

# Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişkisi

Hakemli Makale

**Refik TİRYAKİ**

Dr., Enerji Uzmanı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu. (PhD, Energy Expert, Energy Market Regulatory Authority.)

## ÖZET

Bu çalışma işleyen bir piyasa ekonomisi içinde bireyin sahip olması gereken asgari normatif gerekler olarak ekonomik özgürlüklerin kamu hizmetinin görülüş usulleriyle ilişkisini incelemektedir. Ekonomik özgürlükler mülkiyet, sözleşme, çalışma ve özel teşebbüs özgürlüklerinden oluşan bir kategori olarak kabul edilmiştir. Ekonomik özgürlüklerin kamu hizmeti hukukuyla ilişkisi normatif gerilimleri harekete geçirmektedir. Çalışmamız göstermiştir ki, kamu hizmeti hukuku her durumda ekonomik özgürlüklere bir kısıtlama getirmektedir. Ancak, bu durum kamu hizmetlerinin geniş bir kategori olarak öngörülmesiyle ya da hizmetin kamu eliyle yürütülmesiyle daha bir belirginleşmektedir. Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesinde ise ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasından öte Anayasada o haklar için öngörülen sosyal işlevler etkin bir rol üstlenmektedir. Başka bir deyişle, mevcut kamu hizmeti hukukumuz bireyin hizmetin görülmesine katılmasını temin etmekle birlikte ekonomik özgürlükler için öngörülen normatif korumayı da neredeyse etkisiz kılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Ekonomik özgürlükler, kamu hizmeti, yetkilendirme usulü, mülkiyet hakkı, sözleşme ilişkisi kapsamında kamu hizmeti görülmesi.

## ABSTRACT

### RELATIONS BETWEEN ECONOMIC FREEDOMS AND EXECUTION OF PUBLIC SERVICE

This paper examines the relations between execution of public services and economic freedoms, which are minimum normative requirements for individuals in a functioning market economy. Economic freedoms are recognized as a category, consisting of property rights, freedom of contract, right to work, and freedom of private enterprises. The relations between economic freedoms with public services incite normative tensions. This paper indicates that the public service law introduces a restriction on economic freedoms in each case. However, provision of public services as a broad category or execution of public services by the public sector crystallizes this effect. In case of public services run by private law agents, in addition to the intervention to economic freedoms, social functions of rights that are stipulated by the norms in the Constitution prevail. In other words, current public service law ensures the rights of private law persons to execute public services, in spite of the fact that it almost disables the normative protection envisaged for economic freedoms.

### Keywords

Economic liberties, public services, authorization, property rights, execution of public services via administrative contracts.

## Giriş<sup>1</sup>

İnsan toplumlarının fiktif bir üretimi olarak hukuk düzenlerinin en tartışmalı kavramlarından birisi olan modern insan hakları teorisi, en başta doğal hukuk düşüncesine dayandırılmaktadır<sup>2</sup>. Hem ülkemizde hem de yabancı yazında alternatif açıklamalara da yer verilmektedir. Günümüzde insan haklarına dair ileri sürülen hemen bütün yaklaşımların özünde “*insanın sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar*”<sup>3</sup> biçiminde bir hareket noktası<sup>4</sup> vardır. İşte insan hakları teorisinin temelini ideoloji ve coğrafyadan bağımsız olarak<sup>5</sup> insanlar üzerinde yönetim hakkı iddia eden tüm otoritelere karşı ileri sürülebilen ve bireylere kişisel, ekonomik, sosyal ve politik bakımdan asgari yaşam düzeyi sağlamayı amaçlayan talepler oluşturur<sup>6</sup>. Modern hak ve özgürlük anlayışı ise, özellikle ekonomik ve siyasal haklar bakımından, günümüz politik ekonomi görüşlerinin de etkisinde evrilmiştir. Aslında genelde hukuk özelde insan hakları düşüncesi ekonomik ve sosyo-politik düşününce dünyasına paralel bir gelişme göstermektedir. Nitekim hukukun gölge niteliği hukuksal kurumların bu evrime uygun biçimlenmesini sonucunu doğurmaktadır.

İnsan hakları teorisinin önemli bir sacayağı da ekonomik hak ve özgürlüklerdir. Hak ve özgürlük ikilemi tartışmaları kapsam dışında bırakılarak ekonomik özgürlük niteliği birçok gerekçeyle kabul edilen mülkiyet, sözleşme, özel teşebbüs ve çalışma özgürlükleri bu çalışmamızda ‘*ekonomik özgürlükler*’ olarak kabul edilecek ve kamu hizmetleriyle ilişkisi sorgulanacaktır.

Mamafih günümüz kamu hizmeti müktesebatı devletin ekonomik faaliyetlerinin hem doğrudan bir parçası hem de onun ekonomiyle ilişkisinden etkilenen en büyük patrimuanı olarak ekonomik özgürlüklerle yakın bir ilişki içindedir. Topluma doğrudan yararlı faaliyetler olarak kamu hizmetleri de objektivist ve sübjektivist kamu hizmeti yaklaşımı çerçevesinde dönemin hakim politik ekonomi görüşlerinden etkilenmiştir.

1 Bu makale yazarın yayımlanmış doktora tezinden üretilmiştir. Bkz. Refik TİRYAKI, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (TİRYAKI, 2008).

2 Mustafa ERDOĞAN; *Anayasal Demokrasi*; Siyasal Kitapevi, Ankara, 2005, s. 153 (ERDOĞAN, 2005); Oktay UYGUN, “*İnsan Hakları Kuramı*”, Gökçen ALPKAYA vd., *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, 13-44, s. 16 (UYGUN, 2000). Cemal Bali AKAL vd., *İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi*, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s. 11 vd. (AKAL vd., 2003); Norman BARRY (Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin), *Modern Siyaset Teorisi*, Liberte Yayınları, Ankara, 2004, s. 253-265 (BARRY, 2004). Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Refik TİRYAKI, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (TİRYAKI, 2008) 21 vd.

3 Jack DONNELLY, *Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 22 (DONNELLY, 1995); Jerome SHESTACK (Çev. Ali Rıza Çoban&Bilal Canatan), “*İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*”, **LDD**, Yıl 11, Sayı 43, Yaz 2006, ss. 87-119, s. 89 (SHESTACK, 2006).

4 İnsan haklarının tanımı konusunda bizce en başarılı deneme J. MOURGEON tarafından yapılmıştır. Yazar insan haklarını “*kişinin tek tek kişilerle ve iktidarla ilişkileri içinde kendi malı olarak bulundurduğu, kullarına yönetilen ayrıcalıklar*” biçiminde tanımlamıştır. [Jacques MOURGEON (Çev. Ayşen Ekmekçi-Alev Türker), *İnsan Hakları*, İletişim Yayınları, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Basım Yeri ve Tarihi Belirsiz, s. 9 (MOURGEON)] J. MADISON’un mülkiyet hakkı konusundaki görüşleri için bkz. Walter DELLINGER, “*The Indivisibility of Economic Rights and Personal Liberty*”, 2004 **CSCR** 9, (DELLINGER, 2004) ve James A. DORN, “*Introduction: Economic Liberties and the Judiciary*”, **CJ**, Volume 4, Number 3 (Winter 1985), ss. 661-687, s. 665 vd. (DORN, 1985).

5 SHESTACK, 2006: 89.

6 Andrew FAGAN: “*Human Rights*”, <http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm>, 17.4.2006, s. 8, (FAGAN, 2006).

Modern devletin hukuksal bir kurumu olarak kamu hizmetleri kendisini ortaya çıkaran sosyo-ekonomik koşullardan ve toplumun beklentilerinden soyutlanamaz. İşte bu sebeple hem görülmesi hem de bir hukuksal kurum olarak inşası hukuka hakim düşünceye paralel biçimde seyredecektir.

Çalışmamızın ilk bölümü kavramsal çerçeveye ayrılmıştır. Bu kapsamda insan hakları literatürü bakımından ekonomik özgürlüklerin düşünsel çerçevesi ve normatif dayanakları ilk evvel ele alınacak ve sonra kamu hizmeti kavramına teorik planda değinilerek hukukumuzda hakim kamu hizmeti yaklaşımı olarak Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı resmedilecektir. İkinci bölümde ise kamu hizmetlerinin görülüş usulleri incelenecek ve bu usullerin ekonomik özgürlüklerle ilişkisi ele alınacaktır. Buna göre kamu hizmetinin görülüş usulleri bakımından ikili bir ayrıma gidilecek ve konu kamu eliyle ve özel kişiler eliyle kamu hizmeti görülmesi yaklaşımına göre incelenecektir. Son olarak da kamu hizmetinin görülüş usullerinin Anayasamızda yer verilen, bizim de bir kategori olarak birlikte ele aldığımız, ekonomik özgürlüklerle ilişkisi irdelenecektir.

## KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### Ekonomik Özgürlük<sup>7</sup> Kavramı

Ekonomik özgürlüklerin hem teorik dayanağı hem de hangi özgürlüklerden ibaret olduğu insan hakları müktesebatına dair bir tartışmadır. Tartışmanın teorik tarafı olduğu gibi tarihsel pratiği de önemlidir. Aşağıda öncelikle teorik çerçeve çizmeye matuf bazı görüşlere yer verip sonra tarihsel pratiğe değineceğiz.

Ekonomik hak kavramını kusurlu bir kavram olarak niteleyen **Daintith** bunun uluslararası alanda ikinci kuşak haklar arasında sınıflandırılan bazı haklar için kullanıldığını ileri sürmüştür<sup>8</sup>. Bu çerçevede mülkiyet hakkı ile BM Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesinde yer verilen sırasıyla çalışma hakkı, adil ve uygun çalışma koşullarından yararlanma hakkı, grev hakkına sahip sendika kurma hakkı ve sosyal güvenlik hakkını (m.6, 7, 8 ve 9) bu nitelikte göstermektedir<sup>9</sup>.

7 Kavram Anglo-Amerikan literatüründe 'ekonomik özgürlükler' olarak, uluslararası hukuk ve bu arada ülkemizde ise daha çok 'ekonomik haklar' biçiminde ele alınmaktadır. Biz atıf yaptığımız yazarlar bakımından kendi özgün ifadelerine özen gösterecek ancak genel olarak ekonomik özgürlük terimini kullanacağız.

8 Yazar ekonomik ve sosyal haklar içinde sınıflandırdığı mülkiyet hakkını temel olarak ekonomik ve sosyal hakların anayasalardaki düzenleniş bakımından normatif değeri konusunda geniş kapsamlı bir inceleme yapmıştır. Toplumcu (kollektivist) yaklaşımı benimseyen ve bünyesinde program hükümlere yer veren 17 Avrupa ülkesi Anayasası üzerinde yaptığı karşılaştırmalı inceleme sonucunda mezkur hakların güvence rejimlerini yedi başlık altında toplamıştır (DAINTITH, 2004: 68 vd). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. TIRYAKI, 2008: 45 vd.

9 DAINITH, 2004: 1 ve 2. Konuyu Amerikan yazını açısından ele alan DAINITH mülkiyet hakkını ekonomik hakların özü olarak niteleyen görüşler yanında bütünü olarak niteleyen görüşlerin varlığına değinerek (bkz. dp.14) mülkiyet hakkına sözleşme ve değişim özgürlüklerini de ekleyen görüşlere işaret etmiştir (bkz. dp.15 ve 16) Buna ilaveten konuyu İtalyan Anayasası bağlamında da ele alan DAINITH Anayasanın Birinci Bölüm Üçüncü Başlık altına ele aldığı ekonomik hakların hem yetersiz bir kategori hem de kişisel ve siyasal haklar arasındaki bazı haklardan farklı olmayan haklardan oluşan bir kategori olduğunu savunmuştur. DAINITH, 2004: 3-5.

Amerikan yazınında ekonomik özgürlüklerin anayasal koruması konusunda etkili<sup>10</sup> görüşlere sahip **Siegan**<sup>11</sup> ise ekonomik özgürlükleri mülkiyet hakkı<sup>12</sup> ve sözleşme hakkına<sup>13</sup> ilaveten üçüncü bir kategori olarak ele almaktadır. Yazar ekonomik özgürlükleri, (i) *kişinin başkalarıyla birlikte veya tek başına kendi tercihiyle ticaret yapma, meslek veya iş seçme özgürlüğü*, (ii) *serbestçe ticari girişim başlatma, kurma ve işletme ile* (iii) *serbestçe mal ve hizmet üretme ve dağıtma hakkı* biçiminde sıralamaktadır<sup>14</sup>.

Aynı konuda M. **Friedman** ise ekonomik özgürlüğün bileşenlerini (özel) mülkiyetin korunması, üretim araçlarının mülkiyetinin özel olması ile ticaret-rekabet ve teşebbüs özgürlüğü biçiminde sıralamaktadır<sup>15</sup>.

Türk doktrininde genellikle ekonomik ve sosyal haklar kategorisi içinde ele alınıp incelenen ekonomik özgürlüklerin son yıllarda yayımlanan bazı eserlerde kişisel haklar kategorisinde sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin **Erdoğan** "*İktisadi özgürlükleri*"<sup>16</sup> mülkiyet hakkı, sözleşme ve özel teşebbüs özgürlüklerinden ibaret olarak negatif statü hakları arasında sınıflandırmıştır<sup>17</sup>.

Ekonomik özgürlüklerin tanımlanması konusunda Türk yazınında **Tanör** ekonomik hakları "*içerik ve konuları itibariyle ekonomiyle ilgili haklar*"<sup>18</sup> biçiminde; **Gürbüz** "*ku-lan (lı) şları ülkenin ekonomik yapısıyla yakından ilişkili olan haklar*"<sup>19</sup> biçiminde; **Savcı**

10 DORN, 1985: 661.

11 "*Sınai ve ticari faaliyet özgürlüğü, özel girişim özgürlüğü ve serbest ticaret özgürlüğü şeklinde de isimlendirilmesi mümkün olan bu özgürlükler mülkiyet ve sözleşme özgürlükleriyle bütünleştiklerinde klasik liberal felsefenin taleplerini tam olarak karşılayan (ve belki de aşan) ekonomik haklar olduğunda şüphe yoktur.*" Bernard H. SIEGAN, "*Constitutional Protection of Property and Economic Rights*", **HeinOnline-29 San Diego Law Review**, 1992, 162-174, (SIEGAN, 1992). Öte yandan Amerikan yazınında hukukun oluşumunu ekonomik özgürlükler, olarak nitelendirilen mülkiyet, özel girişim ve sözleşme özgürlükleri, bağlamında ele alan ve özellikle Doğu Avrupa ülkelerinde "*hukuk'un oluşabilmesi için bu özgürlüklere gelenek biçiminde sahip çıkılmasını ön şart olarak ileri süren yazarlar da vardır.*" Bkz. Bruce L.BENSON, "*Economic Freedom and the Evolution of Law*", **CJ**, Vol. 18 No. 2, Fall 1998, ss. 209-232.

12 Özellikle mülkiyet hakkının ekonomik özgürlüklerden ayrı ele alınması Amerikan yazınında, bizim bilebildiğimiz kadarıyla, genel kabul görmüş durumdadır. Nitekim ekonomik özgürlüklerle mülkiyet hakkını kişisel özgürlüklerin ayrılmaz bir parçası (özellikle s. 11) fakat farklı kavramlar olarak ele alan KMIEC Amerikan Yüksek Mahkemesinin de bu yöndeki yaklaşımına vurgu yapmaktadır. Douglas W. KMIEC, "*Property and Economic Liberty as Civil Rights: The Magisterial History of James W. Elly Jr*", **52 Vanderbilt Law Review**, 737, 1999, (18 sayfa) s. 9, (KMIEC, 1999).

13 SIEGAN bir başka çalışmasında da benzer bir yaklaşım izlemiş ve mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğünü ekonomik haklardan ayrıca ele almıştır. Bkz. Bernard H. SIEGAN, "*Economic Liberties and the Constitution: Protection at the State Level*", **CJ**, Volume 4, Number 3 (Winter 1985), ss. 689-702 (SIEGAN, 1985).

14 SIEGAN, 1992: 168-169.

15 Milton FRIEDMAN, "*Economic Freedom Behind The Scenes*", James GWARTNY at. all. (Editors), **Economic Freedom of the World 2002 Annual Report**, ss. xvii-xxi, s. xviii.

16 ERDOĞAN, 2005a: 220.

17 ERDOĞAN, 2005: 178.

18 TANÖR&YÜZBAŞIOĞLU, 2001: 176.

19 Yaşar GÜRBÜZ, "*Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Sosyal ve Ekonomik Haklar*", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, ss. 113-126, s. 117 (GÜRBÜZ, 1982). GÜRBÜZ ekonomik hakların liberal devlet dönemini müteakip nitelik değiştirdiklerini öncekinin aksine

ise “*kişi lehine belli bir iktisadi formu gerçekleştirecek haklar*”<sup>20</sup> biçiminde tanımlamıştır. **Tanör** bu hakları, “*mülkiyet, sözleşme, ticaret- sanayi*”<sup>21</sup> (özel teşebbüs?) şeklinde sıralayarak birinci kuşak haklar içinde sınıflandırmıştır<sup>22</sup>. **Uygun**’da mülkiyet ve çalışma haklarını klasik haklar arasında saymıştır<sup>23</sup>. **Savaş** ise farklı bir yaklaşım izlemekte ve ekonomik hakların klasik liberal felsefenin mülkiyet, sözleşme ve özel teşebbüs hürriyetlerine ilaveten “*işçi ve işveren ilişkileriyle ilgili hakları da kapsayacak şekilde kullanılması ve doğrudan ekonomik nitelikte olmayan hakların bu kapsam dışında bırakılması*” gerektiğini savunmaktadır<sup>24</sup>.

Öte yandan **Kaboğlu** mülkiyet hakkı ile özel teşebbüs ve çalışma özgürlüklerini “*iktisadi özgürlükler*” adı altında ancak ekonomik sosyal hak kategorisi içinde sınıflandırmaktadır<sup>25</sup>. Ekonomik özgürlüklerin belirlenmesi konusunda **Duran** “... *Bu zıt zorunluluklar dolayısıyla, kalkınma ve çağdaşlaşma çabalarını, örneğin mülkiyet çalışma ve özel teşebbüs serbestliği (özgürlüğü?) gibi haklarını, liberal bir toplumda kabul edilenin ötesinde sınırlama...*” ifadeleriyle aslında mülkiyet, çalışma ve özel teşebbüs hürriyetlerinin klasik haklar olduğunu kabul etmiş sayılmalıdır<sup>26</sup>.

Ekonomik özgürlüklerin teorik dayanağını klasik liberal felsefeye atıfla en iyi Gwartneya, Lawson ve Bloc’dan alıntıyla **Akalın** tespit etmiştir. Buna göre ekonomik özgürlüklerin temelinde kişisel tercih, özel mülkiyet ve mübadele serbestisi yer almaktadır<sup>27</sup>.

---

insanın kendiliğinden sahip olduğu haklar olmayıp yasalar tarafından tanınan haklar olduğunu ileri sürmüştür. Yazar daha da ileri giderek ekonomik hakları kanun koyucu tarafından tanınmış tavizler biçiminde nitelendirmektedir. Bkz. Aynı yer.

20 Bahri SAVCI, İnsan Haklarının Kanunilik Yoluyla Korunması, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.Ş, Ankara, 1953 s. 39’dan aktaran Bülent ALGAN, **Ekonomik Sosyal Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 28, (ALGAN, 2007).

21 TANÖR, 1978: 51 ve 82.

22 Bülent TANÖR, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 3. Baskı, İstanbul, 1999, s. 380 (TANÖR, 1999). Öte yandan TANÖR&YÜZBAŞIOĞLU da ekonomik hakları aynı şekilde sınıflandırmış ve yukarıda verilenlere çalışma özgürlüğünü de eklemiştir. TANÖR&YÜZBAŞIOĞLU, 2001: 176-177; TANÖR, 1978: 82.

