

İDARİ FAALİYETLERİN DEVRİ BAĞLAMINDA ÖZEL GÜVENLİK

ŞERİFE YILDIZ

DOKTORA TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. TURAN YILDIRIM

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2009

DOKTORA TEZ ÖZÜ**İDARİ FAALİYETLERİN DEVRİ BAĞLAMINDA ÖZEL GÜVENLİK****Şerife YILDIZ****Kamu Hukuku Anabilim Dalı****Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2009****Danışman: Prof.Dr. Turan YILDIRIM**

Kamu hizmeti olarak örgütlenen faaliyetlerin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi mümkün kabul edilmektedir. Ancak egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine yerine getirilmesi mümkün değildir. Kolluk faaliyetleri kapsamında devlet tarafından üstlenilen güvenlik hizmeti, devletin asli görevleri arasında yer almaktadır. Zor kullanma gücü ile doğrudan ilişkili güvenlik hizmetinin sağlanmasında da özel hukuk kişileri faaliyet göstermektedirler. Bu alanda faaliyet gösteren özel hukuk kişileri, özel güvenlik olarak adlandırılmaktadır. Güvenlik alanında özel hukuk kişileri faaliyet göstermekle birlikte bu alanın özel hukuk kişilerine devri mümkün değildir.

“İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik” başlıklı tezimizin ilk bölümünde öncelikle kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine devri konusu ele alındıktan sonra kolluk faaliyetlerinin idari faaliyetler içindeki yeri ve bu faaliyetin özel hukuk kişilerin yerine getirilmesi konusu ele alınmıştır. İkinci bölümde ise özel güvenliğin faaliyet alanını oldukça genişleten 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ve ilgili mevzuat baz alınarak Türkiye’de özel güvenlik uygulaması incelenmiştir.

ABSTRACT**PRIVATE SECURITY IN THE SCOPE OF DEVOLUTION OF
ADMINISTRATIVE ACTIVITIES****Şerife YILDIZ****Department of Public Law****Anadolu University Social Sciences Institute, September 2009****Supervisor: Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

It is considered to be possible that private law bodies and people execute activities which are originally organized as public services. However, execution of public services related to sovereignty by private law bodies is not possible. Security service, fulfilled by government in the scope of armband activities, is one of the main tasks of the state. Private law bodies are operating in provision of security service which is directly related to the power to use force. These private law bodies and people operating in this field are called as “private security”. Although private law bodies and people are operating in the field of security, devolution of this field to them is not possible.

In the first part of this thesis titled “Private Security in the Scope of Devolution of Administrative Activities”, firstly, devolution of public service to private law bodies is discussed and then the place of the armband activities in the administrative tasks and execution of these services by private law bodies are handled. The second part of the thesis is devoted to implementation of private security in Turkey with a special concern to “Law No. 5188 Related to Private Security Services” and related legislation, which considerably enlarges the operation field of private security.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Şerife YILDIZ'ın “İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik” başlıklı tezi tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, Kamu Hukuku Anabilim dalında Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Adı Soyadı**İmza**

Üye : (Tez Danışmanı): Prof.Dr. Turan YILDIRIM

:

Üye : Prof.Dr.Erdal ONAR

:

Üye : Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK

: :

Üye :

:

Üye :

:

Prof. Dr. Ramazan GEYLAN

Enstitü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Şerife YILDIZ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Programı

Eğitim

Y.Ls. 2002 **Université d'Orléans, Faculté de Droit, Economie et de Gestion**
Ls. 1998 **Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi**
Lise 1994 **Ankara Maliye Meslek Lisesi**

İş

2003- **Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
1994-1999 **Ankara Defterdarlığı Mithatpaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü**

Yayınlar

Yıldız Ş., "La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif Turc", Polityka Administracyjna (Administrative Policy), 853-860, Strykow, 07-09 Eylül 2008.

Yıldız Ş., ""Soylulaştırma" Uygulamaları", İzmir Şehir Kültürü, Mayıs 2007, s.10.

Yıldız Ş., "Kamu Mallarında Mülkiyet Sorunu", Özel Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 384-396, Bakı, 29-30 Eylül 2005.

Yıldız Ş., "Le champ d'application organique du droit européen des marchés publics et l'analyse du droit turc des marchés publics", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, vol. 37, no. 54, 2005, ss.437-472.

Yıldız Ş., "İdari Yargıda Re'sen Araştırma Yetkisi", Eskişehir Barosu Dergisi, sayı:7,Haziran 2005, ss.215-227.

Yıldız Ş., "Bilgi Edinme Hakkının Etkinliği", Günışığı, Mayıs-Haziran 2005, ss.44-45.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Kozaklı-1977 **Cinsiyet:**Kadın **Yabancı dil:** Fransızca ve İngilizce

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNCE YÜRÜTÜLMESİ

1. KAMU HİZMETİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNE DEVRİ	6
1.1. Kamu Hizmeti Alanı	6
1.1.1. Asgari Kamu Hizmeti Alanı	6
1.1.2. Sosyal Devlet Anlayışıyla Kamu Hizmeti Alanının Genişlemesi	8
1.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Gerçekleşen Artış	17
1.2.1. Kamu Hizmetinin Devri Kavramı	17
1.2.1.1. Devir İlişkisinin Hukuki Niteliği	19
1.2.1.2. Kamu Hizmetinin Devrinin Ölçütleri	22
1.2.1.2.1. Organik Ölçüt	22
1.2.1.2.2. Maddi Ölçüt	24
1.2.1.2.3. Mali Ölçüt	26
1.2.1.3. Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmeleri	27
1.2.1.3.1. Kamu Hizmeti İmtiyazı	27
1.2.1.3.2. İltizam	31
1.2.1.3.3. Müşterek Emanet	32
1.2.1.4. Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmelerine Benzer Sözleşmeler	33
1.2.1.4.1. Hizmet Alımına İlişkin Kamu İhale Sözleşmeleri	33
1.2.1.4.2. Kamu-Özel Sektör İşbirliği Sözleşmeleri	34

1.2.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Devletin Değişen Rolünden Kaynaklı	
Artış.....	37
1.2.2.1. Sosyal Devlet Anlayışındaki Çözülmenin Kamu Hizmetine	
Yansımaları.....	37
1.2.2.1.1. Devletin Hizmet Sunucu Rolünden Çekilmesi.....	38
1.2.2.1.2. Devredilen Kamu Hizmetlerinde Devletin Rolünün	
Düzenleyiciliğe İndirgenmesi	43
1.2.2.1.2.1. Devletin Düzenleyici Rolünün Taşıyıcısı Olarak Yeni	
Bir İdari Örgütlenme Modeli: Bağımsız İdari Otoriteler .	44
1.2.2.1.2.2. Bağımsız İdari Otoritelerin Faaliyet Alanları	45
1.2.2.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Yerleşmeden Kaynaklanan Artış ...	49
1.2.2.2.1. Yerel Yönetimlerin Karar Alma Özerklikleri	49
1.2.2.2.2. Yerel Yönetimlerin Kamu Hizmeti Yürütme Yetkisi.....	54
1.2.2.2.3. Yerel Yönetimlerin Kamu Hizmetlerini Devretme Eğilimleri..	63
1.3. Devredilebilirlik Açısından Kamu Hizmeti Ayrımları	67
1.3.1. Kamu Hizmetlerinin Konusu Bakımından Yapılan Ayrım.....	67
1.3.1.1. İdari Kamu Hizmeti -Sınai ve Ticari Kamu Hizmeti Ayrımı	69
1.3.1.2. Konu Bakımından Ayrımın Devredilebilirlik Açısından	
Önemini Yitirmesi	77
1.3.1.2.1. Hapishane Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine	
Gördürülmesi.....	79
1.3.1.2.2. Savunma Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine	
Gördürülmesi.....	84
1.3.2. Kamu Hizmetlerinin Anayasallığı Bakımından Yapılan Ayrım	88
2. KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNE DEVRİ	98
2.1.Kolluk Faaliyetlerinin Niteliği.....	98
2.1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı	105
2.1.2. Danıştay'ın Yaklaşımı	110
2.2. Kamu Hizmeti İçinde Kolluk Faaliyetlerinin Alanının Genişlemesi	112
2.2.1. Kamu Düzeninin Klasik İçeriği.....	112
2.2.1.1. Güvenlik	112
2.2.1.1.1. Genel Anlamda Güvenlik	113
2.2.1.1.2. İç Güvenlik-Dış Güvenlik Ayrımı: Ordu-Polis Ayrımı	114

2.2.1.1.3. Kamu Düzeni-Milli Güvenlik Farkı.....	119
2.2.1.1.2. Genel Sağlık	125
2.2.1.1.3. Dirlik ve Esenlik	127
2.2.2. Kamu Düzeni Kavramının Genişleyen İçeriği.....	129
2.2.2.1. Kamusal Estetik	129
2.2.2.2. Genel Ahlâk	133
2.2.2.3. İnsan Onuru	138
2.2.2.4. Mali Yarar	141
2.3. Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Devri.....	143
2.3.1. Genel İdari Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi	143
2.3.1.1. Genel İdari Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi.....	143
2.3.1.1.1. Genel İdari Kolluk Yetkilerinin Egemenliğe İlişkin Olması...143	
2.3.1.1.2. Kolluk İşlemlerinin Tek Yanlılığı ve Sözleşmelerin Yokluğu	154
2.3.1.1.3. Kazanılmış Haklara Yer Olmaması.....	162
2.3.1.2. Özel Hukuk Kişilerine Gördürülen Genel İdari Kolluk Faaliyeti: Güvenlik Hizmeti	164
2.3.1.2.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Kişilere Gördürülmesinin Nedenleri	164
2.3.1.2.1.1. Artan Güvenlik İhtiyacı İddiası	164
2.3.1.2.1.2. Kamu Hizmetindeki Daralma Krizinin Yarattığı Toplumsal Gerilimin Özel Güvenlikle Aşılma İradesi	173
2.3.2. Özel İdari Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi	176
2.3.2.1. Araç Muayene Hizmetleri.....	177
2.3.2.2. Yapı Denetim Hizmetleri	185

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ÖZEL GÜVENLİK UYGULAMASI

1. ÖZEL GÜVENLİK HİZMETİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI.....	195
1.1. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanacak Kişi ve Kuruluşlar	195
1.1.1. Kamu Tüzelkişileri.....	196

1.1.2. Özel Hukuk Kişileri	197
1.1.2.1. Gerçek Kişiler.....	197
1.1.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşlar	199
1.2. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri	201
1.2.1. Kamu Tüzelkişilerinin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri	202
1.2.1.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerine Gördürülmesi Usulü	203
1.2.1.2. Özel Güvenlik Birimi Kurma Usulü.....	206
1.2.2. Özel Hukuk Kişilerinin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri	209
1.2.2.1. Gerçek Kişilerin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulü	209
1.2.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşların Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri	210
1.2.2.2.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerine Gördürülmesi Usulü	210
1.2.2.2.2. Özel Güvenlik Birimi Kurma Usulü	212
1.3. Özel Güvenlik İzni Alma Şartı	213
1.3.1. Özel Güvenlik İzni Talebi	213
1.3.2. Özel Güvenlik İzni Vermeye Yetkili Makam	214
1.3.2.1. Belirsiz Süreli Korunmadan Yararlanma Taleplerinde İzin Vermeye Yetkili Makam	214
1.3.2.2. Geçici ve Acil Hallerde İzin Vermeye Yetkili Makam	218
1.3.3. Özel Güvenlik İzninin Sona Ermesi	219
1.4. Özel Güvenlik Hizmeti Sunanlara İlişkin Şartlar	221
1.4.1. Özel Güvenlik Şirketleri	221
1.4.1.1. Özel Güvenlik Şirketlerinin Faaliyet Konusu	221
1.4.1.2. Özel Güvenlik Şirketlerinin Hukuki Statüsü	224
1.4.1.3. Özel Güvenlik Şirketi Kurucu ve Yöneticilerine İlişkin Şartlar ...	225
1.4.1.3.1. Özel Güvenlik Şirketi Kurucu ve Yöneticilerine İlişkin Ortak Şartlar	226
1.4.1.3.2. Özel Güvenlik Şirketi Yöneticilerine İlişkin Ek Şartlar	228

1.4.1.4. Özel Güvenlik Şirketlerinin Kurulma Usulü	230
1.4.1.5. Özel Güvenlik Şirketlerinin Faaliyetlerinin Sona Ermesi	233
1.4.2. Özel Güvenlik Görevlileri.....	235
1.4.2.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Hukuki Statüsü.....	235
1.4.2.1.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yükümlülükleri.....	238
1.4.2.1.2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri.....	241
1.4.2.1.2.1. Arama Yetkisi	241
1.4.2.1.2.1.1. Önleme Araması Yapma Yetkisi	242
1.4.2.1.2.1.2. Adli Arama Yapma Yetkisi.....	246
1.4.2.1.2.2. Yakalama Yetkisi.....	248
1.4.2.1.2.3. Kimlik Sorma Yetkisi	251
1.4.2.1.2.4. Zor Kullanma Yetkisi	253
1.4.2.1.2.5. Silah Bulundurma, Taşıma ve Kullanma Yetkisi	257
1.4.2.2. Özel Güvenlik Görevlisi Olma Şartları	260
1.4.2.2.1. Vatandaşlık Şartı	260
1.4.2.2.2. Yaş Şartı.....	261
1.4.2.2.3. Eğitim Şartı.....	261
1.4.2.2.4. Mahkûmiyet Durumuna İlişkin Şart	266
1.4.2.2.5. Sağlık Durumuna İlişkin Şart	267
1.4.2.2.6. Özel Güvenlik Görevlisi Çalışma İzninin Alınması.....	268
2. ÖZEL GÜVENLİK FAALİYETLERİNDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU	271
2.1. Özel Güvenliğin Denetimi.....	271
2.1.1. Denetimin Dayanağı.....	271
2.1.2. Denetim Yapmaya Yetkililer	272
2.1.3. Denetimin Kapsamı.....	274
2.1.4. Denetimin Kişi Bakımından Konusu.....	277
2.1.4.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Denetimi	277
2.1.4.1.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Yer ve Zaman Bakımından Sınırı.....	278
2.1.4.1.2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Amaç Bakımından Sınırı.....	281

2.1.4.1.3. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Anayasal Sınırları Bakımından Denetimi	281
2.1.4.2. Özel Güvenlik Hizmeti Sunanlar ve Hizmetten Yararlananların Denetimi.....	287
2.1.5. Denetimde Uygulanacak Usul Kuralları	289
2.1.6. Denetimin Hukuki Sonuçları.....	291
2.1.6.1. Adli Yaptırımlar.....	291
2.1.6.2. İdari Yaptırımlar.....	292
2.2. Özel Güvenlik Faaliyetlerinin Yürütülmesinden Doğan Zararların Tazmini	294
2.2.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Uğradığı Zararların Tazmini.....	294
2.2.2. Üçüncü Kişilerin Uğradıkları Zararların Tazmini.....	296
2.2.2.1. Özel Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerince Sağlanması Halinde Zararın Tazmini	296
2.2.2.2.Özel Güvenlik Birimleri Kurulması Halinde Sorumluluk.....	297
2.2.2.2.1. Kamu Tüzelkişileri Bünyesinde Kurulan Özel Güvenlik Birimlerinde Sorumluluk	297
2.2.2.2.1.1. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu.....	298
2.2.2.2.1.2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu.....	300
2.2.2.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşlar Bünyesinde Kurulan Özel Güvenlik Birimlerinde Sorumluluk.....	302
2.2.3. Sorumluluğu Kaldıran ve Azaltan Haller	303
SONUÇ	305
KAYNAKÇA	308

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
A.İ.D.	:	Amme İdaresi Dergisi
a.g.e .	:	Adı geçen eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
A.J.D.A.	:	L'Actualité Juridique Droit Administratif
AMKD	:	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
CE	:	Conseil d'Etat
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
DA	:	Droit Administratif

Dan.	:	Danıştay
DD	:	Danıştay Dergisi
DİDDK	:	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DKD	:	Danıştay Kararlar Dergisi
Ed.	:	Editör
EDCE	:	Etudes et Documents du Conseil d’Etat
İ.H.İ.D.	:	İdare Hukuku İlimleri Dergisi
İYUK	:	İdari Yargılama Usulü Kanunu
JCP	:	La Semaine Juridique
J.O.	:	Journal Officiel
L.G.D.J.	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.P.A.	:	Les Petites Affiches
MBD	:	Mülkiyeliler Birliği Dergisi
P.U.F.	:	Presses Universitaires de France
PVSK	:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

- R.F.D.A.** : La Revue Française de Droit Administratif
- R.G.** : Resmi Gazete
- R.D.P.** : Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger
- s.** : Sayfa
- ss.** : Sayfalar
- T.B.M.M.** : Türkiye Büyük Millet Meclisi
- TC** : Tribunal des Conflits
- TODAİE** : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
- UM** : Uyuşmazlık Mahkemesi
- vd.** : ve devamı

GİRİŞ

Kamuya yararlı faaliyetler kamu hizmeti olarak örgütlenir ve idare tarafından yerine getirilir. Kamu hizmeti devletin meşruiyet kaynaklarından biridir. Ancak kamu hizmeti alanı statik bir alan da değildir. Sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle genişleyen ve zenginleşen kamu hizmeti, sosyal devlet anlayışının gerilemesine paralel olarak yetmişli yıllardan itibaren gerileme süreci içine girmiştir.

Ancak yetmişli yıllardan itibaren ABD ve İngiltere öncülüğünde uygulamaya geçirilen neo-liberalizmin sınırlı devlet ilkesinin hayata geçirilmesi sonucu kamu hizmetlerinin yaygın şekilde özelleştirilmesi gündeme gelmiştir. Bu dönemde birçok kamu hizmeti alanı özel sektöre devredilmiştir. Devlet çekildiği kamu hizmeti alanlarından artık hizmet sunmak yerine bu alanları düzenleme ve denetlemekle sınırlı çerçevede faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu yeni düzenleyici devlet anlayışının taşıyıcısı olarak da yeni bir örgütlenme modeli olarak kurul tipi örgütlenme modeli ortaya çıkmıştır.

Kamu hizmetlerini özelleştirme sürecinde sadece örgütlenme modelinde değil, kamu hizmetlerinin özel kişilere devrini mümkün kılan yöntem ve sözleşme türlerinde de yenilikler yaşanmıştır. Bu süreçte ortaya çıkan yeni yöntem ve sözleşme türleri Türkiye’de Anayasa değişikliğini bile gündeme getirmiştir. Yargı organları ile yasama organı arasında kamu hizmetlerinin devrini mümkün kılan sözleşmeleri niteleme konusunda yaşanan görüş ayrılığı, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle sonuçlanmıştır. Yargı ve yasama organları arasındaki bu anlaşmazlık, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine devrini sağlayan sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesindeki belirsizlikten ileri gelmiştir.

Fransız Hukuku’nda ise yeni sözleşmelerin hukuki rejimini belirleme çabaları, kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kategorisinin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır. Kamu

hizmetinin devri sözleşmelerinin incelenmesi Türk İdare Hukuku'nda ortaya çıkan yeni sözleşmelerin ve bunların hukuki rejiminin belirlenmesi açısından aydınlatıcı olacaktır.

Kamu hizmetlerinde sözleşme yöntemine başvurulmasında görülen artışın nedenleri ise sadece özelleştirmelerin değil, aynı zamanda yerelleşme sürecinin de bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira yerelleşme süreciyle görevleri artan yerel yönetimler, üstlendikleri kamu hizmetlerini yürütecek yeterli kaynağa sahip olmadıklarında çoğunlukla kamu hizmetlerini özel sektöre devretme eğilimine girmektedirler. Buradan hareketle katılım açısından daha demokratik bir süreç olan yerelleşme süreci reel koşullar nedeniyle özelleştirmeye hizmet eden bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim Fransa'da seksenli yıllarda uygulamaya konulan yerelleşme sürecine özelleştirme süreci eşlik etmiştir. Bu dönemde birçok kamu hizmeti sözleşme yoluyla özel kişilere devredilmiştir. Türkiye'de de yerel yönetimlerin kaynak sıkıntılarını, kamu hizmetlerini özel kişilere devretmek suretiyle aşmaya çalışacakları çıkarımını yapmak yanlış olmayacaktır.

Kolluk faaliyetleri de devletin değişen rolüne paralel olarak idari faaliyetlerin kapsam ve hukuki rejiminde yaşanan bu dönüşümlerden etkilenmektedir. Yakın zamanlara kadar bu süreçten müstesna tutulan kolluk faaliyetleri de bu dönüşümden payına düşeni almaktadır. Artık kolluk faaliyetlerinin yürütülmesinde de özel sektörden yararlanılabileceği kabul edilmektedir. Bu noktada kolluk faaliyetlerinin idari faaliyetler içindeki yerinin ele alınması gerekmektedir. Zira kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet türü olarak ele alınması ile kamu hizmeti olarak ele alınması arasında hukuki rejim açısından farklılıklar bulunmaktadır. Belirtildiği üzere; kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine devrinin mümkün olmadığı kabul edilirken, kamu hizmetlerinin özel sektöre devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ancak kolluk faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde, mevcut kamu hizmeti türleri açısından yerinin ne olduğu incelenmek suretiyle bu hizmetin özel sektöre devrinin mümkün olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Kolluk faaliyetlerinin yürütülmesine özel hukuk kişilerinin değişik şekillerde katılımı mümkündür. Ancak idarenin, kamusal yönetim usullerine tâbi olarak gerçekleştirilen kolluk faaliyetlerini yerine getirmekten vazgeçmesi ya da özel kişilere bırakması mümkün değildir. Zira kamu düzeninin gerçekleştirilmesi amacını taşıyan kolluk faaliyetleri devletin asli görevleri arasında yer alır. Ancak burada genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında bir ayrım yapılmalıdır. Genel kolluktan amaç olarak tamamen ya da kısmen farklı olan özel kolluğun özel sektöre devredilip devredilmeyeceği sorusunun ele alınması gerekmektedir.

Genel idari kolluk faaliyetleri kapsamında yürütülen güvenlik hizmeti alanından devletin özel sektör lehine çekilmesi söz konusu değildir. Zira güvenliğin sağlanması devletin temel işlevi niteliğindedir ve aynı zamanda devletin varlık sebebidir. Güvenliğin sağlanması dışında devletin üstlendiği ve özel idari kolluk kapsamında yürütülen kimi faaliyetler ise özel sektöre devredilmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan güvenlik alanında da özel hukuk kişileri artık faaliyet göstermektedirler. Kamu hizmetlerinin özelleştirilme gerekçesi olarak sunulan kamunun yetersizliği, güvenlik sorunu konusunda da ileri sürülmüştür. Bu gerekçeye suç oranlarındaki artış da eklenmek suretiyle seksenli yılların başından itibaren özel sektör, güvenlik politikalarında kolluk güçlerinin yardımcısı olarak ele alınmıştır.

Özellikle 11 Eylül saldırısından sonra siyaset gündeminin temel meselesi olarak ele alınan güvenlik sorununun çözümünde özel sektör önemli bir bileşen olarak ele alınmaya başlamıştır. Hatta askeri alanda da özel sektör faaliyet göstermeye başlamıştır. Belirtmek gerekir ki, ne ulusal ne de uluslararası düzeyde güvenlik sorununun salt güvenlik politikalarıyla çözümü mümkün değildir. Güvenlik sorununun çözümü için sosyal devlet anlayışının gerilemesinden kaynaklı sorunlara odaklanmak gerekmektedir. Zira bu süreçte işsizlik ve yoksulluk temelli artan toplumsal gerilimin ortadan kaldırılması için yapısal sorunların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Güvenlik sorununun çözümü Türkiye'de de daha fazla güvenlik önlemleri ve özel güvenliğin faaliyet alanının genişletilmesinde görülmüştür. Gerçekten de 1981 yılından

beri güvenlik alanında varolan özel sektörün faaliyet alanı, 10.6.2004 günü kabul edilen 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile oldukça genişletilmiştir. Söz konusu Kanun ile gerçek kişilerin de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmaları mümkün kılındığı gibi özel güvenlik şirketlerinin de bu alanda faaliyet göstermeleri mümkün kılınmıştır. Kanun koyucunun özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma imkânını kolaylaştırıcı eğilimi piyasada karşılık bulmuştur. Nitekim Türkiye’de özel güvenlik sektörüne yıllık üç milyar dolar harcandığı, bu sektörde çalıştırılan özel güvenlik görevlisi sayısının 2010 yılında sekiz yüz bine çıkacağını tahmin edildiği açıklanmıştır¹.

Güvenlik hizmetinin özel kişilere gördürülme olanağını oldukça geniş bir şekilde ele alan Kanunla birlikte güncel hale gelen idari faaliyetler konusunu inceleyen çalışmanın ilk bölümünde öncelikle kamu hizmetinin devri kavramının neyi içerdiği ve idari faaliyetlerin devrinde yaşanan artışın nedenleri ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi özelleştirme yöntemlerinden biridir. Bu çalışmada tüm özelleştirme yöntemleri değil, kamu hizmetinin özel kişilere devri suretiyle gerçekleştirilen özelleştirme yöntemi ele alınmıştır. 4046 sayılı Kanun’un 15. maddesinde bu yöntem düzenlenmiştir. İdari faaliyetlerin özel kişilerce yürütülmesinin hukuki nitelemesinin yapılması, uygulamadaki karışıklığın giderilmesi açısından önemlidir.

Kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi konusunun incelenmesi için öncelikle kamu hizmetinin devri kavramının ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir. Konu bu çerçevede ele alındıktan sonra genel olarak kolluk faaliyetlerinin niteliği, idari faaliyetler içindeki ve modern devletin oluşumundaki yeri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

¹ “Özel Güvenliğe Yılda 3 Milyar Dolar Harcıyoruz”, 11.12.2008, <<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/468546asp>> (14.01.2010).

5188 sayılı Kanun kapsamında Türkiye’de özel güvenlik uygulamasına odaklanan çalışmanın ikinci bölümünde ise özel hukuk kişilerince yürütülen güvenlik hizmetinin kamu hizmetinin devri sayılıp sayılamayacağı sorunu ele alınacaktır. Özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma koşulları, devletin özel güvenlik sektörü üzerindeki denetimi ve sorumluluğu ele alınmak suretiyle özel hukuk kişilerinin güvenlik hizmetinin yürütülmesine katılımlarının niteliği ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNCE YÜRÜTÜLMESİ

1. KAMU HİZMETİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNE DEVRİ

1.1. Kamu Hizmeti Alanı

1.1.1. Asgari Kamu Hizmeti Alanı

Kamu hizmeti alanı değişmez bir alan değildir. Toplumsal ihtiyaçlara ve bu ihtiyaçların siyasal irade tarafından kamu hizmeti olarak benimsenip üstlenilmesine göre değişir. Kamu hizmeti alanı, geçerli devlet sistemine göre farklılıklar gösterir. Ancak belirtmek gerekir ki her devlet sisteminde kabul edilen asgari bir kamu hizmeti alanı vardır. Asgari kamu hizmeti alanı, iç ve dış güvenlik, adalet ve diplomasi ile vergilendirmeden oluşur. Söz konusu kamu hizmetleri egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri (régalien) olduğundan devlet tarafından üstlenilmesi zorunludur². Birçok kamu hizmeti devredilebilirken devletin temel fonksiyonlarına ilişkin olan ve kamu

² Bertrand Seiller, **Droit Administratif; L'action administrative** (Tome 2. Paris:Flammarion, 2001), ss.68-69.

gücü kullanılarak yerine getirilen bu hizmetlerin devrinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir³.

Ekonomiye devlet müdahalesine sıcak bakmadığı iddiasında olan ve minimal devlet anlayışını benimseyen liberalizmde devletin üstlendiği faaliyetler, egemenliğe ilişkin kamu hizmetleridir. Egemenliğe ilişkin kamu hizmeti alanı liberal sistemlerde de devletçe üstlenilir. Bu alanın devletçe üstlenilmesi zaten bir zorunluluktur. Aksi halde devletin varlığı tartışmalı hale gelir. Ancak belirtmek gerekir ki liberalizmin devlet müdahalesini dışladığı da gerçeğe uygun değildir. Liberalizmin en saf hali ile egemen olduğu sanayi devrimi döneminde bile devlet dış ekonomiler oluşturarak, mali araçları kullanarak ve özellikle demiryolu alanında doğrudan yatırımları üstlenerek sermaye birikimi için aktif bir rol üstlenmiştir⁴.

Klasik liberalizmin kurucusu Adam Smith tarafından ortaya konan devletin, iç ve dış güvenliğin sağlanması, adalet hizmetleriyle bazı kamusal hizmetlerin sunulması dışında ekonominin doğal işleyişine müdahale etmemesi yolundaki görüşü, yani sınırlı devlet anlayışı neo-liberalizmin dört iktisat okulunun da birleştikleri nokta olmuştur⁵.

Aslında devlete faşist akımlar dışında hiçbir siyasal akımın sıcak bakmadığı⁶ daha çok devlet talep etmediği bir gerçektir. Şüphesiz farklı siyasal akımlarda, devlete karşı çıkış

³ Pierre Delvolvé, "Les contradictions de la délégation de service public," **A.J.D.A.**, 675-691, (1996), s. 685.

⁴ Gencay Şaylan, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi** (1. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 1995), s. 75.

⁵ Neo-liberalizmin savunucusu dört iktisat okulu olan Neo-Avusturya Okulu (kurucusu F.A. von Hayek), Chicago Okulu (kurucusu Milton Friedman), Virginia Okulu (kurucusu James M. Buchanan) ve Freiburg Okulunun (kurucuları Walter Eucken, Franz Böhm ve A. Müller Armack) birleştikleri nokta klasik liberalizmin temel ilkesi niteliğindeki sınırlı devlet ilkesidir. Coşkun Can Aktan, "Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm", **A.İ.D.**, Cilt 28, Sayı 1: 3-32, (Mart 1995), ss. 11 ve 28.

⁶ Cem Eroğul, **Devlet Nedir?** (3. Baskı. Ankara:İmge Kitabevi, 2002), ss. 15-16; Birgül Ayman Güler, **Yeni Sağ ve Devletin Değişimi** (2. Baskı. Ankara:İmge Kitabevi, 2005), s. 16.

noktaları birbirlerinden ayrılmaktadır. Ancak liberal devletin uzantısı niteliğindeki sosyal devlet anlayışı⁷, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesini öngörür. Genellikle kamu hizmeti şeklinde somutlaşan ekonomik ve sosyal yaşama müdahale ile kamu hizmeti alanı genişlemiştir.

1.1.2. Sosyal Devlet Anlayışıyla Kamu Hizmeti Alanının Genişlemesi

Liberal devletin ekonomiye müdahale etmediği söylemi, sosyal devleti ayrı bir devlet modeli olarak ele almaya hatta liberal çevrelerce sosyal devletin sosyalizmden bir önceki durak olarak değerlendirmeye ve endişeye sevk etmiştir⁸. Oysaki sosyalist devlet ile sosyal devlet gerek ekonomik gerekse siyasal örgütlenme açısından birbirinden ayrılmaktadır. Ekonomik açıdan kolektif mülkiyet ile şekillenen sosyalizm; siyasal açıdan ise tekçi bir yapıya dayanır. Sosyal devlette ise kolektif mülkiyet geniş uygulama bulsa da sosyalizmin tam tersine, özel mülkiyet esastır ve devlet siyasal çoğulculuğa dayanır⁹.

Belirtildiği üzere sosyal devlet aslında liberal devletin uzantısıdır. Sosyal devleti ekonomik yönden kısaca ekonomik müdahaleler devleti olarak tanımlamak ve

⁷ Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri** (3. Bası. İstanbul: Beta yayınları, 1995), s. 97.

⁸ Münici Kapani, "Sosyal Bir Devletin Belirgin Özellikleri ve Ekonomik ve Sosyal Alanlardaki Başlıca Ödevleri", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, (İstanbul: 5-7 Şubat 1982), ss. 355-360, (İstanbul:1982),ss.355-356

⁹ Sosyal devlet-sosyalist devlet karşılaştırmasına öğretide sıkça yer verilmiştir. Bunlardan bazıları için bakınız : François Luchaire, "Sosyal Devlet ve Sosyalist Devlet", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, Çeviren: [...], (İstanbul:5-7 Şubat 1982), ss. 327-341, (İstanbul: 1982), ss.327-328; Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku** (2. Baskı. İstanbul: YKY, 2001), s. 96-97; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** (8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), s. 123; Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı** (7. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), s. 232.

ekonomiye değişik şekillerde müdahale eden liberal devletle paralellik kurmak mümkündür¹⁰.

Genel olarak devletin ekonomik hayata müdahalesini, cebri mahiyetteki müdahaleleri (özel kesimin izin sistemine tâbi kılınması gibi), cebri mahiyette olmayan müdahaleler (özel kesimin teşviki gibi) ve devletin doğrudan sözleşmeler yoluyla müdahalesi olmak üzere üç kategoride ele almak mümkündür¹¹. Belirtmek gerekir ki liberal devlet de sosyal devlet de ekonomiye müdahale etmekle birlikte müdahalenin niteliği sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle kısmen de olsa deęişmiştir¹². Sosyal devletin ekonomiye müdahalesinin adıyla bağdaşır şekilde, geniş kesimlerin yaşam standartlarını değiştirmeyi sağlamak üzere daha toplumsal niteliğe büründüğü söylenebilir.

Sosyal devlete ilişkin verilen tanımlamalar da sosyal devletin ekonomiye müdahalesinin niteliğini ortaya koymaktadır. Sosyal devletin tanımı, ortaya çıkışı ve sosyal devlet uygulamaları bu çalışmanın konusunu oluşturmamakla birlikte kamu hizmetiyle ilişkisinin kurulması açısından bu noktalara çalışmanın çerçevesini aşmayacak şekilde değinilmesi karşımıza bir zorunluluk olarak çıkmaktadır.

Refah devleti olarak da adlandırılan sosyal devlet, II. Dünya Savaşı sonrası kapitalist merkez ölkelerde geçerli devlet yapısını tanımlamak için kullanılmıştır. Bu dönemde devlet sosyal refah ve adaleti gözetken bir yapıya kavuşurken, demokrasi de sosyal bir içeriğe kavuşmuştur. Emekle sermaye arasında uzlaşmanın sağlanmasında işçi sınıfının verdiği mücadele yanında II. Dünya Savaşının kazanılmasında pay sahibi ve kapitalist sistemin rakibi olan Sovyetler Birliği'nin saygınlığının artması, sosyal devlet anlayışının ortaya çıkışında etkili olmuştur. Böylece kapitalist sisteme rakip Sovyet

¹⁰ Göze, **a.g.e.**, ss. 123–124.

¹¹ André de Laubadère, **Devletin Ekonomik Hayata Müdahalesi ve Mülki Taksimatta Reform**. Çevirenler: T. Akkutay, Ö. Ozankaya (Ankara:TODAİE, 1961), ss. 20-21.

¹² Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü** (Ankara: Maki Basın Yayın, 2004), s. 47.

modeli sosyal devletin doğuşunda itici güç olmuştur¹³. Yine kapitalist düzenin yaşadığı 1929 krizi, Keynesçi ekonomik yaklaşım, sanayi kapitalizmine kaynaklık eden merkantilizm ve kitlesel üretimi getiren fordist üretimin işlerliği için gerekli olan kitlesel tüketimin sağlanması zorunluluğu sosyal devletin doğuşuna kaynaklık eden diğer ekonomik ve politik etmenlerdir¹⁴.

Sosyal devlet uygulamalarıyla savaş sonrası yirmi yıllık dönem içinde savaşın yıkıntıları yok edilmiş, çok büyük bir büyüme hızı sağlanmış ve toplumsal çatışmalar yumuşatılarak demokratikleşme yönünde büyük ilerlemeler sağlanmıştır¹⁵. Sosyal devletin toplumsal yaşamda sağladığı bu iyileşmelerin sağlanmasında araç niteliğindeki kamu hizmetiyle ilişkisi ortaya konulmadan önce, sosyal devletin ne olduğu sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.

Sosyal devlete ilişkin farklı tanımlamalar getirilmiştir. Sosyal devleti toplumun zayıf kesimlerinin korunması için alınan önlemlerin bütünü olarak tanımlayan Talas'a göre sosyal devletin iki görevi vardır. Bunlardan ilki çalışabilecek herkese iş sağlanması yani tam istihdamın sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Sosyal devletin ikinci görevi ise sosyal güvenlik düzeni içinde ele alınan işsizlik sigortası ile kişilerin iş edininceye kadar yaşamlarını sürdürmelerinin sağlanmasıdır¹⁶.

Bir başka tanımlamaya göre sosyal devlet vatandaşların sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı ödev bilen devlettir¹⁷. Sosyal devleti sosyal yardımların ötesinde sosyal reformlardan oluşan devlet olarak belirleyen Huber tarafından verilen tanıma göre sosyal devlet, geleneksel devlet

¹³ Fikret Başkaya, "Önsöz", içinde Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü** (Ankara: Maki Basın Yayın, 2004, ss.11-20), s.13.

¹⁴ Sosyal devletin doğuşunun ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Kara, **a.g.e.**, ss. 56-97.

¹⁵ Şaylan, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁶ Cahit Talas, "Sosyal Devlet miyiz?", **M.B.D.**, Sayı no 132: 7-9, (1991), ss. 8-9.

¹⁷ Soysal, **a.g.e.**, s.231.

kavramı ile endüstriyel sınıf toplumu arasındaki karşılıklı sosyal bütünleşme yolu ile gidermeye çalışan devlettir¹⁸.

Anayasa Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarda sosyal devlete ilişkin tanımlar getirmiştir. Mahkeme sosyal ve ekonomik haklar karşısında devletin ödevlerini belirlemek suretiyle dolaylı bir sosyal devlet tanımı vermiştir. Buna göre;

“Anayasa (1961 Anayasası), ekonomiye el atmanın, vatandaşların vazgeçilmez temel haklarından olduğunu belirttikten sonra, özel teşebbüslerin, millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla Devleti ödevlendirdiği gibi, 41.-46. maddelerinde de iktisaden zayıf durumda olanları, geçimleri maddi ve fikrî emek karşılığında bir gelire bağlı bulunan kişileri, emekçileri ele alarak, bu tür çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali yönlerden çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği, emeğin sömürülmesini önleyici tedbirleri almakla da Devleti ödevli kılmıştır”¹⁹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi ekonomik alanda devletin ödevlerini ortaya koyduktan sonra devletin ekonomik yaşama müdahalesinin toplumsal niteliğine vurgu yapmıştır.

Yine Yüksek Mahkeme bir başka kararında devletin temel amaç ve görevlerini saymak ve sosyal güvenlik konusunda devlete verilen görevin ne olduğunu belirlemek suretiyle sosyal devletin bir görünümünü ortaya koymuştur. Mahkeme, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususları devletin ödevleri olarak saydıktan sonra kişinin

¹⁸ Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çeviren: Tuğrul Ansay, **Hukuk Devleti**. Ed.: Hayrettin Ökçesiz (İstanbul:Afa Yayınları, 1998, ss.57-81), ss. 65-66.

¹⁹ AYM, 26-27.9.1967, E.No:1963/336, K.No:1967/29, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-29.HTM>>, (04.09.2006).

sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almayı ve teşkilâtı kurmayı da devletin ödevlerinden biri olduğuna karar vermiştir²⁰.

Daha sonraki bir kararında sosyal devlet-hukuk devleti sentezi yaparak doğrudan tanımlama yapan Anayasa Mahkemesine göre sosyal hukuk devleti,

“güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.”²¹.

Sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi’nin kararında da belirtildiği üzere devletin görevleri artmıştır. Sosyal devlet anlayışı sosyal haklarla somutlaşmıştır. 1789 Bildirgesiyle pozitif hukuka geçen klasik haklar *yersiz* devlet müdahalelerini dışlarken²² sosyal haklar bireylere, devletten olumlu bir edimde bulunma, hizmet isteme taleplerini de içerir. Bireylerin gerçek anlamda özgürleşmesine hizmet eden sosyal haklar karşısında devletin görevleri artmıştır. Artık devlet çalışma hakkı, öğrenim hakkı gibi sosyal hakların bireylerce kullanılması için çeşitli müdahale ve hizmetlerde bulunacaktır²³.

Sosyal hakları klasik haklardan ayırma ölçütü olarak devlet müdahalesinin kabul edilmesi, Tanör tarafından eleştirilmiştir. Devlet müdahalesi açısından yapılan ayrımı

²⁰ AYM, 21.10.1986, E. No:1986/16, K.No:1986/25,

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-25.htm>>>, (04.09.2006).

²¹ AYM, 26.10.1988, E.No:1988/19, K.No:1988/33, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-33.htm>>>, (04.09.2006).

²² Burada kullanılan yersiz sözcüğü anlamlıdır. Zira klasik haklardan yaşam hakkı düşünüldüğünde, Devlet kişinin maddi ve manevi varlığına dokunmamaktan başka yaşam hakkının güvence altına alınması için olumlu edimlerde de bulunmak ve bunun için gerekli örgütleri kurmak zorundadır. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri** (7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993), s. 52.

²³ Aynı, s. 52.

teknik ölçüt olarak adlandıran ve bu ölçüt kapsamında devletin olumlu edimini gerektirmeyen hakların klasik; devletin olumlu edimini gerektiren hakların ise sosyal haklar olarak ayrıma tâbi tutulması, sosyal hakların temelinde yatan sınıfsal çelişki ve mücadeleleri göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmiştir²⁴.

Elbette sosyal haklardan bazıları özellikle sendikal haklardan grev hakkı, toplu pazarlık ve sözleşme hakkı, sendika hakkı gibi haklar için devletin olumlu edimde bulunmasına gerek olmadığı gibi²⁵, klasik haklardan bazıları devletin olumlu edimde bulunmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan yapılan eleştiri haklıdır. Nitekim sosyal haklardan devletin olumlu edinme bulunmasını gerektirenler "isteme hakları" olarak da adlandırılmış ve isteme haklarının güvencesini oluşturan sendikal haklar²⁶, bu haklar arasında sayılmamıştır²⁷. Ancak sosyal hakların büyük bir çoğunluğunun gerçekleştirilmesi için devletin olumlu edimde bulunması gerektiği de bir gerçektir. Kaldı ki konu sosyal devletle birlikte genişleyen kamu hizmetleri alanı bakımından ele alındığında yapılan ayırım tüm zaaflarına rağmen işlevseldir.

Olumlu edim gerektiren sosyal hakların gerçekleşmesi için devlete düşen görev, gerekli kamu hizmetlerini kurmak ve bunun için ihtiyaç duyulan örgütlenmeyi sağlamaktır. Devletin Anayasadan doğan sosyal edimlerini gerçekleştirmek üzere kurulan kamu hizmetlerini belirlemek yetkisi de hiç şüphesiz yasama organınınındır. Yasama, kalkınma planları ve çıkaracağı kanunlarla sosyal politikayı geliştirmek ve yürütmeyi de bu açıdan denetlemek zorundadır²⁸.

²⁴ Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar** (İstanbul: May Yayınları, 1978), s. 23.

²⁵ **Aym**, s.19.

²⁶ **Aym**, s.19, Bir devletin sosyal devlet olması için mutlaka güçsüzlerin gücünü hissettirecek kurum ve mekanizmaları ve çalışanların çalışma yaşamına ilişkin hak ve özgürlüklerinin katılma ve pazarlık mekanizmaları ile grev ve toplu sözleşme haklarının varlığı gerekir. Bkz. Soysal, **a.g.e.**, ss. 234-235.

²⁷ Soysal, **a.g.e.**, ss. 236-239.

²⁸ Tanör, **a.g.e.**, s.363.

Ancak yasama organını kamu hizmetinin kurulması konusunda zorlayıcı hukuki mekanizma yoktur. Bu açıdan Anayasanın devlete kamu hizmeti görevi veren hükümlerinin, kişilerin talebi üzerine yargı organlarınca uygulanması yasaklayıcı nitelikteki karışmama kurallarına kıyasla daha zordur²⁹. Karışmama yükümlülüğünde yargı organları harekete geçirilmek suretiyle devlet, bu yükümlülüklerine uygun hareket etmeye zorlanırken devlete olumlu edimde bulunmasını yani bir kamu hizmeti kurulmasını gerektiren kuralların yerine getirilmesi için zorlanamaz. Zira devlet için program hükümler niteliğinde olan ve iktidarın siyasal sorumluluğunu doğuran³⁰ bu hükümler kişilere sübjektif haklar tanımamaktadırlar³¹. Ancak belirtmek gerekir ki sosyal hakların kategorik olarak dava edilemez haklar olduğu da söylenemez. Zira temel hakların pozitif yönü olduğu gibi negatif yönü de bulunmaktadır. Dolayısıyla sosyal hakların dava edilip edilemeyeceğinin belirlenmesinde hukuki düzenlemenin esas alınması gerekmektedir³²

Nitekim Danıştay 8. Dairesince verilen karara yazılan azlık oyunda bu durum açıkça ifade edilmiştir³³. Dava konusu olay Köy Hizmetleri İl Müdürlüğünce bir köye içme suyu götürülmesine ilişkindir. Ancak bu hizmetin yerine getirilmesi istemi, bir başka köy tarafından su uyuşmazlığı çıkarılması nedeniyle anılan İdare tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine açılan davada idare mahkemesi davanın esasına girmeden, dava konusu işlemin yargısal denetime tâbi tutularak incelenemeyeceğini belirterek davayı reddetmiştir. Danıştay ise davanın esasına girilmesi gerektiği görüşünde olduğundan idare mahkemesi kararını bozmuştur. Karara yazılan azlık oyunda, köye içme suyu götürülmesi kamu hizmeti olarak değerlendirildikten sonra,

²⁹ Kenan Bulutoğlu, “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri”, **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, (İstanbul:5-7 Şubat 1982), ss. 363-378, (İstanbul: 1982), s.366

³⁰ Göze, **a.g.e.**, s. 112; Kapani, **a.g.e.**, s. 124.

³¹ Tanör, **a.g.e.**, s. 366.

³² Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), ss.146-147.

³³ Dan. 8. Daire, 17.9.1990, E.No: 1989/504, K.No:1990/913, <www.danistay.gov.tr>, (13.3.2007).

kamu hizmetinin kuruluşu sırasındaki hukuka aykırılıkların dava yolu ile durdurulabileceği ancak bir kamu hizmetinin kuruluşunun yargı kararı ile sağlanamayacağı belirtilmiştir. Zira bu durumun, idari yargının tâbi olduğu yerindelik denetimi yasağına ve idarenin takdir yetkisinin ortadan kaldırılamayacağı ilkesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

Gerçekten de kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde şekillenmiş olan 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin sınırları esas alınarak, dava yoluyla bir kamu hizmetinin kurdurulamayacağı söylenebilir. Bununla birlikte kurulmayan bir kamu hizmeti nedeniyle örneğin sağlık hizmetinden yararlanamayan kişi yargı organlarına başvurmak yoluyla uğradığı zararların tazminini sağlayabilir. Kurulmuş bir kamu hizmetinin ise dava edilmek suretiyle örneğin çevrenin ya da özürllülerin korunmasına yönelik düzenlenmesi mümkündür.

Kamu hizmeti kurma konusunda siyasal iktidarın hukuki araçlarla zorlanamaması yanında, siyasal iktidara tanınan sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesi kuralı da bu hakların dolayısıyla kamu hizmeti konusunun zayıf noktasını oluşturur. Anayasa'nın 65. maddesine göre; “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki kamu hizmeti kurma yükümlülüğünün kapsamını belirlemektedir. Sosyal haklardan, kullanılması devletin olumlu edim yükümlülüğünde bulunmasına bağlı olmayan sendikal haklar açısından 65. madde sınır da oluşturamaz. Ancak olumlu edim yükümlülüğünü gerektiren öğrenim, sağlık, çalışma, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakların gerçekleştirilmesinin sınırı olarak 65. maddenin konulmuş olması sosyal devletin, kapitalist merkez ülkelerle çevre ülkeler arasında aynı şekilde uygulanmamasına bağlanabilir.

Zira sosyal devlet, ekonomik kalkınma ile sermaye birikimini sağlamış ve sanayileşmesini büyük ölçüde gerçekleştirmiş olan Batılı kapitalist ülkelerde maddi koşullarını bulmuştur³⁴. Ancak bu etkenler yanında sosyal tepki ve beklentileri de gözden kaçırmamak gerekir. Bu durum ve uygulanan ithal ikameci içe dönük sanayileşme az gelişmiş ülkelerdeki kendine özgü sosyal devlet uygulamalarını ortaya çıkarmıştır³⁵. Az gelişmiş ülkeler kalkınmayı ve sosyal devletin gereklerini aynı zamanda yerine getirmek durumundadırlar³⁶.

Sosyal haklar konusunda devletin görevlerini ne ölçüde gerçekleştirmesi gerektiğini düzenleyen 65. maddenin nasıl yorumlanacağı ve hukuki değeri konusunda farklı görüşler vardır. Söz konusu anayasa hükmü, yasama organına sosyal ve ekonomik ödevlerin yerine getirilip getirilmemesi konusunda takdir yetkisi vermemekte fakat bu alandaki ödevlerin ne derecede yerine getirileceğinin ölçüsünü ortaya koymaktadır³⁷. Devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklara ilişkin maddelerin, kişilere açık ve belirli haklar tanıyan hükümlerle aynı etkinlikte olmasa da bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmiş ve yasama ve yürütme organlarının uymak zorunda oldukları direktifler olarak ele alınmıştır³⁸.

Belirtmek gerekir ki devletin sosyal ve ekonomik haklar konusundaki görevlerinin sınırları 61 Anayasası'nın 53. maddesinde "iktisadi gelişme", 82 Anayasası'nın 65. maddesinin ilk halinde "ekonomik istikrarın korunması", 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı

³⁴ Soysal, **a.g.e.**, ss.231-232.

³⁵ Kara, **a.g.e.**, s.56.

³⁶ Göze, **a.g.e.**, s.133.

³⁷ Soysal, **a.g.e.**, s. 240.

³⁸ Kapani, **a.g.e.**, s. 124.

Kanunla da mali kaynakların yeterliliği koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul nasıl ifade edilirse edilsin siyasal iktidara sunulmuş bir *sığınak* olarak yorumlanmamalıdır³⁹.

1.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Gerçekleşen Artış

1.2.1. Kamu Hizmetinin Devri Kavramı

Fransız Hukukunda yer alan kamu hizmetinin devri kavramı hakkında birçok inceleme yapılmıştır. Söz konusu kavram Türk hukukunda da yer almaktadır. Ancak özelleştirme yöntemlerinden biri olarak ele alınan kavram ayrı bir inceleme konusu yapılmamıştır. Özelleştirmeyi düzenleyen Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında “devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlen(ir)”eceği öngörülmek suretiyle kamu hizmetinin devri kavramına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 47. maddesinde 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin nedeni de aslında pozitif hukukta kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemlerine ilişkin genel bir kategorinin olmayışından kaynaklanmıştır. Böyle bir genel kategorinin yokluğunda Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un, bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu belirten 5. maddesini, Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁴⁰. Bunun üzerine 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesine yukarıda sözü edilen ifade ve başlığına da özelleştirme eklenmek suretiyle değiştirilmiştir. Anayasa'da yapılan değişikliğin nedeni kamu hizmetlerinin özel kişilere devrini sağlayan sözleşmelerin hukuki nitelemesindeki belirsizliktir.

³⁹ Göze, **a.g.e.**, s. 115.

⁴⁰ AYM, 28.6.1995, E.No:1994/71, K.No:1995/23, **AMKD**, Sayı no 32, Cilt no I, s. 144 vd.

Fransa'da seksenli yıllarda yaşanan yerelleşme ve özelleştirme süreçleri, kamu hizmetlerinin devrinde kullanılan idari sözleşme tiplerine yeni türlerin eklenmesini gündeme getirmesi⁴¹ nedeniyle kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usulüne ilişkin üst bir kategori kabul edilmiştir. Gerçekten Fransa'da genel olarak idari faaliyetlerde sözleşme yönteminin kullanılmasında olağanüstü bir artış yaşanmıştır. Artık idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde tek taraflı idari kararlar yanında sözleşme yöntemine de başvurulmaktadır. Hatta sözleşme yöntemine sadece kamu tüzelkişileriyle özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde değil, devlet tarafından yürütülen faaliyetlerin yerel yönetimlere devri kapsamında kamu tüzelkişileri arasındaki ilişkilerde de başvurulmaktadır⁴².

Kamu hizmetlerinin devrine olanak sağlayan bu yeni sözleşmelerin hukuki çerçevesini sağlamak üzere kanun koyucu çıkardığı 92-125 (6 Şubat 1992) ve 93-122 (29 Ocak 1993) sayılı Kanunlarla kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kavramını kabul etmiştir. Ancak söz konusu Kanunlarda kavrama ilişkin bir tanımlama getirilmemiştir. 2001 yılında kabul edilen ekonomik ve mali reformlar hakkındaki acil önlemlere ilişkin MURCEF Kanunu'nun 3-I maddesinde ise⁴³, Conseil d'Etat kararlarına⁴⁴ paralel şekilde kamu hizmetinin devri; bir kamu tüzelkişisinin sorumluluğu altındaki kamu hizmetinin işletilmesini bir özel hukuk kişisine ya da kamu tüzelkişisine verdiği ve devralan kişinin ücretlendirmesinin esas olarak hizmetin işletilmesine bağlı olduğu sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Tanımlamanın devamında kamu hizmetini devralanın, hizmetin yürütülmesi için gerekli tesisleri yapmakla görevlendirilebileceği ya da malları edinmesinin mümkün kılınacağı düzenlenmiştir.

⁴¹ Jean-Bernard Auby ve Christine Maugué, "Les Contrats de Délégation de Service Public", **JCP**, Edition Générale., Numéro 9, fasc.3743:115-124, s.115.

⁴² Seiller, **a.g.e.**, s. 171.

⁴³ 11 décembre 2001, 2001-1168 sayılı Kanun, J.O., 12 décembre 2001, s.19703.

⁴⁴ CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône, CE, 30 juin 1999, SMITOM.

1.2.1.1. Devir İlişkisinin Hukuki Niteliği

Tanımlamada her şeyden önce kamu hizmeti devrinin ancak bir sözleşme ile mümkün olduğu ortaya konmaktadır. Nitekim öğretide bir görüşe göre kamu hizmetinin ruhsat usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁴⁵. Ruhsat, kolluk faaliyetlerinde kullanılan bir yöntemdir ve ruhsat verilen alanın kamu hizmeti alanı olmadığını, özel alan olduğunu ortaya koyar⁴⁶. Ancak diğer görüşe göre ise bir kamu hizmetinin tek yanlı işlemle devri mümkündür.

Kamu hizmetinin tek yanlı işlemle devri, ekonomiye devlet müdahalesinin yoğun olduğu dönemlerde daha çok kullanılmış, müdahalenin sınırlı olduğu dönemlerde ise tek yanlı işlem değil sözleşme yöntemi tercih edilmiştir⁴⁷. Tek yanlı işlemle kamu hizmetinin devri doğrudan kanun koyucunun iradesinden kaynaklanabileceği gibi idarenin yaptığı bir işlemde de kaynaklanabilir⁴⁸. Avrupa Birliği'nde de Komisyon tarafından hazırlanan kamu hizmeti imtiyazlarına ilişkin bildiride sadece sözleşme ile değil tek yanlı işlemlerle de kamu hizmeti imtiyazı verilebileceği kabul edilmektedir⁴⁹.

Nitekim uygulamada ruhsat usulü ile ya da ruhsat usulü ile sözleşmeyi bir araya getiren karma yöntemlerle de kamu hizmetleri özel hukuk kişilerine gördürülmektedir⁵⁰. Örneğin toplu taşımacılık, televizyon ve eğitim alanlarında ruhsat usulüne

⁴⁵ Ali Ülkü Azrak, "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler", **Yargı**, Sayı:47:10-14, (Mart 1980), s.12; Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 318.

⁴⁶ Karahanoğulları, **a.g.e.**, ss. 318-319.

⁴⁷ Jean-Paul Négrin, **L'Intervention des Personnes Morales de Droit Privé dans l'Action Administrative** (Paris: L.G.D.J., 1971), ss.77-79.

⁴⁸ René Chapus, **Droit Administratif Général** (15e Edition. Tome I, Paris: Montchrestien, 2001), s.173; Christophe Guettier, **Droit des Contrats Administratifs** (2e Edition. Paris: P.U.F., 2008), s.222.

⁴⁹ Laurent Richer, "Caractère Contractuel de la Délégation de Service Public", <<http://contenus-en-ligne.editionsdumoniteur.com/lgr/outilspratiques/annexes/DSPext1.pdf>>, (02.11.2009).

⁵⁰ A.Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku** (5. Bası. Cilt 1. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), s.684.

başvurulmaktadır. Yine 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında elektrik piyasasında faaliyet göstermek için tüzelkişilerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'ndan lisans almaları gerekmektedir (madde 2 ve 4). Danıştay da verdiği bir kararla imtiyaz ve ruhsat yöntemlerini birbirlerine alternatif olarak ele almıştır⁵¹.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında bazen kamu hizmetlerinin ancak sözleşme ile devredilebileceği görüşünün etkilerini görmek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu görüşün etkisiyle kimi zaman ruhsat yöntemini "kamu hizmeti imtiyazına benzer yönünün ağır bastığı gerekçesiyle" imtiyaz sözleşmesi olarak ele almıştır⁵². Anayasa Mahkemesi 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu⁵³ ile kaldırılan 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen Milli Eğitim Bakanlığınca tek yanlı işlemle verilecek "kurum açma izni"ni kamu hizmeti imtiyazı gibi kabul etmiştir. Söz konusu karar göre;

"Devlet, özel öğretim kurumlarına ilk ve orta dereceli okullarda bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim görevini yapmak üzere yasayla yetki vermektedir. Burada her ne kadar bir sözleşme yoksa da, giderleri ve riski kendisine ait olmak ve hizmetten yararlananlardan aldığı ücretle, yatırımlarını amorti etmek üzere bir kamu hizmetinin, kurulması ve işletilmesi söz konusudur. O halde özel okulların yaptığı hizmetin "kamu hizmeti imtiyazı"na benzer yönünün daha ağır bastığı ortadadır...".

Yine Anayasa Mahkemesi 4000 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun"un Ek 18. maddesinin birinci fıkrasına göre sermaye şirketlerine verilecek işletme lisans ve

⁵¹ Danıştay 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu çerçevesinde izin usulü ile özel hukuk kişilerinin havaalanı yapım ve işletilmesi hizmetlerinin katılımlarının mümkün olduğuna karar vermiştir. Özel hukuk kişilerinin 3996 sayılı Kanun çerçevesinde bu hizmeti yerine getirmeleri halinde ise idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılacak sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olacağı görüşünü bildirmiştir. Bkz. Dan. 1.Daire, 24.09.1996, E.No:1996/17, K.No:1996/185, <www.danistay.gov.tr>, (02.09.2009).

⁵² AYM, 12.04.1990, E.No:1990/4, K.No:1990/6, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-06.htm>, (02.08.2009).

⁵³ 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Kanun, **R.G.**, 14.02.2007, Sayı: 26434.

ruhsatlarını, sözleşme olarak niteledikten sonra bu sözleşmelerin niteliği gereği imtiyaz sözleşmesi olduklarına karar vermiştir⁵⁴. Söz konusu karara göre;

“Ulaştırma Bakanlığı, işletme lisans ve ruhsatlarını kuşkusuz şirket yönetiminin önerilerini dikkate alarak verecektir. Ancak, birinci fıkradaki katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yapılması durumunda da sözleşmelerin "imtiyaz sözleşmesi", daha geniş bir tanımla "idari sözleşme" olma niteliği değişmeyecektir. Çünkü 1. maddenin açıklanmasında belirtildiği gibi, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi 233 sayılı KHK kurallarına bağlı bir kamu tüzelkişisidir. Özel hukuk hükümlerine bağlılığı faaliyetleri ile yapacağı özel hukuk sözleşmeleri ile sınırlıdır. Ulaştırma Bakanlığının söz konusu fıkra gereğince, işletme lisans ve ruhsatına ilişkin sermaye şirketleriyle yapacağı sözleşmelerin idari sözleşme olacağı kuşkusuzdur...”.

Conseil d’Etat da verdiği bir kararla 20 Nisan 2005 tarihli havaalanlarına ilişkin Kanunla, tek yanlı olarak görevlendirilen işletme ile devlet arasındaki hukuki ilişkiyi imtiyaz olarak nitelemiştir⁵⁵. Ancak daha önce verdiği iki kararda tek yanlı işlemle de kamu hizmetinin devrinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Conseil d’Etat verdiği görüş kararında tek yanlı işlemle kamu hizmetinin devrini öngören açık düzenlemenin varlığı halinde ilan koşulu öngören hükme tâbi olmadığına karar vermiştir⁵⁶. Yine bir başka kararında hayvanlara yardım vakfının kamu hizmetini yürütmesinin tek yanlı işleminden kaynaklandığına ve dolayısıyla kanunda öngörülen ilan usulüne tâbi olmadığına hükmetmiştir⁵⁷.

Kamu hizmetinin tek yanlı işlemle devri uygulamasını açıklamaya yönelik geliştirilen bir diğer çözüm ise bu şekilde devredilen kamu hizmeti alanlarını, virtüel kamu hizmeti

⁵⁴ AYM, 22.12.1994, E.No:1994/70, K.No:1994/65-2, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K1994-65-2.htm>>, (02.09.2009).

⁵⁵ “CE, 25 avril 2007, Fédération nationale de l’aviation marchande, Req. 291976” aktaran Laurent Richer, “Caractère Contractuel de la Délégation de Service Public”, <<http://contenus-en-ligne.editionsdumoniteur.com/lgr/outilspratiques/annexes/DSPExt1.pdf>>, (02.11.2009).

⁵⁶ “C.E., 9 mars 1995, req. No: 356391”, aktaran Paul Lignières, **Partenariats Public-Privé** (2e Edition. Paris: Litec, 2005), s.102.

⁵⁷ “C.E., 3 mai 2004, Fondation assistance aux animaux”, aktaran Ayni, s.102.

olarak kabul etmek olmuştur. Bu alanlar nitelikleri gereği ya da kamusal alan üzerinde yürütülmeleri nedeniyle virtüel kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedirler⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki kamu hizmetinin devrine yönelik, idarenin devralacak kişi ile kuracağı ilişkinin ideal tipinin sözleşme olduğu söylenebilir. Kamu hizmetinin devri işleminin hukuki niteliği, kamu hizmetini devralanın hukuki durumunun belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak uygulamada bu ayrımı yapmak belli zorlukları da bünyesinde taşımaktadır. Zira devir işleminin şekli ile içeriği arasında uyumsuzluklar söz konusu olabilmektedir. Tip sözleşmeler ya da şartnamelerle sözleşme niteliği zayıflayan uygulamalar⁵⁹ yanında sözleşmesel hükümlerin konulması ile tek yanlılığı sorgulanan uygulamaların varlığında devir ilişkisinin sadece sözleşme ile kurulabileceği konusunda ısrarcı olmak hukuki bir fayda sağlamayacaktır. Kamu hizmetinin devredilip devredilmediğinin belirlenmesinde kurulan ilişkinin hukuki nitelemesinden ziyade ilişkinin içeriğinin irdelenmesi gerekmektedir.

1.2.1.2. Kamu Hizmetinin Devrinin Ölçütleri

Kamu hizmetinin devrine ilişkin tanımlamada, kamu hizmetinin devredilip devredilmediği, organik, maddi ve mali olmak üzere üç ölçüt üzerinden belirlenebilir⁶⁰.

1.2.1.2.1. Organik Ölçüt

Organik ölçüt bir yandan kamu hizmetini devredecek idareye bir yandan da kamu hizmetini devralanlara ilişkindir. Kamu hizmetini devredecek idare kamu hizmetini yürüten tüm kamu tüzelkişileridir. Bu çerçevede yerel yönetimler, kamu kurumları ve merkezi idare kamu hizmetini devretmeye yetkili idarelerdir.

⁵⁸ Gözübüyük ve Tan,**a.g.e.**, s.683.

⁵⁹ Négrin, **a.g.e.**, s.66.

⁶⁰ Bruno Gerentes, **La Délégation de Service Public** (Voiron:Territorial Editions, 2006), s.18.

Kamu hizmetini devralacakların hukuki niteliği konusunda Fransız kanun koyucu kamu tüzelkişileri ile özel hukuk kişileri arasında herhangi bir ayrım yapmamıştır. Özel hukuk kişileri kamu hizmetlerini devralabilecekleri gibi kamu tüzelkişileri de bir başka kamu tüzelkişisi tarafından yürütülen kamu hizmetini devralabilirler. Zaten kanun koyucu tarafından verilen tanımlamadan önce Conseil d’Etat verdiği görüş kararında, kamu tüzelkişilerinin rekabet kuralları ihlal edilmediği sürece kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ile kamu ihale sözleşmelerinin sözleşmecisi tarafı olabileceklerine karar vermiştir⁶¹.

Ancak belirtmek gerekir ki kamu tüzelkişilerinin, kamu hizmetini devralmalarına engel bir hukuki düzenlemenin bulunmaması gerekir. Bu çerçevede görev alanı yer bakımından sınırlı yerel yönetimlerin bir başka yerel yönetim tarafından devredilen kamu hizmetini devralamayacağı söylenebilir⁶². Yine belli bir kamu hizmetini yürütmek için kurulmuş kamu kurumlarının da faaliyet alanlarının ötesinde bir kamu hizmetini devralmak suretiyle yürütmeleri mümkün kabul edilmemelidir. Kamu kurumları üstlendikleri kamu hizmeti dışında faaliyette bulunamamakla birlikte, faaliyet alanlarını tamamlayıcı ya da bunlarla bağlantılı alanlarda kamu hizmeti üstlenebilecekleri kabul edilmektedir⁶³.

Özel hukuk kişileri gerçek kişiler olabileceği gibi tüzelkişiler de olabilir. Hatta federasyon şeklinde örgütlenmiş çeşitli spor dallarında faaliyet gösteren özel hukuk kişileri de çoğu zaman kanun koyucunun iradesi ile kendilerine devredilen alanlarda kamu hizmeti faaliyetleri yürütürler. Örneğin kanun koyucu hertürlü futbol faaliyetlerini

⁶¹ “C.E., Avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultant”, Claudie Boiteau, **Les Conventions de Délégation de Service Public** (Paris: Le Moniteur, 2007), ss.39-40

⁶² Gerentes, **a.g.e.**, s.19.

⁶³ Boiteau, **a.g.e.**, s.43.

yürütmek, örgütlemek ve geliştirmek görevini Türkiye Futbol Federasyonuna vermiştir⁶⁴.

1.2.1.2.2. Maddi Ölçüt

Maddi ölçüt devredilen faaliyetin niteliğine ilişkindir. Bu ölçüte göre; öncelikle devredilen faaliyet kamu hizmeti niteliğinde olmalıdır. Kamu hizmeti niteliğinde olan faaliyet, devredilebilir nitelikte kamu hizmeti olmalıdır. Son olarak da kamu hizmetini devralan, hizmetin işletilmesini üstlenmelidir⁶⁵.

Kamu hizmetinin tanımlanması Truchet tarafından ifade edildiği üzere⁶⁶ netameli bir uğraştır. Kamu hizmetinin devri tanımlamasında belirtildiği üzere kamu hizmetini devretmeye sadece kamu tüzelkişileri yetkilidir. Kamu tüzelkişileri de sorumlulukları altındaki kamu hizmetlerini devredebilirler. Bu tanımlama esas alındığında kamu hizmeti tanımlamalarından ziyade kamu hizmetini yürütenin niteliği üzerinden kamu hizmeti kavramını ele almak faydalı olacaktır. Burada devletin varlık nedeninin kamu hizmetlerinin sağlanması olarak ele alan Kamu Hizmeti Okulu'nun görüşlerinden yararlanıldığında kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan kamu tüzelkişilerince yerine getirilen faaliyetlerin kural olarak kamu hizmeti niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁶⁷.

Kamu hizmeti olarak nitelenen bir faaliyetin devredilebilmesi için söz konusu alanın devredilebilir nitelikte olması gerekir. İdarenin yerine getirdiği kamu hizmetlerinin bir kısmı devre elverişli değildir. Bu kamu hizmetleri asgari kamu hizmeti alanı konusunda

⁶⁴ 05.05.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, **R.G.**, 16.05.2009, Sayı: 27230, 1. maddesinde Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tâbi özerk, tüzelkişi olduğunu öngörmüştür.

⁶⁵ Boiteau, **a.g.e.**, s.44.

⁶⁶ Didier Truchet, "Label de service public et statut de service public", **AJDA**, 427-439, 1982, s.428.

⁶⁷ **Aynı**, s.46.

belirtildiği üzere egemenliğe ilişkin kamu hizmetleridir. Egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinin devlet tarafından yerine getirilmesi gerekir. Kanun koyucunun iradesiyle de bazı kamu hizmetlerinin devrinin engellenebileceği kabul edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki kamu hizmeti devri kavramının ortaya konmasında maddi ölçütün tamamlanması için devralanın kamu hizmetinin işletimini üstlenmesi gerekir. Kamu tüzelkişisinin 3. kişiyi kamu hizmetine dâhil ettiği sözleşme, ancak basit bir katılımdan başka 3. kişinin kamu hizmetini belli bir özerklik ve belli bir süre için gerçek anlamda sorumluluğu altına aldığı takdirde kamu hizmeti devir sözleşmesidir⁶⁸. Kamu hizmetini devralanın sahip olduğu özerklik belli göstergelerin varlığına bağlıdır. Buna göre; kamu hizmetini devralan, hizmeti kullananlara uygulanacak düzenlemeleri yapabilmeli, kamu hizmetini yerine getiren görevliler üzerinde doğrudan yetkiye sahip olmalı ve onların ücretlerini ödemeli, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli tesisleri inşa etmeli ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmalı, son olarak kamu hizmetini kullananların tek muhatabı olmalıdır⁶⁹.

Görüldüğü üzere kamu hizmetini devralan, kamu hizmetinin sadece bazı unsurlarına yardım ya da hizmetin ifasına katılım şeklinde değil, gerçek anlamda kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine devri halinde dahi idare hizmetin kontrolünü her zaman için korumakta, hizmeti sözleşmeyle devralan sözleşmeci, belli bir süre için bir hizmeti idarenin yerine yürütmek üzere yetkilendirilmektir⁷⁰.

⁶⁸ François Thurière, "Problématique du sujet pour le juge administratif", **A.J.D.A.**, 581-587, (1996), s. 582.

⁶⁹ Guettier, **a.g.e.**, s.226.

⁷⁰ Philippe Terneyre, "La Notion de Convention de Délégation", **A.J.D.A.**, 588-596, (1996), s.593.

1.2.1.2.3. Mali Ölçüt

Kamu hizmetinin devrinin söz konusu olabilmesi için devralanın ücretlendirilmesinin esas olarak kamu hizmetinin işletilmesine bağlı olması gerekir. Ücretlendirmenin esas olarak kamu hizmetinin işletilmesine bağlı olması yani devralanın kamu hizmetinin işletilmesinden kaynaklı riski üstlenmesi gerekmektedir. Devralanın ücretlendirilmesinin bütünüyle kamu hizmetinin işletilmesine bağlı olması şart koşulmamıştır.

Kamu hizmetini devralan esas olarak sunduğu kamu hizmeti karşılığında kullanıcılardan aldığı bedelle ücretlendirilir. Kullanıcılardan alınan bedel tek ücretlendirme modeli değildir. Bunun yanında hizmetin işletilmesi sonucuna bağlı olarak kamu hizmetini devralanın doğrudan idarece ücretlendirilmesi de mümkündür⁷¹. Conseil d’Etat kamu hizmetinin devri kavramını, devralanın ücretlendirilmesinin esas olarak hizmetin işletilmesi sonucuna bağlı olmasıyla ortaya koymaktadır⁷². Riskin üstlenilmesi kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ile hizmet alımlarına yönelik kamu ihale sözleşmelerinin ayrılmasını da sağlar. Bu ölçütün belirleyici unsur olmaması kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ile hizmet alımına ilişkin ihale sözleşmeleri arasındaki ayrımı belirsiz hale getirecektir⁷³.

Belirtmek gerekir ki Conseil d’Etat, devralanın esas olarak hizmetin işletilmesi sonucuna bağlı olarak ücretlendirilmesini oransal bir çoğunluk olarak ele almamaktadır. Nitekim verdiği bir kararda devralanın ücretinin yüzde otuzunun hizmetin işletilmesi

⁷¹ Boiteau, **a.g.e.**, ss.56-57.

⁷² “C.E., 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône”, Boiteau, **a.g.e.**, s.55.

⁷³ Philippe Limouzin-Lamothe, “La Pratique de la Délégation de Service Public”, **A.J.D.A.**, 572-576, (1996), s. 573.

sonucuna bağılı olmasını sözleşmenin kamu hizmeti devri sözleşmesi olarak nitelenmesine engel görmemiştir⁷⁴.

Aslında mali ölçüt yeni ortaya çıkmış bir ölçüt değildir. Zira kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerine gördürülmesine olanak sağlayan sözleşmelerin klasik tipini oluşturan imtiyaz sözleşmesi de imtiyaz sahibinin hizmetin işletilmesinden doğan riskleri üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetinin devri sözleşmelerinden biri olarak kabulü tartışmasız olsa da kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan diğer sözleşmelerden⁷⁵ bir kısmının bu kategoriye aidiyetleri, kamu hizmeti devir sözleşmelerini tanımlamada kullanılan sözleşmecinin "ücretlendirme" şekline ilişkin ölçüt nedeniyle tartışmalı hale gelmiştir. Bu bakımdan hangi sözleşmelerin kamu hizmetinin devri sözleşmesi olarak kabul edileceği sorununun yanıtlanması gerekmektedir.

1.2.1.3. Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmeleri

1.2.1.3.1. Kamu Hizmeti İmtiyazı

İmtiyaz sözleşmesi; bir kamu hizmetinin masraf, kâr ve zararı sözleşmeci tarafından üstlenilerek bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini sağlayan sözleşmedir⁷⁶. Sözleşmeci idarenin gözetimi ve denetimi altında hizmeti yürütür ve yürüttüğü kamu hizmetini, bu hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle finanse eder⁷⁷.

⁷⁴ "C.E., 30 juin 1999, SMITOM", Boiteau, **a.g.e.**, ss.57-58.

⁷⁵ Auby ve Maugué, **a.g.m.**, s.119; Guillaume Glénard, "La Notion de Délégation Dans le Droit de la Délégation de Service Public (1ere partie)", **DA**, Numéro2: 4-9, (février 2002), s. 4.

⁷⁶ Günday, **a.g.e.**, s.309.

⁷⁷ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.694.

İmtiyaz sözleşmesinin tipik özelliği sözleşmecinin hizmetin işletilmesinden kaynaklı riskleri üstlenmesidir. Ancak imtiyaz usulünün belirgin özelliği olan hizmetin işletilmesinden kaynaklı risklerin sözleşmeciye ait olması kuralının imtiyaz sahibi sözleşmeciye tanınan tekel hakkı⁷⁸ ve imtiyaz veren idarenin yaptığı yardımlarla⁷⁹ zayıfladığı söylenebilir. Uygulamada kimi zaman riski üstlenmek istemeyen sözleşmecilere gelir garantisi sağlanması denemeleri de olmuştur. Nitekim 3996 sayılı Kanun uyarınca İstanbul-Bursa-İzmir otoyolunun yap-işlet-devret modeline göre yaptırılması planlanan Orhangazi-Bursa-İzmir kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara İstanbul boğaz köprüleri gelirlerinin tahsis edilmesini Danıştay bu usulle yapılacak işlerin finansmanından sözleşmecinin sorumlu olacağından bahisle hukuka aykırı bulmuştur⁸⁰. Danıştay kararına konu sözleşme 3996 sayılı Kanun kapsamında yap-işlet-devret usulü çerçevesinde yapılan bir sözleşme olmasına rağmen imtiyaz sözleşmesini üst kategori olarak kabul etme eğilimi nedeniyle imtiyaz sözleşmesi kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de imtiyaz usulünü; "kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi" olarak tanımladıktan sonra sözleşmenin konusunu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olacağını belirtmiştir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini özel hukuk kişilerine devreden sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelemektedir. Anayasa Mahkemesine göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi; "konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler" olarak tanımlamaktadır⁸¹.

⁷⁸ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.323.

⁷⁹ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s. 710.

⁸⁰ Dan. 1. Daire, 16.12.1998, E.No:1998/267, K.No: 1998/481, **DD**, Sayı 100, s.36.

⁸¹ AYM, 09.12.1994, E.No:1994/43, K.No:1994/42-2, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-42.htm>>, (02.09.2009).

Görüldüğü üzere sadece kamu hizmetinin kurulması değil kurulmuş kamu hizmetinin işletilmesi de imtiyaz sözleşmesi kapsamında ele alınmaktadır. Ancak hizmetin kurulması ve işletilmesi genelde birarada olmakta, hizmetin işletilmesinden kaynaklanan riski üstlenen sözleşmecî hizmeti uzun süreli işletme hakkını elde ederek masraflarını karşılamaktadır.

Danıştay da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine devrini sağlayan sözleşme olarak ele almaktadır. Danıştay’a göre;

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir devre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir...”⁸².

Gerçekten de gerek öğretide⁸³ gerek mahkeme içtihatlarında⁸⁴ imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin devrine olanak sağlayan sözleşmelerin üst kategorisi olarak kabul edilmiş ve

⁸² Dan. 10. Daire, 29.4.1993 tarih ve E.No:1991/1, K.No:1993/1752 sayılı kararı, <www.danistay.gov.tr>, (06.06.2007).

⁸³ İdarenin kamu hizmetlerini imtiyaz usulünden başka bir usulle özel kişilere bırakmasının mümkün olmadığı ve müşterek emanet ve iltizam usullerinin kamu hizmeti imtiyazı ya da işletme ruhsatı yöntemlerinin değişik türlerini oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. Lûtfi Duran, "Yap-İşlet-Devret", **A.Ü.S.B.F.D.**, Cilt no 46, Sayı no 1-2:147-170, (1991), s. 161; Müşterek emanet ve iltizam usulleri imtiyaza benzer yöntemler başlığı altında incelenmiş ve yap-işlet-devret yöntemine göre yapılan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenmiştir. Bkz Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss. 696-698; İmtiyaz usulünü kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel kişilerce gördürülmesinin "ideal tip"i ve müşterek emanet ve sınırlı riskli imtiyazı karma yöntem olarak kabul eden görüş için bkz. Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s.324. Yap-işlet-devret usulünü imtiyaz usulü olarak kabul eden bir diğer görüş için bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku** (8.Bası. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003), s.322.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 3096 sayılı Kanun’da öngörülen yap-işlet-devret usulünü imtiyaz usulü, bu Kanuna göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkı devri sözleşmelerini de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemiştir. Bkz. AYM, 9.12.1994, E.No:1994/43, K. No:1994/42-2, **AMKD**, Sayı 31, Cilt 1, s.304. Yine Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesinde idare ile sözleşmecî arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte sözleşme yapılacağı ve bu sözleşmenin özel hukuk

diğer usuller kapsamında imzalanan sözleşmeler imtiyaz sözleşmelerinin alt kategorileri olarak ele alınmışlardır. İmtiyaz sözleşmelerinin üst kategori olarak ele alınması Gözler tarafından eleştirilmiştir.

Gözler'e göre imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan tek sözleşme değildir. İmtiyaz sözleşmesi yanında iltizam, müşterek emanet, vekâlet sözleşmeleri ile hatta isimsiz daha pek çok sözleşme ile de kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi mümkündür⁸⁵.

İmtiyaz usulünü üst kategori olarak kabul etmek yerine yasal bir düzenleme yaparak kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan sözleşmelerin genel çerçevesini çizmek yeni isimsiz sözleşmeleri sınıflandırma konusunda isabetli bir çözüm olacaktır. Çünkü kamu hizmetlerinin yürütülmesinde giderek artan şekilde özel sektöre başvurulduğu bir gerçektir. Bilindiği üzere kamu hizmetlerinin sözleşmeyle özel kişilere gördürülmesinde başvuru klasik yöntemler müşterek emanet, iltizam ve imtiyazdır. Ancak son yıllarda klasik yöntemlerin önemini yitirdiklerini, yap-işlet-devret, yap-işlet gibi yeni yöntemlerin ve işletme hakkı devir sözleşmesi, görev sözleşmesi gibi yeni sözleşme türlerinin ortaya çıktığını gözlüyoruz⁸⁶. Gerçekten de

hükümlerine tâbi olacağı yolundaki düzenlemeyi söz konusu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu gerekçesiyle Anayasanın 155. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. AYM, 28.6.1995, E.No:1994/71, K. No:1995/23, **AMKD**, Sayı 32 Cilt 1, s.164 vd. Danıştay da imtiyaz sözleşmesi dışında başka adlarla yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemiştir. Danıştay 10. Dairesi 3096 sayılı Kanun kapsamında TEK ile Aktaş Elektrik Tic. A.Ş. arasında imzalanan sözleşmenin, işletme hakkı devir sözleşmesi niteliği taşıdığına ilişkin 29.4.1993 tarih ve E.No:1991/1, K.No:1993/1752 sayılı kararı, <www.danistay.gov.tr>, (06.06.2007). Yine Danıştay 1. Dairesi, 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak üretim ve görev şirketi sözleşmelerini kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemiştir. Bkz. 24.09.1992 tarih ve E.No:1992/232, K.No:1992/294 sayılı karar, <www.danistay.gov.tr>, (06.06.2007).

⁸⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku** (Cilt II. Bursa:Ekin Kitabevi Yayınları, 2003), s.406.

⁸⁶ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.685.

idare daha çok mali nedenlerle birçok sözleşmenin birden çok unsurunu içeren yeni isimsiz karma sözleşmeler yapabilmektedir⁸⁷.

1.2.1.3.2. İltizam

İltizam sözleşmesi; mültezimin idareye ödeyeceği ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kâr ve zararına işletmesini sağlayan sözleşmedir. Mültezim gördüğü hizmetin finansmanını hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle sağlar. Elde edilen kâr, idareye ödenen ücret ile hizmetten yararlananlardan toplanan bedel arasındaki fark olacaktır⁸⁸.

Görüldüğü üzere burada da imtiyaz sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmeci hizmetten kaynaklı riski üstlenmekte, yani hizmeti kendi kâr ve zararına işletmektedir. Ancak iltizam sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesinden farklı olarak hizmetin kurulmasını üstlenmemekte, kurulmuş bir kamu hizmetinin işletilmesini üstlenmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesisler idare tarafından üstlenilmektedir⁸⁹. Yine imtiyaz sözleşmesinden farklı olarak mültezim idareye ücret ödemektedir.

İltizam usulü Fransa'da içme suyu dağıtımı, çöplerin toplanması ve işlenmesi, otoparkların işletilmesi, şehiriçi toplu ulaşım hizmetleri, otogar işletmesi, sosyal ve kültürel hizmetler gibi birçok alanda kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere bu alanların birçoğu yerel nitelikte ihtiyaçları karşılamaya yönelik kamu hizmetleridir. Zaten iltizam sözleşmesi yapan idareler daha çok yerel yönetimlerdir⁹⁰.

⁸⁷ Philippe Terneyre, "La Qualification des Montages Contractuels Complexes et le Droit Communautaire", **L.P.A.**, Numéro 23:39-45, (2 Février 2000), s.39.

⁸⁸ Chapus, **a.g.e.**, s.644.

⁸⁹ Boiteau, **a.g.e.**, s.67.

⁹⁰ Guettier, **a.g.e.**, s.228.

Türk İdare Hukukunda Osmanlı Devleti döneminde aşar vergisinin toplanması için yapılan iltizam sözleşmelerinin⁹¹ artık yapılmadığı görüşü yanında⁹², emanet usulü ile yürütülen bazı kamu hizmetlerinin altyapı ve tesislerinin gerçekleştirilmesi alanında bu sözleşmenin kullanıldığı görüşü de vardır⁹³.

İltizam sözleşmeleri kamu hizmetinin devri sözleşmelerinden biridir. Sözleşme ile bir kamu hizmeti devredilmekte ve devralan hizmetin işletilmesinden kaynaklı riskleri üstlenmektedir.

1.2.1.3.3. Müsterek Emanet

Müsterek emanet, sözleşmecinin idareden elde ettiği gelir karşılığında kamu hizmetinin işletilmesini idare adına ve hesabına üstlendiği sözleşmedir. Sözleşmeci kamu hizmetinin kurulmasını üstlenmez, kurulmuş kamu hizmetinin işletilmesini üstlenir⁹⁴.

Sözleşmecinin kamu hizmetini idare adına ve hesabına yürütmesi, kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde aranan sözleşmecinin hizmeti belli bir özerklik içinde yürütmesi koşulunun varlığını tartışmalı hale getirmektedir. Yine sözleşmecinin idare tarafından ücretlendirilmesi de hizmetten kaynaklı riskleri üstlenme ölçütünü tam olarak karşılamamaktadır. Ancak sözleşmecinin ücretlendirilmesinin hizmetin işletilmesi sonucu elde edilecek gelir üzerinden hesaplanması, ayrıca sözleşmeciye ödenecek primin sözleşmede öngörülen parametrelere bağlı olması, sözleşmede mali riskin olduğu şeklinde yorumlanmış, Conseil d'Etat'nın sözü edilen *SMITOM* kararıyla

⁹¹ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.698.

⁹² Günday, **a.g.e.**, s.309.

⁹³ İl Han Özay, **Günlük Yönetim** (İstanbul: Alfa, 2002), s.251.

⁹⁴ Boiteau, **a.g.e.**, s. 69.

müşterek emanet sözleşmesini kamu hizmetinin devri sözleşmesi olarak nitelemesi de bu görüşe destek olarak sunulmuştur⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki Conseil d'Etat kamu hizmetinin devri sözleşmelerinin ölçütlerinden mali ölçütü yani sözleşmecinin hizmetin işletilmesinden kaynaklı riskleri üstlenmesini, sözleşmecinin kamu hizmetinin belli bir özerklik içinde yürütme ölçütünden daha belirleyici saymaktadır. Zira Conseil d'Etat idarenin adı ve hesabına, götürü bir bedel karşılığında kurulmuş kamu hizmetinin yürütülmesini içeren vekâlet sözleşmesini (gérance) kamu hizmetinin devri sözleşmelerinden saymamıştır⁹⁶. Sözü edilen *SMITOM* kararında ise kurulmuş bir kamu hizmetini idarenin adı ve hesabına yürüten sözleşmecinin hizmetten kaynaklı riskleri üstlendiği gerekçesiyle, sözleşmenin kamu hizmetinin devri sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir.

1.2.1.4. Kamu Hizmetinin Devri Sözleşmelerine Benzer Sözleşmeler

1.2.1.4.1. Hizmet Alımına İlişkin Kamu İhale Sözleşmeleri

Kamu ihale sözleşmelerinin hizmet alımlarına ilişkin olanı kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ile benzerlik göstermektedir. Her iki sözleşme de bir hizmetin görülmesine ilişkin sözleşmelerdir.

Kamu ihale sözleşmeleri ile kamu hizmetinin devri sözleşmeleri arasındaki ayrımın temelini sözleşmecinin ücretlendirilmesi oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinde görülen hizmetin bedeli tamamen sözleşmeyi yapan kamu tüzelkişisi tarafından üstlenilir. Böylece kamu ihale sözleşmesi kapsamında bir hizmeti yerine getirecek sözleşmeci hizmetin sunulmasından kaynaklı riskleri üstlenmeyecektir. Oysaki kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde belirtildiği üzere kamu hizmetini devralanın

⁹⁵ **Aynı**, ss.70-71.

⁹⁶ “C.E., 7 avril 1999, Commune de Guilhaud-Granges”, Boiteau, **a.g.e.**, s.61.

ücretlendirilmesi esas olarak hizmetin işletilmesine bağlıdır. Dolayısıyla devralan hizmetin işletilmesinden kaynaklanan riskleri üstlenecektir⁹⁷.

Gerçekten de kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmeci, idarenin gereksinim duyduğu bir hizmeti sağlamayı üstlenmektedir. Sözleşmeci kamu tüzelkişisinin yürüttüğü kamu hizmetinden yararlananlarla doğrudan bir ilişki içine girmemektedir.

Kamu ihale sözleşmeleri başka bir kavramı daha ortaya koymaktadır. Dışsallaştırma olarak ifade edilebilecek *outsourcing (externalisation)* ile kamu tüzelkişileri, kamu hizmetini devretmeden hizmetin gerçekleştirilmesine yönelik bazı faaliyetleri özel hukuk kişilerine gördürmektedirler. Hukuki olarak söz konusu kavram hizmet alımına yönelik kamu ihaleleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu kapsamda kamu tüzelkişileri örneğin için güvenlik hizmeti için özel sektöre başvurabilmektedir⁹⁸. Kamu tüzelkişilerinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet alımlarının, güvenlik hizmetinin devri değil kamu ihale sözleşmesi olduğu söylenebilir.

1.2.1.4.2. Kamu-Özel Sektör İşbirliği Sözleşmeleri

Fransa'da 17 Haziran 2004 tarih, 2004-557 sayılı Emirname (ordonnance) ile Fransız idari sözleşme hukukunda, Anglo-Sakson hukukundan esinlenerek kamu-özel sektör işbirliğini düzenleyen sözleşme (contrats de partenariats public-privé) kategorisi oluşturulmuştur⁹⁹.

Kamu-özel sektör işbirliği sözleşmelerinin konusunu en az üç edimin oluşturması zorunludur. Buna göre; sözleşmeci kamu hizmeti için gerekli yatırımları; tesis ve binaların inşasını; bakımını, işletimini ve hizmetin asli sorumlusu kamu tüzelkişisi

⁹⁷ Frédéric Marty, Sylvie Trosa ve Arnaud Voisin, **Les Partenariats Public-Privé** (Paris: La Découverte, 2006), s.92.

⁹⁸ Lignières, **a.g.e.**, s.93.

⁹⁹ François Lichère, "Les Contrats de Partenariats", **R.D.P.**, Numéro 6:1547-1568, 2004, s. 1549.

tarafından hizmetin yürütülmesi için gerekli görülen diğer edimleri üstlenmelidir. Sözleşmeci yerine getirdiği hizmet karşılığında sözleşme süresince doğrudan kamu tüzelkişisi tarafından ücretlendirilecektir¹⁰⁰.

Görüldüğü üzere kamu-özel sektör işbirliği sözleşmeleri hizmetin finansmanını, kurulmasını, işletilmesini ve bakımını kapsarken kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde hizmetin kurulması zorunlu unsur değildir. Kurulmuş bir hizmetin işletimi de diğer koşulların taşınması halinde, kamu hizmetinin devri kapsamındadır.

Fransız kanun koyucu kamu tüzelkişilerinin bu yönetime başvurmalarına sadece iki durumda izin vermiştir. Buna göre sözleşme birden çok edimi içeren karma bir projeye ilişkinse ya da acil durumların varlığı halinde kamu-özel sektör işbirliği sözleşmeleri yapılabilir¹⁰¹. Dolayısıyla bu sözleşmeler tali niteliktedir. Devredilebilir nitelikte bir kamu hizmetinin varlığı halinde ve belirtilen bu iki durumdan biri söz konusu değilse, kamu tüzelkişileri ancak kamu hizmetinin devri sözleşmesi yapılabilir¹⁰².

Kamu-özel sektör işbirliği sözleşmelerinin kamu hizmetinin işletilmesini de öngörüp öngöremeyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre bu sözleşmeler kamu hizmetinin işletilmesini öngöremez. Kamu hizmeti kullanıcıları ile doğrudan ilişki içinde olmayan sözleşmecinin idare tarafından ücretlendirilmesi de bu sözleşmeleri kamu hizmetinin devri sözleşmelerinden farklı kılar¹⁰³. Bu görüşün devamı niteliğinde olarak da bu sözleşmelerin ayrı bir kategori oluşturmadığı ve kamu ihale sözleşmeleri kapsamında ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ligni res, **a.g.e.**, s.117.

