmazlık karşısında hakimlerin takınacağı tutumu tümüyle belirlemeye yetmemekte ve yetmesi de beklenmemektedir. İdareye regülasyon faaliyetini yerine getirmesinde takdir yetkisi tanınması çoğu durumda zorunlu bir hal alırken bu yetkinin varlığı yargısal denetimi ortadan kaldırmamaktadır. O halde bir taraftan, İdarenin yerine geçerek karar almaları mümkün olmayan[155] diğer taraftan da İdarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlemekle yükümlü olan yargıçlar nasıl bir rol üstleneceklerdir?

Yukarıda da belirtildiği gibi, yargısal denetimin kapsam ve sınırlarının anayasal çerçeve içerisinde belirlemeye yetkili olanların başında Kongre gelmekte[156], Kongrenin yanında Yargı organının kendisi de ortaya koyduğu ilke ve prensipler ile, İdarenin işlemleri üzerindeki de-

[154] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 203.

[155] Asimow et al, s. 534.

[156] a.y.

netimin sınır ve kapsamının çizilmesinde önemli bir rol üstlenmektedir. Mahkemeler, bu rolü yerine getirirken, İdarenin yargısal benzeri kararları ile kendi kararları arasındaki ilişkinin mahiyetini ortaya koymak için yargılama faaliyetini çevreleyen müesseseler ile anoloji yapmakta ve İdarenin kararları-yargısal karar ilişkisini "juri-hakim" veya "ilk derece mahkemesi-istinaf mahkemesi" ilişkisine benzetmekte, İdarenin kararlarının denetiminde kendilerine düşen görevi tanımlama çabalarında, bu müesseseler arasındaki görev paylaşımına gönderme yapmaktadırlar[157]. Bununla birlikte, bir başka önemli ve tartışmaya açık nokta ise, sayıları oldukça fazla olan, farklı yasal düzenlemelere tabi olarak, farklı görevler ifa eden "agency"lerin işlemlerinin denetiminde, genel bir takım kural ve prensiplerin ne kadar işlevsel olacağı veya bu çözümün karşına oturtulan, her olay için ayrı (case by case) denetimin ne denli tutarlı olacağına ilişkindir[158].

Bütün bu tartışmalar, İdarenin işlemleri ile bunların yargısal denetimi arasındaki ilişkide hassas bir denge mekanizmasının gözetilmesi gerektiğine işaret etmektedir. İşte, bu denge mekanizmasına yön veren temel kural ve prensipler aşağıdaki satırlarda incelenecektir.

2. Yargısal Denetimin Kapsam ve Sınırını Belirleyen Standartlar (Ölçütler)

"Agency"lerin işlemlerinin yargısal denetimin kapsam ve sınırları, başta APA, daha sonra da APA'daki genel hükümlere göre özel nitelik taşıyan ve çoğunlukla da ilgili idarelerin kuruluş kanunlarında yer alan özel düzenlemelerde belirlenmiştir.

Amerikan hukuk sisteminde regülasyon faaliyetine yönelik yargısal denetimin karmaşık yapısını kavrayabilmek için İdarenin karar alma sürecindeki belli başlı aşamaları ele almak gerekir.

İdare, ilk adımda "uygulamakla yükümlü olduğu hukuku yorumladıktan sonra, işlemin konusuna ilişkin maddi vakıa ve delilleri tespit eder ve mevcut duruma ilişkin kuralların nasıl uygulanacağını takdir eder. İşte,

[157] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 203.

[158] a.y.

bu aşamaların her biri, hukuki uyuşmazlığın önüne getirildiği mahkeme tarafından farklı denetim esaslarına tabi tutulur. Söz konusu aşamalar yargısal denetime belirli bir standart getiren APA düzenlemelerine paralel bir biçimde yansımıştır. Bu bağlamda, İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin tabi tutulacağı "test"ler, APA §706 (2) de listelenmektedir. Söz konusu fıkradaki iki bent, işlemin Anayasaya aykırı olup olmadığının (§706 (2)(B)) ve İdarenin kanunla kendisine tanınan yetkinin sınırlarını aşıp aşmadığının[159] (§706 (2)(C)) tespitine yönelik hukuksal sorunları ("questions of law") ele almaktadır. Bunun yanında maddi vakıa ve delillerin tespitindeki kriterleri ele alan iki ayrı bent bulunmaktadır. Bu doğrultuda, (§706 (2)(E)) daha çok "duruşma benzeri oturum"un ("trial type hearing") yapıldığı muamelelere uygulanan "yeterli (esaslı) kanıt" ("substantial evidence") denetimini öngörürken, (§706 (2)(F)) işleme ilişkin maddi vakıa ve delillerin (verilerin) (facts) yeni baştan ("de novo") denetime tabi tutulduğu, seyrek bir uygulama alanı bulunan hallere özgülenmiştir. (§706 (2)(A)), duruma göre, maddi vakıa ve delillerin tespitine (fact finding) veya takdiri meselelere uygulanabilen "keyfilik" ("arbitrary and capricious") testini öngörmektedir. Nihayet (§706 (2)(D)) incelemeyi yapan mahkemeye, davaya konu işlemi usuli yanlışlıklara dayalı olarak iptal etme yetkisini vermektedir.

Bu mekanizmada, mahkemelerin regülasyon idarelerinin hukuki yorum ve kanaatlerinin denetiminde, maddi vakıa ve delillerin tespiti ile takdiri belirlemelerinin denetimine göre daha geniş bir hareket alanı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yargısal denetim mercii, İdarenin hukuki yorum ve kanaatiyle, diğer unsurlara oranla daha az bağlı olacaktır. Bu fark, temelde, yasal düzenlemelerin yorumlanmasında mahkemelerin son ve kesin otorite olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır[160].

[159] Daha önce de belirttiğimiz gibi, federal regülasyon idareleri sözü edilen konular içinde ya sadece belirli bir sektörü regüle etmek üzere kurulmuş (örneğin enerji piyasası), ya da birden fazla sektörü belirli bir amaca yönelik olarak (örneğin çevrenin korunması) regüle etme yetkisi ile donatılmışlardır. Kaldı ki; uğraş alanı ve konusu ne olursa olsun bir "agency", Kongrenin takdir ettiği oranda yetki sahibi olmaktadır. Bu nedenle, Yargı organı, nasıl Kongrenin Anayasanın kendisine verdiği yetkiyi aşıp aşmadığını denetliyorsa, regülasyon idarelerinin de Kongrenin tanıdığı sınırların dışına çıkıp çıkmadıklarını kontrol etmektedir.

[160] SEC v. Sloan, 436 U.S. 103, 118 (1978).

Diğer yandan, yargıcın Anayasa ve yasaları yorumlama kabiliyeti, idareye oranla daha fazladır. Ayrıca, önlerine gelen konuya daha objektif yaklaşabilecek olan yargıçların, yetkilerini genişletmek amacıyla bir yasayı yanlış yorumlama eğiliminde olabilecek İdare görevlilerinin bu suretle bürokratik bir hegamonya yaratma çabalarının önüne geçmesi gereklidir. Bütün bu gerekçelere karşın, Kongrenin, belirli bir alanı regüle etmekle görevlendirdiği idareye kanunda kimi zaman açıkça, kimi zaman da gerekli detayları eklemesi için zımnen ucu açık boşluklar bırakmak suretiyle, geniş bir düzenleme yetkisi ihdas ettiği dikkate alındığında, bunların hukuksal yorumlarının denetiminde, mahkemelerin sınırsız bir yetki ile donatılmamış olduğu anlaşılmaktadır. Yasa Koyucunun tanıdığı yetki, mahkemenin İdarenin faaliyet konusu içinde bulunan değerlendirme ve tespitlerini belirli şartlara bağlı olarak dikkate almasını zorunlu kılmakta ve böylelikle Yasa'nın yorumlanmasında da İdareye belirli bir hareket serbestîsi tanımaktadır.

Şu halde regülasyon faaliyetinin yargısal denetimi birbirinden farklı aşamalarda, farklı kriterlere göre gerçekleşmektedir. İlkin, göreceli olarak daha serbest bir şekilde, İdarenin hukuksal yorumları denetlenerek Yasama organı tarafından verilen yetkinin sınırlarının aşılıp aşılmadığının kontrolü yapılmakta, sonrasında ise, İdarenin maddi vakıa ve delillerin tespiti ile takdiri değerlendirmelerinin (belirlemelerinin) daha bağlayıcı olduğu inceleme aşamalarına geçilmek suretiyle, devredilen yetkinin makul ve kabul edilebilir bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı tetkik edilmektedir.

a. İdarenin Yasal Düzenlemeleri Yorumlamasına Yönelik Denetim

Yukarıda belirtildiği üzere uyuşmazlığı denetlemeye yetkili mahkeme, incelemesine ilgili idarenin yasa ile tanınan görev ve yetkilerinin dışına çıkıp çıkmadığını belirlemekle başlar. Mahkemenin, İdarenin davaya konu işleme uygulanan hukuka ilişkin yorumunu denetlerken, maddi vakıaların tespiti ve takdir yetkisinin denetimi aşamalarına göre İdarenin değerlendirmeleri ile daha az bağlı olduğunu, daha serbest bir denetim yapma imkânına sahip bulunduğunu vurgulamış idik. Bununla

birlikte, mahkemeler, bu konuda da sınırsız bir takdir ve denetim alanına sahip değillerdir. Faaliyet gösterdiği alanda belirli bir "uzmanlık ve birikime" sahip olduğu kabul edilen idarelerin işlemlerinin denetiminde, her zaman onların yorumlarından bağımsız bir inceleme yapılmamakta, bazı şartlarda bu yorumlara itibar edilmesi ile yetinilmektedir. Supreme Court'un, bu durumu ortaya koyan *"Chevron"* kararı Amerikan İdare Hukuku doktrin ve içtihatlarında son derece önemli bir yere sahiptir.

Mahkemenin, 1984 tarihli *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC kararı*[161], EPA'nın üreticilerin kirlilik kontrolüne ilişkin yükümlülüklerinin maliyetlerini düşürmek amacıyla tasarladığı ve "balon politikası" ("buble policy") olarak adlandırılan planın davaya konusu edilmesi neticesinde verilmiştir. Söz konusu davadaki uyuşmazlık, EPA'nın, Temiz Hava Yasasında (Clean Air Act) yer alan "sabit kaynak" ("stationary source") terimini, bir endüstriyel tesis içindeki müstakil bir cihaz yerine, bütün endüstriyel tesis olarak kabul edip edemeyeceğine dayanmakta idi. Mahkeme, söz konusu idarenin ulaştığı sonucu kabul ettiği kararında, bir idarenin belirli bir yasaya ilişkin yorumu denetlenirken iki aşamalı bir sorgulama yapılmasını gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre, bir mahkeme öncelikle Kongrenin, uyuşmazlıktaki konuya kesin bir açıklıkla gönderme yapıp yapmadığını belirleyecektir. Diğer bir ifade ile Mahkeme, öncelikle, Yasa Koyucunun amacının aşikâr bir şekilde belli olup olmadığını tespit etmekle yükümlüdür. Şayet, Kongre, ilgili düzenlemeyi bu tür bir açıklıkla ortaya koymuş ise, ikinci aşamaya geçmeye gerek kalmayacak ve Mahkeme konuya ilişkin değerlendirmesini Kongrenin muğlâk olmayan bir şekilde ifade ettiği amaç doğrultusunda yapacaktır. Şayet uyuşmazlığa konu yasa hükmü kesin bir ifadeye dayanmıyor, muğlâk (ambiguous) bir görünüm arz ediyorsa, ikinci aşamaya geçilecek ve bu durumda İdare'in yorumu esas alınarak bu yorumun makul olup olmadığı incelenecektir. Bu bağlamda, *Chevron*, regülasyon faaliyetine ilişkin bir varsayımı ortaya koymaktadır: Şayet Yasa "muğlak", "açık kapı" bırakan bir ifade kullanmışsa, uyuşmazlığı inceleyen Mahkeme, Kongrenin İdareye "bu ifadeyi makul bir şekilde yorumlama", diğer bir ifadeyle "Yasa ile getirilen boşlukları yorum yolu ile doldurma" yetkisi verdiğini kabul edecektir. Bu

[161] Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).

nedenle, makul olmak kaydıyla, "agency"'nin yorumu kabul görmeli ve bundan ayrı, bağımsız bir incelemeye gerek duyulmamalıdır.

Kimilerince, yasal düzenlemelerin yorumlanmasında mahkemelerin mutlak üstünlüğü esasına aykırı bir prensip getirmesi nedeniyle eleştirilen *Chevron*, aslında regülasyonu destekleyen temellerden kuvvet almakta idi:

1. İdareler yürütmekle yükümlü oldukları yasalar konusunda tecrübeli ve uzman olduklarından, çeşitli madde hükümleri arasındaki ilişkiyi kavramada ehildirler.

2. Regülasyon faaliyetinin karmaşık yapısı içinde, önceden öngörülemeyen problemlerin çözümünde etkili bir program yürütebilmeleri adına idarelerin belirli bir esneklik ve serbestliğe ihtiyaçları bulunmaktadır.

3. İdareler sonuçta yaptıkları tercihlerde, mahkemelere göre politik bakımdan daha hesap verebilir bir konumdadırlar.

İdare Hukuku alanına giren davalar içerisinde bugüne kadar en çok gönderme yapılan kararlardan biri olan[162] *Chevron*, orijinal yapısını koruması bakımından istikrarlı bir uygulama alanı bulmamış ve kapsam ve anlamı bakımından giderek farklılaşan bir sürece konu olmuştur.

Sözü edilen değişim ve gelişimlerin arkasında, kararı izleyen yıllarda yeni üyelerin atanmasıyla kompozisyonu değişen Mahkemenin, mümkün olduğunca bağımsız bir denetleme eğilimine yönelmesi gibi dışsal faktörler olduğu gibi[163], *Chevron*'un orijinal forumunun içinde barındırdığı belirsizliklerden kaynaklanan içsel sebepler de bulunmaktadır.

[162] Thomas W. Merrill, "The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark", in **Administrative Law Stories**, (Peter L. Strauss ed.), Foundation Press, New York, 2006, s. 399.

[163] Bazı yazarlar Chevron'un Reagan döneminde alınan bir karar olduğunu hatırlatarak, o dönemde Supreme Court'ta görev yapan ve Reagan döneminde alınan kararların yargısal denetimden daha rahat geçmesini arzulayan muhafazakar Yargıçların ürünü olduğunu, sözü edilen Yargıçların, Chevron'la, alt derece mahkemelerde görev yapan "liberal" yargıçları Regan Yönetiminin kararlarına itibar etmek zorunda bırakmayı amaçladıklarını ileri sürmektedir. Supreme Court'ta görev yapan liberal üyelerin sayısının artmasıyla Chevron prensibinin eskiye nazaran daha dar yorumlanması bu görüşleri haklı çıkaran bir gelişmedir. Bkz. Linda R. Cohen, Mathew L. Spitzer, "Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and an Emprical Test", **69 S.**

"*Chevron* prensibi"nin zaman içinde farklı yorumlanmasını doğuran nedenlerin başında, birinci aşamadaki muğlâklık kriterinin kendisinin muğlâk olması gelmektedir. Gerçekten, yasal düzenlemelerdeki hükümlerin büyük bir bölümü belirli bir dereceye kadar muğlâklık taşımaktadır. Bu nedenle, bir kanun maddesinin açıklık veya muğlâklığının sabit bir bakış açısı ve yorum tekniği ile ayrıştırılabilmesi kolay olmamaktadır. Bu bakımdan Mahkemenin *Chevron*'u ele alış biçime bağlı olarak birbiriyle örtüşmeyen kararlar çıkabilmektedir[164].

Diğer bir husus, Kongrenin muğlâk bir ifade kullanmak suretiyle İdareye yetki devri amacını taşıyıp taşımadığının nasıl anlaşılabileceğidir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, "*Chevron* prensibi", Kongrenin, amacını açıkça belirlemeye yarayan bir kavram kullanmamasının, söz konusu kavramı yorumlama yetkisini zımnen İdare'ye devrettiği anlamına geldiğine işaret etmektedir. *Chevron*'un en güçlü savunucularından biri olan Supreme Court Yargıcı SCALIA, "*Chevron* testi"nin ikinci aşamasına geçildiği takdirde, artık Kongrenin İdare'ye yasayı yorumlama inisyatifini kullanma yetkisini verdiği varsayımının kabulünün kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır[165]. Buna karşılık, aynı mahkemenin diğer Yargıcı BREYER ise *Chevron*'un, Kongrenin bu tür bir muğlâklık yaratarak, İdare'ye belirli bir yetki devredip devretmediğinin mahkemeler tarafından sorgulanmasını engelleyici bir tutumla ele alınmasının doğru olmadığını[166] ve İdarenin yorumunun makul olup olmadığı için yetkiyi veren yasanın geçmişine ve gerekçelerine (ruhuna) bakmak gerektiğini ileri sürmektedir[167].

Cal. L. Rev. 431 (1996).

[164] Supreme Court'ta görev yapan yargıçlar içinde, önceleri yasanın yalnızca lafzi yorumunun değil ruhunun da önemli olduğunu ve bu nedenle yalnızca metinle yetinilmemesi gerektiğini, Kongrenin asıl amacının ne olduğunun belirlenmesi gerektiğini savunanların [ki bunlar "amaççı" ("intentionalist") olarak anılmaktadır] sayısı daha fazla idi. Karşı tarafta ise "metinciler" ("textualist") olarak nitelendirilen ve yasanın amacının açık olup olmadığının belirlenmesinde lafzından hareket etmenin yeterli olduğunu savunanlar bulunmaktaydı. Mahkemenin bugünkü kompozisyonunda bu ikincilerin sayısı artmıştır.

[165] Green v. Bock Laundry Machine Co., 490 U.S. 504, 528 (1989) (mutabık görüş [concurring opinion]).

[166] Bkz. Cass R. Sunstein, "Chevron Step Zero", **92 Va. L. Rev**. 187, 198-205 (2006).

[167] Stephen G. Breyer, "On the Uses of Legislative History in Interprating Statutes", **65 S. Cal. L. Rev.** 845,848 (1992).

Sonuç olarak, *Chevron* doktrini hala sınırları kesin çizgilerle çizilmemiş, karmaşık ve tartışmalı bir eksende ele alısansa da Amerikan İdare Hukukundaki önem ve etkinliğini devam ettirmektedir.

Yeri gelmişken, Mahkemenin Kongrenin İdareye verdiği yetkinin anlam ve kapsamının yorumlanmasındaki denetimin standardı ile İdarenin düzenleyici işlemleri ile koyduğu bir kuralın anlam ve kapsamının yorumlanmasındaki denetimin standardının birbirinden farklı olduğunun altını çizmek gerekir. Bunlardan birincisi yani İdarenin kendisine yetki veren yasa hükümlerini yorumlamasının denetimi yukarıda genel çerçevesini açıkladığımız *Chevron* kararı ile şekillenmiş, buna karşılık ikincisi yani İdarenin kendi düzenleyici işlemini yorumlamasının denetimindeki standart bu karardan çok daha önce verilen *Seminole Rock*[168] kararı sayesinde oluşturulmuştur. Supreme Court, *Seminole Rock*'da, düzenlemenin anlamının muğlâk olduğu durumlarda, mahkemelerin İdarenin yorumuna itibar etmek bakımından esaslı bir yükümlülük altında olduklarını, bu konuda ağırlık noktasını oluşturan asıl kriterin **"İdarenin yorumunun sadece açık bir şekilde hatalı veya düzenleyici işlemle tutarsız olması durumunda dikkate alınmayacağı"** esasına dayanacağını belirtmiştir[169]. Bu nedenle, genellikle, İdarenin kendi yaptığı işleme ilişkin yorumuna, *Chevron*'a oranla daha fazla itibar edilmektedir[170]. Bu farklılığa yol açan ise **"İdarenin yaptığı bir işlemi en iyi kendisinin yorumlayacağı**"na ilişkin varsayımdır.

---

[168] Bowles v. Seminole Rock Co., 325 U.S. 410 (1945); ayrıca bkz. Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997).

[169] Id s. 413-414

[170] Mahkemelere, İdarenin yorumuna itibar edilmesi bakımından, Chevron'a oranla daha ağır bir yükümlülük getiren *Seminole Rock prensibi* bazı yazarlar tarafından oldukça ağır bir şekilde eleştirilmektedir. Örneğin, Manning, kendi düzenlemelerini yorumlamasında bu tür bir imkan tanındığı durumlarda, İdarenin bilinçli bir şekilde muğlak ifadelere yer verip, ileride çıkan uyuşmazlıklarda düzenlemenin istediği şekilde yorumlanmasını sağlayabileceğini, bunun da Seminole Rock'ı Chevron'a göre çok kırılgan bir prensip haline getirdiğini belirtmektedir. Bkz. John F. Manning, "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", **96 Colum L. Rev**. 612 (1996).

b. Maddi Vakıa ve Delillerin (Facts) Tespitine Yönelik Denetim

Şayet yargı yerinin yaptığı incelemede İdarenin hukuksal yorumu onay bulmuşsa, mahkeme, olayla ilgili maddi vakıa ve delillerin tespit ve değerlendirmesinin doğru yapılıp yapılmadığını kontrol ederek denetimine devam etmek zorundadır. APA'da bu aşamadaki incelemeye temel teşkil edecek üç farklı standart yer almaktadır. Bunlardan eskiden beri, geleneksel olarak kabul gören ve en kolay idrak edilebilir olanı "yeterli (esaslı) kanıt" ("substantial evidence") testidir. Bu "test"in uygulanabilmesi için uyuşmazlığa konu idari işlemin duruşma *benzeri* bir oturumun ("trial type, on-the-record hearing) yapıldığı "şekle bağlı karar alma süreci" ("formal adjudication"), ya da "şekle bağlı düzenleyici işlem yapma" süreci ("fomal rulemaking") sonucunda ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Diğer tür yöntemlerle yapılmış işlemlere ilişkin maddi vakıa ve delillerin büyük bir çoğunluğu, keyfilik ("arbitrary and capricious") testinin standardı altında mercek altına alınırken, geriye kalan az sayıdakilerde ise mahkeme, söz konusu verileri "yenibaştan (yeniden) yargılama" ("de novo trial") yaparak kendisi değerlendirmektedir.

Yeterli kanıt testini uygulayan mahkeme, İdarenin işlemle ilgili maddi vakıa ve delillerin tespit ve değerlendirmesinin makul olup olmadığını incelemekle yetinmekte, dosyada bulunan maddi vakıa ve delillerin doğru veya yanlış olduğuna kendisi karar vermemektedir. Bu bağlamda, "yeterli kanıt", makul bir insanın belirli bir sonuca ulaşmayı desteklemekte yeterli olarak kabul edeceği ispat mekanizması olarak görülmektedir[171]. İdarenin yapmış olduğu işlemi yeterli kanıt testine tabi tutan bir mahkeme, İdarenin ilgili bilgi ve belgelerin toplanması ve değerlendirilmesinde dikkatli ve titiz bir çalışma yapıp yapmadığını, önem arz eden delilleri sıkı bir incelemeden geçirip geçirmediğini belirlemek durumundadır[172]. Bununla birlikte, denetime tabi işlem, birel bir işlem yani karar (order) değil de düzenleyici bir işlem (rule) ise bu kıstasın muğlâk ve karmaşık bir hal aldığını da belirtmek gerekir.

---

[171] Consolidated Edison Co v. National Labor Relations Board, 305 U.S. 197, 229 (1938).

[172] Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board, 340 U.S. 474 (1951).

Yeterli kanıt testinin uygulanmasında ortaya çıkan meselelerden biri de İdarenin ALJ'nin değerlendirdiği maddi vakıa ve delilleri dikkate alarak verdiği ilk kararı (initial decision) bozması durumunda ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar yeterli kanıt testi ALJ'nin ilk kararına değil, İdarenin nihai kararına tatbik edilse de, ALJ'nin kararı, tutanağın bir parçası olduğundan, nihai karara dayanak teşkil eden maddi vakıa ve delilleri inceleyen mahkeme tarafından dikkate alınmak durumundadır. Bu bakımdan, İdare, ALJ'nin aldığı kararı onaylamayarak aksi yönde bir sonuca varmış ise söz konusu kararın mahkeme tarafından ayakta tutulabilmesi için, İdarenin bu kararı bozmasına neden olan gerekçelerini ikna edici bir şekilde ortaya koyması gereklidir[173].

c. İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi

Yargısal denetimi yapan mahkemenin işi, İdarenin ilgili yasal düzenlemeyi doğru yorumladığını ve işleme dayanak teşkil eden maddi vakıa ve delilleri kabul edilebilir bir şekilde değerlendirdiğini tespit ettiğinde de bitmemektedir. Yargı yeri, son aşamada, İdarenin takındığı tutumun" keyfi", "değişken" "takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına varacak nitelikte" veya "yasal düzenlemelere aykırı" ("arbitrary, capricious, an abuse of discretion or not in accordance with law") olup olmadığını tespit etmekle yükümlüdür. Genellikle "keyfilik testi" ("arbitrary and capricious test") olarak anılan bu inceleme, bizim terminolojimizle, İdarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıp kullanmadığının belirlenmesine yöneliktir. Yukarıda belirtildiği üzere, "keyfilik testi", her ne kadar ikinci aşamada "esaslı kanıt testi"nin uygulanmadığı durumlarda da tatbik edilen bir standart ise de, idarelerin takdir yetkilerinin denetimine yönelik aşamada daha önemli bir işlev sunmaktadır.

---

[173] ALJ'nin delillerle ilişkin değerlendirme ve tespitine verilecek ağırlık, davaya konu işlemin mercek altına alınan unsurlarına göre değişmektedir. Örneğin, mahkeme, işlemin hukuka aykırı olup olmadığına görgü tanığı ifadesine dayalı olarak karar verecekse, "initial decision", ağırlıklı bir kabul görecek, buna karşılık, karar tamamen bilirkişi tanıklığına dayanıyorsa, bu takdirde "agency" yöneticileri bu konuda en iyi değerlendirme yapabilecek kişiler olarak kabul edileceğinden, ALJ'nin kararı daha düşük seviyede dikkate alınacaktır.

Supreme Court bir işlemin keyfiliğinin tespitinde, söz konusu işlemle ilgili unsurların dikkate alınıp alınmadığına ve açık bir muhakeme yanlışlığı yapılıp yapılmadığına bakılması gerektiğini belirtmektedir[174].

Sözünü ettiğimiz bu test, İdarenin "gerekçeli karar alma zorunluluğu"nu ortaya koymakta, bu nedenle işlemin gerekçelendirilmesindeki özen ve titizlik ile söz konusu işlemin temelinde yatan sorunların değerlendirilmesindeki dikkatin ölçülmesine dayalı olmaktadır. İdarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullandığını ortaya koyabilmesi için, söz konusu yetkiyi kullanarak ulaştığı sonuca varmasının altında yatan gerekçeleri tutarlı bir şekilde açıklaması, sözü edilen takdir yetkisini kendisinden beklenen dikkat ve özen içinde kullandığını göstermesi gereklidir. 1960'lı yıllarda idarelerin regülasyona tabi tutulan sektör veya diğer menfaat grupları tarafından ele geçirildiği iddiaları sıklıkla telaffuz edilmeye başlanınca mahkemeler "hard look doctrine" olarak ifade edilen yargısal prensibi yaratarak idarelerin yaptıkları işlemleri daha "sıkı bir şekilde" kontrol etmelerini teminat altına alma çabasına girişmişlerdir. İdareden işlemlerini daha sıkı bir şekilde kontrol etmelerini bekleyen mahkemeler, zamanla bu kontrolü bizzat kendileri yapmaya başlayınca "sıkı denetim" doktrini bugünkü anlamını kazanmıştır. İdarelerin hem maddi vakıa ve delillerin değerlendirilmesinde hem de takdir yetkilerinin kullanılması kapsamında, kararlarının somut ve analitik verilere dayandığını gösteren tutanak ve kayıtlar tutmasını, gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde açıklamalarını ve ilgililer tarafından kendisine sunulan veri ve analizleri dikkate aldığını göstermesini zorunlu tutan Yargı,[175] bu yolla söz konusu kurumları, regülasyon faaliyeti kapsamında politika üretmek adına belirli bir tercihte bulunurken, diğer alternatiflere ilişkin bilgi ve belgeleri ortaya koymak ve neden bunları tercih etmediğini açıklamakla yükümlü kılmaktadır[176].

Mahkeme içtihatları, İdarenin takdir yetkisini keyfi bir şekilde, kötüye kullanmasında belli başlı durumlara gönderme yapmaktadır.

---

[174] Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

[175] Harold Leventhal, "Environmental Decisionmaking and the Role of Courts", **122 U. Pa. L. Rev.** 509, 511 (1974).

[176] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 346.

Bunlardan birincisi İdarenin yapmış olduğu işlemin daha öncekilerle tutarlı olması şartıdır. Kimi zaman, tesis edilen birel bir işlem, görünüşte ilgili yasalara aykırı olmasa da İdarenin kendi düzenleyici işlemlerine uygun olmayabilir. Kimi zamansa, İdare, belirli bir konuda daha önce almış olduğu kararların aksi yönde bir karar almış ve bunu makul bir açıklamaya da dayandırmamış olabilir. İşte, her iki durum da mahkemenin davaya konu işlemi iptal etmesine dayanak teşkil edebilmektedir.

İdarenin takdir yetkisini kullanırken, istikrar kazanmış yargı kararlarına aykırı kararlar vermesi, işlemin iptal edilme riskini doğurduğu gibi, daha hafif etkiler taşıyabilecek alternatifi varken ağır bir yaptırımı seçmiş olması ve bu yöndeki tercihin sebebini tatmin edici bir şekilde açıklayamaması durumunda da işlem hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir[177]. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkemeler, İdareye yürütme fonksiyonunun icabı olarak tanınan takdir alanın içinde kalan bu tür yaptırım uygulama kararlarını sınırsız bir denetim yetkisi ile denetlemekten kaçınmaktadır[178].

Yukarıda belirttiğimiz gibi, regülasyon faaliyetine yönelik idari bir işlemin yargısal denetimden geçebilmesi için, mahkemenin, İdareyi o işlemi yapmaya sevk eden nedenler ile maddi vakıa ve delilleri sağlıklı bir incelemeden geçirebilmesi, bunun için de İdarenin söz konusu neden ve verileri yeterli ve makul bir biçimde açıklamış olması gereklidir. Yargı yeri, uyuşmazlığa konu işlem önüne geldiğinde bu tür bir açıklamaya yer verilmemiş olduğunu tespit ederse, bu durumda, İdareden tatmin edici bir açıklama yapmasını talep etmektedir[179]. Ancak, mahkemeler, genellikle bu tür durumlarda, gereğinden fazla detaya ihtiyaçları olmadığını, sağlıklı bir yargısal denetim yapabilmeye yetecek kadar açıklama beklediklerini vurgulamaktadırlar.

Mahkemelerin, mutlaka İdareden tatmin edici bir açıklama beklemelerinin altında yatan nedenlerden biri de, bir idari işleme, o işlemi yapan idarenin dayanak olarak aldığı temelden başka bir temelle onay vermeleri-

[177] Jacob Siegel Co v. FTC, 327 U.S. 608 (1946).

[178] Butz v. Glover Livestock Comm'n Co., 411 U.S. 182 (1973).

[179] Schaffer Transp. Co. v. United States, 355 U.S. 83 (1957); PBGC v. LTV Corp., 496 U.S. 633 (1990).

nin mümkün olmamasıdır[180]. Bu prensibin nedeni ise Kongre'nin, yalnızca "İdare"ye işlem yapma ve takdir kullanma yetkisini vermesidir. Şayet, İdarenin işlemin dayanakları açıklamasını beklemeden, bu tür bir temellendirmeyi mahkeme doğrudan kendisi yapar ise bu takdirde, Kongrenin kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmış olacaktır[181]. Bu bakımdan, idari nitelikteki işlemlerin denetiminde, mahkemelerin yasal temelin değiştirilmesi gibi bir yetkisinin bulunmadığını belirtmek gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere "keyfilik testi" yalnız birel işlemlerin değil, aynı zamanda şekle bağlı olmayan düzenleyici işlemlerin yapılış süreci (informal rulemaking) bakımından da geçerli olmaktadır. Bu süreçte, maddi vakıa ve delillerin tespit ve değerlendirilmesine "yeterli kanıt testi" kural olarak uygulanmamakta, mahkeme "agency"nin tespit ve değerlendirmelerini "keyfilik" standardına göre inceleme altına almakta ya da nadiren "yeniden" ("de novo") bir yargılama yaparak İdarenin değerlendirmelerine hiç itibar etmemektedir[182]. Keyfilik testinin şekle bağlı olmayan düzenleyici işlemler için de uygulanmasının kökeninde 1971 tarihli *Overton Park* kararı yatmaktadır. Supreme Court'un, şekle bağlı olmayan karar alma sürecinde (informal adjudication), uyuşmazlığa etki eden veri ve değerlendirmelere ilişkin yargısal denetimin idari kayıt ve tutanaklar üzerinden gerçekleşeceğini belirttiği[183] bu karar ile ortaya çıkan prensip, kısa bir süre sonra şekle bağlı olmayan düzenleyici işlem yapma sürecine (informal rulemaking) yönelik davalara da yansıtılmıştır. Böylelikle, idareler şekle bağlı olmayan işlem yapma süreçlerinde, her ne kadar şekle bağlı olanlardaki gibi sıkı kurallara tabi olmasalar da, idari kayıt ve tutanaklar tutmak ve ancak bu sayede dayanak aldıkları veriler ile ulaştıkları sonuç arasında tutarlı bir bağlantı olduğunu açıklamak zorundadırlar.

Şekle bağlı olmayan düzenleyici işlem sürecinde, idari kanıt ve tutanaklar, genellikle, tasarlanan düzenlemenin ilanı, nihai işlem ve ona eşlik eden genel gerekçe, ilgililer tarafından sunulan yorum ve eleştiriler ile

[180] Burlington Truck Lines v. United States, 371 U.S. 156, 168-169 (1962).

[181] S.E.C. v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 (1947).

[182] Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402.

[183] Funk & Seamon, **Administrative Law**, s. 282.

İdarenin kendisi tarafından hazırlanmış ve gizli olmayan çalışma belgelerini ihtiva etmektedir. Mahkemeler, bir idarenin yaptığı düzenleyici işlemin keyfilik testinden geçebilmesi için, söz konusu işleme dayanak teşkil eden maddi vakıa ve deliller ile bağlantısının makul bir insan tarafından kabul edilebilecek düzeyde olmasını aramaktadırlar. Bu bakımdan, bu tür bir dosya oluşturabilmesine ilişkin zorunluluk, düzenleyici işlem yapmayı, APA'yı tasarlayanların amaçladığından daha formel ve daha çekişmeli bir hale getirmiştir.

Şu halde, APA'ya göre idari yargı denetimine tutulan diğer tür idari işlemler gibi düzenleyici işlemlerin de Anayasa'ya, ilgili idarenin kuruluş kanunda öngörülen kural ve yetkilere, başta APA olmak üzere diğer yasal düzenlemelerle getirilen prosedürel kurallara uygun ve aynı zamanda keyfi bir tutumla hazırlanmamış olması gerekmektedir. Bununla birlikte, mahkemeler söz konusu standartları tatbik ederken birel nitelikli kararlara getirdikleri yaklaşımın aynısını sergilememekte, yargısal denetimin içerik ve kapsamını her iki işlem türünün niteliğinde var olan bazı farklılıkları dikkate alarak yapmaktadır. Düzenleyici işlem yapma sürecinde ele alınan temel meseleler belirli bir politika üretilmesine ve buna yönelik verilere ilişkin olduğundan, genellikle yargısal benzeri işlem yapma sürecinde olduğu gibi kanıtlanabilir bir niteliğe sahip değildir. Diğer yandan, bu tür işlem yapma sürecinde ele alınan hususlar, enerji, telekomünikasyon veya çevre regülasyonunda olduğu gibi, oldukça teknik özellikler taşıyabilmektedir. Bu bakımdan, bu süreçte tutulan kayıt ve tutanaklar, yasama faaliyetinde ilgili komisyonların önüne gelen belgelere benzemektedir. İdarenin düzenleyici işlemin dayanaklarını göstermek üzere hazırladığı dosyada, teknik raporlar, ilgililerden gelen mektuplar, elektronik postalar, düzenlemeye destek verenlerin ve karşı olanların beyan ve açıklamalarının yer aldığı yazılı ifadeler ve çapraz sorgulamaya tabi tutulmamış sözlü ifadeler yer almaktadır. Bu tür kayıt ve tutanakları incelerken, hakimlerin düzenleyici işlem yapma sürecindeki hukuka aykırılıları tespit etmeleri fakat bunu yaparken de kendi kişisel ve politik tercihlerini ortaya koymamaları gereklidir. Aksi bir tutum demokratik prensiplere ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacaktır.

Bütün bu nitelik ve özellikler, mahkemelerin, İdarenin birel nitelikli kararlarını incelerken yaptığı ve "hard look review" olarak ifade edilen sıkı denetime ilişkin bazı prensiplerin düzenleyici işlemlerin nitelik ve mahiyetine özgü bir anlayış ile ele alınmasına neden olmuştur.

Mahkemeler, keyfilik testini düzenleyici işlemler üzerinde tatbik ederken, İdarenin takındığı tutumu etraflı ve ikna edici bir şekilde açıklayıp açıklayamadığını, bunun yanında düzenleyici işlem yapma sürecine katılanların eleştirilerine tatmin edici cevap verip veremediğine bakmaktadır. Supreme Court, bu çerçevede, İdarenin vardığı sonucu destekleyen direkt bir delil veya karine bulunmamasının düzenleyici işlemi keyfi yapmaya yetmeyeceğini belirtmiş, buna karşılık, İdarenin var olan kanıtları açıklamak, varılan sonuç ile mevcut delil ve vakıalar arasında rasyonel bir bağlantı olduğunu ortaya koymak zorunda olduğuna karar vermiştir[184].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, keyfilik testinin teknik ve ekonomik yönü yağır basan meselelerle iştigal eden idareler tarafından tesis edilen düzenlemelere tatbiki kolay olmamaktadır. Nitekim, Amerikan Yargısı, bu tür konulara ilişkin meselelerdeki yetersizliğinin farkına varmış ve bizatihi kendisi, teknik inceleme gerektiren alanlarda mahkemelerin yetkilerinin sınırlanması gerektiğine karar vermiştir[185]. Bu nedenle, Supreme Court, uzmanlık alanlarına ilişkin olarak bilimsel çerçevede öngörülerde bulunan idarelerin düzenlemelerini incelerken, mahkemelerin söz konusu idarelerin bulgu ve sonuçlarına çok daha fazla itibar etmesi gerektiğine dikkat çekmiştir[186]. Aynı durum, ekonomik temellere dayalı idare politikası üretilmesi bakımından da geçerlidir. Mahkemeler bu gibi durumlarda, regülasyon idareleri tarafından oluşturulan politikanın akıllıca üretip üretilmediğini sorgulayamamakta; keyfiliğe varacak, takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığını gösterecek derecede "hatalı" olup olmadığına bakmaktadırlar. Sözü edilen hatanın ortaya çıkarılması genellikle kolay olmadığından, hakimler, İdarenin takdirini "kendi bakış açılarıyla" değerlendirmemekte[187], makul sayılabilecek ekonomik ter-

[184] Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S 29 (1983).

[185] Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst., 448 U.S. 607 (1980).

[186] Baltimore Gas & Elec.Co. v. NRDC, 462 U.S. 87 (1983).

[187] Hakimler (hukuk dışındaki) alanda "uzman" değillerdir... Mahkemeler, kimi zaman,

cihler yapabilmek için kendisinden beklenen özen ve dikkati sergileyip sergilemediğine bakmaktadırlar[188].

Sonuç olarak, idari nitelikli işlemlerin denetiminde her ne kadar mahkemelerin yargılama yetkisi belirli bir oranda İdarenin takdiri ile bağlı kalmak suretiyle sınırlı olsa da, gerek APA tarafından gerekse mahkeme içtihatları (case law) aracılığı ile getirilen standartlar yargıçlara esaslı bir denetim alanı sağlamaktadır. Bu bakımdan, "yeterli kanıt" veya "keyfilik" gibi kavramlar hiçbir zaman kesinlik arz etmemekte ve mahkemeler de bu kavramlara ilişkin standartlara yükledikleri anlamı, bilinçli bir şekilde muğlâk tutmaktadır.

Yargısal denetim, İdarenin tercih ettiği politikaların ilgili yasal düzenlemelere ve bu yasal düzenlemelerde güdülen amaçlara uygunluğunun sağlanmasının en uygun vasıtası olmakla, bu politikaların tatbikinde bireylerin adil ve tarafsız bir muameleye tabi tutulmasının da güvencesini teşkil etmektedir. Bununla birlikte, mahkemelerin denetim yetkilerinin sınırsız bir şekilde kullanılması, İdarenin regülasyon faaliyetini etkin bir şekilde yerine getirmesini, toplumun bu yöndeki ihtiyaçlarını süratli bir şekilde karşılamasını engelleyecek, toplumdan gelen talepleri Yasama organının kendisinden beklediği şekilde karşılamaya yönelik meşru iradelerini zayıflatacaktır. Nitekim Supreme Court bu durumu *Chevron*'da şöyle açıklamaktadır: "politika (policy) tercihi yapmak konusunda anayasal bir dayanağa sahip bulunmayan federal yargıçlar bu yetkiye sahip olanlar tarafından yapılan tercihlere saygı duymak zorundadır[189]."

C. Değerlendirme

Amerikan İdare Hukukundaki yargısal denetim ile bütünleştirilmiş idari usul düzenlemelerine[190], bu kadar ayrıntılı olarak yer vermemin

yarışan menfaatleri uzlaştırmak zorunda olsa da, bunu, hakimlerin kişisel … tercihlerine dayalı olarak yapamaz". Bkz. Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, s. 865.

188 Stephen G. Breyer, **Ecoomic Reasoning**, AEI-Brookings Joint Center Regulatory Studies, (AEI-Brookings Joint Center Distinguished Lecture, December 4, 2003), 2003, s. 3.

189 Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, s. 866.

190 Yargısal denetim ile bütünleştirilmiş idari usul konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kahraman Berk, **İdari Yargılama Usulü ile Bütünleştirilmiş Olarak Yönetsel Yöntem**

sebebi, regülasyonun sağlam temellere dayalı bir idari usul mekanizması kurulmadan eksik kalacağına, hukuki istikrarı sağlayamayacağına, hatta giderek faydadan çok zarar getireceğine yönelik inancımdır. Bu eksiklik hem bireylerin hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması, hem etkin bir regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesi hem de sağlıklı bir yargısal denetim yapılabilmesine engel teşkil etmektedir. Amerikan İdari Usul Yasası'nın yürürlüğe konulmasının altında New Deal zamanında gerçekleştirilen "regülasyon reformu"nun yatması genel bir idari usul yasası ile regülasyon arasındaki ayrılmaz bağı gözler önüne sermektedir.

A.B.D.'de regülasyon idareleri Yasama ve Yargı organlarının değişen ve karmaşıklaşan ihtiyaçlara cevap vermede geç kalması ve uzmanlık sahibi olmamaları nedeniyle ortaya çıkan sorunlara çözüm bulmak amacıyla kurulmuşlardır. **Diğer bir ifade ile regülasyon idareleri aslında Yasama ve Yargı organlarının yapmaları gereken ama pratik nedenlerden ötürü yapamadıklarını yapmak üzere yaratılmışlardır.** Şu halde, "agency"ler geleneksel yürütme fonksiyonları yanında, Yasama ve Yargı organlarının faaliyetlerine yardımcı olmakta, onları tamamlamaktadır. Bu bakımdan "rulemaking" Yasama organının faaliyetine, "adjudication" da yargı organının faaliyetine benzetilmektedir. Bu nedenle, Yasama ve Yargı organları "kendilerine özgü" karar ama usullerine sahip iken İdarenin bu tür kurallarla bağlı olmamasının, anayasal prensipler ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasına dayalı Hukuk Devleti ilkesini zedeleyeceği düşünülmüştür. Her ne kadar Amerikan Anayasası'nda öngörülen "due process" prensibi İdarenin almış olduğu belirli bir takım kararlar bakımından belli bir güvence verse de New Deal ile İdare'ye geniş yetkiler veren düzenlemelere gidilince bu prensibin tek başına yeterli olmadığı, "hukuki istikrarı" sağlamakta zayıf kaldığı anlaşılmıştır. Diğer yandan, "due process" prensibinin İdare'nin düzenleyici işlem yapma sürecine uygulanabilir olmaması bu tür işlemlere yönelik güvence arayışına esaslı bir dayanak oluşturmuştur.

Yasası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004; Ali Ülkü Azrak, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964.

Düzenleme yetkisinin asli sahibi Yasama organı olduğundan, bu yetkiyi belirli bir sınır ve kapsamda devrettiği İdarenin, kendisine çizilen alanın dışına çıkmasının önlenmesi için, prosedürel kurallara dayalı bir kontrol mekanizması yaratılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, regülasyon idarelerine Yasama organı tarafından tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması için usuli bir takım kural ve sınırlamalar getirilmesi zorunludur. Hiç şüphesiz prosedürel kurallar, "agency"lerin sahip olduğu yetkilerin kontrolü için yegâne vasıtalar değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Kongre her zaman düzenleyici bir işlemin uygulanabilirliğini ortadan kaldıran bir kanun çıkarabilir. Bununla birlikte, bunlar düzenleyici işlem yapma sürecindeki birçok aksaklığı gidermekte yeterli olmayan müdahalelerdir. Kaldı ki, usuli mekanizmalar, İdarenin yetkilerinin dışına çıkmamasını temin ederken aynı zamanda etkin bir şekilde karar almasının da vasıtası olduğundan her iki amaç bakımından sağlıklı bir dengeleme yapılmasını kolaylaştıran, en pratik çözüm yolunu oluşturmaktadır.

Şüphesiz, Yasa ile İdareye verilen takdir yetkisi genişledikçe, demokratik meşruiyet bakımından katılıma ilişkin kurallar daha da önem kazanmaktadır. Çünkü Yasama organının üyeleri faaliyetlerinden ötürü en başta seçim sandığında hesap vermekte, dolayısıyla, vatandaşlar, seçmenlerine karşı sorumlu olan temsilcileri vasıtasıyla, kural koyma yetkisinin kullanımına dolaylı da olsa müdahale edebilmektedir. Buna karşılık, idari görevlilerin bu tür bir sorumluluğu olmadığından, ilgililerin yapılan işlemlere müdahalesini idari usul gibi başka bir takım mekanizmalarla sağlamak gerekmektedir.

Regülasyon idarelerinin uyuşmazlık çözümüne yönelik kararlar almasının yargı organının aldığı kararlara benzerliği dikkate alındığında yargılama sürecine yönelik sıkı prosedürlerin neden "agency"nin bu nitelikteki kararlar almasına yönelik sürece aynen yansıtılmadığı, bunun yerine her ne kadar ona benzer olsa da sonuçta daha farklı ve yerine göre gevşetilmiş bir kontrol mekanizmasının işletildiği sorusu akla gelmektedir. Bu tür bir sorunun yanıtı, İdare cihazının işleyişinin, Yargı organının kullanmadığı fonksiyonları (kural koyma-yürütme) da içinde barındırması nedeniyle, farklı olmasına dayanmaktadır. Bu bakımdan, idarelerin, bir

yandan yargılama sürecindekine benzer (ama aynı olmayan) bir kontrol mekanizmasına tabi kılınması diğer yandan da kural koyan, bu kuralları uygulayan ve bunlara uyulup uyulmadığını denetleyen bir cihazın etkin bir şekilde işlemesine engel olunmaması için "dengeleyici" bir takım usuller getirilmiş, yargılama fonksiyonunda yer alan ve her muamelenin tutanağa geçirilmesi veya soruşturma- karar alma fonksiyonlarının katı bir şekilde birbirinden ayrılması gibi sıkı şartlar öngören prensipler de yumuşatılmıştır. Sonuçta, İdarenin uyuşmazlık çözme işlevi ile yargılama işlevi birbirine "benzeyen" fonksiyonlar olsa da her ikisine de aynı kuralların uygulanmasını beklemek, bir başka ifade ile her ikisini de aynı kontrol mekanizmaları ile sınırlı tutmak, İdareden beklenen işlev ve fayda gereğince "rasyonel" bir yaklaşım olarak görülmemiştir.

Regülasyon idarelerinin kararlarına eskisine nazaran daha çok güvenilmesini ve etkin bir şekilde işlemelerini sağlayan prosedürel kurallar yalnız İdarenin işini kolaylaştırmamış, teknik bilgi ve deneyimden yoksun yargıçlara da yapacakları denetimde kılavuz oluştur. Amerikan Yargıcı, APA ve diğer özel yasalar sayesinde, bir yandan "İdarenin takdir yetkisi"nin sınırlarını bir yandan da kendi takdir yetkisinin sınırlarını öğrenmiştir. Bu bakımdan idari usul düzenlemeleri her iki organın birbirine daha çok saygı duymasını ve eskiye göre daha uzlaşmacı bir tutum içine girmelerini sağlamıştır.

Amerikan İdare Hukukundan modern anlamda regülasyonu "ithal" etmeyi başaran "Kanun Koyucu"muz, ne yazık ki; onun ayrılmaz parçası ve "sigorta"sını teşkil eden İdari Usul Yasasını getirmeyi unutmuş veya ihmal etmiş, müteakip defalar, uzun uğraşlar neticesinde hazırlanan Genel İdari Usul Yasası (ve benzeri isimlerdeki) "Taslak" veya "Tasarı"larını ise tozlu raflarda beklemeye mahkum etmiştir[191].

[191] Söz konusu çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Berk, **İdari Yargılama Usulü ile Bütünleştirilmiş Olarak Yönetsel Yöntem Yasası**, s. 94-98; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 817-846. Bu çalışmalardan en günceli olan ve Adalet Bakanlığınca kurulan bir komisyonun hazırladığı, ancak kendisinden öncekiler gibi yasalaşmayı başaramayan "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı" için bkz. http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/guik.pdf; Tasarı'nın, özellikle, düzenleyici işlemlere katılımı çevre, imar, mülkiyet gibi konularla sınırlı tutması ve ilgililere "dinlenme imkanı" verilmesinde İdareye keyfiliğe varacak derecede geniş bir takdir yetkisi tanıması bakı-

Bu güne kadar genel bir idari usul yasası çıkarılmamış olması sebebiyle hem geniş yetkileri çerçevesinde aldıkları kararlardan ötürü "regülasyon idareleri", hem pratik ve bilimsel nedenlerden ötürü onlara bu kadar geniş yetkiler tanımak zorunda kalan "Yasama", hem de söz konusu kararların denetiminde nasıl bir yol izleyeceği konusunda emin olamayan "Yargı" yoğun eleştirilere uğramış, doktrindeki farklı görüşler arasında sıkışıp kalınmıştır.

Her ne kadar, BİO olarak anılan regülasyon kurumlarının görevlerini belirleyen özel yasalarda, uyuşmazlık çözme ve yaptırım uygulanmasına yönelik işlemler bakımından bir dizi usul kuralı yer almakta ise de bunlar Amerikan Hukukundaki prosedürel düzenlemelere göre oldukça cılız kalan, regülasyon idarelerinin istikrarlı kararlar almalarını sağlayacak genel bir idari usul yasasına olan ihtiyacı karşılamaya yetmeyen düzenlemelerdir. Şayet bu tür idarelerin takdir yetkilerini hukuka uygun kullanmalarının[192]" güvencesini teşkil edecek bir yasa çıkarılabilmiş olsa idi, bağımsızlıklarına yönelik eleştirilerin de yoğunluğu azalacak, Merkezi İdare'ye bağlı olmadıklarında ısrar edilse bile usul kurallarına bağlı oldukları kabul edilecekti.

Lutfi Duran, 1997 yılında kaleme aldığı "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler" başlıklı makalesinde aslında bugün İdari Yargı'nın karşı karşıya kaldığı bir açmazı ortaya koymuştur: " (bu gibi kurumların)[193], *... işlem ve eylemler(i) bilimsel ve teknik sorunları içerdiğinden; bunların değerlendirilip çözümlenmesi ... takdir yetkisine ilişkin bulunmasından ötürü etkili ve yeterli bir yargısal denetime elverişli olmadığı düşünülebilir. Fransız Devlet Şurası olsun, Türk Danıştay'ı olsun, bilimsel ve teknik hususlarda denetim yetkilerini eskisi kadar kısıtlamadıkları gibi, özellikle bu tür bağımsız otoritelerin Hukukun gereklerine ve isterlerine pek özen göstermemek eğilimi sergiledikleri kanısıyla, işlemleri üzerinde daha titiz bir denetim yürütmeyi seçmişlerdir[194]"*

---

mından eleştiriye oldukça açık olduğunu vurgulamak gerekir.

[192] İdarenin takdir yetkisinin anlam ve kapsamı konusunda Bkz. Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İHFM**, C. 30, s. 1-2, 1964, s. 201-211.

[193] Parantez içindeki metin benim tarafımdan eklenmiştir.

[194] Duran, Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, s. 7.

Regülasyonu dengeleyen sağlıklı bir idari usul mekanizması olmadıkça, İdare'nin sahip olduğu takdir yetkisinin denetlenmesi için sistem kendine başka güvenceler yaratma arayışında olacaktır. Bu noktada akla ilk gelen yargı yerlerinin denetim yetkisini genişletmektir. Ancak idari usule dayanan eksikiklerin varlığından kaynaklanan böyle bir yetki ve takdir genişlemesinde, bu defa Yargı'nın "yerindelik denetimi"ne yönelen bir tutumla karşı karşıya kalınması gündeme gelmektedir.