23 UYGUN, 2000: 22.

24 Vural Fuat SAVAŞ, “*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: TC Anayasaları Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, S. 6, Yıl: 1989, ss. 175-203, s. 186 (SAVAŞ, 1989).

25 KABOĞLU, 2005: 228; KABOĞLU, 2002: 448-460.

26 Lütfi DURAN, “*J.RİVERO’nun Tebliği Üzerine Yorum*”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, ss. 49-55, s. 50 (DURAN, 1982a), (Parantez içindeki ifade bize aittir).

27 J. Gwartney, R. Lawson, W. Block, *Economic Freedom of the World: 1975-1995*, Vancouver, 1995, s.12’den aktaran, Güneri AKALIN, **Türkiyede Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz**, TİSK Yayınları, Yayın No: 215, 2002, s. 91 (AKALIN, 2002). Benzer bir yaklaşım için bkz., Mehmet O. TAŞAR, “*Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiyede Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi*”, SÜHFD, C. 15, S. 1, Yıl 2007, ss. 143-167, s. 145-149. Öte taraftan **Akalın**’ın alıntı yaptığı yazarlardan ikisi, dayanak eserden sonra yayımladıkları bir makalede bu dayanakları “*kişisel tercih, gönüllü mübadele, rekabet serbestisi, kişilerin ve mülkiyetin korunması/güvenliği*” şeklinde dört unsur biçiminde sıralamıştır. Bkz. James GWARTNEYA-Robert LAWSON, “*The concept and measurement of economic freedom*”, **European Journal of Political Economy** *Cilt. 19* (2003) ss. 405 - 430, s. 406.

Tarihsel pratik bağlamında ise insan hakları mücadelesinin erken sonuçlarından olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi 2 nci maddesinde *özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme* haklarını her siyasal toplumun temeli olarak benimsemiş, 17 nci maddesinde ise mülkiyet hakkının güvencesini öngörmüştür. Feodal dönemde bir özgürlük ve eşitlik mücadelesi karakterinde olan insan hakları mücadelesi mülkiyet hakkını yeterli yaşam standardı sağlayan kazanımlara temel ve bağımsızlık ve özgürlüğe dayanak oluşturmak bakımından iki/dual işlevli bir hak olarak ortaya çıkarmıştır<sup>28</sup>.

Diğer taraftan sözleşme ve özel teşebbüs hürriyetlerinin de ekonomik özgürlükler arasında varlığı klasik liberal felsefe açısından tartışılmayan bir postüladır<sup>29</sup>.

Öte yandan mülkiyet talebine kaynaklık eden ilişki ve o ilişkinin var olması sürecinde ihtiyaç duyulan talepler olarak mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü, çalışma ve özel teşebbüs hürriyetleri<sup>30</sup> bireyle ekonomik sistem ilişkisinden kaynaklanan ve meşruyeti bakımından hukuk sistemine ihtiyaç duymayan taleplerdir. Bu itibarla söz konusu talepler hukuk sistemine yabancı birisi veya vatansız birisi tarafından da kolaylıkla ileri sürülebilmek bakımından özgürlük talebi<sup>31</sup> olarak benimsenmek niteliğini hak edecektir<sup>32</sup>.

Biz ekonomik özgürlük kavramının tanımı için piyasa ekonomisinin kurucu unsuru olması noktasından hareket etmeyi hem tarihsel hem ampirik bakımdan doğru buluyoruz. Nitekim Avrupa Komisyonu bünyesinde faaliyet yürüten Venedik Komisyonunca Doğu Avrupa ülkelerinin anayasa reformları sürecine katkı amacıyla hazırlanan Raporda da bu hususlar ele alınmıştır. Rapor anayasalarda piyasa ekonomisinin çerçevesini oluşturacak hükümler babında (i) mülkiyet hakkı, (ii) sanayi ve ticaret özgürlüğü, (iii) sözleşme hürriyeti, (iv) toplanma ve dernek kurma hürriyeti, (v) kanun önünde eşitlik ilkesini saymaktadır<sup>33</sup>. Bu bağlamda ekonomik özgürlüklerin bu raporda da yer verilen ilk üç özgürlükten oluştuğu savunulabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki sanayi ticaret

28 Asbjorn EIDE, "Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights", A. EIDE, et all. (Editors) **Economic Social and Cultural Rights**, A Textbook, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer Law International, 2001, Printed in Netherlands, ss. 9-28, s. 18 (EIDE, 2001).

29 ERDOĞAN, 2005: 178; TANÖR, 1978: 52.

30 Özel girişim özgürlüğünün hukuk öncesi döneme ait fiktif değil gerçek kavramlar olduğu konusunda FIKENTSCHER'in şu ifadeleri dikkate değerdir: "İngilizlerin 'East -India Company'si veya Hollandalıların 'Oostindische Compagnie'sinin normal bir insan hayatını aşan gerçek kişilere kıyasla daha büyük iktisadi güce sahip olabilen ve bu nedenlerle de **hukukun çizdiği sınırlar ve kontrol mekanizması içine alınmaları gerekli teşekküller** (bugünkü hukuk dilimizde tüzel kişiler) oldukları fark edildi" Wolfrang FIKENTSCHER (Çev. Tuğrul Ansay-Mustafa Ünal), "İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)", **BATİDER**, C.10 S. 3 Haziran 1980 ss.711-732, s. 712 (FIKENTSCHER, 1980).

31 Söz konusu özgürlük talebinin ayakta kalabilmesi için bir hukuk düzenine ihtiyacı olduğunun altının çizilmesi de gerekir. FIKENTSCHER, 1980, 725-26.

32 Nitekim DAINTITH'in de belirttiği üzere mülkiyet hakkı Amerikan yazınında ekonomik hakların özü ve hatta bizzat kendisi şeklinde de kabul edilmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki başka yazarlar (örneğin Jon ELS-TER ve Randy E.BARNET) mülkiyet hakkına sözleşme ve değişim (freedom of contract and exchange) özgürlüklerini de eklemektedir. DAINTITH, 2004: 59.

33 Michel HERBEIT, "The Legal Foundations of the Economic System During A Period of Transition From Planned Economy to a Market Economy", **Report of the European Commission for Democracy through Law**, 1994, [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL\(1994\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL(1994)009-e.asp), 13.7.2007 (HERBEIT, 1994).

özgürlüğünün özel teşebbüs hürriyeti olarak ele alınması daha doğru olacaktır. Ayrıca bu kategorinin mülkiyet hakkıyla doğrudan bağlantı içinde olan çalışma özgürlüğüyle de tamamlanması gerekir.

Ekonomik özgürlüklerle ekonomik sosyal hakların net bir ayrımını ise **J.Rivero**'da bulabilmekteyiz. Yazar, ekonomik sosyal hakları belirlemek için ele aldığı insan haklarının tarihsel gelişimi sonucunda şu sonuca ulaşmıştır;

*"Sonuç şu ki, 'ekonomik ve sosyal' hakların flokal takdiminde, keyfiliğe (arbitraire) sürüklenme tehlikesi vardır. Bununla birlikte, toplum ve ekonomi üzerindeki etkileri itibariyle XVIII y.y. sonlarında Birleşik Amerika'da ve Fransa'da ve Alman Haklar Beyannamelerinin geleneksel kişi özgürlükleri çerçevesini aşan özgürlükleri (hakları), ekonomik ve sosyal haklar' kategorisinde saymak yerinde bir sıralama olur."*<sup>34</sup>

**Rivero**'nun bu ifadelerinin anlamı şudur: XVIII yy haklar beyannamelerinde olan haklar, klasik haklardır. Bunları nitelikleri itibariyle benzer başka haklar nedeniyle ekonomik ve sosyal hak ilan etmek tarihsel gerçekle uyummadığı gibi teorik açıklamalarla da haklı kılınamaz. Nitekim yazar tebliğinde, tarihsel süreç içinde klasik haklar arasında olduğunu göstermeye çalıştığımız mülkiyet, sözleşme, çalışma ve özel teşebbüs hürriyetlerini, ekonomik ve sosyal haklardan ayrı tutmakta bunları -ekonomik- özgürlükler olarak nitelemektedir.

Anayasamız bakımından konuya yaklaşıldığında ise mülkiyet hakkı ile diğerleri ayrı kategorilerde düzenlenmiştir. Nitekim ilki Anayasamızın 35. maddesinde kişinin hakları yani medeni haklar arasında düzenlenirken diğerleri 48. ve 49. maddelerde ekonomik haklar arasında düzenlenmiştir. Bu durum hukuk sistemimizde hakların normatif etkileri bakımından bazı farklılıklar doğurmaktadır. Ancak bu durum bireyin ekonomik yaşamına etkileri bakımından bir bütün olarak ele alınmalarına engel değildir. Bu sebeple bireyin devletle belki de en çok karşı karşıya geldiği hukuksal alanlardan biri olan kamu hizmeti alanı ile bireyin ekonomik varlığını korumaya matuf mezkur haklar arasındaki ilişki ancak bu surette doğru analiz edilebilecektir.

## Kamu Hizmeti Kavramı

### a) Genel Olarak

Kamu hizmeti kavramı idare hukukumuzun sacayağı kavramlarından biridir. Anayasamız kavramı sadece '*bazı faaliyetleri*' ifade etmek için değil de '*faaliyeti yürüten teşkilat*' anlamında da kullanılmıştır.<sup>35</sup> Kavram hukuk düzenimizde genellikle '*bazı faaliyetler*' şeklinde anlaşılmaktadır. Toplumsal ihtiyaçların tatmini bağlamında kamu hizmetlerinin

34 Jean RİVERO, "Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, ss. 33-48, s. 36 (RİVERO, 1982), (Parantez içindeki ifade bize aittir).

35 Anayasamız kamu hizmeti terimini hem '*faaliyet*' hem de '*faaliyeti yürüten teşkilat*' anlamında kullanmıştır. Anayasamızın 47, 125, 126, 127, 128 ve 155 inci maddelerinde "*bazı faaliyetler*" anlamında kullanılan terim 70, 71, 76, 121, 137 ve 146 ncı maddelerde "*bazı faaliyetleri gören teşkilat*" manasında kullanılmıştır.

tarihi oldukça zengindir<sup>36</sup>. Modern kamu hizmetleri ise genel olarak 18 yy burjuva devrimleri sonrasına takvimlenir<sup>37</sup>. Bu dönemde gelişen kamu hizmetleri daha çok sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan yoksulluğun ürünü olan faaliyetler ile kent olgusunun doğurduğu ortak ve benzer ihtiyaçlara yöneliktir.

Kamu hizmetlerinin düşünsel çerçevesi de tarihsel gelişime paralel oluşmuştur. Önceleri devlete asgari faaliyet alanı öngören liberal kuramın etkisi altında **Chapus** ve **Hauriou** tarafından sınırlı bir kapsamda tanımlanan kamu hizmetleri; toplum hayatındaki faaliyetlerden niteliği gereği kamu hizmeti olanların devlet tarafından kamu hizmeti olarak sunulmasını öngörmekte ve *objektivist kamu hizmeti* anlayışı olarak isimlendirilmektedir<sup>38</sup>. Bu yaklaşım en iyi **Duguít** tarafından "*Toplum hayatı için mutlaka gerekli olan ve yerine getirilmesi için kamu müdahalesinden başka bir olanak bulunmaması nedeniyle yöneticiler tarafından sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetler*" biçiminde tanımlanmıştır<sup>39</sup>.

20 yy'ın ikinci çeyreğinde devletin işlevlerinde yaşanan değişim hukukun dönüşümüne<sup>40</sup> de kamu hizmeti alanına da etki etmiştir<sup>41</sup>. Artan devlet müdahaleciliğinin düşünsel çerçevesi **Jeze**'nin sübjektivist kamu hizmeti görüşünde ifadesini bulmuştur. Yazar kamu hizmetlerinin tek ve geçerli kriterinin yönetenlerin iradesi olduğunu savunmuş<sup>42</sup>; "*toplumsal yaşam için vazgeçilmez olduğuna ve özel girişimce gereği gibi yürütülemeyeceğine yöneticiler tarafından karar verilen faaliyet*"leri kamu hizmeti olarak tanımlamıştır<sup>43</sup>.

Klasik Osmanlı döneminde kamu hizmetleri vakıflar eliyle görülürken 19 yy reformları kapsamındaki yeniden yapılanma<sup>44</sup> modern anlamda idare uzvunu ortaya çıkarmış

36 David HALL, **Kamu Hizmetleri İşe Yarar, Geleceğimiz İçin Bilgiler, Öngörüler ve Fikirler**, Kamu Hizmeti Enternasyonal Araştırma Birimi Yayını (Kitapçık), tarihsiz, s.10. Ayrıca bkz. KARAHANOĞULLARI, 2002: 85 vd.

37 Modern kamu hizmetleri anlamında idari kamu hizmetleri olarak kabul edilen güvenlik, adalet, eğitim vb. hizmetleri oluşturmak ve korumak modern devlete ait kavramlardır. ULER bu durumu "*Kamu Hizmeti ulus devletle birlikte ortaya çıkmıştır. ... vatandaş olmadan kamu hizmeti olamaz*" şeklinde açıklamaktadır. Yıldırım ULER, "*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*", **Anayasa Yargısı**, S. 15, ss. 252-256, s. 263 (ULER, 1998). Ayrıca bkz. Tony PROSSER, "*Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*" **Law and Contemporary Problems**, Vol. 63, No: 4, Year: Autumn 2000, ss. 63-82, s. 64 (PROSSER, 2000).

38 Aydın GÜLAN, "*Kamu Hizmeti Kavramı*", **İHİD**, Özel Sayı, Lütfi Duran'a Armağan, S. 1-3, Yıl 1988, ss. 147-159, s. 154 (GÜLAN, 1988)

39 Ali ULUSOY, "*Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*", İçinde **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II**, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, ss. 59-79, s. 70 dp 18, (ULUSOY, 2004a). Bu yaklaşımın dönemin ekonomik düşüncesi bakımından değerlendirilmesi için bkz. TIRYAKI, 2008:216-217.

40 KARAHANOĞULLARI, 2002: 92.

41 KARAHANOĞULLARI, 2002: 96. Yazar J.M.Keynes'in iktisat literatürüne hediyesi olan piyasa yetersizliği/başarısızlığı (= market failure) kavramını Türk kamu hizmeti düşüncesinin iki temelinden biri olarak sunmaktadır. Hemen eklemek gerekir ki piyasa başarısızlığı ülkemizden daha öte Kıta Avrupa'sında sosyal devlet ilkesinin dayacağı ve böylece hem devletin ekonomiye müdahalesinin hem de millileştirme hareketlerinin menşe kavramı olarak kamu hizmeti alanını genişletilmesinin temel kavramlarından. Piyasa başarısızlığı ve devlet başarısızlığı kavramları, kapsamları ve örnekleri için bkz. AKALIN, 2002: 67 vd.

42 KARAHANOĞULLARI, 2002: 39; AZRAK, 1976: 33.

43 KARAHANOĞULLARI, 2002: 96.

44 GÜLAN, 1998: 101.



ve vakıfların işlevleri idare ya da imtiyazcılara terkedilmiştir<sup>45</sup>. Bu durum Avrupa'da sosyal devletin gelişimi ve kârlılık sonucu sermayenin kına dışına çıkması akımıyla<sup>46</sup> bütünleşince yaşamın hemen her alanına sirayet eden bir imtiyaz sistemi ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetin ilk döneminde de süren bu uygulama 1930'lu yıllarda başlayan karma ekonomi uygulamaları sonucu kamu hizmetlerinin devlete taşınmasıyla büyük oranda son bulmuştur. Bu dönemin en önemli yanı kamu hizmetlerinin hem alanının hem de anlamının genişlemiş<sup>47</sup> olmasıdır<sup>48</sup>. Böylece Türk idare hukuku kamu hizmetine yaslanarak evrilmeye başlamıştır<sup>49</sup>. Bu kapsamda doktrinde ilk defa **Özkan**, Türk idare hukukunu "*umumi ve müşterek ihtiyaçları karşılamak için kurulmuş olan amme hizmetlerinin hukuku*" şeklinde; kamu hizmetini de "*hükümet edenlerin verdikleri veçheler dâhilinde cemiyetin umumi ve müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ve tatmin etmek üzere kurulmuş birer teşebbüs*" şeklinde tanımlamaktadır<sup>50</sup>.

Türk doktrininde kamu hizmetlerinin sübjektivist görüşe yani yasama iradesine bağlı olarak belirlenmesi yaklaşımı hakim olup **Derbil, Duran, Gözübüyük&Tan, Günday, Özay, Gözler, Atay, Ulusoy, Akylılmaz-Sezginer-Kaya ve Yasin** halen bu görüşü temsil etmektedir<sup>51</sup>. Ancak aksi yönde düşünenler de olup bunlar arasında **Uler, Gülan** ve

45 Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 70 (YAYLA, 2009); Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt**, Üçüncü Baskı, Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s. 663-668 (ONAR, II, 1966); Coşkun ÜÇÖK- Ahmet MUMCU, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1993, s. 228-230 (ÜÇÖK&MUMCU, 1993); Aydın GÜLAN, "*Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*", **İÜHF**, C.LVI S. 1-4, (1998), ss. 97-107, s. 97 (GÜLAN, 1998); Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukuku I, Genel Konular**, AÜSBF Yayınları No: 326, Ankara, 1970/72, s. 37-38 (BALTA, 1972). ÖZAY bu durumu "*(u) zun lafın kıyası, Osmanlı vakıfları, dinsel birer kuruluş değil, fakat güncel anlamıyla birer kamu hizmeti örgütü olmuştur*" şeklinde özetlemektedir. İlhan ÖZAY, "*Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amur"*", **İÜHF**, C. LVI, S.1-4, ss. 293-295, s. 294 (ÖZAY, 1998).

46 Bu gelişim için bkz. ONAR, II, 1966: 690 vd; BALTA, 1972: 46 vd; KARAHANOĞULLARI, 2002: 113-116; GÜLAN, 1998: 97-98.

47 Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt**, Üçüncü Baskı, Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s. 37 (ONAR, I, 1966).

48 ÖZAY, 1998: 294.

49 KARAHANOĞULLARI, 2002: 116.

50 **Karahanoğulları**, başka eserlerde yer verilmeyen, bir karşılaştırmalı inceleme sonucunda yazarı kamu hizmeti ekolünün kurucusu olarak nitelemektedir. KARAHANOĞULLARI, 2002: 96-107, 98. Öte yandan bir kısım yazarlar kamu hizmeti ekolünün kurucusu olarak ONAR'ı anmaktadırlar. ÖZAY, 1998: 293; GÜLAN, 1998: 97, 102; ÇAL, 2008, 14.

51 Süheyy DERBİL, **İdare Hukuku, C.II, İdari Faaliyet**, AÜHF Yayınları, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara, 1952, s. 426 ve özellikle 429 (DERBİL, 1952); Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 304 (DURAN, 1982); Şeref GÖZÜBÜYÜK & Turgut TAN, **İdare Hukuku, C.I, Genel Esaslar**, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 646-647 (GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006); Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2003, s. 298 (GÜNDAY, 2003); İlhan ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 231 dp 344 (ÖZAY, 1996); Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, C. II**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 227 (GÖZLER, II, 2003); Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 588 (ATAY, 2009); Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 21 (ULUSOY, 2004); Bahtiyar AKYILMAZ- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 459, (AKYILMAZ ve ark., 2009); Melikşah YASİN, "*Kamu Hizmeti*", içinde **İdare Hukuku II**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 87- 125, s. 88, (YASİN, 2010). Bu noktada **Yasin'in** niteliği gereği kamu hizmeti görüşüne haklılık taniyan görüşlerine de (s. 95) dikkati çekmek gerekir.