¹⁰¹ Braconnier, **a.g.e.**, ss.117-118.

¹⁰² Boiteau, **a.g.e.**, s.75.

¹⁰³ Boiteau, **a.g.e.**, ss.76-77.

¹⁰⁴ Lich re, **a.g.m.**, s.1557.

Diğer görüşe göre ise bu sözleşmeler, kamu ihale sözleşmeleri ile kamu hizmetinin devri sözleşmeleri yanında üçüncü sözleşme kategorisi olarak ele alınmakta ve bu sözleşmelerle kamu hizmetinin işletiminin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. Özellikle kamu hizmetini devralanın ücretlendirilmesinin, hizmetten yararlananlardan alınan bedelle mümkün olmadığı durumlarda, bu hizmetlerin özel sektör tarafından işletilmesi kamu-özel sektör işbirliği ile mümkün kılınmıştır. Kamu tüzelkişilerini kimi durumlarda kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ile kamu-özel sektör işbirliği sözleşmelerinden hangisini yapacakları konusunda seçim hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu seçimin yapılmasında kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanımının esas alınması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Dolayısıyla idareye tanınan seçim hakkı, bu yöntemlerin herhangi birinin tercihini değil, yapılacak teknik ve mali analizlerden sonraki tercihi içerir.

Gerçekten de kamu-özel sektör işbirliği sözleşmelerini ayrı bir kategori olarak ele almak ve kamu hizmetinin işletimini de kapsadığını kabul etmek gerekir. Zira bu sözleşme kategorisinin oluşturulmasındaki amaç, kamu hizmetinden yararlananlardan alınan bedelle hizmeti devralanın ücretlendirilmesinin mümkün olmadığı kamu hizmeti alanlarının, sözleşmecinin idare tarafından ücretlendirilmesi yoluyla özel sektöre devrini mümkün kılmaktır. Nitekim Fransa’da hapishanelerin yapımı ve işletilmesinde kamu-özel sektör işbirliği sözleşmeleri yapılmıştır¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Lignières, **a.g.e.**, s.116; Stéphane Braconnier, **Précis du Droit des Marchés Publics** (2e Edition. Paris: Le Moniteur, 2007), s.112.

¹⁰⁶ Lignières, **a.g.e.**, ss.118-119.

¹⁰⁷ <http://www.lepost.fr/article/2008/02/26/1104149_signature-du-premier-contrat-de-partenariat-public-privé-bouygues-contruira-nos-prisons.htm>1, 26.02.2008, (17.08.2009).

1.2.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Devletin Değişen Rolünden Kaynaklı Artış

1.2.2.1. Sosyal Devlet Anlayışındaki Çözülmenin Kamu Hizmetine Yansımaları

Sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte genişleyen kamu hizmetleri alanı, sosyal devlet anlayışındaki gerilemeye paralel olarak daralma krizi yaşamaktadır. Devletin yaşadığı mali krizler geleneksel devleti ve refah devletini eleştiri ve saldırılara maruz bırakmıştır¹⁰⁸. Kapitalizmin yetmişli yıllarda içine düştüğü kriz, sosyal devletin gerilemesiyle sonuçlanmıştır. Bu olgu devletin rolü ve işlevleri alanında kapsamlı bir değişime neden olmuştur. Kapitalizmin kriz sonrası yeniden yapılanması kapsamında özelleştirme uygulamaları ile devletin küçültülmesi gündeme gelmiştir¹⁰⁹.

Sosyal devlet anlayışındaki gerileyişi kriz olarak adlandıranların bu krizin nedenini ortaya koyan görüşleri şu şekilde özetlenmektedir. İlk görüşe göre sosyal devlet yatırım, çalışma ve tasarruf dürtülerini aşındırmak suretiyle "piyasa koşullarından sapma" ya neden olmaktadır. İkinci görüş nüfus yaşlanmasının uzun vadeli etkilerini merkez alırken üçüncü görüş ise küresel ekonominin sonuçları üzerine odaklanmaktadır¹¹⁰.

Kamu kesiminin küçültülmesi anlayışıyla gelişen ve bunun sonucunda kamu hizmeti anlayışında yaşanan dönüşüm daralma krizi olarak adlandırılmıştır¹¹¹. Kamu hizmetlerindeki dönüşüm kendini özelleştirmelerle göstermiştir. Devlet satış ya da imtiyaz gibi değişik yöntemlerle kamu hizmetleri alanını özel kesim lehine

¹⁰⁸ Ali Farazmand, "Küreselleşme ve Kamu Yönetimi", Çeviren Sevilay Kaygalak. **Mülkiye**, Cilt XXV, Sayı 229:245-278, Temmuz-Ağustos 2001, ss. 264-265.

¹⁰⁹ Şaylan, **a.g.e.**, s. 82.

¹¹⁰ Gösta Esping-Andersen "Altın Çağ Sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkilemleri", Çeviren: Burcu Yakut-Çakar ve Utku Barış Balaban, **Sosyal Politika Yazıları**. Ed.: Ayşe Buğra ve Çağlar Keyder (İstanbul: İletişim Yayınları, 2006, ss. 55-100) s.56.

¹¹¹ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.1.

boşaltmaktadır. Bu durumun sonucu olarak kamu hizmetleri alanında devletin rolünün düzenleyiciliğe indirgendiği gözlenmektedir.

1.2.2.1.1. Devletin Hizmet Sunucu Rolünden Çekilmesi

Özelleştirmenin anayasal dayanağı yargının özelleştirmeler konusunda verdiği iptal kararları üzerine 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile sağlanmıştır. Ancak özelleştirmeler anayasa değişikliğinden önce de yapılmıştır. Zira Türkiye'de özelleştirmenin tarihi 24 Ocak kararlarına dayanmaktadır.

Yetmişli yıllarda yaşanan ekonomik krizin çözümünü sosyal devlet yerine yeni sağda gören projenin iktisadi ayağını neo-liberal politikalar oluşturmaktadır. Thatcher ve Reagan önderliğinde 1980'li yıllardan itibaren uygulamaya konulan neo-liberal politikalar borç krizindeki çevre ülkelerde de borç alabilmenin ölçütleri olarak yapısal uyum programları aracılığıyla Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası tarafından uygulatılmıştır¹¹². Bu politikalar 24 Ocak kararlarıyla Türkiye'de de uygulamaya konulmuştur¹¹³.

Kapitalist devletin içine girdiği yeniden yapılanma sürecinde, sosyal devlet işlevlerinden önemli ölçüde vazgeçtiği gözlenmektedir. Neo-liberalizmin devlet çözümlemesinde getirdiği temel kavram minimal devlettir. Sosyal devletten minimal devlete dönüşüm rasyonel ve kaçınılmaz bir gerçeklik olarak sunulmaktadır. Minimal devlet çözümlemesi ekonomi ile siyaset arasında kesin bir ayrım çizgisi çekilmesini öngörmektedir¹¹⁴.

¹¹² Özgür Orhangazi, "Neoliberalizm", **Kavram Sözlüğü**, (Ankara; Maki Basın Yayın, 2005, ss. 400-406), s.404.

¹¹³ Aylin Topal, "Küreselleşme Sürecindeki Türkiye'yi Anlamaya Yarayan Bir Anahtar:Yeni Sağ", **Praksis**, Sayı 7:63-84, (2002), ss. 63-65.

¹¹⁴ Şaylan, **a.g.e.**, ss. 201-202.

Minimal devlet anlayışında, devletin faaliyetleri kolluk, savunma ve yargı hizmetleriyle sınırlanmış, bu dönemde birçok ülkede özelleştirmeler yaşanmış, kamuda istihdam sayısı azaltılmış, devletin sosyal harcamalarında önemli azalmalar görülmüştür. Belirtildiği üzere aslında devlete faşizm dışında hiçbir siyasal akım sıcak bakmamakta daha çok devlet talep etmemektedir. Şüphesiz farklı siyasal akımlarda, devlete karşı çıkış noktaları birbirlerinden ayrılmaktadır. Yine belirtildiği üzere neo-liberalizmin savunucusu dört iktisat okulunun birleştikleri nokta klasik liberalizmin temel ilkesi olan sınırlı devlet ilkesidir. Klasik liberalizmin kurucusu Adam Smith'in görüşleri özelleştirmeye kaynak teşkil eder. Buna göre devlet iç ve dış güvenliğin sağlanması, adalet hizmetleriyle bazı kamusal hizmetlerin sunulması dışında ekonominin doğal işleyişine müdahale etmemelidir¹¹⁵.

Yetmişli yıllarda yaşanan krizin başlıca sebeplerini sosyal harcama ve devlet tekellerinde gören neo-liberal politikalarda çözüm devletin küçültülmesinde görülmüş, kamu mal ve hizmetlerinin özel sektöre devrini öngören özelleştirme politikaları uygulamaya konulmuştur¹¹⁶. Özelleştirme terimi ilk kez Peter F. Drucker tarafından kullanılmıştır¹¹⁷. Devletin ekonomideki rolünü "düzgün bir oyun alanı" sağlamakla sınırlayan Drucker devletin ekonomiden elini çekmesi gerektiğini ve kamuya ait şirket ve sanayi işletmelerinin özelleştirilmesini savunmaktadır¹¹⁸.

Bu çerçevede özelleştirme kavramının da ortaya konması gerekmektedir. Özelleştirme devlete ait işletme ve /veya kamu hizmetlerinin özel sermayeye devri olarak geniş

¹¹⁵ Aktan, **a.g.m.**, s.11.

¹¹⁶ Topal, **a.g.m.**, s.78.

¹¹⁷ Bülent Serim, **Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme** (Ankara: İzgi Yayınları, 1996), s. 26.

¹¹⁸ Melikşah Yasin, "Drucker'in Devlet Anlayışı", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan I**, (İstanbul:Beta, 2001, ss. 346-374), ss. 354-355.

anlamda¹¹⁹ tanımlandığı gibi devlete ait işletmelerin, KİT'lerin devri anlamında dar anlamda¹²⁰ da tanımlanmaktadır. Özeleştirme uygulamalarının ilk hedefi, piyasanın işleyişine engel olarak görülen ve sürekli açık verdiği iddiasıyla devlet bütçesi için yük olarak görülen KİT'ler olmuştur. 1930 ekonomik krizinde "çözüm" olarak görülen KİT'ler yetmişli yıllar krizinin "nedeni" olarak görülmüştür¹²¹. Özelleştirmenin amacı kamuoyuna, politik müdahalelerle zarar eden ve bu yüzden topluma, vergi mükellefine haksız ve irrasyonel bir yük haline gelen kamu işletmelerinden kurtulmak olarak sunulmaktadır. Ancak zarar eden kamu işletmelerini özelleştirmek mümkün değildir. Uygulamada da özelleştirilen kamu işletmeleri verimli çalışanlar, özellikle tekel konumunda olanlardır¹²².

Seksenli yıllardan sonra kurulan özellikle ANAP hükümetleri döneminde KİT'lerin tasfiyesi bir zorunluluk olarak gündeme getirilmiştir¹²³. 24.11.1994 tarihinde çıkarılan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun, kamu kesiminin elinde bulunan, kamu hizmetiyle doğrudan veya dolaylı ilişkisi olan iktisadi ve ticari varlık ve değerlerin özelleştirilmesini mümkün kılmaktadır. Bu Kanun'dan önce de farklı yasal düzenlemelere dayanılarak özelleştirmeler yapılmıştır¹²⁴. KİT'lerin

¹¹⁹ Fikret Başkaya, "Özelleştirme", **Kavram Sözlüğü**, (Ankara: Maki Basın Yayın, 2005, ss.423-435), s. 423.

¹²⁰ Turgut Tan, "Özelleştirme", **İ.H.İ.D., Lûtfi Duran'a Armağan Özel Sayısı**, Sayı 1-3:271-297, (1988), s.272.

¹²¹ Serim, **a.g.e.**, s.26.

¹²² Şaylan, **a.g.e.**, s. 134, sadece özelleştirme değil devletleştirmeyi de özel sermayenin kârını artırma aracı olarak değerlendiren görüş için bkz. Fikret Başkaya, **a.g.m.**, ss. 431-433.

¹²³ Tan, **a.g.m.**, ss. 272-274; Topal, **a.g.m.**, s. 79.

¹²⁴ 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 3291 sayılı kısaca özelleştirme kanunu olarak bilinen 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 sayılı Bankalar Kanunu, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 sayılı Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun ile 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

özelleştirilmesi öncelikle bu kuruluşların kamu sermayeli şirketlere dönüştürülmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Hazine Müsteşarlığı tarafından Nisan - Haziran 2003'te hazırlanan Kamu Sermayeli Şirketler Kanunu Tasarısı Taslağının genel gerekçesinde Kanunun amacı, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu veya özel kanunlar kapsamında, özelleştirme programında olup da yıllardır özelleştirilemeyen KİT'lerin kısa sürede özelleştirmelerinin sağlanması olarak belirlenmiştir¹²⁵.

Özelleştirmenin bir başka boyutunu ise kamu hizmetleri oluşturmaktadır. Kamu hizmetlerinde özelleştirme iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bir yandan devlet tarafından yürütülen faaliyetlere özel hukuk kuralları uygulanmakta diğer yandan yürütülen faaliyetler özel kesime bırakılmaktadır¹²⁶. Özel hukuk kuralları özellikle karşımıza sınai ve ticari nitelikte bir kamu hizmeti söz konusu olduğunda çıkmaktadır¹²⁷. Devlet tarafından yürütülen faaliyetlerin özel kesime devri ise ruhsat, imtiyaz ve imtiyaza benzer yap-işlet-devret, yap-işlet gibi yeni yöntemlerle gerçekleştirilmektedir. Yap-işlet-devret yönteminin hukuki niteliği ve rejimi konusunda Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki görüş ayrılığı, Anayasa değişikliği ile sonuçlanmıştır¹²⁸. Böylece 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47.

¹²⁵ "Giderek küçülen ve globalleşen dünyamızda devletlerin performansının belirlenmesinde kamu sermayeli şirketlerin rekabet gücü ve başarısı önem arz etmektedir. Türkiye'deki mevcut mevzuat hükümlerine göre Kamu İktisadi teşebbüsleri (KİT) olarak bilinen kamu sermayeli şirketlerin modern ekonomik düzene, rekabetçi ortama ayak uydurabilmeleri için "iyi yönetim" ve "kurumsallaşma" ilkelerini benimsemeleri ve uygulamaları kaçınılmaz bir gereksinimdir. Diğer taraftan, özelleştirme kapsam ve programında olan ancak yıllardır özelleştirilemeyen çok sayıda kamu sermayeli şirket bulunmaktadır. Uzun süreden beri özelleştirme kapsamında bulunmaları nedeniyle bu şirketlerde büyük belirsizlik yaratmış, bunun sonucu mali ve idari yapıları bozularak verimsiz hale gelmişlerdir. Bu kanunda özelleştirme kapsam ve programında bulunan şirketler ile mevcut KİT'lerin tamamı yeniden değerlendirilerek kısa sürede özelleştirilmeleri mümkün olanların özelleştirilmesi ve diğerlerinin ise yeniden yapılandırılarak özel sektör gibi çalışmalarını sürdürmektedir." <<http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/KSS.doc>>, (20.12.2006).

¹²⁶ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 293.

¹²⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 305; Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, s.252.

¹²⁸ Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun gereğince yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemiş ve

maddesi başlığına “özeleştirme” ifadesi konulduktan sonra “devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğerk kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özeleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir” fıkrası eklenmek suretiyle özeleştirmerin anayasal dayanağı sağlanmıştır.

Özeleştirme konusunda, kamuoyuna "Kamu Yönetimi Reformu" olarak duyurulan süreç kapsamında çıkarılan ve Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen Kamu Yönetimi Temel Kanununun da değeriendirilmesi gerekir. Bu Kanuna getirilen eleştirilerin başında asıl amacın özeleştirme oluşu gelmektedir¹²⁹. Nitekim tasarının ilk halinde kamu hizmetlerinin gördürölmesi başlığını taşıyan 11. maddesinde özel kesime gördüröllecek hizmet türleri ve kapsamında hiçbir sınırlamaya gidilmezken bu eleştiriler sonucunda olsa gerek TBMM tarafından kabul edilen halinde özel kesime gördüröllecek hizmetlerin kanunlarda öngörölmesi şartı aranmıştır¹³⁰.

Özetle seksenli yıllarda dünya çapında uygulanan neo-liberal politikalar Türkiye'de de 24 Ocak kararlarıyla birlikte uygulamaya konulmuştur. Bu politikaların kamu hizmetlerine yansımaları sınırlı devlet ilkesinin sonucu olarak uygulamaya konulan özeleştirme politikalarıdır. Özeleştirmer bir yandan KİT'lerin özel kesime devrini öngörölirken bir yandan da kamu hizmetlerinin yürütölmesinin özel kesime bırakılması şeklinde gerçekleştirilmiştir. Belirtildiğı üzere kamu yönetimi reformu adıyla

yapılan sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceğini ve özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmasını öngören 5. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. AYM, 28.6.1995, E.No:1994/71, K.No:1995/23, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-23.htm>>, (23.09.2006).

¹²⁹ Birgül Ayman Güler, “İkinci dalga: Siyasal ve Yönetisel Liberalizasyon Kamu Yönetimi Temel Kanunu”, **Kamu Yönetimi Reformu İncelemeleri: Mülkiye'den Perspektifler**, Özel sayı, no 59:1-34, (Kasım 2003), s.28, <<http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/Ozelsayi1.pdf>>, (10.10.2006).

¹³⁰ Madde 11- (Maddenin ilk hali) Kamu hizmetlerinin daha etkili ve verimli olarak yerine getirilebilmesi amacıyla, merkezi idare ile mahalli idareler, kendilerine ait hizmetlerden yetkili organlarının kararı ile uygun görölünenleri, ilgileri itibariyle üniversitelere, noterlere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, hizmet birliklerine, özel sektöre ve alanında uzmanlaşmış sivil toplum örgütlerine gördürebilir. Bu durumda idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.

kamuoyuna sunulan süreçte de özel sektöre gördürülecek kamu hizmetlerinde hiçbir sınırlamaya yer verilmemesinden hareketle, özelleştirme ve sınırlı devlet ilkesinin izlerini taşıyan düzenlemelere yer verildiği söylenebilir. Bu anlamda kamu hizmeti anlayışındaki dönüşümün sonucu olarak yapılmak istenen kamu yönetimi reformunda tercihin sosyal devlet yerine düzenleyici devletten yana kullanıldığı tespiti yerindedir¹³¹.

1.2.2.1.2. Devredilen Kamu Hizmetlerinde Devletin Rolünün Düzenleyiciliğe İndirgenmesi

Neo-liberal politikalarla sosyal devlet anlayışının gerilemesine paralel olarak devletin kamu hizmetlerini özelleştirmesi devletin ekonomiye müdahalesinin iddia edildiği gibi istenmediği ve ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Zira liberalizmde piyasanın işleyişini bozduğu için devlet müdahalesinin istenmediği iddia edilse de piyasanın işleyişi için devlet müdahalesine gereksinim duyulur ve kolluk boyutuyla da devlet desteklenir¹³².

Devletin üstlenmiş olduğu kamu hizmeti alanlarından çekilerek özel hukuk kişilerine bu alanda faaliyet imkânının sağlanması, bu alanların tamamen idarenin müdahale alanı dışına çıktığı anlamına gelmemektedir. Devletin müdahalesinin niteliği değişmektedir. Devlet, hizmet yerinden yönetim kuruluşları gibi hizmeti doğrudan üstlenmek yerine, regülasyon kurumları ya da düzenleyici kurum/kurul olarak da adlandırılan bağımsız idari otoriteler aracılığıyla düzenleme ve denetleme yapmakla yetinmektedir¹³³.

¹³¹ Güler, **a.g.m.**, s. 25.

¹³² Cüneyt Ozansoy, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 46, Sayı 1-4: 85-100, 1997, s. 91.

¹³³ Ali Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), s.139; Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu (İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.24-30), s.25.

1.2.2.1.2.1. Devletin Düzenleyici Rolünün Taşıyıcısı Olarak Yeni Bir İdari Örgütlenme Modeli: Bağımsız İdari Otoriteler

Devletin tekel şeklinde üstlendiği kamu hizmeti alanlarının özel hukuk kişilerine açılmasıyla birlikte bu alanlarda yeni bir idari örgütlenme modeli olarak bağımsız idari otoriteler ortaya çıkmıştır. Böylece devlet kamu kurumları aracılığıyla hizmet üretmek yerine bağımsız idari otoritelerden oluşan üst kurullar aracılığıyla ekonomiye müdahale etmektedir. Belirtmek gerekir ki bu kurullar son dönemde ortaya çıkmış örgütler değildirler. Türk idari teşkilatında 1981 yılından itibaren varlık göstermektedirler¹³⁴.

Bağımsız idari otoritelerin, devletin daha önceden üstlenmemiş olduğu alanlarda kurulabileceği görüşü ileri sürülmüş ve bu görüşün sonucu olarak da Türkiye'de Rekabet Kurumu ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun bağımsız idari otorite olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir¹³⁵. Devletin daha önceden üstlenmemiş olduğu alandan kasıt, faaliyetin bizzat kendisi değil denetimi ve düzenleme faaliyeti olsa gerektir. Aksi halde ileri sürülen görüş çelişkileri de beraberinde getirecektir. Şöyle ki faaliyet

¹³⁴ Bağımsız idari otoritelerin ilk örneği 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kurulan Sermaye Piyasası Kuruludur. Daha sonra 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kurulan Rekabet Kurumu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile (bu Kanun 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. **R.G.** 1.11.2005, Sayı: 25983 (mük.). 5411 sayılı Kanunda da BDDK muhafaza edilmiştir.) kurulan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 4502 sayılı Kanun ile kurulan Telekomünikasyon Kurumu, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Kurulan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 4634 sayılı Şeker Kanunu ile kurulan Şeker Kurumu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kurulan Kamu İhale Kurumu, 4733 sayılı kanun ile kurulan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu ve son olarak da 5548 sayılı kanun ile Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuş ancak Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2008 tarih ve E.No:2006/140, K.No:2008/185 sayılı kararı ile kamu denetçiliği kurumu anayasaya aykırı bulunarak söz konusu kanun iptal edilmiştir. Söz konusu karar için bkz. <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2009/K.2008-185.htm>>, (01.09.2009).

¹³⁵ Celal Erkut, 5 Kasım 2001 tarihinde düzenlenen panelde sunulan bildiri, **Bağımsız İdari Otoriteler** (Ankara:Rekabet Kurumu, 2001, ss.81-86), s. 83.

alanı ifadesinin “düzenleme ve denetleme” olarak ele alınmaması halinde, radyo ve televizyon yayıncılığı alanında faaliyet gösteren Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun varlığına rağmen RTÜK'ün bağımsız idari otorite olarak kabul edilmesi çelişkili bir durum olarak ortaya çıkacaktır.

Hangi idarelerin bağımsız idari otorite olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda üzerinde uzlaşmaya varılmış tam bir liste yoktur. Azrak bir bildirisinde¹³⁶ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹³⁷ ile yürürlükten kaldırılan 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ile kurulan Sigorta Murakabe Kurulunu ilk BİO örneği olarak kabul etmiş, Tüketici Konseyi ile Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ni¹³⁸, Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ve Rekabet Kurumunu BİO'lar arasında saymışken o tarihte kurulmuş olan Şeker Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu ile BDDK'yı BİO'lar arasında saymamıştır. Danıştay'ın resmi internet sitesinde konu başlığı olarak yer alan bağımsız idari otorite başlığı altında Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumuna ilişkin kararlar bulunmakla birlikte ne bu kararlarda ne de öğretilerde BİO olarak kabul edilen kurumlara ilişkin kararlarda "bağımsız idari otorite" ifadesi kullanılmadığından bu konuda Danıştay içtihatları da yol gösterici olmayacaktır.

1.2.2.1.2.2. Bağımsız İdari Otoritelerin Faaliyet Alanları

Bağımsız idari otoriteler devlet tekelinin kaldırıldığı hizmet alanlarında faaliyet gösterirler. Bu bağlamda bu kurumların varlık nedenleri düzgün bir rekabet ortamının sağlanması olarak belirtilmiş ve Rekabet Kurumuna ayrı bir önem

¹³⁶ A. Ülkü Azrak, “Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, (Ankara:Rekabet Kurumu, 2001, ss.19-27), s. 22.

¹³⁷ 03.06.2007 tarihli kanun, **R.G.**, 14.06.2007, Sayı:26552, 21.12.1959 tarih, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

¹³⁸ 23.02.1995 tarih 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, **R.G.**, 08.03.1995, Sayı:22221.

verilmiştir. Rekabet Kurumunun niteliği açısından diğer bağımsız idari otoritelerden farklı olduğu, diğer bağımsız idari otoritelerin faaliyet gösterdikleri sektörde rekabet ortamını sağlamak için faaliyet gösterdikleri; Rekabet Kurumunun ise tüm ekonomik faaliyetleri kapsadığı, rekabet ortamının sağlanması halinde bastırıcı denetim uygulayan Rekabet Kurumu dışındakilerin varlıklarının sona erdirilmesi gerektiği savunulmuştur¹³⁹.

Belirtmek gerekir ki bu öneri, sayıları daha çok olan ekonomik alandaki bağımsız idari otoriteler için geçerlidir. Zira bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanları sadece ekonomik ve mali alanlarla sınırlı değildir. Bu kurumlar kamusal özgürlük alanlarında da faaliyet gösterirler. Liberal düşünürlerce, idarenin bu alanlara müdahalesi, devletin doğal ya da geleneksel müdahale alanları olmadığı gerekçesiyle ilkesel olarak ya da müdahale şekline ilişkin olarak eleştirilmektedir¹⁴⁰. Liberal düşünürlerce getirilen eleştirilerin daha çok müdahale şekline ilişkin olduğu söylenebilir. Zira belirtildiği üzere liberal kuramda piyasanın işleyişi adına yapılan kolluk boyutuyla devlet müdahalesi iyi karşılanmaktadır¹⁴¹. Buradan hareketle piyasanın işleyişine yönelik yapılan devlet müdahalesinin somutlaşmış ifadesi olan bağımsız idari otoritelerin faaliyetlerinin liberal kuramda desteklendiği söylenebilir. Nitekim bağımsız idari otoritelerce yerine getirilen faaliyetin amacı, ultra-liberalizmi rasyonelleştirmek olarak ortaya konulduktan sonra, bu müdahale çerçevesinde neo-liberalizmden sonra gelinecek bu aşama regüle edilmiş liberalizm olarak adlandırılmıştır¹⁴².

Ekonomik alanda faaliyet gösteren bağımsız idari otoriteler de ekonominin bütününe yönelik olanlarla bazı sektörlerde faaliyet gösterenler olmak üzere kendi içinde ikiye

¹³⁹ Ulusoy, **a.g.e.**, ss. 101-106 ve 117-118.

¹⁴⁰ Jean Morange, “Les Autorités Administratives Indépendantes en France”, **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu (İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.11-17), s.12.

¹⁴¹ Ozansoy, **a.g.m.**, s. 91.

¹⁴² Ulusoy, **a.g.e.**, s. 29.

ayrılmaktadır¹⁴³. Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulan bağımsız idari otoritelerde tek amaç rekabetin sağlanması olamayacağından bu kurumların rekabetin sağlanmasından sonra ortadan kalkması gerektiği önerisi geçerli olmayacaktır.

Devletin ekonomik, sosyal ve siyasi düzenine göre örgütlendiklerinden homojen bir yapı sergilemeyen bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanları da devletin öncelikleri ve toplumların gelişimine paralel olarak değişmektedir¹⁴⁴. Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışındaki temel etkenler de birbirinden farklıdır ve ülkeden ülkeye değişmektedir. ABD ve İngiltere'de oluşturulan bağımsız idari otoritelerde siyasal etkenler belirleyici iken Fransa'da bu kurulların faaliyet gösterdikleri alanın merkezi idarenin denetimi dışında kalması ve yargı denetimlerinin yaptıkları denetimin yetersiz kalması olarak belirtilmektedir¹⁴⁵. Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenleri teknolojik gelişmelere açık, toplumsal yaşamda özel bir öneme sahip ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili duyarlı alanların gerek siyasetin ve siyasetçilerin gerekse bu alanlarda faaliyet gösterenlerin etkisi dışında tutmak olarak açıklanmıştır¹⁴⁶. Zira minimal devlet çözümlemesini ortaya koyan neo-liberalizm, ekonomi ile siyaset arasında kesin bir ayrım çizgisi çekilmesini öngörmektedir¹⁴⁷.

Bu kuruluşlarca yürütülen faaliyetin niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler vardır. Bağımsız idari otoritelerce yerine getirilen faaliyetler, kolluk-kamu hizmeti ayırımına uygun olarak farklı şekilde nitelendirilmektedir. Bu kuruluşlarca yerine getirilen

¹⁴³ Turgut Tan, 5 Kasım 2001 tarihinde düzenlenen panelde sunulan bildiri, **Bağımsız İdari Otoriteler**, (Ankara:Rekabet Kurumu, 2001, ss.59-66), s. 60.

¹⁴⁴ Hélène Pauliat, “Les Autorités Administratives Indépendantes en Droit Comparé”, **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu (İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.1-5), s.4.

¹⁴⁵ Azrak, **a.g.m.**, s.21.

¹⁴⁶ Ulusoy, **a.g.e.**, s.5.

¹⁴⁷ Şaylan, **a.g.e.**, ss. 201-202.

faaliyetler özel kolluk faaliyetleri olarak nitelendirildikleri¹⁴⁸ gibi klasik kamu hizmetlerine göre daha bilimsel ve teknik nitelikte idari kamu hizmetleri¹⁴⁹ ya da hiçbir ayrıma gidilmeden doğrudan kamu hizmeti olarak da nitelenmektedir¹⁵⁰. Özel hukuk kişilerine her türlü kolluk yetkilerinin devrini reddeden Fransız Anayasa Konseyi bağımsız idari otoritelere verilen yetkileri kolluk yetkileri olarak nitelemiştir¹⁵¹. Bağımsız idari otoritelerin diğer kamu kurumlarından ayırt edici özelliği olarak karşımıza çıkan regülasyon kavramı bu kurumların işlevlerini belirlemektedir. Regülasyon bir faaliyetin düzenlenmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁵². Yapılan denetim sonucunda düzenlemelere aykırı işlem ve eylemlerde bulunanlar hakkında uygulanacak yaptırımların da regülasyon yetkileri kapsamında olduğuna kuşku yoktur.

Bağımsız idari otoritelerce düzenleme, yasaklama, izin verme, denetleme ve yaptırım uygulama şeklinde gerçekleştirilen faaliyetler ekonomi kolluğu olarak nitelenmiş ve bu faaliyetlerin merkezi idare tarafından yürütülmesi kabul edilemez olarak nitelendikten sonra bu faaliyetlerin bağımsız kurullarca yerine getirilmesi amaca en uygun çözüm olarak değerlendirilmiştir. Özellikle izin verme şeklinde gerçekleştirilen faaliyetlerde siyasi etki ve menfaat gruplarının baskılarına karşı ancak bağımsız kurulların tarafsız hareket edebileceği belirtilmiştir¹⁵³.

¹⁴⁸ Günday, **a.g.e.**, s.508.

¹⁴⁹ Duran, **a.g.m.**, s.25.

¹⁵⁰ Celal Erkut, Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi, **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu (İstanbul: Alkim Yayınları, 1998, ss.129-134), s.134.

¹⁵¹ “Conseil Constitutionnel, 92-333, DC, 21 janvier 1994”, aktaran, Tania-Marie David-Pecheul, “La Contribution de la Jurisprudence Consitutionnnelle à la Théorie de la Police Administrative”, **RFDA**, 362-383, (1998), s. 373.

¹⁵² Ulusoy, **a.g.e.**, s.21.

¹⁵³ Azrak, **a.g.m.**, s.26.

1.2.2.2. Kamu Hizmetinin Devrinde Yerelleşmeden Kaynaklanan Artış

Belirtildiği üzere seksenli yıllardan itibaren uygulamaya konulan politikaların bir ayağını da yerelleşme politikaları oluşturmaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda farklı şekillerde yerelleşme politikaları uygulanmış, devlet tüzelkişiliği dışındaki kamu tüzelkişilerini özellikle de yerel yönetimleri güçlendiren politikalar hayata geçirilmiştir¹⁵⁴. Az gelişmiş ülkelerde de Dünya Bankası'nın uygulamaya koyduğu yapısal uyarlama programlarında yerelleşme önerileri önemli bir yere sahiptir. Yerelleşmenin üç boyutu vardır. Yerelleşme bir yandan hiyerarşik örgütlenmede üst kademeden alt kademeye yetki devrini diğer yandan merkezi idareden taşra örgütüne sağlanan yetki genişliğini bir yandan da merkezi idareden yerel yönetimlere yetki devrini ve bazı hizmet alanlarının terkinin kapsamaktadır¹⁵⁵. Ancak çalışmanın konusu bakımından sadece merkezden yerel yönetimlere yetki devri şeklinde gerçekleşen yerelleşmenin kamu hizmetine etkisi konusu ele alınacaktır.

1.2.2.2.1. Yerel Yönetimlerin Karar Alma Özerklikleri

Bilindiği gibi bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde karar alma ve yürütme yetkilerinin merkezi idare teşkilatı içinde yer almayan ve merkezi idarenin hiyerarşisine tâbi olmayan tüzelkişiliklere verilmesine yerinden yönetim; belli bir coğrafi alan esas alınarak oluşturulan yerinden yönetim idarelerine de yerel yönetimler ya da Anayasa'daki ifadesiyle mahalli idareler denilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Jean-Pierre Gaudin, “La Contractualisation des Politiques et la Nouvelle Action Publique”, **Collectivités Territoriales et Gouvernance Contractuelle**, (Aix-en-Provence: le 5 et 6 novembre 2004), ss.15-35, (Paris: L'Harmattan, 2006), s.20.

¹⁵⁵ Güler, **a.g.e.**, s.245.

¹⁵⁶ Turan Yıldırım, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı** (4. Baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2005), ss. 38-39.

Söz konusu yerinden yönetim idari yerinden yönetim ya da idari adem-i merkeziyettir. İdari yerinden yönetim federalizm olarak da adlandırılan siyasi adem-i merkeziyetten farklıdır. Zira idari yerinden yönetimde yerel yönetimlerin hukuki statüleri yasama organınca belirlenmektedir. Ayrıca siyasi adem-i merkeziyette federe devletlerin sahip olduğu yasama ve yargı yetkileri yerel yönetimlere tanınmamış, bu idareler sadece idari yetkilerle donatılmışlardır¹⁵⁷.

Yerel yönetimlerin sahip oldukları idari yetkilerin başında kamu tüzelkişisi olmalarının sonucu olarak karar alma özerkliğine sahip olmaları gelmektedir. Yerel yönetimleri düzenleyen Anayasa'nın 127. maddesinde özerklik ifadesi yer almamakla birlikte, yerel yönetimlerin özerkliğini sağlayan mekanizmalar öngörülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda genel anlamda özerklik ve yerel yönetimlerin özerkliği kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini ele aldıktan sonra yerel yönetimlerin özerkliğinin sağlayan mekanizmaların neler olduğunu ortaya koymuştur¹⁵⁸. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi özerkliği genel anlamda; “sosyal bir topluluğun ya da tüzelkişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilme özgürlüğü ve yetkisi” olarak ele almıştır. Yerel yönetimler açısından özerkliği ise; “anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisi” olarak ifade etmiştir. Anayasa’da yer alan yerinden yönetim ilkesini, özerklik kurumunun anayasal bir temele oturtulması olarak değerlendirdikten sonra bu ilkenin üç unsurunu tüzelkişiliğe sahip olma, görevli organlarını seçme hakkına sahip olma ve bu organların karar verme yetkisine sahip olmaları şeklinde belirlemiştir.

¹⁵⁷ Günday, **a.g.e.**, s.61.

¹⁵⁸ AYM, 22.06.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-23.htm>>, (10.10.2006).

Özerklik kavramı ve özerkliğin kapsamı, Türkiye'nin de imzaladığı¹⁵⁹ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda¹⁶⁰ ortaya konmuştur. Şartın 3. maddesinde özerklik kavramı; yerel makamların, kanunlarla belirtilen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ile yönetme hakkı ve imkânı olarak ifade edilmiştir.

Gerek Anayasa Mahkemesi kararında gerekse Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartında yer alan yerel yönetimlerin kamu hizmetlerini kendi sorumlulukları altında yerine getirmeleri, merkezi idarenin yerel yönetimlerce yerine getirilen kamu hizmetlerine müdahalesinin sınırlı olmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede yerel yönetimlerin özerkliğinin istisnasını oluşturan idari vesayet yetkisinin amacı Anayasa'da düzenlenmiş, kullanım usul ve esaslarını belirleme yetkisi ise kanun koyucuya bırakılmıştır. Anayasal düzenleme karşısında hiyerarşinin aksine ayrık bir yetki olan idari vesayet yetkisinin kanunla açıkça öngörülmedikçe kullanılamayacağını belirtmek gerekir¹⁶¹. Anayasa'da öngörülen idarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik bu denetim sistemi, Türkiye tarafından da onaylanan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın yerel yönetimlerin denetimini düzenleyen 8. maddede kabul edilen ilkelerle uyumludur.

Merkezi idare, idari vesayet yetkisi kapsamında yerel yönetimlerin karar alma özerkliklerini ortadan kaldıracak şekilde yerel yönetimlerin organlarının yerine geçerek karar alamayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, il özel idarelerinin yıllık program dışında yapılacak işlerin yürürlüğe girmesini valinin teklifi ve ilgili bakanın onayı

¹⁵⁹ R.G. 3.10.1992, Sayı: 21364.

¹⁶⁰ <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_122.htm>, (25.11.2009).

¹⁶¹ Günday, **a.g.e.**, s.75.

şartına tâbi tutan düzenlemeyi, merkezi idarenin yerel yönetim organları yerine geçerek yapılan hiyerarşik bir tasarruf olarak nitelemek suretiyle iptal etmiştir¹⁶².

Yine Anayasa Mahkemesi gerekli görülen hallerde belediyelerin imar planı konusundaki tüm yetkilerinin Başbakanın onayı ile geçici olarak Bayındırlık ve İskân Bakanına geçişini mümkün kılan İmar Kanunu'nun 9. maddesine 3394 sayılı Kanun ile eklenen fıkra hükmünü, yetkinin kullanılması için bir sınırlama getirmeden idari vesayetin ayrık bir türü olan yerine geçme yolu ile merkezi idarece yerine getirmeyi yerel yönetimlerin yasa ile kendilerine verilen planlama yetkilerini kullanmalarını olanaksız hale getirdiği için iptal etmiştir¹⁶³.

Son dönemde çıkarılan Belediye Kanunu ile Büyükşehir Belediyesi Kanunu yerel yönetimlerin karar alma özerkliklerinin güçlendirilmesine yönelik olarak idari vesayet yetkisinin yargı aracılığıyla kullanılmasını öngörmüştür. Vesayet makamının onama yetkisini kaldıran yeni yasal düzenlemelere göre belediye ve büyükşehir belediye meclislerinin aldığı kararları belediye başkanı ya da büyükşehir belediye başkanı gerekçesini belirtmek şartıyla yeniden görüşülmek üzere meclise iade edebilir. Ancak belediye ya da büyükşehir belediye meclisinin ısrar etmesi halinde alınan kararlar kesinleşir. Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile ısrar üzerine kesinleşen kararların yürürlüğe girmesi için en büyük mülki idari amire gönderilmesi gerekir. Böylece vesayet makamlarının işlemlerinin yerel yönetimlerce alınarak kesinleşmiş işlemlerin yürürlüğe girmesini sağlayıcı nitelik taşıdığı açıkça ortaya konmuştur. Diğer taraftan vesayet makamları hukuka aykırı gördükleri işlemler aleyhine idari yargıya başvurabilirler.

¹⁶² AYM, 22.6.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-23.htm>>, (10.10.2006).

¹⁶³ AYM, 26.9.1991, E.No:1990/38, K.No:1991/32, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-32.htm>>, (11.10.2006).

Böylece idari vesayet yetkisinin kapsam ve etkisinin sınırlandırıldığı söylenebilir. Artık merkezi idarenin temsilcisi konumundaki mülki idare amirlerinin belediye ve büyükşehir belediyelerinin işlemleri üzerindeki vesayet yetkisi onama, kimi zaman değiştirerek onama, geciktirme şeklinde değil yargı yerlerini harekete geçirme şeklinde kullanılacaktır. Vesayet yetkisini kullanan makamın bu şekilde el değiştirmesi yapılan denetimin kapsamına ilişkin bir daralmayı da beraberinde getirecektir. Böylece yerel yönetimlerin işlemleri üzerinde idari yargı yoluyla yapılacak denetim yerindelik denetimi değil hukukilik denetimi ile sınırlı olacaktır¹⁶⁴.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda da il özel idaresinin başı ve aynı zamanda vesayet makamı konumunda olan valiye il genel meclisi kararlarını tekrar görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi yanında meclisçe ısrar edilerek kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurmayla sınırlı vesayet yetkisi tanınmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi vali tarafından geri gönderilen meclis kararlarının, meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla kesinleşmesini öngören düzenlemeyi vesayet yetkisini zayıflatmış gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁶⁵. Söz konusu kararla valinin meclisin ısrarı üzerine kesinleşen kararlara karşı idari yargıya gitme olanağını düzenleyen hüküm de iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15. maddesi ilk halinden tamamen farklılaşmıştır. Maddenin ilk halinde vali tarafından geri gönderilen il genel meclisi kararlarının, meclis üye tamsayısının kararı ile kesinleşmesi mümkündü. İptal kararından sonra ise vali tarafından geri gönderilen il genel meclisi kararlarının kesinleşmesi mümkün görünmemektedir. Böylece yargı yoluyla

¹⁶⁴ Ali Ulusoy, "Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", 11.5.2005 tarihli Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, <www.danistay.gov.tr>, (3.11.2006).

¹⁶⁵ AYM, 18.1.2007, E.No:2005/32, K.No:2007/3, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-3.htm>>, (29.11.2009).

kullanılması öngörülen denetim maddenin ilk haliyle bağdaşmayacak şekilde valinin onayına dönüşmüştür¹⁶⁶.

İptal kararından sonra çelişkili bir durum daha ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; valinin, üyelerinin tamamı seçimle belirlenmeyen il encümeni (İl Özel İdaresi Kanunu, madde 25) kararları üzerindeki denetim yetkisi, üyelerinin tamamı seçimle gelen il genel meclisine göre daha sınırlıdır. Zira vali, il encümeni kararları üzerinde alınan kararların tekrar görüşülmesini isteme yetkisi yanında tekrar görüşülmesini istediği kararların encümenin ısrar kararıyla kesinleşmesi halinde, kararın uygulanmasını durdurma ve idari yargıya yürütmeyi durdurma talebi ile başvurma yetkisi vardır (İl Özel İdaresi Kanunu, madde 27). Vali il encümen kararlarının uygulanmasını durdurmakla birlikte bu kararların denetimi yargı yoluyla olmaktadır.

1.2.2.2.2. Yerel Yönetimlerin Kamu Hizmeti Yürütme Yetkisi

Yerel yönetimlerin bir kamu hizmeti alanında faaliyetlerinin söz konusu olması için söz konusu kamu hizmetinin yerel müşterek nitelikte olması ve yerel yönetimlerin yetkileri kapsamında olması gerekmektedir¹⁶⁷. Yerel yönetimlerin alacağı kararların konusunu teşkil eden kamu hizmetleri yer ve konu bakımından sınırlıdır. Zira Anayasa'nın 127. maddesinde yerel yönetimlerin yetki alanı hem yer hem de yerel nitelikli müşterek ihtiyaçlarla sınırlandırılmıştır.

Yerel yönetimlerin hangi kamu hizmetlerini yürütmeye yetkili olduklarının belirlenmesinde öncelikle yerel ve müşterek nitelikte faaliyet ya da ihtiyaç kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması gerekmektedir. Nitekim gerek 61 Anayasası (madde 116) gerek 82 Anayasası (madde 127) yerel yönetimlerin kamu hizmeti

¹⁶⁶ Turan Yıldırım ve Nur Karan, **İdare Hukuku I** (İstanbul: XII Levha, 2009), ss. 159-160.

¹⁶⁷ Dominique Laurent ve Olivier Rousset, "Convention de Délégation de Service Public et Loi Sapin", **L.P.A.**, Numéro 30:4-8, (11 mars 1994), s.5.

alanında yetkilerinin kapsamını belirlemek üzere “mahalli müşterek ihtiyaç” kavramını kullanmışlardır.

Anayasa Mahkemesi kavramın tanımlanması görevinin kimi zaman yerel yönetim karar organlarına¹⁶⁸, kimi zaman da yasama organına¹⁶⁹ ait olduğuna karar vermiştir. Ancak kanun koyucu mahalli müşterek ihtiyaçlara ilişkin herhangi bir tanımlama getirmemiştir. Bu ihtiyaçları belirleme görevinin yasama organına ait olduğu kanısında olan Anayasa Mahkemesi bu kavramı verdiği bir kararda şu şekilde tanımlamıştır; "(...) herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler(...)"dir¹⁷⁰.

Yerel yönetimlerin görev alanlarını düzenleyen 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu (madde 6), 5393 sayılı Belediye Kanunu (madde 14), 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (madde 7) ve 442 sayılı Köy Kanunu'nda (madde 12-14) sayılmıştır. Söz

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin E.No:1987/18, K.No:1988/23 sayılı kararında Mahkeme il özel idarelerinin görevli olduğu mahalli ve müşterek ihtiyaçların kapsam ve sınırının belirlenmesi yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasını yasallık ilkesine aykırı görürken bu ihtiyaçları "yerel planda karşılama olanak ve önceliklerini takdir yetkisinin o yörede yaşayan halkın yasalara dayalı olarak oluşturdukları organlara bırakılması, hem özerklik ilkesine, hem de demokratik yaşam biçimine daha uygun bir yol" olarak değerlendirmiştir.

¹⁶⁹ AYM, 17.7.1990, E.No:1990/1, K.No:1990/21, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-21.htm>>, (8.11.2006), Mahkeme, Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye ilişkin davada, mahalli müşterek ihtiyaçlarının nasıl belirleneceğine şu şekilde karar vermiştir; "...Anayasa, il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının, neler olduğunu belirlememiş, bunun saptanmasını yasaya bırakmıştır. Bu durumda yasa kamu yararını gözeterek Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir..."

¹⁷⁰ AYM, 22.06.1988, E.No:1987/18, K.No:1988/23, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-23.htm>>, (10.10.2006).

konusu Kanunlarda kimi zaman yerel yönetimlerin görevleri somut olarak belirlenmiş kimi zaman hizmet alanları belirlenmekle yetinilmiştir.

Hizmet alanının soyut olarak belirlendiği durumlarda da kanun koyucu yerel yönetimlerin görev alanlarını mahalli müşterek nitelikte olma şartına bağlamıştır. Ancak kanun koyucunun yerel yönetimlere görev olarak verdiği alanlardan bazıları (sağlık, tarım, sanayi ve ticaret, bayındırlık ve iskan, sosyal hizmet ve yardımlar, çevre ve çevre sağlığı, kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun korunması) öteden beri merkezi idarece yürütülen ve yerel nitelikleri tartışmalı olan görevlerdir¹⁷¹. Öyle ki İYUK'da 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanunla iptal davası açabilmek için "kişisel hak ihlali" koşulu getirilirken yerel yönetimlere bırakılan çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ile imar uygulamaları için kişisel hak ihlali şartının aranmaması bu alanların mahalli müşterek alanların ötesinde alanlar olduğunu ortaya koyar¹⁷². Hatta günümüzde çevre ile tarihi ve kültürel değerlerin korunması alanlarının devletlerin de ötesinde uluslararası çerçevede korunmaya çalışıldığı bir sürece tanıklık ediyoruz.

Yargı yerleri de görmekte oldukları davalarda tanımlamaya gitmeden yerine getirilen hizmetlerin yerel yönetimleri düzenleyen kanunlarda öngörülüp öngörülmemesine göre

¹⁷¹ Metin Günday, "Kamu Yönetimi Reformu"nun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 11.5.2005 tarihli Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, <www.danistay.gov.tr>, (3.11.2006).

¹⁷² Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 19.10.2001 tarih ve DİDDK, 19.10.2001, E.No:2001/415, K.No:2001/737 (<www.danistay.gov.tr>, (7.11.2006)) sayılı kararı ile "Kentsel ve tarihi SİT alanı ve Kentsel Arkeolojik SİT alanı" ilan edilen yere ölü gömülmesine izin veren Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, davayı ehliyet yönünden reddeden Danıştay 10. Daire kararını, "...taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından her vatandaşın dava açmada menfaatinin bulunduğu kabulü gerekeceğinden, davacının vatandaş olarak, bir kişinin belediye mezarlığı dışında özel bir yere defnini öngören Bakanlar Kurulu Kararının iptalini istemekte menfaati bulunduğu..." gerekçesiyle bozmuştur. Danıştay'ın bu kararından hareketle kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında sadece belli bir yörede yaşayan insanların değil herkesin çıkarı olduğu ve dolayısıyla bu görevin merkezi idare tarafından yürütülmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Sadece kültür ve tabiat varlıklarının korunması değil yine çevre ve çevre sağlığı konularının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir

karar vermektedirler. Örneğin, yol, su, kanalizasyon hizmetleri¹⁷³, terminal işletmeciliği¹⁷⁴ ve atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak ve bunlar için gerekli tesisleri kurmak¹⁷⁵ yerel yönetimlerce yürütülecek kamu hizmetleri kabul edilmiştir. Conseil d'Etat tarafından verilen çeşitli kararlarda da havuz, kongre sarayları, tiyatro, sinema, stadyum, kumarhaneler, kamping gibi yerler yerel nitelikte ortak ihtiyaç olarak nitelenmiştir¹⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla yerel düzeyde yürütülecek kamu hizmetlerinin neler olduğunu ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi, belediye sınırları içinde oturan halkın elektrik ihtiyacını ortak ve yerel bir ihtiyaç olarak niteledikten sonra elektrik dağıtım şirketlerini kendileri kuran ve işleten belediyelerin TEK'e borçlarını zamanında ödememesi halinde bu kuruluşların satış haklarının Bakanlık kararı ile (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı) kaldırılacağı ve tesislerin rayiç değer üzerinden TEK'e devredileceğini öngören 1312 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası hükmünü, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme elektrik ihtiyacın karşılanmasının Anayasa'nın 116. maddesinin birinci fıkrası (61 Anayasası) gereğince belediyelerin görevi içinde olduğu ve görev ve yetkinin kanunla düzenlenmesi gerektiği tespitinde bulunmuştur. Bir yandan mahallî idareye ait bir hizmetin, merkezî idareye aktarılması sonucunu doğuran ve belediyeleri, bu girişimlerinden sağladıkları gelirden yoksun bırakan diğer yandan Bakanlığa söz konusu hükümleri uygulama alanından kaldırabilme ve devlet malı hükmünde olması nedeniyle haczedilme olanağı bulunmayan Müessese tesislerinin, TEK'e aktarılabilmesini içeren olağanüstü yetkinin belediyelerin anayasal yapısıyla

¹⁷³ İDD, 31.05.2007, E.No:2005/2204, K.No:2007/1449, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (04.08.2009).

¹⁷⁴ Dan. 10. Daire, 21.05.1996, E.No:1995/4326, K.No:1996/2769, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (04.08.2009).

¹⁷⁵ UM, 10.10.2005, E.No:2005/49, K.No:2005/71, **R.G.**, 09.01.2006, Sayı:26048, B.T.04.08.2009.

¹⁷⁶ Laurent ve Rousset, **a.g.m.**, s.5.

bağdaşmadığına ve belediyelere kanunla verilmiş bir görevin Bakanlık kararıyla kaldırılmasının da yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'ya aykırı bulmuştur¹⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi sivil hava taşımacılığına ilişki verdiği bir kararda; belirli bir bölgedeki insanların ulaşım gereksinimini karşılasa bile, bu gereksinimin, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade eden bir gereksinim olmadığına hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre sivil hava taşımacılığı, doğası gereği ve zorunlu olarak birden fazla kenti, kimi zaman birden fazla ülkeyi ilgilendiren, coğrafi alan olarak birbirinden tamamen ayrı ve ancak belirli bir mesafenin üstünde olan kentler arasındaki bir taşımacılıktır. Zorunlu olarak ulusal ve uluslararası güvenliği ilgilendiren bu hizmet ulusal niteliktedir. Ulusal nitelikteki bu hizmetin verilmesi için sivil hava taşımacılığına açık havaalanları bünyesinde kurulması ve işletilmesi zorunlu olan hava taşımacılığına özgü hizmetler de mahalli müşterek nitelikte değildir¹⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ile belediyelere okul öncesi eğitim kurumları açma görevi veren düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme mahalli müşterek ihtiyacı, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler olarak tanımladıktan sonra okul öncesi eğitimi, mecburi

¹⁷⁷ AYM, 10.5.1977, E.No: 1976/57, K.No:1977/71, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/K1977-071.htm>>, (02.11.2006).

¹⁷⁸ AYM, 24.1.2007, E.No: 2006/131, K.No:2007/4, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-4.htm>>, (21.12.2009).

ilköğrenim çağına gelmemiş çocukların ulusal öğretime hazırlanmasını sağlayıcı bir eğitim olarak ortaya koymuştur. Program ve yöntem itibarıyla ulusal nitelikte olan milli eğitimin, mahalli müşterek nitelikte bir ihtiyaç olmadığına karar verilmiştir¹⁷⁹.

İmar planlarının yapılması yetkisinin ise kanun koyucu tarafından merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında paylaştırılmış bir yetki olduğu tespitinde bulunan Anayasa Mahkemesi, merkezi idareye gerekli gördüğü hallerde parsel düzeyine kadar düzenleme yetkisi veren 3394 sayılı Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesine eklenen fıkranın, Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁸⁰. Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği bir kararda ise kent imar planlarının etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aştığına karar vermiştir¹⁸¹.

Kamu hizmetinin yerel nitelikte olup olmadığının tespitine yönelik birtakım ölçütler geliştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıyan bu ölçütlere göre; bir hizmetin yerine getirilmesinden doğan yararın yayılma alanı hizmetin yerine getirildiği coğrafyayla sınırlı ise o hizmet yerel niteliktedir. Bir diğer ölçüt ise hizmetin yerel nitelikte olması için ekonomik ve teknolojik olarak o yörede örgütlenebilir olmasına ilişkindir. Bir yörenin ölçeğini aşan hizmetler yerel nitelikte değildir¹⁸².

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde merkezi idare ile yerel yönetimler arasındaki yetki paylaşımında yerindenlik ilkesi (subsidiarity principle ya da principe de subsidiarité) de belirleyici olmaktadır. Yerel yönetimlerin bireylere daha yakın

¹⁷⁹ AYM, 24.1.2007, E.No:2005/95, K.No:2007/5, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-5.htm>>, (11.08.2009).

¹⁸⁰ AYM, 26.9.1991, E.No:1990/38, K.No:1991/32, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-32.htm>>, (11.10.2006).

¹⁸¹ AYM, 02.01.2006, E.No:2005/98, K.No:2006/3, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2006-3.htm>>, (21.12.2009).

¹⁸² Acar Örnek, **Kamu Yönetimi** (İstanbul:Meram Yayın, 1991), s.125.

yönetimler olması sebebiyle kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ön planda olması gerektiğini ifade eden bu ilke Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda da yer almıştır. Şart'ın 4. maddesinin 3. fıkrasında kavram olarak yer almamakla birlikte bu ilkenin tanımına yer verilmiştir¹⁸³. Buna göre; “kamu sorumlulukları genellikle ve tercihen vatandaşa en yakın olan makamlar tarafından kullanılacaktır. Sorumluluğun bir başka makama verilmesinde, görevin kapsam ve niteliği ile yetkinlik ve ekonomi gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır”.

Görüldüğü üzere söz konusu ilkeye göre kural vatandaşlara en yakın birimlerin yani yerel yönetimlerin kamu hizmetini sunması, bunlar dışında başka birimlerin yani merkezi idarenin kamu hizmeti sunması ise istisnadır. Bu yaklaşıma göre merkezi idare savunma, güvenlik ve dış ilişkilerle sınırlı şekilde kamu hizmetlerini yerine getirmeli bu alanlar dışında yerel yönetimler görevli olmalıdır¹⁸⁴.

Yerel yönetimlerin ön planda tutulduğu Avrupa Birliği'nde (AB) de AB'ye üyelik sürecinde Türkiye'den yerel özerklik anlayışını ortaya koyan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın gereklerini yerine getirmesi beklentisi oluşmuştur. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderildikten sonra bir daha TBMM tarafından görüşülmeyen 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden

¹⁸³ Ayşe Güner, “Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması”, **Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan**. Ed.: Aysegül Mengi (Ankara: İmge Kitabevi, 2007, ss.47-66), ss.48-49.

¹⁸⁴ Aynı, s.49.

Yapılandırılması Hakkında Kanun¹⁸⁵, AB tarafından yerel yönetimlerle ilgili reformun temeli olarak ele alınmıştır¹⁸⁶.

Nitekim 5227 sayılı Kanun'da merkezi idarenin görev alanları tek tek sayılmak ve taşra teşkilatları sınırlandırılmak suretiyle, yerel yönetimler genel görevli birimler olarak ele alınmıştır. Kamu yönetimi reformu adıyla kamuoyuna duyurulan süreçte çıkarılan diğer yasalar olan Belediye ve İl Özel İdaresi Kanunlarında yerel idarelerin faaliyet alanları mahalli müşterek nitelikte olma şartına bağlansa da 5227 sayılı Kanun'un (madde 16) taşra teşkilatı kurması yasaklanmış bakanlıkların sayısı göz önüne alındığında (II sayılı cetvelde taşra teşkilatı olmayan bakanlıkların sayısı dokuz olarak belirlenmiştir. Böylece geriye kalan altı hizmet bakanlığı taşra teşkilatına sahip olabileceklerdir. Ancak bu bakanlıklardan taşra teşkilatları bulunmayan Adalet ve Milli Savunma Bakanlıkları da çıkarıldığında taşra teşkilatına sahip bakanlıklar İçişleri, Maliye, Milli Eğitim ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıkları olarak belirlemektedir) merkezi idarece boşaltılacak alanlardaki bu görevlerin yerel yönetimlerce yerine getirilmesinin amaçlandığı söylenebilir¹⁸⁷.

Anayasa'da yetki alanı ve konu unsurları bakımından sınırlandırılan yerel yönetimlerin, kamu hizmetleri konusunda genel görevli sayılmasını sağlamak amacıyla çıkarılan yasalar öğretilde eleştirilmiş¹⁸⁸ ve Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesinin ana

¹⁸⁵ TBMM tarafından 15.7.2004 tarihinde kabul edilen bu kanun, 3.8.2004 tarihinde Cumhurbaşkanınca Meclise bir kez daha görüşülmek üzere iade edilmiş ancak Meclisçe tekrar görüşülmediğinden yasalasamıştır.

¹⁸⁶ Ayşegül Mengi, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yerel Yönetimlerle İlgili Düzenlemeler", **Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan**. Ed.: Ayşegül Mengi (Ankara: İmge Kitabevi, 2007, ss.101-116), s.112.

¹⁸⁷ Metin Günday, **11.5.2005 tarihli Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri**.

¹⁸⁸ Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarı Taslağına ilişkin eleştiriler için bkz. Onur Karahanoğulları, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağındaki Anayasaya Aykırılıklar," **Kamu Yönetimi Reformu İncelemeleri: Mülkiye'den Perspektifler**, Özel sayı, no 59:47-67, (Kasım 2003), s.53, <<http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/Ozelsayi1.pdf>>, B.T. 10.10.2006; Ülkü Azrak, "Kamuda

eksenlerinden birini oluşturmuştur¹⁸⁹. Ancak 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda da yerel yönetimlerin genel görevli sayılması yaklaşımı korunarak belediyelerin kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri yapmaya yetkili olduğu (14. maddenin 2. fıkrası) hükmüne yer verilmiştir. Daha önce yürürlüğü durdurulan¹⁹⁰ söz konusu hüküm, çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki verildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir¹⁹¹.

Belirtmek gerekir ki yerel yönetimlerin sadece kamu hizmetlerini yerine getirme değil kamu hizmeti kurma yetkisine de sahip oldukları kabul edilmektedir. Yerel yönetimlerin Anayasa gereği kamu hizmeti kurma yetkileri olduğu, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, görev alanlarında kendi kanunlarının çizdiği sınırlar dâhilinde kamu yararını tanımlamak suretiyle kamu hizmeti kurabilecekleri kabul edilmektedir¹⁹². Anayasa'da öngörülen yerel yönetimlerin yasal düzenlemeye gereksinim duymaksızın tekel oluşturmamak kaydıyla görev alanına giren bir faaliyeti kamu hizmetine dönüştürebilecekleri belirtilmektedir¹⁹³. Kamu tüzelkişiliğine sahip ve özerklikleri Anayasa'da düzenlenmiş yerel yönetimlerin, kanunlarda kendilerine görev olarak verilen alanlarda kamu hizmeti kurma yetkileri olduğunun kabulü gerekir.

Tehlikeli Reform", **Radikal**, 12.1.2004, <<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=102145>>, (10.10.2006).

¹⁸⁹ 5215 sayılı Belediye Kanunu, 5197 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile daha sonra TBMM tarafından Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun adıyla çıkarılan 5227 sayılı kanunların ortak geri gönderme gerekçeleri kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yerel yönetimlerin genel yetkili birimler olarak kabul edilmesidir. 5197 sayılı Kanunun geri gönderilme gerekçesi için bkz. Yıldırım **a.g.e.**, s.164-175, ayrıca bu kanun ve diğer kanunların geri gönderilme gerekçeleri için bkz. <http://www.todaie.gov.tr/KYP/kamu_yonetim_reformuasp>, (10.10.2006).

¹⁹⁰ AYM, 22.09.2005 tarih, E.No: 2005/95, K.No:2005/14 sayılı kararı, **R.G.**, 29.09.2005, Sayı: 25951.

¹⁹¹ AYM, 24.01.2007, E.No:2005/95, K.No:2007/5, **R.G.**, 29.12.2007, Sayı:26741, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-5.htm>>, (11.08.2009).

¹⁹² Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, ss.226-227.

¹⁹³ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.** ss. 661-662.

1.2.2.2.3. Yerel Yönetimlerin Kamu Hizmetlerini Devretme Eğilimleri

Yerelleşme süreci ile merkezi idarece yürütülen kimi görevlerin aktarılmasıyla görevleri artan yerel yönetimlerin gelir kaynaklarının da artırılması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yerel yönetimlere görevleri ile orantılı mali kaynak sağlama görevini, merkezi idarenin görevleri arasında saymıştır¹⁹⁴.

İdari yönden görev alanları genişletilmek suretiyle daha özerk kılınan yerel yönetimlerin gerçek anlamda özerkliklerinin sağlanması için mali kaynaklarının da yeterli olması gerekmektedir. Ancak kamu yönetimi reformu kapsamında görevleri artırılan yerel yönetimlerin, mevcut gelir yapısı bu görevleri yerine getirmek üzere sunulması gereken hizmetleri karşılamaya yeterli görülmemektedir¹⁹⁵. Yerel yönetimlerin en önemli gelir kaynakları arasında genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan pay yer almaktadır. Ancak vergi gelirlerinden ayrılacak pay oranlarının sık sık değişikliğe uğraması yerel yönetimlerin mali disiplinini bozan bir uygulama niteliğindedir. 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile yerel yönetimlerin genel bütçe vergi gelirlerinden alacakları pay düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun ile yerel yönetimlere ayrılan paylar artırılsa da yerel yönetimlerin kendi gelir kaynaklarını geliştirmeye yönelik yasal düzenlemelerin yapılmaması yerel yönetimleri merkezi idareye bağımlı kılmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹⁴ AYM, 10.5.1977, E.No: 1976/57, K.No:1977/71,

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/K1977-071.htm>>, (02.11.2006).

¹⁹⁵ Güner, **a.g.m.**, s.65-66.

¹⁹⁶ Ahmet Ulusoy ve Tekin Akdemir, “Yönetimlerarası Transferler: Teori ve Türkiye Uygulaması”, **Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği**. Ed.: Nihat Falay ve diğerleri, (Ankara: Seçkin, 2009, ss.113-141), ss.126-132.

Merkezi idareye bağımlılık dışında yerel yönetimlere kredi sağlayan İller Bankasının yeniden yapılandırılması çerçevesinde hazırlanan İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun Tasarısı ile bankanın kredi sağlama dışındaki planlama ve proje gerçekleştirme işlevlerinin sonlandırılması da yerel yönetimlerin ileriki dönemlerde karşılaşacakları bir diğer mali sorun kaynağı olacaktır¹⁹⁷. Mali kaynak sıkıntısı, yerel yönetimlerin sermaye çekmek için rekabetçi ve piyasanın işleyişini kolaylaştırıcı bir örgüt olma riskini beraberinde getirmektedir¹⁹⁸.

Yerel yönetimlerin mali kaynak sorunlarına personel ve donanım bakımından yatırımları gerçekleştirecek teknik birikim yetersizliği sorunu eklendiğinde bu sorunların çözümü iki şekilde ele alınmıştır. Yerel yönetimler bir yandan şirketler kurmak suretiyle üstlendikleri kamu hizmetlerini yerine getirmektedirler¹⁹⁹. Bu şirketler aracılığıyla bir yandan, özel sektör uygulamalarının kamu yönetiminde de uygulanması mümkün olmakta diğer yandan bazı kamu hizmetleri bölünerek özelleştirme yolunda bir ön adım atılmaktadır. Yerel yönetimlerin kamu hizmetlerini yürütmedeki belirtilen yetersizliklerine karşı geliştirdikleri ikinci çözüm ise özellikle yap-işlet-devret modeliyle bir hayli çeşitlenen alanlarda değişik özelleştirme yöntemlerine başvurarak

¹⁹⁷ Söz konusu kanun tasarısı için bkz. <<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0371.pdf>>, (04.01.2010).

¹⁹⁸ İbrahim Gündoğdu, “Yerel, Yerel Ölçek ve Siyasal Mücadele”, **Praksis**, Sayı 7:165-192, (2002), ss. 170-171.

¹⁹⁹ 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 70. maddesinde belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği düzenlenmiştir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 52. maddesinde il özel idaresinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği düzenlenmiştir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 26. maddesinde de büyükşehir belediyesinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği düzenlenmiştir. Belediye Kanunu’nun 70. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası, mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasa’nın 128. maddesi kapsamı dışında kalanların sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varan Anayasa Mahkemesi’nce reddedilmiştir (AYM, 24.01.2007, E.No:2005/95, K.No:2007/5, **R.G.**, 29.12.2007, Sayı:26741, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-5.htm>>, (11.08.2009).

üstlendikleri kamu hizmetlerini devretmeleridir²⁰⁰. Bu çerçevede yerel yönetimlerce yapılan özelleştirmeler *ihtiyaç* olarak nitelendirilmiştir²⁰¹.

Nitekim idari faaliyetlerde sözleşme yönteminin kullanılmasındaki artış nedenlerinden biri yerelleşme süreciyle açıklanmıştır. Zira yerelleşme yasalarının uzantısı olarak yerel yönetimler, bütçe giderlerini hafifletmek amacıyla ve özel sektörün etkinliği ön kabulüyle, giderek daha çok kamu hizmeti devir sözleşmelerine başvurmuşlardır²⁰². Yerel yönetimlerin başvurdukları farklı yöntemler kamu hizmeti devir sözleşmelerini belirlemeyi de bir hayli güçleştirmektedir²⁰³. Yerel yönetimlerin sadece özel hukuk kişileriyle değil, üstlendikleri kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla kimi zaman bir başka kamu tüzelkişisi ile de sözleşme ilişkisi kurduğunu gözlenmektedir²⁰⁴.

Belirtmek gerekir ki yerel yönetimler üstlendikleri kamu hizmetlerini devretmek yerine kendi aralarında kuracakları birlikler aracılığıyla kamu hizmetlerinin maliyetini azaltarak içinde bulundukları mali sorunları aşabilirler. Nitekim Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasında yerel yönetimlerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni ile birlik kurabilecekleri düzenlenmiştir. Bu birliklerin kuruluş ve görevleri kamu yönetimi reformu kapsamında çıkarılan 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu ile özel olarak düzenlenmiştir. Ancak köyler dışındaki diğer yerel yönetimlerin birlik kurma yoluna sıklıkla

²⁰⁰ Güler, **a.g.e.**, s.248-278; Yerel yönetimlerin yap-işlet-devret modeli dışında başvurdukları yöntemler için bkz. Ertuğrul Acartürk, "Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumunda Alternatif Yöntemler", <<http://www.econturk.org/yerelyonetimler.doc>>, (04.01.2010).

²⁰¹ Seçkin Yavuzdoğan, "5393 Sayılı Belediye Kanunu Üzerine Birkaç Not", **A.Ü.E.H.F.D.**, Cilt 10, Sayı 1-2:203-214, (2006), s. 208.

²⁰² Jacques, Petit, "Nouvelles d'une antinomie: Contrat et Police", **Collectivités Locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau** (Paris: Economica, 2003, ss.345-360), s. 346.

²⁰³ Terneyre, "**La notion de Convention...**" s. 589.

²⁰⁴ Danıştay kararına konu olan olayda Ankara Şehirlerarası Otobüs İşletmesi, Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Atatürk Orman Çiftliği arasında yapılan ortaklık sözleşmesi ile kurulmuştur. Dan. 10. Daire, 21.05.1996, E.No:1995/4326, K.No:1996/2769, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (04.08.2009).

başvurmadıkları gözlenmektedir²⁰⁵. Yerel yönetimlerin bu eğilimlerinde birlik kurmanın merkezi idarenin iznine bağlanmış olmasının etkin olduğu söylenebilir. Şöyle ki birlik kurmak için yerel yönetimlerin meclislerinin karar vermesi yeterli değildir. Birlik kurmak için Bakanlar Kurulundan izin almak (5355 sayılı Kanun, madde 4) ve birlik tüzüğünün vali ya da birlik birden çok ildeki yerel yönetimlerin katılımı ile kuruluyorsa İçişleri Bakanının onayı (5355 sayılı Kanun, madde 5) ile kesinleşmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere yerelleşme ve özelleştirme politikaları birbirlerini beslemektedir. Buradan hareketle asıl amacın devletin işlevini daraltıp kamu gücü ayrıcalıklarının piyasaya aktarılması olduğu bu çerçevede yerelleşmenin bir ara durak olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla yeni sağın aslında merkeziyetçilik ve yerel yönetimcilik arasında bir tercih yapmadığı Türkiye’de uygulanan yapısal uyarlama programlarının yerel yönetimi bir görünüm sergilerken İngiltere’de merkeziyetçi bir görünüm arz ettiği vurgulanmaktadır²⁰⁶.

Bu çerçevede kamu yönetimi reformu çerçevesinde çıkarılan Belediye (madde 14) ve Büyükşehir Belediyesi (madde 7) Kanunlarında bu idarelerin görevlerini düzenleyen hükümlerde "yapmak veya yaptırmak" ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadenin yer aldığı Belediye Kanunu’nun 14. maddesinin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi’nce herhangi bir görev alanı tanımlaması yapılmaksızın ve çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda belediyelere görev verildiği gerekçesiyle iptal edilmiştir²⁰⁷. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra belediyelerin üstlendiği kamu hizmetlerini artık özel hukuk kişilerine gödüremeyecekleri söylenemeyecektir. Zira özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılmasını sağlayan ifadeler Belediye Kanunu’nun 15.

²⁰⁵ Mahalli idare birlikleri sayısı ve birlik kurma oranlarına, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün internet sitesinde yayınlanan “birliklere ait istatistikî bilgiler” başlığından ulaşılabilir. Bkz. <<http://www.mahalli-idareler.gov.tr/Mahalli/Birlikler.asp>>x, (11.08.2009).

²⁰⁶ Güler, a.g.e., s.280.

²⁰⁷ AYM, 24.1.2007, E.No:2005/95, K.No:2007/5,

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-5.htm>>, (11.08.2009).

maddesinde yer verildiği gibi kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine olanak sağlayan yöntemlere başvurulmasına karar vermek yetkisi de Belediye Meclisinin yetkileri arasında sayılmıştır (madde18/j). Yine İl Özel İdaresi Kanununda il genel meclisinin yetkileri arasında imtiyaz verme, il özel idaresi yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılması ile il özel idaresine ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek (madde 10/i) yetkisi sayılmak suretiyle yerleşme sürecine özelleştirme süreci de eklenmiştir.

Katılımcılık yönünden daha demokratik bir yönetim tarzının ifadesi olan yerel yönetimlerin özelleştirme politikalarının aracı olarak kullanılmasına ve bu politikalara yerel yönetimler üzerinden meşruiyet kazandırılmasına eleştirel yaklaşılmalıdır. Belirtmek gerekir ki yerel yönetimlerin demokratik olup olmadıkları toplumun örgütlülüğüne, yerel faaliyetler hakkında yeterli donanım ve birikime sahip olup olmadıklarına ve katılımın bileşenlerine göre değiştiği gibi, yerel yönetimlere yeterince kaynak ayrılmadan daha çok görev verilmesi de yerinden yönetimin amacıyla bağdaşmamaktadır.

1.3. Devredilebilirlik Açısından Kamu Hizmeti Ayrımları

1.3.1. Kamu Hizmetlerinin Konusu Bakımından Yapılan Ayrım

Kamu hizmetleri konusu bakımından, idari kamu hizmetleri ile sınai ve ticari kamu hizmetleri olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Öğretide kimi zaman sosyal, kültürel, bilimsel ve teknik kamu hizmetlerinin de ayrı bir kategori kabul edildiğine rastlamaktayız²⁰⁸. Ancak bu şekilde yapılan ayrım tüketici nitelikte

²⁰⁸ Günday, **a.g.e.**, s.304; Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982), ss.316-317. Kamu hizmetleri dörtlü bir ayrım yapılarak ele alınmıştır. Bu ayrımın ilk ayağını kimi mesleki faaliyetlerin ve iktisadi alanların düzenlenmesi amaçlı kamu hizmetleri ile savunma, kolluk, adalet ve cezaevi hizmetleri gibi düzenin sağlanması ve devamını amaçlayan kamu hizmetleri oluşturmaktadır. İkinci ayağını sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri oluştururken üçüncü ayağını kültürel hizmetlerle eğitim hizmetleri, son ayağını da iktisadi nitelikli kamu hizmetleri yani sınai ve ticari kamu

olmadığından işlevsel değildir²⁰⁹. Gerçekten de konu bakımından yapılan bu ayrımı daha da çeşitlendirmek mümkündür. Elbette bu şekilde yapılan ayrım da bazı açılardan işlevseldir. Örneğin bilimsel kamu hizmetleri ayrımı bu hizmetlerin neden diğer kamu hizmetlerine göre daha özerk şekilde yürütülmeleri gerektiğini bize açıklar.

Nitekim sosyal kamu hizmetleri ayrımı zamanla terk edilmiştir. Fransa'da Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Naliato* (TC, 22 Ocak 1955) kararıyla kabul edilen sosyal kamu hizmetleri ayrımı yine Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Gambini* (TC, 4 Temmuz 1983) kararıyla terkedilmiştir. Sosyal kamu hizmetlerinin başlı başına ayrı bir kategori oluşturmaması, bu hizmetlerin homojen yapıda olmamasına bağlanmıştır. Artık görevli yargı yerinin belirlenmesinde somut işlemler dikkate alınacaktır²¹⁰. Ayrı bir kategori olarak değerlendirilmeyen sosyal kamu hizmetlerinin ağırlıklı olarak kamu hukukuna tâbi olduğu ve dolayısıyla da çıkacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi gerektiği görüşü savunulmuştur²¹¹. Sosyal devlet anlayışının gelişimine paralel olarak devlet tarafından kamu hizmeti şeklinde örgütlenen sosyal alanlardaki faaliyetlerin, karlılık ve verimliliğin ön planda tutulduğu sınai ve ticari kamu hizmetlerinden ziyade idari kamu hizmetleri kapsamında değerlendirilmesi kanımızca daha yerindedir.

Belirtmek gerekir ki kamu hizmetlerinin konusu bakımından yapılan ayrım konu unsuru dışında aslında esas olarak tâbi olduğu hukuki rejim ve sonuçları konusuna odaklanmıştır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin konusu bakımından yapılan ayrımın kamu hizmetlerinin tâbi oldukları hukuki rejime göre yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda idari kamu hizmetleri kural olarak kamu hukukuna, sınai ve ticari kamu hizmetleri ise özel hukuka tâbidirler. Bu ayrım aslında, yürütülen faaliyetin niteliğinden çok faaliyeti yürütenlere ve bunların tâbi olduğu hukuki rejim üzerine

hizmetleri oluşturmaktadır. Georges Dupuis, Marie-José Guédon ve Patrice Chrétien, **Droit Administratif** (9e Edition. Paris: Armand Colin, 2004), ss.512-516.

²⁰⁹ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.299; Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, s.237.

²¹⁰ Charles Debbasch ve Frédéric Colin, **Droit Administratif** (7e Edition. Paris:Economica, 2004), s.361.

²¹¹ Jean-François Lachaume, **Droit Administratif** (13e Edition. Paris: P.U.F., 2002), s.17.

odaklanmaktadır. Kural olarak özel sektörcü imtiyaz kapsamında yürütülen sınai ve ticari kamu hizmetleri hukukçular tarafından, faaliyetin niteliğinden çok sözleşmenin niteliği bağlamında değerlendirilmekteydi. Ancak yirminci yüzyılın başında, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin de doğrudan kamu tüzelkişileri tarafından yürütülebileceği kabul edilmiştir²¹². Zira ondokuzuncu yüzyılda sadece özel hukuk kişileri tarafından, imtiyazla görülen sınai ve ticari kamu hizmetleri yirminci yüzyılda kamu tüzelkişileri tarafından yürütülmeye, sadece kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen idari kamu hizmetleri de özel hukuk kişileri tarafından görülmeye başlanmıştır²¹³.

1.3.1.1. İdari Kamu Hizmeti -Sınai ve Ticari Kamu Hizmeti Ayrımı

İdari kamu hizmeti-sınai ve ticari kamu hizmeti ayrımı, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bac d'Eloka*²¹⁴ adıyla bilinen kararına dayanmaktadır. Bu kararda mahkeme, Côte-d'Ivoire kolonisi tarafından ücret karşılığı yürütülen yolcu ve araç taşımacılığı hizmeti nedeniyle verilen zararların tazmini için açılacak davada görevli yargı yerinin adli yargı olduğuna karar vermiştir. Özel kişiden farksız şekilde yürütülen taşıma hizmetinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi ancak kanunlarda bu yönde özel bir düzenleme olması halinde mümkündür. İdari yargıyı görevli sayan hukuki düzenleme yokluğunda uyuşmazlığın çözüm yeri adli yargı olarak belirlenmiştir. Aslında kararda sınai ve ticari kamu hizmeti ifadesi zikredilmemektedir. Bu açıdan, kararın kategorinin oluşturulmasında sadece başlangıç noktası olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü belirmiştir²¹⁵. Zaten karara atfedilen değer, öğretide eleştirilmiştir. Eleştiri bir yandan, idari-sınai ve ticari kamu hizmeti ayrımının kaynağı olarak kabul edilen kararda "sınai ve ticari kamu hizmeti" hatta kamu hizmeti ifadesinin

²¹² Gilles J. Guglielmi ve Geneviève Koubi, **Droit du Service Public** (Paris: Montchrestien, 2000), s. 76.

²¹³ Chapus, **a.g.e.**, s.592.

²¹⁴ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=10955&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>, (22.02.2007).

²¹⁵ Guglielmi ve Koubi, **a.g.e.**, s. 76.

dahi kullanılmamasına, diğer yandan Conseil d'Etat tarafından dokuz yıl önce verilmiş bir kararda²¹⁶ kamu hizmetlerinin işletiminin özel hukuka tâbi olabileceği zaten belirtildiğinden, bu anlamda yenilik getirmediğine odaklanmaktadır²¹⁷.

Sınai ve ticari kamu hizmeti-idari kamu hizmeti ayrımı Conseil d'Etat tarafından 1956 yılında verilen *Union syndicale des industries aéronautiques* kararı²¹⁸ ile ortaya konmuştur. Aslında her zaman var olan bu iki kategori kamu hizmetlerinde değişen, bu hizmetleri yerine getirenlerin hukuki statüsüdür. Conseil d'Etat tarafından verilen kararda, idari kamu hizmeti ve sınai ve ticari kamu hizmeti ayrımını ortaya koymaya yönelik üç ölçüt getirilmiştir. Bu ölçütler kamu hizmetinin konusu, finansman ve işletilme şekline ilişkindir. Buna göre; kamu hizmeti esas olarak kullanıcıların ödedikleri bedelle finanse ediliyor, konusu ve işletilmesi özel bir işletmenin yürüttüğü faaliyete benziyorsa söz konusu kamu hizmeti sınai ve ticari kamu hizmetidir²¹⁹.

Belirtmek gerekir ki kural olarak bir kamu tüzelkişisi tarafından yürütülen kamu hizmeti, idari niteliktedir. Bu durum "idarilik karinesi" olarak adlandırılmaktadır. Bu karinenin tersine çevrilmesi yani idare tarafından yürütülen kamu hizmetinin sınai ve ticari kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi, ancak özel sektör faaliyetine benzerlik ölçütleri olan hizmetin konusu, finansman ve işletilme ölçütlerinin, üçünün de bir arada bulunması halinde mümkün olacaktır. Bu üç ölçütten herhangi biri gerçekleşmediği takdirde söz konusu kamu hizmeti idari kamu hizmeti kabul edilecektir²²⁰. Buradan hareketle idari kamu hizmetlerinin bir tanımı bulunmadığı, bu hizmetlerin ancak negatif

²¹⁶ C.E., 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

²¹⁷ A.-S. Mescheriakoff, "L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique", **R.D.P.**, 1988, s. 1059. makaleden yapılan alıntının yer aldığı eser; Jean-François Brisson ve Aude Rouyère, **Droit Administratif**, (Paris: Montchrestien, 2004), ss. 354-355.

²¹⁸ C.E., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, nakleden René Chapus, **Droit Administratif Général**, Tome I, 15e Edition. Montchrestien, Paris, 2001, s.593.

²¹⁹ Martine Lombard ve Gilles Dumont, **Droit Administratif** (Paris: Dalloz, 2003), s.263.

²²⁰ Chapus, **a.g.e.**, s.593.

şekilde yani sınai ve ticari olmayan kamu hizmetlerinin idari kamu hizmetleri sayılmak suretiyle bu kategorinin içeriğinin belirleneceği ileri sürülmüştür²²¹.

Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği *Alberti-Scott* kararı üzerine bu ölçütlerin değeri tartışmalı hale gelmiştir²²². Nice İdare Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlığına konu olay, Tournefort Belediyesi tarafından takılan su sayacı masrafının Bayan Alberti-Scott'dan talep edilmesi işlemine karşı açılacak davanın hangi mahkemede görüleceğine ilişkindir. Uyuşmazlık Mahkemesi, kullanıcılara fatura edilen bedel hizmet maliyetini kısmen karşılarsa da belediye tarafından yürütülen ve ayrı bir bütçesi olmayan su dağıtım hizmetinin konusu gereği sınai ve ticari kamu hizmeti olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak sınai ve ticari kamu hizmeti ile kullanıcı arasındaki ilişkiden doğan uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Söz konusu karar hakkında kamu hizmetinin konusunu ön plana çıkardığı, işletilme şekli ölçütünü ise etkisiz kıldığı (en azından su dağıtım hizmeti için) değerlendirilmesi yapılmıştır. Ayrıca finansman şekline ilişkin olarak da sınai ve ticari kamu hizmetinin maliyetinin altında kullanıcıya sunulmasının bu hizmetlerle uyumsuz olmadığı, sınai ve ticari kamu hizmeti olan ulaşım hizmetlerinde olduğu gibi bu hizmetlerin maliyetinin altında kullanıcıya yansıtılabileceği ileri sürülmüştür²²³.

Gerçekten de sınai ve ticari nitelikte kamu hizmetleri için kârlılık ve verimlilik ön planda olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi gereğince ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla gerçekleştirilen bu faaliyetlerin salt kâr amacıyla

²²¹ Jean-François Lachaume, Claude Boietau ve Hélène Pauliat, **Droit des Services Publics** (3e Edition. Paris: Armand Colin, 2004), s.53.

²²² TC, 21 mars 2005, *Mme Alberti-Scott*, karar metninin de ekli olduğu değerlendirme için bkz. Jean-François Lachaume, "L'identification d'un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service", **RFDA**, Numéro 1:119-125, (Janvier-Février 2006).

²²³ Lachaume, **a.g.m.**, s. 121.

topluma sunulması düşünülemez. Bu anlamda kamu hizmetinin maliyetinin altında sunulması, sınai ve ticari kamu hizmeti olarak nitelenmesine engel olmamalıdır.

Söz konusu kararın önemi, aslında kamu hizmetinin konu unsurunu ön plana çıkarmasında yatmaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği Hukuku ile örtüşen bir yaklaşım söz konusudur. Avrupa Birliği Hukukunda da kamu hizmetinin maddi ölçütü dikkate alınmakta organik ölçüt bir kenara bırakılmaktadır. Roma Anlaşmasının 222. maddesinde Anlaşma hükümlerinin ülkelerin mülkiyet rejimi üzerinde etkisinin olmadığı düzenlenmiş ve yine bu Anlaşmanın 90. maddesinin II. fıkrası gereğince de kamuya yararlı iktisadi hizmetleri yerine getiren teşebbüslerle mali tekele sahip teşebbüsler Anlaşmanın rekabete ilişkin hükümlerine şartlı tâbi kılınmışlardır. Burada da görüleceği üzere yürütülen faaliyetin maddi niteliği dikkate alınmış, faaliyeti yerine getirenlerin hukuki nitelikleri ise dikkate alınmamıştır.

Belirtmek gerekir ki Avrupa Hukukunda kamu hizmeti kavramı serbest rekabet kavramıyla birlikte ele alınmakta ve bu iki kavramın birbirini tamamlar nitelikte olduğu ileri sürülmektedir²²⁴. Maddi ölçüt Avrupa Hukukunda yapılan, genel hizmet (service universel)- kamuya yararlı iktisadi hizmet (service d'intérêt économique général)²²⁵ ayrımını belirlemeye yaramaktadır. Buradan hareketle idari kamu hizmetleri-sınai ve ticari kamu hizmetleri ayrımının hukuki rejimi belirlemede özellikle de görevli yargı

²²⁴ Jean-Paul Francou, "Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen", **Revue Administrative**, Numéro 300:688-696, Novembre-Décembre 1997, s. 693.

²²⁵ Avrupa Hukukunda "kamu hizmeti" terim olarak nadiren kullanılmıştır. Anlaşma bazında sadece Roma Anlaşmasının 77. maddesinde (Amsterdam Anlaşması ile getirilen yeni numaralandırmada 73. madde) açıkça kullanılmıştır. 77. madde taşımacılık alanında kamu hizmeti yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde yapılan yardımların Anlaşmaya aykırılık teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir. Yine 31 Mart 1992 tarihli Komisyon yönergesinde de (R.G. no L 113, 30.4.1992) üye ülkelerin, insani kullanım amaçlı ilaçların toptan dağıtımında, malların serbest dolaşımı ilkesine bağlı kalmadan ülkelerinde faaliyette bulunan toptancılara kamu hizmeti yükümlülükleri getirebileceklerini düzenlemektedir. Avrupa Hukukunda kamu hizmeti yerine genel hizmet ya da evrensel hizmet (service universel) terimi ile kamuya yararlı iktisadi hizmet (service d'intérêt économique général) terimleri kullanılmaktadır.

düzenini belirlemede işlevsel olduğu ancak bu ayrımın maddi gerçekliği esas alan başka kavramların ortaya çıkmasıyla giderek daha çok tartışmalı hale geldiği belirtilmiştir²²⁶.

Kamu hizmetinin hukuki niteliğini ortaya koyarken kamu kurumlarını kuran yasalardaki nitelemelere bakmak yardımcı olacaktır. Ancak kamu kurumlarının nitelemesinin kamu hizmetinin nitelemesiyle her zaman örtüşmediği zira sınai ve ticari bir kamu kurumunun her zaman sadece sınai ve ticari bir hizmet yürütmediği kimi zaman idari hizmetlerle yan yana bu hizmetleri yürüttüğü belirtilmektedir²²⁷.

Gerçekten de ilk bakışta sınai ve ticari kamu kurumu olarak nitelenebilecek KİT'lerin genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerini yürütecekleri düzenlendikten başka bu hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin de memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiştir. "Genel idare esasları" ifadesinden kamu hizmetinin kamu hukuku rejimine ve kamusal yönetim usullerine tâbi olması anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu hukuku rejiminin salt idari kamu hizmetlerine değil sınai ve ticari kamu hizmetleri yürüten KİT'lere de uygulanmaktadır. KİT'lerin yürüttükleri kamu hizmetinin düzenlenmesine yönelik yapılan kamu gücüne dayanan işlemlerin kamu hukukuna tâbi olacakları kuşkusuzdur²²⁸. Ancak KİT'lerin bireylerle olan ilişkileri (KİT'lerin yürüttükleri kamu hizmetlerinden yararlanmak üzere kullanıcıların bu kurumlarla yaptıkları sözleşmelerin özel hukuka tâbi oldukları kabul edilmektedir) özel hukuka tâbidir²²⁹.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği kararlarda iktisadi devlet teşekküllerinin günlük işlerde ve üçüncü kişilerle ilişkilerde özel hukuka tâbi olduğunu ancak kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yapılacak işlemlerin idare hukuku esaslarına tâbi

²²⁶ Stéphane Braconnier, **Droit des Services Publics** (Paris: P.U.F., 2003), ss.217-218.

²²⁷ Lachaume, **a.g.e.**, s.356.

²²⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 520.

²²⁹ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss. 546 ve 658.

olacağına çeşitli kararlarında belirtmektedir²³⁰. Belirtilen bu kararlar, kamu tüzelkişileri ile personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkindir. Uyuşmazlık Mahkemesi çeşitli tarihlerde verdiği birçok kararda kamu hizmetinin sunulması sırasında üçüncü kişilere verilen zararlardan doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğuna karar verirken, hizmetten yararlananların uğradıkları zararların tazmini için açacakları davanın çözüleceği yargı düzenini adli yargı olarak belirlemiştir²³¹.

Görüldüğü üzere kamu hizmetlerinin niteliğini belirlemek, doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından önemli hatta zorunlu, ancak bu nitelemeyi yapmak da bir o kadar güçtür. Özellikle kamu hizmetlerinin yerel yönetimlerce yürütülebildiği ve yürütülme usulü konusunda haiz oldukları karar özerklikleri düşünüldüğünde yerel düzeyde yürütülen bir hizmetin idari mi sınıai ve ticari mi olduğu kategorik olarak söylenemez. Bir belediyece özel yönetim usullerine tâbi olarak büyük oranda kullanıcılardan alınan bedellerle yürütülen bir kamu hizmeti başka bir belediye tarafından kamusal yönetim usullerine tâbi olarak yürütülebilir.

Kamu hizmetlerinin devrinin kapsam ve sınırlarının ortaya konmasında da belirleyici olan kamu hizmetinin konusudur. Bu bağlamda hangi hizmetlerinin devredilebileceği hangilerinin devredilemeyeceği yani doğrudan kamu tüzelkişilerince yürütülmek zorunda olduklarının ortaya konması gerekmektedir.

²³⁰ UM, 14.5.1966, E.No: 1966/11, K.No:1966/15, **DKD**, Sayı:107-110, s.511-513; UM, 13.7.1981, E.No:1981/3, K.No:1981/13, www.kazanci.com.tr , B.T. 03.04.2007.