Yargı yerlerinin, idari usul düzenlemeleri olmadan, özellikle bilimsel ve teknik konulara ilişkin ise, İdarenin takdir yetkisinin, nerede başlayıp nerede biteceği konusunda istikrarlı karar vermeleri oldukça zordur. İdari Yargı hakiminin regülasyon faaliyetine yönelik işlemler üzerindeki denetimi, kendisine bu konuda yol gösterecek "standartlar" olmadığı için, İdareye güven duymama gibi subjektif koşullara göre kimi zaman yoğunlaşacak kimi zamansa gevşeyecektir. Oysa idari usulün kompleks ama bir o kadar da işlevsel süzgecinden geçmiş bir işlemi denetleyen hakimin objektifliğinden şüphe duyulmayacaktır. Mahkemenin önüne titizlikle hazırlanmış, farklı görüşlere ve bu görüşlerde yer alan iddialara tutarlı yanıtların verildiği, ilgililere dinlenilme veya görüş bildirme imkanının sunulduğu, bilimsel ve teknik verilerle oluşturulmuş bir işlem dosyası gelirse, hakimlerin, bir çok durumda, uzmanlıktan yoksun oldukları gerekçesiyle bilirkişilere müracaat etmelerine gerek kalmayacak, bilirkişinin kanaatinin hakimin kanaatinin yerine geçmesi veya iki ayrı uzmanın görüşünden (davalı idare- bilirkişi), sırf tarafsız olduğu kabul ediliyor diye sadece birine (bilirkişi) üstünlük tanınmasına yer olmayacaktır. Davayla ilgili ayrıntılı bir malzeme elde etmiş mahkeme, idari usul kuralları sayesinde İdarenin takdir yetkisini kullanırken ulaştığı sonucun makul olup olmadığını, takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını daha kolay tespit edebilecek ve böylelikle daha çok inisiyatif alabilecektir. Bu imkân mahkemelere takdir yetkisinin denetimde nerede duracaklarını, nerede durmayacaklarını gösterecek böylelikle kimi zaman yerindelik denetimi yaptıkları kimi zamansa İdarenin takdir yetkisini gereğinden fazla geniş yorumladıkları yönündeki eleştirilerin şiddetini azaltacaktır.

III. REGÜLASYONUN AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDEKİ ÖYKÜSÜ VE ÖRNEK SEKTÖRLER

A. Regülasyonun Amerika Birleşik Devletlerindeki Öyküsü

1. Regülasyonun İngiliz Hukukundaki Kökleri ve ICC

İdari Regülasyonun federal düzlemdeki temelleri, Kongre'nin 1887 yılında, yükleyiciler ile demiryolları arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere[1], ülkenin ilk bağımsız regülasyon kurumunu - Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunu (Interstate Commerce Commission) (ICC) - kuran Eyaletlerarası Ticaret Yasasını (Interstate Commerce Act[2]) yürürlüğe koymasıyla atılmıştır. ICC, daha sonra monopolleri idare etmek, sektöre giriş ve çıkışlarını kontrol etmek, tekelleşme nedeniyle çok yüksek oranda tutulan fiyatlara karşı hizmetten yararlananları, kimi durumda ise yıkıcı rekabetten ötürü çok düşük oranda kalan fiyatlara karşı hizmet sunucularını korumak üzere kurulan bir çok regülasyon idaresine hem yapı hem de işlevsel bakımdan "model" oluşturmuştur. Aslında Amerika'da modern İdare Hukuku, demiryollarının regüle edilmesine yönelik ICC modelinden akıp gelişmiştir[3].

Her ne kadar regülasyonun federal boyutta sahne alması ve gerçek anlamda bir **"idari devlet"**in (**"administrative state"**) yolunun açılması ICC'in kuruluşuyla gerçekleşmiş ise de **"idari regülasyon"**un ilk örneklerine bu tarihten önce eyalet katında (federe devletlerde) rastlanmaktadır. Regülasyonun Amerika Birleşik Devletlerine gelmeden önceki izlerini sürmek için ise, çok daha öncesine giderek, erken dönem Kilise Babalarının[4] (early Church Fathers), Roma Hukuku tarafından Stoacı

[1] Stephen G. Breyer et.al, **Administrative Law**, s. 17.

[2] Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379 (1887) (codified as amended in scattered sections of 49 U.S.C.).

[3] William E. Thoms, Clear Track for Deregulation, American Railroads, 1970-1980, 12 Transp. L. J. 183, 186 (1981-1982).

[4] Erken dönemde, kilise doktrinleri yaratan, yazan, öğreten, düşünüp ortaya koyan "te-

düşünceden türetilmiş **"doğal ücret"** (**"verum piretum"**) doktrini karşısında geliştirdikleri "**adil ücret**" (**"jestus pretum"**) doktrinini anımsamak gerekir.

Sözü edilen doğal ücret doktrini, satıcı ve alıcı arasındaki değiş tokuşa yönelik anlaşmadan doğan her ücreti makul ve geçerli kılan bir anlayışın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu düşüncenin karşısına konulan, **"adil ücret"** okulu ise, ticaretin meşru sayılabilmesi için, tacirin, üreticiye adil bir ücret ödeyerek aldığı bir malı ancak ekonomik desteğini elde etmeye yetecek miktarı ekleyerek satması gerektiği düşüncesinden doğmuştur[5]. Alında, Ortaçağ boyunca birtakım hizmetleri, talep eden herkese makul bir ücret karşılığında sağlamakla yükümlü tutulan esnaf loncaları arasındaki ticari ilişkileri yönlendiren de bu düşünce olmuştur. "Common Law" mahkemeleri, loncaların, "**manor"** adı verilen derebeylerin ve kentlerin yetkilerini devralınca bazı meslekler bir takım hak ve yükümlülüklere konu edilmiştir. **"Common callings"** terimi ile anılan bu mesleklere, faaliyetin niteliği ve yürütülme şekline göre muamele edilmekte, bu tür bir mesleği icra eden kişi, diğer faaliyetleri yürütenlerden farklı olarak, kamusal himaye ve kontrol altına alınmakta idi. Başyargıç Lord Hale, **"De Portibus Maris"**, adlı eserinde, bu gibi mesleklere tatbik edilmek üzere ilk defa **"kamu yararından etkilenme"** (**"affected by public interest"**) terimini kullanmıştır. Fırıncılar, araba şoförleri, feribotçular, hancılar değirmenciler, nalbantlar gibi iş sahiplerinin dahil edildiği "common callings" meslekleri İngiliz Parlamentosu tarafından regüle edilmiştir.

17. yüzyılda, mahkemelerin devlet görevlilerinin işlem ve eylemlerini daha sağlıklı kontrol etmek amacıyla eski içtihatlarını revize etmesinden sonra, tazminat sorumluluğu üzerine inşa edilen İngiliz "Common Law" sistemi, Amerikan kolonileri tarafından da benimsenmiş ve yargısal kararlara dayalı bu sistem Cumhuriyet'in ilanından sonraki yüzyıl boyunca İdare Hukukunun kapsamını belirlemiştir. Kaynak ülkenin "common callings" mesleklerinin Yasama organı tarafından regüle edilmesi fikri, bira, mısır ve tütün gibi ürünlere ilişkin ücretleri regüle etmeye yönelik

ologlara, kilise liderleri"ne verilen ad.

[5] Jerry Z.Muller, **The Mind and the Market: Capitalism In Modern European Thougt**, Knopf Publishing, 2002, s. 3-20.

çabaların sergilendiği, en ayrıntılı denetimin ise kara ve denizde faaliyet gösteren umumi taşıyıcılara tatbik edildiği kolonyal Amerika'ya da yansımıştır. Ancak, 1812 Savaşından sonra bu tür sınırlamaların bir çoğu terk edilmiş ve kamu yararına yönelik kontrol bakımından rekabetin en iyi model olduğu düşüncesi hakim olmuştur. Buna karşılık, Amerikan İç Savaşı'nın ardından, rekabetin ekonomik teorinin işaret ettiği derecede etkili olmadığı anlaşıldığından, **"kamu yararına kontrol"** doktrini tekrar gözden geçirilmiştir. Ancak, her ne kadar önceki döneme göre daha etkin ve daha merkezi bir devlet yapısı oluşturulmaya başlanmış ve devlet, ekonomik alanda daha önemli bir rol üstlenmiş olsa da, 1775-1875 arasındaki dönem, Amerika Birleşik Devletleri'nde serbest piyasanın ağırlığını tekrar hissettirdiği yıllar olarak gösterilmektedir. Nitekim, Adam Smith'in **"Uluslar'ın Zenginliği"** isimli eserinin yayınlandığı 1876 yılı, ulusal ekonominin merkantilist sisteme dayalı yoğun kontrolünün çözülmeye başladığı döneme denk düşmektedir. Devlet sınırlamaları ve tekelci imtiyazlardan sıyrılmış **"serbest ve eşit piyasa"** prensibi Amerikan İhtilalinden sonraki dönemde önemli bir yer bulmuştur. Sonuçta, ekonomik kaynakların dağılımı ile ücret ve kazançların adil dağıtımının sorumluluğu **kamu görevlilerinden büyük ölçüde alınarak "piyasa"ya ve bu piyasaya, "tazminat", "mülkiyet" ve "sözleşme" gibi hukuki kavramları formüle etmek suretiyle yön veren "yargıçlar"a devredilmiştir.**

Bu dönemde, "public utility"ler üzerindeki mahalli idare (local government) regülasyonun yanına- veya yerine- eyalet (federe devlet) regülasyonu gelmiş ve birçok eyalet bu faaliyeti yerine getirme bakımından da kendi idarelerini (agencies) yaratmaya başlamıştır. Örneğin, 1870'den önce, bu eyaletlerin birçoğu, bir tür sigortacılık veya bankacılık düzenleme komisyonuna sahip idi[6]. Aslında, demiryollarını, ilk defa regüle etmeye yönelenler de eyaletler idi[7]. Bu yönelim, demiryollarının borçlar ve şirketler hukukunu yoğun olarak etkilediği 19. yüzyılın ikinci yarısında, kendi regülasyon idarelerini kurmalarını doğurmuştur.

---

[6] Lawrence M. Friedman, **A History of American Law**, New York: Simon & Schuster, 1973, s. 384.

[7] Cushamn, s. 26.

Esasen, eyalet regülasyon kurumlarının kökeni 1839 tarihli bir Rhode Island kanununa dayanmaktadır[8]. Ancak, bu ilk dönemde, demiryollarının bağlantılı servisleri, ücretleri ve antrepolarla olan ilişkileri gibi bir takım faaliyetlerine ilişkin belirli yükümlülükler öngören kurallar Yasama organı tarafından yapılanlardan ibaretti. Kısa bir süre sonra, bunun, Kanun Koyucunun tek başına altından kalkamayacağı bir sorumluluk olduğu anlaşıldı. Demiryolları veya antrepolar üzerinde sektörel uzmanlığı olmayan Yasama organı üyeleri, maliyetleri tespit etme, ücretleri değişen koşullara göre uyarlama ve muafiyet iddialarını değerlendirme bakımından uygun bir konumda olmadıkları gibi, bunların, etkili bir tarife regülasyonu için gerekli olan servis standartlarını denetleme imkanları da bulunmamaktaydı. Diğer yandan, söz konusu temsilcilerin, demiryolu şirketlerinin baskı ve etkisine karşı kırılgan oldukları bilindiğinden, sektörü etkin bir biçimde regüle etmekte samimi olup olmadıklarına ilişkin kuşkular da azımsanmayacak derecedeydi[9].

Bu durum, regülasyonda ve özellikle de demiryolları regülasyonunda ikinci bir aşamaya, eyalet regülasyon komisyonlarının yaygın bir şekilde kurulmalarına yol açtı. Bu süreçte, ilk adım, söz konusu komisyonlara soruşturma yapma ve buna istinaden Yasama organına tarife oranları ve diğer servis koşulları hakkında önerilerde bulunma yetkisinin verilmesi olmuştur[10]. Daha ziyade doğu eyaletlerinde uygulanan bu model, hemen hemen bütün istekleri komisyonlar tarafından kabul gören demiryollarının ekonomik gücünün daha da artmasına neden olmuştur. **"Granger**

---

[8] a.y.

[9] Charles Francis Adams, demiryollarının kontrol altında tutulmadığında doğal tekelden ötürü zararlı sonuçlar doğacağını, bununla birlikte, Yasama organı tarafından yapılan müdahalenin de etkin olamayacağını ileri sürmüş ve bu organda görev yapan temsilcilerin yeterli donanıma sahip olmadıklarını ayrıca seçmenlerine taviz vermeye yönelik politik kararlar aldıklarından piyasayı olumsuz yönde etkileyebileceklerini belirterek sektörün ekonomik yapısına hakim olan, "apolitik" uzmanlardan kurulu bir komisyona ihtiyaç duyulduğunu vurgulamıştır. Adams'ın önerisi önce eyalet bazında daha sonra ise kaçınılmaz olarak federal düzlemde yansımasını bulmuştur. Bkz. Charles Francis Adams, Jr., **Railroads: Their Origin and Problems**, Putnam, New York, 1978, s. 80 vd.

[10] Isaiah L. Sharfman, **The Interstate Commerce Commission: A Study in Administrative Law and Procedure**, New York, Commonwealth Fund, 1931, s. 15.

Hareketi"ni[11] dikkate alan orta-batı eyaletlerinin birçoğu ise, daha ileri bir adım atarak, **"demiryolları ve antrepo** komisyonları" (**"railroads and warehouse"** commissions) kurarak bu idarelere demiryolları, antrepo ve siloları regüle etme yetkisi tanımıştır.

Ancak bu regülasyon sistemi de etkili bir kontrol mekanizması yaratamamıştır. Bunun nedenlerinden biri, demiryollarının Kanun Koyucuları etki altına alma konusundaki "hüner"lerini eyalet komisyonları üzerinde devam ettirmesiydi. Aslında bundan daha da önemli bir neden ise, **bu konudaki eyalet düzenlemelerinin eyaletlerarası ticaretin kapsama alanına girdiği durumlarda iptal edilmesiydi[12].** Amerikan Anayasası uyarınca, federal devletin ticareti düzenleme yetkisi, eyaletlerarası nitelikteki nakliyatlarda, eyaletlerin yetkilerine göre üstün durumdadır[13]. Supreme Court'un, 1886 tarihinde, bir eyaletin başka bir eyaletten gelen veya başka bir eyalete yapılan seferler üzerindeki ticareti regüle edemeyeceğine, bu tür bir yetkinin ancak federal idare tarafından kullanılabileceğine karar vermesi[14] Kongreyi 1877 yılında ilk büyük federal regülasyon idaresi olan ICC'nin kurulmasına sevk etmiştir. Kongre, **"İlerici Hareket"**in (**"Progressive Movement"**) de etkisiyle, 1906 yılında kabul ettiği Hepburn Yasası ile (Hepburn Act) o tarihe kadar dar yetkilere sahip, takdir yetkisi sınırlı olan ICC'ye tarife yapma yetkisi vererek, onu eskiye nazaran çok daha güçlü bir konuma getirmiştir[15]. 1914 yılında, **"haksız rekabet yöntemlerinin belirlenmesi ve önlenmesi"** amacıyla kurulan **"Federal Ticaret Komisyonu"**, (**"Federal Trade Commission"**) politik etkilerden uzak, bir hayli teknik ve karmaşık problemleri çözebilecek uzmanlardan oluşan bir kurul yapısı ile ICC'yi

---

[11] Amerikan İç Savaşından hemen sonra başlayan ve çiftçilerin ekonomik, sosyal ve politik durumlarının geliştirilmesini amaçlayan tarım hareketine verilen ad.

[12] Angel Manuel Moreno, "Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process", **8 Admin. L.J.Am. U.** 461, 463 (1994).

[13] Amerikan Hukukunda regülasyonun Commerce Clause ile bağlantısı bakımından tarihsel kökenini yansıtan yargısal içtihatlardan biri de Supreme Court'un 1824 tarihli Gibbons. v. Ogden kararıdır. Söz konus kararda Mahkeme, federal devletin vapurlar üzerindeki regülasyon yetkisinin eyaletlere göre üstün olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824).

[14] Wabash, St. L.& Pac. Ry. v. Illionis, 118 U.S. 557 (1886).

[15] Breger & Edles, s. 1130.

model almakla birlikte onun ilk kurulduğu dönemdeki yetkilerinden daha fazlasına sahip olmuştur[16]. Bununla birlikte, piyasanın denetiminden (**"policing"**) türeyen bir regülasyon modelinden, modern anlamdakine ulaşılabilmesi için ne ekonomik ve sosyal atmosfer ne de hukuksal zemin henüz hazır değil idi[17].

Serbest piyasanın sunduğu **"ferahlığa"** alışık olan sektörlerin aktörleri, ICC ve onu izleyen idarelerin kurulmasının ardından regülasyonun sıcak yüzü ile tanışınca, o zamana kadar sahip olduğu yetkilerin törpülendiği endişesine kapılan yargı mercilerine başvurarak, söz konusu idarelerin kararlarını iptal ettirme gayreti içine girmişlerdir. Regülasyonu etkisiz kılmak için genellikle "Common Law" prensiplerini kullanan eyalet veya federal yargı organları, İdarenin regülasyon faaliyetine yönelik yetkilerinin kullanımında, uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararlarının ancak duruşma benzeri bir oturum yapılmasından sonra sonuç doğurmasını arayan yasal düzenlemelerden kuvvet alırken, bu tür yasal düzenlemelerin bulunmaması halinde, Anayasanın Ek 5. ve Ek 14. Maddeleri ile getirilen "due process" prensibini işletmişler ve **"bir şekilde"** idareye geniş bir hareket alanı bırakmamışlardır. "Usuli due process" vasıtasıyla, İdarenin takdir yetkilerini sınırlayan yargı organları, "maddi due process" prensibini de sıkı bir şekilde yorumlamak suretiyle gerek federal gerekse eyalet Yasama organının serbest piyasaya müdahale yetkisini, **"kamu yararı ile çevrelenmiş sektörler"** kriteri ile, elinden geldiğince sınırlı tutmaya çalışmştır[18].

Bu dönemde, İdare Hukukunun yasal düzenleme ve yargısal içtihatlarla bezenmiş geleneksel formu, devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalesinin kontrol edilmesi ve Yargının "agency" işlemlerini Kanun Koyucunun tanıdığı yetkiler ile sınırlı tutması yönünde

---

[16] Cushman, s. 189.

[17] Robert L. Rabin, "Federal Regulation in Historical Perspective", **38. Stan. L. Rev**, 1189, 1191-1194 (1986).

[18] Mahkemenin, işçilerin çalışma saatlerini düzenleyen bir kanunu, "eyaletlerin sözleşme özgürlüğüne müdahale etmelerinin Anayasanın Ek 14. maddesine aykırı olduğu" gerekçesiyle iptal ettiği Lochener v. New York kararı bu dönemdeki katı tutuma örnek olarak gösterilen kararların en önemlilerinden biridir. Bkz. Lochener v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

çaba göstermesi amacına dayanmakta idi. Geleneksel kuvvetler ayrılığı teminatlarının dolanıldığı hissine kapılan mahkemeler, alışılmış yürütme birimlerinden farklı bir yapıya sahip olan **"yeni"** idarelere güvenmemişler, onları, serbest piyasa işlemlerine dayanan, genellikle de ticari iş dünyası ve onun finansal menfaatini koruyan "Common Law" içtihatlarının biçimlendirdiği yerleşik sisteme yönelmiş bir tehdit olarak görmüşlerdir[19]. Bu nedenlerle, örneğin ICC'ye kanunla tanınan yetkiler oldukça dar yorumlanmış, Federal Yargı, alt derecede, tali delil tespiti yapan bir merci olarak gördüğü FTC'nin aldığı kararlara son derece seyrek olarak itibar etmiştir. Duruşma benzeri oturum yapılmasına yönelik prosedürler ve bunların yargısal denetimi, idarelerin ekonomik hayatı etkin bir biçimde kontrol etmelerini önlemek için kullanılmıştır[20].

Bütün bunlara rağmen, serbest piyasa akımının zirve yaptığı 1920'li yıllarda bile Kongre ve eyalet yasama organları yeni düzenleyici idareler yaratmaya devam etmiştir.

2. "New Deal" Dönemi

"Büyük Bunalım" (**"Great Depression"**) ve onun **"tedavisi"** için Franklin Delano Roosvelt'in liderliğinde tasarlanan **"New Deal"** programı, regülasyonun ve Amerikan İdare Hukukunun gelişiminin dönüm noktasıdır. 1929 tarihinde patlak veren ve sonradan bütün dünyayı etkisi altına alan Büyük Bunalımın yaralarını sarmayı amaçlayan Roosevelt Yönetiminin reçetesi, federal devleti güçlendiren[21], bireysel haklar doktrinine o güne kadarkinden farklı bir yaklaşım getiren[22] ve en önemlisi de

[19] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 19.

[20] **a.y.**

[21] Daha önceleri halkın kendi kendini yönetmesinin icra alanı olarak görülen eyaletler, New Deal ile birlikte bu bakış açısıyla değerlendirilmemiş, tam tersine demokratik yönetimi ve ekonomik verimliliği engelleyen unsurlar olarak görülmeye başlanmışlardır. Bu nedenden ötürü, New Deal ulusal otoritenin oldukça güçlenmesini ve Federal Kongre ile Başkan'ın yetkilerinin önemli ölçüde artmasını sağlamıştır.

[22] Büyük Bunalım ortaya çıkardığı problemler, "Common Law" yelpazesindeki haklar doktrinine ve bu doktrine yaslanan yargı organlarının tutumuna yönelik endişeleri su yüzüne çıkarmıştır. Sözü edilen doktrinin, özellikle mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü gibi hakları devlet müdahalesine karşı çok fazla koruduğu, buna karşılık, sosyal güvenlik, konut, eğitim, sağlık gibi bireylere sosyal güvence sağlayan bazı haklar bakımından ise ye-

İdareye geniş yetkiler veren etkin bir regülasyon modeline dayalı yeni bir sistemle formüle edilmiştir.

Büyük Bunalımın verdiği zararlar regüle edilmemiş piyasalara büyük bir şüpheyle yaklaşılmasına neden olunca[23], Roosevelt ve ekibi, bir yandan krizin yaralarını sarmak, diğer yandan da ülkeyi bir daha bu tür bir sıkıntıya sokmamak adına gerekli önlemleri almak için, Kongre'yi ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara yönelik çok sayıda yasal düzenleme çıkarmaya sevketmiştir. Sözü edilen düzenlemelerin, idari devlet olma yolunda önem taşıyan asıl yönü, regülasyon faaliyetinin, Yasama ve Yargıya benzer fonksiyonlar kullanan, geniş yetkilere sahip federal idareler eliyle yürütülmesine yönelik sistemi hakim kılmasıydı. New Deal'cılar regülasyonun alacağı forma büyük önem verdikleri gibi söz konusu faaliyeti **"yürütme idareleri"** (**"executive departments"**) içinde bırakmak yerine, daha ziyade, ICC modeline dayalı bağımsız regülasyon kurumu yapısını tercih etmişlerdir. Bu tür kurumların tercih edilmesi, işi, tek bir konuya odaklanabilecek uzmanlara bırakmak ve kurumu politik ve yargısal baskılardan kurtarmak amacına dayanmaktaydı[24]. Bu kapsamda, önemli görülen endüstrileri regüle etmek üzere, Federal Elektrik Komisyonu (Federal Power Commission) (FPC) (1930), Federal İletişim Komisyonu (Federal Communications Commission) (FCC) (1934), Sermaye Piyasası Komisyonu (Securities and Exchange Commission) (SEC) (1934), Ulusal İşçi-İşveren İlişkileri Kurul'u (National Labor Relations Board) (NLRB) (1935) ve sonradan (1940) Sivil Havacılık Kurul'u (Civil Aeronautics Board) (CAB) adını alacak olan Sivil Havacılık İdaresi (Civil Aeronautics Authority) (CAA) (1938) gibi birçok idari kurum kurulmuştur. Söz konusu kurul ve komisyonların birçoğu ilk bağımsız federal kurum olan ICC'yi model olarak almıştır.

Federal devletin ekonomik ilişkilere müdahale alanını genişletmek suretiye[25] ulusal esenliği gözeten, "sosyal bir devlet" yaratmayı arzulayan

terince güvence vermediği gerekçesiyle şiddetli bir şekilde eleştirilmesi, geleneksel birey hakları kavramının yeni bir kapsamla ele alınmasının yolunu açmıştır.

[23] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. xvi.

[24] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 451; Cass, s. 364.

[25] "New Deal…(d)önem(i), Federal Yasama etkinliğinin Federe Devletler zararına

New Dealcıları geniş yetkilerle donatılmış idareler kurmaya sevk eden nedenlerin başında, **"fren ve denge sistemi"** ile **"kuvvetler ayrılığı"** ilkelerine ilişkin katı yaklaşımın devletin etkinliğini azalttığına yönelik inançları gelmekte idi. Piyasanın tek başına toplumun sosyal ve ekonomik menfaatlerine hizmet etmesinin mümkün olmadığı düşüncesi ve Büyük Bunalımla gelen ekonomik çöküntünün yarattığı ortam, Kongrenin ekonominin idaresi için yeni regülasyon idareleri kurulması yönündeki istekleri olumlu karşılamasına ve merkezi bir ekonomik planlama yapılmasının kaçınılmaz olduğunu düşünen akademisyen, hukukçu ve bürokratların bu yönde yoğun bir çaba sarf etmesine neden oldu.[26]

Yeni yönetimin, geniş bir ekonomik planlama çerçevesinde büyük çaba göstererek tasarladığı ve ekonomiyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmanın "ilacı" olarak gördüğü **"Ulusal Endüstri İyileştirmesi Yasası"** (**"National Industrial Recovery Act"**[27]) önce uygulamada sekteye uğramış ve daha sonra da Supreme Court tarafından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir[28]. Buna karşılık, söz konusu yasayla aynı amacı taşıyan ve federal regülasyonun kapsamını genişleten müteakip yasalar, Kongrenin ticareti düzenleme yetkisine yaslanılarak, ancak daha da önemlisi Supreme Court'taki üyelerden bazılarının değişimi sayesinde ayakta kalmayı başarmıştır. Sözü edilen yasal düzenlemeler çerçevesinde kurulan, SEC, sermaye piyasasını düzenlerken, NLRB, sendikaların kurulmasını teşvik etmek ve toplu görüşme mekanizmalarının geliştirilmesini sağlamak için görevlendirilmiştir. Bu gelişmeye paralel olarak, asgari ücret ayarlamaları, azami çalışma müddetlerine ilişkin yasal düzenlemeler ile iş sözleşmelerinden kaynaklanan tazminatlara ilişkin ulusal program da işçi haklarına ilişkin önemli yenilikler getirmiştir. Bütün bunların yanında, FCC ve CAB ekonominin önemli sektörlerini gözetim ve denetim altında tutmak üzere kurulmuş, devlet, tarım ala-

gelişmesinin başlangıcı olarak kabul edilir." İl Han Özay, "Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)**, Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 96 (3. dipnot).

[26] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 20-21.

[27] "The National Industrial Recovery Act", **48 Stat** 195, 208.

[28] A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

nındaki üretim ve ücret politikalarına önemli ölçüde müdahale etmeye başlamış ve banka endüstrisi üzerindeki kontrol da artırılmıştır[29].

New Deal'ın ilk yıllarında, geleneksel hukuk ve ekonomi sisteminden ayrılmaya sıcak bakmayan federal mahkemeler yeni regülasyon programlarını eleştirenlerin muhafazakar bakış açısının da etkisiyle, idareye yetki veren bir çok yasayı iptal etmiş, iptal edilmeyen yasalarla tanınan yetkileri de dar yorumlama yoluna gitmiştir[30]. Yargı yerlerinin ve özellikle de Supreme Court'un bu tür kararları, kamuoyunun büyük bir bölümü tarafından, çoğunluğun arzusunu engelleyen ve toplumun ekonomik refahını zedeleyen bir tutumu yansıttığı gerekçesiyle şiddetli biçimde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden destek alan Başkan Roosevelt, kendi belirleyeceği üyelerle, Supreme Court'un üye sayısını artırmaya yönelik bir **"bohçalama"** (**court packing**) planı tasarlamıştır. Her ne kadar bu plan işlerlik kazanmamışsa da, Mahkemenin politik bakımdan ılımlı sayılan ve **"her iki yöne kayabilen oy"** (**"swing vote"**) veren bir veya birkaç üyesi üzerinde etkili olmuş ve New Deal programının Mahkeme nezdinde ayakta kalmasını sağlayan kararlar verilmesini sağlamıştır[31]. Bundan bir müddet sonra, Supreme Court koltuklarının bazılarının boşalması, Başkana, muhafazakâr üyeleri, Felix Frankfurter gibi, New Deal'ı başından beri kuvvetli bir şekilde savunanlar ile değiştirme fırsatı vermiştir. Nitekim, bundan kısa bir müddet sonra hem Supreme Court'un hem de alt derecede yer alan federal mahkemelerin New Deal'a karşı takındığı tavır bariz bir şekilde değişmiştir. Bunun sonucunda da, regülasyon idarelerinin işlemlerinin birçoğu **"bu idarelerin taşıdığı uzmanlık"** zırhı sayesinde yargı mercilerince onay görmüştür[32].

Supreme Court'un New Deal progamına yönelik tutumunu değiştirmesi ile daha da cesaretlenen Kongre, gün geçtikte sayısını artırdığı "agency"lere o döneme kadar tanınmayan genişlikte yetkiler delege et-

---

[29] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 21.

[30] G. Edward White, The Constitution and the New Deal, Harvard University Press, 2000, s. 126.

[31] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 22

[32] **a.y;** Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 451.

meye başlamış[33], böylelikle, II. Dünya Savaşı ve Soğuk Savaş Döneminde de devam edecek **"devleti idarileştirme"** sürecinin kapıları ardına kadar açılmıştır.

Özetle, New Deal döneminin **"regülasyon reformu"** idare fonksiyonunun daha süratli, daha düzenli ve ekonomik bakımdan daha iyi işleyebileceği, piyasanın yarattığı ekonomik düzensizliklerin, konusunda uzman görevliler tarafından giderilebileceği inancından destek almıştır[34]. Gelinen noktada, İdarenin hem hizmetten yararlananları hem de hizmet sunucularını ekonomik istikrarsızlık ve istismardan koruyucu bir rol üstlenmek zorunda kalması **"kaçınılmaz"** olarak görülmeye başlanmıştı[35]. Aslında, bütün bu çabaların altında yatan neden, kapitalizmin yerini, devletin ekonomik alana doğrudan müdahalesi anlamına gelen ve regülasyona sosyalist alternatif olarak gösterilen kamusal sermayeye dayalı devlet teşebbüslerinin almasını önlemek idi. New Deal tasarımcılarına göre, bu da ancak, regüle edilmemiş piyasalardaki aksaklıkları gidermek ve böylelikle kapitalizmi kendinden korumak ile gerçekleşebilirdi[36]. Diğer bir ifadeyle **New Deal tasarımcıları, Kapitalizmi öldürecek bir müdahaleyi önlemek için (devletleştirme) kapitalizmi "ıslah" edecek bir "müdahale"nin (regülasyon) gerekli olduğuna inanmışlardı**.

Hiç şüphesiz, Roosevelt ve ekibi için, New Deal reformu **"dikensiz bir gül bahçesi"** değildi. Devleti idarileştirmeye yönelik reformist atılımlara devam eden Yönetimin, Büyük Bunalımın verdiği hasarın izleri silinmeye başladıkça, sesi yükselen eleştirilere de göğüs germesi ve hoşnutsuzluğu günden güne artan çevrelerin taleplerine duyarsız kalmaması gerekiyordu.

---

[33] Schwartz, **Administrative Law**, s. 23.

[34] Rabin, s. 1243-1253.

[35] Paul Stephen Dempsey, "Transportation: A Legal History", **30 Transp. L.J.** 235, 266 (2003).

[36] Nitekim Kadish de regülasyonun serbest girişim ideali üzerine kurgulandığının ve getirdiği sınırlamaların bu idealin kendi kendini yok etmesini önlemek için zorunlu olduğunun kabul edildiğini vurgulamaktadır. Sanford H. Kadish, "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations", **30 U. Chi. L. Rev.** 423, 425 (1963).

Yeni düzen kuralları özel girişim ve ilgili meslek oda-birliklerinde büyük bir memnuniyetsizlik yaratmış ve idari mercilerin önyargılı ve taraflı bir uygulama içerisinde bulunduklarına ilişkin şiddetli bir eleştiriye maruz kalmıştır. Amerikan Barolar Birliğinin (American Bar Association) (ABA) de içinde yer aldığı birçok kurum ve kuruluş, **"idari bir mutlakiyet"** (**"adminstraive absolutism"**) sağlamaya yöneldiğini iddia ettikleri regülasyon reformunun, idareleri, ilgililere kendilerini savunma imkanı tanımadan karar almaya sevkettiğini, tamamen kendi istek ve arzularına yönelik düzenleme yapma ortamına kavuşturduğunu ve en önemlisi de kural koyma, yürütme ve uyuşmazlık çözme fonksiyonlarını birbiri ile karıştırdığını; denetleme, soruşturma ve yaptırım uygulama yetkilerinin aynı görevlilerde toplanmasını sağladığını vurgulayarak bu tür problemlerin çözümüne yönelik formüller oluşturulmasını talep etmişlerdir[37]. Bu eleştirilere destek veren birçok bilim adamı, idari süreçte var olduğu düşünülen **"aksaklık ve haksızlık"**ların giderilmesi ve birbiriyle çelişen uygulamaların daha tutarlı hale gelebilmesi için belirli bir tür yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğunu kabul etmekteydi[38].

Regülasyon idarelerinin işlemlerine usuli güvenceler getirilmesine yönelik taleplere kulağını tıkamayan Roosevelt'in[39], **"İdare Hukuku alanındaki prosedürel reform ihtiyacını"** konu edinen, ayrıntılı rapor hazırlayabilecek bir komite oluşturulması talimatını vermesinin ardından, 1939 yılında, Adalet Bakanlığı bünyesinde, seçkin hakim, akademisyen ve avukatların katılımıyla İdari Usul Komisyonu (Attorney General's Committee on Administrative Procedure) kurulmuştur[40]. Söz konusu komis-

---

[37] Rabin, s. 1262-1272.

[38] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 22.

[39] Roosevelt'in, kamuoyu araştırmalarında, Amerika Birleşik Devletlerinin gelmiş geçmiş en önemli "Başkan"ları arasındaki sıralamada çoğunlukla üçüncü sıraya oturtulduğunu ve ülke tarihinin en fazla görevde kalmış (Beyaz Saray koltuğunun dörder yıllık iki dönemle sınırlandırılması Roosevelt'ten sonraki dönemde getirilen bir kuraldır) Başkanı olduğunu hatırlatarak, bu tip ciddi eleştirilere duyarsız kalmayacak derecede nitelikli bir yönetici ve politikacı olduğunu vurgulamak gerekir. Bkz. Max J. Skidmore, "Ranking and Evaluating Presidents: The Case of Theodore Roosevelt", **White House Studies**, Volume: 1, Issue: 4, 2001; Max J. Skidmore, **Presidential Performance: A Comprehensive Review**, Jefferson, NC, McFarland & Co, 2004.

[40] Komisyon'un nitelik ve işlevinin önemini vurgulayan metinler için bkz. Kenneth Culp

yonun 1941 yılında bilimsel inceleme ve verilere dayalı olarak yayınladığı raporda, bazı üyeler, regülasyon faaliyetinin hukuka uygun olarak işleyebilmesi için İdarenin takdir yetkisinin sınırlanmasının zorunlu olduğu, bunun için belirli bir usuli standart getirecek yasal düzenlemeye ve daha sıkı işleyen bir yargı denetimine ihtiyaç bulunduğu, ayrıca, "agency"lerin uyuşmazlık çözme fonksiyonları ile soruşturma fonksiyonlarının birbirinden ayrılması gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir[41]. Buna karşılık, diğer üyeler, İdarenin işlem yapma sürecinde yasa ile getirilecek bir standarda ihtiyaç bulunduğunu kabul etmekle birlikte, "agency"lerin organizasyon ve karar verme sürecinde esnek olabilmeleri için daha geniş bir alan yaratılması, sözü edilen **"fonksiyonların birleşmesi"** probleminin ise, öncelikle, yargısal benzeri oturumu gerçekleştirecek bağımsız oturum yöneticileri vasıtasıyla çözülmesi gerektiğini savunmuşlardır[42]. **Her iki görüşün, Kongrede destek bulduğu uzun bir değerlendirme süreci sonunda, 1946 tarihli Federal İdari Usul Yasası (APA) bir "uzlaşma metni" olarak ortaya çıkmıştır[43].** Geçen zaman içinde yansız bir metin olduğu kanıtlanan[44] APA, esasen regülasyon idarelerinin önemli ölçüde takdir yetkisine sahip oldukları ancak bu yetkinin de sınırsız olmadığı anlayışına dayanmakta idi[45].

APA'nın kabul edilmesinin ardından mahkemeler, yeni idari sürecini savunanlar ile keskin bir şekilde karşı çıkanların iddia ve savunmaları bakımından dengeleyici bir tutum sergileyerek Yasanın uzlaşmacı ruhunu yansıttılar[46]. Yargı yerleri, idarelerin maddi vakıa ve delilleri tepit etmesi sürecini daha sıkı denetlemeye başlamış, genel idare politikasında belirli bir oranda tutarlılık sağlanması ve tatbik edilen hukukta haklı beklentilere zarar verecek değişikliklerden sakınılması için çaba sarf etmişlerdir. Buna

Davis, **Administrative Law Text**, s. 8-9.

41 Final Report of the Attorney General's Comittee on Administrative Procedure, S. Doc. No: 8, 77th Cong., 1st Sess (1941).

42 Gellhorn, The Administrative Procedure Act: The Beginnings, s. 227-228.

43 George B. Shepherd, "Fierce Compromise: The Administrative Procedure Emerges from New Deal Politics, **90 Northwestern Univ. L. Rev**. 1557, 1594-1598 (1996); Breger, s. 344-346.

44 Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 253.

45 Breyer et al., **Administrative Law**, s. 22-24.

46 **a.e**., s. 24.

karşılık, İdarenin etkiliğinin ortadan kaldırılmasının önüne geçilmesi için, idari politika oluşturulması ve tatbikatında "agency"lere belirli bir takdir alanı bırakmak konusunda da özen göstermişlerdir. Dolayısıyla bu dönemde mahkeme ve idareler karşılıklı uyum[47] ve uzlaşma çabası içine girmiştir[48].

3. 1960 Sonrası: Sosyal Regülasyon ve Deregülasyon Rüzgarı

Ekonomik alandaki regülasyon rüzgarı, 1960'lardan sonra, belirli nedenlerden ötürü, etkisini yavaş yavaş kaybetmeye başlamıştır. Toplumun regülasyona ve onu çevreleyen idari sürece olan güveni azalmaya başlayınca ekonomik alana müdahale eden idarelerin faaliyetlerine yönelik eleştirilerin şiddeti de artmaya başlamıştır. Bu ortamdan etkilenen mahkemeler de İdarenin regülasyon etkinliklerine yönelik olarak daha katı ve daha geniş kapsamlı bir denetim uygulama yolunu tutmuşlardır.

Bütün bu gelişmeler, paradoksal bir biçimde, sosyal sorunlara regülasyon vasıtasıyla çözüm bulma çabalarının yoğunlaştığı bir döneme denk gelmiştir. Bu bakımdan ekonomik alanda esmeye başlayan "deregülayon" rüzgarının sebep ve etkilerini incelemeye geçmeden önce, "sosyal hak" motifleriyle tasarlanan regülasyon sistemine kısaca değinmek daha doğru olur.

1965 ve 1975 arasındaki dönem yasal olarak korunması gereken haklar doktrininde devrim sayılabilecek bir gelişime sahne olurken, Kongre ve Başkan sivil haklar hareketinin güçlü etkisinden, ırk, cinsiyet gibi ayırımların ortadan kaldırılması, işçilerin, tüketicilerin veya düşük gelirlilerin korunmasına yönelik yeni "agency"ler kurmada faydalanmıştır. Bu dönemde **"Tüketici Ürünleri Güvenliği Komisyonu"** (**"Consumer Product Safety Commission"**) (**"CPSC"**), **"Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu"** (**"Equal Employment Oppurtunity Commission"**) (**"EEOC"**), **"Ulusal Otoyol Trafik Güvenliği İdaresi"** (**"National Highway Traffic Safety Administration"**) (**"NHTSA"**), **"Çevre**

[47] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 468.

[48] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 24.

Koruma İdaresi" (**"Environmental Protection Agency"**) (**"EPA"**) ve **"İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi"** (**"Occupational Safety Health Administration"**) (**"OSHA"**) gibi idareler kurulmuştur. Bu nedenle, söz konusu dönem bazılarınca haklar devrimi olarak adlandırılmıştır[49].

Bu dönemdeki regülasyon 1930'lardakinden hem konu hem de teşkilat unsurları açısından oldukça farklı idi. Yeni regülasyon akımında, amaç ekonominin stabilize edilmesi ya da ticari faaliyetin güvenli bir şekilde işlemesine yönelik olarak fiyat veya sektöre giriş kontrolü gibi tedbirlerin alınması değildi. Haklar devrimi, Büyük Bunalımın etkilerinin silindiği, göreceli bir refah dönemine denk gelmiştir. Temel hedefler, kamu sağlık ve güvenliğini, çevre, işyeri ve tüketim malzemeleri gibi çeşitli risk unsurlarından korumaya yönelik idi[50].

Sosyal alanda "moda" haline gelen regülasyon, 1970'lere doğru, birçok politikacı ve bilimadamı tarafından ekonomik alanda "demode" olarak nitelendirilmeye başlanmıştır.

1970'lerdeki ekonomik atmosfer birçok açıdan New Deal dönemindekinden farklı nitelik taşımaktaydı: "*yıllar içinde kendisini daha da hissettiren "kapitalizm", "Demir Perde"nin önünde veya arkasındaki hem gelişmiş hem de gelişmemiş ülkelerde piyasa ekonomisinin "faziletinin" tekrar keşfedilmesi, enflasyondan her geçen gün daha çok kaygı duyan bir toplum*[51]*."*

Deregülasyonun sahneye konmasına yönelik en önemli adımlardan biri akademisyenlerden gelmiştir. Revizyonist ekonomistlerin yapmış oldukları çalışmalar regülasyonun başarısızlığına ilişkin kaygıları belirgin bir şekilde yansıtmaktaydı[52]. 1950'lerin sonu ve 1960'ların başlarından itibaren, akademik camianın belirli bir kesimi, piyasaya giriş-çıkış ve fiyatlama regülasyonuna ilişkin sert eleştiriler getirmeye başlamış ve ısrarlı bir şekilde bu tip regülasyonun yönteminin bir çok piyasada verimsiz olduğunu ve kaldırılması gerektiğini savunmuşlardır. Ekonomik regülasyonu eleştiren eserleri birbiri ardına yayınlanan ekonomistler,

[49] **a.e.**, s. 24-25.

[50] **a.e.**, s. 25.

[51] Kahn; **The Economics of Regulation**, s. xvii.

[52] **The Politics of Regulation**, (James Q. Wilson ed.), New York: Basic Books, 1980, s. viii.

"agency"lerin regüle ettikleri piyasadaki firmalar tarafından ele geçirildiklerini öne sürmüşlerdir. Söz konusu bilim adamlarının en saygınlarından biri olan George Stigler, deregülasyon için mihenk taşı olarak nitelendirilebilecek *"Ekonomik Regülasyon Teorisi"* isimli makalesinde, *"devleti kullanabilme gücüne sahip her piyasa ya da meslek, piyasaya girişi kontrol etmeye çalışacaktır*[53]*"* diyerek, regülasyon politikasının çoğu zaman yeni firmaların büyümelerini engelleyecek şekilde biçimlendirildiği tezini savunmuştur[54].

Stigler ve meslektaşlarının regülasyona yönelik eleştirileri her geçen gün Chiacago Ekonomi Okulunun popülaritesini artırmıştır. Deregülasyonu savunanlar, dayanak noktası olarak **"regülasyonun başarısızlığına"** (**"regulatory failure"**) gönderme yapmış ve regülasyonun; çoğu zaman yeni(likçi)liği (innovasyonu) engellediğini, fiyat ve kalite seçeneklerini reddettiğini, israfa yönelik rekabeti teşvik ettiğini, kaynakların haksız dağıtımına sebep olduğunu, verimsizliğe yol açtığını, ücret-fiyat spiralini benimsettiğini ve piyasayı şiddetli finansal bunalıma sürüklediğini iddia etmişler[55] ve bu nedenle "pozitif bir serbest piyasa programı"nın tesis edilmesine yönelik arzularını dile getirmişlerdir[56].

Ekonomistlerin regülasyona yaptığı eleştirelere destek veren hukukçulardan bazıları, ortaya çıkan olumsuz sonuçların giderilmesinin en iyi yolunun İdareye tanınan bir çok yetkiye son verilmesi olduğunu savunmuşlardır. Buna karşılık, meseleye daha ılımlı yaklaşmayı yeğleyenler, İdarenin belirli bir takım formüllerle bazı piyasa başarısızlıklarını düzeltmeye yönelik müdahalesinden vazgeçebilmenin mümkün olmadığını öne sürmüş, ancak, piyasaya giriş ve çıkışları yasaklama, lisanslama gibi geleneksel yöntem ve araçlara dayalı müdahalelerin kimi durumlarda gereksiz, hantal ve aşırı derecede maliyetli[57] olduğunu kabul etmişlerdir. Bu

[53] George G. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", **2 Bell J. Econ & Mgmt. Sci** 5 (1971).

[54] a.y.

[55] Alfred E. Kahn, "Airline Deregulation- A Mixed Bag, But A Clear Success Nevertheless", **16 Transp. L.J.** 229, 231 (1987-1988).

[56] **Capitalism and Freedom: Problems and Prospects**, (ed. Richard Selden) Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, s. 8.

[57] Schwartz, **Administrative Law**, s. 26.

görüştekiler, farklı nitelikteki piyasa başarısızlıklarının birbirinden gereği gibi ayrıştırılamadığını ve bu piyasa başarısızlıkları ile bunları gidermede kullanılan regülasyon araçları arasında yanlış bir eşleştirme olduğunu savunmuşlardır[58].

Regülasyonun maruz kaldığı bir başka travmatik darbe ise bir çok endüstrideki piyasa yapısını başka bir şekle dönüştüren "teknolojik gelişimdir". Söz konusu dönüşüm iki şekilde ortaya çıkmıştır. Birincisi, doğal tekelin dayanak noktasını zayıflatmış[59] ve telekomünikasyon gibi bazı endüstrilerde regülasyona duyulan ihtiyacı azaltmıştır[60]. İkincisi, havayolları gibi rekabetçi sektörlere girişi kolaylaştırmış ve bunun sonucunda regülasyondan sorumlu organ veya makamlara rekabeti engelleyen sınırlamaları kaldırma yönünde baskı yapmıştır.

Regülasyonun etkisinin zayıflamasındaki en belirgin faktör, Başkent Washington DC'nin politik havasının değişimi olmuştur. 1970'lerin politik rüzgarı ekonomik regülasyon için tersten esmeye başlamıştır[61]. 1970 döneminin ilk yıllarında, politikadan sorumlu olanlar, regülasyonun havayolları veya kara taşımacılığı gibi alanlarda, tüketicilerin zararı pahasına verimsiz firmaları koruduğu yönünde endişeler taşımaktaydı. Deregülasyon, artık politik arenanın her iki kanadından da destek gören ve piyasa üzerindeki devlet müdahalesini esaslı bir şekilde azaltmaya sevk eden bir hareket halini almış idi[62]. 1975'lerin ortasında, hem Cumhuriyetçi Başkan Ford hem de Demokrat Senatör Kennedy politik bir tercih olarak deregülasyonu desteklemekteydi. Ford, önünde acil çözülmesi gereken sorun olarak duran enflasyonun en başta devletin kendisi tarafından üretildiği kanısını taşımaktaydı. Ford'un ardından, 1976 yılında Başkanlık

---

[58] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 240-261.

[59] Posner, **Natural Monopoly**, s. viii.

[60] Alfred E. Kahn, "Reforming the FCC and Its Mission: Lessons From the Airline Experience", **4 J. Telecomm. & High Tech. L**. 43, 54 (2005).

[61] Cass R. Sunstein, "Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons Since 1946, **72 Va. L. Rev**. 271, 274 (1986); William E. Thoms, "Rollin' On … To a Free Market Motor Carrier Regulation 1935-1980", **13 Transp. L.J.** 43, 69 (1983-1984); Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 269.

[62] Paul Stephen Dempsey, "The State of Airline, Airport & Aviation Industries", **21 Transp. L.J.** 129,143 (1992).

koltuğunu devralan Carter açısından, göz ardı edilemeyecek faktörlere, enflasyonun yanında ekonomik regülasyona yöneltilen ağır eleştiriler de eklenmişti[63]. Artık, hem Kongre hem de Beyaz Saray, ekonomik verimlilik ve bu bağlamda sağlanacak kamu yararının regülasyon vasıtasıyla değil regülasyondan uzak rekabet ortamı ile tesis edilebileceğine inanmış, bu inanç hem Yasama hem de Yürütme faaliyetlerine yansımıştır.

Carter, 1977 yılında, CAB'ın başkanlık koltuğuna, belirli piyasalarda ötedenberi uygulanan klasik regülasyonu eleştiren ve deregülasyona yönelik kuvvetli bir atılım yapılmasını savunan, seçkin ekonomist Alfred Kahn'ı atadı[64]. Beyaz Sarayla koordineli bir çalışma yürüten Kahn, deregülasyon konusunda, bir yandan İdareyi cesaretlendirirken, diğer yandan saygın kişiliği sayesinde Yasamanın da desteğini almayı başarmıştır[65]. Zamanla, havayollarına ilişkin düzenlemeleri taşımacılığın diğer alanları takip etmiştir. Sonuç olarak, Kongrenin 1977'de Hava Kargo Deregülasyon Kanununu (Air Cargo Deregulation Act), 1978'de Havayolu Deregülasyon Kanununu (Airline Deregulation Act), 1980'de **"Staggers Rail"** adı verilen Kanunu (**"Staggers Rail Act"**) ve yine aynı tarihte **"Karayolu Taşımacılığı Kanunu**"nu (**"Motor Carrier Act"**) yürürlüğe koyması ile **"Regülasyon Devri"nin yerini "Deregülasyon Devri" almıştır.** Bir müddet sonra, söz konusu yasal düzenlemeleri telekomünikasyon, enerji[66], finans ve diğer bazı ekonomik sektörlerdeki deregülasyona yönelik kanunlaşma hareketleri izlemiştir.

Kongre, bir yandan, deregülasyonun yolunu açan yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyarken, diğer yandan, New Deal'ın idare organlarına

---

[63] Dempsey, **Transportation**, s. 333.

[64] Breyer, Reforming Regulation, s. 20.

[65] Dempsey, **Transportation**, s. 335.

[66] 1980'lerden sonra deregülasyon yanlıları ilgi ve uğraşlarını telekomünikasyon, doğalgaz ve elektrik gibi şebeke endüstrilerine (network industries) yöneltmeye başlamışlardır. Her sektörün birbirinden farklı yapısı, farklı kural ve düzenlemeleri gerektirmişse de, reform hareketleri açısından ortak amaç, bu sektörlerdeki doğal tekel niteliği gösteren fonksiyonları (örneğin elektrikte dağıtım), rekabete yatkın olduğu düşünülenlerden (örneğin üretim) ayırmak ve daha sonra bu ikincileri rekabete açmak için deregüle etmekti. Bkz. Pierce & Gellhorn, **Regulated Industries**, s 16-17. Bu sektörlerden bir kısmındaki regülasyon ve deregülasyon süreçleri ilerideki sayfalarda incelenecektir.

getirdiği geniş hareket alanını sınırlamış[67] ve regülasyon idarelerinin işlem yaparken takip etmeleri gereken usul ve yöntemleri açık bir şekilde ortaya koyan, karar alma sürecini belirli süre koşullarına bağlayan ayrıntılı kurallar getirmiştir[68].

Bu gibi prosedürel düzenlemelerin altında yatan nedenlerin başında, farklı kesimlerin, idari işlem yapma sürecine getirdiği eleştiriler yatmakta idi. Özellikle, tüketici hakları savunucuları, "agency"lerin regüle etmekle sorumlu oldukları mal ve hizmet sunucuları tarafından ele geçirildiğini, tüketiciler ve işçiler gibi regülasyon şemsiyesi altında güvencede olması beklenen menfaat gruplarını korumakta etkin ve etkili adımlar atamadıklarını dile getirmekte ve söz konusu idarelerin performansını sert bir şekilde eleştirmekte idi[69]. Bu eleştiri sahiplerinden getirilen çözüm önerileri ise, "idari sürecin daha şeffaf olması ve söz konusu sürece ilgililerin katılımının artırılması", "agency'lerin belirli yönde ve ancak belirli sürelerde işlem yapabilmesine yönelik mekanizmaların getirilmesi", "idari işlem yapma sürecinin daha formel bir yapıya kavuşturulması ve bu sürecin daha etkin bir yargısal denetime tabi tutulması, bu bağlamda Yargının, 'agency'lerin regülasyon politikalarından menfaati etkilenenlere yönelik daha olumlu tutum ve davranış içinde bulunması için bir takım ilkeler getirmesi", "Kongrenin 'agency' politikaları üzerindeki denetiminin arttırılması, ve temelde regülasyona tabi teşebbüslerin yararına yönelmiş bulunan regülasyon programlarının kaldırılması veya değiştirilmesi" yönünde odaklanmaktaydı[70].

Mahkemeler bu eleştirilere duyarsız kalmamış[71] ve önemli bir takım içtihatlar geliştirmiştir. Bu gelişim sonucunda, daha önceki yargısal doktrinlerin yerine, idarelerin karar alma sürecini daha yoğun bir denetime tabi tutma amacını taşıyanlar oturtulmuştur[72]. Bu doğrultuda, yargı organları idari işlem yapma sürecine katılma hakkı, özellikle sosyal yardım

[67] Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 264.

[68] Breger, s. 341; Breyer et al., **Administrative Law**, s. 25.

[69] Breyer et al., **a.y.**

[70] **a.e.**, 25-27.

[71] Bkz. Thomas Merrill, "Capture Theory and The Courts: 1967-1983", **72 Chi-Kent L. Rev.** 1039 (1997)

[72] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 451.

ve ödeneklerden yararlananlar, tüketiciler, çevreciler ve yoksulların hak ve menfaatlerini temsil edenler bakımından genişletilmiştir[73]. Bunun yanında, mahkemeler, idari organ ve makamların APA'daki şekli kurallara tabi olmadan aldıkları kararları daha titiz bir şekilde hazırlaması, ilgililerin bu tür idari işlemlerin dayandığı olay ve verileri daha iyi anlayıp bunlara karşı savunma getirme imkânına sahip olabilmesi için aranan prosedürel şartların kapsam ve içeriğini genişletmiştir. Buna bağlı olarak, ilgililerin yargı yoluna başvurma olanakları genişletilmiş[74], idarelerden işlem yaparken dayandıkları bilgi ve belgeleri esaslı bir bir biçimde açıklamaları beklenmiş, bu gibi işlemlerin maddi nitelik ve gerekçeleri daha sıkı bir denetime tabi tutulmuştur[75].