**Çal**'ın anılması<sup>52</sup> gerekir<sup>53</sup>.

Kamu hizmeti bir faaliyet olarak anlaşıldığına göre onun "*bazı özellikler taşıyan bir faaliyet*"<sup>54</sup> olarak tanımlanması gerekir. Böylece bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının anlaşılması için çeşitli unsurlarının tahliline ihtiyaç doğmuştur. Bu kapsamda bazı yazarlar<sup>55</sup> iki, bazıları<sup>56</sup> ise üç ölçüt kullanılmaktadır; Organik, maddi ve şekli kıstaslar.

Organik unsur, en basit şekliyle bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için idare tarafından yürütülmesi anlamına gelir. Bizce bu unsurun (i) kamu hizmetini fiilen ifa edecek organ ve (ii) kamu hizmetinin görülmesinden kullanıcılar/yararlanıcılar karşısında sorumluluk taşıyacak (kamu hizmeti sorumlusu) organ olmak üzere iki boyutta anlaşılmasını daha yerinde olur. Bu kapsamda objektivist yaklaşımın *devletin varlık sebebi*<sup>57</sup> olarak gördüğü kamu hizmeti ifası, tarihi gelişim içinde merkezi devlet yapısı yanında belediyeleri<sup>58</sup> ve sonradan imtiyaz sözleşmesi kapsamında imtiyazcıları da kapsar biçimde<sup>59</sup> anlaşılmıştır.

Öte taraftan kamu hizmeti toplumsal çıkarı tatmine matuf olduğundan hizmetin faili önemli olmaksızın övüncü idareye ait olduğundan sorumluluğunun da idareye ait olması beklenir. Burada hizmetin ifasında bulun (a) mayan *idarenin*, hizmetin kuruluşundan karşılanacak ihtiyacın tatminine kadar her aşamaya müdahil ve dahi sorumlu kabul edilerek fiili eksikliğin hukuksal tedbirlerle telafi edilmesi söz konusudur<sup>60</sup>.

Kamu hizmetini fiilen ifa edecek organ ve onun sorumluluğunu taşıyacak organ anlamlarında organik unsur, bireyin ekonomik özgürlüklerine ciddi sınırlamalar getirir<sup>61</sup>.

52 ULER, 1998: 263; GÜLAN, 1988: 105; Sedat ÇAL, **Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, TOBB Yayınları, Ankara, 2008, s. 35. (ÇAL, 2008a).

53 Kamu hizmetlerinin ülkemiz gelişiminin incelenmesi konusunda bkz. GÜLAN, 1988 ve Abdullah DİNÇKOL, "Sosyo Ekonomik Değişmelerin Türk Pozitif Hukuk Sistemine Etkileri", **Hukuk Araştırmaları**, C.8, S.1-3, 1994, 165-191. **Gülan ve Dinçkol**'un sınıflandırma ve görüşlerinin karşılaştırmalı analizi için bkz. TIRYAKI, 2008: 222 vd.

54 CHEVALLIER'den aktaran GÜLAN, 1988: 148.

55 BALTA yaptığı tanımda organik unsur ve maddi unsur olmak üzere iki belirleyici seçmiş görünmektedir. BALTA, 1972: 18; GÜLAN, 1988: 148 vd; GÖZLER, II, 2003: 219.

56 DURAN, 1982: 304-305; GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 645; GÜNDAY, 2003: 295-296; ÇIRAKMAN, 1976: 76; ULUSOY, 2004a: 61-62; Esin ÖRÜCÜ, "*Kamu Hukuku - Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası*", **İHİD**, C. 12, Yıl 1991, S. 1-3, ss. 303-316, s. 304 (ÖRÜCÜ, 1991);

57 ONAR, I, 1966: 14.

58 HALL, 10 vd; ONAR, I, 1966: 15. Aynı görüşü Anayasa Mahkemesi de benimsemektedir. Bkz. E. 1994/70, s.408;

59 DURAN imtiyaz sözleşmesi usulünün liberal dönemde uygulanan "*kuralı bozmayan bir istisna*" sayıldığını savunmaktadır. DURAN, 1982: 304. Onar ise devletin iktisadi politikasının hukuk sahasında kamu hizmeti süljelerinin karakterine ve sayısına etki ettiğini yazmıştır. ONAR, I, 1966: 16. Benzer yaklaşım AYM tarafından da benimsenmiştir. E. 1990/4, s. 134-135.

60 Bu konuda bkz. TIRYAKI, 2008; 224 vd. Aynı husus AYM kararında "*Kamu hizmetleri, (nin) ... yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. ... Bu sebeplerdir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur*" E. 1990/4, s. 134-135.

61 DURAN, 1982: 313; GÖZLER, II, 2003: 318; YILMAZ, 2006: 49; ULUSOY, 2002: 7-8.

Bu müdahale mülkiyet hakkı bakımından; (i) kamu hizmetinin görülmesi için araç-gereç ve özellikle taşınmaz edinilmesi yoluyla özel kişilerin alanlarını kısıtlanması, (ii) Kamu hizmeti görülmesine lazım edinimler ile hizmetin giderleri için gereken mali kapasitenin oluşturulmasına yönelik vergi ve vergi benzeri mali yükümlülükler salınması yoluyla ortaya çıkacaktır. Ayrıca idarenin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak yürütmesinin faaliyet sahasını hukuken ve/veya ekonomik olarak özel girişimcilere kapatması ya da kısıtlama etkisi nedeniyle özel teşebbüs özgürlüğüne de müdahale niteliği taşır. Ayrıca kamu hizmeti teşkilatı olarak idarenin özellikleri (personel rejimi, sözleşme ilişkileri gibi) bireylerin diledikleri alanda çalışabilmeleri bağlamında çalışma ve eşit şartlarda sözleşme ilişkileri oluşturabilmeleri anlamında sözleşme özgürlüklerine kısıtlar getirecektir.

Bu nedenlerle kamu hizmetinin organik unsurunun teşkili anlamında bir idare uzununun kurulması ya da kamu hizmetinin asli sorumlusu idarenin faaliyetlerinin gerçek veya özel hukuk kişilerince yapılmasının ancak kanunla öngörülebilmesi gerekir. Özgürlüklerin sınırlandırılmasının kanun dışında bir işlemle yapılması kabul edilemeyeceği için kamu hizmeti yürütücüsü organın ve/veya kamu hizmeti sorumlusu organın mutlaka kanunla teşkil ve tespit edilmesi icap eder<sup>62</sup>. Bu cümleden olarak kanunun kural olarak kamu eliyle mi yoksa özel kişiler eliyle mi yürütüm usulünün uygulanacağına karar vermesi beklenmektedir.

Maddi unsur ise en basit şekildeyle bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için toplumun ortak ve genel gereksinimlerini karşılaması gerektiği anlamına gelir<sup>63</sup>. Bu yaklaşım objektivist kamu hizmeti anlayışı olup faaliyeti faalinden ve şeklinden (hukuki rejiminden) bağımsız ele almaktadır<sup>64</sup>. Anayasamızın 47 nci maddesinde yer verilen "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*" hükmü niteliği gereği kamu hizmeti anlayışını çağrıştırmaktadır. Bu durumda bir faaliyetin kamu yararını sağlaması kendinden mülhem olup sorun çıktığında tespiti yargıçlar tarafından yapılacaktır. Nitekim AYM'nin yaklaşımını da bu anlayış biçimlendirmektedir<sup>65</sup>. Ancak Mahkemenin bu yaklaşımı kamu hizmetinin gelişimi sürecinde geride kalmış bir evre olup esasında kamu yararını sağlayacak faaliyeti, diğer bir deyimle kamu yararının<sup>66</sup> ne olduğunu belirleme işlevi olarak kamu hizmeti teşkil ve teşhizi artık siyasal karar organlarının işlevi halinde dönüşmüştür<sup>67</sup>. Günümüz demokrasileri bakımından hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olacağı, siyasal karar organı olarak yasama

62 KARAHANOĞULLARI, 2002: 257-258; ATAY, 2009: 589.

63 GÖZÜBÜYÜK&TAN bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesini "*toplumun ortak gereksinimlerini karşıla*"masına bağlamakta; ÖZAY toplumsal gereksinimin "süreklili" ve "genel" olması gerektiğini savunmaktadır. GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 645, 652; ÖZAY, 1996: 231.

64 *Günday*'ın "*tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet*" tanımı bunu göstermektedir. GÜNDAY, 2003: 296.

65 AYM Kararı E. 1996/63 K. 1997/40 K.T. 26.3.1997 **AMKD**, S.37 C.1 ss. 107-138, s. 129-130.

66 Kamu yararının ne olduğu ve belirsizliği konularında bkz. ÇIRAKMAN, 1976: 77; Tekin AKILLIOĞLU, "*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*" **AİD**, C.24, S. 2, 1991, ss. 3-15, s. 3 (AKILLIOĞLU, 1991) Aynı makale için bkz. **İHİD**, C.9, S.1-3, 1988, ss. 11-22; GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 6546; GÖZLER, II, 2003: 226; DURAN, 1982: 304.

67 Bu hususta ayrıntı için bkz. TİRYAKİ, 2008: 228 vd.

organlarının yaslandıkları siyasal çoğunlukların görüşünü toplum yaşamına egemen kılmak misyonu çerçevesinde değişecektir. Zira kamu hizmeti salt bir biçim veya ritüeller topluluğu olmayıp her siyasal görüşün anlam dünyasını inşa eden ideoloji aysberginin yüzeydeki kısmı, idare ve belki de kamu hukuku patrimuanının en önemli görünümüdür<sup>68</sup>. Bu sonuç kamu hizmetlerinin hukuki bir kategori olmaktan çok siyasal bir karar haline dönüştüğü şeklinde yorumlanmaktadır<sup>69</sup>. Bu çerçevede kamu hizmeti alanının genişlemesi<sup>70</sup> veya daralması öngörülmelidir<sup>71</sup>.

Son olarak şekli unsur ise en basit şekliyle kamu hizmetinin hukuki rejimini ifade eder ki buna göre kamu hizmeti kamusal yetki ve usuller kullanılarak (kamu gücüne dayanan yöntemlerle<sup>72</sup>) yerine getirilen faaliyetler demektir<sup>73</sup>. Geçtiğimiz yüzyılda sosyal devlet ilkesinin gelişmesi sürecinde idarenin özel mallar edinmesi ve faaliyetlerinin çeşitlenerek genişlemesi idarece yürütülen bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için ancak "*kendine özgü yetki ve usullerle yürütülmesi*"ni gerekli kılmıştır<sup>74</sup>.

Sosyal devlet kavramı kapsamında ortaya çıkan KİT'lerin faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak benimsenmesi<sup>75</sup> ancak bu faaliyetlerinin kamusal yetki ve usullerle görülmemesinin ortaya çıkmasıyla<sup>76</sup> gerçekleşmiştir. Böylece kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin tek ve saf olamayacağı, faaliyetin konu ve amaçlarına göre değişik ölçülerde kamusal ve özel hukuktan oluşan bir karma niteliği olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>77</sup>. Diğer bir ifadeyle organik unsurdaki çözülme şekli unsurdaki homojenliğe katkı sağlamıştır. Bu cümleden olarak organik unsurdaki çözülmenin şekli unsurun belirleyici niteliğini teyid ettiği söylenebilir. Zira idarece ya da idarenin yakın gözetimi altında özel hukuk kişisince yürütülen faaliyet, aynı faaliyeti yürüten bir özel hukuk kişisinden ancak farklı hukuksal rejime tabi tutulması halinde kamu hizmeti olabilecektir. Böylelikle hukuksal rejim kamu hizmetleriyle özel faaliyetlerin en geçerli ayracı haline gelmektedir<sup>78</sup>.

68 Cüneyt OZANSOY, "*Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*", içinde **2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, No: 59, Ankara, 2000, ss. 33-36, s. 36 (OZANSOY, 2000).

69 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 646; Turgut TAN, "*Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Yapılanma*", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1991, ss. 329-335, s. 330, (TAN, 1991a); ULUSOY, 2004: 20. Kamu hizmeti konusunun karışık iki siyasal görüş açısından incelenmesi için bkz. Cüneyt OZANSOY, "*Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*", **AÜHF**, C.46, S. 1-4, 1997, ss. 85-100, (OZANSOY, 1997).

70 Ülkemizde genelde bu yönde bir değişim benimsenmektedir. DURAN, 1982: 205 ve 316. Benzer yaklaşım ONAR, I, 1966: 16; ÖZAY, 1998: 294; TAN, 1991a: 331; GÜNDAY, 2003: 299; AYM Kararı E. 1994/71 K. 1995/23 K.T. 28.6.1995, **AMKD**, S. 32 C. 1, ss. 144-168, s.161. Aynı yönde bir başka kararı zikreden TAN, 1991a: 331.

71 Bu hususta bkz. TİRYAKİ, 2008; 230 vd.

72 ÖRÜCÜ, 1991: 305.

73 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 648; GÜNDAY, 2003: 296.

74 TAN, 1991a: 331; ULUSOY, 2004: 19.

75 İl Han ÖZAY, "*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı*", **İHİD**, Yıl 5, S.1-3, Aralık 1984, ss. 93-106, s. 96 (ÖZAY, 1984)

76 ÖZAY, 1984: 97.

77 DURAN, 1982: 306.

78 ULUSOY, 2004: 15. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TİRYAKİ, 2008: 233.

Nitekim ekonomik özgürlüklerin hukuki belirlilik ortamında korunmasını gerekli kılan hukuk devleti ilkesi ve karşılaştırmalı hukuk verileri<sup>79</sup> de bu yaklaşımı doğrulamaktadır.

Şekli unsurun dayandığı farklı hukuksal sonuçlar arasında faaliyeti ifa eden özel kişiye sağlanan kamusal ayrıcalıklar; hizmetin tekel biçiminde işletilmesi, yararlananlardan mecburi katkı payı alınması, vergi muafiyeti, resim, harç vb. ödemelerden muafiyet, yardımlar, kamulaştırma imkanları, hizmetin/ürünün tarife kapsamında satılması zikredilebilir<sup>80</sup>. Kamusal rejimin kapsamı tartışmalı<sup>81</sup> olmakla beraber faaliyetin, kamu hizmetlerine egemen ilkelere göre yürütülmesini garanti edecek düzeyde ayrıcalık tanınmasının gerekli ve yeterli bir kriter olduğunu düşünüyoruz.

### Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmeti Yaklaşımı

Kamu hizmeti konusunda Anayasa Mahkemesi'nin tanım geliştirmekten çok bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Mahkeme'nin tanımlarından birisi;

*"En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. / Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür."*<sup>82</sup> şeklindedir. Mahkeme *"Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir."*<sup>83</sup> kriterini benimsemiştir. Mahkeme bu hizmetlerin *"Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler"*<sup>84</sup> olduğunu savunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin tanımı ve diğer kriteri dikkate alındığında yukarıda tanımlanan objektivist kamu hizmeti anlayışını benimsediği söylenebilir<sup>85</sup>. Mahkeme doktrindeki görüşlerden bihaber olmadığına<sup>86</sup> göre, bu tercihinin normatif bir temele, Anayasa m. 47/1<sup>87</sup>, dayandığı düşünülse de Mahkeme bizzat bu kapsamda aksi yönde karar ihdas etmiştir<sup>88</sup>. Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Mahkeme, sadece E.1994/71 s. Kararında

79 *"hizmetin işleminde böyle bir idare hukuku rejimi yoksa (kamu gücüne dayanan yöntemler) kamu hizmeti ne benzesi de o girişim kamu hukuku (= hizmeti) sayılmamaktadır"* ÖRÜCÜ, 1991: 305.

80 ÖRÜCÜ, 1991: 305; GÖZLER, II, 2003: 233.

81 Örneğin ULUSOY *"hizmetin bireylere sunumunu kolaylaştıracak veya düzgün sunumunu sağlayacak nitelikte ve dozajda"* ölçütünü önermektedir. ULUSOY, 2004: 15.

82 E. 1994/43, s. 300. Aynı tanım için bkz. E. 1994/71, s. 161. Bir diğeri ise *"Kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir."* şeklindedir. E. 1996/63 s. 130.

83 E. 1994/43 s. 301. Ayrıca bkz. E. 1994/71 s. 162; E. 1994/70 s. 408.

84 E. 1994/43, s. 300; E. 1994/71 s. 161.

85 Aynı yönde ULUSOY, 2004: 59 vd.

86 E. 1994/43, s. 300.

87 *"Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir."*

88 AYM'nin 20.11.1984 günlü, 3082 sayılı *"Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun"* hakkındaki kararı E. 1985/2, K. 1985/16 K.T. 27.9.1985 **AMKD**, S. 21 ss. 217-230. Ayrıca Azrak'da AYM'nin bu karardaki yaklaşımını benimsemiştir. Ali Ülkü AZRAK, *"Devletleştirme, Anayasa ve 3082 sayılı Kanun"*, İHİD, C.4 S. 1-3, Yıl 1983, ss. 11-19, s. 13-14 (AZRAK, 1983).

47 nci maddeden niteliği gereği kamu hizmeti anlayışına ulaşmıştır<sup>89</sup>. Mahkemenin kamu hizmeti yaklaşımını ortaya koyan önemli kararlarından olan E. 1994/43 sayılı kararında yer verdiği;

*“Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. ...“Kamu hizmeti kavramı”nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da git-tikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlanmaz”. (abç) (s. 300) ve “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.” (s. 301) ifadeleriyle kamu hizmetinin organik unsurunda mutlak bir çözülme öngördüğü ve maddi unsuru öne çıkardığı seçilmektedir. Mahkeme, yukarıda işaret edilen E. 1985/2 s. Kararında kişilerin mülkiyet, sözleşme, çalışma ve özel teşebbüs hürriyetine sınır getiren devletleştirilmenin her defasında yasama organınca yapılmasının Anayasaya uygunluğunu kararlaştırmakta ancak aynı nitelikteki kamu hizmeti kurulması işleminin takdirini yasama organına bırakmamakta ve kendi kendisiyle çelişmektedir.*

Mahkeme bazı kararlarında, örneğin E.1994/71 s. Karar<sup>90</sup>, kamu hizmeti kurulması konusundaki takdirin yasama organına ait olduğunu ancak kendisinin de bu takdiri Anayasaya uygunluk bakımından denetleyeceğini söylemektedir<sup>91</sup>. Ancak aynı Kararda yer verdiği *“etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.”*<sup>92</sup> ifadeleri Mahkemenin Anayasadaki bir hükme dayanmaksızın yine soyut ve kıymeti kendinden menkul ifadelerle yasama organının takdirini denetleyebilmesine imkan sağlamakta ve Mahkemenin objektivist kamu hizmeti yaklaşımını sürdürdüğünü göstermektedir<sup>93</sup>.

## **A. Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri ve Bunların Ekonomik Özgürlüklerle İlişkisi**

Modern devlette kamu hizmeti ifasının ilk evvel idarenin faaliyet konusu olduğunu, gelişen ve çeşitlenen ihtiyaçlar doğrultusunda idarenin bu alandaki varlığının genişlediğini ve derinleştiğini, bunun yanında özel kişilerin de kamu hizmeti ifasına katıldıklarını

89 *“Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim Anayasa'nın 47. maddesinde, “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir”* denilirken özel teşebbüslerle yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir. E. 1994/71 s. 162.

90 AYM Kararı E. 1994/71 K. 1995/23 K.T. 28.6.1995, **AMKD**, S. 32 C. 1, ss. 144-168.

91 Benzer bir yaklaşım E. 1996/63 s. 129-131. Bu noktada Anayasal Kamu Hizmetleri ya da kamu hizmetlerinin alanının anayasayla belirlenip belirlenmediği sorununa ulaşılır ki bu konu çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu hususta bkz. TİRYAKI, 2008: 258 vd.