²³¹ Üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğuna ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bazı kararlarına örnek olarak bkz. 16.6.2003 tarih E.No:2003/57, K.No:2003/56, **R.G.**, 11.07.2003, Sayı:25165, sayılı kararı ile 28.4.2003 tarih, E.No:2003/14, K.No:2003/21, **R.G.**, 07.07.2003, Sayı:25161, sayılı kararı, kullanıcının uğradığı zararın tazmini için açılacak davada adli yargının görevli olduğuna ilişkin kararlarına örnekler için bkz. 12.6.2000 tarih E.No:2000/25, K.No:2000/27, **R.G.**, 27.07.2000, Sayı:24122, sayılı karar ile 27.3.2000 tarih E.No:2000/6, K.No:2000/5, **R.G.**, 16.05.2000, Sayı:24051, sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, B.T. 03.04.2007.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin üç klasik yöntemi; emanet, kamu kurumu ve imtiyaz usulleridir. Bu usullerden emanet ve kamu kurumu usulleri, kamu hizmetlerinin kamu tüzelkişilerince doğrudan yürütülmesi usulleridir. Bu usullerle hem idari kamu hizmetleri hem de sınai ve ticari kamu hizmetleri yürütülebilir. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan imtiyaz usulü ile idari kamu hizmetlerinin değil sadece sınai ve kamu hizmetlerinin gördürülebileceği kabul edilmekteydi. Ancak bu klasik tablo, gerek kamu hizmetlerinin sayısal artışı ve çeşitlenmesi sonucu daha esnek yeni işletim usullerinin gerekse imtiyaz usulü ile sadece sınai ve ticari kamu hizmetlerinin değil bazen idari kamu hizmetlerinin de gördürülmesi ile değişmiştir²³².

Belirtmek gerekir ki bu ayrım eleştirilmiş ve bu ayrım yerine yeni bir öneri gündeme getirilmiştir. İdari kamu hizmetleri-sınai ve ticari kamu hizmetleri ayrımı hukuki rejimi belirlemede özellikle de görevli yargı düzenini belirlemede işlevsel olduğu ancak bu ayrımın maddi gerçekliği esas alan başka kavramların ortaya çıkmasıyla giderek daha çok tartışmalı hale geldiği belirtilmiştir²³³.

Artık eskidiği iddia edilen bu ayrım yerine kamu gücüne dayanan hizmetler ile iktisadi hizmetler ayrımının kabul edilmesi önerilmiştir. Kamu gücüne dayalı hizmetlerin doğası gereği rekabetten ayırık tutulacağı iktisadi hizmetlerin ise kamu yararı gereklerine ve genel (evrensel) hizmetlerin bütünlüğüne zarar vermediği sürece rekabet kuralları içinde yürütüleceği belirtilmiştir. Bu şekilde yapılan ayrımın iki açıdan avantajlı olduğu öne sürülmüştür. Bu ayrım bir yandan Fransız kamu hizmetleri hukukunun ulaştığı dengelerin tamamının sorgulanması sonucunu doğurmayacaktır. Yani bu ayrımla idari kamu hizmetlerinin tümü iktisadi kamu hizmetleri kategorisine sokularak rekabete tâbi kılınmayacaktır. Diğer yandan bu ayrım normativist anlayışa dayanan idari-sınai ve ticari kamu hizmeti ayrımına göre daha evrimcidir. Normativist anlayış değişimlere

²³² André de Laubadère, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet, **Droit Administratif** (17e Edition. Paris:L.G.D.J., 2002), s. 299.

²³³ Braconnier, **a.g.e.**, ss.217-218.

daha yavaş adapte olabildiğinden hukuk normu ile piyasanın gerçekleri arasında fark oluşabilir. İktisadi bir analizden kaynaklanan iktisadi hizmet-kamu gücüne dayanan hizmet ayrımı ise piyasanın ritmine ayak uyduracaktır²³⁴.

Bu eleştiri ve Avrupa Birliği Hukuku, Conseil d'Etat üzerinde etkili olmuştur. Avrupa Birliği Hukukunda kullanılan kamuya yararlı iktisadi hizmet kategorisinin etkisiyle olsa gerek Conseil d'Etat tarafından verilen bir karar²³⁵ sınai ve ticari kamu hizmetleri kategorisinin terk edildiği şeklinde yorumlanmıştır. Söz konusu kararla Conseil d'Etat sınai ve ticari kamu hizmetleri yerine Avrupa Birliği Hukukunda kullanılan kamuya yararlı iktisadi faaliyetler ya da hizmetler kategorisini benimsemiştir. Buna göre kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen faaliyet bütünüyle kamu hizmeti ise piyasa kuralları ve rekabet kurallarına tâbi değilken kamu tüzelkişisi piyasada özel hukuk kurallarına göre iktisadi bir faaliyet gösteriyorsa, faaliyet alanı kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecek ve rekabet kurallarına tâbi olacaktır²³⁶.

Tüm bu eleştiri ve karar üzerine, sınai ve ticari kamu hizmetleri kategorisinin, idari kamu hizmetlerinden bir kısmını da kapsayacak şekilde, daha geniş ve yenilenmiş kamuya yararlı iktisadi hizmetler kategorisine doğru evrildiği belirtilmiştir²³⁷. Söz konusu kategorinin kabul görüp görmeyeceği bilinmemekle birlikte idari kamu hizmetleri ile sınai ve ticari kamu hizmetleri kategorisi arasındaki çizginin giderek silikleşmeye başladığı ve bu ayrımın devredilebilirlik açısından önemini yitirmeye başladığı söylenebilir.

²³⁴ Braconnier, **a.g.e.**, ss. 224-226.

²³⁵ C.E., 31.5.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, conclusions Didier Casas, **RFDA**, 2006, s. 1048-1055.

²³⁶ Sabine Boussard "L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du <service public par nature>", **RFDA**, Numéro 1:43-49, (Janvier-Février 2008), s. 43.

²³⁷ Boussard, **Ayni**, s.48.

1.3.1.2. Konu Bakımından Ayırımın Devredilebilirlik Açısından Önemi Yitirmesi

Fransız hukukunda kamu hizmetlerinin devri konusunda mevzuatta idari kamu hizmetleri ile sınai ve ticari kamu hizmetleri arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Belirtildiği üzere kural olarak sınai ve ticari kamu hizmetlerini devralan sözleşmecinin ücretlendirmesi kamu hizmetini kullananlardan aldığı bedellerden yapılmaktadır. Dolayısıyla bu durum sınai ve ticari kamu hizmetlerinin devrini kolaylaştırmaktadır. Ancak idari kamu hizmetlerinin de devredilebileceği belirtilmekte ve iki gerekçe öne sürülmektedir. Gerekçelerden ilki kamu hizmeti ayırımında kullanılan ölçütlerin sadece faaliyetin konusuna ilişkin olmayışı bunun yanında daha önce belirtildiği üzere işletim ve finansman şekli ölçütlerinin de dikkate alındığı dolayısıyla idari kamu hizmetlerinin de sınai ve ticari kamu hizmetleri gibi finansmanın mümkün olduğuna ilişkindir. İdari kamu hizmetlerinin de kullanıcılardan alınan bedellerle finansmanı bu hizmetlerin devrini kolaylaştırmaktadır. İkinci gerekçe ise Yerel Yönetimler Genel Kanunu'nun (CGCT) L.1411-1 maddesinde²³⁸ kamu hizmeti devir sözleşmelerinde sözleşmenin tek ücretlendirme şeklinin kullanıcılardan alınan bedeller olmamasına ilişkindir²³⁹.

Nitekim kamu hizmetinin devri sözleşmelerinin klasik türünü oluşturan imtiyaz yöntemi uzun süre sınai ve ticari kamu hizmetleri için kullanılmıştır. Ancak bugün sağlık hizmetleri ve otoyollar örneğinde olduğu gibi idari kamu hizmetlerinde de kullanılmaktadır²⁴⁰.

²³⁸ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=EAD588340C55AB8DA31C6D5310D53A8A.tpdjo09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006164877&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20090813>, (13.08.2009).

²³⁹ Manuel Gros-Grégory Kalfleche, "Délégation de Service Public", **Juris-Classeur Collectivités territoriales**, Fas.761:1-18, (2004), s.5.

²⁴⁰ Lachaume, **a.g.e.**, s.264; Pierre-Laurent Frier, **Précis de Droit Administratif** (3e Edition. Paris: Montchrestien, 2004), s. 324.

Kamu hizmetlerinin klasik nitelik taşıyıp taşınamasına ya da kanun koyucunun iradesine bakılarak devre elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Çok az alan kamu hizmetlerinin devri dışında kalmaktadır. Devredilen bu kamu hizmetlerinin özelliklerinden biri devredilen hizmetlerin ticari ve sınai nitelikte olması ve hizmetten faydalananların tamamen veya kısmen, doğrudan ya da dolaylı katkısını gerektirmesidir. Ticari olmayan alanlarda da devir mümkündür. Örneğin kültürel ve sosyal amaçlı hizmetlerde de devir artık mümkündür²⁴¹.

Kamu hizmetlerinin devri çok çeşitli faaliyetlerde söz konusu olmaktadır. Faaliyetin niteliğine ilişkin olarak klasik kamu hizmetleriyle ("régalien" hizmetlerle) bu nitelikte olmayan hizmetler arasında yapılan ayrım konusunda Fransız doktrini hemfikir görünümündedir. Bu hizmetlerden ilki devredilemezken ikinciler devredilebilir. Klasik kamu hizmetleri devletin temel fonksiyonlarına ilişkin olduğundan ve kamu gücünü ortaya koyduğundan devir sadece hizmetin görülmesine ilişkin olsa bile bu hizmetlerin devredilemeyeceği kabul edilmektedir²⁴². Devredilebilecek kamu hizmetleri alanı aslında sınırsız değildir. İdari yargıca göre bazı faaliyetler nitelikleri gereği ya da kanun koyucunun iradesi nedeniyle ancak kamu tüzelkişilerince bizzat yerine getirilebilir, bu hizmetlerin yürütülmesi 3. kişilere devredilemez. Devredilemeyecek kamu hizmetlerinin tam bir listesi olmadığından yargı içtihatlarına başvurabiliriz²⁴³. Yeterince içtihadın olmaması durumunda hangi faaliyetlerin devredilemeyeceğini belirlemek oldukça zordur. Şematik olarak kamu tüzelkişilerinin; kamu gücüne ilişkin, klasik kamu hizmeti niteliğindeki ve anayasal nitelikteki görevleri devredilemez²⁴⁴.

Ancak klasik kamu hizmetlerinin gördürülmesinde de özel sektöre başvurulduğunu gözlemekteyiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi klasik kamu hizmeti niteliğindeki kolluk

²⁴¹ Limouzin-Lamothe, **a.g.m.**, s. 574.

²⁴² Delvolvé, **a.g.m.**, s. 685.

²⁴³ Christine Maugué, "Les délégations de service public et le juge administratif", **A.J.D.A.**, 597-602, (1996), s. 598.

²⁴⁴ Terneyre, **a.g.m.**, s. 592.

hizmetlerinin yürütülmesinde özel kişilerden faydalandığı gibi yine klasik kamu hizmeti niteliğindeki hapisane hizmetlerinin yürütülmesinde belli konularda özel kişilere başvurulmaktadır. Fransa'da hapisane hizmetlerine ilişkin 22 Haziran 1987 tarihli ve 87-432 sayılı Kanun tartışmalar yaratmıştır. Bu Kanun; yönetim, yazı işleri ve gözetim görevleri dışındaki işlerin yetkilendirilmek suretiyle özel hukuk ya da kamu hukuku kişilerine verilebileceğini belirtmektedir²⁴⁵. Yine klasik nitelikli kamu hizmetleri arasında yer alan ulaşım hizmetlerinin sağlanmasına yönelik ve kamu malı statüsündeki yolların işletimi ile kamu gücü alanı olan vergileri tahsil etmek üzere sözleşmecinin yetkilendirilmesi suretiyle kamu hizmetinin devredildiğini gözlüyoruz²⁴⁶. Yine egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinden olduğu tartışmasız olan savunma hizmetlerinde de özel hukuk kişilerinden değişik şekillerde yararlanılmaktadır. Burada güvenlikle bağlantılı ve egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri arasında yer alan hapisane ve savunma hizmetlerinde özel hukuk kişilerinin katılımının ne şekilde gerçekleştiği ele alınacaktır.

1.3.1.2.1. Hapishane Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi

Hapishane hizmetlerinin egemenliğin kullanılmasına ilişkin kamu hizmetlerinden olduğuna şüphe yoktur. Bu hizmet, güvenliği ve kamu düzenini sağlamaya yönelik kamu hizmetlerindendir²⁴⁷. Conseil d'Etat tarafından verilen görüş kararında da belirtildiği üzere mahpusların hapishanede tutulması ve gözetimi faaliyetleri egemenliğe ilişkin olduğundan devlet tarafından üstlenilmesi gerekir. Bu faaliyetlerin özel hukuk kişilerine ya da devlet dışında diğer kamu tüzelkişilerine devri mümkün değildir. Ancak bu faaliyetlerden ayrılabilen, yönetim, gözetim ve

²⁴⁵ Aynı, s. 593.

²⁴⁶ Delvolvé, **a.g.m.**, s. 685.

²⁴⁷ Pierre Esplugas, **Conseil Constitutionnel et Service Public** (Paris: L.G.D.J., 1994), ss. 40-57.

mahpusların tutulması dışındaki hizmetler için özel hukuk kişilerine ya da kamu tüzelkişilerine başvurulması mümkündür²⁴⁸.

Nitekim hapishane hizmetlerinin yürütülmesinde de özel hukuk kişilerine başvurulmaktadır. Bu alanda faaliyet gösteren özel şirketler, cezaevlerinin inşaatından işletimine kadar değişen şekillerde rol almaktadırlar. ABD kaynaklı şirketler tarafından işletilen özel hapishane modeli, İngiltere, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'da da uygulanmaktadır. Özel hapishane modelinde yetkili kamusal organlarla özel şirketler arasında yapılan sözleşme hapishanenin kurulmasına ve işletilmesine ilişkindir. Bu sözleşme karşılığında özel şirketlere bedel ödenmektedir. Bazı ülkelerde ise yarı-özel hapishane modeli uygulanmaktadır. Bu modele göre hapishanenin yönetimi ve gardiyanlık hizmetleri dışındaki hizmetler sözleşme ile yetkilendirilen özel şirketlerce sağlanır. Bu hizmetler hapishanenin inşaatından mahpuslara sunulan sağlık, kantin, nakil gibi bir dizi hizmeti içerir²⁴⁹.

Fransa'da hapishane hizmetlerinin sunulmasında özel hukuk kişilerine başvurulmasına imkân tanıyan 22 Haziran 1987 tarihli ve 87-432 sayılı Kanun²⁵⁰ tartışmalar yaratmıştır. Bu Kanun; yönetim, yazı işleri ve gözetim görevleri dışındaki işlerin yetkilendirilmek suretiyle özel hukuk ya da kamu hukuku kişilerine verilebileceğini öngörmektedir²⁵¹. Hapishane hizmetlerinde özel hukuk kişilerine başvurma uygulamasını savunan Favoreu, bu hizmetlerin özel kişilere devredilmediğini, sağlık ve eğitim hizmetlerinde olduğu gibi kamu tüzelkişilerinin özel kişilerle yan yana bu hizmetleri yürüttüğünü

²⁴⁸ Avis du Section de l'Intérieur, **EDCE**, Numéro: 38 (1987), s.138.

²⁴⁹ Yasemin Özdek, "Ceza Reformunun Görünmeyen Yüzü: Hapishanelerde Zorla Çalıştırma", 14 Mart 2005, <http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=2015, (17.08.2009).

²⁵⁰ <http://legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19870623&numTexte=&pageDebut=06775&pageFin=, (17.08.2009).

²⁵¹ Terneyre, **a.g.m.**, s. 593.

belirtilmiştir²⁵². Bu yaklaşım hapishane hizmetleri ile diğer kamu hizmetleri arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

Fransa'da son dönemde *Bouygues* adlı şirket üç hapishanenin yapımını üstlenmiştir. Bunların işletimini de üstlenen şirkete, bu hizmeti karşılığı yıllık 48 milyon Euro devlet tarafından ödenecektir²⁵³. İki yıllık bir süreçte hizmete girmesi planlanan Nancy şehrindeki yeni hapishanenin inşası ise *BTP Eiffage* grubu tarafından üstlenilmiş, karşılığında şirket cezaevinin otuz yıllık işletim hakkını elde etmiştir. Adalet Bakanı iki yıllık sürede projenin tamamlanmasının ancak kamu-özel sektör işbirliğiyle mümkün olduğunu ve kamu sektörünün hantallığının aynı sürede bu projenin tamamlanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür²⁵⁴. Görüldüğü üzere herhangi bir kamu hizmeti gibi ele alınan hapishane hizmetlerinin özelleştirilmesinde de kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinde kullanılan kamu sektörünün hantallığı argümanına başvurulmuştur.

Türkiye'de henüz hapishanelerin özel şirketlerce işletilmesi uygulamasına gidilmemektedir. Hapishanelerin kurulması ve idaresi görevi Adalet Bakanlığına verilmiştir (1992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, madde 2/a). Hapishanelerin iç güvenliği Adalet Bakanlığına bağlı infaz ve koruma görevlileri tarafından sağlanmakta (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, madde 33), dış güvenliği ise jandarma tarafından sağlanmaktadır (2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, madde 7/a). Cezaevlerinin dış güvenliğinin sağlanması görevinin jandarmadan alınarak Adalet Bakanlığına verilmesi

²⁵² Louis Favoreu, "Approche Constitutionnelle du Principe de la Participation du Secteur Privé au Fonctionnement du Service Public Pénitentiaire", **Les Prisons Dites Privées**, (Aix-en-Provence: le 23 et 24 janvier 1987), ss.45-62, (Paris:Economica, 1987), s.56.

²⁵³ <http://www.lepost.fr/article/2008/02/26/1104149_signature-du-permier-contrat-de-partenariat-public-privé-bouygues-contruira-nos-prisons.htm>I, 26.02.2008, (17.08.2009).

²⁵⁴ <<http://actuppp.blogspot.com/2005/12/france-la-premiere-prison-construite-et.htm>>I, 14.12.2005, (17.08.2009).

yolunda kanun tasarısı gündemdedir²⁵⁵. Nitekim cezaevlerinin dış güvenliğinin Adalet Bakanlığına devrolması da, Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan “Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı”nın ayaklarından birinin teşkil etmektedir²⁵⁶.

Türkiye’de de hapisane hizmetlerinin özel şirketlerce sunulması konusu zaman zaman kamuoyunun gündemine getirilmektedir. Nitekim 2007 yılında Özelleştirme İdaresi Başkanı tarafından yapılan açıklama cezaevleri hizmetlerinin de diğer kamu hizmetleri gibi özelleştirileceği yolundadır²⁵⁷. 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporunun sonuç kısmında da “*Açık ya da düşük güvenli cezaevlerinden başlamak üzere, ceza infaz kurumlarının ya da infaz hizmetlerinin bir bölümünün özelleştirilmesi konularında ABD ve İngiltere’deki uygulamalar da dikkate alınarak, mevzuatın uygunluğu ve yararlılık bakımından gerekli araştırmalara dönem içerisinde başlanmalıdır*” sı gerektiği sonucuna varılmıştır²⁵⁸. Özel güvenliğin felsefesini ele alan Gülcü için de özel güvenlik, liberal felsefe için son durak değil “*ara duraklardan*” biridir. Bu felsefe çerçevesinde toplumsal ve bireysel faydayı yükseltmek için ihtiyaç duyulan kurumlardan biri de özel cezaevleri olarak ele alınmıştır²⁵⁹.

Özel hapisanelerin liberalizmle uyumlu olduğuna kuşku yoktur. Zira özel hapisanelerin birçok boyutu bulunmaktadır. Bir kere özel hapisane sistemi tıpkı özel güvenliğin ortaya çıkmasındaki gibi sosyal devlet anlayışının gerilemesiyle bağlantılıdır. Şöyle ki sosyal devlet anlayışının gerilemesiyle yoksulluğun

²⁵⁵ Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetleri Kanunu Tasarısı, <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/disg%C3%BCvenlik.pdf>> , (28.08.2009).

²⁵⁶ <<http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/Yargi%20Reformu%20Stratejisi.pdf>> , (28.08.2009).

²⁵⁷ Hacer Boyacıoğlu, “Cezaevi Hizmeti Bile Özelleştirme İhalesine Giriyor”, 16.04.2007, <http://www.referansgazetesi.com/haber.asp?x?HBR_KOD=64712&KTG_KOD=147&ForArsiv=1, (17.08.2009).

²⁵⁸ 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu , DPT, yayın no: 2506, Ankara, 2000, s.67.

²⁵⁹ Mustafa Gülcü, "Özel Güvenliğin Felsefesi (I)", **Polis Dergisi**, Sayı 31:58-70, (Nisan/Mayıs/Haziran 2002), s. 63.

derinleşmesine paralel olarak ortaya çıkan toplumsal gerilimin daha çok, cezalandırma yoluyla kontrol altına alınmak istemesiyle ortaya çıkan kurumlardır. Böyle bir süreçte devletler mahkûm sayısındaki artışı karşılayacak hapishanelerin kurulup işletilmesinde özel şirketlerden yararlanmaktadırlar. Bu tercih sosyal devlet anlayışından sosyal kontrol politikalarının ön planda olduğu neo-liberalizmin felsefesine de uygundur. Böylece diğer kamu hizmetleri gibi hapishane hizmetleri de bir kâr alanı gibi düşünülmüş ve özel sektörün bu alanda faaliyet göstermesi sağlanmıştır²⁶⁰. Özel hapishanelerin kaynak ülkesi ABD’de uygulanan ceza politikaları üzerine odaklanmış çalışmasında Wacquant, cezalandırmanın toplumun “tehlikeli sınıfları” ve siyahlar üzerinde yoğunlaştığını belirtmekte ve sosyal devlet anlayışıyla bağlantısını da çalışmasına “sosyal devletten cezaevi devletine” başlığı vermek suretiyle ortaya koymaktadır²⁶¹.

Özel hapishaneler ucuz işgücünün sağlanması açısından da uygulanan neo-liberal politikalarla uyum içindedir. Özellikle ABD’de pek çok şirket hapishane yönetimleri ile sözleşme yaparak mahpusların emeğini kullanmaktadır. Mahkûmların çalışmaları karşılığında ya ücret ödenmemekte ya da çok düşük ücretler ödenmektedir. Bu çerçevede cezalandırma alanında başvuru olan özelleştirme uygulamalarının, mahkûmların da özel şirketlere devrinden hareketle diğer özelleştirme uygulamalarından farkı ortaya konmakta ve bu durumun köleliğe yakınlığı konusuna vurgu yapılmaktadır²⁶². Belirtmek gerekir ki hapishanenin ortaya çıkışında da zaten ekonomik etkenler belirleyici olmuştur. Hapishaneler yoluyla nüfusun tehlikeli sayılan bölümleri, vergilendirme kaynaklarının yok olmasıyla sonuçlanabilecek başka cezalandırma yöntemlerine başvurmadan, yani ekonomik yıkıma neden olmadan

²⁶⁰ Yasemin Özdek, “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikasındaki Dönüşümler”, *A.İ.D.*, Cilt 33, Sayı 4:21-48, (Aralık 2000), ss.22-24.

²⁶¹ Loïc Wacquant, “De l’Etat Social à l’Etat Carcéral: L’emprisonnement des <classes dangereuses> aux Etats-Unis”, <<http://www.monde-diplomatique.fr/1998/07/WACQUANT/10652>>, (18.07.2009).

²⁶² Özdek, “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikasındaki Dönüşümler”, ss.39-42.

kapatılmak suretiyle elenmiştir²⁶³. Artık bugün bu kişilerin toplumsal yaşamın dışına itilmesiyle yetinilmemekte hapishanede tutuldukları süreçte de en fazla fayda elde edilmeye çalışılmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki kârı hapishanedeki doluluk oranına bağlı özel şirketler kimi zaman ceza yasalarının ağırlaştırılması için lobi yapabilecekleri²⁶⁴ gibi doluluk oranını en üst seviyede tutmak için rüşvet vermek gibi yasadışı yollara başvurmaktan da çekinmeyeceklerdir. Nitekim Amerika’da iki hâkim yargılandıkları davada, yaşları 13 ila 18 arasında olan çocukları mahkum etmeleri karşılığında özel hapishanelerden 2.6 milyon dolar rüşvet aldıklarını kabul etmişlerdir²⁶⁵.

1.3.1.2.2. Savunma Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi

Savunma hizmetleri de adalet hizmetleri gibi egemenliğin kullanılmasına ilişkin kamu hizmetlerindendir. Savunma hizmetleri alanı da özel sektöre açılmak suretiyle ekonomik kârlılık alanına dönüşmüştür. Bu durum en az devlet ilkesi temelinde neo-liberal politikaların bir sonucu olduğu gibi soğuk savaş sonrası oluşan koşullardan da kaynaklanmaktadır. Gerçekten de soğuk savaş sonrası dönemde mevcut düzeni tehdit edebilecek merkezi gücün yokluğu büyük bir askeri güç sahibi olma gerekliliğini azaltmıştır²⁶⁶. Nitekim bu dönemde ordular küçülmeye

²⁶³ Uğur Dolgun, **Şeffaf Hapishane Yahut Gözetim Toplumu** (İstanbul: Ötüken, 2008), s.69.

²⁶⁴ Evren Balta Paker, “Güvenlik Endüstrisi ve Güven(siz)liğin İnşası: Bir Toplumsal Paranoyayı Anlamak”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 115:204-225, (2009), s. 219.

²⁶⁵ <<http://www.france24.com/fr/20090216-scandale-juges-americains-mark-ciavarella-michael-cohahan-child-care-mineurs-prisons-privees>, 16.02.2009, (18.08.2009).

²⁶⁶ Evren Balta, “Bildiğimiz Anlamda Devletin Sonu mu? İmparatorluk ve Özel Ordular”, **Birikim**, Sayı 178:11-19, (Şubat 2004), s.14.

başlamıştır. Ancak bu durum, hiçbir şekilde devletin meşru güç kullanma tekeline sahip olmaktan uzaklaştığı²⁶⁷ veya vazgeçtiği şeklinde de anlaşılmamalıdır.

Savunma alanında özel askeri şirket kullanımı, hem güçlü devletlerde hem de devletin merkezi kontrolü sağlayamadığı istikrarsız devletlerde söz konusu olmakla birlikte özel askeri şirket kullanımının nedenleri birbirinden farklıdır. Belirtmek gerekir ki özel askeri şirketlerin hem güçlü devletlerde hem de istikrarsız devletlerde kullanımı arasında bir ilişki de vardır. Şöyle ki; güçlü devletlerde özel askeri şirketlerin varlığı, istikrarsız devletlerin bunları kullanmasını mümkün kılmaktadır²⁶⁸. Zira istikrarsız devletler uluslararası özel askeri şirketlerden hizmet alan müşteri konumundadırlar. Özel askeri şirketlerden hizmet alan ülkelerin başında düzenli orduya sahip olmayan pek çok Afrika ülkesi, Ortadoğu ülkeleri ve Kolombiya gibi ülkeler gelmektedir²⁶⁹.

Özel askeri şirketlerin en yaygın olduğu ülke ABD'dir. Özel askeri şirketler özellikle ABD ordusunun varlığının sınırlandırıldığı yerlerde faaliyet göstermektedir²⁷⁰. Özel askeri şirketlerin en yaygın şekilde ABD'de varlık göstermeleri bu ülkenin savunma faaliyetlerini bu şirketlere devrettiği ve savunma harcamalarını azalttığı anlamına gelmemektedir. Bu şirketler özellikle siyasi denetimden kaçmak için riskli politik projelerde kullanılmaktadır. Nitekim ABD'nin Afganistan ve Irak işgalinde özel askeri şirketleri kullanması da bu nedenden ileri gelmektedir. ABD ordusu üniforması giyen özel güvenlik şirketi personelinin ölümü ABD ordusunun kayıpları hatta askeri kayıplar arasında sayılmadığı gibi bunlar kaçırıldıklarında savaş esiri de sayılmadıklarından

²⁶⁷ Filiz Çulha Zabcı, “Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler,” **Mülkiye**, Cilt XXVIII, Sayı 243: 21-49, (Bahar 2004), ss.24 ve 29.

²⁶⁸ Balta, “**Bildiğimiz Anlamda Devletin Sonu mu?...**”, s.14.

²⁶⁹ Balta, “**Bildiğimiz Anlamda Devletin Sonu mu?...**”, ss.15-16.

²⁷⁰ Zabcı, **a.g.m.**, s.23.

hükümeti kamuoyuna bu bilgileri açıklamaktan müstesna tutmaktadır. Bu durum da bu şirketlerin kullanılma "avantajlarından" birini oluşturmaktadır²⁷¹.

Görüldüğü üzere özel askeri şirketlerin personelinin statüsü yanında bunların sorumlulukları, özel askeri şirketlerin statüsü, tanımı, bu şirketlerin faaliyetlerinden doğan sorumluluk konuları tartışmaları beraberinde getirmektedir²⁷². Yine bu şirketlerin personeline yapılan insan hakları ihlalleri de sık sık gündeme gelmektedir. Irak işgali sırasında kullanılan Blackwater şirketinin beş personeli hakkında Bağdat'ta onyedisi sivil öldürmekten ABD'de dava açılmış ve bu şirketin ruhsatı iptal edilmiştir²⁷³. Yine kamuoyuna yansıyan Ebu Garip cezaevinde sorgulama işlerini yürüten Titan ve CACI adlı şirketlere karşı işkenceden dava açılmıştır²⁷⁴.

İngiliz Hükümetinin bu şirketlerin uluslararası hukuk çerçevesinde düzenlenmesi konusuna odaklanan *Green Paper* adlı raporunda özel askeri şirketler tanımlanmıştır²⁷⁵. Söz konusu tanımlamaya göre özel askeri şirketler; operasyonlarda görev almaya değin değişik savunma hizmetleri üstlenen şirketlerdir. Raporda yabancı ülkelerde yürütülen askeri faaliyette görev alan kişi ve oluşumlar; paralı askerler, gönüllüler, yabancı bir orduya kayıtlı askerler, endüstriyel savunma şirketleri, özel askeri şirketler ve özel güvenlik şirketleri olarak sınıflandırılmıştır.

²⁷¹ Balta, "Bildiğimiz Anlamda Devletin Sonu mu?... ", ss.16-17.

²⁷² Bu tartışmaları ele alan makale için bkz. Emanuela-Chiara Gillard, "Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire", **Revue Internationale de Croix-Rouge**, Volume 88, (Sélection française 2006), <[http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htm>lall/review-863-p525/\\$File/irrc_863_Gillard.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htm>lall/review-863-p525/$File/irrc_863_Gillard.pdf)>, ss.173-224, (21.08.2009).

²⁷³ <<http://www.cnnturk.com/video/dunya/2008/12/08/blackwaterin.5.calisanina.dava.acildi/10742/>>, (22.08.2009).

²⁷⁴ <http://www.birgun.net/world_index.php?news_code=1086985106&year=2004&month=06&day=11>, (22.08.2009).

²⁷⁵ Private Military Companies: Options for Regulation, 12 February 2002, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf4/fco_pdf_privatemilitarycompanies>, s.8, (21.08.2009).

Belirtmek gerekir ki çalışmanın konusunu oluşturan özel güvenlik şirketleri özel askeri şirketlerden farklıdır. Herhangi bir şirket statüsünde kurulan özel askeri şirketler lojistik hizmetler ve binaların güvenliğini sağlamak dışında çarpışmalarda doğrudan operasyonlara katılmayı da üstlenebilirler²⁷⁶. Özel güvenlik şirketleri ise kural olarak çarpışmalarda yer almazlar. Ancak özel güvenlik şirketlerini özel askeri şirketlerden ayırmaya yarayan faaliyet konusuna ilişkin bu fark her zaman belirleyici değildir. Çünkü özel güvenlik şirketleri de kimi zaman çarpışmalarda doğrudan yer alabilmektedirler²⁷⁷. Kaldı ki bu şirketlerce verilen hizmetlerin hangisinin çarpışma kavramı kapsamında değerlendirileceği de tartışmalıdır²⁷⁸. Devletler yabancı özel güvenlik şirketlerinden istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerini bir başka devlet sınırları içinde değişik şekillerde kullanmaktadırlar²⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki özel güvenlik şirketleri de tıpkı özel askeri şirketler gibi bir gelişim göstermektedir. İç ve dış güvenliğin de devletin diğer faaliyet alanları gibi yavaş yavaş özel sektöre açılmasıyla birlikte güvenlik alanı, hızlı bir şekilde gelişen ekonomik sektör haline gelmiştir. Gelişen özel güvenlik şirketleri, daha önce devlet tarafından üstlenilen hapisane hizmetleri örneğinde olduğu gibi başka güvenlik alanlarında da faaliyet göstermeye başlamaktadır. Örneğin ABD’de Wackenhut adlı kuruluş, on üç Amerikan eyaletinde ve dört yabancı ülkede hapisane işletmektedir. Yine bu Kuruluş Güney Carolina ve Nevada eyaletlerindeki nükleer silah tesislerini korunmasını

²⁷⁶ François Misser, “Mercenariat: Le Marché Florissant de la Privatisation des Guerres”, <http://www.cheat.defense.gouv.fr/fr/cahiers_cheat/jeudis/jeudis_2003_2004/p157jdc0304.pdf>, s.(157-173) 159, (12.06.2009).

²⁷⁷ Zabcı, **a.g.m.**, s.28.

²⁷⁸ Private Military Companies: Options for Regulation, 12 February 2002, <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf4/fco_pdf_privatemilitarycompanies>, s.8, (21.08.2009).

²⁷⁹ ABD’nin Irak’ı işgali sırasında Türkiye’deki özel güvenlik şirketlerinden özel güvenlik görevlileri çalıştırdığı basında yer almıştır. Özel güvenlik görevlileri *lejyoner* olarak adlandırılmıştır. <<http://www.memurlar.net/haber/104375/>>, (17.06.2009).

üstlenmiştir²⁸⁰. Bu çerçevede özel güvenlik sektöründe faaliyet gösteren şirketlerin faaliyet alanlarında bir içiçelik olduğu gözlenmektedir. Özel güvenlik sektöründe faaliyet gösteren bir şirket hapishanelerin güvenliğinin sağlanmasından, iç ve dış güvenlik alanlarında faaliyet göstermeye kadar birçok konuda hizmet vermek suretiyle hızlı bir gelişme sağlamaktadırlar. Devletler de bizzat özel güvenlik sektörünün gelişiminin sürdürülmesini sağlamaktadır. Örneğin ABD’de yaklaşık her üç güvenlik görevlisinden birinin doğrudan devlet tarafından istihdam edildiği belirtilmektedir²⁸¹.

1.3.2. Kamu Hizmetlerinin Anayasallığı Bakımından Yapılan Ayrım

Kamu hizmetlerinin ticari bir çerçevede ele alınmasını önlemek için yeni bir kategori; ulusal kamu hizmetleri kategorisi yaratılmıştır²⁸². Kurucu iktidarın iradesinden kaynaklanan ulusal düzeyde yürütülmesi gereken kamuya yararlı faaliyetler anayasal kamu hizmetleri şeklinde kavramlaştırılmıştır.

Anayasal kamu hizmetleri kavramı ilk kez Fransız Anayasa Konseyi’nin 25-26 Haziran 1986 tarihli özelleştirmeye ilişkin kararında kullanılmıştır²⁸³. Konsey bu kararda 1958 Anayasası metnine dâhil olan 1946 Anayasası’nın Başlangıç metnini esas alarak ulusal nitelikteki kamu hizmetleri ya da fiilî tekellerin kamu sektöründen özel sektöre devrinin Anayasa’ya aykırı olacağına hükmetmiştir. Bazı ulusal kamu hizmetlerinin anayasal ilke ya da kurallardan kaynaklandığı, bunun dışında kanun koyucunun ulusal kamu hizmetleri kurma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtildikten sonra, bu şekilde kanun koyucunun takdiri ile kurulan kamu hizmetlerinin özel sektöre devredilebileceğine karar verilmiştir. Kararın konusunu teşkil eden Hükümetin

²⁸⁰ Peter Warren Singer, **Corporate Warriors (The Rise of the Privatized Military Industry)** (Ithaca and London: Cornell University Press, 2003), s.69.

²⁸¹ Aynı, s.69.

²⁸² Guglielmi ve Koubi, **a.g.e.**, s. 76.

²⁸³ Conseil Constitutionnel, 25-26 juin 1986, 86-207 sayılı karar, <<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1986/86207dc.htm>>, (26.4.2007).

Ekonomik ve Sosyal Düzene İlişkin Çeşitli Önlemler Almasına Yetki Veren Kanunun, Kanun'a ekli listedeki doğrudan ya da dolaylı olarak mülkiyeti devlete ait olan şirketlerin özel sektöre devrine imkân veren 4. maddesinde sayılan bankalar aracılığıyla verilen kredi hizmetinin anayasal nitelikte kamu hizmeti olmadığı ve özel sektöre devredilebileceği belirtilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi daha sonra anayasal kamu hizmetleri konusunda iki karar vermiştir. Bu kararlardan ilki karasal yolla televizyon yayıncılığına ilişkindir²⁸⁴. Anayasa Konseyi, kanun koyucunun televizyon yayıncılığını ne tümüyle kamu hizmeti rejimine ne de imtiyaz rejimine tâbi tuttuğunu, bu yayıncılığın anayasal nitelikli hükümlerden kaynaklanmadığını dolayısıyla kanun koyucunun televizyon yayıncılığını anayasal ilkeleri güvence altına almak kaydıyla idari izne bağlayarak özel sektörün bu alanda faaliyet göstermesine izin verebileceğine karar vermiştir. Konsey böylece özel yayın kuruluşlarının televizyon yayını yapmasını Anayasa'ya aykırı bulmadığı gibi kamu yararının ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle gerçekleşebileceği, idari izinle televizyon yayıncılığına izin verilmesinin anayasaya aykırı olduğu iddialarını da reddetmiştir.

Anayasa Konseyi'nin verdiği ikinci karar tarım kredisi sağlayan ulusal sandığın özelleştirilmesine ilişkindir²⁸⁵. Konsey bu kararında, düzenleme yetkisini kanun koyucuya veren Anayasa'nın 34. maddesinin, özel sektöre devrin ne şekilde olacağı konusunda kanun koyucuyu zorlamadığını belirttikten sonra, ulusal sandığın tekel niteliğinde hizmet sunduğu ve ulusal nitelikli kamu hizmeti olması nedeniyle özel sektöre devredilemeyeceği iddiasını şu gerekçelerle reddetmiştir; Konsey ilk olarak sübvansiyonlu kredi dağıtımının Anayasa tarafından öngörülen kamu hizmeti olmadığını dolayısıyla kanun koyucunun bu faaliyeti yürüten kuruluşu özel sektöre

²⁸⁴ Conseil Constitutionnel, 18 septembre 1986, 86-217 sayılı karar, <<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1986/86217dc.htm>>, (3.5.2007).

²⁸⁵ Conseil Constitutionnel, 7 janvier 1988, 87-232 sayılı karar, <<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1987/87232dc.htm>>, (1.5.2007).

devredilebileceğine karar vermiştir. Hizmetin tekel niteliğine ilişkin olarak ise Konsey, başka sektörlerde kredi sağlayan kuruluşlar olduğuna ayrıca tarımsal amaçlı kredi sağlamak sandığın önemli faaliyeti olmakla birlikte tek faaliyeti olmadığı, dolayısıyla 1946 Anayasası'nın Başlangıç hükümlerinin özel sektöre devre engel olmadığına karar vermiştir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin özelleştirmeler üzerine verdiği bu kararlarda anayasal kamu hizmetleri kategorisi yaratılmakla birlikte karara konu hiçbir kamu hizmeti bu kategori içinde kabul edilmemiştir. Kararda anayasal kamu hizmeti sayılmayan özelleştirme yasası kapsamındaki faaliyetlerin birçoğu bankacılık ve sigorta hizmetleridir. Buradan genel olarak sınai veya ticari kamu hizmetlerinin kapsam dışında olduğunu, anayasal kamu hizmetleri kategorisinin esas olarak idari kamu hizmetleri ile ilgili olduğu sonucuna varılabilir²⁸⁶. Fransız Anayasa Konseyi'nin verdiği kararlarda sınai ve ticari nitelikli kamu hizmetlerini, anayasal nitelikli kamu hizmetleri olarak nitelememesinden hareketle anayasal kamu hizmetleri ile idari kamu hizmetleri arasında bağlantı kurulabilir. Ancak anayasal kamu hizmetleri kategorisi, idari kamu hizmetlerinden hangilerinin devredilip hangilerinin devredilemeyeceğinin tespitinde sınırlı bir yere sahiptir²⁸⁷. Zira belirtildiği üzere idari nitelikte kamu hizmetleri de özel hukuk kişilerine devredilmektedir.

Nitekim hangi hizmetlerin anayasal kamu hizmeti olduğu konusunda bir kesinlik yoktur. Anayasal kamu hizmetlerinin tespitine yönelik ölçütler getirilmiştir. Anayasal kamu hizmetlerinin ölçütleri kurucu iktidarın iradesi ve organik ölçüt olarak ortaya

²⁸⁶ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 262

²⁸⁷ Patrick Péréon, "La Délégation des Services Publics Administratifs", **A.J.D.A.**, 1449-1459, (19 juillet 2004), s. 1451.

konmuştur. Kurucu iktidarın iradesi esas ölçüt, organik ölçüt ise bağlantılı ölçüt olarak ele alınmıştır²⁸⁸.

Kurucu iktidarın iradesinin esas ölçüt olarak alınması, kamu hizmetlerinin tanımında benimsenen subjektif anlayışın yansımasıdır. Zira subjektif anlayışa göre toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik herhangi bir faaliyet değil siyasal organların kamuya yararlı gördükleri faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmeti kurma yetkisi kanun koyucuya ait olduğundan çıkarılacak yasa ile bir faaliyet alanı kamu hizmeti olarak düzenlenebilir. Anayasal kamu hizmetlerinde ise faaliyetin kamu hizmeti niteliği doğrudan kurucu iktidarın iradesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla anayasal kamu hizmetleri söz konusu olduğunda kanun koyucunun kamu hizmeti kurma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu söylenemeyecektir. Bu bağlamda diğer kamu hizmetleri yasama organının takdirine bağlı siyasal ve subjektif bir kategori iken yasama organının yetkisinin bağlı olduğundan hareketle anayasal kamu hizmetlerinin daha çok hukuki bir kategori olduğu söylenebilir²⁸⁹.

Kanun koyucunun anayasal kamu hizmetini kamu hizmeti olmaktan çıkaran yasanın anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir. Ancak daha önce belirtildiği gibi anayasal bir kuraldan kaynaklansa da kanun koyucunun hareketsiz kalması halinde yani anayasa gereği kurulması gereken bir kamu hizmetini kurmaması durumunda, kamu hizmetini kurdurmaya yönelik hukuki bir mekanizma yoktur.

Anayasal kamu hizmetleri ölçütlerinden kurucu iktidarın iradesi esas, organik ölçüt bağlantılı ölçüt kabul edilse de konunun kamu hizmetlerinin devri bağlamında incelenmesinde organik ölçüt esas ölçüt konumundadır. Anayasal kamu hizmetleri sadece kamu tüzelkişileri tarafından mı yürütülebilir ya da tersinden sormak gerekirse özel hukuk kişilerinin anayasal nitelikteki kamu hizmetlerini yerine getirebilmeleri

²⁸⁸ Esplugas, **a.g.e.**, s. 20.

²⁸⁹ **Aynı**, s.21.

mümkün müdür? Anayasal kamu hizmetlerinin Duguit tarafından ortaya konan kamu hizmeti anlayışıyla uyumlu olduğu, zira her ikisinde de kamu hizmetlerinin kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesinin benimsendiği belirtilmiştir. Anayasal kamu hizmetlerinin kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesi gereği ise Fransız Anayasa Konseyi'nin 25-26 Haziran 1986 yılında vermiş olduğu kararda "Anayasa tarafından zorunlu kılınmayan bir kamu hizmetinin özel sektöre devrine engel olmadığı" ifadesinden tersi bir yorumla anayasal kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilemeyeceği yani kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesi ölçütü ortaya konmuştur²⁹⁰.

İdari kamu hizmetleri-sınai ve ticari kamu hizmetleri ayrımının devredilebilirlik açısından önemini yitirdiğinin açıklanmasından sonra, organik ölçütün anayasal kamu hizmetlerinin tamamı için geçerli olduğu görüşünün gerçekliği tartışmalıdır. Zira anayasal ilke ve kurallardan doğan örneğin eğitim ya da sağlık hizmetlerini özel kişiler de sunabilmektedir. Nitekim anayasal kamu hizmetlerinin kapsamı belirlenirken ikili bir ayrıma gidilmektedir. Anayasal kamu hizmetlerinin ilk ayağını 1789'da gelişen liberal teorilerin uzantısı olan ulusal egemenliğin kullanılmasına ilişkin hizmetler oluştururken ikinci ayağını sosyal hakların tanınmasıyla bireyler lehine ortaya çıkan isteme haklarından doğan kamu hizmetleri oluşturmaktadır²⁹¹.

Egemenliğin kullanılmasına ilişkin anayasal kamu hizmetlerinin devredilemeyeceği kabul edilmekle birlikte devlet denetim yetkisini koruduğu sürece özel kişilerce ya da yerel yönetimlerce işletilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır²⁹². Nitekim hapisanelerinin özel kişilerce inşa ve işletilmesine olanak tanıyan yasa tasarısını savunan Favoreu bu tasarı ile hapisane hizmetlerinin özel kişilere devredilemediği sağlık ve eğitim hizmetlerinde olduğu gibi kamu tüzelkişilerinin özel kişilerle yan yana

²⁹⁰ Aynı, s.23.

²⁹¹ Aynı, s.25.

²⁹² Aynı, ss.28-29.

bu hizmetleri yürüttüğü belirtilmiştir²⁹³. Hapishane hizmetlerinin egemenliğin kullanılmasına ilişkin kamu hizmetlerinden olduğuna şüphe yoktur. Egemenliğin kullanılmasına ilişkin kamu hizmetleri şu şekilde sınıflandırılmıştır; güvenliği ve kamu düzenini sağlamaya yönelik kamu hizmetleri (bu hizmetler arasında biraz önce belirtilen hapishane, ordu, adli kolluk ve adalet hizmetleri yer almaktadır), devletin mali ve iktisadi alandaki egemenliğini sağlamaya yönelik kamu hizmetleri (bunlar arasında para basma ve vergi toplama hizmetleri yer almaktadır) ve devletin dış egemenliğini sağlamaya yönelik kamu hizmetleridir (diplomasi ve siyasi sığınmacıları kabul hizmetleri bu hizmetlerdendir)²⁹⁴. İdari kolluk faaliyetlerinin güvenliği ve kamu düzenini sağlamaya yönelik anayasal kamu hizmetleri arasında sayılmamasını yazarın kolluk faaliyetlerini kamu hizmeti saymadığı ayrı bir idari faaliyet türü olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanmalıdır. Zira idari kolluk faaliyetlerinin anayasal kamu hizmetleri arasında sayılmamasının tek gerekçesi anayasal değerdeki metinlerde yer almaması olabilir ki adli kolluk faaliyetlerinin anayasal kamu hizmeti sayılması için gerekçe gösterilen 1789 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insan ve yurttaş haklarının güvence altına alınması bir kamu gücünü (*organik anlamda*) gerektireceği; bu gücün kendi çıkarları için değil herkesin yararı için kurulacağını öngören 12. maddesi, hiç şüphesiz idari kolluk faaliyetleri için de en azından güvenlik unsuru bakımından dayanak alınabileceği göz önüne alındığında çıkarım daha anlamlı olacaktır.

İktisadi ve sosyal hakların karşılanmasına ilişkin anayasal kamu hizmetlerinin evleviyetle özel kişilerle bir arada yürütülmesinin mümkün olduğu belirtilmiş ve bu alandaki anayasal kamu hizmetleri de üçlü bir ayrıma gidilerek somutlaştırılmıştır. Bu hizmetler; ulusal ekonominin korunmasına yönelik kamu hizmetleri (enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon hizmetleri), entelektüel yaşamın korunmasına yönelik kamu

²⁹³ Favoreu, a.g.m., s 56.

²⁹⁴ Esplugas, **a.g.e.**, ss. 40-57.

hizmetleri²⁹⁵ (ücretsiz ve laik eğitim hizmetleri) ve maddi yaşam koşullarını korumaya yönelik kamu hizmetleridir (sağlık, sosyal güvenlik hizmetleri)²⁹⁶.

Fransız Hukuku kaynaklı anayasal kamu hizmetleri kategorisinin Türk Hukukunda varlığı ve böyle bir kategorinin kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinde bir eşik ya da sınır oluşturup oluşturamayacağı konularının irdelenmesi gerekmektedir. Öncelikle anayasal kamu hizmetleri kategorisinin Türk Hukukunda var olup olmadığı sorunu ele alınmalıdır.

Türk Hukukunda anayasal kamu hizmetlerinin varlığı Anayasa Mahkemesi içtihatları esas alınmak suretiyle iki görüş etrafında şekillenmektedir. Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin devletin görevleri ile kamu hizmeti arasında paralellik kuran içtihadı doğrultusunda anayasal kamu hizmetleri kategorisinin Türk Hukukunda da varolduğu kabul edilmelidir²⁹⁷. Nitekim tabii servet ve kaynakları arama ve işletmenin devlete verilmesini anayasa koyucunun bu işleri kamu hizmeti saydığına kanıt olarak gören Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına²⁹⁸ ilişkin incelemede Bilgen de anayasalarla da bazı faaliyetlerin devletin görevleri arasında sayabilecekleri ve bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak yürütülmesine karar verebileceklerini belirtmiştir²⁹⁹. Bir diğer görüşe

²⁹⁵ Bu kapsamda 1946 Anayasası'nın Başlangıç kısmının 13. fıkrasında yer alan ücretsiz ve laik eğitimin anayasal bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin özel kişilerle yan yana yürütülebileceği hatta eğitim özgürlüğünden dolayı bunun zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ancak yine aynı fıkarda yer alan mesleki eğitim ve kültür hizmetlerinin anayasal kamu hizmetleri sayılmaması gerektiği zira devlete bu hizmetleri sağlama görevi değil çocuk ve yetişkinlerin eşit şekilde bu hizmetlerden yararlanmalarının sağlanması görevinin verildiğinden bahisle çıkarılacak yasa ve diğer düzenlemelerle bu amaca ulaşılabileceği mutlaka kamu hizmeti kurmak gerekmediği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla mesleki eğitim ve kültür hizmetleri anayasal kamu hizmetleri olarak kabul edilmeyecek entelektüel yaşamın korunmasına yönelik kamu hizmetlerinin tek örneği olarak ücretsiz ve laik eğitim gösterilecektir. Esplugas, **a.g.e.**, ss. 64-70.

²⁹⁶ **Aym**, ss. 57-78.

²⁹⁷ Karahanoğulları, **a.g.e.**, ss.263-264.

²⁹⁸ AYM, 21.6.1979, E.No:1979/1, K.No:1979/30,

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1979/K1979-30.htm>>, (04.06.2007).

²⁹⁹ Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında", **İ.H.İ.D.**, Sayı 1:113-116, (Mart 1980), s.113.

göre ise Anayasa Mahkemesi dolaylı şekilde anayasal kamu hizmetlerinin varlığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelemesiyle bağlı olmaksızın anayasaya uygunluk denetimi yapabileceği, bazı kamu hizmetlerini önemli kamu hizmetleri olarak nitelemesi ve bu nitelikteki kamu hizmetlerinin kanun koyucunun iradesi ile dahi kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağı yönündeki kararlarına binaen anayasal kamu hizmetleri kategorisinin varlığı kabul edilmelidir³⁰⁰. Ancak öğretide Anayasa'nın nelerin kamu hizmeti olarak nitelenebileceği konusunda tamamen sessiz kaldığı, bu konuda kanun koyucunun tamamen serbest olduğu da iddia edilmiştir³⁰¹.

Anayasal kamu hizmetlerinin kaynağı olarak başta devletin görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5. maddesi, Başlangıç kısmı, ikinci kısmın dördüncü bölümünde yer alan sosyal hakları düzenleyen hükümlerle dördüncü kısmın ikinci bölümünde yer alan ekonomik hükümler sayılabilir. Başlangıç kısmındaki temel ilkeleri içeren Anayasa'nın 5. maddesi³⁰², savunma, kolluk, adalet, eğitim ve sağlık hizmetlerinin dayanağı olarak yorumlanabilir. Aslında bu hizmetlerden eğitim ve sağlık hizmetleri somut olarak sosyal haklar arasında düzenlenmiştir. Sosyal haklar elbetteki bu haklarla sınırlı değildir. Çalışma hakkı, konut hakkı, çevre hakkı ve sosyal güvenlik hakkı da Anayasa'da sayılan sosyal haklardandır. Bu haklardan bazıları kamu hizmeti kurulmasını gerektirir. Eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve sağlık hakkı kamu hizmeti kurulmasını gerektiren sosyal haklar arasında yer alır. Ancak çevre hakkı için mutlaka kamu hizmeti kurulması gerekmez. Devlet yapacağı düzenleme ve denetlemelerle de bu hakkın

³⁰⁰ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri** (İstanbul: Ülke Kitapları, 2004), s.45.

³⁰¹ Nuri Yaşar, "Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği", **İ.H.İ.D., Prof.Dr. Pertev Bilgen'e Armağan**, Sayı1-3, Cilt 13:442-452, (2000), s.450.

³⁰² Anayasanın, devletin temel amaç ve görevleri başlığını taşıyan 5. maddesinin metni şu şekildedir; "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

kullanılmasını sağlayabilir. Yine Anayasa’da yer alan ekonomik hükümler, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi görevi ile ormanların geliştirilmesi ve işletilmesi görevlerini devlete vermiştir.

Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken görevlerin özel kesime devri yoluyla gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı konumuz açısından yanıtlanması gereken asıl soru konumundadır. Bilindiği üzere devlete görev olarak verilen bu faaliyetlerden bazılarının zaten özel hukuk kişileriyle bir arada yürütülebileceği doğrudan anayasa koyucunun iradesinden kaynaklanmaktadır. Eğitim hizmetleri (madde 42), sağlık hizmetleri (madde 56), tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi faaliyetleri (madde 168) doğrudan devlet eliyle yürütülebileceği gibi özel hukuk kişileri tarafından da yerine getirilebilir. Ancak bazı hizmetler bizzat devlet tarafından yerine getirilmelidir. Örneğin Anayasa’nın 169. maddesi ormanların özel kişilere devri yasaklandıktan sonra ormanların işletilmesi yetkisi de devlete bırakılmıştır. Ormanların işletilmesi örneği dışında doğrudan devlet tarafından yürütülmesi zorunlu kamu hizmeti örneği bulmak mümkün değildir. Özellikle, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklik ile kanun koyucuya kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerine gördürme ve devretme yetkisi tanınmasından sonra kamu hizmetlerinin doğrudan devlet tarafından yerine getirilme zorunluluğu gündeme getirilemeyecektir. Aslında Anayasa değişikliğinden önce de kamu hizmetlerinin devletin denetim ve gözetimi altında özel kişilere gördürülebileceği zaten kabul ediliyordu.

Yanıtlanması gereken soru egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinin mümkün olup olmadığıdır. Pozitif hukukta kamu hizmeti olarak yürütülmesi gereken alanların devlet veya diğer kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesini zorunlu tutan düzenleme olmaması nedeniyle³⁰³ uygulamada egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri olduğundan şüphe edilmeyen kolluk ve adalet hizmetlerinin yürütülmesine özel kişilerin de katıldığını gözliyoruz. Artık özel şirketler güvenlik hizmetleri sunabildiği gibi

³⁰³ Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, ss.48-49.

uymazlıkların çözümünde hatta sadece özel uymazlıkların çözümünde değil kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de tahkime gidilebilmektedir. Böylece yargı alanında da özel kişilerin faaliyet gösterebilmelerine olanak tanınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tâbi tutulması mümkün değildir³⁰⁴.

Belirtmek gerekir ki egemenliğe ilişkin alanlarda özel kişilerin faaliyet göstermeleri kamu hizmetlerinin devri anlamına gelmemektedir. Zira devlet bu alanlardan tamamen çekilmemekte özel kişilerle bir arada kamu hizmetlerini yürütmektedir. Ayrıca kolluk hizmetleri için özel kişilerin devletin denetim ve gözetimi altında faaliyet gösterdiğini belirtmek gerekir. Bu anlamda Esplugas tarafından ifade edilen egemenliğe ilişkin hizmetlerin devletin denetim ve gözetimi altında olmak şartıyla özel kişilerce de görülebileceği görüşüyle uyumludur. Tahkim sonucunda verilen kararların bağlayıcı olmamasından³⁰⁵ bu bağlamda devletin yargılama yetkisini devretmediğinden bahisle yargılama yetkisinin devredilmediği ileri sürülmüştür³⁰⁶.

³⁰⁴ Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s. 49.

³⁰⁵ Nevhis Deren Yıldırım, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4:37-44, (2002), ss.42-43.

³⁰⁶ Tahkim dışında özel hukuk kişilerinin yargılama yaptıkları bir diğer alana örnek olarak özel hukuk kişisi statüsündeki meslek kuruluşlarının üyelerine verdikleri disiplin cezaları verilmiştir. Ancak verilen disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulacağından burada da yargılama yetkisinin devredilmediği belirtilmiştir. Esplugas, **a.g.e.**, s.42. Türk Hukukunda meslek kuruluşları kamu tüzelkişisi olarak düzenlenmiştir ve verdikleri disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurmak mümkündür. Bu bağlamda yargılama yetkisinin devrinden söz edilemez. Ancak örneğin bir özel hukuk tüzelkişisi olan Türkiye Futbol Federasyonu'na bağlı organ konumundaki Tahkim Kurulu'nun, yönetim kurulu ve disiplin kurulunca verilen kararları itiraz üzerine inceleyerek karara bağlayacağı ve verdiği kararların kesin olduğu 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Burada yargılama yetkisinin özel kişilere devredildiğini söylemek mümkündür. Nitekim Tahkim Kurulu'nun verdiği kararlar herhangi bir adli ya da idari makamın onayına tâbi olmadığı gibi bu kararlara karşı adli ya da idari mercilere itiraz edilemeyeceği belirtilmiş ve bu bağlamda futbol alanında öngörülen tahkim zorunlu tahkim olarak nitelenmiştir. Bkz. Erkan Küçükgüngör, "Türkiye Futbol

Görülüyor ki özelleştirme yasalarının denetimi ile Fransız Anayasa Konseyince ortaya konulan ve öğreti tarafından anayasal kamu hizmetleri olarak adlandırılan kategorinin aslında özelleştirme yetkisinin sınırlarını belirleme amacıyla oluşturulduğu söylenebilir. Ancak anayasal kamu hizmetlerinin bu amacına ulaştığını söylemek oldukça güçtür. Zira belirtildiği üzere devletin denetim ve gözetimi altında olmak şartıyla egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri de dâhil olmak üzere her türlü kamu hizmetinin görülmesinde özel kişilerden yararlanmak olanaklıdır. Elbette özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerinin görülmesine her türlü katılımı söz konusu hizmetin devredildiği anlamına gelmemektedir. Ancak basit bir katılımı başlatan bu birlikteliğin sonraki aşamalarda alacağı şekil konusunda kesin konuşmak da olanaklı değildir.

2. KOLLUK FAALİYETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNE DEVRİ

2.1. Kolluk Faaliyetlerinin Niteliği

Kolluk ile kamu hizmeti arasındaki ayırım, devletin ekonomiye müdahalesinin reddedildiği ve görevlerinin güvenlik, savunma ve adalet hizmetleriyle sınırlı tutulduğu jandarma devlet³⁰⁷ döneminde daha belirgin iken sosyal devlet döneminde bu ayırımın belirginliğinin azaldığı belirtilmektedir³⁰⁸.

Kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine devrinin mümkün olup olmadığının incelenmesinden önce kolluk faaliyetlerinin hukuki niteliğinin ortaya konması gerekmektedir. Bu çerçevede kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet mi olduğu yoksa kamu hizmeti mi olduğu sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır. Kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet olarak kabulü halinde bu nitelemenin özel hukuk kişilerine devre

Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 50, Sayı 2:137-146, (2001), ss.142-143.

³⁰⁷ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** (8. Baskı. Ankara:Yetkin Yayınları, 2004), s. 123.

³⁰⁸ Jacques Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel; Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat", **A.J.D.A.**, 3-17, (20 janvier 1965), s. 7.

engel olup olmadığı, kamu hizmeti olarak kabulü halinde ise ne tür bir kamu hizmeti olduğu ve alelade bir kamu hizmeti gibi özel hukuk kişilerine devredilip devredilemeyeceği soruları ele alınacaktır.

Herşeyden önce belirtmek gerekir ki kolluk konusu bir süre kamu hizmetinin gölgesinde kalmış ve ancak Maurice Hauriou'dan sonra idare hukukunun teorik eserleri yeniden kolluk üzerine yoğunlaşmıştır. Bu yoğunlaşmanın sebebi iki olayla açıklanmıştır. Bir yandan kolluk faaliyeti, 19. yüzyıla kadar özel hukuk kişilerince yürütülen mahalli kolluk faaliyetinin merkezileşme sürecine uygun olarak idari fonksiyona dahil edilmiştir. Bu olaydan daha da önemlisi ise idare hukukunun içine düştüğü kimlik krizidir. Bu dönemde idare hukuku, idari faaliyetleri düzenleyen kuralları açıklamakla yetinmemiş, esaslı değişimlerin yaşandığı dönemde “varlığını” sorgulamıştır. Bu da öğretinin kolluk ve kamu hizmeti olmak üzere iki idari faaliyet türü üzerinde ayırım yapmasını sağlamıştır. Kamu Hizmeti Okulu, kolluğu sadece kamu hizmetinin bir türü olarak ele almak istemiş ancak bu dönemde, kolluğun kamu hizmeti kavramı ile birlikte idare hukukunun açıklandığı iki kavramdan biri olduğu fikri belirmiştir³⁰⁹.

İdare hukukunda birinci plana kamu gücü kavramını koyan Hauriou kamu hizmetinin ikinci planda ele almakla birlikte önemli bir yere sahip olduğunu çünkü kamu gücünün objektif sınırlarını ortaya koyduğunu belirtir³¹⁰. Kamu hizmetleri düzen ve barışı (police) sağlamanın araçlarıdır. Kolluk neyin yasaklanıp neye izin verildiği ya da neyin yapılması gerektiği, neyin yapılmaması gerektiğini öngören düzenlemelerle bu yetkiyi elde etmektedir. Fakat sadece yasakların belirlenmesi yeterli olmayıp bu kuralların icrası uygulanması da gerekir. Uygulama, bastırıcı cezalarla hayata geçen yargısal süreçle ya da idari süreçle mümkündür. İdari süreç, yurttaşların yasalara iradeleriyle uymalarını sağlamaya yönelik hizmetleri yerine getirdiğinden önleyici düzenlemelere

³⁰⁹ Etienne Picard, **La Notion de Police Administrative**, (Paris: L.G.D.J., 1984), ss. 27-29.

³¹⁰ Maurice Hauriou, **Précis de Droit Administratif et de Droit Public** (Paris: Dalloz, 2002), s. 14.

ilişkindir. Böylece bir kamu hizmetinin düzenlenmesi yasaların önleyici olarak uygulanmasını sağlar ve sonuç olarak da kamu hizmeti kolluk amacı taşır³¹¹.

Devleti tanımlamada Hauriou tarafından önerilen anlayış esas alındığında devletin toplumsal barışı sağlamak için kurulduğu, bu görevin temel görev olduğu ve diğer kamu hizmeti faaliyetlerinin koşullarını belirlediği söylenebilecektir. Kamu düzeni "barış" düşüncesinin bir parçasıdır. Kamu düzeni hukuki bağlamda değişik şekillerde ve farklı kabullerle ele alınmıştır. Özel hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak ele alınan kavram, Topluluk Hukukunda ise Topluluk kurucu ilkelerini ve özellikle serbest rekabet ilkesini korur. Bütün olarak kavram ya çerçeveleme veya sınırlama ya da faaliyetin motor gücü olmak üzere iki işleve sahiptir. İdare hukukunda kamu düzeni kavramı, idari faaliyetin amacı olarak ele alınır. Devletin sahip olduğu kamu gücü diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Kamu gücüne ilişkin kamu hizmetleri arasında yer alan kolluk faaliyetleri, kamu düzeni kavramı ile açıklanır. Kamu düzenini sağlama görevi devlet müdahalesinin meşruiyetine ilişkin tartışmaların dışında kalır; çünkü devleti kuran bu işlevdir. Bu alanda meşruiyet sorusu anlamdan yoksundur, zira devlet varlığını bu işleve borçludur ve bu işlev devletin araçlarıyla somutlaşır. Burada devletin sahip olduğu araçlar kadar etkili araçlara sahip olan özel kişilerin müdahalesinin de kamu düzeninin sağlanmasına katkıda bulunabileceği tahayyül edilebilir. Ancak böyle bir durumda kamu düzeni özel düzenin çıkarları tarafından ipotek edileceğinden bu olasılık pozitif hukukça dışlanmıştır³¹².

Kolluk faaliyetlerini kamu hizmetinden ayrı bir idari faaliyet türü olarak ele alanlar ya idarenin görevlerini sınıflandırmak ya da kolluk ile kamu hizmetleri arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koyduktan sonra iki ayrı başlık altında ele almak veyahut herhangi bir karşılaştırma yapmadan doğrudan iki ayrı başlık altında ele almak suretiyle bu ayırımı benimsediklerini ortaya koymuşlardır.

³¹¹ Aynı, ss. 546-547.

³¹² Jean-François Brisson ve Aude Rouyère, **Droit Administratif**, (Paris: Montchrestien, 2004), s.314.

İdarenin görevlerini sınıflandırmak suretiyle bu ayrımı benimseyen yaklaşımda idarenin görevleri; kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri, özendirme ve destekleme işlemleri, öngörme ve alternatif belirtme ödevi ve özyönetim işleri olarak beşli bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Bu sınıflandırmadan ve “her kamusal görevi kamu hizmeti sayan aşırı öğreti” ifadesinden hareketle kolluk ve kamu hizmetleri ayrımının benimsendiği sonucuna ulaşabiliriz³¹³.

Bazen kolluk ile kamu hizmeti herhangi bir karşılaştırma yapılmadan doğrudan iki ayrı başlık altında incelenmiştir. Kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan ayrımda güvenliği sağlamanın idari kamu hizmetleri arasında sayılmaması da kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet olarak benimsendiğini ortaya koymaktadır³¹⁴.

Kimi zaman da kolluk ile kamu hizmeti arasındaki benzerlik ve farklar ortaya konulduktan sonra idarenin faaliyetleri iki ayrı başlık altında ele alınmıştır³¹⁵. Görülme şekli esas alınarak edimde bulunma ve düzenleme şeklinde iki büyük kamu hizmeti kategorisinin varlığını savunan görüş aktarıldıktan sonra kolluk ve kamu hizmetleri ayrı başlıklar altında ele alınmıştır³¹⁶.

Belirtmek gerekir ki öğreti ve yargı kararlarındaki hâkim görüş kolluk faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğu yönündedir. Nitekim kolluk faaliyetleri kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen kamu hizmeti olarak tanımlanmakta³¹⁷, kamu hizmetlerinin ilki sayılan kolluk faaliyetleri³¹⁸, kamu gücüne ilişkin kamu idareleri veya

³¹³ Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders...**, s.210 ve 247.

³¹⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 304.

³¹⁵ Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, ss. 215-216.

³¹⁶ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.638.

³¹⁷ Chapus, **a.g.e.**, s. 700.

³¹⁸ Özay, **a.g.e.**, ss.490-491.

kamu kurumları tarafından tekel şeklinde yürütülecek idari hizmet olarak ele alınmaktadır³¹⁹.

Kamu hizmetinde amaç kamu yararı iken kolluk faaliyetlerinde amaç, kamu düzeninin sağlanmasıdır. Kolluk faaliyetlerini ayrı bir idari faaliyet olarak kabul eden ve farklarını ortaya koyanların dayandığı en temel nokta da amacın farklı olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet olmadığını, idari faaliyetin kamu yararı kavramı çerçevesinde tekliğini savunan görüşe göre kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeni kavramı, kamu yararı kavramının bir unsuru olarak ele alınmalıdır. Bu görüşe göre kolluk faaliyetinin amacı kamu hizmetinde olduğu gibi kamu yararının sağlanmasıdır. Kolluk alanında kamu yararı kavramı ise kamu düzeni kolluğu, ekonomik kolluk, estetik kolluk gibi görünümlemlerle somutlaşır ve kamu düzeni kolluğu amaçlar arasında "eşitler arası birinci" konumundadır. Özellikle özel idari kolluk alanlarından ekonomik kolluk ve kamu malları kolluğu alanında kamu yararı amacının ön plana çıktığı belirtilmiştir³²⁰. Gerçekten de kamu düzeninin sağlanması da nihayetinde kamu yararının gerçekleşmesine hizmet eder. Kamu düzeni kamu yararı kavramının somutlaşmış görünümünden ibarettir.

Kamu düzeni kavramı da idarenin hareket alanını ve şeklini belirlemesi açısından kamu yararı kavramına göre bazı farklılıklar göstermektedir. Nitekim kolluk faaliyetlerini kamu hizmeti olarak kabul edenler dahi kolluğu kamu düzenini korumak ve sağlamak üzere emirler verebilen, yasaklar getirebilen kendine özgü bir kamu hizmeti olarak kabul etmektedirler³²¹. Bu ayrımı benimseyenlere göre kolluk faaliyetleri emir ve yasaklarla gerçekleştirilmekte ve özel kişilerin faaliyetlerini düzenlemektedir. Kamu

³¹⁹ Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler** (Ankara: TODAİE Yayınları, 1973), s.11.

³²⁰ Didier Linotte, "L'Unité Fondamentale de l'Action Administrative", **La Police Administrative Existe-t-Elle?**. Ed.: Didier Linotte, (Paris: Economica, 1985, ss.11-28), ss. 16-19.

³²¹ Debbasch ve Colin, **a.g.e.**, s. 388.

hizmetlerinde ise idare, özel kişilerin karşılamaktan yoksun olduğu durumlarda hizmet sunmakta ve bunu emir ve yasaklarla değil edimlerle yerine getirmektedir³²².

Kamu hizmeti ile kolluk arasındaki farklılıklardan biri de bu faaliyetlerin devletçe üstlenilme zorunluluğu esas alınarak ortaya konulmuştur. Buna göre; kolluğun yani kamu düzeninin her durumda modern devlette sağlanması zorunlu iken hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak devletçe üstlenileceği değişken bir içeriğe sahiptir. Bu fark yanında kamu hizmeti ile kolluk arasındaki diğer farkların ise amaç ve kullanılan araçlara ilişkin olduğu belirtilmektedir. Belirtildiği üzere kamu hizmetlerinde amaç topluma hizmet sunmaktır ve bu amaç için kullanılan araç ise edimdir. Kollukta ise amaç, kamu düzeninin sağlanması, araç ise düzenlemeler ve kayıtlamalardır. Bu farklılıklara karşın kolluk ve kamu hizmetinin aynı zamanda birbirine sıkı sıkıya bağlı faaliyetler olduğu vurgulanmaktadır. Çünkü kamu düzeni sağlanmadan kamu hizmetlerinin sağlanması mümkün olmadığı gibi sadece kamu düzenini sağlayan bir devlet fikri de gerçekliklerle bağdaşmamaktadır³²³.

Gerçekten de sadece kamu düzenini sağlayan, hiçbir kamu hizmetini üstlenmeyen bir devlet düzeninde kamu düzenini sağlamak da mümkün değildir. Hatta jandarma devlet döneminde bile devlet, sadece düzeni sağlamakla yetinmemiştir. Modern devletle birlikte kamu hizmeti kavramı kamu gücüne ilişkin egemenlik yetkilerinin tamamlayıcısı haline gelmiştir. Sınırlı bir içeriğe sahip devlet faaliyetleri bireyin de devlet karşısında sadece yükümlülükleri değil isteme hakları çerçevesinde alacağı olduğu fikrinin kabulü ile daha da genişlemiştir. Böylece gelişen devletin edimleri geniş anlamda kamu düzeni arayışını da artırmıştır. Çünkü zamanla mesleklerin denetimi ve ekonomik faaliyetlerin düzenlenmesi ile kamu düzeni kavramı genişlemiştir. Bu nedenle kamu hizmeti ile kolluk arasında edimde bulunmak ve kayıtlamak üzerinden

³²² Jean Rivero, **Droit Administratif** (6e Edition. Paris: Dalloz, 1973), s.395; Georges Vedel, **Droit Administratif**, (5e Edition. Paris: P.U.F., 1973), s.783.

³²³ Frier, **a.g.e.**, s.169.

yapılan ayırım pek tatmin edici değildir. Kamu düzeninin sağlanması için kayıtlayıcı faaliyetlerde bulunmanın, kamu hizmetlerinin sunulmasında edimlerde bulunmaktan farklı bir hukuki rejime tâbi olduğu kesinse de bu iki hareket tarzı temelde tamamlayıcı ve uygulamada da sıkı sıkıya bağlıdırlar. İdari makamlar büyük oranda her iki faaliyeti birlikte üstlenirler ve kamu hizmeti kayıtlayıcı faaliyetleri içerirken kolluk da sıklıkla edimlerde bulunur³²⁴. Kolluk ile kamu hizmeti arasında yapılan ayırımın önemli ölçüde gerçeği yansıttığının kabul edilmesi halinde de kolluk faaliyetleri çerçevesinde idarenin hizmetler sunabildiği, kamu hizmetleri çerçevesinde de emir ve yasaklar şeklinde kayıtlamalarda bulunduğu belirtilmektedir gibi³²⁵.

Yine kolluk faaliyetleri ayrı bir idari faaliyet olarak kabul edilse de kolluk ve kamu hizmetinin kolluk faaliyetlerini yürüten personelin organik anlamda kamu hizmeti olması ve kolluğun kimi zaman bireylere hizmette bulunması açılarından benzeştiği kabul edilmektedir³²⁶. Diğer yandan kamu hizmeti ile kolluk arasında, kullanılan araçlardaki benzerlik de kabul edilmekte ancak amaç farklılığından hareketle ayrı faaliyet kabul edilmektedir. Buna göre; kolluk faaliyetine özgü araç olarak kabul edilen düzenleme/kayıtlama, kamu hizmetleri için de söz konusu olabileceği gibi kolluk da bazen yaralılara yardım gibi edimlerde bulunabilir. Buradan hareketle kamu hizmetlerinin, idare tarafından özel bir hukuki rejime tâbi olarak üstlenilen ve yürütülen kamuya yararlı faaliyetler tanımı esas alındığında kolluk faaliyetlerinin de birer kamu hizmeti olduğu ancak kolluğun amacı göz önüne alındığında diğer kamu hizmetlerinden farklı ayrı bir rejime tâbi olduğu belirtilmektedir³²⁷.

Amacı kamu düzeninin sağlanması olan ve daha çok kayıtlayıcı faaliyetlerle yerine getirilen kolluk faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığının kabulü gerekir. Çalışmanın

³²⁴ Dupuis, Guédon ve Chrétien, **a.g.e.**, s. 493.

³²⁵ Pierre Delvolvé, **Le Droit Administratif** (4e Edition. Paris: Dalloz, 2006), ss.37-38.

³²⁶ Rivero, **a.g.e.**, ss.398-399.

³²⁷ Frier, **a.g.e.**, s.170.

konusunu oluşturan kolluk faaliyetinin amacını teşkil eden kamu düzeni kavramının güvenlik unsuru ele alındığında bu hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki kamu hizmetleri ile kolluk arasında ters orantılı bir ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Toplumsal ihtiyaçların devlet tarafından kamu hizmeti olarak üstlenilmemesi ve örgütlenmemesi nedeniyle oluşacak toplumsal gerilimin kamu düzenini sağlamayı amaçlayan kolluk faaliyetleriyle bastırılması, kolluk faaliyetlerinin kamu hizmeti aleyhine genişlemesini beraberinde getirecektir³²⁸. Zaten devletin güvenlik alanındaki tekeli özel hukuk kişileriyle paylaşması da bu durumun sonucudur.

Kolluk faaliyetlerinin kamu hizmetleri içindeki yerine ilişkin olarak da, kolluğun adalet, savunma, vergilendirme ve diplomasi gibi egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinden olduğunu belirtmek gerekir. Egemenliğin sembolü olarak bu hizmetlerin ancak otoriter araçlarla yerine getirileceği ve her türlü devir ve karşılıklı anlaşma mekanizmalarını dışladıkları kabul edilmektedir³²⁹. Ancak hapishane ve savunma hizmetlerinde ortaya konduğu üzere egemenliğe ilişkin olsalar da bu hizmetlerin yerine getirilmesinde de özel hukuk kişileri değişen şekillerde rol almaktadırlar.

Öğretide tartışmalı olan kolluk faaliyetlerinin niteliği sorunu, yargı içtihatlarında bu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilmek suretiyle çözülmüştür. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay kolluk faaliyetlerini kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.

2.1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasaya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda kolluk faaliyetlerini kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Uzatmalı jandarmaların

³²⁸ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.72.

³²⁹ Seiller, **a.g.e.**, ss.68-69.

evlenmeleri için izin almaları gerektiği yönündeki düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiası üzerine yapılan anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi kolluk personeli olan jandarmayı kamu hizmeti görevlisi yürüttüğü hizmeti de kamu hizmeti olarak nitelenmiştir³³⁰.Yine Anayasa Mahkemesi bir kararında jandarmanın kamu düzeninin unsurlarından olan güvenlik ve asayiş sağlama görevi olduğunu ortaya koyduktan sonra jandarmanın gördüğü bu hizmetin kamu hizmeti olduğu ve hizmetin özelliği dolayısıyla silahlı kuvvetler mensuplarının tâbi oldukları yasalardan başka yasalara tâbi olabileceklerine hükmetmiştir³³¹.

Görüldüğü üzere polisle birlikte genel idari kolluk personeli sayılan jandarmanın yürüttüğü görev, Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmeti olarak nitelenmiştir. Yüksek Mahkeme güvenliğin sağlanmasını kamu hizmeti sayan görüşü konusundaki tutarlılığını bekçilere ilişkin verdiği bir kararda da ortaya koymuştur. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme genel kolluğa yardımcı olmak üzere oluşturulan yardımcı kolluk personeli niteliğindeki bekçilerin yürüttükleri görevin niteliğini de kamu hizmeti olarak kabul etmiştir³³². Polis tarafından yürütülen görevi ülkenin iç güvenliğine ilişkin kamu hizmetinin önemi ve gerekleri gözönüne alınarak, bu hizmeti yürüten amir durumundaki kişilerin paraya çevrilse ya da ertelense dahi kasıtlı olarak işledikleri suçlar nedeniyle aldıkları hapis cezası süresi kadar rütbe terfilerinin geri bırakılması şeklinde yasal bir kısıtlılık öngörülmesini Anayasa'ya aykırı bulmayan Mahkeme aynı kararda yürütülen kamu hizmetinin gerekleri dikkate alınarak polis amirleri için (B) grubundan (A) grubuna geçişte bu şekilde bir oran belirlenmesini de Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir³³³.

³³⁰ AYM, 5.4.1965, E.No:1965/2, K.No:1965/24, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

³³¹ AYM, 4.12.1973, E.No:1973/21, K.No:1973/36, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

³³² AYM, 26.10.1965, E.No:1965/25, K.No:1965/57, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

³³³ AYM, 11.06.2003, E.No:2001/346, K.No:2003/63, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

4652 sayılı “Polis Yüksek Öğretim Kanunu”nun 10. maddesinin ikinci ve 15. maddesinin birinci fıkralarında yer alan “(...)genel lise, erkek teknik öğretim, kız teknik öğretim ve ticaret ve turizm öğretimine bağlı okul mezunları arasından(...)” ibaresinin iptali istemi üzerine Anayasa Mahkemesi, *"belirli önemde bazı kamu hizmetlerinin özelliklerini gözeterek gerçekleştirdiği bu tür düzenlemeler anayasal ilkelere bağlı kalmak ve hizmetin gereklerini dikkate almak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi içinde"* olduğu gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir³³⁴. Polis amirlerinin öğrenim durumları itibarıyla gruplara ayrılma ve buna göre rütbelerde bekleme sürelerini belirleyen düzenlemenin anayasaya aykırılığı sorununu irdeleyen Mahkeme, kanun koyucunun kamu hizmetinde görevin gerektirdiği niteliklerin saptanmasını görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebileceği gerekçesiyle iptal istemini reddeden kararında polis tarafından yürütülen faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmiştir³³⁵.

Anayasa Mahkemesi yükseköğrenimin paralı olması ilkesini getiren Milli Eğitim Temel Kanununun 38. maddesinin iptali istemi üzerine yaptığı anayasaya uygunluk denetiminde kolluk faaliyetini kolluk hizmeti olarak adlandırmış ve dolaylı bir şekilde örnek üzerinden kamu hizmeti olarak nitelemiştir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir; *"Kimi kamu hizmetleri vardır ki onlar dolayısıyla bir para alınması düşünülemez bile. Sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı bir para istenmesi hiç bir zaman söz konusu olamaz."*³³⁶. Yüksek Mahkeme verdiği bir başka kararda yine dolaylı şekilde, kolluk faaliyetleri kapsamında yürütülen iç güvenliğin sağlanması hizmetini kamu hizmeti olarak nitelemiştir. Söz konusu kararda Mahkeme, iç güvenliğin sağlanması faaliyetini, eğitim ve öğretim alanında yürütülen kamu hizmetleriyle eşdeğerde saydıktan sonra, bu hizmetlerin öteki kamu hizmetlerinden daha ağırlıklı bir yere sahip

³³⁴ AYM, 12.02.2004, E.No:2001/349, K.No:2004/14, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

³³⁵ AYM, 28.09.1988, E.No:1988/12, K.No:1988/32, www.anayasa.gov.tr, (21.03.2008).

³³⁶ AYM, 26.03.1974, E.No:1973/32, K.No:1974/11, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

olduğuna, devletin erteleyemeyeceği ödevlerden saymak suretiyle kamu hizmeti nitelemesinde bulunmuştur³³⁷.

Anayasa Mahkemesi yapı ruhsatı verme işleminin idarenin kolluk faaliyetleri arasında yer aldığını belirtmekle birlikte, kararın devamında *"yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen "kamu görevlileri" deyimini kapsamına girmediği"* gerekçesiyle yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatı verme yetkisi tanıyan 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ilgili maddelerini iptal etmiştir³³⁸.

Bir başka kararda ise Anayasa Mahkemesi, vergi mükelleflerinin gelir ve gider kayıtlarının doğruluğunu, beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak yetkisine sahip yeminli mali müşavirlerce yapılan tasdik işlemini, Maliye Bakanlığınca gerekli görölmedikçe ayrı bir inceleme konusu yapılmayıp Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliği taşıyacağı gerekçesiyle kamu hizmeti olarak nitelenmiştir. Kanunla kendilerine tasdik yetkisi verilmiş olması ve kamu hizmeti yaptıkları gerekçesiyle yeminli mali müşavirler, kamu görevlisi sayılmıştır³³⁹.

Maden Kanununun 48. maddesine göre kurulacak yeminli teknik bürolarca yürütölen faaliyet kamu hizmeti olarak nitelenmiş ve yeminli teknik büro personelinin memur ya da kamu görevlisi olmadiğı gerekçesiyle Anayasa'nın 128. maddesine aykırı görölerek, konuyu düzenleyen Kanun'un 48. maddesi ve 3. maddesinin yeminli teknik büro tanımına ilişkin bölümü iptal edilmiştir³⁴⁰. Yeminli teknik büroların denetim ve gözetim

³³⁷ AYM, 12.04.1990, E.No:1990/4, K.No:1990/6, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

³³⁸ AYM, 11.12.1986, E.No:1985/11, K.No:1986/29, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

³³⁹ AYM, 19.03.1987, E.No:1986/5, K.No:1987/7, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

³⁴⁰ AYM, 24.12.1986, E.No:1985/20, K.No:1986/30, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

dışında yönetmelikle belirtilen görevleri yerine getireceği belirtilmiştir. Dolayısıyla denetim ve gözetim faaliyetlerinin kolluk faaliyetleri kapsamında kullanılacak yetkiler olduğu bu nedenle içtihadın kolluk faaliyetlerinin niteliği konusunda doğrudan bir niteleme yapmadığı itirazında bulunulabilir. Ancak mahkemenin yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatı verme konusundaki 11.12.1986 tarih ve E.No:1985/11, K.No:1986/29 sayılı kararı ile birlikte değerlendirildiğinde yeminli teknik bürolara denetim ve gözetim görevleri verilmiş olsa idi dahi söz konusu faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirebileceği sonucuna varılabilir.

Anayasa Mahkemesi yapı denetiminin yapı denetim kuruluşlarınca yapılmasına olanak tanıyan 595 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili maddelerini, konunun mülkiyet hakkına ilişkin olması nedeniyle kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle iptal ettikten sonra³⁴¹ çıkarılan 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un yapı denetim kuruluşlarını düzenleyen maddelerinin anayasaya uygunluk denetimini yapmıştır. İmar kolluğunu yerel yönetimlerin görev ve yetki alanına giren özel idari kolluk olarak niteleyen Yüksek Mahkeme, yapı denetim kuruluşlarının yerel yönetimlerin yerine geçmediği, idari işlem yapma yetkisi verilmediği, yerel yönetimlere teknik destek sağladığı gerekçesiyle yapı denetim kuruluşlarının faaliyetlerini devletin yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerden saymamış ve Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴². Anayasa Mahkemesi kararına karşı olan dört üyenin gerekçelerinde ise yapı denetiminin kamu hizmeti niteliği taşıdığı açıkça ortaya konmuştur. Karşı oy gerekçesinde yapı denetiminin kolluk faaliyetleri arasında yer aldığı ve ruhsatın verilmesi için öncelikle bu denetimin yapılması gerektiği belirtildikten sonra bu yetkinin özel kişilere devredilemeyeceği, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebileceği gerekçesiyle 4708 sayılı Kanun'un ilgili maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

³⁴¹ AYM, 24.05.2001, E.No:2000/35, K.No:2001/90, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

³⁴² AYM, 26.06.2002, E.No:2001/377, K.No:2002/59, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

3175 sayılı Kanun ile 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74. maddesine yapılan ekleme sonucunda istihdam edilecek geçici köy korucularının niteliklerinin, görev ve yetkileri ile hak ve yükümlülüklerinin belirtilmediği ve bu durumun Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiası Anayasa Mahkemesi'nce, geçici köy korucuları tarafından yerine getirilen görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görevler arasında kabul edilmeyerek reddedilmiştir³⁴³. Anayasa Mahkemesi'nin devletin en temel hatta yukarıda da açıklandığı üzere modern devletin ortaya çıkış sebebi olan güvenliği sağlama görevini asli ve sürekli görevlerden saymaması anlaşılmazdır. Anayasa Mahkemesi'nin burada geçici köy koruculuğunun "geçiciliği" üzerinden yürüttüğü faaliyeti sürekli faaliyetlerden kabul etmemiş olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu durumda da mahkemenin yürütülecek görevin sürekli olup olmadığını değerlendirmeden personelin geçici olarak istihdamı üzerinden anayasaya uygunluk denetimi yapılması eleştirilebilir.

2.1.2. Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay da kolluk faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelemektedir. Danıştay verdiği bir kararda 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 1. maddesinde polise verilen halkın ırzını, canını ve malını koruma görevini kamu hizmeti olarak nitelemiştir³⁴⁴.

Danıştay idarenin olay tarihinde yürürlükte bulunan 3530 sayılı Beden Terbiyesi Kanunu gereğince spor faaliyetlerinin denetimi ve düzenlenmesi görevini bir kamu hizmeti faaliyeti olarak kabul etmiştir³⁴⁵.

³⁴³ AYM, 10.12.1985, E.No:1985/5, K.No:1985/23, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

³⁴⁴ Dan. 10.Daire, 12.10.1999, E.No:1997/3568, K.No:1999/4782, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

³⁴⁵ Dan. 10.Daire, 25.02.1987, E.No:1986/1303, K.No:1987/333, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

Karayolları Genel Müdürlüğüne ait araç muayene görevinin özel hukuk kişilerine bırakılması konusunda verilen kararda kamu hizmetinin özel sektöre devredildiği sonucunu doğurmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Danıştay 8. Dairesi söz konusu faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmiştir³⁴⁶. Daha sonra araç muayene hizmetinin görülmesi işinin devrine ilişkin hazırlanan sözleşme hakkında verdiği iki görüş kararında da söz konusu faaliyetin kamu hizmeti niteliğini taşıdığı yolundaki içtihadını sürdürmüştür³⁴⁷.

Trafiğin düzenlenmesi, trafik işaretlerinin konulması kolluk faaliyeti olarak kabul edilebileceği gibi kamu hizmeti olarak da kabul edilebilir. Sürücülerin can ve mal güvenliğini sağlamak üzere konulan uyarıcı levhalar kolluk faaliyeti olarak nitelenebilir. Diğer yandan kolluk ile kamu hizmeti arasında kayıtlayıcı faaliyet-yararlandırııcı faaliyette (edimde) bulunma açısından yapılan ayırım dikkate alındığında kamu hizmeti olarak da kabul edilebilir. Nitekim Danıştay bir kararında bölünmüş yolun bittiği ve tek şeride düştüğü halde, yolun daralacağına ve sağ tarafın uçurum olduğunu ve daha dikkatli seyredilmesi gerektiğini belirtir trafik işaret ve flamaları ile gerekli tedbirleri almadığından, davalı Karayolları Genel Müdürlüğünün kamu hizmetini eksik yapması nedeniyle hizmet kusuru işlediğine karar vermiştir³⁴⁸.

Danıştay kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulan zararları idarenin tazminle yükümlü olduğunu ortaya koyduktan sonra idarenin can ve mal güvenliğini koruma hizmetinin yürütülmesinde kamu görevlilerinin verdikleri zararların tazmini için açılacak davaların görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğunu belirtmiştir³⁴⁹.

³⁴⁶ Dan. 8.Daire, 26.05.2004, E.No:2002/3788, K.No:2004/2452, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

³⁴⁷ Dan. 1.Daire, 18.05.2005, E.No:2005/307, K.No:2005/668, Dan. 1.Daire, 26.09.2005, E.No:2005/754, K.No:2005/1075, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

³⁴⁸ Dan. 8.Daire, 15.04.2004, E.No:2004/672, K.No:2004/1829, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

³⁴⁹ Dan.10.Daire, 06.11.1997, E.No:1996/2383, K.No:1997/4163, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

Sermaye Piyasası Kurulunun sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan ve kamu hizmeti gören organ olarak kabul ettiği kararında kolluk faaliyetlerinden kabul edilen denetleme ve düzenleme yetkilerini açık şekilde kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir³⁵⁰.

2.2. Kamu Hizmeti İçinde Kolluk Faaliyetlerinin Alanının Genişlemesi

Kolluk faaliyetlerinin kamu hizmeti içindeki yerinin giderek genişlediğini gözlüyoruz. Kolluk faaliyetlerindeki artış bir yandan devletin değişen rolüne paralel olarak hizmet sunucu rolünden çekilmesi ve düzenleyici rolünün ön plana çıkmasından kaynaklandığı gibi bir yandan da kamu düzeni kavramının içeriğinin genişlemesinden ileri gelmektedir. Sosyal devlet anlayışındaki gerilemenin sonucu olarak devletin düzenleyici rolünün ön plana çıkmasıyla kolluk faaliyetlerinde gerçekleşen artış ele alındığından, kamu düzeni kavramından kaynaklı artışa değinmek gerekmektedir.