4. 1980'den Günümüze…

Başkan Reagan'ın Beyaz Saray'a seçilmesi, bir yandan, Carter Döneminin deregülasyon hareketine ivme kazandıran, diğer yandan, regülasyon idarelerinin fonksiyon ve amaçlarının tekrar değerlendirilmesine yol açan yeni bir dönemi başlatmıştır. Reagan'ın başında bulunduğu Yönetim, regülasyonları, maliyet bakımından verimli hale getirmek yerine, doğrudan ortadan kaldırmayı veya azaltmayı arzulamıştır[76]. Söz konusu bakış açısını açıklayabilmek bakımından, **"regülasyondan kurtulma"** teriminin **"regülasyon reformu"** na tercih edildiğini belirtmek gerekir[77]. Başkan ve ekibi merkezi bir regülasyon denetimi sağlanması ve regülasyon uygulamalarının hayata geçirilmesinden önce sıkı bir fayda-maliyet analizi yapılmasına şart koşmak suretiyle, serbest piyasaya yönelik gereksiz müdahalelerden olabildiğince kaçınılması amacı ile yola çıkmışlardı[78].

---

[73] **a.e.**, s. 27-28.

[74] Breyer, **a.y**; Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 264.

[75] Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 451; Morrison, The Administrative Procedure Act s. 262.

[76] Thomas Mc Garity, Sidney A. Shapiro, "OSHA's Critics and Regulatory Reform", **31 Wake Forest L. Rev.** 587,591 (1996).

[77] See http://www.whitehouse.gov/OMB/inforeg/chap1.html#tnr; Michael Fix, George Eads, "The Prospects of Regulatory Reform, The Legacy of Reagan's First Term", **2 Yale J. On Reg**. 293, 296-97 (1985).

[78] John D. Graham, Paul R. Noe, Elizabeth L. Branch, "Managing The Regulatory State: the Experience of the Bush Administration", **33 Fordham Urb. L.J.** 953, 961 (2006).

Bununla birlikte, böylesine **"iddialı"** bir politik söyleme rağmen, yapılan çalışmalar derinden sarsıcı nitelikte olmamıştır. Ancak yine de Reagan Yönetiminin regülasyon üzerinde belirli bir iz bıraktığını kabul etmek gerekir. Nitekim, söz konusu dönemde, Civil Havacılık Kurulunun (CAB) lağvedilmesi gibi ekonomik deregülasyon uygulamalarının yanında, regülasyonun serbest girişime zarar verdiği ve enflasyona yol açtığı gerekçesiyle, işçi güvenliği ve çevre gibi konulara ilişkin kuralların belirli bir oranda gevşetilmesi bu izlere örnek olarak gösterilebilir.

Hiç kuşkusuz, bu dönemdeki en esaslı gelişmerden biri, Başkan'ın regülasyon idareleri üzerindeki kontrolünü arttırmak ve bu kurumların işleyişlerini daha merkezi hale getirmek amacıyla çıkarılan 12.291 sayılı Başkanlık Talimatnamesi (Executive Order 12.291[79])'dir[80]. OMB'ye regülasyon idarelerince çıkarılan belirli bir takım düzenlemeleri gözden geçirme yetkisi veren talimatnamenin gerekçesi, regülasyon sürecine koordinasyon getirmek, "agency"lerin regülasyon faaliyetlerindeki sorumluluğunu belirlemek ve regülasyonun getirdiği maliyetin yararlarını dengeleyecek nitelikte olmasını sağlamaktı[81]. Reagan'ın bu tutumuna, getirilen düzenlemelerin idari faaliyetlerin iyileştirilmesinden ziyade engellenmesi sonucunu doğurduğu[82] ve bunun da yalnızca özel sermaye gruplarına menfaat sağlamak amacıyla yapıldığı yönünde eleştiriler getirilmiştir[83].

Bir takım farklılıklar taşımakla beraber, George Bush Yönetimi de Reagan Döneminde tasarlanan **"regülasyonun gözden geçirilmesi programı"**na (regulatory review program) devam etmiş[84], OMB'nin **"fayda-maliyet"** dengelemesi eksenli regülasyon denetimini büyük ölçüde muhafaza etmiştir. Clinton yönetimi ise, 1981 tarihinde kabul edilen denetim programının temel noktasını devam ettirmekle beraber, orta yolu izlemeyi tercih ederek, Reagan/Bush uygulamalarına yönelik

---

79 Exec. Order No. 12.291, 3 C.F.R. § 127 (1981)

80 Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 266.

81 Administrative Conference of the U.S., Office of the Chairman, s. 13. (1983).

82 Morrison, The Administrative Procedure Act, s. 266-268.

83 Bkz. Alan B. Morrison, "OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation", **99 Harv. L. Rev.** 1059 (1986).

84 Bkz. http://www.whitehouse.gov/OMB/inforeg/chap1.html#tnr.

eleştirileri dikkate almak suretiyle birçok değişiklik de yapmıştır[85]. Buna karşılık, birçok kesim, belirli olay ve yaklaşımlara reaksiyon göstererek, Yönetime "çevrenin korunması" gibi bazı alanlarda yeni düzenlemeler getirmesi için baskı yapmıştır. George W. Bush Yönetiminde ise, **"Enformasyon ve Regülasyon Politikası İdaresi"** (**"Office of Information and Regulatory Policy"**) (**"OIRA"**), ne regülasyon karşıtı ne de regülasyon taraftarı bir görüntü veren ve **"akıllı regülasyon"** olarak nitelenen bir yaklaşımı benimsemiştir[86]. George W. Bush'un **"fayda- maliyet analizi"**ne (**"cost and benefit analysis"**) dayalı deregülasyon planı asıl olarak enerji ve çevre meselelerine odaklanmış idi. Bu doğrultuda elektrik ve kömür madeni deregülasyonuna ilişkin faaliyetler, ortaya çıkan sonuçlarından ötürü esaslı bir şekilde eleştirilmiş ve buna ilaveten Bush ve ekip arkadaşlarının uyguladığı çevresel politikalar da benzer eleştirilerden nasibini almıştır.

Bu dönemde, Kongre de regülasyon ve İdare Hukuku kriterlerine bakış açısındaki değişimi yansıtan bir tutum sergilemiştir. Ekonomik düzene yön veren yeni atmosferin etkisi altına aldığı Kanun Koyucu, New Deal ile gerçekleştirilen reformlara karşı bir hareket olarak, **"Common Law"**a dayalı piyasa düzenin tesisine yönelik düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Kongre, federal otoriteye karşı eyaletlerin yeniden güçlendirilmesi çabası içine girmiş, artık fayda maliyet dengesini gözetmek ve daha az maliyetli çözümleri tercih etmekle yükümlü olan idarelere regülasyon politikalarını yürütmekte eskiye nazaran daha sınırlı bir takdir yetkisi tanımayı tercih etmiştir. Bu bağlamda, bir çok yasal düzenlemede değişikliğe gidilerek idarelere fayda maliyet analizi yapmak suretiyle regülasyonun yararlarının, getirdiği yükten fazla olduğunu ortaya koyma zorunluluğu getirilmiştir. Buna paralel olarak, mahkemeler de yapmış oldukları denetimde idarelerin, regülasyon faaliyetlerinde bu yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemeye başlamışlardır. Sonuçta,

---

[85] Jeffrey S. Lubbers, "Better Regulations: The National Performance Review's Regulatory Reform Recommendations", **43 Duke L.J.** 1165, 1169 (1993-1994); Jeffrey S. Lubbers, "The Regulatory Reform Recommendations of the National Performance Review", **6 Risk: Health Safety and Environment** 145, 153, 156 (Spring, 1995).

[86] Bu yaklaşım daha önce, 1993 tarihli "Ulusal Performans Değerlendirmesi"nde (National Performance Review) dile getirilmişti. (Graham et.al, s. 965.)

idarelerin düzenleyici işlemleri, diğerlerinin yanında bu kritere de uygun olma koşuluna göre yargı süzgecinden geçebilmiştir[87].

Ekonomik sektörlerdeki deregülasyon programlarının yürürlüğe sokulması, regülasyon üzerindeki yoğunlaşmayı bu alandan çevre, sağlık ve güvenlik gibi alanlardaki sosyal nitelikli regülasyona kaydırmıştır. Söz konusu alanlarda regülasyonun devamı noktasında hemen hemen bir konsensüs bulunsa da, bu regülasyona hangi yoğunlukta ihtiyaç olduğu, daha etkili ve verimli hale nasıl getirilebileceği, ve ne kadar demokratik bir şekilde tatbik edileceği yönündeki tartışma ve arayışlar devam etmiştir[88].

Regülasyona daha ihtiyatlı bir bakış açısıyla yaklaşılması, söz konusu faaliyeti gerçekleştirmek üzere kurulan ve yeteri kadar denetime tabi olmadıkları düşünülen regülasyon idarelerinin daha iyi kontrol edilebilmesine yönelik arayışları beraberinde getirmiş, farklı kurumlar tarafından yürütülen, birbiri ile ilişkili regülasyon programlarının daha iyi koordine edilmesi ve geliştirilmesi için çözümler üretilmesi ana temalardan biri olmuştur[89]. Bu bağlamda, regülasyon politikalarının Beyaz Saray ve OMB tarafından kontrol edilmesinin sınır ve kapsamları tartışılmış, bu organlarca benimsenen merkezi politikaların regülasyon idarelerinin uzmanlıklarına dayalı teknik ve detaylı kararlarını ne şekilde etkilemesi gerektiği, Kongrenin yasa veya **"kongre oturumu"** (**"congressional hearing"**) yöntemi ile bu kuruluşları hangi ölçülerde yönlendirebileceği meseleleri gündeme gelmiştir[90].

Yargı organları idari faaliyete katılımın etkinleştirilmesi, prosedürel kuralların artırılması ve yargısal denetimin genişletilmesine ilişkin olarak daha önceki dönemde geliştirdikleri içtihatlarını[91] tekrar gözden geçirmiş ve belirli oranda değiştirmiştir. Bu değişimin altında, söz konusu içtihatların gecikmeye sebebiyet verdiği, idarelerin politika yapmasını kontrol etmekte etkin ve hassas bir araç olmaktan çıktığı ve mali israfa yol açtığı yönündeki eleştiriler yatmaktaydı. Bu dönemde mahkemeler ve özellikle

87 Breyer et al., **Administrative Law**, s. 29.

88 **a.y.**

89 **a.y.**

90 **a.y.**

91 Shapiro, APA: Past, Present, Future, s. 451, 464.

Supreme Court, Yasama veya İdare organları tarafından tespit edilmesi gereken politikalara Yargı tarafından müdahale edilmesine çekince ile bakmaya başlamış, Yargının, İdare organının uğraş alanına giren karmaşık meseleleri çözmede yetersiz olacağı görüşünü savunmuştur. Bunun yanında, yasal sisteme yönelik olarak, Amerikan toplumunun diğer toplumlara nazaran gereğinden fazla uyuşmazlık, dava ve avukata sahip olduğu yönündeki eleştiriler de şiddetini artırmıştır[92].

Bu doğrultuda, Supreme Court, idarelerin hareketsiz kalmayı tercih ettiği durumlarda, kendilerine önemli ölçüde yargı bağışıklığı sağlayan, mahkeme içtihatlarıyla idarelere prosedürel yükümlülükler yüklenmesinin kapsamını daraltan ve bunların yasaları yorumlayan kararlarına itibar edilmesi gerekliliğini ortaya koyan önemli kararlar vermiştir. Bunun yanında idari işlemlere karşı dava açmak için gerekli olan menfaat şartına ilişkin kural ve ilkeler daha sınırlayıcı bir hal almıştır[93].

2008 yılında yaşanan ve daha sonra global bir hüviyete bürünen finansal kriz regülasyonun önemini bir kez daha gözler önüne sermiş, **"bazı sektörler"** bakımından, devlet müdahalesinin gevşetilmesinin ne kadar riskli olduğunu açık bir şekilde kanıtlamıştır. Finans piyasalarının adeta **"başıboş"** bırakılması neticesinde ortaya çıkan zararın büyüklüğü serbest piyasanın, en azından finans sektörü bakımından istikrar ve etkinlik sağlamada güven vermediği yönündeki görüşleri haklı çıkarmıştır. Bu durum, George W. Bush'u başkanlığının son dönemlerinde piyasaya müdahale etmek zorunda bırakmış[94], Beyaz Saray koltuğuna, genellikle regülasyona pek sıcak bakmayan Cumhuriyetçi partiden aday olan John McCain'in dahi regülasyon etkinliklerine önem veren bir program açıklamasına dayanak oluşturmuş[95] ve seçim yarışını kazanan Obama'nın gereğinden fazla deregülasyonu regülasyon ile dengelemeye yönelik planına zemin hazırlamıştır[96]. 2009 yılının Nisan ayında Londra'da[97], Eylül ayında

[92] **a.e.**, s. 29-32.

[93] **a.e.,** s.32

[94] http://www.reuters.com/article/domesticNews/idUSLJ62850620080919

[95] http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/09/16/AR2008091603732.html

[96] http://www.usatoday.com/news/mmemmottpdf/obama-econ-speech-3-27-2008.pdf

[97] http://www.g20.org/Documents/final-communique.pdf

Pitssburgh'da yapılan G-20 Zirvelerinde alınan kararlar[98] **finans piyasalarının düzenlenmesi ve denetlenmesine yönelik uygulamaların daha fazla yer bulacağını, diğer bir ifadeyle bu tür piyasaların yüzünü yeniden regülasyona döneceğini (re-regulation) göstermektedir.**

Bütün bunlarla birlikte, önemli bir hususun altını çizmek gerekmektedir. A.B.D.'de yaşanan finansal kriz, **"finans sektöründeki"** deregülasyonun başarızlığından kaynaklanmıştır. Söz konusu başarısızlığı **"hizmet sektörlerinin"** deregülasyonu ile doğrudan ilişkilendirmek doğru ve yerinde bir yaklaşım olmaz. **Finansal krizin yarattığı travma, özellikle ulaştırma ve telekomünikasyon piyasalarındaki deregülasyon uygulamalarından alınan olumlu sonuçların yanıltıcı olduğunu söylemek için geçerli bir neden değildir.** Hiç şüphesiz finans sektöründeki deregülasyon fiyaskosunun, hizmet sektörlerine yansıyan olumsuz etkileri olacak ve ister istemez bu alandaki deregülasyon uygulamalarında da daha temkinli adımlar atılmasını sağlayacaktır. Ancak yine de finans alandaki başarısızlığın vebalinin diğer alanlara yansıtılması objektif bir yaklaşım olmayıp, regülasyon ve deregülasyon uygulamalarının her sektör için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereğine uymamaktadır. Bu nedenle, yeni gelişmelerden filizlenen regülasyonun bundan sonra alacağı form ve bu forma yargı yerlerinin vereceği tepkinin sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi için bir müddet daha beklemek gerekmektedir.

B. Örnek Sektörler

1. Ulaşım

a. Havayolları

(1) Regülasyon Dönemi

Devlet, A.B.D. ekonomisi üzerinde son derece önemli etkilerinin bulunmasından ötürü, Amerikan havayolları sektörünün gelişiminde aktif bir rol üstlenmeyi tercih etmiştir[99]. Federal Yönetimin havayolları

[98] http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf

[99] Dempsey, **The State**, s. 133.

sektörünü regüle etme teşebbüslerinin ilki 1918 yılında[100] gerçekleşmiş ise de havayolu regülasyonu dönemi[101] esasen 1938 yılında kabul edilen (Civil Aeronautics Act of 1938) ile başlamıştır[102]. Söz konusu kanun Kongrenin havayollarını hem ekonomik hem de güvenlik yönleriyle regüle etmek üzere çıkardığı ilk kapsamlı düzenlemedir[103].

Sivil Havacılık Kanununun yürürlüğe konmasının altında yatan temel neden aşırı ve gereksiz rekabetten kaynaklanan endişe ve Büyük Bunalımın sektör üzerinde yarattığı olumsuz etkiler idi[104]. Aslında, Kongre'nin korkusu, demiryolları ve karayolu taşımacılığının 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başında yaşadığı korkunç ekonomik çıkmazın havayollarında da görülmesiydi. Bu bağlamda Yasa, istikrarı sağlamak, güvenliği artırmak ve bu "genç endüstri"nin sağlıklı ve dengeli bir şekilde büyüyüp gelişmesini temin etmek amacını taşıyordu[105].

Diğer düzenlemelerinin yanında, Kanunda ilk başta dikkat çeken husus, daha sonraları adı **"Civil Havacılık Kurulu" ("Civil Aeronautics Board")** (**"CAB"**) olarak değiştirilecek olan[106] ve sektörü özellikle ekonomik açıdan regüle etmek üzere geniş yetkilerle donatılan federal bir kurumun, **"Civil Havacılık İdaresi"**nin (**"Civil Aeronautics Authority"**) (**"CAA"**) kurulması olmuştur.

Havayolları regülasyonuna ilişkin plan başlıca iki tür ekonomik müdahaleyi öngörmekteydi:

---

[100] Bruce Keplinger, "An Examination of Traditional Arguments on Regulation of Domestic Air Transport", **42 J. Air & Com.** 187, 188-189 (1976).

[101] Aslında, 1925 tarihli Hava Posta Sözleşmesi Yasası (The Contract Air Mail Act) ve 1926 tarihli Hava Ticaret Yasası (Air Commerce Act) havayollarını etkileyen ilk yasal düzenlemelerdi.

[102] "Civil Aeronautics Act of 1938", ch. 601, **52 Stat.** 973 (1938).

[103] Keplinger, **An Examination**, s. 189.

[104] Dempsey, **The State**, s. 137.

[105] Roy Pulsifer, "Introduction, Symposium Issue on Federal Economic Regulation of the Airlines", **41 J. Air Law & Comm.** 573, 574 (1975).

[106] Sivil Havacılık Yasası, 1958 tarihinde çıkarılan Federal Havacılık Yasası (Federal Aviation Act) ile değiştirilmiştir.

a) Piyasaya giriş ve çıkışın kontrol edilmesi: Kanun, Sivil Havacılık Kuruluna, **"kamu yararı ve kamusal gereklilik (public convenience and necessity)"** sertifikası vermek[107], yani bir nevi imtiyaz izni tesis etmek suretiyle piyasaya giriş ve çıkışı kontrol etme yetkisi tanımıştır[108]. Bu yetki kapsamında, bir kere faaliyete başlayan bir havayolu şirketinin, idareden piyasadan çıkış izni almadıkça hizmetine son verebilmesi mümkün değil idi[109]. Bunun yanında, Kurum, **"uçuş hatlarının belirlenmesi ve tahsisi"** ile servis kalitesinin kontrolüne ilişkin bir takım yetkileri de bünyesinde barındırmakta idi[110]. Bütün bunlara ilaveten, **"taşıma güvenliği"**, **"finansal ve yönetimsel yeterlik"** gibi konular da alınan izin (sertifika) kapsamında regüle edilmekte idi.

b) Ücretler: Havayolları şirketlerinin serbestçe belirleme hakkına sahip olmadığı ücretler İdare tarafından sıkı bir şekilde regüle edilmekte ve Kurumun onayı olmadan hiçbir şekilde artırılıp düşürülememekteydi[111]. Havayolu şirketleri ücret tarifelerini hazırlarken CAB tarafından koyulan kurallara ve yine aynı kurum tarafından belirlenen sınıflandırmalara uymak yükümlülüğünde idiler. Kurum, kendisine gönderilen tarifeler konusunda bir takım bilgilendirme yükümlülükleri getirebildiği gibi söz konusu yükümlülüklere uymayanların ücret değişikliklerine ilişkin taleplerini reddetme yetkisini de haiz idi.

---

[107] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 199.

[108] CAB uzun yıllar boyunca yeni-büyük şirketlerin piyasaya girmesine izin vermemiş ve mevcut taşıyıcılar tarafından yeni servisler için yapılan başvuruların yalnızca küçük bir bölümünü onaylamıştır. Bunun sebebi, CAB'in yüksek kâr getiren ve kârlı olmayan uçuş noktalarının birlikte hesaba katıldığı, maliyet endeksli olmayan, karma bir uçuş ücreti yapısı tesis etmek istemesiydi. Böyle bir sistem bir yandan havayolu servisini teşvik ederken, diğer yandan her bir havayolunun finansal kapasitesini sürdürmesini sağlıyordu. Buna karşılık, bu tür bir yapı piyasaya giriş ve çıkışların serbest bırakılması için elverişli değildi.

[109] Robert M. Hardaway, "Transportation Deregulation, (1976-1984): Turning the Tide", **14 Transp. L.J.** 101, 134 (1985-1986).

[110] Alfred E. Kahn, "Deregulation and Vested Interests: The Case of Airlines", in **The Political Economy of Deregulation: Interests Groups in the Regulatory Process** (Roger G. Noll, Bruce M. Owen eds.), American Enterprise Institute (AEI) Studies, 1983, s. 145.

[111] Michael A. Katz, "The American Experience Under the Airline Deregulation Act of 1978"- **An Airline Perspective, & Hofstra Lab. L. J.** 87, 88 (1988).

CAB, yukarıda vurgulananların yanında, bir takım sübvansiyonlar öngörme, tüketicinin korunmasına ilişkin tedbirler alma, taşıyıcı şirketler arası ilişkilere müdahale etme[112], havaalanı ve havayollarında seyre yardımcı olan araç ve gereçlerin sağlanması ve korunmasını kontrol etme gibi yetkilere de sahipti[113].

Kurumun sahip olduğu bu geniş yetkileri eleştiren KAHN'a göre; *"havayolu regülasyonu, aslında rekabetçi olması mümkün olan bir piyasanın, hizmet sağlayıcıların faaliyetleri üzerinde sınırlamalar getirmek, birbirleri arasında fiyat rekabetine girmelerini engellemek suretiyle, devlet eliyle tekelleştirilmesi rejimi idi[114]."* Neticede, CAB, sahip olduğu yetkiler ve yürüttüğü faaliyet sonucunda, havayolları sektöründe monopolcü ya da oligopolcü bir atmosfer yaratmıştır. Bu bağlamda, birçok saygın bilim adamı, KAHN'ı doğrulayarak, piyasanın doğal yapısının CAB tarafından "dayatılanın" tam tersi olduğunu, aslında rekabetçi, dalgalı ve karmaşık bir nitelik arz ettiğini vurgulamışlardır. Bu yaklaşıma göre, söz konusu özellikler bir piyasayı doğal tekelden uzaklaştıran ve rekabeti sınırlayıcı düzenlemeler bakımından elverişsiz kılan faktörlerdir[115].

(2) Deregülasyon Süreci

CAB'in kuruluşunu izleyen kırk yılda regülasyonun tesis ettiği ortam, havayolları sektörünü, durgun, belirli firmaların hakimiyeti altında olan ve kârlılığı azalmaya başlayan bir hale sokmuştur. Nixon Yönetimi zamanındaki CAB politikaları, küçüklerin zararı pahasına büyük havayolu şirketlerini koruma eğiliminde olmuştur[116].

1960'ların başında, artık, akademisyenler, havayollarının deregülasyonunun fayda ve zararlarını tartışmaya başlamışlardı. 1970'lerin ortasına gelindiğinde ise regülasyonun olumsuz ekonomik göstergeleri,

---

[112] Roy Pulsifer, s. 574.

[113] Dempsey, **The State**, s. 290.

[114] Kahn, Reforming the FCC, s. 43.

[115] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 198-199.

[116] Gary J. Edles, "The Strategy of Regulatory Change", **49 ICC Practitioners' J.** 626, 628 (1982).

hem politik hem de ekonomik alandaki deregülasyon yöneliminin kuvvetlenmesine neden olmuştur[117].

Belirtmek gerekir ki, bu dönemde piyasanın şiddetli bir finansal krize girmesine sebep olan birçok olay vuku bulmuştur. Geniş gövdeli uçaklara yapılan yüksek meblağlı yatırımlar aşırı filo kapasitesine yol açarken, o dönemde terse dönen ekonomik hava, yolcu talebinin kısılmasına yol açan ekonomik durgunluk ve 1973 yılındaki Petrol Ambargosunun yarattığı yakıt krizi neticesinde daha da kötü bir hale gelmişti[118].

Dışsal etkiler ile birlikte, kurumun, servis alternatiflerine yönelik yenilik girişimlerini sınırlamak, piyasaya girişleri kısıtlamak ve rekabetçi fiyatlamayı engellemek gibi yeni atmosferde pek de sıcak bakılmayan uygulamalarda ısrar etmesi regülasyon faaliyetinin verimlilik ve rasyonelliği konusunda politikacılarda derin kaygılar oluşmasına neden olmuştur.[119] Nitekim, 1975 yılında, Senatör Kennedy'nin başkanlığında kurulan ***"Alt Komisyon"***, CAB'ın regülasyonuna tabi piyasayı "***gökyüzünün gurmelere layık yemekler ve 'polinezyen pub'larla dolu olduğu[120], tarifeli uçuşların yaygın olduğu, kıtayı bir baştan diğer başa kat eden uçakların %50'lik kapasitesinin boş kaldığı ve ücretlerin tavana vurduğu***" bir piyasa olarak nitelendirmiştir[121].

[117] Douglas W. Caves et.al., An Assessment of the Efficiency Effects of U.S. Airline Deregulation via an Internal Comparison", in **Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies** (ed. Elizabeth E.Bailey), the MIT Press, Cambridge, 1996, s. 288.

[118] Paul Stephen Dempsey, "The Rise and Fall of the Civil Aeronautics Board - Opening Wide the Floodgates of Entry", **11 Transp. L.J.** 91, 102 (1979).

[119] Herbert D. Kelleher, "Deregulation and the Troglodytes-How the Airlines Met Adam Smith", **J. Air L. 6 Comm.** 299 (1985).

[120] H.R. Rep. No. 1211, 95th Cong., 2d Sess. 3, reprinted in 1978 U.S Code Cong & Admin. News 3737, 3739; Ücretlerin üzerindeki yoğun regülasyon nedeniyle, havayolları masrafların düşürülmesine yönelik bir teşviğe sahip değillerdi. Bu durum onları, lükse dayalı servis rekabetine zorlamaktaydı. "Gurme yemekleri" ve "Polynesian pub"ları ile içki savaşları olarak adlandırılan servis sunumları, "israf yarışması"nı doruk noktasına ulaştırmıştı. Bkz. Hardaway, s.138

[121] Senatör Edward Kennedy başkanlığındaki Senato Alt Komisyonunun raporuna göre, "CAB, 1975 öncesi dönemin büyük bir bölümünde, yeni güzergahlara yönelik uçuş taleplerini reddetmek, yeni taşıyıcıların ana hatlara girmelerine izin vermemek ve koltuk ücretlerinde indirime gidilmesine yönelik arayışların önünü kesmek suretiyle, havayolu işletmeciliğini, sistemli bir şekilde kısıtlamıştır." H.R. Rep. No. 1211, 95th Cong., 2d Sess.

Her ne kadar havayollarının ekonomik deregülasyonuna yönelik "niyet gösterisi" 1970'lerin ortasında Başkan Gerald Ford'un zamanında ortaya çıkmışsa da, asıl atılım, Jimmy Carter'ın, başkanlık koltuğunu devralmasından sonra, CAB'in başına ülkenin en önde gelen ekonomistlerinden ve deregülasyonun şiddetli savunucusu Alfred KAHN'ı atamasıyla gerçekleşmiştir. Kennedy'nin başındaki Alt Komisyonu derin bir şekilde etkilemeyi başaran KAHN'a göre regülasyon; *"a) havayolu ücretlerinin olması gerekenden çok daha yüksek oranlarda seyretmesine sebep olmuş; b) kaynakların yanlış ve haksız bir şekilde dağıtılması sonucunu doğurmuş; c) ciddi bir verimsizliğe yol açmış; d) özellikle, çeşitli fiyat-kalite seçeneklerinin sunulması suretiyle yenilikçi bir fiyatlama uygulanabilmesinin önüne geçmiş ve e) sektörde aşırı kapasite yaratılması yönünde bir eğilim oluşturmuştur[122]."*

Ünlü ekonomist, ısrarla, söz konusu piyasanın yapısı itibarı ile "doğal tekel" karakteri göstermediğini ve ölçek ekonomilerinin yoğunluğunun son derece az olduğunu savunmuştur. KAHN'a göre, havayolları, etkin bir rekabet ortamına uyum sağlayabilecek karaktere ve piyasaya girişin serbestleştirilmesi ile monopolcü yapının oluşmasını engellemeye yetecek bir yapıya sahipti[123].

KAHN ve deregülasyonu savunan diğer bazı bilim adamları, regülasyonu "havayolu endüstrisinin yararına çalışan bir mekanizma" olmaktan çıkarıp, "hizmeti, toplumun yararlanmasına ekonomik bakımdan daha elverişli bir hale getirmenin aracı" olmasını sağlayacak politika geliştirmişlerdir. Benimsenen yeni anlayışa göre, fiyatlamanın, piyasaya girişin ve uçuş hatlarının deregüle edilmesi, havayollarına yatırımcıların ve tüketicilerin üzerinden doğrudan kârlılık sağlamak yerine, bu alanlardaki rekabeti gündeme getirecektir. Bu doğrultuda, henüz havayollarının deregülasyonuna yönelik yasa Kongre tarafından kabul edilmeden, CAB'in Başkanı KAHN ve ona yardım eden ekibi, "idari deregülasyon" sürecine başlamıştı[124]. Kurumu bir takım kısıtlamaların gevşetilmesine yönelten

2, reprinted in 1978 U.S Code Cong & Admin. News 3737, 3738.

[122] Paul Stephen Dempsey, **Law and Foreign Policy in International Aviation**, Transnational Pub, 1987, s. 24.

[123] Bkz. Kahn, **Reforming The FCC**, s. 44-46.

[124] Stephen G. Breyer, "Two Models of Regulatory Reform", **S.C.L. Rev**. 629, 639 (1983).

KAHN ve arkadaşları, piyasaya girişi ve fiyatlandırmayı liberalize etmeye dönük ve o dönem için "devrimci" sayılabilecek bazı deregülasyon girişimlerinde bulunmaya başladılar[125]. CAB, hizmet verilen hatlarda yeni girişlere izin verip, taşıyıcılara ücretlerin belirlenmesi üzerinde daha geniş bir takdir alanı bırakmaya başladı[126]. Getirilen değişikliklerden alınan olumlu sonuçlar ise Kongreyi resmi bir deregülasyon süreci başlatmaya teşvik etti[127]. Bir yanda CAB'den KAHN, diğer yanda Senatoda'dan Edward Kennedy, Kongre'yi, deregülasyon sayesinde, hizmette yeniliğin, ekonomik verimlilikte artışın ve gerçek tüketicilerin talepleri doğrultusunda oluşturulmuş servis seçeneklerinin gerçekleşebileceğine ikna etmişti[128].

Sonuç, CAB'in tarifelerin saptanması yetkisini kaldıran, havayolu güvenliğine ilişkin sorumluluklarını diğer federal idarelere devreden ve bunun haricinde sahip olduğu birçok yetki ve görevi, Ulaştırma Bakanlığı içerisinde yer alan çeşitli "agency"lere aktaran 1978 tarihli **"Havayolu Deregülasyonu Yasası[129]"** olmuştur[130].

Yasa, temelde, **"regülasyona dayalı bir sistem"**den **"rekabete dayalı piyasa"ya** kademeli bir geçişi amaçlamaktaydı[131]. Diğer bir ifadeyle, 1978 tarihli düzenlemede öngörülen politika, public-utility odaklı bir endüstrinin yeni kamusal standartların belirlenmesi ile yarışmacı bir piyasa haline dönüştürülmesi üzerine inşa edilmişti.

Kanun sözü edilen standartları sağlayabilmek için on ayrı esas getirmiştir[132]:

a)Yeterli, ekonomik, etkin ve düşük-ücretli hizmeti teşvik etmek; **b)** rekabeti desteklemek suretiyle ihtiyaç duyulan hava ulaşımını sağla-

[125] Edles, **The Strategy**, s. 630.

[126] Caves et.al, s. 288.

[127] Stephen G. Breyer, "Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace", **75 Cal. L. Rev**. 1005, 1008 (1987).

[128] Dempsey, **The State**, s. 147.

[129] "Airline Deregulation Act of 1978", **92 Stat**. 1705, 49 U.S.C. § 1301 et seq.

[130] 49 U.S.C. §§ 1301-1315.

[131] Stephen G. Breyer, "Reforming Regulation", **59 Tul. L. Rev**. 4, 20 (1984-1985).

[132] 49 U.S.C. §§ 1301-1315.

yarak verimlilik esasına göre faaliyet gösteren ve iyi yönetilen firmaları sermaye yatırımı ve yeterli kârı elde etmeleri için cesaretlendirmek; **c)** mantıklı, sağlam temellere dayalı bir regülasyon ortamını teşvik etmek; **d)** alternatif-tali havaalanlarını teşvik etmek; **e)** haksız, aldatıcı, yıkıcı veya rekabete aykırı uygulamaları önlemek; **f)** küçük yerleşimlere yapılan uçuşları muhafaza etmek; **g)** verimlilik, değişim ve düşük-ücretlere ulaşılması için rekabet ortamının yaratılmasını sağlamak; **h)** yeni firmaların pazara girmesini teşvik etmek; **i)** güvenlik konusunu en önemli öncelik olarak muhafaza etmek; **j)** güvenliğe ilişkin uygulama ve prosedürlerin kötüleşmesini önlemek.

Bu amaçlara dayalı Havayolu Deregülasyonu Yasasının en önemli sonuçlarından biri, 1985 yılı itibariyle CAB'in varlığına son verilmesi ve Kurumun Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra arta kalan yetkilerinin de Ulaştırma Bakanlığına aktarılması olmuştur[133]. Bu yetkiler genel olarak uluslararası uçuş hatları ve ücretlerinin, küçük yerleşim uçuşlarına ilişkin sübvansiyonların ve birleşmelerin regüle edilmesinden ibaret idi[134].

Rekabetten izole olmuş havayolu endüstrisinin büyük bir çoğunluğu deregülasyona karşı çıkarken, regülasyon nedeniyle kendilerini kısıtlanmış, İdarenin sınırlarını çizdiği alana hapsolmuş hisseden az sayıdaki taşıma şirketi söz konusu değişime destek vermiştir. Uçuş hatlarını genişletmeye ilişkin hemen her talebi CAB tarafından reddedilen en büyük ulusal havayolu şirketi *"United Havayolları"* bu az sayıdaki firmalardan biri olarak deregülasyonu kuvvetli bir şekilde savunmaktaydı [135]. Buna karşılık, sektörün büyük bir çoğunluğu gibi, havayolları sendikaları da, istikrarsızlık, iş kayıpları, üyelerinin gelirlerinin ve hayat standartlarının düşmesinden duydukları kaygı nedeniyle deregülasyona karşı çıkmaktaydılar[136].

---

[133] Paul Stephen Dempsey, "Antitrust Law and Policy in Transportation: Monopoly is the Name of the Game", **21 Ga. L. Rev.** 505, 515-524 (1987).

[134] Şirket birleşmelerinin regüle edilmesi yetkisi 1989 yılında Adalet Bakanlığına devredilmiştir.

[135] Alfred E Kahn, "Deregulation: Looking Backward and Looking Forward", **7 Yale J. on Reg**. 325, 331 (1990).

[136] Katz, s. 93.

Yasanın yürürlüğe girmesinden bir müddet sonra deregülasyonun bir kısmı tahmin edilebilen bir kısmı edilemeyen etkileri görülmeye başlandı. Havayolu şirketleri elde ettikleri serbestlik sayesinde her istedikleri hatta faaliyet göstermeye başladığı gibi, CAB de fiyatları indirme ve arttırma esnekliğine izin vermeye başladı[137]. Söz konusu esneklik fiyatların düşürülmesi konusunda sınırsızken, yükseltilmesi konusunda, sınırsız olmasa bile, bir hayli genişti. Havayolları şirketlerinin bir çoğu uçuş hatlarını, belirli bir şehre ve o şehirden yapılan uçuşlara dayalı, operasyonları merkezî hale getiren ve online bağlantıların yapıldığı **"merkez üsleri"** (**"hub and spoke"**) sistemi yaratmak üzere yapılandırdılar[138]. Diğer yandan, düşük maliyetle hizmet veren operatörler de daha önceden yerleşik havayollarının domine ettiği piyasaya girmeye başladılar. Bu rekabet yeni düşük ücret/kalite seçeneklerini doğurunca, büyük şirketler rekabetin gereklerini sağlayabilmek için ücretleri düşürmek zorunda kaldılar[139]. Bu gelişmeler artan hizmet ve düşen fiyatları beraberinde getirse de aynı zamanda arzu edilmeyen bazı olumsuzluklara da sebep olmuştur.

Genel bir değerlendirmede, sektörün kimi zaman **"resesyonlara (durgunluklara)"**, veya **"terör olayları ve savaşa"** karşı olağandışı kırılganlık göstermesi bir tarafa bırakılacak olursa,[140] havayolları deregülasyonunun başarlı olduğu kabul edilebilir. Ekonomik deregülasyon, havayollarının **"daha düşük fiyatla daha fazla insana"** hizmet vermesini sağlamıştır. Fiyatlardaki önemli düşüşler, elde edilen verimlilik ve yenilikler yalnızca tüketicilere değil, aynı zamanda bu uygulamaları adapte etmeye çalışan havayolu şirketlerine ve rekabetçi maaş-ücretlerde çalışmayı arzulayan işçi kesimine de önemli faydalar getirmiştir[141].

---

[137] Caves et.al, s. 288.

[138] Steven A. Morrison, Clifford Winston, "The Remaining Role for Government Policy in the Deregulated Airline Industry", in **Deregulation of Network Industries: What's Next?** (Sam Peltzman, Jim Clifford eds.), Washington DC. Brookings Institutions Press, 2000, s. 4-5; Ayrıca Bkz. Katz, s. 93.

[139] Kahn, Airline Deregulation, s. 235-236; Breyer, Reforming Regulation, s. 15.

[140] Alfred E. Kahn, **Lessons from Deregulation**, Washington DC: Brooking Institution Press, 2004, s. 3.

[141] Michael E. Levine, "Airline Competition Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy, and Public Policy", **4 Yale J. on Reg.** 393, 492 (1987).

Havayolları sektöründeki deregülasyonu eleştiren birçok yazar bu eleştirilerini hizmetin kötüleşmesine, hizmet kalitesinin düşmesine dayandırmaktadır[142]. Ancak bu tür olumsuz etkiler rekabetin kaçınılmaz ikilemini veya çıkmazını göstermesi bakımından garipsenecek bir durum değildir. Deregülasyondan önceki onyılda, iç seferler ortalama olarak %53'ten daha aşağıda bir doluluk düzeyine ulaşabiliyor iken, 1997-2001 arasında bu oran %70'in üstüne çıkmıştır[143]. Bu bakımdan deregülasyon ile yakalanan rekabet yolcuların büyük bir kısmının düşük fiyatları konfora yeğlediğini kanıtlamıştır[144]. Bu durum **"fiyatların düşmesi"** ile elde edilen" kamu yararının, **"kaliteli, konforlu yolcuk**"la sağlanana üstün geldiğini göstermektedir.

Deregülasyonun sakıncalarına ilişkin bir diğer gerekçe ise finansal bunalımdır[145]. Ancak bu sonuç da, ister istemez rekabetin doğasından kaynaklanmaktadır. İflaslar, birleşme veya devralmalar, aslında deregülasyon sürecinde önceden tahmin edilebilen ve endüstrinin yoğun rekabetçi yapısından kaynaklanan sonuçlardır. Bununla birlikte, sözü edilen finansal bunalım, tüketicilerin deregülayondan sağladıkları faydaları ortadan kaldırmamıştır. Deregülasyon, şirketlerin bir kısmını olumsuz yönde etkilemiş, ama tüketicilerin büyük bir kısmının menfaatlerinde olumsuz tesir yaratmamıştır. Bu nedenle finansal bunalımların, deregülasyonun asıl olarak yöneldiği kamu yararını zedelenmesinden söz edilmesi mümkün değildir.

Deregülasyona karşı çıkanlar iddialarını haklı kılmak için diğer istenmeyen sonuçlara da vurgu yapmaktadırlar. Bu bağlamda genelde gönderme yapılan konular **"küçük yerleşimlere yapılan uçuşlara son verilmesi[146]"**, **"güvenlik standartlarının düşmesi"**, "**hublardaki**

[142] Melvin A. Brenner, "Airline Deregulation-A Case Study in Public Policy Failure", **16 Transp. L.J**. 179, 208-215 (1987-1988).

[143] Kahn, Lesson From Deregulation, s. 3-4.

[144] a.y.

[145] Brenner, s. 200-206.

[146] Bu eleştiriye göre, deregülasyon, geleneksel "public utility" modelini ortadan kaldırmıştır. Oysa söz konusu model taşıyıcılara ortalama kârın altındaki "zayıf" hatları ortalamanın üstünde kâr sağlayan "güçlü" hatlarla çapraz sübvanse etme imkanı veriyordu. Bu imkan da "güçlü" hatlardaki rekabetin sınırlandırılması sayesinde yüksek kârların

(merkezlerdeki) yoğunluk", "**tüketicilerin küçük de olsa bir bölümünün tekelci sömürüsü**" (**"monopolistic exploitation of a minority of customers"**)", "**yıkıcı birleşmeler**", ve "**iflasların aşırı şekilde artması**[147]**"**dır.

Amerika Birleşik Devletlerindeki havayolu deregülasyonunun fayda-maliyet analizi yapılırken öncelikle iki hususun vurgulanması gereklidir. Birincisi, havayolu deregülasyonu hiçbir şekilde güvenlik tedbirlerinin zayıflatılması ya da rekabet hukuku veya tüketici haklarının korunması gibi düzenlemelerin uygulanmasının önlenmesine yönelik olmamıştır[148]. Gerçekte, KAHN'ın da belirttiği gibi, "***hiçbir duyarlı deregülatör, devleti bu gibi sorumlulukların kaldırılmasına yönlendirmez***[149]***."*** Aslında, deregülasyon sürecinden mükemmel, kusursuz neticeler beklemek ütopik ve adaletsiz bir yaklaşım olacaktır. Tıpkı regülasyonda olduğu gibi, deregülasyonun da bir dizi sorunlar paketini beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Kamu politikası açısından sorulması gereken soru, deregülasyonun yarattığı bu sorunların topluma getirdiği faydaların önüne geçip geçmediği, topluma daha ağır bir yük getirip getirmediği olmalıdır. Şayet bu soruya verilecek tarafsız yanıt "hayır" ise o takdirde tekrar regülasyona dönme çabaları tutarlı bir gerekçeden yoksun kalacaktır[150].

İkincisi, birçok harici faktörün deregülasyonun arzu edilmeyen sonuçlarını tetiklediği çok iyi bilinmektedir[151]. Deregülasyonun başlangıç yıllarında, yakıt fiyatları OPEC'in petrol ambargosu nedeniyle ikiye katlanmış[152], bu krizi diğer krizler takip etmiş, bunun yanında ekonomik

korunmasından kaynaklanıyordu. Halbuki, daha fazla kâr getiren hatlar "serbest giriş"e açıldığında eş zamanlı olarak zayıf hatlardan çıkmanın da serbest bırakılması zorunlu hale geldi. Bkz. Paul Stephen Dempsey, "Transportation Deregulation-On A Collision Course?", **13 Transp. L.J**. 329,355-359 (1984).

147 Paul Stephan Dempsey, **The Social and Economic Consequences of Deregulation**, Quorum Books, 1989, s. 240-241.

148 Alfred E. Kahn, Deregulatory Schizophrenia, 75 Calif. L. Rev. 1059, 1064-65 (1986)

149 Kahn, Airline Deregulation, s. 251.

150 a.y.

151 Hardaway, s. 104.

152 John R. Meyer et.al, **Airline Deregulation,: The Early Experience**, Boston: Auburn House Publishing Co., 1981, s. 71.

durgunluk kendini göstermiş, "uluslararası terorizm" sivil faaliyetlere yönelmiş ve birçok grev sektörü zor durumda bırakmıştır. Bu nedenle, deregülasyonun etkilerinin karşılaştırmalı bir analize tabi tutulmasında ortaya çıkan güçlüklerden biri, deregülasyonun gerçekleşmediği bir ortamda havayolu endüstrilerinin bu dışşal faktörlerin etkisi altında nasıl bir performans göstereceğin tespitinin ancak tahminlere dayalı olmasında yatmaktadır[153].

Sonuç olarak, Amerikan havayolları sektörü, 1978'deki deregülasyondan sonra önemli ölçüde büyümüştür. Yolcular otuz yıl öncesine göre çok daha ucuz uçuşlara ve birçok hava nakliye seçeneğine kavuşmuşlardır. Yeni "düşük-maliyetli havayolları" akımıyla rekabet kuvvetli olmaya devam etmiştir.

Hiç şüphesiz, havacılık sektöründeki manzara 11 Eylül 2001'deki terörist saldırı ile değişmiştir. O tarihte, söz konusu endüstri uçuş talebindeki göreceli azalma nedeniyle zaten bir durgunluk yaşamaktaydı. Bu durgunluk 11 Eylül saldırılarının etkileri, Irak Savaşı, yakıt fiyatlarındaki patlama ile birleşince piyasa dramatik bir finansal düşüş yaşamıştır[154]. Dışsal faktörlerle ivmelenmiş bir finansal düşüş ile deregülasyon arasında yeterli bir korelasyon olmadığından ötürü, bu düşüşün rekabeti kısıtlayıcı bir regülasyona dönüşe gerekçe olarak gösterilmesi doğru değildir[155]. Bunun yerine, devletin rekabet düzenlemelerini ihlal etmeden, kurtarılmayı bekleyen ya da birleşme suretiyle direnç kazanmaya çalışan havayollarına yardım etmeye odaklanması gerekmektedir[156]. Nitekim 11 Eylül'den sora da genel beklenti bu yönde olmuştur.

(3) Havayolları Endüstrisinde Güvenlik Regülasyonu

Deregülasyonun etkilerini analiz ederken kimi zaman ekonomik regülasyon ile güvenlik regülasyonu birbirine karıştırılabilir. Oysa, bunlar, her ne kadar birbirleriyle ilişkili olsalar da farklı dayanak noktalarına (jus-

---

153 Katz, s. 96.

154 Kahn, **Lessons From**, s. 3-5.

155 Kahn, Reforming the FCC, s. 45.

156 Kahn, **Lessons From**, s. 7.

tification) sahiptirler. Bu farklılık politika yapıcılarını (policy makers) bu iki mekanizmayı birbirinden ayırarak tatbik etmeye mecbur bırakmaktadır. Güvenliğe ilişkin kuralların özünü kolluk yetkisi oluşturduğundan, bu yetkilerin kullanılmasına duyulan ihtiyaç ekonomik deregülasyona gidilirken güvenliğe ilişkin düzenlemelerin korunmasını hatta bunlara yenilerinin eklenmesini gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin (safety rules) doğası deregülasyona uygun değildir.

Başlangıçtan beri, regülasyon süreci havayolları güvenliğinde önemli bir rol oynamaktadır. Devlet, tıpkı regülasyon döneminden önceki dönemde olduğu gibi, deregülasyondan sonra da, özellikle hava trafiğinin daha da yoğun olmasıyla birlikte, havayolu güvenliğine katkı sağlayan bir çok kontrol mekanizması yaratmıştır. Bunun yanında, İdare, deregülasyondan sonra ortaya çıkan ve **"miyop davranış"** (**"myopic behavior"**) olarak nitelenen tutumun sınırlanması için de önemli bir rol üstlenmiştir. Finansal durgunluk bazı taşımacıları bakım ve eğitim masraflarını kısmaya zorlayıp, güvenliği tehdit eden riskleri göz ardı etmeye sevk ettiğinden, bu konudaki regülasyon uygulamaları daha da önem kazanmıştır.

2001 yılının sonuna kadar olan dönemde, güvenliğe ilişkin regülasyonun sorumluluğu, "yeterli güvenlik araçlarına (kaynaklarına) sahip olmayan havayollarının hava taşıma faaliyeti lisanslarını iptal etme" yetkisine sahip olan "Federal Havacılık İdaresi"ne ("Federal Aviation Administration") ("FAA")'ya ait idi. Deregülasyon hareketi izleyen periyotta, iki önemli düzenleme, 1985 tarihli Güvenlik ve Gelişim Kanunu (Security and Development Act[157]) ve 1996 tarihli Havacılık Güvenliği Geliştirme Kanunu (The Aviation Security Improvement Act[158]) FAA'nın belli başlı havaalanlarındaki gözetimine güvenlik standartlarının geliştirilmesini gibi yeni bir takım yetkiler eklemiştir.

11 Eylüldeki terörist saldırılar devlet ve toplumun hiç bir zaman olmadığı kadarıyla havayolu güvenliği regülasyonlarına odaklanmasını

[157] Security and Development Act of 1985, Pub. L. No. 99-83, tit. V, pt. A, 501(a), 99 Stat. 219 (1985).

[158] Aviation Security Improvement Act of 1990, Pub. L. No. 101-604, 49 U.S.C. 44931 (1990)

sağlamıştır. İlk reaksiyon olarak, Kongre, 19 Kasım 2001'de, Ulaştırma Bakanlığı içinde yeni bir "agency" yaratan Havacılık ve Ulaştırma Güvenliği Kanunu'nu (Aviation and Transportation Security Act) çıkartmıştır. Ulaştırma Güvenliği İdaresi (Transportation Security Administration) adı verilen bu yeni idari kurum havacılık alanındaki sorumluluğu üstlenmiştir. Söz konusu "agency"nin en önemli yetkileri daha önce FAA regülasyonu altında havayolları tarafından görülen havaalanı güvenliği faaliyetini federal bakımdan "merkezileştirmek (federalizing), güvenlik elemanlarına ilişkin minimum mesleki yeterlilik kriterleri getirmek, havayolu çalışanlarının özgeçmişlerinin incelenmesine yönelik denetimleri düzenlemek, ele geçirilemez kokpit kapılarının zorunlu tutulmasına yönelik düzenlemeler yapmak olarak göze çarpmaktadır. Bu şartlara paralel olarak, Yasa, daha önce hava taşıyıcılarına ait olan güvenlik yetkileri ile FAA'nın kullandığı güvenlik denetim yetkilerini bu yeni oluşturulan idareye nakletmiştir. Buna ilaveten, Kanun, Güvenlik Altyapısı Vergisi ve 11 Eylül Güvenlik Vergisi adı altında, deregüle edilmiş piyasaya ağır yükler getiren iki vergi ihdas etmiştir.

Havayollarının güvenliğine illişkin bu düzenlemeleri yeterli görmeyen Kongre, 2002 yılında çıkardığı Ulusal Güvenlik Kanunu'nda (Homeland Security Act[159]) bu alana ilişkin esaslı bir takım önlemler getirmiştir. Yasa, ulusal güvelik konusunda farklı kolluk yetkilerine sahip ve birçoğu havaalanları, uçak yolcuları ve kargo muayenesine yönelik faaliyet gösteren 22 ayrı idareyi **"Department of Homeland Security"** adı altında kurulan yeni bir Bakanlığın çatısı altında birleştirmiştir.

b. Demiryolları

(1) Regülasyon Dönemi

Demiryolları, 1887 tarihli Eyaletlerarası Ticaret Yasasının (Interstate Commerce Act[160]) kabulünden itibaren ekonomik alanın en yoğun

[159] Homeland Security Act, Pub. L. No. 107-296, § 101, 116 Stat. 2135 (2002).

[160] Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379 (1887) (codified as amended in scattered sections of 49 U.S.C.).

olarak regüle edilen sektörü olmuştur[161]. Daha önce de belirttiğimiz gibi, söz konusu yasa, Amerika'nın ilk bağımsız regülasyon idaresi olan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu'nu (Interstate Commerce Comission) (ICC) hayata geçirmesi bakımından özel bir anlam taşımaktaydı. ICC, kendinden sonra gelen gerek eyalet gerekse de federal yönetimlerde yer alan ekonomik regülasyon örgütlenmelerine model teşkil eden en eski federal regülasyon idaresidir[162].

ICC'nin tarihçesi, menfaat gruplarının birbiriyle çatışan şikayetlerinin çözümüne yönelen regülasyon modelinin incelenmesi için örnek bir ders kitabı oluşturacak niteliktedir. Bu bakımdan, demiryollarına ilişkin ilk regülasyon hareketlerinin gerekçesi noktasında bir konsensüs bulunmamaktadır. Bir bakış açısına göre, ICC sevkiyatçıları, büyük taşıyıcıların monopol (tekel) gücünden[163] ve fiyat ayrımcılığından korumak[164] için kurulmuştur. Diğer bir görüş ise söz konusu regülasyonun asıl amacının taşıyıcıları **"yıkıcı rekabet"** ile **"israf ve altyapı duplikasyonu"**ndan korumak olduğunu ileri sürmektedir[165].

Aslında, Eyaletlerarası Ticaret Yasası her iki menfaat grubunun sıkıntılarını azaltabilmek gayesi ile çıkartılmıştır. Demiryolları yöneticileri, tarife savaşları, gizli taviz ve indirimlerden yakınırken, nakliyeci ve tüc-

---

[161] AUERBACH, ekonomik regülasyon vasıtasıyla Amerikan İdare Hukukunun temellerini atan demiryollarının önemini şöyle açıklamaktadır. : "Kamu politikasının temelleri dünya tarihinin en hızlı gelişen toplumunun demiryolu taşımacılığında yatmaktadır. 19. yüzyıl ekonomisi ve toplumunu demiryolları yönlendirmekte idi. Bu yönlendirme kapitalizasyon, istihdam, toplumsal etki veya girişim imkanı gibi her unsurda mevcut idi. 19. yüzyılın ilk üçte birlik döneminden sonra, demiryolları ile aynı oranda sosyal etki yaratan maddi veya manevi bir güç yoktu" Joseph Auerbach, "The Expansion of ICC Administrative Law Activities", **16 Transp. L.J**. 92,92 (1987).

[162] Thoms, **Clear Track**, s. 186.

[163] THOMS'a göre: "(d)emiryollarının regülasyonunu doğruran ihtiyaç, diğer birçok utility'de olduğu gibi, toplumun rekabeti eksik-kusurlu olarak algılamasına dayanmaktaydı. Birçokları, gaz ve elektrik şirketleri gibi, demiryollarının da, belirli bir bölgedeki pazara, en iyi hizmetin sadece bir tedarikçi tarafından verilebileceği esasına dayalı, doğal tekel olduğuna inanıyorlardı. Ancak, rekabet olmadığı bir ortamda da bu tedarikçinin regüle edilmesi gerekliydi." **a.e.**, s. 186.

[164] Breyer et.al, s. 17; Hardaway, s. 118.