92 E.1994/71 s. 161.

93 Ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. TİRYAKI, 2008: 237 vd.

belirlemiştir<sup>94</sup>. Peki, kamu hizmetlerinin göreni/yürütücüsü kimdir ve bunun sonuçları nelerdir?

Konu doktrinde kamu kesimi ve özel hukuk kişileri eliyle görülme usulleri<sup>95</sup> ya da görülüş usullerinin sıralanması<sup>96</sup> yöntemleriyle ele alınmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülüş usullerine dair ayrımı **Duran**, kamu hizmetlerinin konusuna ve niteliğine göre değişmesine bağlamakta ve bu tercihin hukuki olmaktan ziyade idare siyasetine ve sanatına ilişkin olduğunu savunmaktadır<sup>97</sup>. Gerçekten de kamu hizmeti görülmesi doğrudan kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Belli bir faaliyet alanında kamu yararının etkili biçimde nasıl gerçekleştirileceği birçok faktörün dikkate alındığı ekonomik, teknik<sup>98</sup> ve siyasi<sup>99</sup> bir karardır<sup>100</sup>. Yanılma payını da içeren bu kararın kamu hizmetlerinin kim tarafından kurulabileceği tahliline benzer sebeplerle<sup>101</sup> ve de demokratik tekamül gereği yasama organı tarafından verilmesi uygun olacaktır<sup>102</sup>. Bu cümleden olarak, kamu hizmetlerinin kamu eliyle ve dahi özel kişiler eliyle, görülebilmesi ancak kanunla

94 Özel kişilerin kamu hizmeti ifasına neden katıldıklarına yönelik iktisadi rasyonalite günümüzde neo-klasik iktisat mantığına dayanmaktadır. Klasik iktisadın temel varsayımlarına dayanan bu görüş Keynesyen iktisada ilişkin bir çözümlenmeye yaslanmakta, devlet başarısızlıkları (= government/non-market failure) ve devlete piyasanın başarısız olduğu işleri yapma ödevini yüklemektedir (Osman DEMİR, **Ekonomide Devlet**, SPK Yayınları, No: 71, Ankara, 1997, s. 34 (DEMİR, 1997)) Böylece genel olarak devletin ekonomiye müdahalesi özel olarak kamu hizmetleri, piyasa aktörlerinin başarısız olduğu (= *market failure*) işlere hasredilecektir (KARAHANOĞULLARI, 2002: 310). Ekonomide Keynesyen iktisattan neo-klasik iktisada geçişin hukuk âlemindeki yansıması olarak sosyal devletten sınırlı devlete ya da liberal devlete geçiş kendini hem kamu hizmeti alanının daraltılması hem de kamu hizmeti alanına dâhil faaliyetlerin özel hukuk alanına aktarılması (= özelleştirme) şeklinde gerçekleştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİ, 2008: 271.

95 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 670; ÖZAY, 1996: 250; ULUSOY, 2004: 32; GÖZLER, II, 2003: 344-345; KARAHANOĞULLARI, 2002: 281; ATAY, 2009: 608 vd; YASİN, 2010: 108-109. **Yasin** bu noktada "Yeni Yöntemler" başlığı altında lisans usulünü ve bazı kanunlarda öngörülen usulleri ayrı ayrı sıralamaktadır (s.116 vd).

96 DURAN, 1982: 328; GÜNDAY, 2003: 308. YAYLA, 2009: 88 vd; AKYILMAZ ve ark., 2009: 462 vd.

97 DURAN, 1982: 327.

98 GÖZLER, II, 2003: 344.

99 KARAHANOĞULLARI, 2002: 282-283.

100 Bu tercihin ekonomi ve diğer bilimlerin verilerinden yararlanması artık bir tercih değil zorunluluktur. Nitekim iktisat bilimindeki doğal tekel, kamusal mal, pareto etkinliği vb. kavramlar göz ardı edilemeyecek kadar önemli sonuçları günışığına çıkarmaktadır. Bu noktada yasama organının ne şekilde hareket etmesi gerektiği konusunda ortaya çıkan yaklaşımlar, 'hukuki rasyonalite' veya 'iktisadi rasyonalite', arasındaki gerileme de işaret etmek gerekir. TAN, 1980 sonrası özelleştirme hareketlerini ve kamu hizmetleri konusundaki tartışmayı hukuki rasyonaliteden iktisadi rasyonaliteye geçiş olarak tanımlamaktadır. (Turgut TAN, "*Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*", **TİD**, S. 378, Yıl. 1988, ss. 73-90, s.74 (TAN, 1988a)) Özel olarak bu dönüşüm sürecinde serdedilen fikirlerin incelenmesi için bkz. OZANSOY, 1997. Bu konularda genel olarak bkz. ULUSOY, 2004: 22, KARAHANOĞULLARI, 2002, 293.

101 YASİN, 2010: 92; ATAY, 2009: 589, 590. Aksi yönde görüş için bkz. ÇAL, 2010:157. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. TİRYAKİ, 2008: 240 vd.

102 Anayasa Mahkemesi bu tercihin kanunla yapılması gereğine istisnanın tercih edilmesi kapsamında bakmaktadır. Mahkeme kamu hizmetlerinin kamu tarafından yerine getirilmesinin olağan olduğunu ancak kamu hizmeti alanındaki genişlemeye paralel olarak özel kişilerden de yararlanılabileceğini ancak bu durumun yasa tarafından öngörülmesi gerektiğine yürütme ve idaren kendiliğinden bu yönde tercihte bulunamayacağına hükmetmiştir. E. 2000/17 s. 108.

kararlaştırılabilir. Zira, özel teşebbüs hürriyeti ancak bir kanunla sınırlandırılarak o faaliyet sahasında kamu hizmeti kurulmadıkça bireyler her alanda faaliyet yürütebilir.

Kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından kamu eliyle yürütme esas olup kanun açık hüküm sevkiyle, örn. 6446 s. Kanun, veya idareye takdir yetkisi tanımak yoluyla, örn. 5393 s. Kanun, özel kişileri hizmetin görülmesine katabilir. İdareye takdir yetkisi verilmiş ise burada lalettayin bir yerindelik kararı değil yukarıda açıklandığı üzere hukuki-iktisadi rasyonalite gereği '*inşa edilmesi gereken*' bir karar olmalıdır. Zira söz konusu karar, diğer unsurlara ilaveten özellikle mali külfetler bakımından, bireylerin ekonomik özgürlüklerine taalluk eder.

Her bir kamu hizmetinin son tahlilde bir kamu idaresinin sorumluluğu altında<sup>103</sup> olması kamu hizmeti hukukumuzun *sine qua non* unsurlarındandır<sup>104</sup>. Ancak bu durum, hizmetin sorumlu kamu idaresince görülmesini tazammun etmez. Hizmet başka bir kamu tüzel kişisi veya özel kişi tarafından yürütülebilir. Öyleyse kamu hizmetinin (i) *kamu eliyle görülmesi* ve (ii) *özel hukuk kişileri eliyle görülmesi* olmak üzere iki temel usulü ortaya çıkmaktadır.

## Kamu Hizmetlerinin Kamu Eliyle Görülmesi

### a. Genel Olarak

Kamu hizmetlerinin kamu eliyle görülmesi yöntem (ler) inin neler olduğu tartışmalıdır. **Onar, Özay** ve **Günday** kamu eliyle görülmenin genel olarak emanet yöntemi olduğunu savunurken; **Duran, Ulusoy, Gözler** ve **Karahanoğulları** bu konuda alt ayrıma gitmektedir.

Kamu hizmetlerinin bizatihi devlet tüzel kişiliği tarafından ifasında, idare hizmeti asli sahibi ve sorumlusu olarak yürütüyorsa emanet usulü vardır. Ayrıca hizmet yasayla bir kamu tüzel kişisinin (= belediye veya kamu kurumu) uhdesine bırakılmış ve bizatihi bu kamu kamu tüzel kişisince yürütülüyorsa da kamu eliyle görme söz konusudur ve emanet yöntemi olarak değerlendirilebilir<sup>105</sup>. Emanet yöntemi **Özay** tarafından "*o faaliyetin bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi örgüt, araç gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi*" şeklinde tanımlamakta ve hizmetin devlet tüzel kişiliği dışında kamu tüzel kişilerinince yürütülmesi de, Fransa'nın aksine, emanet yöntemi olarak kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar ise emanet yönteminin varlığı için hizmetin bizzat hizmetin asli sorumlusu organ tarafından ifası gerektiğini<sup>107</sup> savunmaktadır. Emanet yönteminde hizmetin mali külfetinin hizmetin sorumlusu ve onu ifa eden

103 ULUSOY, 2004: 31.

104 Aksi yönde bkz. Sedat ÇAL, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 154 ve 160 (ÇAL, 2010).

105 **Yayla**'da bu konuda dolaylı emanet kavramını kullanmaktadır. YAYLA, 2009: 89.

106 ÖZAY, 1996: 250-251; ONAR, I, 1966: 43; GÜNDAY, 2003: 308. GÜNDAY emanet yöntemini "*bir kamu hizmetinin devlet veya öteki kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya ve kendi örgüt ve hizmete tahsis ettikleri aynı ve şahsi vasıtalarla görürülmesi*" şeklinde tanımlayarak yöntemin tüm kamu tüzel kişilerini içerdiğini vurgulamaktadır.

107 ULUSOY, 2004: 32; GÖZLER, II, 2003: 346-348; KARAHANOĞULLARI, 2002: 284.



idarenin bütçesinden karşılanması ve personelinin de mezkur idarenin personeli olması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>108</sup>.

Öte taraftan kamu eliyle görmede sorumlu organ ile ifa eden organın farklılaşması halinde yani hizmetin yasayla devlet veya bir kamu tüzel kişininin uhdesine (sorumluluğuna) bırakılması ancak bir işlemle başka bir kamu tüzel kişisine gördürülmesi halinde yetkilendirme yönteminin varlığı düşünülmelidir. Nitekim **Ulusoy** ve **Uz** emanet dışındaki yöntemlerin tümünü “yetkilendirme usulü”<sup>109</sup> başlığında toplarken; **Gözler**, **Karahanoğulları** ve **Yasin** ayrıca kamu kurumu -eliyle yürütüm- usulü kavramına da başvurmakta ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının yürüttüğü kamu hizmetlerini bu başlık altında incelemektedir. **Duran** kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ifa edilen kamu hizmetlerini de bu başlık altında sınıflandırmaktadır<sup>110</sup>.

Konuyu bir örnek bazında ele almak gerekirse; elektrik kamu hizmetlerinin<sup>111</sup> yürütülmesi devlet tüzel kişiliğine bırakılmadığından emanet usulü yoktur. Bu faaliyetler yasayla Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun (EPDK) uhdesine bırakılmıştır. Bu faaliyetler Kurumca bizzat ifa edilseydi kamu kurumu eliyle ifa ya da dolaylı emanet söz konusu olacaktı. Ancak EPDK elektrik kamu hizmeti alanındaki faaliyetleri bizzat ifa etmediği, hizmetleri lisans adı verilen bir işleme (= ruhsat) binaen EÜAŞ gibi bir kamu kuruluşuna ifa ettirmekle yetkilendirme usulüne örnek teşkil edecektir. EPDK'nın aynı usulde özel hukuk kişilerine kamu hizmeti gördürmesinde de yetkilendirme usulü vardır. Ancak 18 Aralık 1953 tarih ve 6200 sayılı Kanunla kurulan DSİ, baraj ve hidroelektrik enerji santralleri inşa etmek, nehirleri ve bataklıkları ıslah etmek vb. gibi uhdesine bırakılan işleri bizzat yürütmekle kamu kurumu eliyle kamu hizmeti görülmesine bir örnek oluşturmaktadır.

## b. Kamu Eliyle Görmenin Ekonomik Özgürlüklerle İlişkisi

Kamu hizmetlerinin emanet veya kamu kurumları eliyle görülmesinin ya da yetkilendirme yöntemiyle bir başka kamu tüzel kişisince görülmesinin ekonomik özgürlükler bakımından değeri eşittir. Gerçekten de bir faaliyet alanında (hukuki) tekel biçiminde kamu hizmeti tesisi/teçhizi bireylerin o faaliyet sahasındaki ekonomik özgürlüklerinin ciddi biçimde kısıtlanmasıdır. Bu noktada (i) Anayasamıza göre bir faaliyetin kamu hizmeti rejimi kapsamında dahi olsa hukuki tekel konusu yapılmasının mümkün olup olmadığı, (ii) Anayasamızda kamu hizmeti kılınmaya kapalı bir faaliyet sahasının olup olmadığı ve (iii) bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesinin ekonomik özgürlükler bakımından

108 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 671.

109 Bu noktada doktrinde bazı yazarların (GÖZLER, II, 2003: 355; ATAY, 2009: 608) görevlendirme terimini kullandıklarını, ancak bizim görevlendirme terimini yerinde bulmadığımızı belirtelim. Zira özel kişilerin kamu hizmetinin görülmesine katılımı ancak iradi olabilir ki bu durumda da olsa ‘yetkilendirme’ söz konusu olabilir. Görevlendirme terimi tercihinin yanlışlığı konusunda bkz. ÇAL, 2010, 169 vd.

110 ULUSOY, 2004: 33; Abdullah UZ, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 24 (UZ, 2011); GÖZLER, II, 2003: 351; KARAHANOĞULLARI, 2002: 287; DURAN, 1982: 342-343; YASİN, 2010: 108.

111 Elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olmadığı konusunda bkz. Taner AYANOĞLU, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, **İHİD**, C. 13, S. 1-3, Yıl 2000, (Pertev Bilgen’e Armağan), ss. 66-86, s. 72 vd. (AYANOĞLU, 2000).

mutlak anlamda mı yoksa nispi anlamda mı bir kısıtlama olduğunun ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Tekel biçiminde kamu hizmeti tesisi mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle; Anayasamızın 2001 değişiklikleri sonrası “*tuhafılık*” derecesinde serbest düzenlenen özel teşebbüs özgürlüğünün<sup>112</sup> bir faaliyet alanından tamamen dışlanması, kamu hizmeti gerekçesiyle dahi olsa, mümkün müdür? Özel teşebbüs özgürlüğünün bu düzeyde kısıtlanması mümkün olmamalıdır. Zira Anayasamızın özel teşebbüs özgürlüğüne tanıdığı normatif alanın idare lehine bir tekel oluşturulmasına imkan tanımadığını düşünüyoruz<sup>113</sup>. Anayasamız özel teşebbüs özgürlüğünü anayasa hukukunda bilinen karakteristik nitelikteki özel sınırlama sebepleriyle sınırlamamıştır<sup>114</sup>. Yani bu hürriyet, ancak sosyal devlet ilkesinden mülhem bazı hükümlerle sınırlanabilecektir<sup>115</sup>. Bununla beraber Anayasayla çeşitli biçimlerde korunan ve kutsanan birey özgürlüklerinin, kısıtlı bir faaliyet alanı için de olsa, ortadan kaldıracak düzeyde sınırlandırılması mümkün değildir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, Anayasamızın 2001 yılı değişiklikleri sonrası sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bir faaliyet alanından, kamu hizmeti kurulması gerekçesiyle, dışlanabilip dışlanamayacağıdır. Anayasamızın sözleşme ve çalışma özgürlüklerine kısıt dahi öngörmemiş olması karşısında<sup>116</sup> kamu hizmeti kurulması sebebiyle dahi olsa, sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bir faaliyet alanından tümten dışlanamayacağına kabulü gerektiğini düşünüyoruz.

Son olarak idarenin bir kamu hizmeti alanını bir özel kişiye hasredebilip hasredebilemeyeceğine değinmek gerekir. Bir kamu hizmeti alanı idare için dahi tekel biçiminde düzenlenemeyecekken idarenin, özel kişi (kamu hizmeti imtiyazcısı vb.) lehine bu durumu teessüs etmesi hiç mümkün değildir. Hatta burada idarenin takdir yetkisinden de bahsedilemez. Çünkü konu, yukarıda açıklandığı üzere sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bir faaliyet alanından dışlanması mahiyetinde olup siyasal olmanın ötesinde hukuksaldır, özgürlüğe mütealliktir. İlaveten, Anayasamızın m. 167/1 hükmü de tekelleri yasaklamakta, tekel oluşmaması konusunda devlete yükümlülük getirmektedir. Bu durumda devletin/idarenin tekel oluşturması, normatif açıdan, hiç düşünülememelidir<sup>117</sup>.

Bütün bu normatif analize rağmen mevcut teknik ve ekonomik gerçekler/zorunluluklar karşısında bir faaliyet alanının idare lehine tekel biçiminde düzenlenmesi istisnai olarak kabul edilebilir. Örneğin elektrik endüstrisinde iletim yani yüksek gerilim

112 GÖZLER, II, 2003: 319.

113 Aynı yönde Cem AYAYDIN, 1982 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, s. 218, 220'ye gönderme yapan Sedat ÇAL, “*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*”, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, s. 1829-1906 (ÇAL, 2009). Aynı esere <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir.

114 Bkz. TIRYAKI, 2008: 168 vd.

115 Sosyal devlet ilkesinin özel teşebbüs özgürlüğünün kapsamına ve normatif yapısına etkisi konusunda bkz. TIRYAKI, 2008: 213.

116 Bkz. TIRYAKI, 2008: 134 vd ile 159 vd.

117 YAYLA, 2009: 96. Anayasa hükmü “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*” şeklindedir.

hatlarından elektrik nakli ya da iletişim alanında telefon şebekesi işletmeciliği ya da henüz ülkemizde uygulanmıyor olmakla birlikte demiryolu ulaşımında şebeke işletmeciliği faaliyetlerinin mevcut teknik ve ekonomik yapı/zorunluluklar (= doğal tekel hali) karşısında tekel biçiminde ifasında bu durum söz konusudur. Ancak bu nitelikte zorunlulukların oluşmadığı, örneğin araç muayene örneği bakımından<sup>118</sup>, faaliyet alanlarında idarece veya imtiyazcı tarafından tekel biçiminde yürütümün öngörülememesi gerekir<sup>119</sup>.

Öte taraftan, idarenin istediği her alanda kamu hizmeti kurabilip kuramayacağına da değinmek gerekir. Kamu hizmetleri doğrudan kamu yararını temine müteallik faaliyetler olduklarından takdirinin hukuk yaratma fonksiyonu kapsamında yasama organınca yapılması gerektiğine değinmiştik. Bu konuda yasama organının sınırı ise anayasadır. Yasama organı genellik ilkesi gereği anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konuda kanun çıkarabileceği yani hukuk yaratabileceği için kamu hizmeti de kurabilecektir. Anayasamızda bunu kısıtlayan bir hüküm bulunmamaktadır<sup>120</sup>.

Son soruya gelince; kollektivist üretim ilişkilerinin benimsenmediği hukuk düzenimizde kamu hizmetlerinin kamu eliyle görülmesi usullerinde idare, taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duyacaktır. Nitekim hizmetin yürütümü için araç, gereç, malzeme ve ekipman edinmek yanında çok zaman taşınmaz mal da edinecek ve ayrıca işgücüne ihtiyaç duyacaktır. İşte özel kişilerin bu ihtiyaçları sağlaması ekonomik özgürlüklerin bir faaliyet alanından mutlak anlamda dışlanmadığını gösterir.