2.2.1. Kamu Düzeninin Klasik İçeriği

2.2.1.1. Güvenlik

Güvenlik kavramı, hem temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma sebebi hem de devletin temel işlevlerinden biri olarak klasik kamu hizmetlerinden sayılması açılarından hukuku ilgilendirir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sebebi olarak güvenlik kamu düzeni kavramının unsurlarından biridir. Güvenlik kavramının ortaya konması için milli güvenlik kavramının ele alınması gerekmektedir. Zira temel hak ve

³⁵⁰ İDD, 26.06.1998, E.No:1998/355, K.No:1998/277, <www.danistay.gov.tr>, (26.03.2008).

özgürlüklerin sınırlanma nedenlerinden sayılan milli güvenlik kavramı ile kamu düzeninin unsurlarından biri olan güvenlik farklı kavramlardır³⁵¹.

2.2.1.1.1. Genel Anlamda Güvenlik

Güvenlik ihtiyacı bireylerin en temel ihtiyaçlarından biridir. Devletin oluşması da bireylerin bu ihtiyacının karşılanması fikrinden ortaya çıkmıştır. Devlet bireyleri sadece dış saldırılardan değil ülkesi içinde diğer bireylere karşı korumayı da üstlenir. Asayiş ve emniyet kelimeleri ile de ifade edilen güvenlik öğretilerinde birey ve topluluklarının can ve malları için endişe duymadan yaşamlarını sürdürmeleri olarak tanımlanmıştır³⁵².

İdare, idari kolluk alanında güvenliğini sağlamak üzere birey ve toplulukların temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırır. Güvenliğin sağlamak bir anlamda mevcut sosyal ve siyasi düzenin korunması demektir. Kolluk alanında mevcut yasaları uygulayan başta polis olmak üzere diğer kolluk makamları, hükümet ile kamuoyu arasında bariz bir ayrılık olduğunda halk adına ve kamu yararına davranmayacak, düzenin devamından yana hareket edecektir. Elbetteki bu durum rejimin baskıcı rejime dönüşme riskini beraberinde getirecektir³⁵³. Gerçekten de kamu hizmetleri alanında topluma hizmet sunan olarak karşımıza çıkan devlet, kolluk faaliyetleri söz konusu olduğunda özgürlükleri sınırlayandır. Kolluk faaliyetleri konusunu hassas kılan da özgürlük-düzen

³⁵¹ Nitekim Anayasada temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması nedenleri olarak milli güvenlik ve kamu düzeni ayrı ayrı sayılmıştır. Milli güvenlik ve kamu düzeninin sınırlama nedenleri olarak sayıldığı temel hak ve hürriyetler şunlardır: Özel hayatın gizliliği (madde 20), konut dokunulmazlığı (madde 21), haberleşme hürriyeti (madde 22), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (madde 26), basın hürriyeti (madde 28), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (madde 31), dernek kurma hürriyeti (madde 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (madde 34) ve sendika kurma hakkıdır (madde 51).

³⁵² Günday, **a.g.e.**, s. 262; Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, s. 419; Özay, **a.g.e.**, s.496, Kıratlı, **a.g.e.**, s. 34; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku** (İstanbul: Der Yayınları, 2001), s.746.

³⁵³ Marcel Le Clère, **La Police** (Coll. Que sais-je?, Paris: P.U.F., 1972), s. 8.

dengesinin nasıl sağlandığıdır. Güvenliği sağlamak adına özgürlüklerin aşırı sınırlandırılması rejimin otoriter bir rejim olarak nitelenmesini gündeme getirebilir.

İdare birey ve topluluklarının güvenliğini sağlamak adına kanun koyucunun belirlediği alanlarda yapacağı işlemlerle birtakım yükümlülük ve yasaklar getirebilir. Örneğin, kişilerin can güvenliğini sağlamak üzere sürücülere, idarenin çıkaracağı bir yönetmelikle emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilebilir³⁵⁴.

2.2.1.1.2. İç Güvenlik-Dış Güvenlik Ayrımı: Ordu-Polis Ayrımı

Devlet tarafından üstlenilen güvenlik hizmeti, iç ve dış güvenlik temelinde savunma ve kolluk hizmetleri olarak ayrılmıştır. Ordu savunma hizmetini üstlenirken polis kolluk faaliyeti çerçevesinde güvenlik hizmetinden sorumlu kurum olarak modern devletle birlikte ortaya çıkmıştır. Devlet içinde var olan polis ve ordu zor kullanma gücüyle doğrudan ilişkili kurumlardır. Polis modern devletin zor kullanma aracıdır. Aslında güvenliğin sağlanması temelinde polis ilkel toplumlarda da vardır. Ancak kamusal nitelik taşıyan yani devlet tarafından istihdam edilip ücretlendirilen modern polis modern devletle birlikte ortaya çıkmıştır³⁵⁵.

Devletin iç güvenliğini sağlamak üzere kurulan uzmanlaşmış polis örgütü, orduya göre daha yeni bir kurumdur. Tilly tarafından savaş ve devlet örgütlenmesi arasındaki ilişki temel alınarak Avrupa için yapılan dönemselleştirme bölümlemede de polisin daha yeni bir kurum olduğu ortaya konulmuştur. Devletin idari yapısında yer alan modern ordu öncesi dönemde, askeri eylemlerde feodal güç ve şehir milisleri gibi geleneksel güçlerin rol oynadığı patrimonializm döneminden sonra sözleşmeyle tutulan askerlerin rol aldığı dönem geçerli olmuştur. Ulusallaşma dönemiyle birlikte devletler kendi ulusal nüfuslarından ordular oluşturmuşlar ve ordu devletin idari yapısı içinde yerini almıştır.

³⁵⁴ Dan. 8. Daire, 8.12.1993, E.No:1993/3581, K.No:1993/4101, <www.danistay.gov.tr>, (08.01.2008).

³⁵⁵ Ferdan Ergut, **Modern Devlet ve Polis** (İstanbul: İletişim Yayınları, 2004), ss. 21-22.

Polis ve ordu ayrışması ise 19. yüzyılın ortalarından itibaren, uzmanlaşma olarak adlandırılan dönemde gerçekleşmiştir. Bu dönemde askeri güç ulusal hükümetin uzmanlaşmış dalına dönüşmüş, mali faaliyetlerle askeri faaliyetler ayrılmış ve polis ile ordu arasındaki işbölümü keskinleşmiştir³⁵⁶.

Polis örgütlenmesinin ortaya çıkışındaki etmenlerden biri de savaşlardır. Savaş ile polis örgütlenmesi arasında istatistiksel bir ilişki olmasa da en azından polisin kuruluşunu açıklayacak temel değişkenlerden biri olduğu görüşü savunulabilir. Şöyle ki; savaş için kaynakların seferber edilişinde toplumun gösterdiği direnişi kırmak noktasında polis örgütünün varlığı kendini dayatmaktadır³⁵⁷.

Polisliğin ortaya çıkış nedenlerinden bir diğeri ise ordunun yapısında meydana gelen değişimdir. Tilly tarafından uzmanlaşma olarak adlandırılan dönemde, yurttaşlık ödevi olarak ortaya çıkan askerlik ödeviyle kitlesel ordular ortaya çıkmıştır. Toplumun geniş kesimleriyle karşı karşıya gelmek istemeyen ordu bu nedenle iç güvenlik birimi olarak kullanılmasına da muhalefet etmiştir³⁵⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki topluma nüfuz etme amacının gerçekleştirilmesi için oluşturulacak bürokratik örgütlenme bağlamında, ülke içindeki güvenliği sağlayacak kurumun niteliğindeki değişimler kendini dayatmıştır. Ordu yapısı gereği topluma nüfuz etme gücünden yoksundur. Çünkü ordu kesintisiz bir güvenlik hizmeti sunamayacağı gibi toplumsal düzeni tehdit eden her durum için fark gözetmeksizin aynı şiddete başvuracaktır³⁵⁹.

Ordunun ayırım gözetmeden her olay için aynı şiddete başvurduğuna 1848 Devriminden sonra Avusturya'da İçişleri Bakanlığınca hazırlanan raporda da yer verilmektedir. Bu

³⁵⁶ Charles Tilly, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**. Çeviren: Kudret Emiroğlu (Ankara: İmge Kitabevi, 2001), ss.63-64.

³⁵⁷ Ergut, **a.g.e.**, s. 36.

³⁵⁸ **Aynı**, s. 37.

³⁵⁹ **Aynı**, s. 67.

raporda ayırım gözetmeden güç kullanan ordunun farklı toplumsal sorunları ele almada yetersiz olduğu belirtildikten sonra Viyana'nın kuşatılmasının dışarıda iç güvenlik ve istikrarın eksikliği yönünde izlenim yarattığı ve bunun da Avusturya'nın uluslararası saygınlığına gölge düşürdüğü belirtilmiştir. Söz konusu rapor, ordunun toplumsal kargaşayı önlemedeki yetersizliği dışında polisin egemenlik bağlamında yani devletin egemenliğini başka devletlere kabul ettirmesi için etkili bir polis gücüne gereksinim duymasının kanıtı olarak ortaya konmuştur³⁶⁰.

İç güvenliğin sağlanmasında ordunun kullanılmasının sakıncaları Milli Güvenlik Kurulu'nun hazırladığı Devletin Kavram ve Kapsamı adlı kitapta da belirtilmiştir. Kitapta ordunun iç güvenliğin sağlanmasında rol almasının devlet için yararlı olsa da onun asıl görevi olan vatan savunması bakımından güç yitirmesine neden olacağı belirtilmiştir³⁶¹. Gerçekten de iç güvenliğin sağlanmasında ordunun kullanılması, onun yıpranmasına, toplum nezdinde güç ve iktidar kaybına neden olmaktadır³⁶².

Belirtilen nedenlerden ötürü ayrışan zor kullanma gücüyle doğrudan ilişkili iki örgüt, gerek yapı gerekse etkin güç kullanmalarına ilişkin kararları veren organlar açısından birbirlerinden farklıdır³⁶³. İçişleri Bakanlığı bünyesinde örgütlenen polisi, idari örgütlenmede konumlandırmak sorun yaratmazken ayrı bir tüzelkişiliği olmayan ve bir bakanlık bünyesinde de örgütlenmeyen ordunun konumlandırılması sorun teşkil eder. Bu nedenle ordu, kuvvetler üstü bir devlet organı olarak nitelenmiştir³⁶⁴.

Belirtmek gerekir ki ordu polis ayrışması, iç güvenliğin sağlanmasında ordunun yerini mutlak şekilde polise bıraktığı anlamına gelmemektedir. Milli Güvenlik Kurulu'nun

³⁶⁰ Aynı, s. 35.

³⁶¹ MGK Genel Sekreterliği, Devlet'in Kavram ve Kapsamı (Ankara:1990), s.145.

³⁶² Şaban İba, Milli Güvenlik Devleti (İstanbul: Çiviyazıları, 1999), s.94.

³⁶³ Gianfranco Poggi, Devlet (Doğası, Gelişimi ve Geleceği). Çeviren: Aysun Babacan (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Mart 2007), ss.129-131.

³⁶⁴ Yıldırım, a.g.e., s. 119.

çıkardığı kitapta iç dengelerin tehlikeye düştüğü durumlarda ordunun iç güvenliğinin sağlanmasında rol alacağı, ancak bu durumun ortaya çıkaracağı sakıncaların giderilmesi için güvenlikle ilgili jandarma, sahil güvenlik ve polis gibi yarı askeri kurumların güçlendirilmesi ve “Yurtiçi Savunma Birlikleri” gibi teşkilatların kurulması önerilmiştir³⁶⁵. Bu öneri doğrultusunda Polis Özel Timleri ve Özel Harekât Daire Başkanlığına bağlı Özel Harekât timleri oluşturulmuş, Jandarma da dokuz adet Tugay düzeyinde Jandarma Asayiş Bölge Komutanlıkları olarak yeniden örgütlenmiştir³⁶⁶.

Ordu iç güvenliğinin sağlanmasında değişik şekillerde rol almaktadır. Bir kere iç güvenliğinin sağlanmasında askeri bir eğitim alan ve ordunun bir parçası olan jandarma da polis yanında güvenliğinin sağlanmasından sorumlu personel konumundadır. Nitekim jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 3. maddesinde jandarma, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti olarak tanımlanmış, 4. maddesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olduğu belirtildikten sonra, silahlı kuvvetler ile ilgili görevleri ile eğitim ve öğrenim yönünden Genelkurmay Başkanlığına, güvenlikle ilgili hizmetleri açısından da İçişleri Bakanlığına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'un 7. maddesinde jandarmanın görevleri üçlü bir ayırım yapılarak askeri, adli ve idari görevler olarak belirlendikten sonra 10. maddede görev alanı il ve ilçe belediye sınırları dışında kalan yerlerle polis teşkilatı olmayan yerler olarak belirlenmiştir.

Ordunun iç güvenliğinin sağlanmasındaki yeri jandarmayla da sınırlı değildir. Olağanüstü durumlarda da ordu iç güvenliğinin sağlanmasında kullanılır. Olağanüstü durumlar ekonomik ilişkiler temelinde olabileceği gibi rejime karşı isyan şeklinde de olabilir. Devlet savunmada kullandığı orduyu ülke içinde de tehdidi ciddi algıladığında kullanmaktadır. Şiddete sert ve açık bir şekilde başvuran devlet şiddet kullanımında ordu polis ayırımını kaldırmakta grev ya da isyanı bastırmada ordu devreye

³⁶⁵ **Devlet'in Kavram ve Kapsamı**, s.146.

³⁶⁶ İba, **a.g.e.**, s.96.

sokulmaktadır³⁶⁷. Nitekim İl İdaresi Kanunu 11/D maddesiyle valiye ilde çıkabilecek veya çıkan olayları emri altındaki kolluk kuvvetleriyle önleyemediği ya da bastıramadığı takdirde en yakın kara, hava ve deniz birliklerinden yardım talep etme yetkisi tanınmıştır. Böyle bir durumda askeri birlikler valinin emri altında kolluk kuvvetlerinin sahip olduğu yetkileri kullanarak düzeni sağlarlar. Valilere tanınan bu yetki aynı zamanda İçişleri Bakanına da tanınmıştır. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre İçişleri Bakanı gerektiğinde Bakanlar Kurulu kararıyla ordu birliklerinden yararlanır. Nihayet kaymakamlar da dolaylı şekilde askeri birliklerden yardım isteyebilir. Şöyle ki; ilçede kolluk kuvvetleriyle bastırılamayacak olağanüstü ve ani şiddet hareketlerinin ortaya çıkması halinde 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 32/E maddesi hükmü gereğince validen yardım ister ve en yakın askeri komutanlarına haber verir.

Askeri birliklerin kolluk kuvvetleri gibi kullanıldığı tüm bu durumlarda kolluk yetkisi sivil idari makamlara aittir ve askeri birlikler de bu sivil idari makamların emri altında görev yaparlar. Bu durum olağan durumlarda, yani kolluk yetkilerinin sivil idari makamlarca yerine getirildiği ancak tüm kolluk kuvvetlerinin seferber edildiği halde kamu düzenini sağlayamadığı bununla birlikte sıkıyönetim ilanını gerektirecek bir kamu düzeni ihlali olmadığında söz konusudur³⁶⁸. Oysa kamu düzenini tehdit eden olayların süreklilik göstermesi halinde uygulanan olağanüstü yönetim usullerinden sıkıyönetim halinde güvenlik askeri birliklerce sağlanır, polis askeri makamların emri altında görev yapar ve sivil kolluk makamlarına ait görev ve yetkiler de askeri makamlara geçer. Nitekim Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinde sıkıyönetim altına alınan yerlerde kolluğa ait görev ve yetkilerin sıkıyönetim komutanlıklarına geçeceği ve kolluk kuvvetlerinin de sıkıyönetim komutanının emrine gireceği hususu düzenlenmiştir.

³⁶⁷ Poggi, **Devlet (Doğası, Gelişimi ...)**, ss.129-131.

³⁶⁸ Sait Güran, "Genel İdarî Zabıta Faaliyetlerinde Askerî Kuvvetlere Başvurulması", **A.İ.D.**, Cilt 3, Sayı 1:76-104, (Mart 1970), s.78.

Kamu düzenin sağlanması adına, Michael Mann tarafından "uzlaştırma, polislik işi, paramiliter oluşumlar ve askeri baskı" olarak belirlenen baskı düzeylerinde, baskı düzeyinin polisten askeri düzeye geçişi istenilen bir durum değildir. Çünkü bu durum sürekli bir işlevi yerine getiren polisin kamu düzenini sağlamada başarısız olduğunu gösterir. Ayrıca askeri kuvvetlerle düzenin sağlanmasında kullanılan baskı araçları çok daha sert olacaktır ve bu baskı araçları mevcut düzeninin daha da bozulması riskini de beraberinde getirecektir³⁶⁹. Gerçekten de olağanüstü yönetim usullerinde vücut bulan askeri baskıda, rejimin demokratik olup olmama niteliğini belirlemede belirleyici unsur olan temel hak ve özgürlükler, düzeninin sağlanması adına askıya alınmakta olağan zamanda görülmeyecek kısıtlamalara tâbi tutulmaktadır.

2.2.1.1.3. Kamu Düzeni-Milli Güvenlik Farkı

Siyasal bir kavram olan milli güvenlik kavramı I. Dünya Savaşına kadar milli savunma ve askeri stratejiler bağlamında ele alınmıştır. Kavramın bugünkü anlamda ortaya çıkışı II. Dünya Savaşından sonraki koşullarda gerçekleşmiş ve başta ABD olmak üzere birçok devlet milli güvenlik siyaseti oluşturmuştur³⁷⁰. Belirtmek gerekir ki siyasi bir kavram olan milli güvenlik aynı zamanda hukuki bir kavramdır. Belirtildiği üzere bu kavram temel hak ve hürriyetlerin sınırlama sebebi olarak anayasada ve yasalarda yer almaktadır³⁷¹.

Milli güvenlik kavramı dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda milli güvenlik kavramı askeri sınırların ifşasına veya olağanüstü hallerde uygulanacak olağanüstü hal rejiminde alınacak önlemlere indirgenmektedir. Geniş anlamda milli güvenlik kavramı ise devlet düzenini korumak amacıyla alınan her türlü

³⁶⁹ Ergut, **a.g.e.**, s. 68.

³⁷⁰ İba, **a.g.e.**, ss.13-14.

³⁷¹ Rona Aybay, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", **A.Ü.S.B.F.D.**, Cilt:XXXIII, Sayı 1-2:59-82, (Mart-Haziran 1978), s.60.

önlemi kapsamaktadır³⁷². Danıştay da milli güvenlik kavramını yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, devlet tüzelkişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması olarak tanımlamıştır³⁷³.

Milli güvenlik kavramı kamu düzeninin unsuru olan güvenlik kavramından farklı ve daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Milli güvenlik toplumun mevcut düzeninin içten ve dıştan gelebilecek tehdit ve müdahalelere karşı korunmasını ifade etmektedir. Bu çerçevede toplumun siyasi, iktisadi ve sosyal yapısını yıkmayı amaç edinmeyen fiil ve hareketler milli güvenlik kavramı çerçevesinde düşünülemez. Aksi halde normal hukuk düzeni ile korunan kamu düzeni kavramı ile bu kavram karıştırılmış olur³⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki milli güvenlik kavramı milli savunma kavramından da farklıdır. Zira milli savunma esas itibarıyla devletin dış tehlike ve saldırılara karşı korunmasını ifade ederken milli güvenlik aynı zamanda iç tehditlere karşı da devletin korunmasını kapsar. Bu çerçevede Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç tehlikelere karşı da görevlendirilmesi istisnai ve son çare olarak başvurulacak bir durumdur³⁷⁵.

Milli güvenliğin korunması kolluk faaliyetlerinden ayrı olarak devletin yerine getirmesi gereken görevlerden biridir³⁷⁶. Milli güvenlik hem iç hem de dış güvenliği içerir. İç güvenliği tehlikeye atan bir durumun varlığı halinde kamu düzeninin bozulduğu söylenebilirse de kamu düzeninin bozulduğu her durumda milli güvenliğin de

³⁷² Tayfun Akgüner, **1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1983), s. 10.

³⁷³ “Dan. 12. Dairesi, 31 Mart 1970, E.No:1969/4096, K.No:1970/622” Lûtfi Duran, “Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik”, **İktisat ve Maliye**, Cilt XVII, Sayı 4:165-172, (Temmuz 1970), s.167’de belirtilen karar.

³⁷⁴ Duran, “**Sosyal Hareketler....**”, s.170.

³⁷⁵ Duran, “**Sosyal Hareketler....**”, s.169.

³⁷⁶ Türkiye özelinde devletin görevleri başta milli güvenliğin korunması olmak üzere kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri, özendirme ve destekleme faaliyetleri ve planlama faaliyetleri olarak sayılmıştır. Bkz. Günday, **a.g.e.**, s.21-23.

bozulduğunu söylemek mümkün değildir. Milli güvenliğin tehlikeye düşmesi ya da bozulması için başka ek koşullar da gerekir. Zira kamu düzeninin unsuru olan güvenlik halkın günlük yaşantısını can güvenliği endişesi taşımadan sürdürebilmesi anlamına gelirken, milli güvenlik sadece halkın yaşamını değil ülke ve düzenin devamını sağlamak için alınan siyasi kararlarla sağlanır. Bu bağlamda kamu düzeninin sağlanması idari bir işlevken, milli güvenliğin sağlanması hükümet işlevi kapsamında bir faaliyettir. Milli güvenlikle kamu düzeni arasındaki bir başka fark kamu düzenini bozan faaliyetlerin geçici olması nedeniyle olağan hukuk düzeni kurallarıyla önlenmesi ve kamu düzeninin tesisi mümkünken, milli güvenliği bozan faaliyetler devletin varlığını ve halkın tümünü etkilediğinden korunması olağanüstü hal rejimleriyle mümkündür³⁷⁷. Yukarıda belirtildiği üzere milli güvenliği bozan faaliyetler söz konusu olduğunda devletler olağanüstü hal rejimleri uygulamakta hatta durumun ağırlığına göre kolluk yetkileri de askeri makamların emri altına geçmektedir.

Gerçekten de milli güvenlik kavramının kamu düzeni kavramından farkı ve kapsayıcılığı ABD Adalet Bakanlığının verdiği tanımdan anlaşılmaktadır. ABD’de 1953 tarih ve 10450 sayılı Başkanlık Direktifi (Executive Order), ABD Başkanının bakanlıklardan Örnek Güvenlik Kuralları (Sample Security Regulations) çıkarmalarını öngörüyordu. Bu kapsamda Adalet Bakanlığınca hazırlanan örneğe göre milli güvenlik; “ABD’nin askeri, ekonomik ve üretici gücünü, devletin dış ve iç güvenliğini, casusluk, sabotaj, yıkıcı faaliyetler ve devleti zayıf düşürmeye veya yıkmaya yönelik illegal diğer eylemlere karşı alınacak önlemleri de içine alacak şekilde korumak ve muhafaza etmek..”tir³⁷⁸. 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu’nun 2/a maddesinde de yine geniş kapsamlı bir milli güvenlik tanımı verilmiştir. Buna göre milli güvenlik; devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil

³⁷⁷ Akgüner, **a.g.e.**, ss.69-72.

³⁷⁸ İba, **a.g.e.**, ss.14-15.

bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması olarak belirlenmiştir.

Bu denli kapsayıcı içeriğe sahip milli güvenliğin sağlanması için tüm devletler gerek diğer devletlerden gerekse ülke içinden gelebilecek tehditlere karşı bu tehditleri araştırmak ve etkisiz hale getirmek için gerekli örgütleri kurarlar. Bu kapsamda oluşturulan Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) milli güvenliğin korunması amacıyla oluşturulmuş bir örgüttür. Milli güvenlik kavramının siyasi içeriğine istinaden MİT tarafından yürütülen faaliyet de siyasi polis olarak adlandırılmaktadır. MİT'in kuruluşunu düzenleyen 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan MİT'in görevlerinin başlıcaları şunlardır:

- Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratı oluşturmak,
- Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak,
- Milli Güvenlik Kurulunda belirlenen diğer görevleri yapmak,
- İstihbarata karşı koymak

Görüldüğü gibi tüm bu görevler kamu düzeninin güvenlik unsurunun kapsam ve amacını aşan niteliktedir. Bununla birlikte MİT milli güvenlik siyasetinde Başbakanlığa karşı sorumlu idari bir örgüttür; milli güvenlik siyasetinin oluşturulması sürecinde, en azından hukuki olarak yer almaz. Anayasa'nın 117. maddesi parlamenter hükümet sistemi gereği milli güvenliğin sağlanması görevini Bakanlar Kurulu'na vermiştir. Ancak milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında ön planda olan organ ise yürütme organının bazı üyelerinden ve askeri makamlardan oluşan Milli Güvenlik Kuruludur

(MGK). 2945 sayılı Kanun'un 2/b maddesinde milli güvenlik siyasetinin MGK görüşleri dâhilinde Bakanlar Kurulu'na belirleneceği düzenlenmiştir.

Milli Güvenlik Kurulu idare hukuku kitaplarında milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında Bakanlar Kuruluna yardımcı bir kurul niteliğinde ele alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki MGK, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması, doğrudan Anayasa'da düzenlenen ender kurullardan biri olması ve MGK Genel Sekreterliği gibi güçlü bir örgütle desteklenmesi açılarından diğer kurullardan farklıdır³⁷⁹. Ayrıca siyasal yaşamdaki ağırlığı ve Anayasa'nın 118. maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, kararlarının Bakanlar Kurulu'na öncelikle dikkate alınacağı hükmü değerlendirildiğinde milli güvenlik siyasetinin belirlenmesinde görüş bildiren bir organ değil, onun doğrudan belirleyicisi olduğu söylenebilecektir. 4709 sayılı Kanun ile MGK, Bakanlar Kurulu'na milli güvenlik siyaseti konusunda görüş bildiren bir kurul olarak ele alınmıştır.

Milli güvenliğin sağlanması için oluşturulan örgütlerin, yapıları gereği eylemlerini gizli yürütmek, örtülü ödenekten mali destek almak, bilgi toplanması ve saklanması için uygulanan resmi kuralları çiğnemek zorunda oldukları belirtilmiş, bu durumun ise liberal demokrasilerde kamu kuruluşlarına uygulanan hesap verilebilirlik ilkesi ile nasıl bağdaştırılacağı sorusu gündeme getirilmiştir. Hesap verilebilirlik ya da sorumluluk ilkesi, sonuçları göz önüne alındığında büyük önem taşımaktadır. Zira bu tür örgütler her türlü ihlale rağmen sorumsuz ve dokunulmaz kalırlarsa bu onları “devlet içinde devlet” yapmaktan ve büyük miktarda kaynak tüketmekten başka bir amaca hizmet etmedikleri gerçeğiyle karşılaşmamız anlamına gelecektir. Hatta bu örgütlerin sahip oldukları ya da olduklarını iddia ettikleri bilgileri belli bir siyasal oluşumun kendi

³⁷⁹ Seriya Sezen, “Milli Güvenlik Kurulu Üzerine”, **A.İ.D.**, Cilt 33, Sayı 4:63-83, (Aralık 2000), ss.63-64.

çıkarları doğrultusunda politikalar oluşturması için kullanabilecekleri, komplolar kurabilecekleri ve anayasal ilkeleri çiğneyebilecekleri belirtilmiştir³⁸⁰.

Milli güvenliğin sağlanması adına yapılması olası bu hukuk dışı uygulamalar bizi “devlet aklı” (raison d’état) anlayışına götürmektedir. Bu anlayışa göre devlet, devlet olduğu için meşrudur ve bireylerüstü bir yapıdır. Dolayısıyla devletin, bireylere yönelen ahlâki gereklerden muaf tutulduğu varsayılır. Bu çerçevede devlet bekası için herhangi bir ahlâki ya da hukuki kaygı taşımadan gerekli her şeyi yapabilir, her türlü tedbiri alabilir³⁸¹. Bu bağlamda devletin güvenliği o kadar önemlidir ki devlet yöneticileri ahlâki ve hukuki normları ihlal edebilecekleri gibi, diğer devletlerle yapılan anlaşmaları feshedebilirler, hatta menfaatlerine aykırı şekilde kimi zaman ekonomik yararlarını bile göz ardı edebilirler³⁸².

Bazen devletler ortak menfaatleri söz konusu olduğunda birbirlerine karşı kullandıkları ya da kullanabilecekleri şiddeti birlikte belli bir gruba da yöneltebilirler. Özellikle küreselleşme karşıtı eylemlerde alınan olağanüstü güvenlik önlemlerinin ve polisin uyguladığı aşırı şiddetin nedeni, küreselleşmenin önderliğini yapan ABD ve müttefikleri diğer ülkelerce eylemlerin doğrudan kapitalist dünya sistemine karşı olduğunun kabul edilmesine bağlanmış ve sisteme muhaliflerin de küresel çağın "yeni barbarları" olarak ilan edildikleri belirtilmiştir³⁸³. Burada tek bir devlete yönelmiş tehdit değil bir sisteme yönelmiş tehdit söz konusudur. Bu sistemin önde giden devletleri muhaliflere aynı sertlikle karşı koymakta ittifak halindedirler.

³⁸⁰ Poggi, **Devlet (Doğası, Gelişimi....**, ss.182-183.

³⁸¹ Mithat Sancar, "Devlet Aklı" Hukuk Devleti ve "Devlet Çetesi", **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti** (3. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss.47-68), ss. 48-49.

³⁸² Poggi, **Devlet (Doğası, Gelişimi....**, s. 115.

³⁸³ Riccardo Petrella, "Les remparts du capitalisme", **Manière de voir**, Numéro 71:62-64, (Octobre-Novembre 2003), s.64.

Nitekim İtalya'da 2001 yılında Genova şehrinde düzenlenen G8 zirvesi sırasında İtalyan makamlarınca uygulamaya konulan tedbirler güvenliğin sağlanması adına özgürlüklerin nasıl sınırlandırıldığını ve polisin uyguladığı şiddetin hangi boyutlara ulaşabileceğini gözler önüne sermiştir. Zirve öncesi İtalyan polisi çok sayıda kişiyi gözaltına almış, "istenmeyen" kişileri şehirden uzaklaştırmış ve şehir sakinlerine evlerinde kalmaları ya da tatile çıkmaları uyarısında bulunmuştur. Böylece bir yandan anayasal haklar ortadan kaldırılmış bir yandan da Schengen Anlaşmasında öngörülen düzenlemelere aykırı şekilde Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin vatandaşlarının yüzlercesi sınırlarda bekletilmiş, Yunanistan'dan gelen gemi ise geri gönderilmiştir³⁸⁴.

2.2.1.1.2. Genel Sağlık

Kamu düzeninin unsuru olarak sağlık, tek tek bireylerin değil, toplumun salgın hastalıklardan korunmasını kapsar. Bireylerin hastalıklarının tedavisi ise sağlık alanında verilen kamu hizmetinin konusunu oluşturur. İdare toplum sağlığını korumak için gerekli tedbirleri alır. Alınan tedbirlerin konusunu sadece insanlar değil, hayvanlar ile taşınır ve taşınmaz mallar oluşturur³⁸⁵.

İdarenin genel sağlığın korunması amacıyla bireylerin hak ve özgürlüklerine yapacağı kısıtlamalar, tüm idari faaliyetlerde olduğu gibi kanun koyucunun belirlediği alanlarla sınırlıdır. Genel sağlığın korunmasına yönelik yasaların belli başlıları gıdaların denetimine yönelik 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile mahalli idarelerin görevlerini düzenleyen 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunudur.

³⁸⁴ Salvatore Palidda, "L'Italie saisie par la tentation répressive", **Manière de voir**, Numéro 71:57-59, (Octobre-Novembre 2003), ss. 57-58.

³⁸⁵ Günday, **a.g.e.**, ss.262-263.

Her türlü gıdanın üretim ve tüketim aşamasında genel sağlığın korunması amacına yönelik olarak denetim, Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca yapılmaktadır. Ancak Bakanlıkça yapılan denetimin, gıda işyerlerine verilen işyeri açma ruhsatları konusunda yerel yönetimlerin yetkilerini kaldırmadığı 5179 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmeliğin³⁸⁶ 2/2. maddesinde öngörülmüştür. Büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve il özel idareleri faaliyet alanlarındaki işyerlerine ruhsat verir ve sağlık açısından gerekli denetimleri kuruluş kanunları ve bu kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Yönetmelik³⁸⁷ hükümlerine göre yaparlar. Tarım ve Köyişleri Bakanlığı da Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmeliğin 2/3. maddesi gereğince işyerlerini, ruhsatlandırmadaki ilke ve esaslar yönünden denetler.

Genel sağlığın korunması amacına yönelik 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile yaygın ve salgın hastalıklarla mücadele için alınacak önlemler düzenlenmiştir. Yine genel sağlığın korunması amacına dönük kolluk faaliyetlerinde bulunma yetkisi veren bir diğer kanun 2872 sayılı Çevre Kanunudur. Çevre Kanunu ile sadece insanların değil tüm canlıların sağlığına zarar verilmesini önlemeye yönelik olarak herkes için birtakım yükümlülükler öngörülmüştür.

Genel sağlığın korunması için belediye, mahalle içinde bulunan besi ahır ve gübrelikler halk sağlığını ciddi şekilde tehdit ettiği için başka bir yer gösterilmek suretiyle kapatılabilir³⁸⁸. Ancak genel sağlığın korunması için idarenin aldığı bazı önlemler temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmektedir. Halkın sağlığına zarar verdiği gerekçesiyle kavak ağaçlarının kesilmesini öngören belediye encümeni kararının, Danıştay tarafından mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal

³⁸⁶ **R.G.**, 09.12.2007, Sayı: 26725.

³⁸⁷ Bakanlar Kurulunun 14.7.2005 tarih ve 2005/9207 sayılı kararı, **R.G.**, 10.08.2005, Sayı: 25902.

³⁸⁸ Dan.10.Daire, 14.12.1983, E.No:1982/3371, K.No:1983/2598, <www.danistay.gov.tr>, (13.01.2008).

edilmesi³⁸⁹, bu hakkın dokunulmaz olarak ele alınması ve idarenin toplumun sağılığını korumak adına da olsa müdahale edemeyeceğı anlamına gelmektedir.

Elbette bir temel hak ve hürriyetin sınırlanması şeklinde gerçekleştirilen kolluk işlemlerinin hukuka uygun olması için kamu düzenini tehdit eden durumun ciddi olması gerekir. Zira liberal bir devlette özgürlüklerin kullanılması kural, kolluk faaliyetleri kapsamında özgürlüklere yapılacak sınırlandırmalar ise istisnadır³⁹⁰. Bu bağlamda belediye personelinin almış olduğı grev kararını erteleyen Bakanlar Kurulu kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Danıştay, çöplerin toplanmamasını halkın sağılığını tehdit edeceğı gerekçesiyle idarenin alınan grev kararını erteleyebilmesi için toplumun önemli bir bölümünün sağılık yönünden ciddi bir tehlike altında bulunması ve başka bir yolla bu tehlikenin bertaraf edilememesi şartlarının bir arada gerçekleşmesine bağlamıştır³⁹¹. Anayasal bir hakkın kamu düzenini bozmaya yönelik ciddi bir tehdit olmadan kullanımının engellenmesi temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırılık teşkil edecektir.

2.2.1.1.3. Dirlik ve Esenlik

Dirlik ve esenlik toplumsal yaşamın olağan seyrini etkileyecek gürültü, toz, duman, koku gibi maddi düzensizlik ve rahatsızlıkların yokluğu olarak tanımlanabilir³⁹². İdare toplumun dirlik ve esenliğini bozacak maddi düzensizlikleri önlemek üzere kolluk faaliyetlerinde bulunur. Bu amaçla yapılacak kolluk önlemlerine, sokaklarda ve pazaryerlerinde yüksek sesli anonsların yasaklanması, araçların egzozlarının kontrol edilmesi, çöplerin belli saatler arasında sokağı bırakılması, disko

³⁸⁹ Dan. 8. Daire, 31.12.2002, E.No:2001/4072, K.No:2002/4962, <www.danistay.gov.tr>, (13.01.2008).

³⁹⁰ Frier, **a.g.e.**, s.251.

³⁹¹ Danıştay 10. Dairesinin 16.10.2002 tarih ve E.No:2000/4445, K.No:2002/3895 sayılı kararını onayan İdari Dava Daireleri Kurulunun 14.4.2005 tarih ve E.No:2003/271, K.No:2005/273 sayılı kararı, <www.danistay.gov.tr>, (12.01.2008).

³⁹² Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s. 724.

ve eğlence yerlerindeki müzik sesinin belli desibelle sınırlandırılması örnekleri verilebilir. Kamu düzeninin dirlik ve esenlik unsuru aslında çevre konuları ile yakından ilgilidir. Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hakkına sahip olduğu düzenlendikten sonra çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesini önlemek devlet ve vatandaşlar için ödev olarak düzenlenmiştir. Çevre hakkının Anayasa'da düzenlenen kapsamıyla dirlik ve esenliğin yapılan tanımı arasında bir örtüşme olduğu söylenebilir. Çevrenin korunması ve geliştirilmesi ödevinin hem vatandaşlara hem de devlete ödev olarak tanınması hakkın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira üçüncü kuşak dayanışma hakları arasında yer alan çevre hakkının tanınmasına neden sorunlar, sadece bir devletin değil tüm insanlığın biraraya gelerek çözümleyebileceği sorunlardır³⁹³.

82 Anayasası'yla birlikte sosyal haklar arasında düzenlenen çevre hakkının tanınmasıyla 1983 yılında 2872 sayılı Çevre Kanunu çıkarılmıştır. Kanun'un 14. maddesinde dirlik ve esenlik kapsamında ele alınan gürültü özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre ruh sağlığını bozacak şekilde belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaklanmıştır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda çıkarılan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde³⁹⁴ belirlenen gürültü seviyelerini aşan işletmelerin faaliyetleri durdurulabileceği gibi, faaliyette bulunmak için yapılan başvurular da reddedilebilir.

Nitekim Danıştay vermiş olduğu bir kararla konut bölgeleri ve yakın çevresi ile gürültüye hassas diğer bölgelerde yapım işlerinde kullanılan gürültü çıkarıcı alet ve

³⁹³ Yasemin Özdek, **İnsan hakkı Olarak Çevre Hakkı** (Ankara: TODAİE, 1993), s. 91.

³⁹⁴ Bu yönetmelik, yürürlükte olan 11.12.1986 tarih ve 19308 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Gürültü Kontrol Yönetmeliğini, yayımı tarihinde yürürlükten kaldırmıştır. **R.G.**, 01.07.2005, Sayı: 25862.

makinelerin iş ve tatil günlerindeki kullanımıyla ilgili olarak zaman açısından sınırlama getirilmesinde hukuka aykırılık bulmamıştır³⁹⁵. Yine bir başka kararda Gürültü Kontrol Yönetmeliğinde belirlenen gürültü seviye üst sınırını aştığı gerekçesiyle "Go-kart" işletmeciliği ruhsat talebini ret işlemini hukuka uygun bulan idare mahkemesi kararını onamıştır³⁹⁶.

Yine Çevre Kanunu'nun ek 9. maddesinde kokuya sebep olan emisyonların çevreye verilmesi yasaklanmıştır. 8. madde ile de çevreyi kirletmek yasaklanmıştır. Çevrenin kirlenmesi ihtimalinde ilgililer gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında kolluk faaliyetleri kapsamında yaptırımlar uygulanır.

2.2.2. Kamu Düzeni Kavramının Genişleyen İçeriği

2.2.2.1. Kamusal Estetik

Sözlük ikinci anlamı güzellik duygusu ile ilgili olan³⁹⁷ estetik kavramının belirlenmesi güçtür. Bu güçlük, kavramın referans aldığı güzelliğin tanımında nesnel bir ölçüt olmaması ve estetiğin kültürel temelleri olan bir kavram olmasından kaynaklanır. Neyin estetik olup olmadığı söylenemese de estetiğin algılamalara göre kişiden kişiye, toplumdan topluma ve zaman içerisinde değişen bir kavram olduğu söylenebilir³⁹⁸.

Böylesine belirsiz bir kavramın kamu düzeni kavramı kapsamında ele alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre estetik kamu düzeni kapsamında

³⁹⁵ Dan. 6. Daire, 23.05.2001, E.No:2000/2381, K.No:2001/2822, <www.danistay.gov.tr>, (15.01.2008).

³⁹⁶ Dan. 8. Daire, 24.09.2003, E.No:2003/3073, K.No:2003/3607, <www.danistay.gov.tr>, (15.01.2008).

³⁹⁷ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBulasp>x?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA, (05.02.2008).

³⁹⁸ Özdek, **İnsan Hakkı...**, s. 105.

değerlendirilemez, kamu düzeninin amaçları arasında yer alamaz³⁹⁹. Diğer görüşe göre ise kamu düzeni kavramı, güvenlik, genel sağlık ile dirlik ve esenliğin sağlanmasına indirgenemez, dolayısıyla estetik de kamu düzeni kavramının bir unsurudur⁴⁰⁰.

Estetiğin kamu düzeni unsurlarından biri olarak kabulü konusunda ölçütlerden biri de toplumun gelişmişlik düzeyidir. Bu çerçevede gelişmiş ülkelerde estetiğin kamu düzenin sağlanması bağlamında vazgeçilmez bir ihtiyaç olduğu belirtilmiştir⁴⁰¹. Conseil d'Etat vermiş olduğu kimi kararlarda estetik konusunu idari kolluğun yasal amaçları arasında ele almış ve düzeninin sağlanmasında gerekli görmüştür⁴⁰². Conseil d'Etat daha sonra verdiği kimi kararlarda ise estetiği sağlamak adına yapılan kolluk işlemlerini iptal etmiştir⁴⁰³. Daha yeni tarihli bir kararda ise belediye başkanının kamu düzeninin bozan bir durum olmasa da savaşta yaşamını yitirenler için yaptırılan anıtın üzerine gerçek amacını ortadan kaldıracak amblemlerin yapıştırılmasını yasaklayan kararını hukuka uygun bulmuştur⁴⁰⁴.

Türk Hukukunda estetik konusunun kamu düzeni unsuru olarak kabul edilip edilmediğini incelemek için İmar Kanunu'nun 40. maddesinin ve bu maddenin uygulamasına Danıştay'ın yaklaşımının ele alınması gereklidir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 40. maddesinde arsalarda, evlerde ve sair yerlerde umumun sağlık ve selametini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından sakıncalı bulunan enkaz veya birikintilerin sakıncalarının giderilmesinin ilgililere tebliğ edileceği

³⁹⁹ Frier, **a.g.e.**, s.242.

⁴⁰⁰ Chapus, **a.g.e.**, ss. 705-706.

⁴⁰¹ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), s.54.

⁴⁰² “CE, 23 octobre 1939, *Union parisienne des synd. de l'imprimerie*, s.906, CE, 3 juin 1938, *Soc. des usines Renault*, s.531, CE, 14 mars 1941, *Cie nouv. des chalets de nécessité*, s.44” Chapus, **a.g.e.**, s.706.

⁴⁰³ Belediye mezarlığındaki mezarların şeklini belirleyen düzenlemeyi iptal eden karar için bkz. “CE, 18 février 1972, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne*, s.153, eski otomobillerin bulunduğu deponun kaldırılmasına ilişkin düzenlemeyi iptal eden karar için bkz. CE, 21 juillet 1970, *Loubat*, s.507” Chapus, **a.g.e.**, s.706.

⁴⁰⁴ “CE, 28 juillet 1993, *Association Laissez-les vivre*, s.235” Chapus, **a.g.e.**, s.707'deki alıntı.

düzenlenmiştir. İlgililere verilen süre içinde sakıncaların giderilmemesi halinde belediye veya valilikçe sakıncanın giderileceği ve masrafın %20 fazlasıyla ilgisinden tahsil edileceği veya söz konusu olan bir faaliyet ise faaliyetin durdurulacağı hususu düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince estetiğin de kamu düzeninin unsurlarından biri olduğu söylenebilir. İdare bu maddenin kapsamı çerçevesinde çevre görünümünü bozan büfenin kaldırılmasına, dış görünümü şehir estetiğini bozan binanın mühürlenmesine, cadde güzelliğini bozan sundurmanın kaldırılmasına, hurda oto parçası alım-satımı yapan dükkanın estetik açıdan sakıncalar doğurduğundan bahisle kaldırılmasına, tarla ve sebze bahçesi olarak kullanılan taşınmazın estetik açıdan çirkin görüldüğü gerekçesiyle taşınmaz sahibinden taşınmaz etrafına duvar çekilmesine, binanın bahçesine ya da çatısına bahçeye monte edilen reklam panolarının kaldırılmasına karar verebilir.

Estetik konusunun, Danıştay kararlarında doğrudan başlı başına bir kamu düzeni unsuru olarak değerlendirilmediği söylenebilir. İdarenin estetiği dikkate alarak yaptığı işlemleri Danıştay bazen İmar Kanunu'nun 40. maddesi kapsamında değerlendirmemesi nedeniyle iptal ederken⁴⁰⁵ bazen de idarenin yaptığı işlemleri sağlık⁴⁰⁶ ya da trafik⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Tarla ve sebze bahçesinin estetik bakımdan çirkin görüntü oluşturması nedeniyle belediyece taşınmaz sahibinden bahçenin etrafına duvar çekilme talebini 40. madde kapsamında değerlendirmeyen Danıştay kararı için bkz. Dan. 6. Daire, 9.02.2005, E.No:2003/4482, K.No:2005/620; dış görünümü şehir estetiğini bozduğu gerekçesiyle binanın mühürlenmesi şeklindeki idarenin işlemini, 40. madde kapsamında kamunun sağlık ve selametini etkileyen "enkaz ve birikinti" olmadığı gerekçesiyle iptal eden idare mahkemesi kararını onayan Danıştay kararı için bkz. Dan. 6.Daire, 27.01.1992, E.No:1190/741, K.No:1992/222; çatıya ve bahçeye monte edilen reklam panolarını 40. madde kapsamında değerlendirmeyen Danıştay kararları için bkz. Dan. 6. Daire, 20.03.2002, E.No:2001/899, K.No:2002/1744, Dan. 6. Daire, 14.01.2004, E.No:2003/5266, K.No:2004/120, <www.danistay.gov.tr>, (16.01.2008).

⁴⁰⁶ Çatıya kurulan GSM şirketine ait baz istasyonlarının sağlık açısından taşıdığı sakıncaları tespit eden bir işlem yapılmadan kaldırılmaları yönünde alınan kararı estetik açıdan ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutmadan iptal eden idare mahkemesi kararını onayan Danıştay kararı için bkz. Dan. 6.Daire, 22.09.2003, E.No:2002/1357, K.No:2003/4407, <www.danistay.gov.tr>, (16.01.2008).

açısından inceleyerek estetik açıdan ayrı bir değerlendirme yapmamaktadır.. Danıştay'ın incelenen kararları arasında estetik unsurunun da zikredilerek idarenin işlemini hukuka uygun bulan tek karar, mozaik, mıcır satıcılığı ve taş kırma alanlarında faaliyet gösteren işyerinin estetik yanında kamunun sağlık ve esenliği ile gürültü ve toz bakımından sakıncalı olduğu gerekçesiyle idarenin işlemini hukuka uygun bulan karardır⁴⁰⁸. Yargıtay'ın da aynı eğilimde olduğu söylenebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 32/ç maddesi gereğince bina duvarlarına "siyasi içerikli yazı yazılmasının, şehrin genel görünümünü ve temizliğini bozması, çirkinleştirmesi yanında; huzur, güven ve kamu esenliğini doğrudan ilgilendirdiği"nden kaymakam tarafından konut sahiplerinden bu yazıların silinmesinin istenebileceğine karar vermiştir⁴⁰⁹. Görüldüğü üzere Danıştay kararlarında estetik konusu özel bir inceleme konusu yapılmamış, özellikle reklam panoları ve baz istasyonları gibi şehir estetiğini bozma potansiyeli olan konularda bu husus değerlendirilmemiş ve 40. madde kapsamı düzenlemede yer alan "enkaz ve birikintilerle" sınırlı şekilde ele alınmıştır.

Şehir planlaması kapsamında eski yapıtların korunması estetik kültürel değerlerle ilgilidir⁴¹⁰. Eski yapıtların korunması bir yanı ile tarihi değerlerle ilgiliyken bir yandan da estetik değerlerle ilgilidir. Nitekim 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 6. maddesinde korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları sayıldıktan sonra maddenin devamında korunması gerekli olmayan taşınmazların neler olduğu belirtilmiştir. Düzenlemeye göre; "Koruma Kurullarınca mimari, tarihi, estetik, arkeolojik ve diğer önem ve özellikleri bakımından korunması gerekli bulunmadığı

⁴⁰⁷ İki taşıt yolu arasında kalan hurda ve oto parçası alım-satım işi yapan dükkanın trafik akışını engellemesi nedeniyle kaldırılması kararını hukuka uygun bulan Danıştay kararı için bkz. Dan. 6.Daire, 06.12.1993, E.No:1993/4239, K.No:1993/5174, <www.danistay.gov.tr>, (16.01.2008).

⁴⁰⁸ Dan. 6. Daire, 15.02.1993, E.No:1992/1854, K.No:1993/466, <www.danistay.gov.tr>, (16.01.2008).

⁴⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.11.1980, E. No:2/271, K.No:369, **Adalet Dergisi**, Sayı 1: 98-100, (Ocak-Şubat 1981), ss.99-100.

⁴¹⁰ Fehmi Yavuz, Ruşen Keleş ve Cevat Geray, **Şehircilik (Sorunlar-Uygulama ve Politika)** (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1973), s. 445.

karar altına alınan taşınmazlar" korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı sayılmazlar. Görüldüğü üzere bu Kanun kapsamında koruma altına alınmak için bir taşınmazın estetik açıdan korunmaya değer olması gerekir.

2.2.2.2. Genel Ahlâk

Genel ahlâk da sınırlı bir şekilde kolluk faaliyetlerinin konusu olabilmekte bu amaçla önlemler alınabilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu kapsamda kolluk önlemlerinin alınabilmesi için bireylerin dışı yansıyan ahlâki tutum ve davranışlarının olması, bu tutum ve davranışların kamu düzenini bozacak nitelikte olmaları ve bu tehlikenin açık ve yakın bir tehlike olması gerekir⁴¹¹. Bu şartlar oluşmadan gerçekleştirilen kolluk işlemleri yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırılık teşkil edeceklerdir⁴¹². Anayasa'da birçok temel hak ve hürriyetin genel ahlâk sebebi ile sınırlandırılacağı düzenlenmiştir⁴¹³. Genel ahlâkın kolluk faaliyetlerine sıkça konu olduğu alanlar sinema, tiyatro, şarkı sözleri gibi sanatsal alanlardır. Nitekim 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 11/A maddesinde genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanların polis tarafından engelleneceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin (C) bendinde genel ahlâk ve edebe aykırı nitelikteki her türlü sesli ve görüntülü eserleri üreten ve satanların engelleneceği de düzenlenmiştir.

⁴¹¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları** (İstanbul: İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, 1952), s.1060.

⁴¹² Günday, **a.g.e.**, s. 261.

⁴¹³ Genel ahlâkın korunması amacıyla sınırlanabilecek temel hak ve hürriyetler şunlardır; özel hayatın gizliliği (madde 20), konut dokunulmazlığı (madde 21), haberleşme hürriyeti (madde 22), basın hürriyeti (madde 28), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (madde 31), dernek kurma hürriyeti (madde 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (madde 34) ve sendika kurma hakkıdır (madde 51).

Genel ahlâkın kolluk işlemlerine konu olduğu bir diğer alan ise radyo ve televizyon yayıncılığıdır. Bu alanda kolluk faaliyetinde bulunan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, kanun koyucu tarafından öngörülen yayın ilkelerine uymayan radyo ve televizyon kuruluşları hakkında yaptırımlar uygular. Genel ahlâk, kanun koyucunun iradesiyle radyo ve televizyon yayıncılığında özel olarak korunmuştur. Radyo ve televizyon yayıncılığında uyulacak yayın ilkelerini belirleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinde radyo ve televizyon yayınlarının genel ahlâka uygun olması gerektiği düzenlendikten başka (z) bendinde gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlâkî gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması düzenlenmiştir.

Genel ahlâk tanımlanması güç bir kavramdır. Tam olarak ne anlama geldiği belirlenemeyen bu kavram, bir ahlâk kuralının hangi andan itibaren genel ahlâk kuralına dönüştüğü, genel ahlâk kuralına dönüşen bir kuralın sonsuza dek geçerli mi olacağı, hangi andan itibaren bir kuralın yenisi ile ikame edileceği gibi bir dizi soruyu akla getirmektedir. Sınırları ve kapsamı belirsiz genel ahlâk kavramı üzerinden kolluk makamlarına yetkiler vermek temel hak ve özgürlükler için güvencesiz bir rejim anlamına gelir. Yine yerel değerler esas alınarak genel ahlâka aykırılık gerekçesiyle kolluk işlemleri yapılması da temel hak ve özgürlükler açısından tehlike yaratan bir durumdur⁴¹⁴. Bu nedenle genel ahlâk kavramının şiddet, porno, pedofili gibi hemen hemen herkesin üzerinde uzlaştığı evrensel meselelerle mücadelede kullanılacak bir araç olarak değerlendirmek yerinde olacaktır⁴¹⁵. Nitekim 3984 sayılı Kanun'un yayın ilkelerini düzenleyen 4. maddesinin (t) bendinde yayınların müstehcen olmaması, (v) bendinde şiddet kullanımını özendirici olmaması, (u) bendinde kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin teşvik edilmemesi özel olarak hüküm altına

⁴¹⁴ Onar, **a.g.e.**, s.1060-1061.

⁴¹⁵ Özyay da genel ahlâk nedeniyle yapılacak kolluk işlemlerinin, sınırlı bir yörede geçerli değer yargıları üzerinden değil, evrensel düzeyde kabul görmüş ölçütler üzerinden yapılması gerektiğini savunmaktadır. Özyay, **a.g.e.**, s.499.

alınmak suretiyle belirtilen amaçlara uygun bir düzenleme yapılmıştır. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun talebi üzerine psikolog ve psikiyatristlerden oluşan bağımsız bir çalışma grubu tarafından hazırlanan şiddet, müstehcenlik ve mahremiyet ihlallerinin televizyon izleyicileri üzerindeki etkisini konu alan rapordan da anlaşılabileceği üzere şiddet ve müstehcenliğe özel önem verilmektedir⁴¹⁶.

Fransız Hukukunda da kolluk makamlarının belli bir ahlâk anlayışını topluma benimsetememekle birlikte asgari bir ahlâk anlayışını korumak üzere yerel ya da ulusal düzeyde şok edici faaliyetleri sınırlandırabileceği hatta yasaklayabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁷. Pornografik filmlerin denetlenmesinde olduğu gibi genel ahlâk, özel kolluğun amaçları arasında yer alabilir⁴¹⁸. Bakanlık tarafından işletim izni verilen filmin gösteriminin, belediye tarafından filmin ahlâk dışı olmasına ve yerel koşullara bağlı olarak yasaklanabilmektedir⁴¹⁹. Bir filmin ahlâk dışılığı pornografik, erotik ya da şiddete teşvik edici niteliğinden kaynaklanabilir. Ulusal düzeyde yayımına izin verilen filmin yerel koşullar nedeniyle yasaklanmasının o yerin hac ibadetinin yapıldığı yer olması, filmin konusunun o yerde geçmesi ya da o yerde geçen bir olayı hatırlatmasından ileri gelebileceği belirtilmiştir⁴²⁰.

5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun⁴²¹ ile yürürlükten kaldırılan 3257 sayılı Sinema, Video

⁴¹⁶ Bkz. **Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mâhremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri** başlıklı rapor, <http://www.rtuk.gov.tr/sayfalar/DosyaIndir.asp?x?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495, (22.01.2008).

⁴¹⁷ Frier, **a.g.e.**, s. 240.

⁴¹⁸ Vincent Tchen, " Police administrative; Théorie générale", **Juris-classeur Administratif**, Fasc.200, s.9.

⁴¹⁹ "C.E., Sect., 18 décembre 1959, *Les Films Lutetia*, R., s.693", Jean-François Lachaume, **a.g.e.**, ss.314-315'te yer alan karar.

⁴²⁰ Chapus, **a.g.e.**, s.708.

⁴²¹ 14.07.2004 tarih 5224 sayılı Kanun, **R.G.**, 21.07.2004, Sayı: 25529.

ve Müzik Eserleri Kanunu'nun⁴²² 9. maddesinde de mülki idare amirlerine bölgenin özellikleri sebebiyle toplumsal bir olaya sebebiyet vermesi muhtemel sinema, video ve müzik eserlerinin dağıtım ve gösterimlerinin yasaklanması yetkisi verilmiştir. Bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin⁴²³ 11. maddesinde bakanlık bünyesinde oluşturulan kurulların cinsellik, korku veya şiddet unsurlarının ağırlıklı olup olmadığı gibi hususları dikkate alarak genel izleyici kitlesi tarafından izlenebilirlik ve yaş bakımından filmleri sınıflandıracağı düzenlenmiştir. 12. maddede ise ticari dolaşıma ve gösterime sunulan ancak içerikleri nedeniyle seyircinin bilgilendirilmesi gereken filmler için Yönetmelik ekinde yer alan işaret ve ibarelerin bulundurulması zorunluluğu getirilmiştir. Yönetmelik ekinde belirtilen işaretlerin bir kısmı yaş grubuna (yedi, onüç ve onbeş yaş üzeri olmak üzere üç grup seyirci kitlesi belirlenmiştir.) bir kısmı ise içeriğe (korku ve şiddet unsurları içeren filmler ile cinsellik unsurları içeren filmler olmak üzere iki grup tür içerik belirlenmiştir.) ilişkindir.

Bakanlık tarafından izin verilen sinema filmlerinin gösteriminin bazen yerel düzeyde yasaklanabileceği kabul edildiği gibi filmin televizyonda gösterilmesi halinde de ayrıca bir denetime tâbi tutulabilmektedir. Danıştay vermiş olduğu bir kararda sinema filmi olarak çekilen ve eser işletme izni bulunan bir filmin televizyonda gösterilmesi halinde yayın ortamı ve izleyici kitlesi farklı olduğundan 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirlenen ilkeler açısından ayrı bir denetime tâbi tutulabileceğine karar vermiştir⁴²⁴. Yapılacak bu denetim sonucunda filmin ahlâk dışı nitelikte olup olmadığı çoğu zaman teknik bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Nitekim RTÜK tarafından ahlâk ve adaba aykırı olarak nitelendirilen film nedeniyle uygulanan yayın durdurma cezasına karşı açılan davada, davacı televizyon kanalı söz konusu yayının porno değil erotik olduğu savunmasında bulunmuştur. Danıştay temyiz incelemesinde tür ve içerik gereği cinselliğin yer aldığı yapımların saat 24.00 ile 05.00 arasında yayınlanabileceği, ancak

⁴²² 23 Ocak 1986 tarih ve 3257 sayılı Kanun, **R.G.**, 7 Şubat 1986, Sayı:19012.

⁴²³ Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, **R.G.**, 18.02.2005, Sayı: 25731.

⁴²⁴ Dan. 8.Daire, 20.05.2002, E.No:2001/584, K.No:2002/1656, <www.danistay.gov.tr>, (22.01.2008).

bu yayınların cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik nitelikli olamayacağı, filmin bu nitelikte olup olmadığının tespitinde bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine karar vermiştir⁴²⁵.

Görüldüğü üzere cinsel içerikli bir yayının erotik mi pornografik mi olduğunun tespiti kimi zaman teknik bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Soyut genel ahlâk kavramının somutlaştırmaya çalıştığımız alt başlıklarının da belirlenmesi çoğu zaman hukukun ötesinde bir incelemeyi gerektirmektedir.

Dışarıdan gelen filmlerin gösterimiyle ülke içinde çekilecek filmleri polis iznine bağlayan ve senaryoların ilgili makamlarla birlikte incelenmesini düzenleyen 2559 sayılı PVSK'nın 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 6. maddesinin anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu iddiayı, filmlerin denetiminin sadece polis tekeline bırakılmadığı bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan tüzük gereğince film denetimi konusunda bilimsel ve idari yeteneğe sahip makam temsilcilerinin de söz ve karar sahibi oldukları ve izin verilmeme ölçülerinin Anayasa'da öngörülen kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni ve milli güvenlik esasları içinde kaldığı gerekçesiyle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁴²⁶. 3257 sayılı Kanun'un 9. maddesinde Kültür ve Turizm Bakanlığı ile mülki idare amirlerine sinema, video ve müzik eserlerini denetleme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu hükme göre, diğer nedenler yanında genel ahlâk ve "örf ve adetlerimize" aykırı bulunan eserler yasaklanabilecektir. 3257 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 5224 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3/f maddesinde ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticari dolaşıma ve gösterime sunulmadan önce, kamu düzeni, genel ahlâk ile küçük ve gençlerin ruh sağlığının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasa'da öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda denetlenmesi düzenlenmiştir.

⁴²⁵ Dan. 10.Daire, 15.5.2001, E.No:1999/5326, K.No:2001/1807, <www.danistay.gov.tr>, (22.01.2008).

⁴²⁶ AYM, 08.07.1963, E.No: 1963/204, K.No: 1963/179, www.anayasa.gov.tr, (10.04.2008).

İdarenin genel ahlâkın korunması amacıyla yürüttüğü kolluk faaliyetleri sinema, televizyon ya da müzik alanlarıyla sınırlı değildir. Örneğin Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinin⁴²⁷ 26. maddesinde ahlâk ve adaba aykırı faaliyette bulunan tesislerin verilen süre içerisinde aksaklığı gidermediği takdirde kapatılacağı düzenlenmiştir. Bir spor tesisinde erotik ve alt yazılı filmin üç kişi tarafından birlikte izlenmesi nedeniyle verilen üç ay süreli kapatma cezası İdare Mahkemesince filmin porno değil erotik olduğunun tespit edilmesi, geç saatte izletilmesi ve kalabalık bir müşteri grubuna izletildiği yolunda tespitin olmaması nedeniyle iptal edilmiştir. Danıştay temyiz incelemesinde bu şekilde film izletilmesinin, tesisin amacı ile ahlâk ve adaba açıkça aykırı olduğunu belirledikten sonra filmin niteliğinin, izleyen sayısı ve izlenme saatinin dikkate alınarak karar verilmesini yerinde görmeyerek temyize konu idare mahkemesi kararını bozmuştur⁴²⁸.

Belirtmek gerekir ki düşünce ve ifade hürriyetiyle yakından ilgili olan bu alanda genel ahlâk kavramı oldukça sınırlı uygulanmalıdır. Aksi halde içeriği ve sınırları belli olmayan genel ahlâk anlayışı üzerinden her türlü sanatsal ve düşünsel faaliyetin yasaklanması söz konusu olur ki bu durum bireylerin nasıl düşünmeleri gerektiğine karar veren totaliter rejimlerin uygulaması olduğundan son derece sakıncalı bir durum yaratır. Genel ahlâkın korunması için yapılan kolluk işlemlerinde amacın fikir kanaat ve inançların düzenlenmesi ve denetlenmesi değil, güvenliğin, dirliğin veya sağlığın korunması olduğu belirtilmektedir⁴²⁹.

2.2.2.3. İnsan Onuru

Temel hak ve özgürlükler insan onurunu korumak adına sınırlandırılabilir. Çünkü insan onuru kavramı insan haklarının dayanağı ve temellerini açıklayan

⁴²⁷ R.G., 15.10.1999, Sayı:23847.

⁴²⁸ Dan, 8.Daire, 12.06.2003, E.No: 2002/3702, K.No:2003/2844, <www.danistay.gov.tr>, (22.01.2008).

⁴²⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 256.

kavramlardan biridir⁴³⁰. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin insan onurunun korunması adına kolluk işlemleriyle sınırlandırılması ilk bakışta çelişkili bir yapı görünümündedir.

İnsan onurunun başlı başına bir unsur olarak korunması adına kolluk faaliyetlerine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Öğretide Fransız Hukukunu baz alarak inceleyen Gözler dışında insan onuru unsuru kolluk faaliyetleri konusunda ele alınıp incelenmemiştir⁴³¹. Fransız Hukukunda Conseil d'Etat'nın aynı gün verdiği iki karar⁴³² üzerine insan onuru da kamu düzeninin bileşenlerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Conseil d'Etat bu kararda can güvenliğini sağlamak üzere özel giysilerle donatılmış cücenin fırlatılması oyununu yasaklayan belediye kararını iptal eden ilk derece mahkeme kararlarını bozmuş ve belediyenin insan onurunun korunması amacıyla oyunu yasaklayabileceğine karar vermiştir. Conseil d'Etat böyle bir gösterinin, cücenin kendi iradesiyle ve ücret karşılığı olarak katılsa ve güvenlik için her türlü önlem alınmış olsa bile yasaklanabileceğine karar vermiştir⁴³³.

İnsan onurunu kamu düzeni kavramının bileşenlerinden biri olarak kabul eden karara rağmen, insan onurunun korunmasını anayasal ve uluslararası bir ilke olarak kabul etmekle birlikte genel idari kolluğun özel ve bağımsız bir amacı olarak kabul etmeyerek genel ahlâk kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁴³⁴. Ancak 2007 yılında verilen bir karar sonucunda Conseil d'Etat içtihatlarının süreklilik gösterdiği ve insan onurunun da kamu düzeninin unsurlarından biri olduğu söylenebilecektir. Conseil d'Etat evsizlere domuz çorbası dağıtan aşırı sağ eğilimli derneğin faaliyetini yasaklayan valilik kararını iptal eden ilk derece mahkemesi kararını

⁴³⁰ Özdek, **İnsan Hakkı...**, s.54.

⁴³¹ Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, ss.421-422.

⁴³² "C.E., Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence*, R., s.372" Frier, **a.g.e.**, s. 241.

⁴³³ Chapus, **a.g.e.**, s. 709-710.

⁴³⁴ Frier, **a.g.e.**, s. 241.

iptal etmiştir⁴³⁵. Derneğin internet sitesinde yer alan “diğerlerinden önce bizimkiler” sloganının dini olarak domuz yemeleri yasak olan Müslüman ve Yahudi evsizler için ayrımcı bir nitelik taşıdığına ve insan onuruna aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, yetkili Alman Mahkemesi’nin talebi üzerine verdiği görüş kararında Alman Temel Kanununca da korunan insan onurunu, Topluluk Hukuku’nun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmiş ve kolluk makamlarının lazer ışınlarıyla insan öldürme simülasyonu oyununu yasaklayabileceklerine, bu yasağın hizmetlerin serbest dolaşım ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir⁴³⁶.

Türk Hukukunda bu yönde verilmiş bir karar yoktur. Mevzuatta 3984 sayılı Kanun’un yayın ilkelerini düzenleyen 4. maddesinin (s) bendinde program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında ATV televizyon kanalında canlı olarak yayınlanan "Ya Şundadır Ya Bunda" programında bir kişinin pantolonunun yarışma sunucusu tarafından indirilerek cinsel organının görünmesi üzerine RTÜK tarafından program durdurma cezası uygulanmıştır. Söz konusu yarışma programı hakkında özürlülerin mizah unsuru olarak kullanılması nedeniyle insan onuruna aykırılık nedeniyle yaptırımlar uygulanabileceği söylenebilir. Yine 5224 sayılı Kanun’un 3/f maddesinde sinema filmlerinin insan onuruna uygunluk yönünden de denetleneceği düzenlenmiştir. Bu Kanun kapsamında insan onuruna uygun olmayan sinema filmlerinin gösterimi engellenebilecektir.

⁴³⁵ Karar metni için bkz. Bertrand Pauvert, “C.E., (Ord. Réf.), 5 janvier 2007, Ministre d’Etat, ministre de l’Intérieur et de l’Aménagement du territoire c/Association Solidarité des français, no 300311”, **A.J.D.A.**, Numéro 11-601-604, (19 mars 2007), s.601.

⁴³⁶ Paul Cassia, “Note sous l’arrêt de la CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Omega”, **Droit Administratif**, 29-31, (Janvier 2005), s. 30.

2.2.2.4. Mali Yarar

İdare hukukunda mali yarar, ne kolluk faaliyetlerinde ne de kamu hizmetlerinde temel amaç olarak gözetilebilir. İktisadi ve sınai kamu hizmetlerinde kâr amacı güdülmekle birlikte bu hizmetlerin özel hukuk kurallarına tâbi olduğu kabul edilmektedir⁴³⁷. Kamu düzenini sağlamayı amaçlayan kolluk faaliyetleri de ne kamu hizmetlerinin daha iyi koşullarda sunulması ne de mali yarar sağlanması amacıyla yerine getirilebilir⁴³⁸.

Fransız Hukukunda kolluk alanında, idare kamu düzenini sağlamayı amaçlıyor ve bunun yanında da mali yarar sağlıyorsa bu amaçla yapılan işlemlerin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir. Petrol krizi sırasında Başbakan tarafından genel idari kolluk kapsamında otomobillere hız sınırı getirilmesine ilişkin işlem, mali yarardan başka kaza riskini azalttığı ve böylece güvenliği sağladığı için hukuka aykırı bulunmamıştır⁴³⁹. Aynı şekilde belediye ağır vasıtaların, bakımını yapmakla yükümlü olduğu yolları kullanmasını yasaklayabilir⁴⁴⁰. Ancak kolluk makamları salt mali yarar elde etmek için işlem yapamazlar. Nitekim Conseil d'Etat mali yarar elde etmek için yapılan kolluk işlemlerini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir⁴⁴¹. Gerek hız sınırlaması gerekse yolların ağır vasıtalarla yasaklanmasında idare mali yarar sağlamanın yanında sürücülerin ve yayaların güvenliğini de sağlamaktadır. Burada kamu yararı ve kamu

⁴³⁷ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.645.

⁴³⁸ Lûtfi Duran, “Peştemallık ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **A.İ.D.**, Cilt 20, Sayı 1: 3-14, (Mart 1987), s.12.

⁴³⁹ “C.E., 25 juillet 1975, *Chaigneau*, R., s.436”, Frier, **a.g.e.**, s.241'teki alıntı.

⁴⁴⁰ “C.E., 29 janvier 1926, *Société des plâtreries de Bagnolet*, R., CE 1926, s.97, C.E., 3 février 1926, *Société d'exploitation forestière de Paimpont*, R., CE 1926, s.114, C.E., 6 janvier 1933, *Ratto*, S. 1933, s.45”, Tchen Police Administrative, Juris-Classeur, fasc.200, s.10.

⁴⁴¹ “C.E., 22 février 1991, *Commune Bagnères-de-Luchon c./Loquet*, CE 1991, s.63, C.E., 5 avril 1991, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de place de la région parisienne*, D. 1992, s.217”, Tchen, Police Administrative, Juris-Classeur, fasc.200, s.10.

düzeni amaçlarının birbirlerini tamamlayıcı niteliklerinin ön plana çıktığı söylenebilir⁴⁴².

Danıştay da vermiş olduğu bir kararda belediyenin araçların arabalı vapura binmeleri için gerekli düzenlemeler yapabileceğini ancak araç sahiplerinden otopark ücreti alınamayacağına karar vermiştir⁴⁴³. Otopark ücretine ilişkin bir diğer kararda⁴⁴⁴ Danıştay, üniversitenin genel güvenlik ve trafik güvenliği açısından giriş kontrolü yapabileceğini ancak otopark hizmeti verilmeksizin kampüse giriş yapan tüm özel araçlardan çıkışta ücret talep edilmesini hukuka aykırı bulan idare mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay üniversitenin güvenliği, işleyişi ve her türlü düzeninden sorumlu olan rektörlüğün böyle bir yetkisi olduğuna ve bu yetkisini elde ettiği gelir ile üniversiteyi kalkındırma amacını taşıyan vakıf aracılığıyla kullanabileceğine karar vermiştir. Danıştay, kararında yürütülen faaliyetin niteliği konusuna yer vermemiş ve üniversite rektörlüğünün adeta sınırsız yetkilere sahip olduğunu belirterek hiçbir hizmet sunulmadan ücret talep edilebileceğine karar vermiştir. Ticari plaka dağıtımı karşılığında alınan parayı peştemallık, bu paranın ticari plakalı araç sahipleri ile Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı arasında paylaştırılmasını ise ulûfe olarak nitelendiği⁴⁴⁵ gibi, üniversitelerce talep edilen bu ücret de ayakbastı parasına benzetilebilir. Toplumsal yaşamın içinde yer alması gereken üniversitelerin böyle bir uygulamaya gitmeleri ve bu uygulamayı hukuka uygun bulan Danıştay kararı, üniversitelerin toplumsal yaşamdaki yerine bakış açısından düşündürücüdür.

Danıştay ekmek ve unlu mamullerin sağlığa uygunluk ve gramaj denetiminin belediyelerin asli görevlerinden olduğu gerekçesiyle bu mamulleri üretenlere verilen özel etiket karşılığında bandrol ücreti istenemeyeceğine karar veren vergi mahkemesi

⁴⁴² Linotte, **a.g.m.**, s.14.

⁴⁴³ Dan. 9.Daire, 21.04.1973, E.No: 1972/1833, K.No: 1973/898, **DD**, Sayı: 12-13, ss.424-425.

⁴⁴⁴ “Dan.8. Daire, 08.06.1999, E.No: 1999/350, K.No: 1999/3689” yayınlanmamış karar için bkz. Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss.646-647.

⁴⁴⁵ Duran, “**Peştemallık ve Ulûfe...**”, s.6.

kararını onamıştır⁴⁴⁶. Yine Danıştay bir başka kararında belediye sınırları içinde satılan etlerin kontrolünün belediyelerin asli görevi olduğu gerekçesiyle bu tür hizmetler karşılığında belediyelerce ücret talep edilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁴⁷.

2.3. Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Devri

2.3.1. Genel İdari Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi

2.3.1.1. Genel İdari Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi

2.3.1.1.1. Genel İdari Kolluk Yetkilerinin Egemenliğe İlişkin Olması

Kolluk faaliyeti, kamu hizmeti olarak kabul edilmekle birlikte kamu hizmetleri içinde özel bir statüye sahiptir. Egemenliğin sembolü olan kolluk ancak otoriter araçlarla yerine getirilir ve bu nedenle her türlü devir ve karşılıklı anlaşma mekanizmalarını dışlar⁴⁴⁸. Danıştay da bir kararında kolluk faaliyetlerinin kamu hizmetleri içindeki bu özel statüsünü açıkça ifade etmiştir. Söz konusu kararda Danıştay sağlık, eğitim ve öğretim gibi kişi güvenliğinin sağlanmasının da devletin varlık sebeplerinden biri olduğuna ve devlet eliyle yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle imtiyaz sözleşmesine konu olamayacağına karar vermiştir⁴⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi de güvenliğin sağlanması hizmetini devletin erteleyemeyeceği ödevlerden sayarak öteki kamu hizmetlerinden daha ağırlıklı bir yere sahip olduğuna

⁴⁴⁶ Dan.9.Daire, 13.04.1993, E.No: 1993/335, K.No: 1993/1595, <www.danistay.gov.tr>, (17.04.2008).

⁴⁴⁷ Dan.9.Daire, 26.05.1998, E.No: 1997/3873, K.No: 1998/2158, <www.danistay.gov.tr>, (17.04.2008).

⁴⁴⁸ Seiller, **a.g.e.**, ss.68-69.

⁴⁴⁹ Danıştay İdari İşler Kurulu, 25.10.1990, E.No:1990/90, K.No:1990/73 yayınlanmamış karar için bkz. Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.686.

karar vermiştir⁴⁵⁰. Gerçekten de kimi kamu hizmetlerini kurup kurmamak siyasal iktidarın takdirine bırakılmışken; kolluk faaliyetleri için siyasi iktidara bırakılmış bu yönde bir takdir yetkisi olmadığı, bu faaliyetlerin devlet tarafından üstlenilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda da hava trafiği güvenliğini sağlamak için oluşturulmuş Eurocontrol tarafından yürütülen faaliyet iktisadi nitelikte bulunmadığından Roma Anlaşmasının 86 ve 90. maddeleri çerçevesinde rekabet kurallarına tâbi ticari işletme olarak kabul edilmemiştir. Hava sahasının denetim ve güvenliğine ilişkin kuruluş faaliyeti, niteliği, amacı ve tâbi olduğu kurallar dikkate alınarak tipik kamu gücü ayrıcalıkları olarak nitelenmiştir⁴⁵¹.

Belirtmek gerekir ki devletçe üstlenilmesi zorunlu kabul edilen kolluk faaliyetlerinin kamu tüzelkişilerine devredilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Nitekim bakanlıklar bünyesinde yürütülen kimi kolluk faaliyetleri kurulan bağımsız idari otoritelere devredilmiştir⁴⁵². Ancak kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine devri konusu tartışmalıdır. Kolluk faaliyetlerinin kamu hizmetleri içinde sahip olduğu özel statünün, bu faaliyetin özel hukuk kişilerine devrine engel olup olmadığının irdelenmesi gerekir.

⁴⁵⁰ AYM, 12.04.1990, E.No:1990/4, K.No:1990/6, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

⁴⁵¹ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0364:FR:HTM>>L, (13.08.2009).

⁴⁵² Fransız hukukunda Anayasa Konseyi ile Danıştay'ın kamu hizmetlerinin devri konusundaki eğilimlerinin farklı olduğu belirtilmektedir. Danıştay kamu hizmetinin devrine karşı çıkarken Anayasa Konseyi kamu hizmetinin özel sektöre devrine karşı çıkmaktadır. Pierre Delvolvé, **a.g.m.**, s. 686. Nitekim Anayasa Konseyi her türlü kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devrine karşı çıkarken ((CC, 92-207, DC 25 février 1992, RJC I, 493) bağımsız idari otoriteye kolluk alanında yetkiler verilmesini anayasa aykırı bulmamıştır (CC, 92-333, DC, 21 janvier 1994, 32)Bkz. Tania-Marie David-Pecheul, "La contribution de la jurisprudence consitutionnnelle à la théorie de la police administrative", **RFDA**,362-383, (1998), s. 373.

Bilindiği gibi bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için o faaliyetin mutlaka kamu tüzelkişilerince yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Kolluk faaliyetlerinin devlet eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğuna ilişkin yukarıda belirtilen Danıştay kararının, Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde halen geçerli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen fıkra gereğince devlet, KİT ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerin özel hukuk kişilerine yaptırılması ve devri konusunda kanun koyucuya izin verilmiştir. Kolluk faaliyetlerinin, ekonomik haklar ve ödevler bölümü altında 47. maddede düzenlenen özelleştirme kapsamında olup olmadığı sorulması gereken sorulardan biridir. Kolluk faaliyetini hâkim görüş doğrultusunda bir kamu hizmeti olarak kabul ettiğimizde devletçe yürütülen bu hizmetin özel hukuk kişilerinca yerine getirilmesi ya da bu kişilere de devri mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki kolluk faaliyetleri idari nitelikte bir kamu hizmeti ve kamu gücünün en yoğun şekilde kullanıldığı alan olduğundan⁴⁵³ bu alanın 47. madde kapsamında olmadığı söylenebilir. Nitekim belirtildiği üzere kolluk faaliyetleri, kamu gücüne özgü devlet veya diğer kamu tüzelkişilerince tekel şeklinde yürütülecek kamu hizmetleri arasında sayılmıştır. Bu yorum, liberal devletin ilkesel olarak güvenlik, savunma, adalet işlevleriyle sınırlı devlet anlayışına da uygun bir yorumdur. Devlet iktisadi alandan çekilmekte ancak egemenliğe ilişkin alanlarda faaliyet göstermektedir. Nitekim güvenliğin sağlanması olarak yorumlanabilecek toplumun huzurunun sağlanması Anayasa'nın 5. maddesi ile devlete verilen görevlerden biridir.

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen özelleştirmeye ilişkin kuraldan sonra özelleştirme konusunda artık bir sınırın olmadığı, sadece iktisadi ve sınai kamu hizmetlerinin değil kamu gücü ve kamusal yönetim usulleri izlenerek yerine getirilen kamu hizmetlerinin

⁴⁵³ İl Han Özay, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskiseite/anyarg19/ozay.pdf>>, (15.01.2010).

de özelleştirilebileceği savunularak 5188 sayılı Kanun kapsamında özel kişilere gördürülen güvenlik hizmeti örnek gösterilmiştir⁴⁵⁴. Ancak anayasal açıdan mümkün olduğu belirtilen iç ve dış güvenlik hizmetlerinin özelleştirilmesinin, bu hizmetlerin egemenliğe ilişkin olması ve kamusal güç ve yetkiler içermesi nedeniyle sakıncalı bulunarak özel kişilerin bu alanlara sınırlı şekilde katılması gerektiği önerilmiştir⁴⁵⁵.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de verdiği iki kararla özelleştirmeyi, tüm kamu hizmetleri için kabul etmediği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi verdiği ilk kararda dolaylı ve olumsuz şekilde özelleştirmeyi sınırsız ele alınamayacağını ortaya koymuştur. Sağlık ve yardımcı sağlık personelinin hizmet alımı yoluyla istihdamını düzenleyen 4924 sayılı Kanun ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin III sayılı bendine eklenen hükmün anayasaya aykırılığı iddiası üzerine yaptığı denetimde;

"Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, **[sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir]**. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır ..."

gerekçesiyle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁴⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir başka kararla özelleştirmeyi düzenleyen Anayasa'nın 47. maddesini sınırsız yorumlamadığı söylenebilir. Telekomünikasyon hizmetlerinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin 27.01.2000 tarih, 4502 sayılı Kanun'un

⁴⁵⁴ Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi** (2. Baskı. İstanbul: Beta, 2007), ss.205-206.

⁴⁵⁵ Aynı, s.206.

⁴⁵⁶ AYM, 22.11.2007, E.No: 2004/114, K.No: 2007/85, **R.G.**, 24.12.2007, Sayı: 26736. Belirtmek gerekir ki karara yazılan karşıoy gerekçelerinde de belirtildiği gibi, devletin üstlendiği bir kamu hizmetini, hizmet satın alınması yoluyla gördürmesi Anayasanın 128. maddesinde öngörülmemeyen bir istihdam şekli olup Anayasanın 47. maddesi kapsamına da girmemektedir.

2. maddesinin (e) bendinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi⁴⁵⁷, 47. maddenin uygulama alanını belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi özel hukuk rejimine tâbi tutulabilecek kamu hizmeti alanlarını şu şekilde ortaya koymuştur;

"Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizâtihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, [**kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar**], tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz.

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan son değişiklikle, kamu hizmetlerinin yasa ile belirlenmek koşulu ile, özel hukuk sözleşmeleri ile de yapılabilmesi veya devredilebileceği kabul edilmiş ise de yasakoyucu telekomünikasyon hizmetleri açısından yine kamu hukuku rejimini benimsemiş, bu hizmetlerin ancak görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve izin yöntemleri ile yürütülebileceğini kurala bağlamıştır..."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kamu gücüne özgü kamu hizmetlerinin kanun koyucunun iradesiyle dahi olsa özel hukuk kişilerine devredilemeyeceğine karar vermiştir. Zira belirtildiği üzere, kolluk faaliyetleri kamu gücünün en yoğun kullanıldığı alandır ve modern devletin ortaya çıkışında merkezi öneme sahiptir. Nitekim modern devleti unsurlarıyla belirlemede görüş birliğinin sağlandığı konu, devletin meşru zor kullanma gücüne (şiddet tekeline) sahip olmasıdır. Nitekim modern devletin ilk kuramcısı kabul edilen Hobbes⁴⁵⁸ devleti, zor kullanma gücüne sahip olmasıyla açıklamıştır. Herkesin herkese karşı savaş halinde olmasını insanlığın doğal durumu olarak ele alan Hobbes, insanlığın bu savaş halinden çıkması için devletin varlığını gerekli görmüştür⁴⁵⁹. İnsanların güvenliğini ancak devlet sağlayabilir. Zira güvenlik güçlü bir iktidarca sağlanabilir. Böyle bir iktidar olmadığında herkes kendini korumak için güce başvuracak ve bunu meşru sayacaktır. Dolayısıyla insanları yabancılardan ve birbirlerinden korumak için bütün gücün tek bir kişiye ya da bir heyete devredilmesi

⁴⁵⁷ AYM, 07.05.2002, E.No: 2000/17, K.No: 2002/46, **R.G.**, 26.03.2003, Sayı: 25060.

⁴⁵⁸ Christopher Pierson, **Modern Devlet**. Çeviren: Dilek Hattatoğlu (İstanbul: Çiviyazıları, 2000), s. 24.

⁴⁵⁹ Thomas Hobbes, **Leviathan**. Çeviren: Semih Lim (İstanbul: YKY, 1993), s.94.

gerekir. Tek bir kişilikte birleşmiş topluluk devlettir. Topluluğu oluşturan herkesin verdiği yetkiyle en güçlü konumundaki "ölümlü tanrı" yurttaki barışı ve düşmanlara karşı yurdun savunmasını sağlar⁴⁶⁰.

Siyasal bir topluluk olarak devleti araçları üzerinden tanımlayan Weber için de devletin kendine özgü somut aracı fiziksel güç ve zor kullanımıdır. Güç kullanımı devletin tek aracı olmamakla birlikte; devlet zor kullanımını tekelinde bulunduran tek kurumdur. Bu bağlamda Weber devleti; belli bir toprak üzerinde meşru zor kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğu olarak tanımlamıştır. Zor kullanma hakkı başka kurum ya da bireylere ancak devletin izin verdiği ölçüde tanınır. Zor kullanma yetkisinin tek kaynağı devlettir⁴⁶¹.

Weber'e göre siyasetin tanımlanmasında da zor kullanma gücü ya da yetkisi belirleyici unsurdur. Weber siyaseti tanımlamada zor kullanma gücünü doğrudan referans almaktadır. Zira Weber için siyaset; devletin sahip olduğu bu gücün nasıl paylaşılacağı konusunda verilen mücadeledir⁴⁶². Siyaseti tanımlamada farklı referanslardan hareket eden Easton ve Schmitt siyasetten sorumlu kurumların güç kullanma ayrıcalığına sahip olmaları konusunda hemfikirdirler. Siyaseti dağıtım süreci çerçevesinde tanımlayan Easton, dağıtım sürecini yaptırım gücü olan meşru emirler verme yetkisi olarak ifade etmektedir. Siyasal dağıtıma karar verenin otoritesi, itaatsizliğin cezalandırılması esasına dayanmaktadır. Dost-düşman ayrımı üzerinden siyaseti tanımlayan Schmitt için siyasetin diğer her türlü amaçtan üstün olan asıl amacı, topluluğun devamını

⁴⁶⁰ Hobbes, **a.g.e.**, ss.127-130.

⁴⁶¹ Max Weber, **Sosyoloji Yazıları**. Çeviren: Taha Parla (2. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 1998), ss.132-133.

⁴⁶² Weber, **a.g.e.**, s.133.

sağlamaktır. Bu bağlamda Schmitt için güç kullanımı ayrıcalığının tek bir kurumla sınırlı olması gerekir⁴⁶³.

Nitekim devletlerin ortaya çıkışını, sermaye birikimi ve zor araçlarının yoğunlaşmasının bir arada gerçekleşmesine bağlayan Tilly devleti, belli bir toprak üzerinde zor araçlarını denetim altında tutan örgütlenme olarak tanımlamaktadır⁴⁶⁴.

Giddens'a göre devletin zor kullanma gücünü elinde bulundurması, askeri iktidarın pekiştirilmesini içerir. Devleti, hükmü bölgesel olarak düzenlenmiş olan ve bu hükmü sürdürmek için zor kullanma gücünü harekete geçirebilen siyasal bir örgütlenme olarak tanımlayan Giddens'ın tanımı Weber'in tanımına yakındır, fakat zor araçları üzerinde tekel iddiasını veya meşruiyet faktörünü telaffuz etmez⁴⁶⁵.

Kullanılma sıklığı ve düzeyi belirleyici olmasa da siyasal iktidarın yapısından kavramsal olarak ayrı düşünemeyeceğimiz unsur, zor araçları üzerinde kontrol sahibi olmaktır. Siyasal iktidarın elbette zor kullanıcı unsurlar taşımayan yönleri de mevcuttur. Ancak belirleyici unsuru zor araçları üzerinde tekel sahibi olmasıdır⁴⁶⁶. Belirtmek gerekir ki örgütlü suç, kadına yönelik şiddet, bireysel silahlanma gibi devletin şiddet tekeli kelimenin tam anlamıyla sağlamasına yönelik engeller de mevcuttur⁴⁶⁷.

Siyasal iktidar kullanacağı zoru emirlerle ifade eder. Tehditkâr içeriğe sahip emirler itaat edilmediği takdirde siyasal iktidarın zor kullanma suretiyle direnci kıracağını da

⁴⁶³ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**. Çevirenler:Şule Kut ve Binnaz Toprak (3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Nisan 2005), ss. 16-27.

⁴⁶⁴ Charles Tilly, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁶⁵ Anthony Giddens, **Ulus Devlet ve Şiddet**. Çeviren: Cumhur Atay (İstanbul: Devin Yayıncılık, 2005), s. 32.

⁴⁶⁶ Poggi, Devlet (Doğası, Gelişimi..., ss. 6-7.

⁴⁶⁷ Pierson, **a.g.e.**, s. 27.

muhataplarına hatırlatır. Siyasal iktidarın emirlerle tezahür eden zor kullanma gücünün kullanım düzeyi tehditkâr ifadelerle belirlenir⁴⁶⁸.

Modern devlet zor kullanma gücüne, toplumsal yaşamın şiddetten arındırılması adına sahiptir. Bu anlamda modern devlet öncesinde şiddetin toplumsal yaşamda ne ölçüde var olduğu ve modern devletin bu işlevini ne ölçüde yerine getirdiği konuları tartışılmalıdır. Modern devlet öncesinde topluma nüfuz edemeyen otorite sahiplerince kamu düzenini sağlamak için ya aracı kurumlara ya da son çare olarak orduya başvuruluyordu⁴⁶⁹.

Modern devletin toplumsal barış ve güvenlik adına sahip olduğu zor kullanma gücüyle bu amacını ne ölçüde gerçekleştirebildiği modern devlet öncesi dönemlerle karşılaştırma yapılmak suretiyle ortaya konulmaktadır. Böyle bir karşılaştırma yapmak temel sorunları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; şiddetin üzerinde uzlaşılabilir bir tanımını yapmak, şiddetin ölçülebilirliği ve zarar verici davranışı şiddete dönüştüren eşiği belirlemek böyle bir karşılaştırmada ortaya çıkan sorunların bir ayağını oluşturmaktadır. Bu konuda karşılaşılan bir diğer sorun ise tarihsel dönemler arasında yapılan karşılaştırmaların anlamlı olup olmadığına ilişkindir. Zira modern devlet öncesi ortaçağ döneminde toplumsal yaşamda varolan şiddet, modern toplumların algıladığı şiddetten farklıdır. Modern toplumların şiddet olarak algıladığı eylemlerin o dönem için şiddet olarak algılanmaması, böyle bir karşılaştırmının sorunlu yanlarından bir diğeridir⁴⁷⁰.