[165] Breyer et al., **Administrative Law**, s. 17.

carlar tarife istikrarsızlığına neden olan uygulamalardan[166] şikayet etmekte, rekabeti kontrol altında tutan anlaşmalardan ve kısa taşıma mesafesi/uzun taşıma mesafesi ayırımından[167] kaynaklanan memnuniyetsizliklerini dile getirmekteydiler. Sonuçta, her iki taraf da yasal bir düzenlemeyi arzu etmekteydi. Bununla birlikte, doğal olarak, her iki grup kendi menfaatlerine daha uygun bir devlet müdahalesine erişebilmek bakımından oldukça farklı yaklaşımlara sahipti[168]. Bu farklılıklar, Kanun Koyucuya orta yolu bulmaya çalışmaktan başka bir seçenek bırakmamıştır.

Aslında, o zamana kadar "Common Law" , taşıyıcılara hizmetleri karşılığında makul fiyatlara dayalı ve ayrımdan uzak tarifeler uygulamaları yönünde bir takım zorunluluklar getirmiş idi. Ancak, davaların yavaş ilerlemesi ve oldukça masraflı olması, bunun yanında, sözü edilen hukuk sisteminin, zararın ortaya çıkmasından önce önlem alınmasına uygun olmaması[169] çözüme ulaşmayı engelliyordu. Bu nedenle Kongre "Common Law"un yetersizliğini gidermek üzere uzman bir örgüt kurma gereğini duymuştu[170].

Bu noktada, altı çizilmesi gereken bir husus da, 1887 tarihli Yasa'nın sektörü regüle eden bir idare kurmasına rağmen[171], bu idareyi azami fiyat oranlarını belirleme konusunda yetkili kılmadığıdır. Bu nedenle, Komisyonun tarife ayrımcılığını önlemekle sınırlı yetkileri sektörü etkin bir şekilde kontrol edecek bir "public utility" yapısına yetecek düzeyde değildi. Ancak yine de, Yasa, daha sonraları Komisyonun yetkilerini genişletecek yasal düzenlemelere temel oluşturan bir **"ilk adım"** olma niteliği ile tarih sayfasında oldukça önemli bir yere sahiptir[172].

---

[166] Marcus Alexis, "The Political Economy of Federal Regulation of Surface Transportation", in **The Political Economy of Deregulation: Interests Groups in the Regulatory Process** (Roger G. Noll, Bruce M. Owen eds.), AEI Studies, 1983, s. 115.

[167] Demiryolu şirketleri, oransız bir şekilde, aynı hat üzerindeki kısa taşımalar için uzak mesafe nakliyesinden daha fazla ücret talep etmekteydiler. Bkz. Breger & Edles, note 63.

[168] Alexis, s. 115-116.

[169] Walter Gellhorn, Deregulation: Delight or, s. 472.

[170] a.y.

[171] Thoms, **Clear Track**, s. 190.

[172] Alexis, s. 118.

Eyaletlerarası Ticaret Yasasının ardından 1903 tarihinde yürürlüğe sokulan Elkins Yasası (Elkins Act[173]) demiryolu iskontolarını yasaklayarak, Komisyona ayırımcılığa yönelik tutum ve davranışlar içinde bulunanlar ile yayınlanan tarifeleri maksatlı olarak ihlal edenlere idari ve adli para cezası verme yetkisini tanımıştır. Kongrenin bu yasayı takiben 1906 yılında çıkardığı Hepburn Yasası (Hepburn Act[174]) ICC'yi, bir yandan ücret sınırlarını tespit etme, diğer yandan da rekabet etmeyen taşıyıcıların faaliyet bölgelerini saptamak suretiyle direkt yönleri ve ortak tarifeleri belirleme yetkileriyle donatmıştır. 1910 tarihli Mann-Elkins Yasası (Mann-Elkins Act[175]) uzak ve yakın taşıma mesafelerine ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıkları çözme konusundaki yetkilerini kuvvetlendirdiği ICC'ye, ilk defa, teklif edilen ücretleri askıya alma yetkisi vermiştir. 1920 tarihli Ulaştırma Yasası (Transportation Act[176]) ise Komisyona, demiryolları sektöründe faaliyete başlama ve son vermeye izin verme, diğer bir ifadeyle piyasaya giriş ve çıkışları kontrol altında tutma yetkisi ihdas etmiştir. Yasa aynı zamanda Komisyona minimum ücretleri ve birleşmeleri (mergers) regüle etme yetkisi de tanımıştı. Aslında, Ulaştırma Yasa'nın temel amacı I. Dünya Savaşının yaşandığı bu dönemde demiryollarının mali yapısını kuvvetlendirmekti. 1958 tarihinde yenilenen Ulaştırma Yasası (Transportation Act of 1958[177]), yeni düzenlemeleriyle, "kısmi çıkış" ("partial abondonment") doktrinine son verip, ICC'ye, faaliyetine devam etmeyen yolcu trenlerine ilişkin görev ve yetkiler vererek bu alandaki regülasyonun çerçevesini[178] tamamlamıştı[179]. Söz konusu Yasa,

[173] The Elkins Act of 1903, ch. 708, 32 Stat. 847 (1903).

[174] The Hepburn Act of 1906, ch. 3591, 34 Stat. 584 (1906).

[175] The Mann-Elkins Act of 1910, ch. 309, 36 Stat. 539 (1910).

[176] The Transportation Act of 1920, ch. 91, 41 Stat. 456 (1920).

[177] The Transportation Act of 1958, Pub. L. No. 85-625, 72 Stat. 568 (1958)

[178] Yasa, ICC'nin demiryolu regülasyonunda ulaştığı en üst noktayı sergilemekteydi. 1958'den sonra yürürlüğe konulan her reform düzenlemesi, ICC'nin demiryolu regülasyonundaki yetkilerini kuvvetlendirmek yerine deregülasyonu hedef almıştır. Bkz. Thoms, **Clear Track**, **s.** 192.

[179] Tamamlanan bu çerçevede, bir demiryolu şirketi regülasyona dayalı gözetim ve denetim olmadan ücretleri ne indirebiliyor ne de arttırabiliyordu. Bir hattın kaldırılması ve hatta tek bir yolcu treninin hizmetine ara vermesi ICC'nin izni olmadan mümkün değildi. Piyasada faaliyette bulunan şirketlerin birleşme veya konsolidasyonu oldukça uzun zaman alan idari "hearing"ler yapılmadan mümkün olmadığı gibi, deniz veya karayolu nakli-

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, demiryolu ulaşımına olan talebin azalması, yolcuların otobüs, uçak veya otomobil gibi diğer alternatif taşıma araçlarına yönelmesi karşısında, demiryollarının zayıflayan mali durumunu iyileştirebilmek için düşük-faizli krediye imkan veren hükümler de getirmiştir.

(2) Deregülasyon Süreci

1950'lerden sonra eyaletlerarası otoyolların sayısının artması trafiğin demiryollarından kara yolu taşımacılığına kaymasına neden olmuş ve bu da demiryollarında kârlılığın düşmesine neden olmuştur. 1970'lere gelindiğinde uzun süreden beri devam eden **"utility-modeli"** (**"utility-type"**) regülasyon rejimi piyasaya giriş-çıkıştaki esnekliği ve piyasayla uyumlu ayarlamaları (düzeltmeleri) engellemekteydi. Demiryolu regülasyonunu eleştirenler, söz konusu faaliyetin karmaşık yapısının demiryollarının ekonomik koşullarına, birden çok taşıma türündeki rekabetin doğal yapısına ya da yükleyicilerin, tüketicilerin ve vergi veren vatandaşların çoğu zaman çatışan çıkarlarına uygun olmadığını yüksek sesle dile getirmeye başlamışlardı[180]. Zamanla, diğer ulaşım sistemleri ile yaşanan güçlü rekabet ve değişen nakliye modelleri, demiryolları sektörünü iflasın eşiğine getirmiş idi. Demiryolu şirketleri, raylarının bakımını düzgün bir şekilde yapmak için gereken parayı bile tedarik etmekte zorlanmaktaydılar. Birçok şirketin kazanç oranının, yüksek sabit giderlerden dolayı sermaye giderlerinin altında kalmaya başlamasının ardından[181], büyük demiryolları şirketlerinden bazıları iflas etti[182]. Demiryolları sektörünün her geçen gün bozulmaya yüz tutup zayıflaması Washington'daki politik havanın regülasyonun aleyhine seyir etmesine neden oldu. Kongre, sektörü eski haline getirebilmek amacıyla, önce 1973 tarihli Bölgesel Demiryolu Reorganizasyonu Yasasını (Regional Rail Reorganization Act[183]) daha sonra da 1976 tarihli Demiryolları Reform ve Yeniden Canlandırılması

yesi gibi diğer sevkiyat yöntemlerine yönelen genişleme faaliyetleri de sıkı bir şekilde sınırlanmıştı. Bkz. Hardaway, s. 112-118.

[180] Thoms, **Clear Track**, s. 195.

[181] a.y.

[182] Thoms, **Clear Track**, s. 195-196.

[183] Regional Rail Reorganization Act of 1973, 45 U.S.C § 719 (1973).

Yasasını (Rail Road Revitalization and Reform Act[184]) yürürlüğe koydu. Bunlardan ikincisi, temel regülasyon programına çok büyük bir etki yapmasa da[185], demiryolu şirketlerinin ücretleri düşürme veya yükseltmekte belirli bir serbestlik tanımış, ICC'nin tarife değişikliklerini durdurma yetkisine sınırlamalar getirmiş ve eyaletlerarası tarife belirleme şartlarını düzenlemiştir. Yasa, bunlara ilaveten, "**pazar hakimiyeti"** ve "**talebe duyarlı fiyatlama"** kavramlarını da tanımlamıştır.

1970'lerin sonuna gelindiğinde, Başkan Carter daha önce havayolları ve karayolu taşımacılığında programına aldığı deregülasyon hareketini bu defa demiryolları için gündeme getirmiştir[186]. Carter, öncelikle ve radikal bir biçimde, ICC'nin üye kompozisyonunu değiştirince[187], söz konusu Komisyon da regülasyona ilişkin tutumunu değiştirmeye başlamış ve müdahaleci politikasını yumuşatmıştır[188]. Demiryollarının içinde bulunduğu finansal güçlüklerin farkında olan Komisyon, rekabete yönelik bir yaklaşım benimsemeye başladığından "birleşmeler"e eskiye nazaran daha kolay izin vermiştir. ICC'nin, Demiryolları Reform ve Yeniden Canlandırılması Yasasının çıkmasıyla "şemsiye tarife belirleme"den ("umbrella ratemaking") vazgeçmesi de yoğun regülasyondan gevşek regülasyona geçişte önemli bir adım olmuştur.

Bununla birlikte demiryolları için asıl rahatlama 1980 tarihinde yürürlüğe giren bir yasa ile olmuştur. "Staggers Rail Act[189]" ismi ile Amerikan Federal Mevzuatında yerini alan bu yasal düzenleme[190] Carter Yönetiminin benimsediği anti-regülasyon ortamının kendi içinde tutarlı

---

[184] Rail Road Revalization and Reform Act of 1976, 45 U.S.C § 801 (1976).

[185] Yasa, büyük bir endüstri için "küçük" bir reform çalışması olarak addedilmiştir. Bkz. Thomas Gale Moore, "Deregulating Transportation: Tracking the Process"**, Regulation**, March/April 1978, s. 38.

[186] Richard D. Stone, **The Interstate Commerce Commission and the Railroad Industry: A History of Regulatory Policy**, New York: Praeger Publishers, 1991, s. 104-106.

[187] **a.e.,** s. 103.

[188] **a.e.**, s. 104-106.

[189] The Staggers Act of 1980 Pub. L. 96-448, 94 Stat. 1895 (1980).

[190] Söz konusu Yasa'nın, aslında, Kongre'nin 1970'lerin sonlarına doğru ICC tarafından uygulanmaya başlanan "de facto" deregülasyonu kodifiye etme çabasından başka bir şey olmadığı iddia edilmektedir. Bkz. Stone, s. 113.

olarak değerlendirilebilecek gelişmesiydi. Havayollarının ve karayolu taşımacılığının deregülasyonunu tecrübe etmiş Yönetim, demiryollarının deregülasyonu ile zincire son halkasını eklemek arzundaydı[191]. Üstelik bu arzu hem demiryolları endüstrisi hem de toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından desteklenmekte idi[192].

Yasanın demiryolları için getirdiği düzenlemenin niteliği konusunda doktrinde belirli bir görüş birliğine varılamamıştır. Kimileri söz konusu düzenlemeyi "deregülasyon" olarak değerlendirirken[193], kimileri öngörülen sürecin "yeniden regülasyon" ("reregülasyon") olduğunu[194], kimileri ise "kısmi deregülasyon" ("partial deregulation") anlamına geldiğini ileri sürmüştür[195]. Yeni yasal düzenlemenin, "etiketi"ne ilişkin farklı bakış açıları olmasına rağmen, devlet müdahalesini azaltan liberal bir politika getirdiği konusunda belirli bir uzlaşma sağlanmıştır.

Demiryollarının ekonomik regülasyonundaki yeni yaklaşımın "pazar işleyişi"ne dayanması gerektiğini düşünen Kongre, "rekabete" dayalı yeni bir politika formüle etmişti. Yasa, demiryollarının birçok faaliyetini diğer ekonomik sektörlerin yaptığı şekilde yerine getirmelerine izin veriyordu[196]. Diğer bir ifadeyle, yeni yasal düzenleme, demiryolu şirketlerine, yaklaşık yüzyıldan beri sahip oldukları "ticari özgürlük"ten çok daha fazlasını veriyordu. Regülasyonun keşfinden itibaren ilk defa, demiryolları şirketlerinin yükleyiciler ile ücret ve servis konusunda, regülasyon denetim ve gözetiminden bağımsız olarak, sözleşme yapmalarına izin verilmesi ile söz konusu endüstriye ilişkin en önemli gelişmeye adım atılıyordu.

---

[191] Thoms, **Clear Track**, s. 211.

[192] Alexis, s. 128-129.

[193] Robert E. Gallamore, "Regulation and Innovation, Lessons From American Railroad Industry", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of John R. Meyer**, (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds), Brooking Institution Press, Washington D.C., 1998, s. 504.

[194] Thoms, **Clear Track**, s. 212.

[195] Wesley W. Wilson, William W. Wilson, "Deregulation, Rate Incentives, and Efficiency", in **The Railroad Market in Transportation After Deregulation,** (Starr Mc Mullen ed.) Elsevier Science, 2001, s. 18.

[196] Hardaway, s. 126.

1980 tarihli Yasa getirdiği düzenlemeler ile daha gevşek bir "piyasaya giriş standardı" öngörürken, "kamu yararı ve kamusal gereklilik" ("public convenience and necessity") adına demir yolu yapımı, birleşmesi veya faaliyeti (operation) için izin almayı yeterli görüp, konuyu "boğucu" bir yükümlülük olmaktan çıkarıyordu. Faaliyetin kesilmesi veya sona erdirilmesi sürecini hızlandıran Yasa, ICC'yi, uzun zaman alan inceleme prosedürüne gerek kalmadan, "faaliyete son verme başvurusu"nu onaylama yetkisi ile donatmıştı. Yasa, rekabetin fiyat esnekliği sayesinde tesis edilebileceğini öngörmek suretiyle, asıl değişiklikleri, fiyat regülasyonu konusunda getirmişti[197]. Bütün bunların yanında, demiryolları, belirli navlunları diğer gelirden sübvanse etme yükümlülüğünden de kurtarılmıştı.

Yasa'nın çıkmasından sonra, demiryolu şirketleri giderek teknoloji ve ekonomideki gelişmelere daha duyarlı ve uyarlanmaya hazır bir pozisyon almaya başlayıp finansal performanslarını önemli ölçüde artırdılar[198]. Yasa, demiryollarının birçok yönden daha verimli olarak faaliyette bulunmasına katkı sağlayan rekabet açılımlarına yön vererek demiryolu şirketlerinin işletme maliyetlerini düşürme ve işçilere daha randımanlı bir üretim ortamı sunma imkânı sağladı[199]. Daha önce de belirtildiği gibi, söz konusu Yasadan önce demiryolları tesis altyapılarının bakımı için gerekli finansmanı bulmakta güçlük çekerken, bugün, "Sınıf I taşıma demiryolu ağı" (Class I freight rail network) şimdiye kadar olduğundan çok daha iyi bir düzeyde bulunmakta[200], demiryolu trafiği yoğunluğu söz konusu Yasanın çıkmasından önceki döneme nazaran çok daha yükseklerde seyretmektedir[201].

Regülasyonun getirdiği engellerin kaldırılması yenilikçi işletme tekniklerine de izin vermiştir[202]. Konuyla ilgili olarak yapılan birçok çalışma, demiryolu şirketleri arasındaki rekabetin ve uzun süreli sözleşmelere

[197] Gallamore, s. 494-495.

[198] Christopher C. Barnekov, Progress inTransportation Deregulation, Prepared for session on: The Political Economy of Regulatoy Reform, **AEI Public Policy Week**, December 4, 1984, s. 1.

[199] Gallamore, s. 494-495; Barnekov, **a.e.**, s. 2.

[200] Statement of Hamberger, s. 3.

[201] a.y.

[202] Gallamore, s. 521.

izin veren mekanizmanın tarife oranlarını düşürdüğünü ortaya koymaktadır[203]. Tarife oranlarındaki bu düşüş rekabetçi ortamdan kaynaklanan arz-talep faktörleri ile açıklanmaktadır[204].

Yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana, işletme yapısı bakımından da olumlu değişimler görülmüştür[205]. Birçok veri, demiryolu verimliliğinin önemli ölçüde arttığını göstermektedir. Söz konusu verimliliğin çok büyük bir kısmı keskin bir şekilde düşen ücretler sayesinde demiryolları müşterilerine yansımıştır[206].

Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar, uzun süre boyunca düşme eğiliminde seyreden şehirlerarası demiryolu (yük) taşımacılığı, bu tarihten sonra istikrarlı bir yükselişe geçmiştir[207]. Diğer yandan, deregülasyona tabi tutulmalarının ardından havayolları ve karayolu nakliye şirketlerinin kârlılığı azaldığı halde, demiryollarınınki artmıştır. Bununla birlikte, demiryolu sektöründe yapılan regülasyon reformunun asıl olarak kâr elde edemeyen şirketlere faaliyetlerini sürdürmekte yardım etme amacını taşıdığını, havayolu ve kara taşımacılığında, yapılan reformlara kadar taşıma şirketlerinin kârlılık oranı son derece yüksek olduğundan, aynı amacın bunlar açısında var olmadığının altını çizmek gerekir. Ayrıca, bu güne kadar bütün tekel kârının demiryolu şirketlerine gittiğine ilişkin herhangi bir gösterge de bulunmamaktadır.

Başka seçeneği olmayan yükleyicilerin (shippers) bulunduğu alanlarda tekel gücünün kötüye kullanılma ihtimalini önlemek amacıyla hâlâ bir takım regülasyon kısıtlamaları bulunmaktadır[208]. Servis tekeline tabi kalmak zorunda olan yükleyicilerin sözünü ettiğimiz reformlara ilişkin en önemli endişelerinden biri, demiryolu şirketlerinin daha büyük pa-

[203] Gallamore, s. 525; Barnekov, s. 2.

[204] Wilson &Wilson, s. 17.

[205] a.y.

[206] Statement of Edward R. Hamberger Before the House Comittee on Transportation and Infrastructure Subcomitte on Railroads, Hearing On the Status of Railroad Economic Regulation March 31, 2004, 3 http://www.house.gov/transportation/rail/03-31-04/hamberger.pdf

[207] Statement of Hamberger, s. 2.

[208] Starr Mc Mullen, "Preface", in **The Railroad Market in Transportation After Deregulation** (Starr Mc Mullen ed.), Elsevier Science, x (2001)

zar payı elde etmek ve kar marjlarını artırmak amacıyla birleşme yoluna gitmelerinden dolayı sektör yoğunlaşmasının (concentration) artmasıdır[209]. Yapılan reformları eleştirilenler, bu durumun tekelin önlenmesine yönelik regülasyonun dayanaklarından biri olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan, bir çok yükleyici, taşıyıcı sayısındaki azalmanın hakim durumda sadece bir taşıyıcı kalmasına yol açtığı durumlarda, özellikle "dökme mallar" bakımından, piyasa gücünün kötüye kullanılmasın gündeme geleceğini iddia etmektedir. Mc MULLEN ise bu iddialara şöyle cevap vermektedir[210]: *"Demiryolları, geçmişte olduğunun aksine, hem intermodal (birden çok taşıma türünde) rekabet hem de intramodal (taşıma türünün kendi içinde) rekabetin yaşandığı bir ortam içinde faaliyet göstermektedir. Birçok durumda, intermodal rekabet, kıta aşırı birleşme veya tekelci fiyatlamaya yol açan tekelleşmeyi önleyebilecek niteliktedir. Intermodal rekabetin olmadığı durumlarda ise, Deniz ve Karayolu Ulaştırma Kurulu[211] (Surface Transportation Board-STB), söz konusu endişelere yönelik olarak, belirli kuralları uygulamaya devam etmektedir."*

(3) Demiryolu Sektöründe Güvenlik Regülasyonu

1970'lere kadar, çeşitli sayıda federal düzenleme demiryolu güvenliğini farklı yönleriyle kontrol altına almıştır. 1960'ların sonlarında, demiryollarının mali krizi, beraberinde tehlike sinyalleri veren güvenlik verilerini getirince, Kongre, Federal Demiryolu Güvenliği Yasasını (Federal Railroad Safety Act[212]) çıkarmak zorunda kaldı. Federal Yasama or-

---

[209] Bu yükleyiciler ısrarla piyasanın belirli segmentlerinde uygulanmak üzere yeni bir "rail to rail" rekabet modeli getirilmesini talep ettiler. Bu sistemde, belirli bir yükleme noktasına tek hizmet sağlayıcı durumunda olan mevcut demiryolunu rakip bir firmanın kendi hattında çalışmasına izin vermeye zorlayan veya yükleme noktasından diğer bir demiryolu ile ilk bağlantı noktasına kadar olan mesafe için talep edilen ücretlerin regüle edilmesini mecbur kılan bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktaydı. (Bkz. Gallamore s. 525) Bu nedenle 2006 tarihli Demiryolları Rekabet Yasası (Railroad Competition Act of 2006) gibi birçok yasa teklifi Kongre'nin önüne götürülmüştür. Bkz.http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s. 109-2921.

[210] Mc Mullen, s. xv.

[211] STB, ICC'nin kaldırılmasından sonra sadece sınırlı bir takım yetkilerinin devredildiği İdaredir

[212] Pub. L. 91-458, 84 Stat. 971, 45 U.S.C. 421 et. seq.

ganının, söz konusu kanun vasıtasıyla Ulaştırma Bakanına "demiryollarının her alanında" güvenlik regülasyonuna ilişkin mutlak yetki vermesi bu konuya ilişkin "esaslı bir değişiklik" olarak nitelendirilmiştir. Yasa, raylar için bir takım standartlar getirirken, yük vagonlarının dizayn ve bakımına ilişkin farklı düzenlemelere dayalı standartları da kodifiye etmiştir.

1994'te Federal Ulaştırma Mevzuatında yapılan kodifikasyon düzenlemeleriyle, demiryolu güvenliğine ilişkin yasalar yenileriyle değiştirilmiştir[213]. Söz konusu değişiklik uyarınca, Ulaştırma Bakanlığına tanınan yetki "Federal Demiryolu İdaresi"ne ("Federal Railroad Administration") ("FRA") devredilmiştir[214].

Günümüzde, Federal Demiryolu İdaresi, demiryolu endüstrisinin güvenliğine ilişkin regülasyondan, demiryolu finansal yardım programlarının yürütülmesinden, demiryolu güvenliği, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin uygulanmalarından ve demiryolu endüstrisine ilişkin konularda "yürütme organı politikaları" ("executive branch policy") geliştirmekten sorumludur. Söz konusu idare, demiryollarında ölüm ve yaralanmaların önlenmesine yönelik olarak faaliyette bulunmakta; emniyet ve güvenlik kuralları ihdas etme, denetimlerde bulunma ve soruşturma açıp[215], tahkikat yapma gibi farklı yetkileri kullanmak suretiyle demiryollarının daha güvenli bir şekilde işlemesi yönünde uğraş vermektedir.

Bunun yanında, Mesleki Güvenlik ve Sağlık İdaresi (OSHA) de demiryolu çalışanlarının işyerleri güvenliğine ilişkin tehlike ve risk koşullarını regüle etmektedir. Ayrıca demiryolları şirketleri yukarıda sayılan idarelerin yanında Çevre Koruma İdaresi (EPA) gibi diğer başka idareler tarafından getirilen düzenlemelere uymakla yükümlü olup, gerekli tedbirleri alma, ilgili denetim ve testleri yapmak zorundadırlar.

---

213 Bkz. Pub. L. No. 103-272, 108 Stat. 745 (1994).

214 (49 C.F.R. 1.49).

215 Diğer görevlerinin yanında, "Ulusal Ulaştırma Güvenliği Kurulu" ("National Transportation Safety Board") ("NTSB") demiryollarında meydana gelen belli başlı kazaları soruşturmakla yetkili kılınmıştı. Bunun yanında, söz konusu Kurul gelecekte meydana gelmesi muhtemel kazaları önlemek için tavsiyeler yayınlamaktadır. Bu nedenle NTSB, FRA ile yakın bir işbirliği içerisindedir.

c. Karayolu Taşımacılığı (Motor Carrier)

Karayolu taşımacılığının gelişimi devletin piyasaya müdahale türlerindeki farklılıklara göre üç aşamada incelenebilir. 1935'ten önceki dönem olarak nitelendirilebilecek birinci aşamada söz konusu endüstri üzerinde kayda değer bir regülasyon faaliyetine rastlanmamaktadır. 1935 tarihli Karayolu Taşımacılığı Kanunu (Motor Carrier Act of 1935) sektörü Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu'nun (ICC) regülasyon yetkisi altına sokan ve 1980'lere kadar devam edecek regülasyon dönemini başlatan yasal düzenlemedir. Her ne kadar 1970'lerin sonlarında, belli bir takım regülasyon kısıtlamalarından vazgeçilmeye başlanmışsa da[216] 1980 tarihli (yeni) Karayolu Taşımacılığı Kanunu (Motor Carrier Act of 1980) günümüzde hala endüstri üzerindeki etkinliğini sürdüren deregülasyon döneminin başlangıcını resmi olarak ilan eden yasal düzenlemedir.

Birinci Dünya Savaşından sonra birçok faktör karayolu taşımacılığının yük sevkiyatında tercih edilir bir yöntem olarak ortaya çıkmasına katkı yapmıştır. Nakliye taleplerinin küçük ebatlı sevkiyatlara yönelmesi kara yolu nakil vasıtalarını demiryollarına oranla daha avantajlı bir konuma getirmiştir. Bununla birlikte hızlı büyüme, zamanla karayolu taşımacılığı sektörüne zarar vermeye başlamış ve firmaları finansal krize sürüklemiştir. Söz konusu endüstride oluşan kapasite fazlası nakliyat ücretlerini, girişimcilerin ayakta kalmalarını imkansız kılacak seviyelere çekmiştir.

Bu nedenlerden ötürü bir çok eyalet, federal düzlemde henüz bir regülasyon faaliyeti mevcut değilken, karayolu taşımacılığını regüle etmeye başlamıştır. Buna karşılık, Supreme Court, *Buck v. Kuykendall* kararı ile bir eyaletin eyaletlerarası otoyollarda faaliyette bulunan umumî nakil vasıtalarının (common carriers) kullanımını yasaklayamayacağına karar vermiştir. Bu hüküm, esasen, eyaletlerin eyaletlerarası ticarete ilişkin rekabetin sınırlanmasını veya yasaklanmasını mümkün kılamayacağı anlamına geliyordu[217]. Bu karar eyaletlerin koyduğu tahditlerin karayolu

[216] Thoms, Rollin' On…To a Free Market, s. 73-75.

[217] Buck v. Kuykendall, 267 U.S. 307, 315 (1925).

taşımacılığını büyük bir bölümü açısından ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuştur.

1930'ların başında yaşanan Büyük Bunalım, diğer alanlarda olduğu gibi karayolu nakliyesini çevreleyen problemlerin de şiddetlenmesine neden olmuştur.

Bu dönem boyunca, aşırı rekabet uygulamaları o derece artmıştı ki sektör önemli ekonomik kayıplara uğramıştı. Yukarıda belirttiğimiz *Buck v. Kuykendall* kararıyla aynı döneme denk düşen yıkıcı rekabet, sektörün federal bazda regüle edilmesi çabalarına ivme kazandırdı. Nihayet, Supreme Court'un bazı sektörlerdeki rekabeti sınırlayan "iyi davranış" ("good conduct") kuralları ihdas etmesine izin veren Ulusal Endüstri İyileştirme Yasası'nı iptal etmesinden[218] sonra federal bir regülasyon için süregelen baskı daha da yoğunlaşmıştır.

(1) Regülasyon Dönemi

Eyaletlerarası karayolu taşımacılığı regülasyonunu ilk savunanlar, sektördeki firmaların ekonomik yönden rakipleri olan demiryolu şirketleri idi[219]. Karayolu taşımacılığı sektörü, ICC tarafından idare edilen demiryolları için kendilerini tehdit eden güçlü bir rakip haline gelmişti. Bu nedenle, kendilerini karayolu taşımacılığı endüstrisinin rekabetinden koruması için, ICC'nin söz konusu endüstriyi regüle etmesi arzusundaydılar.

Diğer yandan, demiryollarınınkinden farklı sebeplerle olsa da, karayolu nakliyesi endüstrisi de regülasyonu arzulamaktaydı. "Doğal tekel" karakteri gösterdiği genelde kabul edilen demiryollarından farklı olarak, karayolu taşımacılığı endüstrisi, aşırı rekabetten muzdarip olmuştu. Regülasyon, kendi başına işlemeye bırakıldığında ayakta kalamayacak endüstriyi stabilize etme aracı olarak görülüyordu. Gerçekte, mevcut karayolu nakliye firmaları, demiryolları ile girişilecek sektördışı rekabetten çok, birbirleri arasındaki sektör içi rekabetten ötürü endişe duymakta idi.

---

[218] Bkz. A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

[219] Hardaway, at 128

Kısıtlanmamış rekabetin doğurduğu etkilerin ortadan kaldırılması için eyaletlerden gelen yoğun baskıyı[220] dikkate alan Kongre, 1935 yılında Karayolu Taşımacılığı Yasası'nı (Motor Carrier Act[221]) yürürlüğe koydu. Söz konusu Yasa, karayolu taşımacılığı endüstrisini, aynı zamanda demiryolları sektörünü de regüle eden ICC'nin denetimi altına soktu. Yasa, ICC'yi karayollarında yolcu ve mal taşınmasına ilişkin faaliyet (giriş) izni ile ücretler üzerinde yetkili kılmıştır. Bu bakımdan, karayolu taşımacılığı şirketleri üzerindeki ekonomik regülasyon demiryollarında tatbik edilenle paralel bir nitelik arz ediyordu[222].

Kanunun temel amaçları " sektörde istikrar ortamını sağlamak" ve "aşırı rekabeti kontrol edip 'makul' rekabeti teşvik etmek" idi. Bu bağlamda söz konusu yasa regülasyonu üç alana özgülemişti: **1)** giriş (faaliyet) izni **2)** tarifeler **3)** menkul kıymetler, birleşmeler ve belirli finansal işlemler ile sözleşmeler[223]. Getirilen sistem, ICC'nin taşıyıcı firmaların sektöre girişini kontrol etmesininin yanında, hangi tarifeleri uygulayacaklarının, hangi güzergahlarda faaliyette bulunacaklarının, hangi hizmetleri sunacaklarının ve hangi birleşmeleri gerçekleştireceklerinin belirlenmesini kontrol altında tutma yetkisi veriyordu[224].

Karayolu taşımacılığı sektörüne uygulanan regülasyon rejiminin etkisi oldukça geniş oldu. Yasa yürürlüğe girdiğinde faaliyette bulunan firmalar otomatik olarak ruhsat sahibi olabilseler de, bu imkan ancak önceki hizmetlerini belgelendirebilmelerine bağlı olduğu gibi ICC bu yükümlülüğü oldukça dar bir şekilde yorumluyor idi. Sektöre yeni girmek isteyen firmalar bakımından ise ruhsat almak çok daha zor şartlara bağlanmıştı. Sonuçta, regülasyon döneminde piyasaya giren şirket sayısı son derece az oldu.

---

[220] Dempsey, **Transportation**, s. 287.

[221] Motor Carrier Act of 1935, 49 U.S.C. § 10101 (Supp. IV 1980).

[222] Thoms, Rollin' On…To a Free Market', s. 50-52.

[223] Bkz. Alexis, s. 120.

[224] Michael R. Gordon, "Deregulation of the Trucking Industry Could Be Just Around the Corner", **National Journal**, 4/26780, 668, 669 (1980).

(2) Deregülasyona Doğru

Regülasyon rejimi, nakliye şirketlerinin hizmet verebileceği coğrafi pazarlar, taşıyacağı mallar ve izleyeceği hatlar (güzergahlar) hakkında detaylı bilgiye ihtiyaç göstermekte idi. Taşıyıcı bir firma, yalnızca hizmet verebileceği bölge veya şehirler bakımından sınırlandırılmakla kalmamış, giderek, taşıyabileceği mallar bakımından da kısıtlamalara tabi tutulmuş idi. Bu nedenle, ICC'nin taşıma hatlarını belirlemesinin genelde "dolambaçlı-zorlaştırıcı" bir nitelik arz ettiği ve "seferlerden boş dönmelere" ve verimsizliğe sebep olduğu yönünde eleştiriler getirilmeye başlandı. En önemlisi, bu dönemi gözlemleyenler, ücretlerin son derece yüksek, ayırımcı ve irrasyonel olduğunu belirtmekteydi[225].

Sonuçta, karayolu taşımacılığı, havayolu regülasyonundakine benzeyen problemler ortaya çıkarmıştır[226]. Sektör doğal tekel niteliği göstermekten son derece uzak idi[227] ve doğası gereği rekabete açıktı. Oysa, tatbik edilen, "klasik regülasyon", piyasaya giriş ve fiyatlamanın kontrolü modeline dayanıyordu. Bu yapı, hem yeni firmaların sektörde faaliyette bulunmalarını hem de mevcut şirketlerin fiyat rekabetine girmelerini zorlaştırıyordu. Neticede, fiyatlar, olması gerekenden daha yüksek, pazar payları da yeterince dinamik olmaktan uzak bir seyir izlediğinden, yoğun idari regülasyon ciddi oranda verimsizlik ve israfa yol açmıştı[228]. Bunun yanında, başlangçta regülasyonu meşru kılmak için ortaya konan dayanaklar artık tatmin edici gözükmüyordu. Eski sistem karşısında, savunulan mekanizma "antitröste dayalı deregülasyon" idi[229].

Daha önce de belirtildiği gibi, 1970'lerin ortasında politik hava deregülasyon lehine değişmeye başlamıştı. Ford yönetimiyle başlayıp Carter rejimi ile devam eden süreçte, enflasyon Amerikan ekonomi politikasında başlıca endişe halini almış idi. Regüle edilen endüstriler, tekelci ve oligo-

---

[225] Hardaway, at 132; Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 222.

[226] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 222.

[227] Hardaway'a göre "piyasaya giriş için kuvvetli engellerin olduğu ve endüstriyel yoğunluğun regülasyonun dayanağı olarak gösterilebileceği demiryolu sektörünün aksine, karayolu taşımacılığı gerçek rekabete oldukça yaklaşan bir karakter arz etmekte idi." Hardaway, s. 127.

[228] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 222.

[229] a.y.

polcü durumları nedeniyle, artan ekipman, yakıt ve işçi masraflarını, ilgili regülasyon idaresine başvurup ücretleri artırma izni alarak, üzerlerinden atabiliyorlardı. Bu nedenle, "rekabetin artması" enflasyon sorununun en önemli çözüm vasıtalarından biri olarak görülmekte idi.[230].

Önce Ford daha sonra da Carter Yönetimi tarafından ICC'ye atanan rekabet yanlısı üyeler, Komisyonun tutumunun değişmesini sağladılar. 1970'lerin sonunda, deregülasyona yönelimi gittikçe artan Komisyon bir çok regülasyon uygulamasını gevşetmeye başladı[231].

Bununla birlikte, hem karayolu taşımacılığı sektörü hem de işçi organizasyonları regülasyondan kaynaklanan güvenceleri muhafaza edebilmek için deregülasyona şiddetle karşı çıkmaktaydılar[232]. Karayolu taşımacılığı sektörünün deregülasyonu sayesinde, yükleyicilerin menfaatine yönelik olarak rekabetin artması, tarife ve ücretlerin düşmesi beklenmekteydi. Oysa, söz konusu sektörün regüle edilmesinden asıl olarak fayda sağlayanlar bu sayede yüksek kârlar elde eden nakliye şirketleri ile başka sektörde benzer niteliğe sahip olanlara göre neredeyse iki katı ücret alan işçilerin üye olduğu organizasyonlardı[233]. Bu nedenle, her iki taraf da, doğal olarak, 1980 yılına değin deregülasyona ilişkin yasal düzenleme gayretlerine engel oldular[234].

1980 yılına gelindiğinde, Kongre, sektöre giriş ve tarifeleri liberalize etmek[235] ve böylelikle rekabetçi olmayan yapının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla[236] Karayolu Taşımacılığı Yasasını (Motor Carrier Act[237]) çıkardı. Her ne kadar, Yasa, tam bir deregülasyon getirmemiş olsa da[238], regülasyon kısıtlamalarını esaslı bir şekilde azaltmıştır. Bu duruma

---

230 Thoms, Rollin' On…To a Free Market, s. 70.

231 Thoms, **a.e.**, s. 73-75.

232 Edles, **The Strategy**, s. 63.

233 Thomas G. Moore, "The Beneficiaries of Trucking Deregulation", **21 J.L. & Econ.** 327, 327-343 (1978).

234 Alexis, s. 127.

235 Dempsey, **Transportation**, s. 267.

236 Hardaway, s. 133.

237 Motor Carrier Act of 1980, Pub. L. No. 96-296, 94 Stat. 793 (1980).

238 Hem THOMS hem de HARDAWAY, söz konusu Yasayı "deregülasyon yanlıları ile

paralel olarak, ICC'nin, söz konusu kanun ile getirilmiş hükümleri uygulama yöntemi 1980'lerin ortasında **"virtüel"** bir deregülasyona ulaşılmasını sağlayabilmiştir.[239].

Yeni yasa, piyasaya girişi kolaylaştırmak suretiyle faaliyet ruhsatına sahip taşıyıcıların pazar paylarını muhafaza etmelerini güçleştirmiş, firmalara fiyatlama konusunda esneklik sağlamış ve kollektif tarife belirleme faaliyetine sınırlamalar getirmiştir. Böylelikle karayolu nakliyecileri, rekabetçi ücretlendirme, rekabet hukuku ve mikro-ekonomik teorinin hakim olduğu dünyaya yumuşak bir geçiş yapma olanağına kavuşturulmuştur. Bundan sonra, deregülasyon çabaları 1993 tarihli Müzakere Suretiyle Saptanan Tarifeler Kanunu (Negotiated Rates Act) ile sürdürülmüştür. Kanun, tarifelerin ICC denetimine sunulması zorunluluğundan kaynaklanan problemleri ortadan kaldırmayı amaçlamaktaydı. 1994 tarihli Karayolu Taşımacılığı Endüstrisi Regülasyonu Reform Kanunu (Trucking Industry Regulatory Reform Act[240]) eyaletlerarası karayolu taşımalığına ilişkin rekabetin arttırılmasına ivme kazandırmıştır. Nihayet 1995 yılında yürürlüğe giren ve ICC'nin kaldırılmasına ilişkin olan Yasa, (ICC Termination Act[241]) Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunun varlığına son verdiği gibi, söz konusu idarenin birçok fonksiyonunu deregüle veya ıslah ederek, arta kalan yetkilerini de yeni oluşturulan Karayolu Nakliyat Kuruluna (Surface Transportation Board) ve Ulaştırma Bakanlığına (Department of Transportation) geçirmiştir[242].

Karayolu taşımacılığındaki deregülasyon neticesinde pazardaki rekabet artmaya başladı ve binlerce yeni taşıyıcı firma sektöre giriş yaptı. Fiyatlama daha rekabetçi hale geldiğinden yükleme ücretleri düşmeye başladı ve daha önce alışık olunmayan indirim anlaşmaları sıklıkla yapılır

regülasyon savunucuları arasındaki bir uzlaşma" olarak nitelendirmektedir. Yazarlara göre, Karayolu Taşımacılığı Yasası, regülasyondan kaynaklanan bir çok "suistimali" ortadan kaldıran düzenlemeler içerse de, temel regülasyon düzeneğini genişletmekten geri kalmamıştır. Bkz. Thoms, **Rollin' On…To a Free Market**, s. 75, Hardaway, s. 133.

239 Dempsey, **Transportation**, s. 349-351.

240 The Trucking Industry Reform Act of 1994, Pub. L. 103- 311, Title II, 108 Stat. 1683.

241 The ICC Termination Act of 1995, Pub. L. No. 104-88, 109 Stat. 803.

242 Paul Stephen Dempsey, "The Law of Intermodal Transportation, What It Was, What It Is, What It Should Be", **27 Transp. L. J.** 367, 389 (2000).

hale geldi. Bu da, yükleyiciler adına önemli menfaatlerin sağlanmış olduğu anlamına gelmekte idi.

Başlangıçta, Karayolu Taşımacılığı Kanununa karşı gelen, nakliye şirketleri, zamanla, gevşetilen rejimden hoşnut oldular[243]. Nitekim, birçok çalışma, şirket verimliliğinin arttığını ve yenilikçi (innovative) firmaların ayakta kaldığını göstermektedir[244]. Gerçekte, deregülasyonun getirdiği yararların büyük bir kısmı, yeni işletme modelleri ve teknoloji sayesinde verimliliği ve servis kalitesini arttıran, faaliyeti hizmetten yararlananların tercihlerine daha duyarlı hale getiren "innovasyon"dan kaynaklanmaktadır[245]. Taşıyıcılar yükleniciler ile parça eşyaya ilişkin fiyat-hizmet müzakeresi yapmak suretiyle hatlarını optimize ederek eskiye oranla oldukça yüksek yükleme oranı elde ettiler. Bunun yanında, söz konusu işletmeler, daha verimli girdi kullanımına sahip oldular ve işçi maliyetlerini de düşürme imkânına kavuştular[246].

Her ne kadar, başlangıçta firma iflaslarının oranı artsa da, bu durum aslında pazara giriş yapan müteşebbis sayısının artmasından kaynaklanmıştır. Nitekim, konu ile ilgilenen bilim adamları, rekabetçi bir pazarda başarısız firmaların piyasa dışına itilip, verimli olanların ayakta kalmalarının doğal bir beklenti olması gerektiğini savunmaktadırlar[247].

Deregülasyonun bir başka faydası da, artan rekabetin özellikle sürücü birliklerinin hakimiyetini kırması nedeniyle, bu tür birliklere ait ol-

[243] Edles, **The Strategy**, s. 634.

[244] Bkz. McMullen, B.Starr, Kumiko Okuyama, "Productivity Changes in the U.S. Motor Carrier Industry Following Deregulation: A Malmquist Index Approach, International" **Journal of Transport Economics**, Volume 27, 335-354 (2000); McMullen, B. Starr, Man-Keung Lee "Cost Efficiency in the U.S. Motor Carrier Industry Before and After Deregulation: A Stochastic Frontier Approach," **Journal of Transport Economics and Policy**, Volume 33, No.3: 303-317 (1999).

[245] Steven A. Morrison, Clifford Winston, "Regulatory Reform of Intercity Transportation", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of John R. Meyer** (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds.), Brooking Institution Press, Washington D.C., 1998, s. 479.

[246] Morrison & Winston, Regulatory Reform of, s. 481.

[247] Bkz. McMullen, B.Starr, Walter Miklius, "The Impact of Regulatory Reform on Firm Bankruptcies: The U.S. Motor Carrier Industry", International Journal of Transport Economics, Vol. 14, No. 2, 181-188, June 1987.

mayan işçilerin karayolu taşımacılığı sektöründe daha kolay iş bulabilme imkanına kavuşmalarını sağlaması olmuştur[248].

1980 tarihli yasanın yürürlüğe girmesinden sonra motorlu taşıyıcıların sayısında esaslı bir artış olmuş[249], 1990 yılında ruhsatlı taşıyıcıların toplam sayısı 1980 yılında mevcut olanlara göre oldukça yüksek seviyelere gelmiş ve kırk bini aşmıştı[250]. Deregülasyon öncesinde ICC'den temini son derece zor olan ruhsatların (sağladığı işletme hakkı) değeri yüz binlerce doları bulurken, deregülasyon sonrasında bu rakam neredeyse sıfıra inmiştir[251]. Bu durumun temel sebebi ise ruhsat almanın eskiye nazaran son derece kolaylaşmasıdır[252].

(3) Motorlu Taşıyıcılar Sektöründe Güvenlik Regülasyonu

Deregülasyondan sonra bir takım yazarlar piyasaya yeni giren işletmecilerin güvenlik konusunda duyarsız olacağını ve masrafları azaltmak için gerekli önlemleri almaktan imtina edecekleri endişesini taşımaktaydı[253]. Yasama ve İdare söz konusu endişelere duyarsız kalmayarak emniyet konusunda ek bir takım düzenlemeler getirmiş ve bunlara etkin bir uygulama alanı açmıştır. Kongre tehlikeli maddelerin taşınması konusunda yeni kurallar koyarken, tek tip düzenlenmiş ulusal "ticari şoförler" ehliyeti alınmasını gerekli kılmış, bunun sonuncunda, birçok eyalet sürüş testi standartlarını yükseltmek zorunda kalmıştır[254].

1999 tarihli Karayolu Taşımacılığı Güvenliğini Geliştirme Kanunu[255] (Motor Carrier Safety Improvement Act) uyarınca 2000 yılında,

[248] Thomas Gale Moore, "Unfinished Business in Motor Carrier Deregulation, Regulation Magazine", Vol. 14, No. 3, Summer, 1991.

[249] Barnekov, s. 3.

[250] Moore, **Unfinished**, s. 236.

[251] a.y.

[252] a.y.

[253] Ian Savage, "The Economics of Commercial Transportation Safety", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of John R. Meyer** (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds), Brooking Institution Press, Washington D.C., 1998, s. 550.

[254] a.y.

[255] Motor Carrier Safety Improvement Act of 1999, Pub. L. No. 106-159, 113 Stat. 1748 (1999).

Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde "Federal Karayolu Taşımacılığı Güvenliği İdaresi" ("Federal Motor Carrier Safety Administration") ("FMCSA") kuruldu. Daha önce Federal Otoyol İdaresinin bir parçası olan Karayolu Taşımacılığı Güvenliği İdaresinin başlıca görevi ticari motorlu taşıtlara ilişkin ölüm ve yaralanma olaylarını önlemektir[256]. FMCSA, motorlu taşıyıcıların (otobüs ve tır şirketleri) sektör verimliğini göz ardı etmeden, güvenliklerini sağlamaya yönelik, bilgiye dayalı düzenlemeleri geliştirme ve yürütme faaliyetini gerçekleştirmektedir. Bunun yanında, söz konusu idare, güvenliğe ilişkin düzenlemeleri yürütürken riskli taşımaları kontrol altına alabilmek amacıyla güvenlik bilgilenme sistemleri uygulamaktadır[257]. Bu bağlamda büyük kamyonların ve ticari otobüslerin seyrüsefer ve bakımlarına ilişkin düzenlemeler de aynı idare tarafından yürütülmektedir. Her eyalette görevlileri bulunan FMCSA motorlu taşıyıcıları denetlemek, Ticari Şoförler Lisanlaması (Commecial Drivers Licensing) programını yürütmek ve çeşitli güvenlik programlarını yürüten eyaletlere yardımcı olmak amacıyla verilen izinleri tetkik etme yetkisine sahiptir[258].

FMCSA kaza sayısını azaltmak amacıyla Ulusal Otoyol Emniyeti İdaresi ve Federal Otoyol İdaresi ile koordinasyon içerisinde çalışmaktadır.

Karayolu taşımacılığında emniyetin son 25 yılda gelişme gösterdiği gözlemlenmektedir. Güvenlik regülasyonları ve belirtilen dönemde uygulanan programların bu olumlu manzaraya katkısı yüksektir. FMCSA'ya göre emniyet tedbirlerine ilişkin çalışmalar doğru yönde ilerlemektedir. Söz konusu idarenin 2004 tarihli Büyük Kamyon Kazaları Raporunda 24 yıl içinde hem ölümle sonuçlanan hem de yaralanma ve maddi hasarla neticelenen kaza oranı oldukça düşmüştür[259].

---

[256] Bkz. http://www.fmcsa.dot.gov/about/what-we-do/mission/mission.htm

[257] Bkz. http://www.fmcsa.dot.gov/about/what-we-do/strategy/strategy.htm

[258] Bkz. http://www.fmcsa.dot.gov/about/what-we-do

[259] http://ai.volpe.dot.gov/CarrierResearchResults/HTML/2004Crashfacts/2004LargeTruckCrashFacts.htm

2. Telekomunikasyon-Telefon Sektörü- (Telecommunications)

a. Regülasyon Dönemi

Telekomünikasyon Amerikan ekonomisinde geleneksel olarak regüle edilen sektörlerden biridir. Yirminci yüzyılın başında ihdas edilen regülasyon sektörün çeşitli kısımlarında devam etmektedir. Elli yıldan daha fazla bir süre için Amerikan telekomünikasyon sektörü *AT&T* şirketi tarafından yönlendirilen, regüle edilmiş özel bir monopoldü[260]. Bu dönemin büyük bir bölümünde "Federal Komünikasyon Komisyonu" ("Federal Communications Commission") ("FCC") ile eyaletlerdeki "Public Utility Komisyonları" ("Public Utility Commissions") ("PUCs") telefon hizmetinin nisbi fiyatlarını ve sektöre girişi kontrol altında tutmuştur[261].

Telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon ekipmanı pazarı Alexander Graham Bell'in telefonu icat etmesinden bu yana rekabetin çeşitli aşamalarından geçmiştir[262]. 1877 yılında ticari telefon hizmeti başladığında, Bell, zorunlu (esaslı) patentleri elde etmişti.1894'te, Bell'in patent süresinin dolması beraberinde yoğun bir rekabeti getirmişse de, bir müddet sonra, Bell'in bağımsız telefon şirketlerini satın alıp konsolide etmesi neticesinde yasal olarak regüle edilmiş bir monopol ortaya çıkmıştır[263]. Bu konsolidasyon ve genişleme sürecinden sonra, 1920'den itibaren, "bir politika, bir sistem ve evrensel servis" sloganıyla tanınan Theodore Vail yönetiminde sektördeki telefon hisselerinin büyük çoğunluğuna sahip olan Bell şirketi *AT&T*, telefon hizmetini doğal tekel

---

[260] Robert W. Crandall, Jerry A. Hausman, "Competition in U.S. Telecommunications Services: Effects of the 1996 Legislation", in **Deregulation of Network Industries: What's Next?** (Sam Peltzman, Jim Clifford eds.), Washington D.C., Brookings Institutions Press, 2000, s. 73.

[261] Scott Walsten, "Telecommunications Regulation in United States: Its Rise and Impacts in the Early Twentieth Century", Working Paper 06-04, March 2006, **AEI-Brookings Center for Regulatory Studies**, 1-2 (2006) http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1250.

[262] Bkz. Benjamin et al., s. 603-751.

[263] Walsten, s. 3.

olarak sürdürmüştür[264]. Gerçekte, Federal Komünikasyon Komisyonunu kurarak telefon hizmetinin regülasyonunu tesis eden 1934 tarihli Komünikasyon Yasası (Communications Act), bu duruma göre dizayn edilmiş idi[265]. Nitekim, Alfred KAHN, yerel (local) telefon hizmeti sunmanın doğal tekel olduğunun genel olarak kabul gördüğünü belirtmektedir[266]. KAHN'ı doğrular biçimde BREYER de yerel telefon hizmetinin genelde doğal tekel olarak görüldüğünü vurgulamaktadır[267].

Aslında, Bell'in iddiası, doğal tekel kriterleri teşkil etmek bakımından, herkes tarafından olmasa da, genel bir oranda kabul görmekteydi[268]. Bir kere, tüm ülkeyi kapsayan bir telefon tekeli, her yeni kullanıcının, mevcut kullanıcıların daha çok olduğu servisi tercih etmesine dayanan ağ dışsallıkları (network externalities) nedeniyle arzu edilmekte idi[269]. Telefon hizmetinin doğal tekel olarak kabul edilmesine yarayan dayanakların başında ölçek ekonomileri geliyor idi. Bu klasik teori uyarınca, telefon hizmeti sunmak için bir firmanın esaslı bir yatırım yapması gerekirken bu yatırım bir kere yapıldığında, her yeni eklenen kullanıcının marjinal maliyeti neredeyse sıfıra yaklaşmaktadır. Bu bağlamda, her yeni firmanın mevcutlara ek olarak kendi alt yapısını kurması yerine tek bir firmanın yerel ağı sağlayabilmesi sayesinde ölçek ekonomilerine ulaşılabilmektedir[270]. Şu halde altyapı tesislerinin, özellikle de ağ sistemi için gerekli sabit masrafların duplikasyonu, ölçek ekonomileri sebebiyle yerel telefon

---

[264] Robert B. Horwitz, **The Irony Of Regulatory Reform: The Deregulation Of American Telecommunications**, Oxford University Press, 1989, s. 99.

[265] 1934 tarihli Yasa, telefon işletmelerinin ücret tarifelerini, sınıflandırmalarını ve bu konudaki standart ve uygulamalarını belirlemelerini zorunlu kılmıştır. Yasa, bunun yanında, ücret tarifelerindeki değişiklikleri önceden haberdar etme yükümlülüğü getirdiği gibi telefon işletmelerinin yalnızca yayınladıkları tarifeler ile uyumlu ücretler talep edebilecekleri esasını getirmiştir. Bkz. 47 U.S.C. § 203(a).

[266] Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 127.

[267] Breyer, **Regulation and Its Reform**, s. 291.

[268] Benjamin et al., s. 615.

[269] a.y.

[270] Yerel ağ, şebekenin aboneleri ana yerel santrale bağlayan parçasıdır. Telefon sisteminin son kullanıcılara erişim noktası olarak kabul edilen bu parça her zaman ayrı bir öneme sahip olmuş ve bir çok kişi tarafından doğal tekel olarak kabul edilmiştir.

sisteminin regülasyonunu gündeme getirmektedir[271]. Telefon hizmetinin regülasyonu teorisi yalnızca tek bir sunucunun hizmet vermesinin piyasada verimliliği sağlamakla kalmayacağını[272] aynı zamanda rekabete izin verilmesi durumunda sonuçta sadece bir hizmet sağlayıcının ayakta kalacağı iddiasını içinde barındırmaktadır. Bu bakış açısına göre telefon regülasyonu verimliliği sağlamasının[273] yanında meşru bir dayanağa da sahiptir[274].