Kamu hizmeti yürüten idare aygıtı anılan ihtiyaçlarını kamusal ve özel usuller olmak üzere iki biçimde elde edebilir. Kamusal edinme biçimleri taşınmaz mallar için istimlak, taşınır mal ve işgücü edinimi için istimval usullerine başvurulabilir. Ancak taşınır mal ve işgücü edinimine mahsus istimvalin olağanüstü koşullara hasredilmesi<sup>121</sup> ile istimlakî düzenleyen 2942 s. Kamulaştırma Kanununda 4650 s. Kanunla değişik m. 8/1 hükmünün satın alma yönteminin "*öncelikle uygulanma (sı) esası*"nı benimsemesi, ekonomik özgürlükleri destekleyen hukuksal mekanizmalardır. Kamusal usullerin bu ikincil ya da olağan dışılık özelliği kamu hizmeti yürüten idare aygıtını, ihtiyaçlarını karşılamak için özel hukuk usulleri kullanmaya sevk etmektedir. Bu yöntemlerin önde geleniyse sözleşme yöntemi<sup>122</sup> olup ekonomik özgürlüklerin de önde gelenlerindedir. Gerçekten de idare organları kamu hizmeti yürütümünde ihtiyaç duydukları kırtasiye malzemesinden, temizlik işlerine, güvenlik hizmetlerinden ekipman teminine her türlü ihtiyaçları için özel kişilerle sözleşme yapmak yöntemini tercih etmektedir. Bu sözleşmelerin en önemli özelliği özel hukuk kurallarına tabi olmalarıdır<sup>123</sup>. Bu nitelikteki sözleşmeler genel bir başlık, kamu alımları başlığı, altında toplanmaktadır. Bu yöntemin ve

118 Bu konuda bkz. Sedat ÇAL, "*Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi'*", **AÜHFD**, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 63-113, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/262/2342.pdf>>

119 Aksi görüş için bkz. ATAY, 2009: 589.

120 Aynı yönde bkz. YAYLA, 2009: 87.

121 GÜNDAY, 2003: 253.

122 KARAHANOĞULLARI, 2002: 310.

123 Ali ULUSOY, *Konuşma Çözümleri, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, II*, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s. 86.

uygulamaların temel dayanakları ise 2886 s. Devlet İhale Kanunu, 4734 s. Kamu İhale Kanunu ve 4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur.

Sonuç olarak kamu hizmetlerinin kamu eliyle tekel biçiminde görülmesi ancak istisnai hallerde mümkün olup esasen tekel oluşturulması mümkün değildir. Bir kamu hizmetinin kamu eliyle görülmesi halinde ise o faaliyet alanı ekonomik özgürlükler bakımından nispi anlamda kısıtlanmaktadır. Bu çerçevede özel teşebbüs hürriyeti diğerlerine yani mülkiyet, sözleşme ve çalışma özgürlüklerine göre daha fazla kısıtlanmış olmaktadır.

### **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Eliyle Görülmesi**

Geçtiğimiz yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkan ekonomik düşünce ve o çerçevedeki sosyo-ekonomik gelişmelerin hukuk düşüncesine ve uygulamasına etkisi kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesinde bir gerileme olarak yaşanmıştır. İki dünya savaşı arasında ve sonrasında Avrupa'daki millileştirme hareketleri<sup>124</sup> ve müdahaleci/Keynesyen devlet anlayışının çıktıkları (= KİT'ler ve BİT'ler) kamu hizmeti ifasında idareyi başat role kavuşturmuştur. Bu dönem ülkemizde Birinci Beş Yıllık Sanayi Planı ile başlamış ve KİT'lerin kurulması ve yabancı imtiyazların satın alınması şeklinde sürmüştür. Ancak 1970'li yıllarda yaşanan ekonomi fikriyatındaki dönüşümün de etkisiyle yaygınlaşan özelleştirmeler mevcut durumu değiştirmiştir. Gerçekten idarenin olanaklarının bazı hizmetlerin yürütümüne gereğince yetmemesi, ekonomi ve teknolojide ortaya çıkan gelişmeler (= doğal tekel kavramı ve üretim teknolojileri ile iletişim (bilgisayar) ve ulaşım teknolojilerindeki değişim) kamu hizmetlerinin yürütümüne özel kişilerin daha fazla katılması taleplerine kaynaklık etmiştir<sup>125</sup>.

Özel kişilerin kamu hizmeti görülmesine katılması, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu idarenin ikame edilmesi mahiyetinde olduğundan, ancak ilgili kamu tüzel kişinin iradesiyle mümkündür. Bu irade hukuk düzeninde iki şekilde tezahür edebilir; statü ilişkisi kurulması veya sözleşme ilişkisi kurulması<sup>126</sup>.

Kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülmesi ilişkisinin kurulması idareyle özel kişinin iradesinin uyuşması esasına tabidir. Bu sebeple kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesinde üstlenmenin gerçekleşmesi için hizmetin asli sahibi ve sorumlusu idarenin iradesi yanında özel kişinin iradesi de gerekir. Bu durumda her iki irade de gerek şart niteliğine bürünür. İlaveten bu iradelerin uyuşumunun şekli de önemlidir. Gerçekten de kamu hizmeti hukukunun özel hukuktan farkı olarak özgürlüklere getirdiği kısıtlar yanında, idarenin kullanabileceği kamu gücü ve ayrıcalıklarına katlanma yükümü de özel kişinin iradesini önemli kılmaktadır<sup>127</sup>.

124 AZRAK, 1976: 111 vd.

125 Aynı yönde GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 679-680.

126 Turgut TAN, "İdare Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Sözleşmesi", **Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996, Ankara, ss. 23-40, s. 28 (TAN, 1996); GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 676; GÖZLER, II, 2003: 353; YAYLA, 2009: 91. KARAHANOĞULLARI, 2002: 317.

127 Bu nedenle idarenin iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin yürütümünde sözleşme ilişkisine başvurmasının daha yerinde olacağı savunulmuştur (KARAHANOĞULLARI, 2002: 318, TIRYAKI, 2008, 278). Aksi yönde görüş

## Özel Kişilerin Statü İlişkisi Kapsamında Kamu Hizmeti Görmesi

Özel hukuk kişilerinin statü ilişkisi çerçevesinde kamu hizmeti görmesi, ruhsat usulü kapsamında değerlendirildiği<sup>128</sup> gibi birden çok usul çerçevesinde de<sup>129</sup> değerlendirilebilmektedir. Bu kapsamda ruhsat usulüne *özel hukuk tüzel kişisi kurma ve kamuya yararlı faaliyette bulunan özel kişiler* başlıkları da eklenmektedir. Biz çalışmamızda yöntemlerden çok ortak unsurlara ve öne çıkan niteliklere değinmeye gayret edeceğiz.

İdarenin bir kişiye talebi olmaksızın kamu hizmeti gördürmesi, kamu hizmeti hukukunun birey özgürlükleri ve özellikle de ekonomik özgürlüklerle çatışması nedeniyle mümkün değildir. Kamu hizmeti hukukunun bu özelliği özel kişilerin kamu hizmeti üstleniminde ilgilinin talebini zorunlu hale getirmektedir<sup>130</sup>.

İdarenin özel hukuk kişilerine kamu hizmeti gördürebilmesi, ya da özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinin görülmesine katılması ancak kanunun öngörmesiyle

---

için bkz. Sedat ÇAL, “*Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, ss. 599-655, s. 619 (ÇAL, 2011). Gerçekten de kamu hizmetine sözleşme ilişkisi kapsamında katılım hem ekonomik özgürlükler bakımından hem de ilgilinin iradesinin hem hazırlık sürecindeki işlemlere hem de hizmetin yürütümü aşamasında ortaya çıkacak ihtiyaçlara binaen yapılması muhtemel değişikliklere katılımı bakımından daha değerlidir. Zira statü ilişkisi başvuru yapılması ve gerekli belgelerin sunulmasından ibaret biçimde bireyi/istekliyi pasif konumda tutarken; sözleşme ilişkisi ilgilinin her aşamada sürece katılımını ve rızasını gerektirmektedir. Giderek yapı işlet devret modelinin enerji sektörü tecrübesi babında sözleşme usulünün yetersiz ikincil düzenleme ve yanlı uygulamalarının sonucu ortaya çıkan kamu zararlarının bir hukuksal müesseseye mal edilmesinin kabul edilmezliğini de vurgulamak gerekir. Bizim sözleşme ilişkisini tercihimiz doktrinle eleştirilmiştir. Buna göre “*kamu hizmeti anlayışına dayanılarak, özel kişilerin bu türden hizmetleri yürütebilmesi bakımından ‘ilgilinin iradesi’ gerekçesiyle ruhsat kavramının dışlanması mantık*” görülemediği ve giderek “*konunun ne denli olumsuz sonuçlara yol açabileceği hususu*” dikkate alınarak “*isabetsiz ve yerinde olmayan bir görüş*” nitelenmesine gidilmiştir (ÇAL, 2010: 158). Halbuki yazarında alıntılanıdığı üzere biz ruhsat usulünü kamu hizmetinin görülme usullerinden biri olarak benimsiyor ve bu çalışmada dahil eserlerimizde kullanıyoruz. Ancak iki yöntem arasında yukarıda yaptığımız açıklama tahtında sözleşme usulünün ekonomik özgürlüklerin korunması bakımından birey açısından tercih edilir olduğunu düşünüyör/savunuyoruz. Giderek yazarın “*ruhsat altında görülen etkinlikler kural olarak özel hukuk tahtında yürütülen etkinlikler olmak gerektiği gibi...*” (ibid, s. 159) “*tüm bu görüşler çerçevesinde özetle değinmek gerekirse, idareye tanınan ruhsat verme yetkisinin zabıta gücüne yönelik bir yetki olduğu, yani kolluk niteliğinde bulunduğu hususu ortaya konabilecektir*” (ibid, s.142) ifadeleriyle bize yönelttiği “*ruhsat kavramının dışlanması*” eleştirisinin, kendisinin ruhsat kavramını kamu hizmeti alanından dışladığı sonucuna ulaşmakla, bize yönelttiği eleştiriyle çeliştiğini düşünüyoruz.

128 KARAHANOĞULLARI, 2002: 318. Burada kamu hizmeti ruhsatları ile kolluk ruhsatlarının bir değerinden farklı olduğuna değinmek gerekir. Biz bu çalışmamızda ruhsat tabiriyle kamu hizmeti ruhsatlarını kastetmek teyiz. Ayrıca ilave etmek gerekir ki Türk idare hukukuna iktisadi rasyonalite bağlamında velüd katkılar sunan ÇAL “*öğretinin zihinsel arka planındaki kamu hizmeti algılamasına dayalı olarak (kamu hizmetiyle) ruhsatla bağlantı kurmaya yönelik bir yaklaşıma geçmesinin isabetsiz*” (s. 157) olduğunu ve “*iki ayrı tür ruhsat yaklaşımını benimse*”mediğini (s.156) ifade ederek, öğretilde benimsenen kamu hizmeti görülmesine mahsus ruhsat kavramını reddetmekte ve “*... ruhsat (konusunda) ayrılık gayrılık yoktur, özetle ruhsat ruhsattır*” görüşünü benimsemektedir (ÇAL, 2010: 156, 157, 136 ve 146). Bu yaklaşımın değerlendirilmesi bu çalışmanın sınırları dışındadır. Ancak, şu tespite yer verelim ki, kamu hizmetinin tanımı ve unsurları bakımından farklı düşünen ve niteliği gereği kamu hizmeti yaklaşımını benimseyen yazarın kamu hizmetinin görülmesi usulleri bakımından doktrinle hemfikir olması zaten beklenemeyecektir.

129 GÖZBÜYÜK&TAN, 2006: 676; GÖZLER, II, 2003: 353.

130 ÖZAY, 1996: 255; ULUSOY, 2004a: 68; GÖZLER, II, 2003: 355. Devlet tüzel kişiliği veya kamu idarelerinin tamamen kamu malı ve kamu kaynaklarıyla bir özel hukuk tüzel kişisi kurup onu bazı kamu hizmetlerini görmekle görevlendirmeleri usulünü ihmal edilebilir bir istisna olarak değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz.

mümkündür<sup>131</sup>. Yukarıda işaret edildiği üzere tüm faaliyetler kural olarak serbesttir, yani özel girişim ve diğer ekonomik özgürlükler alanındadır. Ancak kanun, bu faaliyetlere kamu hizmeti sıfatını giydirebilir. Bu durumda da aksi belirlenmemişse faaliyeti yürütmek ve sorumluluğunu taşımak idarenin uhdesindedir. Özel hukuk kişilerinin hizmetin yürütümüne katılması kapsamında idare, ilk evvel bu kişilerin sahip olması gereken şartları önceden objektif hukuksal işlemlerle belirli ve özel kişiler için bilinebilir kılacaktır. İdarece, ilgilinin o kamu hizmetini yürütebilecek yeterlilikte olduğunu ispata matuf talebi üzerine yetkilendirme yapılabilecektir. İdarenin bu işlemi doktrinde "izin/idari izin" olarak nitelendirilmektedir<sup>132</sup>. Bu işlemin konusu bakımından şart işlem olduğu savunulabilir. Nitekim izin işlemiyle birlikte özel kişi artık yeni bir hukuki statü kazanmakta; yeni haklara ve yükümlülüklerle sahip olmakta, statüsü özel hukuktan farklılaşmaktadır. Bu cümleden olarak idare, özel hukuk kişisi ve faaliyetleri üzerinde içselleştirilmiş<sup>133</sup> yoğun bir denetim, kamu hizmeti hukukundan kaynaklanan gözetim ve yönlendirme yetkilerine sahip olacak, ilgili de bunlara rıza gösterecektir. İdare, yürütülen kamu hizmetiyle ilgili olmak kaydıyla hizmetin her noktasına nüfuz edebilecektir<sup>134</sup>. Öyleyse idarenin kamu hizmeti alanlarında ruhsat yöntemiyle faaliyet gösteren özel teşebbüsleri, içkin yani faaliyetin her noktasına nüfuz eden yoğun bir denetime tabi tutması mümkündür<sup>135</sup>.

Ruhsat usulü çerçevesinde kamu hizmeti gören özel teşebbüsün en temel hakkı ise belli bir gelir elde etmektir ki bu da özel kişinin kâr elde etme amacı olarak idarenin tarifeleri düzenleme yetkisine tabi olacaktır<sup>136</sup>. Ancak bu yaklaşım doktrinde eleştirilmiştir<sup>137</sup>. Örneğin Çal, rekabetin söz konusu olduğu alanlarda kamu hizmeti yürütücüsüne kâr garantisi verilmesini eleştirmektedir. Öte taraftan yazar rekabet eksikliği veya sair nedenlere dayalı olarak idarenin tarifeler üzerinden fiyatlara müdahalesinin söz konusu olması durumunda ise

131 Aksi yönde bkz. ÇAL, 2010: 170.

132 ÖZAY, 1996: 255; GÖZLER, II, 2003: 355; KARAHANOĞULLARI, 2002: 319.

133 İdarenin ruhsat usulü bakımından, içkin ve faaliyetin her noktasına nüfuz edebilen yetkilere ancak virtüel kamu hizmeti olması durumunda sahip olabileceği de savunulmuştur. (ÖZAY, 1996: 256) Fransız hukukunda ortaya çıkan virtüel kamu hizmeti teorisine göre "bir faaliyet, idare tarafından görülmesi de eğer yeterince açık bir kamu yararı niteliği gösteriyorsa, kamu hizmeti sayılır" (Nuri YAŞAR, "Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği", İHİD, Yıl 2000, C.13, S. 1-3, ss. 442-452, s. 445 (YAŞAR, 2000)). Bizce virtüel kamu hizmetleri teorisinin kabul edilmesi mümkün değildir. Zira özgürlükler ve özellikle özel teşebbüs özgürlüğü idarenin takdir yetkisine emanet edilemeyeceği gibi kamu hizmeti kurma yetkisi de idareye teslim edilemez. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKI, 2008: 279 vd.

134 ULUSOY, 2004: 38; KARAHANOĞULLARI, 2002: 320.

135 Karşı görüş için bkz. ÇAL, 2009: 51 vd. Yazar doktrinde genel olarak içkin ya da yoğun denetim olarak adlandırılan ameliyenin faaliyet üzerinde kolluk yetkisi kapsamında icra edilenden farklı olduğunu "bu defa daha kapsamlı ve ayrıntılı biçimde tatbik ediyor olması" şeklinde ikrar ederken "kamu hizmeti sayılan faaliyetlerde sözü edilen bu "içerik" denetimi, bir kolluk faaliyeti olmaktan öte gitmemektedir" (ÇAL, 2009: 51) sonucuna ulaşmaktadır. Mamafih yazar kamu hizmetini teşhis için faaliyetin niteliğine dayanıyor olduğundan idarenin denetim faaliyetinin yoğunluğuna sonuç bağlama gereği duymamaktadır. Gerçekten de kamu hizmeti ile kolluk faaliyetlerinin ayırım kriterinin idarenin yetkilerinin niceliğine dayandırılıyor olmasında bir yetersizlik olduğu kabul edilmelidir. Biz de bu sebeple kamu hizmeti kolluk ayırımının ancak hukuksal statüye müteallik olması gerektiğini düşünüyoruz. Yani ayırım niceliksel değil niteliksel bir kritere bağlanmak gerekir.

136 ÖZAY, 1996: 256.

137 ÇAL, 2010: 199.

"doğal olarak anılan tarifelerin özel girişimcinin maliyetlerinin üzerinde belirli bir kar elde edebilmesine **olanak sağlayacak** biçimde düzenlenmiş" olmasını savunmaktadır<sup>138</sup>. Bizim gelir garantisinden kastımız da bu ikinci duruma mütealliktir. Kamu hizmeti görülmesi usulüne özellikle rekabet ortamı içinde katılan bir özel hukuk kişisine kar garantisi verilmesinin mümkün olmaması gerekir. Ancak piyasa için rekabet (competition for market) kurgusu kapsamında özel hukuk kişilerine açılan kamu hizmeti alanlarında, elektrik dağıtım, cep telefonu veya kablo telefon şebekesi işletilmesi gibi alanlarda yazarın deyimiyle "*belirli bir kar elde edilebilmesine olanak sağlanmasını*" savunmaktayız. Zira ekonomik özgürlükler bakımından esas olan serbest girişim ve engellenmemektir, kayırlmak değil.

### **Özel Kişilerin Sözleşme İlişkisi Kapsamında Kamu Hizmeti Görmesi**

Özel kişilerin sözleşme ilişkisi kapsamında kamu hizmeti yürütümünü üstlenmesi usulü olarak imtiyaz usulü öne çıkmaktadır. Ancak bunun yanında iltizam, müşterek emanet, vekâlet/idare hesabına yönetim gibi sözleşme usullerinin olduğuna da işaret etmek gerekir<sup>139</sup>.

Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından sözleşme ilişkisi çerçevesinde görülmesi usullerinin tümünde ortak özellikler; (i) taraflardan birinin sözleşmeye konu kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu kamu otoritesi olması, (ii) sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin ilgili kamu idaresince belirlenen esaslara göre yürütülmesi şeklinde belirlenebilir<sup>140</sup>.

Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından sözleşme ilişkisi çerçevesinde görülebilmesi için yargı organları açık yasal dayanak aramaktadır. Nitekim **Gözübüyük&Tan**'ın örneklediği çeşitli olaylarda yargı organları kamu hizmetinin sözleşme usulüne konu yapılabileceği-ne ilişkin yasal dayanak aramıştır<sup>141</sup>.