Modern devletin toplumsal yaşamı şiddetten ne derece arındırdığına ilişkin modern devlet öncesi dönemle karşılaştırmada modern devlet öncesi dönem terör dönemi olarak

⁴⁶⁸ Poggi, **Devlet (Doğası, Gelişimi..., ss. 7-8.**

⁴⁶⁹ Ergut, **a.g.e., s.49.**

⁴⁷⁰ T.Tolga Gümüş, “Orta Çağ Avrupa'sında Şiddet: Toplumsal Değişim ve Şiddetin Yeniden Yapılanışı”, **Doğu Batı**, Sayı 43:31-48, (Kasım, Aralık, Ocak 2007-2008), s.32.

ele alınmakta, bu dönemin gerek toplumsal yaşamın kendisi gerekse de onu kontrol edecek mekanizmalar açısından hiç barışçıl bir ortamı yansıtmadığı, modern devletle birlikte toplumsal yaşamın şiddetten arındırıldığı ileri sürülmektedir⁴⁷¹. Gerçekten de modern devlet öncesi feodal dönemde, temel olarak askeri hizmetler karşılığı olarak fief elde eden vasalların özerkleşmesiyle⁴⁷² fief sahipleri arasında çıkan anlaşmazlık ve rekabet, taraflar arasında savaşılar varan çatışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Her iki tarafı da savaşçı olan taraflar, zor kullanarak haklarını aramayı meşru görüyorlardı. Feodalizmde oluşan bu anarşi döneminin, imtiyazlı savaşçı ve rentier sınıfın kendi çıkarları uğruna güç kullanımından kaynaklandığı söylenebilir⁴⁷³. Bugün de mevcut olan şiddet belli tanımsal sınırlara tâbidir. Ancak Ortaçağ'da şiddet belli sınırlara tâbi değildir, toplumun tümüne yaygındır ve şiddet içselleştirilmiştir⁴⁷⁴.

Pre-modern devletlerin, Mann tarafından yapılan despotik iktidar-alt yapısal iktidar ayrımı temelinde, despotik iktidarlara güçlü, topluma nüfuz etme anlamındaki altyapısal iktidarlara ise sınırlıdır. Despotik iktidar, devletin özerkliği anlayışından hareketle, elitlerin sivil toplum gruplarıyla kurumsallaşmış pazarlıklara girişmeksizin gerçekleştirmeye muktedir oldukları eylemler dizisidir. Altyapısal iktidar ise devletin sivil topluma bilfiil nüfuz etme ve siyasal kararları geniş kesimlerde yürürlüğe koyabilme kapasitesini ifade etmektedir⁴⁷⁵. Savaş yapabilmek için kaynağa ihtiyacı olan devletler bu kaynağı sağlamak için etkili ve merkezi kamu yönetimi aygıtları oluşturmak zorunda kalmışlardır. Bu nedenle devletin merkezileşmesinin ve rasyonel bürokrasinin ortaya çıkışının ana nedeninin sözü edilen kaynaklar üzerinde söz sahibi olan toplumsal güçleri dizginlemek olduğu ileri sürülebilir. Devletin halktan talep ettiği maddi ve insan gücü kaynakları iç savaşı varan yoğun toplumsal muhalefetlere neden

⁴⁷¹ Ergut, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁷² Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s. 37.

⁴⁷³ **Aynı**, ss.46-47.

⁴⁷⁴ Gümüş, **a.g.m.**, s.48.

⁴⁷⁵ "Michael Mann, **States, War and Capitalism**, (Cambridge:Blackwell, 1988), s.5" Ergut, **a.g.e.**, ss. 25-27'deki alıntı.

olmuştur ve bu tepkiler de merkezileşmiş zor aygıtının daha da genişlemesini hızlandırmıştır. Bu anlamda altyapısal iktidarın da iradi olmadığını belirtmek gerekmektedir⁴⁷⁶.

Zor kullanma gücü devletin meşruiyet formülü arayışlarında başvurulmuş araçlardan biridir. Kalkınma temelli meşruiyet formülünün anlamsız kaldığı dönemlerde devlet herhangi bir meşruiyet formülüne başvurmaksızın sistemden hoşnut olmayanları bastırma yoluyla toplum üzerindeki denetimi sağlayacağı gibi başka devlet ya da devletlerden gelen mevcut ya da hiçbir gerçekliği olmayan askeri tehdit üzerinden meşruiyetini sağlayabilir⁴⁷⁷. Görüldüğü üzere savaş tehdidi algısında şiddet tekeli sahibi devletin bünyesinde ortak düşmana karşı tüm kaynaklar seferber edilir. Bunun yanında devlet, toprakları içinde kimi zaman hiçbir meşruiyet formülüne gereksinim duymaksızın sahip olduğu şiddet araçlarıyla muhalifleri bastırarak varlığını sürdürebilir. Devletin başvurduğu bu yöntem elbette rejimin demokratik niteliği konusunda sorgulamaları da beraberinde getirecektir. Bu yöntemle toplum üzerinde sağlanan denetim kimi zaman kısa süreli kimi zaman cunta yönetimlerinde olduğu gibi uzun yılları kapsayan dönemlere sirayet edebilir. Ancak bu durum zor araçları üzerinde hâkimiyet kurmanın önemini yadsıyamayacağımız gerçeğini gözler önüne serer.

Modern devletin, modern öncesi devletlerin en despot olanından bile yurttaşlarının günlük yaşamlarına müdahale açısından daha baskın olduğu bir gerçektir⁴⁷⁸. Nitekim Giddens modern bir devletin hükmedebilirliğini, sürdürebildiği izleme operasyonlarının başarısına bağlamış, izleme operasyonlarının da halkın günlük yaşamının kontrolüne izin verdikleri kadarıyla bir geçerliliğe sahip olduğunu ortaya koymuştur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Ergut, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁷⁷ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, ss. 168-169.

⁴⁷⁸ Pierson, **a.g.e.**, s. 97.

⁴⁷⁹ Giddens, **a.g.e.**, s. 417.

Devletin zor kullanma gücünü ikinci planda gören Duguit için devlet, egemen bir kişilik değildir. Duguit için ne devlet ne de devletin sahip olduğu zor gücü kendinden menkul bir varlığa sahip değildir. Devlet, idare edenler adı verilen bir veya birkaç kişinin karşı konulmaz zorlama gücünü haiz olmasıdır. Ancak idare edenler zorlama gücünü ancak üzerlerine düşen görevleri yerine getirdikleri ölçüde kullandıklarında meşrudur. İdare edenlere düşen görev ise sosyal dayanışmanın gerçekleşmesini sağlamaktır ve sosyal dayanışma hizmet müdahalesi ile gerçekleşir. Yani idare edenlerin görevleri kamu hizmetlerinin işlenmesini sürekli olarak sağlamaktır. Böylece Duguit için devlet emreden egemen bir güç değildir. Devlet sahip olduğu gücü kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla yükümlü kişiler topluluğudur⁴⁸⁰. Devleti egemen bir güç olarak kabul etmemekle birlikte, en temel ihtiyaçlardan olan güvenlik ihtiyacının devlet tarafından üstlenilmesi gerektiği konusunda Duguit'nin farklılık sergilemediğini belirtmek gerekir. Devletin varlık nedenini kamu hizmeti olarak gören ve devletin kamu hizmetlerinden başka faaliyetinin olamayacağı görüşü, devletin meşrulaştırılmasına ve yeniden üretilmesi amacına hizmet edeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁸¹.

Özetle kolluk faaliyetleri, devletin egemenliğe ilişkin faaliyetleri arasında yer alır. Nitekim devlet faaliyetlerinin sınırlı bir çerçevede ele alındığı liberal devlette de kolluk faaliyetlerinin devletçe üstlenilmesi zorunludur. Zaten zor kullanma yetkisi üzerinde şekillenen ve kamu gücü ayrıcalıklarının en yoğun kullanıldığı bu alanın özel hukuk kişilerine devri mümkün değildir. Zira modern devlet zor araçlarını tekeline bulundurmasıyla tanımlanmaktadır.

⁴⁸⁰ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**. Çeviren: Süheyp Derbil (Ankara: AÜHF Yayınları, 1954), ss. 75-76.

⁴⁸¹ Ozansoy, **a.g.m.**, s.99.

2.3.1.1.2. Kolluk İşlemlerinin Tek Yanlılığı ve Sözleşmelerin Yokluğu

Kolluk yetkilerinin kullanımında ilgililerin rıza ve muvafakati aranmaz. Hatta kolluk yetkileri gerektiğinde bireylerin iradeleri hilafına güç kullanılarak yerine getirilir. Dolayısıyla kolluk yetkisinin, sözleşme konusu yapılamayacağı, ilgililerle anlaşma, pazarlık ve uzlaşma yollarına başvurmak suretiyle kullanılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁸².

Kolluk faaliyetlerinin egemenliğe ilişkin yetkilerden biri olmasının sonucu olarak bu alanda idarenin sözleşme yapmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Zira kolluk faaliyetleri tek yanlı idari işlemlerle yerine getirilmektedir. Nitekim idarenin kolluk işlemleri, düzenleyici idari işlemler ve bireysel idari işlemlerdir. Düzenleyici idari işlemler zaten idarenin düzenleme yetkisine dayanarak yaptığı tek yanlı idari işlemlerdir. İzin, ruhsat, yasaklama, erteleme gibi çeşitli adlarla yapılan bireysel kolluk işlemleri de idarenin tek yanlı iradesiyle yapılan işlemlerdir.

Kolluk faaliyetleri alanında idare için söz konusu olan sözleşme yasağı, kamu düzeninin sağlanmasının, kamu gücü için tekel niteliğinde bir yükümlülük olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁸³. Fransız Hukukunda sözleşme yasağı ilk kez Moreau tarafından inceleme konusu yapılmıştır. Moreau sözleşme tekniğinin kolluk alanında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda öğretinin kolluk işlemlerini düzenleyici işlem, bireysel işlem ve zor kullanma olarak ayırmakla yetinerek sessiz kaldığını belirttikten sonra bu yasağın teorik olarak üç anlamı içerdiğini belirtilmiştir. Öncelikle bu yasak idari kolluğu tek yanlılık niteliğiyle tanımlamak suretiyle idari kolluk kavramının ne olduğunun belirlenmesine yardımcı olacaktır. Ayrıca kolluk faaliyetleri alanında sözleşme yasağının kabulü, kamu hizmeti ile kolluk arasında yadsınamaz bir farklılık

⁴⁸² Duran, “Peştemallık ve Ulûfe...”, s.12.

⁴⁸³ Petit, a.g.m., s.346.

olduğunu ortaya koyacaktır. Son olarak bu yasak Rivero'nun idare hukukunu, idarenin özel hukuku aşan nitelikteki ayrıcalıklara sahip olması ile değil bununla bağıntılı olarak idareye yüklenen bazı yükümlülükler ile açıklayan görüşünü de doğrulayacaktır⁴⁸⁴.

Moreau öğretinin sessiz kalmakla birlikte idari yargı yerlerinin kolluk makamlarına, kolluk yetkilerinin devri amacıyla bireylerle sözleşme yapmalarını yasakladıklarını, taraflar sözleşmenin geçerliliğini dava konusu etmeseler bile bu sözleşmelerin yok hükmünde sayıldığını ve hiçbir hukuki sonuç doğurmadıklarını belirtmektedir⁴⁸⁵. Bu tespitin ardından idarenin kolluk yetkisini devretmeden sadece gelecekte nasıl hareket edeceği ve ne yönde kararlar alacağını ortaya koyan anlaşmaların geçerli olup olmadığı sorusu gündeme getirilmiştir. “Gelecekte alınacak kararlar üzerinde anlaşma” taraflar arasında hukuki sonuç doğurmazlar. Kolluk alanında idare sözleşme ile bağlanarak, gelecekte alacağı kararlar için takdir yetkisinden vazgeçemez. İdare bu yasağı ihlal ederse, kusurlu davranmış olur ve idareye güvenerek sözleşme yapan bireyin uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır⁴⁸⁶. Bununla birlikte idare sözleşme yerine, genel düzenleme yetkisine dayanarak takdir yetkisini ne yönde kullanılacağını objektif biçimde belirlemek için düzenleyici idari işlemler yapabilir. Bu hukuk devletinin gereği olan düzenli idare ilkesi açısından olması gereken bir uygulamadır⁴⁸⁷. İdarenin takdir yetkisini ne yönde kullanacağını genel düzenleyici işlemlerle ortaya koyması aynı zamanda eşitlik ilkesinin uygulanmasına da hizmet eder.

Moreau, kolluk alanında idarenin sözleşme yapamamasının dayanağının ortak bir yargıya dayandığını, bu tezin şu tündengelimle özetlenebileceğini belirtmiştir;

⁴⁸⁴ Moreau, “**De l’interdiction faite...**”, s.7.

⁴⁸⁵ Aynı, s.9.

⁴⁸⁶ Bu konuda verilmiş kararlar şunlardır ; « CE, 5 novembre 1943, Leneveu, Leb. P. 243, TA Paris, 22 novembre 1960, Société des établissements Licks Brevets Paramount, Leb.p. 834, TA Paris, 27 février 1963, Société des établissements Licks Brevets Paramount, Leb.p. 689” Moreau, “**De l’interdiction faite...**”, s.10’da belirtilmiştir.

⁴⁸⁷ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I, Genel Konular** (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1970/72), s.133.

- Tüm sözleşmeler tarafların karşılıklı ayrıcalıklarının devrini kapsar
- Diğer yandan kolluk yetkileri devredilemezler
- Sonuç olarak bu alanda her türlü sözleşme tekniğinin kullanılması dışlanmalıdır⁴⁸⁸.

Öğretinin, Tardieu tarafından ortaya konulan kolluk yetkilerinin “devredilemezlik” ve “zamanaşımına uğramazlık” niteliklerine, bu nitelikleri tüm yetkilerin özelliği kabul ederek ve farklı açıklamalar getirerek konuyu ele aldığını belirten Moreau⁴⁸⁹, bu geleneksel yaklaşımın haklı yanları olmakla birlikte, sadece devir unsurunu içeren sözleşmelere uygulandığı için dar, kolluk yetkilerinin özelliklerini dikkate almadan yetkinin genel özelliğine ilişkin olması nedeniyle de geniş kapsamlı bularak itiraz etmiştir⁴⁹⁰.

Moreau daha sonra kaleme aldığı makalesinde de sözleşmeye konu olamayacak faaliyetler arasında egemenlik yetkilerine ilişkin idari kolluk faaliyetlerine yer vermiştir. İdari yargı yerlerinin kamu düzeninin sağlanmasına yönelik yetkileri konusunda sözleşme yasağı konusundaki içtihadını istikrarlı şekilde sürdürdüğünü belirttiikten

⁴⁸⁸ Moreau, “**De l’interdiction faite...**”, ss.13-14.

⁴⁸⁹ CE, 6 décembre 1907, Cie du Nord et autres, Leb. p. 914, kararına Tardieu tarafından hazırlanan sonuç raporunda yer alan kolluk yetkisinin niteliğine ilişkin görüş doğrultusunda öğretilde şekillenen bu görüşler şu şekilde özetlenmiştir; Waline için yasağın nedeni, yetkinin kamu düzenine ilişkin olmasından doğmaktadır. De Laubadère, yetkinin haktan çok bir yükümlülük niteliğinde olduğunu ve yetki sahibinin, yasal olarak yetkisini devredemeyeceğini belirtmiştir. Rivero idari yetki kavramının, özel hukuktaki yeti kavramına karşıtlığını ortaya koyarak, kamu görevlisinin yetkisini kullanmaktan vazgeçemeyeceği gibi başkasına devretmesinin de mümkün olmadığına vurgu yapmaktadır. Bénéoit ise tek yanlı feragat ya da anlaşma yoluyla yetkinin kullanımı konusunda değişiklik yapmanın dışlandığını ortaya koymak için yetkinin kaynağının yasa olmasına vurgu yapmaktadır. **Aynı**, s. 14

⁴⁹⁰ **Aynı**, s.15.

sonra, hatta bu yasağın açık yasal düzenlemeler olmadığı sürece özel kolluk için de geçerli olduğunu belirtmiştir⁴⁹¹.

Jacques Moreau için çıkarılan derlemede selefi Jacques Petit tarafından kaleme alınan makalede, sözleşme yasağı ilkesinin istikrarlı bir şekilde varlığını koruduğu belirtildikten sonra sözleşme yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımlarda farklılaşma olduğu ortaya konulmuştur. Sözleşme yasağı üç tip sözleşme için geçerliliğini korumaktadır. Bu sözleşmeler; kolluk faaliyetlerinin devrini öngören sözleşmeler, kolluk makamları tarafından tek yanlı bir işlemle alınması gerektiği halde sözleşme konusu yapılan kararlar (bu durumda hukuka aykırılık alınan kararın içeriğinden doğabileceği gibi kararın içeriği hukuka aykırı olmadığı durumlarda sözleşme yasağı ilkesinin ihlalinden kaynaklanabilir) son olarak gelecekte alınacak kararlar üzerinde yapılan anlaşmalardır. Ancak yapılan bu ayrımın *Commune de Menton* kararında olduğu gibi, bazen sadece kolluk yetkilerinin devrini öngören sözleşmelere indirgendiği belirtilmiştir. Söz konusu karar ile paralı otoparkın özel bir şirketçe işletilmesini öngören iki anlaşma kolluk yetkilerinin devrini öngördüğü gerekçesiyle iptal edilmiştir. Söz konusu anlaşmalar park yeri sayısının belirlenmesi ve bu sayının sözleşmeci belediye tarafından belli sınırlar dâhilinde değiştirilmesine ilişkindir. Petit bu durumda kolluk yetkilerinin devredilmediğini belediyenin bir yandan kural koyma yetkisini sözleşmeci ile paylaştığını diğer yandan kolluk yetkilerinin kullanımı konusunda taahhütte bulunarak takdir yetkisini sınırlandırdığını belirtmek suretiyle bu indirgemeci yaklaşımı örneklemiştir⁴⁹².

⁴⁹¹ Genel idari kolluk için sözleşme yasağı öngören kararlar 19 sayılı dipnotta verilmiştir. Bu kararlar şunlardır: CE Ass., 17 juin 1934, Ville de Castelnau-d'Aud, Leb. P.595, CE, 5 novembre 1943, Leneveu, Leb. P.243, CE, 1er avril 1994, Commune de Menton, Leb. p.176, CE, 29 d'octobre 1997, Commune d'Ostricourt. Özel idari kolluk için sözleşme yasağı öngören kararlar 20 sayılı dipnotta verilmiştir. Bu kararlar şunlardır: CE Sect., 2 mars 1973, Syndicat national de commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, Leb. p.181, CE, 8 mars 1985, Les Amis de la Terre. Bkz. Jacques Moreau, "Les <matières contractuelles>", **A.J.D.A.**, 747-752, (1998), s.751.

⁴⁹² Petit, **a.g.m.**, ss.347-349.

Sözleşme yasağı ilkesinin değerini bir ölçüde yitirdiğini ve kolluk alanında sözleşme yapıldığını belirten Petit, bunun nedenlerini şu şekilde ortaya koymaktadır. Kolluk alanında sözleşme yasağı ilkesi bu faaliyetlerin tek yanlılık özelliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme ise bir yetkinin paylaşımı, devri, nasıl kullanılacağına ya da ne yönde kullanılacağına yönelik taahhüdü içerir. Dolayısıyla sözleşme yasağı ilkesi özel bir içeriğe sahip değildir. Zira bir yandan, yetki konusunda idari makamların serbestçe tasarruf edememeleri şeklindeki klasik algı yanında diğer yandan hukuki düzenlemelerin idare için tek yanlılığı öngörmesi halinde pozitif hukuktan kaynaklı olarak sözleşme yasağı ilkesi temellendirilmektedir. Ancak hukuki düzenlemelerin kolluk faaliyetlerinin niteliği gereği tek yanlılığı öngördüğünü buna rağmen sözleşme yapılması halinde hem hukuki düzenlemenin ihlal edilmesi hem de kolluk faaliyetlerinin niteliğinin dikkate alınmaması nedeniyle hukuka aykırılık olduğunu ortaya koymak suretiyle Petit'nin⁴⁹³ bu iki gerekçe arasında neden-sonuç ilişkisi kurduğunu söyleyebiliriz. Buradaki yaklaşım sözleşme yasağının gerekçesini kolluk faaliyetlerinin niteliğine vurgu yaparak ortaya koymaktadır. Tek yanlılığı öngören hukuki metinlere referansla pozitivist bir yaklaşım gibi görünse de hukuki metinlerin tek yanlılığı öngörme nedeni kolluk faaliyetlerinin niteliği olarak ele alınmaktadır.

Kolluk ile sözleşme arasındaki karşıtlığın özellikle Anayasa Konseyi'nin içtihatları ile zayıfladığını öne süren Petit, Anayasa Konseyi'nin kolluk faaliyetlerinin özel kişilere devri yasağını anayasal değerde görmediğini belirtmektedir. Anayasa Konseyi 1946 Anayasası'nın Başlangıç hükmünün 9. bendini anayasal nitelikte bir kamu hizmetinin özel sektöre devrini yasakladığı şeklinde yorumladığını oysa kolluk faaliyetlerinin 9. bentte yer alan düzenleme kapsamında ele alınamayacağını ileri sürmektedir. Zira söz konusu hüküm, mülkiyeti kamuya ait işletme ve kurumların özel sektöre devrini

⁴⁹³ Aynı, ss.352-354.

düzenlemektedir. Anayasa Konseyi'nin egemenliğe ilişkin hapisanelerin özel kişilere devrini tamamen dışlamaması da bu yaklaşımı doğrulamaktadır⁴⁹⁴.

Sözleşme tekniğinin kolluk faaliyetleri alanında da kullanıldığı tespitini yapan Petit içtihatlarla dayanarak hangi yetkiler konusunda sözleşme yapılacağı konusunda ikili bir ayrım yapmaktadır. Kolluk makamlarının karar alma yetkileri konusunda sözleşme yapamayacağını ancak maddi edimlerin yerine getirilmesine yönelik sözleşme yapılabileceğini belirtmiştir. Petit kamu düzeni amacı taşıyan bir faaliyetin kamu hizmeti şeklinde örgütlenebileceğini çöplerin toplanması ile örneklemiştir. Çöplerin toplanması kamu düzeninin genel sağlık unsurunu gerçekleştirmeye yönelik kamu hizmetidir. Bu açıdan bakıldığında sözleşmenin kolluk faaliyetleri alanına girmesindeki nedenin, kolluk faaliyetlerinin kamu hizmetine dönüşmesi olduğu ve bu durumun kamu hizmeti ile kolluk faaliyetlerinin ayrımını güçleştirdiği şu soru ile gündeme getirilmiştir; *“Kamu yollarının gözetimine ilişkin kolluk hizmeti devredilemezken yanlış yere park edilmiş araçların çekilmesine ilişkin kamu hizmeti neden devredilebilir?”*⁴⁹⁵. Bu çerçevede kolluk tarafından kamu düzeninin sağlanması amacıyla yerine getirilen edimlerin, kolluk edimleri ve kolluk amaçlı kamu hizmetleri olarak ayrımının daha çok tarihi bir ayrım olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla jandarma devlet döneminde üstlenilen kamu yollarının gözetimi faaliyeti bir kolluk edimi olarak kabul edilirken yanlış park etmiş araçların çekilmesi ise, kamu hizmeti kavramının hukuki bir kavram olarak ortaya çıkması ile kolluk amaçlı kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir⁴⁹⁶.

Kolluk tarafından gerçekleştirilen edimlerin bu şekilde ayrımı eleştirilmiştir. Kolluk edimlerinden bazılarının kamu hizmeti olarak kabul edilirken bazılarının ise kamu hizmeti olarak kabul edilmemesi konusunda yapılan açıklama tatmin edici

⁴⁹⁴ Aynı, ss.355-356.

⁴⁹⁵ Aynı, ss.357-359.

⁴⁹⁶ Bu ayrımın tarihi niteliği Picard'ın jandarma devlet döneminde üstlenilen kolluk edimlerinin kolluğun liberal şeklinde de kolluk faaliyetlerine dahil edildiği görüşüne dayandırılmaktadır. “Etienne Picard, **La notion de police administrative** (Paris: L.G.D.J., 1984), ss. 424-426” Petit, **a.g.m.**, s.359'daki alıntı.

bulunmamıştır. Zira kolluk tarafından gerçekleştirilen tüm faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Ancak bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi devredilebilecekleri anlamına gelmez. Çünkü kamu hizmetleri arasında da egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri vardır. Dolayısıyla kolluk tarafından yürütülen faaliyetlerden hangilerinin devredilebileceklerinin ortaya konmasında kamu hizmeti kavramının kullanılması işlevsel değildir⁴⁹⁷. Kolluk faaliyetlerinin devredilip devredilemeyeceği ya da hangi kolluk faaliyetlerinin devredilebileceğinin tespiti için faaliyetin niteliğinin yani faaliyetin egemenliğe ilişkin olup olmadığının incelenmesi gerektiği önerisinde bulunulmuştur. Zira idari kolluk kavramı homojen bir kavram olmadığı gibi zamana ve yere göre değişen bir içeriğe de sahiptir. Dolayısıyla bir kolluk faaliyetinin devredilip devredilemeyeceğini tespit etmek için somut duruma göre faaliyetin niteliğinin ve faaliyetin egemenlik yetkilerine ilişkin olup olmadığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹⁸. Kolluk faaliyetlerinin neler olduğunu belirlemede referans olarak alınan kamu düzeni kavramı konusunda belirtildiği üzere gerçekten de bu kavrama klasik içeriği yanında yeni unsurlar da eklenmekte böylece daha önceden kolluk faaliyetlerine konu olmayan faaliyetler kolluk işlemlerinin konusunu oluşturabilmektedir. Dolayısıyla kolluk faaliyetlerinin durağan bir içeriğe sahip olmadığı tespiti yerindedir. Ancak sözleşme yoluyla kolluk faaliyetlerine özel kişilerin katılımı kimi zaman egemenliğe ilişkin faaliyetler için de söz konusu olmaktadır. Nitekim belediyenin güvenlik alanında sözleşmeyle görevlendireceği personel, mahalli kolluk personeline talimat verebilmektedir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Luc Moreau, “La Contractualisation de l’Exercice de la Police Administrative”, **Cotrats Publics, Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal** (Volume II. Montpellier: Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, ss.171-190), ss.175-176.

⁴⁹⁸ Luc Moreau, **a.g.m.**, s.176.

⁴⁹⁹ “CAA Marseille, 4 juin 1998, Union syndicale professionnelle des policiers municipaux, **AJFP**, 1999-1, s.9”, Laurent Richer, “Présence du contrat”, **A.J.D.A.**, Numéro spécial; Puissance publique ou impuissance publique?;une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens, 34-35, (1999), s.35’deki alıntı.

Yürütülen kolluk faaliyetlerinin niteliği ya da egemenliğe ilişkin olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Conseil d'Etat tarafından 1997 yılında verilen *Commune d'Ostricourt* kararı ile özel kişiye kamusal yollarda gözetim faaliyeti veren sözleşmenin iptalinin, 12 Temmuz 1983 tarihli özel kişilerce yürütülen gözetim, koruma ve paraların taşınması faaliyetini düzenleyen Kanun'un 3. maddesine dayandırılması, öğretide faaliyetin niteliğini esas alan *Ville de Castelnau* kararının geçerliliğinin sorgulanmasına neden olmuştur⁵⁰⁰. Kolluk alanında imzalanan sözleşmelerin hukuka aykırılığını kanun koyucunun iradesini esas alarak ele alan görüşe göre bu aykırılık kanun koyucunun bu alanda tek yanlı işlem yapma zorunluluğu öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Bu alanda sözleşme yasağı kesin bir nitelik taşımaz. Kolluk makamları, yetkilerini devretmedikleri sürece bu alanda sözleşme yapabilirler⁵⁰¹. Kanun koyucu da çoğu zaman faaliyetin niteliğini dikkate alarak düzenleme yapmaktadır. Dolayısıyla özel kişilere gördürülebilecek kolluk faaliyetlerinin tespitinde kullanılacak faaliyetin niteliği ile kanun koyucunun iradesi ölçütleri arasında çoğu zaman örtüşme vardır. Bu nedenle kolluk faaliyeti alanında sözleşme yasağının nedenini, kanun koyucunun iradesi ya da faaliyetin niteliği ayrımı ile ele alan yaklaşımın yapay olduğu iddia edilmiştir⁵⁰². Ancak bu durumda faaliyetin niteliği ile kanun koyucunun iradesi arasında örtüşme olmadığı zaman ne olacaktır sorusu gündeme getirilmelidir. Sorun özellikle yargı içtihatları ile yasamanın iradesi arasında örtüşme olmaması durumunda önem arz etmektedir. Nitekim kamu hizmeti nitelmesi ve bu hizmetlerin gördürülme usulü konusunda yargı yerleri ile yasama organının iradesinin uyuşmaması Anayasa'nın 47. maddesinin değiştirilmesine neden olmuştur.

Sözleşme yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırım yokluk olmakla birlikte idari yargı bazen bu yaptırımı uygulamaktan kaçınmakta ve kolluk makamları tarafından

⁵⁰⁰ Richer, **a.g.m.**, s. 35.

⁵⁰¹ Laurent Richer, **Droit des Contrats Administratifs** (2e Edition. Paris: L.G.D.J., 1999), ss.53-55.

⁵⁰² Luc Moreau, **a.g.m.**, s.178.

yapılan sözleşmeleri tek yanlı idari işlem olarak nitelemek suretiyle hukuki geçerlilik kazandırmaktadır. Ancak bu yeniden nitelemenin gerçekleşmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle söz konusu işlemin sözleşme niteliğinde olduğu kesinlik taşıyorsa yeniden niteleme yapılmak suretiyle sözleşmeye geçerlilik kazandırılmaz. Ayrıca yeniden nitelemenin yapılması için kolluk makamının bu işlemi yapmaya yetkili olması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme, tek yanlı işleme dönüştürülmek suretiyle hukuki geçerlilik kazanmaz⁵⁰³.

Kolluk makamlarının yapacakları tek yanlı işlemle kolluk yetkilerini ya da kolluk faaliyetleri kapsamında yerine getirdikleri edimlerin yürütülmesini özel hukuk kişilerine devredip devredemeyecekleri sorusunun yanıtı, yeniden nitelemenin konumuz açısından anlamını ortaya koyacaktır. Kolluk faaliyetlerinin tek yanlı işlemle özel hukuk kişilerine devredilebileceğini kabul etmemiz, bu amaçla yapılan sözleşmelerin tek yanlı işlem olarak hukuki geçerlilik kazanmalarını sağlayacaktır. Kolluk faaliyetlerinin tek yanlı işlemle de olsa kural olarak devrinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁵⁰⁴.

2.3.1.1.3. Kazanılmış Haklara Yer Olmaması

Kolluk faaliyetlerinin devredilmezliği ilkesine dayanak gösterilen gerekçelerden biri de kolluk işlemlerinin kazanılmış hak yaratmamasıdır. Nitekim kolluk alanında sözleşme yasağının yetkilerinin devredilmezliği ilkesiyle açıklanmasını yetersiz bulan Moreau, bu yasağın dayanağını kolluk alanında kazanılmış haklara yer olmaması ile açıklamıştır. Bu gerekçeye göre kullanılan sözleşme tekniği ile kolluk faaliyetinin kamu düzenini sağlama amacı arasında karşılık bulunmaktadır. Çünkü her hukuki işlemin bir hukuki sonucu vardır. Sözleşmenin hukuki sonucu, taraflar arasında karşılıklı yükümlülük doğurmasıdır. Kolluk alanında yapılacak sözleşme ile kolluk

⁵⁰³ Petit, **a.g.m.**, ss.350-351.

⁵⁰⁴ “TA de Clermont-Ferrand, 1er juillet 1960, Dame Geneix, s.800” Petit, **a.g.m.**, s.351’deki alıntı.

makamı sözleşmeci karşı taraf lehine birtakım yükümlülükleri yerine getirmeyi üstlendiğinden kolluk alanında sözleşme yapılamayacağı kabul edilmektedir.

Ayrıca kolluk eylem ve işlemleri orantılı şekilde kullanılmak zorundadır. Kamu düzeninin sağlanması amacıyla kullanılan kolluk yetkileri orantılı kullanılmamışsa hukuka aykırı olacaktır. Kamu düzeni kavramının kamusal niteliği gereği bu alanda hak ve yükümlülükler gündeme getirilemez. Ayrıca zamana ve mekana göre farklı içeriklere sahip kamu düzeni kavramı önceden sözleşme ile belirlenemeyeceğinden bu alanda yapılan sözleşme hukuka aykırı olacaktır. Sonuç olarak Moreau bu yasağı şu tündengelikle açıklamıştır;

- Tüm sözleşmeler taraflar için karşılıklı hak ve yükümlülükler doğurur,
- Ancak kamu düzeni karşısında hak iddiasında bulunulamaz,
- Öyleyse idari kolluk yetkilerinin kullanılmasında sözleşme aracına başvurulamaz⁵⁰⁵.

Ancak Moreau tarafından getirilen bu açıklama haklı olmakla birlikte kolluk alanında neden sözleşme yapılamayacağını özel olarak da açıklamamaktadır. Çünkü sözleşme yoluyla özel kişilere gördürülebilen kamu hizmetleri alanında da değişkenlik ilkesi gereği kazanılmış haklar ileri sürülememektedir. Ayrıca bu alanda yapılan sözleşmelerde idare üstün ve ayrıcalıklı bir konumda olduğundan değişkenlik ilkesinin bir uzantısı olarak da tek yanlı değişiklik yapma yetkisiyle donatılmıştır.

Kolluk faaliyetlerinin devredilmezliği ilkesi, kolluk alanında kazanılmış hakka yer olmaması ile tam olarak açıklanamasa da kolluk eylem ve işlemlerinin bireyler için kazanılmış hak doğurmayacakları belirtilmelidir. Kolluk işlemlerinin kazanılmış hak doğurmaması, bu işlemlerin genellikle ilgililerin lehine olmamasından ve geçici süreli

⁵⁰⁵ Moreau, “**De l’interdiction faite...**”, ss.15-16.

olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰⁶. Gerçekten de kamu düzeni bakımından zaman zaman gözden geçirilmesi gereken işlemlerin kamu düzeni gerekçesiyle iptalleri kazanılmış hakkın ihlali anlamına gelmez⁵⁰⁷. İlgilisi lehine olan kolluk işlemlerinin de kamu düzeni gerekçesiyle geri alınabileceği ve bu durumun kazanılmış hakkın ihlali sayılmaması gerektiği kabul edilmelidir. Ayrıca idari eylem ve işlemler için kolluk alanında başvurulmuş izin, bildirim ve re'sen icra usulleri tek yanlılık esasına dayanırlar ve tek yanlı olarak yapılan izin ve ruhsat gibi işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı kabul edilmektedir. Çünkü bu gibi işlemlerde ilgililerin gerekli şartları sürekli taşımaları gerektiğinden şartların kaybedilmesi halinde idarece iptal edilebilir ve bu iptal de kazanılmış hakkın ihlali anlamına gelmez.

2.3.1.2. Özel Hukuk Kişilerine Gördürülen Genel İdari Kolluk Faaliyeti: Güvenlik Hizmeti

Kolluk faaliyetleri alanındaki sözleşme yoluyla özel kişilere devir yaşağının gerekçesi, kamu düzeninin sağlanması görevinin kamu gücü için yükümlülük olmasıdır. Ancak suçun artışı ve güvenlik sorunu karşısında artık kamu gücünün yeterli olmadığı gibi gerekçelerle seksenli yılların başından beri özel sektörle işbirliği, güvenlik politikasının yardımcısalı haline dönüşmüştür⁵⁰⁸.

2.3.1.2.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Kişilere Gördürölmesinin Nedenleri

2.3.1.2.1.1. Artan Güvenlik İhtiyacı İddiası

Temel sorunlardan biri olarak ele alınan güvenlik, sadece maddi yönü değil aynı zamanda manevi yönü de olan bir konudur. Güvenlik algısının da özelliğı ya da

⁵⁰⁶ Yücel Oğurlu, **Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu** (Ankara:Seçkin, 2003), ss.132-136.

⁵⁰⁷ Turan Yıldırım, **İdari Yargı** (İstanbul: Beta, 2008), s. 200.

⁵⁰⁸ Petit, **a.g.m.**, s. 346.

öznelliğinden bahsedebiliriz. Toplumsal yaşamda güvenlik endişesi özellikle televizyon ve sinema gibi görsel araçlarla artırılmakta bu da güvenliğin özelleşmesi konusunda toplumsal rızanın sağlanmasına hizmet etmektedir⁵⁰⁹.

Bu çerçevede son dönemde politikacılar tarafından sıkça dile getirilen güvenlik sorunu medya tarafından kullanıldığında⁵¹⁰, insanlarda sürekli “tehlikede olma” hissi oluşmaktadır. Bu şekilde ön plana çıkarılan güvenlik sorunu toplumsal yaşamın birçok boyutunu etkilemektedir. Örneğin “tehlikede olma” algısı, kentlerde "zengin getto"ları olarak adlandırılan dış dünyaya kapalı ve güvenli yeni sitelerin oluşumuna sebebiyet vermiştir⁵¹¹.

Bu sorunun çözümünde kamu otoritelerinin getirdiği bireysel ya da kolektif savunma⁵¹², polis denetiminin genişletilmesi seçenekleri yanında bir diğeri özel sektörün güvenlik alanında faaliyet göstermesidir⁵¹³. 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması

⁵⁰⁹ Tanıl Bora, "Özel Güvenlik ve <Polis Toplumu>", **Medeniyet Kaybı**. (İstanbul: Birikim Yayınları, 2006, ss.223-229), ss.228-229.

⁵¹⁰ 2002 yılında Fransa’da yapılan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aşırı sağcı Jean-Marie Le Pen’in başbakan Lionel Jospin’i saf dışı bırakarak ikinci tura kalmasının nedenlerinden biri güvenlik sorunun gündemdeki temel mesele olarak ele alınması ve seçim öncesi televizyon kanallarında şiddet haberlerinin sıkça sunulması olarak görülmüştür.

⁵¹¹ Bu tür sitelerin inşaatı alanında faaliyet gösteren bir gayrimenkul şirketinin genel müdürünün ifadesiyle yüksek gelirli insanların bu sitelerde yaşama gerekçeleri, "insanların kapı her çalınıp titremek istememeleri" olarak belirtilmektedir. Bu tür yerleşim yerlerinin oluşumu konut güvenliği sektörünü ortaya çıkarmıştır. Hacène Belmessous, "Des <<villes privées>>pour les riches Français", **Manière de voir**, Numéro 71:34-36, (Octobre-Novembre 2003), ss.34-35.

⁵¹² Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu tarafından gerçekleştirilen taksitli silah satışları da, her ne kadar adı geçen kurum tarafından taksitli satış kampanyasının amacı stokları eritmek olarak ortaya konsa da, güvenlik sorununun çözümünün bireysel savunma yönünün ön plana çıkarıldığını ortaya koyan örnek bir uygulama niteliğindedir,

<<http://www.milliyet.com.tr/default.asp?x?atype=SonDakika&ArticleID=1005089>, (29.08.2009).

⁵¹³ Lode Van Outrive “La sécurité privée amène-t-elle de la sécurité pour la population”, **Police et Sécurité : Contrôle Social et Interaction Public/Privé**. Ed.:Joanna Shapland ve Lode Van Outrive (Paris: Editions l’Harmattan, 1999, ss.45-52), s.45.

ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun ile 1981 yılından beri özel kişiler güvenlik alanında faaliyet göstermektedirler. Ancak bu Kanun'un ihtiyaçlara yanıt vermediği, toplumda duyulan güvenlik ihtiyacı nedeniyle bazı kurum ve kuruluşların güvenlik şirketlerine başvurdukları ve oluşan bu fiili duruma yasal bir çerçeve sağlamak gerekçesiyle⁵¹⁴ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun çıkarılarak 2495 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve özel güvenliğin kapsamı genişletilmiştir.

2007-2013 yıllarını kapsayan Dokuzuncu Kalkınma Planı kapsamında hazırlanan Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu, güvenlik alt komisyon raporunda, 2004 yılı verilerine göre ülke genelinde 375 bini polis sorumluluk bölgesinde olmak üzere bir önceki yıla oranla yüzde 10,6'lık bir artışla 440 bin civarında olay meydana geldiği belirtildikten sonra⁵¹⁵, suç ve suçlu ile mücadelede görevli genel kolluğun bu görevini gereği gibi yerine getirmesinde genel kolluğun üstlendiği bir kısım görevlerin 5188 sayılı Kanun ile kurulan özel güvenliğe devri olumlu karşılanmış ve bu sektörün desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁶. Komisyonun Adalet, Maliye, Milli Savunma ve Dışişleri Bakanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, MASAK Başkanlığı, MGK Genel Sekreterliği, MİT Müsteşarlığı, Polis Akademisi Başkanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Sivil Savunma Genel Müdürlüğünü temsil eden üyelerden oluştuğu göz önüne alındığında kolluk görevini yürüten birimlerin özel güvenlik sektörüne sıcak baktıkları söylenebilir. Güvenliği sağlamakla görevli polis

⁵¹⁴ 10.12.2003 tarih, 1/752 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, İçişleri Komisyonunun 467 sayılı raporu ile Tekirdağ Milletvekili Tefik Ziyaeddin Akbulut ve Yalova Milletvekili Şükrü Önder'in 2/295 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Teklifi ile birleştirilerek görüşülmesine ve teklifin görüşmelere esas alınmasına karar verilmiştir. Gerek tasarının gerekse teklifin genel gerekçesinde, 2495 sayılı Kanunun ihtiyaçlara yanıt vermediği ve duyulan güvenlik ihtiyacı vurgulanmıştır.

⁵¹⁵ DPT. **Dokuzuncu Kalkınma Planı;Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu.** Ankara: 2007, s.3.

⁵¹⁶ Aynı, s.39.

çevrelerinde de özel güvenlik, polisin asıl işlevi olan suçla mücadeleye yoğunlaşmasına yardımcı olacağı savıyla desteklenmektedir⁵¹⁷.

Belirtmek gerekir ki güvenliğin temel sorun olarak ortaya konulmasında temel alınan istatistikî verilerin, suç oranlarında artış olup olmadığı konusunda her zaman sağlıklı sonuçlar vermediği söylenebilir. Örneğin ülkeler arasında yapılacak karşılaştırmalı bir çalışmada, suç kapsamına alınan fiillerdeki farklılıklardan dolayı sağlıklı veriler elde edilemeyecektir⁵¹⁸. Ayrıca kanun koyucunun suç sayılan fiilleri genişletmesi de suç oranlarına artış olarak yansıyacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki kimi zaman istatistikî bilgiler suç ya da şiddetin arttığı yönünde içeriğe sahip olmasa da medya tarafından verilen şiddet haberleri nedeniyle kamuoyunda şiddetin önemli oranda arttığı şeklinde bir algı oluşmaktadır⁵¹⁹.

Güvenliğin temel sorun olarak ortaya çıkmasında uluslararası boyutta belirleyici olay, 11 Eylül 2001'de ABD'de gerçekleştirilen saldırılardır. 11 Eylül'den sonra birçok ülkede güvenliğin sağlanması adına demokratik bir devlet yapılanmasında rastlanılmaması gereken hukuka aykırı uygulamalar rutin uygulamalar olarak ortaya

⁵¹⁷ Cengiz Derdiman, "Özel Güvenlik Anlayışı ve 5188 Sayılı Kanunun Uygulanmasından Doğan Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", s.5, <<http://kutuphane.uludag.edu.tr/~sbmyo/08-sosyalce/rcd-5188.doc>>, (09.08.2008); sahne gösterileri ve spor karşılaşmaları gibi ticari faaliyetlerde, güvenliğin düzenleyenler tarafından sağlanması gerektiği yine ticari bir işletme olan genelevlerde güvenliğin işleticilerinden alınacak bedel karşılığında belediye bünyesinde kurulacak özel güvenlik teşkilatınca karşılanması gerektiği şeklindeki öneriler için bkz. Halil Yılmaz, **Aynasızdan Polise** (Ankara: Atlas Kitapçılık, 2003), ss.308-310.

⁵¹⁸ Interpol kayıtlarında çeşitli ülkelerde işlenen suç sayılarını ortaya koyan istatistikî verilerde bazı ülkeler kabahatleri, trafik suçlarını ya da ihbarları da suç sayarak istatistiklere yansıtmaktadır. Bazı ülkeler ise tüm ihbarları bu kapsamda değerlendirmektedir. **Dokuzuncu Kalkınma Planı...**, s.8.

⁵¹⁹ Örneğin medyanın okullardaki şiddete ilişkin verdiği haberlerin, insanlarda okullarda şiddetin sıradan ve gündelik bir durum olduğu hissini uyandırdığı, ancak resmi verilere göre okullarda fiziki şiddete nadir rastlandığı belirtilmektedir. Laurent Mucchielli, "L'école ne brûle pas", **Manière de voir**, Numéro 71: 49-51, (Octobre-Novembre 2003), s.49.

çıkıştır. Güvenlik sorununun çözülmesinde polisiye tedbirler ön plana çıkarılarak temel hak ve özgürlükler için mevcut güvencelere aykırı düzenlemeler kabul edilmiştir. Saldırıların hemen ardından ABD’de çıkarılan Yurttaşlık Yasası (Patriot Act) ile tâbi yargıç ilkesine aykırı olarak olağanüstü mahkemeler oluşturulmuş ve şüpheli olmak içim çoğu zaman, turist vizesiyle Ortadoğu'dan ABD'ye gelmek yeterli sayılmıştır. Mahkeme kararı olmadan tutuklanmalar, üst ve ev aramaları, telefon dinlemeleri gibi hukuk dışı uygulamalara başvurulmuştur⁵²⁰. Belirtmek gerekir ki bu uygulamalar sadece yabancılar için söz konusu değildir. ABD yurttaşları da yeni yasa ile özel hayatın, haberleşmenin gizliliğini tartışmalı hale getiren genişletilmiş bir gözetimin konusu haline gelmişlerdir⁵²¹. Bu süreçte sadece ABD değil Almanya, İtalya, Fransa, İngiltere gibi birçok ülke de yasal düzenlemelerini otoriteden yana güçlendirmiştir. Bugüne kadar daha çok bireyden ve özgürlüklerinden yana bir görünüm sergileyen Batılı toplumlarda bu anlayış güvenlik adına bir yana bırakılmıştır⁵²². Bu durum, devlet müdahalesini iyi karşılamayan liberal devletin, güvenlik söz konusu olduğunda birey özgürlüklerini nasıl ikinci plana bırakabileceğini ortaya koymaktadır.

Türkiye de güvenliğin sağlanmasında, tercihini polisiye yöntemden yana kullanmıştır. Suçla mücadelede bir yandan polis sayısı ve polisin yetkileri arttırılmakta, diğer yandan özel güvenlik sektörü teşvik edilmektedir. Özel güvenlik personelinin sayısındaki artış, polis sayısının azaldığı ya da sabit tutulduğu şeklinde bir yanılgıya neden olmamalıdır.

⁵²⁰ Ignacio Ramonet, "Surveiller et réprimer", **Manière de voir**, Numéro 71: 6-7, (Octobre-Novembre 2003), s.6.

⁵²¹ Ramonet, **a.g.m.**, s.7. Bu bağlamda FBI tarafından kütüphanelerden istenen abonelerinin okudukları kitap listeleri, devletin yurttaşları üzerindeki gözetleme yetkisinin ulaştığı noktayı ortaya koymada ilginç bir örnektir. Hatta bir ileri aşamada Pentagon tarafından hazırlanması düşünülen Total Information Awareness projesi ile (projenin adı gelen tepkiler üzerine Terrorism Information Awareness olarak değiştirilmiştir) 6.2 milyarlık dünya nüfusunun her bir üyesi için ortalama kırk sayfalık gazete abonelikleri, banka kartları ile yapılan ödemeler, telefon aramaları, giriş yapılan web sayfaları, poliste kayıtlı dosyalar, kullanılan ilaçlar, sosyal sigorta bilgileri gibi bir dizi kişisel bilgilerin bilgisayar ortamına kaydedilmesi amaçlanmaktadır. Arlington Enstitüsü Müdürünün ifadesi bu anlamda ilginçtir; "daha az özel yaşam fakat daha çok güvenlik olacaktır".

⁵²² Ramonet, **a.g.m.**, s.6.

Zor kullanma gücünü elinde bulunduran devlet bu alandaki varlığını korumaktadır. 2005 yılında kabul edilen yasa ile 10.000 üniversite mezununun polis olarak atanması sağlanmıştır⁵²³. Devletin artık neredeyse sadece güvenlik alanında memur kadrosunda personel istihdam ettiği söylenebilir⁵²⁴. Son dönemde polis sayısındaki artış güvenlik sorununun çözülmesinde yeterli görülmeyle arama, silah kullanma, parmak izi ve fotoğraf kayıtlarının alınmasını içeren alanlarda polisin takdir yetkisi genişletilerek temel hak ve özgürlükler için kabul edilen güvencelere aykırı şekilde yetkileri artırılmıştır⁵²⁵. Hatta özel güvenliğin getirilmesi de polisiye önlemlerin bir uzantısı niteliğindedir. Zira özel güvenliğin getirilmesi aslında devlet iktidarının güçlendirilmesi

⁵²³ Yine 2010 yılında 9500 polis istihdam edilecektir. <<http://www.emniyet.gov.tr/egitim/duyuru/POMEM2009duyuru.pdf>>, (13.08.2009).

⁵²⁴ Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu hizmetinin memurlar, sözleşmeli personel, işçiler ve geçici personel eliyle gördürüleceği düzenlenmiştir. Bugün birçok kamu hizmeti alanında, seksenli yıllardan sonra uygulamaya konulan Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kamu görevlisi niteliği tartışmalı sözleşmeli personel istihdam edildiği, memur statüsünde kamu görevlisi atamasına istisnaen başvurulduğu söylenebilir. Hatta kanun koyucu bununla da yetinmeyerek 10.07.2003 tarih ve 4924 sayılı Kanunla, Devlet Memurları Kanunu'nun sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık personelini düzenleyen 36. maddesine " Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir" hükmünü eklemek suretiyle yeni bir istihdam türü yaratmıştır. Böylece sağlık personelinin taşeron şirketler aracılığıyla istihdamlarının yolu açılmıştır. Söz konusu hükmün anayasaya aykırılık iddiası ile iptali istemi hakkında karar veren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 47. maddesi gereğince sağlık hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere gördürülebileceğinden bahisle istemi reddetmiştir. Ancak karşıoy gerekçelerinde de belirtildiği üzere Anayasa'nın 47. maddesi kamu hizmetinin devir ve özelleştirilmesine ilişkindir. Söz konusu hüküm ise kamu kurumlarının ihale yoluyla hizmet satın almasına ilişkindir. Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerin statü hukukuna tâbi personel tarafından yürütülmesi ilkesini ortaya koyan Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil eder. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi yerinde değildir. AYM, 22.11.2007, E.No:2004/114, K.No:2007/85, www.anayasa.gov.tr, (11.08.2008).

⁵²⁵ 02.06.2007 tarih, 5681 sayılı Polis Vazife Salâhiyet Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, **R.G.**, 14.06.2007, Sayı: 26552.

ve toplumsal yaşamın her alanının kontrol altına alınma iradesi olarak da ele alınabilir⁵²⁶

Mahkemeler de güvenliğin polisiye tedbirlerle sağlanmasına, suç sayılmayan fiilleri suç saymak ve suçlara uygulanan cezaları arttırmak suretiyle katkıda bulunabilir⁵²⁷. Elbette bir fiili suç saymak ve uygulanacak cezayı belirlemek "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinden kaynaklı olarak kanun koyucunun yetkisi kapsamındadır. Ancak bir fiilin kanunda öngörülen suç tanımı ve unsurları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, uygulanacak cezanın alt sınırdan mı yoksa üst sınırdan mı uygulanacağı ve cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlerin varlığının takdiri mahkemelerin yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla sadece yasama organı ve idare değil, mahkemeler de kamu düzeni ile özgürlükler arasındaki hassas dengede belirleyici olmaktadır.

Güvenlik sorununun çözümünde polisiye önlem ve uygulamaların ön plana çıkmasını Bonelli şu şekilde açıklamaktadır: “(...)Sorunlara yaklaşımda bütüncül yani sosyal nedenleri temel alan bir aşamadan suçlunun kişisel sorumluluğu ve rasyonel seçiminin esas alındığı bir aşamaya geçilmiştir. Bu sapma, neo-liberal ekonomik politika uygulamalarında geçerli "homo economicus" un suçla mücadele alanına ithali, polisiye tedbir ve cezaların artırılması suretiyle (suçlu açısından) maliyetin artırılması, bu tür davranışların azaltılması ya da ortadan kaldırılmasında yeterli olacağı görüşünü içermektedir.”⁵²⁸.

Ancak belirtmek gerekir ki kimi zaman abartılı şekilde ya da asıl sorunların indirgendiği güvenlik sorununun salt polisiye önlemlerle çözümü mümkün değildir. Hatta güvenliği

⁵²⁶ Sibel Yardımcı, “Kuşatma Altında Gündelik Hayat: Özel Güvenlik, Kent Yaşamı ve Yönetimsellik”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 115:226-260, (2009), s.257.

⁵²⁷ Laurent Bonelli, "Une vision policière de la société", **Manière de voir**, Numéro 71: 38-41, (Octobre-Novembre 2003), s.40.

⁵²⁸ Aynı, s. 41.

sağlanması adına başvuru polisiye uygulamalar kimi zaman amacının tam tersi sonuçlar doğurabilmektedir. Fransız bir hâkimin aktarılan ifadesine göre bazen kimlik kontrolünün kendisi bir suçun oluşmasına mahal vermektedir. Suç işlememiş ve doğal olarak kimlik kontrolü yapılmaması gereken bir kişinin salt kimlik kontrolü nedeniyle meydana gelen bir olay neticesinde mahkeme önüne getirildiği belirtilmektedir⁵²⁹. Güvenliği sağlamak adına bireylerin terörize edilmesi, görüldüğü üzere suçu önlemek bir yana doğrudan suçun oluşmasına sebebiyet vermek suretiyle getiriliş amacının tam aksi yönde sonuçlara neden olabilmektedir. Nitekim genel ve kapsamlı olarak yapılan kimlik sorma ve denetleme uygulamaları kapsamında gözaltına alınan kişilerden çok azının suçla ilgisi olduğu, dolayısıyla bu uygulamaların suçluların yakalanmasına çok sınırlı çerçevede katkısı bulunduğu belirtilmekte, bu durumun bireyleri rahatsız ettiği ve polisin halk nezdinde imajını da olumsuz yönde etkilediği vurgulanmaktadır⁵³⁰.

Güvenlik sorununun çözümü sadece polisiye önlemlerle mümkün değildir. Polisin suçu önleyemeyeceğini, bunu polisin de bildiğini ancak daha çok kaynak verildiğinde suçu önleyeceğini iddia ettiğini belirten Bayley, bu iddiasının kanıtı olarak da polis sayısı ile suç oranları arasında bağlantı bulma konusunda yapılan analizlerin başarısız olmasını ve modern polis tarafından kabul edilen temel stratejilerin suç üzerinde çok az etkiye sahip olmasını göstermektedir⁵³¹. Polisin asıl faaliyet alanı suçla mücadele etmek değil düzenin sağlanmasıdır⁵³². Nitekim polisin kurulmasının ve örgütsel anlamda büyümesinin asıl nedeni suçun önlenmesi değil düzenin (kamu düzeninin)

⁵²⁹ Aynı, s. 40.

⁵³⁰ Bülent Çiçekli, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Tarafından Türkiye'deki İnsan Hakları Uygulamaları Konusundaki Tespitler ve Aksaklıklar: Bu Sorun ve Aksaklıkların Çözümünde Güvenlik Güçlerine ve Polise Düşen Görevler", **Yeni Türkiye**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Sayı 22: 1382-1388, (Temmuz-Ağustos 1998), ss.1387-1388.

⁵³¹ David H.Bayley, **Gelecek için Polis**. Çeviren: Fethullah Eraslan (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, 2006), s.7.

⁵³² Aynı, s.21, "Robert Reiner, **The Politics of the Police** (New York: St. Martin's Press, 1985), s.172" Ferdan Ergut, **a.g.e.**, s.229'daki alıntı.

sağlanmasıdır⁵³³. Bu çerçevede polisin işlenmesini önleyemediği suçu özel güvenliğin önlemesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme getirilebilir.

Bayley özel güvenliğin ortaya çıkış nedenini, halkın polisin suç önlemedeki yetersizliğini anlaması olarak açıklamaktadır. Özel güvenliğin ortaya çıkışı ve hızla yaygınlaşmasıyla polisin⁵³⁴ güvenlik konusundaki tekelinin aşıldığı, özel kişilere ait halka açık yerlerden, yasal olarak yetkisi devam etmekle birlikte polisin dışlandığı belirtilmiştir⁵³⁵. Ancak güvenlik sorununun piyasaya bırakılmak suretiyle özel güvenlikle aşılmaya çalışılması yerinde bir çözüm değildir. Zira güvenliğin sağlanması için düşünülen özel güvenlik, sadece zenginlerin satın alabildiği eşitsizliğe götürecek yeni kurumlar yaratmak demektir⁵³⁶. Güvenlik sorununa karşı oluşturulan bu çözüm, sadece şiddeti başkalarına aktarmaya hizmet eder. Kendilerine özel koruma sağlayanların güvenlik içinde yaşamaları sağlanırken bu olanağa sahip olmayanların ise sürekli şiddet tehdidi altında yaşamalarına neden olduğundan adaletsiz bir çözümdür⁵³⁷. Bu durum, liberal demokrasilerdeki yasal düzeyde geçerli siyasi eşitliğin uygulamada nasıl adaletsizce gerçekleştiğinin örneklerinden biri olarak gösterilebilir⁵³⁸. Son olarak belirtmek gerekir ki güvenlik sorununa bulunan bu özel çözüm, soruna çözüm getirmek

⁵³³ Ergut, **a.g.e.**, s. 72.

⁵³⁴ Belirtildiği üzere güvenliğin sağlanmasından tek sorumlu kurum, polis değildir. Jandarma, köy korucuları, hizmet kolluk görevlileri hatta kimi zaman ordu da iç güvenliğin sağlanmasından sorumlu kurumlardır. Burada polisi özel güvenliğin karşıtı kamu güçleri olarak algılamak, güvenliğin sağlanmasından sorumlu tüm kurumları her defasında tek tek sayma ve okuma zahmetinden kurtaracaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki güvenlik alanında polis tek yetkili kurum olmamakla birlikte merkezi bir yer işgal eder ve halkın günlük yaşamında en çok karşılaştığı görevlilerdir.

⁵³⁵ Bayley, **a.g.e.**, ss.15-16.

⁵³⁶ Aynı, s.152.

⁵³⁷ John Keane, **Şiddetin Uzun Yüzyılı**. Çeviren: Bülent Peker (Ankara: Dost Kitabevi, 1996), s.139.

⁵³⁸ Pierson, **a.g.e.**, s.224.

yerine işsizlik, eşitsizlik ve sosyal devlet yapısındaki çözümler gibi bazı yapısal güvenlik sorunlarını gizleyerek güvenlik sorununu arttırmaktadır⁵³⁹.

2.3.1.2.1.2. Kamu Hizmetindeki Daralma Krizinin Yarattığı Toplumsal Gerilimin Özel Güvenlikle Aşılma İradesi

Toplumsal uzlaşa ve barışı sağlamayı amaç edinen sosyal devlet, yetmişli yılların ortasında gerçekleşen krizin sorumlusu olarak görülmüş ve tasfiye sürecine girmiştir⁵⁴⁰. Sosyal devlet anlayışı ile genişleyen kamu hizmeti alanında seksenli yıllarda uygulamaya konulan neo-liberal politikalar sonucu daralma yaşanmıştır. Bu süreçte devletin sosyo-ekonomik işlevleri daraltılırken düzen sağlama işlevi ön plana çıkarılmıştır⁵⁴¹. Zira belirtildiği üzere ekonomik liberalizmde iddia edildiğinin aksine piyasanın işleyişinin sağlanması için kolluk ve toplumsal çatışmaların bastırılması anlamında güvenlik boyutlarıyla devlet müdahalesi hoş karşılanmaktadır⁵⁴². Sosyal devlet ise klasik liberal devlet anlayışından farklı olarak ekonomik alana müdahaleyle yetinmeyerek toplumun geniş kesiminin insan onuruna yaraşır bir yaşam standardına kavuşması amacıyla sosyal alana da müdahale eden devlettir. Bu anlamda sosyal devlette, ekonomik liberalizmin ihtiyaç duyduğu devlet müdahalesinin niteliği değişmiş sosyal bir kimliğe bürünmüştür⁵⁴³.

Sosyal devlet anlayışının gerilemesiyle kaynak israfına neden olduğu gerekçesi ile devletin sosyo-ekonomik işlevlerinin daraltılması sonucunda toplumsal eşitsizlik artmıştır. Toplumsal eşitsizliğin artması ise toplumsal gerilimin derinleşmesine neden

⁵³⁹ Van Outrive, **a.g.m.**, s. 49.

⁵⁴⁰ Kara, **a.g.e.**, ss. 107-109.

⁵⁴¹ Gencay Şaylan, “Kamu Yönetimi Disiplininde Bunalım ve Yeni Açılımlar Üzerine Düşünceler”, **A.İ.D.**, Cilt 33, Sayı 2: 1-22, (Haziran 2000), ss. 11-13.

⁵⁴² Ozansoy, **a.g.m.**, s.91.

⁵⁴³ Kara, **a.g.e.**, ss.45-47.

olmuş, bu durum da güvenlik sorununun ciddi boyutlara ulaşmasını beraberinde getirmiştir. Bu süreçte muhafazakâr ideoloji ile bütünleşen liberalizm, toplumsal adaletsizlik ve eşitsizliğin giderilmesi sorununun çözümünü, geleneksel dayanışma anlayışı çerçevesinde, gönüllü kuruluşlara, aile içi dayanışma ya da dinsel örgütlenmelere havale etmiştir. Bu kurumlar yoksulluk ve adaletsizliğe karşı mücadele araçları olarak ele alınmıştır. Bu sorunlar paralelinde ortaya çıkan güvenlik sorununun çözümü ise devletin güvenlik alanındaki faaliyetlerine daha fazla kaynak aktarması ve özel güvenlik sektörünün ortaya çıkışı şeklinde gerçekleşmiştir. Devletin sosyo-ekonomik işlevlerine kaynak aktarımı israf olarak nitelenirken güvenlik sektörüne ayrılan büyük boyutlardaki kaynaklar sorgulanmamıştır⁵⁴⁴.

Sosyal devlet anlayışının gerilemesiyle yaygınlaşan işsizlik ve yoksulluk toplumun geniş kesimlerinin suça itilmesine neden olmuş, bu sorunların çözümü yerine cezalandırma ile yetinilmiştir⁵⁴⁵. İşsizlik ve açlık gibi sorunlar küresel bir sorun haline gelmiştir. Küresel düzen için tehdit haline gelen bu sorunun çözümü tehdidin kaynağı yoksulların daha sert cezalarla cezalandırılmalarını öngören, sosyal devlet yerine sosyal kontrol politikalarının ön planda olduğu bir geçişe de işaret etmektedir⁵⁴⁶.

Liberalizmin ekonomik alanı sosyal alandan ayrı bir alan olarak görme anlayışının bir sonucu olarak devlet müdahalesinin ekonomik alanla sınırlı bir çerçevede ele alınmasında olduğu gibi ekonomik alanın siyasal alandan ayrı bir alan olarak algılaması ekonomik ilişkilerden kaynaklı sorunların kamu düzeni sorunu olarak algılanmasına neden olmaktadır⁵⁴⁷. Ekonomik, sosyal ve siyasal alanları birbirinden ayrı olarak ele alma anlayışı liberalizme özgü yapay bir ayırımdır. Zira bu alanları birbirinden ayıran

⁵⁴⁴ Şaylan, **a.g.m.**, s.13.

⁵⁴⁵ Özdek, “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikasındaki Dönüşümler”, s. 34.

⁵⁴⁶ Aynı, ss. 23-24.

⁵⁴⁷ Ergut, **a.g.e.**, ss.75-76.

kesin çizgiler olmadığı gibi⁵⁴⁸ sorunların bu yapay ayırım esas alınarak çözümü de mümkün değildir.

Güvenlik sorununun çözümü, bu sorunun sosyal altyapısı ve sosyal devlet anlayışındaki gerileme dikkate alınmadan mümkün değildir. Bazen güvenliğin sağlanması adına yürütülen politikaların bu sorunu çözmek yerine güvenlik sorununu artıran bir durum olarak karşımıza çıktığını gözlemekteyiz. Örneğin güvenlik politikalarının uygulaması niteliğindeki zorunlu göç uygulamaları güvenlik sorununu arttırmaktadır. Nitekim suç oranındaki artışın nedenlerinden biri de büyükşehirlere doğru oluşan göç hareketleridir⁵⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki güvenliğin sağlanmasının yolu herkese insan onuruna yaraşır bir yaşamdan geçmektedir. Bu çerçevede insan hakları ile güvenlik arasında yaratılan gerilim yapay olduğu gibi bu gerilim dayanak gösterilerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hatta olağanüstü hal ilanlarında askıya alınmaları ya da sosyal hakların gerçekleştirilmesinin mali kaynaklarla sınırlılığı gibi ilkelerle etkisizleştirilmesinin⁵⁵⁰ güvenlik sorununun artmasına neden olacağını eklemek gerekir. Gerçekten de insanın kendisini gerçekleştirebilmesinin asgari koşulları özgürlük, güvenlik ve eşitlik olarak ele alınmakta ve insanın bu ihtiyaçlarının bastırılması halinde sosyal gerilimler ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede özgürlük ve güvenlik arasında da bağımlı bir ilişkiden söz edilebilir. Güvenliğin insanın özgürleşmesine hizmet edeceği eğer özgürlük getirmezse güvenliğin tek başına anlamsız olacağı ifade edilmektedir⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Göze, a.g.e., s. 10.

⁵⁴⁹ **Dokuzuncu Kalkınma Planı...**, s.36.

⁵⁵⁰ Mithat Sancar, "Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü Ya da İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki", **"Devlet Aklı" Kışkırtıcı Hukuk Devleti** (3. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss.105-132), s.126

⁵⁵¹ Hayrettin Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti**. Ed.: Hayrettin Ökçesiz (İstanbul:Afa Yayınları, 1998, ss.35-43), ss. 40-41.

Gerçekten de güvenlik sorununun bastırıcı önlemlerle ele alınması sorunu çözmeyeceği gibi özgürlüklerin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde sınırlandırılması hatta fiilen ortadan kaldırılması gibi tehlikeli sonuçların ortaya çıkma riski de beraberinde getirecektir. Güvenlik sorununun toplumsal temelleri araştırılarak ve toplumsal eşitsizliklerin ortadan kaldırılması suretiyle çözümü, gerçekçi ve yerinde bir çözüm görünümündedir. Bu sorunun toplumsal temelleri gözetilmeden özel güvenlikle aşılmayı çalışılması, güvenlik sorununu çözmeyeceği gibi toplumsal eşitsizlikleri de artıracaktır. Gerçekten de güvenlik sorununun özel güvenlikle aşılmaya çalışılması bir yandan piyasanın genişlemesine hizmet etmekte bir yandan da toplumsal eşitsizliklerden doğan sorunların bu sorunlar ortadan kaldırılmaksızın, denetim altına alınmasını sağlamaktadır⁵⁵².

2.3.2. Özel İdari Kolluk Faaliyetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi

Kolluk faaliyetleri için geçerli olan devir yasağının her türlü idari kolluk faaliyetleri için geçerli olup olmadığı sorusunun irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında bir ayrım yapılmakta ve genel idari kolluk özel kişilere bırakılamazken özel idari kolluğun özel kişilere bırakılabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵³. Genel idari kolluk faaliyetleri dışındaki kimi özel kolluk faaliyetlerinin yürütülmesinde özel kişilerden yararlanıldığı bir gerçektir.

Kolluk alanında genel kolluk için geçerli olan sözleşmeyle özel kişilere devir yasağının sosyal devlet tarafından geliştirilen ve genel kolluktan amaç olarak tamamen ya da kısmen farklı olan özel kolluğa hala uyarlanabilip uyarlanamayacağı sorusu gündeme getirilmelidir.

⁵⁵² Yardımcı, **a.g.m.**, s.255.

⁵⁵³ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss. 644-645.

Belirtmek gerekir ki genel idari kolluk yetkilerinin egemenliğe ilişkin olması dışındaki kolluk yetkilerinin devredilmemesi konusundaki gerekçeler özel idari kolluk yetkileri için de kabul edilmelidir. Gerçekten de kolluk faaliyetlerinde kazanılmış haklara yer olmaması genel idari kolluk için olduğu kadar özel idari kolluk için de geçerlidir. Zira özel idari kolluk alanında özel hukuk kişisine verilen izin, kamu düzeni gerekçesiyle iptal edilebilir. Bunun dışında genel kolluk için kabul edilen sözleşme yasağının gerekçeleri de özel idari kolluk için geçerli kabul edilmelidir.

Genel idari kolluk yetkilerinin egemenliğe ilişkin olması nedeniyle devredilemeyeceği kuralı ise özel idari kolluk yetkisinin kapsamı dikkate alınarak irdelenmelidir. Özel idari kolluk yetkisi egemenliğe ilişkinse örneğin sahil ve sınırlardaki güvenlik gibi, bu durumda genel idari kolluk yetkileri gibi özel idari kolluk yetkilerinin de devredilemeyeceği kabul edilmelidir. Egemenliğe ilişkin olmayan özel idari kolluk yetkilerinin ise hizmetin düzenlenmesi ve karar alma yetkileri devredilmeksizin kanun koyucu tarafından izin verilmesi halinde özel hukuk kişilerine gördürülebilir.

Nitekim uygulamada da özel idari kolluk faaliyetleri, özel hukuk kişilerine gördürülmektedir. Çalışmanın konusu çerçevesinde özel idari kolluk faaliyetleri arasında yer alan ve güvenlikle doğrudan ilgili biri sözleşme usulüyle diğeri izin usulüyle gördürülen iki örnek üzerinden bu faaliyetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesi ele alınacaktır.

2.3.2.1. Araç Muayene Hizmetleri

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda trafiğe çıkacak motorlu araçlar için muayene olma zorunluluğu öngörülmüş (34. maddenin 3. fıkrası), bu araçların muayenesi görevi de Ulaştırma Bakanlığına verilmiştir (madde 8/c). Söz konusu Kanun'da tescile bağlı araçların muayenesini "yapmak veya yaptırmak" ifadesine yer verilmek suretiyle Ulaştırma Bakanlığının bu hizmeti özel hukuk kişilerine de gördürebilmesi imkânı yaratılmıştır.

Daha önce Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında yer alan araç muayene hizmetleri, 5228 sayılı Kanun⁵⁵⁴ ile Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görev alanından çıkarılarak, araç muayenelerinin yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı öngörülmüştür (2918 sayılı Kanun, madde 35). Söz konusu hükümde ayrıca yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin, bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilecekleri, bu devrin, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı, bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlarının uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesinin Ulaştırma Bakanlığı tarafından verileceği, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülmekte olan araç muayene istasyonları/hizmetinin özelleştirilmesinde değer tespit işlemlerinin indirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer) yöntemine göre yürütüleceği düzenlenmiştir.

Araç muayene hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine olanak sağlayan yasal düzenlemeye dayanılarak bu hizmet özelleştirme kapsamına alınmıştır⁵⁵⁵. Danıştay, özelleştirme kapsamında hazırlanan sözleşmeyi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde görmediğinden görüş bildirmemiştir⁵⁵⁶. Danıştay'a göre;

"Daha önce Karayolları Genel Müdürlüğüne tanınmış bulunan tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak ve yaptırmak görevi kaldırılmış, Ulaştırma Bakanlığına ise sadece

⁵⁵⁴ 16.07.2004 tarihli Bazı Kanunlarda ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G., 31.07.2004, Sayı:25539.

⁵⁵⁵ Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 04.06.2003 tarih ve 2003/336 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alınan araç muayene hizmetlerinin özelleştirme işlemlerinin hazırlık aşamasının tamamlanması için 8 aylık süre öngörülmüştür. Söz konusu karar için bkz. **R.G.**, 07.06.2003, Sayı:25131. Daha sonra hazırlık işlemlerinin tamamlanması üzerine Özelleştirme Yüksek Kurulu, araç muayene hizmetlerinin "mülkiyetin devri hariç kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetten gayri aynı hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanmak suretiyle özelleştirilmesi" amacıyla özelleştirilme programına alınmasına karar vermiştir. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.09.2003 tarih ve 2003/64 sayılı kararı, **R.G.**, 25.09.2003, Sayı:25240.

⁵⁵⁶ Dan. 1. Daire, 18.05.2005, E.No:2005/307, K.No:2005/668. Danıştay İdari İşler Kurulu da 15.06.2005 tarih, E.No:2005/1, K.No:2005/1 sayılı kararı ile Danıştay 1. Dairesinin belirtilen kararını oyçokluğuyla aynen kabul etmiştir. <<http://www.danistay.gov.tr>>, (22.08.2009).

bu görevi yaptırmak ve muayene istasyonlarını denetlemek ve Yasanın 35 inci maddesine aykırı hareket edenler hakkında suç ve ceza tutanağı düzenlemek görevi bırakılmış, 35 inci maddedeki değişiklik ile araç muayenelerinin sadece yetki verilen gerçek ve tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilmiş, bu hükme dayanılarak da Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur.

Kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesi işi, imtiyaz usulüyle ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmek isteniyorsa, öğretide kabul görmüş idare hukuku esaslarına ve Anayasa kurallarına göre, yasal olarak bu işi yapmakla görevlendirilmiş bir kamu idaresinin var olması gerekir. Bu bakımdan, kamu hizmetinin idareyle bağının koparılması sonucunda, yetki verme ve işletme belgesiyle bu hizmetin devredilmesi hususlarını içeren sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır. "

Görüldüğü üzere araç muayene hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürme iradesi, trafikte can güvenliği ile doğrudan ilgili araç muayene hizmetlerinin herhangi bir kamu idaresinin görevleri arasında sayılmaması ile sonuçlanmıştır. Kanun koyucunun iyimser yorumla burada ihmali olduğu, bu ihmal yoksa bu alanı kamu hizmeti olmaktan çıkarıp tamamen özel hukuk kişilerine açmak istediği söylenebilir. Böylece özel hukuk kişileri idareden alacakları bir ruhsatla bu alanda faaliyet gösterebileceklerdir.

Ancak daha sonra yapılan yasal değişiklikler ile araç muayenelerini yapmak, Ulaştırma Bakanlığının görevi olarak düzenlenmiştir. 30.07.2005 tarih ve 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 2918 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin (c) bendinde, tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak görevi Ulaştırma Bakanlığının görevleri arasına eklenmiş, 35. maddesine yapılan ilaveler ile de araçların muayenelerinin Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı öngörülmüştür.

Bu yasal değişikliktten sonra gönderilen sözleşme taslağını inceleyen Danıştay şu gerekçeyle görüş bildirilmesine yer olmadığına karar vermiştir⁵⁵⁷;

"Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin devredilmesine yönelik olarak imtiyaz verilebilmesi için, işi üstlenen şirket ile hizmetin asıl sahibi olan Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanacak olan imtiyaz sözleşmesinin, kaide tasarruf, şart tasarruf ve subjektif tasarruf hükümlerini taşıyan bir nitelikte hazırlanması örnek olarak belirtmek gerekirse, sözleşmenin tarafları, konusu, süresi, tasarımı, yatırım ve inşaat ile ilgili ilkeler, finansman, kredi, iş programı ve faaliyet raporları, işin tamamlanmasındaki gecikmeler, işletmeye başlama, denetim, güvenlik önlemleri, kamu hizmetinin aksaması halinde idarenin uygulayacağı yaptırımlar ve gerektiğinde hizmetin re'sen idare tarafından yapılması, teminat, bakım ve onarım, sözleşmenin feshi, devir ve temlik, sözleşme süresinin uzatılması, sözleşmenin sona ermesi veya feshi halinde yapılan yatırımların kime ait olacağı, eğitim, uyuşmazlıkların çözümü, sözleşmenin yürürlük tarihi gibi bulunması gerekli tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde bir imtiyaz sözleşmesi taslağının hazırlanarak Danıştay'a gönderilmesi gerekirken bu konularda hüküm içermeyen, adı imtiyaz sözleşmesi olarak dahi düzeltilmemiş, eksik ve yetersiz sözleşme tasarısı hakkında görüş istemi konusunda yukarıda açıklanan nedenlerle bu haliyle görüş bildirilmesi mümkün bulunmamaktadır".

Tüm bu aşamalardan geçen araç muayene hizmetlerinin özelleştirme süreci, 15.08.2007 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile Akfen-Doğuş-Tüv Súd Ortak Girişim Grubunun kurmuş olduğu TüvTurk Kuzey Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş. ve TüvTurk Güney Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş. arasında araç muayene istasyonlarının yapımı, bakımı ve işletilmesi hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin imzalanması ile tamamlanmıştır⁵⁵⁸.

Sözleşme ile bedel karşılığında araç muayene hizmetlerinin işletimi iki bölgeye ayrılmak üzere adı geçen şirketlere yirmi yıllığına verilmiştir⁵⁵⁹. Bu sözleşme ile söz konusu şirketlere araç muayene hizmetlerinin yürütülmesinde tekel hakkı tanınmıştır. Zaten imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeciyen tanınan en önemli imtiyazlardan biri de

⁵⁵⁷ Dan. 1.Daire, 26.09.2005, E.No:2005/754, K.No:2005/1075, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (22.08.2009).

⁵⁵⁸ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan basın açıklaması için bkz. <http://www.oib.gov.tr/duyuru/2007-08-15_arac_muayene_imza.htm>, (2.08.2009).

⁵⁵⁹ 14.02.2005 tarih ve 2005/26 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı, **R.G.**, 16.02.2005, Sayı:25729.

tekel hakkıdır⁵⁶⁰. Belirtildiği üzere imtiyaz sözleşmesinin tipik özelliği hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan riskin sözleşmeciye ait olması ve sözleşmecinin ücretlendirilmesinin kamu hizmeti kullanıcılarının ödeyeceği bedellerle sağlanmasıdır. Buradan hareketle araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesi kapsamında imzalanan sözleşmenin imtiyaz sözleşmesinin tipik özelliklerini taşımadığını iddia edebiliriz⁵⁶¹.

Bir kere Özelleştirme İdaresi Başkanlığının özelleştirme gerekçelerinin ortaya koyduğu yazısında da belirttiği üzere araç sayısı bellidir⁵⁶². Bu araçların trafiğe çıkmak için muayene yaptırılmaları da zorunludur. Bu hizmeti tekel şeklinde yürüten şirketin hizmetin yürütülmesinden kaynaklı riskleri üstlendiği iddia edilemeyecektir. Bu çerçevede özelleştirmenin iddia edilen felsefesiyle de uyumsuz bir durum söz konusudur. Zira rekabet kurallarıyla bağdaşmayan bir uygulamadan bahsedebiliriz. Nitekim araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesini sağlayan sözleşme ile adı geçen şirkete tekel hakkının verilmesi, bu hizmetin ne niteliği gereği doğal tekel ne de faaliyetin niteliği gereği az sayıda işletmeci tarafından yerine getirilmesi gerekli bir

⁵⁶⁰ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.323.

⁵⁶¹ Araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde imzalanan imtiyaz sözleşmesinin Danıştay Birinci Dairesinin 06.07.2007 tarih ve 2007/7-8 sayılı yazıları ekinde verdiği görüş doğrultusunda hazırlanarak imzalandığı belirtilmektedir. Bkz. <http://www.oib.gov.tr/2007_Yili_Faaliyet_Raporu.pdf>, (22.08.2009).

⁵⁶² Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 23.3.2005 günlü, B.02.1.ÖİB.0.10.08.00/3512 sayılı yazısında ortaya konulan araç muayene hizmetinin özelleştirilme gerekçelerine Danıştay 1. Dairesinin yukarıda belirtilen, 18.05.2005 tarih, E.No:2005/307, K.No:2005/668 sayılı kararında yer verilmiştir Buna göre; "Ülkemizde Araç Muayene Hizmeti halen, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından bina, cihaz ve sayı bakımından yetersiz muayene istasyonlarında, hiç bir alet kullanılmadan gözle yapılmaktadır. 2003 yılı sonu itibarıyla tescilli araç sayısı 9,6 milyon adet, muayene edilmesi gereken araç sayısı yaklaşık 6,5 milyon adet ve muayene edilen araç sayısı 2, 7 milyon adettir. Devlet tarafından yapılan bu hizmete yeterli kontrol ve araç sahiplerini muayeneye teşvik edecek önlemler alınamamıştır. Yapılan muayene sonucu aracın teknik aksamalarında bir sorun olup olmadığı, güvenliği tespit edilemediğinden vatandaşlar muayene işlemini yaptırmaya hevesli olmamaktadır.

Bu doğrultuda araç muayene istasyonlarının yatırım ihtiyacı bulunduğu tespit edilmiş, ancak kamu kaynaklarının verimli kullanılması prensibi çerçevesinde bu alana kaynak aktarılması uygun görülmediğinden özel sektör aracılığı ile bu yatırımın yapılması ve bu hizmetin verilmesi öngörülerek "Araç Muayene İstasyonları Hizmeti" özelleştirilmesi ülkemizin gündemine gelmiştir".

faaliyet olmadığı, ayrıca AB'ye uyum yasaları çerçevesinde sağlanması gereken rekabet hükümlerine aykırı olduğu gerekçeleriyle daha çok rekabet kuralları çerçevesinde eleştirilmiştir⁵⁶³.

Araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesi konusunda değinilmesi gereken bir diğer husus 2918 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile araç muayene hizmetleri sunma konusunda yetki verilen gerçek veya tüzelkişilerin bu yetkilerini alt işleticilere devredebilme imkânına ilişkindir. Söz konusu hükme göre aynı standartları sağlamak koşulu ile ve Ulaştırma Bakanlığının onayı ile devredebilirler. Ancak hizmetin bu şekilde devredilmesi halinde yetki verilen gerçek ve tüzelkişilerin sorumluluklarının kalkmayacağı düzenlenmiştir.

Hatta 5398 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile "Ulaştırma Bakanlığının onayı ile" ibaresi eklenmeden önce araç muayene hizmetlerini sunma yetkisi verilen kişiler kendiliklerinden bu hizmeti bir başka kişiye devredebilmekteydiler. Hizmetin asıl sorumlusu olan Ulaştırma Bakanlığının devre dışı bırakılması söz konusu faaliyetin kamu hizmeti niteliğini de etkileyebilecek bir düzenleme görünümündeydi. Nitekim Danıştay söz konusu düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşur⁵⁶⁴. Danıştay'ın anayasaya aykırılık iddiaları iki temele dayanmaktadır. Danıştay'a göre; yetki verilen gerçek ve tüzelkişilerin bu yetkilerini alt işleticilere devretmeleri halinde idari bir uğraşın idareyle bağı ortadan kalkacağından idari yargı olanağı kalmayacaktır. Diğer yandan yetki alan kişinin yürüttüğü faaliyet kamu hizmeti olmakla birlikte, bu kişi bir kamu idaresi değildir. Oysaki Anayasa'nın 47. maddesinde devretme yetkisine sahip olanlar Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileridir. Dolayısıyla yetki verilen kişiler Anayasa'nın 47. maddesinde sayılan tüzelkişiler arasında yer almadığından bu yetkilerini alt işleticilere devredemezler. Daha

⁵⁶³ Sedat Çal, "Araç Muayene Hizmetinin <Özelleştirilmesi>", Cilt 57, Sayı 2:63-113, (2008), ss. 67-68, 78 ve 94, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/262/2342.pdf>>, (22.06.2009).

⁵⁶⁴ "Dan. 8. Daire, 29.03.2005, E.No:2004/5701" Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss.642-643'te yer alan karar.

sonra gerçekleştirilen yasa değişikliği üzerine Anayasa Mahkemesi, konusu kalmayan istem üzerine karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir⁵⁶⁵.

5398 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe karşı da Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur⁵⁶⁶. Anayasa'nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında işletme ve varlıkların özelleştirilmesi öngörülmekte iken bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin özelleştirilmesinin amaçlandığı, anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca kamu hizmetlerinin gerçek veya tüzelkişilere yaptırılması ve devredilebilmesi ancak özel hukuk sözleşmeleri ile olanaklı iken, üçüncü fıkrası uyarınca özelleştirilmesinin öngörüldüğü ve bu düzenleme sonucunda hizmetin idare ile bağının tamamen ortadan kaldırıldığı, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen bir kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması veya devredilmesinin özel hukuk sözleşmesi ile mümkün olduğu, bununla birlikte bu sözleşmenin taraflarından birisinin mutlaka idare olması gerektiği, kamu tüzelkişisi olmayan işleticilerin yetkilerini alt işleticilere devredebilme yetkisinin Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yine işleticilerin yetkilerini alt işleticilere devir işleminde idarenin taraf olmadığı, söz konusu devire onay vermesinin de idareyi devir işleminde taraf konumuna getirmeyeceği ve mevcut Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldırmayacağı, bu düzenlemenin kamu hizmeti ile idare arasındaki bağı ortadan kaldırdığı, kamu hizmetini yapma yetkisi verilen gerçek veya tüzelkişilerin bu yetkilerini alt işleticilere devretmelerinin aynı zamanda kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisinin kullanımı niteliğini taşıyacağı gerekçeleriyle düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığının özel hukuk kişilerine yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzelkişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam

⁵⁶⁵ AYM, 28.12.2005, E.No:2005/41, K.No:2005/109, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2005-109.htm>>, (25.08.2009).

⁵⁶⁶ AYM, 29.12.2005, E.No:2005/110, K.No:2005/111, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2005-111.htm>>, (25.08.2009).

ettiğinden bahisle araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzelkişiler arasında akdedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı tespitinde bulunmuştur. Daha sonra kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine gördürülmesine olanak tanıyan Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası hükmünün idari sözleşmelerle de kamu hizmetlerinin gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesine de olanak tanıdığını ortaya koyan Mahkeme, idari sözleşme ile gördürülen araç muayene hizmetinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Yetki verilen özel hukuk kişinin bu yetkisini alt işleticiye devri konusuna ilişkin olarak ise Mahkeme, yetki devrinin Ulaştırma Bakanlığının onayı ile mümkün olması ve idarenin denetim ve gözetim yetkisinin varlığından hareketle anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir.

Danıştay da verdiği bir kararda araç muayene hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesini, denetimin idareye ait olduğundan hareketle kamu hizmetinin özel sektöre devredildiği sonucunu doğurmadığına, dolayısıyla söz konusu hükmün (2918 sayılı Kanun, madde 35) Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Denetimin varlığına ilişkin hükümler olarak; araç muayene hizmetlerine ilişkin Yönetmelikte yer alan istasyonların işletme şartları ve muayene esasları, çalıştırılacak personelde aranacak koşullar, istasyonda bulundurulacak araç ve gereçlerin belirlenmesine ilişkin hükümlerle gerektiğinde idarece yetkinin iptal edileceği hükmünü ortaya koymuştur⁵⁶⁷.

Görüldüğü üzere araç muayene hizmetleri, gerek kanun koyucu tarafından gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında herhangi bir kamu hizmeti olarak ele alınmakta ve özel hukuk kişilerine devredilebilmektedir. Burada özel hukuk kişilerinin basit bir katılımı söz konusu değil, bu faaliyetin özel hukuk kişilerince kurulması ve yürütülmesi söz konusudur. Ancak belirtildiği üzere özel hukuk kişisi bir yandan hizmetin

⁵⁶⁷ Dan. 8.Daire, 26.05.2004, E.No:2002/3788, K.No:2004/2452, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (28.08.2009).

yürütülmesinden kaynaklı riskleri de üstlenmeyecektir. Böylece idari faaliyetlerin yürütülmesinde asıl amaç olamayacak, özellikle kolluk faaliyetleri söz konusu olduğunda daha katı şekilde reddedilen kâr amacı, araç muayene hizmetleri için gündeme gelmektedir. Nitekim kanun koyucunun izin vermesi halinde kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilebileceğini savunanlar dahi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde sözleşmecinin esas olarak hizmet kullanıcılarından alınan bedellerle hizmetin finansmanının sağlamasından olsa gerek, devrin imtiyaz yöntemiyle olamayacağını belirtmişlerdir⁵⁶⁸.

2.3.2.2. Yapı Denetim Hizmetleri

Bireylerin can ve mal güvenliğinin sağlamak üzere yapılar için kanun koyucu 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile zorunlu bir denetim öngörmüştür. Söz konusu kanunun amacı; can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak belirlenmiştir. Kanun kapsamında denetime tâbi yapılar ise 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27. maddesinde belirtilen ruhsata tâbi olmayan yapılar ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekaresi geçmeyen müstakil yapılar dışındaki yapılar olarak belirlenmiştir (madde 1).

Denetime tâbi bu yapılar, yapı sahibi veya vekili ile yapılacak hizmet sözleşmesine göre yapı denetim kuruluşu tarafından denetlenecektir (4708 sayılı Kanun, madde 2). Kanun koyucu yapı denetim kuruluşunu; Bayındırlık ve İskân Bakanlığından aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzelkişi olarak tanımlamıştır (4708 sayılı Kanun, madde 1/j).

⁵⁶⁸ Christian Lavialle, *L'évolution de la Conception de la Décision Exécutoire en Droit Administratif Français* (Paris: L.G.D.J., 1974), s.312.

Belirtmek gerekir ki yapıların yapı denetim kuruluşlarınca denetlenmesi 03.02.2000 tarihli 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile öngörülmüştür. Söz konusu KHK Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir⁵⁶⁹. Anayasa Mahkemesi iptali istenen kuralların Anayasa'da düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin olması nedeniyle Anayasa'nın 91. maddesi gereğince KHK ile düzenlenemeyecek konulardan olduğu gerekçesiyle 595 sayılı KHK'yi iptal etmiştir. Söz konusu KHK'nin yerel yönetimlerin görevlerini sınırlandırdığı gerekçesiyle Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesine aykırılık ve yapı denetim kuruluşlarınca yürütülen faaliyetlerin asli ve sürekli nitelikte kamu görevi olması nedeniyle ancak memurlar ve kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık iddialarını söz konusu düzenlemeleri Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında Anayasa'ya aykırı bulduğundan incelememiştir.

Aslında Anayasa Mahkemesi daha önce yapı ruhsatları konusunda özel hukuk kişilerinin görevlendirilmesi konusunu, asli ve sürekli nitelikte kamu görevlilerinin memurlar ve kamu görevlileri eliyle yürütüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden incelemişti. 3194 sayılı İmar Kanunu ile yapı ruhsatı konusunda belediye ve valilikler yanında yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının da yetkili kılınmalarını inceleyen Anayasa Mahkemesi söz konusu Kanun'un 21, 24 ve 25. maddelerinde yer alan “yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları” ibaresini oybirliğiyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi kararında, ruhsat verme işleminin kolluk faaliyetleri arasında yer aldığı dolayısıyla asli ve sürekli nitelikte bir kamu görevi olduğu tespitini yaptıktan sonra bu faaliyeti yürüten yeminli büro elemanlarının hukuki statüsünü irdelemiştir. Anayasa Mahkemesi, “*büro elamanlarının, “bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru*

⁵⁶⁹ AYM, 24.05.2001, E.No:2000/35, K.No:2001/90, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-090.htm>>, (26.08.2009).

⁵⁷⁰ AYM, 11.12.1986, E.No:1985/11, K.No:1986/29, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-29.htm>>, (27.08.2009).

sayılacakları” ve “işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları” biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara “memur” veya “Anayasa’nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi” sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunma(maktadır)”dığı gerekçesiyle İmar Kanununda yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları ibarelerine yer veren düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 4708 sayılı Kanunla öngörülen yapı denetim kuruluşlarınca yürütülen faaliyeti ise asli ve sürekli kamu görevi olarak nitelememiş ve Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre;

“İmar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip “yapı denetim kuruluşları” ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır. İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır”.