Telefon hizmetinin doğal tekel özelliği yalnızca ağ dışsallıkları ve geleneksel doğal tekel dayanakları ile değil, aynı zamanda kapsam ekonomisi (economies of scope) kavramı ile de desteklenmektedir[275]. Şayet belirli bir miktardaki iki veya daha fazla çeşitteki malın her biri, tek bir firma tarafından farklı firmaların üretebileceğinden daha ucuza mal edilebiliyorsa, bu durum, kapsam ekonomilerinin varlığına işaret eder[276]. Bu nedenle, telefon trafiğinin ağın bir bölümünden diğer bölümüne geçmesinden ötürü, aynı firmanın hem yerel hem de uzun mesafe telefon piyasasında hizmet vermesinin, toplam maliyeti azaltacağı iddiası ileri sürülmektedir. Bu varsayımdan ötürü, söz konusu sistemde mevcut olabilecek bütün verimliliği realize edebilmek için, belirli bir yörede tek bir ağın olmasının yanında, bu ağların hepsinin tek bir ulusal firma tarafından işletiliyor olması da gereklidir[277].

Bunun yanında, benzer nitelikli argümanların dayandığı bir başka nokta ise çapraz sübvansiyon idi. Entegre olmuş bir telefon hizmeti sağlayıcısı olduğu sürece, belirli bir hizmetten alınan fiyatların o hizmete ilişkin maliyetleri aynen yansıtması zorunlu değildir[278]. Bu bakımdan te-

---

[271] Richard D. Cudahy, "The Folklore of Deregulation", **Yale J. on Reg.** 427, 429 (1998).

[272] Viscusi et.al, s. 534-535.

[273] Rekabetten yoksun bir ortamda AT&T "kendi iddiasına göre" müşterilerinden yalnızca ödeyebileceklerini düşündüğü miktarı ücret olarak talep edebiliyordu. Bunun yanında, AT&T'ye göre rekabet, Bell Sisteminin nadir ve kıymetli başarısı olarak tarif ettiği "güvenilir hizmet"i de sekteye uğratabilirdi. Bkz. Cudahy, The Folklore of Deregulation, s. 429.

[274] Viscusi et.al, s. 537.

[275] Benjamin et al., s. 617.

[276] **a.e.**, s. 617-618; Viscusi et.al., s. 532.

[277] Benjamin et al., s. 618.

[278] Viscusi et.al., s. 531.

lefon regülasyonunun ilk zamanlarında üç tip çapraz sübvansiyon politik bakımdan destek görmekteydi. Birincisi, ticari işletmelere yapılan servis, evlere yapılan servisi sübvanse edebilirdi[279]. İkincisi, kent alanlarına yapılan servis kırsal alanlara verilen hizmeti destekleyebilirdi. Ve nihayet uzak mesafe ücretleri yerel telefon servisinin maliyetini sübvanse edebilirdi. Bu üç çapraz sübvansiyon modeli, sonuçta, özellikle politik bağlamda, "evrensel hizmet" başlığı altında anılmaya başlanmıştır. Söz konusu modeller doğal tekel dayanakları ile birlikte piyasanın idare tarafından regüle edilmesinin ve Bell'in hakimiyetinde bulunmasının temel gerekçelerini oluşturmakta idi[280].

1930'lardan 1980'lere kadar, *AT&T* Amerika Birleşik Devlerindeki telekomünikasyon sektörünü tek başına yönlendirmiştir[281]. Şirket yerel erişim hatlarının hemen hepsine, uzun mesafe telefon gelirlerinin de önemli bir kısmına sahipti. Bunun yanında, ekipman olarak da neredeyse tamamen kendi bünyesinde yer alan *Western Electric* ürünlerini kullanmakta idi. 20. yüzyılın telefona ilişkin en önemli icatları Bell laboratuarlarında yapılmıştır. 1970'lere gelindiğinde, Amerikan ailelerinin %90'ından fazlasının telefon sahibi olduğu bir ortamda "evrensel hizmet" sağlayan Bell, servis kalitesini de geliştirmeye devam etmekte idi[282].

b. Deregülasyon Süreci

Amerikan telekomünikasyon piyasasının regülasyonu her zaman eyaletler, FCC ve Yargı arasında önemli etkileşimler meydana getirmiştir[283]. 1970'lerin ortalarında rekabet hareketleri ivmelenirken FCC, gönülsüz de olsa[284], *"Microwave Communications"* şirketine FCC lisansı olmadan anahtarlamalı eyaletlerarası servis sunma izni verdi[285]. Bunun sebebi, Federal Yargı sisteminde, FCC'nin böyle bir iznin neden verileme-

[279] Benjamin et al., s. 617.

[280] **a.e.**, s. 618.

[281] Crandall & Hausman, s. 73.

[282] Bkz. Benjamin et al. s. 616-620.

[283] Wallsten, s. 3.

[284] Kahn, **The Theory**, s. 180.

[285] Crandall & Hausman, s. 73.

yeceği sorusuna yanıt vermekte zorlanmasıydı[286]. Microwave'in sektöre girişine denk düşen dönemde, yeni teknoloji, uzak mesafe müşterilerini kendi sistemlerini oluşturarak *AT&T*'yi devre dışı bırakmaları yönünde cesaretlendiriyordu[287]. Bu gelişmeler regülatörleri herhangi bir yapısal değişikliğe gitmeksizin, *AT&T*'nin ücretlerini belirli bir orana kadar düşürmesine izin vermeye itti[288].

Bu dönemdeki en önemli antitröst davalarından biri olan *United States v. AT&T*[289], Bell sisteminin mutlak monarşisinin sona erdirilmesine yönelik "ilk adım"ı teşkil etmesi bakımından oldukça önemlidir. 1974'te açtığı antitröst davasında Devlet şu hususlardan şikâyetçi olmuştu[290]:

a) "AT&T'nin Western Electric ile diğer firmaların ekipmanlarının kabul edilmemesine dayanan mutlak ilişkisi yasal değildir

b) AT&T uzak mesafe hizmet piyasasını tekelleştirmiştir.

c) AT&T, diğer rekabetçi firmalar ve müşterilerin binalarında yer alan ekipman ile bağlanmayı reddetmektedir ve bu nedenle anlaşmayı reddetmekten dolayı sorumludur.

d) AT&T rakiplerinin maliyetlerinin yükselmesine neden olan çeşitli ayırımcı muamelerde bulunmuştur.

e) AT&T regülasyon sürecini istismar etmiş ve regülasyondan sorumlu olanlara gereği gibi bilgilendirme yapmamıştır.

f) A&T rakiplerini yok etmek için yıkıcı fiyat uygulamalarını da ihtiva eden fiyat ayarlamaları yapmıştır."

---

[286] Bkz. MCI Telecommunications Corp. v. FCC, 561 F.2d 365 (D.C. Cir.1977), cert. denied, 434 U.S. 1040; MCI Telecommunications Corp. v. FCC, 580 F.2d 590 (D.C. Cir. 1978), cert.denied, 439 U.S.980 (1978).

[287] Breyer, **Antitrust**, s. 1021.

[288] a.y.

[289] United States v. American Telephone & Telgraph Co., 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), aff'd, 460 U.S. 1001 (1983).

[290] Bkz. United States v. American Telephone & Telegraph Co., 552 F. Supp., s.160-196.

1984'te "Tadil Edilmiş Nihai Karar" ("Modified Final Judgment") (MFJ) ile sonuçlandırılan dava neticesinde, *AT&T* uzak mesafe ağını muhafaza edebilmiş, ancak yedi yerel operasyon şirketi (Regional Bell Operating Companies) kendisinden kopmak zorunda kalmıştır[291]. Söz konusu şirketlerin her biri, karardan önce *AT&T*'nin bir parçasını teşkil eden bir demet yerel telefon şirketini bünyesinde barındırmakta idi[292]. Bell'den ayrılan yerel operasyon şirketleri, faaliyette bulundukları bölgede, mutlak bir imtiyaz karşılığında regülasyona tabi tekeller olarak kalmaya devam etmelerine rağmen uzak mesafe telefon hizmeti vermekten, telefon ekipmanı üretmekten ve "bilgilendirme hizmeti (information service)" sunmaktan yasaklandılar[293].

Böyle bir yasaklamanın temel gerekçesi yerel tekele sahip firmaların, uzak mesafe piyasasındaki bağlı ortaklıklarının rakibi durumunda olan firmalara "dikey fiyat sıkıştırması" ve ayrımcılık yapmasını engellemek idi[294]. *AT&T*'nin tasfiyesini izleyen yıllarda, yerel piyasa doğal tekel olarak kalmaya devam etse de, uzak mesafe bakımından rekabetin mümkün olduğu görüldü[295]. Dava sonucunda ortaya çıkan kararın tüketicilere sağladığı asıl yarar, doğal tekelden verimli bir rekabetçi piyasaya dönüşen uzak mesafe hizmetinden gelmiştir[296].

Kararın ardından, sözü edilen operasyon şirketleri yasal düzenlemeler yoluyla getirilecek bir çözüm arayışına girdiler. Sonuçta, Kongre 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasasını (Telecommunications Act[297]) çıkartmak suretiyle bu şirketlerin başvurularına cevap vermiş olsa da söz

[291] Crandall & Hausman, s. 76-77.

[292] Viscusi et.al., s. 540.

[293] Thomas W. Hazlet, "Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act", **AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies**, Working Paper 99-8, September 1999, 33-34 (1999) Bkz.http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=66

[294] **a.e.**, s. 34.

[295] "Kararın amacı, AT&T'nin rekabeti sürdürebilen pazarlarda faaliyet gösteren iştirakleri ile yalnızca bir firmanın verimli olabileceği pazarlardaki şirketlerini ayırmak suretiyle rekabeti teşvik etmekti. Bkz. Stephen G.Breyer, "Economists and Economic Regulation", **47 U. Pitt. L. Rev.** 205, 214 (1985-1986).

[296] Kahn, "Reforming the FCC", s. 51.

[297] Pub. L. No. 104-104, 110 Stat 56.

konusu yasa aynı zamanda yerel ve eyaletlerarası piyasaya girişi liberalize eden hükümler ihtiva etmekteydi.

(1) 1996 Tarihli Telekomünikasyon Yasası

1990'lar teknolojinin artan gelişimine ve telefon hizmetindeki karmaşık regülasyon yapısının ortadan kaldırılmasına yönelik yoğun politik baskılara tanıklık etti. Hem yatırımcılar hem de tüketiciler rekabetçi bir piyasa talep etmekteydiler. Bu taleplerine cevap, 1996 yılında yürürlüğe konulan Telekomünikasyon Yasası ile geldi[298].

Supreme Court Yargıcı BREYER'in belirttiği gibi Yasa, aslında "rekabeti arzulayan bir deregülasyon düzenlemesi" idi[299]. Söz konusu düzenlemenin temel amacı *"Amerikalı telekomünikasyon abonelerine daha düşük fiyatlı ve daha kaliteli hizmet sunabilmek için rekabeti teşvik ederek regülasyonu azaltmak ve yeni telekomünikasyon teknolojilerinin yayılmasını desteklemek[300] "* idi.

Her ne kadar "deregülasyon" amacı taşımakta idiyse de, Yasa'nın rekabete yönelik düzenlemeleri ile regülasyonun yerine "tamamen" piyasanın kendi kurallarının geçmesine izin verdiği söylenemez. Aslında, Yasa, regülasyona dayalı bir piyasadan rekabete dayalı piyasaya "sorunsuz" bir geçiş sağlamak amacıyla, FCC tarafından yürütülen bir çok regülasyon muamelesi öngörmekte idi. Yasa, FCC'ye, regüle edilen bir telefon sektöründen telekomünikasyon hizmetlerine yönelik "gerçek anlamda rekabetçi" bir piyasaya geçişi idare edecek temel kuralları ihdas edebilmek

---

[298] Benjamin et al., s. 715.

[299] Verizon Communications Inc. v. FCC, 535 U.S. 467, 543 (2002) (Breyer, J, dissenting [ayrışık oy])

[300] Preamble, 110 Stat. 56; Ayrıca Bkz. AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board, 525 U.S. 366, 371-372 (1999); 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası Konferans Raporu (Telecommunications Act of 1996 Conference Report), Yasanın amacınının "özel sektörün, Amerikan toplumuna gelişmiş teknolojide telekomünikasyon-enformasyon hizmeti sunabilmesini sağlamak için bütün telekomünikasyon pazarlarını rekabete açma yolunda "rekabet yanlısı, deregülasyona dayalı bir ulusal politika çerçevesi oluşturmak" olduğunu vurgulamıştır. Telecommunications Act of 1996 Conference Report, 104th Congress 2nd Session, Report 104-458 (Jan. 31, 1996).

için geniş yetkiler vermişti[301]. Bunun yanında, yeni düzenleme, evrensel hizmeti tanımlamak ve elverişli kılmak bakımından oldukça kapsamlı bir regülasyon süreci öngörmüştür.

1996 tarihli Yasa rekabetçi bir ortam yaratabilmek için; "arabağlantı" ("interconnection"); "ayrıştırma" ("unbundling"); ve ayırım gözetmeme ("non discrimination") gibi koşullar içermekteydi[302]. Ayrıca, Yasa, **a)** ayrıştırılmış ağ parçalarının (elementlerinin) maliyeti karşılığında kiralanmasını mecbur tutmak; **b)** Yerleşik Yerel Şebeke Operatörleri (Incumbent Local Exchange Carriers) (ILECs) tarafından verilmekte olan her türlü hizmetin toptan tedarikini zorunlu hale getirmek ve; **c)** numara taşınabilirliğini mümkün kılmak suretiyle yerleşik operatörlerin sahip oldukları ayrıcalıkların bir kısmını ortadan kaldırmıştır. Yasa, uzak mesafede rekabeti muhafaza edebilmek için, geleneksel nedenlerden ötürü veya diğer sebeplerle yerel telefon hizmetinden kaynaklanan tekel gücünün diğer piyasalara sirayet etmemesini güvence altına almayı hedeflemiştir. Nihayet, 1996 tarihli Yasa, rekabet için ülke çapında standartlar getirmek suretiyle eyaletlerin bu alandaki bazı yetkilerini kısıtlama amacını taşımaktadır.

Yasa, yerel şirketlerin esaslı girdilerini gelecekte ortaya çıkması beklenen rakipleri ile paylaşmalarını temin edebilmek için regülasyona, sözleşmelere ve antitröst kurallarına dayanan, aynı zamanda *AT&T*'ye ilişkin "Tadil Edilmiş Nihai Karar"da kabul edilenden de oldukça farklı bir rota belirlemiştir. Yeni düzenlemeler, yerleşik telefon şirketlerinin ağlarını farklı araç ve parçalara ayrıştırmalarını ve bu ayrıştırılmış ağ parçalarını (unbundled network elements "UNEs") gelecekteki rakiplerine maliyet artı "makul" bir kar karşılığında kiralamayı teklif etmeyi zorunlu tutmuştur[303]. FCC, yerleşik operatörlere, ayrı müstakil parçalarının yanında, yerel telefon servisinin sunulması için gerekli olan ve "ayrıştırılmış ağ platformu" olarak nitelenen bütün ağ parçaları takımını kiralamalarını da zorunlu tutmuştur. Ağ parçaları platformunun kiralanması aslında

---

[301] Stephen H. Klitzmann, "Federal Communications Commission", in Gary J. Edles, Jerome Nelson, **Federal Regulatory Process: Agency Practices and Procedures** (1997 Supp), Aspen Law & Business, 694 (2nd ed. 1989); Ayrıca Bkz. Roger Noll, **The Economics and Politics of the Slowdown In Regulatory Reform**, The AEI Press, 1999, s. 11.

[302] Crandall & Hausmann, s. 80-85

[303] Bkz. Crandall and Hausman, s. 81.

yerleşik operatörün servisinin tamamının toptan satış indirimi ile satın alınması anlamına gelmekte idi[304].

"Maliyet artı makul kâr" kriterini yorumlayan FCC, eyalet komisyonları tarafından belirlenen fiyat tarifelerinin, uzun-dönem artan maliyetleri (long-run incremental costs) esas alan, "ileriye dönük" bir hesaplama yöntemi ile belirlenmesi kuralını getirmiştir. Bu kurala göre ortaya çıkan formül ise "Toplam Element Uzun Dönem Artan Maliyet". ("Total Element Long Run Incremantal Costs") ("TELRIC") olarak isimlendirilmiştir. Bu tür fiyatlama yöntemi yerleşik firmanın geçmişte yaptığı masrafları değil, regülasyon görevlilerinin varsayımsal bir şirketin en verimli şebekeyi kurmak için günümüzde yapması gereken masrafları göz önüne almalarına dayanmaktadır.[305] TELRIC fiyatlarını hesaplamaya yönelik kural ve muameleler önemli uyuşmazlıklara yol açarak bu konuda birçok dava açılmasına ve bunlardan bir tanesinin de Supreme Court kararına konu olmasına neden olmuştur. Bu karar sonucunda, Mahkeme, FCC'nin öngördüğü kuralların bir kısmını iptal etmiştir[306].

Söz konusu kararda, Supreme Court, özellikle, her şebeke elementinin rakip firmalara sağlanmasına ilişkin geniş kapsamlı yükümlülüğü sorgulamıştır. Bununla birlikte, Supreme Court, FCC'nin söz konusu ağ parçalarının fiyatlandırılmasında "maliyet standardı" koyulmasına ilişkin yetkinin hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir[307]. Her ne kadar bu davada FCC'nin hesaplama yöntemi karara konu edilmemişse de, üç yıl sonra, Supreme Court, "ileriye dönük maliyet"e yönelik metodun 1996 tarihli Telekomünikasyon Yasasına aykırı olmadığına karar vererek FCC'nin TELRIC yaklaşımına müsaade etmiştir[308]. Bu hükümde, Yargıç BREYER'in, kararın bir kısmına katılmadığı karşı oydaki gerekçesi önem taşımaktadır. BREYER, TELRIC'in, kabul edilen ekonomik teori bakımından, Yasa'nın gerçek bir rekabeti temin etme amacına destek

---

[304] **a.e.**, s. 82.

[305] Alfred E. Kahn, **Whom The Gods Would Destroy, or How Not to Deregulate**, The AEI Press, 2001, s. 4.

[306] AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board, 525 U.S. 366 (1999).

[307] 525 U.S. 366, 397 (1999).

[308] Verizon Communications Inc. v. FCC, 535 U.S. 467 (2002).

vermediğini belirterek, tam rekabetin sağlanması varsayımına dayanıyor gözükse de, ağ parçalarının kiralarına ilişkin tarifelerin belirlenmesi suretiyle aslında rekabete zarar verdiğini öne sürmektedir:

> *"Komisyonun öngördüğü sistem nedeniyle piyasaya yeni girenler gerekli tesisatı kendileri kurmak ya da satın almak yerine ekonomik olmayan biçimde yerleşik operatörünkileri paylaşma yoluna gidecektir. İkincisi, Komisyonun koyduğu kurallar uyarınca hangi saik yerleşik operatörü ekipmanlarını yenilemeye (yeni ekipmanlar icat etmeye) veya yeni bir ekipman için yatırım yapmaya yöneltecektir? Kurallar, yerleşik operatörü başarı elde edilmeyen yatırımlarının büyük bölümünün masraflarına katlanmakta yalnız bırakırken, başarılı bir icadının maliyet düşürücü getirilerini rakipleriyle paylaşmasını beklemektedir. O halde, (bu operatörler) hareketsiz kalmak varken neden yatırım yapsınlar?*[309]*"*

Yargıç BREYER'le aynı endişeyi taşıyan yazarlar, TELRIC metodunun gerçekçi olmayan varsayımlara dayalı olması nedeniyle hatalı olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiayı öne sürenlere göre; gerçekçi olmayan varsayımlar sonucunda ortaya çıkan tarifelerin yerleşik yerel şebeke operatörlerinin gerçek maliyetlerinin çok altında olması sebebiyle ne Yerel Yerleşik Operatörler[310] (ILECs), ne de piyasaya yeni giren ve "Rekabetçi Yerel Şebeke Operatörleri (Competetive Local Exchange Carriers) (CLECs)" olarak adlandırılan rakipleri[311] yeni ekipman için yatırım yap-

---

[309] Verizon Communications Inc. v. FCC, s. 550-552 (Yargıç Breyer'in muhalefet şerhi).

[310] İleriye dönük maliyet" hesaplama yöntemi, isabetli bir şekilde yürütülebilse bile, şebeke yatırımının "gömülü ve geri alınamayan maliyetlerini hesaba katmamakta, maliyetin altında olan ayrıştırılmış elementlere yönelik fiyatlar oluşturmaktadır. Yerel operatörler, ileride, tesis ve araçlarını gömülmüş masraflarını yansıtmayan fiyatlardan kiralamak zorunda kalma ihtimali ile karşı karşıya olduklarından, yatırım yapma arzuları oldukça azalmaktadır. Bkz. Jerry Hausman, "The Effect of Sunk Costs in Telecommunications Regulation", in **Real Options: The New Investment Theory and its Implications for Telecommunications Economics**, (James Alleman, Eli Noam eds.), Kluwer Academic Publishers, 1999, s. 191-204.

[311] "Ayrıştırılmış Ağ Elementleri için öngörülen çok ucuz Toplam Element Uzun Dönem Artan Maliyet (TELRIC) ücretleri kendi ekipmanlarını inşa etmeye dayalı yerel rekabeti (facilities based local competition) ister istemez baltalamakta idi. FCC yerel yerleşik op-

maya yöneliyordu. Bu suretle 1996 tarihli Yasa'nın ayrıştırma ve kiralamaya ilişkin benzeri görülmemiş yapısı, bir yönüyle rekabeti teşvik ederken diğer yönüyle onu zayıflatma tehlikesini de beraberinde taşıyordu[312].

FCC, TELRIC fiyatlama yöntemine ilişkin bu tür eleştirilerin artmaya başlamasıyla, dengeleyici bir yaklaşım bulmaya yöneldi. Komisyon, 2003 Kasımında, ayrıştırılmış ağ parçalarının ileriye dönük ekonomik maliyetlerini hesaplama yönteminde tasarladığı çeşitli değişikliklere ilişkin bir "Düzenleyici İşlem Tasarısı İlanı" ("Notice of Proposed Rulemaking")[313] ("NPRM") yayınladı.

1996 tarihli Yasa, Bell şirketleri bakımından iki parçalı, "sopa-havuç yöntemi[314]"ne dayalı bir strateji öngörmüştü: **a)** yukarıda belirttiğimiz yasal yükümlülükler= "sopa", **b)** bunun karşılığında uzak mesafe telefon hizmeti pazarına giriş izni= "havuç[315]". Bu öngörüye göre Bell şirketleri, yerel telefon hizmetinin sağlanmasında yeni firmalara eşit imkân sağlamayı teklif etmek zorundaydılar[316]. Söz konusu şirketler, bu imkânı elde ettiklerinde, Bell şirketlerinin her birine uzak mesafe pazarına giriş izni verilecekti. Şu halde, Yasa, yerel ve uzak mesafe şirketlerinin birbirlerinin piyasasına girip, uygun fiyatlarla her iki servis türü için ayrıştırılmış teklifler de içeren yeni ve geliştirilmiş servis sunacaklarını tasarlamıştır. Yasa, Yerel Bell Operasyon Şirketlerine uzak mesafe pazarına girebilmek için belirli bir takım yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlüklerin en önemlileri, şirketin yerel pazarını rekabete açtığına dair sertifikaya sahip olması ve bunun yanında, FCC ve Adalet Bakanlığından, yükümlülükler listesindeki şartların yerine getirildiğini gösteren bir başka sertifika alması idi.

eratörlere (ILECs) mevcut ekipmanlarını (kendi ekipmanlarını baştan sona tesis eden en etkin rekabetçi firmanın sağlayabileceği varsayımsal ücret karşılığında) kullanımına hazır tutma yükümlülüğü getirmişken, rekabetçi yerel şebeke operatörleri (CLECs) neden kendi ekipmanlarını kurma riskisini almış olsunlar?" Kahn, **Lessons From**, s. 26.

312 Bkz. Kahn, **Whom**, s. 3-16: Alfred E. Kahn, "Regulatory Politics as Usual", **AEI-Brookings Joint Center Policy Matters 03-03**, March 2003, http://aei-brookings.org/policy/page.php?id=127; Crandall & Hausman, s. 86-88; Crandall, An End to Economic Regulation, s. 180-181.

313 NPRM, 18 FCC Rcd. 18,945 (2003).

314 İyi davranışı ödüllendirme, kötü davranışı cezalandırma yöntemine verilen ad.

315 Crandall & Hausman, s. 81.

316 Kahn, **Lessons From**, s. 25.

Bu yükümlülükler aslında Yasanın "dengeleme" yaklaşımını gözler önüne sermektedir. Getirilen kurallar bir yandan Yerel Bell Operasyon Şirketlerinin yeni alanlara girmesine izin vermek suretiyle rekabetin sağladığı faydaları elde etmeyi amaçlarken, diğer taraftan da bu operatörlerin söz konusu alanlara girişinin rekabeti zedeleyici tutum ve davranışlara neden olmaması için sıkı bir regülasyon denetimine yaslanmaktadır. Diğer bir ifade ile yeni yasal düzenleme, hem yeni bir atılım hem de bir dizi önlem paketi öngörmüştür.

Telekomünikasyon regülasyonundan sorumlu olanların, on yıldan daha uzun bir süre boyunca, "maliyete dayalı" ("cost based") regülasyon yerine "tavan fiyat" ("price cap") regülasyonun tatbik etmesinin ardından, piyasalar yarışmaya müsait bir hale gelince, regülasyon esaslı bir şekilde hafifletildi ya da belirli oranda ortadan kaldırıldı. Yukarıda da vurgulandığı üzere, teknolojik gelişmenin, regüle edilmiş tekel ve tahrif edilmiş ücret yapısının en büyük düşmanı olduğu kanıtlanmıştır[317]. Hızlı teknolojik gelişim geleneksel telekomünikasyon servislerinin ücretlerini dramatik bir biçimde düşürmüş ve birçok servisi makul bir ücretle elde edilebilir hale getirmiştir[318]. Zaman içinde oldukça değişen ekonomik koşullar yerel şirketlerin tekelini zayıflatmış ve bu da daha önceleri regülasyona muhtaç olan bir piyasayı ona ihtiyaç duymayan bir hale getirmiştir. Bu sonuç teknolojik rekabet tam olarak etkili olduğu zaman "kamu yararı ve kamusal gereklilik" ("public convenience and necessity") politikası güden regülasyon idarelerini piyasayı rekabete ve antitröst kurallarına bırakmaya itmektedir[319].

Teknoloji hızla değiştiğinde piyasaya girişi sınırlamak son derece zor olabilmektedir. Bu bağlamda, telekomünikasyon sektörü teknolojinin değişiminin yeteri kadar hızlı olduğu hallerde deregülasyonun kaçınılmaz olduğunu göstermiştir[320].

---

317 Kahn, **Lessons From**, s. 22.

318 **a.e.**, s. 22.

319 Kahn, Reforming the FCC, s. 45.

320 Benjamin et al., s. 373.

Mikrodalga devrimi regülasyon politikasını etkileyen teknolojik gelişimin ilk örneğidir[321]. Söz konusu gelişim FCC'yi regüle edilmemiş müşterek uzak-mesafe mikrodalga iletimine izin vermek zorunda bırakmıştır. Bunun ardından "fiber optiklerin" devreye girmesi, çarpıtılmış ücret yapısından etkilenen metropolitan alanlarda "direkt tesisat esaslı rekabet"e müsaade edilmesine neden olmuştur. Bundan kısa bir süre sonra ise, günümüzde artık abone sayısı sabit-hatlı servislerden daha yüksek olan "mobil telefon" ortaya çıkmıştır. Bunun yanında, "genişbant", ("broadband"), kablolu, kablosuz ve devre çevirmeli telefon ile yerel ve uzak mesafe, ses ve veri, telekomünikasyon ve "bilgilendirme servisi[322]" arasındaki ayırımı kesmiştir[323]. Bugün, genişbant kablosuz ve elektik santral hatları, kablolu hatlara alternatif olarak bir çok servisi sağlayabilmektedir[324]. Nihayet, herhangi bir paylaşım yükümlülüğüne tabi olmayan "İnternet Üzerinden Sesli İletişim" (Voice-Over Internet Protocol) (VOIP) hem uzak mesafe hem de yerel telefon servislerini tehdit eden önemli bir rakip olarak ortaya çıkmıştır[325].

(2) Telekomünikasyon Deregülasyonunun Sonuçları

AT&T'nin tasfiyesine ilişkin olarak yukarıda vurguladığımız 1984 tarihli kararın ardından şirket, pazar payını hızla kaybetmeye başladı. On yıl içinde firmanın pazardaki payı %90.1'den %55.2'ye geriledi[326]. *AT&T*'nin tasfiyesinden itibaren uzak-mesafe ücretleri esaslı bir şekilde düştmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki bu düşüşün büyük bir kısmı rekabetten çok, maliyetlerin azalması sayesinde olmuş, özellikle de yerel şirketlere kendilerine gelen aramaları bağlamaları için ödenen ücretlerin belirlendiği tarifelerdeki değişimden kaynaklanmıştır[327]. 1996 tarihli Yasadan sonra

[321] Viscusi at al., s. 535.

[322] Kahn, **Reforming the FCC**, s. 50.

[323] Philip J. Weiser, "Competition in the Communications Marketplace: How Technology Is Changing the Structure of the Industry", Testimony 01-05 March 2005, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies 2005, s. 7. http://aei-brookings.org / admin / authorpdfs / page. php?id =1125

[324] Kahn, Reforming the FCC, s. 50.

[325] **a.e.**, s. 45.

[326] Crandall & Hausman, s. 101.

[327] Kahn, Lessons From Deregulation, s. 21.

uzak mesafedeki rekabet büyümeye devam etmiş ve sonuçta, *AT&T*'nin pazar payı 2000 yılı itibarıyla %90'dan %38 civarına inmiştir[328]. Birçok ekonomist, günümüzde uzak mesafe pazarının etkili bir rekabetçi nitelik taşıdığı yönünde görüş birliğine sahiptir[329]. Tüketiciler açısından tam bir başarı olarak nitelenen süreçte uzak-mesafe servisi çok daha esaslı ve etkili bir şekilde rekabetçi ve her zamankinden ucuz bir hale gelmiştir[330].

Uzak-mesafe telefon hizmetlerinin aksine, yerel yerleşim alanlarındaki kablolu hat servisindeki rekabet oldukça yavaş ilerledi[331]. Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, rekabeti savunan politikalara rağmen, yeni firmalar, yerel telekomünikasyon şebekelerinin inşası oldukça fazla zamana ve büyük sermaye birikimine ihtiyaç gösterdiğinden, rekabete açılmak konusunda tereddüt gösterdiler[332]. Bunun yanında, yukarıda belirtildiği üzere, FCC'nin TELRIC fiyatlaması yatırım istencini belirgin ölçüde törpülemişti. Ancak, bugün, çok sayıda rakip firma piyasada boy göstermeye başlamıştır. Bunlar, sundukları servis için gerekli altyapı ve tesislerin bir kısmını kendileri inşa etmekle birlikte yine de esas olarak yerleşik yerel operatörlerin servislerini kullanarak, ikinci elden satış yapmaktadırlar[333]. Bu noktada, deregülasyon kapsamında, piyasada görülen rekabetin en

---

[328] Former Commissioner Kathleen Q. Abernathy's Speech (Eski Komisyon Üyesi Kathleen Q. Abernathy'nin konuşması), "Heading the Lessons of Wireless Competition, January 13, 2002, 3, (2002) http://www.fcc.gov/Speeches/Abernathy/2002/spkqa201.pdf

[329] Bkz. Crandall & Hausmann, s.110; Kahn, **Reforming the FCC**, s. 51.

[330] Kahn, **a.y.**

[331] Crandall & Hausman, s. 98.

[332] Başlangıçta, yeni rekabetçi firmaların birçoğu konut aboneliğini "by-pass" ettiler. Bunun sebebi, söz konusu "tüketicilerin" son derece "dağınık" olmaları ve genellikle telefon hizmetini regüle edilen yerleşik operatörlerden ve eyalet regülatörlerinin maliyetin altında tuttuğu ücretler üzerinden almaları idi. Eyalet regülatörleri, genellikle, konut aboneliği bağlantılarının sübvanse edilebilmesi için gerekli gelirin sağlanması amacıyla, işyeri aboneliği ücretlerini yüksek tutmaktadır. Bunun yanında, işyeri aboneleri, coğrafi açıdan çok daha "toplu" bir nitelik arz ettikleri için yeni rekabetçi firmalar açısından daha cazip hedef kitlesi idiler. Bu tür pazar yönelimine "kaymak sıyırma" (cream skimming) adı verilmektedir. Piyasanın "kaymağının sıyırılması", daha önce regüle edilen bir firma tarafından hizmet sunulan pazara girmesine izin verilen rekabetçi firmanın en kârlı işletme alanı için rekabet etmeyi yeğlemesi durumunda ortaya çıkar. Bkz. Kahn, **The Economics of Regulation**, s. 7/II; Cudahy, **Folklore**, s. 429-430.

[333] Bkz. FCC's Report on Local Telecommunication Competition, Status as of December 31, 2005, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-266595A1.pdf

etkilisinin daha önce hiçbir şekilde rekabet içerisinde olmadıkları kabul edilen firmalar arasında yaşandığını belirtmek gerekir[334].

Alfred KAHN telekomünikasyon deregülasyonunun geldiği noktayı net bir şekilde özetlemektedir: *"45 yıldan daha uzun bir zamandır, deregülasyonun her aşaması, etkilediği pazarlardaki tüketicilere büyük faydalar sağlamıştır. Deregülasyon süreci, … (bir takım yükümlülükler bakımından) doğrudan regülasyona tabi olmaya devam eden ve daha önceden tekel olan yerleşik firmalar bir kenara bırakılacak olursa, hemen hemen tamamlanmıştır[335]."*

Tüketiciler, telekomünikasyon piyasasında esaslı değişiklikler getiren 1996 tarihli Yasa sayesinde, düşük ücret ve verimli servisten fayda sağlamaktadırlar. Nitekim, uzun dönem piyasa göstergeleri de ileriye dönük yatırımcıların rekabetçi yerel operasyon servislerini iyi bir yatırım kalemi olarak gördüklerine işaret etmektedir[336].

1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası, Amerika Birleşik Devletlerinde faaliyette bulunan yerel şebeke operatörlerine ilişkin olarak yeni bir regülasyon süreci öngörmüş ancak kablosuz (wireless) telefon sektörünü neredeyse regüle edilmemiş bir ortamda gelişmeye bırakmıştır[337]. Bu nedenle, kablosuz servisler esasen toptan ve perakende satışlarda fiyat regülasyonundan tamamen arınmış durumdadır. Bunun sonucunda kablosuz iletişim ücretleri büyük ölçüde düşmüştür[338]. Regülasyondan uzak tutulan kablosuz iletişim piyasasındaki rekabet ise oldukça etkileyici sonuçlar vermiştir. İstatistikler kablosuz iletişimin giderek kablolu servisin yerine geçmeye başladığını göstermektedir[339]. Nitekim, FCC'nin eski Başkanı Kenndy'e göre, *"(k)ablosuz iletişim servisleri, kablolu telefon veya diğer hizmetlerin tamamlayıcısı, yardımcısı olmaktan çok daha öteye geçmiş…*

---

334 Kahn, Reforming The FCC, 54-55.

335 **a.e.**, s. 58.

336 Hazlett, s. 18.

337 Former Commisioner Kathleen Q. Abernaty's Speech, s. 2.

338 Crandall & Hausman, s.104; Bkz FCC's Annual Report on State of Competition on Wireless Industry, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-261444A1.pdf

339 Bkz. FCC's Report on Local Telecommunication Competition, Status as of December 31, 2005, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-266595A1.pdf

ve artık, kablosuz iletişimi 21. yüzyılın başlıca şebekesi olarak düşünmenin zamanı gel(miştir)[340]*."*

(3) Evrensel Hizmet Regülasyonu

Amerika Birleşik Devletleri, öteden beri, Kamu Anahtarlamalı Telekomünikasyon Şebekesi (Public Switched Telecommunications Network) (PSTN), yaygın kullanımıyla "evrensel hizmet" aboneliğini maksimize etmeye yönelik bir politika benimsemiştir[341]. Tarihsel olarak, evrensel hizmetle güdülen amacın, yerel santral telefon servisinin ücretlerinin düşük tutulması yönündeki çabalarla sağlanacağı düşünülmüştür. Bu doğrultuda, FCC regülasyonları, düşük-gelirli kullanıcılar için temel yerel santral telefon servislerini sübvanse etmek; okullara, hastanelere ve kütüphanelere standart fiyatlardan daha düşük, makul bir ücretle servis sunmak ve kırsal alanlardaki sağlık merkezlerine düşük-fiyattan teklifler götürmek şeklindeki "evrensel hizmet katkıları"nı zorunlu kılmaktadır[342]. Servis sağlayıcılar genel olarak bu ücretleri standart müşterilerinin faturalarına yansıtmaktadır. Bu kuralların ışığında, telekomünikasyon mevzuatı uzun yıllardır eyaletlerde ilgili komisyonlar, federal devlet katında ise FCC tarafından uygulanan ve daha ziyade "evrensel hizmet" politikaları olarak ifade edilen çapraz sübvansiyon düzenlemeleri ihtiva etmekte ve bu uygulamalar yeni servislere ve onların yeni müşterilerine de yayılmaktadır[343].

1996 tarihli Yasa, "evrensel hizmeti muhafaza edip daha da ileri götürmeyi[344]" amaçlamaktadır. Bu da, **a)** düşük ücretle yüksek kalite; **b)** her eyaletteki gelişmiş servislere erişim; **c)** kırsal kesimdeki ve hizmet maliyeti yüksek alanlardaki servislere diğer alanlardaki ücretlere yakın ücretlerle erişim; **d)** aktarılan katkıya telefon servis sunucularının

---

[340] An Address by Chairman William E. Kennard Federal Communications Commission to the Cellular Telecommunications Industry Association New Orleans, Louisiana February 28, 2000 http://www.fcc.gov/Speeches/Kennard/2000/spwek007.html

[341] Benjamin et al., s. 618-619.

[342] Klitzman, s. 696.5.

[343] Crandall & Hausman, s. 75; Klitzman, s. 696.2.

[344] 47 U.S.C. § 254(b).

tümünün adil ve eşit iştiraki; **e)** gerekli görülen fonları çoğaltmak için özel ve önceden kestirilebilir mekanizmalar oluşturulması; **f)** okullarda, sağlık tesislerinde ve kütüphanelerde ileri telekomünikasyon servislerine erişim ile mümkün görülmüştür. Yasa, evrensel hizmet sübvansiyonunun açık ve kesin bir şekilde yapılması[345], geniş bir şekilde fonlanması[346] ve rekabete dayalı olarak tarafsız bir yapı içinde sağlanması[347] gerektiğini belirtmektedir.

Telekomünikasyon sektöründeki "evrensel hizmet"e yönelik düzenleme ve politikalar, bir sektörün ne kadar deregülasyona tabi tutulursa tutulsun kamu yararının gerekli kıldığı konularda belirli bir müdahale alanının bırakılmasının zorunlu olduğunu, hatta Kanun Koyucunun deregülasyon sürecine yer verdiği yasal düzenlemelerde bile yeni bir takım regülasyon alanları yaratması gerekebileceğini göstermektedir.

c. Kamu Yararı Yükümlülükleri ve Güvenlik Regülasyonu

Telekomünikasyon alanındaki bazı düzenlemeler, belirli servislerin ve şebeke fonksiyonlarının firmalar tarafından sunulmasını ve kullanıcılar tarafından da karşılığının ödenmesini zorunlu tutmaktadır. Söz konusu düzenlemelerden en bilinenleri "911 acil servis" ve "yerel numara taşınabilirliği"dir. Bu gibi yükümlülükler kimi zaman kamusal mal ve hizmetlere ilişkin sorunları veya piyasa gücünden kaynaklanan piyasa başarısızlığını telafi etmek için tasarlanmakta, kimi zamansa, ortada bir piyasa başarısızlığı bulunmasa bile, sadece Kanun Koyucu ve İdare tarafından tüketicilerin sahip olması gereken imkânlar olarak görüldüğü için düzenlenmektedir.

1996 tarihli Telekomünikasyon Yasası FCC'ye kablolu ve kablosuz servis veren operatörlere yerel numara taşınabilirliğini zorunlu tutmaları için gerekli kuralları koyma yetkisi vermiştir[348]. Söz konusu Yasa ve

[345] 47 U.S.C. § 251(e).

[346] 47 U.S.C. § 251(d).

[347] 47 U.S.C. § 251(b).

[348] 47 U.S.C. § 251(b)(2) (2000). Ayrıca bkz. Telephone Number Portability; CTIA Petitions for Declaratory Ruling on Wireline-Wireless Porting Issues, Memorandum Opinion and Or-

FCC'nin ona dayalı olarak çıkardığı düzenlemelerde, yerel numara taşınabilirliği, "telekomünikasyon servisi kullanıcılarının aynı bölgede, mevcut telefon numaralarını kalite, güvenilirlik ve konforda eksilme olmadan bir şebeke operatöründen diğerine geçiş imkânına sahip olması" olarak tanımlanmaktadır[349]. Yerel numara taşınabilirliğinin amacı FCC'nin "Birinci Rapor ve Talimatnamesi"nde ("First Report and Order") şu şekilde özetlenmiştir: *"Telefon numaralarını muhafaza etme imkanı, kullanıcılara servis sağlayıcılarını değiştirdiklerinde kalite ve fiyatta esneklik ve bir çok telekomünikasyon servisi arasından tercih yapma olanağı verir[350]."*

FCC'nin hedeflediği ve bu hedeflere bağlı olarak elde ettiği sonuçları sergilediği en önemli belgelerden biri senelik "Performans ve Sorumluluk Raporu"dur[351] (Performance and Accountability Report). 2005 yılı Raporuna göre FCC'nin altı stratejik hedefi bulunmaktadır: "genişbant", "rekabet", "spektrum", "medya"," ulusal güvenlik" ve "modernizasyon". Bu hedeflerden ilk üçü FCC'nin telekomünikasyon ve internet üzerindeki regülasyon faaliyetine ilişkindir. Dördüncü amacı teşkil eden ulusal güvenlik, telefon servisinin maliyetine etki eden birçok faaliyeti içermektedir[352]. Bu faaliyetler hem kablolu hem de kablosuz servislere ilişkindir. Kablosuz iletişim sektörü olgunlaşınca, İdare, mobil telefonu ülkeyi daha güvenli hale getirmede bir araç olarak görmeye başladı. Bu doğrultuda, 1994 tarihli "Kanunların Yürütülmesinde İletişim Yardımı Yasası" (Communications Assistance for Law Enforcement Act[353]) (CALEA), 1999 tarihli Kablosuz İletişim ve Kamu Güvenliği Yasası (Wireless Telecommunications and Public Safety Act[354]) (E911), 2004 tarihli Geliştirilmiş

der and Further Notice of Proposed Rulemaking, 18 F.C.C.R. 23697, para. 3 (2003).

[349] 47 U.S.C. § 153(30) (2000).

[350] Telephone Number Portability, First Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, 11 F.C.C.R. 8352, para. 30 (1996).

[351] FCC, Fiscal Year 2005 Performance and Accountability Report (2004), http://www.fcc.gov /Reports/ar2005.pdf

[352] **a.e.**, s. 59-65.

[353] Communications Assistance for Law Enforcement Act of 1994, Pub. L. No. 103-414, 108 Stat. 4279 (1994) (codified as amended at scattered sections of 18 U.S.C. and 47 U.S.C. §§ 1001-20)

[354] Wireless Communications and Public Safety Act of 1999, Pub. L. No. 106-81, 113 Stat. 1286 (1999) (codified at 47 U.S.C. § 251 (e)(3)).

E-911 Yasası (Enhanced 911 Act[355]), Kablosuz Öncelikli Servis (Wireless Priority Service[356]) (WPS) ve Kesinti (Outage[357]) Raporları'nın hepsi güvenliği sağlama adına kablosuz iletişim platformunda kabul edilen düzenlemelerdir.

CALEA, E-911 Servisi, Öncelikli Erişim ve Kesinti Raporlarına ilişkin sorunların aslında tamamı geleneksel kablolu iletişim ortamından türemiştir[358]. Kamu yararı ve ulusal güvenlik yükümlülüklerinin kablosuz iletişime nakil olması CALEA ve E-911 ile başlamıştır. Her ne kadar söz konusu düzenlemelerin uygulamaya konulması telekomünikasyon endüstrisinin katkılarıyla mümkün olmuşsa da, bu uygulamalar hiçbir zaman sektör tarafından gönüllü olarak talep edilmemiştir.

1994 tarihinde yürürlüğe giren CALEA, telekomünikasyon şirketlerine şebekelerini kolluk kuvvetlerince yapılan elektronik gözetime olanak sağlayacak şekilde yapılandırma yükümlülüğü getirmiştir[359]. Yasa, daha önceden bu konuda çıkarılan ve İdarenin iletişim sistemlerine giriş yetkisini düzenleyen kuralları genişletip netleştirmiş ve kodifiye etmiştir.

CALEA'nın yalnızca kolluk kuvvetlerinin telefon dinleme yoluyla bilgi edinmesine ilişkin daha önceden var olan yetkilerini genişlettiğini[360] belirtmek yeterli olmaz. Söz konusu düzenlemenin faydaları analiz edilir-

---

[355] Enhance E-911 Act of 2004, Pub. L. No. 108-494, 2004 HR 5410 at § 102(4).

[356] The Development of Operation, Technical and Spectrum Requirements for Meeting Federal, State and Local Public Safety Agency Communication Requirements Through the Year 2010, Establishment of Rules and Requirements for Priority Access Service, First Report and Order and Third Notice of Proposed Rulemaking, 14 F.C.C.R. 152 (1998).

[357] New Part 4 of the Commission's Rules Concerning Disruptions to Communications, Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, 19 F.C.C.R. 16,830 (2004).

[358] Daren Handler, "An Island of Chaos Surrounded By a Sea of Confusion: The E911 Wire Location Initiative", **10 Va. J.L. & Tech.** 1, 5-15 (2005).

[359] Thomas M. Lenard, Brent D. Mast, "Taxes and Regulation: The Effects of Mandates on Wireless Phone Users", **Progress on Point**, Oct. 2003, 27-28, http://www.pff.org/issues-pubs /pops/pop10.18wirelessmandates.pdf.

[360] Hildegarde A. Senseney, "Interpreting the Communications Assistance for Law Enforcement Act of 1994: The Justice Department versus the Telecommunications Industry and Privacy Rights Advocates", **20 Hastings Comm. & Ent. L.J.** 665, (1998).

ken, asıl vurgu, bu tür bilginin kamu düzeni ve ulusal güvenliğe sağladığı esaslı katkılara yapılmaktadır.

FCC, CALEA'da olduğu gibi, E-911'in gelişim ve uygulanmasında da oldukça önemli bir düzenleyici rol üstlenmiştir. 911 servisi, kablolu ve kablosuz operatörlerin 911 aramalarını bir "Kamu Güvenliği Cevap Noktası" na (Public Safety Answering Point[361]) yönlendirmelerini sağlarken, Genişletilmiş 911 (Enhanced 911) operatörün arama yapanın yerini acil durum görevlileri için tespit etmesini zorunlu kılmıştır[362]. FCC, E-911 kural ve düzenlemelerinin, bir yandan gelişmekte olan teknoloji diğer yandan kamu güvenliği regülasyonu ile uyumlu bir şekilde uygulanmasında, sektörün ve kamu güvenliği organizasyonlarının imkan ve becerilerine güvenmiştir. Bu nedenle, yürürlüğe konulan E-911 kurallarının birçoğu kablolu ve kablosuz iletişim sektörü ile kamu güvenliği organizasyonlarının temsilcilerinin "Konsensüs Anlaşması" (Consensus Agreement[363]) ile geliştirdikleri çerçeveye dayanmaktadır. Bu bakımdan söz konusu anlaşma E-911 düzenlenmesinin oluşturulmasında önemli bir etkiye sahiptir. FCC'nin, Mayıs 2005'te VOIP sunucularının standart servis paketlerinde Geliştirilmiş 911'e yer vermelerini zorunlu kılması[364] kolluk alanına ilişkin konularda sektörü regülasyona tabi tutmaktaki kararlı tutumunu ortaya koyan bir başka örnektir.

Kamu düzenini sağlama amacına dayalı bu tür uygulamalar kimi zaman ekonomik kamu yararını da beraberinde getirmektedir. Nitekim, bu tip uygulamaların ekonomik etkileri üzerine yapılan bir çalışma, söz konusu düzenlemelerin sağladığı yararlara örnek olarak, 911 servisine atfedilebilecek hastane ve diğer sağlık hizmeti maliyetlerine ilişkin sonuçları mercek altına almıştır[365]. 911 servisinin, özellikle, acil müdahalenin

---

[361] Lenard & Mast, s. 34.

[362] a.y.

[363] Revision of the Commission's Rules to Ensure Compatibility with Enhanced 911 Emergency Calling Systems, Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, 11 F.C.C.R. 18,676, paras. 21, 61 (1996).

[364] Public Notice, FCC, Commission Requires Interconnected VoIP Providers to Provide Enhanced 911 Service (May 19, 2005), http:// hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-258818A1.pdf.

[365] Bkz. Susan Athley, Scott Stern, "The Impact of Information Technology on Emergency

zamanında yapılmasının hayati nitelik arzettiği kalp hastalarına etkisi üzerinde duran[366] çalışma neticesinde, E-911'in, ölüm riskini yapılan acil aramalarda altı saate kadar %60, 48 saate kadar ise %35 oranında düşürdüğünü ortaya çıkarmıştır[367]. Bu doğrultuda, risk ve maliyetteki düşüşler, E-911'in, hastalara erken müdahale imkanı getirmesinden dolayı daha ileri bir tedavi gereksinimini azalttığını göstermektedir. Kalp rahatsızlığı vakalarının 911 aramalarının %10'unu teşkil ettiği düşünüldüğünde, söz konusu hizmetin faydalarının bir hayli fazla olduğu anlaşılmaktadır. E-911 hem kalp krizinin doğurduğu riskleri hem de hastane masraflarını azalttığından, sağladığı faydalar mali külfetlerine göre önemli bir üstünlük sağlamıştır[368].

Güvenlik ve emniyet regülasyonunun telekomünikasyon sektöründeki ilk aşaması FCC'nin güdümünde, kamu yararı ve kamu güvenliği amacıyla, geleneksel regülasyon şemsiyesi altında gerçekleşmiştir. İkinci aşama ise, alışılmış nedenlerin dışında, farklı-olağanüstü bir olgudan kaynaklanarak, 11 Eylül 2001'deki trajik saldırıya tepki olarak ortaya çıkmıştır. İkinci aşamada, devlet müdahalesinin dayanağı "vatandaşların bireysel güvenliği" değil, "ulusal güvenlik" olmuş ve söz konusu süreç yalnızca İdarenin tek yanlı olarak belirlediği zorlayıcı kurallarla değil, başını telekomünikasyon endüstrisinin çektiği sektörlerin, yoğun katılımıyla şekillenmiş ve gelişmiştir. Bu yeni yaklaşım "kamu-özel işbirliği" (private-public partnership) kavramı ile tanımlanmaktadır. Söz konusu ortaklık sayesinde İdare üç girişimde bulunmuştur: "Kablosuz Öncelikli Servis" ("WPS"), "Kesinti Raporu" ("Outage Report") ve "Kritik Altyapı Bilgilendirme Kanunu" ("Critical Infrastructure Information Act"[369]) ("CIIA"). Kablosuz telefona ilişkin olarak, bu düzenlemelerden ilk ikisi FCC ve telekomünikasyon sektörünün ortaklığında şekillenmiştir. Kongrenin 2002 yılında kabul ettiği "CIIA" ise özel sektörün devlet ile

Health Care Outcomes", **33 Rand J. Econ.** 399 (2002).

366 a.e., s. 401.

367 a.e., s. 427.

368 a.e., s. 428.

369 Critical Infrastructure Information Act of 2002, Pub.L. No. 107-296 (2002) (codified at 6 U.S.C. §131-134).

"hassas" bilgilerin paylaşımı ve birlikte kullanılmasına yönelik düzenlemeler içermektedir[370].

d. Telefon Sektörünün Deregülasyonundan Çıkarılacak Dersler

Havayolları gibi deregülasyonun hızla ilerlediği sektörlerle karşılaştırıldığında, telefon sektörünündeki deregülasyon sürecinin çok daha kademeli[371] bir nitelik arz ettiğini vurgulamak gerekir. Bunun başlıca nedeni, doğal tekelden rekabete geçişin temkinli bir döneme yayılması ihtiyacı idi.

Telekomünikasyon gibi sektörlerin deregülasyonunda doğal tekelin artık en etkin hizmet yöntemi olmadığı, bir yandan devlet sınırlamasından sıyrılan diğer yandan yeni firmaların ivmelendirmesiyle güç kazanan "rekabetin" public-utility tipi regülasyona oranla daha üstün bir kamu yararı sağladığı öne sürülmektedir[372]. 1996 tarihli Yasa'ya hakim olan ekonomik politika şöyle özetlenebilir: *"rekabet monopolden daha iyi işleyen bir mekanizmadır*[373]*"* ve bu nedenle tüketici menfaati, söz konusu piyasanın her sektöründeki rekabetin teşvik edilmesini zorunlu kılar. Yine de bu çıkarsama "hemen" ve "tam" bir deregülasyon anlamına gelmemektedir. Deregülasyon, ancak telekomünikasyon pazarındaki belli bir sektörün rekabetçi bir yapı yansıttığı ve rekabetin istismar edilme ihtimalinin minimum seviyeye indiği durumlarda gerçekleşmelidir. Bu nedenle sektörle ilgili düzenlemeler firmaların tekel gücünü diğer sektörlere yansıtmasını önleyici tedbirler içermek zorundadır. Bu kaygılar tekelci yapıdan rekabetçi ortama geçişte regülasyon idarelerini merkezi bir konuma yerleştirmekte ve önemli sorumluluklar yüklemektedir[374]. Dolayısıyla, 1996 tarihli Yasa, regülasyonun zaman içinde farklı görünümlerde ortaya

---

[370] Gina Marie Stevens, Congressional Research Service, Homeland Security Act of 2002: Critical Infrastructure Information Act CRS-2 (**Report for Congress**, 2003), http : // www .fas.org /irp / crs / RL31547.pdf

[371] Kahn, **Reforming FCC**, s. 59.