Bir diğer husus, sözleşmenin idare tarafında sadece devlet tüzel kişiliği veya yerel yönetimlerin mi olabileceği yoksa kamu kurumlarının da bu mahiyette sözleşme tarafı olup olamayacaklarıdır. Doktrinde kamu kurumlarının bu usule başvuramayacakları ileri sürülmektedir<sup>142</sup>. Sözleşme usulünün başat uygulaması olan imtiyazın idari-sınai-ticari kamu hizmetleri ayrımı olmaksızın uygulandığı görülmektedir<sup>143</sup>. Örneğin 4/2/1924 tarihli ve 402 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda da değişiklik yapan 12/5/2001 tarihli ve 4673 sayılı Kanunla (RG: 23/5/2001 - 24410) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, önceden Ulaştırma Bakanlığınca akdedilen imtiyaz sözleşmelerini imzalamaya yetkili kılınmıştır. Böylece sözleşmenin idare tarafında kamu idareleri ve kamu kurumlarının olabileceği söylenebilir. Ayrıca değinilmesi gereken bir husus da sözleşmecinin gerçek veya tüzel kişi olmasının mümkün olmasıdır. Ayrıca sözleşmeci özel kişi ya da kamu tüzel kişisi de olabilir.

138 ÇAL, 2010: 199.

139 TAN, 1996: 32; GÖZLER, II, 2003: 361.

140 GÖZLER, II, 2003: 358-361.

141 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 679- 686. Aynı yönde KARAHANOĞULLARI, 202: 338.

142 GÖZLER, II, 2003: 358; DURAN, 1982: 331.

143 KARAHANOĞULLARI, 2002: 322.

Kamu hizmetlerinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde görülmesi usulünde imtiyaz dışındaki usuller bir faaliyetin icrası ya da işletilmesini konu edinirken imtiyaz bakımından kamu hizmetinin kurulması da kapsama dahil edilebilmektedir<sup>144</sup>. İmtiyaz yönteminin önde gelen niteliği imtiyazcıya (imtiyaz alana) tekel hakkı bahşetmesidir<sup>145</sup>. Gerçekten de idare bir kamu hizmeti alanında kendisine tanınan tekel yetkisini imtiyaz yöntemiyle özel kişiye devredebilmektedir. Ayrıca imtiyazcıya tekel yetkisinin tanınmadığı durumlarda aynı faaliyeti yürüten diğer girişimcilerden farklı (ayrıcılık) muamele yapılması olağan sayılmıştır. Nitekim AYM;

*“İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararıyla özel çıkarın bağdaştırılması için idareye imtiyazlı şirket üzerinde gözetim ve denetimi sağlayacak yetkiler tanınması, imtiyaz sahibine de kimi güvenceler verilmesi gerekmektedir. İmtiyazlı şirketin, yüklendiği hizmeti, sözleşmenin hüküm ve şartları ile kamu hizmetinin genel ilkelerine göre yerine getirme yükümlülüğü, buna karşılık, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını ve sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca idare tarafından şirkete imtiyazlı hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz mallar, araç ve gereçler de sağlanabilmektedir. Ancak, bunlardan kamu malı niteliğinde olanların, yalnız hizmete tahsis edilmiş sayılacağı fakat tasarruf edilemeyeceği açıktır. İmtiyaz alan, bu tür haklardan yararlanacağı gibi **genellikte o konudaki tekelden de yararlanabilecektir**. İdare aynı konuda başkasına imtiyaz ve çalışma izni vermemeyi kabul edebileceği gibi imtiyaz sahibine, kamu malları üstünde ve altında tesisler yapmak için bayındırlık imtiyazları veya irtifak hakları da tanıyabilir”*<sup>146</sup> sonucuna ulaşmıştır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası hukukumuzda idareye veya imtiyazcıya tekel niteliğinde kamu hizmeti gördürülmesi zorunluluklar hariç düşünülmemelidir.

Kamu hizmetlerinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde yürütülmesi bakımından önemli bir sorun da sözleşmeyle yürütülecek hizmetin tabi olacağı hukuk sorunudur. Bu sözleşmeye göre yürütülen kamu hizmetinin rejiminin de idare hukuku olduğu anlamına gelmez. Sözleşme ilişkisi kapsamında yürütülen hizmetin hukuki rejimi yürütülen faaliyete kanunla öngörülen hukuki rejimdir. Yürütülen hizmet sını ve ticari kamu hizmeti ise hizmet özel hukuka, yok idari bir kamu hizmeti ise idare hukukuna tabi olacaktır. Bu cümleden olarak özel kişilerin sözleşme ilişkisi çerçevesinde sadece sını ve ticari kamu hizmetleri değil idari kamu hizmetleri de görebilecekleri sonucuna ulaşmaktayız. Araç muayene hizmetleri bu bakımdan kıymetli bir örnektir<sup>147</sup>.

Kamu hizmetlerinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde görülmesi rejimi bakımından imtiyaz usulü tek yöntem midir? Başka isimlerde ve başka unsurlardan oluşan idari veya özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülebilir mi? Bu konuda **Gözler** ve **Gözübüyük&Tan** şekil serbestisi ilkesi çerçevesinde mevcut sözleşmelerin

144 Burada Fransız hukukunda yapılan bayındırlık imtiyazı ayrımını hukukumuzda büyük ölçüde ihmal edildiğinden dikkate almıyoruz. Nitekim bu kavram hukukumuzdan silinmek üzeredir. GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 695.

145 DURAN, 1982: 337; KARAHANOĞULLARI, 2002: 323;

146 E. 1996/63, s. 131-132.

147 ÇAL, 2008.



tadadı olduğunu savunmaktadır<sup>148</sup>. Gerçekten de kamu hizmetini kuran yasama organının bu faaliyetlerin görülme usulünü belirlemede sınırlı olmaması gerekir. Öyleyse yasama organı, Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla, faaliyetin karakteriyle uyumlu yeni sözleşme tipleri benimseyebilir<sup>149</sup>.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler birer idari sözleşme<sup>150</sup> olup idare hukukuna ve idari yargıya tabidir. Peki, idari rejime dâhil bu sözleşmelerde hukuki rejim farklılaştırmasına gidilebilir mi? Bu konuda Anayasa Mahkemesi E. 1994/43 s. kararında kullandığı;

*“Yasa’ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. .../ Oysa Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz.”<sup>151</sup>*

İfadeleriyle özel kişilerin kamu hizmetini sözleşme usulüyle görmesini imtiyaz usulüyle eşleştirmiştir<sup>152</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu eşleştirmesi bizce doğru değildir. Anayasamızda kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesi bakımından imtiyaz usulüne atıf yapan hükümler<sup>153</sup> bulunmakla birlikte bunlar yasa koyucu için yöntem sınırı teşkil etmez. Yasama organı sözleşmenin unsurlarını değiştirerek, çeşitlendirerek yeni sözleşme biçimleri kurabilir. Aksi yaklaşım yasama yetkisinin genelliği ilkesine aykırı olacaktır. AYM’nin normatif dayanak olmadan yasa koyucuyu imtiyaz yöntemine hapsedmesi doğru değildir. Nitekim yasama organı, yetkisine yapılan bu denli sınırlama

148 GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 691; GÖZLER, II, 2003: 368-369.

149 YAYLA, 2009: 90.

150 Bu sözleşmeler idari sözleşmelerin (i) taraflardan birinin idare olması ve (ii) sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması şeklindeki iki ‘yeter şartı’ sağlamaktadırlar. GÖZLER, II, 2003: 360-361; KARAHANOĞULLARI, 2002: 326.

151 E.1994/43, s. 302, 303. Mahkeme bu yaklaşımını diğer kararlarında da sürdürmüştür. Nitekim Mahkeme E. 1994/71 s. kararında yer verdiği “Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır.” (E.1994/71, s. 164) ifadeyle E. 1994/70 sayılı kararındaki “Gerçekten de, kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan, koşullarını Ulaştırma Bakanlığının belirleyeceği sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir. ... Kaldı ki, nitelikleri gereği idari olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı tutularak idarî yargı denetiminin dışına çıkarılması veya nitelikleri gereği imtiyaz sözleşmesi olan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kabul edilmemesi Anayasa’ya aykırılık oluşturur.” (E. 1994/70 s. 415) ifadeleriyle bunu göstermektedir.

152 Aynı yönde görüşler için bkz. KARAHANOĞULLARI, 2002: 333; ULUSOY, 2004: 64; Lütfi DURAN, “Yap İşlet Devret”, **AÜSBFD**, C.46, S. 1-2, Yıl. 1991, ss. 147-170, s.161 (DURAN, 1991). Bu konuda ayrıca bkz. Turgut TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Modeline”, **AÜSBFD**, C.47, S. 3-4, Yıl. 1992, ss. 307-325, s. 318 vd (TAN, 1992a). Aksi yönde görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006: 571; TAN, 1996: 28; GÖZLER, II, 2003: 372-374. Yahya ZABUNOĞLU, “Yap İşlet Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, **Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996, Ankara, ss. 45-54, s. 53 (ZABUNOĞLU, 1996).

153 M. 155/2 hükmünün ilk şekli “Danıştay ... imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...” biçimindeyken hüküm 1999 yılı değişiklikleri sonrası “Danıştay ... kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” biçimine dönüşmüştür.

karşısında 1999 yılında kamu hizmetleri, görülüş usulleri ve yargı organlarının yetki-lerini Anayasa değişikliğiyle yeniden düzenlemiştir. Bu kapsamda Anayasanın 47 nci maddesine 4 üncü fıkra olarak "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir*" hükmü eklenmiştir. Hüküm birçok açıdan incelenmiş<sup>154</sup> olsa da hükmün kamu hizmetinin tanımı bakımından yeni bir açılım getirmediği söylenebilir.<sup>155</sup> Ancak doktrin hükmün kamu hizmetinin görülüş usulleri bakımından, özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmeti gördürülebilmesi bakımından bir değişiklik getirdiğinde uzlaşmıştır<sup>156</sup>. Biz hükmün ilk el amacının/konusunun bu olduğunu, zira kamu tüzel kişileri tarafından görülen yatırım ve hizmetlerin kamu hizmetlerini evleviyetle kapsadığını, ancak daha öteye giden bir etkisi/ hukuki konusu da olduğunu düşünüyoruz.

Kurucu iktidar Anayasa değişikliğiyle Mahkemeye katmerli bir tepki vermiştir. Buna göre; yasa koyucu özel hukuk sözleşmeleriyle kamu hizmeti gördürme imkanına kavuşmuştur. Bu AYM'nin çeşitli kararlarında geliştirdiği kamu hizmeti görülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınamayacağı yönündeki içtihadına tepkidir. Ancak bize daha da önemlisi hüküm, kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden bir kısmının kamu hizmeti olup olmadıklarını tayin yetkisinin yasama organında olduğunu izhar etmektedir. Bu da AYM'nin objektivist kamu hizmeti içtihadına tepkidir. Böylece kurucu iktidar yeni bir kamu hizmeti kurulması ya da mevcut bir kamu hizmetinin bu statüden çıkarılması yetkisini yasama organına bırakmıştır.

Hükmün anlamı konusunda kamu tüzel kişilerinin yürüttükleri yatırım ve hizmetlerin kamu hizmetlerini de kapsayacağını dikkate alarak bunların (= kapsama dahil olan kamu hizmetlerinin) özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesine matuf olmasıyla yetinmeyip yasama organına geniş anlamda kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerini kamu hizmeti olan ve olmayan faaliyetler diye ikiye ayırma imkanı tanıdığını hangi gerekçeye dayandırıyor. Bu konuda öncelikle Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesini yaslanmaktayız. Buna göre; aynı Anayasa değişikliği kapsamında 125 inci ve 155 inci maddelerde "*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri (nde)*" ibaresi kullanıldığı halde 47 nci maddede "*...yatırım ve hizmetler*" ibaresinin kullanmış olmasının yani ifade farklılığının özel bir anlamı olması gerekir. Bu farklılığın amacının Anayasa koyucunun geniş anlamda kamu tüzel kişilerin yürütülen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleriyle gördürme isteği yanında özel hukuka tabi tutulabilecek faaliyetleri kamu hizmeti olan faaliyetlerden ayırma konusunda yasa koyucuya takdir yetkisi tanımak olduğunu

154 Anayasa değişikliği öncesindeki durum için İl Han ÖZAY, "*Yap İşlet Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlara Çözüm Önerileri*", Prof. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No: 8, İstanbul, 1999, ss. 629-637 (ÖZAY, 1996a). Hükümün incelenmesi için özellikle ULUSOY, 2001; YAŞAR, 2000; Sedat ÇAL, "*Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi*", AÜHF, Yıl 2002, C. 51, S. 2, ss. 163-197, (ÇAL, 2002)

155 ULUSOY, 2001: 9,

156 ULUSOY, 2001: 10; ÇAL, 2002: 189; KARAHANÖÇÜLLARI, 2002: 339; GÖZLER, II, 2003:408; AYANOĞLU, 2000: 67

düşünüyoruz. Buna ilaveten m. 47/4 hükmünün m. 47/3'e eklenen hükümlerle<sup>157</sup> birlikte düşünülmesinin de bizi geniş anlamda kamu tüzel kişilerin yürütülen bazı yatırım ve hizmetlerin özelleştirilmesine kapı araladığı<sup>158</sup> sonucuna ulaştıracağını<sup>159</sup> düşünüyoruz. Ayrıca kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle görülmesinin ancak istisnaen kabulü gerektiğini, bu iki rejim arasında kan uyumsuzluğu olduğunu savunuyoruz. Bu sebeple hükmün esas amacının kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi olamayacağını düşünüyoruz. İlaveten kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle görülmesinin idarenin fiili eksikliğini ikame eden içkin gözetim ve denetim yetkilerinin varlığı ve etkililiği bakımından sorun oluşturacağını düşünüyoruz. Son olarak özel hukuk sözleşmeleriyle görmenin bireyler bakımından kamu hizmetinden yararlanan ve tüketici sıfatlarını birlikte oluşturduğunu ve bu kapsamda koruma rejimlerinin örtüşmemesinin idareyi özel kişinin faaliyetlerinden sorumlu olduğu halde rücu usulünü uygulayamadığı sorunlu bir hukuki ilişkiye dahil etmiş olacağını dikkate alarak bu sonuca ulaşıyoruz<sup>160</sup>.

Anayasa değişikliği sonrasında uzun bir süre özel hukuk sözleşmesiyle yürütülen kamu hizmetleri olmamıştır<sup>161</sup>. Yani Anayasa değişikliğinin etkisi 3996 s. Kanun'un Geçici 1 nci maddesinde 21/01/2000 tarih ve 4501 sayılı Kanunun 7 nci maddesiyle yapılan değişiklikle 3096 sayılı Kanun'a göre imzalanmış ve imtiyaz sözleşmesi tahtında işlem gören sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak yeniden imzalanmasından ibaret kalmıştır. Ancak son yıllarda birçok altyapı yatırım ve hizmeti özel hukuk sözleşmeleriyle görülür hale gelmiştir. Öte taraftan 4749 s. Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesiyle eklenen madde hükmüyle, diğerlerinin yanında, 3996 s. Kanun kapsamında yapılacak yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmelerinin, süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığınca üstlenilmesine imkan tanınmış ve bu husustaki 2014/6217 sayılı Bakanlar Kurulu Yönetmeliği (19/04/2014-28977s. RG) yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin geçici maddesiyle de dayanak Kanun'un yürürlük tarihinden sonra imzalanan sözleşmelerin borç üstlenim ayrıcalığından yararlanmasına imkân tanınmıştır. Böylelikle yap işlet devret sözleşmeleri bakımından hem özel hukuk statüsü hem de ilgili borcun hazine garantisi altına alınması imkânının yasal

157 "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir."

158 YILDIRIM "bazı hizmetleri kamu hizmeti olmadan çıkarmada ölçüt..." ifadesiyle hükmü bizim gibi anladığını düşündürmektedir. YILDIRIM, 2001: 43.

159 Gerçekten de TÜRK, 47. maddeye eklenen fıkraların birbirinin devamı niteliğinde olduğunu ve kamu hizmetlerinin değil onları da içerecek şekilde tüm hizmetlerin kastedildiğini, burada idareye çeşitli seçenekler sunulmasının amaçlandığını ifade ederek bazı açılardan bizim yorumumuzu desteklemektedir. Hikmet SAMİ TÜRK'ün *Konuşma Çözümleri, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, II*, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s. 81-83.

160 Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. TİRYAKİ, 2008: 283-289.

161 ULUSOY, 2004: 37.

dayanaklarının tamamlanmasıyla 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği tam işlevsel hale getirilmiş olmaktadır<sup>162</sup>.

### **Kamu Hizmetinin Özel Kişiler Eliyle Görülmesinin Ekonomik Özgürlüklerle İlişkisi**

Özel kişilerin ekonomik özgürlükleri, faaliyet gösterdikleri alanın hukuksal niteliği, yani kamu hizmeti alanı mı yoksa özel hukuk alanı mı olduğuyula doğrudan ilgilidir. Bir faaliyet alanında kamu hizmeti kurulması o faaliyetin tabi olacağı hukuki rejimi değiştirmek olduğundan ekonomik özgürlükleri her durumda kısıtlayacaktır. Zira yasamanın ve sonra ikincil düzenlemelerle idarenin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak düzenlemesi o faaliyeti yürütecek özel kişilerin özel hukuktan farklı bir hukuki rejime tabi olacakları anlamına gelir. Bu hukuki rejim olağan hukuk kurallarına değil idarenin üstün ve ayrıcalıklı olduğu hukuk kurallarına dayanır. Bu ayrıcalığı sağlayan kurallar aslında idareye özel kişilerin özgürlük alanına müdahale imkanı sağlayan kurallardan başka bir şey değildir. Kural olarak özel kişiler, kamu hizmeti icrasına bu durumu bilerek katılırlar. Ancak yasama ya da geniş anlamda idarenin ayrıcalıkları da kamu hizmeti hukukunun gerekleri yanında esasen Anayasanın birey özgürlüklerine ilişkin hükümleriyle sınırlıdır. Bu sebeple konunun kamu hizmeti hukukunun kısıtları yanında özel kişilerin hakları ve özellikle ekonomik özgürlükler yönünden ayrıca incelenmesi gerekir.

### **Özel Teşebbüs Özgürlüğü Bakımından**

Bir faaliyet sahasının kamu hizmeti alanı kılınması şüphesiz ki en başta özel teşebbüs özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Peki, Anayasamıza göre bu mümkün müdür?

Anayasamızın 2001 yılı değişiklikleri öncesinde taşıdığı genel sınırlama sebeplerinin özgürlükleri sınırlama konusunda yasa koyucuya geniş yetkisi tanıdığı bilinmektedir<sup>163</sup>. Ancak 2001 değişikliklerinin özel teşebbüs özgürlüğü bakımından etkisi tartışmalıdır<sup>164</sup>. Konuyu düzenleyen m.48/2 hükmünün anayasa hukukunda bilinen özel sınırlama sebeplerini ihtiva etmediği; bu sebeple özgürlüğün ilgili maddeye binaen sınırlandırılabilceğini savunan yazarların da görüşlerinde kesin ifadelere başvurulmadığı dikkat çekmektedir<sup>165</sup>.

Özel teşebbüs özgürlüğünün m.48/2 de yer verilen *“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”* hükmüne binaen sınırlandırılabilmesi konusuna gelince; biz sorunun özel teşebbüs özgürlüğünün muhatabı *tedbirlerin* niteliği dikkate alınarak kısmen çözülebileceğini düşünüyoruz. Devlet tarafından çeşitli amaçlarla alınacak tedbirlerin sınırlayıcı karaktere bürünmesinin mümkün olduğu savunulabilir.

162 Bu hususta bkz. ÇAL, 2008, 170 vd. Yap İşlet Devret sözleşmeleri, bu sözleşmelerin yapılması ve ekonomik işlevlerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAL, 2008, 147 vd.