Anayasa Mahkemesi kararının yerinde olup olmadığının incelenmesinde yapı denetim kuruluşlarının görevlerinin ele alınması gerekmektedir. 4708 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yapı denetim kuruluşlarının görevleri bentler halinde sıralanmıştır. Bu görevler şunlardır;

- a) Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tâbi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek.
- b) Yapı denetimini üstlendiğine dair ilgili idareye taahhütname vermek, yapı ruhsatının ilgili bölümünü imzalamak, bu yapıya ilişkin bilgileri yapı ruhsatı düzenleme tarihinden itibaren yedi gün içinde Bakanlığa (Bayındırlık ve İskân Bakanlığına) bildirmek.
- c) Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek.
- d) Yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelendirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak.
- e) Yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgelerin bir nüshasını ilgili idareye vermek, denetimleri sırasında yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu bir rapor ile ilgili idareye ve il sanayi ve/veya ticaret müdürlüklerine bildirmek.
- f) İş yerinde, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili bölge çalışma müdürlüğüne bildirmek.
- g) Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek.
- h) Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek.

- 1) Zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak.

Görüldüğü üzere yapı denetim kuruluşlarının yapının inşasına başlanmasından bitimine kadar proje denetimi, yapı ruhsatı, yapının inşası aşamalarında denetim görevleri vardır. Hatta kanun koyucunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yerine getirilen iş güvenliği ve işçi sağlığı konularında da yapı denetim kuruluşlarını görevlendirdiği söylenebilir.

Yapı denetim kuruluşu denetim faaliyetlerini idare adına yerine getirmektedir. Bu çerçevede yürüttüğü faaliyetlerde idareyi bilgilendirmekte ve proje gibi konularda idareye uygunluk görüşü vermektedir. İdarenin yetkilerini ortadan kaldırıcı bir faaliyeti olmadığı söylenebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 4708 sayılı Kanun hakkındaki kararına yazılan karşıoy gerekçesinde de belirtildiği gibi yapı denetimi sonucunda ruhsat verilecek olması bu iki faaliyet arasında sıkı bağ olduğunu ortaya koymaktadır. Yapı denetim kuruluşlarınca yerine getirilecek faaliyetler bildirim ve görüşle sınırlı olsa da idarenin ruhsattan önce bu kararları her zaman denetlemesinin fiilen mümkün olmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla buradaki görüş idare için hukuken olmasa da fiilen bağlayıcı olacaktır.

4708 sayılı Kanun ile getirilen zorunlu denetim sistemi ve bu denetim faaliyeti karşılığında yapı sahiplerinin, yetkili idareye ödenen yapı kullanma izni harcı dışında, yapı denetim kuruluşlarına bedel ödemesi, kolluk faaliyetlerinden olduğuna şüphe olmayan denetim faaliyetinin ücretli olması anlamına gelmektedir. Bu durum hukuka uygun bir uygulama değildir. Kamu düzenini sağlamak amacıyla yapılan denetim faaliyetlerinde ücret talep edilmesi hukuka uygun değildir⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Cem Ayaydın, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**. İstanbul: GSÜ Yayınları, 2003, ss.125-158), s.157.

4708 sayılı Kanun ile öngörülen zorunlu denetim sistemi ile yapı denetim alanı da özel hukuk kişileri için kârlı bir alana dönüştürülmüştür. Şimdilik belli pilot illerle sınırlı zorunlu denetim sistemi (4708 sayılı Kanun, madde 11) zamanla yaygınlaştırılması amaçlanmaktadır. Böylece kamu hizmetlerinin finansmanı için ödenen vergiler yapı denetim faaliyetleri için yeterli görülmeyerek, özel hukuk kişilerin yerine getirilen yapı denetim faaliyeti, bedelli hizmet haline gelmiştir. Yoksa söz konusu Kanun'un genel gerekçesinde belirtilen belediye ve valiliklerin yapı denetimleri konusundaki yetersizlikleri olmasa gerektir⁵⁷². Zira kamu düzenine ilişkin bu faaliyetin devletin

⁵⁷² 4708 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi şu şekildedir; “Yeryüzünün en aktif deprem kuşaklarında birisinin içerisinde bulunan, topraklarının % 96’sı farklı oranlarda deprem tehlikesine sahip olan ve nüfusunun % 98’i bu bölgelerde yaşayan ülkemizde, uzun yıllardır yürürlükte olan imar ve afetler mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığı açık bir gerçektir. Ülkemizde son 20 yıl içerisinde meydana gelen depremlerden sonra bu durumun olumsuz sonuçları açıklıkla görülmüş olmasına karşın, bugüne kadar yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamamış, aksine hızlı nüfus artışı ve göçler, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşme, yoğun kaçak yapılaşma ve sık sık başvurulmuş imar afları ülkemizdeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da artırmıştır.

17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne sermiştir.

Ülkemizde yerleşme ve yapılaşmalara, 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri ile getirilen denetime ilgili idarelerce uyulmadığı, yapılan araştırmalarda, proje denetimi aşamasında dahi projelerin %91’inde tasarım, hesap ve çizim hataları olduğu, uygulamanın ise hiç denetlenmediği ve şantiyelerin %90’ında yönetmelik ve standartlara aykırı beton döküldüğü ve beton mukavemet değerlerinin projesinde öngörülenden ortalama olarak % 40 daha az olduğu tespit edilmiştir.

Bu araştırmalar ve yaşanan son depremler, 3194 sayılı Kanunda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetleyemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koymuştur.

Ülkemizdeki yapı denetim sistemi ve yapım aşamasında görev alan fenni mesullerin sorumluluklarını yeniden düzenlemek ve kâğıt üzerinde denetlenmiş gibi görülen, ancak hemen hemen hiç denetlenmeyen yapıların teknik uygulama sorumlusu fenni mesullere verilecek cezalar ile ilgili yeni bir kanunî düzenleme getirmek zorunlu olmuştur. Bu amaçla; 3.2.2000 tarihli ve 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe konulmuş, ancak, mezkûr Kanun Hükmünde Kararname

teknik ya da mali yetersizlikleri nedeniyle terki mümkün değildir. Devletin sosyal alandaki ödevlerini mali kaynakları ölçüsünde yerine getireceği yolundaki bir düzenleme (Anayasa, madde 65) kamu düzeniyle ilgili faaliyetler için söz konusu edilemez.

4708 sayılı Kanun ile ücret karşılığı verilecek hizmet haline dönüştürülmesi dışında bu ücretin miktarı da belirlenmiştir. Anayasa'ya aykırı nitelikteki bu düzenlemeye göre yapı sahibi ile yapı denetim kuruluğu arasında imzalanacak hizmet sözleşmesinde yer alacak asgari hizmet bedeli, yapı yaklaşık maliyetinin %3'ü olarak belirlenmiştir (5. maddenin 5. fıkrası). Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinde⁵⁷³ de (madde 26) hizmet bedelinin hesaplanma esasları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme sözleşme taraflarının sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir.

Bilindiği üzere Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanun koyucu tarafından anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Çalışma ve sözleşme hürriyetlerini düzenleyen Anayasa'nın 48. maddesinde kanun koyucunun sözleşme özgürlüğünü sınırlamasına izin veren herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından sözleşme bedelinin düzenlenmesi sözleşme hürriyetine müdahale niteliğinde olduğundan Anayasa'ya aykırıdır. Nitekim 4708 sayılı Kanun'un anayasaya aykırılık iddialarını reddeden Anayasa Mahkemesi kararına karşıoy gerekçelerinden biri de

Anayasa Mahkemesi'nce 24.5.2001 tarihli ve E.2001/35, K.2001/90 sayılı Kararıyla iptal edilerek yürürlüğü durdurulmuş ve yapı denetimi konusunda mevzuatımızda bir boşluk meydana gelmiştir.

Bu boşluğu doldurmak amacıyla, sağlam yapılar yaparak muhtemel afetlerde can ve mal güvenliğini sağlamak, yapıların; imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına ve standartlara uygun, kaliteli yapılması için denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.” <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss732m.htm>>, (27.08.2009).

⁵⁷³ **R.G.**, 05.02.2008, Sayı:26778.

hizmet bedelinin belirlenmesinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil ettiği yolundadır⁵⁷⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından uygulama projesi denetim aşamasında yapı denetim kuruluşlarına verilen denetim göreviyle, bu alanda yetkili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinin yetkisi de ortadan kaldırılmıştır. 4708 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (a) bendinde proje müelliflerince hazırlanan uygulama projelerinin denetimi konusunda yapı denetim şirketi görevlendirilmiş, söz konusu projelerin ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tâbi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşü bildirmeye de yapı denetim kuruluşları yetkili kılınmıştır.

Kanun'da geçen ilgili idare; belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamalar için büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeleri, bu alanlar dışında kalan alanlarda valilikleri, yapı ruhsatı ve kullanma izin belgesi verme yetkisine sahip diğer idareleri ifade etmektedir (madde 1/b). Proje müellifi ise mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştigal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzelkişiyi ifade etmektedir (1/k). Mimar ve mühendislerce hazırlanan projeleri denetlemeye yetkili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğidir. Nitekim 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu kapsamında çıkarılan yönetmeliklerde, mimar ve mühendislerin hazırladıkları projelerin denetiminin odaların yetkili organlarınca denetleneceği düzenlenmiştir⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ AYM, 26.06.2002, E.No:2001/377, K.No:2002/59, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-59.htm>>, (26.08.2009).

⁵⁷⁵ Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği madde 16/b ve madde 18, **R.G.**, 02.06.2005, Sayı:25833, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliği madde 18/e (18. madde, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 10. maddesi ile değiştirilmiştir, **R.G.**, 27.08.2009, sayı:27332), **R.G.**, 30.10.2005, Sayı:25981.

Söz konusu düzenleme ile kaynağını Anayasa'dan alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (Anayasa, madde 135) bu alandaki yetkileri ortadan kaldırılarak Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmıştır. Danıştay ise Adana Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinde yer alan proje müelliflerince hazırlanarak imzalanan tatbikat projelerinin Belediyenin ilgili birimlerine teslim edileceği ve bu projelerin ilgili belediyesine tesliminde üzerinde proje müellifi ve fenni mesul ile ASKİ ön vizesi, TEDAŞ ön vizesi, FEN ön vizesi dışında başka kurum ve kuruluşlara ait onay bulunmayacağına, meslek odalarınca projelerin onaylanması durumunda anılan projelerin kabul edilmeyeceği yolundaki hükmü, 4708 sayılı Kanun çerçevesinde ele almış ve bu Kanun'a uygun bulmuştur. Danıştay söz konusu düzenlemeyi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görevleri çerçevesinde ele almamıştır⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Söz konusu karar ile Danıştay, yönetmelik hükmü ile bu yönetmeliğe dayanılarak yapılan idari işlemi 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu ve ilgili yönetmelik çerçevesinde ele alıp iptal eden Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 29.03.2007 tarih, E.No:2006/2653, K.No:2007/298 sayılı kararını bozmuştur. Bkz. Dan. 6.Daire, 22.04.2008, E.No:2007/5086, K.No:2008/2481, <<http://www.danistay.gov.tr>>, (26.08.2009).

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ÖZEL GÜVENLİK UYGULAMASI

Bu bölümde özel güvenlik hizmetleri, 5188 sayılı Kanun çerçevesinde ele alınacaktır. Ancak bilindiği üzere Türkiye’de özel güvenlik uygulaması bu Kanunla başlamış değildir. 1981 yılında çıkarılan 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun ile ilk kez özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmanın yasal çerçevesi oluşturulmuştur. 2495 sayılı Kanun’dan önce de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmanın önünü açmak için kanun tasarısı hazırlanmıştır⁵⁷⁷. Özel güvenliğin geçmişi Türkiye’de yetmişli yıllara kadar geri götürülebilir. Bu dönemde bankaların korunmasında ya da emekli kolluk güçlerinin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde bireylere, kişisel koruma hizmeti vermeleri de özel güvenlik hizmetleri kapsamında ele alınabilir⁵⁷⁸.

2495 sayılı Kanun’un ihtiyaçlara cevap vermediği gerekçesiyle İstanbul Valiliğince çıkarılan 1999/1 sayılı Güvenlik Tebliği⁵⁷⁹ ile de özel güvenlik uygulamasından yararlanma imkanı genişletilmiştir. Söz konusu Tebliğ ile her kuruluşun kendi imkanları çerçevesinde giriş-çıkışları kontrol etmek ve şüpheli durumları genel kolluğa bildirmek

⁵⁷⁷ Atılâ Sav, “Özel Güvenlik Örgütü”, **Yargı**, Sayı 52:10-11, (Ağustos 1980), s.10.

⁵⁷⁸ Yardımcı, **a.g.m.**, s.229.

⁵⁷⁹ Söz konusu Tebliğ için bkz. <<http://www.istanbul.gov.tr/?pid=79>, (14.01.2010).

üzere personel istihdam etmelerinin önü açılmıştır. Mevzuat uygun olmadığından, özel güvenlik şirketi olarak kurulamayan ancak temizlik ve danışmanlık gibi başka alanlarda hizmet vermek üzere kurulan şirketler, yetkileri sınırlı bu özel güvenlik elemanlarını ihtiyaç duyan kuruluşlara sağlama faaliyetini de üstlenmişlerdir⁵⁸⁰. Gerçekten de 2495 sayılı Kanun kapsamında güvenlik hizmetlerinden her türlü kuruluşun yararlanması mümkün olmadığı gibi, güvenlik hizmeti, satın alınan bir hizmet olarak da öngörülmemiştir.

Özel güvenlik uygulaması konusu, güvenlik hizmetlerinden yararlanma ve sunma olanaklarını genişletmek ve oluşan fiili duruma yasal dayanak sağlamak amacıyla 26.06.2004 günü çıkarılan 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ve bu Kanun'a ilişkin yönetmelik ve genelgeler çerçevesinde ele alınacaktır. Özellikle 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma imkanlarını nasıl arttırdığını ortaya koyarken 2495 sayılı Kanun ile karşılaştırma yapılacaktır. Özel hukuk kişilerinin güvenlik alanındaki faaliyetlerinin, kamu hizmetinin devri sayılıp sayılmadığının ortaya konması amacıyla konu, genel olarak özel güvenlik hizmetinden yararlanma şartları başlığı altında bu alandaki tüm aktörler ele alındıktan sonra devletin denetim yetkileri ve bu faaliyetlerden sorumluluğu incelenecektir.

1. ÖZEL GÜVENLİK HİZMETİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

1.1. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanacak Kişi ve Kuruluşlar

Özel güvenlik hizmetinden yararlanacak kişi ve kuruluşlar kanun koyucu tarafından özel bir düzenleme konusu yapılmamıştır. Özel güvenlik hizmetinden yararlanma usul ve esaslarını düzenleyen 5188 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde özel güvenlik hizmetinden yararlanacaklar düzenlenmemiştir. Özel güvenlik iznini düzenleyen 3. maddesinde ise kişi, kurum ve kuruluşların özel güvenlik

⁵⁸⁰ Yardımcı, **a.g.m.**, s.230.

izni için başvurabilecekleri ifade edilmek suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanacaklar dolaylı olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu özel güvenlik hizmetinden yararlanamayacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ise herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu çerçevede özel güvenlik hizmetinden yararlanabilecekler: kamu tüzelkişileri ile özel hukuk kişileri şeklinde sınıflandırılarak ele alınabilir.

1.1.1. Kamu Tüzelkişileri

5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kurum ve kuruluşların özel güvenlik izni için başvurabilecekleri düzenlenmiş, kamu tüzelkişileri ifadesine yer verilmemiştir. Ancak, kamu tüzelkişilerinin de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilecekleri kabul edilmektedir⁵⁸¹. Zira 5188 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan özel güvenlik görevlilerine hastalık veya sakatlık halinde, özel güvenlik görevlisinin ölümü halinde kanuni mirasçılara ödenecek tazminat miktarının nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, kamu tüzelkişilerinin de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceği sonucuna varılabileceği gibi 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik hizmetlerinin kapsamını genişletme eğilimi göz önüne alındığında da bu sonuca varılabilecektir.

5188 sayılı Kanun'da istisna hükümlerine yer verilmemesi de kamu tüzelkişilerinin özel güvenlik hizmetinden yararlanabilecekleri şeklinde yorumlanabilir. Hatta kanun koyucunun istisna hükmüne yer vermemesinden hareketle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik hizmetinden yararlanabilecekleri söylenebilir. Oysa 5188 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 2495 sayılı Kanun'un 1. maddesinde askeri kurum ve kuruluşlarla, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Teşkilatına ait kurum ve kuruluşların korunmalarının özel mevzuatlarına tâbi olduğu düzenlenmek

⁵⁸¹ Cem Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Erden Kuntalp'e Armağan**, Cilt II, Yıl 3, Sayı 2:113-268 (2004), ss.141; Nur Karan, "Özel Güvenlik", **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 50: 427-441, (Şubat 2007), s.429.

suretiyle kanun kapsamı dışında bırakılmıştı. 5188 sayılı Kanunla birlikte artık polis karakollarının, hapishanelerin ya da MİT'in özel güvenlikle korunabilmeleri mümkündür. Kolluk faaliyetlerini yerine getiren kurumların özel güvenlikle korunmalarının pratik nedenlerle mümkün olmadığı belirtilmiştir⁵⁸². Gerçekten de güvenliği sağlayan kurumların kendi güvenliklerini sağlamak için özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmaları çelişkili bir durumdur. Ancak uygulamalar göstermektedir ki, kolluk faaliyetleri yürüten kurumlar da değişik şekillerde özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmaktadırlar⁵⁸³.

1.1.2. Özel Hukuk Kişileri

1.1.2.1. Gerçek Kişiler

Gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetinden yararlanmaları ilk kez 5188 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Ancak bu Kanun'un yürürlükten kaldırdığı 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de gerçek kişiler özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilmişlerdir. Oysaki 2495 sayılı Kanun'da, sadece kurum ve kuruluşların özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmaları düzenlenmiş, gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmalarını öngören bir hükme ise yer verilmemiştir. 5188 sayılı Kanun ise fiili durumu hukuki boyuta taşımıştır. Nitekim bu Kanunun çıkarılma gerekçelerinden biri de gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetinden yararlanmalarının

⁵⁸² Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s.141.

⁵⁸³ Milli Savunma Bakanlığı askerlik şubelerinin özel güvenlikle korunmasını öngören kararı için bkz. <<http://www.ntvmsnbc.com/news/368250asp>>. Yine polis lojmanlarının özel güvenlikle korunmasına ilişkin olarak bkz. <[#storyContinues](http://www.ntvmsnbc.com/news/468546asp)>.

sağlanması olmuştur⁵⁸⁴. Böylece 5188 sayılı Kanun ile gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmalarının yolu açılmış ve hukuki dayanak oluşturulmuştur.

Gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetlerinden yararlanması, bireylerin kendilerini koruma hakkına dayandırılmıştır⁵⁸⁵. 5188 sayılı Kanun'un kabulünden önce bireylerin canını ve mallarını koruma hakkını düzenleyen yasal düzenlemeler çevresinde birçok şirket özel güvenlik alanında faaliyet göstermiş, gerçek kişiler de bu şirketlerden hizmet satın almak suretiyle özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmışlardır.

Gerçekten de Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra meşru müdafaa hali bu hakkın uygulanmayacağı durumlar arasında sayılmıştır. Anayasa'daki bu düzenleme çerçevesinde gerek Ceza Kanunu'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda meşru müdafaa hali, hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde meşru müdafaa halinde, saldırganın şahsına veya mallarına verilen zarardan dolayı tazminat sorumluluğu doğmayacağı düzenlenmiştir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 1. bendinde meşru savunma⁵⁸⁶ halinde işlenen suçlardan dolayı faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.

Meşru müdafaa hali sadece kişinin kendisi için değil başkasının hakkına yönelik bir saldırı halinde de işlenen fiilden dolayı gerek cezai gerekse hukuki sorumluluğu kaldıran bir hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla gerçek kişilerin kendilerini ve

⁵⁸⁴ Bkz. Milletvekilleri Şükrü Önder ve Tevfik Ziyaeddin Akbulut tarafından hazırlanan Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Genel Gerekçesi, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss467m.htm>>.

⁵⁸⁵ Nitekim gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetinden yararlanmalarının gerekçesi, gerek 5188 sayılı Kanunun gerekçesinde (<<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0295.pdf>>) gerekse kanun teklifi görüşmeleri sırasında İçişleri Bakanı Abdülkadir Aksu tarafından (<<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b100m.htm>>) bireylerin kendilerini koruma hakkı olarak ortaya konulmuştur.

⁵⁸⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda meşru müdafaa kavramı yerine meşru savunma kavramı kullanılmıştır.

mallarını korumak amacıyla personel istihdam edebilecekleri söylenebilir. Hatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile meşru müdafaa halinin kapsamının genişletilmesine paralel olarak gerçek kişilerin özel güvenlik personeli istihdam etmek suretiyle korunmalarının mümkün olduğunu söylemek daha mümkün görünmektedir.

Şöyle ki yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişinin kendisinin ve başkalarının canına ve ırzına yönelik saldırılara karşı koymak için meşru müdafaada bulunabileceği öngörülmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise kişinin sadece kendisini değil aynı zamanda mallarını da korumak üzere meşru müdafaada bulunabileceği düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun meşru müdafaanın konusunu kişinin kendisinin veya başkasının bir hakkına yönelik saldırı olarak düzenlemek suretiyle meşru müdafaanın kapsamını genişletmiştir. Başkası için meşru müdafaanın kabul edilmesi sosyal dayanışma çerçevesinde ahlâkî bir sorumluluktur⁵⁸⁷. Tüm bu düzenlemeler çerçevesinde ve Anayasa'daki düzenleme göz önüne alındığında gerçek kişilerin özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmak üzere özel güvenlik personeli istihdam etmelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı söylenebilir⁵⁸⁸. Zaten bu hukuka uygunluk durumu sebebiyle 2495 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde yasa kapsamında olmayan gerçek kişiler de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmışlardır.

1.1.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşlar

Özel hukuka tâbi kurum ve kuruluşlar da 5188 sayılı Kanun kapsamında özel güvenlik hizmetinden yararlanabileceklerdir. 5188 sayılı Kanun'da özel hukuka tâbi kurum ve kuruluşlardan hangilerinin özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilecekleri özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak Kanun'un çeşitli maddelerinde özel güvenlik hizmetlerinden yararlanacak özel hukuk kurum ve kuruluşları düzenlenmiştir. Kanunun 3. maddesinde toplantı, konser, sahne gösterileri ve benzeri etkinlik düzenleyenlerle

⁵⁸⁷ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş** (4. Bası. İstanbul: Beta, 2006), s.311.

⁵⁸⁸ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.136-137.

para veya değerli eşya nakledenler özel güvenlik hizmetlerinden yararlanacak özel hukuk kuruluşlarıdır. Yine Kanun'un 8. maddesinde silahlı korunmayacak yerler arasında sayılan eğitim ve öğretim kurumları, sağlık tesisleri, talih oyunu işletmeleri ve içkili yerler de özel güvenlik hizmetlerinden yararlanacak özel hukuk kurum ve kuruluşlarıdır.

Genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olmadığı ve güvenlik uygulaması kamu hürriyetleri açısından herhangi bir sakınca taşımadığı (Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, madde 8/3) sürece tüm özel hukuk kurum ve kuruluşlarının güvenlik hizmetlerinden yararlanması mümkündür. Bu düzenlemede yer alan “genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olmadığı” ifadesini genel kolluk güçlerinin sınırlı müdahale yetkisi olan mesken ve işyerlerinin korunması şeklinde yorumlamak uygun olacaktır. Aksi halde bu ifade, devlet tarafından verilen güvenlik hizmetinin yeterli sunulmaması şeklinde anlaşılacaktır. Güvenlik hizmetinin egemenlikle ilişkisi konusunda belirtildiği üzere bu durum, devlet egemenliğini tartışmalı kılacağından hiçbir devlet bu durumu hoş karşılamayacağı gibi böyle bir eksiklik olsa bile bunu açıkça ilan etmez. Kamu hürriyetleri açısından sakıncalı durumların ise daha çok umumi yerlerde söz konusu olabileceği söylenebilir. Kamusal özgürlüklerin kullanıldığı umumi yerler, aynı zamanda kolluk güçlerinin yetkilerini en yoğun kullandıkları alandır. Bu alanların özel güvenlik görevlilerine terki fiili olarak kolluk yetkilerinin özel güvenliğe devri olarak yorumlanabileceği gibi özel güvenlik görevlileri yetkilerini ancak görev alanlarında kullanabileceklerinden bu durum, 5188 sayılı Kanun'a da aykırı olacaktır. Bu çerçevede örneğin yollarda ya da sokaklarda güvenliğin sağlanmasının özel güvenlik görevlilerine bırakılması düşünülemez. Ancak uygulamalar bu görüşün aksini ortaya koymaktadır. İstanbul'da dernekler, işletme sahipleri ya da apartman yöneticilerinin bir araya gelmek suretiyle

kimi sokakların korunması için özel güvenlik görevlilerine başvurdukları gözlenmektedir⁵⁸⁹.

5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik hizmetinden yararlanmanın kapsamı bakımından sınırlayıcı bir hüküm yoktur. Oysa 2495 sayılı Kanun'da sadece milli ekonomiye veya devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan, kısmen veya tamamen yıkılmaları, hasara uğratılmaları veya geçici bir zaman için dahi olsa çalışmadan alıkonulmaları, ülke güvenliği, ülke ekonomisi veya toplum hayatı bakımından olumsuz neticeler yaratacak özel kişilere ait kurum ve kuruluşların özel güvenlikle korunmalarına izin verilmekte idi (madde 1). Belirtmek gerekir ki, bu sınırlama sadece özel hukuk kurum ve kuruluşları için değil kamu tüzelkişileri için de geçerli idi.

1.2. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri

Özel güvenlik hizmetinden yararlanmada tanınan irade serbestisinin özel güvenlikten yararlanma usulünü belirlemede tanınıp tanınmadığının ele alınması gerekmektedir. 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kişi ve kuruluşların talebi üzerine ve koruma ve güvenlik ihtiyacı da dikkate alınarak güvenlik hizmetinin istihdam edilecek personel eliyle sağlanmasına, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulmasına ya da güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesine izin verileceği düzenlenmiştir. Ancak özel güvenlik yönteminin belirlenmesi konusunda kişi ve kuruluşların iradelerinin esas alınıp alınmayacağı konusunda açık hüküm bulunmamaktadır.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde ise kişi ve kuruluşlara özel güvenlik hizmetinden ne şekilde yararlanacaklarını belirleme konusunda serbesti tanınmıştır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 7). Dolayısıyla, valiliğin kişi, kurum ve kuruluşların özel güvenlik hizmetinden hangi usule göre yararlanacaklarını

⁵⁸⁹ Yardımcı, **a.g.m.**, dipnot 30, s.250.

belirleme yetkisi yoktur. Ancak söz konusu yönetmeliğin 8. maddesinde ise çelişkili bir şekilde özel güvenlik komisyonunun, özel güvenliğin sağlanması yöntemi hakkında da karar vereceği öngörülmüştür. Özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmanın zorunlu olmaması ve kanun koyucu tarafından özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma usulleri arasında öncelik ya da birbirine üstünlük öngörülmediği göz önüne alındığında komisyonun özel güvenlik yöntemi konusunda karar vermesinin yerinde olmadığı söylenebilir. Özel güvenlik hizmetlerinden yararlanma usulünün kişi ve kuruluşlarca belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵⁹⁰.

Özel güvenlikten yararlanma usulleri, özel güvenlik hizmetinden yararlanacaklar konusundaki sistematığa uygun olarak öncelikle kamu tüzelkişilerinin yararlanabilecekleri usuller incelendikten sonra özel hukuk kişilerinin yararlanma usulleri ele alınacaktır.

1.2.1. Kamu Tüzelkişilerinin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri

Kamu tüzelkişileri ya güvenlik hizmetlerini özel güvenlik şirketlerine gördürmek suretiyle ya da bünyelerinde özel güvenlik birimleri kurmak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanabilirler. Kamu tüzelkişilerinin her iki durumda da özel güvenlik izni almaları gerekir.

Kamu tüzelkişilerinin bünyelerinde özel güvenlik birimi kurmuş olmaları bunların özel güvenlik şirketlerinden güvenlik hizmeti satın alamayacakları anlamına gelmemektedir. Böylece 2495 sayılı Kanun'a tâbi olarak kendi özel güvenlik birimlerini oluşturan kamu tüzelkişilerinin de özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın almalarının yolu açılmıştır. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme sadece kamu tüzelkişileri için geçerli

⁵⁹⁰ Karan, **a.g.m.**, s.429.

değildir. Aynı şekilde bünyesinde özel güvenlik birimi bulunan özel hukuk kuruluşları da özel güvenlik şirketinden hizmet satın alabilirler.

Nitekim 5188 sayılı Kanun'da kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulmasının ihtiyaç halinde güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesine engel olmadığı düzenlenmiştir (5188 sayılı Kanun, madde 3). Bu düzenlemeden hareketle kuruluşların aynı anda iki yönteme başvurarak özel güvenlik hizmetinden yararlanabilmeleri için şu şartların arandığı söylenebilir: Öncelikle kuruluşun bünyesinde özel güvenlik birimi bulunması ve sonrasında ek güvenlik hizmetine ihtiyaç duyması gerekmektedir. Ancak Kanunu lafzı ile yorumlarsak tersi durumda ise yani güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi halinde ayrıca özel güvenlik birimi kurulamayacağı söylenebilir. Kanun koyucu güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi usulünü tercih etmiş ve özel güvenlik şirketleri lehine bir düzenleme yapmıştır. Bu tercihte 2495 sayılı Kanun'da güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi usulünün düzenlenmemiş olmasının etkisi vardır. Belirtildiği üzere söz konusu Kanun'da kurum ve kuruluşların sadece özel güvenlik teşkilatı kurmak suretiyle özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmaları öngörülmüştü. Böylece bu Kanuna tâbi olarak özel güvenlik teşkilatı bulunan kuruluşların da özel güvenlik şirketlerine başvurmalarının mümkün olması için 5188 sayılı Kanun'da her iki yöntemden aynı anda yararlanma olanağı sağlanmıştır.

1.2.1.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerine Gördürülmesi Usulü

Güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi usulünün tercih edilmesi halinde, kamu tüzelkişilerinin hangi şirketten güvenlik hizmeti satın alacaklarının yapılacak kamu ihalesi ile belirlenmesi gerekir. Özel güvenlik şirketleri, üçüncü kişilere koruma ve güvenlik hizmeti vermek üzere Türk Ticaret Kanuna göre kurulan şirketlerdir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 4).

Güvenlik hizmeti de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında satın alınacak hizmetlerden biridir (madde 4). Güvenlik hizmetinin ihale yoluyla satın alınabilmesi

için satın alınacak hizmetin yaklaşık maliyet bedelinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen eşik değerlerin üstünde olması gerekir (madde 8 (a) ve (b) bentleri). Güvenlik hizmetinin yaklaşık maliyet bedeli 4734 sayılı Kanun'da öngörülen eşik değerlerin üstündeyse kamu tüzelkişileri işi ihaleye çıkarır ve ihale şartlarını ilan eder. Bu yolla bir yandan isteyen tüm özel güvenlik şirketlerinin ihaleye katılmaları sağlanarak eşit muamelede bulunulmuş olur, bir yandan da en uygun şartlarda güvenlik hizmeti satın alınarak kamu kaynaklarının verimli kullanılması sağlanır. Böylece 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen kamu ihalelerinin temel ilkelerine uygunluk sağlanır.

Kamu tüzelkişileri yapılacak ihale sonucunda belirlediği özel güvenlik şirketi ile sözleşme yapmak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanır. Yapılacak sözleşme 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır. İhale sonucunda imzalanacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir. Ancak bu sözleşmeler tipik birer özel hukuk sözleşmesi değildir. Belli ölçüde kamu hukuku kurallarına tâbidirler⁵⁹¹.

Güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi usulünde, özel güvenlik şirketinin, hizmetin başlamasından en geç bir hafta önce ilgili valiliğe yani hizmetten yararlanacak kamu tüzelkişisinin bulunduğu yer valiliğine yazılı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir. Özel güvenlik şirketleri, hizmet verecekleri kamu tüzelkişisi ile imzaladıkları sözleşmenin bir suretini koruma ve güvenlik hizmetine başlamadan en az bir hafta önce valiliğe vermek yükümlülüğü altındadır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10). Ancak acil ve geçici nitelikte bir koruma ve güvenlik hizmeti söz konusu ise bildirim için bir süre kaydı öngörülmemiştir (5188 sayılı Kanun, madde 5). Ancak bu hallerde de özel güvenlik şirketinin bildirimde bulunma zorunluluğu devam etmektedir. Bu hallerde en kısa zamanda valiliğe

⁵⁹¹ Günday, **a.g.e.**, ss.200-201.

bildirimde bulunulması gerekmektedir⁵⁹². Aslında geçici ve acil hallerde özel güvenlik izni, hizmeti yerine getirecek şirket tarafından alındığından dolayı olarak bildirimde bulunulmuş olduğu söylenebilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 9).

Özel güvenlik şirketlerinin, koruma ve güvenlik hizmetlerinde istihdam edecekleri özel güvenlik görevlilerinin çalışma izin belgelerinin birer suretini, korumasını üstlendikleri kamu tüzelkişisine bir ay içinde göndermeleri gerekmektedir (5188 sayılı Kanun madde 5). Bir aylık sürenin hangi andan itibaren başlayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sürenin, özel güvenlik hizmetlerinden yararlanan kamu tüzelkişisi ile özel güvenlik şirketi arasında imzalanan sözleşme tarihinden itibaren başladığının kabulü yerinde olacaktır.

Özel güvenlik şirketleri bir yandan da valiliğe çeşitli bildirimlerde bulunma yükümlülüğü altındadırlar. Zaten 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde istihdam edilen özel güvenlik görevlileri ile bu görevlilerin görevden ayrılmaları halinde valiliğe yapılması gereken bildirimlerle ilgili olarak güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesi halinde kişi ve kuruluşların ayrıca bildirim yükümlülüğü bulunmadığı düzenlenmiştir (madde 20). Bu hallerde valiliğe yapılması gereken bildirimlerin on beş gün içinde, özel güvenlik şirketince yapılması gerekmektedir.

Yine özel güvenlik şirketlerinin, güvenlik hizmeti verecekleri yerlere ilişkin koruma ve güvenlik planlarının bir örneğini otuz gün içinde valiliğe verme yükümlülükleri bulunmaktadır. Yönetmelikte bu sürenin de hangi andan itibaren başlayacağı belirtilmemiştir. Bir aylık sürenin özel güvenlik şirketi ile kamu tüzelkişisi arasında yapılan sözleşme tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmelidir. Zira kamu tüzelkişileri özel güvenlik hizmetinden yararlanmak için özel güvenlik izni aldıktan

⁵⁹² Karan, **a.g.m.**, s.434.

sonra bir özel güvenlik şirketi ile sözleşme imzalayarak güvenlik hizmetinden yararlanmaya başlamaktadırlar. Valilik koruma ve güvenlik planlarında değişiklik yapılmasını isteyebileceği gibi planların yetersiz bulunması halinde eksikliklerin otuz gün içinde giderilmesini özel güvenlik şirketlerinden isteyebilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 12).

Özel güvenlik şirketleri için getirilen bir diğer bildirim yükümlülüğü ise verilecek özel güvenlik hizmetinde istihdam edilecek güvenlik görevlilerine ilişkindir. Özel güvenlik şirketleri kamu tüzelkişisinin güvenliğinin sağlanmasında çalıştırılacak personelin listesi ile bu personelin mali sorumluluk sigortası poliçelerinin birer suretini personel göreve başladığı tarihten itibaren on beş gün içinde valiliğe vermek yükümlülüğü altındadır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10).

Güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketine gördüren kamu tüzelkişileri, en az bir ay önceden başvurmak şartıyla özel güvenlik komisyonunun kararı ve valinin onayı ile özel güvenlik uygulamasını sona erdirebilirler (5188 sayılı Kanun, madde 3, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10).

1.2.1.2. Özel Güvenlik Birimi Kurma Usulü

Kamu tüzelkişileri özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın almak yerine kendi bünyelerinde özel güvenlik birimi kurmak suretiyle de özel güvenlik hizmetinden yararlanabilirler. Özel güvenlik birimi, bir kurum veya kuruluşun güvenliğini sağlamak üzere kendi bünyesinde kurulan birim olarak tanımlanmıştır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 4).

2495 sayılı Kanun, kurum ve kuruluşların güvenliklerinin sağlanması için sadece özel güvenlik birimi kurmalarını öngörmekteydi. 5188 sayılı Kanun ile 2495 sayılı Kanun'a göre kurulan özel güvenlik teşkilatlarının faaliyetlerine devam etmeleri sağlanmıştır. Söz konusu kanunda 2495 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde kurulan özel güvenlik teşkilatları için yeniden özel güvenlik izni alma zorunluluğu olmadığı düzenlendikten sonra bu teşkilatlarda çalışan özel güvenlik görevlilerine de beş yıl

süreyle çalışma izni verilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır (5188 sayılı Kanun, geçici madde 1). Bu şekilde kurulan özel güvenlik birimlerinin özel güvenlik izni almış sayılmaları için valiliğe bildirimde bulunmaları yeterlidir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, geçici madde 1).

Kamu tüzelkişilerinin, özel güvenlik birimlerinde istihdam ettikleri özel güvenlik personelinin listesini, personelin göreve başladığı tarihten itibaren on beş gün içinde valiliğe verme yükümlülükleri vardır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 8). Yönetmeliğin söz konusu hükmünde özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen personelin özel güvenlik mali sorumluluk sigorta poliçelerinin birer suretinin de on beş gün içinde valiliğe verilmesi öngörülmüştür. Ancak bu zorunluluk, özel hukuk kişileri ve özel güvenlik şirketlerine ilişkindir (5188 sayılı Kanun, madde 21). Kamu tüzelkişilerinin istihdam edecekleri özel güvenlik personelinin üçüncü kişilere vereceği zararların tazmini için özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak yükümlülüğü olmadığından, bildirim yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, kamu tüzelkişilerinin istihdam ettikleri personelin vereceği zararlardan ötürü özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak yükümlülüğü bulunmaması bu faaliyetlerin yürütülmesinden doğan zararlardan sorumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. Kamu tüzelkişileri, bünyelerindeki özel güvenlik birimlerinde istihdam ettikleri özel güvenlik personelinin üçüncü kişilere vereceği zararlardan, somut olaya göre kusurlu ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacaktır⁵⁹³.

Özel güvenlik birimleri de güvenlik hizmeti verecekleri yerlere ilişkin koruma ve güvenlik planlarının bir örneğini otuz gün içerisinde valiliğe vermek yükümlülüğü altındadırlar. Valilik koruma ve güvenlik planlarında değişiklik yapılmasını isteyebileceği gibi planların yetersiz bulunması halinde eksikliklerin otuz gün içinde

⁵⁹³ Aynı, s.440.

giderilmesini özel güvenlik birimlerinden isteyebilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 12).

Özel güvenlik birimlerinde çalışan özel güvenlik personelinin hukuki statüsünün belirlenmesi gerekmektedir. 5188 sayılı Kanun’da özel güvenlik personeli, cezai sorumluluk açısından kamu görevlisi gibi kabul edilmektedirler. Şöyle ki; özel güvenlik personelinin, işledikleri görev suçları nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı, görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçların da kamu görevlisine karşı suç işlenmiş gibi sayılacağı düzenlenmiştir (madde 23). Ancak ceza hukuku açısından kamu görevlisi gibi kabul edilmeleri bu personelin kamu görevlisi sayılmaları için yeterli değildir.

Nitekim 5188 sayılı Kanun’da bu personelin kamu görevlisi olduğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu kanunda yer alan çeşitli hükümlerden hareketle (“atama” yerine 3. maddede geçen “istihdam” ifadesi, 11. maddede yer alan “çalışma izni” ifadesi ve 15. maddesinde yer alan “iş sözleşmesi” ve “toplu iş sözleşmesi” ifadeleri) bu personelin hukuki statüsü, özel hukuk hükümlerine göre hizmet sözleşmesi ile çalışan işçi olarak belirlenmiştir. Asli ve sürekli bir görevin memur ve diğer kamu görevlilerine gördürülmesi gerektiğinden, bu durum Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır⁵⁹⁴.

Özel güvenlik birimi kurmak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanan kamu tüzelkişileri en az bir ay önceden başvurmak şartıyla özel güvenlik komisyonunun kararı ve valinin onayı ile özel güvenlik uygulamasını sona erdirebilirler (5188 sayılı Kanun, madde 3, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10).

⁵⁹⁴ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.133-135.

1.2.2. Özel Hukuk Kişilerinin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri

1.2.2.1. Gerçek Kişilerin Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulü

Gerçek kişiler özel güvenlik hizmetinden, özel güvenlik görevlisi istihdam etmek suretiyle yararlanabilirler. Nitekim 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde kişilerin özel güvenlik personeli istihdam etmek suretiyle koruma ve güvenlik hizmetinden yararlanacakları düzenlenmiştir (madde 7).

Gerçek kişiler özel güvenlik hizmetlerinden silahlı özel güvenlik personeli istihdam etmek şeklinde yararlanabilecekleri gibi silahsız özel güvenlik personeli istihdam ederek de yararlanabilirler. Silahsız korumadan yararlanmak için özel güvenlik izni alınmasına gerek bulunmamaktadır. Zira 5188 sayılı Kanun'da kişilerin silahlı personel tarafından korunması durumu izin şartına bağlanmıştır (madde 3). Ancak silahsız da olsa herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan özel güvenlik personeli istihdamı, belli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Ateşli silahlar dışında fiziki üstünlük sağlayan diğer aletlerin kullanılması ya da çok sayıda özel güvenlik personeli belli bir fiziki üstünlüğe sahip olacağından ortaya çıkacak tehlikelerin giderilmesi için Kanun'da bu korumanın çerçevesinin çizilmesi yerinde olacaktır⁵⁹⁵.

Silahlı güvenlik personeli tarafından korunmada, gerçek kişiler özel güvenlik hizmeti için kaç personel istihdam edileceğini, ihtiyaç duyulan silah ve teçhizatın miktar ve niteliğini özel güvenlik izni talebinde belirtir. Özel güvenlik komisyonu personel sayısı ve kullanılacak silah ve teçhizatın miktar ve niteliği konularını inceleyerek karar verir ve bu karar valinin onayına sunulur (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 8). Gerçek kişiler istihdam ettikleri özel güvenlik personeli on beş gün içinde valiliğe bildirmek yükümlülüğü altındadırlar. Gerçek kişilerin bu yükümlülüğü özel

⁵⁹⁵ Karan, **a.g.m.**, s.430.

güvenlik personelinin görevden ayrılması halinde de söz konusudur. Herhangi bir sebeple görevden ayrılan özel güvenlik personelinin on beş gün içinde valiliğe bildirilmesi gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 20).

1.2.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşların Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanma Usulleri

Özel hukuka tâbi kurum ve kuruluşların özel güvenlik hizmetlerinden yararlanması kamu tüzelkişilerinde olduğu gibi iki şekilde mümkündür. Özel hukuk kuruluşları özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmak için özel güvenlik şirketlerine başvurabilecekleri gibi bünyelerinde özel güvenlik birimleri de kurabilirler. Her iki usulde de özel güvenlik hizmetinden yararlanmak için özel hukuk kuruluşlarının özel güvenlik izni almaları gerekmektedir. Özel hukuk kuruluşlarının bünyelerinde özel güvenlik birimi kurmuş olmaları, bunların ayrıca güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketlerine gördürmelerine engel değildir (5188 sayılı Kanun, madde 3). Özel hukuka tâbi kuruluşların özel güvenlikten yararlanma usulleri kamu tüzelkişilerinin yararlanma usulleriyle önemli ölçüde benzerlik gösterdiğinden daha çok farklı yönler üzerine vurgu yapılacaktır.

1.2.2.2.1. Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerine Gördürülmesi Usulü

Özel hukuk kuruluşlarının güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketlerine gördürmek istemeleri halinde kamu tüzelkişilerinde olduğu gibi ihale düzenlemeleri gerekmemektedir. Zira özel hukuk kuruluşları kamu tüzelkişileri gibi kamu kaynakları kullanmadığından diledikleri özel güvenlik şirketiyle sözleşme yapmak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanabilirler.

Özel güvenlik hizmetinden yararlanmak için başvuruda bulunan kişi ve kuruluşların özel güvenlik şirketi tarafından verilecek güvenlik hizmetinden yararlanması için özel güvenlik şirketi ile sözleşme yapmaları gerekir. Bu şart 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, özel güvenlik şirketlerinin kişi ve kuruluşlara sağlayacakları koruma ve güvenlik hizmetleri için yazılı sözleşme

düzenlenmesi gerekir. Bu sözleşmelerde hizmeti alacak kişi veya kuruluşun adı, adresi, hizmetin kapsamı, personel sayısı, hizmetin süresi ve diğer hususlar belirtilir. Hizmet sözleşmesinin bir sureti koruma ve güvenlik hizmetine başlamadan en az bir hafta önceden ilgili şirket tarafından valiliğe verilir. Ayrıca, istihdam edilen özel güvenlik personelinin listesi ve bunların özel güvenlik mali sorumluluk sigortası poliçelerinin birer suretinin personel göreve başladığı tarihten itibaren on beş gün içinde ilgili şirket tarafından valiliğe verilmesi gerekir.

Güvenlik hizmetini görmek üzere kendisiyle sözleşme yapılan özel güvenlik şirketinin, hizmetin başlamasından en geç bir hafta önce hizmetten yararlanacak özel hukuk kuruluşunun bulunduğu yer valiliğine yazılı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir. Özel güvenlik şirketleri, hizmet verecekleri özel hukuk kuruluşları ile imzaladıkları sözleşmenin bir suretini koruma ve güvenlik hizmetine başlamadan en az bir hafta önce valiliğe vermek yükümlülüğü altındadır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10). Ancak acil ve geçici nitelikte bir koruma ve güvenlik hizmeti söz konusu ise bildirim için bir süre kaydı öngörülmemiştir (5188 sayılı Kanun, madde 5). Daha önce belirtildiği üzere bu hallerde de özel güvenlik şirketinin en kısa zamanda valiliğe bildirimde bulunması gerekmektedir.

Özel güvenlik şirketinin, koruma ve güvenlik hizmetlerinde istihdam edecekleri özel güvenlik görevlilerinin çalışma izin belgelerinin birer suretini, bir ay içinde korumasını üstlendikleri özel hukuk kuruluşuna göndermeleri gerekmektedir (5188 sayılı Kanun madde 5). Özel güvenlik şirketlerince, istihdam edilen veya herhangi bir sebepten ayrılan özel güvenlik görevlilerinin on beş gün içinde valiliğe bildirilmesi gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 20).

Yine özel güvenlik şirketlerinin, güvenlik hizmeti verecekleri yerlere ilişkin koruma ve güvenlik planlarının bir örneğini otuz gün içinde valiliğe vermeleri gerekmektedir. Valilik koruma ve güvenlik planlarında değişiklik yapılmasını isteyebileceği gibi bunların yetersiz bulunması halinde eksikliklerin otuz gün içinde giderilmesini özel güvenlik şirketlerinden isteyebilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 12).

Güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketine gördürülmesi usulünde özel hukuk kuruluşları da kamu tüzelkişileri gibi en az bir ay önceden başvurmak şartıyla özel güvenlik komisyonunun kararı ve valinin onayı ile özel güvenlik uygulamasını sona erdirebilirler (5188 sayılı Kanun, madde 3, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10).

1.2.2.2.2. Özel Güvenlik Birimi Kurma Usulü

Özel hukuk kuruluşları güvenliklerini sağlamak üzere kendi bünyelerinde özel güvenlik birimi de kurabilirler. Kamu tüzelkişilerinde olduğu gibi özel hukuk kuruluşlarının da özel güvenlik birimlerinde istihdam ettikleri özel güvenlik personelinin listesini, personelin göreve başladığı tarihten itibaren on beş gün içinde valiliğe vermek yükümlülükleri vardır. Ancak özel hukuk kuruluşlarının kamu tüzelkişilerinden farklı olarak özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen personelin özel güvenlik mali sorumluluk sigorta poliçelerinin birer suretini de on beş gün içinde valiliğe vermeleri gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 8). Zira özel hukuk kuruluşları, hizmet sözleşmesi ile işçi statüsünde istihdam ettikleri özel güvenlik personelinin üçüncü kişilere vereceği zararları karşılamak üzere, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar (5188 sayılı Kanun, madde 21).

Özel hukuk kuruluşları bünyesinde kurulan özel güvenlik birimleri de güvenlik hizmeti verecekleri yerlere ilişkin koruma ve güvenlik planlarının bir örneğini otuz gün içerisinde valiliğe vermek yükümlülüğü altındadırlar. Valilik koruma ve güvenlik planlarında değişiklik yapılmasını isteyebileceği gibi bunların yetersiz bulunması halinde eksikliklerin otuz gün içinde giderilmesini özel güvenlik birimlerinden isteyebilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 12).

Özel güvenlik birimi kurmak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanan özel hukuk kuruluşları da kamu tüzelkişileri gibi en az bir ay önceden başvurmak şartıyla özel güvenlik komisyonunun kararı ve valinin onayı ile özel güvenlik uygulamasını sona

erdirebilirler (5188 sayılı Kanun, madde 3, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10).

1.3. Özel Güvenlik İzni Alma Şartı

1.3.1. Özel Güvenlik İzni Talebi

Özel güvenlik izni, özel güvenlik hizmetinden yararlanmak isteyen talebi üzerine verilmektedir. 5188 sayılı Kanun'da belli kişi ve/veya kuruluşlar için özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmak zorunluluğu öngörülmemiştir. Dolayısıyla özel güvenlik hizmetinden yararlanmak isteğe bağlıdır. Özel güvenlik hizmetinden yararlanmak isteyen iradesini özel güvenlik izin talebiyle ortaya koyar.

Kural olarak özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişi, kurum ve kuruluşların özel güvenlik izni almaları gerekmektedir. Ancak daha önce belirtildiği gibi gerçek kişilerin korunması silahsız personel tarafından sağlanacaksa özel güvenlik izni alma zorunluluğu yoktur. 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik iznini düzenleyen 3. maddesinde kişilerin silahlı personel tarafından korunmasının izne tâbi olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükümden hareketle kişilerin silahsız personel tarafından korunmasının ise özel güvenlik iznine tâbi olmadığı sonucu çıkarılabilir. Özel güvenlik iznine tâbi olmayan bir diğer durum ise bankaların özel güvenlik birimlerince gerçekleştirilecek para naklidir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 9).

Bunların dışında gerçek kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşların özel güvenlik birimleri kurmaları ve güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine gördürülmeleri için validen izin alınması gerekir.

Özel güvenlik izni için valiliğe başvuracak kişi ve kuruluşlar başvuruda, özel güvenlik hizmetinin konusunu, özel güvenlik hizmetinin ne şekilde yerine getirileceğini, hizmetin azami olarak kaç personel eliyle yürütüleceğini, ihtiyaç duyulacak silah ve teçhizatın miktar ve niteliğini belirtir. Valilik tarafından özel güvenlik talebine ilişkin gerekli

inceleme yapıldıktan sonra özel güvenlik komisyonu, özel güvenlik izninin verilip verilmemesine, özel güvenliğin sağlanmasına ilişkin yönteme ve özel güvenlik hizmetini yerine getirecek azami personel sayısına, bu amaçla bulundurulacak veya taşınacak silahların azami sayısına karar verir. Genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı g r ld ğu hallerde özel güvenlik izni verilmemesine karar verilir ve bu kararın gerekçesi de belirtilir. Komisyonun  zel güvenlik izni verilmesi ya da verilmemesi yönündeki kararları valinin onayına sunulur (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 8).

1.3.2. Özel Güvenlik İzni Vermeye Yetkili Makam

1.3.2.1. Belirsiz Süreli Korunmadan Yararlanma Taleplerinde İzin Vermeye Yetkili Makam

Kişi ve kuruluşlar tarafından belirsiz süreli korunma taleplerinde izin vermeye vali yetkilidir. Ancak vali bu izni özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine verebilir. Kanun koyucunun, ilde genel ve özel bütün kolluk teşkilatının amiri sıfatıyla kişi ve kuruluşların talepleri hakkında karar vermeye yetkili makamı vali olarak belirlemesi isabetlidir. Özel güvenlik izni için yapılan başvuruların en geç on iş günü içinde sonuçlandırılması gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 8).

Validen  zel güvenlik izni almadan, özel güvenlik hizmetinden yararlanmak 5188 sayılı Kanun'un 19. maddesinin (a) bendinde suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, özel güvenlik izni almadan özel güvenlik hizmetinden yararlanan kişiler veya kuruluşların yöneticileri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası uygulanacaktır.

Öncelikle valinin özel güvenlik izni konusunda karar verme konusunda tek başına yetkili olup olmadığı sorunu üzerinde durmak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle,

valinin özel güvenlik komisyonunun kararı ile bağılı olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Belirtildiği üzere vali özel güvenlik iznini özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine vermektedir.

Öğretide özel güvenlik komisyonunun kararının hukuki niteliği üzerinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre özel güvenlik komisyonunun kararı bir hazırlık işlemidir ve vali için bağlayıcı nitelikte bir karar değildir. Bu görüşe göre, ilde kamu güvenliğinden sorumlu olan valinin özel güvenlik komisyonu kararı ile bağılı olması teşkilat yapısına ve valinin statüsüne uygun düşmediği gibi Kanun'da da bu kararın vali için bağlayıcı olacağına ilişkin ifade yer almamaktadır⁵⁹⁶. Diğer görüş ise Kanun'da geçen “özel güvenlik komisyonunun kararı” ifadesinden hareketle bunun görüş niteliğinde olmadığını ve vali için bağlayıcı olduğunu savunmakta, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği de dayanak göstermektedir⁵⁹⁷. Söz konusu Yönetmeliğin 5. maddesinde özel güvenlik komisyonunun olumlu kararı olmadan vali tarafından özel güvenlik izni verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Komisyon kararının vali için bağlayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Zira her ne kadar kanunun gerekçesinde açıkça belirtilmese de kanun koyucu tarafından görüş ifadesine yer verilmemiş olması bilinçli bir tercihtir ve bu tercihi ikinci görüşe katılarak özel güvenlik komisyonu kararının vali için bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlamak gerekir. Ancak bağlayıcılık konusunda da Yönetmelik hükmünden hareketle ikili bir ayırım yapmak gerekir. Vali tarafından talepte bulunan kişi ve kuruluşlara özel güvenlik izni verilebilmesi için özel güvenlik komisyonunun olumlu karar vermiş olması gerekir. Özel güvenlik komisyonu olumsuz karar vermiş ise vali talepte bulunan kişi ve kuruluşlara özel güvenlik izni veremez. Ancak komisyonun olumlu kararına rağmen valinin haklı gerekçelere dayanmak kaydıyla pekâlâ özel güvenlik izni vermeme yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

⁵⁹⁶ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.147-148.

⁵⁹⁷ Karan, **a.g.m.**, s.435.

Özel güvenlik komisyonu kurul halinde toplanarak karar aldığından ve alınan karar kollektif işlem niteliğinde olduğundan demokratik idare ilkesine daha uygundur⁵⁹⁸. Ancak özel güvenlik komisyonunun oluşumu göz önünde tutulduğunda, komisyonun validen farklı bir karar almasının hukuken mümkün olmakla birlikte uygulamada pek sık rastlanmayacak bir durum olduğu söylenebilir. Zira 5188 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre özel güvenlik komisyonu; valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, ticaret odası başkanlığı, sanayi odası başkanlığı temsilcisinden oluşur. Sanayi odasının bulunmadığı illerde komisyona ticaret ve sanayi odası başkanlığının temsilcisi katılır.

Özel güvenlik komisyonu özel güvenlik izni verilmesi ya da bu iznin kaldırılması amacıyla toplanmışsa, bu durumda başvuruda bulunan kişi ya da kuruluşun temsilcisi de toplantıya katılır. Komisyon kararlarını oyçokluğu ile alır. Komisyona katılan her üye olumlu ya da olumsuz oy kullanır, çekimser oy kullanamaz. Oyların eşitliği halinde ise başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır. Görüldüğü üzere komisyonun başkanı olan vali yardımcısı vali tarafından görevlendirilmektedir. Ayrıca, il emniyet müdürlüğü ve il jandarma komutanlığı temsilcisi de valinin hiyerarşik astlarıdır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olan ticaret ve sanayi odalarının üye sayısı ikidir. Özel güvenlik izni ya da bu iznin kaldırılması talebi konusunda komisyon toplanmışsa başvuru sahibinin de katılımıyla üye sayısı arasında eşitlik olacaktır. Ancak bu durumda da oylarda eşitlik bulunsa bile başkanın olduğu taraf çoğunluk sayılacaktır. Bu durumda komisyonun valinin iradesi dışında bir karara varması pek olası görünmemektedir⁵⁹⁹. Elbette ki komisyon kararını verdikten sonra vali karar verdiğinden, valinin komisyon kararları üzerinde nasıl etkili olacağı sorusu gündeme getirilebilir. Burada valinin özel güvenlik izni verilmesi ya da verilmemesi konusuna genel yaklaşımının belirleyici olacağı söylenebilir.

⁵⁹⁸ Özay, **a.g.e.**, s. 398.

⁵⁹⁹ Karan, **a.g.m.**, s.435; Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.166,148.

Kanunda karar alma yeter sayısı düzenlenmekle birlikte toplantı yeter sayısına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmelikte ise komisyonun başkanın çağrısı üzerine üye tamsayısının bir fazlasıyla toplanacağı öngörülmüştür (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 5). Ancak belirtmek gerekir ki, düzenleyici idari işlemlerle yasalarda öngörülmeven yeni kuralların yaratılması mümkün olmadığından, özel güvenlik komisyonunun toplantı yeter sayısının doğrudan kanunla düzenlenmesi gerekir.

Belirtildiği üzere, özel güvenlik komisyonu eğer özel güvenlik izni ya da bu iznin kaldırılması konusunda toplanmışsa başvuru sahibi ya da temsilcisi de toplantıya üye sıfatıyla katılmaktadır. Başvuru sahibinin oy hakkı olup olmadığı konusunda ne kanunda ne de yönetmelikte herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Başvuru sahibinin oy hakkı bulunmadığı belirtilmişse de⁶⁰⁰ kanunda ve yönetmelikte hüküm bulunmamasını bu şekilde yorumlamak kanımızca yerinde değildir. Zira başvuru sahibi toplantıya dinleyici ya da gözlemci sıfatıyla değil üye olarak katılmaktadır ve üye olmanın doğal sonucu da oy hakkının bulunmasıdır. Bununla birlikte başvuru sahibinin oy hakkının bulunması başvuru sahibinin oyunu ne yönde kullanacağını belli olması ve idari kurulların kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi gereğince ancak kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁶⁰¹. Elbette ki, komisyon kurul halinde toplanıp kararlar almakta ve başvuru sahibinin kararı tek başına belirleyici olmamaktadır. Ancak yine de başvuru sahibinin oyu, özel güvenlik izninin verilmesi yönünde avantajlı bir durum yaratmaktadır.

Belirtmek gerekir ki özel güvenlik komisyonunun görevi özel güvenlik izni verilmesi ya da kaldırılması ile sınırlı değildir. 5188 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerinde ve

⁶⁰⁰ Karan, **a.g.m.**, s.435.

⁶⁰¹ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.167-169.

Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 6.(d-i) maddesinde komisyonun diğer görevleri sayılmıştır. Yönetmeliğe göre özel güvenlik komisyonunun diğer görevleri şunlardır:

- d) Para ve değerli eşya naklinde veya geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere özel güvenlik şirketlerince ve eğitimde kullanılmak üzere özel eğitim kurumlarında bulundurulabilecek veya taşınabilecek silah sayısını ve niteliğini belirlemek,
- e) Koruma ve güvenlik hizmetinin yerine getirileceği alanı belirlemek ve zorunlu hallerde görev alanını genişletmek,
- f) Para ve değerli eşya nakli veya cenaze töreni gibi kamuya açık ya da umumi mahallerde sağlanan özel güvenlik hizmetlerinde kamu hürriyetlerinin korunması amacıyla gerektiğinde sınırlandırıcı kararlar almak,
- h) Özel güvenlik faaliyetleriyle ilgili denetim sonucunda, valinin talebi üzerine alınacak tedbirleri kararlaştırmak,
- i) Kanun ve Yönetmelikte belirtilen diğer hususlar ile vali tarafından görüşülmesi istenen konuları görüşüp karara bağlamak.

1.3.2.2. Geçici ve Acil Hallerde İzin Vermeye Yetkili Makam

Geçici veya acil hallerde özel güvenlik komisyonu kararı olmaksızın doğrudan valilikçe özel güvenlik izni verilmektedir. 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk şeklinde geçici ve acil durumlarda iznin vali tarafından verileceği öngörülmüştü. Ancak bizzat validen izin alınması geçici ve acil hallerde her zaman mümkün olmayabileceğinden 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanunla⁶⁰² vali ibaresi valilik olarak değiştirilmiştir. Böylece valinin bu alanda yetki devrinde bulunması mümkün hale gelmiştir.

Kanunun 3. maddesinde geçici ve acil haller örnek olarak sayılmış ancak bu haller kanunda sayılanlarla sınırlandırılmamıştır. 3. madde hükmüne göre toplantı, konser, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile para veya değerli eşya nakli gibi geçici veya acil hallerde özel güvenlik izninin doğrudan valilikçe verileceği düzenlenmiştir.

⁶⁰² R.G., 27.04.2005, Sayı:25798.

Kanunda belirtilen etkinlik ve haller örnek olarak sayılmıştır. Bunların dışında geçici veya acil bir halin söz konusu olması durumunda da özel güvenlik izni valilikçe verilecektir.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 9. maddesinde geçici ve acil hallerde özel güvenlik izni düzenlenmiştir. Buna göre, özel güvenlik izni, hizmeti yerine getirecek güvenlik şirketi tarafından alınacaktır. Geçici özel güvenlik izni için valiliğe söz konusu etkinliğin başlamasından en az kırk sekiz saat önce müracaatta bulunulması gerekir. Valiliğe yapılan müracaatlar faaliyetin başlamasından en geç 24 saat öncesinde sonuçlandırılacaktır. Ancak acil hallerde valinin takdiri ile bu süreler uygulanmayabilir.

İzin için yapılacak başvuruda koruma ve güvenlik hizmeti verilecek alan, istihdam edilecek özel güvenlik görevlileri ve kullanılacak teçhizatın belirtilmesi gerekir. Hizmetin özelliğine ve önemine göre, valilikçe güvenlik planı istenebilecektir. Güvenliğin sağlanması için ilgili şirket tarafından öngörülen tedbirlerin yetersiz görülmesi halinde valilik ilave tedbirler alınmasını veya güvenlik planının değiştirilmesini isteyebilir. İznin konusu para ve değerli eşya nakli ise ayrıca, taşınacak silahlar ve kullanılacak araçlar başvuru dilekçesinde belirtilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki bankaların özel güvenlik birimlerince gerçekleştirilecek para nakli için özel güvenlik izni alınmasına gerek yoktur.

1.3.3. Özel Güvenlik İzninin Sona Ermesi

Özel güvenlik izninin sona erdirilmesi konusunda da 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Bir kere geçici hallerde özel güvenlik izninin sona erdirilmesi konusunda herhangi bir idari usul öngörülmemiştir. Zira bu durumlarda geçici nitelikteki faaliyetin sona ermesi ile özel güvenlik ihtiyacı da ortadan kalkacağından özel güvenlik izni de sona erecektir.

Geçici ve acil haller dışındaki belirsiz süreli korunmada ise tıpkı özel güvenlik izni alınmasında olduğu gibi bu iznin sona erdirilmesinde de en az bir ay önce başvurulması şartıyla komisyonun kararı ve valinin onayı gerekmektedir. Zira özel güvenlik iznini

düzenleyen 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasında geçici haller dışındaki özel güvenlik uygulamasının, en az bir ay önce başvurulması şartıyla komisyonun kararı ve valinin onayı ile sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik izninin sona erdirilmesi için özel güvenlik izni sahibinin talebi olmalıdır. Ancak bu talep tek başına yeterli değildir. İzin sahibinin talebinin özel güvenlik komisyonunca karara bağlanması ve vali tarafından onaylanması gerekmektedir.

Bu durumda komisyon ve vali izin sahibinin ek koruma ve güvenlik ihtiyacının ortadan kalkıp kalkmadığına bakarak karar verecektir. Özel güvenlik izninin sona erdirilmesi talebinin reddedilmesi halinde, kişinin iradesine rağmen özel güvenlik hizmetlerinden zorunlu olarak yararlandırılması söz konusu olacaktır. Buradan hareketle Kanun kapsamında özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmanın iradi olduğu, ancak daha sonraki aşamada zorunluluğa dönüştüğü söylenebilecektir. Devletin güvenliği sağlama yükümlülüğü ve Anayasa'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü (Anayasa, madde 48) açısından bu durum Anayasa'ya aykırı bir düzenleme görünümündedir⁶⁰³. Söz konusu aykırılık 2005/42 sayılı Genelge⁶⁰⁴ ile giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu genelgenin özel güvenlik iznine ilişkin düzenlemesine göre, özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, uygulamanın sona erdirilmesi hususunda takdir hakkı ilgili kuruluşa ait olup komisyonların ve valiliklerin özel güvenlik uygulamasının sürdürülmesinde ısrar etme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak kanun ile getirilen bir düzenlemenin genelge ile değiştirilmesi mümkün olmadığından söz konusu anayasaya aykırılık giderilmiş sayılmayacaktır.

Özel güvenlik izninin valinin kararıyla tek yanlı olarak sona erdirilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir. Zira özel güvenlik izni, kişi, kurum veya kuruluşun talebi üzerine verilmekle birlikte idarenin tek yanlı işlemleri arasında yer alır. Özel güvenlik

⁶⁰³ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.155-157.

⁶⁰⁴ Söz konusu genelge için bkz. <<http://ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-42.doc>>, (12.06.2009).

izninin verilmeme gerekçeleri olarak 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 8. maddesinde düzenlenmiş genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da özel güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü hallerin sonradan ortaya çıkması halinde özel güvenlik izninin valinin tek yanlı işlemiyle sona erdirilebilmesi gerekir.

1.4. Özel Güvenlik Hizmeti Sunanlara İlişkin Şartlar

1.4.1. Özel Güvenlik Şirketleri

1.4.1.1. Özel Güvenlik Şirketlerinin Faaliyet Konusu

Özel güvenlik şirketleri adından da anlaşılacağı üzere güvenlik alanında faaliyet göstermek üzere kurulan şirketlerdir. Nitekim 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik şirketlerini düzenleyen 5. maddesinde özel güvenlik şirketlerinin faaliyet alanının “münhasıran koruma ve güvenlik” hizmeti olması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı şekilde özel güvenlik şirketlerinin açacakları şubelerin de faaliyet alanının koruma ve güvenlikle sınırlı olması gerekir. İçişleri Bakanlığının 5188 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde Gözetilecek Esaslara İlişkin 2005/42 sayılı Genelgesi'nde de belirtildiği üzere koruma ve güvenlik amacı dışında faaliyet gösteren örneğin mağaza, büro gibi yerlerde özel güvenlik şirketinin şube açması 5188 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırılık teşkil eder. Kanun koyucu, bu şekilde güvenlik hizmetinin alanında uzmanlaşmış şirketler tarafından verilmesini sağlamıştır⁶⁰⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki özel güvenlik şirketlerinin izin almak kaydıyla özel güvenlik eğitimi alanında da faaliyet göstermeleri mümkün hale gelmiştir. 5188 sayılı Kanunun “eğitim” başlıklı 14. maddesine 5335 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen cümle ile artık özel güvenlik hizmetlerinin sağlandığı yerde de özel güvenlik eğitimi verilebilmektedir. Özel güvenlik hizmetinin sağlandığı yer ifadesi yeterince açık

⁶⁰⁵ Karan, **a.g.m.**, s.433.

değildir. Özel güvenlik hizmetlerinin sağlandığı yer ifadesini, özel güvenlik hizmetini sunan yer olarak anlamak gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, özel güvenlik hizmeti bir özel güvenlik şirketinden alınıyorsa özel güvenlik şirketi, kuruluş bünyesinde özel güvenlik birimi kurulmuşsa özel güvenlik birimi, hizmetin sağlandığı yerdir. Dolayısıyla, özel güvenlik şirketlerinin de özel güvenlik eğitimi hizmeti verebileceklerini kabul etmek gerekir. Nitekim uygulamada da kimi özel güvenlik şirketlerinin aynı zamanda özel güvenlik eğitimi de verdikleri görülmektedir. Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Güvenlik Kurumları Şube Müdürlüğü'nün açıkladığı özel güvenlik ve özel güvenlik eğitim şirketleri listesinde, bu örtüşme görülebilir⁶⁰⁶.

Özel güvenlik şirketlerinin özel güvenlik eğitimi verebilmeleri için özel güvenlik faaliyet izninden başka, ayrıca “özel güvenlik eğitim kurumu faaliyet izin belgesi” almaları gerekmektedir. Özel güvenlik hizmetinin sağlandığı yerlerin eğitim hizmetleri vermeleri halinde izin vermeye yetkili makam valiliktir. Bu yerler dışında faaliyeti sadece özel güvenlik eğitimi vermek olan özel eğitim kurumları için ise İçişleri Bakanlığından izin almak gerekir. Valilik özel güvenlik şirketinin eğitim için yeterli bina, araç gereç ve personel bulundurma şartının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetlemek suretiyle bu kararını verir. Bunlardan başka özel güvenlik eğitimi verecek kurumun kurucu ve yöneticilerinin 5188 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şartları taşıması da gerekmektedir (5188 sayılı Kanun, madde 14). 5188 sayılı Kanun'un 3. maddesinde öngörülen şartlar özel güvenlik şirketi kurucu ve yöneticilerine ilişkin şartlardır. Yani, özel eğitim kurumu kurucu ve yöneticilerinin de özel güvenlik şirketi kurucu ve yöneticileri için öngörülen şartları taşımaları gerekir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu özel askeri şirketlerdir. Belirtildiği üzere özel askeri şirketler özel güvenlik şirketlerinden farklıdır. Zira özel askeri şirketler lojistik hizmetler ve binaların güvenliğini sağlamak dışında çatışmalarda doğrudan

⁶⁰⁶ Faaliyet izni almış özel güvenlik şirketleri ile özel güvenlik eğitim şirketi listesi için bakınız, <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/teskilatlistekurumasp?kurum=1>,<<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/teskilatlistekurumasp?kurum=2>, (24.02.2009).

operasyonlara da katılabilirler. Ancak belirtmek gerekir ki özel güvenlik şirketlerini özel askeri şirketlerden ayırmaya yarayan faaliyet konusuna ilişkin bu fark her zaman belirleyici değildir. Çünkü özel güvenlik şirketleri de kimi zaman çarpışmalarda doğrudan yer alabilmektedirler⁶⁰⁷. Devletler yabancı özel güvenlik şirketlerinden istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerini bir başka devlet sınırları içinde değişik şekillerde kullanmaktadırlar.

Gerçekten de herhangi bir şirket statüsünde kurulan uluslararası askeri şirketlerin güvenlik alanında faaliyet gösterme imkânları da göz önüne alındığında özel güvenlik şirketleri ile askeri şirketler arasındaki fark daha da belirsiz hale gelmektedir. Türkiye’de yabancılar özel güvenlik alanında çeşitli şekillerde faaliyet gösterebilirler. Yabancı kişiler Türkiye’de özel güvenlik şirketi kurabilecekleri gibi, yabancı bir şirket de Türkiye’de özel güvenlik hizmeti verebilir (5188 sayılı Kanun, madde 5). Yabancı kişilerin özel güvenlik kurumlarında uzman eğitici olarak istihdamı da mümkündür (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 11) Yabancıların belirtilen şekillerde faaliyet göstermesi mütekabiliyet esasına tâbidir. Mütekabiliyetin olup olmadığı Dışişleri Bakanlığına sorulmak suretiyle yabancıların bu alanda faaliyet talepleri hakkında karar verilecektir. Mütekabiliyetin olmaması halinde özel güvenlik şirketi kurma talebi İçişleri Bakanlığınca reddedilecektir. Mütekabiliyet olması halinde inceleme yapılarak mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine göre karar verilecektir.

Belirtmek gerekir ki, yabancı şirketlerin Türkiye’de ya da Türkiye’de kurulmuş özel güvenlik şirketlerinin mütekabiliyet esasına göre yabancı bir ülkede faaliyet göstermesi belli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Teklifi ile Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının geneli üzerinde

⁶⁰⁷ Filiz Çulha Zabcı, **a.g.m.**, s.28.

CHP adına söz alan İzmir milletvekili Hakkı Ülkü'nün de ifade ettiği üzere⁶⁰⁸ özel güvenlik şirketlerinin yabancı bir ülkede faaliyet göstermesi kimi zaman devletin dış politikasına müdahale oluşturabilir. Örneğin, T.B.M.M.'nin Irak'a asker göndermeme kararına rağmen, Türkiye'den özel güvenlik görevlilerinin, ABD şirketleri tarafından çalıştırıldığı gündeme yansımıştır⁶⁰⁹.

1.4.1.2. Özel Güvenlik Şirketlerinin Hukuki Statüsü

Özel güvenlik şirketi; Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan ve üçüncü kişilere koruma ve güvenlik hizmeti veren şirket olarak tanımlanmıştır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 4). İki ya da daha fazla kişinin ortak bir iktisadi amaç etrafında birleşmelerinden oluşan adi şirket⁶¹⁰, Borçlar Kanunu'nda (madde 520–541) düzenlendiği için özel güvenlik şirketinin adi şirket şeklinde kurulması mümkün değildir. İktisadi bir amacı gerçekleştirmek, yani gelir elde etmek için bir araya gelen topluluğun Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen şekil şartlarını sağlamasıyla kurulan tüzelkişiliğe şirket ya da ortaklık denir⁶¹¹. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler, kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif olmak üzere beşe ayrılmaktadır (madde 136). Ancak kooperatiflerin şirket niteliği tartışmalıdır. Kooperatifler, Ticaret Kanunu'nda şirket olarak sayılmakla birlikte 1969 yılında çıkarılan 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile ayrıca düzenlenmiş ve Ticaret Kanunu'nun kooperatifleri düzenleyen maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak kooperatiflerin ticaret şirketi olduğunu düzenleyen 136. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin

⁶⁰⁸ <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b100m.htm>>, (26.02.2009).

⁶⁰⁹ ABD'nin Irak'ı işgali sırasında Türkiye'deki özel güvenlik şirketlerinden özel güvenlik görevlileri çalıştırdığı basında yer almıştır. Bu şekilde görev alan özel güvenlik görevlileri *lejyoner* olarak adlandırılmıştır. <<http://www.memurlar.net/haber/104375/>>, (17.06.2009).

⁶¹⁰ İsmail Kayar, **Şirketler Hukuku** (2. baskı. Ankara: Detay Yayıncılık, 2007), s.15.

⁶¹¹ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku** (6. Baskı. Adana: Karahan Kitabevi, 2008), s. 4.

uygulanacağı belirtildiğinden (madde 98) kooperatifler şekil itibariyle⁶¹² ya da bütünüyle ticari şirket olarak kabul edilmektedir⁶¹³.

Görüldüğü üzere özel güvenlik şirketi Türk Ticaret Kanunu'nda sayılan şirket türlerinden biri olarak kurulabilir. Özel güvenlik şirketinin, 5188 sayılı Kanun'daki şartlar yanında kurulduğu şirket türüne göre Ticaret Kanunu'nda öngörülen şartları da taşıması gerekir. 5188 sayılı Kanun'un 5. maddesinde özel güvenlik şirketinin hisselerinin nama yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu ifadenin sermayenin paylara bölünmüş olması şeklinde anlaşılması gerekir. Zira kanun koyucu güvenlik gibi toplumsal yaşam için önemli bir alanda faaliyet gösteren şirket ortaklarının kim olduğunu bilmek için böyle bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Nitekim 5188 sayılı Kanun'un 5. maddesinde özel güvenlik şirketlerindeki hisse devirleri için bir ay içinde İçişleri Bakanlığına bildirim zorunluluğu getirilmesi de bunun bir göstergesidir. Bu çerçevede özel güvenlik şirketleri, anonim şirket⁶¹⁴, limited şirket⁶¹⁵ ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket⁶¹⁶ şeklinde kurulabilirler. Uygulamada özel güvenlik şirketlerinin daha çok limited ve anonim şirket şeklinde kuruldukları gözlenmektedir⁶¹⁷.

1.4.1.3. Özel Güvenlik Şirketi Kurucu ve Yöneticilerine İlişkin Şartlar

Özel güvenlik şirket kurucu ve yöneticisi olmak için birtakım koşulları yerine getirmek gerekmektedir. 5188 sayılı Kanun'un 5. maddesinde şirket kurucu ve yöneticisi olmak için sağlanması gereken koşullar düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, taşınması gereken koşulların neler olduğunu diğer maddelere atıf yapmak suretiyle

⁶¹² Reha Poroy, (Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku** (9. Bası. İstanbul: Beta. 2003), s.19.

⁶¹³ Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku** (3.Bası. İstanbul: Beta. 2007), s.1.

⁶¹⁴ Poroy, **a.g.e.**, s.231.

⁶¹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, **a.g.e.**, s.873.

⁶¹⁶ Poroy, **a.g.e.**, s.856.

⁶¹⁷ Özel güvenlik şirketlerinin listesi için bkz. <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/teskilatlistekurum.asp?kurum=1>, (25.02.2009).

belirlemiştir. Buna göre; “... Özel güvenlik şirketlerinin kurucu ve yöneticilerinde bu Kanunun 10. maddesinin (a) ve (d) bentlerinde belirtilen şartlar aranır. Yöneticilerin ayrıca dört yıllık yüksek okul mezunu olmaları, Kanunun 10. maddesinin (e) bendinde belirtilen şartı taşımaları ve 14. maddesinde belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla tamamlamış olmaları gerekir. Muvazzaf subaylarda dört yıllık okul mezunu olma şartı aranmaz...”

Görüldüğü üzere kanun koyucu öncelikle şirket kurucu ve yöneticileri için taşınması gereken ortak şartları belirlemiştir. Daha sonra ise özel güvenlik şirketi yöneticilerinin taşımaları gereken ek koşulların neler olduğunu belirlemiştir. Bu koşulların açıklanmasından önce şirket kurucusu ifadesi açık olmakla birlikte, aynı açıklığa sahip olmayan yönetici ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekir. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde yönetici, özel güvenlik şirketlerinde özel güvenlik görevlilerine emir ve komuta etme, alınacak güvenlik tedbirlerini, bunların yerini, sırasını ve zamanını belirleme ve değiştirme yetki ve sorumluluğuna sahip olan yöneticiler ile özel güvenlik eğitim kurumlarında eğitimden sorumlu olan yöneticiler olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucu tarafından benimsenen sistematik doğrultusunda öncelikle kurucu ve yöneticiler için öngörülen ortak koşullar, ardından da yöneticiler için aranan ek koşullar incelenecektir.

1.4.1.3.1. Özel Güvenlik Şirketi Kurucu ve Yöneticilerine İlişkin Ortak Şartlar

Özel güvenlik şirket kurucu ve yöneticilerinin 5188 sayılı Kanun’un özel güvenlik görevlilerini düzenleyen 10. maddesinin (a) ve (d) bentlerinde öngörülen şartları taşımaları gerekir. 10.maddenin (a) bendi vatandaşlığa ilişkin şarttır. Buna göre özel güvenlik şirket ve yöneticilerinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaları gerekir. Vatandaşlığın kazanılma şeklinin kurucu ve yönetici olmak açısından önemi yoktur. Şirket kurma başvurusu tarihinde ya da yönetici olarak istihdam edilen tarihte Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olunması yeterli koşuldur.

5188 sayılı Kanun'un 10.maddenin (d) bendinde öngörülen koşul ise mahkûmiyet durumuna ilişkindir. Buna göre; “ Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kamunun sağlığına karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarından mahkûm olmamak” gerekir.

Kamu güvenliğinin sağlanmasında tamamlayıcı nitelikte hizmet veren özel güvenlik şirketi kurucu ve yöneticilerinin Türk Ceza Kanunun 53. maddesinde düzenlen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin sürelerle bakılmaksızın, kasten işlenen suçlar nedeniyle bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamaları gerekir. Ancak özel güvenlik şirketi kurmak ya da bir özel güvenlik şirketinde yönetici olmak isteyen kişinin kasten işlenen bir suçtan aldığı bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezası affa uğramışsa bu durumda alınan mahkûmiyet özel güvenlik şirketi kurmaya ya da bu şirkette yönetici olmaya engel değildir. Yine kasten işlenen bir suçtan bir yıldan daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olmak da özel güvenlik şirketi kurmaya ya da bu şirketlerde yönetici olmaya engel değildir. Ancak kanun koyucu bazı suçları alınan hapis cezasının süresine bakmaksızın hatta affa uğramış olsalar bile güvenlik hizmeti sağlayan özel güvenlik şirketlerinde kurucu ya da yönetici olmaya engel saymıştır. Bu suçlar şunlardır:

- Devletin güvenliğine karşı suçlar,
- Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar,
- Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar,
- Kamunun sağlığına karşı suçlar,
- Zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına

fesat karıştırma, suştan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarıdır.

Kanun koyucu kimlerin özel güvenlik şirketi kurabileceğini düzenlememiştir. Gerçek kişilerin özel güvenlik şirketi kurabileceklerine şüphe yoktur. Zaten kurucular için öngörülen vatandaşlık ve mahkûmiyet şartlarından kurucuların gerçek kişiler olabileceği hemen akla gelecektir. Tüzelkişilerin kurucu olup olmayacakları konusunda 5188 sayılı Kanun'da düzenleme bulunmamakla birlikte Uygulama Yönetmeliğinde tüzelkişilerin de kurucular arasında yer alabileceği öngörülmüştür. Şirket kurucuları arasında tüzelkişi olması halinde 5188 sayılı Kanun'da gerçek kişi kurucular için aranan şartları, şirket ortağı tüzelkişi temsilcisinin taşıması gerekmektedir (madde 10). Bu durumda tüzelkişi temsilcisinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve mahkûmiyet durumuna ilişkin şartı taşıması gerekir. Yönetmelik hükmü ile 5188 sayılı Kanun'da şirket kurucuları için aranan koşulların, sadece tüzelkişi temsilcisinin taşıması yeterli görülmüştür. Diğer yandan Yönetmelikte tüzel kişinin hukuki niteliği, faaliyet alanı ya da ortakları gibi diğer konulara ilişkin herhangi bir koşul getirilmemiştir. Bu konularda düzenlemeye gitmemek suretiyle oluşan boşluk, toplumsal yaşamın hassas alanlarından biri olan güvenlik alanında faaliyet göstermesi sakıncalı olan kişi ve kuruluşların güç sahibi olmaları gibi tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle bu alandaki boşluğun doldurulması yerinde olacaktır.

1.4.1.3.2. Özel Güvenlik Şirketi Yöneticilerine İlişkin Ek Şartlar

Özel güvenlik şirketinde yönetici olmak için ayrıca eğitim şartı öngörülmüştür. Özel güvenlik şirketi yöneticilerinin dört yıllık yüksek okul mezunu olmaları gerekmektedir. Kanunda hangi yüksek okuldan mezun olmak gerektiği belirtilmediğinden yönetici olmak için dört yıl eğitim veren herhangi bir yüksekokuldan mezun olmak yeterlidir. 5188 sayılı Kanun'da, 5335 sayılı Kanunla (23. madde ile eklenen cümle) yapılan değişiklikten sonra muvazzaf subaylar için farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre muvazzaf subaylar için dört yıllık okul mezunu olma şartı aranmamaktadır.

Yöneticiler için dört yıllık yüksek okul mezunu olma şartı yanında özel güvenlik temel eğitimini başarıyla tamamlamış olma şartı da aranmaktadır. Özel güvenlik yöneticilerinin de özel güvenlik personelinin alması gereken özel güvenlik temel eğitimini almaları gerekir. Teorik ve pratik eğitim ile silah eğitiminden oluşmak üzere yüz yirmi ders saatinden oluşan özel güvenlik eğitimini başarıyla tamamlayanlar özel güvenlik yöneticisi olabilirler. (5188 sayılı Kanun, madde 14).

Özel güvenlik şirketi yöneticilerinin yenileme eğitimi almalarının gerekli olup olmadığı 5188 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde ise yöneticilerin de özel güvenlik yenileme eğitimi almaları gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, özel güvenlik yöneticilerinin tıpkı özel güvenlik personeli gibi beş yılda bir yenileme eğitim programına katılması ve program sonunda alınan eğitim sertifikasının İçişleri Bakanlığına ibraz edilmesi gerekmektedir. Yenileme eğitimi altmış ders saatinden az olmamak üzere düzenlenir (madde 34) . Bünyesinde güvenlik fakültesi veya meslek yüksek okulu bulunan ve bünyesinde güvenlik bölümleri (fakülte veya meslek yüksek okulu) açabilecek olan üniversitelerin bu bölümlerinden mezun olanlarda ise beş yıl süreyle, silah eğitimi hariç özel güvenlik temel eğitimi şartı aranmamaktadır (5188 sayılı Kanun, madde 14).

5188 sayılı Kanun'un 11. maddesinde 5335 sayılı Kanunla (madde 23) yapılan değişiklikten sonra özel güvenlik eğitimi almaları gerekmeyen yeni bir kategori yaratılmıştır. Buna göre, genel kolluk kuvvetinden ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekli olanlar ile en az beş yıl fiilen bu görevlerde çalıştıktan sonra kendi istekleriyle görevlerinden ayrılmış olanların, görevlerinden ayrıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle özel güvenlik temel eğitimi almalarına gerek yoktur. Bu kişiler özel güvenlik personeli olarak çalışabilecekleri gibi özel güvenlik şirketinde yönetici olarak da çalışabilirler.

Görüldüğü üzere kanun koyucu tarafından öngörülen özel güvenlik eğitiminden muafiyet, emeklilik ya da isteğe bağlı görevden ayrılmadan itibaren beş yıl süreyle geçerlidir. Beş yıllık sürenin geçmesi halinde bu kişilerin de özel güvenlik temel eğitimi almaları gerektiğine kuşku yoktur. Kanun koyucu tarafından görevinden ayrılan kolluk

personeline belli sürelerle özel güvenlik alanında faaliyet göstermelerinin yasaklanması gerekirken bu şekilde muafiyet tanınması istenmeyen sonuçları da beraberinde getirecektir. Bu durum ayrıldıkları görev yerlerindeki kişisel ilişkileri hala canlı olan kolluk personelinin denetiminin etkin yapılamama riskini beraberinde getirecektir⁶¹⁸.

Özel güvenlik yöneticisi olmak için aranan bir diğer şart ise ilgili hakkında valilikçe yapılacak güvenlik soruşturmasında olumlu rapor alınmasıdır. Yönetici olmak isteyen kişinin, soruşturma sonucu olumlu rapor alması ve özel güvenlik temel eğitimini de başarıyla tamamlaması halinde valilikçe beş yıl süreyle çalışma izni verilir (5188 sayılı Kanun, madde 11). Kanun'da herhangi bir düzenleme olmadığı halde, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik şirketi kurucuları hakkında da güvenlik soruşturması yapılacağı düzenlenmiştir (madde 10). Güvenlik gibi toplumsal yaşamın her an içinde olan bir alanda faaliyet gösteren ve özel güvenlik alanında önemli bir role sahip olan özel güvenlik şirketlerinin sıkı denetlenmesi gerektiği düşüncesinin ifadesi şeklinde yorumlanabilecek bu düzenleme temelde yerinde olmakla birlikte, Kanun'da yer almadığından hukuka aykırı kabul edilmelidir.

1.4.1.4. Özel Güvenlik Şirketlerinin Kurulma Usulü

Özel güvenlik alanında faaliyet göstermek üzere kurulacak şirketin güvenlik hizmetinin örgütlendiği İçişleri Bakanlığından faaliyet izni alması gerekmektedir (5188 sayılı Kanun, madde 5). İçişleri Bakanlığı Özel Güvenlik Dairesi Başkanlığı 5188 sayılı Kanunla İçişleri Bakanlığına verilen görevleri yerine getirmektedir.

⁶¹⁸ Özel güvenlik hizmetlerine dair kanun teklifinin görüşülmesi sırasında milletvekili Hakkı Ülkü tarafından da ifade edildiğı gibi özel güvenlik görevlisi, özel güvenlik şirket kurucu ya da yöneticisi olmada genel kolluk ve MİT'te çalışmış olanlara ilişkin hiçbir sınırlama getirilmemesi endişe vericidir, <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b100m.htm>>, (26.02.2009).

Özel güvenlik faaliyet izni için İçişleri Bakanlığına yapılacak başvuru için gerekli belgeler 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde belirtilmiştir (madde 10). Söz konusu hükme göre başvuruya eklenmesi gereken belgeler şunlardır:

- Şirketin ana sözleşmesinin yayımlandığı ticaret sicili gazetesinden bir örnek,
- Hisse sahipleri ve yöneticilerin T.C. Kimlik Numarası ve imza sirküleri,
- Şirketi temsil edecek yöneticiler için yetki belgesi,
- Yöneticilerin dört yıllık yüksek okul mezunu olduğunu belgeleyen diploma veya diploma yerine geçen belge,
- Yöneticilerin özel güvenlik temel eğitim sertifikası,

Özel güvenlik faaliyet izni başvurusuna bu belgelerin birer suretinin eklenmesi yeterlidir. Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilmemiş olmakla birlikte, daha önce açıklandığı üzere özel güvenlik şirketi yöneticisi muvazzaf subaysa dört yıllık yüksek okul mezunu olması gerekmemektedir. Bu durumda diploma yerine muvazzaf subaylık yaptığını gösterir belgenin başvuruya eklenmesi gerekmektedir. Özel güvenlik temel eğitiminden muaf olanların durumu da 10. maddede düzenlenmemiştir. Genel kolluk kuvvetinden ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekli olanlar ile en az beş yıl fiilen bu görevlerde çalıştıktan sonra kendi istekleriyle görevlerinden ayrılmış olanlar özel güvenlik şirketi yöneticilerinin bu durumunu gösteren belgenin başvuruya eklenmesi gerekmektedir. Aynı şekilde güvenlik fakültesi veya meslek yüksek okulu bulunan ve bünyesinde güvenlik bölümleri açabilecek olan üniversitelerin bu bölümlerinden mezun olan yöneticiler için özel güvenlik temel eğitimi sertifikası yerine (ancak bu durumda silah eğitime ilişkin belgenin eklenmesi gerekir) diplomalarının birer suretinin başvuruya eklenmesi yeterli olacaktır.

Bilgi ve belgeler Bakanlıkça incelenir. İçişleri Bakanlığının özel güvenlik şirketlerine faaliyet izni verme konusundaki yetkileri bağlı yetkidir. Kanunda öngörülen şartların

taşınması ve şirket kurucu ve yöneticileri hakkında yapılan soruşturmanın da olumlu olması halinde şirket faaliyet izni almaya hak kazanacaktır.

Faaliyet izni alan özel güvenlik şirketlerine “Özel Güvenlik Şirketi Faaliyet İzni Belgesi” verilir. Bu belgenin verilmesi için şirketin ruhsat harcı yatırması gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10). Ruhsat harcı, 5188 sayılı Kanun’un 24. maddesinde belirtilen miktarın 25. maddesindeki usule göre hesaplanması sonucu bulunan değerdir.

Özel güvenlik şirketlerinin şube açmaları da mümkündür. Özel güvenlik şirketinin şube açması halinde, açtığı şubeleri bir ay içinde İçişleri Bakanlığına ve ilgili valiliğe bildirmesi gerekir (5188 sayılı Kanun, madde 5). Bir aylık sürenin hangi andan başlayacağı belirtilmemekle birlikte bu sürenin şubenin açıldığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiği açıktır. Kanunda geçen ilgili valiliği de şubenin açıldığı yerdeki valilik olarak anlamak gerekir.