[372] **a.e.**, s. 41.

[373] Hazzlett, s. 8.

[374] Kahn, **Whom the Gods**, s.36.

çıkabileceğini, piyasaya giriş ve çıkışın ya da fiyatların kontrolüne dayalı klasik şeklinden, "rekabet ortamının tesisini sağlayacak deregülasyon sürecinin sorunsuz ve kademeli bir şekilde işlemesi"ne yönelik düzenlemelere dayalı "yeni" bir forma dönüşebileceğini göstermektedir.

Kuşkusuz, "evrensel hizmet" gibi "kamu yararı"nı barındırdığından hiç şüphe edilemeyecek konular ya da "ulusal güvenlik" gibi hassas meseleler geçerliliklerini sürdürdüğü müddetçe regülasyondan vazgeçmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, telekomünikasyon servislerine acil erişimde olduğu gibi, bazı regülasyon uygulamalarının varlığını sürdürmelerini haklı kılan kamu yararı dayanaklarının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi önemli bir kriterdir. Şu halde, tekrar ifade edecek olursak, kamu yararı yarışmasında ekonomik yarara üstün gelen[375] bu tür "değer"ler mevcut olduğu sürece bunlara özgü regülasyonlar muhafaza ya da ıslah edilmeli, ancak bu yapılırken regülasyonun yöneldiği amacın dışına taşılmasına izin verilmemelidir. Diğer bir anlatımla, bu konudaki regülasyon elbisesi gereğinden bol dikilmemelidir.

Diğer yandan, regülasyon yetkisini elinde bulunduranlar, yeni servis ve teknolojilere ilişkin olarak gereksiz ve yersiz regülasyondan kaçınmalıdırlar. Bu savı doğrulayabilmek adına getirilebilecek en iyi örnek, kablosuz telefon pazarıdır. Amerikan Kongresi kablosuz telefon regülasyonuna yönelik rejimi kabul ettiğinde, FCC, doğru bir biçimde, katı bir regülasyon yaklaşımı getirmekten kaçınmıştır. Kurum, bunun yerine, teknik kurallara ve lisanslama düzenlemelerine odaklanarak oldukça sınırlı bir müdahale alanı içeren ve bu nedenle servis ve kalite standartlarına dayalı, zorlayıcı yönü ağır basan kablolu telefon sisteminden oldukça farklı bir regülasyon düzeni benimsemiştir. Zorunlu olmadıkça regülasyondan kaçınılması sayesinde, Amerikan mobil telefon piyasası bugün tamamen rekabetçi bir durumdadır[376]. Katı bir regülasyondan uzak olunması, mobil telefon ve diğer kablosuz iletişim servislerinin ücretlerini hızlı bir şekilde düşürmüş ve kullanımı arttırmıştır[377].

---

[375] Kaldı ki, E-911 gibi bazı servislerin ekonomik bakımdan da üstün yararları olduğunu yukarıda belirtmiştik.

[376] Crandall & Hausman, s. 103-105.

[377] Kahn, **Lessons From**, 129, s. 22.

1996 tarihli Yasa'nın uygulanmasından çıkan sonuç ve deneyimler bu alandaki deregülasyon hareketinin sağladığı faydaları ortaya koymaktadır. Piyasaya giriş için gereken zaman ve masrafların azaltılması, çok sayıda firmanın piyasada faaliyet göstermesi, hizmetin sunumunda daha fazla esnekliğe sahip olunması, yeni servis ve teknolojilerin sunulmasının teşvik edilmesi ve piyasaya dayalı telekomünikasyon rejimi sayesinde azalan maliyetlerin yansıttığı düşük ücretler bu faydaların başlıcalarıdır. Rekabetin yürürlükte olduğu bir deregülasyon rejiminin tesis edilmesiyle, tüketicilerin düşük ücretle, yeni servis ve teknolojilerin yararlarından istifade ettikleri açıktır. Yeni servis ve teknolojilerin ortaya çıkmasıyla, devletin kazanan ya da kaybedenlerin kimler olacağını belirlemekte gerektiği kadar ehil olmadığı saptanmıştır. Bu tercihlerin piyasanın kendisine bırakılması en iyi çözümdür. Bu nedenle, **eğer mümkün ise, regülatörler, gereksiz veya güncelliğini kaybetmiş regülasyonlara son vermek ya da mevcut piyasa koşullarına uygun hale gelecek şekilde değiştirmek yolunda çaba sarf etmelidirler.**

Yasa'nın en kritik sonuçlarından biri büyük servis sağlayıcılar arasında gözlenen birleşme eğilimidir. Bu nedenle, tüketiciler, *AT&T* ve *MCI* gibi şirketlere ilişkin olarak, en güçlü rakiplerinin devralınmasına yönelik işlemler nedeniyle piyasanın tekrar tekelleşmesinden endişe etmektedirler[378].

Birleşmeler rekabetçi firmaların yeni ürün ve coğrafi pazarlara açılabilmek için gerekli olan varlık ve kapasiteleri iktisap etmede sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Ayrıca bu sayede aynı piyasadaki bir pazardan (sektör dalından) diğerine geçiş de daha kolay hale gelebilmektedir. Deregüle edilmiş piyasalardaki firmalar genellikle farklı servis ve ürünleri bohçalamak (bir araya getirmek) çabası içine girerler. Bunun sebebi faaliyette bulundukları sektörü veya sektör dalını domine etmek istemeleridir. İşte bu faktörlerin tümü telefon sektörünün teknolojiyle yakınlaştırılması sürecinde kendini göstermiştir[379]. Bazı yönlerden, yukarıda sözü edilen birleşmeler rekabete ve teknolojik değişime katkı sağlayabilir. Örneğin, birleşmeler neticesinde oluşan daha büyük mal varlığı ile araştırma ve geliştirmeye daha fazla kaynak ayrılabileceğinden daha güçlü ve etkin şir-

[378] Kahn, **Reforming FCC**, s. 56.

[379] Benjamin et al., s. 793-797.

ketler yaratılır ve farklı şirketlerin işbirliği yapmasındaki muamele masrafları azalır[380]. Ancak, diğer yandan, mevcut firmaların yeni firmalar ile birleşmesi veya onları satın almasının ardında defansif niyetler yatabilir. Söz konusu firmalar, kendileriyle rekabet edilmesini kolaylaştıracak yeni bir teknoloji üzerinde kontrol sağlayarak, etkisini yavaşlatmaya çalışabilirler ya da büyüklükleri ile piyasadaki pozisyonlarını korumaya çalışıp, hakim durumlarını devam ettirmeye çalışabilirler[381]. Bundan dolayı, yukarıda söz ettiğimiz birleşmeler rekabet açısından bir takım endişelere sebep olmuştur[382]. Bu konudaki eleştirilere göre, rakip firmaların "birleşme", "joint venture" ya da başka anlaşma türleri ile "yatay" birleşme yoluna gitmeleri doğrudan rekabetin ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Potansiyel bir rakibin devralınması, rekabete daha o anda veya gelecekte önemli ölçüde etki eder. Bunun yanında, birbirine rakip olmayan ancak birbirini tamamlayan iş kollarındaki dikey birleşmeler ise bir takım dar boğazlara neden olabilir. Kimi birleşmeler bu gibi etkilerin birçoğunu beraberinde getirebilir[383].

Telekomünikasyon birleşmelerinin etkileri kimi zaman muğlâk olabilir. Antitröst idarelerinin bu gibi birleşmelerin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken uyguladıkları standart yöntem olası fayda ve zararlarını karşılaştırmaktır[384]. Bu nedenle, deregülasyon, birleşme veya gizli (ya da hileli) anlaşmalar suretiyle ya da adil olmayan taktiklerle rekabete zarar verilmesini önlemenin sorumluluğunu antitröst kurallarını uygulamakla görevli olan idarelere geçirmiştir[385]. Birleşmeler yeni biçimdeki rekabeti ortadan kaldırmaya yöneldiğinde, rekabetçi piyasa ortamını muhafaza

[380] Hazlet, s. 28-29.

[381] Benjamin et al., s. 793-797.

[382] FCC'nin Eski Başkanı Powell bu endişelere cevap verirken " …eğer piyasada kendi ayakları üzerinde durabilen, kendi ekipmanlarını kuran (facilities based) en az üç rekabetçi firma varsa 'sihirli' gelişmeler olabilir" demektedir. Bkz. Michael K. Powell, Remarks at the Wireless Communications Association International 1 (June 3, 2004) http:// hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-248003A1.pdf

[383] Statement of Robert Pitofsky, Chairman, FTC, Before the Committee on Commerce, Science, and Transportation, U.S. Senate, (Nov. 8, 1999) http://www.ftc.gov/os/1999/11/telcomergerspitofsky.htm

[384] Hazlett, s. 29.

[385] Kahn, **Reforming the FCC**, s. 54-55.

edebilmek amacıyla, "hassas nitelikteki" antitröst uygulamalarının bu tür işlemlere müdahale etmesi gereklidir[386].

3. Enerji-Elektrik

a. Regülasyon Dönemi

Daha çok tarihsel nedenlerden ötürü, elektriğin üretimi ve perakende dağıtımı eyaletlerin "public utility" komisyonları tarafından regüle edile gelmiştir. Buna karşılık, toptan satışa ilişkin muameleler ve eyaletlerarası iletim ise federal bir idare olan Federal Enerji Regülasyon Komisyonu (Federal Energy Regulatory Commission) (FERC) tarafından regüle edilmektedir[387]. Bunun yanında, bazı federal idareler[388], yerel bazda ise

[386] Breyer, **Antitrust**, s. 1044.

[387] Elektrik utility'lerinin faaliyetleri üzerindeki en etkin "agency" Federal Enerji Regülasyonu Komisyonudur. Çalışmanın başında da belirtildiği gibi FERC, Bakanlık örgütü içinde bağımsız bir regülasyon idaresi olarak örgütlenmiştir. Komisyon'un elektrik alanına ilişkin kararları kesin ve icrai nitelikte olduğundan Bakan'ın bunları geri alma yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu kararlardan menfaati ihlal edilenler bu kararlara karşı ancak ilgili Mahkeme'ye (U.S. Court of Appeals) başvurmak suretiyle korunma sağlayabilmektedir. Başkan tarafından Senato'nun onayı ile dört yıllık bir süre için atanan beş üyenin görev yaptığı FERC'in son derece geniş kapsamlı, düzenleme, izin verme, gözetim ve denetleme yetkileri bulunmaktadır. Bu kapdamda FERC, "toptan elektrik satışının düzenlenmesi", "elektrik alanında hizmet veren utility ve non-utility şirketlerinin birleşme faaliyetlerinin birçoğunun gözetim ve denetim altında tutulması", "federal olmayan hidroelektrik projeleri için lisans verilmesi", "belirli elektrik utilitylerinin sermaye hisselerine ilişkin işlemlerinin kontrol edilmesi", "elektrik utilitylerinin idarecilerinin faaliyetlerinin gözlemlenmesi" gibi faaliyet konuları ile meşgul olmaktadır

[388] Elektrik alanında regülasyon faaliyeti yapan federal idareler aşağıdaki şekilde sıralanabilir:
1) Department of Energy (DOE): Enerji Bakanlığı
2) Federal Energy Regulatory Commission (FERC): Federal Enerji Regülasyon Komisyonu
3) Environmental Protection Agency (EPA): Çevre Koruma İdaresi
4) Nuclear Regulatory Commission: (NRC): Nükleer Regülasyon Komisyonu
5) Occupational Safety and Health Administration (OSHA): İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi
6) Securities and Exchange Commission (SEC): Menkul Kıymetler Komisyonu
7) Department of Interior (DOI): İçisleri Bakanlığı
8) Department of Agriculture (DOA): Tarım Bakanlığı

mahalli idareler, eyaletlerin adalet bakanlıkları ile diğer bazı idareleri de söz konusu piyasanın regülasyonunda bir takım yetkilere sahiptirler. Bu bakımdan, enerji piyasası ve elektrik sektörünün regülasyonu, yalnızca bir organ tarafından idare edilmeyen, federal ve eyalet bazında birden fazla oyuncunun yer aldığı çok boyutlu bir yapıya sahiptir.

Çok uzun bir müddet, elektrik enerjisi sektörü dikey bütünleşik (vertically integrated) yatırımcı sahipliğindeki (investor-owned) "public utility"ler tarafından domine edilmiştir[389]. Her üç fonksiyon-üretim, iletim ve dağıtım- birbirine bağlanmış yani bohçalanmış[390], ülke, her utility şirketi (utility company) için belirli tekelci hizmet bölgelerine bölünmüş idi[391]. Bu doğrultuda, elektrik sektörü, geleneksel olarak, devletin tarife-fiyat regülasyonuna (rate regulation) tabi tutulmuştur[392]. Bu tür bir regülasyonu haklı kılan başlıca gerekçe sektördeki her üç faaliyetin (üretim, iletim, dağıtım), ölçek ve kapsam ekonomileri ile piyasaya girişteki ağır engellerle karakterize edilen doğal tekel niteliği göstermesiydi[393]. Her hizmet bölgesi için birden fazla dağıtım sistemine yatırım yapılması ya da daha fazla elektik üretim tesisi inşa etmek ekonomik bakımdan pratik ve rasyonel değil idi. Bütün bunlar sektörün temel ekonomik özellikleri olarak kabul edilen ve bu alandaki "public utility" sisteminin geleneksel yapısını şekillendiren unsurlardır.

Elektrik sektörünün regülasyonunu şekillendiren "public utility" modeli hiç şüphesiz belirli bir takım olumsuzlukları da içine barındırmakta

---

389 Sidney A. Shapiro, Joseph P. Tomain, "Rethinking Reform of Electricity Markets", **40 Wake Forest L. Rev.** 497 512 (2005).

390 Elisabeth Pendley, "Deregulation of the Energy Industry", **31 Land & Water L. Rev.** 27, 64 (1996).

391 Raymand S. Bolze, Deborah A. Carpentier, **Structuring Transactions Against The Backdrop of Regulation: Antitrust Issues**, Pli Corp. Law & Practice Handbook Series No. 1082, 1998, s. 25, 29.

392 Peter Navarro, "A Guidebook and Research Agenda for Restructuring the Electric Industry", **16 Energy L. J.** 347, 349 (1995).

393 Elektrik sektöründe, toplam maliyet içinde başlangıç yatırımı oldukça yüksektir. Bunun sebebi, diğerlerinin yanında, ağırlıklı yere sahip olan sermaye maliyetinin sürekli olarak artan üretime yayılması ve yeni üreticilerin piyasaya girmesine izin vermek yerine üretimi artırmanın daha etkili olmasına dayanmaktadır. Bu durum, faaliyetin doğal tekel karakteri ile baş etmeyi önemli ölçüde zorlaştırmaktadır

idi. Bu tip olumsuzlukların başında, utilitylerin biraraya gelerek (concentration), sahip oldukları tekel yetkilerini istismar etme eğilimleri gelmekte idi. 1920 yılında ulusal elektrik sektörünün %85'i 16 "public utility holding şirketi"nin kontrolüne girince, federe devletler, tüketicilerin korunması amacıyla daha önceleri yerel yönetimler tarafından kullanılan perakende elektrik ücretleri üzerinde tarife belirleme yetkisini devralırken, federal devlet de bu tip holding şirketlerinin tekel güçlerinin kontrolüne yönelik gişimlerde bulunmaya başladı. Kongre'nin bu amaçla, 1934 yılında çıkardığı Public Utility Holding Şirketleri Yasası (Public Utility Holding Company Act[394]) (PUHCA) uzun yıllar Amerikan elektik endüstrisinin regülasyonuna etki eden başlıca yasal düzenlemelerden birini teşkil etmiştir. 2005 yılına kadar yürürlükte kalan Yasa, elektrik veya doğalgaz dağıtımı alanında faliyette bulunan iştiraklere sahip elektrik utility holding şirketlerinin Sermaye Piyasası Komisyonunca (Securities and Exchange Commission) tescil edilmelerini, organizasyon ve faaliyetlerinin de söz konusu Komisyonun inceleme ve denetimlerine tabi olmasını zorunlu tutmuştu.

Elektrik sektörünü başlangıçtan beri yönlendiren "utility modeli"ne ilk tehdit 1973'teki Enerji Krizi ile geldi. Petrole bağımlı olma, enerji sektörünü, Petrol İhracatçısı Ülkeler Birliği'nin (Organization of Petroleum Exporting Countries) (OPEC) uyguladığı ambargoda, "politik şantaja" maruz bıraktı[395]. Ambargonun getirdiği enerji kıtlığı ve esaslı maliyet artışları reforma yönelik talepleri doğurdu[396].

Kongre, gelecekte oluşabilecek krizleri önlemek, rekabetin oluşması yönündeki politik baskılara yanıt vermek ve yeni üretim modelleri yaratmayı teşvik etmek amacıyla, 1978 tarihinde Public Utility Regülasyon Politikaları Kanununu (Public Utility Regulatory Policies Act[397]) (PURPA) kabul etti. Yasama organının hedefi, enerji korunumunun (conservation of energy) geliştirilmesi ve kaynakların etkili kullanılması suretiyle elektrik

---

[394] Public Utility Holding Company Act of 1935, 15 U.S.C. § 79.

[395] Richard F. Hirsh, Power Loss, **The Origins of Deregulation and Restructring in the American Utility System**, The MIT Press, 1999, s. 60-61.

[396] **a.e.**, s. 61-63.

[397] Public Utilities Regulatory Policies Act of 1978, Pub. L. No. 95-617, 92 Stat. 3143 (codified in scattered sections of 15 U.S.C. and 16 U.S.C).

üretimi için kullanılan teknolojileri çeşitlendirmek ve böylelikle tüketicilerin elektriği adil ve makul fiyatlar ile elde etmesini sağlamak idi. PURPA uyarınca utility şirketleri, rüzgar kaynakları, güneş ışınları, biokütle yakımı ve kojenarasyon yoluyla enerji elde eden küçük bağımsız üreticilerden veya "Qualifying Facilities" ("QFs") olarak isimlendirilen "ehliyetli" tesislerden elektrik satın almaya zorlanmıştır[398]. Bunun sonucunda QF'ler doğal tekel modelindeki bir düşünce hatasını ortaya çıkarmıştır: Küçük üreticiler de utility şirketleri'nin ürettiği kadar ucuz maliyetle enerji üretebilirler[399]; bu nedenle endüstrinin tamamında ölçek ve kapsam ekonomisi mevcut değildir ve tüketici masraflarını ucuz tutabilmek amacıyla tekel yaratılması mecburiyeti yoktur. Bu gelişme, bazı bilim adamlarının doğal tekel modelini eleştirmeye başlamasına[400] ve serbest pazar prensiplerinin regülasyon stratejisine nüfus etmesine yol açmıştır[401].

b. Deregülasyon Süreci

1990'lara gelindiğinde, Kongre ve FERC elektriğin üretimi ve toptan satışının rekabetçi bir girişim olabileceği fikrine daha sıcak bakmaktaydı. Bu yaklaşım regülasyon programında bir takım değişiklikler yapılmasının yolunu açarken, Kongre'nin de 1992 tarihli Enerji Politikası Yasası (Energy Policy Act[402]) ile deregülasyon yolundaki yürüyüşte ilk adımları atmasını sağladı.

Yasa, elektrik üreticilerinin toptan satış kademesinde rekabet etmelerini gerekli tutmuş ve eyaletlere perakende satışlarda da rekabet sürecini başlatmaları için izin vermiştir[403]. Daha sonra, rekabete yönelik baskının

---

[398] QF'lere yönelik bu düzenlemenin amacı özel bir regülayona tabi yeni bir üretim tesisi sınıflandırması yaratmak idi. Yasa, "public utility"lerin elektriği belirli şart ve sınırlara göre tespit edilmiş fiyatlarla bu tesislerden almasını şart koşarak bu tip tesislerin inşa ve faaliyetini teşvik etmiştir.

[399] Shapiro & Tomain, **Rethinking**, s. 510.

[400] Bkz. Paul L. Joskow, Richard Schmalansee, **Markets for Power: An Analysis of Electric Utility Deregulation**, MIT Press, 1983.

[401] Hirsh, s. 125-129.

[402] Energy Policy Act of 1992, Pub. L. No. 102-486, (106 Stat. 2776) (codified in scattered sections of 26 U.S.C. and 42 U.S.C.).

[403] Hirsh, s. 239.

artmasıyla, Kongre, bağımsız üreticileri geleneksel regülasyonun dışında bırakmış ve ürettikleri elektriği utility şirketlerinin enerji hatlarından iletmelerine olanak sağlamıştır. Buna paralel olarak Kanun Koyucu, eyaletlere "retail wheeling" terimi ile tanımlanan ve uzak mesafede bulunan bir üreticiye perakende satış müşterilerine ulaşmak için bir başka şirketin iletim ağını kullanma izninin verilmesine yönelik[404] düzenlemeler yapma yetkisi vermiştir[405].

Kongre'nin yeniden yapılandırma sürecindeki düzenlemeleri yürürlüğe koymasının ardından harekete geçen Federal İdare, FERC'in "açık erişim kuralı"nı ("open access rule") düzenlediği ve iletim hatlarının kullandırılmasında ayırımcılığı önleme gayesini güden 888 ve 889 sayılı "Talimatname"leri (Order N. 888[406] - Order N. 889[407]) yayınlaması ile deregülasyon sürecini ivmelendirmiştir.

Diğer endüstri kollarında olduğu gibi, elektriğin deregülasyonu da, merkezden plananlanan ekonominin en popüler örneği olan Sovyetler Birliği'nin dağılmasından destek almıştır[408]. Elektrik sektörünün deregülasyonu hem A.B.D. hem de A.B.D. dışındaki deregülasyon hareketinin uzun süreli yansımasında gerçekleşmiştir.

---

[404] "Wheeling", en basit tanımıyla elektriği üçüncü bir kişi adına iletmek anlamına gelmektedir. 1992 tarihli Yasa, elektrik utilitylerine iletim hatlarını bulunduğu bölgenin dışındaki toptan elektrik üreticilerinin kullanmasına izin verme zorunluluğu getirince, buna paralel olarak FERC'e de, belirli şartların oluştuğuna kanaat getirdiği durumlarda utilitylere iletim hatlarını kullandırmalarını emretme yetkisi vermiştir.

[405] 1992 tarihli Yasa'nın elektrik sektörünün yeniden yapılandırılmasını amaçlayan düzenlemeleri yalnızca iletim hatlarının kullandırılması ile sınırlı değildir. Yeni düzenleme ile PUHCA'da önemli değişikliklere gidilmiş, bunlar içerisinde en önemlisi de "tescilli" ("registered") "public utility holding şirketleri" üzerine getirilen sınırlamaların gevşetilmesi olmuştur. Kanun, bu tip "public utility holding şirketleri"nin faaliyetlerini bağımsız enerji üreticileri gibi diğer firmaların etkinlik gösterdiği alanlara yayarak çeşitlendirmelerine izin vermiştir. Bu kapsamda, PUHCA'da yapılan değişiklikler ile, "Exempt Wholesale Generators" ("EWGs") adı altında yeni bir tür elektrik üreticisi sınıfı yaratılmış ve utilitylerin, utility holding şirketlerinin veya mutlaka bir utilitye bağlı olmayan üreticilerin bu tip üretim yapan tesislere sahip olmasına izin verilmiştir.

[406] 61Fed. Reg. s. 21,540.

[407] 61Fed. Reg. 21,737 (to be codified at 18 C.F.R. pt. 37).

[408] Richard D. Cudahy, "Electric Deregulation After California: Down But Not Out", **54 Admin. L. Rev.** 333, 338 (2002).

Bunun yanında, 1970'lerin sonunda, teknolojideki gelişmeler, küçük ölçekli üretim teşebbüslerine, finansman sağlamaya yönelik uzun-dönem sermaye taahhütlerine olan bağımlılıklarını azaltan avantajlar getirdi[409]. Bu gelişme, günümüzde hâlâ, iletimi ve dağıtımı doğal tekel olarak nitelenen elektriğin "üretimi"nin yapısal olarak rekabete müsait olmasının kabulünün yolunu açmıştır[410]. Bunun yanında, teknolojinin getirdiği avantajlar elektriğin eskiye nazaran çok daha uzak mesafelere iletilebilmesini olanaklı kılmıştır. Bu imkan da utilitylerin iletim ağlarının birbirine bağlanmasını ve tüketicilere yapılan servisin daha ekonomik bir hale gelmesini sağlamıştır. Ekonomistlerin gözünde bu gelişim elektrik üretimini, regüle edilmeyen, rekabetçi bir piyasada yürütülebilir hale getirmiştir[411]. Bu nedenle, söz konusu sektörün yeniden yapılandırılmasını savunanlar, elektrik fiyatlarının piyasa tarafından belirlenmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir[412]. Bu bakış açısına göre, aralarındaki rekabet, elektrik satıcılarını maliyetleri düşürmeye zorlayacak ve böylelikle fiyatlar da düşecektir. Sonuçta, piyasa, rekabetçi fiyattan güvenilir hizmet sunamayanları dışarı atacak ve tüketiciler yarar sağlayacaktır. Deregülasyon yanlılarına göre, servis maliyetlerine göre tarife belirlemeye dayanan eski (klasik) model utility regülasyonu, zayıf veya yanlış yatırımların bütün riskini yatırımcıda değil, tüketiciler üzerinde bırakmaktadır. Deregülasyon beklentisi bu riskleri tüketiciden utility yatırımcısına geçirmiştir[413].

Deregülasyon hareketinin temel taahhüdü tüketicilerin ve sektördeki lider kuruluşların menfaati için rekabet ortamının yaratılması ve böylelikle daha ucuz elektriğe kavuşmalarıydı. Federal politikaları tayin edenler ile eyaletlerin yasama organları, deregüle edilmiş bir atmosferde, elektrik tüketicilerinin memnun olmasını ve yerel endüstrinin genişlemesini umut ediyorlardı[414]. Bu bakımdan, 1990'ların ortalarında ve sonlarında birçok

[409] Hirsh, s. 105-108.

[410] Joskow & Schmalansee, s. 59-63.

[411] Richard J. Pierce, Jr., "Completing the Process of Restructuring the Electricity Market", **40 Wake Forest L. Rev.** 451, 461-462 (2005).

[412] a.y.

[413] Richard J. Pierce, Jr., "How Will California Debacle Affect Energy Deregulation?", **54 Admin L. Rev.** 389, 391 (2002).

[414] David G. Pettinari, "You Can't Always Get What You Want-Will Two Recent State Court Decisions Tarnish the Political Promise of the Electricity Industry Regulation", **76 U. Det. Mercy. L. Rev.** 501, 502 (1999).

eyalet elektrik piyasalarını rekabete açmak için yeniden yapılandırma sürecine girişti. Bu eyaletlerin tümü söz konusu süreci elektrik ücretlerinin düşürülmesine ve etkin servis sunulmasını sağlamaya yönelik bir formül olarak görmekteydi. Bununla birlikte, "teori elektrik hattına iletildiğinde[415]" bazıları için rüya kâbusa dönüştü. Kaliforniya Krizi bunlardan en dramatik olanıydı.

c. Örnek Bir Olay İncelemesi-Kaliforniya Tecrübesi

Yeniden yapılandırmadan önce, Kaliforniya eyaleti kendi bölgelerinde regüle edilmek suretiyle faaliyette bulunan, sermayesi özel teşebbüse ve yerel idarelere ait büyük utility şirketlerine sahipti. Elektrik tüketicilerine yönelik ücretler Kaliforniya Public Utility Komisyonu (California Public Utility Commission) (CPUC) tarafından regüle edilmekteydi. Özel utilityler, yerel idarelere ait olanlardan bazıları gibi, dikey bütünleşiktiler[416]. Her ne kadar Kaliforniya'daki utilityler kendi üretim tesislerini işletse de, bunun yanında, diğer batı eyaletleri ile Kanada ve Meksika'daki toptan satış pazarından da belirli miktarda elektrik satın almaktaydı. Bu ortamda, FERC, bir utilitynin diğer bir utilityden aldığı toptan satış ücetini regüle etmekle görevliydi[417].

1990'lı yılların başında Kaliforniya elektrik piyasası, bünyesinde aşırı kapasite, yüksek maliyetler ve regüle edilmemiş bir piyasada mevcut olabilecek fiyatlardan çok daha yüksek seviyede ücretler barındıran bir pazar olarak tanımlandırılıyordu[418]. Bu duruma yönelik olarak yapılan bir düzine fizibilite çalışmaları neticesinde, Kaliforniya Eyalet Meclisi, 1998 yılında uygulamaya koyduğu yeniden yapılandırma programı ile eyaletin elektrik pazarını rekabete açma sürecini başlatmıştır. Yeniden yapılandırma programı elektrik üretimi ile yerel dağıtımını ayrıştırabilmek için sektördeki dikey entegrasyonu gevşetmiştir. Böylelikle, utility şirketleri her ne kadar hem üretim ve dağıtım hakkına sahip olsalar da, her ikisini

---

[415] Robert C. Fellmeth, "Plunging Into Darkness: Energy Deregulation Collides With Scarcity", **33 Loy. U. Chi. L. J.** 823,860 (2002).

[416] a.y.

[417] James L. Sweeney, **The California Electricity Crisis**, Hoover Institution Press, 2002, s. 7-14.

[418] Pierce, **How Will**, s. 393.

birbirinden ayrı olarak işletmek zorundaydılar. Üretim ve dağıtımdaki bu ayrıştırma, utilitylere kömür santrallerinde üretilen elektriğin tümünü Elektrik Borsası (Power Exchange) (PX) ya da Kaliforniya Bağımsız Sistem Operatörü (California Independent System Operator) (CAISO) vasıtasıyla satma yükümlüğü getirmek suretiyle hayata geçirilmiştir[419].

Yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra %10'luk bir ücret düşüşü sağlayan program aynı zamanda Rekabete Yönelik Geçiş Ücreti (Competetive Transition Charge) (CTC) adı verilen mekanizma sayesinde yatırımcı sahipliğindeki utilitylere yükümlenilen maliyetlerini (stranded costs) "kurtarma" imkanı getirmiştir. Yükümlenilen maliyetler temelde ortalama maliyeti genellikle piyasa fiyatlarının üzerinde olduğu kabul edilen tahsil edilmemiş tarife- esaslı üretim masraflarından oluşmaktadır. CTC, en az dört yıllık bir süre için perakende satış ücretlerini etkin bir şekilde -1996 yılı oranlarının %10 altında kalacak oranda- dondurdu. Her ne kadar bu durum, belirli bir ücret azalması yaratmışsa da, dondurulmuş ücret oranı ilerisi için tasarlanan toptan satış maliyetlerinin oldukça üstündeydi. Bilinçli olarak yaratılan bu farklılığın sebebi, yatırımcı sahipliğindeki utilitylerin kâr potansiyeli arzeden bu marjı toplayarak geçmişte üretim tesislerine yapmış oldukları masraflar için bir nevi tazminat elde etmelerini sağlamak idi[420]. İşte, Kaliforniya Programının kritik özelliklerinden başında, perakende satış ücretlerinin %10 indirilip, utilitylerin rekabete geçiş döneminde tamamen geri alamadığı "yükümlenen maliyetlerini" elde edene kadar dondurulmasına yönelik bu düzenleme gelmekteydi[421]. Bununla bağlantılı olarak, Kaliforniya yeniden yapılandırma programının bir diğer önemli bileşeni, perakende müşterilere rakip servis sağlayıcılara geçiş yapma ya da regüle edilmiş perakende servis ücreti üzerinden yerel utility şirketinden hizmet satın alma konusunda seçim yapma olanağı tanınmış olması idi[422]. Böyle bir seçenek sunulmasının altında yatan

[419] Sweeney, s. 33; Eric Hirst, **The California Electricity Crisis: Lessons for Other States**, Washington DC: Edison Elec. Inst, (2001), s. 3-4

[420] Paul L. Joskow, "California's Energy Crisis" (revised) 9-10 http://64.233.161.104/search?q = cache:LgaZs-0deKcJ:web.mit.edu/ceepr/www/2001 006.pdf +california+crisis+ab+1890 & hl = tr&gl=us&ct=clnk&cd=9.

[421] Cudahy, **Electric**, s. 341.

[422] Pierce, **How Will**, s. 394.

beklenti, rekabetçi perakendecilerin tüketicilere, regüle edilen fiyatın daha altında teklif sunabilmeleriydi. Ancak, beklenmeyen bir biçimde, perakende tüketicilerin yalnızca %3'ü rekabetçi fiyat sunan firmalara geçiş yapmış, diğerleri regüle edilen ücret üzerinden hizmet satın almaya devam etmiştir[423].

Kaliforniya Programı, yukarıda vurgulanan düzenlemeler yanında, utilitylere üretim kapasitelerinin büyük bir bölümünü elden çıkarma ve regüle edilmeyen toptan satış pazarından elektirik alma yükümlülüğünü getirmişti. Buna ilaveten, program uyarınca, toptan satış müşterileri, ihtiyaçlarının hemen hemen tamamını kısa-dönem pazarından karşılamak zorunda bırakılmış, uzun-vadeli satış anlaşmaları yapmak suretiyle perakende hizmet yükümlülüklerine (service obligations) ilişkin risklerden korunmalarına (hedge) izin verilmemiştir[424].

1999 yılına gelindiğinde, petrol ve doğalgazla çalışan üretim santrallerini tasfiye etmekle yükümlü tutulan yatırımcı sahipliğindeki utilityler Kalifornia'nın toplam üretim kapasitesindeki paylarını düşürmüşlerdi. Eyaletin enerji sektörünün yeniden yapılandırılması iki yıldan daha fazla bir zaman için iyi sonuç vermiş gözükmekteydi. 2000 yılının Haziran ayına kadar sistem güvenilir bir durumdaydı ve elektrik ücretleri umulduğundan çok daha yüksek değildi[425].

Kötüye gidiş tam da bu dönemde başladı[426]. Toptan satış fiyatları büyük bir hızla artmaya başladı ve rezervler tehlikeli biçimde düşük seviyelere indi. Perakende satışa ilişkin fiyat tavanları utilitylerin masraflarını karşılamalarını önledi. Toptan satış fiyatlarının ani yükselişindeki temel nedenler; Kalifornia'daki elektrik üretiminde kullanılan başlıca yakıt niteliğindeki doğalgaz fiyatlarının tahmin edilemeyen seviyede artması, o dönem havanın alışılmadık derecede sıcak olması ve kuvvetli ekonomik büyüme dolayısıyla aniden fırlayan elektrik talebi, artan talebi karşılamaya

---

[423] Joskow, California's, s. 28.

[424] Pierce, **How Will**, s. 399.

[425] **a.e.**, s. 395.

[426] Paul Joskow, Edward Kahn, Identifying the Exercise Power of the Market: Refining Estimates 4, http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=554.

yetecek üretim kapasitesinin yaratılamaması ile üretim santrallerine ilişkin emisyon ücretlerinin on kattan daha fazla artması olarak sıralanabilir.

Tedarikçiler bu şekilde oluşan arz ve talep koşullarını istismar ederek üretimi durdurmak suretiyle fiyatları daha da yukarı çekme olanağına sahip oldular. Toptan satış fiyatları yükselirken, perakende satış fiyatları eyalet idaresi tarafından üst limitte tutulmak suretiyle regüle edilmeye devam ediliyordu. Bu durumda, utilitylerin, perakende hizmet sunma yükümlülüklerini yerine getirebilmek için ödedikleri toptan satış fiyatları perakende satış fiyatlarının oldukça üstünde seviyelere çıkmıştır[427]. 2000 yılının Ekim ayında utilitylerin hizmet yükümlülüklerini karşılayabilmek için toptan satış pazarından satın aldığı elektriğin fiyatı perakende pazarında sattığının "üç katı"ndan fazla idi. Kasım ayında ise bu oran "altı kat"ından daha fazlaya çıktı. Nakit sermaye ve kredi limitlerini tükettiklerinden kredi sorunları yaşamaya başlayan utilityler CPUC'a başvurarak perakende ücret dondurumunun kaldırılmasını talep ettilerse de, bu talepleri kabul görmemiştir. 2001 Ocağında en büyük iki utility borçlarını karşılayamaz bir hale gelerek iflas edince regülasyona tabi olmayan üreticiler alacaklarının ödenmeyeceği endişesiyle elektrik tedarikini kestiler. Buna karşılık, perakende elektrik fiyatları toptan satış koşullarına uyum gösterecek bir şekilde ayarlanmadığından, tüketiciler arz talebinden kaynaklanan sıkıntıyı hafifletmek adına, tüketimi azaltma eğilimine girmediler. Ancak, zaman geçtikçe krizin faturası daha da artmaya başladı. Toptan satış fiyatlarındaki artıştan sonra, 2000 yılının yazında bütün eyalette karanlığa gömülme tehlikesi baş göstermeye başladı. Yazdan sonbahara geçildiğinde, toptan satış maliyetleri ile perakende satış fiyatlarının arasındaki fark giderek büyüyerek ne utility hissedarlarının ne elektrik tüketicilerinin, ne vergi mükelleflerinin, ne de üreticilerin üstlenmeyi istemediği 14 milyar dolardan fazla bir sermaye açığına yol açtığında, kriz artık finansallaşmıştı. 2000-2001 kışında ise acil durumlar ve karanlığa gömülmeler sıklıkla baş gösteriyordu[428].

Krizi karşılayabilmek için, Kaliforniya Yönetimi, uzun dönem elektrik kontratları pazarlıklarına girişerek, "yüksek toptan satış ücretleri" ile

[427] Pierce, **How Will**, s. 397-399.

[428] Fellmeth, s. 837-843.

"dondurulmuş perakende ücretler" arasında sıkışan utilityler adına elektrik satın almaya başladı. Bunun yanında, eyaletin elektrik iletim sistemini utilitylerden devralmak için bir takım planlar yürürlüğe konuldu. Eyalet Meclisi, utilitylerin üretim santrallerini elden çıkarmaya devam etmelerini engellerken, CPUC da perakende ücretlerinde belirli bir artışa onay verdi[429]. Bu onay, hem utilitylerin finansal sıkıntılarının hafifletilmesine hem de enerji tüketiminin 2001 yılında beklenmedik bir biçimde düşmesiyle sağlanan tasarrufun desteklenmesine yardımcı oldu. Bu arada, bir takım federal regülasyon etkileri de hissedilmeye başlandı. Bir süredir gösterdiği dirençten sonra, FERC, tedrici olarak, toptan satış fiyatları üzerinde önemli bir takım sınırlamalar getirdiği gibi Kaliforniya'daki üreticilerin, CAISO gerçek zamanlı enerji pazarında tarifesiz kapasitelerini kullanıma hazır halde bulundurmaları yönünde zorunluluklar getirdi. FERC, bunun yanında, üretim ünitesi değişken maliyetlerine dayalı olarak, üreticilerin CAISO'nun spot piyasasındaki tekliflerine belirli limitler koymuş ve nihayet, rekabetçi bir markette oluşabilecek fiyatların "taklit" edilmesi için "tadil edilmiş pazar denge fiyatları"nın üzerindeki spot satış fiyatlarının belirlenmesine yönelik etkili idari kararlar almıştır[430].

Bütün bunların sonucunda, "tüketicilerin tasarruf yapması ile azalan talep", "doğalgaz fiyatlarının düşmesi", "2001 yazının daha serin geçmesi",

---

[429] a.y.

[430] Bkz. San Diego Gas & Elec. Co. v. Sellers of Energy & Ancillary Serv. into Mkts. Operated by the Cal. Indep. Sys. Operator Corp. & the Cal. Power Exch., 96 F.E.R.C. P 61,120, at 61,499 (2001) (CAISO ve PX tarafından yürütülen işlemlerden kaynaklanan ödemelerin kapsam ve metodunun tespitine ilişkin); San Diego Gas & Elec. Co. v. Sellers of Energy & Ancillary Serv. into Mkts. Operated by the Cal. Indep. Sys. Operator Corp. & the Cal. Power Exch., 95 F.E.R.C. P 61,418, at 62,545 (2001) (Batı'daki spot piyasaları için iyileştirici düzenlemeler getirilmesine ilişkin); San Diego Gas & Elec. Co. v. Sellers of Energy & Ancillary Serv. into Mkts. Operated by the Cal. Indep. Sys. Operator & the Cal. Power Exch., 95 F.E.R.C. P 61,115, at 61,351 (2001) (piyasa önlem planının satıcılara hazırdaki elektriklerinin tümünü üretici sözleşmeleri vasıtasıyla alıcılara gerçek zamanlı olarak sunma zorunluluğu getirilmesine ilişkin); San Diego Gas & Elec. Co. v. Sellers of Energy & Ancillary Serv. into Mkts. Operated by the Cal. Indep. Sys. Operator & the Cal. Power Exch., 92 F.E.R.C. P 61,172, at 61,603 (2000). (Kaliforniya'daki bütün satıcılara fiyat tavanı uygulanmasına yönelik talebi reddetmesi ve "public utility"lerin enerji ve tali hizmet ücretlerinin makullüğünün sorgulanmasına yönelik inceleme yapılmasına ilişkin).

"FERC'in öngördüğü fiyat tadili programının üretim yapmayan jenatörlerin faaliyete geçirmesi ve üretim kapasitesinin artması" ile "eyalet tarafından imzalanan anlaşmalar ve hava emisyonu kontrol programındaki önemli değişiklikler" sayesinde elektrik fiyatları düşmüştür[431].

Kaliforniya Krizine etki eden olaylardan bir diğeri de Enron'un faaliyetleri ve bu faaliyetlerin ardından gelen çöküşüdür[432]. Küçük bir doğalgaz botu hattı şirketinden, elektriğe ilişkin vadeli işlemler piyasasında faaliyet gösteren, 60-70 milyar dolar sermayeli dev bir şirkete dönüşen Enron, iflasından önceki aşamada daha ziyade bir "hedge fon" haline gelmişti[433]. Bununla birlikte, Enron'un çöküşünü genel olarak enerji piyasası veya özelde hedge fonlarına doğrudan ilişkilendirmek pek doğru değildir. Söz konusu çöküş ile Kaliforniya krizinin bağlantısı, Enron'un uygulamalarının, tasarlanan deregülasyon politikasının "açıklarını" gözler önüne sermesinde yatmaktadır[434]. Kaliforniya'nın hatalı deregülasyon yöntemi, Enron'un ve onun kadar olmasa da diğer bazı şirketlerin, toptan ve perakende satış piyasasını milyonlarca dolara mal olacak seviyede manipüle etmelerine olanak sağlamıştır[435].

Enron'un manipülatif uygulamalarının en baskın karakterli olanı, "wash trades" adı verilen çift yönlü alış-veriştir. Söz konusu uygulama elektrik piyasasında işlem yapan bir şirketin diğerine elektrik satmasıyla

---

[431] Cudahy, **Electric**, s. 351-354.

[432] Bkz. Richard D. Cudahy, William D. Henderson, "From Insull to Enron: Corporate (Re) Regulation After The Rise and Fall of Two Energy Icons", **26 Energy L.J.** 35 (2005).

[433] Aslında Enron, enerji piyasasında işlem ve pazarlama yapma rolü bakımından tam da deregüle edilmiş elektrik piyasasının ihtiyacı olan bir niteliğe sahipti. Buna karşılık, iflası ile geçirdiği adli ve idari soruşturmalar sonucunda bu rolü gereği gibi yerine getirememiştir. Elektrik sektöründe anlık talepler anlık arza ihtiyaç gösterdiğinden bu arzı temin edecek belirli mekanizmaların bulunması gereklidir. Geleneksel regülasyon sisteminde, yerel utility, talebi karşılamak için yeterli rezervi bulundurmaktadır. Buna karşılık başından beri regüle edilmeyen veya önceleri regüle edilip de sonradan deregüle edilmiş piyasalarda, tüketiciler kendilerini vadeli işlem sözleşmeleri (future contracts) veya alternatif enerji ile güvence altına almaktadır. Enron, vadeli işlem sözleşmeleri alıp satarak elektrik piyasasının oluşumuna yardım etmiştir. Bkz. Tomain & Cudahy, **Energy Law**, 289-290.

[434] Pierce, Completing the Process, s. 476.

[435] **a.e.**, s. 472-476.

başlamakta, bu satış ile eşzamanlı olarak diğer şirket de aynı elektriği, aynı fiyattan ilk şirkete satmaktadır[436]. Bu tip işlemlerin iki önemli etkisi bulunmaktadır. Birincisi, piyasa hareketi olarak işlem yapma görüntüsü vermesi, ikincisi de, defterlerine kaydedilen işlemlerin sayısının artmasını sağlayarak şirketi finansal yönden gerçekte olduğundan daha iyi göstermesidir. Oysa, her iki etki de herhangi bir finansal temelden yoksundu. Şüphesiz, Enron'un Kaliforniya'nın deregülasyon düzenlemelerini istismar ettiği hileli yöntemler bundan ibaret değildi. Örneğin, şirket, elektrik şişkinliğinin olduğu bölgelerden eyalet dışına satış yaptığında, bu şişkinliği gidermesinden ötürü belirli bir ödemeyi hak kazandığından, kâğıt üzerinde yaptığı işlemler sayesinde gerçekte herhangi bir aktarma yapmadığı halde, gelir elde ediyordu. Bir başka strateji ise, hem Kaliforniyalı tüketicileri hem de diğer batı eyaletlerindeki elektrik piyasasını olumsuz yönde etkileyen tavan fiyat uygulamasının istismarı idi. Enron, tavan fiyat olan 250 dolardan aldığı elektriği, böyle bir sınırlamaya yer vermeyen ve elektrik kıtlığı yaşayan diğer deregüle edilmiş eyaletlere 1.200 dolardan satabiliyordu. Şirket, Kaliforniya elektriğini diğer eyaletlere ihraç etmekle zaten sınırlı olan rezervleri azaltıyordu.

FERC bu durumun farkına varınca, 2003 yılının mart ayında yayınladığı Raporla, 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin olarak Enron ve diğer şirketler tarafından belirgin Piyasa manüpilasyonları yapıldığına, söz konusu şirketlerin Kaliforniya ISO ve PX tarifelerine ilişkin kurallara aykırı tutum ve davranışlarda bulunulduğuna karar vermiştir.[437] Komisyon, bu karardan bir müddet sonra da Enron iştiraki şirketlerin piyasa endeksli satış yapmalarına ilişkin izinleri kaldırmıştır[438].

Enron tarafından gerçekleştirilen, bu ve benzeri piyasa istismarları neticesinde yatırımcılar milyarlarca dolar kaybedince enerji piyasasında

[436] Belirtilen uygulamalar nedeniyle, Amerikan Sermaye Piyasası Kurulu (SEC) bu tür işlem yapan brokerlar hakkında soruşturma başlatmışsa da, regüle edilmeyen piyasada yapılan uygulamaları hukuka aykırı kılacak bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bkz. Jonathan Falk, "Substituting Outrage for Thought: The Enron "Smoking Gun" Memos", **15 Elec. J.** 13, 18-22 (2002).

[437] Final Report on Price Manipulation in Western Energy Markets: Fact Finding Investigation of Potential Manipulation of Electric and Natural Gas Prices, Docket No. PA02-2-000 (March 26, 2003).

[438] Enron Power Marketing, Inc., 103 FERC P 61,343 (2003).

işlem yapmanın nasıl kurgulanacağı sorusu gündeme gelmiştir. Gelinen noktada, rekabetçi bir piyasada, elektriğin ticari işlemlere konu edilmesinin kaçınılmaz olduğu genelde kabul edilmiş, asıl tereddüt söz konusu işlemlerin hangi oranda regülasyona tabi olması gerektiği konusunda yaşanmıştır. Neticede, FERC, Kaliforniya Krizi esnasında Enron ve diğer bazı şirketler tarafından yapılan manipülasyonlara son vermek amacıyla 2003 tarihli bir talimatname çıkarmış[439] ve bir takım piyasa davranışlarına yasak getirmek zorunda kalmıştır.

Sonuç olarak, Enron'un manipülatif işlemlerinin de kuvvetlendirdiği kriz neticesinde, Kaliforniya büyük bir mali hasar görmüş, yeniden yapılandırmada düşülen hata nedeniyle Kaliforniya halkı tarafından ödenen toplam maliyet o güne kadarki bütün kamu satın almaları ve rüşvet skandallarının topluma yüklediği maliyetin üstüne çıkmıştır[440]. Kaliforniya sakinleri, kötü bir şekilde tasarlanmış deregülasyon planı nedeniyle uzun bir müddet kabarık elektrik faturaları ödemeye mahkûm edilmişlerdir.

d. Elektrik Sektöründeki Deregülasyonun Sınırları

Yeni bir yüzyıla girdikten sonra, yeni "eğilim" enerji politikasını petrol fiyatları, global çevre sorunları, terörizm ve uluslararası piyasalara ilişkin olgular üzerine inşa etmektir. Bugün artık, geleneksel model her bir alandaki gelişmeye ayak uydurmakta zorluk çekmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde, söz konusu modelin yeterince verimli olmadığına ve maliyetli bir hale geldiğine ilişkin önemli kuşkular bulunmaktadır. Petrolün en büyük ithalatçısı olan ülkenin, geleneksel modeli olan kömüre dayalı elektrik üretimi çevreye önemli ölçüde zarar vermekte, güvenliği tehdit edici riskler taşımaktadır[441]. Bütün bu faktörler yapısal bir değişiklik ihtiyacına işaret etmektedir. Bu düşünceler sayesinde, deregülasyon, Kaliforniya skandalıyla tanışmadan önce büyük bir kredi kazanmıştı. Bugün ise, hala cevabı net olarak verilemeyen bir soru ile karşı karşıyayız: Deregülasyon nereye kadar gitmeli, sınır ve kapsamı ne olmalıdır? Kanaatimce, A.B.D. elektrik sektörünün, yakın gelecekte, tam olarak deregüle

[439] Order Amending Marked-Based Tariffs and Authorizations, 105 FERC 61,218 (2003).

[440] Fellmeth, s. 860.

[441] Shapiro & Tomain, s. 515-516.

edilebilmesi olasılığı, aşağıda sıralanan belirli bir takım nedenlerden ötürü, yüksek gözükmemektedir.

Deregülasyonu engelleyen nedenlerin başında, elektrik enerjisinin tamamen deregüle edilmiş, rekabetçi bir piyasaya uygun olmayan karakteristik özellikleri gelmektedir[442]. Elektrik, deregülayona tabi diğer sektörlerden farklı bir nitelik arzetmektedir. Diğer bir ifadeyle, elektrik endüstrisi, diğer sektörlere göre deregülasyona tabi tutmayı zorlaştıran "sui generis" özelliklere sahiptir. Modern yaşam için vazgeçilmez nitelikte olan elektriğin çok az sayıda "makul" alternatifi bulunmaktadır.[443] Elektrik talebi zamansal bakımdan önemli ölçüde değişkendir. Elastik olmayan talep eğrisi, tüketicileri kıtlık zamanında veya piyasa hâkimiyetinin söz konusu olduğu durumlarda fiyat artışlarına karşı hassas kılmaktadır. Elektriği "farklı" kılan özelliklerinden bir diğeri de bugünkü mühendislik koşullarında depolanmasının mümkün olmaması ve bir kere üretildikten sonra gidiş yolunun kesin bir şekilde kontrol edilememesidir. Voltaj düşmelerinin, elektrik kesintilerinin veya sistemden kaynaklanabilecek diğer aksaklıkların önüne geçilebilmesi için elektriğin, devamlı bir şekilde dengelenmek suretiyle[444] bir dizi bölgesel iletim şebekesinden (transmission grid) alınması veya üzerine ekleme yapılması gereklidir. Kaldı ki, iletim şebekelerinin eş zamanlı kullanımına ilişkin, döngü akışı ve tıkanıklık sorunları gibi dışşal faktörler de bulunmaktadır. Elektrik teminindeki süreçte iletim ve dağıtım hala doğal tekel olarak kabul edilmekte[445] ve bu da üretim aşaması ile yüksek seviyede bir koordinasyonu zorunlu kılmaktadır. Üretici ve dağıtımcılar arasındaki sürekli koordinasyon ihtiyacı, diğer piyasalarda söz konusu olmayan bir özellik olması itibariyle elektriğin deregülasyonunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir[446]. Buna ilaveten, elektriğin ikincil nitelikte bir enerji kaynağı olması, yani ancak, birincil nitelikteki kömür, doğalgaz, petrol (potansiyel) veya hidrolik, rüzgar (ki-

---

[442] Bununla birlikte, Pierce, elektriğin özelliklerinin rekabetçi bir piyasa ile uyulu olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Pierce, Completing the Process, s. 461.

[443] Pierce & Gellhorn, **Regulated Industries**, s. 364-378.

[444] a.y.

[445] Pierce, Completing the Process, s. 461.

[446] Harry First, "Regulated Deregulation: The New York Experience in Electric Utility Deregulation", **33 Loy. U. Chi. L.J**. 911, 930 (2002).

netik) ya da nükleer enerji gibi kaynaklardan çevrilerek elde edilebilmesi, bu nedenle fiyat ve tedarikinin söz konusu birincil kaynak piyasalarına sıkı bir şekilde bağlı olması da önemli bir faktördür. İşte elektrik alanındaki deregülasyonun aksamasının nedenlerinden biri de sektörün bağımlı olduğu bu piyasalarda kimi zaman oluşan kıtlıktır[447]. Kıtlık oluştuğunda deregülasyon rejiminde iki temel sorun ortaya çıkar: **1)** alıcının pazarlık gücü olmadığından "gerçek zamanlı" teklifler nedeniyle fiyatların yükselmesi; **2)** süregelen kararmalar ve diğer kesintiler[448].

Elektrik, tüketiciler için hayati nitelikte bir mal olduğundan bütün bu atmosfer regülasyona temel oluşturmaktaydı. Elektriğin karakteristik özellikleri fiyat regülasyonunun tek dayanağının "doğal tekel" yapısı olduğu ve şayet bu sektör yeni bir yapılandırma ile ayrıştırılsa özgürlüğüne kavuşan girişimciliğin ileriye dönük olarak endişe olmadan işleyebileceği yönündeki karineyi çürütüyordu. Regülasyona kıtlığın söz konusu olduğu durumlarda da ihtiyaç duyulabilirdi. Aslında, kolayca iddia edilebilir ki, kıtlık hiçbir sektöre elektriğe verdiği kadar zarar vermez[449].