163 Konunun özel teşebbüs özgürlüğü bakımından incelenmesi için bkz. TİRYAKI, 2008: 162 vd.

164 Bu konudaki tartışma için bkz. TİRYAKI, 2008: 125 vd.

165 KABOĞLU, 2002: 456.

Burada söz konusu “*tedbirler*”in hükümde belirlenen amaçları aşip aşmadığı, aşıyorsa da bunun ölçülülük ve diğer anayasal ilkeler uyarınca mazur görülebilip görülemeyeceğidir ki AYM denetimi bu noktada işlevsel olacaktır.

Kamu hizmeti düzenlemelerinin kısıtlayıcı özelliğine gelince; Anayasa hükmünde öncelikle özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirler dikkat çekmektedir. Gerçekten de kamu hizmetlerinin maddi unsurunu teşkil eden *kamu yararının* en geniş manada *sosyal amaçlar* olduğu söylenebilir. Böylece kamu hizmeti yürüten özel teşebbüsler, en geniş manada sosyal amaçlara uygun yürütülmek icap edecektir. Bu durumda kamu hizmeti yürüten teşebbüslerin sosyal amaçlar olarak belirlenecek kamu yararını sağlayacak kısıtlara tabi oldukları kabul edilmelidir.

Ayrıca kamu hizmeti alanında faaliyet gösteren özel teşebbüslerin milli ekonominin bir unsuru/parçası olduğu da aşikardır. Bu nedenle bu teşebbüslerin milli ekonominin gereklerini tespit eden tedbirlere konu olabilecekleri, tedbirlerin çeşitli sınırlamalar içerebileceği söylenebilir. Kamu hizmeti yürüten teşebbüsler de esasen özel teşebbüs olduklarından sınırlama niteliğindeki tedbirlere yani kamu hizmeti rejiminin sınırlamalarına tabi olacaklardır. Öyleyse özel hukuk sahasında faaliyet gösteren teşebbüslerin muhatap olacağı sınırlama niteliğindeki tedbirlerin kamu hukuku rejimine tabi olarak faaliyet gösteren özel teşebbüslere de teşmil edilebileceği evleiyetle söylenebilir.

Özgürlüklerin alanını daraltan bu yorumun Anayasanın 2 nci maddesinde yer verilen sosyal devlet ilkesinden destek aldığı da kayda geçilmelidir. Gerçekten m. 48/2 hükmü sosyal devlet ilkesinin özel teşebbüs özgürlüğü alanındaki görünümüdür. Bu gerekçeyle hükmün, kamu hizmeti rejiminin esas bileşenlerinden olan maddi unsurun meşruiyet gerekçesi olarak yorumlanması mümkün olabilmelidir.

Bu yaklaşımın somut yansımalarını bulmak da mümkündür. Nitekim 4628 s. Kanununun 5. maddesinin 7. fıkrasının (m) bendinde yer verilen;

*“Üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin inşası ve işletilmesi sırasında genel olarak kamu yararının, hidrolik kaynakların, ekosistemin ve mülkiyet haklarının korunması için diğer kamu kuruluşları ile birlikte hareket ederek **kamu yararı** ve güvenliğine **tehdit teşkil eden veya etme olasılığı bulunan durumları incelemek ve bu durumları ortadan kaldırmak amacıyla, daha önceden bilgi vermek şartıyla bu tesislerde 20/11/1984 tarihli ve 3082 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gereken tedbirleri almak.**”<sup>166</sup>*

şeklindeki hüküm, özel teşebbüs özgürlüğünün kamu hizmeti rejimi bakımından ne dereceye kadar sınırlandırılabilmesine örnek teşkil eder. Burada kamu hizmeti olduğu AYM kararlarıyla sabit bir faaliyet alanında hizmetin devamlılığı ilkesinin hizmetin huku-ki rejiminin belirlenmesinde ne derece hakim olduğu görülmektedir. Kamu hizmetinin asli sorumlusu durumundaki Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu özel teşebbüsün faaliyetlerine son verebilmektedir. Giderek benzer bir konuda 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda yer verilen;

*“Görevli tedarik şirketinin piyasada **rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti hâlinde ilgili tedarik şirketi, Kurulca öngörülecek***

166 Vurgu eklenmiştir.

tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurul, bu tedarik şirketinin **yönetiminin yeniden yapılandırılması** veya dağıtım şirketiyle **sahiplik** ya da **kontrol ilişkisinin** belli bir program dâhilinde **kısıtlandırılmasını** ya da **sonlandırılmasını** da **içeren tedbirleri alır.** (m.10/7) <sup>167</sup>

şeklindeki m.10/7 hükmü özel girişimin kamu hizmeti alanında hangi tür davranışlarda bulunamayacağı ya da hangi tür ilişkilere giremeyeceği hususunda kısıtlar getirmektedir.

Özel hukuk rejimine tabi faaliyetler bakımından vazgeçilemeyecek düzeyde önemli bir özerklik olan fiyat belirleme serbestîsinin de kamu hizmeti rejimi çerçevesinde ne derecede sınırlı olduğu yine Elektrik ve Doğal Gaz ve Petrol Piyasası Kanunlarından<sup>168</sup> örneklendirilebilir. Nitekim her üç kanun da bazı faaliyetlerin fiyatlarının (tarife) onaya tabi olduğunu, bazılarının ise belli ilkeler çerçevesinde kamu hizmetini fiilen yürüten özel hukuk kişisince tespit edilebileceğini belirlemişlerdir. Bu durumda iki unsur belirlenmektedir. İki fiyatın özel teşebbüsçe serbestçe belirlenemediği daha önceden soyut ve genel biçimde düzenlenmiş tarife ilkelerine göre belirlendiği ve bu belirlenimin idare tarafından kontrol edilerek bir ölçüde uygunluğunun onaylandığı durumdur. İkincisi ise tarife onayının da ötesine geçen bir hüküm olup 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 10. maddesinin on dördüncü fıkrasında vücut bulmaktadır. Hüküm "*Ancak, petrol piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya **eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması** halinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı aşmamak üzere, **faaliyetlerin her aşamasında**, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için **taban ve/veya tavan fiyat tespitine** ve gerekli tedbirlerin alınmasına **Kurum yetkilidir.**" şeklinde olup kamu yararının gerektirdiği bazı durumlarda özel teşebbüs özgürlüğü için, vazgeçilmez önemde bir özerklik olan fiyat belirleme serbestîsini, belli sürelerle de olsa ortadan kaldırmaktadır.*

O halde yukarıdaki örneklerden hareketle kamu hizmeti rejiminin tamamen kendine özgü hükümler ihtiva eden ve özel teşebbüs özgürlüğü bakımından her halükarda bir sınırlama teşkil eden bir rejim olduğu söylenmelidir. Bu itibarla konuya kamu hizmetlerinin her durumda ekonomik özgürlüklere sınırlama getireceği gözıyla bakılmalıdır. Son cümle olarak mezkûr tedbirlerin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen ilkelere evleviyetle muhatap olacakları ve anayasaya uygunluk denetimlerine özen gösterilmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

### **Mülkiyet Hakkı Bakımından**

Mülkiyet hakkı sosyal devletin dönüştürücü etkisinden en çok etkilenmiş klasik ekonomik özgürlüktür<sup>169</sup>. Nitekim Anayasamızın 35 inci maddesi hükmü hakkın sınırlandırılmasında özel sınırlama sebebi niteliğindeki *kamu yararı* ölçütünü öngörmenin yanında, hakkın *toplum yararına aykırı kullanılamayacağını* da öngörmüştür. Kamu yararı

167 Vurgu eklenmiştir.

168 Sırasıyla RG yayım tarihi ve sayıları (i) 30.03.2013 - 28603 (ii) 02.5.2001 - 24390 (iii) 20.12.2003 - 25332

169 Bu konuda bkz. TİRYAKI, 2008: 82 vd.

kıstasının yasa koyucu için yeterince geniş bir takdir yetkisi tanınması bir yana *hakkın toplum yararına aykırı biçimde kullanılmayacağı* hükmü, Anayasamızdaki sosyal devlet ilkesi kapsamında hakkın sosyal işlevi olarak nitelendirilmektedir<sup>170</sup>. Bu kapsamda hükümün hakkın işlevini kısıtladığı kabul edilmektedir.

Toplum yararı her zaman kamu yararı olarak değerlendirilemeyecek olsa da onunla yakından ilişkili olduğu ve çoğu zaman kamu yararı anlamına geldiği söylenebilir. Nitekim yukarıda işaret edildiği üzere bazı müellifler kamu hizmetinin tanımında veya unsurlarında kamu yararı yerine toplum yararı terimini kullanmaktadır. Bu nedenle geniş anlamda toplum yararı kavramı kamu yararı olarak değerlendirilebilir.

Mülkiyet hakkının mutlak karakterinin malike tevdi ettiği yetkilerin kamu hizmetinin hukuksal rejimiyle bağdaşmadığı görülmektedir. Nitekim kamu hizmetinin görülmesinde kullanılan malların özel hukuka tabi olamayacağı, kamu malı rejimine tabi olduğu genel kabul görmektedir<sup>171</sup>. Bu konuda yukarıda 5015 ve 6446 sayılı Kanunlardan alınan örnek hükümlerin Kurum'a özel hukuk kişinin mülkiyetine müdahale konusunda verdiği yetkilerin önemli ölçüde kısıt getirdiği, özel hukuk kişinin mülkiyet hakkını ne şekilde kullanamayacağına iyi birer örnek oluşturduğu söylenmelidir.

Öte yandan yine Elektrik Piyasası Kanununda yer verilen "*elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir (nin),... (m.9/6/)*" şeklindeki hükümün mutlak mülkiyet hakkıyla kamu hizmeti rejiminin bağdaşmazlığını göstermesi bakımından önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu durumun kamu hizmetine ilişkin başka alanlarda da görüldüğü bilinmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti mülkiyet hakkının nisbileşmesi sonucunu doğurur.

Öte taraftan bir faaliyet alanında kamu hizmeti kuran idarenin taşınır ve taşınmaz edinimi gerekecektir. Kamu hizmeti rejimi çerçevesinde özellikle taşınmaz mal edinimi konusunda idarenin sahip olacağı kamulaştırma yetkisi, mülkiyet hakkı bakımından bir sınırlamadır. Bu unsur, mülkiyet hakkına bilinen bir sınırlama yöntemidir.

Öte taraftan kamu hizmetinin özel kişiler eliyle görülmesi durumunda gayrimenkul ihtiyacı durumunda konunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusuna da cevap verilmelidir. Gerçekten de kamu hizmetinin özel kişiler eliyle görüldüğü birçok durumda mülkiyet edinimleri özel kişinin talebi üzerine yetkili idare organı tarafından yapılmaktadır<sup>172</sup>. Alınan hükümler çerçevesinde elektrik kamu hizmetleri bakımından, kamulaştırma bedeli ilgili özel hukuk tüzel kişisince ödenmekte, işlem onun için idare tarafından

170 TIRYAKI, 2008: 208 vd.

171 GÜRAN, 1984: 65-67.

172 Örnek 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 19 uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkraları: "*Elektrik piyasasında üretim veya dağıtım faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin, önlisans ve lisansa konu faaliyetleri için gerekli olan kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin kamulaştırma talepleri Kurum tarafından değerlendirilir... Bu durumda kamulaştırma bedelleri ile kamulaştırma işlemlerinin gerektirdiği diğer giderler kamulaştırma talebinde bulunan önlisans veya lisans sahibi tüzel kişi tarafından ödenir.*"

Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti ve/veya üzerindeki sınırlı aynı haklar, üretim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu kurum veya kuruluşuna, bunların bulunmaması hâlinde ise Hazineye ait olur."

yapılmaktadır. Bu işlemde ortaya çıkan mülkiyet sorunu da Hazine adına tescille çözülmektedir. Böylece kamu hizmeti yürütücüsü özel hukuk tüzel kişisi mülkiyete değil lisans (ruhsat) süresi, izin süresi, imtiyaz süresi gibi sürelerde kullanma ve yararlanma hakkına sahip olmaktadır. Bu durum yukarıda alıntılanan hükmün ikinci bendinde "... taşınmazlar üzerinde Maliye Bakanlığınca kamulaştırma bedelini ödeyen önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz irtifak hakkı tesis edilir ve/veya kullanma izni verilir. İrtifak hakkının ve/veya kullanma izninin süresi önlisans veya lisansın geçerlilik süresi ile sınırlıdır." şeklinde somutlaştırılmıştır. Bu çözüm başka birçok kanunda olduğu üzere Doğalgaz Piyasası Kanununun m.12/1, Petrol Piyasası Kanununun m.11/2 hükmünde de benimsenmiştir. Ancak burada Doğalgaz Piyasası Kanununun özel mülkiyeti tanıyan hükümlerine de işaret etmek gerekir. Mezkur Kanun kullanıcı birliklerinin (organize sanayi bölgeleri ve kooperatifler) yürüttükleri doğal gaz dağıtım hizmetinin emlakine (doğalgaz dağıtım şebekesine) malik olabileceklerini öngörmektedir (m.3/40). Kanun bu minvalde 5 inci maddesinin (g) fıkrasında yer verdiği; "Doğal gazın şehir içi dağıtım: Şehir içi doğal gaz dağıtım hizmeti, Kurum tarafından açılacak ihaleyi kazanan şirkete mahalli doğalgaz dağıtım şebekesinin mülkiyeti de dahil olmak üzere şehrin gelişmişlik düzeyi, tüketim kapasitesi ve kullanıcı sayısı gibi hususlar dikkate alınarak Kurum tarafından belirlenecek lisans süresi için verilir." şeklindeki hükümlerle özel mülkiyeti tanımaktadır. Ancak bu mülkiyet yine sınırlı bir mülkiyet olup kamu hizmetinin görülmesi amacıyla özel kişiye bırakılmıştır. O nedenle burada da bilinen mutlak yetkileri içermeyen bir mülkiyetin varlığını kabul etmek yerinde olacaktır. Nitekim (g) fıkrasının üçüncü ve dördüncü bentlerinde yer verilen; "Kurum, mülkiyet sahibi dağıtım şirketinin dağıtım faaliyetlerini yönlendirir, denetler, izler ve gerektiğinde bu hizmetleri, masrafları dağıtım şirketine ait olmak üzere, bu Kanuna tabi sertifika sahibi gerçek ve tüzel kişilerden satın alabilir."

Lisans süresi sona eren dağıtım şirketi, lisans süresinin tamamlanmasından bir yıl önce, söz konusu şehir içi dağıtım lisansının yenilenmesini Kurumdan talep etmesi halinde Kurul, şirketin ekonomik ve teknik gücünü, hizmet kalitesini, abonelerinin memnuniyetini, Kurumca çıkarılacak yönetmeliklerde belirtilecek diğer hususları dikkate alarak ikinci kez dağıtım lisansı verebilir. Lisans sahibinin lisans süresi yukarıda belirtilen nedenlerle uzatılmadığı takdirde, Kurum ilgili şehir için yeniden ihale açar ve mevcut şebekenin işletme ve mülkiyeti için en uygun teklifi veren tüzel kişiye dağıtım lisansını verir. Şebekenin bedeli Kurum tarafından tahsil edilerek önceki lisans sahibine ödenir." şeklinde düzenlenmektedir. Böylece malikin mülkiyetindeki şebekenin ihtiyaçları idare tarafından re'sen gözetilmekte ve gerektiğinde malikin faaliyetlerine müdahale edilerek eksik veya yetersiz kalan unsurlar tamamlanmaktadır. Bu yetkinin imtiyaz sözleşmesindeki idarenin yetkilerine benzediğine dikkat çekilebilir. İdare süre sonunda malikin mülkünü onun adına satarak bedelini iade etmektedir. Bu yetkilerin Medeni Kanun'da tanımlanan özel mülkiyet hakkıyla uyumu söz konusu değildir. Ancak kamu hizmeti görülmesi münasebetiyle kamu malı vardır demek de artık mümkün değildir. Öyleyse bu tip düzenlemeleri kamu hizmeti hukuku çerçevesinde farklı bir mülkiyet hakkı anlayışının emareleri olarak değerlendirmek gerekir.



Sonuç olarak mülkiyet hakkını bu derece kısıtlama yetisine sahip kamu hizmeti hukukunun teşkili, Anayasaya uygunluğun temini ve özgürlüklerin korunması esası çerçevesinde ancak kanunla yapılabilecek bir tasarruftur.

### **Sözleşme ve Çalışma Özgürlükleri Bakımından**

Sözleşme özgürlüğü de tıpkı mülkiyet ve özel teşebbüs hürriyeti gibi bir faaliyet alanında kamu hizmeti kurulmasından olumsuz yönde etkilenir. Bu özgürlük her şeyden önce iki eşit taraf gerektirir. Hâlbuki bir faaliyet alanının kamu hizmeti olarak kurgulanması, idarenin o faaliyeti icra edenler üzerinde yoğun denetim ve gözetim yetkisi edinmesi anlamına gelir. Bu durumda faaliyet de özel bir rejime tabi kılınmış olmaktadır. O nedenle, bireylerin muhatapları farklı bir hukuka tabi olduklarından eşit şartlarda müzakere ve sözleşme ilişkisi yerini, katılma (iltihaki) sözleşmelerine bırakır. Sözleşmelerin sadece genel hükümleri dahi sürekli ve kişilik dışı hükümler olmakla objektif hukuk kuralı niteliği arz eder ve yenilenmeleri tarafların uzlaşısına ihtiyaç göstermez.

Özerk birey ilkesinin sonucu olan çalışma özgürlüğü serbest meslek sahiplerinin faaliyetlerinin bir garantisidir<sup>173</sup>. Bu özgürlük ancak özel hukuk düzeni içinde anlam ifade eder. Hâlbuki bir faaliyetin kamu hizmeti kılınması onu özel hukuk düzeninden çıkarır.

Üzerinde durulması gereken husus Anayasamızın 2001 yılı değişiklikleri sonrası metninin sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin bu ölçüde kısıtlanmasına müsaade edip etmediğidir. Anayasamızın sözleşme ve çalışma özgürlükleri için özel sınırlama sebebi olarak kısıtlar öngörmemiştir. Ancak yine de 2001 yılı değişiklikleri sonrası düzenledikleri hükümlerde sınırlama sebebi ihtiva etmeyen özgürlüklerin de sınırsız bir kullanım sağlamayacakları savunulmuştur<sup>174</sup>. Nitekim **Sağlam** özgürlüklerin nesnel içerikleri ve koruma alanlarıyla sınırlı bir kullanıma cevaz vereceğini, bu kapsamda öncelikle temel hak normunun geçerlilik içeriğinin belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Benzer yorumlar yapan **M. Sağlam** anayasamızın bütünlüğü ve pratik uyum ilkelerine, **Gören** ise çatışan anayasa hükümlerinin birbirlerini sınırlamalarına değinerek sorunun çözülebileceğini savunmuştur<sup>175</sup>. Bizce sorun yorum yöntemleriyle kesin sonuca ulaştırılamayacak kadar önemlidir. Nitekim, bazı yazarların 2001 yılı Anayasa değişikliklerinin sistematik bakımdan hatalı olduğuna değinmeleri de bu görüşümüzü desteklemektedir<sup>176</sup>.

Anayasal sistemimizde özel sınırlama sebebi benimsenmişken bazı özgürlükler için kurucu iktidar tarafından sınır öngörülmemesinin bir anlamı olması gerektiğini düşünürüz. Özgürlüklerin doktrin ve yargıçlar tarafından pratik uyum vb. ilkelerle sınırlandırılmasının her zaman tartışmaya açık olacağı inancındayız. Anayasal bir hukuk düzeninde mutlak bir serbestinin olmayacağı ve özgürlük normlarının Anayasamızın diğer hükümleriyle eşit mertebede olduğu açık olmasına rağmen özgürlük normlarının

173 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİ, 2008: 154 vd.