5188 sayılı Kanun’da alarm izleme merkezi kurmak ve işletmek için ek bir koşul getirilmiştir. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde alarm merkezi; konut, işyeri ve tesislerin güvenliğini sağlamak amacıyla, teknik donanım kullanarak bunları izleyen işletmeler olarak tanımlanmıştır (madde 4). 5188 sayılı Kanun’a göre alarm izleme merkezi kurmak ve işletmek için valilikten yeterlilik belgesi alınması gerekmektedir (madde 5). Ancak 5188 sayılı Kanun’un yayımı tarihinden önce alınmış alarm izleme kurma ve işletme yeterlilik belgeleri geçerli olduğundan bunlar için ayrıca yeterlilik belgesi alınmasına gerek yoktur (5188 sayılı Kanun, geçici madde 3). Alarm merkezi kurma ve izleme izni vermeye yetkili valiliklere yapılacak başvurulara eklenecek belgeler 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 23. maddesinde sayılmıştır. Bu belgeler şunlardır:

- T.C. Kimlik Numarası ,
- Yöneticilerin dört yıllık yüksek okul mezunu olduğunu belgeleyen diploma veya dengi belgenin örneği,

- Alarm merkezini temsil edecek yöneticiler için yetki belgesi,
- Yöneticilerin özel güvenlik temel eğitim belgesi (genel kolluk birimlerinde daha önce çalışmış olanlardan buna ilişkin belge),
- Alarm merkezinde kullanılacak teknik teçhizatın amaca elverişliliğine ilişkin taahhütname.

Bu belgelerin birer suretlerinin izin başvurusuna eklenmesi yeterlidir. Bilgi ve belgeler incelenerek gerekli şartların taşınıp taşınmadığına valilikçe karar verilecektir. Gerekli şartların taşındığına karar verilmesi halinde şirket yöneticisi hakkında güvenlik soruşturması yapılır. Güvenlik soruşturmasının olumlu olması halinde “Alarm Merkezi Kurma ve İzleme İzin Belgesi” düzenlenerek şirkete verilir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 23).

1.4.1.5. Özel Güvenlik Şirketlerinin Faaliyetlerinin Sona Ermesi

Her şeyden önce bir şirket olan özel güvenlik şirketleri Türk Ticaret Kanunu’nun her şirket türü için ilgili maddelerinde öngördüğü sebeplerin gerçekleşmesi halinde sona erer. Bu durumda özel güvenlik faaliyetini sürdürebilmenin maddi ve hukuki dayanağı kalmadığından özel güvenlik faaliyet izninin geçerliliğinden de söz etmek mümkün değildir.

Bunun dışında 5188 sayılı Kanun’da sona erme sebepleri öngörülmüştür. Kanun koyucu sona erme sebeplerini özel olarak tek bir maddede düzenlememiş, çeşitli maddelerde düzenlemiştir. Özel güvenlik şirketlerini düzenleyen 5. maddeye göre; kurucu ve yöneticilerde aranan şartların kaybedilmesi halinde iki ay içinde eksiklik giderilmediği veya bu kurucu ve yöneticiler değiştirilmediği takdirde özel güvenlik şirketinin faaliyet izni iptal edilecektir. İki aylık sürenin şartların kaybedilmesinden itibaren başlatılması gerekir. Kurucu ve yöneticilerde aranan şartların kaybedilmesi halinde bu şartların iki

aylık süre içinde yeniden kazanılması çoğu zaman fiilî olarak mümkün olmadığından özel güvenlik şirketinin faaliyet izninin iptalini önlemek için başvuracağı yol kurucu ve yöneticilerin değiştirilmesi olacaktır⁶¹⁹.

Kanunda düzenlenen bir diğer sona erme hali 22. maddede öngörülmüştür. Buna göre özel güvenlik şirketlerinin amacı dışında faaliyet gösterdikleri veya suç kaynağına dönüştükleri tespit edilirse faaliyet izinleri iptal edilecektir. Belirtmek gerekir ki bu sona erme nedeni sadece özel güvenlik şirketleri için değil özel güvenlik eğitim kurumları için de geçerlidir. Özel güvenlik eğitim kurumlarının da amacı dışında faaliyet gösterdikleri veya suç kaynağına dönüştükleri tespit edilirse faaliyet izinleri iptal edilir.

Burada yanıtlanması gereken soru aynı şirket bünyesinde özel güvenlik hizmeti ve eğitim hizmeti verilmesi halinde faaliyet izninin iptalinin sonuçlarının ne olacağıdır. Daha önce belirtildiği üzere özel güvenlik şirketleri ayrıca alacakları izinle özel güvenlik eğitimi hizmetleri de verebilmektedirler. Tek şirket bünyesinde hem özel güvenlik hizmetinin hem de eğitim hizmetinin verilmesi halinde amaç dışı faaliyet ya da suç kaynağı haline dönüşme hangi alanda söz konusuysa o alandaki faaliyet izninin sona erdiği kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki ayrı faaliyet izni alınması bu iki alanın birbirinden yalıtık olduğu anlamına gelmemektedir. Bir alandaki amaç dışı faaliyet ya da suç kaynağına dönüşme diğer alan için de söz konusu olabilir. Çünkü şirket kurucu ortak ve yöneticileri aynı kişilerdir. Böyle bir durum varsa her iki alandaki faaliyet izni de sona erdirilmelidir. Ancak kurucu ve yöneticilerde aranan şartların kaybedilmesi halinde iki aylık sürede eksikliğin giderilmemesi sebebiyle faaliyetin sona ermesi halinde şirket kurucu ve yöneticileri ortak olduğundan her iki alanda da faaliyet izninin sona erdiği kabul edilmelidir.

Amaç dışında faaliyet ve suç kaynağına dönüştükleri İçişleri Bakanlığı ve valiliklere kanunla verilen (madde 22) denetim yetkisi sonucu tespit edilecektir. Ancak belirtmek

⁶¹⁹ Karan, **a.g.m.**, s.434.

gerekir ki suç kaynağına dönüşme halinin varlığı, kurucu ve yöneticilerin işledikleri suç nedeniyle açılan davalarda verilen mahkeme kararlarına dayandırılmalıdır. Nitekim 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile yürürlükten kalkan 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda da benzer bir düzenlenme vardı (madde 53). Söz konusu düzenlemeye göre bir derneğin suç kaynağına dönüştüğünün kesinleşmiş mahkeme kararları ile tespiti halinde kapatılması öngörülmüştü. Kurucu ve yöneticilerin işledikleri suçlar nedeniyle tüzelkişiliğin sona erdirilmesinin mahkeme kararlarına dayandırılması gerektiği kabul edilmelidir.

Amaç dışında faaliyet ve suç kaynağına dönüşme sebepleriyle faaliyet izni iptal edilen şirketlerin veya kurumların, kurucu ve yöneticileri bir daha özel güvenlik şirketlerinde ve özel güvenlik eğitimi veren kurumlarda kurucu ve yönetici olamazlar. Bu şekilde kanun koyucu güvenlik alanında faaliyet göstermelerine izin verdiği kişilerin amaçları dışına çıkarak faaliyet göstermelerini bir daha bu alanda faaliyetlerine izin vermeyerek toplumsal barışta çok önemli yere sahip güvenlik konusuna verdiği önemi ortaya koymuştur. Ancak belirtmek gerekir ki idari bir işlem olduğuna kuşku bulunmayan faaliyet izni iptali işleminin idari yargıda dava edilmesi mümkündür.

1.4.2. Özel Güvenlik Görevlileri

1.4.2.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Hukuki Statüsü

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik görevlisi, 5188 sayılı Kanun kapsamında özel koruma ve güvenlik hizmetini yerine getirmek amacıyla istihdam edilen kişiler olarak tanımlanmıştır (madde 4). 5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin hukuki statüsü özel bir düzenleme konusu yapılmamıştır. Kanunun 23. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin, işledikleri görev suçları nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı, görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçların da kamu görevlisine karşı suç işlenmiş gibi sayılacağı düzenlenmiştir. Ceza hukuku bakımından kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılan kişi kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. maddesinin (c) bendinde kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya

geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla özel güvenlik görevlilerinin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacağına şüphe bulunmamaktadır. Zira kamu güvenliğinin sağlanması kamusal bir faaliyettir ve özel güvenlik görevlileri de bu faaliyetin yürütülmesine katılmaktadırlar.

İdare hukuku bakımından kamu görevlisi ise Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına göre belirlenmektedir. Söz konusu hüküm "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" şeklindedir. Görüldüğü üzere Anayasa'da kamu görevlisi tanımı verilmemekte görevin niteliği belirtilmektedir.

Buradan hareketle kamu kesiminde kamu hukuku rejimine tâbi ve bir kadroya bağlı olarak kapsam ve içeriğinin genel, nesnel ve kişilik dışı yani statü ilişkisi içinde belirlendiği personel kamu görevlisidir. 657 sayılı Kanun'a tâbi devlet memurlarının kamu görevlisi olduğuna kuşku yoktur. Özel bir mesleki bilgi ve uzmanlığa ihtiyaç duyulan geçici işler için sözleşme ile atanmışsa (657 sayılı Kanun, madde 4/b) kamu görevlisi niteliği tartışmalıdır. Ancak kadro karşılığı gösterilmek suretiyle istihdam edilen sözleşmeli personel kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Geçici personel geçici işler için istihdam edildiğinden, işçiler ise özel hukuka tâbi olduğundan kamu görevlisi sayılmazlar⁶²⁰.

Özel hukuk kişilerince istihdam edilen özel güvenlik görevlileri hizmet sözleşmesiyle istihdam edilirler ve işçi statüsündedirler. Bu şekilde istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin kamu görevlisi olmadığına şüphe yoktur.

Kamu tüzelkişileri bünyesinde kurulan özel güvenlik birimlerinde çalışan özel güvenlik görevlilerinin hukuki statüsünün tespitinde 5188 sayılı Kanun'da açık bir niteleme

⁶²⁰ Günday, **a.g.e.**, ss.516-523.

bulunmamaktadır. Oysaki 2495 sayılı Kanun’da özel güvenlik görevlilerinin statü ve özlük hakları bakımından bağlı oldukları kuruluşun mevzuatına tâbi olacakları düzenlenmiştir (15. maddenin 2. fıkrası). Böyle açık bir niteleme ve düzenleme yokluğunda 5188 sayılı Kanun’da yer alan çeşitli hükümlerden hareketle (“atama” yerine 3. maddede geçen “istihdam” ifadesi, 11. maddede yer alan “çalışma izni” ifadesi ve 15. maddesinde yer alan “iş sözleşmesi” ve “toplu iş sözleşmesi” ifadeleri) bu personelin hukuki statüsünün, özel hukuk hükümlerine göre hizmet sözleşmesi ile çalışan işçi olduğu kabul edilmektedir⁶²¹. Kanun koyucunun ihmali olarak değerlendirilmemesi halinde özel güvenlik görevlilerine siyasî partilere üye olma yasağı öngörülmemesi de bu personelin Anayasa’nın 128. maddesi anlamında, kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerektiğini destekleyecek argümanlardan biri olarak kabul edilebilir⁶²².

Anayasa Mahkemesi açıklandığı üzere, güvenliğin sağlanmasını devletin varlık sebeplerinden saymakta ve bazı kamu hizmetleri ile birlikte kamu hizmetleri içinde özel bir statüde ele almaktadır. Bu çerçevede bu hizmetlerin devlet tarafından üstlenilmesi gerektiğine şüphe yoktur. Nitekim Anayasa’nın 47. maddesinin kapsamını ele alırken kamu gücüne özgü faaliyetlerin devredilemeyeceğini de ortaya koymuştur. Buradan hareketle kamu gücüne özgü kolluk faaliyetlerinin kamu gücüne özgü faaliyetlerden olduğu, Anayasa’nın 128. maddesi gereğince asli ve sürekli nitelikteki bu faaliyetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiğinden memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak Anayasa

⁶²¹ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss. 132-133.

⁶²² 2495 sayılı Kanun’da ise özel güvenlik görevlileri için işe alma şartlarından biri olarak “Yapılacak soruşturma sonucu, başvurma tarihine göre son beş yıl içinde herhangi bir siyasi partiye üye olmamak veya siyasi parti organları veya bağlı kuruluşlarında görev yapmamış bulunmak” öngörülmüştür (16. maddenin 1. fıkrasının (h) bendi). Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir (08.10.2002, E.No:2002/38, K.No:2002/89, **R.G.**, 26.12.2002, Sayı:24975). Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesini çalışma hakkını düzenleyen 49. maddeye değil kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddeye dayandırmıştır. Söz konusu yasada siyasî partilere üye olma yasağı da ayrıca düzenlenmiştir (madde 21).

Mahkemesi geçici köy korucularına ilişkin verdiği kararda, geçici köy korucuları tarafından yerine getirilen görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görevler arasında kabul etmemiştir⁶²³. Yine Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetleri sınıfına ihale yoluyla personel istihdamını anayasaya aykırı bulmamak suretiyle kamu hizmetleri ile Anayasa'nın 128. maddesi arasındaki bağı koparmıştır⁶²⁴. Bu kararlardan hareketle güvenlik hizmetinin işçiler eliyle yerine getirilmesinin de Anayasa Mahkemesi kararları ile uyumsuzluk taşımadığı ileri sürülebilir.

1.4.2.1.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yükümlülükleri

Kanun koyucu tarafından kamu güvenliğini tamamlayıcı nitelikte ele alınan özel güvenlik hizmetlerini yerine getiren özel güvenlik görevlilerinin en başta gelen yükümlülüğü genel kolluk makamlarından vali ve kaymakamın ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmektir (5188 sayılı Kanun, madde 6). Bu çerçevede özel güvenlik görevlerinin bazı yetkilerin kullanılmasında genel kolluğa bildirim ve/veya teslim yükümlülüğü bulunmaktadır. Aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyanın emanete alınması genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla mümkündür (5188 sayılı Kanun, madde 7/g). Yine zor kullanma ve yakalama yetkilerinin kullanılmasını gerektiren olayların en hızlı şekilde genel kolluğa bildirilmesi gerektiği gibi yakalanan kişi ve zapt edilen eşyanın da genel kolluğa teslimi gerekmektedir (5188 sayılı Kanun, madde 9).

Bu yetkiler dışında silah kullanma yetkisi özel olarak düzenlenmiş (madde 8) ve bu yetkinin Kanun'a aykırı şekilde veya görev alanı dışında kullanımı da idari para cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır (5188 sayılı Kanun, madde 20/a). Söz konusu düzenlemeye göre; silahını kanuna uygun şekilde ve görev alanı içinde

⁶²³ AYM, 10.12.1985, E.No:1985/5, K.No:1985/23, www.anayasa.gov.tr, (26.03.2008).

⁶²⁴ AYM, 22.11.2007, E.No: 2004/114, K.No: 2007/85, **R.G.**, 24.12.2007, Sayı: 26736.

kullanma yükümlülüğüne uymayan özel güvenlik görevlilerine bin Türk Lirası idari para cezası verilir ve çalışma izinleri valilikçe iptal edilir. Bu şekilde izni iptal edilenler bir daha özel güvenlik görevlisi olamazlar.

Hiç kuşkusuz özel güvenlik görevlileri sadece silah kullanma yetkilerini değil yukarıda belirtilen tüm yetkilerini başta Anayasa olmak üzere, 5188 sayılı Kanun ve diğer ilgili kanunlarda öngörülen sınırlamalara uygun kullanmak yükümlülüğü altındadırlar. Zira bu yetki kavramının doğasında vardır. Yetki özel hukuktaki gibi sahibine tanınmış sübjektif nitelikte bir hak değil, görev niteliğindedir⁶²⁵.

Özel güvenlik görevlilerinin bundan başka grevlere katılmama yükümlülüğü vardır. Özel güvenlik görevlilerine grev yasağı getirilmesi, özel güvenlik görevlilerinin tamamlayıcı nitelikte olsa da güvenlik hizmetleri alanında faaliyette bulunmalarından kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince memurlara getirilen grev yasağı (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, madde 27)⁶²⁶, memur statüsünde olmayan özel güvenlik görevlilerine de getirilmiştir.

Grev yasağı tüm memurlar için öngörülmüşken sendika kurma ve sendikalara üye olma yasağı tüm memurlar için değil güvenlik hizmetini yerine getirenler için öngörülmüştür. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 15. maddesinde sendikaya üye olamayacaklar düzenlenmiştir. Bu Kanunun 15. maddesinin (j) bendine göre emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dâhil personel ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli sendika kuramazlar ve sendikalara üye olamazlar. Memur statüsünün güvencesinden yararlanmayan özel güvenlik görevlilerine işçi statüsünün sağladığı haklar da böylece yasaklanmıştır. Grev yasağına uymayan özel güvenlik görevlilerine, silah kullanma yetkisinde olduğu gibi, bin Türk Lirası idari para cezası verilerek çalışma izinleri valilikçe iptal edilecektir. Bu

⁶²⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**. (Cilt I. Bursa:Ekin Kitabevi Yayınları, 2003), s.638.

⁶²⁶ Günday, **a,g,e.**,s.300; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), s.486.

şekilde izni iptal edilenler bir daha özel güvenlik görevlisi olamayacaklardır (5188 sayılı Kanun, madde 20/a). İşçi statüsünde istihdam edilmeleri halinde özel güvenlik görevlilerine 5188 sayılı Kanunla getirilen grev yasağı ile 4688 sayılı Kanunla getirilen sendikalara üye olma yasağı Anayasa’da güvence altına alınan sendikalara üye olma hakkının (madde 51) ve grev hakkının (madde 54) ihlali anlamına gelmektedir.

Özel güvenlik görevlilerine getirilen bir başka yükümlülük ise görev sırasında kimlik kartı takma yükümlülüğüdür. Özel güvenlik görevlileri üzerinde ad ve soyadları ile geçerlilik süresi ve silahlı ya da silahsız olduğunun belirtildiği kimlik kartlarını görev alanı ve süresi içinde herkesin görebileceği şekilde yakalarına takmak zorundadırlar. Aksi halde 5188 sayılı Kanun’un 7. maddesinde belirtilen yetkileri kullanamayacaklardır (5188 sayılı Kanun, madde 12). Kimlik kartının kaybedilmesi halinde durumun işverence derhal valiliğe bildirilmesi gerekir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 21). Ayrıca özel güvenlik görevlilerine adlarına düzenlenen kimlik kartlarını başkalarına kullandırmama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden özel güvenlik görevlilerine yine bin Türk Lirası idari para cezası verilerek çalışma izinleri valilikçe iptal edilecektir. Bu şekilde izni iptal edilenlerin de bir daha özel güvenlik görevlisi olmaları mümkün değildir (5188 sayılı Kanun, madde 20/a).

Özel güvenlik görevlilerinin uymak zorunda oldukları bir diğer yükümlülük ise üniforma giyme yükümlülüğüdür. Özel güvenlik görevlilerinin görev sırasında üniforma giymeleri gerekmektedir. Ancak görevin ve işyerinin özelliği nedeniyle gerekli görülen hallerde sivil kıyafetle görev yapılması özel güvenlik komisyonunun izni üzerine mümkündür (5188 sayılı Kanun, madde 13). Özel güvenlik görevlilerinin giyeceği üniforma ve üniformayı tamamlayan diğer unsurlar, Türk Silahlı Kuvvetleri ve genel kolluk kuvvetleri ile kanunlarla kurulan özel kolluk kuvvetlerinde kullanılan renkte, biçim ve motifte olmamalıdır. Üniforma ve üniformayı tamamlayan unsurlar özel güvenlik birimlerince belirlendikten sonra, özel güvenlik komisyonun onayına sunulur. Üniformada şirketi tanıtıcı isim, işaret veya logo bulunur. Özel güvenlik şirketlerince kullanılacak üniforma ve üniformayı tamamlayan unsurlar ise İçişleri Bakanlığınca onaylanır. Özel güvenlik görevlileri gece görevinde, spor müsabakalarında, konser ve

sahne gösterilerinde üniformanın üzerine, arkasında ışığı yansıtan “özel güvenlik” ibaresi yazılı yeleği giymekle yükümlüdürler (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 22).

1.4.2.1.2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri

Kamu güvenliğini sağlamada tamamlayıcı nitelikte görev yapan özel güvenlik görevlilerine 5188 sayılı Kanun’da önemli yetkiler verilmiştir. Kanunun 7. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin yetkileri sayılmış, daha önce belirtildiği üzere silah bulundurma ve taşıma yetkisi ise önemi nedeniyle ayrıca 8. maddede düzenlenmiştir

1.4.2.1.2.1. Arama Yetkisi

5188 sayılı Kanun’un 7. maddesinde özel güvenlik görevlilerine arama yetkisi de verilmiştir. Özel güvenlik görevlileri asıl olarak önleme araması yapmaya yetkili olmakla birlikte, adli arama yetkisine de sahiptirler. Arama, kolluk tarafından, kişilerin üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin aranması olarak belirlenmiştir⁶²⁷. Kolluğa verilen bu yetki, 5188 sayılı Kanun ile özel güvenlik görevlilerine de verilmiştir.

Görüldüğü üzere arama yetkisi, Anayasa’da güvence altına alına özel hayatın gizliliği (madde 20) ve konut dokunulmazlığına (madde 21) müdahale teşkil eder. Arama yetkisi kullanılırken Anayasa’da öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Anayasa’da öngörülen koşullar aynı zamanda bu yetkinin sınırını oluşturur.

⁶²⁷ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, madde 2, **R.G.**, 01.06.2005, Sayı:25832.

1.4.2.1.2.1.1. Önleme Araması Yapma Yetkisi

Önleme araması; millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle Yönetmelikte belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, madde 19).

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde de önleme aramasının kapsamı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'ne benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre önleme araması, görev alanında, can ve mal güvenliğinin ve kamu düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla detektörle, x-ray cihazından geçirerek veya Kanun'da belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması olarak düzenlenmiştir (madde 14).

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile polise verilen önleme araması yapma yetkisi 5188 sayılı Kanunla benzer şekilde özel güvenlik görevlilerine de verilmiştir. 2559 sayılı Kanun'un 9. maddesinde polisin, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayacağı, alınması gereken tedbirleri alacağı ve suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapacağı öngörülmüştür. Yine aynı maddede önleme araması yapılacak yerler düzenlendikten sonra önleme aramasının yapılamayacağı yerler, konutlar, yerleşim yerleri ve kamuya açık olmayan işyerleri ve eklentileri olarak belirlenmiştir. 9. maddenin devamında herhangi bir karar veya emir aranmaksızın önleme araması yapılacak yerler düzenlenmiştir. Buna göre polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü,

aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir.

5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik görevlilerine verilen arama yetkisi, esas olarak önleme araması yapma yetkisidir. Nitekim özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini düzenleyen 7. maddenin (a), (b) ve (f) bendinde düzenlenen arama yetkisi önleyici niteliktedir. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde de adli arama yetkisinin özel olarak düzenlenmeyip önleme araması yetkisinin düzenlenmesi (madde 14), özel güvenlik görevlilerinin asıl bu alanda yetkili olduğuna işaret etmektedir. Yönetmelikte "önleyici arama" ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu ifade, yetkinin niteliğinde farklılık olduğu anlamına gelmemektedir.

Yönetmelik hükmünde 5188 sayılı Kanun'a uygun olarak aramanın, detektör ve x-ray cihazı ile yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak Kanun'da öngörülmediği halde Yönetmelik hükmünde, Kanun'da belirtilen durumlarda gerektiğinde üst aramasının yapılabileceği düzenlenmiştir. Oysaki 5188 sayılı Kanun'da güvenlik sistemleri kullanılmadan yapılacak arama 7. maddenin (d) bendinde öngörülen adli nitelikteki aramadır.

5188 sayılı Kanun'da önleme aramalarının güvenlik sistemleri ile yapılacağı düzenlenmiştir. Nitekim Kanun'un 7. maddesinin (a) bendinde özel güvenlik görevlilerinin koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yetkisine sahip oldukları düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin (b) bendinde toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde yani acil ve geçici hallerde arama yetkisi düzenlenmiştir. Acil ve geçici hallerde de özel güvenlik görevlileri duyarlı kapıdan geçirme, kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yetkisine sahiptirler. Yine aynı maddenin (f) bendinde ise hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde, özel güvenlik görevlilerinin sahip oldukları arama yetkisi düzenlenmiştir. Bu yerlerde de özel güvenlik görevlileri duyarlı kapıdan geçirme, kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden

geçirme yetkilerine sahiptirler. Görüldüğü üzere güvenlik sistemleri dışında, önleyici amaçlı üst aramasının, elle yapılması mümkün değildir⁶²⁸.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde kamuya açık alanlarda yapılacak üst aramasının, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği hükümlerine göre yapılacağı düzenlenmiştir (madde 14). Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 21. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin yetkileri düzenlenmiştir. Yönetmelikte özel güvenlik görevlilerinin önleme araması yapma yetkisi, 5188 sayılı Kanunla aynı şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre özel güvenlik görevlileri şu yetkilere sahiptir:

- Koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,
- Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,
- Yangın, deprem gibi tabîî afet durumlarında ve imdat istenmesi hâlinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme,
- Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.

⁶²⁸ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s.231; Erkan Şenses, “Özel Güvenlik Görevlilerinin Arama Yetkileri”, <http://www.turkhukusitesi.com/makale_914.htm>, (02.03.2009).

- Yangın, deprem gibi tabîî afet durumlarında ve imdat istenmesi hâlinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme yetkisi de tehlikenin önlenmesi bakımından önleme araması kapsamında ele alınmıştır.

Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerine yer veren yasal düzenlemelerin hiçbirinde önleme araması yapmak için arama emrine ya da hâkim kararına gerek olduğu yönünde bir düzenleme yoktur. Gerçekten de ne 5188 sayılı Kanun'da ne bu Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde ne de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 21. maddesinde, özel güvenlik görevlilerince yapılacak önleme aramaları için arama emrine ya da hâkim kararı gerektiği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

Zaten Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 18. maddesinin (1) bendinde elektromanyetik aygıtlarla yapılacak tarama şeklindeki aramaları, kolluğun kendiliğinden yapabileceği düzenlenmiştir. Kolluğa verilen bu yetkinin özel güvenlik görevlilerine de verildiği söylenebilir. Yönetmeliğin 25. maddesinin son fıkrası da özel güvenlik görevlilerince yapılacak önleme aramalarında, arama emri ya da kararı aranmayacağını düzenlemektedir. Söz konusu hükümle, umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontrollerin esas olarak özel güvenlik görevlilerince yapılacağı düzenlenmiş, kontrollerin buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlı olduğu, kontrol edilmeyi kabul etmeyenlerin ise bu gibi yerlere giremeyecekleri belirtilmiştir. Bu gibi yerlerde yapılacak önleme aramaları için arama emri ya da kararı gerekmemektedir.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde umuma açık yerlerde özel güvenlik görevlilerince yapılacak üst aramasının genel kolluğun gözetim ve denetimi altında ve aranan kişiyle aynı cinsiyetteki görevli tarafından yapılacağı düzenlenmiştir (madde 14). Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde hakîm kararı veya yazılı emir üzerine yapılacak üst aramasının, mümkün olduğu takdirde elektromanyetik cihazlarla böyle bir imkânın bulunmaması halinde ise beş duyu organıyla yapılacağı belirtilmektedir (madde 28). Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu özel güvenlik görevlilerine elle arama yapma yetkisi vermemiştir.

Yine 25. maddenin (a) bendi gereğince giriş ve çıkışın belli kuralara tâbi tutulduğu kamu hizmetine özgülenmiş bina ve tesislere girenlerin aranmasında da arama emri ya da kararı aranmayacağı düzenlenmiştir. Özel güvenlik görevlilerinin bu nitelikteki yerleri korumaları halinde, arama yapmaları için arama emri veya kararı alınmasına gerek yoktur. Yine aynı maddenin (b) bendine göre sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında, hakîmden önleme araması kararı alınmasına gerek yoktur.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde spor müsabakalarında yapılacak arama özel olarak düzenlenmiştir (madde 23). Buna göre, seyirciler, spor müsabakasının yapılacağı spor alanına, güvenlik güçlerince gerçekleştirilecek kontrolden sonra alınacaklardır. Spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülki âmirin yazılı izni ile kolluk tarafından veya kolluğun denetiminde, özel güvenlik görevlilerince üst araması yapılabilecektir.

Görüldüğü üzere spor müsabakalarında yapılacak üst aramasında, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde mülki amirin yazılı izni aranmaktadır. Özel güvenlik görevlilerinin spor müsabakalarında kolluğun denetiminde üst araması yapma yetkisi, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'a dayanmaktadır (madde 6). Ancak 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (b) bendinde belirtilen diğer etkinlik ve törenlerde özel güvenlik görevlileri üst aramasını ancak detektörle yapabilirler. Detektörle yapılacak aramalar için de herhangi karara ihtiyaç bulunmamaktadır.

1.4.2.1.2.1.2. Adli Arama Yapma Yetkisi

Adli arama 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) düzenlenmiştir. Buna göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği

hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (madde 116).

5188 sayılı Kanunla esas olarak idari kolluk alanında yetkileri bulunan özel güvenlik görevlilerine, adli arama yetkisi, sınırlı çerçevede verilmiştir. Bu Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin görev alanlarında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama yetkisine sahip oldukları düzenlenmiştir (madde 7/d). Suçun işlenmesinden sonra arama yapıldığından buradaki arama yetkisi, adli kolluk faaliyetine ilişkindir. Uygulamada haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunanlar, valilik tarafından özel güvenlik görevlilerine bildirilmektedir.

Özel güvenlik görevlilerinin bu yetkilerini kullanabilmeleri için arama emri ya da kararı verilmiş olması gerekmez. Zira Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (a) bendi gereğince hakkında yakalama emri ya da mahkûmiyet kararı bulunan biri yakalandığında, yapılacak arama için ayrıca arama emri ya da kararı aranmayacaktır. Özel güvenlik görevlilerinin yapacakları aramada söz konusu Yönetmelik hükümlerine göre hareket etmeleri gerekmektedir. Belirtildiği üzere üst aramasında elektromanyetik cihazların kullanımına öncelik verilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki özel güvenlik görevlileri genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma yetkisine sahiptirler (5188 sayılı Kanun, madde 7/g). Yine özel güvenlik görevlileri terkedilmiş ve bulunmuş eşyayı emanete alma yetkisine de sahiptirler (5188 sayılı Kanun, madde 7/h). Bu şekilde emanete alınan eşya hakkında nasıl bir işlem yapılacağı kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte, genel kolluk kuvvetlerine bildirim yükümlülüğü ve genel kolluğun görevleri göz önüne alındığında, emanete alınan eşyanın genel kolluğa teslim edilmesi gerektiği sonucuna varılır. 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (g) bendi gereğince, özel güvenlik görevlisi tarafından yürütülen faaliyetin bir kısmı adli, bir kısmı idari niteliktedir. Şöyle ki; suç teşkil eden veya delil olabilecek eşyanın emanete

alınması adli nitelikte kolluk faaliyeti iken, tehlike doğurabilecek eşyanın emanete alınması idari nitelikte kolluk faaliyetidir.

1.4.2.1.2.2. Yakalama Yetkisi

5188 sayılı Kanunla özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerden bir diğeri yakalama yetkisidir. Yakalama; kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözüaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması olarak tanımlanmıştır⁶²⁹.

5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (c), (d), (ı) ve (j) bentlerinde özel güvenlik görevlilerinin yakalama yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlileri; CMK'nın 90. maddesine göre yakalama (5188 sayılı Kanun, madde 7/c), görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama (5188 sayılı Kanun, madde 7/d), kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama (5188 sayılı Kanun, madde 7/ı) ve olay yerini ve delilleri korumaya yönelik CMK'nın 168. maddesine göre yakalama. (5188 sayılı Kanun, madde 7/j) yetkilerine sahiptirler.

Özel güvenlik görevlileri ilk olarak CMK'nın 90. maddesi çerçevesinde yakalama yetkisine sahiptirler. Söz konusu hüküm, herkes tarafından yapılacak yakalama ile kolluk görevlileri tarafından yapılacak yakalama arasında ayırım yapmıştır. Herkes tarafından şu hallerde yakalama yapılabilir (CMK, madde 90/1);

- Kişiye suç işlerken rastlanması yani suçüstü hali,

⁶²⁹ Yakalama, Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, madde 4, **R.G.**, 01.06.2005, Sayı:25832.

- Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması,
- Kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

Hallerinde sadece kolluk değil herkes yakalama yetkisine sahiptir. Suçüstü ise;

- İşlenmekte olan suç,
- Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,
- Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç, olarak belirlenmiştir (CMK, madde 2/j).

Suçüstü halinde özel güvenlik görevlilerinin de yakalama yetkisi vardır. Kolluk görevlilerince yapılacak yakalama ise şu koşullara bağlanmıştır;

- Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir hal olması
- Gecikmesinde sakınca bulunması
- Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmaması.

Kolluk görevlilerine tanınan bu yetki 5188 sayılı Kanunla CMK'ya yollama yapmak suretiyle özel güvenlik görevlilerine de tanınmıştır. Kanun koyucu tarafından kamu

güvenliğinin ve dolayısıyla kolluğun tamamlayıcısı niteliğinde ele alınan özel güvenlik görevlilerine de görev alanlarıyla sınırlı olarak bu yetki tanınmıştır⁶³⁰.

Özel güvenlik görevlilerine tanınan bir diğer yakalama yetkisi, görev alanlarında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişilerin yakalanmasıdır. Görev alanında kullanılabilecek bu yetki yetkili mercilerce verilmiş yakalama ve mahkûmiyet kararlarının icrası için özel güvenlik görevlilerine verilmiş adli kolluk yetkilerinden biridir.

Özel güvenlik görevlilerine bunlardan başka, CMK'nın 168. maddesi çerçevesinde, olay yerini ve delilleri koruma amacıyla yakalama yetkisi de tanınmıştır. Söz konusu hükme göre, olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanabilir. Özel güvenlik görevlileri de adli kolluk görevlisi gibi olay yerini ve delilleri koruma amacıyla gerekiyorsa yakalama tedbirine başvurabilir. Burada özel güvenlik görevlisince kullanılacak yetki de adli kolluk kapsamında bir yetkidir.

Yukarıda açıklanan hallerde, özel güvenlik görevlilerince başvuru olan yakalama tedbiri belirtildiği üzere adli kolluk kapsamında kullanılan bir yetkidir. Özel güvenlik görevlilerince yakalama tedbirine başvurulabilecek hallerden sonuncusu ise idari niteliktedir. Bu hal, 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (1) bendinde düzenlenen, kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalanmasıdır. Buradaki yakalama idari nitelikte yakalamadır. Zira burada suç şüphesi

⁶³⁰ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.232-233.

altında olmayanların, mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla uygulanan bir tedbir söz konusudur⁶³¹.

Özel güvenlik görevlileri, yakalama tedbirinin uygulanması halinde, yakalama tedbirinin uygulanmasını gerektiren olayların neler olduğunu en seri şekilde yetkili genel kolluğa bildirmek yükümlülüğü altındadır. Bunun dışında yakalanan kişi ve zapt edilen eşyanın da genel kolluğa teslim edilmesi gerekmektedir (5188 sayılı Kanun, madde 9). Özel güvenlik görevlilerine getirilen genel kolluğa bildirim ve teslim yükümlülüğü, özel güvenliğin tamamlayıcı niteliğinden kaynaklanmaktadır. Belirtildiği üzere kamu güvenliğin sağlanmasında asıl sorumlu genel kolluktur ve bu sorumluluk özel güvenlik uygulamasına başvurulsa da sona ermemekte, devam etmektedir. Bildirim ve teslim yükümlülüğünü yerine getiren özel güvenlik görevlilerinin yakalama tedbiriyle ilgili görevleri bu aşamada sona erer. Ancak genel kolluk olaya el koyduktan sonra, araştırma ve delil toplama faaliyetlerinde, özel güvenlik görevlilerinin kendilerine yardım etmesini isterse, bu halde, özel güvenlik görevlilerinin görevleri genel kolluğun gözetimi altında devam eder (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 16).

1.4.2.1.2.3. Kimlik Sorma Yetkisi

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkilerden bir diğeri kimlik sorma yetkisidir. Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini düzenleyen 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, özel güvenlik görevlilerine iki durumda kimlik sorma yetkisi tanınmıştır. Özel güvenlik görevlileri toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorabilirler (madde 7/b). Yine özel güvenlik görevlileri hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde de kimlik sorabilirler (madde 7/f).

⁶³¹ Nur Başar Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (3.Bası. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, 2008), s.166.

Kimlik sormanın birtakım hukuki sonuçları vardır. Bir kere kendilerinden kimlik sorulan kişilerin, kimlik göstermemesi halinde özel güvenlik görevlilerinin hangi yetkilere sahip olacağının irdelenmesi gerekir. Özel güvenlik görevlilerinin kimlik göstermeyen ya da gösteremeyen kişileri, korumasını üstlendikleri alana almama yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir⁶³². Özel güvenlik görevlilerinin kimlik gösteremeyen kişileri, kimlik tespiti amacıyla tutma ya da gözaltına alma yetkileri yoktur. Bu yetki 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile polisler tanınmış yetkidir (madde 4). Söz konusu hükme göre polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılınca kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır.

Özel güvenlik görevlilerinin böyle bir durumla karşılaştıklarında genel kolluğu haberdar etmek dışında bir yetkiye sahip olmadıkları kabul edilmelidir. Hatta kimliğini ibraz edemeyen kişi, özel güvenlik görevlilerince korunan alana girmek istemezse, genel kolluğun dahi haberdar edilmesine gerek yoktur. Özel güvenlik görevlilerince, kimlik gösteren kişinin, hakkında yakalama, tutuklama ya da mahkûmiyet kararı olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (d) bendi gereğince kişi hakkında yakalama işlemi yapılır.

Belirtildiği üzere özel güvenlik görevlilerine önleme araması yapılacak iki halde kimlik sorma yetkisi tanınmıştır. Bunların dışında özel güvenlik görevlilerine genel nitelikte bir kimlik sorma yetkisi verilmemiştir. 2559 sayılı Kanunla polise tanınmış güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerden kimlik sorma yetkisi (madde 9), özel güvenlik görevlilerine tanınmamıştır. Ancak uygulamada özel güvenlik görevlilerinin koruma ve güvenliğini sağladıkları alana girmek isteyenlerden de kimi zaman kimlik sorduklarına tanıklık ediyoruz.

⁶³² Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s.233.

1.4.2.1.2.4. Zor Kullanma Yetkisi

5188 sayılı Kanunla özel güvenlik görevlilerine zor kullanma yetkisi de tanınmıştır. Özel güvenlik görevlileri kendilerine verilen görevleri yerine getirmek için Kanun'da öngörülen koşullar oluştuğunda gerektiği ölçüde zor kullanabilirler. Kanun koyucu 5188 sayılı Kanunla özel güvenlik görevlilerine tanıdığı zor kullanma yetkisinin kapsamını, genel hükümlere atıf yapmak suretiyle belirlemiştir (madde 7/k). Söz konusu hükme göre özel güvenlik görevlileri Türk Medenî Kanunu'nun 981, Borçlar Kanunu'nun 52 ve Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerine göre zor kullanma yetkisine sahiptirler.

Türk Medenî Kanunu'nun 981. maddesinde zilyede, hertürlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Zilyet taşınmaz mallarını el koyanı kovmak, taşınır mallarını ise el koyanın elinden almak suretiyle zilyetliğini koruyabilir. Zilyet durumun haklı göstereceği oranda kuvvet kullanılmalıdır. Zilyede tanınan bu imkân istihdam ettiği özel güvenlik görevlilerine de tanınmıştır. Özel güvenlik görevlileri de güvenliğini sağladığı kişi ya da kuruluşlara ait taşınır ya da taşınmaz mallara olan saldırıları durumla orantılı zor kullanarak sona erdirmek yetkisine sahiptir.

Borçlar Kanunu'na göre de meşru müdafaa, ıztırar (zorunluluk) ve kendi hakkını elde etmek için kuvvet kullanılabilir. Borçlar Kanunu zorunluluk hâlini; kendisini veya başkasını bir tehlikeden ya da derhal oluşabilecek bir tehlikeden korumak için başkasının malına zarar verilmesi hali olarak belirlemiştir. Zorunluluk halinde başkasının malına zarar verme hukuka uygun bir fiildir. Borçlar hukukunda zorunluluk hali, tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak düzenlenmiştir. Zorunluluk hali, zarar vereni mutlak şekilde tazminat borcundan kurtarmaz. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği, hakîm zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarını belirler⁶³³. Bu çerçevede özel güvenlik görevlisi kendisini veya güvenliğini sağladığı yerdeki bir başkasını korumak için

⁶³³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)** (8. Bası. İstanbul: Beta, 2003), s.571.

zor kullanabilir. Özel güvenlik görevlileri ceza hukuku bakımından da zorunluluk halinde zor kullanma yetkisine sahiptirler.

Türk Ceza Kanunu'nda zorunluluk hali; “gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” biçiminde düzenlenmiştir (madde 25/2). Burada da fail, kendisine ya da başkasının bir hakkına yönelik saldırıyı, tehlikenin yöneldiği zarar ile failin davranışının oluşturduğu zarar arasında oran bulunmak kaydıyla üçüncü şahsın menfaatine zarar vererek önlemektedir⁶³⁴. Özel güvenlik görevlileri de belirtilen şartlar dâhilinde zor kullanabilirler.

Özel güvenlik görevlilerine Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi gereğince zor kullanma yetkisi veren bir diğer durum kendi hakkını korumak için zor kullanmadır. Kural olarak kişinin kendi hakkını korumak için zor kullanması yasaktır. Zira hakkın korunması devlet organları aracılığıyla gerçekleştirilir. Ancak kişinin kendi hakkını koruması için zor kullanması bazı hallerde hukuka aykırı sayılmamıştır. Buna göre devlet organlarının zamanında müdahalesi mümkün değilse ve hakkının korunması için başka araçlar yoksa kişi kuvvet kullanmak suretiyle hakkını koruyabilir ve bu durumda tazminat ödemekle yükümlü değildir. Ancak hakkını korumak için zora başvuran kimse hakkın kapsam ve niteliğinin haklı göstermediği şiddetten kaçınmak zorundadır. Aksi halde fiil hukuka aykırı kabul edilir ve tazminat sorumluluğu gündeme gelir⁶³⁵. Görüldüğü üzere burada başkasının hakkını korumak için değil, kendi hakkını korumak için zor kullanma söz konusudur. Özel güvenlik görevlilerine burada verilen zor kullanma yetkisi, güvenliğini üstlendiği kişi ve kuruluşun hakkını korumak için değil kendi hakkını korumak içindir.

⁶³⁴ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku** (2.Baskı. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, 2007), ss.54-56.

⁶³⁵ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)** (20.Bası. İstanbul: Beta, 2008), ss.147-148.

Dolayısıyla kendi hakkını kullanmak için kuvvet kullanmanın 5188 sayılı Kanun ile özel güvenlik görevlilerinin yetkileri arasında düzenlenmesi yerinde değildir. Bu hak zaten genel hükümler çerçevesinde herkese tanınmış bir hak niteliğindedir.

Özel güvenlik görevlilerine zor kullanma yetkisinin tanındığı bir diğer hâl meşru müdafaa (meşru savunma ya da yasal savunma) hâlidir. Meşru müdafaa, hem borçlar hukukunda hem de ceza hukukunda düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenidir. Borçlar kanununda meşru müdafaa ifadesine yer verilmiş, Ceza Kanunu’nda ise meşru savunma ifadesi kullanılmıştır. Borçlar Kanunu’nun 52. maddesinde meşru müdafaa halinde, saldırganın şahsına veya mallarına verilen zararın tazmin edilmeyeceği düzenlenmiştir. Ceza hukukunda ise meşru savunma, “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” biçiminde düzenlenmiştir (TCK, madde 25/1). Buna göre, failin kendisi ya da başkasına ait bir hakka yönelik haksız bir saldırı olmalıdır. Yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kişinin kendisinin ve başkalarının canına ve ırzına yönelik saldırılara karşı koymak için meşru müdafaada bulunabileceği öngörülmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise malvarlığına yönelik hakların korunması örneğinde olduğu gibi, herhangi bir hakka yönelik saldırı için de meşru savunmada bulunabileceği düzenlenmiştir. Savunmanın meşru sayılması için savunmanın zorunlu olması ve saldırı ile orantılı olması gerekir. Zorunluluk somut olaydaki şartlar değerlendirilerek, savunma ile saldırı arasındaki orantılılık ise korunan hukuki değer ve menfaatler göz önüne alınarak somut şartlara göre değerlendirilmelidir⁶³⁶. Özel güvenlik görevlisi de kendisine ya da güvenliğini sağladığı yerdeki kişilerin herhangi bir hakkına yönelik saldırıyı, başka türlü sona erdirmesi mümkün değilse, saldırı ile orantılı zor kullanmak suretiyle sona erdirme yetkisine sahiptir.

⁶³⁶ Toroslu, a.g.e., s.54.

Ceza hukuku kapsamında özel güvenlik görevlilerine zor kullanma yetkisi veren bir diğer durum görevin yerine getirilmesidir (TCK, madde 24). Görev, kanundan kaynaklanabileceği gibi (TCK, madde 24/1), emirden de kaynaklanabilir (24/2). Ceza kanununda kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Buradaki kanun ifadesi hukuk normu olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki normun mutlaka ceza kanununda yer alması gerekli olmayıp diğer kanunlarda hatta kanunda öngörülmek şartıyla düzenleyici idari işlemlerde de yer alabilir. Bu şekilde hukuk normu ile belirlenen görevi normdaki şartlara uygun şekilde yerine getiren kimsenin fiili hukuka uygun kabul edilir⁶³⁷. Özel güvenlik görevlileri de başta 5188 sayılı Kanun olmak üzere diğer kanun ya da düzenleyici idari işlemlerle kendilerine verilen görevleri yerine getirirken hukuk normu ile öngörülen şartlara ve ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek şartıyla zor kullandıkları takdirde, fiilleri hukuka uygun kabul edilir.

Özel güvenlik görevlilerinin yetkili merci tarafından verilen emri yerine getirmek amacıyla zor kullandıkları durumlarda da fiilleri hukuka uygun kabul edilir. Bu çerçevede 5188 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince genel kolluk amiri ve mülki idare amirince verilen emirleri yerine getirmek amacıyla zor kullanan özel güvenlik görevlisinin fiili hukuka uygun kabul edilir. Ancak yerine getirilen emrin hukuka uygun kabul edilebilmesi için belli şartların sağlanması gerekir. Kural olarak hukuka uygun emirler yerine getirilir.

Ancak bazı hallerde hukuka aykırı emirler de yerine getirilir. Anayasa'nın 137. maddesinde "kanunsuz emir" başlığı altında bu durum düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, kendisine hukuka aykırı emir verilen, emri yerine getirmeyen ve aykırılığı emri verene bildirir. Ancak üst emrinde ısrar eder ve yazılı olarak yenilerse emir yerine getirilir. Bu durumda emri yerine getiren sorumlu olmaz. Ancak emrin konusu suç teşkil ediyorsa, emir hiçbir şekilde yerine getirilmez. Konusu suç teşkil eden emrin yerine

⁶³⁷ Aynı, s.52.

getirilmesi halinde emri yerine getiren sorumludur. Özel güvenlik görevlilerinin yetkili merci tarafından verilen emir doğrultusunda zor kullanmaları halinde yukarıda açıklanan şartlara uygun hareket etmeleri gerekir. Konusu suç teşkil eden emirleri hiçbir şekilde yerine getirmemeleri gerekir. Aksi halde fiillerinden sorumludurlar. Hukuka aykırı emirlerde ise hukuka aykırılığı emri verene bildirmeleri gerekir. Emir yazılı olarak yinelenirse emri yerine getirirler, ancak bu durumda sorumlu değildirler. Ancak Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin son fıkrasında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Yani bazı durumlarda emrin hukuka uygun olup olmadığını emri alan denetleyemeyecektir.

Nitekim Anayasa'nın 137. maddesinin son fıkrasında da askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu durumda bile emrin biçimsel olarak yani emri verenin yetkili olup olmadığı, emrin kanunun öngördüğü şartları taşıyıp taşımadığı ve emri alanın bu emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığı açılarından hukuka uygunluğunun denetlenebileceği belirtilmektedir⁶³⁸. Özel güvenlik görevlilerinin de genel kolluk personeli gibi genel kolluk amirleri ile mülki idare amirlerinden aldıkları bazı emirlerin hukuka uygunluğunun denetimi kanun tarafından engellenmiş olabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde, özel güvenlik görevlisi emri yerine getirir, emir çerçevesinde zor kullanabilir. Bu durumda fiilinden kendisi değil emri veren sorumlu olacaktır. Ancak belirtildiği üzere özel güvenlik görevlisinin de emrin hukuka uygunluğunu biçimsel yönden denetlemesi yerinde olacaktır.

1.4.2.1.2.5. Silah Bulundurma, Taşıma ve Kullanma Yetkisi

Özel güvenlik görevlileri silah taşıma yetkisine sahiptirler. 5188 sayılı Kanun'da hangi koruma ve güvenlik hizmeti için kullanılacak ateşli silahın miktar

⁶³⁸ Aynı, ss.52-53.

ve özelliğini belirleme yetkisini özel güvenlik komisyonuna vermiştir (madde 8). Kanun koyucu bazı yerlerde silahlı özel güvenlik hizmeti verilmesini yasaklamıştır. Buna göre; eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılması mümkün değildir. Yine özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde de özel güvenlik görevlileri silahlı olarak görev yapamazlar (5188 sayılı Kanun, 8. maddenin 2. fıkrası) .

5188 sayılı Kanun’a göre koruma ve güvenlik hizmetinde kullanılacak silah ve teçhizatın, ilgili kişi veya kuruluş tarafından temin edilmesi gerekmektedir. Özel güvenlik şirketlerinin ateşli silah almaları ve bulundurmaları yasaklanmıştır. Ancak kanun koyucu, özel güvenlik şirketlerine, para ve değerli eşya nakli, geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere, özel güvenlik eğitimi veren kurumlara ise silah eğitiminde kullanılmak üzere, komisyonun kararı ve valinin onayı ile silah alma, kullanma ve taşıma izni verilebileceğini öngörmüştür (8. maddenin son fıkrası).

Görüldüğü üzere silah bulundurma ve taşıma yetkisi, özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini düzenleyen 7. maddede değil 8. maddede düzenlenmiş ve başlığında “silah kullanma” ifadesi yer almamıştır. Ancak özel güvenlik görevlilerinin 5188 sayılı Kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirmeleri bağlamında özellikle de zor kullanma yetkisi çerçevesinde silah kullanma yetkisine sahip olduklarının kabulü gerekir. Yine genel kolluk amirleri ve mülki idare amirlerinin emri altında görev yaptıklarında da tıpkı genel kolluk personeli gibi silah kullanma yetkisine sahip olduklarının ve bu yetkiye getirilen sınırlamalara tâbi olduklarının kabulü gerekir⁶³⁹. Bu çerçevede 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda silah kullanma yetkisini düzenleyen 16. maddenin irdelenmesi gerekir. Söz konusu hükme göre polis;

⁶³⁹ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s.219.

- 1- Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,
- 2- Bedenî kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,
- 3- Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir. Ancak silah kullanma yetkisinin, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁶⁴⁰ da belirtildiği gibi zorunlu durumlarda, öncelikle başka yöntemlerle tehlikenin savuşturulması mümkünse öncelikle bu yöntemlere başvurulması gerekir. Bu yöntemlere başvurulmadan silah kullanma yetkisinin kullanılması yaşama hakkının ihlali sayılmalıdır.

⁶⁴⁰ AYM, 06.01.1999, E.No:1996/68, K.No:1999/1,

<<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1999/K1999-01.htm>>, (02.03.2009).

5188 sayılı Kanun’da tüm özel güvenlik görevlilerinin değil bazılarının silahlı olarak görev yapmaları düzenlenmiş ve bu görevliler için daha önce belirtildiği üzere, eğitim ve çalışma izni açısından daha sıkı şartlar öngörülmüştür. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde koruma ve güvenliğin sağlanmasında fiziki önlemlere ve güvenlik cihazlarına öncelik verileceği, bunun dışında canlılar üzerinde kalıcı etkisi olmayan kimyasalların da kullanılacağını (madde 24) düzenlenmek suretiyle silahlı korumanın istisnai özelliği vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm gereği, görevin niteliği gereği bu tedbirler yeterli değilse ancak özel güvenlik komisyonu silah kullanımına izin verecektir. Yine Uygulama Yönetmeliğine göre yarı otomatik tabancalarla av silahları kullanılabileceği gibi (madde 24) Genelkurmay Başkanlığı’nın görüşü alınmak suretiyle uzun namlulu silahların kullanılmasına da özel güvenlik komisyonunca karar verilebilir (madde 26).

1.4.2.2. Özel Güvenlik Görevlisi Olma Şartları

Özel güvenlik görevlisi olmak için gerekli şartlar 5188 sayılı Kanun’un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar vatandaşlık, yaş, eğitim, mahkûmiyet ve sağlık durumuna ilişkin şartlardır.

1.4.2.2.1. Vatandaşlık Şartı

5188 sayılı Kanun’da özel güvenlik görevlisi olabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Vatandaşlığın kazanım şekli önemli değildir. Özel güvenlik görevlisi çalışma izninin talep edildiği anda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekir. Vatandaşlığın sonradan kaybedilmesi çalışma izninin iptal sebebidir (5188 sayılı Kanun, madde 10).

Yabancı kişilerin durumu özel güvenlik şirketlerini düzenleyen 5188 sayılı Kanun’un 5. maddesinde düzenlenmiş; özel güvenlik görevlisi olma şartlarını düzenleyen 10. maddede düzenlenmemiştir. Daha önce açıklandığı üzere yabancılara Türkiye’de özel güvenlik şirketi kurmaları mümkündür. Bunun dışında yabancı bir şirket tarafından Türkiye’de özel güvenlik hizmeti verilmesi (5188 sayılı Kanun, madde 5) ve yabancı kişilerin özel güvenlik kurumlarında uzman eğitici olarak istihdam edilmeleri (5188

sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 11) mümkündür. Her üç hal de mütakabiliyet esasına tâbidir.

1.4.2.2.2. Yaş Şartı

Özel güvenlik görevlisi olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak gerekir. Ancak silahlı görev yapacak özel güvenlik görevlisi ile silahsız özel güvenlik görevlisi arasında yaş bakımından ayırım yapmak gerekir.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 24. maddesinde ateşli silah taşıyacak özel güvenlik görevlilerinde, 6136 sayılı Kanun ve bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte belirtilen şartların aranacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan 2005/42 sayılı Genelgede silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin yirmi bir yaşın üzerinde olmaları öngörülmüştür. Zira söz konusu genelgede de belirtildiği üzere 5188 sayılı Kanun'da yaş sınırı bulunmamakla birlikte, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'a ilişkin aynı adla çıkarılan Yönetmeliğin 4. maddesinin 1 inci fıkrasına göre silah bulundurma ruhsatı verilebilmesi için yirmi bir yaşını doldurmuş olmak gerekir. Sonuç olarak silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlileri için on sekiz yaşını doldurmak yeterliyken, silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin yirmi bir yaşını doldurmuş olmaları gerekir.

1.4.2.2.3. Eğitim Şartı

Özel güvenlik görevlisi olmak için öngörülen şartlardan bir diğeri de eğitim durumuna ilişkindir. Kanun koyucu eğitim şartı bakımından da silahlı özel güvenlik personeli ile silahsız özel güvenlik personeli arasında ayırım yapmıştır. Söz konusu ayırım hem eğitim durumuna, hem de özel güvenlik eğitimine ilişkindir.

5188 sayılı Kanun silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlileri için en az sekiz yıllık ilköğretim ya da ortaokul mezunu olma şartını aramaktadır. Silahlı özel güvenlik personelinin ise en az lise veya dengi okul mezunu olması gerekmektedir.

Burada yapılan ayırım, kanun koyucunun silah kullanma gibi önemli bir yetki kullanan personelin daha yetkin olması gerektiği düşüncesinin sonucudur. Söz konusu ayırım özel güvenlik eğitiminde de yapılmaktadır. Şöyle ki; silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlileri için yirmi saatlik silah ve atış eğitimi zorunlu değildir. Silahsız özel güvenlik görevlileri için yüz saatten az olmamak üzere alacakları eğitim yeterlidir. Silahlı özel güvenlik görevlilerinin ise yirmi saati silah ve atış eğitimi, yüz saati ise özel güvenlik temel eğitiminden oluşmak üzere, yüz yirmi saatlik eğitim almaları zorunludur (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 33).

Belirtmek gerekir ki 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik görevlisi adaylarının, özel güvenlik eğitimi derslerine devam zorunluluğu öngörülmüştür. Buna göre adayların özel güvenlik eğitimi süresince verilen derslerin en az üçte ikisine devamı zorunludur. Özel eğitim kurumlarınca, kursun sonunda adayların derslere devam durumunu gösteren devam çizelgesi düzenlenir. Kabul edilebilir bir özrü bulunmaksızın derslerin %10 undan fazlasına devam etmeyenlerin kursla ilişkisi kesilir (madde 35).

Özel güvenlik temel eğitiminde okutulacak dersler, asgari ders saatleri, uzman öğreticilerin nitelikleri 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 11 no-lu ekindeki tabloda gösterilmiştir⁶⁴¹. Özel güvenlik görevlilerinin çalışma alanlarına göre ders programları farklılaşabilmektedir⁶⁴². Yine özel güvenlik görevlilerinin çalışacakları

⁶⁴¹ Bu dersler şunlardır: Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları (20 saat), Güvenlik Tedbirleri (20 saat), Güvenlik Sistem ve Cihazları (5 saat), Temel İlk Yardım (10 saat), Yangın Güvenliği ve Tabii Felaketlerde Müdahale Tarzı (8 saat), Etkili İletişim (12 saat), Kalabalık Yönetimi (10 saat), Genel Kollukla İlişkiler (4 saat), Uyuşturucu Madde Bilgileri (2 saat) ve Silah Bilgisi ve Atış (20 saat).

⁶⁴² 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde havalimanı ve havaalanlarında istihdam edilecek özel güvenlik görevlilerinin Sivil Havacılık Güvenliği ile Uyuşturucu Madde Bilgileri derslerini, deniz limanlarında istihdam edilecek özel güvenlik görevlilerinin ise ISPS Kod. çerçevesinde Deniz Limanı Güvenliği ve Uyuşturucu Madde Bilgileri derslerini almak zorunda oldukları düzenlenmiştir (madde 33/3).

kuruluş ve tesislerin özelliğine göre, eğitim kurumunca, programa ilave konular dâhil edilebilecektir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 33).

Belirtmek gerekir ki daha önce açıklandığı üzere kanun koyucu özel güvenlik eğitiminden muaf kategoriler yaratmıştır. 5188 sayılı Kanun, genel kolluk kuvvetinden ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekli olanlar ile en az beş yıl fiilen bu görevlerde çalıştıktan sonra kendi istekleriyle görevlerinden ayrılmış olanlarda, görevlerinden ayrıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle özel güvenlik temel eğitimi şartı aranmayacağını öngörmüştür (madde 11). Görüldüğü üzere genel kolluk ve Milli İstihbarat Teşkilatında çalışmış olanlar için sınırsız bir muafiyet değil emeklilik ya da isteğe bağlı görevden ayrılmadan itibaren beş yıl süreyle tanınmış bir muafiyet söz konusudur. Kanun koyucu tarafından beş yıllık süre için özel güvenlik temel eğitimi şartı aranmaması bu personelin zaten güvenlik alanında görev yapmasından dolayı gerekli bilgi ve deneyimi haiz olduğu düşüncesine dayanan bir muafiyettir. Ancak belirtildiği üzere ayrıldıkları kurumlarıyla kişisel ilişkilerinin canlı olma olasılığı yüksek bu kişilere ilişkin sınırlayıcı düzenleme getirilmemesi denetimin etkin yapılamaması riskini taşımaktadır.

Nitekim bu risk 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin yapılan değişiklikle⁶⁴³ somutlaşmıştır. Yönetmeliğin 25. maddesine eklenen fıkra ile genel kolluk kuvvetinden ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekli olanlar ile en az beş yıl fiilen bu görevlerde çalıştıktan sonra kendi istekleriyle görevlerinden ayrılmış olanlara, taşıma ruhsatlı silahlarını özel güvenlik komisyonundan izin almak şartıyla, özel güvenlik hizmetlerinde kullanma imkanı sağlanmıştır. Bu kişiler silahlarını görev alanı sınırlamasına tâbi olmaksızın taşıyabileceklerdir. Bu durum özel güvenlik görevlileri içinde farklı statüde, görev alanı sınırlamasına tâbi olmadan silah taşıyabilecek yeni bir özel güvenlik görevlisi kategorisi yaratmıştır.

⁶⁴³ Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik, madde 8, **R.G.**, 26.09.2009, Sayı: 27358.

Özel güvenlik temel eğitimine ilişkin kanun koyucunun öngördüğü ikinci muafiyet üniversitelerin güvenlik fakülte veya meslek yüksek okullarından mezun olanlara ilişkindir. Bu kişilerden mezun oldukları tarihten itibaren beş yıl süreyle silah eğitimi hariç özel güvenlik temel eğitimi şartı aranmayacaktır (5188 sayılı Kanun, madde 14, 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 17).

Kanun koyucu özel güvenlik temel eğitimine ilişkin dolaylı şekilde bir muafiyet daha öngörmüştür. Şöyle ki daha önce belirtildiği üzere, 5188 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte 2495 sayılı Kanun'a göre kurulmuş olan özel güvenlik teşkilâtlarına özel güvenlik izni, özel güvenlik görevlilerine de beş yıl süreyle çalışma izni verilmiş sayılacağı öngörülmüştür (5188 sayılı Kanun, geçici madde 1). Dolayısıyla 2495 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilen özel güvenlik görevlileri, özel güvenlik temel eğitimi almaksızın görev yapabileceklerdir. Söz konusu düzenleme kanun koyucunun kazanılmış hakları koruma iradesinin sonucudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kazanılmış hakların korunması için getirilen bu düzenleme ile 2495 sayılı Kanun kapsamındaki özel güvenlik görevlilerine beş yıl süre için çalışma izni verilmesini, eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır⁶⁴⁴. Anayasa Mahkemesine göre;

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

2495 sayılı Yasa'ya göre oluşturulan güvenlik teşkilatları kamu ya da özel kuruluşların bünyelerinde yapılanan birimlerdir. Özel güvenlik teşkilatlarının önceden beri faaliyette bulunmaları ve teşkilat personeli olarak bu Yasa'ya göre eğitilmiş ve belli bir statü almış özel güvenlik görevlileri için kazanılmış haklarının korunması düşüncesi ile 5188 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesinde özel güvenlik teşkilatlarına özel güvenlik izni, özel güvenlik

⁶⁴⁴ AYM, 20.03.2008, E.No: 2007/92, K.No: 2008/85, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ%5CK2008%5C/k2008-85.htm>>, (10.06.2009).

görevlilerine de beş yıllık çalışma izni verilmiştir. Buna göre geçici 1. madde kapsamındakilerle, 5188 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra 11. maddedeki koşulları yerine getirip ilk kez çalışma izni alarak özel güvenlik görevlisi olacaklar aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz

Kanun koyucu 2495 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilen özel güvenlik görevlileri için lise mezunu olma şartını da aramamaktadır (5188 sayılı Kanun, geçici madde 2). Ancak beş yıllık çalışma izni süresinin sonunda, 2495 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin, çalışma izninin yenilenmesinde özel güvenlik yenileme eğitimi almaları gerektiğine kuşku yoktur.

Özel güvenlik temel eğitimi alanların eğitim sonunda girecekleri sınavda başarılı olarak “özel güvenlik eğitimi sertifikası” almaları gerekmektedir. Özel güvenlik temel eğitimi ile yenileme eğitimini tamamlayanlar yazılı ve silahlı özel güvenlik eğitimi almışlarsa uygulamalı sınava tâbi tutulacaklardır. Yazılı sınav soruları, merkezi sınav komisyonunca hazırlanacak ve sınav illerde yapılacaktır. Uygulamalı sınav ise yine illerde valilik tarafından görevlendirilecek üç personelden oluşan uygulamalı sınav komisyonlarınca yapılacaktır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 36). Yazılı sınav, konuların tümünü kapsayacak şekilde eğitim konularının ağırlığına göre hazırlanan yüz soruluk birinci kısım ile silah bilgisinin ölçüldüğü yirmi beş soruluk ikinci kısımdan oluşur. Sorular çoktan seçmeli olarak hazırlanır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 37). Uygulamalı sınavda adayların atış becerileri ölçülür ve yazılı sınavdan hemen sonra yapılır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 38).

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 39. maddesinde sınav sonuçlarının nasıl değerlendirileceği belirtilmiştir. Buna göre, silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin, sadece yazılı sınavın yüz soruluk birinci kısmındaki soruları cevaplamaları ve yüz puan üzerinden altmış puan almaları gerekmektedir. Silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin ise yazılı sınavın yüz soruluk birinci kısmı ile yirmi beş soruluk ikinci kısmındaki soruları cevaplamaları gerekir. Yazılı sınavın birinci kısmı yüz, ikinci kısmı ise elli puan üzerinden değerlendirilir. Uygulamalı sınav ise elli puan üzerinden değerlendirilir. Silahlı eğitim almış adayların başarı puanları yüz puanlık yazılı sınavın birinci kısmı ile ellişer puanlık silah bilgisi ve uygulamalı

sınavların toplamı olan yüz puan üzerinden hesaplanır. Silahlı eğitim almış adayların başarılı sayılmaları için bu iki puan ortalamasının en az altmış, her iki kısım puanının ise en az elli olması şartı aranır.

Bu şekilde özel güvenlik eğitim sertifikasını alan adaylara diğer koşulları da taşıyorlarsa beş yıl süreyle çalışma izni verilir. Beş yıllık çalışma izninin bitmesi üzerine, çalışma izninin yenilenebilmesi için özel güvenlik görevlilerinin özel güvenlik yenileme eğitimi sertifikası almaları gerekir. Yenileme eğitimi altmış ders saatinden oluşur. Derslerin eğitim konularındaki son gelişmeleri ve yargı içtihatlarını kapsamı gerekir. Yenileme eğitiminin on ders saati silah eğitimine ayrılır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 34). Yani silahsız özel güvenlik görevlileri elli saatlik özel güvenlik yenileme eğitimi alırlarken silahlı özel güvenlik görevlileri altmış saatlik özel güvenlik yenileme eğitimi almaktadırlar. Yenileme eğitimi sonrasında da sınav yapılmaktadır ve başarının belirlenmesinde yani sınavların değerlendirilmesinde yukarıda açıklanan özel güvenlik temel eğitimine uygulanan hükümler dikkate alınır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 39).

1.4.2.2.4. Mahkûmiyet Durumuna İlişkin Şart

5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin, görevleriyle ilgili işledikleri suçlar nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı, görevleri dolayısıyla kendilerine karşı suç işleyenlerin de kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir (madde 23). Ceza uygulaması bakımından özel güvenlik görevlilerini kamu görevlisi gibi ele alan kanun koyucu özel güvenlik görevlisi olmak ile devlet memuru olmak arasında da mahkûmiyet durumu bakımından denklik kurmuştur. Şöyle ki; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen genel şartlar (madde 48/A-5) arasında yer alan mahkûmiyet durumu ile 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (d) bendinde öngörülen mahkûmiyet durumuna ilişkin şart aynıdır. Söz konusu şart belirtildiği üzere özel güvenlik şirketi kurucu ve yöneticileri için de aranmaktadır. Söz konusu hükme göre özel güvenlik görevlilerinin; "Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile

devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kamunun sağlığına karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarından mahkûm olmama”ları gerekmektedir.

1.4.2.2.5. Sağlık Durumuna İlişkin Şart

Özel güvenlik görevlilerinin fiziksel ve ruhsal sağlığının görevlerini yerine getirmelerine elverişli olması gerekmektedir. Nitekim 5188 sayılı Kanun’un 10. maddesinin (f) bendinde görevin yapılmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı ile özürlü bulunmamak şartı öngörülmüştür. Özel güvenlik görevlisi çalışma izni almak için yapılacak başvurulara eklenmesi gereken belgelerden biri de fiziksel ve ruhsal sağlığının yerinde olduğunu belgeleyen sağlık raporudur (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 17). Çalışma izninin yenilenmesi için de yeniden sağlık raporu alınması gerekmektedir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 19). 5188 sayılı Kanun’da öngörülmemekle birlikte Yönetmelikte çalışma izninin yenilenmesi için yeniden sağlık raporu alınma zorunluluğunun öngörülmesi yerinde bir düzenlemedir. Zira özel güvenlik görevlilerinin başlangıçta taşımaları gereken şartları göreve devam ettikleri sürece her zaman taşımaları gerekmektedir.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde sağlık şartları ve sağlık raporunun özellikleri özel olarak düzenlenmiştir (madde 18). Buna göre sağlık raporunun bir hastaneden ya da yeterli bir sağlık kuruluşundan alınması ve “özel güvenlik görevlisi

olur” ibaresini taşıması gerekmektedir. Sağlık raporunun; psikiyatri, nöroloji, göz, kulak-burun-boğaz ve ortopedi kliniğinde yapılacak muayeneleri kapsamaması gerekir⁶⁴⁵.

İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan 2005/42 sayılı Genelgede silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin kendilerinden 6136 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı doğrultusunda kamuya ait sağlık kuruluşlarından alınacak “silahlı özel güvenlik görevlisi olur” ibareli sağlık raporu isteneceği düzenlenmiştir. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte silah taşıma veya bulundurma ruhsatı almak isteyenlerden, silah taşımalarında veya bulundurmalarında psikolojik, nörolojik veya fiziki rahatsızlıklar bakımından sakınca bulunmadığına dair doktor raporu isteneceği belirtilmiştir (madde 15).

Görüldüğü üzere 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik görevlisi olmak için istenen sağlık raporu da zaten bu hususları kapsamaktadır. Dolayısıyla Genelge ile aranan “silahlı özel güvenlik görevlisi olur” ibareli sağlık raporunun ayrı bir içeriği yoktur.

1.4.2.2.6. Özel Güvenlik Görevlisi Çalışma İzninin Alınması

Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecek kişilerin 5188 sayılı Kanun’un 10. maddesinde sayılan koşulları sağlamaları yanında, ayrıca çalışma izni

⁶⁴⁵ Yönetmelikte sağlık raporunun kapsamı ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre muayeneler şu hususları kapsamalıdır;

Psikiyatri: Psikiyatrik bir hastalık veya kişilik bozukluğu (Psikopati); alkol ve uyuşturucu bağımlılığı olmamak

Nöroloji: Özel güvenlik hizmetini yerine getirmesine engel teşkil edebilecek nörolojik rahatsızlığı olmamak

Göz: Körlük, gece körlüğü veya renk körlüğü olmamak,

Kulak Burun Boğaz (KBB): Özel güvenlik hizmetini yapmasını engel teşkil edebilecek işitme kaybı olmamak

Ortopedi: Kas veya iskelet sisteminde ileri derecede hareket kısıtlılığı olmamak.

almaları gerekmektedir. Çalışma izni 5188 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; çalışma izni, silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerine haklarında valilikçe yapılacak güvenlik soruşturması sonucunun olumlu olması üzerine, silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlilerine ise haklarında yine valilikçe yapılacak arşiv araştırması sonucuna göre verilir. Güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının bir ay içinde tamamlanması gerekir. Çalışma iznini vermeye yetkili makam valilik olup, valilik bu izni beş yıllığına verir. Beş yılın sonunda çalışma izninin yenilenebilmesi için yukarıda açıklandığı üzere özel güvenlik yenileme eğitimini başarıyla tamamlamış olmak ve yapılacak güvenlik soruşturması sonucunun olumlu olması gerekmektedir.

İçişleri Bakanlığınca çıkarılan Güvenlik Soruşturmaları Hakkındaki Genelgede⁶⁴⁶, güvenlik soruşturmasında uyulacak esaslar, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğine⁶⁴⁷ göre belirlenmiştir. Yönetmelikte arşiv araştırması; kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının mevcut kayıtlardan saptanması olarak tanımlanmıştır (madde 4/f). Güvenlik soruşturması ise; kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlâki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesi olarak tanımlanmıştır (madde 4/g) .

Söz konusu Yönetmelik kapsamında haklarında arşiv araştırması ya da güvenlik soruşturması yapılacaktır; gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile askeri, emniyet,

⁶⁴⁶ 27.04.2005 tarih 2005/32 sayılı genelge için bkz. <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-32.doc>>, (03.03.2009).

⁶⁴⁷ **R.G.**, 12.04.2000, Sayı:24018.

istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel olarak belirlenmiştir (madde 8). Gizlilik dereceli birim ve kısımlar ise, gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin bulunduğu bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarındaki makam sıralaması olarak tanımlanmıştır (madde 4/b). Görüldüğü üzere haklarında güvenlik soruşturması ya da arşiv araştırması yapılacaklar gizlilik dereceli bakanlık ya da kamu kurum ve kuruluşlarının birimleri ile askeri, emniyet, istihbarat teşkilatları ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalıştırılacak personeldir. 5188 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilecek özel güvenlik görevlileri söz konusu yönetmelik kapsamında yer almamakla birlikte, özel güvenlik görevlilerinin yerine getirecekleri görevin hassasiyeti⁶⁴⁸ ile kolluk güçleri tarafından yürütülen faaliyete yakınlığı ve bu faaliyeti tamamlayıcı niteliği⁶⁴⁹ nedenleriyle güvenlik soruşturması gerekli görülmektedir. Zaten 5188 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkan 2495 sayılı Kanun kapsamında kamuya ya da özel hukuk kişilerine ait kurum ve kuruluşlarda istihdam edilen özel güvenlik görevlileri hakkında da güvenlik soruşturması yapılmaktaydı (madde 15).

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 17. maddesinde çalışma izni için yapılacak başvurulara hangi belgelerin ekleneceği düzenlenmiştir⁶⁵⁰. Yönetmelik hükmünde güvenlik soruşturmasının özel güvenlik eğitime devam ederken de yaptırılabilceği, bu durumda başvuruda özel güvenlik temel eğitimi sertifikasının istenmeyeceği düzenlenmiştir.

Başvuru sahiplerinden, haklarında yapılacak güvenlik soruşturması olumlu olanlara 5188 sayılı Kanun'un 24. maddesinde öngörülen ruhsat harcını yatıranlara beş yıl süreyle geçerli “özel güvenlik görevlisi kimlik kartı” verilir. Kimlik kartında çalışma

⁶⁴⁸ Karan, **a.g.m.**, s. 432.

⁶⁴⁹ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s. 184.

⁶⁵⁰ Yönetmeliğe göre özel güvenlik görevlisi çalışma izni için yapılacak başvurulara eklenmesi gereken belgeler şunlardır: Diploma fotokopisi, T.C. kimlik numarası, adli sicil kaydı, dört adet vesikalık fotoğraf, sağlık raporu ve özel güvenlik temel eğitimi sertifikası.

izin süresi belirtilir. (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 17). Kimlik kartında özel güvenlik görevlisinin adı ve soyadı ile silahlı ya da silahsız olduğu da belirtilir (5188 sayılı Kanun, madde 12).

Özel güvenlik görevlilerinin, özel güvenlik görevlisi olmak için aranan şartlardan birini kaybetmesi halinde çalışma izinleri iptal edilir (5188 sayılı Kanun, madde 11). Kanun'da çalışma iznini iptal etmeye yetkili makam belirtilmemiştir. Ancak 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde çalışma izninin valilikçe iptal edileceği düzenlenmiştir (madde 17). Yönetmelikte belirtilmeseydi de çalışma izninin yetkide paralellik ilkesi gereğince valilikçe iptal edileceği sonucuna varılabilirdi.

2. ÖZEL GÜVENLİK FAALİYETLERİNDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU

2.1. Özel Güvenliğin Denetimi

2.1.1. Denetimin Dayanağı

Devletin asli görevlerinden olan iç güvenliğin sağlanmasından İçişleri Bakanlığı sorumlu olduğundan İçişleri Bakanlığı ve temsilcisi sıfatıyla valilikler bu idari faaliyetin asli sorumlusu olarak özel güvenlik sektörünü denetlemeye yetkilidirler.

5188 sayılı Kanun ile özel hukuk kişilerinin güvenlik alanında faaliyet göstermesine izin verilmektedir. Ancak özel hukuk kişilerinin bu alandaki faaliyeti idarenin sıkı denetimi altında mümkündür. Belirtildiği üzere gerek özel güvenlik hizmetlerinden yararlanmak için gerekse özel güvenlik eğitim kurumu ve özel güvenlik şirketi kurmak için önceden izin almak gerekmektedir. Egemenliğe ilişkin faaliyetlerden olan kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devri mümkün değildir. Ancak özel hukuk kişilerinin zor kullanma tekeline sahip devletin vereceği izne dayanarak güvenlik alanında faaliyet göstermeleri de mümkün kabul edilmektedir. Güvenlik hizmetinin özel hukuk kişilerine

izin usulü ile gördürüldüğü durumlarda idarenin hizmetin asli sorumlusu olmasından dolayı geniş bir denetim ve gözetim yetkisi vardır⁶⁵¹.

Nitekim bir kamu hizmeti olan güvenlik hizmetinin idarenin vereceği izinle özel hukuk kişilerine gördürülmesi halinde de idare, bu denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. İdare tek yanlı olarak gerekli tüm tedbirleri alır⁶⁵². İdare kamu düzenin gerekli kıldığı hallerde yapacağı denetim sonucunda verilen izni iptal edebilir ve bu iptal nedeniyle kazanılmış hak iddiasında da bulunulamaz⁶⁵³.

Bu çerçevede 5188 sayılı Kanun ile kanun koyucu idareye, özel güvenlik alanında faaliyette bulunanları denetleme ve bu denetim sonucunda yaptırım uygulama yetkisi vermiştir. Denetim yetkisi 22. maddede özel olarak düzenlenmekle birlikte, aslında özel güvenlik izni ve özel güvenlik şirketleri ve eğitim kurumları için faaliyet izni alınması aşamasından itibaren her aşamada idarenin denetim yetkisini kullanması söz konusudur.

2.1.2. Denetim Yapmaya Yetkililer

Özel güvenlik uygulamasını denetlemeye yetkili makamlar: kaymakamlık, valilik ve İçişleri Bakanlığıdır. Ancak 5188 sayılı Kanun'un 22. maddesinde denetim yapma yetkisinin İçişleri Bakanlığı ve valiliklere ait olduğu düzenlenmiş, kaymakamlıklar denetim yapmaya yetkili merciler arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte, 5188 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilk fıkrasında mülki idare amirlerinin havalimanı, liman, gümrük, gar ve istasyon gibi yerler ile spor müsabakalarının, sahne gösterilerinin ve benzeri etkinliklerin yapıldığı yerlerdeki özel güvenlik tedbirlerini denetlemeye ve kamu güvenliğinin gerektirdiği hallerde ek önlemler aldirmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

⁶⁵¹ Günday, **a.g.e.**, s. 327.

⁶⁵² Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, s.356.

⁶⁵³ Yıldırım, **İdari Yargı**, s.200.

Görüldüğü üzere kanun koyucu mülki idare amirlerinin, belirtilen alanlarda özel güvenlik tedbirlerini denetleme ve kamu güvenliğinin gerektirdiği durumlarda ek önlemler aldırma yetkisine sahip olduklarını düzenlemiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise kamu güvenliğinin sağlanması yönünden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile vali ve kaymakamlara verilen yetkilerin saklı olduğu belirtildikten sonra, bu yetkilerin kullanılması durumunda özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personelinin, mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğu öngörülmüştür. Bu düzenleme, 5442 sayılı Kanun kapsamında genel ve özel kolluk teşkilatının amiri sıfatıyla vali (madde 11/A) ve kaymakamların (32/A) sahip oldukları yetkilerin birinci fıkra da sayılı alanlarla sınırlı olmaksızın her yerde kullanılacağı izlenimini vermektedir.

Nitekim 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde de mülki idare amirlerinin yetkileri özel olarak düzenlenmiştir (madde 13). Buna göre, mülki idare amirlerinin herhangi bir alan sınırlamasına tâbi olmadan, özel güvenlik uygulama ve tedbirlerini denetlemeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Elbette ki mülki idare amirlerinin kolluk teşkilatının amiri sıfatıyla, kamu güvenliğinin gerektirdiği durumlarda özel güvenlik görevlilerine de emir verebileceklerinin kabulü gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki 6. madde, ilk fıkra da belirtilen alanlarla sınırlı olarak mülki idare amirlerinin sahip oldukları yetkileri düzenlemektedir ve 22. maddeye göre özel düzenleme niteliğindedir. 6. maddenin ikinci fıkrası ise genel kollukla özel güvenlik arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Genel kolluk özel güvenlik ilişkisini düzenleyen bu hükmün 6. maddede yer alması kanun sistematigi açısından yerinde değildir. Söz konusu düzenlemenin özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini düzenleyen 7. maddede yer alması gerektiği söylenebilir⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, s. 254.

2.1.3. Denetimin Kapsamı

5188 sayılı Kanun'da denetim yapmaya yetkililerle denetlenecek kuruluşlar düzenlenmiş; ancak denetimin mahiyeti, usul, esas ve kapsamı düzenlenmemiş, bu konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (madde 22). Kanun koyucu denetimin kapsamını düzenlenmemekle birlikte, amacı dışında faaliyet gösterdiği veya suç kaynağına dönüştüğü tespit edilen şirketlerin ve özel eğitim kurumlarının faaliyet izninin iptal edileceğini öngörmek suretiyle denetlenecek hususlardan önemli saydıklarını düzenlemiştir.

Bunun dışında denetlenecek hususlar 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Buna göre; İçişleri Bakanlığı ve valilikler, 5188 sayılı Kanun ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğini, yasak uygulama ve davranışların bulunup bulunmadığını ve amaç dışında faaliyet gösterilip gösterilmediğini tespit etmek amacıyla, özel güvenlik şirketlerini, özel güvenlik birimlerini ve özel eğitim kurumlarını her zaman denetleyebileceklerdir (madde 43). 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde denetimin kapsamını düzenleyen 44. maddeye göre İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin denetleyecekleri konular şunlardır;

- Faaliyet izninin ve personelin çalışma izinlerinin geçerli olup olmadığı,
- Özel güvenlik görevlileri için mali sorumluluk sigortasının yaptırılıp yaptırılmadığı,
- Üçüncü kişilere verilen koruma ve güvenlik hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediği ve bu sözleşmelerin zamanında valiliğe bildirilip bildirilmediği,
- Görev alanına uyulup uyulmadığı,
- Silah ve teçhizatın ruhsatlı olup olmadığı ve bunların usulüne uygun korunup korunmadığı,
- Kayıt ve defterlerin usulüne uygun tutulup tutulmadığı,

- Eğitim hizmetlerinin Yönetmelik hükümlerine uygun yürütülüp yürütülmediği,
- Kanun ve Yönetmeliğin diğer hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı,
- Amaç dışında faaliyet gösterilip gösterilmediği.

Görüldüğü üzere 5188 sayılı Kanun'da denetim konusunda düzenlenen amaç dışında faaliyet gösterilmesi hususu (madde 22), 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde de denetlenecek hususlar arasında sayılmıştır. Denetlenecek hususlar arasında yer alan amaç dışında faaliyet gösterilmesi halinin somutlaştırılması gerekmektedir. 5188 sayılı Kanun'da amaç dışında faaliyet gösterilmesi hususu, özel güvenlik şirketleri ve özel güvenlik eğitim kurumları için öngörülmüştür. Buna göre, amacı dışında faaliyet gösteren özel güvenlik şirketleri ve özel güvenlik eğitim kurumlarının faaliyet izni iptal edilecektir. Bu şekilde faaliyet izni iptal edilen şirket ve kurumlarının, kurucu ve yöneticileri bir daha özel güvenlik şirketi ve özel güvenlik eğitim kurumlarında kurucu ve yönetici olmayacaklardır (madde 22).

Kanun koyucu amacı dışında faaliyetten ne anlamak gerektiğini düzenlememiştir. Ancak bilindiği gibi özel güvenlik şirketlerinin amacı, üçüncü kişilere koruma ve güvenlik hizmetleri sunmaktır. Özel güvenlik eğitimi veren kurumların amacı ise özel güvenlik görevlileri ile yönetici adaylarına özel güvenlik temel eğitimi, özel güvenlik görevlileri ve yöneticilerine ise özel güvenlik yenileme eğitimi vermektir.

Özel güvenlik şirketi ile özel güvenlik eğitim kurumlarının bu amaçların dışına çıkarak faaliyet göstermeleri, bunların amaçları dışında faaliyet gösterdiği şeklinde değerlendirilmelidir. Bu konudaki takdir yetkisi İçişleri Bakanlığı ve valiliklere aittir. Ancak düzenleyici işlemlerle amacı dışında faaliyetin kapsamı belirlenmek suretiyle uygulamada birlik sağlanmalıdır. Belirtildiği üzere 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde denetimin kapsamı içinde amaç dışında faaliyet de düzenlenmiş fakat bu ifade somutlaştırılmamıştır.

Diğer yandan İçişleri Bakanlığı uygulamada karşılaştığı bazı örnekler üzerinden, amaç dışında faaliyetten ne anlamak gerektiğini ortaya koymuştur. İçişleri Bakanlığı özel güvenlik şirketlerinin kendi personel ve güvenlik teçhizatları dışında, güvenlik üniformalarının ticaretini yapmalarını amaç dışında faaliyet olarak ele almıştır⁶⁵⁵. Özel güvenlik eğitim kurumlarının kendi eğitim kurumlarından eğitim almış kişilere iş bulmayı vaat etmek özel güvenlik eğitim kurumlarının kuruluş amaçlarından olmadığından, iş garantili eğitim verdiğini ilan eden, bu yolla kursiyer toplayan eğitim kurumlarının bu durumu amacı dışında faaliyet olarak değerlendirilmektedir⁶⁵⁶. Yine kişilere eğitim vermeden eğitimi tamamlamış gibi bildirimde bulunan, eğitim müfredatı kapsamı dışında ve faaliyet amacı dışında farklı içerikte eğitim veren özel güvenlik eğitim kurumlarının bu faaliyetinin, amacı dışında faaliyet göstermek kapsamında değerlendirileceği öngörülmüştür⁶⁵⁷.

5188 sayılı Kanun'un denetimi düzenleyen 22. maddesinde yer alan özel güvenlik şirketleri ile özel güvenlik eğitim kurumlarının suç kaynağına dönüşmesi hali 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde denetlenecek hususlar arasında yer almamıştır. Söz konusu Yönetmelikte yer almasa da özel güvenlik şirketleri ile özel güvenlik eğitim kurumlarının suç kaynağına dönüştüğünün tespiti halinde, 5188 sayılı Kanun gereğince bunların faaliyet izni iptal edilecektir (madde 22). Ancak bunun için, bir özel güvenlik şirketi ya da özel güvenlik eğitim kurumunun hangi andan itibaren suç kaynağına dönüştüğünün tespiti gerekir.

Bu konuda mevzuatta bir açıklık yoktur. Denetimi yapacak İçişleri Bakanlığı ve valilikler bu hususu takdir edeceklerdir. Belirtildiği üzere suç kaynağına dönüşme halinin mahkeme kararlarına dayandırılması yerinde olacaktır. Ayrıca hukuk devleti

⁶⁵⁵ <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/emiryazilar/20070618-107593.doc>>, (03.03.2009).

⁶⁵⁶ <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/emiryazilar/20070716-123264.doc>>, (03.03.2009).

⁶⁵⁷ 2005/42 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesinin 2005/117 Sayılı Genelge ile değiştirilmiş hükmü <<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-117.doc>>, (03.03.2009).

ilkesinin somutlaşmış ifadesinden biri olan, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu öngören Anayasa'nın 125. maddesi gereğince İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin bu tespiti dayalı olarak yapacakları faaliyet izninin iptali işlemine karşı yargı yoluna başvurmak mümkündür. 5188 sayılı Kanun'un 19. maddesinde öngörülen adli suçlardan; çalışma izni verilmeyen kişilerin istihdamı (c bendi) ve özel güvenlik mali sorumluluk sigortasını yaptırmadan özel güvenlik görevlisi istihdamı (d bendi) suçunun süreklilik arz edecek şekilde işlenmesi halinin suç kaynağına dönüşme olarak yorumlanması mümkündür. Ancak bu halde de süreklilik halinden ne anlamak gerektiğinin ortaya konması gerekir ki yukarıda da belirtildiği üzere bu hususun tespitinde yine İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin takdir yetkisi gündeme gelecektir. Suç kaynağına dönüşme halinin İçişleri Bakanlığı ve her bir valilikçe farklı yorumlanma ihtimali eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara neden olacaktır. Bu nedenle konunun uygulamada birliğin sağlanması için İçişleri Bakanlığınca çıkarılan Özel Güvenlik Şirketleri, Eğitim Kurumları ve Birimlerinin Denetlenmesinde Gözetilecek Esaslar hakkındaki 2006/47 sayılı Genelgede düzenlenmesi yerinde bir çözüm olurdu.

2.1.4. Denetimin Kişi Bakımından Konusu

5188 sayılı Kanun'un denetimi düzenleyen 22. maddesinde İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin, özel güvenlik birimlerini, özel güvenlik şirketlerini ve özel güvenlik eğitimi veren kurumları denetlemeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Ancak denetime tâbi kişi ve kuruluşlar bunlarla sınırlı değildir. 22. maddede özel güvenlik görevlilerini denetleme yetkisinden bahsedilmese de özel güvenlik görevlilerinin yükümlülükleri konusunda bahsedildiği üzere özel güvenlik görevlilerinin yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıkları da denetlenebilir. Bu denetim sonucunda yükümlülüklerine uygun davranmayan özel güvenlik görevlilerinin çalışma izinleri iptal edilmektedir.

2.1.4.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Denetimi

Özel güvenlik görevlilerinin yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde haklarında uygulanacak disiplin cezaları 5188 sayılı Kanun'da öngörülmemiştir. Bu eksiklik 2005/42 sayılı Genelge ile giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu Genelgede

özel güvenlik görevlilerinin çalıştığı kurumun mevzuatına ve iş hukukuna tâbi oldukları düzenlenmiştir.

Özel güvenlik görevlilerinin yükümlülüklerinin neler olduğu ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ele alındığından bu başlık altında özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinin yer, zaman ve amaç bakımından sınırları ile bu yetkilerin tâbi oldukları anayasal sınırların neler olduğu incelenecektir.

2.1.4.1.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Yer ve Zaman Bakımından Sınırı

Özel güvenlik görevlilerinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dışında denetlenecek bir diğer husus, yetkilerinin sınırlarına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki özel güvenlik görevlileri kendilerine verilen yetkileri ancak görev alanlarında kullanabilirler. Özel güvenlik görevlilerinin görev alanı içinde yetkilerini kullanmaları kimlik kartı takma şartına bağlanmıştır. Özel güvenlik görevlileri, görev alanı ve görev süresi içinde kimlik kartı takmak zorundadırlar. Aksi halde 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinde sayılan yetkilerini kullanamazlar (5188 sayılı Kanun, madde 12). Özel güvenlik görevlilerine getirilen görev alanı ve süresince üniforma giyme zorunluluğu da 5188 sayılı Kanunla verilen yetkilerin kimler tarafından kullanılacağına ilişkin üçüncü kişilerce bilinmesini sağlamaya yöneliktir (madde 13). Nitekim 5188 sayılı Kanun üniformanın görev alanı ve süresi içinde giyileceğini düzenleyerek, özel güvenlik görevlilerinin, görev alanı dışında üçüncü kişilerde görevli oldukları kanısı oluşturmak suretiyle kendilerine verilen yetkileri kullanmalarının önüne geçmek istemiştir.