Elektrik alanına yönelik regülasyon ve deregülasyon süreçlerinin karşılaştırmasında kilit kavramlardan biri hizmet sunma yükümlülüğüdür (obligation to serve). Belirli bir bölgede tekel imtiyazına sahip olan dikey bütünleşik utilityler, esasen İdare tarafından belirlenmiş hizmet alanlarının tümüne, ortak olarak regüle edilmiş bir yapı içinde ve belirli standarttaki faaliyet performansı ve güvenirliği ile hizmet sunma yükümlülüğü altındaydı[450]. Bu yükümlülük, ister istemez, söz konusu utilityler bakımından, faaliyette bulundukları alandaki tüketicilerin gelecekteki ihtiyaçlarına yönelik plan yapma ve bu ihtiyaçların karşılanabilmesi için sermaye ve yatırımlarını arttırma zorunluluğunu da içermektedir. Sonuçta, hizmetten yararlananlar, temel bir nitelik taşıyan bu sosyal ilkeden büyük yarar sağlamaktadır. Tamamen deregüle edilmiş, açık bir rekabetçi

---

[447] Robert C. Fellmeth, s. 829.

[448] **a.e.**, s. 866.

[449] a.y.

[450] Jim Rossi, "Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty to Serve?", **21 Energy L.J.** 27 (2000).

piyasa, sözü edilen ilkenin ihmale uğraması veya yatırımcıların çıkarları adına göz ardı edilmesi riskini de beraberinde getirmektedir.

Tamamen deregüle edilmiş bir ortamda, utility regülasyonu rejimindeki hizmet sunma yükümlülüğü bulunmayacağından, elektrik satın alınması kararı oldukça yüksek bir risk yaratabilir[451]. Elektrik üreticileri artık hizmet sunmakla yükümlü oldukları tüketicilerle bağlı olmayacağından, bunların yerini hisse sahipleri alabilir. Geleneksel sistemde, *"hizmet sağlama mecburiyeti, bir utility'e hizmet alanında tekel bahşedilmesi esasına dayanmakta idi. 'Retail wheeling' bu esası ortadan kaldırmıştır … eğer tüketici, hizmet alma zorunluluğuna tabi değilse, utility de hizmet sunma yükümlülüğüne tabi olmamalıdır. Bu yükümlülük bir defa ortadan kaldırılmışsa, artık utilitynin evrensel hizmet sağlaması için temel bir neden bulunmamaktadır*[452]." Şu halde, söz konusu hizmet sağlayıcılarının her talep edene hizmet sunmakla yükümlü tutulup tutulamayacağını sorusuna kolay yanıt verilememektedir. Böyle bir yükümlülük bulunmadıkça, elektrik üreticilerinin büyük endüstriyel tüketiciler gibi finansal bakımdan en "çekici" müşterileri ayırıp, kırsal alandaki konut sahipleri gibi küçük tüketicilere hizmet sunma konusunda pek de hevesli olmayacakları aşikârdır. Bu durumda, tüketiciler, üreticiler tarafından, belirli bir ayırım ve sınıflandırmaya tabi tutulacak ve bu nedenle büyük ve küçük tüketicilere farklı muamele edilecektir[453]. Nitekim konunun uzmanı bir bilim adamına göre, "*elektrik tedarikçileri ile müşterilerin birbirleriyle anlaşma yolunu seçmelerine olanak tanıyan, regüle edilmemiş bir sistem, üretici veya dağıtıcıların, düşük gelirli konut kullanıcıları gibi belirli sınıfta yer alan müşterilerine hiç bir şekilde hizmet sunmamayı tercih etmelerine veya verilen hizmeti 'perakende elektrik satış anlaşmaları'ndaki hükümler uyarınca istedikleri zaman kesebilmelerine olanak tanıyabilir*[454]*."*

---

[451] Dianne Philips, Elise Zoli, "Electrical Utility Deregulation: Possibilities and Probabilities", **Mass. Law. Weekly**, August 5, B5 (1996).

[452] Barbara James, "A Modest Proposal for Shaping a Reasonable New World", **8 Electricity J.**, 67,69 (1995).

[453] Philips & Zoli, s. B9.

[454] Jim Rossi, "The Common Law Duty to Serve' and Protection of Consumers in an Age of Competitive Retail Public Utility Restructuring", **51 Vand. L. Rev.** 1233, 1290 (1998).

Diğer birçok sektördeki deregülasyonda olduğu gibi, elektriğin deregülasyonunda da, "piyasa güçleri"nin, diğer bir ifadeyle serbest piyasa kurallarının rolü arttıkça, belirli tüketiciler için risk derecesi de artmaktadır. Regülasyon güvencesinin kaldırılması ile, sadece sınırlı bir piyasa gücüne sahip olan düşük gelirli veya kırsal alan kullanıcılarının, "hizmetin sübvanse edilmesinin yitirilmesi[455]", "tarife şokları" ve "sistem istikrarsızlığı[456]" gibi olumsuz etkilere maruz kalması son derece yüksek bir ihtimaldir. Bu etkileri azaltmak adına, çapraz destekleme suretiyle evrensel bir hizmet programının yaratılması ise elektrik fiyatlarını marjinal maliyete yakınlaştırmayı hedefleyen rekabet mekanizması ile bağdaşmamaktadır[457]. Bu nedenle, hizmet kesintileri ve karanlığa gömülme, piyasa gücünden yoksun olan küçük tüketicilerin, arzu edilmeyen kaderi olabilir.

Diğer hususların yanında, hizmet sunma yükümlülüğü ile sıkı bir bağlantı içindeki dikey entegrasyon, yeterli (tatminkar) "üretim ve iletimin" küçük tüketicilere sağlanmasının güvence altına alınması bakımından geleneksel bir teminat olarak görülmüştür. Aslında, krizin başlamasından önce, Kaliforniya'da üreticiler, üretim bakımından bu tür bir sorumluluk yüklenmemişlerdi ve mevcut ekonomik teşvikler de bu durumu değiştirmek için yeterli değildi. Sonuç olarak, üretim açığı kaçınılmaz bir şekilde fiyatların yükselmesi için baskı oluşturdu[458]. "*Belki, daha olgunlaşmış bir rekabetçi sistemde yeşerecek ekonomik teşvikler bu problemi ortadan kaldırabilecektir. Ancak, bunu sadece zaman gösterecektir*[459]."

Bugün, politika belirleyiciler sadece fiyat yükselişi ve oynaklıklarından kaynaklanan risklerle karşı karşıya değillerdir. Bunun yanında yakın

[455] Bütün tüketiciler aynı konumda olmadıklarından dolayı yakıt tüketimi döngüsü bir takım zorluklar barındırmaktadır. Özellikle, sanayi sektöründeki tüketiciler farklı tedarikçilerden uzun-dönem sözleşmeleri, spot piyasa işlemleri veya ileri tarihli işlemler ile yakıt temin etme yolunu tercih ettikleri halde, küçük tüketiciler ve konut aboneleri, "fiyatlama" ve "güvenilirlik" problemleriyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Geleneksel ücret belirleme yönteminde, bu tüketiciler söz konusu ücretleri düşüren çapraz-sübvansiyondan yararlanan taraftır." Shapiro & Tomain, **Rethinking**, s. 515.

[456] a.y.

[457] Joseph D. Kearney, Thomas W. Merrill, "The Great Transformation of Regulated Industries Law", **98 Colum. L. Rev.** 1323, 1346, (1998).

[458] Bkz. Cudahy, **Electric**, s. 358-359.

[459] **a.e.**, s. 359.

gelecekte bizi bekleyen başka tehlikeler de mevcuttur. Kaldı ki, üretime ve yakıt çeşitliliğindeki yetersizliğe ilişkin riskler de kaygı verici bir şekilde artmaktadır. Mevcut enerji teknolojileri maksimize edilmiş durumda olmadığından, enerji standartlarının yükseltilmesi için yeni enerji politikalarının üretilmesi zorunludur. Bugün hala, birçok yenilenebilir enerji kaynağı, maliyet (düşüklüğü) bakımından fosil yakıtları ile yarışabilecek durumda değildir. Yine de bu tür kaynaklar dikkate değer nitelikte olup, çağdaş enerji anlayışının bir parçasıdır. Dünyada, gelecek otuz yıl içinde enerji tüketimi hızla arttıkça fosil yakıtları tedariki talebi karşılamaya yetmeyecektir. Kaynakların çeşitlenmesi, geleceğe yönelik bu tür kaygıları hafifletebilir. Tarih, yakıt tercihlerine ilişkin olarak bir şeyler öğretmişse, o da bu konuda tahmin yürütmenin son derece riskli olduğudur[460]. Belirsizlik, deregülasyonun avantajlarına ilişkin iyimser tahminleri yanlış çıkarabilmektedir. Hiç kuşku yok ki, elektrik sektörü geleceğe ilişkin öngörülemeyen risklere karşı üretim kaynak ve yöntemlerini çeşitlendirmeye ve fosil yakıt kullanmayan üretimi (non-fossil fuel generation) geliştirmeye ihtiyaç duymaktadır[461].

Amerikan hukuk ve ekonomi doktrininde birçok bilim adamı elektrik gibi "kritik" bir sektörün piyasanın kendi güç ve kurallarına bırakılmasının, söz konusu gücün sektörü yönlendiren bütün faktörleri barındırmamasından ötürü, riskli olacağına işaret etmektedir. Örneğin, bu alanda bir çok değerli eser vermiş bir yazara göre *"bir çok endüstri öngörülemeyen gelecek bakımından risk taşır … ancak hiçbir endüstri, özellikle ekonomi ve ulusal güvenlik bakımından muazzam bir sermaye yatırımına dayalı elektrik kadar önemli olamaz[462]."* Yakıt fiyatları gibi piyasa faktörlerinin, piyasanın kendisinin belirleyemediği politik tesirlere karşı duyarlı olması nedeniyle, bugün için en ucuz nitelikteki bir yakıt türü, dünya ticaretindeki gelişmelere bağlı olarak, makul olmayan biçimde pahalı olabilir veya temin edilemeyebilir. Aynı şekilde, belirli bir elektrik santrali diğerinden daha verimli olsa da bu verimlilik çevre, ulusal güvenlik veya piyasa tarafından

---

[460] Richard Cudahy, "PURPA: The Intersection of Competition and Regulatory Policy", **16 Energy L. J.** 419,426 (1995).

[461] **a.e.,** s. 420.

[462] Richard Cudahy, "The Choice of Fuel in Competetive Generation", **Pub. Util. Fort**, June 15, 31, 34 (1995).

nüfuz edilemeyen başka meselelerden kaynaklanabilir[463]. Bu nedenle, bu derecede hassas bir sektör, yalnızca kendi faaliyet alanları ile sınırlanmış durumda olan piyasa güçlerinin inisiyatifine terk edilemez. Şu halde, rekabetin "teorik" esaslarının, regülasyonla geleneksel olarak korunan bazı ekonomik ve sosyal değerlerin önüne geçmesine izin verilmemelidir.

Bir bilim adamının da belirttiği gibi "ekonomik verimlilik, kamu güvenliği, sağlığı ve sosyal uyum gibi konuların hepsi sürekli ve tatminkâr bir şekilde yani güvenilebilecek nitelikte elektrik arzına bağlıdır… (G) üvenilirlik, elektrik sektörünü yeniden yapılandırmaya yönelik her politikanın olmazsa olmaz ("sine qua non) şartı olmalıdır[464]." Amerika Birleşik Devletlerinin ulusal elektrik üretim ve dağıtım sisteminin "güvenilirliği", büyük bir ölçüde, regüle edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan birçok bilim adamı, bugün için, tamamen deregüle edilmiş bir elektrik sektörünün aynı güvenceyi verebilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Sonuç olarak, elektrik hizmetinin güvenirliğinin devam edip edemeyeceği konusu şüpheye açıktır[465].

Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalette, elektrik deregülasyonu umulanın ve vaat edilenin aksine, maliyet ve fiyatlarda düşmeye değil perakende fiyatların yükselişine sahne olmuştur. Toptan elektrik satışı sektörünün deregülasyonu, elektriğin fiziksel ve teknik özellikleri ile üretim ve dağıtımın kalıtsal yapılarıyla bağlantılı olarak önemli piyasa kusurları ortaya çıkarmıştır. Elektrik piyasası henüz tam anlamıyla olgunlaşmadığından, yapısal noksanlıkları yalnızca kademeli ve gayretli bir regülasyon denetimi ve stratejik müdahalelerle giderilebilir. Birçok bölgede, 1999-2001 yılları arasında endüstriyel perakende fiyatları %25 veya daha üzerinde bir oranda artmış ve uzun bir süre düşme ivmesi de

---

[463] **a.e.**, s. 35.

[464] Frank Clemente, The Dark Side Of Deregulation, **Pub. Util. Fort**, May 15, 13 (1996) .

[465] Günümüz elektrik sektöründe meydan gelen yapısal ve işlevsel değişiklikler "güvenilirlik rejimi"ni zedelemektedir. Bu durum "2003 Karartması"nın (2003 Blackout) başlıca nedenlerinden biri olmuş ve bu Karartma da 2005 tarihli Enerji Politikası Kanunda "güvenilirlik standartları" adını taşıyan önemli bir düzenlemeye yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Yeni bir güvenilirlik standardı müessesesi yaratan düzenleme, elektrik utilitylerinin ve diğer şirketlerin federal hukuk çatısı altında yürütülen bu standartlara uymasını zorunlu kılmıştır.

kazanmamıştır[466]. Buna ilaveten, geçmiş yıllar boyunca Ortabatı, Kaliforniya ve bunlar kadar olmasa da New York'ta toptan satış fiyatlarında fırlamalar olduğu belgelenmiştir[467]. Bugün, deregüle edilmiş eyaletlerde oturanlar deregüle edilmemiş 27 eyalette oturanlardan daha fazla elektrik ücreti ödemektedirler[468]. Birçok eyalette deregülasyon hareketi piyasa hâkimiyetinin artması ve rekabete aykırı fiyat artışlarıyla sonuçlanmıştır. Kaliforniya ve diğer bazı eyaletlerdeki piyasa kuralları, önemi bir piyasa pazarına sahip olan bireysel satıcılara, stratejik olarak, üretim kapasitesini durdurmak suretiyle fiyatları tek taraflı arttırma izni vermiştir[469]. Piyasa gücünün kötüye kullanılması, deregüle edilmiş piyasa için kilit teşkil eden prensip ve kurumların yetersiz bir şekilde tasarlandığını ve belirli bir takım kuralların tasarlanmasında hataya düşüldüğünü göstermektedir[470]. Açıkçası, bütün bu göstergeler, sağlıklı yöntemin, elektrik piyasasının kontrol edilebilmesi için fiyat tavanlarının önceden belirlendiği[471] ve rekabet ile doğrudan regülasyonun bir arada yer aldığı "karma" ("hybrid") bir model oluşturulmasıyla[472] elde edilebileceğine işaret etmektedir.

Günümüzde, bazı bilim adamları, piyasa-denge fiyatının (market-clearing price) oluşturulabilmesi ve yatım teşviki için, devletin piyasa düzenine müdahale etmemesi gerektiğini ileri sürse de[473], bu savlar Kaliforniya Krizinin reçetesini temin edememektedir. *"Toplum regülasyonun kendisini karanlıkta kalmaktan ve fiyat fırlamalarından koruyacağını bilmekte ve Kaliforniya'daki olaylar, tüketicilerin, piyasa sıkıntı yarattığında zorlayıcı tedbirler alınmasını talep ettiğini göstermektedir[474]."* Bütün bunlar, kararların daha ziyade piyasaya bırakıldığı deregüle edilmiş ortamda dahi merkezi bir planlamaya ihtiyaç olabileceği gerçeğini gözler önüne

[466] Energy Information Administration http://www.eia.doe.gov/cneaf/electricity/esr/esr_sum.html

[467] a.y.

[468] a.y.

[469] Pierce, **Completing**, s. 470-474.

[470] **a.e.**, s. 475-477.

[471] Bkz. Frank A. Wolak, Price-Cap Regulation and Its Use in Newly Privatized Industries, 3 ftp://zia.stanford.edu/pub/papers/oxford.pdf

[472] Cudahy, **Electric**, s. 363.

[473] Pierce, **How Will**, s. 406-408.

[474] Cudahy, **Electric**, s. 354.

sermektedir. Kimi zaman belirli piyasalar, asgari düzeyde de olsa idari düzenleme ve uygulamalara ihtiyaç göstermektedir. "Serbest piyasa" terimi tamamen özgür ve otomatik bir ticari faaliyet anlamına gelmemektedir. *"Bu nedenle, elektrik sektöründeki yatırımcılar, fiyat tavanlarının vatandaşlar tarafından talep edilebileceğini göz önünde tutmalı, elektrik üreticileri de piyasa getirileri ne olursa olsun öncelikle güvenilirliğin sağlanmasının zorunlu olduğunun bilincinde olmalıdır*[475]*."*

Elektriğin depolanması mümkün olmadığından ve piyasaya giriş de zaman aldığından, iyi tasarlanmış bir piyasada bile spot piyasalar her zaman "oynak" (volatile) durumda olacaktır. Şayet, perakende müşterileri bu oynaklıktan uzakta tutulurlarsa bu defa piyasa arzu edildiği gibi işlemeyecek ve yeniden yapılandırmanın vaat ettiği uzun dönem faydaları elde edilmeyecektir. Eyaletlerin bu tür bir fiyat ortamı ile başa çıkıp çıkamayacakları şüphelidir. Normal koşullarda, rekabetçi bir piyasada, toptan satış fiyatları artarsa, utilitylerin perakende fiyatları da buna tepki verecektir. Bu durum Kaliforniya'da gerçekleştiğinde, tüketicilerin yüksek perakende fiyatlarından hoşnut olmaması, Yönetimi, ilgili hizmet bölgelerinde perakende satış tarife tavanları tanzim etmeye sevk etmiştir. Belirtmek gerekir ki, Kaliforniya'dakine benzer bir uygulamada, özellikle mesken kullanıcılarının, daha iyi tasarlanmış bir piyasada bile, eskiye nazaran daha düşük seviyeli olsa da, fiyat artışlarını tolere edip edemeyecekleri belirsizdir. Bu yükselişleri tolere etseler bile endüstriyel müşterilerin ödediği ücretler ile kendilerinin ödediği arasındaki farkı kabul edecekler midir? Kabul ederlerse, bu durumda, kıtlık zamanlarındaki piyasa gücünün etkilerine alışmak zorunda kalacaklardır. Etmezlerse, politikacılar için piyasa müdahale baskılarına dayanmak zor bir hale gelecektir.

Bütün bu meseleler, "adil ve makul" fiyat standardına sıkı sıkıya bağlıdır. Her ne kadar hem FERC[476] hem de mahkemeler[477], piyasa denge fiyatlarını "adil ve makul" olarak niteleseler de, elektrik kıtlıklarına

[475] **a.e.**, s. 354.

[476] Bkz. Nev. Sun-Peak Ltd. P'ship, 54 F.E.R.C. P 61,264, 61,769 (1991) (Diğer etkenlerin yanında, piyasaya tarafından belirlenen ücretlerin, hizmeti sağlayan veya iştirakleri tarafından piyasaya gücünün uygulanması yoluyla ortaya çıkmadığının kanıtlanması durumunda "adil" ve "makul" olarak kabul edilebileceğini" vurgulayan karar).

[477] Bkz. Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S. 591 (1944).

bağlı olarak ortaya çıkan fiyat artışları, toplumun "adil ve makul" olarak addettiği fiyatlamaya uygun bulunmamaktadır. Aslında, rekabetçi piyasa analizleri uyarınca, kıtlık, fiyatları artırıp satıcılara yüksek karlar getirdiğinde, piyasaya yeni satıcılar gireceğinden, fiyatlar rekabetçi oranlara gerileyecektir. Kıtlık perakende satışlarda fiyatları tırmandırdığında, toplum genelde şiddetli bir memnuniyetsizlik ve sabırsızlık gösterir. Açıkçası, toplum, "hakkaniyet"i sağlamak için, öteden beri hizmet maliyetine (cost of service) bağlı olarak uygulanan sistemden, piyasa kurallarına dayalı olana geçişi kabullenmekte pek gönüllü olmamaktadır. Elektrik piyasası, üretim açıklarına tepki vermek açısından pek donanımlı olmadığı gibi sert fiyat artışları ile "boğuşmaya" da pek alışık değildir. Aslında "etkili" olan, fakat toplum tarafından "adil ve makul" olarak algılanmayan elektrik fiyatları ile uğraşmanın zorluğu, deregülasyon için bundan sonra da devam edebilecek bir problem olarak gözükmektedir[478]. Elektriğin, tüketicilerin makul bir fiyat karşılığında yirmi-dört saat hazır ve kesintisiz olarak teminini bekledikleri bir altyapı endüstrisi[479] olması bu alanda deregülasyon adına atılacak her adımın tekrar tekrar gözden geçirilmesini gerektirmektedir.

Özet olarak, deregülasyon süreci, Kaliforniya fiyaskosundan önce çok küçümsenen ve birçok kişi tarafından iyi anlaşılamayan bir dizi tehlikeyi içinde barındırmaktadır. Şimdi ise bu tehlikeler daha iyi idrak edilebilmektedir. Hiç şüphe yok ki Kaliforniya Krizi, son derece olumsuz sonuçlara tanıklık edilen bir tecrübe olmuştur. Bununla birlikte, bu tecrübeden alınan dersler akılda tutulursa, gelecekteki yeniden yapılandırma gayretleri daha etkin sonuçlar verebilir. Kaliforniya Krizi, her ne kadar, elektrik sektörünün yeniden yapılandırılmasının mümkün olmadığı gibi bir varsayım yaratmamışsa da, politika yapanların iyi bir piyasa yapısı oluşturmak için en iyi stratejiyi seçmedikleri takdirde ne kadar tehlikeli bir maceraya sürüklenilebileceğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Diğer piyasalardan farklı ve vazgeçilmez nitelikte olan elektrik sektörü için, hemen herkesçe kabul edilen "misyon", makul fiyatlarla etkin ve güvenilir bir hizmet sağlamasıdır. Bu amaç, elektrik deregülasyonunu,

[478] Cudahy & Henderson, s. 106.

[479] Richard Cudahy, "Keynote Address- April 28 2004", **25 Energy L. J.** 270 (2004).

özellikle petrol ile doğalgazdaki talep, üretim ve fiyatların oynak olduğu bir zamanda son derece kritik bir süreç haline getirmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi elektrik deregülasyonu diğer sektörlerdeki deregülasyondan oldukça farklıdır. Elektriğin özellikleri tamamen deregüle edilmiş bir piyasa ile yeteri derecede uyumlu değildir. Elektriğin karakteristik özellikleri "güvenilirlik", "hizmet sunma yükümlülüğü", "kıtlık" ve "adil ve makul fiyat" gibi unsurlarla birleştiğinde, devlet müdahalesinin piyasanın etkin çalışmasını engelleyip deregülasyon ortamını bozduğu yönündeki tezleri zayıflatmaktadır.

A.B.D.'nin ulusal enerji politikası, geleneksel modelin yerini yeni bir sisteme bırakması gerektiğini açıkça göstermektedir. Bununla birlikte, birçok bilim adamı, yeniden tasarlanan bu modelde belirli bir oranda olmak kaydıyla devlet müdahalesine yer açılması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu bilim adamlarına göre, ideal model, serbest bir piyasayı andıran fakat kaçınılmaz olarak, gerektiğinde devletin kontrol ve müdahalesini de içeren "hibrid[480]" bir sistem olacaktır. Bu bağlamda, ideal model, göreceli olarak yoğun bir deregülasyon ile belirli bir yoğunlukta regülasyonu içinde barındıran bir "karışım" olabilir. Kaliforniya Krizi, başka bir alternatif bulunana kadar, ilgili idari mercilerin kontrol ve müdahale mekanizmaları[481] kullanmakta daha az tereddüt etmeleri gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmıştır.

Elektrik sektörünün yeniden yapılandırılması konusunda yaşanan aksaklıklar Amerikan Kongresini elektrik hizmetini olabildiğince rekabete açma sevdasından vazgeçirmese de, daha temkinli adımlar atmaya sevk etmiştir. Kongrenin, ülkenin ulusal enerji politikasında yeni stratejiler güdülmesi amacıyla çıkardığı 2005 tarihli Enerji Politikası Kanunu (Energy Policy Act of 2005[482]) bu yöndeki yasal düzenlemelere verilebilecek en önemli örnektir.

Kanunun öncelikli amacı, ulusal enerji altyapısı için ihtiyaç duyulan yatırımları desteklemek, aynı zamanda da enerji verimliliğini ve tasarrufunu teşvik etmektir. Yasa, bu amaca paralel olarak, elektrik alanında güvenilirliği artırmak, elektrik üretimi için farklı enerji kaynaklarının kullanımını

[480] Richard Cudahy, **Electric**, s. 363.

[481] a.y.

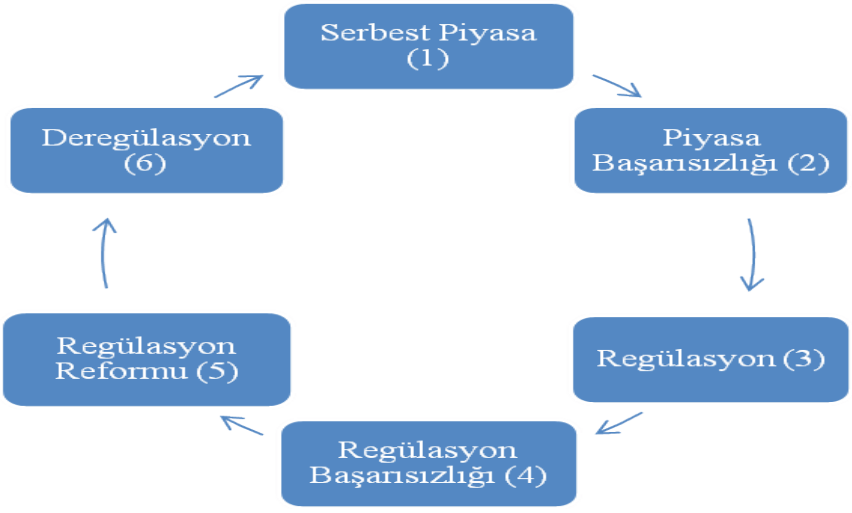
[482] Energy Policy Act of 2005, Pub. L. No. 109-59 (119 Stat. 594).

sağlamak ve bunun sonucunda da tüketicileri korumak gayesi gütmektedir. Amerikan elektrik sisteminin "güvenilirliği", özellikle Kaliforniya'da yaşanan kriz nedeniyle, Yasa'nın, yürürlüğü girdiği dönemde üzerinde en çok durulan meselelerden biri olmuştur. Kongre, bu konuyu, sektörde yer alan bütün aktörlere, elektrik güvenilirliğine ilişkin emredici düzenlemeler getirerek sağlıklı bir hale koymaya çalışmıştır. Bu doğrultuda, Yasa, güvenilirliğe yönelik standartlar ve kuralları uygulamak üzere, federal hukuk çatısı altında ve FERC'in gözetim ve denetiminde, "self-regülasyon" yapacak bir organizasyon oluşturulmasını öngörmektedir.

Enerji altyapısına ilişkin yatırımları teşvik etmek amacıyla PUHCA'nın kaldırılması ve public utlity alanındaki birleşme ve devralmaların önünün açılması gibi radikal değişikler de öngören 2005 tarihli Yasanın öngördüğü mekanizmaların işletilmesinden elde edilecek sonuçları sağlıklı bir şekilde analiz edebilmek için bir müddet daha beklemek gerekmektedir.

C. Değerlendirme

Şekil1: Ekonomik Regülasyon Döngüsü:



Yukarıdaki şekil, regülasyonun A.B.D.'deki döngüsünü göstermektedir. **(1).** aşama Amerikan ekonomik sisteminin "ideal" olarak gördüğü

ve ekonomik sektörler üzerinde devletin müdahalesinin bulunmadığı atmosferi yansıtmaktadır. Bununla birlikte çeşitli sebeplerden ötürü bu ideale ulaşmak güç olduğundan "kendi haline" bırakılan piyasa zamanla **(2).** aşamada bir takım başarısızlıklar (market failure) gösterebilir. Bu durumda, **(3).** aşamaya geçilerek devletin regülasyon faaliyetinde bulunmak suretiyle söz konusu piyasaya müdahale etmesine davetiye çıkarılmaktadır. Bununla birlikte her sektör farklı bir regülasyon yaklaşımına ihtiyaç gösterdiğinden İdare yanlış bir takım regülasyon "araç"ları kullanmış olabilir veya zaman içerisinde regülasyonu gerektiren sebepler ortadan kalktığı halde regülasyon tatbikatına devam ediliyor olabilir. Her iki durumda da **(4).** aşamadaki regülasyon başarısızlığı gündeme gelecektir. Devlet, bu tür bir başarısızlığa, altında yatan nedene göre, iki şekilde tepki verebilir. Ya, regülasyon reformu ile yanlış tercihten kaynaklanan başarısızlığı giderecek; ki bu takdirde **(5).** aşamaya geçecek ya da bu aşamayı atlayarak **(6).** aşamaya geçmek suretiyle söz konusu sektördeki müdahalesini kaldıracaktır.

Ne yazık ki bu döngü basit ve teorik bir niteliğe sahip olduğundan yukarıda yer verdiğimiz sektörlerdeki uygulamaların tatminkâr bir şekilde analiz edilmesine, bundan da önemlisi bunların Türkiye'ye yansımasını belirlemeye yetmemektedir. Bunun için, bu bölüme kadar incelenen "öykü" ve "örneklerden" yola çıkarak sözü edilen kavramın ekonomik kökenlerine inmek gereklidir.

18. ve 19. Yüzyıllarda geliştirilen ekonomik yaklaşım esasen piyasa ekonomisinin işleyişini açıklamaya dayalı bir temele oturmaktadır. Amerikan ekonomik sisteminin genel karakterini yansıtan bu yaklaşımın esası, belirleyici kararların, kendi kişisel çıkarlarını gözeten bireyler tarafından alındığı ve başka bir güç tarafından kontrol edilmeyen bir ekonominin, sonuçta toplumun menfaatine (veya kamu yararına) nasıl hizmet edebileceğini açıklamaktır. Bu tür bir sistemi kontrol veya koordine eden mekanizma ise fiyatların sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak bireylerin serbest iradesi ile belirlendiği "rekabetçi bir piyasa"dır. Adam Smith'in 1776'da kaleme aldığı ünlü eserinde belirttiği üzere, söz konusu piyasa bir yandan, kişisel çıkarını gözeten bireylere hizmet ederken diğer taraftan da görünmez bir el sayesinde, toplum yararını maksimize etmektedir.

Her ne kadar oldukça basite indirgenmiş olsa da, piyasa ekonomisine dayalı bu tür bir yaklaşım, Amerikan ekonomik sisteminin günümüzde de geçerliliğini sürdüren tercih ve görünümünü yansıtmaktadır.

Teorik olarak, piyasa ekonomisine dayalı bir ekonomik sistemde, rekabetin tesisi ve bu suretle hizmet veya ürünü satın alanların farklı tercihler yapma olanağı bulunacağından, sektörde faaliyette bulunan firmalar ister istemez daha verimli olacak ve bu firmaların gücü rakipleri tarafından sınırlandırılacak, böylelikle gücün tek bir firmada toplanması engellenecektir. Diğer yandan, doğal olarak, rekabetin her durumda kusursuz işlemeyeceği de kabul edilmektedir. Belirli bir malı üretenler veya belirli bir bölgede hizmet sunanlar, rekabet etmeyip, birlikte hareket etmek suretiyle üretimi kıstıkları takdirde kârlarını artırma yoluna gidebilecek, piyasa gücünü kullanan bir firma (ya da birtakım firmalar) rakiplerini saf dışı bırakmaya yönelik girişim ve uygulamalarda bulunabileceklerdir. Her iki durumda da tüketiciler rekabetin ekonomik verimliliği sağlayan zorlayıcı etkisinden yararlanamayacak, hizmeti birbiri ile yarışma içerisinde sunan firmalardan temin etme imkânına sahip olamayacaklardır. Rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bu gibi özel teşebbüs uygulamalarına engel olabilmek amacıyla devreye antitröst düzenlemeleri girmektedir. Bu gibi yasal düzenlemeler, kartelleşme, tekelleşme, ve bu yönde sonuçlar doğuran birleşmeler ile hileli bir takım tutum ve davranışları yasaklamak suretiyle, özel teşebbüsün ekonomik gücünün kullanımına sınırlamalar getirilmektedir.

Rekabetçi bir piyasa ekonomik verimliliği tesis etme fonksiyonunu yeterli derecede sağlıyor ise rekabetin korunmasına yönelik "antitröst" düzenlemeleri piyasa başarısızlıklarının ortaya çıkmasını önlemede yeterli olacaktır. Buna karşılık, piyasada meydana gelen aksaklıkların giderilmesi için, rekabet kurallarıyla getirilen müdahalenin yetmediği durumlarda kapsamlı bir regülasyona ihtiyaç duyulmaktadır. Bu tip regülasyon faaliyetinin amacı, rekabetin yerini almak değil, aksine serbest piyasanın varlığını devam ettirebilmesi için, (sınırlandırılmış bir hale getirilse de) sağlıklı bir şekilde işlemesine yardımcı olmak ve varlığını tehlikeye sokan aksaklıklarını gidermektir. Bu nedenle getirilen kurallar ve yapılan

müdahale çoğu durumda antitröst kurallarının yerine geçmemekte, onu desteklemektedir.

Çalışmanın başlarında da belirttiğimiz gibi, rekabet üzerine kurulu bir piyasanın bünyesine uymayan en azından iki ekonomik alan bulunmaktadır. Bunlardan birincisini, kaynakların dağılımına ilişkin kararların serbest piyasa yerine, politik aktörler tarafından alındığı "kamu girişimciliği" teşkil ederken, (diğer ülkelerin aksine Amerika Birleşik Devletlerinde geçmişten beri var olan) ikincisini ise özel girişimin sahip olduğu ve işlettiği ancak işleyişe ilişkin temel ekonomik kararların devletin doğrudan regülasyonuna tabi olduğu "public utility"ler oluşturmaktadır.

Devletin ekonomik alana müdahale etmesi yöntemleri içinde regülasyona alternatif olarak yer alan temel mekanizma kamusal girişimdir (public enterprise). Bu modelde üretim araçları devlet mülkiyetinde bulunmaktadır. Ülkemizde, devletin, kamu yararı amacıyla hizmet sunucu rolünü üstlenmesi neticesinde uzun bir süre yaygın bir uygulama alanı bulan bu rejim, Amerikan ekonomisinde, daha dar bir kapsamda, genellikle, hizmetten yararlananlara bölünemeyen veya sosyal nedenlerle bunların bazılarının dışarıda bırakılamadığı bir takım kamusal mal ve hizmetlerin temininde uygulanmaktadır. Ulusal savunma, güvenlik, yangından korunma, haşere ile mücadele, kamu radyo ve televizyonu, hava durumu tahmini bu tür özellikleri yansıtan kamusal mal veya hizmetlerdir.

Avrupa'daki yaygınlığın akisine, doğal tekellere yönelik hizmetlerin kamusal teşebbüsler eliyle sunulması da, A.B.D.'de, belirli istisnalar dışında tercih edilmeyen bir yöntemdir. Makul bir kârlılık ile kamu yararının bağdaştırıldığı bu alanda ilk zamanlardan beri özel teşebbüs (privately owned public utilities) faaliyette bulunmuş, regülasyon da bu faaliyete yoğun bir şekilde müdahale etmenin aracı olmuştur. Oysa ülkemizde doğal tekel karakteri yansıtan sektörlerin birçoğunda devlet, yakın zamana kadar, hizmeti sunma imtiyazını özel teşebbüse vermeden, girişimde bulunmuştur. Devleti doğal tekel alanlarındaki hizmeti sunmaya sevk eden "normatif teoriye" göre, hizmeti veren kuruluş özel sektörün elinde bulunmadığından kar maksimizasyonu gündeme gelmeyecek, kamu teşebbüsü doğal tekel sorumluluğunu taşırken sosyal esenliği maksimize

etmek (ve böylelikle kamu yararını sağlamak) üzere faaliyette bulunacaktır. Buna karşılık, Amerikan doktrininde, pozitif teoriyi savunanların büyük bir çoğunluğu, kamu teşebbüsünün gerçekte bu doğrultuda bir tutum ve davranış içinde olmayacağını iddia etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu ülkede, siyasal ve sosyal nedenlerin yanında, ekonomik bakımdan kamu teşebbüsü olgusuna sıcak bakılmamasının ardında, çeşitli sektörler bakımından karşılaştırmalı biçimde yapılan araştırmalardan, kamu işletmelerinin özel sektöre ait olanlara göre daha verimsiz olduğuna, özel teşebbüsün daha etkin üretim yaptığına işaret edenlerin dayanak olarak alınması yatmaktadır.

Türkiye'de 1980'lerden itibaren başlayan özelleştirme dalgasının altında da aynı ekonomik temellerin yattığı görülmektedir. Bu bakış açısına göre, devletin bir hizmeti bizzat vermesinin yerine özel sektörün regülasyona tabi tutulmasının tercih edilmesinin, yani kamusal teşebbüsün yerini regülasyona tabi özel teşebbüse bırakmasının nedeni, ikinci yöntemin üretim ve dağıtımdaki verimliliği birincisine oranla daha fazla sağlamasıdır. Bu gerekçenin yanına, özelleştirmeden beklenen gelir ve siyasal etkiler eklenince hukuka biçilen görev, yeni sistemi işletecek mekanizmalara yer açması olmuştur. İşte bu mekanizmaların başında da doğal tekel imtiyazını özel sektöre devretmek ve yeni imtiyaz sahibini regülasyona tabi tutmak gelmektedir.

Regülasyon kavramının Türk Hukukuna ithal edilmesinin ardından doğal tekeller alanındaki kamu hizmetlerinin değişim ve dönüşümü iki aşamada gerçekleşmiştir. Birinci aşamada, devlet bu tür kamu hizmetlerinin sunucusu rolünden arındırılmaya başlanmış, söz konusu hizmetler özel teşebbüse açılarak, özel hukuk kişilerine gördürülmeye başlanmıştır. İkinci aşamada ise doğal tekel özelliği kalmadığı düşünülen sektörlerin veya sektörel parçaların (örneğin elektrikte üretim ve satış) rekabete açılması gündeme gelmiş ve Türk Hukuk doktrini "deregülasyon" kavramı ile tanışmıştır.

Yeri gelmişken deregülasyon ile özelleştirmenin birbirinden farklı kavramlar olduğun altı çizmekte fayda vardır. Deregülasyon özel teşebbüs faaliyetlerine yönelik regülasyonun kaldırılması veya yoğunluğun azaltıl-

masıdır. Özelleştirme ise, **a)** kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin bu niteliğinin kaldırılması, yani kamu hizmeti olmaktan çıkarılması; **b)** kamu hizmeti niteliği devam eden faaliyetin emanet usulü ile görülmesine son verilmesi ve özel teşebbüse açılması; **c)** kamu malları satılmak suretiyle kamusal mülkiyete son verilmesi; anlamlarına gelmektedir[483].

Türk Hukukundaki regülasyon-deregülasyon süreci ile Amerikan uygulamasındaki sürecin hem benzer hem de birbirinden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Bir kere A.B.D.'de doğal tekeller alanındaki hizmet belirli bir takım istisnalar haricinde kamusal teşebbüs vasıtasıyla verilmediğinden, bizdeki gibi öncül bir özelleştirme programına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu gibi sektörlerdeki hizmetlerin, eskiden beri özel teşebbüs tarafından verildiği ülkede müdahale aracı hemen her zaman regülasyon olmuştur. Oysa bizde, devlet, uzun bir süre, bu tür hizmetleri "emanet" yöntemi ile görmeyi tercih etmiş, bu yöntemin verimli olmadığı, kamu yararı bakımından olumlu sonuçlar vermediğine inanılınca, faaliyet özel teşebbüse açılmıştır. Bununla birlikte, faaliyetin özel teşebbüse açılmasının "kamu hizmeti" niteliğini ortadan kaldırmadığı varsayıldığından, doğal tekel olduğu düşünülen alanlarda bu rejim, farklı bir yönteme geçilse de varlığını devam ettirmiş, ancak etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi için "regülasyon yaklaşımı"nın yardımına başvurulmuştur. Doğal tekel özelliği kalmadığı ve piyasa düzeninin "aksamadan" işleyeceğine inanılan alanlarda ise önce faaliyeti kamu hizmeti olmaktan çıkartan bir özelleştirme, ardından da kademeli bir deregülasyon süreci gündeme gelmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir piyasada rekabetin tesisi teorik olarak deregülasyon vasıtasıyla sağlanmaktadır. Ancak tekel yapısının kırılması zaman alan bir süreç olduğundan bir takım sektörlerde bu sürecin hazırlanması da, A.B.D.'de olduğu gibi regülasyon vasıtasıyla yapılmıştır. Diğer ifade ile aslında deregülasyona giden yol regülasyondan geçmiştir.

Türkiye'de telekomünikasyon sektörünün bazı segmentleri 2000'li yıllardan önce tam olmasa da rekabete açılmışken (ekipman piyasası 1980'lerin başı, katma değerli hizmetler 1994, mobil telefon 1998), bu

[483] Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. LVI, S. 1-4, s. 100-101.

sektörün önemli bir bölümü olan yerel telefon şebekesi ve ilgili altyapı, 2003 yılı sonuna kadar rekabete kapalı kalmıştır. Türk Telekom'un bu alandaki tekelinin 2004 yılı başında sona ermesiyle, telekomünikasyon sektörünün tüm segmentleri büyük bir oranda rekabete açılmıştır. Eski adıyla "Telekomünikasyon Kurumu", yeni adıyla "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu", ilgili AB düzenlemeleri ile uyumlu şekilde, serbestleşen piyasanın ihtiyaç duyduğu ikincil düzenlemeleri büyük ölçüde tamamlamıştır[484].

Sektörün rekabete açılması neticesinde devreye rekabetin korunmasına yönelik mekanizmalar girince, Rekabet Kurumu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurum'u arasında yetkilerin paylaşılması ve belirginleştirilmesi bakımından bir takım sorunlar baş göstermiştir. A.B.D.'de de örneklerine sık sık rastlanan bu sorunlar, aslında yalnızca sözü edilen iki kurum arasında yaşanmamaktadır. Bu tür sıkıntılar örneğin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile Sermaye Piyasası Kurulu veya Rekabet Kurumu arasında, hatta kimi zaman BİO'lar ile regülasyon faaliyeti yapan Bakanlıklar arasında da bulunabilmektedir. Birden fazla regülasyon idaresinin, farklı yasal düzenlemelere dayanarak aynı sektöre ilişkin faaliyette bulunması regülasyon yetkilerinin yarışmasına, hatta birbiriyle çakışan ya da açık olmayan yasal düzenlemeler sebebiyle, çatışmasına neden olmaktadır. Regülasyon kurumlarının verimliliğini azaltan bu gibi sakıncaların giderilmesi için, Merkezi İdarenin BİO'lar üzerindeki koordinasyon ve denetim yetkilerinin artırılmasına ve yasal düzenlemelerin daha sıkı bir şekilde çerçevelendirilmesine yönelik çözümler teklif edilse de, bu sefer, farklı amaçların bir arada yürütülmesi, diğer bir ifadeyle birden fazla kamu yararının birlikte gözetilmesi veya birbirini dengelemesine yönelik hedeflerin elde edilmesi güçleşmektedir. Bu bakımdan sözü edilen kurumların kimi zaman, bir araya gelerek, sektörde yer alan aktörlerin görüşlerini de almak suretiyle, regülasyon faaliyetine yönelik ortak çalışmalar yapmaları gerekmektedir.

---

[484] Bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), **Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Yayını, Ankara 2007, s. 59.

Elektrik Piyasasında regülasyon ve deregülasyon mekanizmalarının işlerlik kazanmaya başlaması 20.2.2001 tarihinde kabul edilen 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile başlamıştır. Yasa, elektik enerjisi piyasası oluşturulması ile ilgili düzenleme, denetleme ve uygulamalara yönelik hükümler içermektedir. Kanunla, önce Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuş, daha sonra 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile Kurum'un adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) olarak değiştirilmiştir. Elektrik sektöründeki mevzuatın amacının, özetle, doğal tekel niteliğindeki elektrik iletim ve dağıtım faaliyetlerini düzenlenmek ve elektrik üretimi ile toptan ve perakende satış piyasalarını rekabete açmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu alandaki özelleştirme ve deregülasyon faaliyetlerinin ana unsurlarının, bir yandan İdarenin, elektrik sektörünün iletim ve dağıtım haricindeki pazarlarındaki yatırımcı-hizmet sunucu rolüne son verilmesi, mülkiyetindeki tesisleri özelleştirmesi ve piyasayı rekabete hazırlaması diğer yandan da sorunsuz bir elektrik alanında güvenilirliği (reliability) sağlaması olduğu görülmektedir.

Ülkemizdeki "havacılık faaliyetleri" ise, 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve bu kapsamda yayımlanmış olan İdari ve Teknik Yönetmelikler ve Havacılık Talimatları çerçevesinde yürütülmektedir. 18 Kasım 2005 tarihine kadar Ulaştırma Bakanlığının Ana Hizmet Birimi olan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, söz konusu tarihte yürürlüğe giren 5431 sayılı "Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" ile merkezi Yönetim'den ayrılarak tüzel kişiliğe kavuşturulmuştur. Yasa, Genel Müdürlüğün Görevlerini düzenleyen 4. maddesi ile kuruma Sivil havacılık faaliyetlerinin "kamu yararına", ekonomik ve sosyal gelişmelere" ve "millî güvenlik amaçlarına" uygun olarak düzenlenmesi ve gelişmesini sağlamak amacıyla, Bakanlık tarafından oluşturulacak politikaları uygulama ve takip etme yetkisi vermektedir.

Son yıllarda, bölgesel hava alanlarına aktivite kazandırmak ve iç hat uçuşlarını cazip hale getirmek amacıyla başlatılan rekabet ve teşvik politikası çerçevesinde sektöre birçok yeni özel havayolu taşıyıcısı firma girmiş ve etkili bir rekabet ortamı yaratılmıştır. 2007 sonu itibariyle iç hatlarda özel sektörün payının % 42'ye ulaştığı belirtilmektedir[485]. Ülkemize sefer

[485] Bkz. http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/rekabet/Mustesar_RK_Acilis.pdf

düzenleyen yabancı havayollarının arasına, düşük maliyetli havayollarının (low cost carriers) da girmesiyle sektörde rekabet artmış bunun sonucunda yerli firmalar da operasyon ve maliyetlerini buna uyarlamaya çalışmışlardır[486].

Her üç sektörün ülkemizdeki regülasyon-deregülasyon sürecine bakıldığında A.B.D.'deki sektörler ile önemli ölçüde benzerlikler olduğu görülmektedir. Bunlardan, sektörün rekabete açılması konusunda en rahat ve en hızlı yol alabilen, hiçbir zaman doğal tekel özelliği göstermeyen havayolları olmuştur. Uçuş fiyatlarının düşmesi, sefer sayılarının ve seçeneklerinin artması kamu yararı bakımından deregülasyon sürecinden olumlu sonuçlar alındığının göstergesidir. Hizmet kalitesindeki düşme ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu tip sektörlerin deregülasyonunun kaçınılmaz sonucudur. Aynı anda her iki kamu yararının sağlanması mümkün olmadığından, üstün olanın tercih edilmesi doğaldır. Bu süreçte asıl önemli olan konu "havayolları güvenliği" olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda A.B.D. örneğinde gördüğümüz üzere, havayolları deregüle edildikçe, güvenlik alanındaki düzenlemelere daha fazla yer açılmakta ve daha yoğun bir regülasyona ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle, başta Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü olmak üzere ilgili makamların bu duruma duyarlı olmaları önem arz etmektedir.

Telekomünikasyon sektörünün regülasyonu ve deregülasyonu da kaynak ülkedekine benzer gelişmelere sahne olmuş, "mobil telefon" ve "uzak mesafe" hizmetlerinde oldukça hızlı yol alınmıştır. Buna karşılık yerel yerleşim alanlarındaki kablolu hat servisindeki rekabet nispeten yavaş ilerlemektedir[487].

Kanaatimce, bütün sektörler içinde, regülasyon-deregülasyon sürecinde A.B.D.'den ders alınması bakımından en çok öne çıkanı elektrik sektörüdür. İletim ve dağıtımın doğal tekel karakterini koruması nedeniyle, sektör bir taraftan yoğun bir regülasyona tabi tutulmakta, diğer taraftan ise üretim ve toptan satış pazarı deregüle edilmektedir. Bu parçalı yapıya, elektriğin yukarıda değinilen hassas karakteri eklendiğinde başa-

[486] a.y.

[487] a.y.

rısızlık riski yükselmektedir. Bu nedenle, özellikle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun regülasyon-deregülasyon politikasını şekillendirirken A.B.D.'de yaşanan olumsuz tecrübeleri dikkatle analiz etmesi ve aynı sıkıntıların yaşanmaması için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

Gerek geniş olarak ele alınan A.B.D. örneği gerekse kısaca özetlemeye çalıştığımız Türkiye uygulamaları, ekonomik sektörün regülasyonunun farklı şekillerde ve farklı yoğunlukta ortaya çıktığını, çeşitli sebeplerle deregülasyona gidildiğinde de her sektörün kendine özgü yapısı nedeniyle farklı bir takım hukuksal formüllerin üretildiğini göstermektedir. Diğer yandan, her ne kadar Amerikan ekonomisinin tanzimi "serbest piyasa" vaadine dayansa da, gerçekte hiçbir bir sektör idari regülasyondan bağışık durumda değildir. Kaldı ki, yukarıdaki incelemelerde yer verilen güvenlik regülasyonu ve evrensel hizmet regülasyonu gibi örnekler bir sektörün ne kadar deregülasyona tabi tutulmaya çalışılırsa çalışılsın, kamu yararı ve kamu düzeni gereklerinin belirli bir regülasyon alanının muhafaza edilmesini zorunlu tuttuğunu göstermektedir. O halde, **deregülasyon sürecinde İdarenin yetki ve sorumlulukları tamamen ortadan kalkmamakta, sofistike bir takım müdahale türlerinden, saf kolluk yetkisine dayalı müdahalelere geri dönülmektedir.**

Şüphesiz kamusal ekonomik politikaların yalnızca ekonomik yaklaşımlar üzerine temellendirilmesi mümkün değildir. Ekonomik politika ve enstrümanlar sonuçta hak, adalet, refah, ulusal kalkınma gibi "değerler" manzumesine verilen anlam ve ağırlığa göre formüle edilmektedir. Bu bakımdan devletin tatbik ettiği ekonomik politikalar, sosyal, siyasi ve hatta etik değerlere ilişkin farklı tercih ve yaklaşımların etkisi ile ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, ekonomi bilimi, Yasama, Yürütme ve Yargı organlarına, ekonomik politikaların hukuksal çerçeveye oturtulması, yürütülmesi ve denetlenmesi aşamasında yol gösterici olmaktadır. Hiç şüphesiz bu rehberlik, benimsenen ekonomik sistemin liberalizm, sosyalizm veya başka bir tercih olmasına göre farklı etkiler yapmaktadır.

Konuyu kapatmadan önce Türk Hukukunda fazla tartışılmayan bir konuya, sosyal alandaki regülasyonun ekonomik regülasyondan farkına

ve bu alanda deregülasyona gidil(e)memesinin gerekçelerine değinmek faydalı olacaktır.

A.B.D.'de, 1970'lerdeki deregülasyon dalgasına denk düşen zamanda, kamu yararı bakımından artan endişelere karşılık olarak, çevre, genel sağlık ve güvenlik alanında birçok düzenleme getirilmiştir. Bu bağlamda, risk ve çevre politikası alanında geniş yetkilere sahip olan yeni bir takım regülasyon idareleri kurulmuş, bunlardan bazıları bireylerin maruz kaldığı risklere ilişkin faaliyette bulunurken diğerleri doğal kaynaklara yönelik tehlikelere odaklanmıştır.

Bu tür regülasyon faaliyeti, içinde barındırdığı farklı yapı ve gayeler nedeniyle genellikle "sosyal regülasyon" adıyla anılmaya başlamıştır. Aslında "sosyal regülasyon" terimi yanıltıcı bir sınıflandırma olarak algılanabilir. Temelde, bütün regülasyon modelleri hem sosyal hem de ekonomik işlev ve etkilere sahiptir. Kaldı ki, ulaştırma sektöründeki güvenlik regülasyonu gibi bazı durumlarda, her iki türün birbirleri ile örtüşmesi, iç içe geçmesi de gündeme gelebilir. Ancak yine de her iki konu arasında önemli bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Ekonomik regülasyon, genellikle, piyasa, piyasaya giriş-çıkış, ücret ve tarifeler, hizmet sunma yükümlülüğü, tekel gücünün kontrolü ve aşırı rekabet gibi kavramlara yönelmiştir[488]. Sosyal regülasyon ise, ekonomik regülasyonun aksine, ekonomik verimliliğin temel kriter olarak ele alınmadığı, belirli bir takım üretim özelliklerini etkilemeyi amaçlamaktadır[489]. Bu tür regülasyon çoğunlukla ekonominin birçok sektörü ile kesişen, "çevresel sorunlar", "işçi sağlığı-işyeri güvenliği" ve "tüketicinin korunması" gibi konulara özgülenmektedir.

Her iki kategorideki regülasyon faaliyetinin çıkış noktaları oldukça önemli farklılıklar gösterir. Ekonomik alanda, regülasyon istikrar ve verimliliği arttırmaya yöneldiğinden, belirli bir oranda da olsa, ilgili sektörlerde faaliyet gösteren aktörler tarafından desteklenmiştir. Sosyal regülasyon ise belirli sosyal problemlerin ağırlığını azaltmayı amaçladığından ilgili sektörlere önemli maliyetler yüklemiştir. Bu nedenle, bu

[488] Crandall, An End to Economic Regulation, s.162-163.

[489] Bkz. William Lilley and James C. Miller, "The New Social Regulation", **The Public Interest**, Spring, No.47, 53-54 (1977).

yeni tür regülasyonun amaçları ve bunlara uyum sağlamanın yüksek maliyeti, regülasyona tabi sektörler ile regülasyon idareleri arasında, eski tip regülasyonda var olan karşılıklı destek ilişkisinden farklı, menfaatlerin uyuşmadığı bir durum ortaya çıkarmıştır.

İki konu arasındaki diğer bir farklılık ise toplumun her iki regülasyon modeline bakış açısında yatmaktadır. Yapılan araştırmalar, bireylerin sosyal regülasyonla konusunda, ekonomik regülasyona oranla çok daha yakından ilgili oldukları ve sosyal regülasyon stratejilerini yoğun bir şekilde destekliklerini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, ekonomik alanlardaki deregülasyon konusunda fazla bir reaksiyon göstermeyen hatta yerine göre bu süreci destekleyen toplum, sosyal regülasyonun kaldırılması yönündeki çabalara son derece sert tepkiler verebilmektedir[490].