174 Aksi görüş için bkz. Kemal GÖZLER, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, 346-349 (GÖZLER, 2002).

175 SAĞLAM, 2002: 289-290; M. SAĞLAM, 2002: 258-259; GÖREN, 2000: 98 ve 100.

176 SAĞLAM, 2002: 295.

önde geldiğini (*primus inter partes* olduğunu) bu itibarla durumun bir an evvel Anayasa koyucunun düzenlemesine ihtiyaç duyduğunu düşünüyoruz. Ancak, somut durum bakımından değerlendirildiğinde, sözleşme ve çalışma özgürlüklerini sınırlayan bir hükme Anayasamızda yer verilmemekle birlikte, bu özgürlüklerin ancak pratik uyum ilkesi bağlamında diğer anayasa normlarını uygulamaya matuf yasa hükümleriyle bir ölçüde sınırlandırılmasının mümkün olduğunu da kabul ediyoruz.

## Sonuç

Çalışmamız bakımından mülkiyet, sözleşme, çalışma ve özel teşebbüs özgürlüklerinden/haklarından ibaret bir kategori olarak kabul edilen ekonomik özgürlüklerin temel işlevi, işleyen bir piyasa ekonomisi içinde bireyin sahip olması gereken asgari normatif gereklilikleri oluşturmaktır. İster ekonomik hak ister ekonomik özgürlük şeklinde ifade edilsin, bu kategorideki haklar/özgürlükler bireyin yaşamının önemli bir bölümünü kaplayan ekonomik faaliyetlerindeki temel hukuksal araçlardır.

Bireyin ekonomik alanla ilişkisini kurgulayan/kurumsallaştıran bu hakların ya da özgürlüklerin kamu hizmeti hukukuyla ilişkisini sorgulayan bu çalışma, bu iki hukuksal kurum arasındaki ilişkinin her ikisinin hukuk düzenindeki yeriyle doğrudan ilgili olduğunu göstermektedir. Buna göre ekonomik hak kavramsallaştırması hakların normatif etkilerini kısıtlamakta, ancak devletin ekonomik hayatta daha aktif rol üstlenmesini öngörmektedir. Bunun sonucunda da hukuk düzeninde objektivist bir kamu hizmeti anlayışının hakim olması beklenir. Bizim de benimsediğimiz ekonomik özgürlük kavramsallaştırması ise bireyin ekonomik hayata aktif katılımı ve etkin korunması esasına dayanmaktadır. Bunun sonucunda da devletin ekonomik faaliyetlerinde azalma yaşanması, kamu hizmeti hukukunun da sübjektivist yaklaşıma göre kurgulanması öngörülebilir.

Hukuk düzenimiz bakımından konuya yaklaşıldığında, kamu hizmeti konusunda bir karmaşanın hakim olduğu söylenebilir. Kamu hizmetinin ne olduğu ve kapsamı konusunda bir uzlaşma olmadığı gibi, görülme usullerinin bireyin ekonomik özgürlüklerine normatif etkisi de ampirik olarak incelenmemiştir. Hukuku söyleyen organ olarak Anayasa Mahkemesinin objektivist kamu hizmeti anlayışını benimsediği, doktrin ve uygulamanın ise sübjektivist yani yasama organının tercihlerinin öne çıktığı bir kurguya meylettği söylenebilir.

Kamu hizmetlerinin görülme usulü olarak kamu eliyle görülme ve özel kişiler eliyle görülmenin öne çıktığı, özel kişilerin ise hem statü ilişkisi hem de sözleşme ilişkisi kapsamında kamu hizmeti görülmesine katılmasının mümkün olduğu genel kabul görmektedir. Sözleşme ilişkisi kapsamında Anayasa Mahkemesinin imtiyaz sözleşmelerini tek geçerli yapı olarak benimsemesi, kurucu iktidarı kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi yoluna itmiştir. İlk bakışta ekonomik özgürlükler bakımından olumlu yorumlanması gereken bu yapı, aslında kamu hizmeti hukukuyla kan uyumsuzluğu nedeniyle tabir caizse baygın doğmuş, ancak özellikle son günlerde tamamlanan normatif kurguyla işlevsel bir yapıya kavuşmuştur. Ancak günümüzde kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesi, hakim ekonomi politik görüş çerçevesinde, kamu eliyle görülme

usullerine göre ekonomik özgürlükler bakımından bireyi daha aktif kurgulayan bir tercihtir. Bu tercih, söz konusu görülme usullerinin risk paylaşımı ve rekabet gibi ekonomik ya da toplumsal yararı temin gibi kamu hizmetinin temel gereklerine aykırı işlemlerin dayanağı varsayılmamalıdır. Bu husustaki tarihsel tecrübe yeni söze hacet gerektirmeyecek kadar zengindir.

Öte taraftan kamu hizmetlerinin kamu eliyle görülmesi usulünde dahi bireyin ekonomik faaliyetlerini koruyan özgürlüklerin normatif etkisi de dikkatli değerlendirilmelidir. Zira, özel teşebbüs özgürlüğünün normatif etkisi gereği bir faaliyet alanının ne idare ne de kamu hizmeti gören özel kişi lehine tekel kılınması, esasen, mümkün değildir. Bu cümleden olarak sektörün teknik-ekonomik yapısı gereği tekel kılınma zorunluluğu yoksa mutlaka özel teşebbüs faaliyetine açılması, rekabeti davet eden yöntemlere öncelik verilmesi, ekonomik sebeplerden öte normatif bir zorunluluk olarak anlaşılmalıdır. Hatta tekel olması zorunlu faaliyetlerde (örneğin elektrik ya da doğalgaz dağıtım) bile rekabete dayalı normatif kurgular esas alınmalıdır.

Kamu eliyle görme usullerinde mülkiyet ve diğer ekonomik özgürlüklere getirilecek kısıtların ancak kanunla getirilmesi, kanunla açıkça öngörülme kısıtların, özellikle ikincil düzenlemelerle getirilenlerin, bireylerin ekonomik özgürlüklerine hukuksuz müdahale olacağını kabul etmek gerekir.

Kamu hizmetine hakim ilkelerin kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesi usulünde de ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasına sebebiyet verebileceğini kabul etmek gerekir. Bu kapsamda mülkiyet hakkının sosyal işlevini öne çıkaran yasal düzenlemelerin bulunduğu da işaret edilmiştir.

Son olarak, kamu hizmeti hukukunun sözleşme ilişkilerinin karakterini etkilediğine ve onları iltihaki sözleşmelere dönüştürdüğüne de dikkat çekerek, kamu hizmeti hukukunun özel kişiler eliyle görülme usulünde dahi ekonomik özgürlükler için ciddi kısıtlar anlamına geldiğini tespit etmek gerekir.

---

**KAYNAKÇA**


---

- AKAL, Cemal Bali vd., **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s. 11 vd. (AKAL vd, 2003);
- AKALIN, Güneri, **Türkiye’de Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz**, TİSK Yayınları, Ankara, 2002, (AKALIN, 2002).
- AKILLIOĞLU, Tekin, **“Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler” Amme İdaresi Dergisi**, C.24, S. 2, 1991, 3-15, (AKILLIOĞLU, 1991)
- AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 459, (AKYILMAZ ve ark, 2009)
- ALGAN, Bülent, **Ekonomik Sosyal Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, (ALGAN, 2007).
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 588 (ATAY, 2009);
- AYANOĞLU, Taner, **“Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C. 13, S. 1-3, Yıl 2000, (Pertev Bilgen’e Armağan), 66-86, (AYANOĞLU, 2000).
- AZRAK, Ali Ülkü, **“Devletleştirme, Anayasa ve 3082 sayılı Kanun”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C.4 S. 1-3, Yıl 1983, 11-19, (AZRAK, 1983).
- AZRAK, Ali Ülkü, **Millileştirme ve İdare Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 483, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, (AZRAK, 1976).
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I, Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara, 1970/72, (BALTA, 1972).
- BARRY, Norman, (Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin), **Modern Siyaset Teorisi**, Liberte Yayınları, Ankara, 2004, (BARRY, 2004).
- BENSON, Bruce L., **“Economic Freedom and the Evolution of Law”**, **Cato Journal**, C. 18 S. 2, Fall 1998, 209-232.
- ÇAL, Sedat, **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, TOBB Yayınları, Ankara, 2008, s. 35. (ÇAL, 2008a).
- ÇAL, Sedat, **“Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2002, C. 51, S. 2, 163-197, (ÇAL, 2002).
- ÇAL, Sedat, **“Araç Muayene Hizmetinin ‘Özelleştirilmesi”**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2008, C. 57, S. 2, s. 63-113, (ÇAL, 2008)
- ÇAL Sedat, **“Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”**, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, ss. 599-655, s. 619. (ÇAL, 2011)
- ÇAL, Sedat, **“Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”**, **Prof.Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, ss. 1829-1906 (ÇAL, 2009). Aynı esere <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir.
- ÇAL, Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (ÇAL, 2010)
- ÇIRAKMAN, Birsen, **“Kamu Hizmeti”**, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 9, S. 4, 75-94, (ÇIRAKMAN, 1976)
- DAINTITH, Terence: **The Constitutional Protection Of Economic Rights**, **2 Int’l. J. Const. Law**, 56, January 2004, (DAINTITH, 2004).
- DELLINGER, Walter, **“The Indivisibility of Economic Rights and Personal Liberty”**, 2004, **Cato Supreme Court Review** 9, (DELLINGER, 2004).
- DEMİR, Osman, **Ekonomide Devlet**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, No: 71, Ankara, 1997, (DEMİR, 1997).
- DERBİL, Süheyp, **İdare Hukuku, C.II, İdari Faaliyet**, AÜHF Yayınlarından, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara, 1952, (DERBİL, 1952).

- DİNÇKOL, Abdullah, “*Sosyo Ekonomik Değişmelerin Türk Pozitif Hukuk Sistemine Etkileri*”, **Hukuk Araştırmaları**, C.8, S.1-3, 1994, 165-191, (DİNÇKOL, 1994).
- DONNELLY, Jack, **Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, (DONNELLY, 1995).
- DORN, James A., “*Introduction: Economic Liberties and the Judiciary*”, **CJ**, Volume 4, Number 3 (Winter 1985), 661-687, (DORN, 1985).
- DURAN, Lütfi: “*J.RİVERO’nun Tebliği Üzerine Yorum*”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, 49-55, (DURAN, 1982a).
- DURAN, Lütfi, “*Yap İşlet Devret*”, **AÜSBFD**, C.46, S. 1-2, Yıl. 1991, 147-170 (DURAN, 1991).
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, (DURAN, 1982).
- EIDE, Asbjorn “*Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights*”, A. EIDE, et all. (Editors) **Economic Social and Cultural Rights**, A Textbook, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer Law International, 2001, Printed in Netherlands, ss. 9-28 (EIDE, 2001).
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**; Siyasal Kitapevi, Ankara, 2005, (ERDOĞAN, 2005);
- ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Orion Yayınevi, Ankara, 2005, (ERDOĞAN, 2005a).
- FAGAN, Andrew, “*Human Rights*”, <http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm>, 17.4.2006, (FAGAN, 2006).
- FIKENTSCHER Wolfrang, (Çev. Tuğrul Ansay-Mustafa Ünal), “*İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)*”, **BATİDER**, C.10 S. 3 Haziran 1980 ss.711-732, s. 712 (FIKENTSCHER, 1980)
- FRIEDMAN, Milton, “*Economic Freedom Behind The Scenes*”, James GWARTNY at. all. (Editors), **Economic Freedom of the World 2002 Annual Report**, xvii-xxi, s. xviii.
- GÖREN, Zafer, “*Sosyal Devlet ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi*”, **Anayasa Yargısı**, S. 14, Ankara, 1997, 93-153, (GÖREN, 1997).
- GÖZLER, Kemal, “*3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştiğal Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, 346-349 (GÖZLER, 2002).
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, (GÖZLER, II, 2003)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref & TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C.I, Genel Esaslar, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, (GÖZÜBÜYÜK&TAN, 2006).
- GÜLAN, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, **İHİD**, Özel Sayı, Lütfi Duran’a Armağan, S. 1-3, Yıl 1988, 147-159, (GÜLAN, 1988).
- GÜLAN, Aydın, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, **İÜHFM**, C.LVI S. 1-4, (1998), 97-107, (GÜLAN, 1998)
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2003, (GÜNDAY, 2003)
- GÜRAN, Sait, “*Anayasa Mahkemesinin Kamu Malına Bakışı*”, **İHİD**, Yıl 5, S. 1-3, Aralık 1984, 63-86 (GÜRAN, 1984).
- GÜRBÜZ, Yaşar, “*Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Sosyal ve Ekonomik Haklar*”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, 113-126, (GÜRBÜZ, 1982).
- GWARTNEYA, James-LAWSON, Robert, “*The concept and measurement of economic freedom*”, **European Journal of Political Economy Cilt. 19 (2003) ss. 405 - 430**, s. 406.
- HALL, David, **Kamu Hizmetleri İşe Yarar, Geleceğimiz İçin Bilgiler, Öngörüler ve Fikirler**, Kamu Hizmeti Enternasyonalı Araştırma Birimi Yayını (Kitapçık), tarihsiz.
- HERBEIT, Michel, “*The Legal Foundations of the Economic System During A Period of Transition From Planned Economy to a Market Economy*”, **Report of the European Commission for Democracy through Law**, 1994, (HERBEIT, 1994). [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL\(1994\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL(1994)009-e.asp), 13.7.2007

- KABOĞLU, İbrahim, **Anayasa Hukuku Derstleri**, Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, (KABOĞLU, 2005).
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, Altıncı Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, (KABOĞLU, 2002).
- KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, (KARAHANOĞULLARI, 2002).
- KMIEC, Douglas W., "*Property and Economic Liberty as Civil Rights: The Magisterial History of James W. Elly Jr*", **52 Vanderbilt Law Review**, 737, 1999, (18 sayfa), (KMIEC, 1999).
- MOURGEON, Jacques, (Çev. Ayşen Ekmekçi-Alev Türker), **İnsan Hakları**, İletişim Yayınları, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, Basım Yeri ve Tarihi Belirsiz, (MOURGEON).
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, Üçüncü Baskı, Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, (ONAR, I, 1966)
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İkinci Cilt, Üçüncü Baskı, Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, (ONAR, II, 1966).
- OZANSOY, Cüneyt, "*Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*", içinde **2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, No: 59, Ankara, 2000, 33-36, (OZANSOY, 2000).
- OZANSOY, Cüneyt, "*Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*", **AÜHF**, C.46, S. 1-4, 1997, 85-100, (OZANSOY, 1997).
- ÖRÜCÜ, Esin, "*Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası*", **İHİD**, C. 12, Yıl 1991, S. 1-3, 303-316, (ÖRÜCÜ, 1991).
- ÖZAY, İl Han, "*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı*", **İHİD**, Yıl 5, S.1-3, Aralık 1984, 93-106, (ÖZAY, 1984).
- ÖZAY, İl Han, "*Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "Ates A Mour"*", **İÜHF**, C. LVI, S.1-4, 293-295 (ÖZAY, 1998).
- ÖZAY, İl Han, "*Yap İşlet Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlara Çözüm Önerileri*", **Prof. Sahir Erman'a Armağan**, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No: 8, İstanbul, 1999, 629-637. (ÖZAY, 1996a)
- ÖZAY, İl Han, **Günlüğünde Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996 (ÖZAY, 1996).
- PROSSER, Tony, "*Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*" **Law and Contemporary Problems**, Vol. 63, No: 4, Year: Autumn 2000, ss. 63-82, s. 64 (PROSSER, 2000).
- RİVERO, Jean, "*Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler*", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler (Uluslararası Seminer)**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi, 5-7 Şubat 1982, İstanbul, İstanbul Atatürk Kültür Merkezi, 33-48, (RİVERO, 1982).
- SAĞLAM, Fazıl, "*2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları*", **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, 288-310, (SAĞLAM, 2002).
- SAĞLAM, Mehmet, "*Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu*", **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002, 233-266, (M.SAĞLAM, 2002).
- SAVAŞ, Vural Fuat, "*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: TC Anayasaları Örneği*", **Anayasa Yargısı**, S. 6, Yıl: 1989, 175-203, (SAVAŞ, 1989).
- SHESTACK, Jerome, (Çev. Ali Rıza Çoban&Bilal Canatan), "*İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*", **LDD**, Yıl 11, Sayı 43, Yaz 2006, 87-119, (SHESTACK, 2006).
- SIEGAN, Bernard H., "*Economic Liberties and the Constitution: Protection at the State Level*", **CJ**, Volume 4, Number 3 (Winter 1985), 689-702 (SIEGAN, 1985).
- SIEGAN, Bernard, "*Constitutional Protection of Property and Economic Rights*", **HeinOnline-29 San Diego Law Review**, 1992, 162-174, (SIEGAN, 1992).
- TAN, Turgut, "*İdare Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Sözleşmesi*", **Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996, Ankara, 23-40. (TAN, 1996).

- TAN, Turgut, "*Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Modeline*", **AÜSBFD**, C.47, S. 3-4, Yıl. 1992, 307-325, (TAN, 1992a).
- TAN, Turgut, "*Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Yapılanma*", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1991, 329-335, (TAN, 1991a).
- TAN, Turgut, "*Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*", **TİD**, S. 378, Yıl. 1988, 73-90, (TAN, 1988a).
- TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**; Yapı-Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, (TANÖR&YÜZBAŞIOĞLU, 2001).
- TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978. (TANÖR, 1978).
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 3. Baskı, İstanbul, 1999, (TANÖR, 1999).
- TAŞAR, Mehmet O.; "*Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiyede Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi*", **SÜHFD**, C. 15, S. 1, Yıl 2007, ss. 143-167,
- TİRYAKİ, Refik, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (TİRYAKİ, 2008).
- TÜRK, Hikmet Sami, **Konuşma Çözümleri, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, II**, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s. 81-83.
- ULER, Yıldırım, "*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*", **Anayasa Yargısı**, S. 15, 252-256, (ULER, 1998).
- ULUSOY, Ali, **Konuşma Çözümleri, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, II**, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s. 86.
- ULUSOY, Ali, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere *Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*", içinde **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II**, Bildiriler Tartışmalar, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 59-79 (ULUSOY, 2004a).
- ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, (ULUSOY, 2004).
- ULUSOY, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, (ULUSOY, 2002)
- ULUSOY, Ali, "*Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramı*", içinde Ali ULUSOY (Editör), **Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Kitabevi, Ankara, 2001, 1-22, (ULUSOY, 2001).
- UYGUN, Oktay, "*İnsan Hakları Kuramı*", Gökçen ALPKAYA vd., **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, 13-44, (UYGUN, 2000).
- UZ, Abdullah, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (UZ, 2011);
- ÜÇÖK, Coşkun & MUMCU, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1993, (ÜÇÖK&MUMCU, 1993).
- YASİN, Melikşah, "*Kamu Hizmeti*", içinde **İdare Hukuku II**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 87- 125, (YASİN, 2010).
- YAŞAR, Nuri, "*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*", **İHİD**, Yıl 2000, C.13, S. 1-3, 442-452, (YAŞAR, 2000)
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, (YAYLA, 2009)
- YILDIRIM, Turan, "*Kamu Hizmetleri ve Kâr Amacı*", içinde Ali ULUSOY (Editör), **Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Kitabevi, Ankara, 2001, 36-46, (YILDIRIM, 2001).
- YILMAZ, Halit, **İdarenin Görsel İştisel İletişim Alanındaki İşlevi**, İmaj Kitabevi, Ankara, 2006, (YILMAZ, 2006)
- ZABUNOĞLU, Yahya, "*Yap İşlet Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli*", **Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 19 Haziran 1996, Ankara, 45-54, (ZABUNOĞLU, 1996).