Görev alanı, özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinin, yer yönünden sınırını oluşturur. Bu bakımdan kanun koyucu taşıdığı öneme istinaden, görev alanını özel olarak düzenlemiştir. İçişleri Bakanlığı ve valiliklerce yapılacak denetim (5188 sayılı Kanun, madde 22) kapsamında denetlenecek hususlardan biri de görev alanına uyulup uyulmadığının tespiti olarak belirlenmiştir (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 44). Belirtildiği üzere görev alanı 5188 sayılı Kanun'da özel olarak

düzenlenmiştir (madde 9). Buna göre; özel güvenlik görevlileri 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinde sayılan yetkilerini, ancak görev alanında ve görev süresi içinde kullanabilirler. Söz konusu düzenlemeye rağmen 7. maddenin haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama yetkisini düzenleyen (d) bendi ile tabii afet hallerinde ve imdat istenmesi halinde işyeri ve konutlara girme yetkisini düzenleyen (e) bendinde, görev alanı ifadesine özel olarak yer verilmiştir. Söz konusu ifade yer almasa da, 5188 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince bu yetkilerin ancak görev alanında kullanılacağı açıktır.

Genel kolluk personeli olan polise verilen görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, suç önleme, el koyma, sanık ve suç delillerini tespit, koruma ve yetkili kolluğa teslim yetkileri, özel güvenlik görevlilerine verilmemiştir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda, polisin görevli olduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşına, hizmet yerine ve olay anında görevli olup olmadığına bakılmaksızın söz konusu yetkilere sahip olduğu düzenlenmiştir (ek madde 4).

Özel güvenlik görevlileri de bir suçla karşılaştığında suça el koymak, suçun devamını önlemek, sanığı tespit ve yakalama ile olay yerini ve suç delillerini muhafaza ve yetkili genel kolluğa teslim etmekle görevli ve yetkilidir. Özel güvenlik görevlileri, genel kolluğun olaya el koymasından itibaren araştırma ve delil toplama faaliyetine, genel kolluğun talebi halinde yardımcı olurlar. Ancak belirtmek gerekir ki özel güvenlik görevlileri, sadece görev alanlarında suça el koyabilirler (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 16).

Görev alanını özel olarak düzenleyen 5188 sayılı Kanun'da, özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini ancak görev alanında ve görev süresi içinde kullanacağı düzenlendikten sonra, silah taşıma yetkisi ayrıca düzenlenmiştir (madde 8). Buna göre, özel güvenlik görevlileri silahlarını görev alanı dışına çıkaramazlar. Özel güvenlik görevlisinin bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi de idari para cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır. Özel güvenlik görevlilerinin yükümlülükleri konusunda da belirtildiği üzere bu yükümlülüğe uymayan yani silahını görev alanı dışında kullanan özel güvenlik

görevlisinin çalışma izni bir daha özel güvenlik görevlisi olmamak üzere iptal edilecek ve hakkında idari para cezası uygulanacaktır (5188 sayılı Kanun, madde 20/a).

Görev alanı, özel güvenlik görevlilerince koruma ve güvenlik hizmetinin yerine getirileceği alandır. Kanun koyucu bazı koruma ve güvenlik hizmetleri için görev alanını ayrıca belirlemiştir. Buna göre; işlenmiş bir suçun sanığı veya suç işleyeceğinden kuvvetle şüphe edilen kişinin takibi, dışarıdan yapılan saldırılara karşı tedbir alınması, para ve değerli eşya nakli, kişi koruma ve cenaze töreni gibi güzergâh ifade eden durumlarda güzergâh boyu görev alanı sayılır. Görüldüğü üzere takip gerektiren ya da hareket halinde sunulan koruma ve güvenlik hizmetleri için görev alanı, güzergâh boyu olarak belirlenmiştir (madde 9).

Görev alanını belirleme yetkisine sahip olan özel güvenlik komisyonu (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 6/e), zorunlu hallerde görev alanını genişletme yetkisine de sahiptir (5188 sayılı Kanun, madde 9). Kanun'da zorunlu hallerin neler olduğu belirtilmemiştir. Özel güvenlik komisyonu somut duruma göre görev alanının genişletilmesini gerektirecek bir zorunluluk olup olmadığına karar verecektir.

Özel güvenlik görevlilerinin sahip oldukları yetkilerin zaman bakımından sınırlı, görevli oldukları süre oluşturur. Nitekim görev alanını düzenleyen 5188 sayılı Kanun'un 9. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini, görevli oldukları süre içinde görev alanında kullanabilecekleri düzenlenmiştir. Yani özel güvenlik görevlileri 5188 sayılı Kanunla kendilerine verilen yetkileri ancak görevli oldukları süre içinde kullanabilirler.

Özel güvenlik görevlilerinin bu yetkileri kullanabilmeleri için öncelikle göreve başlamaları gerekir. Yani özel güvenlik çalışma izni alanlar bu izni almakla 5188 sayılı Kanun'da düzenlenen yetkileri kullanmazlar. Özel güvenlik çalışma izni alanların bir gerçek kişi, kamu tüzelkişisi ya da özel hukuk kuruluşlarından biri tarafından istihdam edilmeleri gerekir. Bu şekilde istihdam edilen özel güvenlik görevlileri kendilerine verilen yetkileri ancak görevli oldukları süre içinde kullanabilirler. İzinli oldukları ya da görevli olmadıkları zamanlarda yetki kullanamazlar. 2559 sayılı Kanun ile polise

verilen, görevli olduğu mülki sınırlar içinde, görevli olmadığı zaman dahi suç önleme, suça el koyma, sanık ve suç delillerini tespit ve yetkili kolluğa teslim yetkileri özel güvenlik görevlilerine verilmemiştir (ek madde 4). Özel güvenlik görevlilerinin kendilerine verilen yetkileri kullanabilmeleri görevli olmaları şartına bağlanmıştır.

2.1.4.1.2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Amaç Bakımından Sınırı

Kanun koyucu özel güvenliği, kamu güvenliğinin tamamlayıcısı olarak ele almıştır. Dolayısıyla özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerin amacı, üstlendikleri yer ve kişilerin koruma ve güvenliklerinin sağlanmasıdır. Bu amaçla kendilerine gerek idari gerekse adli kolluk yetkileri verilmiştir. Görev alanlarında güvenliği sağlamak amacı taşıyan yetkilerin, bu amaç dışında başka amaçlarla kullanılması mümkün değildir. Örneğin özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerin korumasını üstlendikleri şirketlerin alacaklarının tahsili ya da siyasi bir oluşumun silahlı gücü şeklinde kullanılmaları mümkün değildir. Bu amaçlarla kurulan özel güvenlik birimleri ile istihdam edilen özel güvenlik görevlilerini, kamu güvenliğini sağlamada kolluk güçlerinin yardımcısı olarak değil suç örgütü olarak nitelemek gerekir. Böyle bir örgütlenmeyi de hiçbir devlet hoş görmez.

Özel güvenlik şirketlerine getirilen sadece koruma ve güvenlik alanında faaliyette bulunma yükümlülüğü yani bu alanlardan başka alanlarda faaliyette bulunma yasağı da aslında bu sınırlamayla yakından ilgilidir. Zira bu yükümlülük ya da yasak ile özel güvenlik şirketlerinin, bir yandan koruma ve güvenlik alanında uzmanlaşmaları hedeflenmişken bir yandan da bu şirketlerin güvenlik amacı dışında başka özel çıkarların gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılmasının önüne geçmek istenmiştir.

2.1.4.1.3. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkilerinin Anayasal Sınırları Bakımından Denetimi

Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini kullanırken tâbi olduğu bir diğer sınırlama genel kolluğun da tâbi olduğu anayasal sınırlardır (Anayasa, madde 13). Bu çerçevede özel güvenlik görevlilerinin tâbi olduğu en önemli sınırlamayı ölçülülük

ilkesi teşkil etmektedir. Zira bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin gerek idareye gerekse yasama organına karşı korunmasında en etkili anayasal sınır olduğu gibi bu ilkenin idare hukukundaki en etkin uygulama alanı da kolluk faaliyetleridir⁶⁵⁸. Özel güvenlik görevlileri de yetkilerini kullanırlarken bu ilkeye uygun davranmak zorundadırlar.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerle somutlaşan hukuk devletinde, bu hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında göz önünde tutulması gereken ilkelerin başında gelmektedir. Zira bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin daha güvenceli bir sisteme kavuşturulmasına olanak sağlar. Zaten ölçülülük ilkesinin pozitif temeli de hukuk devleti ilkesidir⁶⁵⁹. Gerçekten de ölçülülük ilkesi hem kanun koyucu hem de idare tarafından uyulması zorunlu anayasal ilke niteliğindedir.

Nitekim Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüştür. Anayasal değerdeki ölçülülük ilkesi, savaş, sıkıyönetim, seferberlik ve olağanüstü hallerde de geçerlidir. Zira anayasa koyucu, savaş, sıkıyönetim, seferberlik ve olağanüstü hallerde de temel hak ve özgürlüklerin ancak durumun gerektirdiği ölçüde yani ölçülülük ilkesine uygun şekilde kısmen veya tamamen durdurulabileceği düzenlenmiştir (Anayasa, madde 15).

Ölçülülük ilkesi anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışıyla anayasa hukukunda kabul görmüş bir ilke olmakla birlikte, bu ilkenin asıl uygulama alanı idare hukukudur⁶⁶⁰. İdare hukukunda kolluk alanında uyulması zorunlu ilke niteliğindedir. Zira idare kolluk faaliyetleri ile yani kamu düzeninin sağlanması amacıyla temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Buradan hareketle kolluk faaliyetlerinin, idareyle toplumu temel

⁶⁵⁸ Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük ilkesi** (Ankara: Seçkin, 2002), s.71.

⁶⁵⁹ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü** (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), ss.112 ve 118.

⁶⁶⁰ Sağlam, **a.g.e.**, s.117.

hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getiren faaliyet olduğu söylenebilir⁶⁶¹. Kamu güvenliğinin sağlanmasında tamamlayıcı nitelikteki özel güvenlik faaliyetinin de temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiğine şüphe yoktur. Örneğin özel güvenlik görevlilerine verilen arama yetkisi, Anayasa’da güvence altına alınmış özel hayatın gizliliği (Anayasa, madde 20) ve konut dokunulmazlığına (Anayasa, madde 21), yakalama yetkisi Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliğine müdahale teşkil etmektedir.

Ölçülülük ilkesi; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli, sınırlama amacı için gerekli olmasını ve araçla amaç arasında ölçüsüz bir oranın bulunmamasını ifade eder⁶⁶². Bu tanımlamada ölçülülük ilkesinin unsurları gereklilik (zorunluluk), elverişlilik ve orantılılık olarak ele alınmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda⁶⁶³ bu unsurları şu şekilde ifade etmiştir;

”İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik” sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”

⁶⁶¹ Günday, **a.g.e.**, s.259.

⁶⁶² Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku** (Ankara: Yetkin yayınları,) s. 63.

⁶⁶³ AYM, 23.06.1989, E.No:1988/50, K.No:1989/27, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-27.htm>>, (14.01.2010).

Anayasa Mahkemesi verdiği bir başka kararda⁶⁶⁴ silah kullanma yetkisini ölçülülük ilkesi çerçevesinde ele almıştır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'na eklenen Ek 2. maddede yer alan terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler şeklindeki hükmü Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle iptal etmiştir;

“Dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.”

Anayasa Mahkemesi kararlarında geçen elverişlilik unsuru, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını, zorunluluk unsuru, elverişli sınırlama aracının en yumuşak olanına başvurulmasını, orantılılık unsuru ise sınırlamayla elde edilecek yarar arasında bir ölçü bulunmasını ifade eder⁶⁶⁵.

Danıştay da özellikle disiplin cezaları alanında ölçülülük ilkesini, uygulamaktadır⁶⁶⁶. Ancak Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesi, bazen açıkça ifade edilmekte⁶⁶⁷ bazen de

⁶⁶⁴ AYM, 06.01.1999, E.No:1996/68, K.No:1999/1, <<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1999/K1999-01.htm>>, (14.01.2010).

⁶⁶⁵ Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda...**, ss.36-38.

⁶⁶⁶ **Aynı**, s.130.

⁶⁶⁷ Ölçülülük ilkesinin açıkça ifade edildiği kararlar için bkz. Dan. 8.Daire, 18.12.2002, E.No:2002/3302, K.No:2002/6029, Dan. 10.Daire, 05.12.2003, E.No:2002/6116, K.No:2003/4808, <www.danistay.gov.tr>, (14.01.2010).

orantılılık ilkesi ile ifade edilmektedir⁶⁶⁸. Danıştay tetkik hakimince idari yaptırımlar konusunda ölçülülük ilkesinin ne anlama geleceği şu şekilde ifade edilmiştir;

“Ölçülülük ilkesi, kamu düzenini bozan veya bozmaya yönelmiş eylemlere uygulanacak yaptırımın, bu düzeni korumaya veya bozulmuş ise yeniden tesis etmeye yetecek kadar olmasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle, yasaklanmış davranış ile uygulanacak yaptırım arasında makul bir orantının bulunması gerekir. Bu nedenle, kanunda kullanılan "gerekli her türlü tedbir" ifadesini, ölçülülük ilkesi çerçevesinde anlamak ve uygulamak gerekir.”⁶⁶⁹

Kolluk alanında etkin koruma sağlayan ölçülülük ilkesinin, kanun koyucu tarafından kolluk yetkileri verilen özel güvenlik görevlilerince de uyulması zorunlu ilke olduğuna şüphe yoktur. Zaten özel güvenlik görevlilerine verilen yetkileri düzenleyen bazı normlarda ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Örneğin zor kullanma yetkisi veren meşru savunma ve zorunluluk hallerini düzenleyen normların yapısında ölçülülük ilkesine yer verilmiştir⁶⁷⁰. Meşru savunma ve zorunluluk halinde faile işlediği fiilden dolayı ceza verilmemesi için fiilin, saldırı ile orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir (TCK, madde 25). Bu çerçevede ölçülülük ilkesi gereğince her şeyden önce özel güvenlik görevlilerinin kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde yetkilerini kullanmaları gerekir. Bu koşullar gerçekleşmeden yetki kullanılması halinde yapılan işlem ya da eylem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacağı gibi ölçülülük ilkesine de aykırı olacaktır.

Yine polisin zor kullanma yetkisi ile silah kullanma yetkisini düzenleyen normda da ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanununun 16. maddesinde polisin görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde direnişi kırmak amacıyla ve direnişi kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkili olduğu düzenlendikten sonra direnişi kırmada kademeli olarak artan oranda bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiği takdirde silah kullanabileceği öngörülmüştür. Yani polis öncelikle bedeni kuvvet kullanacak bundan sonuç alamazsa maddi güce başvuracak bundan da

⁶⁶⁸ Dan. 12.Daire, 26.12.2006, E.No:2003/3174, K.No:2006/6690, <www.danistay.gov.tr>, (14.01.2010).

⁶⁶⁹ Dan. 13.Daire, 26.04.2005, E.No:2005/149, K.No:2005/2325, <www.danistay.gov.tr>, (14.01.2010).

⁶⁷⁰ Sağlam, **a.g.e.**, s.121.

sonuç alamazsa en son çare olarak kanuni şartlar oluşmuşsa silah kullanabilecektir. Bu düzenleme paralelinde Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliğinin⁶⁷¹ 25. maddesinin (c) fıkrasında dağıtma kararı verilen toplantı ve gösteri yürüyüşünde, bu emre karşı toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında gösterilen cebir ve şiddet veya tehdit veya saldırı veya karşı koyma derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılacağı düzenlenmiştir.

Polisin belirtilen sırayı izlememesi örneğin doğrudan silah kullanması hukuka aykırı bir eylem teşkil eder ve hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelir. Polisin zor ve silah kullanma yetkisini düzenleyen söz konusu hükümde, bedeni kuvvet ve maddi gücün neyi ifade ettiği belirlenmiştir. Buna göre bedeni kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni güç, maddi güç ise polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçları olarak tanımlanmıştır.

Polis, bedeni kuvvet ya da maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direnişleri kırmak amacıyla, meşru savunma ya da tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla silah kullanabilir. Tüm bu hallerde polis amacı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde silah kullanabilir. Örneğin hakkında tutuklama kararı bulunan kaçan kişiyi hayati olmayan organlarını hedef alarak yakalamak mümkünken, doğrudan hayati organına ateş edilmesi, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur. Zor ve silah kullanma yetkilerine sahip özel güvenlik görevlileri de polis için öngörülen bu sınırlamalara tâbidir.

⁶⁷¹ R.G., 30.12.1982, Sayı: 17914.

2.1.4.2. Özel Güvenlik Hizmeti Sunanlar ve Hizmetten Yararlananların Denetimi

Özel güvenlik hizmetinden yararlanacak gerçek kişilerin denetimi ile özel güvenlik hizmetinden yararlanan yerlerin denetimi de 22. maddede yer almamıştır. Bilindiği üzere silahlı özel güvenlik personeli istihdam etmek suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanacak gerçek kişiler 5188 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilir ve bu kişilerin özel güvenlik hizmetinden yararlanabilmeleri için özel güvenlik izni almaları gerekir. Özel güvenlik birimi kurmak yerine özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle özel güvenlik hizmetinden yararlanan kurum ve kuruluşların da denetime tâbi olduklarının kabulü gerekir. Çünkü bu kurum ve kuruluşların da özel güvenlik hizmetinden yararlanabilmeleri için özel güvenlik izni almaları gerekmektedir. İdare tek yanlı bir işlemle verdiği bu izin üzerinde denetim yetkisine sahiptir.

Nitekim denetimde gözetilecek esasları belirleyen 2006/47 sayılı Genelgenin başlığında yer almasa da, 5188 sayılı Kanun çerçevesinde korunan gerçek kişilerle özel güvenlik hizmetinden yararlanan kurum ve kuruluşların da denetleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu Genelgenin 4 sayılı ekinde yer alan denetleme formunda özel güvenlik hizmetinden yararlanan yerlerin, 5 sayılı ekinde yer alan denetleme formunda ise gerçek kişilerin korunmasında denetlenecek hususların neler olduğu belirtilmiştir. Denetlenecek hususlar arasında yer alanların bazıları, denetlenecek gerçek kişilerle, özel güvenlik şirketinden güvenlik hizmeti satın alan kurum ve kuruluşları ilgilendirmektedir.

Denetlenecek hususlar arasında yer alan, özel güvenlik izninin olup olmadığı, koruma ve güvenlik hizmetinin satın alındığı şirketle sözleşme yapılıp yapılmadığı, özel güvenlik görevlisinde ateşli silah mevcut ise demirbaşa kaydedilip silah bulundurma ruhsatının alınıp alınmadığı, bu silahların devir teslimlerinin defterlere düzenli olarak işlenip işlenmediği, ateşli silahların görev dışında usulüne uygun muhafaza edilip edilmediği ve bunların bakımının yapılıp yapılmadığı konuları doğrudan güvenlik hizmetinden yararlanan gerçek kişilerle kurum ve kuruluşları ilgilendirmektedir.

Denetlenecek konuların bir bölümü ise özel güvenlik şirketlerini ilgilendirmektedir. Bu konular şunlardır; şirketin hizmet vermeye başlamasından en geç bir hafta önce gerekli bildirimde bulunup bulunmadığı, şirketin hizmet verdiği yerde çalışanların çalışma izinlerinin bir örneğini hizmet verdiği yere verip vermediği, özel güvenlik görevlileri için özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırılıp gerekli bildirimlerin yapıp yapılmadığı, istihdam edilen ve işten çıkartılan özel güvenlik görevlileri ile ilgili gerekli bildirimlerin yapıp yapılmadığı, özel güvenlik görevlilerinin kıyafet ve teçhizatları için ilgili makamdan onay alınıp alınmadığı, koruma ve güvenlik planının yapıp otuz gün içinde valiliğe bildirilip bildirilmediği, özel güvenlik görevlisi ile yapılan iş sözleşmesinin dosyasında olup olmadığıdır.

Bunlar dışında özel güvenlik şirketleri için denetlenecek hususlar şunlardır; şirketin faaliyet izninin olup olmadığı, şirket faaliyet alanının koruma ve güvenlikle sınırlı olup olmadığı, şirketin faaliyet izninde belirtilen adreste faaliyet gösterip göstermediği, faaliyet iznindeki şirket yöneticilerin görev yapıp yapmadığı ile hisse devirleri ile şirket şubeleri konusunda ilgili makamlara bildirimde bulunulup bulunulmadığıdır.

Denetlenecek konuların önemli bir bölümü ise özel güvenlik şirketlerini ilgilendirmektedir. 2006/47 sayılı Genelgenin 1 sayılı ekinde yer alan denetleme formu özel güvenlik şirketlerine ilişkindir. Özel güvenlik birimleri konusunda denetlenecek hususlar 2006/47 sayılı Genelgenin 2 sayılı ekinde yer alan formda özel güvenlik eğitim kurumlarına ilişkin olanlarsa 3 sayılı ekinde yer alan formda belirtilmiştir. Denetleme formlarında yer alan hususlar gerek 5188 sayılı Kanun'da gerekse 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik şirketleri, eğitim kurumları ve birimleri için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin tespitine ilişkindir. Belirtmek gerekir ki denetlenecek hususlar denetleme formunda yer alanlarla sınırlı değildir. Zaten tüm denetleme formlarında formda belirtilenler dışında herhangi bir aksaklık ya da eksiklik bulunup bulunmadığının tespiti de yer almaktadır.

2.1.5. Denetimde Uygulanacak Usul Kuralları

Güvenlik hizmetinin yürütülmesinin asli sorumlusu sıfatıyla İçişleri Bakanlığı ile ildeki temsilcisi niteliğindeki valilikler özel güvenlik hizmeti kapsamında kişi ve kuruluşları belli zamanlarda değil her zaman denetlemeye yetkilidirler. Nitekim 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde, İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin özel güvenlik şirketlerini, özel güvenlik birimleri ve özel güvenlik eğitim kurumlarını her zaman denetleyebilecekleri düzenlenmiştir (madde 43). 2006/47 sayılı Genelgede denetimin yılda en az bir kere ve gerek duyuldukça her zaman yapılacağı belirtilmiştir (genel esaslar, 1). Böylece toplumsal yaşamda önemli yer tutan güvenlik alanında faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin yılda en az bir kez denetimi sağlanmıştır.

Denetim sonucunda tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için öncelikle ilgili kişi, kurum, kuruluş ve şirketlere süre verilmesi Kanun'da öngörülmüş ancak verilecek süre belirtilmemiştir (madde 22). İlgililerin verilen süre içinde eksiklikleri gidermeleri gerekmektedir. Verilen süre içinde eksiklikler giderilmediği takdirde 5188 sayılı Kanun'un 19 ve 20. maddelerinde öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde verilecek sürenin yedi günden az olamayacağı düzenlenmiştir. Denetim sonucunda düzenlenen raporun bir sureti denetlenen birimin dosyasında muhafaza edilecek, diğer sureti valiliğe, ilgisine göre bir sureti de Bakanlığa sunulacaktır. Denetim sonucunda tespit edilen eksiklikler ilgili kişi, kurum, kuruluş ve şirkete de yazılı şekilde bildirilerek bu eksiklikleri gidermesi için eksikliğin niteliğine göre asgari yedi gün süre verilecektir (madde 45). Görüldüğü üzere buradaki süre asgari süredir. Denetimi yapacaklar eksikliğin durumuna göre verilen süreyi takdir edeceklerdir. İlgililer bu süre sonunda eksiklikleri gidermezlerse ya da denetim sonucunda tespit edilen fiilin konusuna göre, haklarında 5188 sayılı Kanun'da öngörülen cezalar uygulanır (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 45). İdari para cezalarının uygulanmasından önce ise yine yedi günden az olmamak üzere ilgili kişi ve kuruluşlara savunma süresi verileceği hüküm altına alınmıştır (madde 46).

Görüldüğü üzere 19. maddede düzenlenen adli cezaların uygulanmasından önce süre verileceği Yönetmelikte düzenlenmemiştir. Bu durum cezai yaptırımların uygulanması adli makamların görevine girmesi nedeniyle idarenin süre verme yetkisi olmamasından kaynaklanmaktadır⁶⁷². İdari yaptırımlar uygulanmadan önce idare kural olarak ilgililere süre verilebilir. Böylece yaptırım uygulanmaksızın eksiklik ve aksaklıkların giderilmesi sağlanmış olur. Ancak idarenin ilgililere süre verebilmesi için yasal izne ihtiyaç vardır. İdari yaptırım uygulanmadan önce eksikliklerin giderilmesi amacıyla ilgililere süre verilmesi konusunda açık bir yasal düzenleme yoksa yargı yerleri yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin uyarılması zorunluluğunu kabul etmemektedir⁶⁷³. Bu nedenle amacı dışında faaliyet gösteren ya da suç kaynağına dönüşen özel güvenlik şirketleri ile özel güvenlik eğitim kurumlarına süre verilmeksizin doğrudan faaliyet izni yaptırımı uygulanabilir.

Nitekim 5188 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde Gözetilecek Esaslar hakkında İçişleri Bakanlığınca çıkarılan 2005/42 sayılı Genelgede eksikliklerin giderilmesi için verilecek sürenin niteliğini açıklayan 15. maddede, 5188 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Zaten bazı durumlarda verilen süre içinde eksiklik ya da aksaklığın giderilmesi de mümkün olmayabilir. Örneğin suç kaynağına dönüştüğü tespit edilen bir kurum veya kuruluşun bunu verilen süre içinde düzeltmesi fiilen mümkün değildir. Yine göreve başlayan özel güvenlik görevlilerinin onbeş gün içinde valiliğe bildirim yükümlülüğü yerine getirilmemişse bunun için süre verilmesine gerek yoktur. Denetim sırasında böyle durumlarla karşılaşıldığında ilgili kurum ve kuruluşlara süre verilmeksizin kanunda öngörülen yaptırımlar uygulanabilecektir.

⁶⁷² Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss. 196-197.

⁶⁷³ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.765.

2.1.6. Denetimin Hukuki Sonuçları

Yapılan denetim sonucunda tespit edilen özel güvenlik hukukuna ilişkin mevzuata aykırı uygulamaların konusu suç teşkil ediyorsa 5188 sayılı Kanun'un 19. maddedeki cezalar, konusu suç teşkil etmemekle birlikte idari para cezasını gerektiriyorsa 20. maddedeki cezalar uygulanacaktır.

2.1.6.1. Adli Yaptırımlar

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince 5188 sayılı Kanun'un 19. maddesinde bu Kanun kapsamında suç olarak kabul edilen fiillerle uygulanacak cezalar tek tek sayılmıştır. Anayasa'nın 38. maddesine göre; "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez (...) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur". 5188 sayılı Kanun'da öngörülen suç ve cezalar şunlardır;

- a) Bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen özel güvenlik iznini almadan özel güvenlik görevlisi istihdam eden kişiler veya kuruluşların yöneticileri üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.
- b) Bu Kanunun 5. maddesinde belirtilen faaliyet iznini almadan özel güvenlik faaliyetinde bulunan şirketlerin kurucu ve yöneticilerine, bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen izni almadan özel güvenlik birimi oluşturan kurum ve kuruluşların yöneticileri, bu Kanunun 14. maddesinde belirtilen izni almadan özel güvenlik eğitimi veren kurum ve kuruluşların yöneticileri, üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu şekilde cezalandırılan kişiler, özel güvenlik şirketlerinde ve özel güvenlik eğitimi veren kurumlarda kurucu ve yönetici olamazlar.
- c) Bu Kanunun 11. maddesine göre çalışma izni verilmeyen kişileri özel güvenlik görevlisi olarak istihdam eden kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yetkilileri, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu kişilerin silâhlı olarak çalıştırılmış olması hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır. Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.
- d) Bu Kanunun 21. maddesinde belirtilen özel güvenlik mali sorumluluk sigortasını yaptırmadan özel güvenlik görevlisi istihdam eden kişi; kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticileri istihdam ettikleri her kişi için yüzelli gün adli para cezası ile cezalandırılır.
- e) Bu Kanunda belirtilen faaliyet iznini almadan özel güvenlik hizmeti veya özel güvenlik eğitimi verdiğini ilân eden veya reklam yapan kişi; kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticileri, altı aya kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu suç olarak nitelendirdiği fiiller için hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri şeklinde cezalar öngörmüştür. Adli cezalar ancak adli makamlarca verilir. Yukarıda belirtilen eksiklik ve aksaklıkların tespit edilmesi halinde idari makamların, öngörülen adli cezaların verilebilmesi için yetkili cumhuriyet savcısına başvurmaları gerekir. Bu aşamadan sonra ceza muhakemesi hukuku kuralları uygulanmak suretiyle adli cezalar hakkında karar verilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere suç oluşturan bir fiili tespit eden idari makamların savcılığa başvurmak yerine, 5188 sayılı Kanun'un 22. maddesinde öngörülen süreyi vermek suretiyle aksaklık ya da eksikliğin giderilmesini sağlama gibi bir yetkisi yoktur⁶⁷⁴.

2.1.6.2. İdari Yaptırımlar

5188 sayılı Kanun'un 20. maddesinde idari para cezasını gerektiren fiillerle uygulanacak cezalar şunlardır;

- a) 17. maddede belirtilen grev yasağına uymayan, ateşli silâhını bu Kanuna aykırı veya görev alanı dışında kullanan veya özel güvenlik kimlik kartını başkasına kullandıran özel güvenlik görevlisine bin Türk Lirası idari para cezası verilir ve bu kişilerin çalışma izni valilikçe iptal edilir. Bu kişiler bir daha özel güvenlik görevlisi olamazlar.
- b) Diğer kişi, kurum ve kuruluşlara sağlanacak özel güvenlik hizmetini 5. maddede belirtilen süre içinde ilgili valiliğe bildirmeyen özel güvenlik şirketlerine her bildirim için bin Türk Lirası,
- c) 6. madde uyarınca mülki idare amirlerince istenen ilave tedbirleri almayan kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticilerine ikibin Türk Lirası,
- d) 22. madde gereğince tespit edilip giderilmesi istenen eksiklikleri gidermeyen kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticilerine ikibin Türk Lirası,
- e) Özel güvenlik görevlisini koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka bir işte çalıştıran kişi, kurum ve kuruluşlara her eylemleri için bin Türk Lirası,
- f) 11. maddenin ikinci fıkrasında göreve başlayan özel güvenlik görevlisinin onbeş gün içinde valiliğe bildirimini ile 12. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen işten ayrılan özel

⁶⁷⁴ Ayaydın, **5188 Sayılı Özel Güvenlik...**, ss.196-197.

güvenlik görevlilerinin onbeş gün içinde valiliğe bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenlere bin Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

İdari para cezasını gerektiren fiillerle bu fiillere verilecek idari para cezalarını düzenleyen madde hükmü bu cezaları vermeye yetkili makamı da belirlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre idari para cezaları mahalli mülki amir tarafından verilecektir. 5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği idari para cezalarının nasıl uygulanacağını düzenlemiştir (madde 46). Buna göre, ilgili kişi ve kuruluşa en az yedi gün süre verilerek savunması istenecek, savunması yeterli görülmeyenlere ilçelerde kaymakamın, illerde valinin onayı ile idari para cezası verilecektir. Para cezası verilmesine ilişkin onaylar yedi gün içinde ilçelerde mal müdürlüklerine, illerde defterdarlığa gönderilir. İdari para cezaları o yerin valilik veya kaymakamlığının bildirimi üzerine 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığınca tahsil edilecektir.

Görüldüğü üzere idari para cezası idari makamlarca ve idari işlemlerle verilmektedir. Dolayısıyla adli cezalar gibi kesin hüküm niteliğinde olmadığından bu cezaların iptali istemiyle dava açmak mümkündür. Yine idari para cezasını gerektiren fiiller için kanunilik ilkesi daha yumuşatılmıştır. Şöyle ki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre, karşılığında idari yaptırım uygulanacak kabahat fiillerinin neler olduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kapsam ve koşullarını belirleyen kanun hükmünün içeriğinin, idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması da mümkündür. Ancak bu fiiller karşılığında verilecek cezanın türü, süresi ve miktarı ise ancak kanunla düzenlenebilir (madde 4).

5188 sayılı Kanun kapsamında verilen idari para cezaları Kabahatler Kanunu'na tâbidir. Kabahatler Kanununda karşılığında idari yaptırım uygulanan haksızlıklar, kabahat olarak belirlenmiş (madde 2) ve kanun yollarına karşı hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, bunun dışındaki genel hükümlerin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren tüm fiiller hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir (madde 4). Buna göre; 5188 sayılı Kanun kapsamında haklarında idari para cezası uygulananların başvurabilecekleri kanun yolları için Kabahatler Kanunu'na bakmak gerekecektir. Çünkü idari para cezalarına karşı başvuru yollarını düzenleyen 5188 sayılı Kanun'un 20. maddesinin son fıkrası, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı

Kanunla yürürlükten kaldırıldığından verilecek idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolları artık Kabahatler Kanunu'na tâbidir. Kabahatler Kanunu'na göre idari para cezası verilenler buna ilişkin idari işlemin kendilerine tebliğinden ya da tefhiminden itibaren onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurabilirler (madde 27). Sulh ceza mahkemesi kararlarına karşı itiraz etmek mümkündür. Kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde kararı veren sulh ceza mahkemesinin yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir (madde 29).

2.2. Özel Güvenlik Faaliyetlerinin Yürütülmesinden Doğan Zararların Tazmini

2.2.1. Özel Güvenlik Görevlilerinin Uğradığı Zararların Tazmini

Özel güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi sırasında özel güvenlik görevlilerinin uğradıkları zararın nasıl tazmin edileceği 5188 sayılı Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; özel güvenlik görevlilerinin görevlerini yerine getirirken yaralanmaları ya da sakatlanmaları halinde kendilerine, yaşamlarını kaybetmeleri halinde kanuni mirasçılarına tazminat ödenmesi gerekir. Ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi dikkate alınır. Ancak açılacak davada mahkemelerce Borçlar Kanununda öngörülen genel hükümlere göre daha yüksek miktarda tazminat ödenmesine hükmedilebilir. Bu durumda mahkemece hükmedilen tazminattan daha önce iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanılarak ödenen tutarlar mahsup edilir.

Özel güvenlik görevlilerinin 5188 sayılı Kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirirlerken uğradıkları zararın karşılanması amacıyla öngörülen bu tazminat, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan tazminatlardan farklıdır. Nitekim kanun koyucu, 5188 sayılı Kanun ile özel olarak düzenlenen tazminatın, İş Kanunu kapsamında ödenmesi gereken diğer tazminatlarla ilişkilendirilmeyeceğini öngörmüştür. Yani 5188 sayılı Kanun kapsamında ödenen tazminat, koşulları varsa İş Kanunu kapsamında ayrıca tazminat ödenmesine engel değildir.

Kanun koyucu kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan özel güvenlik görevlileri için ödenecek tazminat miktarını farklı düzenlemiştir. Buna göre, 5188 sayılı Kanun'da yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, sakatlanan özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlilerinin kanuni mirasçılarına; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinde belirtilen tazminat miktarlarından hangisi yüksek ise o miktar ödenecektir. 2330 sayılı Kanun, güvenlik ve asayiş korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma, hastalık sonucu ölme veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak aylığın esas ve yöntemlerini düzenlemektedir (madde 1). Görüldüğü üzere 2330 sayılı Kanun esas olarak kolluk görevlilerine görevleri nedeniyle uğradıkları zararların tazmin esaslarını düzenlenmektedir. Bu Kanun ile kolluk görevlilerinin mesleki riskten kaynaklı uğradıkları zararların, kusuru olmasa bile idarece tazminini öngörülmekte yani kanun koyucu tarafından idarenin kusursuz sorumluluk hali düzenlenmektedir⁶⁷⁵. 5188 sayılı Kanun ile kamu güvenliğinin tamamlayıcısı özel güvenlik görevlileri de kolluk görevlileri gibi ele alınmaktadır. Özel güvenlik görevlileri de kolluk görevlileri gibi tehlikeli bir faaliyet yerine getirmektedir. İşte bu tehlikeli faaliyet nedeniyle maruz kaldıkları mesleki risk bu şekilde tazmin edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan özel güvenlik görevlilerine veya kanuni mirasçılarına 2330 sayılı Kanun'a göre tazminat ödenmesi bunların kolluk görevlileri gibi kamu görevlisi sayılacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü 15. maddede de belirtildiği üzere özel güvenlik görevlilerine ya da kanuni mirasçılarına doğrudan 2330 sayılı Kanun'a göre tazminat ödenmeyecektir. İş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde öngörülen tazminat miktarının daha düşük olması halinde bu Kanun'a göre tazminat ödenecektir. Yani kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan ve iş sözleşmesi ile istihdam edilen özel güvenlik görevlilerine, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde öngörülen tazminat miktarının düşük olması halinde 2330 sayılı Kanun'a

⁶⁷⁵ Günday, **a.g.e.**, ss.343-344.

göre tazminat ödenecektir. Belirtmek gerekir ki 2330 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi olabilmek için mutlaka kamu görevlisi olmak gerekmektedir (2/e,f).

2.2.2. Üçüncü Kişilerin Uğradıkları Zararların Tazmini

2.2.2.1. Özel Güvenlik Hizmetinin Özel Güvenlik Şirketlerince Sağlanması Halinde Zararın Tazmini

Güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerince sağlandığı durumda, hizmetten yararlanan ister gerçek kişi olsun, ister özel hukuka ya da kamu hukukuna tâbi kurum veya kuruluş olsun, özel güvenlik şirketleri, güvenlik görevlileri için özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar. Bu durumda üçüncü kişilerin özel güvenlik hizmetlerinin yürütülmesinden dolayı uğradıkları zararlar özel güvenlik mali sorumluluk sigortasından karşılanacaktır.

Özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere vereceği zararların karşılanması amacıyla özel güvenlik şirketleri, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar (5188 sayılı Kanun, madde 21). Özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu özel güvenlik şirketleri ile özel hukuk tüzelkişileri için getirilmiş bir zorunluluktur. Kanun koyucu bu zorunluluğa uymamayı bir suç olarak nitelemiş ve özel güvenlik mali sorumluluk sigortasını yaptırmadan özel güvenlik görevlisi istihdam eden kişi, kurum, kuruluş veya şirketlerin yöneticilerinin istihdam ettikleri her kişi için yüzelli gün adli para cezası ile cezalandırılacağını öngörmüştür (5188 sayılı Kanun, madde 19/d).

Özel güvenlik şirketlerince sözleşme yapmak suretiyle kişi ve kuruluşlara sunulacak koruma ve güvenlik hizmetleri için valiliğe verilecek belgelerden biri de özel güvenlik mali sorumluluk sigortası poliçelerine ilişkindir. Özel güvenlik şirketleri, özel güvenlik görevlisinin göreve başladığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, özel güvenlik görevlisi listesi ile bunlar için yaptırılan sigorta poliçelerinin bir suretini, valiliğe vermek yükümlülüğü altındadırlar (5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, madde 10). Özel güvenlik mali sorumluluk sigortası, Türkiye’de ilgili branşta çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılacaktır. Bu sigorta şirketleri özel güvenlik mali

sorumluluk sigortasını yapmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uymayan sigorta şirketlerine Hazine Müsteşarlığınca sekizbin Türk Lirası idari para cezası verilecektir (5188 sayılı Kanun, madde 21).

Ancak belirtmek gerekir ki zararın özel güvenlik mali sorumluluk sigortası kapsamında karşılanması idarenin sorumluluğunu kaldırmayacağından⁶⁷⁶ özel güvenlik hizmetinin yürütülmesi nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin idarenin sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Zira özel hukuk kişilerince özel güvenlik hizmetleri yerine getirilse bile idare güvenliğin sağlanmasında asli sorumludur. Hizmetin asli sorumlusu sıfatıyla idarenin denetim, gözetim ve yaptırım uygulama yetkileri vardır. İdarenin genel olarak denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi de sorumluluğunu gündeme getirecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki sadece özel güvenlik şirketleri için değil özel güvenlik izni kapsamında gerçek kişilerin korunması usulünde de doğacak zararlardan aynı şekilde idare denetim görevini gereği gibi yerine getirmemişse sorumlu tutulacaktır. Özel hukuka tâbi kurum ve kuruluşlar bünyesinde kurulacak özel güvenlik birimlerinin faaliyetlerinden doğan zararların tazmininde idarenin sorumluluğu ayrıca ele alınacaktır.

2.2.2.2.Özel Güvenlik Birimleri Kurulması Halinde Sorumluluk

2.2.2.2.1. Kamu Tüzelkişileri Bünyesinde Kurulan Özel Güvenlik Birimlerinde Sorumluluk

Kanun koyucu, kamu tüzelkişileri için özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu öngörmemiştir. Kamu tüzelkişilerinin özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğünden muaf tutulması, bunların kuracakları özel güvenlik birimlerinin faaliyetlerinden doğan zararların tazmin edilmeyeceği anlamına gelmez. Her şeyden önce hukuk devleti anlayışı böyle bir yoruma engeldir. Zira idarenin, eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu tutulması hukuk

⁶⁷⁶ Karan, **a.g.m.**, s.440.

devleti ilkesinin bir gereğidir. Hatta hukuk devleti anlayışının henüz gelişmediği polis devleti anlayışının geçerli olduğu dönemde bile idarenin verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu belli ölçüde kabul edilmiştir⁶⁷⁷.

Hukuk devleti ilkesini benimsemiş Anayasa’da da bu ilkenin gereği olarak idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür (125. maddenin son fıkrası). Kamu tüzelkişileri bünyesinde kurulacak özel güvenlik birimlerinin faaliyetinden doğan zararlardan dolayı idarenin iki türlü sorumluluğu gündeme gelebilir. İdare ya kusurlu ya da kusursuz olarak özel güvenlik birimlerinin verdiği zararlardan sorumludur⁶⁷⁸.

2.2.2.2.1.1. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

Bilindiği gibi idare hukukunda idarenin kusurlu sorumluluğu hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır. Hizmet kusuru ise hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan kusur olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁹. Hizmetin kötü işlediği, geç işlediği ya da hiç işlemediği hallerde idarenin kusurlu hareket ettiği kabul edilmektedir. Hizmetin kötü işlemesi hizmetin gereği gibi yürütülmemesini ifade eder. Hizmetin kötü işleyip işlemediğinin tespitinde hizmetin niteliği ve idarenin sahip olduğu olanakları dikkate almak gerekir⁶⁸⁰. Hizmetin geç işlemesi ise idarenin, hizmeti zamanında yerine getirme yükümlülüğünü ihlal ederek hizmeti gecikme ile yerine getirmesi halidir. Hizmetin hiç işlememe hali ise idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir hizmeti yerine getirmemesini ifade etmektedir⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

⁶⁷⁸ Karan, **a.g.m.**, s.440.

⁶⁷⁹ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.836.

⁶⁸⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 333.

⁶⁸¹ Özay, **a.g.e.**, ss.735-736.

Belirtmek gerekir ki kamu tüzelkişileri bünyesinde kurulan özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin yürüttükleri hizmetle ilgili olmayan kişisel kusurlu davranışları nedeniyle doğan zararların tazmininde idarenin sorumluluğu gündeme gelmez. Bu durumda özel güvenlik görevlileri haksız fiil esaslarına göre kişisel olarak sorumludurlar. Ancak özel güvenlik görevlilerinin hizmet içindeki yani hizmetle bağlantılı olarak kişisel kusurlu davranışlarının idarenin sorumluluğunu kaldırdığı söylenemez. Çünkü idare bu özel güvenlik görevlilerini kendisi seçtiği gibi, onları eğitmek ve denetlemekle de yükümlüdür. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir⁶⁸². Nitekim idarenin görev yapacak görevlileri seçmede titiz davranmaması, onları yeterince eğitmemesi ve denetlememesi hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir⁶⁸³. Kanunda sayılan istisnalar dışında, özel güvenlik birimlerinde silahlı özel güvenlik görevlilerinin çalıştırıldığı da düşünüldüğünde bu birimlerin oluşturulması ve denetlenmesinde kamu tüzelkişilerinin daha titiz davranmaları gerekir. Aksi halde yaşam hakkının ihlaliyle sonuçlanabilecek durumlarla karşılaşılabilir.

Bilindiği üzere idarenin kusur sorumluluğunun gündeme gelmesi için hizmet kusuru tek başına yeterli değildir. İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun gündeme gelmesi için idari davranış nedeniyle bir zararın doğması ve idari davranışla bu zarar arasında nedensellik bağının olması da gerekir. Zarar kişinin malvarlığındaki kayıp şeklinde ortaya çıkan maddi zarar niteliğinde olabileceği gibi manevi zarar şeklinde de olabilir⁶⁸⁴.

Kamu tüzelkişileri bünyesinde kurulan özel güvenlik birimlerinin üstlendikleri güvenlik hizmetlerini yerine getirirken işledikleri hizmet kusuru nedeniyle bir zarar doğmuşsa bu zararın kusurlu sorumluluk esasına göre idarece tazmini gerekir. Özel güvenlik birimleri üstlendikleri görevleri yerine getirirken üçüncü kişilere ya da güvenliklerini

⁶⁸² Günday, **a.g.e.**, ss. 338-340.

⁶⁸³ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku** (2.Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990), s. 150.

⁶⁸⁴ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, ss.868-870

üstlendikleri kurumun görevlilerine zarar verebilirler. Bu durumda ortada hizmet kusuru varsa zarar kusurlu sorumluluk esasına göre tazmin edilir.

2.2.2.2.1.2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Bazı durumlarda idarenin kusuru olmasa da zararın tazmini gerekebilir. İdari faaliyetlerin çeşitlenmesi ile kusur sorumluluğu ilkesine göre zararın tazmini yetersiz hale gelmiş ve idarenin kusuru olmasa bile idari bir davranış nedeniyle zarara uğrayanların toplumsal dayanışma gereğince zararlarının tazmini kabul edilmiştir⁶⁸⁵. Kusursuz sorumluluk olarak adlandırılan bu durumda adından da anlaşılacağı üzere idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur şartı aranmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki idarenin kusursuz sorumluluğu ikincil niteliktedir⁶⁸⁶. Öncelikle idarenin kusurlu olup olmadığı araştırılır ve kusur sorumluluğuna göre zararın tazmini mümkünse kusursuz sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığını incelemeye gerek yoktur. Nitekim Danıştay içtihatları da öncelikle idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağının incelenmesi gerektiği yönündedir⁶⁸⁷.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, tehlike ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırılmaktadır. Tehlike ilkesi, risk ya da hasar olarak da adlandırılmaktadır. Nükleer santral, cephanelik, mayınlı yerler, tehlikeli araçlar örneğinde olduğu gibi, idarenin faaliyetlerinden bir kısmı ya da idarenin kullandığı araç

⁶⁸⁵ Ramazan Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu** (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007), ss.142-145.

⁶⁸⁶ De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, **a.g.e.**, s.148.

⁶⁸⁷ Dan. 10. Daire, 29.01.2007, E.No:2004/7285, K.No:2007/212, Dan. 10. Daire, 21.05.2001, E.No:1999/1706, K.No:2001/1897, Dan. 10. Daire, 18.03.1998, E.No:1996/10292, K.No:1998/1190, <www.danistay.gov.tr>, (04.04.2009).

gereçler tehlikeli olabilir. Kamu yararı nedeniyle yerine getirilen bu tehlikeli faaliyet ya da tehlikeli araç gereç nedeniyle idarenin önleyemediği zarara uğrayanların bu zararları, tehlike ilkesine göre tazmin edilir⁶⁸⁸. Bünyesinde risk barındıran faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürütenlerin gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. Belirtildiği üzere özel güvenlik görevlilerinin görevlerini yerine getirirken uğradıkları zararlar mesleki risk ilkesi gereğince tazmin edilmektedir.

Güvenlik güçleri tarafından yerine getirilen faaliyetlerden doğan zararlar genellikle tehlike ilkesi gereğince tazmin edilmektedir. Zira bu faaliyetler bünyelerinde risk taşıyan faaliyetlerdendir ve genellikle tehlikeli araç, gereç kullanmak suretiyle yerine getirilmektedirler. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), askeri hizmetleri bünyesinde risk taşıyan hizmetler olarak nitelemiş⁶⁸⁹, Danıştay da bomba imhasını riskli hizmetler arasında saymıştır⁶⁹⁰. Hatta terör olayları nedeniyle kamu düzeninin bozulması nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararların, yargı yerlerince kusur sorumluluğu kapsamında ele alınmamakta, tehlike ilkesinin özel bir hali olan sosyal risk ilkesi gereğince tazmini kabul edilmektedir. Sosyal risk ilkesi ile “toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi” sağlanır⁶⁹¹.

Özel güvenlik tarafından yerine getirilen faaliyet de tıpkı genel kolluk tarafından yerine getirilen güvenlik hizmeti gibi bünyesinde risk taşımaktadır. Bu nedenle özel güvenlik

⁶⁸⁸ Lâtfi Duran, **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974), s.51.

⁶⁸⁹ AYİM 2. Daire, 02.08.1994, E.No:1994/224, K.No:1994/158, <http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2727&ctg=000002000030000001000045, (04.04.2009).

⁶⁹⁰ Dan. 10. Daire, 23.06.1997, E.No:1996/3996, K.No:1997/2544, <www.danistay.gov.tr>, (05.04.2009).

⁶⁹¹ Dan. 10. Daire, 25.02.2003, E.No:2001/4795, K.No:2003/696, <www.danistay.gov.tr>, (05.04.2009).

hizmetinin yerine getirilmesi nedeniyle uğranılan zararların tehlike ilkesi gereğince idarece tazmin edilmesi gerekir.

Diğer kusursuz sorumluluk hali bilindiği üzere kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. Bu ilke gereğince kamu yararı ya da kamu düzenini sağlama amacıyla idarenin yerine getirdiği hizmetler, bünyesinde herhangi bir tehlike barındırmamasalar ve idarenin bu hizmetleri yerine getirirken kusuru olmasa da bazı kimselerin özel bir zarara uğramasına neden olmuşsa, meydana gelen zarar, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarece tazmin edilmektedir⁶⁹². Özel güvenlik hizmetleri yerine getirilirken doğacak zararların tazmininin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanması ilk bakışta sık rastlanacak bir durum gibi görünmemektedir. Ancak belirtilen koşulların varlığı halinde bu ilkeye göre de oluşan zararların tazmini gündeme gelebilir.

2.2.2.2.2. Özel Hukuka Tâbi Kurum ve Kuruluşlar Bünyesinde Kurulan Özel Güvenlik Birimlerinde Sorumluluk

Kanun koyucu özel hukuka tâbi kurum ve kuruluşlar bünyesinde kurulan özel güvenlik birimlerinde çalışan özel güvenlik görevlileri için de özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu öngörmüştür (5188 sayılı Kanun, madde 21). Özel güvenlik birimlerinde çalışan özel güvenlik görevlilerinin görevlerini yerine getirirlerken üçüncü kişilere verecekleri zararlar özel güvenlik mali sorumluluk sigortasından karşılanacaktır. Ancak belirtildiği üzere üçüncü kişilere verilen zararların özel güvenlik mali sorumluluk sigortasından karşılanması, hizmetin asli sorumlusu sıfatıyla denetim yükümlülüğü bulunan idarenin sorumluluğunu kaldırmayacaktır.

Özel güvenlik birimlerinde çalışan özel güvenlik görevlilerinin verdikleri zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu, kusurlu sorumluluk esasına dayandırılabilir. Aynı

⁶⁹² Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.848

şekilde özel güvenlik şirketleri ve özel güvenlik izni kapsamında gerçek kişileri koruyan özel güvenlik görevlilerinin verdikleri zararlar nedeniyle de idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilebilir. Zira idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetini özel hukuk kişilerine yaptırmaması halinde de sorumluluğu devam etmektedir⁶⁹³. Kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince yerine getirildiği durumlarda idarenin denetim ve gözetim yetkisi bulunmaktadır. Nitekim 5188 sayılı Kanun kapsamında da hizmetin asli sorumlusu olan idareye, özel güvenlik sektörü üzerinde her zaman denetim yapma yetkisi tanınmıştır. İdarece denetimin yapılmaması, geç yapılması ya da eksik yapılması hizmet kusuru oluşturur. Denetimin eksik yapılması halinde hizmetin kötü işlemesi, geç yapılması halinde hizmetin geç işlemesi, denetimin yapılmaması halinde ise hizmetin hiç işlememesi şeklinde hizmet kusuru işlenmiş olur.

Denetim faaliyetlerinin yerine getirilmemesi, geç yerine getirilmesi ya da yetersiz yerine getirilmesi nedeniyle üçüncü kişiler zarar görmüşse uğradıkları zararlar, idarenin kusurlu sorumluluğu esasına göre tazmin edilir. Denetim faaliyetleri nedeniyle idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için ağır kusur şartı aranmaktadır⁶⁹⁴. Ancak idarenin sahip olduğu yetkilerin kapsamı ve bu yetkileri kullanmadaki olanaklar dikkate alınarak idarenin basit kusuru, sorumluluğu için yeterli görülmektedir⁶⁹⁵.

2.2.3. Sorumluluğu Kaldıran ve Azaltan Haller

Özel güvenlik hizmetlerinden doğan zararların özel güvenlik mali sorumluluk sigortası kapsamında tazmini halinde sorumluluğu kaldıran ve azaltan haller Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına ilişkin olarak çıkarılan Tebliğde düzenlenmiştir⁶⁹⁶. Söz konusu Tebliğe göre, sigorta ettiren, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu özel güvenlik görevlilerinin kusuru bulunmaksızın,

⁶⁹³ Dan. 10. Daire, 16.12.2003, E.No:2002/7475, K.No:2003/5193, <www.danistay.gov.tr>, (06.04.2009).

⁶⁹⁴ Gözler, **a.g.e.**, Cilt II, s.1011.

⁶⁹⁵ Frier, **a.g.e.**, ss.479-480.

⁶⁹⁶ **R.G.**, 26.02.2005, sayı: 25739.

zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiği veya bütün dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini (zarara sebebiyet veren olayın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya başka bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri gelmesi) ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru varsa, ödenecek tazminattan bu kusur oranında indirim yapılabilir.

Görüldüğü üzere söz konusu Tebliğde sorumluluğu kaldıran ya da azaltan haller beklenmeyen hal dışında, idarenin sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan haller ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Mücbir sebep halinde idarenin sorumluluğu ortadan kalktığı gibi zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusuru nedeniyle zarar doğmuşsa yine idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Ancak üçüncü kişi ya da zarar görenin kusuru zararın artmasına neden olmuşsa bu durumda idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz fakat üçüncü kişi ya da zarar görenin kusuru oranında azalır⁶⁹⁷. Ancak kusursuz sorumlulukta, üçüncü kişinin kusuru idarenin sorumluluğunu ne kaldırır ne de azaltır. Ancak üçüncü kişinin kusuru halinde, idare ödediği tazminat miktarından kusuru oranında üçüncü kişiye rücu edebilir⁶⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki üçüncü kişiden, idareyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişi ve kuruluşları anlamak gerekir⁶⁹⁹. Bu çerçevede özel güvenlik şirketleri, özel güvenlik birimleri, özel güvenlik eğitim kurumları, özel güvenlik görevlileri ya da özel güvenlik hizmetinden izin almak suretiyle yararlanan gerçek kişiler üçüncü kişi olarak kabul edilemez. Belirtildiği üzere idarenin bunlar üzerinde denetim, gözetim ve yaptırım uygulama yetkileri vardır. Dolayısıyla bunların kusuru üçüncü kişinin kusuru olarak kabul edilmek suretiyle idarenin sorumluluğunu azaltmaz ya da ortadan kaldırmaz.

⁶⁹⁷ Günday **a.g.e.**, s. 349.

⁶⁹⁸ Gözübüyük ve Tan, **a.g.e.**, s.880.

⁶⁹⁹ Özyay, **a.g.e.**, s.772.

SONUÇ

İdari faaliyetlerin devrinde yaşanan artış kolluk faaliyetlerini de etkilemektedir. Yakın zamanlara kadar özel hukuk kişilerine kapalı olan kolluk faaliyetlerinde artık özel sektör varlık göstermektedir. Araç muayene istasyonları gibi özel idari kolluk alanları özel hukuk kişilerine devredilirken yapı denetim faaliyetleri gibi kimi alanlarda da özel hukuk kişileri değişik şekillerde görev alabilmektedirler.

Modern devletin zor kullanma gücüyle doğrudan ilişkili güvenlik alanı ise özel hukuk kişilerine devredilmemekle birlikte bu kişilerin bu alanda faaliyet gösterebilecekleri kabul edilmektedir. Hatta özel sektör, sadece iç güvenlik değil, savunma hizmetlerinde de lojistik hizmetlerinden doğrudan çarpışmalarda görev almaya kadar bir dizi faaliyeti üstlenmektedir.

Sosyal devlet anlayışının gerilemesine koşut olarak, düzenin sağlanması işlevine odaklanan liberal devlet anlayışıyla, siyasetin temel sorunu olarak güvenlik ele alınmaya başlamıştır. Bu süreçte suçla mücadelede kamusal makamlar özel sektörü kolluk güçlerinin tamamlayıcısı olarak görmeye başlamışlardır. Özel güvenlik uygulaması, sınırlı devlet ilkesinin uygulamaya konulduğu sürece koşut olarak seksenli yıllardan itibaren hızla yaygınlaşmıştır.

Türkiye'de de özel güvenlik uygulaması 1981 yılında gündeme gelmiştir. 2495 sayılı Kanunla Bakanlar Kurulu'nun belirleyeceği bazı kurum ve kuruluşlara, kuracakları özel güvenlik birimleri ile kendi güvenliklerini sağlama imkânı tanınmıştır. Söz konusu kanunun yetersizliği ve fiilen kurulan özel güvenlik şirketlerinin hukuki rejimlerini belirlemek için 2004 yılında 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun çıkarılmıştır. Özel güvenlikten yararlanma imkânlarını genişleten bu Kanun'a göre alınan izinle kurulan özel güvenlik şirketlerine, özel güvenlik hizmetinden yararlanmak

isteyen kişi ve kuruluşlara güvenlik hizmeti sunma yolu açıldığı gibi kuruluşların özel güvenlik birimi kurmalarına, hatta özel güvenlik birimi olan kuruluşların özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın almalarına da izin verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki özel sektörün güvenlik alanında faaliyet göstermesi, özel güvenlik hizmetinin devredildiği anlamına gelmemektedir. Zaten güvenlik hizmetinin devlet tarafından özel sektöre terk edilmesi mümkün değildir. Çünkü güvenlik hizmeti egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri arasında yer almaktadır.

Modern devletin en önemli özelliği zor kullanma araçları üzerinde kurduğu tekeldir. Devlet bu yetkisini vereceği izinle özel sektöre de kullandırabilir. Bu bakımdan özel güvenlik uygulamasının hukuka aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Zira zor kullanma gücünü tekeline bulunduran devlet, özel hukuk kişilerinin de bu alanda faaliyet göstermesine izin verebilir. Bu ervede özel güvenlik şirketleri yetkili makamlardan izin alarak bu alanda faaliyet göstermekte, özel güvenlik personeli de verilen adli ve idari kolluk ve silah kullanma gibi kolluk glerine tanınan yetkileri kullanmaktadırlar. Elbette idarenin özel güvenlik hizmetinden yararlananlar ve bu hizmeti sunanlar üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Ancak hızla büyüyen özel güvenlik sektörünün ve sayıları kolluk güçlerini geçen özel güvenlik görevlilerinin denetiminin ne derecede etkin olduğu da önem arzetmektedir.

Belirtmek gerekir ki, özel güvenlik uygulaması liberal politikalarla uyum içerisindedir. Ancak bu uyumluluk diğer kamusal alanlar gibi güvenlik alanından devletin çekildiği ve tamamen özel sektöre terk ettiği yanılsamasına sevketmemelidir. Devlet bir yandan özel sektörün bu alanda faaliyetine izin verirken bir yandan da kolluk güçlerini muhafaza etmekte hatta artırmaktadır. Zaten ekonomik ve sosyal yaşama devlet tarafından yapılan müdahaleye sıcak bakmadığı iddiasındaki liberalizm aslında kolluk boyutuyla devlet müdahalesini iyi karşılamaktadır.

Sosyal devlet anlayışındaki gerilemeyle bağlantı kurmadan suç oranlarındaki artış rakamları üzerinden güvenlik krizi yaşandığı iddiası ve bu soruna çözüm olarak görülen özel güvenlik uygulamasının ele alınmasının gerçekçi olmadığı kanısındayız. Kaldı ki

bu algılama sorunun çözümü için de doğru bir yaklaşım da değildir. Toplumsal barış ve uzlaşi üzerinde temellenmeyen sadece bastırıcı önlemlerle güvenlik sorununun çözümü mümkün olmadığı gibi, bu uygulama sorunu çözmek yerine tam aksi yönde toplumsal yaşamda şiddeti artıracaktır. Bu açıdan konunun devlet işlevleri açısından ve sosyolojik boyutu ele alınmadan salt hukuki değerlendirmelere tâbi tutulmasının sorunun ortaya konmasına engel olacağı gibi, bu uygulamadan doğabilecek tehlikelerin gözardı edilmesine neden olacağından hareketle eksik bir değerlendirme olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Akgüner, Tayfun. **1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1983.

Algan, Bülent. **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Atay, Ender Ethem. **İdare Hukuku**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

Bahtiyar, Mehmet. **Ortaklıklar Hukuku**. 3.Bası. İstanbul: Beta, 2007.

Balta, Tahsin Bekir. **İdare Hukuku I, Genel Konular**. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1970/72.

Bayley, David H. **Gelecek için Polis**. Çeviren: Fethullah Eraslan. Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, 2006.

Boiteau, Claudie. **Les Conventions de Délégation de Service Public**. Paris: Le Moniteur, 2007.

Braconnier, Stéphane. **Droit des services publics**. Paris: P.U.F., 2003.

_____. **Précis du Droit des Marchés Publics**. 2e Edition. Paris: Le Moniteur, 2007.

Brisson, Jean-François ve Aude Rouyère. **Droit Administratif**. Paris: Montchrestien, 2004.

Centel, Nur Başar ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 3.Bası. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, 2008.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. 4. Bası. İstanbul: Beta, 2006.

Chapus, René, **Droit Administratif Général**. Tome I. 15e Edition. Montchrestien, Paris, 2001.

Çağlayan, Ramazan. **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.

De Laubadère, André , Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet. **Droit Administratif**. 17e Edition. Paris: L.G.D.J., 2002.

De Laubadère, André. **Devletin Ekonomik Hayata Müdahalesi ve Mülki Taksimatta Reform**. Çeviren: T. Akkutay ve Ö.Ozankaya. Ankara: TODAİE, 1961.

Debbasch Charles ve Frédéric Colin. **Droit Administratif**. 7e Edition. Paris: Economica, 2004.

Delvolvé, Pierre. **Le Droit Administratif**. 4e Edition. Paris: Dalloz, 2006.

Dolgun, Uğur. **Şeffaf Hapishane Yahut Gözetim Toplumu**. İstanbul: Ötüken, 2008.

Duguit, Léon. **Kamu Hukuku Dersleri**. Çeviren: Süheyp Derbil. Ankara: AÜHF Yayınları, 1954.

Dupuis, Georges, Marie-José Guédon ve Patrice Chrétien. **Droit Administratif**. 9e Edition. Paris: Armand Colin, 2004.

Duran, Lûtfi. **İdare Hukuku Ders Notları**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982.

_____. **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**. 8. Bası. İstanbul: Beta, 2003.

Ergut, Ferdan. **Modern Devlet ve Polis**. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.

Eroğul, Cem. **Devlet Nedir?**. 3. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

Esplugas, Pierre. **Conseil Constitutionnel et Service Public**. Paris: L.G.D.J., 1994.

Frier, Pierre-Laurent. **Précis de Droit Administratif**. 3e Edition. Paris: Montchrestien, 2004.

Gerentes, Bruno. **La Délégation de Service Public** Voiron: Territorial Editions, 2006.

Giddens, Anthony. **Ulus Devlet ve Şiddet**. Çeviren: Cumhuriyet Atay. İstanbul: Devir Yayıncılık, 2005.

Giritli, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner. **İdare Hukuku**. İstanbul: Der Yayınları, 2001.

Göze, Ayferi. **Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**. 3. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**. Cilt II. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku**. Cilt I. 5. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Guettier, Christophe. **Droit des Contrats Administratifs**. 2e Edition. Paris: P.U.F., 2008.

Guglielmi, Gilles J. ve Geneviève Koubi. **Droit du Service Public**. Paris: Montchrestien, 2000.

Güler, Birgül Ayman. **Yeni Sağ ve Devletin Değişimi**. 2. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2005.

Günday, Metin. **İdare Hukuku**. 8. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003.

Hauriou, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Dalloz, 2002.

Hobbes, Thomas. **Leviathan**. Çeviren: Semih Lim. İstanbul: YKY, 1993.

İba, Şaban. **Milli Güvenlik Devleti**. İstanbul: Çiviyazıları, 1999.

Lignières, Paul. **Partenariats Public-Privé**. 2e Edition. Paris: Litec, 2005.

- Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- Kara, Uğur. **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**. Ankara: Maki Basın Yayın, 2004.
- Karahanoğulları, Onur. **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kayar, İsmail. **Şirketler Hukuku**. 2. Baskı. Ankara: Detay Yayıncılık, 2007.
- Keane, John. **Şiddetin Uzun Yüzyılı**. Çeviren: Bülent Peker. Ankara: Dost Kitabevi, 1998.
- Kıratlı, Metin. **Koruyucu İdari Hizmetler**. Ankara: TODAİE, 1973.
- Lachaume, Jean-François, Claude Boietau ve Hélène Pauliat. **Droit des Services Publics**. 3e Edition. Paris: Armand Colin, 2004.
- Lachaume, Jean-François. **Droit Administratif**. 13e Edition. Paris: P.U.F., 2002.
- Lavialle, Christian. **L'évolution de la Conception de la Décision Exécutoire en Droit Administratif Français**. Paris: L.G.D.J., 1974.
- Le Clère, Marcel. **La Police**. Coll. Que sais-je?, Paris: P.U.F., 1972.
- Lombard, Martine ve Gilles Dumont. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2003.
- “Mann, Michael. **States, War and Capitalism**. Cambridge: Blackwell, 1988” Ferdan Ergut. **Modern Devlet ve Polis**. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss.26-27'deki alıntı.
- Marty, Frédéric, Sylvie Trosa ve Arnaud Voisin. **Les Partenariats Public-Privé**. Paris: La Découverte, 2006.
- Négrin, Jean-Paul. **L'Intervention des Personnes Morales de Droit Privé dans l'Action Administrative**. Paris: L.G.D.J., 1971.
- Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük ilkesi**. Ankara: Seçkin, 2002.

_____. **Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu.** Ankara:Seçkin, 2003.

Onar, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumî Esasları.** İstanbul: İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, 1952.

Örnek, Acar. **Kamu Yönetimi.** İstanbul:Meram Yayın, 1991.

Özay, İl Han. **Günişğinde Yönetim.** İstanbul: Alfa, 2002.

Özbudun, Ergun. **Anayasa Hukuku.** 8. Baskı. Ankara: Yetkin yayınları, 2004.

Özdek, Yasemin. **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı.** Ankara: TODAİE, 1993..

Picard, Etienne. **La Notion de Police Administrative.** Paris: LGDJ, 1984.

Pierson, Christopher. **Modern Devlet.** Çeviren: Dilek Hattatoğlu. İstanbul: Çivi yazıları, 2000.

Poggi, Gianfranco. **Devlet (Doğası, Gelişimi ve Geleceği).** Çeviren: Aysun Babacan. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.

_____. **Modern Devletin Gelişimi.** Çevirenler:Şule Kut ve Binnaz Toprak. 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005.

Poroy, Reha, (Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu). **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku.** 9.Bası. İstanbul: Beta, 2003.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku.** 6. Baskı. Adana: Karahan Kitabevi, 2008.

“Reiner, Robert. **The Politics of the Police.** New York: St. Martin’s Press, 1985”
Ferdan Ergut. **Modern Devlet ve Polis.** İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, s.229’daki alıntı. .

Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler).** 20.Bası. İstanbul: Beta, 2008.

Richer, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs.** 2e Edition. Paris: L.G.D.J., 1999.

Rivero, Jean. **Droit Administratif**. 6e Edition. Paris: Dalloz, 1973.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Seiller, Bertrand. **Droit Administratif; L'action administrative**. Tome 2. Paris: Flammarion, 2001.

Serim, Bülent. **Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme**. Ankara: İzgi Yayınları, 1996.

Singer, Peter Warren. **Corporate Warriors (The Rise of the Privatized Military Industry)**. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003.

Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**. 7. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.

Şaylan, Gencay. **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**. 1. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 1995.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul: YKY, 2001.

_____. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**. İstanbul: May Yayınları, 1978.

Tilly, Charles. **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**. Çeviren: Kudret Emiroğlu, Ankara: İmge Kitabevi, 2001.

Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku**. 2.Baskı. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, 2007.

Ulusoy, Ali. **Bağımsız İdari Otoriteler**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

_____. **Kamu Hizmeti İncelemeleri**. İstanbul: Ülke Kitapları, 2004.

Vedel, Georges. **Droit Administratif**. 5e Edition. Paris: P.U.F., 1973.

Weber, Max. **Sosyoloji Yazıları**. Çeviren: Taha Parla. 2. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 1998.

Yasin, Melikşah. **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**. 2. Baskı. İstanbul: Beta, 2007.

Yavuz, Fehmi, Ruşen Keleş ve Cevat Geray. **Şehircilik (Sorunlar-Uygulama ve Politika)**. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1973.

Yayla, Yıldızhan. **İdare Hukuku**. 2.Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

_____. **İdare Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.

Yıldırım, Turan. **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**. 4. Baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2005.

_____. **İdari Yargı**. İstanbul: Beta, 2008.

Yıldırım, Turan ve Nur Karan, **İdare Hukuku I**. İstanbul: XII Levha, 2009.

Yılmaz, Halil. **Aynasızdan Polise**. Ankara: Atlas Kitapçılık, 2003.

MAKALELER VE BİLDİRİLER

Aktan, Coşkun Can. "Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm", **A.İ.D.**, Cilt 28, Sayı 1: 3-32, Mart 1995.

Auby, Jean-Bernard ve Christine Maugué. "Les Contrats de Délégation de Service Public", **JCP**, Ed. G., Fasc.3743, Numéro 9: 115-124.

Ayaydın, Cem. "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt II, Yıl 3, Sayı 2:113-268, 2004.

_____. "Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, ss.125-158, İstanbul: GSÜ Yayınları, 2003.

Aybay, Rona. "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", **A.Ü.S.B.F.D.**, Cilt XXXIII, Sayı 1-2: 59-82, Mart-Haziran 1978.

Azrak, A. Ülkü. "Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar" **Bağımsız İdari Otoriteler**, (Ankara: Rekabet Kurumu, 5 Kasım 2001), ss.19-27, Ankara, 2001.

_____. "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler", **Yargı**, Sayı 47:10-14, Mart 1980.

Balta, Evren. "Bildiğimiz Anlamda Devletin Sonu mu? İmparatorluk ve Özel Ordular", **Birikim**, Sayı 178: 11-19, Şubat 2004.

Başkaya, Fikret. "Önsöz", Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**. (Ankara: Maki Basın Yayın, 2004, ss.11-20).

_____. "Özelleştirme", **Kavram Sözlüğü**. Ankara: Maki Basın Yayın, ss.423-435, 2005.

Belmessous, Hacène. "Des <<villes privées>>pour les riches Français", **Manière de voir**, Numéro 71:34-36, Octobre-Novembre 2003.

Bilgen, Pertev. "Kamu Hizmeti Hakkında", **İ.H.İ.D.**, Sayı 1:113-116, Mart 1980.

Bonelli, Laurent. "Une vision policière de la société", **Manière de voir**, Numéro 71:38-41, Octobre-Novembre 2003.

Bora, Tanıl. "Özel Güvenlik ve "Polis Toplumu"", **Medeniyet Kaybı**. İstanbul: Birikim Yayınları, 2006, ss.223-229.

Boussard, Sabine. "L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du <service public par nature>", **R.F.D.A.**, Numéro 1: 43-49, Janvier-Février 2008.

Bulutoğlu, Kenan, "Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, (İstanbul: 5-7 Şubat 1982), ss.363-378, İstanbul, 1982.

Cassia, Paul. "Note sous l'arrêt de la CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Omega", **Droit Administratif**, 29-31, Janvier 2005.

Çiçekli, Bülent. "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Tarafından Türkiye'deki İnsan Hakları Uygulamaları Konusundaki Tespitler ve Aksaklıklar: Bu sorun ve Aksaklıkların Çözümünde Güvenlik Güçlerine ve Polise Düşen Görevler", **Yeni Türkiye**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Sayı 22: 1382-1388, Temmuz-Ağustos 1998.

David-Pecheul, Tania-Marie. "La contribution de la jurisprudence consitutionnnelle à la théorie de la police administrative", **R.F.D.A.**, 362-383, 1998.

Delvolvé, Pierre. "Les contradictions de la délégation de service public", **A.J.D.A.**, 675-691, 1996.

Duran, Lûtfi. "Yap-İşlet-Devret", **A.Ü.S.B.F.D.**, Cilt 46, Sayı 1-2:147-170, 1991.

_____. "Peştemallık ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi", **A.İ.D.**, Cilt 20, Sayı 1: 3-14, Mart 1987.

_____. "Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik", **İktisat ve Maliye**, Cilt XVII, Sayı 4: 165-172, Temmuz 1970.

_____. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.24-30.

Erkut, Celal. "Panelde sunulan bildiri", **Bağımsız İdari Otoriteler**, (Ankara: Rekabet Kurumu, 5 Kasım 2001), ss.81-86, Ankara, 2001.

_____. "Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi", **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**. Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.129-134.

Esping-Andersen, Gøsta "Altın Çağ Sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkilemleri", Çeviren: Burcu Yakut-Çakar ve Utku Barış Balaban, **Sosyal Politika Yazıları**. Ed.: Ayşe Buğra-Çağlar Keyder, İstanbul: İletişim Yayınları, 2006, ss.55-100.

- Farazmand, Ali. "Küreselleşme ve Kamu Yönetimi", Çeviren: Sevilay Kaygalak,, **Mülkiye**, Cilt XXV, Sayı 229, s. 245-278, Temmuz-Ağustos 2001.
- Favoreu, Louis. "Approche Constitutionnelle du Principe de la Participation du Secteur Privé au Fonctionnement du Service Public Pénitentiaire", **Les Prisons Dites Privées**, (Aix-en-Provence: 23 et 24 janvier 1987), ss.45-62, Paris:Economica, 1987.
- Francou, Jean-Paul. "Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen", **Revue Administrative**, Numéro:300: 688-696, Novembre-Décembre 1997.
- Gaudin, Jean-Pierre. "La Contractualisation des Politiques et la Nouvelle Action Publique", **Collectivités Territoriales et Gouvernance Contractuelle**, (Aix-en-Provence: le 5 et 6 novembre 2004), ss.15-35, Paris: L'Harmattan, 2006.
- Glénard, Guillaume. "La Notion de Délégation Dans le Droit de la Délégation de Service Public (1ere partie)", **DA**, Numéro 2: 4-9, Février 2002.
- Gros, Manuel ve Grégory Kalfleche. "Délégation de Service Public", **Juris-Classeur**, Collectivités territoriales, Fasc.761: 1-18, 2004.
- Gülcü, Mustafa. "Özel Güvenliğin Felsefesi (I)", **Polis Dergisi**, Sayı 31:58-70, Nisan/Mayıs/Haziran 2002,
- Gümüş, T.Tolga. "Orta Çağ Avrupa'sında Şiddet: Toplumsal Değişim ve Şiddetin Yeniden Yapılanışı", **Doğu Batı**, Sayı:43:31-48, Kasım, Aralık, Ocak 2007-2008.
- Gündoğdu, İbrahim, "Yerel, Yerel Ölçek ve Siyasal Mücadele", **Praksis**, Sayı 7: 165-192, 2002.
- Güner, Ayşe. "Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması", **Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan**, Ed.: Ayşegül Mengi, Ankara: İmge Kitabevi, 2007, ss.47-66.
- Güran, Sait. "Genel İdarî Zabıta Faaliyetlerinde Askerî Kuvvetlere Başvurulması", **A.İ.D.**, Cilt 3, Sayı 1: 76-104, Mart 1970.

Huber, Ernst Rudolf. "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çeviren: Tuğrul Ansay, **Hukuk Devleti**, Ed.:Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: Afa Yayınları, 1998, ss. 57-81.

Kapani, Münci "Sosyal Bir Devletin Belirgin Özellikleri ve Ekonomik ve Sosyal Alanlardaki Başlıca Ödevleri", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, (İstanbul: 5-7 Şubat 1982), ss. 355-360, İstanbul, 1982.

Karan, Nur. "Özel Güvenlik", **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 50: 427-441, Şubat 2007.

Küçükgüngör, Erkan. "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 50, Sayı 2: 137-146, 2001.

Lachaume, Jean-François. "L'identification d'un service public industriel et commercial: la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service", **R.F.D.A.**, Numéro 1: 119-125, Janvier-Février 2006.

Laurent, Dominique ve Olivier Rousset, "Convention de Délégation de Service Public et Loi Sapin", **L.P.A.**, Numéro 30: 4-8, 11 mars 1994.

Lichère, François, "Les Contrats de Partenariats", **R.D.P.**, Numéro 6:1547-1568, 2004.

Limouzin-Lamothe, Philippe. "La Pratique de la Délégation de Service Public", **A.J.D.A.**, 572-576, 1996.

Linotte, Didier. "L'Unité Fondamentale de l'Action Administrative", **La Police Administrative Existe-t-Elle?**, Ed.:Didier Linotte, Paris: Economica, 1985, ss. 11-28.

Luchaire, François. "Sosyal Devlet ve Sosyalist Devlet", **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler**, Çeviren: [...], (İstanbul: 5-7 Şubat 1982), ss. 327-341, İstanbul, 1982.

Maugüé, Christine. "Les délégations de service public et le juge administratif", **A.J.D.A.**, 597-602, 1996.

Mengi, Ayşegül. "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yerel Yönetimlerle İlgili Düzenlemeler", **Yerellik ve Politika, Ruşen Keleş'e Armağan**, Ed.: Ayşegül Mengi, Ankara: İmge Kitabevi, 2007, ss.101-116.

"Mescheriakoff, A.Serge. "L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique", **R.D.P.**,1059-1081, 1988" Brisson, Jean-François ve Aude Rouyère, **Droit Administratif**. Paris: Montchrestien, 2004.

Morange, Jean. "Les Autorités Administratives Indépendantes en France" **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.11-17.

Moreau, Jacques. "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel; Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat", **A.J.D.A.**, 3-17, 20 janvier 1965.

_____. "Les <matières contractuelles>", **A.J.D.A.**, 747-752, 1998.

Moreau, Luc. "La Contractualisation de l'Exercice de la Police Administrative", **Cotrats Publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal**, Volume II, ss. 171-190, Montpellier: Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006.

Mucchielli, Laurent. "L'école ne brûle pas", **Manière de voir**, Numéro 71:49-51, Octobre-Novembre 2003.

Orhangazi, Özgür, "Neoliberalizm", **Kavram Sözlüğü**, Ankara: Maki Basın Yayın, ss.400-406, 2005.

Ozansoy, Cüneyt. "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 46, Sayı 1-4: 85-100, 1997.

Ökçesiz, Hayrettin. "İnsan ve Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti**, Ed.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul:Afa Yayınları, 1998, ss.35-43.

Özdek, Yasemin. "Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikasındaki Dönüşümler", **A.İ.D.**, Cilt 33, Sayı 4: 21-48, Aralık 2000.

Paker, Evren Balta. "Güvenlik Endüstrisi ve Güven(siz)liğin İnşası: Bir Toplumsal Paranoyayı Anlamak", **Toplum ve Bilim**, Sayı 115:204-225, 2009.

Palidda, Salvatore. "L'Italie saisie par la tentation répressive", **Manière de voir**, Numéro 71:57-59, Octobre-Novembre 2003.

Pauliat, Hélène. "Les Autorités Administratives Indépendantes en Droit Comparé", **Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**, Ed.:İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, ss.1-5.

Pauvert, Bertrand. "C.E., (Ord. Réf.), 5 Ocak 2007, Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'Aménagement du territoire c/Association Solidarité des français, no 300311", **A.J.D.A.**, Numéro 11: 601-604, 19 mars 2007.

Péréon, Patrick. "La Délégation des Services Publics Administratifs", **A.J.D.A.**, 1449-1459, 19 juillet 2004.

Petit, Jacques. "Nouvelles d'une antinomie: Contrat et Police", **Les collectivités Locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau**, Ed.: Jacques Petit, Paris: Economica, 2003, ss.345-360.

Petrella, Riccardo. "Les remparts du capitalisme", **Manière de voir**, Numéro 71:62-64, Octobre-Novembre 2003.

Ramonet, Ignacio. "Surveiller et réprimer", **Manière de voir**, Numéro 71:6-7, Octobre-Novembre 2003.

Richer, Laurent. "Présence du contrat", **A.J.D.A.**, Numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique?;une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens, 34-35, 1999.

Sancar, Mithat. "Devlet Akli" Hukuk Devleti ve "Devlet Çetesi", **"Devlet Akli" Kıskaçında Hukuk Devleti**, 3. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss.47-68.

_____. "Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü Ya da İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki", **"Devlet Akli" Kıskaçında Hukuk Devleti**, 3.baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss.105-132.

Sav, Atılâ. "Özel Güvenlik Örgütü", **Yargı**, Sayı 52:10-11, Ağustos 1980.

Sezen, Seriye. "Milli Güvenlik Kurulu Üzerine", **A.İ.D.**, Cilt 33, Sayı 4: 63-83, Aralık 2000.

Şaylan, Gencay. "Kamu Yönetimi Disiplininde Bunalım ve Yeni Açılımlar Üzerine Düşünceler", **A.İ.D.**, Cilt 33, Sayı 2: 1-22, Haziran 2000.

Talas, Cahit. "Sosyal Devlet miyiz?", **M.B.D.**, Sayı 132:7-9, 1991.

Tan, Turgut. "Özelleştirme", **İHİD**, Lûtfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3: 271-297, 1988.

_____. "Panelde sunulan bildiri", **Bağımsız İdari Otoriteler**, (Ankara: Rekabet Kurumu, 5 Kasım 2001), ss.59-66, Ankara, 2001.

Tchen, Vincent. "Police administrative; Théorie générale", **Juris-classeur Administratif**, Fasc.200.

Terneyre, Philippe. "La notion de convention de délégation", **A.J.D.A.**, 588-596, 1996.

_____. "La Qualification des Montages Contractuels Complexes et le Droit Communautaire", **L.P.A.**, Numéro 23:39-45, 2 Février 2000.

Thurière, François. "Problématique du sujet pour le juge administratif", **A.J.D.A.**, 581-587, 1996.

Topal, Aylin. "Küreselleşme Sürecinde ki Türkiye'yi Anlamaya Yarayan Bir Anahtar:Yeni Sağ", **Praksis**, Sayı 7:63-84, 2002.

Truchet, Didier. "Label de service public et statut de service public", **AJDA**, 427-439, 1982.

Ulusoy, Ahmet ve Tekin Akdemir. "Yönetimlerarası Transferler: Teori ve Türkiye Uygulaması", **Türkiye'de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği**, Ed.: Nihat Falay ve diğerleri, Ankara: Seçkin, 2009, ss.113-141.

Van Outrive, Lode. "La sécurité privée amène-t-elle de la sécurité pour la population", **Police et Sécurité : Contrôle Social et Interaction Public/Privé**, Ed.:

Joanna Shapland-Lode Van Outrive, Paris: Editions l'Harmattan, 1999, ss.45-52.

Yardımcı, Sibel. "Kuşatma Altında Gündelik Hayat: Özel Güvenlik, Kent Yaşamı ve Yönetimsellik", **Toplum ve Bilim**, Sayı 115:226-260, 2009.

Yasin, Melikşah, "Drucker'in Devlet Anlayışı", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan I**, İstanbul: Beta, 2001, ss.346-374.

Yaşar, Nuri. "Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği", **İ.H.İ.D., Prof.Dr. Pertev Bilgen'e Armağan**, Cilt 13, Sayı 1-3: 442-452, 2000.

Yavuzdoğan, Seçkin. "5393 Sayılı Belediye Kanunu Üzerine Birkaç Not", **A.Ü.E.H.K.D.**, Cilt 10, Sayı 1-2: 203-214, 2006.

Yıldırım, Nevhis Deren. "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4: 37-44, 2002.

Zabcı, Filiz Çulha. "Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler," **Mülkiye**, Cilt XXVIII, Sayı 243: 21-49, Bahar 2004.

İNTERNET KAYNAKLARI

Acartürk, Ertuğrul. "Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumunda Alternatif Yöntemler", <http://www.econturk.org/yerelyonetimler.doc>, (04.01.2010).

ABD'nin Irak'ı işgali sırasında Türkiye'den özel güvenlik görevlileri çalıştırıldığına ilişkin haber, <http://www.memurlar.net/haber/104375/>, (17.06.2009).

Araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde imzalanan imtiyaz sözleşmesinin Danıştay Birinci Dairesinin 06.07.2007 tarih ve 2007/7-8 sayılı yazıları ekinde verdiği görüş doğrultusunda hazırlanarak imzalanması, http://www.oib.gov.tr/2007_Yili_Faaliyet_Raporu.pdf, (22.08.2009).

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı metni, http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_122.htm, (25.11.2009).

Azrak, Ülkü. "Kamuda Tehlikeli Reform", **Radikal**. 12.1.2004, <<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=102145>>, (10.10.2006).

Çal, Sedat. "Araç Muayene Hizmetinin <Özelleştirilmesi>" <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/262/2342.pdf>> (22.06.2009).

Derdiman, Cengiz. Özel Güvenlik Anlayışı ve 5188 Sayılı Kanunun Uygulanmasından Doğan Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler, <<http://kutuphane.uludag.edu.tr/~sbmyo/08-sosyalce/rcd-5188.doc>> (09.08.2008).

Estetik kelimesinin sözlük anlamı, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAA6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, (05.02.2008).

Eurocontrol tarafından yürütülen faaliyet iktisadi nitelikte olmadığına ilişkin karar, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0364:FR:HTML>, (13.08.2009).

Faaliyet izni almış özel güvenlik eğitim kurumlarının listesi, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/teskilatlistekurum.asp?kurum=2>, (03.03.2009).

Faaliyet izni almış özel güvenlik şirketlerinin listesi, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/teskilatlistekurum.asp?kurum=1>, (03.03.2009).

Fransız Yerel Yönetimler Genel Kanunu'nun metni, http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=EAD588340C55AB8DA31C6D5310D53A8A.tpdjo09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006164877&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=2009081, (13.08.2009).

Gillard, Emanuela-Chiara. "Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire", **Revue Internationale de Croix-Rouge**, Volume 88, (Sélection française 2006), [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-863-p525/\\$File/irrc_863_Gillard.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-863-p525/$File/irrc_863_Gillard.pdf), s.173-224, (21.08.2009).

Güler, Birgül Ayman. "İkinci dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon Kamu Yönetimi Temel Kanunu", **Kamu Yönetimi Reformu İncelemeleri:**

Mülkiye'den Perspektifler, Özel Sayı, no:59: 1-34, Kasım 2003, <<http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/Ozelsayil.pdf>> (10.10.2006).

Günday, Metin. "Kamu Yönetimi Reformu"nun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi", 11.5.2005 tarihli Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, <www.danistay.gov.tr> (3.11.2006).

İçişleri Bakanlığı 2005/117 Sayılı Genelgesi, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-117.doc>, (03.03.2009).

İçişleri Bakanlığı 2005/32 Sayılı Genelgesi, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-32.doc>, (03.03.2009).

İçişleri Bakanlığı 2005/42 Sayılı Genelgesi, <http://ozelguvenlik.pol.tr/images/genelgeler/2005-42.doc>, (03.03.2009).

İçişleri Bakanlığının iş garantili eğitim verdiğini ilan eden eğitim kurumlarının amacı dışında faaliyet göstermiş sayılacağı yolundaki kararı, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/emiryazilar/20070716123264.doc>, (03.03.2009).

İçişleri Bakanlığının özel güvenlik şirketlerinin güvenlik üniforması ticaretini yapmalarını amaç dışında faaliyet olarak sayan kararı, <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/images/emiryazilar/20070618107593.doc>, (03.03.2009).

İstanbul Valiliği 1999/1 sayılı Güvenlik Tebliği, <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=79>, (14.01.2010).

Kamu Sermayeli Şirketler Kanunu Tasarısı Taslağının genel gerekçesi, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/KSS.doc>, (20.12.2006).

Kamu yönetimi reformu çerçevesinde çıkarılan kanunların geri gönderilme gerekçeleri, http://www.todaie.gov.tr/KYP/kamu_yonetim_reformu.asp, (10.10.2006).

Karahanoğulları, Onur. Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağındaki Anayasaya Aykırılıklar”, **Kamu Yönetimi Reformu İncelemeleri: Mülkiye'den**

Perspektifler, Özel Sayı, no:59: 47-67, Kasım 2003,
<<http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/Ozelsayi1.pdf>> (10.10.2006).

Mahalli idare birlikleri sayısı ve birlik kurma oranlarına ilişkin istatistikî bilgiler,
<http://www.mahalli-idareler.gov.tr/Mahalli/Birlikler.aspx>, (11.08.2009).

Milli Savunma Bakanlığı askerlik şubelerinin özel güvenlikle korunmasını öngören kararına ilişkin haber, <http://www.ntvmsnbc.com/news/368250.asp>.

Özay, İl Han. “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”,
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/ozay.pdf>, (15.01.2010).

Özdek, Yasemin. “Ceza Reformunun Görünmeyen Yüzü: Hapishanelerde Zorla Çalıştırma”,
14 Mart 2005,
<http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=2015> (17.08.2009).

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Teklifi TBMM görüşme tutanakları,
<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b100m.htm>,
(26.02.2009).

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Genel Gerekçesi,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss467m.htm>.

“Özel Güvenliğe Yılda 3 Milyar Dolar Harcıyoruz”, 11.12.2008,
<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/468546.asp> (14.01.2010)

Özelleştirme İdaresi Başkanlığının araç muayene hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesi imzalandığına ilişkin basın açıklaması,
http://www.oib.gov.tr/duyuru/2007-08-15_arac_muayene_imza.htm,
(2.08.2009).

Polis lojmanlarının özel güvenlik görevlileri tarafından korunmasına ilişkin haber,
<http://www.ntvmsnbc.com/news/468546.asp#storyContinues>.

Richer, Laurent. “Caractère Contractuel de la Délégation de Service Public”,
<http://contenusenligne.editionsdumondeur.com/lgr/outilspratiques/annexes/DSPext1.pdf>, (02.11.2009).

Şenses, Erkan. “Özel Güvenlik Görevlilerinin Arama Yetkileri”,
<http://www.turkhukuksitesi.com/makale_914.htm> (02.03.2009).

Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mâhremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri başlıklı rapor,http://www.rtuk.gov.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495, (22.01.2008).

Ulusoy, Ali. "Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", 11.5.2005 tarihli Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, www.danistay.gov.tr, (3.11.2006).

Wacquant, Loïc. “De l’Etat Social à l’Etat Carcéral: L’emprisonnement des <classes dangeureuses> aux Etats-Unis”,<http://www.monde-diplomatique.fr/1998/07/WACQUANT/10652>, (18.07.2009).

4708 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss732m.htm>,
(27.08.2009).

5188 sayılı Kanunun gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0295.pdf>.