Deregülasyon politikasına yönelik eğilimler, verimlilik ve kaynakların adil dağılımı anlayışı içinde kamu yararı ve sosyal amaçlar bakımından piyasaya dayalı sisteme dönüş niteliği taşımaktadır. Böyle bir yaklaşımın "belirli" sektörlere yönelik olarak olumlu algılanması mümkünse de, çevrenin korunması, sağlık ve güvenlik regülasyonu alanlarında aynı kabulü görmesi pek olası değildir. Nitekim, bazı yazarlar, toplum ve çevrenin korunmasının devlet için sosyal bir yükümlülük olmasından ötürü, çevrenin kirlenmesi gibi bazı risklere, ekonomik temellere dayalı bir fayda-maliyet analizi ile yaklaşılmasını doğru bulmamaktadırlar[491].

Piyasanın doğal yapısı, toplumun sosyal bakımdan bugünkü refah durumunu geliştirmek bir yana, sürdürebilmek bakımından bile, çevre, sağlık ve güvenlik gibi konularda kamu menfaati sağlamayı mümkün kılmamaktadır[492]. Piyasa başarısızlığının karakteristik nitelikleri, bu alanlar-

[490] **a.e.**, s. 13.

[491] Mark Sagoff, **The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment**, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, s. 2-3.

[492] Toplumun sosyal değerlerini etkileyen alanlarda belirli bir hukuk ve politika oluşturulurken özel tercih veya çıkarların dayanak alınmasına şüpheyle bakılmıştır. Bu kapsamda, serbest piyasaya dayalı çevrecilik anlayışının, bireylerin özel çıkarlarını gözeterek yaptığı tercihlerin, toplumsal tercihlerden farklı olduğu gerçeği karşısında, çevreyi korumaya yetmeyeceği düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle, piyasa tercihi, bireysel menfaatlerin bir araya gelmesi ile oluşturulduğundan, deregülasyonun, ekonomik alandan farklı olarak sosyal alanda faydalı sonuçlar doğurmayacağı görüşü ağırlıktadır. Benzer bir

da regülasyonu kaçınılmaz kılmaktadır. Nitekim ekonomistler de risk ve çevresel koşulları, eksik bilgilendirme ve dışsallıklardaki başarısızlıkların belirgin örnekleri olarak kullanmaktadır.

Ekonomik deregülasyon gerçekleştiğinde, "antitröst" hukuku, firmaların birbirleri arasındaki rekabeti çeşitli yollarla ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetleri engelleyici mekanizma olarak regülasyonun yerine ikame edilmektedir. Eğer antitröst hukukuna yüklenen bu misyon etkin bir şekilde işlerliğe kavuşturulabilirse, bir çok ekonomik deregülasyon programı, kayıpsız, önemli ekonomik faydalar kazanılarak uygulanabilir. Buna karşılık, sosyal deregülasyonda, ortaya çıkacak olumsuzlukları önleyecek bu denli etkili bir "ikame mekanizması" bulunmamaktadır. Her ne kadar, ilk bakışta, "tazminat hukuku" muadil bir mekanizma olarak görülebilirse de, bu yöntem, zararın oluşumunu önlemek yerine sadece göreceli bir "karşılık" elde etme imkânı veren, uzun ve masraflı bir yol olduğundan bu alanlardaki deregülasyonun olumsuz sonuçlarından korunmaya yetecek teminatı vermesi mümkün değildir. Kaldı ki, yargı yolunun mükemmel bir şekilde işlediğini söyleyebilmek de kolay değildir. Haksız bir işlem veya eylemden zarar gören birçok kişi, haklarının farkında olmamakta veya dava açmakta isteksiz olabilmekte ya da çok masraflı olduğundan böyle bir imkânı kullanmaktan vazgeçmektedir. Davacılar, "iş yükünden ötürü yorgun düşmüş mahkemeler"de görülen davalarının neticelenmesi için yıllarca beklemektedir[493]. Ama bütün bunlardan daha önemli olan husus, yargı yerleri zararın, daha ortaya çıkmadan önlenebilmesi için çok az imkâna sahiptir. **Neticede, yargı yolu önleyici olmaktan ziyade tazmin edicidir**[494].

İşte bütün bu nedenlerden ötürü, akademisyenlerin bir çoğu, sağlık, güvenlik ve çevre regülasyonun varlığını devam ettirmesi gerektiğine inanmaktadırlar[495]. Nitekim, bu güne kadar, bu alanlarda deregülasyona

örnek televizyon regülasyonunda da verilebilir. Şayet bu alan deregüle edilirse, eğitime yönelik programların bireylerin satın alma tercihinde ön planda tutulması ve bu suretle yayında kalması oldukça zor gözükmektedir. Breyer et.al, **Administrative Law**, s. 10.

493 Breyer, **Regulation and its Reform**, s. 176.

494 Gellhorn, Deregulation: Delight or, s. 472.

495 Bu konudaki geniş bilgi için bkz. Murray Weidenbaum, **The Benefits of Deregulation**, Contemporary Issues Series 25' Center for the Study of American Business, 1987.

doğru çok büyük bir ivmelenmenin olmaması da bu düşüncenin ürünüdür[496]. Gerçekte, global ikim değişikliği gibi endişe yaratan bir takım gelişmelerin ortaya çıkması, bu tür regülasyonun gerekliliğini bir kez daha gözler önüne sermiştir[497]. Bu nedenle, bugün için, asıl tartışma noktası, deregüasyon konusunda değil, regülasyonun hedefleri ve müdahalenin kapsamına ilişkindir.

[496] Viscusi et al., s. 691.

[497] a.y.

SONUÇ

Tezin buraya kadar olan karmaşıklığını biraz olsun hafifletebilmek ve bu karmaşadan çıkarılabilecek malzemeyi basit bir şekilde ortaya koymak adına "sonuç" yerine geçebilecek düşüncelerimi madde madde ele almayı daha uygun görüyorum.

1- Amerikan İdare Hukukunun temel kavramı olan regülasyonun Türk İdare Hukuku ile karşılaştırması yapılırken kavramın ithal edildiği ülkenin hukuksal ve ekonomik sistemindeki farklılıkların gözden kaçırılmaması gereklidir. A.B.D. hem ekonomi hem de hukuk sistemini regülasyon ile uyumlaştırma çabasına sahne olmuştur. Bir yandan serbest piyasaya endeksli ekonomik düzen, diğer yandan "Common Law" rejimine dayanan ve Anayasadaki "kuvvetler ayrılığı" ve "fren ve denge" sistemleri ile yön bulan hukuksal rejimi "idari devlet" ile bağdaştırmak, özellikle de hukukçulara kabul ettirebilmek kolay olmamıştır. Oysa Türk Hukuk düzeni için bu derece zor bir uyumlaştırma çabasına gerek bulunmamaktadır. Etkin bir şekilde faaliyette bulunan idari kurum ve kuruluşların varlığına dayalı "idari devlet" bizde Cumhuriyet'in kuruluşundan beri mevcuttur.

2- A.B.D.'de regülasyon, Yasama ve Yargının zamanla beliren yeni ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliklerine, "Common Law"un özel faaliyete etkin bir müdahale imkanı vermemesine gösterilen tepkinin eseridir. Modern devlette, her geçen gün değişen ve karmaşıklaşan meseleleri bütün boyutlarıyla ele alıp, en iyi çözüm yollarını süratli bir şekilde üretebilmek öncelikli hedeftir. Oysa, Yasama da, Yargı da teknik imkânsızlıklardan

ötürü bunu yapacak olanağa sahip olmadığından "agency"ler bu görevi onlardan devralmıştır.

3- Amerikan İdare Hukukunun işlevi (ya da bu işleve yönelik beklenti), bir yandan bürokratik keyfilik ve istismarı en aza indirip, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önleyen, diğer taraftan İdarenin kamu yararına yönelik etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmesini sağlayan, dengeleyici bir mekanizma yaratmak şeklinde özetlenmektedir. Regülasyon, İdare'ye Yasama ve Yargı organlarına ait fonksiyonların belirli şart ve sınırlarda "yansıması"nı sağlayarak geniş bir hareket alanı sunan başlıca mekanizmadır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini yakından etkileme olanağına sahip İdare'ye kamu gücünü bu denli etkin kullanma olanağı verildiğinde, Hukuk Devleti ilkesi, bu yetkilerin hukuka uygun kullanılması için bir takım önlemler alınmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu önlemlerin başında ise İdarenin regülasyon sürecinde tesis ettiği işlemlerin, ancak belirli bir takım usuli kurallara uyulması suretiyle tesis edilebilmesi gelmektedir. Amerikan Anayasası ve Federal İdari Usul Kanunu'nda İdarenin işlem yapma sürecinde izlemesi gereken prodesedürlere yönelik olarak getirilen kural ve düzenlemeler yalnız bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmakla kalmamakta, "kuvvetler ayrılığı" ("seperation of powers") ve "fren-denge sistemi" ("checks and balances") gibi anayasal prensipler karşısında İdare'ye birbirinden farklı bir takım işlevler tanınmasını meşru kılan en önemli şartlardan birini oluşturmaktadır.

4- Regülasyon faaliyeti, (kendi) içinde, "düzenleyici işlem yapma", "uyuşmazlık çözümü"nü de kapsayan "yargısal benzeri karar alma", "izin verme", "denetleme ve yaptırım uygulama" gibi yetkiler barındırır. Bunların arasında, regülasyonun asıl nüvesi, kural koyma anlamındaki "düzenleme" fonksiyonudur. Bununla birlikte regülasyonun, bu tür bir düzenleme yetkisinden ibaret olduğunu söylemek, içinde mutlak bir yanlış barındırmasa bile "eksik" bir analiz yapmak anlamına gelmekte, onun tamamlayıcı unsurlarının gözden kaçırılmasına ve tek tip bir içeriğe sahip olmadığının anlaşılmasına engel olmaktadır.

5- "Public utility" regülasyonu, Türk Hukukunda, elektrik, telefon, doğalgaz gibi hizmetlerin özel kişilere "imtiyaz" (veya "lisans"-"ruhsat") usulü ile gördürülmesi yöntemiyle benzerlikler taşımaktadır. Buna karşılık arada teorik ve pratik temelde yadsınamayacak farklılıklar olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir.

6- Türk Hukukunda, regülasyonun, Bağımsız İdari Otoriteler adıyla anılan kurumlar üzerinden anlatılması veya regülasyondan bunlar nedeniyle bahsedilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Regülasyon teşkilat boyutuna odaklanarak açıklanamayacak, çok daha geniş bir kavramdır. Sözü edilen kurumlar regülasyon faaliyeti gören idare türlerinden yalnızca biridir. Regülasyonun faaliyeti için ne Amerikan İdare Hukukunda ne de Türk İdare Hukukunda mutlaka bağımsız regülasyon idarelerine ihtiyaç vardır. Kaldı ki, A.B.D. bakımından, bu tip idarelere yapılan bağımsızlık atfı, belirli oranda psikolojik, belirli oranda da başka nedenlere dayalı bir "etiket"lemedir.

7- Regülasyon devletin özel kişilerin ekonomik ve sosyal faaliyetlerine, dolayısıyla hak ve özgürlüklerine müdahale yöntemlerinden biridir. Bu bakımdan özünde "kolluk" yetkileri barındırmaktadır. Buna karşılık, günümüzdeki görünümüyle, bu yöntem, ekonomik alanda, içinde "özendirme ve destekleme" faaliyetini, hatta belirli bir sektörün verimliliğini artırmak ve piyasadaki aktörleri koordine ederek yönlendirmek amacıyla yapılan "sektörel planlama"yı da barındıracak şekilde genişlemiş, bu da ona "kollu(ğ)"u aşan bir boyut katmıştır. Buna karşılık, devletin bir alanı regüle etmesi, başlı başına, bireylere veya topluma (Türk İdare Hukukundaki anlamı ile) "edim" sunan veya sağlayan bir "kamu hizmeti" değildir.

8- Regülasyonun sağlıklı sonuçlar verebilmesi, bireylerin (ve girişimcilerin) temel hak ve özgürlüklerine haksız müdahalelerin önlenebilmesi için bir takım hukuki güvenceler getirilmesi gerekir. Bu da öncelikle tutarlı ve etkin bir idari usul mekanizması ile mümkündür. Türkiye'de hâlâ genel bir idari usul yasasının çıkartılamamış olması hem sözü edilen güvencelerin elde edilememesi hem de etkin ve sağlıklı bir yargısal denetim yapılabilmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır.

9- Deregülasyon sürecinde İdarenin yetki ve sorumlulukları tamamen ortadan kalkmamakta, sofistike bir takım müdahale türlerinden, saf kolluk yetkisine dayalı müdahalelere geri dönülmektedir.

10- Teknoloji ve diğer gelişmeler elverir ise, ekonomik alanda belirli bazı sektörlerde deregülasyona gidilmek suretiyle rekabet ortamının yaratılması, etkinlik, verimlilik ve temel hak ve özgürlüklerin kullanımının serbestleştirilmesi bakımından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Buna karşılık, sosyal alandaki deregülasyon teşebbüslerinden olumlu sonuçlar elde edilebilmesi, bu alanda regülasyona duyulan ihtiyaç ve nedenlerden ötürü pek muhtemel görülmemektedir. Bu konulardaki faaliyetlere yön vermekle sorumlu olanların asıl amacı, regülasyon ya da deregülasyon yanlısı bir tavır sergilenmesinden ziyade, daha iyi sonuçlar verebilecek regülasyona nasıl ulaşılması gerektiğine yönelik çaba sarfetmek olmalıdır[1]. Kaldı ki, dünyada son yaşanan "Global Kriz", ekonomik sektörlerde dahi regülasyondan deregülasyona gidilirken ne kadar dikkatli olunması gerektiğini bir kez daha gözler önüne sermiştir. Aslında, Amerikan İdare Hukuku tarihinde son derece saygın bir iz bırakmış Walter GELLHORN'un bu konudaki yorumu oldukça anlamlıdır. Yazar, *"Federalist"*te *"şayet insanlar melek olsaydı devlete hiç gerek kalmazdı"* diyen James Madison'a ve devlet müdahalesine ilişkin olarak: *"tercih genellikle hoş olmayanla dayanılmaz arasındadır"* sözünü söyleyen Edmund Burke'a gönderme yaparak, regülasyonun, kimi zaman hoş olmasa da, *"insanlar meleğe dönüşünceye veya orman yasasının dayanılmaz zulmüne geri dönmeye razı olana dek mevcut olması gerek(tiğini)"* vurgulamıştır[2]. Hiç şüphesiz bu tespit bugün de geçerliliğini korumaktadır ve öyle görünüyorki, korumaya devam edecektir.

---

1 Lubbers, The Regulatory, s. 156.

2 Gellhorn, Deregulation: Delight or, s. 484-485.

KAYNAKÇA

ABERNATHY, Charles F., **Law in the United States**, International Law Institute, Washington, D.C., 1995.

ADAMS Jr., Charles Francis, **Railroads: Their Origin and Problems**, Putnam, New York, 1978.

ALEXIS, Marcus, "The Political Economy of Federal Regulation of Surface Transportation", in **The Political Economy of Deregulation: Interests Groups in the Regulatory Process** (Roger G. Noll, Bruce M. Owen eds.), **AEI Studies**, 115, 1983.

ALTIPARMAK, Kerem, "'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Y.1996, C.45, S. 1-4, s. 219, Ankara, 1996.

ANDERSON, Frederick R. et.al., **Environmental Protection: Law & Policy**, Little Brown & Co., 1984.

ASIMOW, Michael, "The Influence of the Federal Administrative Procedure Act on California's New Administrative Procedure Act", **3 Tulsa L.J.** 297, 1996-1997.

ASIMOW, Michael/Bonfield, Arthur Earl Bonfield/Ronald, M. Levin, **State and Federal Administrative Law**, 2nd Ed, West Group, St. Paul, Minn, 1998.

ASLAN, Zehreddin/BERK, Kahraman, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

ATHLEY, Susan/STERN, Scott, "The Impact of Information Technology on Emergency Health Care Outcomes", **33 Rand J. Econ.** 399, 2002.

ATİYAS, İzak/ODER, Burak, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Türk Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayınları, Ankara, 2008.

Attorney General's Manual on the APA in **Federal Administrative Procedure Sourcebook** (William F.Funk, Jeffrey S. Lubers, Charles Pou. Jr. eds.) (4th Edition) American Bar Association (ABA) Section of Administrative Law and Regulatory Policy, 77, 2008.

AUERBACH, Joseph, "The Expansion of ICC Administrative Law Activities", **16 Transp. L.J**. 92,92, 1987.

AYANOĞLU, Taner, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. LXV, S. 1, 2007 s. 43-45.

AYANOĞLU, Taner, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)**, Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul 2000, s. 68.

AZRAK, Ali Ülkü, **Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1964.

BARAN, Paul A./SWEEZY, Paul M., **Monopoly Capitalism**, Monthly Review Press, New York, 1966.

BARNEKOV, Christopher C., "Progress inTransportation Deregulation, Prepared for session on: The Political Economy of Regulatoy Reform", **AEI Public Policy Week**, December 4, 1984.

BAWN, Kathleen, "Political Control versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures", **89 Am. Pol. Sci. Rev**. 62, 62-63, 1995.

BECKER, Gary S., "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 98, No. 3. 371-400, Aug., 1983.

BECKER, Gary S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", **76 L. Pol. Econ.** 169, 1968.

BECKER, Gary S., **The Economic Approach to Human Behavior,** University of Chicago Press, 1978.

BENJAMIN, Stuart Minor/LICHTMAN, Douglas Gary/SHELANSKI, Howard A., **Telecommunications Law and Policy**, Carolina Academic Press, 2001.

BERK, Kahraman, **İdari Yargılama Usulü ile Bütünleştirilmiş Olarak Yönetsel Yöntem Yasası**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.

BERKARDA, Kemal, "Amerika'da İdare Hukuku Var Mı?",**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)**, Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul 2000, s. 97.

BERKARDA, Kemal, "Regülasyon Nasıl Kurtulur**", Kamu Hukuku Arşivi**, Eylül 2004. (http // www .akader. info / KHUKA / 2004_eylul/9.htm).

BIGGS, Selde/HELMS, Lelia B., **The Practise of American Public Policymaking**, M.E. Sharpe, 2006.

BOLZE, Raymand S./CARPENTIER, Deborah A., **Structuring Transactions Against The Backdrop of Regulation: Antitrust Issues**, Pli Corp. Law & Practice Handbook Series No. 1082, 25,29,1998.

BONFIELD, Arthur E., "Military and Foreign Affairs Function Rulemaking Under the APA", **71 Mich. L. Rev.** 221, 237, 1972.

BONFIELD, Arthur E., "The Federal And State Administrative Law", **72. Va. L. Rev.** 304-305, 1986.

BONFIELD, Arthur E., "State Administrative Policy Formulation and The Choice of Lawmaking Methodology", **42 Admin. L. Rev.** 121, 127, 1990.

BREGER, Marshall J., "The APA: An Administrative Conference Perspective", **72 Va. L. Rev.** 337, 339, 1986.

BREGER, Marshall J./EDLES, Gary, "Established By Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", **52 Admin. L. Rev** 1111, 2000.

BRENNER, Melvin A., "Airline Deregulation-A Case Study in Public Policy Failure", **16 Transp. L.J**. 179, 208-215, 1987-1988.

BREYER, Stephen G., "Analyzing Regulatory Failure, Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform", **92. Harv. L. Rev**. 549, 555-556, 1979.

BREYER, Stephen G., "Two Models of Regulatory Reform", **S.C.L. Rev**. 629, 639, 1983.

BREYER, Stephen G., "Reforming Regulation", **59 Tul. L. Rev**. 4, 20, 1984-1985.

BREYER, Stephen G., "Economists and Economic Regulation", **47 U. Pitt. L. Rev.** 205, 214, 1985-1986.

BREYER, Stephen G., "Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace", **75 Cal. L. Rev**. 1005, 1008, 1987.

BREYER, Stephen G., "On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes", **65 S. Cal. L. Rev.** 845,848, 1992.

BREYER, Stephen G. et.al, **Administrative Law and Regulatory Policy**, (4th Ed.), Aspen Law & Business, New York, 1998.

BREYER, Stephen G., **Economic Reasoning**, AEI-Brookings Joint Center Regulatory Studies, (AEI-Brookings Joint Center Distinguished Lecture, December 4, 2003), 2003.

BREYER, Stephen G., **Regulation and Its Reform**, Harvard University Press, 1984.

BRUFF Harold H., "Legislative Formality, Administrative Rationality", **63 Tex.L.Rev** 207, 1984.

BUCHANAN, James M./TULLOCK Gordon, **The Calculus of Consent**, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, Michigan, 1962.

CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", **70 Yale L.J**.499, 1961.

CAMONOR, William S., "Should Natural Monopolies Be Regulated?", **22 Stan. L. Rev**. 510, 1969-1970.

CASPER, Gerhard, **Separating Power: Essays on the Founding Period**, Cambridge Mass: Harvard University Press, 42, 1997.

CASS, Ronald A., "Models of Administrative Action, **72 Va. L. Rev**. 363, 379, 1986.

CAVES, Douglas W. et.al., "An Assessment of the Efficiency Effects of U.S. Airline Deregulation via an Internal Comparison", in **Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies** (ed. Elizabeth E.Bailey), the MIT Press, Cambridge, 288, 1996.

CHAMBERLEIN, Joseph P./ DOWNING, Noel T./ HAYS, Paul R., **The Judicial Function in Federal Administrative Agencies**, The Commonwealth Fund, New York, 1942.

CLEMENTE Frank, "The Dark Side Of Deregulation", **Pub. Util. Fort**, May 15, 13, 1996.

COASE, Ronald H., "The Problem of Social Coast", **3 J. Law & Econ.** 1, 1960.

COGLIANESE, Cary, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", **46 Duke L.J.** 1255, 1997.

COHEN, Linda R./SPITZER, Mathew L., "Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and an Emprical test", **69 S. Cal. L. Rev**. 431, 1996.

CRANDALL, Robert W., "An End to Economic Regulation?", in **Competition And Regulation in Utility Markets**, (Colin Robinson Ed.), Edward Elgar Publishing, 2003.

CRANDALL, Robert W./HAUSMAN, Jerry A., "Competition in U.S. Telecommunications Services: Effects of the 1996 Legislation, in **Deregulation of Network Industries: What's Next?** (Sam Peltzman, Jim Clifford eds.), Washington DC. Brookings Institutions Press, 73, 2000.

CROLEY, Steven P., "Public Interested Regulation", **28 Fla. St. U. L. Rev.** 7, 2000.

CUDAHY, Richard D., "PURPA: The Intersection of Competition and Regulatory Policy", **16 Energy L. J.** 419,426, 1995.

CUDAHY, Richard D., "The Choice of Fuel in Competitive Generation", **Pub. Util. Fort**, June 15, 31, 34, 1995.

CUDAHY, Richard D., "The Folklore of Deregulation", **Yale J. on Reg.** 427, 429, 1998.

CUDAHY, Richard D., "Electric Deregulation After California: Down But Not Out", **54 Admin. L. Rev.** 333, 338, 2002.

CUDAHY, Richard D., "Keynote Address- April 28 2004", **25 Energy L. J.** 270, 2004.

CUDAHY, Richard D./HENDERSON, William D., "From Insull to Enron: Corporate (Re)Regulation After The Rise and Fall of Two Energy Icons", **26 Energy L.J.** 35, 2005.

CUSHMAN, Robert E., **The Independent Regulatory Commissions**, Institute of Public Administration, New York, 62, 1941.

DAVIS, Kenneth Culp, **Administrative Law Text**, 3rd Ed., West Pub. Co., St. Paul, 1972.

DAVIS, Kenneth Culp, **Administrative Law Treatise**, 2nd Ed., K.C. Davis Pub. Co., San Diego, 1978.

DAVIS, Kenneth Culp/PIERCE Jr., Richard J., **Administrative Law Treatise**, 3rd Ed., Little Brown & Co., 1994.

DE ALESSI Louis, "An Economic Analysis of Government Ownership and Regulation: Theory and Evidence from the Electric Power Industry" **19 Public Choice**, Fall 1974, 1-42.

DEMPSEY, Paul Stephen, "The Rise and Fall of the Civil Aeronautics Board - Opening Wide the Floodgates of Entry", **11 Transp. L.J.** 91, 102, 1979.

DEMPSEY, Paul Stephen, "Transportation Deregulation-On A Collision Course?", **13 Transp. L.J**. 329,355-359, 1984.

DEMPSEY, Paul Stephen, "Antitrust Law and Policy in Transportation: Monopoly is the Name of the Game", **21 Ga. L. Rev.** 505, 515-524, 1987.

DEMPSEY, Paul Stephen, **Law and Foreign Policy in International Aviation**, Brill Academic Publishers,1987.

DEMPSEY, Paul Stephen, **The Social and Economic Consequences of Deregulation**, Quorum Books, 1989.

DEMPSEY, Paul Stephen, "The State of Airline, Airport & Aviation Industries", **21 Transp. L.J.** 129, 143, 1992.

DEMPSEY, Paul Stephen, "The Law of Intermodal Transportation, What It Was, What It Is, What It Should Be", **27 Transp. L. J.** 367, 389, 2000.

DEMPSEY, Paul Stephen, "Transportation: A Legal History", **30 Transp. L.J.** 235, 266, 2003.

DEMSETZ, Harold, "Why Regulate Utilities", **Journal of Law and Economics**, Vol. 11, No. 1, 55, 55-65,1968.

Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), **Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Yayını, Ankara 2007.

DUDLEY, Susan E., **Primer on Regulation**, Mercatus Policy Series, Policy Resouce No: 1, George Mason University Mercatus Center, Washington, 1-3, 2005.

DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1982.

DURAN, Lûtfi; "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi (AİD)**, C. 30. S.1, s. 3.

EDLES, Gary J., "The Strategy of Regulatory Change", **49 ICC Practitioners' J.**, 626, 628, 1982.

EDLEY, Jr., Christopher F., **Administrative Law: Rethinking Judicial Control Of Bureaucracy**, New Haven: Yale University Press,1992.

HIRST, Eric, **The California Electricity Crisis: Lessons for Other States**, 3-4, Edison Elec. Inst., 2001.

ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

ERKUT, Celal, Panel Konuşması, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, 5 Kasım 2001, Ankara**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 83.

FALK, Jonathan, "Substituting Outrage for Thought: The Enron "Smoking Gun" Memos", **15 Elec. J.** 13, 18-22, 2002.

FARBER, Daniel A., "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy, 78 Geo. L.J. 281, 1989.

FARINA, Cynthia R., "Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State", **89 Colum. L. Rev**. 452, 1989.

FARINA, Cytnthia R., "On Misusing "Revolution" and "Reform": Procedural Due Process and the New Welfare Act", **50 Admin. L. Rev.** 591, 601-603,1998.

FARRIS, Martin T./SAMPSON, Roy J., **Public Utilities: Management and Ownership**, Boston: Houghton Mifflin, 1973.

FELLMETH, Robert C., "Plunging Into Darkness: Energy Deregulation Collides With Scarcity", **33 Loy. U. Chi. L. J.** 823,860, 2002.

Final Report of the Attorney General's Comittee on Administrative Procedure, S. Doc. No: 8, 77th Cong., 1st Sess (1941).

FIRST, Harry, "Regulated Deregulation: The New York Experience in Electric Utility Deregulation", **33 Loy. U. Chi. L.J.** 911, 930, 2002.

FIX, Michael/EADS, George, "The Prospects of Regulatory Reform, The Legacy of Reagan's First Term", **2 Yale J. On Reg**. 293, 296-297, 1985.

Former Commissioner Kathleen Q. Abernathy's Speech, "Heading the Lessons of Wireless Competition", January 13, 2002, 3, 2002. (http://www.fcc.gov/Speeches/Abernathy/2002/spkqa201.pdf).

FRANKFURTER, Felix, "The Task of Administrative Law", **75 U. Penn. L. Rev.** 614, 1927.

FREEMAN, Jody L., "The Private Role in Public Governance", **75 N.Y.U. L. Rev.** 543, 2000.

FRIEDMAN, Lawrence M., **A History of American Law**, Simon & Schuster, New York, 1973.

FRIEDMAN, Milton, **Capitalism and Freedom**, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

FRIENDLY, Henry J., "Some Kind of Hearing", **123 U. Pa. L. Rev.** 1267, 1975.

FUNK, William F./SEAMON, Richard H., **Administrative Law**, Aspen Publishers, New York, 2001.

FUNK, William, "When Smoke Gets in Your Eyes: Regulation, Negotation and the Public Interest – EPA's Woodstove Standarts", **18 Envtl. L.** 55,1987.

FUNK, William, "Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest", **46 Duke L.J.** 1351, 1997.

GALLAMORE, Robert E., "Regulation and Innovation, Lessons From American Railroad Industry", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of Joh R. Meyer**, (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds), Brooking Institution Press, Washington D.C. 504, 1998.

GELLHORN, Ernest/ LEVIN, Ronald M., **Administrative Law and Process**, West Publishing, 4th Ed., St. Paul, Minn., 1997.

GELLHORN, Walter, "Deregulation: Delight or Delusion?" **24 St. Louis U. L.J.** 469, 472, 1979-1981.

GELLHORN, Walter, "The Administrative Procedure Act: The Beginnings", **72 Va. L. Rev**. 219, 219-233, 1986.

GERSTON, Larry N./FRALEIGH, Cynthia/ SCHWAB, Robert, **The Deregulated Society**, Pacific Grove, Calif.: Brooks/Cole Publishing, 1988.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2008.

GORDON, Michael R., "Deregulation of the Trucking Industry Could Be Just Around the Corner", **National Journal**, 4/26780, 668, 669, 1980.

GRAHAM, John D./NOE, Paul R./BRANCH, Elizabeth L., "Managing The Regulatory State: the Experience of the Bush Administration", **33 Fordham Urb. L.J.** 953, 961, 2006.

GREEN, Mark Green/MOORE, Beverly, "Winter's Discontent: Market Failure and Consumer Welfare", **82 Yale L. J.** 903,927, 1973.

GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD) (Lutfi Duran'a Armağan Özel Sayısı)**, Sayı 1-3, Yıl 9, İstanbul, 1988,

GÜLAN, Aydın, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, Lamure Yayıları, İstanbul, 2008.

GÜNDAY, Metin, **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu (II. Oturum)**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s. 61.

GÜNDAY, Metin, Panel Konuşması, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu, 5 Kasım 2001, Ankara**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 77

GÜRAN, Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1969, s. 7-8.

GÜRSEL, Meltem Kutlu, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi" **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2005,** Ankara, Danıştay Bürosu Yayınları, Ankara, 2005, s. 42.

HAAR, Charles M./FESSLER, Daniel W., **The Wrong Side of the Tracks**, Simon & Schuster, New York, 1986.

HALE, Lord Chief Justice, **De Portibus Maris**, 1 Harg.Law Tracts, 78.

HAMILTON, Robert W., "Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking", **60 Cal.L.Rev.** 1276, 1972.

HAMILTON, Robert W., "Rulemaking on a Record by the Food and Drug Administration", **50 Tex.L.Rev.** 1132, 1972.

HAMMOND, Thomas H./KNOTT, Jack, "Who Controls the Bureaucracy? Presidential Power, Congressional Dominance, Legal Constraints and Bureaucratic Autonomy in a Model of Multi-Institutional Policy-Making", **12 J. L. Econ. & Org**. 119, 1996.

HANDLER, Daren, "An Island of Chaos Surrounded By a Sea of Confusion: The E911 Wire Location Initiative", **10 Va. J.L. & Tech.** 1, 5-15, 2005.

HARDAWAY, Robert M., "Transportation Deregulation, (1976-1984): Turning the Tide", **14 Transp. L.J.** 101, 134, 1985-1986.

HARTER, Philip J., "Negotiating Regulations: A Cure for Malaise", **71 Geo.L.J.** 1, 1982.

HARTER, Philip J., "Assesing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking", **9 N.Y.U. Env. L.J.** 32, 2000.

HAUSMAN, Jerry, "The Effect of Sunk Costs in Telecommunications Regulation", in **Real Options: The New Investment Theory and its Implications for Telecommunications Economics**, (James Alleman, Eli Noam eds.), Kluwer Academic Publishers, 191-204, 1999.

HAZLET, Thomas W., "Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act", **AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies**, Working Paper 99-8, September 1999, 33-34, 1999.(http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=66)

HIRSH, Richard F., Power Loss, **The Origins of Deregulation and Restructring in the American Utility System**, The MIT Pres, 60-61, 1999.

HORWITZ, Robert B., **The Irony Of Regulatory Reform: The Deregulation Of American Telecommunications**, Oxford University Press, 1989.

JAMES, Barbara, "A Modest Proposal for Shaping a Reasonable New World", **8 Electricity J.,** 67,69,1995.

JOLLS, Christine/SUSNTEIN, Cass/THALER, Richard H., "A Behavioral Approach to Law and Economics", **50 Stan. L. Rev**. 1467,1998.

JOSKOW, Paul L./SCHMALANSEE, Richard, **Markets for Power: An Analysis of Electric Utility Deregulation**, MIT Pres, 1983.

JOSKOW, Paul L., "California's Energy Crisis" (revised) 9-10, http://64.233.161. 104 / search?q= cache : LgaZs-0deKcJ:web. mit.edu/ceepr/www/2001 006.pdf +california+crisis+ab+1890 & hl = tr&gl=us&ct=clnk&cd=9.

JOSKOW, Paul/KAHN, Edward, "Identifying the Exercise Power of the Market: Refining Estimates 4",(http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=554).

KADISH, Sanford H., "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations", **30 U. Chi. L. Rev.** 423, 425, 1963.

KAHN, Alfred E., **The Economics of Regulation: Principle and Institutions**, Wiley, New York, 1970-71.

KAHN, Alfred E., "Deregulation and Vested Interests: The Case of Airlines", in **The Political Economy of Deregulation: Interests Groups in the Regulatory Process**, (Roger G. Noll, Bruce M. Owen eds.), American Enterprise Institute (AEI) Studies, 145,1983.

KAHN, Alfred E., "Deregulatory Schizophrenia", **75 Calif. L. Rev.** 1059, 1064-1065, 1986.

KAHN, Alfred E., "Airline Deregulation- A Mixed Bag, But A Clear Success Nevertheless", **16 Transp. L.J.** 229, 231, 1987-1988.

KAHN, Alfred E, "Deregulation: Looking Backward and Looking Forward", **7 Yale J. on Reg**. 325, 331, 1990.

KAHN, Alfred E., **Whom The Gods Would Destroy, or How Not to Deregulate**, The AEI Press, 2001.

KAHN, Alfred E., "Regulatory Politics as Usual", **AEI-Brookings Joint Center Policy Matters" 03-03**, March 2003, http://aei-brookings.org/policy/page.php?id=127.

KAHN, Alfred E., **Lessons from Deregulation**, Brooking Institution Press, Washington DC, 2004.

KAHN, Alfred E., "Reforming the FCC and Its Mission: Lessons From the Airline Experience", **4 J. Telecomm. & High Tech. L**. 43, 54, 2005.

KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

KATZ, Michael A., "The American Experience Under the Airline Deregulation Act of 1978-An Airline Perspective", **6 Hofstra Lab. L. J.** 87, 88, 1988.

KEARNEY, Joseph D./MERRILL, Thomas W., "The Great Transformation of Regulated Industries Law", **98 Colum. L. Rev.** 1323, 1346, 1998.

KELLEHER, Herbert D., "Deregulation and the Troglodytes-How the Airlines Met Adam Smith", **J. Air L. 6 Comm.** 299, 1985.

KENNEDY, Duncan, "Distributive and. Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", **41 Md. L. Rev.** 563, 1982.

KEPLINGER, Bruce, "An Examination of Traditional Arguments on Regulation of Domestic Air Transport", **42 J. Air & Com.** 187, 188-189, 1976.

KLITZMANN, Stephen H., "Federal Communications Commission" in, EDLES, Gary J./NELSON, Jerome, **Federal Regulatory Process: Agency Practices and Procedures**, 2nd Ed., 1997 Supp, Aspen Law & Business, 1989.

KOCH, Charles H., **Administrative Law and Practice**, Volume I, West Publishing Co.,St. Paul, Minn: 1997.

KRONMAN, Anthony T., "Paternalism and the Law of Contracts, **92 Yale L. J.** 763, 1983.

LANDIS, James M., **The Administrative Process**, Yale University Pres, 46, New Haven, Conn, 1938.

LAWSON, Gary, "The Rise and Rise of the Administrative State", **107 Harv. L. Rev**. 1231-1254 (1993-1994)

LAWSON, Gary, **Federal Administrative Law**, West Group, St. Paul Minn, 1998.

LENARD, Thomas M./MAST, Brent D., "Taxes and Regulation: The Effects of Mandates on Wireless Phone Users", **Progress on Point**, Oct. 2003, 27-28, http://www.pff.org/issues-pubs / pops/pop10.18wirelessmandates.pdf.

LESSIG, Lawrence, "Readings by Our Unitary Executive", **Cordozo L. Rev.** 175, 183-184, 1993.

LEVENTHAL, Harold, "Environmental Decisionmaking and the Role of Courts", **122 U. Pa. L. Rev.** 509, 511, 1974.

LEVINE, Michael E., "Airline Competition Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy, and Public Policy", **4 Yale J. on Reg.** 393, 492, 1987.

LUBBERS, Jeffrey S., **A Guide to Federal Agency Rulemaking**, 4th Ed., ABA Publishing, Illinois, 2006.

LUBBERS, Jeffrey S., "Better Regulations: The National Performance Review's Regulatory Reform Recommendations", **43 Duke L.J.** 1165, 1169, 1993-1994.

LUBBERS, Jeffrey S., "The Regulatory Reform Recommendations of the National Performance Review", **6 Risk: Health Safety and Environment** 145, 153, 156, Spring, 1995.

MANDEL, Michael. J., "Does Rent Control Hurt Tenants?: A Reply to Epstein", **54 Brooklyn L. Rev.** 1267, 1274, 1989.

MANKIW, Gregory, **Principles of Microeconomics**, 2nd Ed, Holt Rinehart & Winston, 2001.

MANN, Patrick C., "Water-Utility Regulation, Rates and Cost Recovery", http://www.reason.org /ps155.html.

MANNING, John F., "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", **96 Colum L. Rev**. 612, 1996.

MARSHAW, Jerry L., **Administrative Law: The American Public Law System Cases and Materials**, 5th Edition, West Group Publishing, 5, 2003.

MASHAW, Jerry L./MERRILL, Richard A./ SHANE, Peter M., **Administrative Law, The American Public Law System : Cases and Materials,** 3rd Ed., West Pub. Co., St. Paul, Minn., 1992.

Mc GARITY, Thomas/SHAPIRO, Sidney A., "OSHA's Critics and Regulatory Reform", **31 Wake Forest L. Rev.** 587,591, 1996.

McCRAW, Thomas, **Prophets of Regulation**: **Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, and Alfred Kahn**, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

Mc MULLEN, Starr, "Preface", in **The Railroad Market in Transportation After Deregulation** (Starr Mc Mullen ed.), Elsevier Science, x, 2001.

Mc MULLEN, B. Starr/ MAN-KEUNG Lee "Cost Efficiency in the U.S. Motor Carrier Industry Before and After Deregulation: A Stochastic Frontier Approach", **Journal of Transport Economics and Policy**, Volume 33, No.3: 303-317, 1999.

Mc MULLEN, B.Starr/KUMIKO Okuyama, "Productivity Changes in the U.S. Motor Carrier Industry Following Deregulation: A Malmquist Index Approach", **International Journal of Transport Economics**, Volume 27, 335-354, 2000.

McMULLEN, B.Starr/MIKLIUS W., "The Impact of Regulatory Reform on Firm Bankruptcies: The U.S. Motor Carrier Industry," **International Journal of Transport Economics**, Vol. 14, No. 2, 181-188, June 1987.

MERRILL, Thomas, "Capture Theory and The Courts: 1967-1983", **72 Chi-Kent L. Rev.** 1039, 1997

MERRILL, Thomas W., "The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark", in **Administrative Law Stories**, (Peter L. Strauss ed.), Foundation Press, New York, 2006.

MEYER, John R. et.al, **Airline Deregulation,: The Early Experience**, Auburn House Publishing Co., Boston, 1981.

Monograph of the Attorney General's Comittee On Administrative Procedure, Sen. Doc. No. 186, 76th Cong., 3rd Sess. 16, 1940.

MOORE, Thomas Gale., "The Beneficiaries of Trucking Deregulation", **21 J.L. & Econ.** 327, 327-343, 1978.

MOORE, Thomas Gale, "Deregulating Transportation: Tracking the Process", **Regulation**, March/April 1978, 38 (1978).

MOORE, Thomas Gale, "Unfinished Business in Motor Carrier Deregulation", **Regulation Magazine**, Vol. 14, No. 3, Summer 1991.

MORENO, Angel Manuel, "Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process", **8 Admin. L.J.Am. U.** 461, 463, 1994.

MORRISON, Alan B., "OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation", **99 Harv. L. Rev.** 1059, 1986.

MORRISON, Alan B., "The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law", **72 Va. L. Rev.** 253, 1986.

MORRISON, Steven A./WINSTON, Clifford, "The Remaining Role for Government Policy in the Deregulated Airline Industry", in **Deregulation of Network Industries: What's Next?** (Sam Peltzman, Jim Clifford eds.), Brookings Institutions Press, Washington DC., 2000.

MORRISON, Steven A./WINSTON, Clifford, "Regulatory Reform of Intercity Transportation", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of John R. Meyer**, (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds.), Brooking Institution Press, Washington D.C. 479, 1998.

MULLER, Jerry Z., **The Mind and the Market: Capitalism In Modern European Thougt**, Knopf Publishing, 2002.

NAVARRO, Peter, "A Guidebook and Research Agenda for Restructuring the Electric Industry", **16 Energy L. J.** 347, 349, 1995.

Negotiated Rulemaking Sourcebook, 2nd Ed., Administrative Conference of the U.S., Office of the Chairman, , (David M. Pritzker, Deborah S. Dalton, eds.), (1995)

NOLL, Roger, **The Economics and Politics of the Slowdown In Regulatory Reform**, The AEI Press, 1999.

ODER, Burak, "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme", **Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı**, İstanbul, 2008, s. 244.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Üçüncü Bası)**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, "Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)**, Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 96.

ÖZAY, İl Han, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu (Tartışmalar)**, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s. 286.

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

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.

ÖZTÜRK, **Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

PELTZMAN, Sam, "Toward a More General Theory of Regulation", **19 J. Law & Econ.**, 211, 1976.

PENDLEY, Elisabeth, "Deregulation of the Energy Industry", **31 Land & Water L. Rev.** 27, 64, 1996.

PERCIVAL, Robert V. et.al., **Environmental Regulation: Law, Science, and Policy,** Wolters Kluwer Law & Business, 1992.

PESTRITTO, Ronald J., **The Birth of the Administrative State: Where It Came From and What It Means for Limited Government**, The Heritage Foundation, First Principles Series No. 16, Washington, DC, 2007.

PETERS, Aulana L., "Independent Agencies: Government's Scourge or Salvation?", **1988 Duke L. J.** 289, 1988.

PETTINARI, David G., "You Can't Always Get What You Want-Will Two Recent State Court Decisions Tarnish the Political Promise of the Electricity Industry Regulation", **76 U. Det. Mercy. L. Rev.** 501, 502, 1999.

PHILIPS, Dianne/ZOLI, Elise, "Electrical Utility Deregulation: Possibilities and Probabilities", **Mass. Law. Weekly,** August 5, B5, 1996.

PIERCE, Jr., Richard J., "Rulemaking and the Administrative Procedure Act", **32 Tulsa L. J.** 185, 189, 1996.

PIERCE Jr., Richard J., "How Will California Debacle Affect Energy Deregulation?", **54 Admin L. Rev.**389, 391, 2002.

PIERCE Jr., Richard J.**, Administrative Law Treatise**, 4th Ed., Volume I, Aspen Law & Business, New York, 2002.

PIERCE Jr., Richard J., "Completing the Process of Restructuring the Electricity Market", **40 Wake Forest L. Rev.** 451, 461-462, 2005.

PIERCE Jr., Richard J., "Political Accountability and Delegated Power: A Response to Professor Lowi", **36 Am. U. L. Rev**. 391, 413, 1987.

PIERCE, Jr., Richard J./GELLHORN, Ernest**, Regulated Industries**, 4th Ed., West Group, St Paul, 1999.

PIERCE Jr., Richard J./SHAPIRO Sidney A./VERKUIL, Paul R., **Administrative Law and Process**, 3rd Ed, N.Y. Foundation Press, New York, 1999.

PIGOU, Arthur Cecil, **The Economics of Welfare**, Transaction Publishers, 2002.

POSNER, Richard A. "The Effects of Deregulation on Competition: the Experience of The United States", **23 Fordham Int'l L.J.** 7,12-13, 2000.

POSNER, Richard A., **Natural Monopoly and its Regulation**, (30th Anniversary Edition) CATO Institute Washington DC, 1999.

POSNER, Richard A., **Economic Analysis of Law**, Aspen Publishers, New York 2007.

POWELL, Michael K., Remarks at the Wireless Communications Association International 1 (June 3, 2004) http:// hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-248003A1.pdf.

PULSIFER, Roy, "Introduction, Symposium Issue on Federal Economic Regulation of the Airlines", **41 J. Air Law & Comm.** 573, 574, 1975.

RABIN, Robert L., "Federal Regulation in Historical Perspective", **38. Stan. L. Rev**, 1189, 1191-1194, 1986.

RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Harvard University Press, 1971.

REICH, Charles A., "The New Property", **73 Yale L.J.** 733, 1964.

ROBINSON, Glen O./GELLHORN, Ernest/BRUFF, Harold H., **The Administrative Process**, 3rd Ed., West Publishing, St. Paul, Minn, 1986.

ROSSI, Jim, "The Common Law Duty to Serve' and Protection .of Consumers in an Age of Competitive Retail Public Utility Restructuring", **51 Vand. L. Rev.** 1233, 1290, 1998.

ROSSI, Jim, "Universal Service in Competitive Retail Electric Power Markets: Whither the Duty to Serve?", **21 Energy L.J.** 27, 2000.

RUBİN, Edward L., Law and Legislation in the Administrative State, **89 Colum. L. Rev.** 369 (1989)

SABATINO, Jack. M., "Privatization and Punitives: Should Government Contractors Share Sovereign's Immunities From Exemplary Damages?", **58 Ohio St. L.J.** 175, 179-185, 1997.

SAGOFF, Mark, **The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment**, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.

SAPPINGTON, David E. M./STIGLITZ, Joseph E., "Information and Regulation**",** in **Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies** (ed. Elizabeth E.Bailey, the MIT Press, Cambridge, 1996.

SAVAGE, Ian, "The Economics of Commercial Transportation Safety", in **Essays in Transportation Economics and Policy: A Handbook in Honor of John R. Meyer,** (Jose A. Gomez Ibanez et.al. eds), Brooking Institution Press, Washington D.C. 550,1998.

SCALIA, Antonin, "Vermont Yankee: The APA; The D.C., And The Supreme Court", **Sup. Ct. Rev. 375**, 1978.

SCHOENBROD, David, "The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?" **83 Mich. L. Rev.** 1223, 1986.

SCHROEDER, Christopher, "Regulation of Manmade Carcinogens, If Feasibility Analysis Is the Answer, What Is the Question?", **88 Mich. L. Rev.** 1483, 1491, 1990.

SCHWARTZ, Bernard, **Administrative Law**, (2nd ed.), Little, Brown and Company, Boston And Toronto, 1984.

SELDEN, Richard (Ed), **Capitalism and Freedom: Problems and Prospects**, University Press of Virginia, Charlottesville, 1975.

SENSENEY, Hildegarde A., "Interpreting the Communications Assistance for Law Enforcement Act of 1994: The Justice Department versus the Telecommunications Industry and Privacy Rights Advocates", **20 Hastings Comm. & Ent. L.J.** 665, 1998.

SHAPIRO, Martin "APA: Past, Present, Future", **72 Va. L. Rev.** 447, 449, 1986.

SHAPIRO, Sidney A./ TOMAIN, Joseph P., **Regulatory Law and Policy**, Charlottesville, Va: Michie Co. 319, 1993.

SHAPIRO, Sidney A./TOMAIN, Joseph P., "Rethinking Reform of Electricity Markets", **40 Wake Forest L. Rev.** 497, 512, 2005.

SHARFMAN, Isaiah L., **The Interstate Commerce Commission: A Study in Administrative Law and Procedure**, Commonwealth Fund, New York, 1931.

SHEPHERD, George B., "Fierce Compromise: The Administrative Procedure Emerges from New Deal Politics, **90 Northwestern Univ. L. Rev**. 1557, 1594-1598, 1996

SHEPHERD, William G., "Regulation and Its Alternatives", **22 Stan. L. Rev**. 529, 1969-1970.

SKIDMORE, Max J., **Presidential Performance: A Comprehensive Review**, McFarland & Co, Jefferson, NC, 2004.

SKIDMORE, Max J., "Ranking and Evaluating Presidents: The Case of Theodore Roosevelt", **White House Studies**, Volume: 1, Issue: 4, 2001.

Statement of Edward R. Hamberger Before the House Comittee on Transportation and Infastructure Subcomitte on Railroads, Hearing On the Status of Railroad Economic Regulation March 31, 2004. (http://www.house.gov/transportation/rail/03-31-04/hamberger.pdf)

Statement of Robert Pitofsky, Chairman, FTC, Before the Committee on Commerce, Science, and Transportation, U.S. Senate, (Nov. 8, 1999) (http://www.ftc.gov/os/1999/11/telcomergerspitofsky.htm).

STEIN, Jacob A./MITCHELL, Glenn A./MEZINES, Basil J., **Administrative Law**, Volume 1, N.Y.Mathew Bender, New York, 1996.

STEVENS, Gina Marie, "Congressional Research Service, Homeland Security Act of 2002: Critical Infrastructure Information Act", CRS-2 (**Report for Congress, 2003**), http://www.fas.org/irp/crs/RL31547.pdf.

STEWART, Richard B., "Beyond Delegation Doctrine", **36 Am. U.L. Rev.** 323, 341-342, 1987.

STIGLER, George G., "The Theory of Economic Regulation", **2 Bell J. Econ & Mgmt. Sci** 5, 1971.

STIGLER, George J./FRIEDLAND, Clarie, "What Can Regulators Regulate", **5 J. Law & Econ.** 1, 1962.

STONE, Richard D., **The Interstate Commerce Commission and the Railroad Industry: A History of Regulatory Policy**, Praeger Publishers, New York, 1991.

STRAUSS, Peter L., "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", **84 Colum. L. Rev** 589-590, 1984.

STRAUSS, Peter L., **Administrative Justice in the United States**, Carolina Academic Press, Durham N.C., 2002.

STRAUSS, Peter L./ Rakoff, Todd D./Farina, Cynthia R., (**Gellhorn and Byse's) Administrative Law**, New York Foundation Press, 2003.

STUDY ON FEDERAL REGULATION, Senate Comittee on Government Operations, Volume I, S. Doc. 95-25, 95th Cong., Srss. 129, 1977.

SUNSTEIN, Cass R., "Chevron Step Zero", **92 Va. L. Rev**. 187, 198-205, 2006.

SWEENEY, James L., **The California Electricity Crisis**, Hoover Institution Press, 2002.

SWIDLER, Joseph C., "Comments on the Case for Deregulation", **22 Stan. L. Rev**. 519, 1969-1970.

TAN, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye Orta Doğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984.

TAN, Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları 4**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.

TAN, Turgut (**Önsöz**): Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurulu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005.

THOMS, William E., "Clear Track for Deregulation, American Railroads 1970-1980", **12 Transp. L. J.** 183, 186, 1981-1982.

THOMS, William E., "Rollin' On To a Free Market Motor Carrier Regulation1935-1980", **13 Transp. L.J.** 43, 69, 1983-1984.

TOMAIN, Joseph P./ CUDAHY, Richard. D., **Energy Law**, Thomson West, 2004.

TOMAIN, Joseph P./ SHAPIRO, Sidney A., "Analyzing Government Regulation", **49 Admin L. Rev.** 377, 402, 1997.

TRIBE, Laurance H., **American Constitutional Law**, Foundation Press, 1978.

TULLOCK, Gordon/SELDON, Arthur/BRADY Gordon L., **Government Failure: A Primer in Public Choice**, Cato Institute, Washington, DC, 2000.

ULUSOY, Ali, "Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri", **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999.

ULUSOY, Ali, "Regülasyon Kurumları Üzerine Genel Bir Değerlendirme", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000.

ULUSOY, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

VERKUIL, Paul. R., "The Purposes And Limits of Independent Agencies", **1988 Duke L. J.** 257, 262, 1988.

VERKUIL, Paul R., "Comment: Rulemaking Ossification-A Modest Proposal", **47 Admin L. Rev.** 453, 1995.

VISCUSI, W. Kip/VERNON, John M./HARRINGTON Jr., Joseph E., **Economics of Regulation and Antitrust**, 4th Ed., MIT Press, 2005.

VISCUSI, W. Kip,"Overview", in **Regulation Through Litigation**, American Enterprise Institute – Brookings Institution, Washington, (W. Kip Viscusi, Ed.) 1., 2002.

WALSTEN, Scott, "Telecommunications Regulation in United States: Its Rise and Impacts in the Early Twentieth Century", Working Paper 06-04, March 2006, **AEI-Brookings Center for Regulatory Studies**, 1-2, 2006. http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1250.

WEIDENBAUM, Murray, **The Benefits of Deregulation**, Contemporary Issues Series 25' Center for the Study of American Business, 1987.

WEISER, Philip J., "Competition in the Communications Marketplace: How Technology Is Changing the Structure of the Industry", Testimony 01-05 March 2005, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies 7, 2005. http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1125.

WHITE, G. Edward, **The Constitution and the New Deal**, Harvard University Press, 2000, s. 126.

WHITE, Lawrence J., **Processes and Problems**, New Jersey: Prantice-Hall, 28, 1981.

WILSON, James Q., (Ed.) **The Politics of Regulation**, Basic Books, New York, 1980.

WILSON, Wesley W./WILSON, William W., "Deregulation, Rate Incentives, and Efficiency", in **The Railroad Market in Transportation After Deregulation** (Starr Mc Mullen ed.), Elsevier Science, 18, 2001.

WOLAK, Frank A., "Implementing a Modern System of Regulation for the Postal Service under the Postal Accountability and Enhancement Act", (Postal Testimony Draft), 2008. (ftp://zia.stanford.edu/papers/postal testimony.pdf).

WOLAK, Frank A., "Price-Cap Regulation and Its Use in Newly Privatized Industries", ftp://zia.stanford.edu/pub/papers/oxford.pdf.

YAYLA, Yıldızhan, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.30. S.1-2, 1964.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

YILDIRIM, Turan, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000.